



# DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation / Title of the Doctoral Thesis

„Sachwalterrecht und Einwilligung zur Heilbehandlung beim nicht  
voll einsichts- und urteilsfähigen Patienten“

verfasst von / submitted by

Mag. iur. Sophie Theresa Hommer

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

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, Februar 2018

Studienkennzahl lt. Studienblatt /

A 783 101

degree programme code as it appears on the student  
record sheet:

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt /

Rechtswissenschaften

field of study as it appears on the student record sheet:

Betreut von / Supervisor:

Mag. Dr. Jürgen Wallner, Privatdoz. MBA







## **Danksagung**

Zuallererst möchte ich mich gerne bei meinem Betreuer *Dr. Jürgen Wallner, MBA* für die Übernahme der Betreuung sowie die dauerhafte, konsequente Unterstützung bei der Erstellung dieser Dissertation bedanken.

Mein Dank gilt außerdem meinen beiden Gutachtern *Hon. Prof. Dr. Gerhard Aigner* sowie *Univ. Prof. Dr. Helmut Ofner, LL.M.*, die die Begutachtung dieser Arbeit übernommen haben.

Außerdem bin ich meinem Vorgesetzten am Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht, *ao. Univ. Prof. Dr. Christian Zib*, sowie meinen Arbeitskollegen an ebendiesem Institut zu Dank verpflichtet.

Darüber hinaus möchte ich mich von ganzem Herzen bei meinen Eltern, *Dr. Marion* und *Dr. Anton Hommer*, bedanken, die mir das Verfassen dieser Arbeit erst ermöglicht haben und mich immerzu bei meinen Vorhaben unterstützen. Vor allem meine Mutter war mir bei dieser Dissertation eine große Hilfe und ich konnte mich nicht nur bei allfälligen medizinischen Fragen allezeit an sie wenden, sondern sie hat sich auch nicht unermüdlich gezeigt, mir mit praktischen Empfehlungen hilfreich zur Seite zu stehen.

Daneben gilt mein Dank meinen beiden Brüdern *Alexander* und *Dr. Nikolaus Hommer*, sowie meiner Cousine und besten Freundin *Julia Mandahus*, die mich insbesondere in den schwierigen Zeiten der Entstehung dieser Arbeit immer angespornt haben, stets sehr nachsichtig mit mir waren und auf die ich immer zählen kann. Ebenso meine Großmutter *Alice Teuschl* war mir in diesen Phasen eine große Stütze.

Nicht unerwähnt lassen möchte ich außerdem *Mag. Konstanze Mally* und *Mag. Noah McElheney*, die durch ihre Anregungen und Vorschläge erheblich zum Entstehen dieser Arbeit beigetragen haben.

Auch all meinen sonstigen Freunden und Familienmitgliedern, die mir während dieser Zeit zur Seite gestanden sind, möchte ich auf diesem Weg danken.

Zu guter Letzt gilt mein ganz besonderer Dank meinem Großvater, *Univ. Prof. Dr. Kurt Hommer*, der mich zur Aufarbeitung dieser Thematik inspiriert und motiviert hat, der die Fertigstellung dieser Dissertation jedoch leider nicht mehr miterleben durfte. Ihm soll diese Arbeit gewidmet sein.



# Inhaltsverzeichnis

<b>DANKSAGUNG .....</b>	<b>I</b>
<b>INHALTSVERZEICHNIS .....</b>	<b>III</b>
<b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....</b>	<b>X</b>
<b>1. THEMA.....</b>	<b>1</b>
<b>2. JÜNGSTE ENTWICKLUNGEN .....</b>	<b>5</b>
<b>3. VORAUSSETZUNGEN FÜR EINEN RECHTMÄßIGEN HEILEINGRIFF .....</b>	<b>7</b>
<b>4. RECHTS- UND HANDLUNGSFÄHIGKEIT.....</b>	<b>9</b>
<b>4.1. Handlungsunfähigkeit aufgrund des Alters.....</b>	<b>10</b>
4.1.1. Sonderfall: Medizinische Heilbehandlung .....	11
<b>4.2. Handlungsunfähigkeit aus persönlichen Gründen.....</b>	<b>12</b>
<b>4.3. Schutz der sonstigen Pflegebefohlenen .....</b>	<b>13</b>
<b>5. GESCHÄFTSFÄHIGKEIT.....</b>	<b>15</b>
<b>6. DELIKTSFÄHIGKEIT.....</b>	<b>15</b>
<b>7. EINSICHTS- UND URTEILSFÄHIGKEIT .....</b>	<b>16</b>
<b>8. EINWILLIGUNGSFÄHIGKEIT.....</b>	<b>18</b>
<b>8.1. Anforderungen an die Einwilligungsfähigkeit .....</b>	<b>19</b>
<b>8.2. Zusammenfassung .....</b>	<b>22</b>
<b>9. BEURTEILUNG DER EINWILLIGUNGSFÄHIGKEIT .....</b>	<b>24</b>
<b>9.1. Einwilligungsfähigkeit nach Amelung .....</b>	<b>25</b>
9.1.1. Fähigkeit zur vernünftigen Bewertung.....	26
9.1.2. Fähigkeit zur Erkenntnis von Tatsachen und Kausalverläufen.....	27
9.1.3. Fähigkeit zur einsichtsgemäßen Selbstbestimmung.....	29
<b>9.2. Einwilligungsunfähigkeit nach Helmchen.....</b>	<b>30</b>

9.3.	Der Mac Arthur Competence Test.....	30
9.4.	Der Hopkins Competency Assessment Test.....	32
9.5.	Die Mini-Mental-Status Examination .....	33
9.6.	Schlussfolgerung .....	33
9.7.	Pauschale Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit anhand psychiatrischer Diagnosen.....	35
9.8.	Vermutung der Einwilligungsfähigkeit bei geringfügigen Eingriffen .....	36
9.9.	„Herstellung“ der Einwilligungsfähigkeit.....	37
9.10.	Möglichkeit einer „partiellen Einwilligungsfähigkeit“ .....	37
9.11.	Zusammenfassung.....	38
<b>10.</b>	<b>WESENTLICHE ASPEKTE DES ARZT-PATIENT-VERHÄLTNISSSES .....</b>	<b>40</b>
10.1.	Die Entwicklung vom ärztlichen Paternalismus zum Informed Consent.....	40
10.2.	Informed Consent.....	44
10.3.	Patientenrechte im Allgemeinen.....	44
10.4.	Patientenpflichten.....	46
10.5.	Höchstpersönliche Rechte.....	47
10.6.	Pflichten auf Seiten des Arztes .....	48
10.7.	Zusammenfassung.....	49
<b>11.</b>	<b>ÄRZTLICHE AUFKLÄRUNG.....</b>	<b>50</b>
11.1.	Selbstbestimmungs- und Sicherungsaufklärung .....	52
11.2.	Aufklärungspflicht zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts .....	53
11.3.	Autonomie und Selbstbestimmung .....	56
11.4.	Ärztliches Fürsorgeprinzip.....	58
11.5.	Grenzen der ärztlichen Behandlungspflicht.....	64
11.6.	Adressat der Aufklärung .....	65
11.7.	Der Aufklärungspflichtige .....	67
11.8.	Zeitpunkt der Aufklärung .....	69
11.9.	Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht.....	71

11.10.	Mündlichkeit des Aufklärungsgesprächs.....	78
11.11.	Wahrheitsgemäße Aufklärung .....	79
11.12.	Beweis des Aufklärungsgesprächs .....	80
11.13.	Haftung bei Aufklärungsfehlern.....	81
11.14.	Aufklärungspflicht nach UbG .....	81
11.15.	Gefahr in Verzug.....	82
11.16.	Zusammenfassung.....	84
12.	<b>EINWILLIGUNG .....</b>	<b>85</b>
12.1.	Höchstpersönlichkeit der Einwilligungserklärung .....	87
12.2.	Form der Einwilligungserklärung .....	87
12.3.	Einwilligung bei fehlender medizinischer Indikation.....	88
12.4.	Folgen einer unzureichenden oder fehlenden Einwilligungserklärung.....	89
12.5.	Kritik an der stellvertretenden Einwilligung .....	90
13.	<b>MUTMAßLICHE EINWILLIGUNG .....</b>	<b>92</b>
14.	<b>ZULÄSSIGKEIT VON ZWANGSBEHANDLUNGEN.....</b>	<b>96</b>
15.	<b>KLASSIFIKATION DER HEILBEHANDLUNG .....</b>	<b>99</b>
15.1.	Heilbehandlung im Strafrecht .....	99
15.2.	Heilbehandlung im Zivilrecht.....	103
16.	<b>HEILBEHANDLUNG.....</b>	<b>106</b>
16.1.	Heilbehandlung nach dem ÄrzteG .....	106
16.2.	Heilbehandlung nach dem UbG .....	109
16.3.	Einfache vs besondere Heilbehandlung .....	110
17.	<b>INDIKATION .....</b>	<b>111</b>
18.	<b>LEX ARTIS.....</b>	<b>114</b>
19.	<b>PSYCHISCHE KRANKHEIT/GEISTIGE BEHINDERUNG.....</b>	<b>116</b>

<b>19.1. Psychische Krankheit .....</b>	<b>119</b>
19.1.1. International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD) ....	120
<b>19.2. Geistige Behinderung.....</b>	<b>122</b>
<b>19.3. Sonderfall: Komapatient.....</b>	<b>124</b>
<b>20. SACHWALTERSCHAFT.....</b>	<b>126</b>
<b>20.1. Allgemeines .....</b>	<b>126</b>
<b>20.2. Historische Entwicklung .....</b>	<b>128</b>
<b>20.3. Subsidiarität der Sachwalterschaft.....</b>	<b>130</b>
<b>20.4. Auswahl des Sachwalters .....</b>	<b>131</b>
<b>20.5. Umfang der Sachwalterschaft.....</b>	<b>133</b>
<b>20.6. Beendigung der Sachwalterschaft.....</b>	<b>135</b>
<b>20.7. Person des Sachwalters .....</b>	<b>135</b>
20.7.1. Sachwalterverfügung .....	136
20.7.2. Nahestehende Personen als Sachwalter .....	137
20.7.3. Vereine als Sachwalter.....	138
20.7.4. Jurist als Sachwalter .....	138
<b>20.8. Die Stellung des Besachwalteten in einer Sachwalterschaft.....</b>	<b>140</b>
<b>20.9. Wünsche vs Wohl des Patienten.....</b>	<b>142</b>
<b>20.10. Personensorge.....</b>	<b>145</b>
<b>21. MEDIZINISCHE BEHANDLUNG.....</b>	<b>147</b>
<b>21.1. PflEGSCHAFTSGERICHTLICHE GENEHMIGUNG.....</b>	<b>148</b>
21.1.1. Schwerwiegende Behandlungen .....	149
21.1.2. Erkennbare Ablehnung.....	151
21.1.3. Zustimmung zur Vornahme vs zum Abbruch einer Behandlung .....	153
<b>21.2. Gefahr in Verzug .....</b>	<b>154</b>
<b>21.3. Sonderfall: Sterilisation.....</b>	<b>155</b>
<b>21.4. Sonderfall: Schwangerschaftsabbruch bei der einwilligungsunfähigen Patientin.....</b>	<b>156</b>
<b>22. ALTERNATIVEN ZUR SACHWALTERSCHAFT .....</b>	<b>158</b>
<b>22.1. Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger .....</b>	<b>159</b>
22.1.1. Die Angehörigenvertretung bei medizinischen Angelegenheiten .....	160
<b>22.2. Vorsorgevollmacht .....</b>	<b>162</b>

22.2.1.	Die Vorsorgevollmacht bei medizinischen Angelegenheiten .....	165
<b>22.3.</b>	<b>Patientenverfügung .....</b>	<b>167</b>
22.3.1.	Verbindliche Patientenverfügung .....	168
22.3.2.	Beachtliche Patientenverfügung .....	172
22.3.3.	Unwirksamkeit einer Patientenverfügung .....	174
22.3.4.	Kritik am Institut der Patientenverfügung .....	177
<b>22.4.</b>	<b>Zusammenfassung .....</b>	<b>178</b>
<b>23.</b>	<b>BEHANDLUNGSABBRUCH BEIM EINWILLIGUNGSUNFÄHIGEN, NICHT VERTRETENEN PATIENTEN .....</b>	<b>179</b>
<b>24.</b>	<b>EINFACHGESETZLICHER SCHUTZ DER SELBSTBESTIMMUNG .....</b>	<b>181</b>
<b>25.</b>	<b>VERFASSUNGSGESETZLICH GEWÄHRLEISTETE RECHTE .....</b>	<b>182</b>
25.1.	Der Gleichheitssatz .....	182
25.2.	Verhältnismäßigkeitsprüfung einer Behandlung .....	183
25.3.	Beschränkungen .....	183
<b>26.</b>	<b>UNIONSRECHTLICHE UND VÖLKERRECHTLICHE VORGABEN .....</b>	<b>185</b>
<b>26.1.</b>	<b>Die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) .....</b>	<b>185</b>
26.1.1.	Artikel 2: Recht auf Leben .....	185
26.1.2.	Artikel 3: Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung .....	186
26.1.3.	Artikel 5: Schutz der persönlichen Freiheit .....	187
26.1.4.	Artikel 8: Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens .....	187
26.1.5.	Artikel 9: Glaubens- und Gewissensfreiheit .....	188
<b>26.2.</b>	<b>Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) .....</b>	<b>188</b>
26.2.1.	Artikel 1: Schutz der Menschenwürde .....	189
26.2.2.	Artikel 3: Recht auf Unversehrtheit .....	190
26.2.3.	Artikel 25 und 26: Besonderer Schutz älterer und behinderter Menschen .....	191
<b>26.3.</b>	<b>Die UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) .....</b>	<b>191</b>
26.3.1.	Artikel 12: Gleiche Anerkennung vor dem Recht .....	193
26.3.2.	Artikel 25: Gesundheit .....	195
26.3.3.	Nationaler Aktionsplan Behinderung 2012 – 2020 .....	196
<b>26.4.</b>	<b>Biomedizinkonvention des Europarates .....</b>	<b>196</b>
<b>27.</b>	<b>DAS 2. ERWACHSENENSCHUTZGESETZ .....</b>	<b>198</b>
27.1.	Allgemeines .....	198
27.2.	Bedarf einer Reform? .....	199

<b>27.3. Gesetzwerdungsprozess.....</b>	<b>200</b>
<b>27.4. Das 2. ErwSchG im Lichte der Selbstbestimmung .....</b>	<b>203</b>
27.4.1. Unterstützung.....	203
27.4.1.1. Vorsorgedialog.....	204
27.4.1.2. Persönliche Assistenz.....	204
27.4.2. Nachrang der Stellvertretung .....	205
27.4.3. Selbstbestimmung trotz Stellvertretung.....	206
<b>27.5. Wesentliche Änderungen und Neuerungen durch das 2. ErwSchG.....</b>	<b>207</b>
27.5.1. Begriffliche Änderungen .....	208
27.5.1.1. Erwachsenenvertreter .....	208
27.5.1.2. Entscheidungsfähigkeit .....	209
27.5.1.3. Psychische Krankheit oder vergleichbare Beeinträchtigung.....	210
27.5.1.4. Vier Vertretungsmodelle .....	211
27.5.2. Handlungsfähigkeit .....	212
27.5.3. Fortbestehen der Geschäftsfähigkeit.....	212
27.5.4. Gerichtlicher Genehmigungsvorbehalt.....	215
27.5.5. Keine umfassende Vertretung.....	217
27.5.6. Personensorge.....	217
<b>27.6. Die einzelnen Vertretungsmodelle im Überblick.....</b>	<b>219</b>
27.6.1. Vorsorgevollmacht .....	219
27.6.2. Gewählte Erwachsenenvertretung.....	220
27.6.3. Gesetzliche Erwachsenenvertretung.....	221
27.6.4. Gerichtliche Erwachsenenvertretung.....	222
<b>27.7. Neu: „Clearing Plus“ .....</b>	<b>222</b>
<b>27.8. Sonderfall: Medizinische Behandlung .....</b>	<b>222</b>
27.8.1. Entscheidungsfähiger Patient.....	224
27.8.2. Entscheidungsunfähiger Patient .....	224
27.8.2.1. Unterstützerkreis.....	224
27.8.2.2. Absolut entscheidungsunfähiger Patient.....	227
27.8.3. Aufklärung des entscheidungsunfähigen Patienten .....	228
27.8.4. Gefahr in Verzug .....	229
27.8.5. Gerichtliche Kontrolle .....	232
<b>27.9. Ausblick .....</b>	<b>233</b>
<b>28. SCHLUSS .....</b>	<b>235</b>
<b>29. ZUSAMMENFASSUNG .....</b>	<b>238</b>
<b>30. QUELLEN UND LITERATURVERZEICHNIS .....</b>	<b>240</b>
<b>30.1. Materialien .....</b>	<b>248</b>
<b>30.2. Österreichische Judikatur .....</b>	<b>249</b>
<b>30.3. Deutsche Judikatur .....</b>	<b>251</b>

<b>30.4. Sonstiges.....</b>	<b>251</b>
<b>31. ABSTRACT .....</b>	<b>252</b>

# Abkürzungsverzeichnis

aA	=	andere Ansicht
AB	=	Ausschussbericht
ABGB	=	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, JGS 1811/946
Abs	=	Absatz
Anm	=	Anmerkung
Art	=	Artikel
ÄrzteG	=	Ärztegesetz, BGBl 1949/92
AußStrG	=	Außerstreitgesetz, BGBl I 2003/111
BGB	=	dt Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	=	Bundesgesetzblatt
BGH	=	Bundesgerichtshof
BlgNR	=	Beilage, -n zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BMASK	=	Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz
BR	=	Bundesrat
BRK	=	Behindertenrechtskonvention, BGBl I 2008/155
bspw	=	beispielsweise
B-VG	=	Bundes-Verfassungsgesetz, BGBl 1930/1
BVerfG	=	Bundesverfassungsgericht
bzw	=	beziehungsweise
dh	=	das heißt
DSM	=	Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders
E	=	Entscheidung
EFSlg	=	Familien- und erbrechtliche Entscheidungen
EGMR	=	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	=	Europäische Menschenrechtskonvention, BGBl 1958/210
endg	=	endgültig
Erläut	=	Erläuterungen
ErläutME	=	Erläuterungen zum Ministerialentwurf
ErläutRV	=	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
2. ErwSchG	=	2. Erwachsenenschutz-Gesetz, BGBl I 2017/59
et al	=	et alii/et aliae ( <i>und andere</i> )
etc	=	et cetera
EU	=	Europäische Union
EU-GRC	=	siehe GRC
f	=	und der, die folgende
ff	=	und der, die folgenden
FMedG	=	Fortpflanzungsmedizingesetz, BGBl 1992/275
FN	=	Fußnote
FS	=	Festschrift
gem	=	gemäß
GesR	=	GesundheitsRecht
GP	=	Gesetzgebungsperiode

GRC	=	Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl C 2016/202, 389
grds	=	grundsätzlich
GTG	=	Gentechnikgesetz, BGBl 1994/510
GuKG	=	Gesundheits- und Krankenpflegegesetz, BGBl I 1997/108
GZ	=	Geschäftszahl
HCAT	=	Hopkins Competency Assessment Test
HeimAufG	=	Heimaufenthaltsgesetz, BGBl I 2004/11
hL	=	herrschende Lehre
hM	=	herrschende Meinung
Hrsg	=	Herausgeber
ICD	=	International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems
idF	=	in der Fassung
idgF	=	in der geltenden Fassung
iFamZ	=	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht
insb	=	insbesondere
iS	=	im Sinn
iSd	=	im Sinn des, – der
JA	=	Justizausschuss
JAP	=	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JBl	=	Juristische Blätter
Kap	=	Kapitel
KAKuG	=	Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten, BGBl 1957/1
KTG	=	Kardiotechnikergesetz, BGBl I 1998/96
Lfg	=	Lieferung
LG	=	Landesgericht
lit	=	litera ( <i>Buchstabe</i> )
MacCAT-T	=	MacArthur Competence Assessment Tool-Treatment
Mat	=	Materialien
MaterienG	=	Materiengesetz, -e
ME	=	Ministerialentwurf
med	=	medizinische/r/s
MedR	=	Medizinrecht
MMSE	=	Mini Mental State Examination
MQ	=	Museumsquartier
MTD	=	MTD-Gesetz, BGBl 1992/460
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift
Nov	=	Novelle
Nr	=	Nummer
NR	=	Nationalrat
NZ	=	Österreichische Notariats-Zeitung
oä	=	oder ähnliche/r/s
ÖJZ	=	Österreichische Juristen-Zeitung

OGH	=	Oberster Gerichtshof
OSR	=	Oberster Sanitätsrat
OTP	=	Bundesgesetz über die Transplantation von menschlichen Organen (Organtransplantationsgesetz – OTPG) BGBl I 2012/108
ÖZPR	=	Österreichische Zeitschrift für Pflegerecht
ÖZVV	=	Österreichisches Zentrales Vertretungsverzeichnis
PatVG	=	Patientenverfügungs-Gesetz, BGBl I 2006/55
PersFrG	=	Bundesverfassungsgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit, BGBl 1988/684
Pkt	=	Punkt
rdb	=	Rechtsdatenbank
RdM	=	Recht der Medizin
RIS	=	Rechtsinformationssystem des Bundes
RS	=	Rechtssatz
Rsp	=	Rechtsprechung
RV	=	Regierungsvorlage
Rz	=	Randzahl
S	=	Satz
S	=	Seite
SN	=	Stellungnahme
sog	=	sogenannte/r/s
StGB	=	Strafgesetzbuch, BGBl 1974/60
stRsp	=	ständige Rechtsprechung
SWRÄG	=	Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006, BGBl I 2006/92
SZ	=	Entscheidungen des OGH in Zivilsachen
ua	=	und andere, -s; unter anderem
uä	=	und ähnliche/r/s
UbG	=	Unterbringungsgesetz, BGBl 1990/155
UN	=	United Nations
UN-BRK	=	siehe BRK
uU	=	unter Umständen
VfGH	=	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	=	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes
vgl	=	vergleiche
vs	=	versus
WHO	=	World Health Organisation
WFA	=	Wirkungsorientierte Folgenabschätzung
WK	=	Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch
WU Wien	=	Wirtschaftsuniversität Wien
Z	=	Ziffer
Zak	=	Zivilrecht aktuell
zB	=	zum Beispiel

ZfRV	=	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZGP	=	Zeitschrift für Gesundheitspolitik
ZP EMRK Grundfreiheiten	=	Zusatzprotokoll zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und
ZP	=	siehe ZP EMRK
ZStW	=	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zT	=	zum Teil



# 1. Thema

## „Volenti non fit iniuria“ – Dem Einwilligenden geschieht kein Unrecht (lat.)

Dieses rechtsethische Prinzip beschreibt das Wesen der unrechtausschließenden Einwilligung.<sup>1</sup> Demnach führt eine Zustimmung vom Verfügungsberechtigten dazu, dass ein Eingriff in eines seiner Rechtsgüter gerechtfertigt und damit straflos ist. „Niemand kann sich über eine Handlung beschweren, die mit seinem Willen vorgenommen wurde.“<sup>2</sup> Man kann die Einwilligung auch als Gestattung eines tatsächlichen Verhaltens definieren, die das Unrecht ebendieses Verhaltens ausschließt.<sup>3</sup> Die Verletzung seines Rechtsgutes ist außerdem dem Einwilligenden selbst zuzurechnen und nicht etwa demjenigen, der den Eingriff vorgenommen hat.<sup>4</sup> Mit diesem Grundsatz geht das Verständnis einher, dass der Einwilligende die Dispositionsbefugnis über das konkrete Rechtsgut hat und diese Dispositionsbefugnis auch seinem Willen entsprechend ausleben kann. Grundlage ist also die individuelle Selbstbestimmung. Jede Einwilligung setzt demnach voraus, sich seiner Selbstbestimmung gemäß verhalten zu können.<sup>5</sup>

Nun gibt es aber Menschen, denen es nicht mehr möglich ist, sich ihrer Selbstbestimmung gemäß zu verhalten. Auch diese Personen verlieren deshalb aber nicht ihr Recht auf Selbstbestimmung. Ihnen sind vom Staat ausreichend Unterstützungsmöglichkeiten zur Verfügung zu stellen, die auch ihnen eine weitgehend selbstbestimmte Lebensführung ermöglichen.

Hauptanliegen dieser Arbeit ist es, zu klären, **inwieweit *nicht voll Einsichts- und Urteilsfähige* in medizinische Heilbehandlungen am eigenen Leib einwilligen können, welchen Schwierigkeiten dabei regelmäßig begegnet wird und wie diese überwunden werden können.**

---

<sup>1</sup> Ohly, „Volenti non fit iniuria“ – Die Einwilligung im Privatrecht, 2002, 3.

<sup>2</sup> Ohly, „Volenti non fit iniuria“, 63.

<sup>3</sup> Ohly, „Volenti non fit iniuria“, 4.

<sup>4</sup> Amelung, Willensmängel bei der Einwilligung als Tatzurechnungsproblem, ZStW 109 1997, 511.

<sup>5</sup> Ohly, „Volenti non fit iniuria“, 64.

Davon ausgehend ergeben sich folgende für die Arbeit relevante Leitfragen:

- Was wird unter Einwilligungsfähigkeit verstanden? Wie verhält sich diese zu anderen gesetzlich normierten Fähigkeiten?
- Welche Voraussetzungen müssen gegeben sein, um wirksam in eine medizinische Behandlung einwilligen zu können? Welche Probleme können hierbei auftreten? Wie umfangreich hat eine adäquate ärztliche Aufklärung hierzu ausgestaltet zu sein, damit sie als den Bedürfnissen des Patienten angepasst gilt und den Arzt von einer allfälligen Haftung befreit?
- Kann im Wege einer Vertretung in medizinische Heilbehandlungen eingewilligt werden? Welche rechtlichen und medizinischen Vorgaben müssen dazu beachtet werden und erfüllt sein? Inwieweit sind in diesem Zusammenhang Vorsorgevollmacht und/oder Patientenverfügung von Bedeutung?
- Bei welchen Eingriffen/Behandlungen ist eine vertretungsweise Einwilligung nicht möglich?
- Welche unions- und völkerrechtlichen Bestimmungen können im Zusammenhang mit medizinischen Behandlungen von Bedeutung sein?
- Welche Änderungen bringt das 2. Erwachsenenschutzgesetz<sup>6</sup> im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage und wie sind diese zu beurteilen?

Die Thematik und ihre Problemstellungen werden anhand einer umfassenden Judikatur- und Literaturrecherche aufgearbeitet und systematisiert. Da es sich um eine Querschnittsmaterie handelt, werden die einzelnen Aspekte von verschiedenen Sichtweisen beleuchtet. Besonderes Augenmerk wird jenen Personen geschenkt, deren Einwilligungsfähigkeit<sup>7</sup> nicht (zweifelsfrei) gegeben ist. Dabei handelt es sich regelmäßig um Personen, die gar nicht mehr oder nicht mehr vollständig einwilligungsfähig sind.

---

<sup>6</sup> 59. Bundesgesetz, mit dem das Erwachsenenvertretungsrecht und das Kuratorenrecht im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch geregelt werden und das Ehegesetz, das Eingetragene Partnerschaft-Gesetz, das Namensänderungsgesetz, das Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten, das Außerstreitgesetz, die Zivilprozessordnung, die Jurisdiktionsnorm, das Rechtspflegergesetz, das Vereinssachwalter-, Patientenanwalts- und Wohnervtretergesetz, das Unterbringungsgesetz, das Heimaufenthaltsgesetz, die Notariatsordnung, die Rechtsanwaltsordnung, das Gerichtsgebührengesetz und das Gerichtliche Einbringungsgesetz geändert werden (2. Erwachsenenschutz-Gesetz – 2. ErwSchG) BGBl I 2017/59.

<sup>7</sup> Der Begriff der „Einwilligungsfähigkeit“ wird bis dato synonym neben dem Begriff der „Einsichts- und Urteilsfähigkeit“ verwendet und soll nun durch das 2. ErwSchG durch jenen der „Entscheidungsfähigkeit“ abgelöst werden.

Darunter fallen einerseits junge Menschen, also Kinder und unmündige Minderjährige sowie andererseits Menschen, die an einer psychischen Krankheit oder einer geistigen Behinderung leiden. Im weiteren Sinne fallen darunter aber auch jene Personen, die nur kurzzeitig<sup>8</sup> nicht einsichtsfähig sind. Es wird außerdem die Problematik erörtert, die sich dadurch ergibt, dass Personen im Laufe des Alters geistig abbauen, Konsequenzen von Entscheidungen nicht mehr voll überblicken können und im schlimmsten Fall zu einem selbstständigen Treffen von Entscheidungen nicht mehr in der Lage sind, da sie nicht mehr „Herr ihrer Sinne sind“. Da die körperliche Unversehrtheit ein höchstpersönliches Rechtsgut ist, ist eine stellvertretend abgegebene Zustimmung an bestimmte Voraussetzungen gebunden und nur in engen rechtlichen Schranken erlaubt. Daher werden im Laufe der Arbeit die wesentlichen Grundlagen und Voraussetzungen einer Sachwalterschaft und ihre Besonderheiten im Zusammenhang mit medizinischen Behandlungen dargelegt. Ziel der Arbeit ist es außerdem, aufzuzeigen, wie der potentiell Beschwaltete einer von der Bevölkerung immer sehr gefürchteten „Entmündigung“ bereits im Vorhinein entgegenwirken kann und wie er seinen Willen festhalten kann, sodass dieser auch im Falle eines Verlustes der Einsichtsfähigkeit rechtlich bindend ist. Es werden alternative Möglichkeiten zur Ergänzung oder gänzlichen Vermeidung einer Sachwalterschaft aufgearbeitet. Dies alles geschieht unter ständiger Beleuchtung des autonomen Selbstbestimmungsrechts, das einen wesentlichen Grundwert des österreichischen Rechtssystems darstellt. Im Zuge dessen wird das individuelle Recht auf Selbstbestimmung sowohl von innerstaatlicher Rechtslage beleuchtet als auch im Lichte internationaler Vorgaben aufbereitet. Der Arbeit wird das geltende Recht des Sachwalterrechts zu Grunde gelegt, da die wesentlichen Recherchen in den Jahren 2016 und 2017 stattfanden und zu diesem Zeitpunkt noch das Sachwalterrecht in Geltung war. Im Laufe der Entstehung der Dissertation, insb im Jahr 2017, wurde bereits deutlich, in welcher Form das neue Erwachsenenschutzrecht ausgestaltet sein werde. Jedoch war in der Fertigstellungsphase wiederum ungewiss, ob das bereits beschlossene 2. Erwachsenenschutzgesetz auch tatsächlich wie geplant am 1. Juli 2018 in Kraft treten werde.<sup>9</sup> Aus diesem Grund wird die Situation unter Zugrundelegen des Sachwalterrechts

---

<sup>8</sup> ZB aufgrund von Alkoholisierung oder Drogenkonsums.

<sup>9</sup> Vgl. *Der Standard*, Erwachsenenschutz: Hartinger von Gesetzes-Stopp überrascht, <https://derstandard.at/2000075020706/Erwachsenenschutz-Hartinger-von-Gesetzes-Stopp-ueberrascht> (abgerufen am 26.2.2018); *Wiener Zeitung*, Regierung will Besserstellungen abblasen, [https://www.wienerzeitung.at/nachrichten/top\\_news/948037\\_Regierung-will-Besserstellungen-von-Behinderten-abblasen.html](https://www.wienerzeitung.at/nachrichten/top_news/948037_Regierung-will-Besserstellungen-von-Behinderten-abblasen.html) (abgerufen am 26.2.2018), wonach nicht sicher ist, ob das Inkrafttreten des 2. Erwachsenenschutzgesetzes aus budgetären Gründen verschoben werde.

beurteilt. In einem letzten Punkt soll auf die geplanten Änderungen und Neuerungen und den damit verbundenen Auswirkungen auf die Problematik der Einwilligung bei medizinischen Angelegenheiten durch das 2. Erwachsenenschutzgesetz eingegangen werden. Minderjährige sollen in dieser Arbeit ausgeklammert werden, da es für sie weitgehend eigene Regelungen gibt, deren Verarbeitung für den Umfang dieser Arbeit zu weit gehen würde.

## 2. Jüngste Entwicklungen

Bedingt durch die Fortschritte in der medizinischen Wissenschaft, verbesserte Hygiene, steigenden Wohlstand, vermehrt gesunde bzw. gesündere Ernährung und den Ausbau sozialer Fürsorge ist heute ein immer weiter fortschreitender **Anstieg der allgemeinen Lebenserwartung** zu erkennen.<sup>10</sup> Diese ist bei Frauen seit Mitte des 20. Jahrhunderts um 10 Jahre, bei Männern sogar um 12 Jahre gestiegen.<sup>11</sup> Ein weiterer kontinuierlicher Anstieg in den nächsten Jahren ist zu erwarten.<sup>12</sup> Schätzungen zufolge soll es 2050 erstmals mehr alte als junge Menschen geben.<sup>13</sup>

In der Medizin gibt es eine eigene Fachrichtung, die sich mit der Behandlung und Erforschung von Krankheiten im Alter und der Betreuung betagter Menschen beschäftigt, die **Geriatric**. Ihr Tätigkeitsfeld erstreckt sich dabei insb. auf multimorbide und vulnerable alte Menschen,<sup>14</sup> die meist chronisch krank und/oder pflegebedürftig sind.<sup>15</sup> Multimorbidität meint das gleichzeitige Bestehen mehrerer Krankheiten bei einer Person. Besonders bei betagten Menschen ist dies eine häufige Diagnose, da sie aufgrund ihres Alters bei Vorliegen einer Krankheit bereits als sehr geschwächt gelten und dadurch für weitere Erkrankungen anfälliger sind. Dabei kann es sich sowohl um psychische als auch um physische Erkrankungen handeln. Eine genaue Abgrenzung ist oftmals gar nicht möglich. Kleinere typische Alterserscheinungen sind beispielsweise das erschwerte Merken und Erinnern von Sachverhalten, Konzentrationschwierigkeiten, reduzierte Belastbarkeit aber auch Hör- und Sehschwierigkeiten. Grund dafür ist die Hirnalterung.<sup>16</sup> In einem schleichenden Prozess prägen sich diese anfangs kleineren Beschwerden oftmals weiter aus oder führen durch eine Kumulation zu einem schlechten Gesamtzustand des Betroffenen. Darüber hinaus leiden viele alte Menschen im fortgeschrittenen Alter an Depressionen und/oder paranoiden und schizophrenen Störungen.<sup>17</sup> Durch die vielen

---

<sup>10</sup> Vaupel/Kistowski, Der bemerkenswerte Anstieg der Lebenserwartung und sein Einfluss auf die Medizin, Bundesgesundheitsbl – Gesundheitsforsch – Gesundheitsschutz 5 2005, 586.

<sup>11</sup> Frauen werden heute durchschnittlich 83,6 Jahre alt, während Männer durchschnittlich 78,6 Jahre alt werden. Vgl. *Wirtschaftskammer Österreich*, Statistik Lebenserwartung Österreich Stand Februar 2017, <http://wko.at/statistik/Extranet/Langzeit/Lang-Lebenserwartung.pdf> (abgerufen am 27.6.2017).

<sup>12</sup> Vaupel/Kistowski, Bundesgesundheitsbl – Gesundheitsforsch – Gesundheitsschutz 5 2005, 587.

<sup>13</sup> Vgl. *Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH*, So leben alte Menschen in Deutschland und weltweit, <https://www.alumniportal-deutschland.org/global-goals/sdg-10-ungleichheiten/senioren-alte-menschen/> (abgerufen am 8.1.2018).

<sup>14</sup> *Österreichische Gesellschaft für Geriatrie und Gerontologie*, Mission Statement, <https://www.geriatrie-online.at/gesellschaft/mission-statement/> (abgerufen am 1.12.2017).

<sup>15</sup> *Ärztelkammer für Wien*, Geriatrie, <http://www.aekwien.at/geriatrie> (abgerufen am 1.12.2017).

<sup>16</sup> Kuhlmann, Einwilligung in die Heilbehandlung alter Menschen, Freiburg, 1996, 47.

<sup>17</sup> Kuhlmann, Einwilligung, 2.

„Baustellen“, die sich dadurch regelmäßig bei alten Menschen in den unterschiedlichen Bereichen ihres Lebens ergeben, sind sie auf medizinische und sonstige soziale Hilfe angewiesen. Gerade mit der Zunahme alter Menschen ist ein Ausbau der Versorgungs-, Betreuungs- und Pflegeleistungen dringend geboten.<sup>18</sup> Um diese Unterstützung ausreichend gewährleisten zu können und alle Beteiligten rechtlich abzusichern, sind juristische Vorgaben unumgänglich.

In unserer Gesellschaft werden alte Menschen heute häufig belächelt. Sie haben regelmäßig damit zu kämpfen, dass sie nicht immer von ihren Mitmenschen – insb von der jüngeren Generation – ernst genommen werden. Auch wenn heute außer Frage steht, dass mit zunehmendem Alter Leistungen des Gedächtnisses abnehmen, ist dennoch eine gewisse Tendenz zu erkennen, alten Menschen generell ihre Fähigkeit, selbständig ihre Angelegenheiten zu regeln, abzusprechen.<sup>19</sup> Tatsächlich sind aber die selben Anforderungen an die Einwilligungsfähigkeit dieser alten Menschen zu stellen wie an jene der jüngeren Generation.<sup>20</sup> Altern hat nicht von sich aus den Verlust der Einwilligungsfähigkeit zur Folge. Genau so werden alte Menschen heute aber häufig behandelt. Die Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit hat jedoch immer im Einzelfall und den konkreten Erfordernissen entsprechend zu erfolgen. Die Vorurteile, mit denen betagte Menschen dadurch heute im Alltag regelmäßig konfrontiert sind, werden unter dem Begriff des „**Age-ism**“ zusammengefasst.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> *Vaupel/Kistowski*, Bundesgesundheitsbl – Gesundheitsforsch – Gesundheitsschutz 5 2005, 591.

<sup>19</sup> *Kuhlmann*, Einwilligung, 48.

<sup>20</sup> *Kuhlmann*, Einwilligung, 75.

<sup>21</sup> Ärztekammer für Wien, <http://www.aekwien.at/geriatrie> (abgerufen am 1.12.2017).

### 3. Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Heileingriff

Egal ob alt, jung, gesund oder krank: Damit ein medizinischer Eingriff – ausgenommen in Fällen der Gefahr im Verzug – rechtlich erlaubt ist, müssen eine Reihe von Voraussetzungen erfüllt sein, die in der Folge dargelegt und im Rahmen der Arbeit näher konkretisiert werden. Es sind dies insb:

1. **Indikation:** Eine Heilbehandlung hat medizinisch indiziert zu sein. Dies ist sie, soweit sie wirksam und verhältnismäßig ist. Dabei werden die Vor- und Nachteile eines Eingriffs bewertet und hinsichtlich des Therapieziels gewichtet.<sup>22</sup>
2. **Dispositionsbefugnis:** Eine medizinische Behandlung stellt immer einen Eingriff in das absolut geschützte Recht auf Leib und Leben und körperliche Unversehrtheit<sup>23</sup> dar. Damit dieser gerechtfertigt ist, kann nur die Person, die der Inhaber dieses Rechts ist, im Rahmen einer Einwilligungserklärung zustimmen. In Ausnahmefällen ist eine Zustimmung durch einen Vertreter möglich.
3. **Aufklärung:** Einer wirksamen Einwilligung zu einem Eingriff hat immer ein Aufklärungsgespräch voranzugehen. Ohne wirksame Aufklärung – keine wirksame Einwilligung.
4. **Einwilligung:** Dem Aufklärungsgespräch folgt in der Regel die Zustimmung bzw Ablehnung der Behandlung durch den Patienten. Dabei werden an die Einwilligung konkrete Anforderungen gestellt. Die Einwilligung muss insb frei von Willensmängeln und ernstlich sein. Sie muss außerdem im Zeitpunkt der Vornahme des Eingriffs vorliegen.
5. **Einwilligungsfähigkeit:** Die Einwilligung kann nur von einem einsichts- und urteilsfähigen Patienten erteilt werden. Liegt diese Voraussetzung nicht vor, ist ein Vertreter zu bestellen.
6. **Lex artis:** Damit von einer wirksamen Heilbehandlung gesprochen werden kann, ist diese entsprechend den anerkannten Regeln der medizinischen Wissenschaft und Erfahrung vorzunehmen.<sup>24</sup>

Nur wenn diese Voraussetzungen kumulativ vorliegen, kann von einem erlaubten Eingriff ausgegangen werden. Im Zuge der Arbeit soll nun konkret darauf eingegangen und insb

---

<sup>22</sup> Wallner, Die Indikation: Welche rechtsehtische Rolle spielt sie in der klinischen Entscheidungsfindung?, RdM 2017, 101 (102).

<sup>23</sup> Vgl OGH 30.3.1981, 6 Ob 813/80; OGH 23.11.2016, 10b186/16h; OGH 22.10.2001, 10b269/00s; RIS-Justiz 18.9.1975, RS0022946.

<sup>24</sup> Zu etwaigen Ausnahmen siehe später S 110.

dargelegt werden, wann die jeweiligen Voraussetzungen wirksam erfüllt sind und welche Probleme dabei auftreten können. Entsprechend ihrer Relevanz werde einzelne dieser Kriterien detailliert behandelt, während andere nur kurz umrissen werden.

## 4. Rechts- und Handlungsfähigkeit

Die §§ 21 ff ABGB<sup>25</sup> regeln die Handlungsfähigkeit Minderjähriger und solcher Personen, denen aus anderen Gründen die Handlungsfähigkeit nicht in vollem Umfang zukommen soll. Die Handlungsfähigkeit bezeichnet jene Fähigkeit, durch selbständiges Tätigwerden **Rechte und Pflichten begründen zu können**. Von der Handlungsfähigkeit ist die Rechtsfähigkeit zu unterscheiden. Rechtsfähig ist jeder, der fähig ist, Träger von Rechten und Pflichten zu sein (§ 16).<sup>26</sup> Nicht jeder Rechtsfähige ist zugleich auch handlungsfähig. Der Begriff der Rechtsfähigkeit geht weiter als jener der Handlungsfähigkeit. So ist beispielsweise ein Neugeborenes zwar rechtsfähig, aber noch lange nicht handlungsfähig, da es durch sein Handeln keine Rechte und Pflichten begründen und somit keine Rechtswirkungen erzeugen kann.<sup>27</sup> Es braucht zu seiner Vertretung eine vertretungsbefugte Person. Handlungsfähig ist jede geistig gesunde erwachsene Person. Man geht davon aus, dass sie ihre Angelegenheiten vernünftig und sachgerecht ordnen und sich dem Recht gemäß verhalten kann.<sup>28</sup>

Die Handlungsfähigkeit umfasst die Geschäfts- und die Deliktsfähigkeit. Geschäftsfähig ist, wer für sich selbst wirksam Rechtsgeschäfte abschließen kann. Er kann sich durch sein eigenes rechtsgeschäftliches Handeln sowohl berechtigen als auch verpflichten.<sup>29</sup> Deliktsfähig ist, wer sich durch sein eigenes rechtswidriges Handeln zivilrechtlich haftbar und somit schadenersatzpflichtig machen kann. In diesem Zusammenhang sind insb sowohl das Alter als auch der persönliche Gesundheitszustand von Bedeutung.<sup>30</sup>

Neben der Handlungsunfähigkeit aufgrund des Alters besteht somit die Handlungsunfähigkeit aus anderen persönlichen Gründen, insb aufgrund **mangelnder oder geringerer geistiger Fähigkeiten** oder aufgrund einer **temporären**

---

<sup>25</sup> Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, JGS 1811/946. In der Folge sind Paragraphen ohne Gesetzesangabe solche des ABGB idF BGBl I 2016/43.

<sup>26</sup> Vgl dazu S 1175.

<sup>27</sup> *Stellamor/Steiner*, Handbuch Arztrecht I, Arzt und Recht, 1999, 16.

<sup>28</sup> *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup>, 2014, Rz 184.

<sup>29</sup> *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup>, Rz 186.

<sup>30</sup> *Stellamor/Steiner*, Arztrecht I, 16; Vgl außerdem S 14.

**Bewusstseinsstörung.**<sup>31</sup> Diese Personen werden allgemein unter dem Begriff der **sonstigen Pflegebefohlenen**<sup>32</sup> zusammengefasst.

#### 4.1. Handlungsunfähigkeit aufgrund des Alters

Bei der altersbedingten Handlungsunfähigkeit gibt es vier verschiedene Stufen. **Je nach Alter und geistiger Reife** ist die Handlungsfähigkeit unterschiedlich ausgeprägt. Kinder, das sind alle Personen unter 7 Jahren, gelten als voll geschäftsunfähig. Sie können für sich selbst keine bindenden Rechtsgeschäfte abschließen. Im rechtsgeschäftlichen Verkehr brauchen sie einen gesetzlichen Stellvertreter, der für sie tätig wird. Ohne ihren Stellvertreter abgeschlossene Rechtsgeschäfte sind absolut nichtig und können auch nicht nachträglich von diesem genehmigt werden.<sup>33</sup>

Personen zwischen 7 und 14 Jahren, sogenannte unmündige Minderjährige, sind beschränkt geschäftsfähig. Geschäfte, die bloß zu ihrem Vorteil sind, können sie problemlos abschließen. Es kommt dabei darauf an, ob der Minderjährige durch den Abschluss des Geschäfts nur Rechte erwirbt oder sich seinerseits auch zu einer Leistung oä verpflichtet.<sup>34</sup> Alle weiteren Rechtsgeschäfte, die auch eine Verpflichtung beinhalten, sind bis zur Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter schwebend unwirksam.<sup>35</sup> Stimmt der gesetzliche Vertreter nachträglich dem abgeschlossenen Geschäft zu, so wird es für beide Seiten rechtsgültig. In einigen besonders wichtigen Fällen<sup>36</sup> ist darüber hinaus auch eine gerichtliche Genehmigung einzuholen.

Die dritte Stufe bilden die mündigen Minderjährigen, das sind alle Personen zwischen 14 und 18 Jahren. Sie können all das, was auch unmündige Minderjährige können und darüber hinaus selbständig Geschäfte über Inhalte abschließen, die ihnen zu ihrer freien Verfügung

---

<sup>31</sup> *Pilz*, Ärztliche Behandlungen und Einwilligung, 2007, 73. Hier ist vor allem an jene Zustände zu denken, in denen aufgrund übermäßigen Alkohol- oder Drogenkonsums oder eines Schockzustandes nicht die vollen geistigen Fähigkeiten gegeben sind.

<sup>32</sup> Vgl ErläutRV 1420 BlgNR 22.GP 9; *Aicher* in *Rummell/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 21 Rz 1 (Stand 1.7.2015, rdb.at).

<sup>33</sup> *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup>, Rz 189. Eine Ausnahme sieht § 170 Abs 3 vor, nachdem ein Rechtsgeschäft, das ein Kind geschlossen hat und das üblicherweise von Minderjährigen seines Alters geschlossen wird und eine geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens betrifft, mit der Erfüllung der das Kind treffenden Pflichten rückwirkend rechtswirksam wird. Es handelt sich dabei um sogenannte Taschengeldgeschäfte, also bloß kleine alltägliche Geschäfte, wie beispielsweise der Kauf von Süßigkeiten (*Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 170 Rz 3 (Stand 1.3.2015, rdb.at)).

<sup>34</sup> *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup>, Rz 190.

<sup>35</sup> *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 21 Rz 12 (Stand 1.10.2013, rdb.at); *Stellamor/Steiner*, Arztrecht I, 17.

<sup>36</sup> Insb Vermögensangelegenheiten des Kindes; Vgl § 167 Abs 3; sowie §§ 214 - 224 für andere mit der Obsorge betraute Personen.

überlassen wurden. Auch über eigens erworbenes Einkommen können sie frei verfügen. Dies allerdings nur soweit als sie ihre Lebensbedürfnisse dadurch nicht gefährden. Sie können außerdem Dienstverträge, ausgenommen Lehr- und Ausbildungsverträge, für sich selbst abschließen.<sup>37</sup>

#### 4.1.1. Sonderfall: Medizinische Heilbehandlung

Eine besondere Regelung enthält § 173 hinsichtlich der Zustimmung zu **medizinischen Heilbehandlungen**. Das Gesetz enthält nämlich eine Zweifelsregel: Bei mündigen Minderjährigen wird die Einwilligungsfähigkeit angenommen, solange keine gegenteiligen Anhaltspunkte vorliegen. Ab dem Erreichen des 14. Lebensjahres können diese somit nur noch selbständig in medizinische Heilbehandlungen einwilligen. Solange die fehlende Einsichts- und Urteilsfähigkeit nicht bewiesen ist, gilt jeder Mensch als voll handlungsfähig.<sup>38</sup> Da sie jeweils individuell zu beurteilen ist und stark von der geistigen Reife und Entwicklung des Minderjährigen abhängig ist, kann sie in bestimmten Fällen durchaus auch schon früher gegeben sein. Eine abweichende Beurteilung ist demnach durchaus möglich.<sup>39</sup> Es handelt sich immer um eine **Einzelfallentscheidung**, die sich einerseits an den Fähigkeiten des Patienten und andererseits an der Schwere der Behandlung orientiert.<sup>40</sup> Ein Minderjähriger kann über die Einsichts- und Urteilsfähigkeit für die Entscheidung eines eher leichteren Eingriffs verfügen, zur Entscheidungsfällung bezüglich eines schwereren Eingriffs jedoch nicht in der Lage sein. Die gesetzliche Zweifelsregel wirkt sich nur auf die Beweislast aus. Wird die Einwilligungsfähigkeit entgegen der Vermutung angenommen oder abgelehnt, so trägt der Arzt auch die Beweispflicht dafür.<sup>41</sup>

Regelmäßig wird ein unter 14-jähriger Patient eher selten in der Lage sein, seine gesundheitliche Situation voll zu überblicken und die Tragweite seiner Entscheidung zu erfassen und auch dementsprechend zu handeln.<sup>42</sup> Dies zumindest bei schwerwiegenden Behandlungen. Geht man jedoch davon aus, dass ein Minderjähriger bereits ausreichend einsichts- und urteilsfähig ist, so kann nur noch er selbst die Einwilligung zu einer konkreten Heilbehandlung geben. Eine Einwilligung durch seine(n) Obsorgeberechtigten ist dann nicht mehr möglich. Allerdings ist bei Behandlungen, mit denen für gewöhnlich

---

<sup>37</sup> Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 21 Rz 12 (Stand 1.10.2013, rdb.at).

<sup>38</sup> Kopetzki, Unterbringungsrecht II, 1995, 818.

<sup>39</sup> Kletečka in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Kap I.4.4.2.3. (Stand 1.3.2015, rdb.at).

<sup>40</sup> Koziol – Welsch/Kletečka, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup>, Rz 199.

<sup>41</sup> Kletečka in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Kap I.4.4.2.3. (Stand 1.3.2015, rdb.at).

<sup>42</sup> Stellamor/Steiner, Arztrecht I, 19f.

eine schwere oder nachhaltige Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit einhergeht, neben der Einwilligung durch den Minderjährigen darüber hinaus sehr wohl auch die Zustimmung der obsorgebetrauten Person(en) einzuholen.<sup>43</sup> In eine medizinische Behandlung, welche die dauernde Fortpflanzungsunfähigkeit des Minderjährigen zur Folge hat, kann aber weder von dem Minderjährigen selbst noch von seinen gesetzlichen Vertretern eingewilligt werden.<sup>44</sup> Aufgrund der Schwere des Eingriffs ist hier die Zustimmung des voll Geschäftsfähigen selbst notwendig.

Mit Erreichen der Volljährigkeit<sup>45</sup> wird man voll geschäftsfähig und kann nun wirksam und verbindlich alle Arten von Rechtsgeschäften abschließen. Die gesetzliche Vertretung durch die Eltern oder sonstige Obsorgeberechtigte erlischt damit ex lege.<sup>46</sup> Eine Ausnahme hiervon bilden die sonstigen Pflegebefohlenen. Für med Behandlungen heißt dies, dass ab diesem Zeitpunkt nur noch der Patient selbst über die Vornahme bzw Ablehnung einer Behandlung bestimmen kann.

#### 4.2. Handlungsunfähigkeit aus persönlichen Gründen

Zu den sonstigen Pflegebefohlenen gehören einerseits Personen mit **geistiger Behinderung** und andererseits Personen, die an einer **psychischen Störung** leiden. Entgegen der weit verbreiteten Ansicht<sup>47</sup> die Vertretungs- und Entscheidungskompetenz für diese Personen würde von Gesetzes wegen automatisch auf die nächsten Angehörigen übergehen, ist in solchen Fällen ein Sachwalterschaftsverfahren einzuleiten, wobei ein Sachwalter zu bestellen ist, der alle nötigen Angelegenheiten stellvertretend für diese Personen regelt, wenn sie nicht mehr in der Lage sind, diese ohne Gefahr eines Nachteils für sich selbst zu besorgen. Selbstverständlich können aber auch Angehörige diese Sachwalterschaft übernehmen, sofern sie dafür geeignet sind.<sup>48</sup> Dabei ist außerdem stets geboten, den vermeintlichen Willen des Patienten zu eruieren.<sup>49</sup> Dies insb bei Gefahr im Verzug, wenn eine Sachwalterbestellung zu lange dauern würde, als auch bei Personen, die

---

<sup>43</sup> *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup>, Rz 199.

<sup>44</sup> Vgl § 163.

<sup>45</sup> Vollendung des 18. Lebensjahres.

<sup>46</sup> *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup>, Rz 203.

<sup>47</sup> *Deutsch/Lippert*, Kommentar zum Arzneimittelgesetz (AMG)<sup>3</sup>, 2010, 447; *Seichter*, Einführung in das Betreuungsrecht: Ein Leitfaden für Praktiker des Betreuungsrechts, Heilberufe und Angehörige von Betreuten, 2001, 45. Dort wird zwar auf die Situation in Deutschland Bezug genommen, in Österreich sieht die Rechtsauffassung der Bevölkerung aber vergleichbar aus.

<sup>48</sup> *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis<sup>3</sup>, 2003, 134.

<sup>49</sup> ZB weil Angehörige diesen glaubhaft machen.

bloß vorübergehend nicht über die erforderliche Handlungsfähigkeit verfügen, bei denen eine Sachwalterschaft aber nicht geboten ist. Neben behinderten Personen fallen nämlich auch andere – grundsätzlich gesunde – Menschen, die nur vorübergehend ihre Handlungsfähigkeit verlieren, unter den Begriff der **Pflegebefohlenen**. Ein temporärer Verlust der Handlungsfähigkeit könnte beispielsweise auf einen übermäßigen Alkohol- oder Drogenkonsum oder das Erleben eines höchst traumatisierenden Ereignisses und eines damit einhergehenden Schockzustandes zurückzuführen sein. Darüber hinaus sind Personen infolge einer Krankheit oder eines Unfalls, der zum Verlust des Bewusstseins bzw. zentraler kognitiver Fähigkeiten führt, regelmäßig nicht handlungsfähig. Die Handlungsfähigkeit kann auch bloß für ein bestimmtes Geschäft ausgeschlossen sein, da die für dessen Abschluss konkret notwendige Einsichts- und Urteilsfähigkeit nicht vorliegt.

### 4.3. Schutz der sonstigen Pflegebefohlenen

Allen Handlungsunfähigen ist gemeinsam, dass sie unter dem besonderen Schutz des Gesetzes stehen. Ausdruck dieses Schutzes ist es, dass sie selbständig nur beschränkt am Geschäftsverkehr teilnehmen können sollen.<sup>50</sup> Der Sinn darin liegt, sie **vor sich selbst „zu schützen“**, damit sie keine Geschäfte zu ihrem eigenen Nachteil abschließen oder sich auf andere Weise verpflichten können. Auch wenn der Eindruck entstehen mag, eine solche Regelung stelle eine Benachteiligung von geistig Schwächeren dar, so ist dies keinesfalls Intention des Gesetzgebers gewesen. Ganz im Gegenteil ist es doch vielmehr Ziel, diese vor Übervorteilung im Geschäftsverkehr zu schützen und Verstöße, die aus ihrer unzureichenden Einsichtsfähigkeit herrühren, nicht so streng zu ahnden, wie dies bei voll Geschäftsfähigen der Fall wäre.<sup>51</sup> Es handelt sich hierbei eindeutig um eine Fürsorgemaßnahme.<sup>52</sup> Dabei muss eine ernste Gefährdung zu befürchten sein, damit psychisch Kranke und geistig Behinderte auch gegen ihren Willen vor ihrer eigenen Unvernunft gem § 21 geschützt werden können.<sup>53</sup> Um diese Personen jedoch nicht gänzlich vom Geschäftsverkehr auszuschließen, wurden bestimmte Modelle entwickelt, durch welche sie mithilfe eines Stellvertreters daran teilnehmen können. Der Staat kommt hier seiner Fürsorgepflicht nach. Darüber hinaus erhöhen diese Vertretungsmodelle auch

---

<sup>50</sup> Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 21 Rz 2 (Stand 1.10.2013, rdb.at).

<sup>51</sup> Koziol – Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup>, Rz 184.

<sup>52</sup> RIS-Justiz RS0009084.

<sup>53</sup> Malecky, Unvernünftige Verweigerung der Einwilligung in die Heilbehandlung, ÖJZ 1994, 685.

das Gefühl von Rechtssicherheit, sowohl für den Betroffenen selbst als auch seine Kontrahenten.<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> *Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 21 Rz 9 (Stand 1.10.2013, rdb.at).*

## 5. Geschäftsfähigkeit

Grundsätzlich wird man mit Erreichen der Volljährigkeit voll geschäftsfähig. Von dieser allgemeinen Bestimmung gibt es jedoch Ausnahmen. Verfügt der Betroffene nicht über die für das Geschäft erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit, so kann er dieses nicht wirksam abschließen. Ob ein Geschäft demnach wirksam zustande kommt, ist davon abhängig, ob die geistigen Fähigkeiten für die Beurteilung des Geschäfts ausreichen. Nach derzeitiger Rechtslage hat eine Sachwalterschaft den **konstitutiven Verlust der Geschäftsfähigkeit** des Besachwalteten im Wirkungsbereich seines Sachwalters zur Folge. Die Sachwalterschaft führt damit für den Besachwalteten automatisch zu einer Beschränkung der Teilhabe am Rechtsverkehr. Dagegen führt eine Sachwalterbestellung nicht auch automatisch zum Verlust der Einwilligungsfähigkeit des Besachwalteten.<sup>55</sup>

## 6. Deliktsfähigkeit

Die Deliktsfähigkeit beschreibt die Fähigkeit, sich durch eigenes Verhalten **schadenersatzpflichtig** zu machen und das **Unrecht seiner Tat einsehen** zu können.<sup>56</sup> Sie wird häufig auch als „Verschuldensfähigkeit“ bezeichnet. Auch bei der Deliktsfähigkeit gibt es eine Unterscheidung nach dem Alter und nach den geistigen Fähigkeiten. Grundsätzlich wird man mit Erreichen der Mündigkeit, also ab dem 14. Lebensjahr, deliktsfähig und somit persönlich haftbar.<sup>57</sup> Davor haftet die verantwortliche Aufsichtsperson, so sie ihre Aufsichtspflicht verletzt hat. Nur in Ausnahmefällen kann der Unmündige selbst schadenersatzpflichtig werden.<sup>58</sup> Wie auch bei der Handlungsfähigkeit schließen geistige Behinderung, psychische Krankheit und vorübergehende Sinnesverwirrung die Deliktsfähigkeit einer Person aus.<sup>59</sup> Die Deliktsfähigkeit ist für die Beurteilung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit und damit für Entscheidungen in Gesundheitsangelegenheiten nicht von Belangen und kann daher in der vorliegenden Arbeit ausgeklammert werden.

---

<sup>55</sup> *Bernat*, Zwischen Autonomie und Paternalismus: Die Stellung des Demenzkranken im Prozess des Selbstverlustes – ein deutsch-österreichischer Rechtsvergleich, ZfRV 2005/25.

<sup>56</sup> ErläutRV 1461 25. GP 5.

<sup>57</sup> Vgl § 176.

<sup>58</sup> *Stellamor/Steiner*, Arztrecht I, 26.

<sup>59</sup> *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 230.

## 7. Einsichts- und Urteilsfähigkeit

Der Begriff der Einsichts- und Urteilsfähigkeit wurde durch das KindRÄG 2001<sup>60</sup> in das ABGB eingeführt. Sie ist vor allem für **medizinische Behandlungen** von besonderer Bedeutung. In anderen Bereichen, wie etwa dem Unterbringungsrecht, gab es diesen Begriff bereits früher.

Die **Einsichtsfähigkeit** stellt das **kognitive Element** dar und umfasst jene Fähigkeit, Anlass, Grund und die wesentlichen Auswirkungen einer Behandlung zu erfassen.<sup>61</sup> Es kommt darauf an, dass der Patient im Stande ist, die vorliegende Situation, den Eingriff an sich sowie die Folgen seiner Entscheidung zu überblicken und diesen entsprechend zu handeln.<sup>62</sup> Er muss nicht generell einsichtsfähig sein.<sup>63</sup> Es ist lediglich auf die konkrete Situation abzustellen. Intelligenz und Bildungsgrad können das Vorliegen dieser Fähigkeit beeinflussen, jedoch ist bei unzureichender Intelligenz nicht automatisch von mangelnder Einsichtsfähigkeit auszugehen, weshalb solche Personen sehr wohl als handlungsfähig zu klassifizieren sind.<sup>64</sup> Lediglich wenn die intellektuelle Minderbegabung die Willensbildung und Einsichtsfähigkeit des Betroffenen beschränkt, kann ihm die erforderliche Einsichtsfähigkeit abgesprochen werden.<sup>65</sup> Nach Rsp des OGH<sup>66</sup> liegt mangelnde Einsichtsfähigkeit vor, wenn die Person an einer psychischen Krankheit oder einer geistigen Behinderung leidet.

Die **Urteilsfähigkeit** auf der anderen Seite bildet das **voluntative Element** und stellt jene Fähigkeit dar, sich nach dem Erhalt von Informationen einen Willen zu bilden und diesem entsprechend zu verhalten.<sup>67</sup>

Die Einsichts- und Urteilsfähigkeit wurde damals vom Gesetzgeber ins ABGB übernommen, da man die Einwilligung, insb bei medizinischen Behandlungen und sonstigen persönlichen – wie familiären – Angelegenheiten, nicht von den starren Grenzen

---

<sup>60</sup> Bundesgesetz, mit dem das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Ehegesetz, das Unterhaltsvorschussgesetz, die Jurisdiktionsnorm, die Zivilprozessordnung, das Außerstreitgesetz, das Rechtspflegergesetz, die Exekutionsordnung, das Personenstandsgesetz, das Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, das Gerichtsgebührengesetz, die Vierte Durchführungsverordnung zum Ehegesetz, das Jugendwohlfahrtsgesetz 1989, das Bankwesengesetz und das Krankenanstaltengesetz geändert werden (Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 - KindRÄG 2001).

<sup>61</sup> *Stormann*, Medizinische Behandlung und problematische Einwilligungsfähigkeit, in FS Hopf (2007), 209.

<sup>62</sup> *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht, 127.

<sup>63</sup> *Damm*, Die Einwilligung- und Entscheidungsfähigkeit in Medizin und Medizinrecht, MedR 2015 33; 777; *Barth*, Medizinische Maßnahmen bei Personen unter Sachwalterschaft, ÖJZ 2000, 60.

<sup>64</sup> *Aicher in Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 21 Rz 5 (Stand 1.7.2015, rdb.at).

<sup>65</sup> OGH 24.10.2012, 8 Ob 102/12a.

<sup>66</sup> OGH 27.2.1985, 3 Ob 565/84. OGH 19.3.1985, RIS-Justiz RS0014615.

<sup>67</sup> *Stormann*, in FS Hopf (2007) 209.

der Geschäftsfähigkeit abhängig machen wollte, die lediglich eine altersmäßige Unterscheidung vorsah und damit unzureichend auf die konkreten Umstände Rücksicht nimmt.<sup>68</sup> Die Einsichts- und Urteilsfähigkeit ist stets für den Einzelfall zu beurteilen. Sie ist vor allem für die Einwilligungsfähigkeit von großer Bedeutung. Nur wer einsichts- und urteilsfähig ist, kann auch erfolgreich in eine Heilbehandlung einwilligen. Bis dato gibt es jedoch keine gesetzlichen Kriterien, wann vom Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit ausgegangen werden kann.<sup>69</sup>

In der vorliegenden Arbeit werden die Begriffe der Einsichts- und Urteilsfähigkeit sowie der Einwilligungsfähigkeit und Entscheidungsfähigkeit der Einfachheit halber und aufgrund ihrer inhaltlichen Ähnlichkeit weitgehend synonym verwendet.

---

<sup>68</sup> ErläutRV 1461 25. GP 5, 8f.; vgl außerdem S 10 sowie 14ff.

<sup>69</sup> ErläutRV 1461 25. GP 9.

## 8. Einwilligungsfähigkeit

Die Einwilligungsfähigkeit ist klar von der Geschäftsfähigkeit zu unterscheiden.<sup>70</sup> Eine Sachwalterbestellung führt **nicht zum automatischen Verlust** der Einwilligungsfähigkeit des Beschwalteten.<sup>71</sup> Die Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit ist eine Einzelfallentscheidung für die es keine Faustregel gibt. Die Einwilligungsfähigkeit setzt sich aus der **Einsichts-** und aus der **Urteilsfähigkeit**<sup>72</sup> zusammen. Es gibt keine Legaldefinition, vielmehr finden sich in einigen Spezialgesetzen Hinweise zur jeweiligen Einwilligungsfähigkeit.<sup>73</sup> Die Formulierungen sind uneinheitlich, in der Regel auch nicht hinreichend genau und enthalten meist keine detaillierten Kriterien, wann vom Vorliegen der Einwilligungsfähigkeit ausgegangen werden kann.<sup>74</sup> Dabei können sich die Voraussetzungen und Anforderungen voneinander unterscheiden, da sich eine Auslegung immer am jeweiligen Zweck orientiert.<sup>75</sup> Je nachdem wie invasiv eine Behandlung ist bzw wie weitreichend ihre (möglichen) Folgen sind, können somit auch die jeweiligen „Einwilligungsfähigkeiten“ variieren. Im allgemeinen Sprachgebrauch wird der Begriff der Einsichtsfähigkeit häufig synonym mit jenem der Einwilligungsfähigkeit verwendet. Um einwilligungsfähig zu sein muss man aber jedenfalls einsichts- und urteilsfähig **hinsichtlich einer konkreten medizinischen Behandlung** sein.<sup>76</sup> Die Einsichtsfähigkeit ist somit eine **Teil-Kompetenz** der Einwilligungsfähigkeit. Ist ein Patient ausreichend einwilligungsfähig, so kann nur er – auch wenn ein Vertreter für ihn bestellt ist, unabhängig von dessen Wirkungsbereich – in eine Heilbehandlung einwilligen.<sup>77</sup> Es geht also darum, die Kriterien festzulegen, die erforderlich sind, um von einer hinreichenden Handlungsfähigkeit bei persönlichen medizinischen Einwilligungserklärungen ausgehen zu können. Dabei handelt es sich nicht um Eigenschaften, über die der Patient verfügen muss, sondern vielmehr um die Fähigkeit, die es braucht um eine **autonome Entscheidung** bezüglich einer konkreten Behandlung zu treffen.<sup>78</sup> Das Vorliegen der Geschäftsfähigkeit kann Aufschluss über eine mögliche Einwilligungsfähigkeit geben, jedoch ist Geschäftsfähigkeit nicht gleich Einwilligungsfähigkeit. Das Modell der Geschäftsfähigkeit

---

<sup>70</sup> Vgl hierzu S 14ff.

<sup>71</sup> Bernat, ZfRV 2005/25.

<sup>72</sup> Vgl hierzu S 15f.

<sup>73</sup> Vgl ua § 36 UbG, § 8 FMedG, § 38 und § 43 Abs 1 Z 3 AMG, § 8 Abs 3 KAKuG, § 6 ÄsthOpG, §§ 49, 50, 51 Abs 1 Z 5 MPG, § 69 GTG, § 8 Abs 2 BSG, § 8 OTPG.

<sup>74</sup> Kopetzki in Kopetzki (Hrsg), Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, 2002, 1.

<sup>75</sup> Kuhlmann, Einwilligung, 23.

<sup>76</sup> Barth, ÖJZ 2000, 60.

<sup>77</sup> Kletečka in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Kap I.4.4.3. (Stand März 2015, rdb.at).

<sup>78</sup> Kopetzki in Kopetzki (Hrsg), Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, 1f.

ist für diesen Bereich zu unflexibel, da es lediglich auf bestimmte Altersgrenzen abstellt.<sup>79</sup> Bereits *Amelung* hat in diesem Zusammenhang festgestellt, dass in der Regel jeder Geschäftsfähige – mit einzelnen Ausnahmen – auch für einwilligungsfähig erachtet werden kann; jedoch nicht jeder Einwilligungsfähige automatisch auch geschäftsfähig sein muss.<sup>80</sup> Würde man bei der Einwilligungsfähigkeit auf die Geschäftsfähigkeit abstellen, so würde dies dazu führen, dass viele psychisch Kranke und geistig Behinderte, die eines Vertreters bedürfen, auch als einwilligungsunfähig zu erachten wären.<sup>81</sup> Eine solche Vorgehensweise wäre nicht praxisorientiert, da viele Geschäftsunfähige immerhin hinsichtlich einer konkreten Behandlung sehr wohl einwilligungsfähig sein können. Es ist demnach zwischen der Fähigkeit, den Behandlungsvertrag selbständig abzuschließen und damit geschäftsfähig zu sein und der Fähigkeit, in die konkrete Behandlung einzuwilligen und damit einwilligungsfähig zu sein, zu differenzieren.<sup>82</sup> Ein Geschäftsfähiger kann somit in einzelnen Fällen sehr wohl einwilligungsunfähig sein. Genauso kann aber auch ein Geschäftsunfähiger in manchen Fällen einwilligungsfähig sein. Das Alter kann daher nur Anhaltspunkt für eine konkrete Einwilligungsfähigkeit sein, keinesfalls jedoch eine starre Vorgabe. Grundsätzlich lässt sich erkennen, dass der Gesetzgeber bei schwereren Rechtsgutsbeeinträchtigungen oder jenen, die dauerhafte Folgen nach sich ziehen, strengere Anforderungen an die Einwilligungsfähigkeit stellt,<sup>83</sup> während bei leichteren uU nicht invasiven Eingriffen, die Bedingungen gelockert sind.

### 8.1. Anforderungen an die Einwilligungsfähigkeit

Grundsätzlich kann in Heilbehandlungen und sonstige medizinische Eingriffe nur der Patient selbst einwilligen. Die Einwilligungsfähigkeit ist immer im **Einzelfall** zu prüfen und Aufgabe des **behandelnden Arztes**. Dieser muss dazu Parameter wie Alter, psychische Verfassung, Gesundheitszustand, Herkunft, Bildung usw berücksichtigen und seine Aufklärung dementsprechend ausrichten.<sup>84</sup> Darüber hinaus ist bei der Beurteilung der

---

<sup>79</sup> *Posselt-Wenzel*, Medizinische Eingriffe bei geistig behinderten Menschen, 2003, 56.

<sup>80</sup> *Amelung*, Über die Einwilligungsfähigkeit (Teil I), ZStW 104 1992, 529; vgl dazu eingehend S 24ff.

<sup>81</sup> *Posselt-Wenzel*, Medizinische Eingriffe, 56.

<sup>82</sup> *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner*, Kap IV Rz 61; *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen, 1996, 62.

<sup>83</sup> *Amelung*, ZStW 104 1992, 530.

<sup>84</sup> *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht, 127. Vgl dazu eingehend S 48ff.

Einsichtsfähigkeit insb auf die konkrete Behandlung, über die verfügt werden soll und die generelle gesundheitliche Verfassung der betroffenen Person Bedacht zu nehmen.<sup>85</sup>

Die konkret erforderliche Einwilligungsfähigkeit muss „lediglich“ **im Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung** gegeben sein, nicht jedoch im Zeitpunkt der Behandlung selbst. Die Entscheidung des Patienten, der einsichts- und urteilsfähig in eine Behandlung einwilligt oder diese ablehnt, ist demnach auch verbindlich, wenn er im späteren Behandlungszeitpunkt nicht mehr über die erforderliche Einwilligungsfähigkeit verfügt.<sup>86</sup>

Ein Arzt – der zweifelsfrei die Stellung eines Sachverständigen einnimmt – sollte in den meisten Fällen grundsätzlich in der Lage sein, zu erkennen, ob sein Patient über die nötige Einwilligungsfähigkeit verfügt. Problematisch ist jedoch, dass nicht bei jeder Krankheit konstant die selbe Einsichtsfähigkeit gegeben oder nicht gegeben ist. Einige Krankheiten zeichnen sich gerade dadurch aus, dass der Patient schubweise voll urteilsfähig sein kann und die Reichweite seiner Entscheidungen überblickt, um kurze Zeit später in einen Gesundheitszustand zurückzufallen, in dem er nicht über die erforderliche Einsichtsfähigkeit verfügt.<sup>87</sup> Auch wenn der Patient im späteren Zustand der Einwilligungsunfähigkeit seine Zustimmung **zurückziehen** möchte, ist dies nicht rechtlich bindend.<sup>88</sup> Dies deshalb, da er für das Zurückziehen seiner Einwilligungserklärung abermals die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit aufweisen muss, über die er ja gerade nicht verfügt.<sup>89</sup> Die Anforderungen an die Einsichts- und Urteilsfähigkeit werden in diesem Fall aber nicht so streng sein, wie bei der Abgabe der Zustimmung. Damit soll bei eindeutiger Erkennbarkeit und wenn man davon ausgehen kann, dass der Betroffene die Konsequenzen seiner Entscheidung im erforderlichen Maß überblicken kann, ein Widerruf sehr wohl möglich sein. Sträubt sich der Patient erkennbar gegen die Vornahme einer konkreten Behandlung, wird der behandelnde Arzt gut daran tun, die Einwilligungsfähigkeit zumindest einer nochmaligen Prüfung zu unterziehen und die Behandlung aufzuschieben, bis die Zweifel aus dem Weg geräumt sind. Es kann in diesem

---

<sup>85</sup> *Stabentheiner* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 283 Rz3 (Stand 1.7.2015, rdb.at).

<sup>86</sup> *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 850.

<sup>87</sup> *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 820.

<sup>88</sup> *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 158.

<sup>89</sup> Vgl dazu S 28. Außerdem *Kletečka-Pulker* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Kap I.1.15. (Stand April 2016, rdb.at); *Kuhlmann*, Einwilligung, 91; *Kopetzki*, Einleitung und Abbruch der medizinischen Behandlung beim einwilligungsunfähigen Patienten – Praktische Auswirkungen der gesetzlichen Neuerungen durch PatVG und SWRÄG, iFamZ 2007, 198. Ganz allgemein sind beim Widerruf einer Willenserklärung die selben Anforderungen an diese zu stellen wie bei deren Erklärung/Errichtung; vgl dazu zB § 718. Anders aber der Widerruf einer Patientenverfügung vgl hierzu S 168ff.

Fall außerdem zusätzlich auf den mutmaßlichen Patientenwillen zurückgegriffen werden, der hier zweifelsfrei zu eruieren wäre, um eine Behandlung gegebenenfalls vorzunehmen oder zu unterlassen.<sup>90</sup> Ist dies nicht möglich, so ist das Gericht anzurufen und erforderlichenfalls ein Vertreter zu bestellen. In diesem Zusammenhang kann es auch dazu kommen, dass ein Patient im Laufe der Behandlung seine Einwilligungsfähigkeit verliert. Dies entweder aufgrund einer allgemeinen Verschlechterung seines Gesundheitszustandes oder in Folge einer Risikoverwirklichung oder Medikamentenreaktion. Die Einwilligungserklärung des Patienten gilt in diesem Fall aber weiter fort, da dies sonst zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen würde. Abgesehen davon ist es – wie bereits erörtert – lediglich notwendig, dass der Patient im Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung einwilligungsfähig war. Auch kann man davon ausgehen, dass es im Interesse des Betroffenen ist, die Behandlung, in die er bereits eingewilligt hat, zu Ende zu führen. Handelt es sich um einen längeren Behandlungsverlauf und ist eindeutig zu erkennen, dass der Patient seine Zustimmung zurückziehen möchte, so ist wieder nach dem mutmaßlichen Patientenwillen zu forschen.<sup>91</sup> Eine während eines *lucidum intervallum*s abgegebene Willenserklärung ist für den Arzt trotzdem bindend, auch wenn später wieder der Zustand vollkommener Einwilligungsunfähigkeit eintritt, da es auch hier wieder lediglich darauf ankommt, dass der Patient zum Zeitpunkt des Aufklärungsgesprächs und der darauf fußenden Zustimmungserklärung hinreichend einsichtsfähig ist bzw war.<sup>92</sup> Kritisch ist jedenfalls, wie sich der kurzzeitig verbesserte geistige Zustand auf die Tatsache auswirkt, dass grundsätzlich zwischen dem ärztlichen Aufklärungsgespräch und der abgegebenen Einwilligungserklärung eine angemessene Frist zum Überlegen verstreichen muss. Der Zustand voller geistiger Zurechnungsfähigkeit wird sich in diesem Fall in der Regel nicht mit der Dauer einer hinreichenden Überlegungsfrist decken. Eine bei kurzfristiger Einwilligungsfähigkeit abgegebene Zustimmung kann daher als übereilt gelten. Nur wenn zwischen Aufklärungsgespräch und Einwilligung eine angemessene Überlegungsfrist eingehalten wurde und der Zustand der Einsichtsfähigkeit des Patienten während dieser Zeit anhält, kann auch ein an sich Beschwalteter – und damit grds Einwilligungsunfähiger – wirksam seine Zustimmung zu einer Behandlung abgeben.

---

<sup>90</sup> Zum speziellen Widerruf einer Behandlungsverweigerung vgl S 168ff.

<sup>91</sup> *Kuhlmann*, Einwilligung, 93.

<sup>92</sup> *Prutsch*, Die ärztliche Aufklärung, 2004, 91; *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 157.

Bei erheblichen medizinischen Eingriffen ist außerdem ein **strengerer Maßstab** anzusetzen, als bei weniger schweren oder alltäglichen Routineeingriffen.<sup>93</sup> Wenn es mehrere Behandlungsoptionen gibt, werden höhere Anforderungen an die Einsichts- und Urteilsfähigkeit als bei einer einzigen Behandlungsmethode gestellt. Dies deshalb, weil sichergestellt werden soll, dass der Patient, alle alternativen Eingriffsmöglichkeiten überblickt und sich aufgrund derer ein Urteil bilden und für eine bestimmte Behandlung entscheiden kann. Bei unaufschiebbaren, akuten Eingriffen werden die Anforderungen an die Einsichtsfähigkeit dafür in der Regel nicht so streng geprüft wie bei aufschiebbaren, erst in einiger Zeit anstehenden Behandlungen.<sup>94</sup>

Daneben ist bei der Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit zu beachten, ob der Betroffene überhaupt in der Lage ist, zu **erkennen**, dass er an einer Krankheit leidet und eine Behandlung erforderlich ist. Hält er sich ohnehin für gesund oder nimmt seine gesundheitliche Verfassung nicht ausreichend ernst, kann er gar nicht erst für die Behandlung einsichts- und urteilsfähig sein. Zu denken ist dabei insb an den Demenzkranken, der sich nur für vergesslich hält und dies als eine typische Alterserscheinung abtut.<sup>95</sup> Für ihn ist der Behandlungsbedarf nicht erkennbar, weshalb er selbst nicht wirksam über die Vornahme bzw Unterlassung der Behandlung entscheiden kann.

Falls der zu Behandelnde nicht über die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügt, so ist die Zustimmung von einer anderen Person **vertretungsweise** einzuholen.

## 8.2. Zusammenfassung

Es lässt sich erkennen, dass Handlungs-, Geschäfts- und Einwilligungsfähigkeit miteinander zusammenspielen, aber durchaus unabhängig voneinander vorliegen können. Für die Zustimmung zu medizinischen Heilbehandlungen ist insb die individuelle Einwilligungsfähigkeit von Bedeutung. Die anderen beiden Fähigkeiten können zwar Aufschluss über die Einwilligungsfähigkeit geben, dies ist aber nicht notwendig der Fall. Überdies lässt sich festhalten, dass auch bei Vorliegen einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung sehr wohl die Einsichtsfähigkeit für eine konkrete Behandlung gegeben sein kann. Sie ist daher stets individuell zu beurteilen, da sie auch je nach

---

<sup>93</sup> Vgl hiezu *Erhard*, Die Einwilligungsfähigkeit des Patienten, *Lege artis* 2012; 2: 292–295, 293.

<sup>94</sup> *Ulsenheimer*, *Arztstrafrecht*, 127; OGH 3.9.1996, 10 Ob 2350/96b; RIS-Justiz RS0038169.

<sup>95</sup> *Kuhlmann*, *Einwilligung*, 29.

medizinischer Behandlung variieren kann. Es gibt keine standardisierten Vorgaben, die sich als Schablone auf den jeweiligen Fall legen lassen. Eine solche Vorgehensweise ist zu begrüßen, da es sich bei Gesundheitsangelegenheiten um einen höchst sensiblen Bereich handelt, in dem dem Betroffenen die Fähigkeit zur selbständigen Entscheidungsfindung so lange als möglich eingeräumt werden soll. Starre Altersgrenzen würden diesem Interesse zuwiderlaufen. Wesentlich ist daher, dass dem Patienten seine Lage, die medizinische Diagnose, sowie die Bedeutung und Tragweite seiner Entscheidungen bewusst sind. Dabei kann durchaus auch Hilfe von außen zurückgegriffen werden. Kann er diese Faktoren schlussendlich überblicken sowie verstehen und entsprechend beurteilen, kann in der Regel von einer ausreichenden Einwilligungsfähigkeit ausgegangen werden.

## 9. Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit

Es wurde immer wieder beanstandet, dass sich die Einwilligungsfähigkeit mangels näherer gesetzlicher Konkretisierungen in der Praxis nur **schwer messen** lasse und sich dadurch ein Konflikt mit dem rechtsstaatlichen Prinzip ergeben könnte.<sup>96</sup> Im medizinischen Alltag liegt die Beurteilung beim **behandelnden Arzt**. Es handelt sich aber um einen rechtlichen Begriff. Sinn und Zweck, damit gleich den Arzt zu befassen, ist wohl, die Gerichte zu entlasten.<sup>97</sup> Im gerichtlichen Verfahren obliegt die Beurteilung dem zuständigen Richter, der sich dabei von Meinungen und Ansichten von Sachverständigen leiten lassen kann, aber nicht muss. Die Beurteilung erfolgt anhand medizinischer Kriterien, weshalb das Zuziehen medizinischer Sachverständiger ratsam ist.<sup>98</sup> Bei mündigen Minderjährigen wird die Einwilligungsfähigkeit jedenfalls vermutet.<sup>99</sup> Nur wenn **Zweifel** bestehen, hat der Arzt diese konkret zu überprüfen, ansonsten reicht ein kurzes Betrachten. Dabei ist fraglich, wann von ausreichenden Zweifeln auszugehen ist. Dies lässt sich pauschal nicht sagen, sondern ist jeweils für den **Einzelfall** zu prüfen, da auch die konkrete Einwilligungsfähigkeit von Fall zu Fall unterschiedlich ausgeprägt sein muss. Bei schweren Eingriffen, wenn also hohe Anforderungen an die Einwilligungsfähigkeit gestellt werden, sind bereits leichte Zweifel ausreichend. Leichtere Eingriffe werden dafür nicht so streng bewertet.<sup>100</sup> Bei der Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit ist diese demnach immer **in Relation** zu setzen.<sup>101</sup> Für die Beurteilung kann der behandelnde Arzt nur das vom Betroffenen nach außen erkennbare Verhalten heranziehen. Er macht dies insb durch Interviews, das äußere Erscheinungsbild, die Reaktion auf einzelne Fragen bzw Themen, die Stimmung, das mitmenschliche Verhalten des Patienten und – sofern dies möglich ist – einen Vergleich zu dem in der Vergangenheit gesetzten Verhalten. Es ist auf das Gesamtbild, das der Patient von sich präsentiert, abzustellen. Zusätzlich kann mit medizintechnischen Hilfsmitteln, wie der Computertomographie (CT) oder der Elektroenzephalographie (EEG), die Leistungsfähigkeit des Gehirns festgestellt werden.<sup>102</sup> Diese können jedoch nur zusätzlich Aufschluss geben. Eine Beurteilung allein anhand dieser Hilfsmittel ist nicht ausreichend. Tatsächlich handelt es sich bei Entscheidungen von

---

<sup>96</sup> *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 823.

<sup>97</sup> *Schauer*, ÖJZ 2007, 182.

<sup>98</sup> *Kuhlmann*, Einwilligung, 45.

<sup>99</sup> Vgl § 173 Abs 1 sowie S 11f.

<sup>100</sup> *Kuhlmann*, Einwilligung, 34. Vgl außerdem S 18ff.

<sup>101</sup> *Kopetzki* in *Kopetzki (Hrsg.)*, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, 2.

<sup>102</sup> *Kuhlmann*, Einwilligung, 66.

Gesundheitsangelegenheiten oft um „**innerpsychische Vorgänge**“, die empirisch nur schwer feststellbar sind.<sup>103</sup> Der Arzt hat durch zwischenmenschliches Feingefühl auch zu versuchen, diese emotionalen Kriterien in seine Bewertung miteinfließen zu lassen. Auch wenn die Feststellung somit überwiegend auf äußerlich beobachtbaren Umständen beruht und damit eine gewisse Unsicherheit verbunden ist, so hat man sich dennoch darauf geeinigt, dass die Einwilligungsfähigkeit dadurch zumindest grob klinisch festgestellt werden kann und die rechtsstaatlichen Bedenken damit aus dem Weg geräumt.<sup>104</sup> Darüber hinaus wird immer wieder kritisiert, dass mit der Beurteilung durch den behandelnden Arzt eine gewisse **Manipulationsgefahr** einhergehen kann. Dies abhängig davon, ob der Patient einer angeratenen Behandlung zustimmen wird oder nicht.<sup>105</sup> Willigt er einer vom Arzt vorgeschlagenen Maßnahme nicht zu, so kann die erhöhte Gefahr bestehen, dass ihm vom Arzt die Einwilligungsfähigkeit abgesprochen wird. Dies ist jedoch ein Risiko, mit dem man sich abfinden muss und das sich auch in anderen Rechtsbereichen regelmäßig nicht vermeiden lässt. Sollte ein Arzt tatsächlich so vorgehen, so handelt er selbstverständlich rechtswidrig.

In der Praxis haben sich zu einer einfacheren Beurteilung bereits zahlreiche **Testverfahren** entwickelt, die jedoch ebenfalls regelmäßig mit dem Problem der unzureichenden Feststellung von psychischen Vorgängen zu kämpfen haben. Sie sollen in der Folge dargelegt werden.

### 9.1. Einwilligungsfähigkeit nach Amelung

Der deutsche Strafrechtswissenschaftler *Knut Amelung* hat als einer der Ersten die Problematik der Einwilligungsfähigkeit thematisiert. Er behandelt die grundlegenden Probleme zwar in erster Linie für den Bereich des **Strafrechts**, jedoch geht er auch explizit auf Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Einwilligung zu medizinischen Behandlungen ein. Seine Ansätze wurden sowohl in Forschung als auch in Lehre immer wieder aufgenommen und dienen in vielerlei Hinsicht als Vorlage für die heutige Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit, weshalb im Folgenden genauer auf sie eingegangen werden soll. *Amelung* bezeichnet eine Person als einwilligungsfähig, wenn sie

---

<sup>103</sup> *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 823.

<sup>104</sup> *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 825.

<sup>105</sup> *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 826.

in der Lage ist, ihre Interessen vernünftig wahrzunehmen.<sup>106</sup> Er hat zur Beurteilung dessen drei Fähigkeiten herausgearbeitet. Die Einwilligungsfähigkeit umfasst seiner Ansicht nach zum einen die **Fähigkeit zur vernünftigen Wertung** sowie die **Fähigkeit zur Erkenntnis von Tatsachen und Kausalverläufen** und zum anderen die **Fähigkeit zur einsichtsgemäßen Selbstbestimmung**. Nur wenn alle drei Fähigkeiten **kumulativ** vorliegen, gilt die Person als einwilligungsfähig.<sup>107</sup>

#### 9.1.1. Fähigkeit zur vernünftigen Bewertung

Die erste Fähigkeit, die **Fähigkeit zur vernünftigen Bewertung**, stellt also darauf ab, ob der Betroffene in der Lage ist, zu erkennen, welchen Wert das tangierte Rechtsgut für ihn hat. Es handelt sich dabei um eine **subjektive** Entscheidung, die auf die eigenen Interessen abstellt. Es geht darum, ob der Patient in der Lage ist, seine momentane Situation gegenüber jener nach dem Eingriff abzuwägen. Ob es ihm möglich ist, die potenziellen Gefahren<sup>108</sup> einem Unterlassen der Behandlung gegenüberzustellen und die beiden Rechtsgüter gegeneinander **abzuwägen**. Dabei hat er sich zu fragen, ob eine mögliche Verwirklichung eines Risikos für ihn schwerer wiegt als der gegenwärtige ebenfalls beeinträchtigende Zustand. Auf eine objektiv richtige oder objektiv vernünftige Ansicht kommt es nicht an, da die autonome Selbstbestimmung des Einzelnen geschützt werden soll. Nicht jeder misst einem bestimmten Rechtsgut denselben Wert bei. Auch wenn man um einen Vergleich mit einer objektiv repräsentativen Gruppe nicht ganz herumkommen wird, ist dennoch nicht auf die gesellschaftliche Akzeptanz abzustellen, da dies dem Prinzip der Autonomie widerspräche.<sup>109</sup> Es ist wesentlich, dass die individuelle Wertung **vernünftig** ist; vernünftig im Sinne von nachvollziehbar und einleuchtend. Eine nicht vernünftige Entscheidung kann ja gerade Ausfluss der Krankheit des Betroffenen sein. Die Wertung, ob eine Ansicht vernünftig ist, erfolgt demnach oft anhand allgemeiner objektiver Maßstäbe. Jedoch ist dabei stets die konkrete Situation des Betroffenen zu berücksichtigen und sich bestmöglich in diesen hineinzuversetzen. Im Allgemeinen lässt sich natürlich sagen, dass einer Person, die eine objektiv nachvollziehbare Entscheidung trifft, weniger leicht die Einwilligungsfähigkeit abgesprochen werden wird als bei einer nicht nachvollziehbaren Einwilligung.<sup>110</sup> Insb bei älteren Menschen kann es vorkommen, dass sie eine Entscheidung treffen, die für die „jüngere Generation“ nicht nachvollziehbar

---

<sup>106</sup> Amelung, ZStW 104 1992, 544.

<sup>107</sup> Amelung, ZStW 104 1992, 551; Barth, ÖJZ 2000, 62; Engljählinger, Ärztliche Aufklärungspflicht, 152.

<sup>108</sup> Wie zB Verwirklichung eines Operationsrisikos, Nebenwirkungen etc.

<sup>109</sup> Brauer, Autonomie und Familie, 15.

<sup>110</sup> Amelung, Über die Einwilligungsfähigkeit (Teil II), ZStW 104 1992, 831f.

ist. Dies ist unter anderem auf eine differenzierte Weltanschauung, aber auch Erziehung, bereits gemachte Erfahrungen und eine sich verändernde Lebenseinstellung im fortschreitenden Alter zurückzuführen. Auch folgen sie oft einem anderen Wertesystem und setzen ihre Prioritäten anders als dies junge Menschen machen.<sup>111</sup> Die Tatsache allein, dass ein Patient entgegen einer allgemein vernünftigen Ansicht entscheidet, führt jedoch, wie gesagt, noch nicht zur Einwilligungsunfähigkeit. Dies kann aber dann der Fall sein, wenn sein unvernünftiger Entschluss als Folge seiner Krankheit zu qualifizieren ist.<sup>112</sup> Dabei ist es schwierig, abzugrenzen, wann eine Entscheidung des Patienten in einem so krassen Missverhältnis zu einer objektiven Entscheidung steht, dass auf eine psychische Krankheit oder geistige Behinderung geschlossen werden kann.<sup>113</sup> Oft ist die Verzerrung des subjektiven Wertesystems Charakteristikum einer bestimmten Erkrankung.<sup>114</sup> In diesem Zusammenhang ist insb an Personen zu denken, die an einer psychischen Krankheit<sup>115</sup> leiden. Eine typische Folge ihres Gesundheitszustandes ist es, nicht mehr über ein vernünftiges Wertesystem zu verfügen und sich dementsprechend zu verhalten. Anders verhält es sich aber bei Patienten, die an einer lebensbedrohlichen Krankheit leiden. Ihr Wertesystem wird durch die Krankheit noch nicht verschoben, auch wenn eine Entscheidung den Betroffenen unter Druck setzen mag. Welchem Rechtsgut er jedoch schlussendlich welchen Rang zuordnet, bleibt eine subjektive Entscheidung und ist als autonome Selbstbestimmung zu respektieren.<sup>116</sup> Dabei können auch religiös motivierte Entscheidungen objektiv nicht nachvollziehbar sein.<sup>117</sup> Sie rechtfertigen aber nicht dazu, dem Patienten seine Einwilligungsfähigkeit abzuspochen. Schon gar nicht rechtfertigen sie, den Betroffenen als psychisch krank oder geistig behindert einzustufen. Wem steht zu, darüber zu urteilen, ob eine Entscheidung aus religiös motivierten Gründen unvernünftig ist oder nicht?<sup>118</sup>

#### 9.1.2. Fähigkeit zur Erkenntnis von Tatsachen und Kausalverläufen

Als zweite Fähigkeit nennt Amelung die **Fähigkeit zur Erkenntnis von Tatsachen und Kausalverläufen**. Es handelt sich dabei weitgehend um eine **intellektuelle Fähigkeit**, bei der es darauf ankommt, ob der Patient in der Lage ist, sein bereits vorhandenes bzw neu

---

<sup>111</sup> Kuhlmann, Einwilligung, 25.

<sup>112</sup> Amelung, ZStW 104 1992, 553.

<sup>113</sup> Malecky, ÖJZ 1994, 685.

<sup>114</sup> Amelung, ZStW 104 1992, 552.

<sup>115</sup> ZB Schizophrenie.

<sup>116</sup> Amelung, ZStW 104 1992, 552.

<sup>117</sup> Malecky, ÖJZ 1994, 685.

<sup>118</sup> Vgl Zeugen Jehovas, die die Annahme fremder Blutkonserven per se ablehnen.

erworbenes Wissen anzuwenden und gegebenenfalls zu verknüpfen.<sup>119</sup> Es soll festgestellt werden, ob der Patient seine konkrete medizinische Situation überhaupt begreifen kann.<sup>120</sup> Fraglich ist, ob er dem Gespräch mit dem Arzt folgen kann, ob er die (alternativen) angesprochene(n) Heilbehandlung(en) versteht sowie die Folgen und Konsequenzen bei Unterlassen einer Behandlung. Er muss die Tatsachen, aus denen sich der Wert des betroffenen Rechtsgutes ergibt, erkennen und verstehen können. Außerdem muss es ihm möglich sein, Prognosen über die Vornahme und Unterlassung der Behandlung zu verstehen, die damit einhergehenden möglichen Folgen und Entwicklungen zu begreifen sowie diese hinreichend zu beurteilen. Nachdem es gerade bei medizinischen Aufklärungsgesprächen häufig der Fall ist, dass der Betroffene für ihn völlig neue Informationen erhält, die oft sehr komplex sind, werden keine überdurchschnittlich hohen Anforderungen an diese Fähigkeit gestellt. Wesentlich ist aber, dass der Patient mit Unterstützung seines Arztes seine Diagnose erfassen kann. Er muss dazu die wesentlichen Funktionen der betroffenen Organe und Körperteile und die vorgeschlagene Therapie, den zu erwartenden Krankheitsverlauf und die Entwicklungen und Wahrscheinlichkeiten der diversen Möglichkeiten erfassen können. Dabei ist eine Beurteilung nach medizinischem Wissensstand zum aktuellen Zeitpunkt relevant. *Amelung* gibt bei dieser zweiten Fähigkeit außerdem zu bedenken, dass es gerade im medizinischen Bereich oft nicht möglich sein wird, einwandfreie Prognosen zu stellen. Gerade in der Medizin kann es aufgrund der rasant fortschreitenden Forschung immer passieren, dass eine Methode, die jahrzehntelang als der Standard gehandhabt wurde, plötzlich als überholt gilt oder sich aufgrund neuer Erkenntnisse neue Möglichkeiten bieten. Es liegt sowohl dem Arzt als auch dem Patienten fern, solche Verläufe in der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen, weshalb immer auf eine ex-ante Beurteilung abzustellen ist.<sup>121</sup> Dazu ist auch notwendig, dass der behandelnde Arzt das Gespräch den intellektuellen Fähigkeiten seines Patienten anpasst. Es kommt auch hier wieder darauf an, dass der Betroffene eine halbwegs nachvollziehbare vernünftige Ansicht und Beurteilung seines Zustandes und der möglichen Entwicklungen hat. Dabei sind auch Auswirkungen der Behandlung bzw deren Unterlassen auf sonstige Lebensbereiche<sup>122</sup> des Betroffenen zu berücksichtigen.<sup>123</sup> Die Fähigkeit wäre ihm

---

<sup>119</sup> *Amelung*, ZStW 104 1992, 553f.

<sup>120</sup> *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 817.

<sup>121</sup> *Kuhlmann*, Einwilligung, 26ff.

<sup>122</sup> ZB Beruf oder private zwischenmenschliche Beziehungen, aber auch finanzielle Auswirkungen.

<sup>123</sup> *Kuhlmann*, Einwilligung, 28.

abzusprechen, wenn der Patient an Geister glaubt.<sup>124</sup> Aber auch wenn er an sehr starken Schmerzen leidet und sich deshalb nicht konzentrieren kann, kann seine Fähigkeit in diesem Punkt uU nicht gegeben sein.<sup>125</sup>

### 9.1.3. Fähigkeit zur einsichtsgemäßen Selbstbestimmung

Als dritte Fähigkeit führt *Amelung* die **Fähigkeit zur einsichtsgemäßen Selbstbestimmung** an. Kern dieser Befähigung ist es, sich den eigenen Erkenntnissen und Bewertungen **entsprechend zu verhalten**. Verfügt der Betroffene über die ersten beiden Fähigkeiten, hat dies noch nicht zwangsläufig zur Folge, dass auch die dritte gegeben ist. Hier stellt sich das Problem, dass Betroffene zwar häufig in der Lage sind, das betroffene Rechtsgut entsprechend ihrer Ansicht zu bewerten, aber nicht auch entsprechend handeln zu können. *Amelung* führt das Beispiel der Drogensüchtigen an, die zwar ein drogenfreies Leben bevorzugt, aufgrund ihrer Sucht aber nicht ohne diese leben kann.<sup>126</sup> Aber auch wenn ein Patient zu ängstlich ist und sich so sehr vor einer Behandlung fürchtet, dass er außerstande ist eine Entscheidung zu treffen, ist ihm die Einwilligungsfähigkeit zu versagen.<sup>127</sup> Eine zu strenge Beurteilung würde nämlich dazu führen, dass die Einwilligungsfähigkeit in vielen Fällen abzusprechen wäre.

Dadurch wird oft nicht gefordert, sich entsprechend seiner Einsicht verhalten zu können, sondern sich **entsprechend seiner Einsicht zu bestimmen**.<sup>128</sup>

*Amelung* hält abschließend außerdem fest, dass das Vorliegen dieser drei Fähigkeiten für die Einholung einer Einwilligungserklärung genauso relevant ist, wie für die Versagung oder den **Widerruf** einer solchen Erklärung. Wenn demnach eine bereits erteilte Zustimmung zurückgezogen werden soll, so sind an die Einwilligungsfähigkeit dieselben Maßstäbe zu setzen und muss auch hier der Betroffene über alle drei Fähigkeiten verfügen.<sup>129</sup> Wesentlich ist, dass alle **drei** Fähigkeiten vorliegen müssen, um als ausreichend einwilligungsfähig angesehen werden zu können. Bereits das Fehlen einer Fähigkeit schließt die Einwilligungsfähigkeit als Ganzes aus.

---

<sup>124</sup> *Amelung*, ZStW 104 1992, 554.

<sup>125</sup> *Kuhlmann*, Einwilligung, 27.

<sup>126</sup> *Amelung*, ZStW 104 1992, 555.

<sup>127</sup> *Barth*, ÖJZ 2000, 62; *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 152; *Kuhlmann*, Einwilligung, 42.

<sup>128</sup> *Amelung*, ZStW 104 1992, 556.

<sup>129</sup> *Amelung*, ZStW 104 1992, 556.

## 9.2. Einwilligungsunfähigkeit nach Helmchen<sup>130</sup>

Die deutschen Forscher *Helfried Helmchen* und *Hans Lauter* entwickelten eine Liste an Kriterien, die dem behandelnden Arzt als Richtlinie dienen sollte und bei deren Vorliegen er sich dazu veranlasst fühlen sollte, die Einwilligungsfähigkeit des Patienten genauer zu prüfen.<sup>131</sup> Nach dieser Liste soll die Einwilligungsfähigkeit angezweifelt werden, wenn der Betroffene entweder seine konkrete gesundheitliche Situation oder die damit verbundenen Informationen nicht versteht, wenn er die Informationen nicht in der Weise nutzen kann um eine realitätsbezogene, vernünftige und angemessene Entscheidung oder bei mehreren Optionen eine solche Wahl zu treffen. Auch wenn er zwar eine Wahl trifft, diese aber nicht als authentisch und seinen Werten entsprechend angesehen werden kann, ist die Einwilligungsfähigkeit genauer zu überprüfen. Im Grunde orientieren sich diese Merkmale an der Definition *Amelungs*. In weiterer Folge sprechen *Helmchen* und *Lauter* aber von vier Fähigkeiten, welche gegeben sein müssen um von einer ausreichenden Einwilligungsfähigkeit ausgehen zu können. Der Betroffene muss seine Situation **verstehen**, die Informationen **verarbeiten** sowie **bewerten** können und schließlich seinen Willen dementsprechend **fassen** wie auch **äußern** können. Die zweite von *Amelungs* Fähigkeiten, nämlich jene zur Erkenntnis von Tatsachen und Kausalverläufen wird bei *Helmchen* und *Lauter* auf zwei Fähigkeiten aufgeteilt. Eine eingehende Behandlung der einzelnen Fähigkeiten ist entbehrlich, da sie weitgehend den Definitionen *Amelungs* entsprechen.<sup>132</sup> Ergänzend listet *Helmchen* bei jeder der vier Voraussetzungen spezifische Verhaltensmuster auf, die die jeweilige Fähigkeit anzweifeln lassen oder gar ganz ausschließen können.<sup>133</sup>

## 9.3. Der Mac Arthur Competence Test<sup>134</sup>

Um für die Praxis ein Verfahren zu schaffen, das die Einwilligungsfähigkeit möglichst einfach und schnell überprüfbar macht, wurde in den USA der **Mac Arthur Competence Test** („**MacCAT**“) entwickelt, mit dessen Hilfe anhand einiger Parameter beurteilt werden

---

<sup>130</sup> Für nähere, insb detaillierter Nachweise vgl *Helmchen/Amelung*, Dürfen Ärzte mit Demenzzkranken forschen?: Analyse des Problemfeldes Forschungsbedarf und Einwilligungsproblematik, 1995.

<sup>131</sup> *Kröber*, Psychiatrische Kriterien zur Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit, Rechtsmedizin 1998, 42.

<sup>132</sup> Vgl dazu S 24ff.

<sup>133</sup> *Kröber*, Rechtsmedizin 1998, 43ff.

<sup>134</sup> In der Folge sollen die im angolanerikanischen Raum entwickelten Testverfahren aufgrund ihrer mangelnden Relevanz für die Beurteilung der österreichischen Rechtslage nur überblicksartig und anhand von Sekundärliteratur dargestellt werden.

soll, ob und inwieweit eine bestimmte Person einwilligungsfähig ist. Der Test wird im angloamerikanischen Raum als der „Goldstandard“ zur Messung der Einwilligungsfähigkeit im Bereich der klinischen Psychiatrie gehandhabt.<sup>135</sup> Auch für die Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit bei Forschungsstudien, insb bei Demenzkranken, sind die Mac Arthur Competence Assessment Tools heute anerkannter Standard.<sup>136</sup> Der ursprünglich für die Messung der Einwilligungsfähigkeit bei ärztlichen Behandlungen entwickelte „MacArthur Competence Assessment Tool-Treatment“ (MacCAT-T) wurde erweitert und resultierte im „MacArthur Competence Assessment Tool for Clinical Research“ (MacCAT-CR), welcher nun zur Feststellung der Einwilligungsfähigkeit bei Forschungsstudien dient. Im deutschsprachigen Raum werden die Tools nach und nach auch in der Psychiatrie sowie bei Demenzpatienten angewandt. Der MacCat zeichnet sich durch vier Kriterien aus, welche die Einwilligungsfähigkeit des Betroffenen feststellen und bewerten. Erstes Kriterium bildet das Verständnis der Erkrankung und der Behandlung („**understanding the disorder and treatment**“): der Patient soll seine gegenwärtige medizinische Situation und die damit einhergehende Behandlung begreifen. Als zweites wird die individuelle Einschätzung und Beurteilung („**appreciation**“) genannt. Dabei geht es um die persönliche Würdigung des Patienten. Was bedeutet das durch **understandig** Erfahrene konkret für ihn? Die dritte Stufe bildet das persönliche Urteilsvermögen („**reasoning**“), welches eine logische Schlussfolgerung fordert<sup>137</sup> und schlussendlich im vierten Kriterium, der Willensäußerung („**expressing a choice**“) resultiert. Hier wird vom Patienten eine konkrete Entscheidung unter Berücksichtigung aller damit verbundenen Konsequenzen verlangt. Bei dem Verfahren werden nur kognitive Elemente gemessen. Anhand dieser Ergebnisse kann der Arzt in einem ersten Schritt die jeweilige Einwilligungsfähigkeit abschätzen und bewerten.<sup>138</sup> Problematisch und oft kritisiert wird bei den Tools daher, dass keinerlei emotionale Werte Berücksichtigung finden. So sind es aber bei Entscheidungen im medizinischen Bereich oft auch bzw vermehrt Emotionen und persönliche Werte, die eine wichtige Rolle spielen und eine konkrete Wahl beeinflussen. Eine solche Situation wird vom Betroffenen in der Regel nicht immer rein rational

---

<sup>135</sup> *Breden/Vollmann*, The Cognitive Based Approach of Capacity Assessment in Psychiatry: A Philosophical Critique of the MacCAT-T, Health Care Analysis 2004, 274; <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/15658082> (abgerufen am 30.12.2017).

<sup>136</sup> *Meier*, Informed Consent und Demenz – Emotionen und Werte als Prädiktoren für die Fähigkeit von Personen mit Demenz in eine Forschungsstudie einzuwilligen, Diplomarbeit Uni Wien, 2013, 34f.

<sup>137</sup> *Meier*, Informed Consent und Demenz, 35.

<sup>138</sup> *Grisso/Appelbaum/Hill-Fotouhi*, The MacCAT-T: A Clinical Tool to Assess Patients' Capacities to Make Treatment Decisions, Psychiatric Services, 1997, 1415.

beurteilt. Es sollten daher auch emotionale persönliche Beweggründe Beachtung finden.<sup>139</sup> Außerdem würde nicht ausreichend auf die individuellen Behandlungsoptionen und Krankheitssymptome des Patienten Rücksicht genommen.<sup>140</sup> Gerade Demenzkranke - und damit ein wichtiger Personenkreis von Beschwalteten - würden durch diesen Test benachteiligt, da es hauptsächlich um die verbale Interaktion geht, die den Betroffenen eben gerade nicht mehr vollständig möglich ist.<sup>141</sup> Ein weiterer Kritikpunkt ist die lange Dauer der Durchführung des Tests. In der Regel sind hierbei ca 30 Minuten zu veranschlagen, was ihn für den Gebrauch im Krankenhausalltag ungeeignet macht.<sup>142</sup> Der Test stellt in Österreich daher nur eine unbefriedigende Methode zu Messung der Einwilligungsfähigkeit für Beschwaltete zu Behandlungszwecken dar.

#### 9.4. Der Hopkins Competency Assessment Test

Der **Hopkins Competency Assessment Test („HCAT“)** ist mit zehn Minuten deutlich kürzer ausgestaltet als der MacCat. Es handelt sich dabei um ein **Screening-Verfahren**, welches dem behandelnden Arzt eine erleichterte Feststellung bietet, ob der Patient über die erforderliche Einsichtsfähigkeit verfügt.<sup>143</sup> Bei dem Test wird dem Patienten ein Text vorgelegt, der Informationen zum Informed Consent<sup>144</sup> und zu Behandlungsalternativen (alternative directives) beinhaltet. Der Test ist in drei verschiedenen Sprachniveaus verfügbar.<sup>145</sup> Nach dem Durchlesen, wobei der Text auch laut vorgelesen wird, werden zehn inhaltliche Fragen zu dem Aufsatz gestellt um die kognitiven Fähigkeiten festzustellen. Pro richtige Antwort ist ein Punkt zu vergeben. Es sind sohin insgesamt maximal zehn Punkte zu erreichen. Daneben gibt ein klinischer Psychiater – der bei dem Test nicht anwesend ist – sein Urteil ab, ob der Patient seiner Ansicht nach als „einwilligungsfähig“ oder „nicht einwilligungsfähig“ einzustufen ist. Es konnte festgestellt

---

<sup>139</sup> *Breden/Vollmann*, Health Care Analysis 2004, 279ff; <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/15658082> (abgerufen am 30.12.2017); *Meier*, Informed Consent und Demenz, 37.

<sup>140</sup> *Grisso/Appelbaum/Hill-Fotouhi*, Psychiatric Services, 1415.

<sup>141</sup> *Damm*, MedR 2015 33, 781.

<sup>142</sup> *Helmchen*, Forschung mit Menschen, die an Demenz erkrankt sind?, Der Nervenarzt 9 2015, 1142; *Meier*, Informed Consent und Demenz, 36.

<sup>143</sup> *Vollmann/Kühl/Tilmann/Hartung/Helmchen*, Einwilligungsfähigkeit und neuropsychologische Einschränkungen bei dementen Patienten, Der Nervenarzt 2004, 30.

<sup>144</sup> Vgl zur genauen Begrifflichkeit des Informed Consent S 38ff sowie S 42ff.

<sup>145</sup> *Vollmann*, Aufklärung und Einwilligung in der Psychiatrie Ein Beitrag zur Ethik in der Medizin, 2000, 90.

werden, dass das Ergebnis des Tests in der Regel beim Großteil der Fälle mit dem Urteil des Experten übereinstimmt, weshalb der HCAT als sehr zuverlässig gilt.<sup>146</sup>

## 9.5. Die Mini-Mental-Status Examination

Die **Mini-Mental-Status Examination (Mini-Mental-Status Test, kurz: „MMSE“)** ist ebenfalls ein Testverfahren für den medizinischen Alltag, das etwa zehn Minuten dauert und bei dem der Arzt dem Patienten dreißig Fragen stellt. Es wird dabei die kognitive Leistung überprüft, wobei dem Patienten Fragen und Aufgaben zu seinen mathematischen, räumlichen, sprachlichen uä Fähigkeiten, seiner Merk- und Erinnerungsfähigkeit, seiner Orientierung sowie seinem Vorstellungsvermögen gestellt werden.<sup>147</sup> Der Test wird aufgrund seiner einfachen Handhabung und schnellen Durchführung heute besonders gerne und häufig verwendet, um Alzheimer und andere Demenzerkrankungen in einem Erstverfahren zu diagnostizieren.<sup>148</sup> Vor allem bei Sachwalterbestellungsverfahren in Österreich wird er eingesetzt, um die kognitiven Fähigkeiten einer Person festzustellen und den Bedarf eines Vertreters schnell und effizient zu überprüfen. Daneben ist aber auch eine umfassende körperliche Untersuchung durch den behandelnden Arzt unumgänglich.

## 9.6. Schlussfolgerung

Die vorgestellten Testverfahren stellen zwar einen guten Ansatz dar, ihre Tauglichkeit für den medizinischen Alltag ist jedoch zweifelhaft. Der Großteil der Studien zur Ermittlung der Einwilligungsfähigkeit im Allgemeinen stammt aus den USA.<sup>149</sup> Im deutschsprachigen Raum sind Untersuchungen hierzu nach wie vor rar, weshalb auf jene wenigen, die zur Verfügung stehen, zurückgegriffen wird. Es soll jedoch an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass diese Forschungen aufgrund ihrer dürftigen Spannweite<sup>150</sup> nur geringe Aussagekraft haben. Darüber hinaus sind solche Studien aus medizinethischer

---

<sup>146</sup> *Janovsky/McCarthy/Folstein*, The Hopkins Competency Assessment Test: A Brief Method for Evaluating Patients' Capacity to Give Informed Consent, *Hosp Community Psychiatry* 1992, 132; <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/1572608> (abgerufen am 6.1.2018).

<sup>147</sup> *Folstein/Folstein/Folstein* in *AbouSaleh/Katona/Kumar*, Principles and Practice of Geriatric Psychiatry, 2010, 145f; Vgl den Test: *Dementia Today*, Mini-Mental State Examination test [online], <http://www.dementiatoday.com/wp-content/uploads/2012/06/MiniMentalStateExamination.pdf> (abgerufen am 19.1.2018).

<sup>148</sup> *Tatari/Farnia/Kazemi*, Mini Mental State Examination (MMSE) in First Episode of Psychosis, *Iran J Psychiatry*. 2011 6(4): 158–160.

<sup>149</sup> *Vollmann/Kühl/Tilmann/Hartung/Helmchen*, *Der Nervenarzt* 2004, 33.

<sup>150</sup> Die Studien stammen überwiegend von Verfahren über Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit für psychiatrische Forschungszwecke.

Sicht nicht immer leicht zu bewerkstelligen. Die Zustimmung zur Teilnahme an einer Studie kann wieder nur vom Teilnehmer selbst (bzw dessen Vertreter) abgegeben werden, wobei dies zu einer gewissen Komplikation führt, da ja gerade nicht-einwilligungsfähige Probanden erforderlich sind. Zu diesem Zweck werden diese Vorhaben einer Ethikkommission vorgelegt, deren Aufgabe darin besteht, die ethische Vertretbarkeit solcher Forschungsprojekte zu bewerten.<sup>151</sup>

Zu den Testverfahren lässt sich festhalten, dass die Ergebnisse von MMSE, MacCat und HCAT meist korrelieren, was wohl darauf zurückzuführen ist, dass sich mit allen drei Verfahren kognitive Fähigkeiten meist recht oberflächlich und allgemein gültig feststellen lassen. Ein unterdurchschnittliches Ergebnis kann den behandelnden Arzt aber dazu veranlassen, weiterführende Untersuchungen hinsichtlich der Einwilligungsfähigkeit des Betroffenen durchzuführen. Insbesondere beim HCAT als auch beim MacCat ist problematisch, dass die emotionalen und psychischen Gemütszustände bei der Beurteilung nicht hinreichend miteinbezogen werden. Diese Kritik trifft auch auf den MMSE zu. Während sich der MMSE und HCAT aufgrund ihrer raschen und mit relativ geringem Aufwand zu bewerkstelligen Durchführbarkeit gut in den medizinischen Alltag einbringen lassen, erfordert der MacCat um ein Erhebliches mehr an Aufwand. Ein Vorteil des HCAT liegt darin, dass er in drei verschiedenen Niveaus verfügbar ist und somit gut entsprechend den Fähigkeiten des Patienten ein passender Test gewählt werden kann. Es konnte außerdem festgestellt werden, dass der MacCat die Einwilligungsfähigkeit häufig strenger beurteilt und restriktiver annimmt, als dies beispielsweise durch den HCAT oder MMSE der Fall ist. Auch dies ist wohl darauf zurückzuführen, dass es sich bei dem MacCat um ein eingehenderes Verfahren handelt als bei den anderen beiden Methoden.<sup>152</sup>

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass jede Methode für sich ihre Vor- und Nachteile hat, es jedoch schwer zu sagen ist, welche von ihnen die für sowohl für den Arzt als auch den Patienten beste und auch zuverlässigste sowie medizinethisch vertretbarste ist. Gemeinsam ist allen drei Testverfahren jedenfalls die unzureichende Beurteilung innerer Vorgänge. Am Ende bleibt die Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit doch auch wieder eine Einzelfallentscheidung, der durch formalisierte Testverfahren nur bedingt Abhilfe geschaffen werden kann. Nichtsdestotrotz erlauben sowohl MacCat als auch HCAT und

---

<sup>151</sup> *Vollmann/Kühl/Tilmann/Hartung/Helmchen*, Der Nervenarzt 2004, 35.

<sup>152</sup> *Vollmann/Kühl/Tilmann/Hartung/Helmchen*, Der Nervenarzt 2004, 33f.

MMSE dem behandelnden Arzt in einer relativ einfachen Durchführung eine erste Einschätzung und Bewertung der kognitiven Fähigkeiten des Patienten. Eine eigenständige Überprüfung durch den behandelnden Arzt kann durch diese Testverfahren jedoch nicht ersetzt werden. In Österreich wird auf diese Verfahren daher in der Praxis – mit Ausnahme des MMSE – nicht zurückgegriffen.<sup>153</sup>

### **9.7. Pauschale Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit anhand psychiatrischer Diagnosen**

Eine weitere Möglichkeit um die Einwilligungsfähigkeit möglichst einfach festzustellen wurde darin gesehen, sie an das **Vorliegen bestimmter psychiatrischer Diagnosen** zu knüpfen. In der Praxis ist ein solches Vorgehen jedoch nur schwer bis gar nicht möglich. Keine Diagnose schließt für sich die Einwilligungsfähigkeit im Vorhinein per se aus.<sup>154</sup> Nicht jede Erkrankung hat bei jedem Patienten dieselbe Ausprägung, auch die Auswirkungen auf die kognitive Leistungsfähigkeit können variieren. Auch eine pauschale Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit an bestimmten Altersgrenzen festzumachen wurde bereits erläutert und gilt als unzureichend. Eine solche Vorgehensweise widerspricht außerdem dem grundlegenden Prinzip der Einwilligungsfähigkeit als individuelle Überprüfung und würde dem **Selbstbestimmungsrecht zuwiderlaufen**.

Es gibt aber selbstverständlich Diagnosen, die es nahelegen, die Einwilligungsfähigkeit eingehend zu prüfen. Denkbar wäre in diesem Zusammenhang bestimmte Symptome<sup>155</sup> mit einer Begutachtung zu verknüpfen. Diese Symptome können eine eingehende Überprüfung der Einwilligungsfähigkeit indizieren, insb wenn es zu einer Kumulation mehrerer dieser Veränderungen kommt. Wesentlich ist dabei, dass sie Auswirkungen auf die konkrete Behandlung haben. Der Betroffene muss also durch sie in einer solchen Weise beeinflusst sein, dass er nicht mehr in der Lage ist, eine Entscheidung seinem „eigentlichen“ Wertesystem entsprechend zu treffen. Selbst in einem solchen Fall kann jedoch niemals das Vorliegen bestimmter Symptome bzw Krankheitsbilder per se zu einem

---

<sup>153</sup> Vgl hierzu S 31.

<sup>154</sup> Kröber, Rechtsmedizin, 1998, 42.

<sup>155</sup> Es gibt eine Reihe an Symptomen, die bei der Einwilligungs(un)fähigkeit nicht außer Acht gelassen werden dürfen und eine Indikation für eine eingehende Überprüfung darstellen können: Abnahme der intellektuellen Leistungsfähigkeit, Gedächtnisstörungen, Orientierungsstörungen, Einbußen der Merk- und Erinnerungsfähigkeit, wesentliche Persönlichkeitsveränderungen, die zu einer Veränderung des persönlichen Werte- und Lebenssystems führen, ausgeprägte Angstzustände, Depression, allgemeine Hoffnungs- und Ratlosigkeit, Verwirrungszustände.

automatischen Verlust der Einwilligungsfähigkeit führen. Eine **individuelle Überprüfung** ist daher unumgänglich.

### **9.8. Vermutung der Einwilligungsfähigkeit bei geringfügigen Eingriffen**

Auf der anderen Seite kann überlegt werden, ob die Einwilligungsfähigkeit bei leichteren Eingriffen, die mit keinen nachhaltigen oder schwerwiegenden Folgen verbunden sind, **pauschal** angenommen werden kann. Es soll sich dabei insb um Maßnahmen handeln, die Teil des medizinischen Alltags sind und daher auch einem Laien weitgehend geläufig sind. Zu denken wäre dabei beispielsweise an das Versorgen kleinerer Wunden oder Behandeln von Gelenkschmerzen. Eine eingehende Prüfung der Einwilligungsfähigkeit wäre hier nicht zielführend und wäre in der Praxis aufgrund mangelnder Ressourcen auch nicht umsetzbar. Dennoch kann auch in einem solchen Fall nicht global davon ausgegangen werden, dass der Patient einwilligungsfähig ist, nur weil die Behandlung kleiner Wunden vom Großteil der Bevölkerung verstanden wird, selbst wenn intellektuelle Defizite vorliegen. Eine solche Vorgehensweise würde wieder der Prüfung der Einwilligungsfähigkeit als Einzelfallentscheidung widersprechen. Es ließe sich außerdem schwer feststellen, wann eine alltägliche Maßnahme vorliege, bei der man davon ausgehen könne, dass der Patient ausreichend informiert sei und daher über die erforderliche Einwilligungsfähigkeit verfüge. Eine Blinddarmoperation stellt heute bereits einen Routineeingriff dar, der aus dem medizinischen Alltag nicht mehr wegzudenken ist. Auch eine Hüftoperation stellt heutzutage einen regelmäßig vorgenommenen Eingriff dar. Dass der durchschnittliche Patient über die konkrete Behandlung sowie deren Risiken und Nebenwirkung Bescheid weiß, kann deshalb aber noch nicht vorausgesetzt werden.<sup>156</sup> Gerade in der heutigen Zeit, die durch rasante medizinische Fortschritte und ständige neue Errungenschaften geprägt ist, ist es schwierig, die Grenze zu ziehen, wann eine alltägliche medizinische Maßnahme vorliegt. So wird eine Reihe von Eingriffe, die noch vor 50 Jahren als Ausnahmen galten, heute im medizinischen Alltag mit einer gewissen Regelmäßigkeit vorgenommen. Diese Eingriffe sind deshalb aber noch lange nicht für den Durchschnittspatienten als alltägliche Maßnahmen zu klassifizieren. Darüber hinaus können auch mit alltäglichen Maßnahmen unangenehme oder gar langanhaltende Folgen

---

<sup>156</sup> *Kuhlmann*, Einwilligung, 37.

oder Nebenwirkungen verbunden sein.<sup>157</sup> Für die Praxis lässt sich daher festhalten, dass auch eine pauschale Vermutung der Einwilligungsfähigkeit bei geringen Eingriffen oder aufgrund von Altersgrenzen **nicht empfehlenswert** ist. Leichtere Eingriffe stellen nicht ganz so hohe Anforderungen an die Einwilligungsfähigkeit wie schwere. Bei alltäglichen Maßnahmen hat der behandelnde Arzt daher zwar in der Regel keine umfassende Prüfung vorzunehmen, wobei er um eine kurze gedankliche Überprüfung, die er bei Zweifeln auszuweiten hat, dennoch nicht herumkommen wird.

### 9.9. „Herstellung“ der Einwilligungsfähigkeit

Um die individuelle Einwilligungsfähigkeit möglichst lange aufrecht erhalten zu können, kam aus der Medizinethik immer wieder die Forderung, diese durch die **Unterstützung** anderer Personen „herzustellen“. Der Betroffene soll in diesem Fall durch das Mitwirken von Angehörigen, Freunden oder auch Pflegepersonal, also Personen, die ihn und seine Ansichten und Lebenseinstellung kennen, wieder dazu fähig sein, die konkret erforderliche Einwilligungsfähigkeit zu erlangen. Es wird in diesem Zusammenhang von „assistierten“ bzw. „unterstützten Entscheidungen“ gesprochen.<sup>158</sup> Er soll in seiner Entscheidungsfindung weitgehend mobilisiert werden. Eine solche Vorgehensweise ist sehr zu begrüßen, da sie dem Grundgedanken, der Patient soll soweit möglich selbst Träger seiner Entscheidungen sein, Rechnung trägt. Im medizinischen Alltag wird heute bereits weitgehend versucht, durch eine solche Assistenz die Einwilligungsfähigkeit des Patienten im erforderlichen Maß wiederherzustellen. Auch die Behindertenrechtskonvention bestimmt ein Recht auf Unterstützung,<sup>159</sup> da die Rechte der Behinderten ansonsten wirkungslos blieben.<sup>160</sup> Diesem Gedanken wurde mit dem 2. Erwachsenenschutzgesetz durch die neue Formulierung des § 252 Abs 2 idF 2. ErwSchG Rechnung getragen.<sup>161</sup>

### 9.10. Möglichkeit einer „partiellen Einwilligungsfähigkeit“

Es ist durchaus möglich, dass ein Patient, der einer Reihe von Eingriffen unterzogen werden soll, nur hinsichtlich einiger, aber nicht aller dieser Eingriffe einwilligungsfähig

---

<sup>157</sup> Man denke bspw an die Infektion einer Wunde, die bei der Versorgung nicht ordnungsgemäß gereinigt und desinfiziert wurde; oder geringere Nebenwirkungen wie Übelkeit bei Einnahme einer Kopfwehtablette.

<sup>158</sup> Damm, MedR 2015 33, 783.

<sup>159</sup> Vgl Art 12 Abs 3 UN-BRK; S 187ff.

<sup>160</sup> Damm, MedR 2015 33, 783.

<sup>161</sup> Vgl hierzu S 216ff.

ist. Soll insb ein schwerer operativer Eingriff vorgenommen werden, der sich in mehrere Maßnahmen unterteilt, so kann es sein, dass der Betroffene den Vorgang der Narkotisierung versteht und diesem zustimmen kann, den folgenden Verlauf der weiteren Behandlung aber nicht. Dies ist umso leichter möglich, wenn es sich dabei um eine Maßnahme handelt, die dem Patienten bereits bekannt ist, beispielsweise weil sie schon einmal an ihm vorgenommen wurde. Es kann hier insb auch die Komplexität der jeweiligen Behandlung eine Rolle spielen.<sup>162</sup> Man kann dann von einer partiellen Einwilligungsfähigkeit ausgehen. Um dem Prinzip des Selbstbestimmungsrechts soweit als möglich gerecht zu werden, kann dem Patienten in einem solchen Fall die Einwilligungsfähigkeit für jene Maßnahmen zugesprochen werden, denen er folgen kann. Hinsichtlich der anderen Maßnahmen ist eine stellvertretende Entscheidung einzuholen. Es ist sogar Aufgabe des behandelnden Arztes abzuklären, ob dem Patienten vielleicht eine partielle Einwilligungsfähigkeit hinsichtlich einzelner Schritte zukommen kann bzw hat er sogar darauf hinzuwirken. Es ist immer noch besser, dass der Betroffene in einzelne Schritte einwilligen kann, als gar nicht.

### **9.11. Zusammenfassung**

Ganz im Sinne der Selbstbestimmung lässt sich ein Bestreben erkennen, die Entscheidungsfindung hinsichtlich der Vornahme oder Ablehnung einer konkreten Behandlung soweit als möglich dem Patienten selbst zu überlassen. Zu diesem Zweck soll erforderlichenfalls auf das Vorliegen der nötigen Einwilligungsfähigkeit mit Unterstützung hingewirkt werden. Um eine Entscheidung in die Hände des Patienten legen zu können, wird die Behandlung in einzelne Schritte unterteilt und dem Betroffenen somit die Möglichkeit geboten, zumindest hinsichtlich einzelner Maßnahmen seine Zustimmung zu erteilen oder zu verweigern.

Die für die medizinische Praxis vorgestellten Instrumente zur effizienteren Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit sind in weiten Teilen nicht zufriedenstellend und werden in Österreich daher nicht gebraucht. Die Einzelfallentscheidung obliegt damit auch in Hinkunft dem behandelnden Arzt, der nach wie vor nur in sehr engen Grenzen auf ihm zur Verfügung stehende Hilfsmittel zurückgreifen kann.

Es gilt in diesem Zusammenhang aber auch zu berücksichtigen, dass dem behandelnden Arzt nicht ausufernde Pflichten aufgebürdet werden. Die eigentliche Aufgabe des

---

<sup>162</sup> *Kuhlmann*, Einwilligung, 102.

Mediziners liegt nach wie vor darin, auf eine Besserung bzw Linderung des Gesundheitszustandes seines Patienten hinzuwirken. Der Arzt von heute sieht sich immer mehr einer Flut von bürokratischen Auflagen ausgesetzt. Auch wenn es unstrittig ist, dass die Prüfung der Einwilligungsfähigkeit dem behandelnden Arzt obliegt, so sollte dennoch auch in Zukunft darauf geachtet werden, diese Verpflichtung nicht zu überspannen.

## 10. Wesentliche Aspekte des Arzt-Patient-Verhältnisses

### 10.1. Die Entwicklung vom ärztlichen Paternalismus zum Informed Consent

Das Prinzip des „**Informed Consent**“<sup>163</sup>, wie wir es heute kennen, entwickelte sich im Großen und Ganzen erst ab der Mitte des 20. Jahrhunderts.<sup>164</sup> Dies ist auf die Entwicklungen des letzten Jahrhunderts, die eine Stärkung der Grundrechte und des Individuums an sich zur Folge hatten, zurückzuführen.<sup>165</sup> Von besonderer Bedeutung sind in diesem Zusammenhang die Ereignisse, die sich während des Nationalsozialismus zugetragen haben. In dieser Zeit wurden zahlreiche medizinische Versuche am Menschen durchgeführt. Man vertrat damals die Auffassung, Experimente am Einzelnen wären im Sinne des Gemeinwohls und zur Steigerung der Volksgesundheit durchaus auch ohne dessen Einwilligung legitim.<sup>166</sup> Das Hauptaugenmerk ärztlicher Fürsorge galt dem Volk und nicht mehr dem einzelnen Kranken.<sup>167</sup> Mit dem Nürnberger Ärzteprozess 1946/47 und dem dort entwickelten „Nürnberger Kodex von 1947“ wurden **ethische Richtlinien** entworfen, die es bei der Forschung am Menschen zu beachten galt. Man wollte eine nochmalige Missachtung des Selbstbestimmungsrechts, wie sie damals im Zuge der Experimente stattfand, unter allen Umständen vermeiden. Auch wollte man mit dem Regelwerk ein Zeichen setzen und sich klar von dem menschenunwürdigen Verhalten, das damals von den betroffenen Medizinern an den Tag gelegt wurde, distanzieren. Forschung darf nur dort stattfinden, wo auch ein Informed Consent vorliegt. Außerdem hat der Einwilligung des Patienten ein entsprechendes Aufklärungsgespräch vorauszugehen.<sup>168</sup> Mit dieser Verankerung der Notwendigkeit einer freiwilligen Einwilligung des Patienten

---

<sup>163</sup> Unter Informed Consent versteht man die Einwilligung nach Aufklärung und damit die vom Patienten nach erfolgter ärztlicher Aufklärung abgegebene Zustimmungserklärung zu einer medizinischen Behandlung. Vgl. dazu eingehend S 42f.

<sup>164</sup> Nichtsdestotrotz gab es bereits im frühen 19. Jahrhundert Richtlinien, die mit dem heutigen Verständnis des „Informed Consent“ vergleichbar sind. Diese Regelungen waren jedoch nicht rechtlich bindend und wurden auch nicht durch Mediziner angeregt, sondern aufgrund öffentlicher Proteste und politischer Debatten wegen zuvor bekanntgewordenen menschlichen Experimenten veranlasst. Über die Bedeutsamkeit dieser Richtlinien im medizinischen Alltag und inwieweit dadurch bereits der Informed Consent eine Rolle im damaligen Arzt-Patient-Verhältnis spielte, gibt es jedoch kaum Hinweise. *Vollmann/Winau*, Informed consent in human experimentation before the Nuremberg code, *Br Med J* 1996, 313: 1445-1447.

<sup>165</sup> *Vossenkuhl* in *Roxin/Schroth*, Handbuch des Medizinstrafrechts<sup>4</sup>, 2010, 11.

<sup>166</sup> *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“, 70f.

<sup>167</sup> *Klinkhammer*, Schutz vor ärztlichen Verfehlungen, *Deutsches Ärzteblatt* 94, Heft 44, 31.10.1997.

<sup>168</sup> Vgl. Punkt 1 des Nürnberger Kodex von 1947: *IPPNW*, Nürnberger Kodex,; <http://www.ippnw.de/der-verein/geschichte-der-ippnw/erklarungen/artikel/de/nuernberger-kodex-1997.html> (abgerufen am 7.1.2018).

wurde der erste große Schritt zu Stärkung des individuellen Selbstbestimmungsrechts getan.

Mit dieser Entwicklung wurde ein neuer Zugang zur medizinischen Wissenschaft geschaffen. Der **Hippokratische Eid** ist nach dem griechischen Philosophen Hippokrates benannt, kann aber bis heute nicht auf diesen selbst zurückgeführt werden. Nichtsdestotrotz spielt Hippokrates für die Entwicklung der Medizin sowie der medizinischen Ethik eine wichtige Rolle. Er war es, der eine vernunftgemäße Behandlung von Krankheiten durch den Arzt propagierte und die Verantwortlichkeit für Erkrankungen nicht mehr den Göttern zusprach – ein großer Schritt für das den Göttern verbundene alte Griechenland.<sup>169</sup> Der Eid stammt aus dem 4. Jahrhundert vor Christus und folgt dem Grundsatz „**nihil nocere**“ und damit primär der Schadensvermeidung.<sup>170</sup> Dabei enthält er nicht nur Vorgaben zum Schutz des Patienten, sondern auch zum Wohl des behandelnden Arztes.<sup>171</sup> Auch wenn der Hippokratische Eid in seiner ursprünglichen Form heute nicht mehr von den behandelnden Ärzten geleistet wird, so hat er dennoch nach wie vor erhebliche Relevanz. Er gilt als Schlüsseldokument ärztlicher Ethik. Der Eid wurde im Laufe der Zeit weiterentwickelt und auf den Grundsatz „**salus aegroti suprema lex – Das Wohl des Kranken ist oberstes Gesetz**“ ausgedehnt. Den behandelnden Arzt trifft damit nicht mehr nur die Pflicht, nichts Schädliches zu tun, sondern er hat sich aktiv um das Wohl des Patienten zu bemühen, er muss fürsorglich sein. Die grundlegende Pflicht in der sich der behandelnde Arzt heute sieht, nämlich seinen Patienten soweit ihm dies möglich ist zu heilen, lässt sich auf diesen Grundsatz zurückführen.<sup>172</sup> Dabei hat sich der Zugang, wie der Arzt zu diesem Erfolg kommt, im Laufe der Zeit geändert und weiterentwickelt. Bedingt durch das Gebot des Arztes, er müsse alles Menschenmögliche tun, um seinen Patienten von dessen Leid zu befreien, war es in der Vergangenheit üblich, dass die Entscheidungskompetenz, welche Behandlung vorgenommen werde, beim Arzt selbst lag. Man bezeichnet dies auch als „**Arztautonomie**“.<sup>173</sup> Selten wurden die medizinische Situation und der weitere Verlauf der Behandlung mit dem Kranken selbst besprochen. Der

---

<sup>169</sup> Alliance Healthcare Deutschland AG, Was ist der Eid des Hippokrates?, <https://www.gesundheit.de/wissen/haetten-sie-es-gewusst/medizingeschichte/was-ist-der-eid-des-hippokrates> (abgerufen am 7.11.2017).

<sup>170</sup> Schumpelick/Rosch/Steinau/Krones, Der Chirurg im Spannungsfeld zwischen Humanität und Markt in *Schumpelick/Vogel*, Medizin zwischen Humanität und Wettbewerb - Probleme, Trends und Perspektiven, 2007, 227.

<sup>171</sup> Bauer, Die Autonomie des Arztes in *Schumpelick/Vogel*, Medizin zwischen Humanität und Wettbewerb - Probleme, Trends und Perspektiven, 2007, 171.

<sup>172</sup> Schumpelick/Rosch/Steinau/Krones in *Schumpelick/Vogel*, 227.

<sup>173</sup> Bauer in *Schumpelick/Vogel*, 174.

Arzt sah sich als derjenige, der über das erforderliche Fachwissen verfügte und dem damit die notwendigen Kenntnisse zur Verfügung standen, um eine vernünftige Entscheidung zu treffen. Man sah keine Notwendigkeit, den Patienten in diesen Prozess miteinzubinden. Eine medizinisch indizierte Behandlung galt automatisch als dem Wohl des Patienten entsprechend. Eine solche Vorgehensweise wird deshalb als „**ärztlicher Paternalismus**“ bezeichnet. Das autonome Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen war damals nicht von Bedeutung. Auch eine Verpflichtung zur ärztlichen Aufklärung und Einwilligung war dem damaligen Denken nicht immanent.

Im Laufe der Zeit ließ sich eine Entwicklung erkennen, die sich immer weiter vom ärztlichen Paternalismus distanzierte. Der **Nürnberger Kodex** hat vor allem historische Bedeutung, da er als erstes Protokoll gilt, das moralische und ethische Grundprinzipien bei Humanexperimenten zu Papier brachte und eine ausdrückliche Verpflichtung eines Informed Consent enthielt. Er wurde als Verhaltenskodex für Mediziner verstanden, wobei die darin enthaltenen Bestimmungen nicht als Mindeststandard anzusehen waren.<sup>174</sup> Auch wenn der Kodex für die Betroffenen keine Rechte enthielt, die diese auf dem Klageweg einfordern konnten, so kommt ihm dennoch Bedeutung zu, da er jedenfalls Grundsätze normierte, die für das heutige Arzt-Patient Verhältnis als grundlegende ethische Standards gelten und erstmals das Bestreben, den Patienten in den Entscheidungsprozess seiner eigenen Behandlung einzubinden, deutlich wurde. Der Nürnberger Kodex wurde anlässlich seines 50. Jahrestages im Jahr 1997 weiterentwickelt und an die gegenwärtigen medizinischen Gegebenheiten angepasst. Besondere Bedeutung wurde dabei abermals dem Erfordernis des Informed Consent beigemessen. Die rechtliche Relevanz hält sich jedoch auch hier in Grenzen, da der Kodex auch in seiner aktualisierten Fassung keinerlei Verbindlichkeit hat und die einzelnen Bestimmungen mittlerweile ohnehin Grundsätze des europäischen Verständnisses für ein intaktes Arzt-Patient Verhältnis darstellen.

Der Nürnberger Kodex wurde ein weiteres Mal weiterentwickelt und resultierte in der **Deklaration von Helsinki**, die 1964 vom Weltärztebund beschlossen wurde. Es handelt sich auch bei dieser Deklaration um eine Komprimierung von ethischen Grundsätzen, die bei der Forschung am Menschen zu berücksichtigen sind. Die Deklaration hat keine rechtliche Verbindlichkeit, da sie keinen völkerrechtlichen Vertrag darstellt, sie ist aber dennoch weltweit anerkannt und damit Grundlage biomedizinischer Forschung. Die

---

<sup>174</sup> *Emmerich*, Der allmähliche Abschied vom Nürnberger Kodex, Frankfurter Rundschau vom 15.11.1997, <http://www.behinderte.de/ethik/fr9711bi.htm> (abgerufen am 7.1.2018).

Grundprinzipien verfolgen das Ziel, einen hohen ethischen Standard in der medizinischen Forschung zu gewährleisten und nationale Rechtsordnungen nutzen diese regelmäßig zur Orientierung bei diversen Gesetzgebungsprozessen medizinischer Rechtsgrundlagen.<sup>175</sup>

Auch wenn der Eid des Hippokrates in seiner Urform nicht mehr geleistet wird, so hat er dennoch bis heute nicht an Bedeutung verloren. Wie bereits erwähnt, diente er mehrfach als Vorlage und Orientierung für moralische Verhaltenskodices im medizinischen Alltag. Auch das **Genfer Gelöbnis** ist eine Weiterentwicklung des über zweitausend Jahre alten Schwurs. Es sieht sich als moderne Fassung, die bereits vielfach überarbeitet und aktualisiert wurde – zuletzt im Jahr 2017.<sup>176</sup> Die ethischen als auch moralischen Werte und Grundprinzipien, wie sie der griechische Philosoph damals zu Papier brachte, sollen erhalten bleiben, man möchte sich jedoch den medizinischen Gegebenheiten und wissenschaftlichen Fortschritten anpassen. Mit der abermaligen Überarbeitung wird ein weiteres Mal die Selbstbestimmung und Autonomie des Patienten in den Mittelpunkt gerückt. Das Genfer Gelöbnis wird heute in vielen Ländern geleistet, ist oftmals sogar Teil der jeweiligen ärztlichen Berufsordnung oder hat sogar Gesetzescharakter.<sup>177</sup> Die aktuelle Version soll weltweit als ethischer Kodex für alle Ärzte herangezogen werden.<sup>178</sup>

Heute wurde das paternalistische Modell weitgehend aus der medizinischen Praxis verbannt und soll nur noch dort zum Einsatz kommen, wo der Wille des Patienten nicht festgestellt werden kann und ein rasches ärztliches Handeln erforderlich ist. Es ist demnach hauptsächlich auf Notfallsituationen beschränkt und findet bei jenen Regelungen Anwendung, die das Verhalten bei Gefahr-im-Verzug regeln. Man hat sich also von der Arztautonomie hin zu einer **Patientenautonomie** entwickelt,<sup>179</sup> in der man dem Bedürfnis eines Informed Consent gerecht wird und an einer gemeinsamen Entscheidungsfindung interessiert ist, die eine Zusammenarbeit zwischen Arzt und Patient erfordert.<sup>180</sup> Aufgabe des Arztes ist es heute, den Patienten die erforderlichen Informationen zuteil werden zu lassen, diesen zu beruhigen und ihn gegebenenfalls von der Wichtigkeit einer bestimmten

---

<sup>175</sup> *Michael*, Forschung an Minderjährigen, 2004, 56f.

<sup>176</sup> *Der Standard*, Hippokratischer Eid der Ärzte wurde überarbeitet vom 22.10.2017, <https://derstandard.at/2000066401658/Hippokratischer-Eid-der-Aerzte-wurde-ueberarbeitet> (abgerufen am 8.1.2018).

<sup>177</sup> Wie bspw in den Berufsordnungen deutscher Ärzte. *Feldwisch-Drentrup/Zegelman*, Hippokratischer Eid: Deklaration von Genf kommt in der Gegenwart an, *Ärzte Zeitung* Nr. 215D vom 9.11.2017, 2.

<sup>178</sup> *Spiegel*, "Ich schwöre,...den Willen und die Würde des Patienten zu achten" vom 20.10.2017, <http://www.spiegel.de/gesundheit/diagnose/hippokratischer-eid-fuer-aerzte-ueberarbeitet-a-1173866.html> (abgerufen am 8.1.2018).

<sup>179</sup> *Bauer in Schumpelick/Vogel*, 174.

<sup>180</sup> *Bauer in Schumpelick/Vogel*, 187.

Behandlung zu überzeugen.<sup>181</sup> Aus dem Grundsatz „salus aegroti suprema lex“ ist somit der Grundsatz „**voluntas aegroti suprema lex**“ geworden.<sup>182</sup> Es ist nicht mehr primär auf das Wohl des Patienten abzustellen, sondern auf dessen Wunsch. Der Patientenautonomie wird somit Vorrang vor dem Schädigungsverbot und der ärztlichen Behandlungspflicht zum Patientenwohl eingeräumt.

## 10.2. Informed Consent

Grundlage jedes medizinischen Eingriffs ist heute der allgemein anerkannte „**Informed Consent**“, der oftmals als „aufgeklärte (informierte) Einwilligung“ übersetzt wird. Wesentlich ist beim Konzept des Informed Consent, dass das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen Grundlage der ärztlichen Behandlung ist.<sup>183</sup> Nur ein Eingriff, der vom Willen des Betroffenen getragen ist, gilt als gerechtfertigt. Bei Menschen, die zu einem Informed Consent nicht fähig sind, ist ersatzweise eine Einwilligung einzuholen, die sich an ihrem (mutmaßlichen) Wunsch orientiert. Man spricht dann vom „**Proxy Consent**“, der zwar von einer anderen als der betroffenen Person selbst eingeholt wird, diese Person hat aber dennoch im Willen des Betroffenen – und nicht im eigenen – zu entscheiden.<sup>184</sup> Dabei ist zu beachten, dass Angehörige und Freunde, die dem behandelnden Arzt dabei helfen sollen, den mutmaßlichen Willen zu eruieren, häufig ihre eigenen Interessen voranstellen und so dem Arzt seine Verpflichtung noch zusätzlich erschweren können. Ein solches Vorgehen kann einerseits ganz ohne böse Absicht entstehen, indem für den Betroffenen „das Beste“ gewollt ist, andererseits aber sehr wohl auch mit schlechten Hintergedanken zu einem eigenen Vorteil.<sup>185</sup> Sowohl Informed als auch Proxy Consent sind heute unumstrittene Grundsätze jeder medizinischen Behandlung. Ohne ihr Vorliegen gilt das individuelle Selbstbestimmungsrecht als verletzt.

## 10.3. Patientenrechte im Allgemeinen

Der ursprüngliche Plan, ein eigenes Patientenrechtegesetz herauszugeben, das alle wesentlichen Patientenrechte in einem Gesetz gesammelt enthält, wurde bald verworfen,

---

<sup>181</sup> Jori, Die nicht-autoritäre Lenkung des Patienten bei Hippokrates in *Von Engelhardt/Von Loewenich/Simon (Hrsg), Die Heilberufe auf der Suche nach ihrer Identität*, 2001, 175.

<sup>182</sup> Guthoff, Das Verhältnis von Humanität in der Medizin in *Schumpelick/Vogel, Medizin zwischen Humanität und Wettbewerb - Probleme, Trends und Perspektiven*, 2007, 62.

<sup>183</sup> Illhardt, *Medizinische Ethik*, 1985, 13.

<sup>184</sup> Illhardt, *Medizinische Ethik*, 14.

<sup>185</sup> Illhardt, *Medizinische Ethik*, 56.

da es sich bei diesen Rechten um eine Querschnittsmaterie handelt. Diesbezügliche Regelungen finden sich heute in vielen unterschiedlichen Gesetzen wieder. Dies lässt sich zum einen dadurch erklären, dass bei Angelegenheiten, die in den Kompetenzbereich des Bundes fallen, Bundesgesetze und bei Angelegenheiten des Landes, Landesgesetze zu erlassen sind. Da die einzelnen Rechte des Patienten unterschiedlichen Materien angehören und sich daraus auch unterschiedliche Kompetenzen ergeben, würde ein einheitliches Gesetz somit erfordern, die Kompetenzbereiche an sich zu ändern und dem Bund eine umfassende Zuständigkeit über die relevanten Materien zuzusprechen. Ein solches Vorgehen wäre praktisch nicht – oder nur mit erheblichem Aufwand – umsetzbar. Der Gesetzgeber hat sich somit dazu entschlossen, die Patientenrechte weitgehend durch Vereinbarungen gemäß Art 15a B-VG zwischen dem Bund und den Ländern zu sichern. Die Länder und der Bund verpflichten sich durch diese Gliedstaatenverträge zu einem angemessenen Schutz der Patientenrechte.<sup>186</sup> Die meisten Patientenrechte waren bereits vor diesen Bund-Länder-Vereinbarungen ausreichend normiert, jedoch gestaltete sich ihre Um- und Durchsetzung oft als schwierig. Dem sollte nun Abhilfe geschaffen werden.<sup>187</sup> Ob dies durch die sog **Patientencharta** tatsächlich geschehen ist, ist anzuzweifeln. Da die Rechte aus der Charta vom Betroffenen nicht einklagbar sind, hat sie lediglich „politische Signalwirkung“.<sup>188</sup> Bei den in diesen Vereinbarungen geregelten Patientenrechten handelt es sich großteils um bereits bestehende verankerte Rechte. Sie umfassen unter anderem das **Recht auf Behandlung und Pflege an sich**, das **Recht auf Achtung der Würde und Integrität**,<sup>189</sup> das **Recht auf Selbstbestimmung und Information** sowie das **Recht auf Dokumentation**. Daneben sind auch noch einige andere Rechte des Patienten gesichert. Das Recht auf Aufklärung findet sich neben den Bund-Länder Vereinbarungen auch in zahlreichen anderen, auch bundesweiten, Gesetzen.<sup>190</sup> Aber auch alle anderen erwähnten Rechte sind sowohl auf einfachgesetzlicher als auch verfassungsrechtlicher Ebene bereits mehrfach abgesichert.<sup>191</sup> Durch diese anderweitige gesetzliche Normierung ist dem Patienten aus diesen Gesetzen regelmäßig eine rechtliche Durchsetzung seiner Rechte dennoch möglich.<sup>192</sup> Die rechtliche Relevanz der Patientencharta hält sich daher in sehr engen Grenzen. Die Patientencharta möchte alle relevanten Patientenrechte kompakt und

---

<sup>186</sup> ErläutRV 1268 22. GP - Vereinbarung Art 15a B-VG, 1.

<sup>187</sup> ErläutRV 1268 22. GP - Vereinbarung Art 15a B-VG, 2.

<sup>188</sup> Kerschner in Resch/Wallner (Hrsg), Kap V Rz 3; Vgl auch Grabenwarter/Krauskopf in Resch/Wallner (Hrsg), Medizinrecht<sup>2</sup>, 2015, Kap I Rz 30.

<sup>189</sup> Vgl Art 1 EU-GRC, Art 3 EMRK und § 16 ABGB. Vgl dazu S 175 sowie S 183ff.

<sup>190</sup> Vgl hiezu eingehend S 48ff.

<sup>191</sup> Insb ÄrzteG, KAKuG, FMedG, AMG, GTG uä; Vgl außerdem hiezu S 175.

<sup>192</sup> Kletečka in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Kap I.4.1. (Stand März 2015, rdb.at).

vollständig zusammenfassen, ganz egal wem sie kompetenzrechtlich zugeordnet sind.<sup>193</sup> Eine Zersplitterung des Gesundheitsrechts kann aber auch durch diese Gliedstaatenverträge nicht aufgehalten werden.<sup>194</sup> Durch die Charta soll der Stellenwert bestimmter Rechte abermals betont werden, der Sicherstellung der Patientenrechte soll besonderer Ausdruck verliehen werden. Für die tatsächliche praktische Sicherung dieser Patientenrechte hat sie aber nur sehr geringe Bedeutung. Es ist aber durch die Patientencharta immerhin eine gesetzliche Verankerung geschaffen, durch die sich die Länder und der Bund zu einer Fortentwicklung der Patientenrechte verpflichten, so es Änderungen gibt. Die 15a-Vereinbarung bietet die Möglichkeit, die Patientenrechte weiterzuentwickeln und auch in Zukunft neu zu schaffende Rechte umfassend zu schützen.<sup>195</sup>

Von besonderer Bedeutung sind für die vorliegende Arbeit das Recht auf Achtung der Menschenwürde, das Recht auf Aufklärung und Einwilligung als auch das Recht auf Selbstbestimmung. Diese Rechte sind eng miteinander verbunden und voneinander abhängig. Mit der Verletzung eines dieser Rechte geht nahezu immer eine Verletzung zumindest eines dieser anderen Rechte einher. Aufgrund ihrer Relevanz soll später näher auf die einzelnen Rechte eingegangen werden.<sup>196</sup>

#### **10.4. Patientenpflichten**

Daneben kommen aber auch dem Patienten als Vertragspartei nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten aus dem Behandlungsvertrag zu. So hat der Patient dem Arzt wesentliche Informationen seines Gesundheitszustandes betreffend weiterzugeben.<sup>197</sup> Er soll dem Arzt über seine bisherigen Erkrankungen, Medikamente, die er einnimmt, Unverträglichkeiten und sonstige Umstände, die für die medizinische Behandlung von Belang sein könnten, berichten. Nur so kann der Arzt auch eine sachgerechte Behandlung vornehmen und seine Aufklärung dementsprechend ausrichten. Kommt der Patient seiner vertraglichen Informationspflicht nicht nach, so hat der Arzt die Möglichkeit vom Vertrag zurückzutreten.<sup>198</sup>

---

<sup>193</sup> ErläutRV 1268 22. GP - Vereinbarung Art 15a B-VG, 2.

<sup>194</sup> Grabenwarter/Krauskopf in Resch/Wallner (Hrsg), Medizinrecht<sup>2</sup>, 2015, Kap I. Rz 30.

<sup>195</sup> ErläutRV 1268 22. GP - Vereinbarung Art 15a B-VG, 2.

<sup>196</sup> Vgl S 175 und S 176ff sowie S 179ff.

<sup>197</sup> Prutsch, Aufklärung, 32.

<sup>198</sup> Prutsch, Aufklärung, 38.

In der Medizin werden diese Pflichten auch gerne als **Compliance** bezeichnet. Darunter versteht man, dass der Patient grundsätzlich auch dazu bereit und daran interessiert ist, an der Behandlung – soweit dies von ihm erforderlich ist – mitzuwirken. Der Patient muss dazu bereit sein, seinem behandelnden Arzt zuzuhören und auch die ihm angebotenen Möglichkeiten anzunehmen und sich gegebenenfalls ihnen entsprechend zu verhalten.<sup>199</sup> Dies kann gerade bei älteren Patienten zu Schwierigkeiten führen und den behandelnden Arzt vor unüberwindbare Herausforderungen stellen, da sich die Kommunikation mit ihnen mitunter als nicht allzu einfach gestalten kann. Der Arzt findet sich dann womöglich in einem Aufklärungsgespräch mit einem sturen und uneinsichtigen Patienten wieder, der sich von einer positiven Veränderung nicht überzeugen lässt. Er wird hier vor die Herausforderung gestellt, dem Patienten einerseits seine medizinische Situation so zu erklären, dass dieser seinen Lebenswillen nicht verliert, muss dabei aber gleichzeitig versuchen, die Sturheit bzw Engstirnigkeit des Patienten zu überwinden.<sup>200</sup> Dabei hat er dies in einer solchen Weise zu tun, dass er den Betroffenen nicht in seinem Selbstbestimmungsrecht beschneidet. Es ist daher für das Verhältnis zwischen Arzt und Patient und damit der Herstellung einer Compliance unbedingt notwendig, dass der Patient seinem Arzt das erforderliche Vertrauen entgegenbringt und der behandelnde Arzt auf der anderen Seite auf die Bedürfnisse des Patienten eingeht. Noch schwieriger kann in diesem Zusammenhang ein Gespräch mit einem geistig behinderten bzw psychisch kranken Menschen sein, der seinen Behandlungsbedarf häufig entweder gar nicht einsieht oder nur unzureichend versteht bzw beurteilt. Diese Patienten sind regelmäßig nicht in der Lage ihren Patientenpflichten im Sinne einer Compliance nachzukommen.

### **10.5. Höchstpersönliche Rechte**

Höchstpersönliche Rechte sind jene Rechte, über die aufgrund ihrer Intensität nur der Einsichts- und Urteilsfähige selbst verfügen kann. Ihm kommt die ausschließliche Befugnis zu, über diese Rechte – in Grenzen – zu disponieren.<sup>201</sup> Dazu gehören ganz allgemein alle Eingriffe in die körperliche Integrität. Sie dienen auf der einen Seite dem Schutz von Leib und Leben und auf der anderen Seite jenem der persönlichen Selbstbestimmung. Sie können nicht im Wege einer Stellvertretung durch eine andere

---

<sup>199</sup> *Ozegovic/Kröll*, Die Aufklärung des Patienten vor einem elektiven Narkoseverfahren – Wieviel Information merkt sich der Patient tatsächlich von einem Aufklärungsgespräch?, JMG 2017, 237.

<sup>200</sup> *Kuhlmann*, Einwilligung, 106f.

<sup>201</sup> *Koziol*, Die Einwilligung zu medizinischen Eingriffen, JBl 2016, 628.

Person wahrgenommen werden. Es gibt **absolut höchstpersönliche Rechte**, die einer Vertretung in jedem Fall unzugänglich sind und **relativ höchstpersönliche Rechte**, die eine Vertretung unter gewissen Umständen möglich machen. Zu ersteren gehören einerseits unter anderem das Eingehen einer Ehe und deren Scheidung, das Erstellen einer letztwilligen Verfügung und für den medizinischen Bereich der Schwangerschaftsabbruch,<sup>202</sup> die Sterilisation<sup>203</sup> oder das Erstellen einer Patientenverfügung.<sup>204</sup> Ist eine Person nicht einsichts- und urteilsfähig, kann weder ein Sachwalter noch ein Gericht an ihrer Stelle in Verfügungen bezüglich höchstpersönlicher Rechte einwilligen.<sup>205</sup> Eine Behandlung, die ohne eine Einwilligung des Patienten vorgenommen wird, widerspricht dem Schutz seines höchstpersönlichen Rechts und damit dem Recht auf individuelle Selbstbestimmung als auch Autonomie.<sup>206</sup> Relativ höchstpersönliche Rechte erlauben eine Vertretung soweit dies zur Wahrung des Wohls des Patienten erforderlich ist. Bei Eingriffen in die körperliche Integrität kann es aber – im Unterschied zu sonstigen persönlichen Angelegenheiten – geboten erscheinen, von der absoluten Höchstpersönlichkeit abzugehen und eine stellvertretende Entscheidung zuzulassen. Der Schutz der individuellen Gesundheit des Einwilligungsunfähigen wird in dieser Situation als höher bewertet als der Schutz des persönlichen Entscheidungsrechts.<sup>207</sup>

## 10.6. Pflichten auf Seiten des Arztes

Primär schuldet der Arzt eine qualifizierte Diagnose mit anschließender fachgerechter Behandlung. Neben der Erbringung der Leistung bzw – in Ausnahmefällen – des Erfolges, kommen dem Arzt noch weitere Pflichten zu. Die ärztliche Behandlung stellt seine vertragliche Hauptpflicht dar. Diese hat er nach den allgemein anerkannten Regeln der medizinischen Wissenschaft zu erbringen. Einen Anspruch auf den bestmöglichen medizinischen Standard hat der Patient aber nicht.<sup>208</sup> In Krankenanstalten wird zudem eine Behandlung auf fachärztlichem Niveau gefordert, insb dort, wo Fachabteilungen eingerichtet sind. Ist kein entsprechender Facharzt vorhanden, so hat die Behandlung durch

---

<sup>202</sup> Vgl S 151f.

<sup>203</sup> Vgl S 150.

<sup>204</sup> Vgl S 161ff.

<sup>205</sup> RIS-Justiz RS0103635, NZ 1996, 339, JBl 1996, 600.

<sup>206</sup> *Koziol*, JBl 2016, 628.

<sup>207</sup> Vgl OGH 11.11.1997, 7 Ob 355/97z; *Kopetzki*, RdM 1998/6.

<sup>208</sup> *Prutsch*, Aufklärung, 33.

einen anderen, qualifizierten Arzt zu erfolgen (§ 7 Abs 4 KAKuG).<sup>209</sup> Darüber hinaus hat der behandelnde Arzt auch über alternative Behandlungsmethoden aufzuklären und über solche, deren Kosten von der Krankenkasse nicht übernommen werden.<sup>210</sup> Die Behandlung des Arztes hat **ausreichend und zweckmäßig** zu sein, soll das Maß des Notwendigen jedoch nicht überschreiten.<sup>211</sup> Daneben kommen dem behandelnden Arzt noch eine Reihe von Nebenpflichten zu, wie beispielsweise die Aufklärungspflicht, die Schweigepflicht und die Dokumentationspflicht.<sup>212</sup> Im Zusammenhang mit der selbstbestimmten Einwilligung zur Behandlung kommt dem Arzt jedenfalls die Pflicht zu, dem Patienten eine weitestgehend autonome Entscheidung zu ermöglichen und Fremdbestimmung nur auf jene Fälle zu beschränken, in denen dem Patienten eine eigenständige Willensbildung bzw –entscheidung gerade nicht mehr möglich ist.

### **10.7. Zusammenfassung**

In diesem Kapitel wurde deutlich gemacht, dass sich im Laufe der Zeit die Zugänge, in wessen Kompetenz die Entscheidung zur Vornahme oder Nicht-Vornahme einer medizinischen Behandlung fällt, weitestgehend verändert haben und diese sich vom Arzt auf den Patienten selbst überlagert hat. Die wesentlichen Grundprinzipien, nach denen sich das ärztliche Tätigwerden richtet und wonach der Mediziner auch heute noch handelt, haben sich jedoch nicht nennenswert geändert. Wesentlich ist heute, dass sowohl Arzt als auch Patient Pflichten in Form einer sog Compliance zu erfüllen haben, um die besten Bedingungen für eine medizinische Behandlung schaffen zu können.

---

<sup>209</sup> 1268 22. GP - Vereinbarung Art 15a B-VG – ErläutRV, 4.

<sup>210</sup> Vgl OGH 7.9.1993, 10 Ob 503/93. Im ÄsthOpG befindet sich eine explizite Regelung, die besagt, dass der Arzt einerseits über alle mit der Behandlung verbunden Kosten sowie zu erwartenden Folgekosten aufzuklären hat. Darüber hinaus hat er besonders darauf hinzuweisen, wenn diese Kosten nicht vom Sozialversicherungsträger übernommen werden (vgl §§ 5 Abs 1 Z 9 sowie 5 Abs 6 ÄsthOpG).

<sup>211</sup> Vgl § 133 ASVG sowie weiters auch § 90 Abs 2 GSVG.

<sup>212</sup> Prutsch, Aufklärung, 32.

## 11. Ärztliche Aufklärung

Grundlage jeder medizinischen Behandlung ist ein Behandlungsvertrag, der zwischen dem Arzt bzw Träger der Krankenanstalt und dem Patienten bzw dessen Stellvertreter abgeschlossen wird. Dieser kann sowohl mündlich als auch schriftlich abgeschlossen werden. In der Regel kommt er konkludent durch übereinstimmende Verhaltensweisen zustande.<sup>213</sup> Dabei ist zu beachten, dass ein Patient zwar über die erforderliche Einwilligungsfähigkeit verfügen kann, um einen Behandlungsvertrag abzuschließen, nicht jedoch über jene, in die Behandlung an sich einzuwilligen.<sup>214</sup> Inhalt des Behandlungsvertrages sind die Diagnostik, Aufklärung und Behandlung des Arztes nach den aktuell anerkannten Regeln der ärztlichen Kunst. Heute wird der medizinische Behandlungsvertrag üblicherweise als freier Dienstvertrag eingestuft.<sup>215</sup> Die vertragliche Pflicht des Arztes besteht in der **lege artis durchgeführten medizinischen Behandlung**. Er schuldet aber keinen Heilungserfolg,<sup>216</sup> also kein Werk, weshalb eine Klassifizierung als herkömmlicher Werkvertrag grundsätzlich ausscheidet.<sup>217</sup> Dies deshalb, da nicht jede Krankheit heilbar ist und somit nicht immer ein zufriedenstellendes „Werk“ hergestellt werden kann.<sup>218</sup> Andererseits können invasive Eingriffe nicht als Werk klassifiziert werden, da sie nicht ausreichend steuerbar und vorhersehbar sind. Der Erfolg eines solchen Eingriffs ist jeweils auch von der individuellen körperlichen und psychischen Reaktion des Patienten abhängig. Auf diese hat der behandelnde Arzt naturgemäß aber keinerlei

---

<sup>213</sup> Prutsch, Aufklärung, 29; Engljähringer, Ärztliche Aufklärungspflicht, 36.

<sup>214</sup> Vgl dazu außerdem zur Differenzierung zwischen Geschäfts- und Einwilligungsfähigkeit bereits S 14ff. sowie S 15ff.

<sup>215</sup> RIS-Justiz RS0021339; OGH 12.3.1991, 5 Ob 514/91; *Kletečka-Pulker* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Kap I.1.2.1 (Stand 1.4.2016, rdb.at).

<sup>216</sup> RIS-Justiz RS0021335

<sup>217</sup> Bei älteren Urteilen des OGH ist zu erkennen, dass dieser den medizinischen Behandlungsvertrag als Werkvertrag klassifizierte (vgl OGH 11.6.1952, 1 Ob 592/52; RIS-Justiz RS0025546; OGH 10. 2. 1964, 1 Ob 15/64). Von dieser Rsp ist der OGH aber mittlerweile abgegangen und der Arzt schuldet heute nach herrschender Ansicht und stRsp in der Regel keinen Erfolg und somit kein Werk. Eine Ausnahme davon können insb zahnärztliche und manche kosmetische Behandlungen bilden, deren Ziel eindeutig in der Herstellung eines konkreten Erfolges liegt. Wesentlich ist, dass bei diesen Eingriffen für die Erfüllung des Vertrages die „technischen Fähigkeiten und handwerklichen Fertigkeiten“ des Arztes ausschlaggebend sind und der Erfolg nicht von unkalkulierbaren physischen Reaktionen des Patienten abhängt (vgl OGH 12.3.1991, 5 Ob 514/91; *Neumayr* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Handbuch Medizinrecht Kap. II.5 (Stand 1.3.2015, rdb.at)). Kritisch ist dabei jedenfalls, dass jede medizinische Behandlung vom Eintritt unkalkulierbarer physischer Reaktionen auf Patientenseite geprägt ist und sich dieses Risiko niemals gänzlich ausschließen lassen wird.

<sup>218</sup> *Kletečka-Pulker* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Kap I.1.2.1 (Stand 1.4.2016, rdb.at).

Einfluss. Man kann daher nicht davon ausgehen, dass er sich freiwillig zur Erbringung eines solchen Erfolges verpflichten würde.<sup>219</sup>

Einer Pflicht aus dem Behandlungsvertrag, der **Aufklärungspflicht** auf Seiten des behandelnden Arztes, kommt ganz wesentliche Bedeutung zu. Es gibt einige spezialgesetzliche Regelungen, die zwar die Aufklärungspflicht allgemein fordern, jedoch keine wesentlichen Unterscheidungen treffen.<sup>220</sup> Einer wirksamen Einwilligung, die frei von Willensmängeln ist, geht ein entsprechendes Aufklärungsgespräch voraus, das dafür Sorge trägt, dass dem Patienten voll bewusst ist, worauf sich seine Einwilligung bezieht.<sup>221</sup> Ein Patient kann aber auch auf die Aufklärung generell verzichten.<sup>222</sup>

Das ärztliche Aufklärungsgespräch ist – wie bereits die Einwilligungsfähigkeit des Patienten – jeweils im **Einzelfall** zu beurteilen. Es gibt keine allgemein gültigen Vorgaben, wie umfangreich es ausgestaltet zu sein hat. Dies hat in weiterer Folge dazu geführt, dass es ein breites Feld an höchstgerichtlicher Judikatur gibt. Auch in Deutschland hat man bereits mit einer Flut von Entscheidungen zu kämpfen.<sup>223</sup> Es gibt jedoch einige wesentliche Grundsätze, die bei einem Aufklärungsgespräch zu beachten sind. Diese sollen in den folgenden Kapiteln näher dargestellt werden.

Der OGH hat bereits vor Jahren festgehalten, dass es *„Aufgabe der ärztlichen Aufklärung ist, dem Patienten die für seine Entscheidung **maßgebenden Kriterien** zu liefern und ihn in die Lage zu versetzen, die **Tragweite** seiner Zustimmung zum fremden Eingriff zu **überblicken**.“*<sup>224</sup>

Der behandelnde Arzt hat einerseits den Wissensstand des Patienten und andererseits die Besonderheiten des jeweiligen Gesundheitszustandes und die damit verbundene Heilbehandlung zu berücksichtigen.<sup>225</sup> Hierbei ist insb auf die Dringlichkeit und Schwere sowie auf die möglichen Risiken und Konsequenzen des Eingriffs bzw auch auf die Folgen

---

<sup>219</sup> Engljählinger, Ärztliche Aufklärungspflicht, 42.

<sup>220</sup> Vgl etwa § 51 ÄrzteG, § 5 ÄsthOpG, § 18 ZÄG, § 9 GuKG, § 2 HebG, § 7 FMedG, § 8 OTPG, § 35 Abs 2 UbG oder § 5a Abs 1 Z 2 und 3 KAKuG; Jesser-Huß in Resch/Wallner (Hrsg), Kap IV Rz 69.

<sup>221</sup> RIS-Justiz RS0038176. Steiner, Die ärztliche Aufklärungspflicht nach österreichischem Recht, JBl 1982, 169.

<sup>222</sup> Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Kap I.3.9. (Stand März 2017, rdb.at); May in Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker, 10. Vgl außerdem Art 16 Abs 4 Halbsatz 1 Patientencharta.

<sup>223</sup> Engljählinger, Ärztliche Aufklärungspflicht, 4f.

<sup>224</sup> OGH 15.3.2001, 6 Ob 258/00k.

<sup>225</sup> OGH 20.2.2001, 10 Ob 8/01a.

bei Nichtvornahme der Behandlung einzugehen.<sup>226</sup> Er hat sich in die Situation des Patienten hineinzusetzen, um dessen Position bestmöglich verstehen zu können.<sup>227</sup> Aufgrund seiner persönlichen Einschätzung und medizinischen Erfahrung hat der Arzt dann das Aufklärungsgespräch dementsprechend (umfangreich) vorzunehmen.<sup>228</sup> Ein ärztliches Gespräch kann also abhängig von den einzelnen Faktoren **einmal weiter und einmal weniger weit** ausfallen. Sinn der Aufklärung ist es, dass der Patient danach die Bedeutung seiner medizinischen Situation überblicken kann und sich nach Abwägung aller wesentlichen Kriterien entweder für oder gegen eine bestimmte Behandlung entscheidet. Es ist dabei essentiell, dass ihm die Tragweite seiner Entscheidung und deren Folgen voll bewusst sind.<sup>229</sup> Primäres Ziel einer umfassenden Aufklärungspflicht ist es, das **Selbstbestimmungsrecht** des Patienten zu **schützen**. Zu diesem Zweck hat der OGH in den letzten Jahrzehnten im Zuge seiner Judikatur immer wieder besonders strenge Anforderungen an das ärztliche Aufklärungsgespräch gestellt und die Pflicht des behandelnden Arztes zu einer umfassenden Aufklärung betont.<sup>230</sup>

### 11.1. Selbstbestimmungs- und Sicherungsaufklärung

Man unterscheidet heute zwischen der Selbstbestimmungsaufklärung und der Sicherungsaufklärung. Die **Selbstbestimmungsaufklärung** soll dem Patienten alle erforderlichen Informationen verschaffen, die die Grundlage zu seiner Entscheidung, ob er in eine Behandlung einwilligt oder nicht, bilden.<sup>231</sup> Es sollen Diagnose, Krankheitsverlauf, Therapieverlauf und Risiken besprochen werden.<sup>232</sup> Sie schützt das Persönlichkeitsrecht des Einzelnen vor einem eigenmächtig vorgenommenen Eingriff in seine körperliche Integrität und damit das individuelle Selbstbestimmungsrecht. Eine Verletzung führt zur Rechtswidrigkeit der Behandlung und ist strafbar.<sup>233</sup> Die Selbstbestimmungsaufklärung wird in die Diagnose-, Verlaufs- und Risikoaufklärung unterteilt. Sie differenziert jeweils nach dem konkreten Inhalt der ärztlichen Aufklärung<sup>234</sup> und stellt eine vertragliche Pflicht

---

<sup>226</sup> OGH 3.9.1996, 10 Ob 2350/96b.

<sup>227</sup> *Englähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 4f.

<sup>228</sup> OGH 20.2.2001, 10Ob8/01a.

<sup>229</sup> OGH 15.3.2001, 6Ob258/00k; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 818.

<sup>230</sup> *Brandstetter* in *Mazal*, Grenzfragen der ärztlichen Behandlung, 1998, 49f.

<sup>231</sup> *Englähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 10.

<sup>232</sup> *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner (Hrsg)*, Kap IV Rz 79.

<sup>233</sup> *Koza*, Einwilligung in die medizinische Behandlung nach dem 2. Erwachsenenschutzgesetz

Die wesentlichen Änderungen im Überblick, *iFamZ* 2017, 170.

<sup>234</sup> *Englähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 10f.

des Arztes aus dem Behandlungsvertrag dar.<sup>235</sup>

Die **Sicherungsaufklärung**, die auch therapeutische Aufklärung genannt wird, soll auf der anderen Seite den Heilerfolg sicherstellen und gehört zum Inhalt der ärztlichen Therapie. Eine Verletzung dieser Aufklärungspflicht stellt einen Verstoß des Arztes gegen seine vertraglichen Sorgfaltspflichten dar und wird als Behandlungsfehler klassifiziert. Dem Patienten soll für die gesamte Behandlungsdauer der Wissensstand vermittelt werden, der ihm ein therapiegerechtes Verhalten ermöglicht. Es ist hierbei insb an relevante Informationen zur richtigen Medikamenteneinnahme oder zu Risiko- und Nebenwirkungen zu denken. Der Patient soll durch die Information vor Schäden geschützt werden.<sup>236</sup> Diese Form der Aufklärung ist außerdem notwendig, damit der Patient seinen Verpflichtungen iSd bereits angesprochenen Compliance<sup>237</sup> hinreichend nachkommen kann.

## 11.2. Aufklärungspflicht zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts

Dem ärztlichen Aufklärungsgespräch kommt insb deshalb solch eine wesentliche Bedeutung zu, weil sein primäres Ziel ist, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu wahren. Dieses ist durch zahlreiche einfachgesetzliche<sup>238</sup> als auch verfassungsrechtlich,<sup>239</sup> und damit besonders geschützte Normen gesichert. Es umfasst unter anderem das Recht, selbständig Entscheidungen in medizinischen Belangen zu treffen, über die eigene Gesundheit und das eigene Leben, aber auch über den eigenen Tod frei zu verfügen. Es handelt sich dabei um höchstpersönliche Rechte, über deren Disposition grundsätzlich nur jeder selbständig bestimmen kann.<sup>240</sup> Die Dispositionsbefugnis liegt dabei immer beim Rechtsgutininhaber selbst.

Im medizinischen Alltag ist es oft schwierig die rechtlichen Vorgaben auch tatsächlich so in die Praxis umzusetzen. Eine ärztliche Aufklärung wird von medizinischer Seite häufig als **mühselig** empfunden, da sie zusätzliche Arbeit bereitet und das Einbinden des Patienten oft als Einmischen in Belange empfunden wird, in denen er nicht über das nötige Fachwissen verfügt. Patienten auf der anderen Seite fühlen sich immer wieder nicht ausreichend aufgeklärt bzw vorbereitet. Dies deshalb, da sie häufig die ärztlichen

---

<sup>235</sup> RIS-Justiz RS0038176.

<sup>236</sup> *Engländer*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 7; *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner (Hrsg)*, Kap IV Rz 86.

<sup>237</sup> Vgl S 44f.

<sup>238</sup> Vgl hierzu S 175.

<sup>239</sup> Vgl hierzu S 176ff sowie S 179ff.

<sup>240</sup> *Prutsch*, Aufklärung, 51f; vgl hierzu S 45.

Erklärungen gar nicht verstehen. Darüber hinaus gibt es immer wieder Beschwerden Betroffener, dass diese nicht (ausreichend) in ihre Akten Einsicht nehmen können und somit auch nicht auf diese Weise die erforderlichen Informationen zu ihrem Gesundheitszustand erlangen können.<sup>241</sup>

Der Wunsch nach einer verpflichtenden umfangreichen Aufklärung manifestierte sich erst etwa in den letzten 100 Jahren, bedingt sowohl durch die historischen Entwicklungen im Zusammenhang mit den Ereignissen in der Zeit des Nationalsozialismus als auch durch die immer weiter fortschreitende medizinische Forschung und die damit einhergehenden neuen Techniken und Möglichkeiten. Erste Ansätze dazu gab es aber bereits Ende des 19. Jahrhunderts. Damals erkrankte Kronprinz Friedrich III an Kehlkopfkrebs. Die behandelnden Ärzte wollten ihn, ohne ihn zuvor aufgeklärt noch seine Einwilligung zu dem Eingriff eingeholt zu haben, operieren. Der Kaiser verhinderte dieses Vorgehen und wies an, zuerst die Einwilligung seines Sohnes einzuholen.<sup>242</sup> Etwa zur selben Zeit, im Jahr 1894, hatte das Reichsgericht über einen Fall zu entscheiden, in welchem ein Oberarzt der Körperverletzung angeklagt war, weil er an einem siebenjährigen Kind eine Fußamputation vornahm, obwohl der Kindesvater dem Eingriff widersprochen hatte.<sup>243</sup> Es geht auf dieses Urteil zurück, dass ein medizinischer Eingriff auch heute noch als Körperverletzung klassifiziert wird, wenn er nicht medizinisch indiziert und durch eine Einwilligung gedeckt ist.<sup>244</sup> Seit dieser Zeit bestand das Bestreben, den behandelnden Arzt verpflichtet zu wissen, Behandlungen nur nach erfolgter Zustimmung des Patienten vorzunehmen. Er sollte somit eine Behandlung nicht mehr eigenständig abändern oder erweitern können.<sup>245</sup> Heute ist es Standard, dass das medizinische Personal umfassend geschult wird, um einen respektvollen Umgang mit den zu betreuenden bzw zu behandelnden Patienten gewährleisten zu können.

Auf der anderen Seite steht der bereits angesprochene, von Kritikern bezeichnete **Paternalismus**<sup>246</sup> der Ärzte, der sich dadurch auszeichnet, dass der Patient regelmäßig dem Arzt untergeordnet ist. Dem Patienten kommt zwar – soweit möglich – die autonome Entscheidungsfindung zu, jedoch ist diese schon allein dadurch begrenzt, dass er nur

---

<sup>241</sup> Prutsch, Aufklärung, 52.

<sup>242</sup> Deutsch, Arztrecht und Arzneimittelrecht<sup>2</sup>, 1991, 51.

<sup>243</sup> Pauge, Arzthaftungsrecht, Neue Entscheidungslinien der BGH-Rechtsprechung, Juristische Rundschau 2015, 495; Deutsch, Arztrecht und Arzneimittelrecht<sup>2</sup>, 1991, 51.

<sup>244</sup> Vgl dazu eingehend S 96ff.

<sup>245</sup> Engljähringer, Ärztliche Aufklärungspflicht, 66.

<sup>246</sup> Vgl S 38ff.

zwischen jenen Behandlungsoptionen wählen kann, die ihm vom Arzt vorgeschlagen werden. Der Arzt trifft somit bereits eine Vorauswahl, welche Möglichkeiten er dem Patienten überhaupt unterbreitet. Dieser hat nicht schlechthin die Wahlmöglichkeit zwischen allen möglichen Optionen. Jetzt wird ein solches Vorgehen wohl damit begründet sein, dass der Arzt der Experte auf seinem Gebiet ist und nur er über die erforderlichen Kenntnisse und das Fachwissen verfügt. Der Patient ist regelmäßig als medizinischer Laie dem Urteil des Arztes ausgesetzt. Zwischen Arzt und Patient muss also ein Vertrauensverhältnis bestehen. Ein solches besteht häufig auch in anderen Lebensbereichen wie bspw zwischen Psychologe und Patient, Lehrendem und Auszubildendem oder Anwalt und Mandant. Diese Verhältnisse zeichnen sich gerade dadurch aus, dass sich ein Spezialist und ein Nichtfachmann gegenüberstehen. Dennoch wurde im medizinischen Bereich ein Paternalismus auf Seiten der Ärzte zumindest bis vor kurzem immer wieder kritisiert, da diese immer wieder den Wunsch des Betroffenen missachten und sich über dessen Entscheidung hinwegsetzen wollen.<sup>247</sup> Ein solches Verhalten mag in ihrem Fürsorgeethos begründet sein. Ärzte sehen es als ihre Pflicht und Berufung, Menschen zu heilen bzw Leben zu retten und alles Erforderliche dafür zu tun. Das autonome Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen steht für sie dabei oft hinter ihrer beruflichen Fürsorgepflicht.<sup>248</sup> Jedoch kommt es nur dann zu einer Konfliktsituation, wenn die Ansicht des Patienten und jene des Arztes divergieren und der Arzt der Meinung ist, die Entscheidung des Betroffenen führe zu einer vermeidbaren Gesundheitsschädigung.<sup>249</sup> Nichtsdestotrotz steht das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen auch in einem solchen Fall – bis auf bestimmte Ausnahmen – über dem ärztlichen Fürsorgeprinzip. Der behandelnde Arzt hat die Entscheidung des Patienten zu respektieren und sich dieser gemäß zu verhalten – auch wenn dies unter Umständen die Vornahme bzw ebenso das Unterlassen einer Behandlung bedeutet, die der Arzt nicht gutheißt. Auch zu strenge Anforderungskriterien an das Vorliegen der erforderlichen Einwilligungsfähigkeit werden als Form des Paternalismus gesehen.<sup>250</sup> Dem soll dadurch Abhilfe geschaffen werden, dass die Einwilligungsfähigkeit stets individuell und nicht nach einem standardisierten Muster zu beurteilen ist. Im Bereich der Medizinethik wird daher immer wieder gefordert, die individuelle Selbstbestimmung möglichst objektiv und transparent zu bewerten.

---

<sup>247</sup> Vollmann, Einwilligungsfähigkeit als relationales Modell, *Der Nervenarzt* 2000, 709.

<sup>248</sup> Vollmann, *Der Nervenarzt* 2000, 710.

<sup>249</sup> Vollmann, *Der Nervenarzt* 2000, 713.

<sup>250</sup> Vollmann, *Der Nervenarzt* 2000, 711.

### 11.3. Autonomie und Selbstbestimmung

Das Streben nach einer autonomen selbstbestimmten Lebensweise ist bereits tausende Jahre alt. „**Autonomie**“ kommt aus dem Griechischen und setzt sich aus den beiden Worten „auto“ (selbst) sowie „nomos“ (Gesetz) zusammen und versteht sich als Selbstgesetzgebung.<sup>251</sup> Kant definierte den Begriff der Autonomie als Bestimmung der Freiheit, über die jeder Mensch verfügt, egal ob krank oder gesund. Sie sei Ausdruck der Würde des Einzelnen.<sup>252</sup> Autonomie gilt als „selbstverantwortliche Kontrolle der eigenen Lebenswelt und der eigenen Lebensweise“.<sup>253</sup> Selbstbestimmung hingegen sei die „aktive Manifestation“<sup>254</sup> der Autonomie. Heutzutage wird immer wieder mehr Selbstbestimmung gefordert. Sie gilt als Zeichen der Freiheit. Jeder Einzelne hat danach die Möglichkeit frei über seine Güter zu entscheiden, wozu auch die körperliche Integrität zählt. Sie gilt als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit und damit jener Freiheit, die es dem Einzelnen ermöglicht, sein Leben nach seinen eigenen Vorstellungen zu gestalten.<sup>255</sup> Es handelt sich damit um ein grundlegendes Menschenrecht, das jedem Menschen zukommt.<sup>256</sup> Er soll sich innerhalb der gesetzlichen Regelungen frei verhalten können.<sup>257</sup> Aber sie ist auch ein Zeichen von Individualität. Jeder Mensch entscheidet in bestimmten Situationen anders. Anders aufgrund seiner Herkunft, seiner Erfahrungen oder seiner Ansichten. Selbstbestimmung ist damit auch ein Ausdruck von Individualität und damit etwas, das man nicht aufgeben möchte.<sup>258</sup> Sie gilt als eine der Grundbedingungen, damit wir ein glückliches Leben führen können.<sup>259</sup> Um wirklich frei entscheiden und handeln zu können, darf der Mensch nicht „einer fremden Macht“ unterworfen sein. Eine „fremde Macht“ ist dabei alles, was nicht er selbst ist, heute insb der Gesetzgeber oder bei religiösen Menschen auch Gott.<sup>260</sup> Bei der Selbstbestimmung kommt es nicht auf äußere Gesetze an. Alles, was ausschlaggebend ist, hat seinen Ursprung im inneren Zwang der Selbstverpflichtung.<sup>261</sup> Der Einzelne handelt seinem Gewissen entsprechend, so wie er es

---

<sup>251</sup> May in Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker, 2.

<sup>252</sup> Illhardt, Medizinische Ethik, 11.

<sup>253</sup> Kolland in Brinek, 160.

<sup>254</sup> May in Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker, 2.

<sup>255</sup> Hinterhofer, Die Einwilligung im Strafrecht, 1998, 8.

<sup>256</sup> Ohly, „Volenti non fit iniuria“, 27.

<sup>257</sup> Merli, Die allgemeine Handlungsfreiheit, JBl 1994, 234.

<sup>258</sup> Müller in Brinek, 28; Illhardt, Medizinische Ethik, 10.

<sup>259</sup> Barth, Das 2. Erwachsenenschutzgesetz Eine Annäherung, iFamZ 2017, 143.

<sup>260</sup> Illhardt, Medizinische Ethik, 10.

<sup>261</sup> Illhardt, Medizinische Ethik, 11.

sich selbst gegenüber verantworten kann.<sup>262</sup> Das Recht auf Selbstbestimmung wird heute als Teil der Menschenwürde angesehen und genießt somit als verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht ganz besonderen Schutz. Es kommt jedem Menschen zu, egal, ob alt, jung, gesund oder krank. Der Mensch soll in seinen Entscheidungen möglichst frei und unabhängig sein. Dritte sollen verpflichtet sein, diese Entscheidungen zu respektieren und ihnen entsprechend zu handeln. Daneben soll alles unternommen werden, damit auch Menschen mit Handicaps ihre Angelegenheiten möglichst selbst besorgen können.<sup>263</sup> In der Theorie erscheint dies alles klar und selbstverständlich, es hört sich plausibel und einfach an. In der Praxis – und hier insb in der medizinischen Praxis – sieht die Sache aber oft ganz anders aus. Gerade im medizinischen Bereich äußert sich das individuelle Selbstbestimmungsrecht durch die Fähigkeit, sich dennoch für eine Behandlung zu entscheiden, die einem nicht nahegelegt wird. Auf der anderen Seite aber auch gerade dadurch, sich gegen eine Behandlung zu entscheiden, die einem geraten wird, und dennoch zu wissen, dass diese Entscheidung akzeptiert wird und alle Beteiligte sich ihr entsprechend verhalten. Durch die immer weiteren Fortschritte und Möglichkeiten in der Medizin gilt Gesundheit in unserer Gesellschaft heute als eines der höchsten und wertvollsten Güter.<sup>264</sup> Auf der anderen Seite möchte der Einzelne aber auch seine **Würde** unter gar keinen Umständen verlieren. Ein Patient kann eine Behandlung ohne Angabe von Gründen jederzeit abbrechen oder ablehnen.<sup>265</sup> Auch wenn diese Behandlung medizinisch indiziert oder sogar lebensnotwendig erscheint, ist die autonome Entscheidung zu respektieren.<sup>266</sup> Das Recht des Einzelnen, eine Behandlung zu verweigern und sich so womöglich für den Tod zu entscheiden soll höher bewertet werden als die Schutzpflicht anderer für das Leben des Betroffenen.<sup>267</sup> Auch etwaigen Garanten- oder Hilfeleistungspflichten wird durch das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen Grenzen gesetzt.<sup>268</sup> Jedoch gilt: **„Die Selbstbestimmung des Einzelnen endet an der Selbstbestimmung des Anderen.“**<sup>269</sup>

---

<sup>262</sup> Ohly, „Volenti non fit iniuria“, 69f; Illhardt, Medizinische Ethik, 14.

<sup>263</sup> Barth, iFamZ 2017, 143.

<sup>264</sup> Bauer in Schumpelick/Vogel, 167.

<sup>265</sup> Vgl dazu § 24 Abs 4 KAKuG.

<sup>266</sup> Kletečka-Pulker in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Kap I.1.11. (Stand April 2016, rdb.at).

<sup>267</sup> Bioethikkommission, Sterben in Würde Empfehlungen zur Begleitung und Betreuung von Menschen am Lebensende und damit verbundene Fragestellungen - Stellungnahme der Bioethikkommission, 2015, 22. So auch Nationaler Ethikrat, Stellungnahme Patientenverfügung. Ein Instrument der Selbstbestimmung, 2005, 10; Vossenkuhl in Roxin/Schroth, 6.

<sup>268</sup> Weissauer in Mazal, 16.

<sup>269</sup> May in Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker, 8.

Insb bei kranken Menschen und hier vor allem bei nicht voll entscheidungsfähigen Personen gerät das Selbstbestimmungsrecht oft an seine Grenzen. Es ist bei diesen Personen zu klären, ob sie aufgrund ihrer psychischen, aber auch ihrer physischen Eingeschränktheit zur Selbstbestimmung überhaupt fähig sind. Auch wenn bei physisch beeinträchtigten Menschen meistens die Selbstbestimmung – erforderlichenfalls auch mit Unterstützung – als vorliegend erachtet werden kann,<sup>270</sup> so ist dies vor allem bei geistig Behinderten und psychisch Kranken in vielen Fällen gerade nicht so einfach zu beurteilen. Diesen Betroffenen ist Selbstbestimmung uU nur zT möglich.<sup>271</sup> Dabei gibt es keine allgemein gültigen Regeln, wann jemand zur Selbstbestimmung fähig ist und wann nicht. Es herrscht das Bestreben, dem Einzelnen so lange als möglich die Fähigkeit zur Selbstbestimmung zuzusprechen und ihn erforderlichenfalls bei der Herstellung dieses Zustandes zu unterstützen. Das Recht auf Selbstbestimmung gilt dabei ausnahmslos in jeder Situation, in der medizinisch gehandelt wird. Selbst wenn ein Mensch nicht mehr zur Selbstbestimmung fähig ist, so dürfen die zuständigen Personen dennoch nur in seinem Sinne handeln.<sup>272</sup> Man kann demnach nur die Fähigkeit zur Selbstbestimmung bzw zur selbstbestimmten Lebensweise verlieren, nicht jedoch das Recht auf Selbstbestimmung an sich. Dieses Recht bleibt in jedem Fall erhalten und steht jedem Menschen zu.<sup>273</sup>

Darüber hinaus kann jeder Einzelne von seinem Selbstbestimmungsrecht bereits **im Vorfeld** Gebrauch machen, um Situationen, in denen er selbst nicht mehr zu einer selbstbestimmten Lebensweise fähig ist, vorzubeugen. Dies ist insb durch die Instrumente der Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht möglich.<sup>274</sup>

#### 11.4. Ärztliches Fürsorgeprinzip

Man unterscheidet das Prinzip der Patientenautonomie vom Prinzip des Patientenwohls und jenem des Schädigungsverbots. Während das Prinzip der Patientenautonomie der Verwirklichung der bereits angesprochenen Selbstbestimmung des betroffenen Patienten dient, betreffen das Patientenwohl und das Schädigungsverbot als medizinethische Prinzipien den behandelnden Arzt. Die drei Prinzipien verfolgen nicht den selben Zweck

---

<sup>270</sup> Probleme können hier insb bei mangelnder Belastbarkeit oder fehlendem Durchsetzungsvermögen infolge einer körperlichen Behinderung auftreten.

<sup>271</sup> Illhardt, Medizinische Ethik, 13.

<sup>272</sup> Illhardt, Medizinische Ethik, 13.

<sup>273</sup> Brauer, Autonomie und Familie, 149.

<sup>274</sup> Vgl S 152ff.

und adressieren unterschiedliche Parteien, weshalb sie regelmäßig in Konflikt miteinander geraten können.<sup>275</sup>

Ziel ist es jedoch, die Prinzipien weitgehend miteinander zu vereinen und eventuelle Spannungsverhältnisse auszuräumen. Als ärztliche Fürsorge gilt die Pflicht des Mediziners, den Kranken zu heilen bzw sein Leiden zu mindern. Den Arzt trifft grundsätzlich eine **Behandlungspflicht**. Es kommt vor allem dann zu Spannungen, wenn sich der Betroffene für die Vornahme oder Unterlassung einer Behandlung entscheidet, die der behandelnde Arzt als nicht erfolgversprechend oder zielführend ansieht. Jedoch gilt auch dann das Selbstbestimmungsrecht des Patienten vorrangig.<sup>276</sup> Dabei werden das Selbstbestimmungsrecht und damit die Privatautonomie dort beschränkt, wo es zu einer gravierenden Verletzung der Persönlichkeitsrechte kommen würde. Es kann daher niemals wirksam in eine Tötung eingewilligt werden.<sup>277</sup> Auch in die Verletzung der körperlichen Integrität kann grundsätzlich nur in engen Grenzen eingewilligt werden.<sup>278</sup> Gerade in der Praxis ist es für den behandelnden Arzt oft schwer zu akzeptieren, eine lebensnotwendige Behandlung nicht vornehmen zu dürfen, weil dies dem Wunsch des Patienten entspricht.<sup>279</sup> Er hat aber selbst eine Entscheidung, die er rational nicht nachvollziehen kann, zu respektieren.<sup>280</sup> Es würde dem Prinzip der Autonomie widersprechen, könnte man dem Einzelnen sein Recht auf eine selbstbestimmte Entscheidung absprechen, „nur“ weil er nicht den ärztlichen Rat befolgt. Auch die Gefahr einer Fehlentscheidung des Patienten muss hingenommen werden, da sie den „notwendigen Preis für das Recht auf Selbstbestimmung“ darstellt.<sup>281</sup> Darüber hinaus gilt es für viele Menschen als erstrebenswerter, einen würdigen Tod zu sterben, als durch den Einsatz aller erdenklichen medizinischen Maßnahmen länger am Leben erhalten zu werden. Die ärztlichen Hilfeleistungspflichten dürfen das Selbstbestimmungsrecht auch nicht aushöhlen.<sup>282</sup> Den

---

<sup>275</sup> Vossenkuhl in Roxin/Schroth, 5; Nationaler Ethikrat, 10.

<sup>276</sup> Bioethikkommission, Empfehlungen zur Terminologie medizinischer Entscheidungen am Lebensende, 2011, 5, 7. So auch der Nationale Ethikrat der BRD: Nationaler Ethikrat, 10; Vgl bereits S 51.

<sup>277</sup> Koziol, JBl 2016, 618.

<sup>278</sup> Grundsätzlich ist eine solche Einwilligung nur bei medizinischer Indikation und lege artis durchgeführter Behandlung möglich; Vgl hierzu S 96ff.

<sup>279</sup> Kletečka-Pulker in Aigner/ Kletečka/ Kletečka-Pulker/Memmer, Kap I.1.11. (Stand April 2016, rdb.at).

<sup>280</sup> Weissauer in Mazal, 15.

<sup>281</sup> Weissauer in Mazal, 14; Vgl auch bereits BVerfG, Beschluss vom 25.7.1979, NJW 1979, 1925ff.

<sup>282</sup> Bioethikkommission, Empfehlungen zur Terminologie medizinischer Entscheidungen am Lebensende, 10; Nationaler Ethikrat, 12.

Arzt trifft also keine Behandlungspflicht mehr, wenn der Patient, die Behandlung, die der Arzt vornehmen würde, verweigert.<sup>283</sup>

Daneben kann es zu einem Konflikt kommen, wenn der Patient nicht mehr äußerungsfähig ist und der Arzt im Sinne des Patientenwohls zu entscheiden hat, sich aber mehrere Ärzte uneinig sind, welche Behandlung dem Patientenwohl dient und welche den geringsten Eingriff darstellt. Dabei kann es zu differenzierten Ansichten kommen, wann und durch welche Behandlung dem Patientenwohl am besten Rechnung getragen wird.<sup>284</sup> In einem solchen Fall ist bei der Beurteilung auf den Einzelfall abzustellen und es sind die konkreten Risiken gegen den Nutzen abzuwägen. Im Zweifel ist das zuständige Gericht mit der Entscheidungsfindung zu betrauen.

Ein allenfalls bekannter Patientenwunsch ist außerdem immer zu berücksichtigen. Dem behandelnden Arzt kommt kein selbständiges Recht auf Durchführung einer Heilbehandlung zu, das er der Durchsetzung des Patientenwillens entgegen halten könnte.<sup>285</sup> Auf der anderen Seite fühlt sich der behandelnde Arzt regelmäßig Vorwürfen ausgesetzt, wenn er das Selbstbestimmungsrecht des Patienten respektiert und deshalb erforderliche Behandlungsschritte unterlässt.<sup>286</sup> Zumindest in Teilen der Gesellschaft besteht eben nach wie vor das Bild des Arztes als Heiler der Kranken und Retter der Hilfsbedürftigen. Dass dies zu Verwirrung und Unsicherheit sowohl unter Medizinern als auch unter Patienten führt, ist daher nicht weiter verwunderlich.

Fürsorge wird auch als **Aufgabe und Schutzpflicht des Staates** angesehen. Er hat die Bewahrung, die Förderung und den Schutz der Menschenwürde zu verfolgen.<sup>287</sup> Dem Staat kommt deshalb die Verpflichtung zu, die notwendigen Rahmenbedingungen zu schaffen, um auch Schwachen ein menschenwürdiges Leben zu ermöglichen.<sup>288</sup> Typisch für das Fürsorgeverhältnis im medizinischen Alltag ist das Ungleichgewicht, das zwischen dem kranken Patienten, der auf die Hilfe seines Arztes angewiesen ist, und dem behandelnden Arzt, der über das erforderliche Wissen verfügt, herrscht.<sup>289</sup> Der Arzt findet sich in einer Situation wieder, in der ihm ein hilfsbedürftiger Patient ausgesetzt ist und den er

---

<sup>283</sup> Brandstetter in Mazal, 47.

<sup>284</sup> Vossenkuhl in Roxin/Schroth, 10.

<sup>285</sup> Weissauer in Mazal, 14.

<sup>286</sup> Brandstetter in Mazal, 43.

<sup>287</sup> Schmidt-Jortzig, Humanität und Menschenwürde aus rechtlicher Sicht in Schumpelick/Vogel, Medizin zwischen Humanität und Wettbewerb - Probleme, Trends und Perspektiven, 2007, 57; vgl. hiezu außerdem S 183ff.

<sup>288</sup> Kuhlmann, Einwilligung, 130.

<sup>289</sup> May in Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker, 6.

menschenwürdig zu behandeln hat. Der Patient wiederum fühlt sich dem Arzt ausgesetzt und muss darauf vertrauen können, dass dieser einerseits seinen Willen respektiert und sich andererseits seinem Wohl entsprechend bemüht, seine Schmerzen zu lindern bzw sein Leiden zu heilen.<sup>290</sup> Um die beiden Prinzipien miteinander vereinen zu können, ist es notwendig, dass beide Parteien – sowohl Arzt als auch Patient – an einer Zusammenarbeit interessiert und für neue Lösungen offen sind. Für den Arzt bedeutet dies, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten uneingeschränkt zu akzeptieren.<sup>291</sup> Dabei verliert das ärztliche Fürsorgeprinzip nicht vollständig an Bedeutung, es tritt jedoch in den Hintergrund. Das Ungleichgewicht, das naturgemäß zwischen Arzt und Patient herrscht, gilt es für den Arzt auszugleichen, ohne dabei das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu beschränken. Das besondere Vertrauensverhältnis, das zwischen Arzt und Patient besteht, ermöglicht ihm das Eingriffsrecht in den Integritätsbereich des Patienten.<sup>292</sup>

Auf der anderen Seite kann das individuelle Selbstbestimmungsrecht nicht soweit gehen, dass es von einem Dritten ein Verhalten verlangt, das dieser mit seinem Gewissen nicht vereinbaren kann.<sup>293</sup> Allen voran medizinisch nicht indizierte Behandlungen kann der Arzt verweigern.<sup>294</sup> Der Patientenwille kann nicht immer und unter allen Umständen den Arzt verpflichten.<sup>295</sup> Insb kann ein Arzt auch die Vornahme bzw gerade Nicht-Vornahme einer Behandlung **ablehnen**, so es sich um keinen Notfall handelt. In einer Notfallsituation darf ein Arzt jedoch niemals die dringend erforderliche Hilfe verweigern.<sup>296</sup>

Außerdem sind auch die Ansprüche des Arztes auf autonome Selbstbestimmung durch die **Therapiefreiheit** an sich geschützt. Der Arzt kann nicht dazu verpflichtet werden, alles zu tun, was ein Patient von ihm verlangt.<sup>297</sup> Insb unwirksame oder nicht zweckmäßige Behandlungen sind nicht vorzunehmen. Der Patientenwille ist außerdem nicht beachtlich, wenn die geforderte Maßnahme gegen die Standesordnung des Arztes oder sonst geltendes Recht verstoßen würde.<sup>298</sup> Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle außerdem festgehalten, dass die Tötung auf Verlangen und die Mitwirkung am Selbstmord nach § 77

---

<sup>290</sup> Illhardt, Medizinische Ethik, 2.

<sup>291</sup> May in Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker, 5.

<sup>292</sup> Höfling in Wienke/Eberbach/Kramer/Janke (Hrsg), Die Verbesserung des Menschen, MedR 2009, 119.

<sup>293</sup> May in Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker, 16.

<sup>294</sup> Ploier, Recht des Patienten auf Therapie - Recht des Arztes auf Therapieverweigerung?, Journal für Neurologie Neurochirurgie und Psychiatrie 2008, 66.

<sup>295</sup> Vossenkuhl in Roxin/Schroth, 13.

<sup>296</sup> Vgl § 48 ÄrzteG; Vossenkuhl in Roxin/Schroth, 14; Ploier, Recht des Patienten auf Therapie, 66.

<sup>297</sup> Vossenkuhl in Roxin/Schroth, 13.

<sup>298</sup> Bioethikkommission, Empfehlungen zur Terminologie medizinischer Entscheidungen am Lebensende, 5.

und § 78 StGB strafbar sind. Dies selbst dann, wenn sie dem ausdrücklichen Wunsch des Patienten entsprechen.<sup>299</sup> Ein solches Verhalten kann vom Patienten also bereits aus diesem Grund niemals vom Arzt verlangt werden. Auch wenn dem behandelnden Arzt nicht gestattet ist, eine konkrete Behandlung auf Wunsch des Patienten durchzuführen, so besteht dennoch weiterhin die Verpflichtung zu sonstigen Hilfsmöglichkeiten, die bspw die Verabreichung von Medikamenten zur Schmerzlinderung miteinschließt. Er kann sich also nicht gänzlich seiner Verantwortung entziehen.

Außerhalb von Notfallsituationen kann der Arzt dem Patienten seine Verpflichtung nach § 49 ÄrzteG entgegenhalten, wonach er eine **gewissenhafte Betreuung** sicherzustellen hat. Das persönliche Selbstbestimmungsrecht des Patienten wird als **Abwehrrecht** gegen Eingriffe in die körperliche Integrität gesehen, dem Betroffenen erwächst daraus jedoch kein Anspruch auf eine aktive Handlung.<sup>300</sup> Er kann auch nicht eine bestimmte Behandlungsart erzwingen.<sup>301</sup> Verweigert der Arzt somit die Beendigung der lebenserhaltenden Maßnahmen aus Gewissensgründen, so ist dies Ausfluss seines persönlichen Grundrechts auf Glaubens- und Gewissensfreiheit. Der Patient hat sich in diesem Fall an eine andere Person zu wenden. Der Arzt kann nicht zur Vornahme bzw Unterlassung durch den Patienten gezwungen werden. Wenn sein Tätigwerden nicht im Rahmen einer Erste-Hilfe-Leistungspflicht zur Lebensrettung dringend geboten ist, so kann auch er aus persönlichen weltanschaulichen Gründen eine konkrete Therapie verweigern.<sup>302</sup>

Ein anderes Beispiel stellt die Behandlung von Zeugen Jehovas' mit Blut dar, die diese grundsätzlich strikt ablehnen. Kann ein Arzt eine solche Vorgehensweise mit seiner persönlichen Weltanschauung nicht vereinbaren, so kann er bei einem geplanten Eingriff die Vornahme der Behandlung ablehnen. Besonders in einer Krankenanstalt angestellte

---

<sup>299</sup> Weissauer in Mazal, 24.

<sup>300</sup> Bioethikkommission, Empfehlungen zur Terminologie medizinischer Entscheidungen am Lebensende, 5; Nationaler Ethikrat, 10.

<sup>301</sup> Brandstetter in Mazal, 50; Kletečka-Pulker in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Kap I.1.11. (Stand April 2016, rdb.at).

<sup>302</sup> Explizit ist dies bspw in § 97 Abs 2 StGB oder § 6 FMedG geregelt, die festhalten, dass das Mitwirken eines Arztes einerseits an einem Schwangerschaftsabbruch und andererseits an einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung oder Präimplantationsdiagnostik stets auf freiwilliger Basis zu erfolgen hat. Sollte ein Arzt eine solche Behandlung verweigern, so darf ihm daraus kein Nachteil erwachsen. Auch dies selbstverständlich wieder unter der Prämisse, dass es sich nicht um eine Notfallsituation handelt. Sowohl beim Schwangerschaftsabbruch als auch bei medizinisch unterstützten Fortpflanzungen handelt es sich um Themen, die sehr kontroversielle Ansichten mit sich bringen und regen Diskussionsstoff liefern. Mit diesen ausdrücklichen Bestimmungen soll dem behandelnden Arzt die Möglichkeit geboten werden, entsprechend seinen persönlichen weltanschaulichen Motiven zu handeln, ohne gegen seine ärztliche Behandlungspflicht zu verstoßen.

Ärzte können regelmäßig von ihrem Recht auf Behandlungsverweigerung nicht Gebrauch machen, da sie aufgrund dienstlicher Weisung zu einem Handeln entsprechend dem Patientenwillen verpflichtet sind. Niedergelassenen Ärzten kommt hingegen die Möglichkeit der Therapieverweigerung sehr wohl zu, soweit sie keine Hilfeleistungspflicht trifft.<sup>303</sup>

In einer Notfallsituation hat der behandelnde Arzt jedoch den Patientenwunsch – soweit ihm dieser bekannt ist – zu respektieren und sich diesem gemäß zu verhalten. Er kann dem Patienten nicht aus persönlichen Gewissensgründen die Bluttransfusion dennoch geben. Hier entfällt also seine allgemeine Hilfeleistungspflicht. In diesem Zusammenhang ist weiters die sogenannte DNR-Order („do not resuscitate“) von Bedeutung. Dabei handelt es sich um eine Weisung des Patienten (meist in Form einer einfachen Notiz), die sich an das medizinische Personal richtet und das Unterlassen jeglicher reanimierender Maßnahmen fordert.<sup>304</sup> Die DNR-Order ist demnach als manifestierter Patientenwunsch vom behandelnden Arzt zu respektieren. Problematisch ist dabei zweifelsfrei, dass sich der Arzt kein Bild darüber machen konnte, unter welchen Umständen der Patient diese Order getroffen hat. Es ist nicht ersichtlich, ob sich der Patient eingehend mit der Problematik auseinandergesetzt hat und an welche konkreten Situationen er dabei gedacht hat. Dabei ist außerdem zu beachten, dass eine solche Weisung auch sehr von den persönlichen Umständen des Patienten abhängen kann. Handelt es sich um einen depressiven Menschen, der sich generell gerade in einer schwierigen Lebensphase befindet und keinen Grund zu leben mehr sieht, wird dieser eher dazu neigen, alle lebenserhaltenden Maßnahmen per se zu verweigern. Eine allgemeine Notiz, keine lebenserhaltenden Maßnahmen zu wünschen, ist daher zu ungenau und würde außerdem das Instrument der Patientenverfügung aushöhlen, die zu ihrer Gültigkeit das Erfüllen gewisser Voraussetzungen erfordert.<sup>305</sup> Eine DNR-Order kann den behandelnden Arzt somit nur binden, soweit sie auf den konkreten Fall bezogen ist und er keine Zweifel hat, dass sie auch tatsächlich dem Patientenwunsch entspricht.<sup>306</sup> Im Zweifel hat er Reanimationsmaßnahmen gemäß seiner Hilfeleistungspflicht iSd § 48 ÄrzteG vorzunehmen. Eine solche Notiz kann aber jedenfalls Aufschluss zur Erforschung des mutmaßlichen Patientenwillens geben.

---

<sup>303</sup> Ploier, *Recht des Patienten auf Therapie*, 67.

<sup>304</sup> Schmidt, *DNR-Anordnungen: Das fehlende Bindeglied*, *Dtsch Arztebl* 2009; 106 (30); 511ff.

<sup>305</sup> Vgl S 161ff.

<sup>306</sup> Tatsächlich wird es in Notfallsituationen für den behandelnden Arzt schwierig sein, den Patientenwillen zu eruieren.

In den letzten Jahren hat sich das Arzt-Patient Verhältnis immer mehr zu einem **wirtschaftlichen Vertragsverhältnis** entwickelt. Es besteht immer mehr Nachfrage nach Gesundheitsleistungen,<sup>307</sup> wodurch sich die Medizin immer mehr zu einer Dienstleistung ausgestaltet. Es stehen einander der Patient als „Kunde“ und der Arzt als „Schuldner“ der vom Kunden in Auftrag gegebenen vertraglichen Leistung gegenüber.<sup>308</sup> Dieses Phänomen lässt sich insb in der kosmetisch-operativen Medizin beobachten und distanziert sich damit immer mehr vom Grundgedanken des Arztes als Heiler. Es lässt sich erkennen, dass sich laufend mehr Bereiche innerhalb der Medizin zu Dienstleistungssektoren entwickeln, auf die bei Bedarf vom einzelnen Patienten zugegriffen werden kann. Dabei wird ein Eingriff nicht mehr (nur) vorgenommen, wenn er medizinisch indiziert ist, sondern wenn dies vom Patienten gewünscht ist und seinen Vorstellungen entspricht. Auch hinsichtlich der genauen Vorgehensweise sind hier weitgehend die Wünsche und Anregungen des Patienten ausschlaggebend.<sup>309</sup> Das gesellschaftliche Verständnis scheint sich zumindest aus ärztlicher Sicht in einem Prozess der Wandlung zu befinden, als nach heutiger Ansicht dem Patienten nur noch Rechte zukommen während den behandelnden Arzt die Erfüllung seiner Pflichten trifft. Im ursprünglichen Verständnis einer ausgewogenen Arzt-Patient Beziehung trafen hingegen auch den Patienten Pflichten und dem Arzt standen Rechte zu.<sup>310</sup> Eine solche Interpretation ist deshalb selbstverständlich trotzdem noch lange nicht richtig. Dem Patienten kommen auch heute Verpflichtungen zu und der behandelnde Arzt kann sich selbstverständlich auch auf individuelle Rechte und Ansprüche berufen.

### 11.5. Grenzen der ärztlichen Behandlungspflicht

Die ärztliche Behandlungspflicht hat dort ihre Grenzen, wo sie nicht mehr sinnvoll ist. Ein Arzt hat mit seinem Handeln zu nützen, nicht aber zu schaden. Die Art, worin der Nutzen liegt, kann variieren. Sie ist auch stark von den persönlichen Umständen sowie der individuellen Betrachtungsweise abhängig. Im Grunde lässt sich aber sagen, dass die ärztliche Pflicht immer noch ihrem ursprünglichen Zweck entsprechend in der Heilung der Kranken liegt.<sup>311</sup> Darunter fallen nach allgemeinem Verständnis all jene Maßnahmen, die **indiziert** sind.<sup>312</sup> Dabei sind insb die Folgen und Nebenwirkungen, die mit der Vornahme

---

<sup>307</sup> Bauer in *Schumpelick/Vogel*, 167.

<sup>308</sup> Höfling in *Wienke/Eberbach/Kramer/Janke (Hrsg)*, 120.

<sup>309</sup> Vgl in diesem Zusammenhang die Klassifikation des Behandlungsvertrages als Werkvertrag FN 217.

<sup>310</sup> Bauer in *Schumpelick/Vogel*, 167.

<sup>311</sup> Illhardt, *Medizinische Ethik*, 124.

<sup>312</sup> Eingehend zur Indikation s S 107.

einer Behandlung bzw deren Unterlassen verbunden sind, zu beurteilen. Eine aussichtslose Behandlung ist wohl aus medizinischer Sicht nicht oder nicht mehr indiziert, sie kann aber aus medizinethischer Sicht durchaus noch geboten sein. Dabei darf bei der Bewertung, ob eine Behandlung nützlich ist, nie darauf abgestellt werden, ob es ein bestimmter Patient „wert ist“, bestimmte Behandlungen an ihm vorzunehmen. Gerade entscheidungsunfähige Patienten können leicht Gefahr laufen, Opfer einer solchen Betrachtungsweise zu werden. Eine solche Wertung ist insb bei Personen mit Behinderungen unangebracht und überdies diskriminierend.<sup>313</sup> Es muss bei der Beurteilung immer ein objektiver Maßstab angelegt werden, der für alle Menschen gleich gilt.<sup>314</sup> Außerdem bildet stets der Wille des Patienten die Grenze der ärztlichen Behandlung. Auf der anderen Seite kann ein Arzt nicht in besonders sensiblen Bereichen<sup>315</sup> zur Vornahme einer Behandlung gezwungen werden.<sup>316</sup>

## 11.6. Adressat der Aufklärung

Ein ärztliches Aufklärungsgespräch ist grundsätzlich immer **mit dem einsichts- und urteilsfähigen Patienten selbst** zu führen, da nur er rechtswirksam in einen Eingriff in seine körperliche Integrität einwilligen kann. In diesem Sinne sind alle erforderlichen Hilfsmittel zu ergreifen, um das Gespräch soweit als möglich mit dem Patienten selbst führen zu können. Ist der Patient hör- oder sehgeschädigt, so hat der behandelnde Arzt das Aufklärungsgespräch dennoch nur mit ihm zu führen, da nach wie vor auch nur er aufklärungs- und einwilligungsberechtigt ist. Bei blinden Patienten hat die Aufklärung erforderlichenfalls mittels Braille-Schrift zu erfolgen, bei Hörgeschädigten ist auf andere Hilfsmittel zurückzugreifen.<sup>317</sup> Gerade bei alten Menschen kann sich die Kommunikation in Folge von verminderten Fähigkeiten der Sinnesorgane als schwierig gestalten. Es ist aber dennoch soweit als möglich zu versuchen, das Gespräch mit dem Patienten selbst zu

---

<sup>313</sup> Beachte in diesem Zusammenhang außerdem die parlamentarische Enquete-Kommission zum Thema „Würde am Lebensende“ 491BlgNR 25.GP PK-Nr 277 vom 26.3.2015, in der ebenfalls einstimmig festgehalten wird, dass jeder Mensch, unabhängig von seinem sozialen und vor allem finanziellen Hintergrund, die bestmögliche Versorgung erhalten und insb ein schmerzfreies Sterben ermöglicht werden soll. Im Sinne der Selbstbestimmung des Einzelnen und der Menschenwürde ist auf die individuellen Bedürfnisse ausreichend Rücksicht zu nehmen. Die Forderung nach würdigem Sterben dürfe keine Frage des Geldes sein, für die Hospiz- und Palliativbetreuung müssen die erforderlichen finanziellen Mittel aufgebracht werden. Siehe außerdem Bioethikkommission, Empfehlungen zur Terminologie medizinischer Entscheidungen am Lebensende, 5.

<sup>314</sup> Illhardt, Medizinische Ethik, 87.

<sup>315</sup> ZB Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs oder Abbrechen lebenserhaltender Maßnahmen. Vgl hierzu bereits S 56ff.

<sup>316</sup> Siehe hierzu bereits S 56ff.

<sup>317</sup> Kuhlmann, Einwilligung, 86.

führen. Erst wenn eine Kontaktaufnahme unter Verwendung aller zur Verfügung stehenden Mittel nicht möglich ist, soll ein Vertreter eingeschaltet werden. Der Arzt hat insb beim Aufklärungsgespräch mit betagten, aber auch mit geistig behinderten Menschen, besonders einfühlsam und geduldig vorzugehen. Die medizinische Aufklärung kann sich gerade bei diesem Personenkreis als sehr langwierig gestalten, da diese Patienten regelmäßig zur Verarbeitung von Informationen mehr Zeit brauchen. Der Arzt hat das Therapiegespräch an diese Gegebenheiten **anzupassen** und kann nicht der Einfachheit halber auf das Gespräch verzichten. Er muss seinen Duktus und seinen Redefluss an das Können seines Patienten angleichen. Gegebenenfalls hat er auf Hilfsmittel zur besseren Veranschaulichung zurückzugreifen.<sup>318</sup>

Darüber hinaus kann auch ein **besachwalteter** Patient über die für eine konkrete Behandlung notwendige Urteilsfähigkeit verfügen und demnach auch in deren Rahmen eine rechtsgültige Erklärung abgeben. In diesem Fall hat die ärztliche Aufklärung gegenüber dem Besachwalteten – gegebenenfalls im Beisein seines Sachwalters – zu erfolgen und er hat eine für den Arzt bindende Entscheidung zu treffen. Ähnlich ist es bei schweren Eingriffen, bei welchen neben der Zustimmung des Sachwalters auch jene des besachwalteten Patienten einzuholen ist, wenn dieser für die konkrete Behandlung als einsichtsfähig gilt.<sup>319</sup> Auf der anderen Seite bedeutet dies genauso wenig zwingend, dass eine umfassende Sachwalterschaft erforderlich ist, „bloß“ weil der Patient für den konkreten Eingriff nicht ausreichend einsichtsfähig ist.<sup>320</sup>

Verfügt der Patient nicht über die nötige Einsichtsfähigkeit – auch nicht für die konkrete Behandlung – so erfolgt die Aufklärung gegenüber dem zuständigen Sachwalter. Dieser hat dann an Stelle des Patienten eine Willenserklärung abzugeben.<sup>321</sup> Dabei ist das Gespräch so auszugestalten, wie es der Arzt mit dem Betroffenen selbst führen würde.<sup>322</sup> Auf eine etwaige psychische Belastung die durch die erläuterten Informationen hervorgerufen werden könnte, ist jedoch nicht Rücksicht zu nehmen, da diese wohl nur den Betroffenen selbst treffen würde.<sup>323</sup>

---

<sup>318</sup> *Posselt-Wenzel*, Medizinische Eingriffe, 46f.

<sup>319</sup> *Prutsch*, Aufklärung, 92.

<sup>320</sup> *Prutsch*, Aufklärung, 91.

<sup>321</sup> *Gerhartl*, Reichweite der ärztlichen Aufklärungspflicht, Zak 2014, 330.

<sup>322</sup> *Barth*, ÖJZ 2000, 63; *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 160f.

<sup>323</sup> *Barth*, ÖJZ 2000, 63f; *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 153.

Ein Arzt ist niemals dazu befugt, über den Kopf des Patienten hinweg die Einwilligung von dessen Angehörigen einzuholen oder sich auch nur mit diesen zu besprechen.<sup>324</sup> Dies ist unter anderem auch Ausfluss der ärztlichen Schweigepflicht. Es kann aber mitunter hilfreich sein, nahe Angehörige und Freunde des Patienten hinzuzuziehen, wenn dies dem Betroffenen recht ist. Gerade bei alten Menschen kann durch den Beistand von vertrauten Personen ein Gefühl von Sicherheit geschaffen werden. Auch kennen diese Personen den Patienten in der Regel schon lange und gut. Sie können ihm in seiner Entscheidungsfindung behilflich sein. Er hat dadurch nicht das Gefühl, in seiner Situation allein und auf sich gestellt zu sein. Auch für den aufklärungspflichtigen Arzt können sie eine Erleichterung darstellen, da sie ihn dabei unterstützen können, das Aufklärungsgespräch den Bedürfnissen des Patienten anzupassen.

Auch **Einwilligungsunfähige** selbst können aufzuklären sein, soweit sie dem Aufklärungsgespräch folgen können.<sup>325</sup> Die Zustimmung ist dann aber auch hier von ihrem Stellvertreter abzugeben. Sie sind dem Gespräch aber jedenfalls beizuziehen.<sup>326</sup> Auch der einwilligungsunfähige Patient gilt stets als Subjekt seiner Behandlung.<sup>327</sup> Daneben hat der Sachwalter aufgrund seiner Informationspflichten den Beschwalteten von dem erfolgten Aufklärungsgespräch zu berichten. Eine solche Vorgehensweise ist allein schon aufgrund des Respekts gegenüber dem Patienten geboten.

## 11.7. Der Aufklärungspflichtige

Aufklärungspflichtig ist grundsätzlich der Vertragspartner des Patienten. In der Regel ist dies – zumindest als Erfüllungsgehilfe – der Arzt, der den medizinischen Eingriff vornimmt und daher in die körperliche Integrität des Patienten eingreift. Grundsätzlich hat auch der behandelnde Arzt selbst dafür Sorge zu tragen, dass eine ausreichende Aufklärung stattfindet. Jeder Facharzt hat die Aufklärung für sein Behandlungsgebiet zu übernehmen.<sup>328</sup> So hat der Anästhesist unabhängig vom Operateur den Patienten auf die Risiken und Gefahren einer Narkose hinzuweisen. Der Operateur hat dementsprechend die

---

<sup>324</sup> Prutsch, Aufklärung, 81f; Kuhlmann, Einwilligung, 107.

<sup>325</sup> Kern, Die neuere Entwicklung in der Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht, GesR 1/2009, 2.

<sup>326</sup> Beachte in diesem Zusammenhang, dass auch gegen ihren Willen untergebrachte Personen gem § 35 Abs 2 UbG jedenfalls dem Aufklärungsgespräch beizuziehen sind soweit dies ihrem Wohl nicht abträglich ist. Auch dies ist Ausfluss des Respekts vor dem jeweiligen Patienten. Vgl hiezu S 78.

<sup>327</sup> Lipp, Die medizinische Indikation – Ein „Kernstück ärztlicher Legitimation?“, MedR (2015) 33; 762 -766 (765).

<sup>328</sup> Kern, GesR 1/2009, 2.

Aufklärung über den operativen Eingriff per se zu übernehmen. Die Aufklärung kann stellvertretend von einem anderen als dem behandelnden Arzt vorgenommen werden,<sup>329</sup> ein Nichtarzt darf jedoch niemals ein ärztliches Aufklärungsgespräch vornehmen.<sup>330</sup> Der OGH<sup>331</sup> hat bereits früh festgelegt, dass eine medizinische Belehrung durch einen Kollegen des Operateurs durchaus ausreichend ist, solange er über die nötigen Informationen hinsichtlich des Eingriffes und des Patienten verfügt.<sup>332</sup> Der letztendliche Operateur muss sich aber vergewissern, dass sein Patient hinreichend aufgeklärt wurde.<sup>333</sup> Dies hat er unter anderem durch das gezielte Stellen von Fragen zu machen.<sup>334</sup> Schlussendlich ist es nur wichtig, dass der Patient im gebotenen Maße aufgeklärt ist. Von wem bzw durch wen das erfolgte, ist aber im Ergebnis nicht von Belang.<sup>335</sup>

Aufgrund des bereits mehrfach thematisierten Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient ist es jedoch ratsam, dass das Aufklärungsgespräch insb bei schwerwiegenden Eingriffen auch vom behandelnden Arzt selbst geführt wird. Gerade beeinträchtigte, unterstützungsbedürftige Personen und auch alte Menschen sind typische Patienten, die weitestgehend über einen längeren Zeitraum in Behandlung eines bestimmten Arztes stehen. Da hier in der Regel bereits ein besonderes Vertrauen zwischen Behandler und Behandeltem herrscht und der Arzt seinen Patienten besser kennt, kann in solchen Fällen dem Patienten regelmäßig allein durch die Tatsache einer vertrauten Person Sicherheit vermittelt werden, was sich in vielen Fällen auf die Bereitschaft solcher Patienten zur Teilnahme am Aufklärungsgespräch auswirkt. Darüber hinaus konnte immer wieder festgestellt werden, dass sich ein stabiler, sicherer psychischer Zustand eines Patienten durchwegs positiv auf dessen generelle Genesung auswirkt.<sup>336</sup> Außerdem kann ein Arzt, dem bestimmte Eigenheiten seines Patienten bereits bekannt sind, gegebenenfalls adäquat auf diese reagieren bzw mit diesen umgehen.

---

<sup>329</sup> Prutsch, Aufklärung, 62.

<sup>330</sup> Kern, GesR 1/2009, 2.

<sup>331</sup> OGH 23.6.1994, 6 Ob 555/94.

<sup>332</sup> Prutsch, Aufklärung, 63.

<sup>333</sup> OGH 23.6.1982, OGH 3 Ob 545/82, SZ 55/114.

<sup>334</sup> Prutsch, Aufklärung, 64.

<sup>335</sup> Prutsch, Aufklärung, 65.

<sup>336</sup> Jori, Die nicht-autoritäre Lenkung des Patienten bei Hippokrates in *Von Engelhardt/Von Loewenich/Simon (Hrsg), Die Heilberufe auf der Suche nach ihrer Identität*, 2001, 175.

## 11.8. Zeitpunkt der Aufklärung

Neben der Problematik, durch wen das Aufklärungsgespräch stattzufinden hat, stellt sich darüber hinaus die Frage, wann dieses Gespräch zu geschehen hat. Aus der einfachen Tatsache, dass nur dann ein straffreier Eingriff in die körperliche Unversehrtheit eines Menschen vorliegen kann, wenn **zuvor** in diesen Eingriff wirksam eingewilligt wurde und einer solchen Einwilligung ein Aufklärungsgespräch vorgeht, lässt sich folgern, dass die Aufklärung stets vor Vornahme der einwilligungsbedürftigen Behandlung zu erfolgen hat. In welchem zeitlichen Naheverhältnis zum Behandlungsbeginn dies geschehen muss, lässt sich jedoch nicht pauschal beantworten. Dies ist einerseits von der **Dringlichkeit** und andererseits von der **Schwere** der jeweiligen Behandlung abhängig und bedarf daher stets einer **Einzelfallentscheidung**.<sup>337</sup> Es gibt jedoch einige grundlegende Voraussetzungen, die zu beachten sind.

Ideal ist ein Zeitpunkt, der möglichst nahe zum tatsächlichen Eingriff liegt, sodass der Patient nicht alles Nötige vergisst, der aber auch nicht zu knapp davor ist, sodass dem Patienten immer noch eine **angemessene Überlegungsfrist** zukommt.<sup>338</sup> Damit ist ein Zeitraum gemeint, in welchem der zu Behandelnde seine Entscheidung und die damit verbundenen Konsequenzen eingehend überdenken kann. Wie lang dieser Überlegungszeitraum sein soll, ist wiederum vom Einzelfall abhängig. Auch hier kommt es auf die spezifische Behandlung per se und den Patienten an.<sup>339</sup> Dem Patienten ist jedoch jedenfalls so viel Zeit einzuräumen, selbst in Ruhe eine Entscheidung treffen, sich mit seinen Angehörigen besprechen und gegebenenfalls eine zweite ärztliche Meinung einholen zu können.<sup>340</sup> Zweck dieser Vorgehensweise ist es, eine Überrumpelung des Patienten und eine etwaige voreilige Entscheidung zu vermeiden. Ein Aufklärungsgespräch unmittelbar vor einem operativen Eingriff erfüllt das Erfordernis der angemessenen Überlegungsfrist in den meisten Fällen nicht. Andererseits wurden durchaus bereits auch Aufklärungsgespräche als formgültig und rechtzeitig erachtet, die am Vorabend stattgefunden haben. Dies insb dann, wenn es sich dabei um bloße Hilfsbehandlungen handelt. Wichtig ist, dass sich der Patient bei seiner Entscheidungsfindung nicht unter Druck gesetzt fühlt oder sich in einer psychischen

---

<sup>337</sup> Ulsenheimer, Arztstrafrecht, 140.

<sup>338</sup> Kern, GesR 1/2009, 4.

<sup>339</sup> RIS-Justiz RS0026313

<sup>340</sup> Prutsch, „Patienten „rechtzeitig“ aufklären, Ärzte Woche 43/2004.

Zwangslage befindet.<sup>341</sup> Grundsätzlich lässt sich sagen, dass, **je dringender ein Eingriff ist, desto kürzer** kann die Frist zwischen Aufklärungsgespräch und tatsächlicher Behandlung sein. Es ist hier also durchaus möglich, dass die Belehrung über eine lebensnotwendige Operation nur Stunden vor der tatsächlichen Vornahme stattgefunden hat. Grundsätzlich ist aber **bei schwerwiegenden Eingriffen** – so dies möglich ist – eine **ausreichende Überlegungsfrist** – die in der Regel länger als bloß einige Stunden sein wird – einzuhalten. Bei einfachen Eingriffen, die keine großen Risiken bergen, ist ein zeitnahes Aufklärungsgespräch durchaus legitim. Auf der anderen Seite hat der OGH auch hier festgehalten, dass bei allen anderen als dringlichen Eingriffen, ein ärztliches Gespräch kurz vor Operationsbeginn als pflichtwidrig anzusehen ist.<sup>342</sup> Bei kleineren Routineeingriffen reicht in der Regel ein Aufklärungsgespräch am selben Tag.<sup>343</sup> Unter Umständen kann auch eine telefonische Aufklärung ausreichend sein.<sup>344</sup>

Bei **ambulanten Eingriffen** werden an das ärztliche Aufklärungsgespräch meist nicht ganz so hohe Anforderungen gestellt wie bei Eingriffen, mit denen ein stationärer Aufenthalt verbunden ist. Da aufgrund des stetigen Fortschrittes der medizinischen Wissenschaft jedoch immer mehr Behandlungen ambulant vorgenommen werden können, kann nicht mehr pauschal gesagt werden, dass es sich bei ambulanten Eingriffen durchwegs um risikolose, einfache Eingriffe handelt.<sup>345</sup> Es kann demnach durchaus auch hier ein Aufklärungsgespräch erforderlich sein, dem eine längere Überlegungsfrist folgt. In diesem Zusammenhang ist auf die immer größer werdende Relevanz von Tageskliniken hinzuweisen. Dabei werden Eingriffe am Patienten vorgenommen, die über das Maß eines ambulanten Eingriffs hinausgehen, jedoch noch keine stationäre Behandlung darstellen. Der Patient kommt in der Regel in der Früh in die Tagesklinik, unterzieht sich einer Behandlung und verlässt am Abend wieder die Klinik. Eine solche Vorgehensweise soll den Komfort des Patienten steigern. Dabei kann es sich durchaus um invasive Eingriffe handeln. Ein Aufklärungsgespräch hat bei diesen Eingriffen jedenfalls im Vorhinein

---

<sup>341</sup> Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Kap I.3.8. (Stand März 2017, rdb.at); Prutsch, Ärzte Woche 43/2004.

<sup>342</sup> Prutsch, Ärzte Woche 43/2004.

<sup>343</sup> Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Kap I.3. (Stand März 2017, rdb.at).

<sup>344</sup> Mangels österreichischer höchstgerichtlicher Judikatur siehe hierzu BGH 15.6.2010, ZR 204/09. Man kann jedoch davon ausgehen, dass in Österreich eine ähnliche Auffassung vertreten werde. In dem Fall erläuterte der BGH, dass in „einfach gelagerten Fällen“ durchaus auch eine ärztliche Aufklärung via Telefon stattfinden könne. Die Mündlichkeit des Aufklärungsgesprächs sei gewahrt und der Patient habe auch so die Möglichkeit, Fragen zu stellen. Problematisch erscheint aber jedenfalls, dass der Arzt bei einer telefonischen Aufklärung nicht den Vorteil hat, die Reaktion seines Patienten zu deuten, die mitunter Aufschluss über dessen Verständnis geben kann.

<sup>345</sup> Prutsch, Ärzte Woche 43/2004.

stattzufinden – am Tag des Eingriffs wäre jedenfalls zu spät. Man kann sogar soweit gehen und sagen, dass eine Aufklärung bereits stattgefunden hat, bevor ein Termin für die Behandlung ausgemacht wurde, da der Patient sonst nicht ausreichend über die Behandlung informiert ist.<sup>346</sup> Bei größeren ambulanten Eingriffen, denen meist zahlreiche kleinere Voruntersuchungen vorangehen, wird eine ärztliche Belehrung am Tag der Behandlung als nicht rechtzeitig angesehen. Dies deshalb, da ein Aufklärungsgespräch bereits im Zuge einer der erfolgten Untersuchungen stattfinden hätte können. Lediglich bei kleinen Teileingriffen, die als Hilfsbehandlungen zur Hauptbehandlung angesehen werden können,<sup>347</sup> ist eine zeitnahe Aufklärung legitim, solange sie nicht ein wesentliches Risiko der Behandlung darstellen.<sup>348</sup>

Darüber hinaus muss der Patient zum Zeitpunkt des Aufklärungsgesprächs hinreichend urteils- und einwilligungsfähig sein und darf daher noch nicht unter medikamentösem Einfluss stehen.<sup>349</sup>

Es lässt sich erkennen, dass auch hier keine pauschalen Aussagen getroffen werden können, wann genau das Aufklärungsgespräch stattgefunden hat und wann eine ausreichende Überlegungsfrist gewahrt wurde.

## 11.9. Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht

Die Aufklärungspflicht des Arztes ist eine seiner vertraglichen Sorgfaltspflichten, die ihm aus dem Behandlungsvertrag zukommen. Darüber hinaus gibt es auch zahlreiche gesetzliche Normen, die diese Pflicht determinieren.<sup>350</sup> Da die Pflicht zur ärztlichen Aufklärung sehr von der individuellen Situation abhängt, ist sie jeweils dem Einzelfall

---

<sup>346</sup> Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Handbuch Medizinrecht Kap. I.3 (Stand 1.3.2017, rdb.at).

<sup>347</sup> Wie bespw Narkosen zum eigentlichen operativen Eingriff.

<sup>348</sup> Prutsch, Ärzte Woche 43/2004. Der OGH hat hiezu in einer Entscheidung aus dem Jahr 2001 ausgeführt, dass ein ärztliches Aufklärungsgespräch über eine Narkose nicht erst stattfinden darf, wenn bereits alles für die Vollnarkose in die Wege geleitet wurde und der für die Narkose zuständige Arzt schon bereit steht. Dem Patienten wird so das Gefühl vermittelt, es wäre alles bereits beschlossen und er könne sich aus dieser Situation nicht mehr so einfach „lösen“ bzw wäre ein Abbruch mit einer Reihe von Unannehmlichkeiten verbunden. Er ist damit in seiner Entscheidungsfindung nicht mehr frei. Ein solches Vorgehen ist unter allen Umständen zu vermeiden (OGH 15.3.2001, 6 Ob 258/00k).

<sup>349</sup> Ulsenheimer, Arztstrafrecht, 140.

<sup>350</sup> Thöni/Stühlinger/Staudinger, Rechtliche Rahmenbedingungen zum Off-Label-Use in Österreich, RdM 2008/66 (111). Vgl ua § 5a Abs 1 Z 2 sowie § 24 Abs 4 KaKuG, § 13 Abs 3 sowie § 17a Abs 2 lit e Wr. KrankenanstaltenG, § 5 AidsG, § 3 BSV, § 9 Abs 1 PlasmaphereseG, die alle lediglich festlegen, dass eine Aufklärung stattfinden muss; umfassender und teils mit inhaltlichen Vorgaben wie ein Aufklärungsgespräch ausgestaltet zu sein hat vgl ua § 7 Abs 1 FMedG sowie § 8 Abs 2 BlutsicherheitsG.

entsprechend auszugestalten. Der Umfang der Aufklärungspflicht richtet sich nach der Schwere und Dringlichkeit der Behandlung einerseits sowie nach dem Wissensstand und der generellen Verfassung des Patienten andererseits. Sie hat sich dabei an den persönlichen Verhältnissen des Patienten zu orientieren.<sup>351</sup> Keine Aufklärungspflicht gibt es, wenn eine Behandlung nicht oder nicht mehr in Betracht kommt.<sup>352</sup> In einem solchen Fall kann aber jedenfalls immer noch Aufklärungsbedarf hinsichtlich allfälliger palliativmedizinischer Maßnahmen bestehen. Nicht beachtlich ist der Wissensstand eines gesetzlichen Vertreters, der bei dem Aufklärungsgespräch selbst nicht anwesend ist.<sup>353</sup> Grundsätzlich lässt sich sagen, dass die Aufklärungspflicht **umso weiter und umfangreicher ist, je weniger wichtig der Eingriff ist.**<sup>354</sup> Daraus folgt, dass selbst über äußerst seltene Folgen und Risiken aufzuklären sein kann, wenn die Vornahme der Behandlung medizinisch nicht indiziert<sup>355</sup> oder nicht dringlich ist.<sup>356</sup> Dem Patienten sollen in diesem Fall möglichst viele Informationen zum Behandlungsablauf, möglichen auftretenden Schmerzen oder Nebenwirkungen, Nachbehandlungen, aber auch zu alternativen Behandlungsmethoden und zum weiteren voraussichtlichen Krankheitsverlauf bei Unterbleiben einer Behandlung gegeben werden. Pflicht des Arztes ist es, den Patienten über alle in Betracht kommenden Behandlungsmöglichkeiten zu unterrichten.<sup>357</sup> Kommt der behandelnde Arzt zu der Erkenntnis, dass konkrete medizinische Maßnahmen erforderlich sind, so gebietet es seine Aufklärungspflicht, den Patienten über deren Notwendigkeit und die Risiken im Falle ihrer Unterlassung zu informieren.<sup>358</sup> Er soll mit ihm die Vor- und Nachteile der jeweiligen Behandlungen erläutern sowie gegeneinander abwägen und insb über die möglichen Gefahren unterrichten. Dies ist besonders geboten, wenn der Patient zwischen mehreren Methoden eine echte Wahlmöglichkeit hat und der Unterschied im „Risiko, den Folgen, aber vor allem der Erfolgssicherheit und der Schmerzbelastung liegt“.<sup>359</sup> Ist ein Eingriff aus medizinischer Sicht zu empfehlen, aber nicht eilig, so hat das Aufklärungsgespräch umfangreicher und weiter auszufallen. Der Patient soll umfassend über alle möglichen bzw zu erwartenden Gefahren informiert

---

<sup>351</sup> OGH 10.6.2008, 4Ob87/08k.

<sup>352</sup> Kern, GesR 1/2009, 1.

<sup>353</sup> OGH 10.6.2008, 4 Ob 87/08k.

<sup>354</sup> RIS-Justiz RS0026375; RIS-Justiz RS0118651; RIS-Justiz RS0026313; OGH 15.3.2001, 6 Ob 258/00k. vgl dazu *Amelung*, ZStW 104 1992, 530, der umso strengere Anforderungen an das Vorliegen der Einwilligungsfähigkeit stellt, je schwerwiegender ein Eingriff ist.

<sup>355</sup> So etwa bei kosmetischen Behandlungen.

<sup>356</sup> OGH 25.1.1994, 1 Ob 532/94.

<sup>357</sup> OGH 20.2.2001, 10 Ob 8/01a.

<sup>358</sup> OGH 13.1.1981, 1 Ob 743/80.

<sup>359</sup> OGH 17.12.2012, 9Ob52/12f.

werden, sodass er selbst frei entscheiden kann, ob er lieber mit dem bisherigen Gesundheitszustand und mit etwaigen bisherigen Beschwerden weiterleben möchte, oder aber die Linderung oder gar gänzliche Beseitigung seiner Leiden anstrebt, die jedoch unweigerlich mit dem Risiko von nachteiligen Folgen oder Nebenwirkungen verbunden ist. Auch wenn allgemein bekannt ist, dass jeder Eingriff gewisse Gefahren birgt, so weiß der durchschnittliche Patient, der ein medizinischer Laie ist, nicht oder zumindest nicht genau, worin diese liegen bzw mit welchen Konsequenzen diese verbunden sein können. Aufgabe des Arztes ist es, sein Aufklärungsgespräch dahingehend auszurichten, dass sein Patient schlussendlich darüber Bescheid weiß, mit welchen Folgen die medizinische Maßnahme verbunden und wie wahrscheinlich der Eintritt ebendieser Folgen ist.<sup>360</sup>

Auf der anderen Seite ist die Aufklärungspflicht des Arztes **nicht zu überspannen**. Diese kann nämlich regelmäßig in ein Spannungsverhältnis mit der Verpflichtung des Arztes, dem Wohl und dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten entsprechend zu handeln, geraten.<sup>361</sup> Der zuständige Arzt ist nicht dazu verpflichtet über alle nur erdenklichen Risiken und Nebenwirkungen aufzuklären, wenn im konkreten Fall kein Grund zur Annahme besteht, dass sich diese verwirklichen könnten. In diesem Zusammenhang darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass der behandelnde Arzt seine Entscheidung unter anderen Umständen zu treffen hat, als dies im gerichtlichen Verfahren für den zuständigen Richter der Fall ist. Hier ist eine rasche Berurteilung der Situation regelmäßig nicht mehr geboten, darüber hinaus ist eine Evaluierung ex post unter Berücksichtigung aller bereits vorliegenden Elemente grundsätzlich einfacher als dies ex ante der Fall ist.<sup>362</sup> Über objektiv unbedeutende Risiken ist jedenfalls nur aufzuklären, wenn Grund zu der Annahme besteht, dass diese für den Patienten von Bedeutung sind.<sup>363</sup> Der Arzt muss nicht ungefragt über alle theoretisch in Betracht kommenden Behandlungsmethoden aufklären, sofern für diese keine medizinische Indikation besteht. Maßgeblich ist, dass jene, die er anwendet, dem medizinischen Standard entspricht.<sup>364</sup> Die Wahl der Methoden liegt dabei grundsätzlich beim behandelnden Arzt.<sup>365</sup> Über Maßnahmen, die keine adäquaten und medizinisch indizierten Behandlungsalternativen darstellen, besteht keine

---

<sup>360</sup> OGH 12.11.1992, 8 Ob 646/92.

<sup>361</sup> OGH 7.2.1989, 1 Ob 713/88.

<sup>362</sup> *Ozegovic/Kröll*, JMG 2017, 230, 238

<sup>363</sup> OGH 12.7.1990, 7Ob593/90.

<sup>364</sup> OGH 30.5.2006, 5 Ob 121/06i; OGH 8.7.2003, 5 Ob 162/03i.

<sup>365</sup> OGH 16.4.2002, 10 Ob 107/02m.

Aufklärungspflicht.<sup>366</sup> Festzuhalten ist darüber hinaus auch, dass der Arzt nur über die ihm als Facharzt erkennbaren Gefahren aufzuklären hat.<sup>367</sup> Er hat nicht über Risiken aufzuklären, die nicht Teil seines Fachgebietes sind und von denen er demnach auch keine Kenntnis haben konnte. Auf der anderen Seite muss der Arzt nicht über allgemein bekannte Abläufe belehren, wenn er davon ausgehen kann, dass diese dem Patienten bekannt sind. Auch wenn sich der Patient bereits zum wiederholten Mal innerhalb eines angemessenen Zeitraumes einem Eingriff unterzieht, ist die Aufklärung nicht jedes Mal gleich umfangreich zu gestalten. Man kann hier davon ausgehen, dass dem Patienten die wesentlichen Punkte der Behandlung bekannt sind.<sup>368</sup> Bei der Aufklärung eines Arztes oder wenn der Patient aus anderen Gründen über besondere Kenntnisse hinsichtlich der Behandlung verfügt, kann der behandelnde Arzt sein Aufklärungsgespräch dessen Wissensstand anpassen bzw gegebenenfalls sogar ganz auf dieses verzichten. Dazu ist aber erforderlich, dass der Patient auch tatsächlich über diese Kenntnisse verfügt. Allein der Umstand, dass er in dieser Sparte tätig ist bzw war, ist nicht ausreichend. Insb beim dementen Patienten, der früher zwar im medizinischen Bereich tätig war, befreit alleine dieser Umstand nicht von der erforderlichen Aufklärungspflicht, da nicht davon ausgegangen werden kann, dass dieser nach wie vor über das damit zusammenhängende notwendige Wissen verfügt. Der Arzt hat sich vom Wissensstand des Patienten stets sein eigenes Bild zu machen.<sup>369</sup>

Ist mit einer Behandlung ein **typisches Risiko** verbunden, so ist der Patient selbstverständlich über dieses zu unterrichten. Über behandlungstypische sowie nicht unerhebliche Risiken und Nebenwirkungen ist immer aufzuklären.<sup>370</sup> Bei typisch risikogeneigten Eingriffen fordert der OGH eine verschärfte Aufklärungspflicht.<sup>371</sup> Dabei ist es nicht notwendig, dass sich diese Gefahr mit einer überdurchschnittlich hohen Wahrscheinlichkeit verwirklichen kann. Es ist aber durchaus erforderlich, dass es sich bei dem typischen Risiko um eine nicht unerhebliche Folge handelt, die insofern auch die Entscheidungsfindung des Patienten beeinflussen kann. Wie häufig diese auftritt ist aber von sekundärer Bedeutung.<sup>372</sup> Es kommt dabei nicht auf die statistische

---

<sup>366</sup> OGH 30.5.2006, 5 Ob 121/06i.

<sup>367</sup> OGH 20.6.1991, 8 Ob 1570/91.

<sup>368</sup> Kern, GesR 1/2009, 3.

<sup>369</sup> OGH 31.3. 2011, 1 Ob 9/11x; Leischner, Aufklärungspflicht gegenüber Arzt als Patient, RdM 2011/138 (154).

<sup>370</sup> OGH 7.9.1993, 10 Ob 503/93.

<sup>371</sup> OGH 25.1.1994, 1 Ob 532/94; OGH 12.7.1990, 7Ob593/90.

<sup>372</sup> OGH 3.9.1996, 10 Ob 2350/96b.

Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines solchen Risikos an.<sup>373</sup> Sie stellt in dieser Hinsicht lediglich eine Orientierung dar, ob darüber aufzuklären ist. Sollte diese zusätzliche Information bei einem verständigen Patienten keine Auswirkung auf seine Einwilligung haben, so besteht dahingehend keine Aufklärungspflicht.<sup>374</sup> Entscheidend ist, ob die Aufklärung über einen bestimmten Umstand den Patienten in seiner Entscheidungsfindung **beeinflussen** kann. Damit der Patient seine Wahl frei von Willensmängeln trifft, sind ihm alle diese Faktoren, die ihn potentiell lenken können, vom behandelnden Arzt zu unterbreiten. Werden ihm nicht alle wesentlichen Faktoren, die ihn in seiner Entscheidungsfindung beeinflussen hätten können, ausreichend dargelegt, so liegt keine mangelfreie Willensbildung vor und die so abgegebene Zustimmung zu einer medizinischen Maßnahme ist nicht rechtswirksam, da dem Patienten nicht die volle Tragweite seiner Entscheidung bewusst war. Eine unzureichende Aufklärung zieht somit eine ungültige Einwilligungserklärung nach sich. Bleiben Umstände nicht erwähnt, die ohnehin keinen Einfluss auf die Entscheidungsfindung des Patienten haben, so liegt kein Aufklärungsmangel vor.<sup>375</sup> Der behandelnde Arzt hat demnach einerseits jedenfalls über die allgemeine, mit der Behandlung verbundene Gefahr aufzuklären und darüber hinaus auch über seltene, aber erhebliche Komplikationen und Zwischenfälle.<sup>376</sup>

In **dringenden Situationen** kommt es in der Regel schneller zu einer Einwilligung für eine bestimmte medizinische Heilbehandlung, weshalb hier eine nicht ganz so umfangreiche Aufklärung gefordert wird.<sup>377</sup> Der Patient neigt in solchen Situationen eher dazu, Behandlungen zuzustimmen, da es oft um lebensnotwendige Entscheidungen geht. Eine Unterlassung der Aufklärung über bestimmte Umstände hätte in den meisten Fällen nichts am Entschluss des Patienten geändert und ist demnach in diesem Fall legitim.<sup>378</sup> Darüber hinaus kann in Notfallsituationen sogar ganz auf ein Aufklärungsgespräch verzichtet werden, wenn ein solches zu einer unnötigen Verzögerung der Behandlung führen würde und damit erhebliche gesundheitliche Risiken verbunden wären.<sup>379</sup> Eine solche **Einschränkung der Aufklärungspflicht** erlaubt der OGH auch dann, wenn es sich um einen ängstlichen, unsicheren Patienten handelt. Der Patient soll nicht aufgrund einer umfassenden Aufklärung über alle potenziellen aber eben auch selten eintretenden

---

<sup>373</sup> OGH 19.1.2010, 4 Ob 212/09v.

<sup>374</sup> OGH 30.6.2015, 10 Ob 40/15b.

<sup>375</sup> Steiner, Die ärztliche Aufklärungspflicht nach österreichischem Recht, JBl 1982, 172.

<sup>376</sup> OGH 23.2.1999, 40 b 335/98p.

<sup>377</sup> OGH 7.9.1993, 10 Ob 503/93.

<sup>378</sup> Steiner, JBl 1982, 172.

<sup>379</sup> Vgl hier insb § 110 Abs 2 StGB sowie § 8 Abs 3 KAKuG. Eingehend s S 79ff.

Gefahren verunsichert werden und dann einem dringend notwendigen Eingriff nicht zustimmen.<sup>380</sup> Gerade bei bereits in einem fortgeschrittenen Stadium kranken Patienten, kann eine zu weitgehende Aufklärung mehr Schaden als Nutzen anrichten. Auch hier lässt sich demnach deutlich der Grundsatz erkennen, wonach die Aufklärungspflicht umso weiter geht, je weniger dringend ein Eingriff ist und umgekehrt umso weniger weit geht, je dringender die Vornahme einer Behandlung ist.

Zu beachten ist dabei aber auch, dass der Patient nicht mit einer Fülle an Informationen „überflutet“ werden soll. Ziel eines Aufklärungsgesprächs sollte immer noch sein, den Patienten über alle wesentlichen und charakteristischen Gefahren eines Eingriffs zu informieren. Er soll nicht mit einem Katalog von möglichen Risiken überladen werden, der zwar alle nur denkbaren Entwicklungen, Komplikationen und Folgen abdeckt, aber schlussendlich dazu führt, dass der Patient völlig verunsichert ist.<sup>381</sup> Eine gute Aufklärung ist so ausgestaltet, dass der Patient seine aktuelle Lage sowie die Tragweite seiner Entscheidung voll überblickt und dementsprechend handelt. Ein Übermaß an Informationen erschwert aber in der Regel eine freie Entscheidungsfindung.<sup>382</sup> Es sollte daher als ausreichend gelten, wenn der Patient in der Lage ist, die vom Arzt indizierte Behandlung und ihre Folgen bzw jene Folgen, mit denen bei Unterlassen der Behandlung höchstwahrscheinlich zu rechnen ist, in groben Zügen zu verstehen.<sup>383</sup> Die Beurteilung, wann ein Aufklärungsgespräch als zu umfangreich und mitunter alarmierend auf den Patienten wirken kann, obliegt dem behandelnden Arzt. Besonders bei betagten Personen bzw jenen, deren Einwilligungsfähigkeit nicht (konstant) zweifelsfrei gegeben ist, hat der Arzt mit besonderer Sensibilität vorzugehen. Hier kann es regelmäßig zu einer Gratwanderung kommen.

Bei **kosmetischen Behandlungen**, die ausschließlich der optischen Veränderung dienen und keinerlei medizinische Indikation haben, werden besonders hohe Anforderungen an das Aufklärungsgespräch gestellt. Aufgrund der fehlenden medizinischen Indikation ist gerade hier von wesentlicher Bedeutung, dass der Patient in seiner Entscheidungsfindung frei ist und die Möglichkeit hat, zu entscheiden, ob er sich einer Behandlung unterziehen möchte, deren Ergebnis unsicher ist.<sup>384</sup> Die §§ 5-7 ÄsthOpG<sup>385</sup> enthalten explizite

---

<sup>380</sup> OGH 17.1.2001, 6 Ob 318/00h, *Koziol*, JBl 2016, 624.

<sup>381</sup> OGH 8.6.2010, 4 Ob 12/10h.

<sup>382</sup> OGH 25.2.2012, 7O b 228/11x; *Weissauer in Mazal*, 19.

<sup>383</sup> *Weissauer in Mazal*, 19.

<sup>384</sup> OGH 4.7.1991, 6 Ob 558/91; 27.2.2009, 6 Ob 122/07w.

Anordnungen, wie das ärztliche Aufklärungsgespräch<sup>386</sup> einerseits und die diesem folgende Einwilligungserklärung<sup>387</sup> andererseits bei ästhetischen Operationen konkret ausgestaltet zu sein hat. Darüber hinaus gibt es Schutzbestimmungen, die auf die spezifischen Erfordernisse bei Personen mit psychischer Krankheit oder geistiger Behinderung, eingehen.<sup>388</sup>

Eine ärztliche Aufklärungspflicht besteht nicht nur hinsichtlich operativer Eingriffe, sondern generell bei **jeder medizinischen, so auch medikamentösen Behandlung**.<sup>389</sup> Darüber hinaus bejahte der OGH auch explizit eine Aufklärungspflicht bei physikalischen Eingriffen und Impfungen,<sup>390</sup> Zahnbehandlungen<sup>391</sup> oder schönheitschirurgischen Eingriffen.<sup>392</sup> Der Zweck einer Behandlung ist somit für die Aufklärungspflicht irrelevant. Auch bei diagnostischen, prophylaktischen oder therapeutischen Eingriffen oder jenen, bei denen gar keine medizinische Indikation vorliegt, besteht die Pflicht zur ärztlichen Aufklärung.<sup>393</sup> Grundsätzlich richtet sich die Aufklärungspflicht an den Berufsstand der Ärzte und nicht auch an Angehörige sonstiger Heilberufe, denen naturgemäß aber auch die eine oder andere Tätigkeit zukommt, die mit der eines Arztes vergleichbar ist. Es ist demnach nicht weiter verwunderlich, dass die ärztlichen Vorschriften betreffend Aufklärungs- und Informationspflichten auf sie häufig analog angewendet werden.<sup>394</sup>

---

<sup>385</sup> Bundesgesetz über die Durchführung von ästhetischen Behandlungen und Operationen (ÄsthOpG), BGBl I 2012/80 idF 2016/120.

<sup>386</sup> Entsprechend diesen Bestimmungen und der dazu ergangenen höchstgerichtlichen Judikatur wird vom OGH eine weiterreichende Aufklärung insofern gefordert, als dass der Arzt den Patienten darüber zu informieren hat, dass bei rein ästhetischen Eingriffen das Ergebnis aus vom Arzt nicht beeinflussbaren physiologischen und psychologischen Gründen ganz oder teilweise nicht erreicht werden könnte. (OGH 17.11.2009, 1 Ob 218/09d; *Hauser/Stock*, ÄsthOpG Bundesgesetz über die Durchführung von ästhetischen Behandlungen und Operationen Kommentar, 2013, 59).

<sup>387</sup> Bei ästhetischen Operationen ist ex lege zwischen Aufklärungsgespräch und Einwilligung eine Frist von mindestens zwei Wochen einzuhalten, um ausreichende Überlegungsmöglichkeiten für den Patienten und die Einholung etwaiger weiterer Fachmeinungen sicherstellen zu können. Darüber hinaus darf der Eingriff frühestens am Tag nach der erteilten Zustimmung vorgenommen werden (vgl. ErläutRV 1807 24. GP 9). Diese besonderen, ausgedehnten Fristen lassen sich mit der mangelnden medizinischen Indikation bei ästhetischen Operationen erklären, weshalb umso mehr eine adäquate Information des Patienten gewährleistet sein soll.

<sup>388</sup> Demgemäß ist entsprechend allgemein-zivilrechtlicher Regelungen bei diesen Personen – soweit sie nicht einsichts- und urteilsfähig sind – der zuständige Sachwalter mit dem Wirkungsbereich medizinischer Angelegenheiten einwilligungsbefugt. Die Mat verweisen bei den Voraussetzungen zum Vorliegen einer „psychischen Krankheit“ oder „gesitigen Behinderung“ auf die Bestimmungen zum HeimAufG (vgl. ErläutRV 1807 24. GP 11). Zu den Voraussetzungen der stellvertretenden Zustimmung durch den Sachwalter ist nach § 283 Abs 2 vorzugehen. Vgl. hierzu ausführlich S 144f.

<sup>389</sup> OGH 12.7.1990, 7 Ob 593/90.

<sup>390</sup> OGH 12.4.1994, 5 Ob 1524/94.

<sup>391</sup> OGH 29.11.2012, 2 Ob 43/12f.

<sup>392</sup> OGH 8.6.2010, 4 Ob 12/10h.

<sup>393</sup> *Prutsch*, Aufklärung, 44.

<sup>394</sup> *Prutsch*, Aufklärung, 44.

## 11.10. Mündlichkeit des Aufklärungsgesprächs

Das ärztliche Aufklärungsgespräch hat stets mündlich zu erfolgen. Schriftliche Merkblätter eignen sich zwar gut, um dem Patienten Erstinformationen zu geben, jedoch muss diesen ein persönliches Gespräch folgen.<sup>395</sup> Laut OGH ist eine Zustimmung zu einer Heilbehandlung, die auf bürokratischem Weg über ein Formular eingeholt wurde, nicht ausreichend und erfüllt nicht die Kriterien einer wirksamen Aufklärung. Die daraufhin abgegebene Einwilligung zu einer Behandlung ist daher genauso wenig wirksam.<sup>396</sup> Ein bloß schriftlicher Hinweis auf etwaige Komplikationen genügt nicht.<sup>397</sup> Wird ein Aufklärungsbogen bei einem mündlichen Aufklärungsgespräch jedoch als Stütze bzw Orientierung verwendet und wird dieser schrittweise durchbesprochen, so stellt er sehr wohl ein adäquates Hilfsmittel in einem Aufklärungsgespräch dar, kann dieses jedoch niemals restlos ersetzen.<sup>398</sup> Selbst beim hilfswisen Gebrauch von Informationsblättern liegt das Hauptaugenmerk des Aufklärungsgespräch stets beim mündlichen Gespräch zwischen Arzt und Patient, da nur der Arzt selbst durch den persönlichen Kontakt auch einschätzen kann, inwieweit der Patient die gegebene Situation sowie die Tragweite seiner Entscheidung begreift und das Aufklärungsgespräch dementsprechend ausgestalten wie auch anpassen kann.<sup>399</sup> Nur auf diese Art und Weise kann sich der behandelnde Arzt auch vergewissern, dass der Patient die Formblätter mit Erstinformationen verstanden hat. Es wird außerdem ratsam sein, über das mündliche Aufklärungsgespräch schriftliche Aufzeichnungen zu führen, da im Zweifelsfall der behandelnde Arzt hier die Beweislast trägt.<sup>400</sup> Gerade bei dementen und psychisch kranken Patienten ist es erforderlich, dass der Arzt seine Aufklärung den Fähigkeiten seines Gegenübers anpasst. Es kann hier notwendig sein, dass er besonders langsam oder laut sprechen muss. Aufklärungsformulare machen bei diesem Personenkreis auch als hilfswise Unterstützung in der Regel nur wenig Sinn, da sie diese ohnehin nicht verstehen.

---

<sup>395</sup> OGH 30.1.1996, 4Ob505/96.

<sup>396</sup> OGH 28.2.2001, 7Ob233/00s.

<sup>397</sup> OGH 30.1.1996, 4Ob505/96.

<sup>398</sup> OGH 28.2.2001, 7Ob233/00s.

<sup>399</sup> OGH 28.2.2001, 7Ob233/00s.

<sup>400</sup> OGH 31.1.1995, 4 Ob 509/95, *Kopetzki* RdM 1995/15.

### 11.11. Wahrheitsgemäße Aufklärung

Ein Dilemma, in dem sich behandelnde und aufklärungspflichtige Mediziner oft befinden, ist jenes, ob und inwieweit sie verpflichtet sind, den erkrankten Patienten über seinen tatsächlichen Gesundheitszustand in Kenntnis zu setzen. Dass grundsätzlich eine Verpflichtung zur Aufklärung des Betroffenen besteht, steht außer Frage und wurde bereits an mehrfacher Stelle erörtert. Oft ist jedoch nicht ganz eindeutig, was genau die Wahrheit ist, die dem Patienten zugetragen werden soll. Darüber hinaus stellt sich die Frage, wieviel davon dem Patienten mitgeteilt werden soll, ohne dass diese Mitteilung für ihn negative Auswirkungen auf seinen Zustand hat.<sup>401</sup> Der Betroffene muss die ihm übermittelte Wahrheit auch verarbeiten können. Dies ist sehr von der individuellen Belastbarkeit abhängig und oft kann sich ein „Zuviel“ an Wahrheit derart schlecht auf den sonstigen Gesundheitszustand auswirken, das dazu führt, dass die behandelnden Personen lieber ganz auf eine solche Mitteilung verzichten würden. Darüber hinaus kann bei besonders ängstlichen Personen eine „zu“ **wahrheitsgemäße Aufklärung** dazu führen, dass sie aus Furcht gar keine Behandlung annehmen möchten. Dem Patienten soll nicht die Hoffnung und der Wille zu leben genommen werden. Es hat sich aus diesem Grund unter Mediziner im Laufe der Zeit immer wieder die Empfehlung verbreitet, der Arzt solle bei besonders harten Diagnosen nicht die volle Wahrheit sagen, sondern diese verschleiern, verschweigen oder gar verfälschen.<sup>402</sup> Zu einer solchen Vorgehensweise kann und darf einem Arzt selbstverständlich niemals geraten werden. Zum einen handelt der behandelnde Arzt in einem solchen Fall rechtswidrig. Auf der anderen Seite stehen dem Betroffenen in einem solchen Fall nicht alle erforderlichen Informationen zur Verfügung, um sich ein Bild von seiner Situation machen zu können und darauf aufbauend eine Entscheidung zu treffen. Es fehlen ihm zu einer wirksamen Entscheidungsfindung wesentliche Elemente, was zu einer Verletzung seines Selbstbestimmungsrechts führt und außerdem seine Einwilligung ungültig macht. Es ist jedoch auch die Situation des Arztes nachvollziehbar, der mit einer zu umfangreichen Aufklärung womöglich den Patienten verschrecken und ihm seine Bereitschaft zur Einwilligung nehmen würde. Man könnte daher in einem solchen Fall auf die zuvor erörterte Entscheidung des OGH zurückgreifen, die eine „Überflutung“ des Patienten mit Informationen versagt um diesen nicht unnötigerweise zu

---

<sup>401</sup> Illhardt, Medizinische Ethik, 129.

<sup>402</sup> Illhardt, Medizinische Ethik, 130.

verunsichern.<sup>403</sup> Genauso wie dort nicht alle Komplikationen und Risiken kommuniziert werden müssen, kann hier auf allfällige Zusatzinformationen über den individuellen Gesundheitszustand des Patienten verzichtet werden, wenn diese mit negativen Folgen für diesen verbunden wären.

### **11.12. Beweis des Aufklärungsgesprächs**

Die Beweislast, dass der behandelnde Arzt seiner Aufklärungspflicht ausreichend nachgekommen ist und das Aufklärungsgespräch auch alle geforderten Voraussetzungen erfüllt, trifft den Arzt selbst. Dabei gilt nur eine Aufklärung, die richtig und vollständig ist, als entlastend. Eine Zustimmung eines Patienten die auf einer unzureichenden bzw unvollständigen Aufklärung beruht, ist also nicht wirksam. Die Beweislast des Arztes umfasst daher nicht nur die Pflicht, das Aufklärungsgespräch an sich nachzuweisen, sondern darüber hinaus auch dessen Vollständigkeit und Richtigkeit.<sup>404</sup> Die Kausalität zwischen medizinischem Eingriff und den entstandenen nachteiligen Folgen muss jedoch der Patient beweisen.<sup>405</sup>

War die Aufklärung ausreichend und hat sich eines der dargelegten Risiken verwirklicht, so haftet der Arzt nicht. Dieser Haftungsausschluss betrifft selbstverständlich nur Ansprüche, die sich auf eine unzureichende Aufklärung berufen. Eine Haftung aufgrund eines Kunstfehlers bleibt davon unberührt und der Arzt kann für einen solchen selbstverständlich sehr wohl haftbar gemacht werden. Ein umfassendes Aufklärungsgespräch befreit daher nur von der Haftung, soweit sich ein Behandlungsrisiko verwirklicht, ohne, dass bei dem Eingriff ein Fehler unterlaufen ist.<sup>406</sup> Einzige Ausnahme ist, wenn der behandelnde Arzt beweist, dass der Patient auch in die Behandlung eingewilligt hätte, wenn er ausreichend aufgeklärt worden wäre.<sup>407</sup> Die Beweislast, dass der Patient auch bei erfolgter (vollständiger) Aufklärung in die Behandlung eingewilligt hätte, trifft abermals den behandelnden Arzt.<sup>408</sup> Ein solcher Beweis wird in der Praxis aber regelmäßig schwer fallen.

---

<sup>403</sup> OGH 8.6.2010, 4 Ob 12/10h.

<sup>404</sup> OGH 9.10.2001, 3 Ob 130/01s.

<sup>405</sup> Kern, GesR 1/2009, 1.

<sup>406</sup> OGH 13.10.1999, 7 Ob 155/99m.

<sup>407</sup> OGH 25.1.1994, 1 Ob 532/94, RdM 1994/25; OGH 27.2.2009, 6Ob122/07w; OGH 1.3.2013, 2 Ob 43/12f, RdM 2013/50 (71).

<sup>408</sup> OGH 13.10.1999, 7 Ob 155/99m.

### 11.13. Haftung bei Aufklärungsfehlern

Eine nicht erfolgte, zu späte oder unzureichende Aufklärung führt zu einer unwirksamen Einwilligungserklärung und damit zu einer Haftung des Arztes bzw Krankenhausträgers für die entstandenen Schäden, die im Rahmen der eigenmächtigen Heilbehandlung aufgetreten sind, selbst wenn die Operation *lege artis* durchgeführt wurde.<sup>409</sup> Grundlage dieser Haftung ist abermals das **Selbstbestimmungsrecht** des Patienten.<sup>410</sup> Der Arzt handelt rechtswidrig und der Patient kann einerseits vertragliche als auch deliktische Schadenersatzansprüche geltend machen, da die Bestimmungen der Aufklärungspflicht Schutzgesetze darstellen.<sup>411</sup> Jedoch haftet der Arzt bei einer Aufklärungspflichtverletzung nur für jene nachteiligen Folgen, über deren **risikogeneigten Eintritt** er aufklären hätte müssen. Über Behandlungsmethoden, die nicht dem aktuellen Stand der Wissenschaft entsprechen oder sogar kontraindiziert sind, hat er den Patienten nicht zu belehren. Diese würden bei einem durchschnittlichen Patienten bei seiner Entscheidungsfindung nicht ins Gewicht fallen und entbehren daher jeglicher Relevanz. Es liegt damit auch keine Aufklärungspflichtverletzung auf Seiten des Arztes vor und er kann nicht für das Nichterwähnen der alternativen Behandlungsmethode(n) haftbar gemacht werden.<sup>412</sup> Daneben kann aber eine Haftung wegen eines Kunstfehlers in Frage kommen.

Liegt hingegen eine rechtmäßige Einwilligungserklärung vor, so ist der behandelnde Arzt von seiner Haftung befreit, wenn sich eines der in der Aufklärung erklärten Risiken bei der ordnungsgemäßen Durchführung der Heilbehandlung verwirklicht. Das Risiko auch eines schicksalhaften Verlaufs hat der Patient selbst zu tragen.<sup>413</sup>

### 11.14. Aufklärungspflicht nach UbG

Für untergebrachte Personen gibt es nach § 35 UbG eine eigene gesetzliche Normierung der ärztlichen Aufklärungspflicht, die sich an den allgemeinen Grundsätzen zu dieser orientiert.<sup>414</sup> Wesentlich ist hier aber, dass der **Patient** selbst dann über die Behandlung aufzuklären ist, **wenn seine Zustimmung nicht erforderlich** ist, da er beispielsweise über einen Sachwalter mit dem konkreten Wirkungsbereich verfügt oder für die Maßnahme gar

---

<sup>409</sup> OGH 3.9.1996, 10 Ob 2350/96b; *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 61.

<sup>410</sup> OGH 17.12.2012, 9 Ob 52/12f.

<sup>411</sup> *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner (Hrsg)*, Kap IV Rz 88.

<sup>412</sup> OGH 8.6.2010, 4Ob12/10h.

<sup>413</sup> *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner (Hrsg)*, Kap IV Rz 88.

<sup>414</sup> 1202 BlgNR 17. GP 11.

keine Einwilligung notwendig ist.<sup>415</sup> Eine Aufklärung ist selbstverständlich auch hier nur soweit erforderlich, als sie dem Betroffenen nicht schadet. Hintergrund dieser Regelung ist es, den Patienten nicht als Objekt seiner Behandlung anzusehen, sondern ihn über alle wesentlichen Elemente des Eingriffes zu informieren, selbst wenn seine Zustimmung gar nicht vonnöten ist.<sup>416</sup> Er soll damit die Behandlung trotzdem immer soweit als möglich mittragen. Diese Regelung soll insbesondere dem Respekt vor dem Patienten als Person dienen.

### 11.15. Gefahr in Verzug

Für **unaufschiebbare Eingriffe** gibt es regelmäßig besondere Bestimmungen,<sup>417</sup> die ein vorzeitiges Tätigwerden des Arztes ohne erforderliches Aufklärungsgespräch und ohne wirksame Einwilligung erlauben, wenn dies zu lange dauern würde und mit der Verzögerung gesundheitliche Risiken des Patienten verbunden wären. Wesentlich ist, dass eine **Gefährdung des Lebens oder eine Gesundheitsschädigung** droht, wenn der Eingriff nicht unmittelbar vorgenommen wird. Es erfolgt also eine Güterabwägung zwischen dem Schaden, der bei Behandlungsaufschub droht und dem Eingriff in das fremde absolut geschützte Rechtsgut „Leib und Leben“.<sup>418</sup> Dabei wird ein objektiver Maßstab angelegt.

Bei Gefahr im Verzug ist der behandelnde Arzt von seiner Verpflichtung, bei einwilligungsunfähigen Patienten den Vertreter bzw das zuständige Gericht anzurufen, befreit. Sollte noch gar kein Sachwalter bestellt sein, kann in diesem Fall außerdem auf eine Bestellung verzichtet werden, da sich ein solches Verfahren regelmäßig über einige Wochen erstrecken kann.

Der Arzt hat sich jedoch auch in Akutsituationen stets am **mutmaßlichen Willen**<sup>419</sup> des Patienten zu orientieren, wobei eine medizinisch indizierte Behandlung im Zweifelsfall als dem Wunsch entsprechend gilt. Er ist jedoch nicht verpflichtet, den mutmaßlichen Willen des Patienten zu erforschen.<sup>420</sup> In Notfallsituationen fehlt darüber hinaus regelmäßig die Zeit, eine Willensermittlung vorzunehmen. Dieser ergibt sich – entgegen verbreiteter

---

<sup>415</sup> *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 803.

<sup>416</sup> *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 805.

<sup>417</sup> Vgl hiezu § 110 Abs 2 StGB, § 173 Abs 3 sowie § 283 Abs 3 ABGB, § 8 Abs 3 KAKuG. Vgl explizit zum Sachwalterrecht S 149f.

<sup>418</sup> *Barth*, ÖJZ 2000, 59.

<sup>419</sup> Vgl hiezu S 89ff.

<sup>420</sup> *Barth*, ÖJZ 2000, 59.

Annahme – nicht daraus, wie ein Durchschnittspatient in dieser Situation entscheiden würde, sondern man hat sich auch hier an den bisherigen Entscheidungen, der Lebensweise, den Interessen, der generellen Lebenseinstellung und damit zusammenhängenden Parametern – kurz: dem Wunsch – des Patienten zu orientieren. Die Meinung der Angehörigen und Freunde ist zwar durchaus zu hören, hat jedoch keine bindende Wirkung für die Entscheidung des Arztes. Gibt es jedoch eine beachtliche oder gar verbindliche, der Behandlung entgegenstehende Willenserklärung des Betroffenen, so hat der Arzt diese selbstverständlich zu respektieren und den Eingriff gegebenenfalls zu unterlassen.<sup>421</sup> Sobald die Akutsituation weggefallen oder der Patient wieder ansprechbar ist, ist sein Wunsch zu eruieren. Eine bereits begonnene Behandlung ist in diesem Fall aber nicht abubrechen, der Patientenwille ist jedoch für die Nachbehandlung von Bedeutung.

Sollte der mutmaßliche Patientenwille nicht ermittelt werden können, so ist die Entscheidung eines vernünftigen Dritten als Indikator anzusehen.<sup>422</sup> Man folgt dabei dem Grundsatz „**in dubio pro vita**“, der damit auch dem Grundverständnis des Mediziners entspricht und das Ziel, Leben zu retten bzw zu erhalten, verfolgt.

In der Praxis soll dies nicht selten anders gehandhabt worden sein, da der bürokratische Aufwand, der mit einer Sachwalterbestellung einhergeht, von allen Beteiligten unter allen Umständen vermieden werden möchte. Darüber hinaus mangelt es den behandelnden Ärzten häufig an der nötigen Rechtskenntnis und ist diesen gar nicht bewusst, dass eine Zustimmung durch nächste Angehörige nicht die persönliche Einwilligung ersetzt.<sup>423</sup> Es ist daher im Krankenhausalltag heute oft so, dass der behandelnde Arzt sich nicht um die Einholung der Zustimmungserklärung durch das zuständige Gericht bemüht oder eine Sachwalterbestellung anregt, sondern gleich die Einwilligung zur Vornahme einer bestimmten Behandlung durch nahe Angehörige des Patienten einholt. Auch Therapieentscheidungen, die sogar nur auf der Entscheidung des behandelnden Arztes beruhen und nicht einmal die nahen Angehörigen einbinden, sind immer wieder verbreitet.<sup>424</sup> Obwohl eine solche Vorgehensweise selbstverständlich nicht erlaubt ist und die Behandlung daher ohne wirksame Einwilligung erfolgt, werden die zuständigen Ärzte

---

<sup>421</sup> Barth, ÖJZ 2000, 59.

<sup>422</sup> Ulsenheimer, Arztstrafrecht, 135.

<sup>423</sup> Ulsenheimer, Arztstrafrecht, 136.

<sup>424</sup> Strätling/Scharf/Wedel/Oehmichen/Eisenbart, Möglichkeiten zur Verminderung rechtlicher und ethischer Probleme bei der Behandlung nicht einwilligungsfähiger oder von Entscheidungsunfähigkeit bedrohter Patienten, MedR 2001, 388.

überraschend selten zur Verantwortung gezogen.<sup>425</sup> Der behandelnde Arzt hat in einem solchen Fall sehr wohl den zuständigen Stellvertreter oder das zuständige Gericht mit der Entscheidung zu befassen. Auch wenn die gesetzlichen Vorgaben nicht aus eigenem Antrieb ignoriert werden können, so wird sich die Meinung der Angehörigen dennoch regelmäßig mit dem mutmaßlichen Willen des Patienten decken.

Handelt der behandelnde Arzt ohne Vorliegen einer wirksamen Einwilligung und ist die Behandlung dringend erforderlich, so agiert er nach den zivilrechtlichen Regelungen der **Geschäftsführung ohne Auftrag** iSd §§ 1035 ff. Es liegt keine vertragliche Vereinbarung vor, jedoch ein Notfall iSd § 1036. Es gilt einen unmittelbar drohenden Schaden – hier an der körperlichen Integrität des Patienten – abzuwenden. Ersatz gebührt ihm selbst dann, wenn seine Bemühungen ohne Erfolg blieben.<sup>426</sup>

### 11.16. Zusammenfassung

Dieses Kapitel sollte die einzelnen Voraussetzungen veranschaulichen, die es für eine rechtsgültige Aufklärung braucht. Da eine wirksame Aufklärung der Schlüssel zu einer wirksamen Einwilligung ist, ist diese unumgänglich. Dabei sind die einzelnen Komponenten des Aufklärungsgesprächs – wann und wie weit ein solches ausgestaltet zu sein hat – jeweils im Einzelfall zu eruieren. Da grundsätzlich nur derjenige wirksam in eine Behandlung einwilligen kann, dem die Dispositionsbefugnis über das konkrete Rechtsgut zukommt, ist die Aufklärung stets mit dem Patienten selbst zu führen. Auch an sich nicht einwilligungsfähige Patienten können daher einem Aufklärungsgespräch beizuziehen sein. Dies schon allein im Sinne der Selbstbestimmung und Menschenwürde.

---

<sup>425</sup> Weissauer in Mazal, 21; Strätling/Scharf/Wedel/Oehmichen/Eisenbart, MedR 2001, 388.

<sup>426</sup> Jesser-Huß in Resch/Wallner (Hrsg), Kap III Rz 19.

## 12. Einwilligung

Grundsätzlich bedarf jeder Eingriff in die körperliche Integrität, damit er gerechtfertigt ist und somit eine Strafbarkeit nach § 110 StGB entfällt,<sup>427</sup> einer wirksamen Einwilligung durch den Patienten. Die Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung in eine Heilbehandlung ist eine ihr **vorausgegangene ordnungsgemäße Aufklärung** zu dem konkreten Eingriff.<sup>428</sup> Das Konzept der Einwilligung bezieht sich auf die Verantwortung der Beeinträchtigung eigener Rechtsgüter.<sup>429</sup> Es geht darum, den Wert eigener Rechtsgüter zu erkennen. Da es nach wie vor keine gesetzliche Verankerung von Voraussetzungen gibt, welche vorliegen müssen, um von einer wirksamen Einwilligung ausgehen zu können, hat sich auch hier wie bei der ärztlichen Aufklärung im Laufe der Zeit durch Judikatur und Literatur eine Reihe von Kriterien entwickelt, welche erfüllt sein müssen. Es ist demnach nicht weiter verwunderlich, dass sich auch hier eine breite (höchstgerichtliche) Kasuistik angesammelt hat. Die einzelnen Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligungserklärung gleichen im Wesentlichen jenen einer wirksamen Aufklärung. Eine Zustimmung kann grundsätzlich nur **vom Einwilligungsfähigen höchstpersönlich** erteilt werden, der im Zeitpunkt der Abgabe seiner Zustimmung über die nötige Einwilligungsfähigkeit verfügt und frei von jeglichen Willensmängeln sein muss.<sup>430</sup> Die Einwilligung muss jedenfalls **im Zeitpunkt des Eingriffs** vorliegen<sup>431</sup> und darf nicht widerrufen worden sein.<sup>432</sup> Dabei ist es aber nicht erforderlich, dass der Patient im Zeitpunkt der Behandlung über die erforderliche Einwilligungsfähigkeit verfügt.<sup>433</sup> Sie muss sich außerdem auf den konkreten Eingriff beziehen und darf nicht pauschal für alle erforderlichen oder üblichen Maßnahmen erteilt werden.<sup>434</sup> Sinn der Einwilligungspflicht zu einer medizinischen Heilbehandlung ist ein weiteres Mal das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu wahren. Da ein ordnungsgemäßes Aufklärungsgespräch die unentbehrliche Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung darstellt, ist bei dessen Unterlassen oder Unvollständigkeit, die

---

<sup>427</sup> Vgl S 96ff.

<sup>428</sup> OGH 23.6.1982, 3 Ob 545/82, RIS-Justiz RS0026499; OGH 21.9.1989 RIS-Justiz RS0026473; OGH 25.1.1990, RIS-Justiz RS0026578. *Koziol*, JBl 2016, 625.

<sup>429</sup> *Amelung*, ZStW 104 1992, 525.

<sup>430</sup> *Pilz*, Ärztliche Behandlungen und Einwilligung, 59; *Barth*, ÖJZ 2000, 60.

<sup>431</sup> *Kuhlmann*, Einwilligung, 90f.

<sup>432</sup> *Barth*, ÖJZ 2000, 59; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht – Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht<sup>7</sup>, 2014 Rz 419.

<sup>433</sup> Vgl hierzu S 161ff: Das Wesen einer Patientenverfügung (und auch Vorsorgevollmacht) besteht gerade darin, dass der Patient für eine zukünftige Situation, in der er nicht mehr über die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügt, Vorkehrungen trifft.

<sup>434</sup> *Kuhlmann*, Einwilligung, 11.

vom Behandelten abgegebene Einwilligung unwirksam.<sup>435</sup> Durch § 90 StGB erfährt die Einwilligung eine ausdrückliche Regelung als Rechtfertigungsgrund. § 110 StGB stellt die eigenmächtige Heilbehandlung – selbst wenn diese *lege artis* durchgeführt wird – unter Strafe, sofern keine wirksame Einwilligung vorliegt.<sup>436</sup>

In der Praxis wird das Erfordernis der Einwilligung – wie auch die Aufklärung – häufig als zusätzliche Bürde vom behandelnden Arzt wahrgenommen.<sup>437</sup> Es ist daher nicht weiter verwunderlich, dass diese im Alltag oft nicht ausreichend erfüllt ist. In Pensionisten- und Pflegeheimen soll sich immer wieder die Praxis eingebürgert haben, dass das Aufklärungsgespräch nur zwischen dem behandelnden Arzt und dem zuständigen Pflegepersonal stattfindet und eine wirksame Einwilligung durch den Patienten selbst dadurch gar nicht eingeholt werden kann.<sup>438</sup> Wenn Einigkeit zwischen dem Personal und dem Arzt bestehe, soll der Eingriff in der Regel vorgenommen werden. Dabei werde oft gar nicht eigens geprüft, ob uU ein Vertreter für den Patienten zu bestellen wäre. Eine andere leider immer öfter zu erkennende Vorgehensweise sei, die Einwilligungsfähigkeit gar nicht erst richtig zu prüfen und von deren Vorliegen auszugehen, auch wenn dies vielleicht gar nicht der Fall sei. Dem Patienten werde dann zum Schluss ein Formular zur Unterschrift vorgelegt, obwohl ihm die Problematik gar nicht bekannt sei<sup>439</sup> oder er zumindest nicht in der Lage sei, diese zu begreifen. Ein solches Vorgehen ist rechtlich selbstverständlich nicht erlaubt und widerstrebt klar dem zwingenden Gebot der Wahrung der individuellen Autonomie.

Dennoch lässt sich aber eine deutliche Tendenz dahingehend erkennen, dass sich die Bewusstseinsbildung unter Ärzten in diesem Zusammenhang geändert hat. Das Thema „Aufklärung und Einwilligung“ ist unter Medizinern zwar nach wie vor eines, dem mit großem Respekt begegnet wird, jedoch ist die Nachfrage nach mehr Information und Klärung eindeutig gestiegen. Die zuständigen Personen möchten rechtlich abgesichert sein und über die hierfür erforderlichen Informationen verfügen. Es besteht das Interesse, ausreichend über die eigenen Rechte wie auch Pflichten informiert zu sein. Dies hängt wohl mit der wachsenden Furcht zusammen, juristisch belangt werden zu können. Darüber hinaus sehen sich immer mehr Ärzte mit Haftungsfragen konfrontiert. Auf der einen Seite werden daher immer mehr rechtliche Vorgaben und Rahmenbedingungen gefordert, an die

---

<sup>435</sup> *Engljähriger*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 61.

<sup>436</sup> Vgl S 96ff.

<sup>437</sup> Vgl dazu die durchgeführte Studie in *Fabry*, Einschätzung der Einwilligungsfähigkeit – Zum Informed Consent in der Psychiatrie“, Dissertation Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, 1999, 37.

<sup>438</sup> *Kuhlmann*, Einwilligung, 3.

<sup>439</sup> *Kuhlmann*, Einwilligung, 3f.

man sich halten kann, um „auf der sicheren Seite zu sein“. Auf der anderen Seite kommt immer wieder die Forderung auf, die juristischen Pflichten zur ärztlichen Aufklärung sowie der darauf fußenden Einwilligung nicht weiter auszubauen und diese nicht zu überspannen.

### 12.1. Höchstpersönlichkeit der Einwilligungserklärung

Als Pendant zum Aufklärungsgespräch, das ja grundsätzlich auch immer mit dem Patienten selbst zu führen ist, ist auch die Einwilligungserklärung zu einer Behandlung stets vom Patienten selbst einzuholen. Dies deshalb, da jede Heilbehandlung einen Eingriff in die körperliche Integrität und damit in ein **höchstpersönliches Rechtsgut** darstellt, in dessen Verletzung grundsätzlich nur der Verfügungsberechtigte selbst rechtswirksam einwilligen kann. Von diesem Grundsatz gibt es dann eine Ausnahme, wenn der Verfügungsberechtigte nicht hinreichend einwilligungsfähig ist, weil ihm die notwendige Einsichts- und Urteilsfähigkeit fehlt. Dann, und nur dann, ist eine vertretungsweise Einwilligung durch einen Sachwalter oder sonstigen Vertreter erlaubt. Der Vertretungsbefugte hat hierbei in erster Linie immer dem Wunsch und in zweiter Linie dem Wohl des Einwilligungsunfähigen entsprechend zu handeln. Der behandelnde Arzt darf – außer bei Gefahr in Verzug – erst bei Vorliegen der vertretungsweisen Einwilligung handeln.<sup>440</sup> Unter den verwaltungsrechtlichen Sondervorschriften, die explizit eine Einwilligungspflicht des Patienten gesetzlich normieren, seien unter anderem genannt: § 36 UbG,<sup>441</sup> § 8 FMedG, § 38 AMG, § 8 Abs 3 KAKuG, § 6 ÄsthOpG.

### 12.2. Form der Einwilligungserklärung

Für die Einwilligungserklärung ist grundsätzlich – außer es ist eine solche durch ein Spezialgesetz festgelegt – **keine bestimmte Form** vorgesehen.<sup>442</sup> Sie kann daher auch mündlich abgegeben werden. Sogar eine konkludente Einwilligungserklärung ist durchaus möglich und im medizinischen Alltag regelmäßig der Fall. Jedoch ist eine solche nur mit

---

<sup>440</sup> *Pilz*, Ärztliche Behandlungen und Einwilligung, 62.

<sup>441</sup> § 36 UbG differenziert einerseits dahingehend, ob die untergebrachte Person einsichts- und urteilsfähig ist oder nicht und andererseits ob eine einfache oder eine besondere Heilbehandlung vorliegt. Der einsichts- und urteilsfähige Patient kann somit bei einfachen Heilbehandlungen schriftlich, mündlich oder schlüssig zustimmen, bei besonderen ist eine schriftliche Zustimmung erforderlich. Ist der Patient nicht einsichts- und urteilsfähig, so hat bei einfachen Heilbehandlungen der zuständige Vertreter schriftlich, mündlich oder konkludent zuzustimmen, bei besonderen ist auch hier eine schriftliche Zustimmung durch den Vertreter erforderlich.

<sup>442</sup> *Barth*, ÖJZ 2000, 59.

Vorsicht anzunehmen.<sup>443</sup> Bei der Annahme von schlüssigen Erklärungen ist stets mit Bedacht und restriktiv vorzugehen. Dies nicht zuletzt wegen ihrer unzureichenden Beweisbarkeit. Darüber hinaus kann in Gesundheitsangelegenheiten eine falsch ausgelegte Erklärung weitreichende, uU lebenslange Folgen nach sich ziehen. Eine konkludente Willensäußerung darf nur angenommen werden, wenn keine Zweifel übrig bleiben, dass der Patient eine konkrete Behandlung vorgenommen haben möchte.<sup>444</sup> Aus Beweissicherungszwecken ist es ratsam, eine Einwilligungserklärung immer schriftlich einzuholen. Den Arzt trifft darüber hinaus eine Dokumentationspflicht.<sup>445</sup> Eine Einwilligungserklärung kann jedoch **jederzeit widerrufen** werden.<sup>446</sup> Hierzu ist ebenfalls keine bestimmte Form zu erfüllen. Dem Patienten kommt ein uneingeschränktes Vetorecht zu.<sup>447</sup> Er kann die Behandlung jederzeit abbrechen oder verweigern, auch wenn diese bereits begonnen wurde. Es werden in diesem Zusammenhang aber die Voraussetzungen an das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit gestellt.<sup>448</sup> Gerade bei Patienten, deren Einsichtsfähigkeit nicht einwandfrei festgestellt werden kann, ist ein Zurückziehen einer einmal abgegebenen Einwilligungserklärung mit Vorsicht zu interpretieren.

### 12.3. Einwilligung bei fehlender medizinischer Indikation

Ist eine bestimmte Behandlung nicht medizinisch indiziert<sup>449</sup> oder wird sie nicht lege artis vorgenommen, so ist eine besonders umfassende Aufklärung erforderlich. Dem Patienten müssen die konkreten Bedingungen eingehend erklärt werden. Er muss insb darüber informiert werden, dass der Eingriff nicht indiziert ist oder/und nicht lege artis vorgenommen wird und weshalb.<sup>450</sup> Bei einer Heilbehandlung, der die medizinische Indikation fehlt, ist die Einwilligung grundsätzlich nur vom Patienten selbst einzuholen. In diesem Fall treten die Schutzvorschriften zu Leib und Leben hinter die Patientenautonomie zurück. Eine stellvertretende Zustimmung ist hier in aller Regel nicht möglich. Darunter fallen insb Eingriffe zur Organspende. Da eine solche regelmäßig nicht dem Wohl des Patienten dient, ist eine Rechtfertigung nur in engen Grenzen möglich. Beim

---

<sup>443</sup> Kletečka in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Kap I.4.5.3. (Stand März 2015, rdb.at); Engljählinger, Ärztliche Aufklärungspflicht, 67.

<sup>444</sup> OGH 16.7.2013, 5 Ob 253/12k JusGuide 2013/34/11447.

<sup>445</sup> Diese leitet sich aus einer Nebenpflicht des Behandlungsvertrages ab.

<sup>446</sup> Amelung, ZStW 109 1997, 495; Kletečka-Pulker in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Kap I.1.11. (Stand April 2016, rdb.at).

<sup>447</sup> Kletečka-Pulker in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Kap I.1.11. (Stand April 2016, rdb.at).

<sup>448</sup> Vgl bereits S 18ff.

<sup>449</sup> Vgl zum Begriff der Indikation S 107ff.

<sup>450</sup> Schroth in Roxin/Schroth, 43.

einsichtsunfähigen Patienten bedeutet dies, dass eine solche Spende ausdrücklich seinem Wunsch entspricht. Da das OTP<sup>451</sup> die Lebendspende durch einen einsichts- und urteilsunfähigen Patienten per se nicht ausschließt, ist jedoch aufgrund der Schwere des Eingriffs zusätzlich eine pflegschaftsgerichtliche Genehmigung einzuholen. Eine weitere Grenze bildet die Sittenwidrigkeitsprüfung. Eine Behandlung ist nur dann gerechtfertigt, wenn sie nicht gegen die guten Sitten verstößt.<sup>452</sup> Eine Einwilligung in eine sittenwidrige Behandlung ist damit genauso unwirksam und unbeachtlich wie eine Einwilligung, die gegen ein gesetzliches Verbot verstößt.<sup>453</sup> **Sittenwidrig** ist dabei jedes Verhalten, das offenbar widerrechtlich ist, ohne gegen ein konkretes Gesetz zu verstoßen.<sup>454</sup> Orientierung bietet außerdem das „Rechtsgefühl der Gemeinschaft“, also aller „billig und gerecht Denkenden“.<sup>455</sup> Das sittenwidrige Verhalten widerspricht dabei regelmäßig dem allgemeinen Anstandsgefühl.<sup>456</sup> In konkret lebensgefährliche Eingriffe soll daher nicht eingewilligt werden können.

#### **12.4. Folgen einer unzureichenden oder fehlenden Einwilligungserklärung**

Liegt einer Behandlung keine wirksame Einwilligung zugrunde, so haftet der behandelnde Arzt für alle nachteiligen Folgen aus dieser Behandlung, auch wenn diese lege artis durchgeführt wurde und ihm kein Kunstfehler unterlaufen ist, wenn der Patient nicht eingewilligt hätte.<sup>457</sup> Dies gilt selbstverständlich auch, wenn sich die Einwilligung nur auf einen konkreten Arzt bezieht und nicht entsprechend seiner Erklärung gehandelt wurde. Auch in diesem Fall liegt ein Einwilligungsmangel vor, für dessen nachteilige Folgen der behandelnde Arzt einzustehen hat.<sup>458</sup> Eine Einwilligungserklärung, die auf einer unwirksamen Aufklärung basiert, ist darüber hinaus ebenfalls nicht gültig. Die mangelnde

---

<sup>451</sup> Bundesgesetz über die Transplantation von menschlichen Organen (Organtransplantationsgesetz – OTPG) BGBl I 2012/108.

<sup>452</sup> Vgl. *Kletečka* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Kap I.4.8. (Stand März 2015, rdb.at) wonach daher eine Einwilligung in eine Behandlung, die durch Operation die Verunstaltung des Patienten zur Folge haben soll, für sittenwidrig und demnach unzulässig erachtet wird. Auch lebensgefährliche Eingriffe, die grundlos vorgenommen werden, können als sittenwidrig erachtet werden.

<sup>453</sup> *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“, 40.

<sup>454</sup> *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 879 Rz 60 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

<sup>455</sup> *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 879 Rz 47 (Stand 1.11.2014, rdb.at); OGH 27.1.1954, 3 Ob 816/53.

<sup>456</sup> *Kuhlmann*, Einwilligung, 117.

<sup>457</sup> OGH 7.2.1989, 1 Ob 713/88, RIS-Justiz RS0026783; OGH 10.3.2008, 10 Ob 119/07h.

<sup>458</sup> OGH 26.9.2003, 3 Ob 131/03s. In einer anderen Entscheidung (OGH 10.3.2008, 10 Ob 119/07h) hat der OGH festgehalten, dass ein Nichtarzt den Patienten vor Beginn einer medizinischen Behandlung über den Umstand seiner fehlenden Arzt-Qualifikation aufzuklären hat, da sonst keine wirksame Einwilligung vorliegt.

Aufklärung führt zu einem **Einwilligungsmangel** des Patienten, der eine Haftung des Arztes für alle nachteiligen Folgen nach sich zieht. Willigt jedoch ein Vertreter des Patienten an dessen Stelle ein und entspricht dies nicht dem Patientenwillen, so handelt es sich nicht um einen Einwilligungsmangel, der dem Arzt zuzurechnen ist. Dem Arzt kommt grundsätzlich keine Pflicht zur Kontrolle zu, ob der Stellvertreter die Wünsche des Patienten beachtet. Ist ihm jedoch eindeutig erkennbar, dass der zuständige Sachwalter entgegen dem ausdrücklichen Willen des Patienten handelt, so wäre eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger oder gar vorsätzlicher Körperverletzung denkbar.<sup>459</sup> Weitere Nachforschungen sind ihm aber nicht zumutbar. Der Mangel liegt demnach grundsätzlich im Innenverhältnis zwischen dem Stellvertreter und dem Vertretenen, weshalb der Patient gegen seinen Vertreter, nicht aber gegen den behandelnden Arzt, vorgehen kann. Dies kann insb dann zu einem Problem werden, wenn es sich bei dem Patienten um einen gänzlich Einsichtsunfähigen handelt, der nicht in der Lage ist, gegen seinen Vertreter vorzugehen. Dieser ist regelmäßig auf eine konstruktive Vertretung seiner Interessen durch seinen Sachwalter angewiesen. Obwohl dem behandelnden Arzt keine Wunschermittlungspflicht des Patienten aufgebürdet werden soll, empfiehlt es sich in solchen Fällen dennoch kurz zu prüfen, ob der Vertreter dem Willen gemäß handelt. Dennoch trifft den Arzt keine rechtliche Verpflichtung einer Überprüfung.

### 12.5. Kritik an der stellvertretenden Einwilligung

Obwohl der Stellvertreter stets nach den Wünschen und Interessen des Betroffenen und in dessen Wohl zu handeln hat, ist es selbsterklärend, dass eine stellvertretend abgegebene Willenserklärung einer persönlichen **nie voll gleichwertig** sein kann. Bei dem Entscheidungsprozess, ob eine konkrete Behandlung vorgenommen werden soll oder nicht, handelt es sich um einen individuellen inneren Vorgang, der von einer anderen Person als dem Betroffenen selbst nicht auf die selbe Art und Weise durchlebt werden kann. Es fließt dabei eine Vielzahl unterschiedlicher Faktoren ein, die sich einerseits aus persönlichen Erfahrungen und bereits Erlebtem und andererseits aus kulturellen, sozialen, altersbedingten, finanziellen und vielen weiteren Umständen ergibt. Dabei ist es selbst bei bestmöglichem Bestreben nahezu unmöglich auf all diese Komponenten Rücksicht zu nehmen; dies auch, oder gerade, weil diese dem Vertreter – selbst wenn es sich um eine nahestehende Person handelt, die den Patienten gut kennt – oft nicht einmal bekannt sind.

---

<sup>459</sup> Kuhlmann, 210f.

Bei dem Entscheidungsprozess spielen häufig Faktoren mit, die uns selbst nicht einmal bekannt sind, uns unterbewusst aber geformt und zu jener Person gemacht haben, die wir schlussendlich sind. Aus rechtsethischer Sicht ist eine stellvertretende Einwilligungserklärung somit stets problematisch.<sup>460</sup>

Einer US-amerikanischen Studie zufolge, die das Zustimmungsverhalten von Stellvertretern dementer Patienten in Pflegeheimen untersuchte, gaben 31% an, in die Teilnahme des Betroffenen an einer Studie einzuwilligen, obwohl sie davon ausgingen, dass der Betroffene selbst die Untersuchung abgelehnt hätte.<sup>461</sup> Eine solche Vorgehensweise ist einerseits so zu erklären, dass sie selbst die Behandlung als erfolgversprechend einstufen und somit das Wohl des Betroffenen schützen wollen. Eine andere Erklärung ist das immer wieder bei Vertretern erkennbare Verhalten, jene Methode zu wählen, mit der der für sie geringste Aufwand verbunden ist. Hier können auch finanzielle Aspekte eine wesentliche Rolle spielen. Ein solches Verhalten widerspricht selbstverständlich dem grundlegenden Prinzip des Schutzes der Selbstbestimmung. Darüber hinaus gibt es leider auch immer wieder Fälle, in denen der Vertreter gerade nicht im Interesse des Patienten handelt und böswillig seinen Willen bzw seine Wünsche missachtet. Ein solches Verhalten kann persönlich motivierte, eigennützige Gründe haben oder auch aus bloßer Bösartigkeit herrühren.<sup>462</sup>

Es ist somit ein weiteres Mal erkennbar, dass es unumgänglich ist, den behandelnden Arzt mit der Aufgabe zu betrauen, den Betroffenen selbst weitgehend und bestmöglich in den Entscheidungsprozess einzubinden, um seine persönlichen Werte und Anschauungen zu eruieren und einen möglichst authentischen Entschluss zu erreichen.

---

<sup>460</sup> *Berghmans*, Ethische Aspekte der medikamentösen Behandlung dementer Patienten, *Ethik in der Medizin* 2003, 12.

<sup>461</sup> *Warren/Sobal/Tenney/Hoopes/Damron/Levenson/DeForge/Muncie* Informed consent by proxy. An issue in research with elderly patients, *N Engl J Med* 315, 1986, p. 1124; <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/3762630> (abgerufen am 7.1.2018).

<sup>462</sup> Vgl hiezu FN 474.

### 13. Mutmaßliche Einwilligung

In jenen Fällen, in denen keine tatsächliche Einwilligung des Patienten eingeholt werden kann, soll ausnahmsweise auf eine mutmaßliche Einwilligung des Patienten zurückgegriffen werden. Sie bildet den **Ausnahmefall**, in dem von einem Informed Consent abgegangen werden darf.<sup>463</sup> Sie stellt einen Rechtfertigungsgrund dar, der die an sich strafbare Handlung des Arztes straflos stellt.<sup>464</sup> Dabei ist sehr restriktiv und in engen Grenzen von einer mutmaßlichen Einwilligung auszugehen.<sup>465</sup> Sie kommt nur **subsidiär** in Betracht, wenn es eben nicht möglich ist, eine tatsächliche Einwilligung einzuholen. Dies aufgrund der Unsicherheit, die mit ihr verbunden ist, da eben gerade nicht unmittelbar der Wille des Patienten erfragt werden kann.<sup>466</sup> Es gibt dafür mehrere Konstellationen in denen eine solche Vorgehensweise nötig sein kann. Zum einen, wenn ein an sich einwilligungsfähiger Patient vorübergehend nicht seine Einwilligung zu einer Behandlung geben kann.<sup>467</sup> Zum anderen aber, wenn bei einem dauerhaft einwilligungsunfähigen Patienten sein Vertreter einwilligen muss, dieser aber nicht anwesend ist. Für eine mutmaßliche Einwilligung ist in einem ersten Schritt der **mutmaßliche Wille** des Patienten zu erforschen. Bei einem an sich einwilligungsfähigen Patienten steht außer Frage, dass sich der behandelnde Arzt an dessen mutmaßlichem Willen zu orientieren hat. Da es dazu lediglich in einer Notfallsituation kommt, kann es für den behandelnden Arzt mitunter schwierig sein, den mutmaßlichen Willen eines Patienten zu eruieren, den er gar nicht kennt. Gibt es keine Anhaltspunkte für einen möglichen Patientenwillen, so hat der Arzt anhand allgemeiner Erfahrungsgrundsätze jene Behandlung vorzunehmen, die indiziert und am erfolgversprechendsten ist.

Auch beim einwilligungsunfähigen Patienten ist der Arzt primär an dessen Wunsch gebunden. Darüber hinaus hat sich auch der Vertreter stets vom Willen des Betroffenen leiten zu lassen und demnach auch immer den hypothetischen Willen zu eruieren.<sup>468</sup>

An den mutmaßlichen Patientenwillen sind stets strenge Anforderungen zu stellen. Es ist auf hinreichend sichere Anhaltspunkte zurückzugreifen.<sup>469</sup> Um den mutmaßlichen Willen

---

<sup>463</sup> Michael, Forschung an Minderjährigen, 43.

<sup>464</sup> OGH 7.7.2008, 6 Ob 286/07p RdM 2008, 149.

<sup>465</sup> Schütz in Höpfel/Ratz, WK<sup>2</sup> StGB § 90 Rz 209 (Stand 1.5.2016, rdb.at).

<sup>466</sup> Michael, Forschung an Minderjährigen, 43.

<sup>467</sup> ZB infolge von Bewusstlosigkeit oder wenn die Einholung seiner Einwilligung zu lange dauern würde und damit eine Gefährdung seiner Gesundheit oder seines Lebens verbunden wäre.

<sup>468</sup> Ulsenheimer, Arztstrafrecht, 126; Kuhlmann, Einwilligung, 125.

<sup>469</sup> Vgl dazu bereits BGH 13.9.1994, 1 StR 357/94.

herauszufinden, sind Aussagen, die der Patient früher getätigt hat, seine generelle Lebenseinstellung, seine Werte und Vorstellungen, seine Weltanschauung und etwaige religiöse Ansichten zu berücksichtigen. Es kann sowohl auf mündliche Äußerungen als auch in sonstiger Form kundgemachte Überzeugungen Bezug genommen werden. Jedoch kommt schriftlichen Äußerungen eine höhere Bedeutung zu als mündlichen. Außerdem sind getätigte Aussagen egal in welcher Form vor allgemeinen Lebens- bzw Religionsvorstellungen zu beachten, da sich bei diesen nicht zweifelsfrei feststellen lässt, ob der Patient alle damit zusammenhängende Wertvorstellungen teilt. Daneben kommt zeitnahen Willensbekundungen ein höherer Stellenwert zu als Äußerungen, die bereits einige Zeit zurückliegen, da sie nur schwer auf ihre Aktualität geprüft werden können.<sup>470</sup> Sind die Wünsche und Vorstellungen sehr allgemein gehalten, so können sie als Anhaltspunkt und Leitfaden bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens herangezogen werden.<sup>471</sup> Sind eine Patientenverfügung,<sup>472</sup> sonstige Vollmacht(en) oder schriftliche Verfügungen vorhanden, so ist auch auf diese Rücksicht zu nehmen. Bei der Auslegung dieser können vor allem Personen behilflich sein, die besondere Kenntnis über den Willen des Patienten haben.<sup>473</sup> Darüber hinaus können sowohl Familienangehörige, Vertrauenspersonen als auch Freunde und andere Personen, die den Betroffenen gut kennen, herangezogen werden. Dabei ist jedoch immer noch der Wille des Patienten ausschlaggebend und nicht jener seiner Verwandten, die nur „das Beste“ für ihn wollen. Es ist daher einer Missbrauchsgefahr durch Verwandte und Freunde, die den Willen des Patienten aus eigenen Interessen als den „mutmaßlichen“ verschleiern und daher eigentlich in ihrem eigenen Willen handeln, entgegenzuwirken.<sup>474</sup> Auch Mutmaßungen von Dritten sollten nur mit Vorsicht gewertet werden und können grundsätzlich nicht als Quelle zur Ermittlung des mutmaßlichen Patientenwillens herangezogen werden.<sup>475</sup> Die Wünsche und Vorstellungen des Patienten können sich im Laufe seines Lebens ändern. Auch auf solche

---

<sup>470</sup> *Taupitz*, Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Lebensende, 2000, 304f.

<sup>471</sup> *Brauer*, Autonomie und Familie, 126.

<sup>472</sup> Insb beachtliche Patientenverfügungen sind in diesem Zusammenhang von wesentlicher Bedeutung, da sie zwar nicht alle Voraussetzungen, die zu einer Verbindlichkeit erforderlich sind, erfüllen, aber dennoch den konkreten Wunsch des Betroffenen beinhalten. Sie eignen sich daher sehr gut als Hilfsmittel zur Ermittlung des Patientenwillens. Vgl außerdem S 166ff.

<sup>473</sup> *Brauer*, Autonomie und Familie, 124; *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht, 135.

<sup>474</sup> Vgl dazu *Strätling/Scharf/Wedel/Oehmichen/Eisenbart*, MedR 2001, 390. Es sollte an dieser Stelle festgehalten werden, dass es für den immer wieder befürchteten Missbrauch bei Vertretungshandlungen in Gesundheitsangelegenheiten keine Anhaltspunkte gibt. Diese Befürchtungen rühren wohl daher, dass es bei Vertretungshandlungen in Vermögensangelegenheiten sehr wohl regelmäßig zu Missbräuchen durch Angehörige und sonstige Personen kommt. Dies kann jedoch nicht so einfach auf medizinische Angelegenheiten umgelegt werden, da der Nutzen weitgehend ein anderer ist.

<sup>475</sup> *Brauer*, Autonomie und Familie, 136.

Veränderungen ist ausreichend Rücksicht zu nehmen. Eine differenzierte Beurteilung bestimmter Rechtsgüter kann auf Nahtod-Erfahrungen zurückzuführen sein, die der Patient in seinem Umfeld gemacht hat. Insb wenn nahestehende, geliebte Menschen sterben, kann dies zu einem Überdenken der derzeitigen Lebenssituation und des eigenen Wertesystems führen.<sup>476</sup> Auch eine schleichende schwere Erkrankung kann Einfluss auf die persönliche Willensbildung haben. Der ausfindig gemachte mutmaßliche Patientenwille ist dabei sowohl für den Arzt als auch für jeden Vertreter genauso bindend **wie ein aktuell von diesem geäußerter Wunsch.**<sup>477</sup> Auch ein Sachwalter hat immer auf den mutmaßlichen Willen des Betreuten abzustellen und nicht auf seinen eigenen oder den anderer Personen. Er muss sich also um eine Lösung bemühen, die der Sicht seines Betreuten entspricht.<sup>478</sup> Das selbe gilt für den behandelnden Arzt. Es sind dabei auch Ansichten, die objektiv nicht nachvollziehbar sind und uU als unvernünftig oder „nicht normal“ gelten, zu beachten. Ziel ist es, den Willen des Patienten adäquat zu ermitteln und somit eine möglichst selbstbestimmte autonome Entscheidung in dessen Interesse zu treffen.<sup>479</sup> Dabei ist weder der behandelnde Arzt noch der Vertreter gesetzlich verpflichtet, andere Personen bei der Ermittlung des Willens als Quelle heranzuziehen.<sup>480</sup> Den Sachwalter trifft zwar von Gesetzes wegen her eine Wunschermittlungspflicht,<sup>481</sup> jedoch kann er dieser auch ohne Zuziehen von Angehörigen oder Freunden nachkommen. Insb in Situationen, in denen eine rasche Entscheidung erforderlich ist oder das Einholen von Informationen durch Dritte zu lange dauern würde, wird wohl darauf verzichtet werden. Der Wunsch des Patienten ist für den Sachwalter jedoch dort nicht mehr beachtlich, wo er sein Wohl in erheblichem Maß gefährdet. Auch wenn nicht sinnvoll erscheinende Entscheidungen sehr wohl zu respektieren sind, so ist die Grenze dort zu ziehen, wo die Wünsche zu einer Schädigung des Betroffenen führen würden. Ein Vertreter kann nicht gezwungen werden, sich an einer solchen Handlung zu beteiligen. Dabei ist von einem strengen Maßstab in diesem Zusammenhang auszugehen. Es können nicht schon leichte Unannehmlichkeiten dazu führen, dass der Vertreter von den Wünschen des Betroffenen abgeht.<sup>482</sup> Auf der anderen Seite ist aber auch die Ablehnung einer Behandlung durch den Patienten, die damit seinen Tod zur Folge haben kann, vom Sachwalter zu respektieren. Eine pflichtwidrige

---

<sup>476</sup> *Kathrein*, Das Patientenverfügungs-Gesetz, ÖJZ 2006/34, 556. Beachte eine mögliche Verschiebung von Werten insb bei der Auslegung einer Patientenverfügung; Vgl hiezu S 161 ff.

<sup>477</sup> *Memmer*, Patientenverfügungen - Rechtslage nach dem 1. Juni 2006, iFamZ 2006, 71.

<sup>478</sup> *Kuhlmann*, Einwilligung, 125f, 205; *Brauer*, Autonomie und Familie, 125.

<sup>479</sup> *Brauer*, Autonomie und Familie, 125.

<sup>480</sup> *Brauer*, Autonomie und Familie, 128.

<sup>481</sup> Vgl § 281.

<sup>482</sup> Vgl zur Begrenzung ärztlicher Handlungspflicht S 62ff; *Kuhlmann*, Einwilligung, 125f, 206.

Missachtung der Wünsche des Betroffenen führt selbstverständlich zu Schadenersatzansprüchen des Patienten gegen seinen Vertreter. Ist der Wille des Patienten nicht eruierbar, so gilt eine medizinisch indizierte Maßnahme als von der mutmaßlichen Einwilligung gedeckt. Man folgt hier dem Grundsatz „**in dubio pro vita**“.<sup>483</sup>

---

<sup>483</sup> *Spickhoff*, Medizin und Recht zu Beginn des neuen Jahrhunderts – Die Entwicklung des Medizinrechts 2000/2001, NJW 2001, 1765; *Kerschner* in *Resch/Wallner (Hrsg)*, Kap V. Rz 40.

## 14. Zulässigkeit von Zwangsbehandlungen

Um dem Patienten zu helfen und ihn vor bevormundenden Entscheidungen zu schützen, werden gerade in der Psychiatrie immer wieder Methoden angewendet, die die Ausübung eines gewissen Maßes an Zwang miteinschließen. Man versteht darunter sowohl therapeutische als auch diagnostische Maßnahmen, die ohne oder gegen den Willen des Patienten vorgenommen werden.<sup>484</sup> Diese Zwangsbehandlungen betreffen somit häufig psychisch Kranke bzw geistig Behinderte, also besachwaltete Personen. Die Intensität richtet sich dabei immer nach der individuellen Situation des Patienten. Häufig werden dem Betroffenen psychotrope Medikamente verabreicht, um ihn zu beruhigen und so die Möglichkeit zu schaffen, dass er seine Behandlung mitträgt bzw dass eine Behandlung überhaupt vorgenommen werden kann.<sup>485</sup> Eine Mitentscheidung unter Medikamenteneinfluss ist immer noch besser als eine vollkommen fremdbestimmte Entscheidung. Bereits die Verabreichung solcher Stoffe wird als Ausübung von Zwang klassifiziert. Eine Behandlung, die gegen den Willen des Betroffenen durchgeführt wird, fällt ohnehin unter den Begriff der **Zwangsbehandlung im weiteren Sinn**. Darunter fallen daher insb auch Behandlungen, die gegen den Wunsch des einwilligungsunfähigen Patienten vorgenommen werden. Es steht außer Frage, dass die Ausübung von Zwang manchmal unumgänglich ist und insb in Situationen, in denen dem Betroffenen dadurch geholfen werden soll, auch als legitim eingestuft wird. Gerade wenn eine Behandlung als notwendig erachtet wird, der Einwilligungsunfähige aber offensichtlich nicht einverstanden ist, kann es zu Schwierigkeiten kommen. Dabei kann die Unfähigkeit, den Eingriff ausreichend einzusehen und zu verstehen, gerade Ausfluss der psychischen Krankheit bzw geistigen Behinderung sein.<sup>486</sup> Die damit entgegen dem ausdrücklichen Wunsch vorgenommene Behandlung, die eben eine Zwangsbehandlung darstellt, kann dann durch das Wohl des Patienten gerechtfertigt werden. Zwang darf nur ausgeübt werden, wenn dringender Handlungsbedarf besteht.<sup>487</sup> Ein Zustand von Zwang soll und darf jedoch niemals als „normal“ empfunden werden und ist nur so lange aufrechtzuerhalten als er notwendig ist. Ansonsten liegt ein Verstoß gegen Art 3 EMRK vor.<sup>488</sup> Eine Zwangsbehandlung ist ethisch nur dann vertretbar, wenn sie verhältnismäßig ist. Verhältnismäßig kann sie dabei durch regelmäßige Kontrollen oder die Aufhebung

---

<sup>484</sup> *Kopetzki, Unterbringungsrecht I, 1995, 396.*

<sup>485</sup> *Illhardt, Medizinische Ethik, 70f.*

<sup>486</sup> *Posselt-Wenzel, Medizinische Eingriffe, 83.*

<sup>487</sup> *Kopetzki, Unterbringungsrecht II, 798.*

<sup>488</sup> Vgl S 180.

selbst sein. Es darf aber nicht vergessen werden, dass stets probiert werden muss, „Restbestände an Einsicht, Motivation und Zustimmung“ beim Betroffenen zu aktivieren und auf ein Mittragen an der eigenen Behandlung hinzuwirken.<sup>489</sup> Es gibt aber auch Meinungen, die grundsätzlich jede Ausübung von Zwang verbieten, egal, ob der Patient als einwilligungsunfähig zu erachten ist oder nicht. Gibt er klar zum Ausdruck, dass er mit einer Behandlung nicht einverstanden ist, so ist dies zu respektieren; alles andere würde dem Selbstbestimmungsrecht widersprechen.<sup>490</sup> Man begründet diese Auffassung auch mit dem persönlichen „**Recht auf Krankheit**“.<sup>491</sup> Dabei ist mE nach zu beachten, dass ein Einwilligungsunfähiger seine Krankheit oftmals ja gerade nicht einsehen kann. Es ist daher problematisch, dass er nicht in der Lage ist, sein „Recht auf Krankheit“ ausreichend auszuüben. Tatsächlich ist es nach herrschender Ansicht so, dass eine Behandlung auch gegen den ausdrücklichen Willen des Einwilligungsunfähigen und damit eine Beschränkung seines Selbstbestimmungsrechts vorgenommen werden darf, wenn der Eingriff seinem Wohl dient und der Eingriff in seine Persönlichkeitsrechte verhältnismäßig ist. Der Nutzen der Behandlung muss in diesem Fall aber der Beschneidung des Selbstbestimmungsrechts überwiegen.<sup>492</sup> Es hat eine Abwägung zwischen der Autonomie des Einzelnen und der Pflicht zur Fürsorge stattzufinden. Dabei kann es abermals zu einem Spannungsverhältnis zwischen dem Willen des Betroffenen und seinem Wohl kommen.

Daneben kann es auch zu **Freiheitsbeschränkungen** bzw **Freiheitsentzug** kommen. Beide Tatbestände stellen Eingriffe in die persönliche Freiheit dar.<sup>493</sup> Es geht dabei um die Bewegungsfreiheit, während sonstige Zwangsbehandlungen in einen viel weiteren Anwendungsbereich fallen. Eine Beschränkung eines Freiheitsrechts ist nur erlaubt, soweit sich diese auf eine gesetzliche Legitimation stützt.<sup>494</sup> Dabei ist zu beachten, dass es sich bei Freiheitsbeschränkungen um vertretungsfeindliche Rechtshandlungen handelt, denen nicht durch einen Sachwalter oder Vorsorgebevollmächtigten zugestimmt werden kann. Da es sich um höchstpersönliche Rechtshandlungen handelt, kann nur der einsichts- und

---

<sup>489</sup> *Illhardt*, Medizinische Ethik, 71.

<sup>490</sup> *Hennies*, Risikoreiche ärztliche Maßnahmen – betreuungsrechtliche Eingriffe, MedR 1999, 344.

<sup>491</sup> *Posselt-Wenzel*, Medizinische Eingriffe, 87.

<sup>492</sup> *Ganner/Schmidt*, Ambient Assisted Living, iFamZ 2014, 118.

<sup>493</sup> *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I, 251.

<sup>494</sup> Vgl. *Höllwerth* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG II § 1 HeimAufG Rz 7 (Stand 1.10.2017, rdb.at). Damit soll dem Legalitätsprinzip Rechnung getragen werden und eine Freiheitsbeschränkung nur dann möglich sein, wenn diese auf einer verfassungsrechtlichen oder anderen gesetzlichen Norm ausdrücklich vorgesehen ist (§1 Abs 2 HeimAufG).

urteilsfähige Patient selbst in diese einwilligen.<sup>495</sup> Freiheitsbeschränkende Maßnahmen fallen regelmäßig in den Anwendungsbereich des UbG bzw HeimAufG. Während das UbG jene Maßnahmen regelt, die an psychisch Kranken vorgenommen werden sollen, normiert das HeimAufG Freiheitsbeschränkungen von Menschen, die aufgrund des Alters, einer Behinderung oder einer Krankheit Unterstützung brauchen. Solche Beschränkungen sollen jedoch nur dann zulässig sein, wenn der Betroffene eine Gefahr für sich selbst oder für andere darstellt und wenn das Ziel anders nicht erreicht werden kann.<sup>496</sup> Sowohl Freiheitsbeschränkungen als auch Zwangsbehandlungen stellen somit immer die **ultima ratio** dar und sollen nur im **äußerst erforderlichen Maß** vorgenommen werden. Stehen mehrere mögliche Behandlungen zur Auswahl, so ist auf das gelindeste Mittel zurückzugreifen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Zwangsbehandlungen und Freiheitsbeschränkungen nicht per se unzulässig sind, sie jedoch nur in engen gesetzlichen Schranken vorgenommen werden können und immer verhältnismäßig sein müssen. Auf sie darf nur zurückgegriffen werden, wenn keine andere Möglichkeit mehr gegeben ist und sie sollen nur auf das tatsächlich erforderliche Maß beschränkt sein.

---

<sup>495</sup> LG Korneuburg 25 R 35/10i, *Ganner*, Vollmachten können Freiheitsbeschränkungen nicht umfassen, iFamZ 2011/170 (210).

<sup>496</sup> *Kerschner* in *Resch/Wallner (Hrsg)*, Kap V. Rz 37.

## 15. Klassifikation der Heilbehandlung

### 15.1. Heilbehandlung im Strafrecht

Grundsätzlich ist kein Patient verpflichtet, sich behandeln zu lassen. Möchte er sich einer Behandlung gerade nicht unterziehen, so ist dies als Ausfluss seines Rechts auf Autonomie und Selbstbestimmung zu respektieren.

Nach hL stellt eine medizinische Heilbehandlung in Österreich<sup>497</sup> **per se** im allgemeinen Strafrecht **keine Körperverletzung iSd §§ 83 ff StGB** dar.<sup>498</sup> Dem war jedoch in dieser Form nicht immer so. Nach früherer Rechtslage war eine fahrlässige Körperverletzung durch einen Arzt durch den Strafausschließungsgrund des § 88 Abs 2 Z 2 StGB (sog Medizinalpersonenprivileg: sofern kein schweres Verschulden vorlag und der Arzt die Körperverletzung in Ausübung der Heilkunde zufügte)<sup>499</sup> straflos.<sup>500</sup> Eine **medizinisch indizierte und dem objektiven Stand der Wissenschaft entsprechend vorgenommene** Heilbehandlung erfüllt nicht den Tatbestand eines Körperverletzungsdelikts – dies ganz unabhängig davon, ob eine Einwilligung des Patienten vorliegt oder nicht. Selbst dann nicht, wenn sie misslingt oder sogar zum Tod führt.<sup>501</sup> Bei einer indizierten und den Regeln der medizinischen Wissenschaft entsprechend durchgeführten Heilbehandlung wird schlicht nicht das tatbestandsmäßige Unrecht des § 83 StGB verwirklicht. Es ist jedoch

---

<sup>497</sup> Ganz anders sieht die Rechtslage dazu in Deutschland aus: Dass medizinische Heilbehandlungen grundsätzlich als Körperverletzungsdelikte klassifiziert werden, sorgt vor allem bei den behandelnden Ärzten selbst für rege Kritik. Für sie ist es nicht nachvollziehbar, weshalb ihr Tätigwerden, das primär auf eine Verbesserung bzw Heilung des Gesundheitszustandes abzielt, strafrechtliche Sanktionen nach sich ziehen soll. Sie sehen es als ihre Pflicht, dem hippokratischen Eid entsprechend – selbst wenn dieser heute in seiner ursprünglichen Form nicht mehr geleistet wird, so dient er dennoch als ethische Richtlinie – etwas Krankhaftes zu verbessern und nicht in ein gesundes System einzugreifen. Dabei ist es irrelevant, ob eine Behandlung notwendig und medizinisch indiziert und lege artis durchgeführt wurde. Einzig eine vom Patienten (oder dessen Stellvertreter) abgegebene Einwilligung kann einen Rechtfertigungsgrund darstellen. Liegt eine wirksame Einwilligung vor, so ist die Heilbehandlung gerechtfertigt und der behandelnde Arzt macht sich nicht strafbar. (vgl hiezu *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 71ff).

<sup>498</sup> *Burgstaller/Fabrizy* in *Höpfel/Ratz*, § 83 Rz 31(Stand 5.1.2018, rdb.at).

<sup>499</sup> *Krückl*, Medizinische Heilbehandlung und Strafrecht – Entwicklungen, ZGP 4/2014, 38.

<sup>500</sup> Mit dem BGBl I 2010/111 wurde diese Bestimmung entfernt und stattdessen § 88 Abs Z3 StGB idF BGBl I 2010/111/ eingefügt, der kein Medizinalpersonenprivileg mehr vorsah, sondern ganz allgemein eine fahrlässige Körperverletzung straflos stellte, wenn kein schweres Verschulden vorlag und aus der Tat keine Gesundheitsschädigung oder Berufsunfähigkeit einer anderen Person von mehr als vierzehntägiger Dauer erfolgte. Mit dem BGBl I 2015/154 erfolgte abermals eine Änderung und Angehörige der Gesundheitsberufe bekamen wieder einen eigenen Strafausschließungsgrund mit § 88 Abs 2 Z3 idGF, wonach sie straflos gestellt werden, so sie nicht grob fahrlässig handeln und die Körperverletzung während Ausübung ihres Berufes zufügen.

<sup>501</sup> *Burgstaller/Fabrizy* in *Höpfel/Ratz*, § 83 Rz 31(Stand 5.1.2018, rdb.at); *Soyer/Schumann* in *Höpfel/Ratz*, § 110 Rz 2 (Stand 1.8.2016, rdb.at); *Bruckmüller/Schumann* in *Roxin/Schroth*, 820; *Pilz*, Ärztliche Behandlungen und Einwilligung, 10.

strittig, ob ein solcher Eingriff erst gar nicht den Tatbestand erfüllt oder dieser zwar erfüllt ist, aber aufgrund der medizinischen Indikation und der *lege artis* durchgeführten Behandlung ein besonderer Rechtfertigungsgrund anzunehmen ist. Eine solche Diskussion ist jedoch lediglich dogmatischer Natur und macht im Ergebnis keinen Unterschied.<sup>502</sup>

Wird eine Behandlung **nicht lege artis** durchgeführt und erfolgt sie **ohne Einwilligung**, ist der Tatbestand der (fahrlässigen oder vorsätzlichen) **Körperverletzung** iSd §§ 83ff StGB erfüllt. Nur durch eine Einwilligung kann dieser rechtswidrige Eingriff gerechtfertigt werden.<sup>503</sup> Um von einer Strafbarkeit des Arztes ausgehen zu können, ist hier jedoch zumindest **dolus eventualis** erforderlich. Er muss den Eintritt der Verletzung also ernstlich für möglich halten und sich damit abfinden. An diesem wird es wohl in den meisten Fällen mangeln, weshalb der behandelnde Arzt lediglich nach § 88 StGB für fahrlässige Körperverletzung strafbar wird. Ein nicht indizierter, ohne Einwilligung vorgenommener Eingriff verstößt gegen das ärztliche Schädigungsverbot.<sup>504</sup> Bei einer **medizinisch indizierten aber nicht lege artis** durchgeführten Behandlung kommt eine Strafbarkeit nach § 88 StGB (Fahrlässige Körperverletzung) in Betracht. Ist sie ohne Einwilligung erfolgt, daneben außerdem eine Strafbarkeit nach § 110 StGB (Eigenmächtige Heilbehandlung). Maßnahmen, die sich jeglicher Indikation entbehren und nicht *lege artis* vorgenommen werden, sind absolut unzulässig. Selbst das umfangreichste Aufklärungsgespräch und die daraufhin erteilte Einwilligung des Patienten können diese Behandlungen nicht rechtfertigen. Nach *Kern* kann daher niemals wirksam in eine Behandlung eingewilligt werden, die nicht den medizinischen Standards entspricht.<sup>505</sup>

Liegt **keine Einwilligung** vor, so verwirklicht der behandelnde Arzt den Tatbestand der **Eigenmächtigen Heilbehandlung gem § 110 StGB**, selbst wenn die Behandlung **lege artis** vorgenommen wurde und kein Schaden entstanden ist.<sup>506</sup> Es ist dabei irrelevant, ob die vorgenommene medizinische Behandlung eine ungefährliche oder eine schwerwiegende Behandlung darstellt.<sup>507</sup> Darüber hinaus gibt es auch einige

---

<sup>502</sup> *Burgstaller/Fabrizy* in *Höpfel/Ratz*, § 83 Rz 31 (Stand 5.1.2018, rdb.at).

<sup>503</sup> *Ozegovic/Kröll*, JMG 2017, 230.

<sup>504</sup> *Schroth* in *Roxin/Schroth*, 23.

<sup>505</sup> *Kern*, GesR 1/2009, 2. Beachte in diesem Zusammenhang aber, dass bspw Behandlungen, die noch nicht den medizinischen Standards entsprechen, weil sie sich etwa noch im Überprüfungsstadium (zB bei Studien) befinden, dennoch vorgenommen werden können, soweit diese Umstände ausreichend in einem Aufklärungsgespräch artikuliert werden.

<sup>506</sup> *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner*, Kap IV Rz 59; *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 16 Rz 18 (Stand 1.7.2015, rdb.at).

<sup>507</sup> *Malecky*, ÖJZ 1994, 681.

Spezialgesetze, die eine eigenmächtige Heilbehandlung verbieten, dies aber primär mit dem Zweck, zuvor eine ärztliche Anordnung sicherzustellen.<sup>508</sup>

Dabei ist das geschützte Rechtsgut nicht wie bei § 83 StGB die körperliche Integrität, sondern die **Willensfreiheit**, das autonome Selbstbestimmungsrecht.<sup>509</sup> Der Gesetzgeber hat sich mit der Regelung des § 110 StGB für die Patientenselbstbestimmung entschieden und räumt der ärztlichen Fürsorgepflicht eine dem Selbstbestimmungsrecht untergeordnete Rolle ein.<sup>510</sup> Das Selbstbestimmungsrecht wird durch diese Bestimmung jedoch nicht umfassend geschützt,<sup>511</sup> sondern lediglich hinsichtlich medizinischer Behandlungen.<sup>512</sup> Medizinisch indiziert ist jede Maßnahme, die im Rahmen des medizinisch Vertretbaren liegt, der Begriff wird weit ausgelegt. Dabei gelten auch Behandlungen, die nicht akut notwendig, aber mit großer Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft erforderlich sein werden, als medizinisch indiziert.<sup>513</sup> Auch ein entgegen einer Patientenverfügung vorgenommener Eingriff stellt eine Eigenmächtige Heilbehandlung dar.<sup>514</sup> An die Einwilligung werden die bereits dargelegten Anforderungen gestellt.<sup>515</sup> Wesentlich ist, dass die Einwilligung eingeholt werden könnte.<sup>516</sup> Willigt der Patient demnach ausdrücklich in eine Behandlung und damit in einen Eingriff in seine körperliche Unversehrtheit ein, so kann nicht mehr von einer Verletzung von Leib und Leben durch den Arzt gesprochen werden und seine Strafbarkeit entfällt. Nur bei **Gefahr im Verzug** kann der Arzt einen Eingriff auch **ohne Einwilligung** vornehmen.<sup>517</sup> Bei § 110 Abs 2 StGB handelt es sich um eine Mischung aus rechtfertigendem Notstand und mutmaßlicher Einwilligung.<sup>518</sup> Dabei ist die Regelung sehr eng gehalten: Nur wenn mit dem Aufschub der Behandlung, der durch die Einholung der Einwilligung des Patienten bedingt ist, eine ernstliche Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit des Betroffenen verbunden wäre, ist der Tatbestand des Abs 2 erfüllt. Ist dem Arzt jedoch ein gegenteiliger Wille des Patienten bekannt, so darf er selbst bei Gefahr in Verzug eine gebotene Behandlung nicht vornehmen. Auch dann nicht, wenn das Unterlassen der Behandlung den Tod des Betroffenen zur Folge hat.<sup>519</sup> Nimmt er nur

---

<sup>508</sup> Vgl insb § 11 Abs 3 MTD sowie außerdem § 4 Abs 1 GuKG oder § 5 Abs 1 KTG.

<sup>509</sup> *Malecky*, ÖJZ 1994, 681; *Bruckmüller/Schumann* in *Roxin/Schroth*, 820.

<sup>510</sup> *Kopetzki*, iFamZ 2007, 198; *Schütz* in *Höpfel/Ratz*, § 90 Rz 17 (Stand 1.5.2016, rdb.at).

<sup>511</sup> Vgl hiezu S 175.

<sup>512</sup> *Soyer/Schumann* in *Höpfel/Ratz*, § 110 Rz 2 (Stand 1.8.2016, rdb.at).

<sup>513</sup> *Soyer/Schumann* in *Höpfel/Ratz*, § 110 Rz 8 (Stand 1.8.2016, rdb.at).

<sup>514</sup> Vgl hiezu S 162ff.

<sup>515</sup> Zu den Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligungserklärung vgl S 17ff sowie S 82ff.

<sup>516</sup> *Schroth* in *Roxin/Schroth*, 23.

<sup>517</sup> Vgl hiezu S 79ff sowie S 89ff.

<sup>518</sup> *Soyer/Schumann* in *Höpfel/Ratz*, § 110 Rz 3 (Stand 1.8.2016, rdb.at).

<sup>519</sup> *Soyer/Schumann* in *Höpfel/Ratz*, § 110 Rz 32 (Stand 1.8.2016, rdb.at).

fahrlässig eine Gefahr an und handelt deshalb gem Abs 2, so bleibt die Strafbarkeit des Arztes im Rahmen des Fahrlässigkeit aufrecht.<sup>520</sup> Auch wenn der Patient eine konkrete Behandlung verweigert, darf diese nicht durch den Arzt vorgenommen werden. Er macht sich auch in einem solchen Fall nach § 110 StGB strafbar. Mit der ausdrücklichen Behandlungsverweigerung entfällt die Behandlungspflicht des Arztes und seine damit verbundene Garantenstellung. Er kann demnach bei Unterlassenen der gebotenen Behandlung nicht mehr nach §§ 2 iVm 75 StGB strafrechtlich verfolgt werden.<sup>521</sup>

Nach § 110 StGB haftet der Arzt auch, wenn der **Patient einwilligungsunfähig** ist. In diesem Fall hat er die Zustimmung von dessen Vertreter einzuholen. Außerdem liegt eine eigenmächtige Heilbehandlung auch vor, wenn zwar an und für sich in die Behandlung eingewilligt wurde, dieser Zustimmung aber keine wirksame Aufklärung vorangegangen ist. Man spricht dann von einer **rechtsunwirksamen Einwilligung**,<sup>522</sup> es sein denn es liegt ein Fall des § 110 Abs 2 StGB vor.

Bei § 110 StGB handelt es sich um ein **Privatanklagedelikt**, das nur auf Verlangen des Behandelten verfolgt wird. Darüber hinaus handelt es sich um ein Vorsatzdelikt, bei dem zumindest dolus eventualis erforderlich ist. Der behandelnde Arzt muss also ernstlich für möglich halten und sich damit abfinden, dass keine oder eine unwirksame Einwilligung vorliegt.<sup>523</sup> Das wird wohl regelmäßig nicht der Fall sein. Darüber hinaus ist mit der Tatsache, dass es sich bei § 110 StGB um ein Privatanklagedelikt handelt auch das Prozesskostenrisiko verbunden, das der Betroffene in vielen Fällen wohl nicht gewillt sein wird, auf sich zu nehmen. In Österreich hat dieses Delikt in der Praxis aus diesen Gründen nur sehr geringe Bedeutung.<sup>524</sup>

**Medizinisch nicht indizierte** Behandlungen sind hingegen nur nach §§ 83 ff StGB strafbar, nicht jedoch nach § 110 StGB.<sup>525</sup> Darunter fallen vor allem Eingriffe, die nicht als Heileingriffe zu werten sind, wie unter anderem kosmetische Operationen oder Organspenden.<sup>526</sup> Hier fehlt es regelmäßig an der medizinischen Indikation. Eine Einwilligung ist in diesem Fall als Rechtfertigungsgrund zu qualifizieren. Die

---

<sup>520</sup> Malecky, ÖJZ 1994, 682; Soyer/Schumann in Höpfel/Ratz, § 110 Rz 3 (Stand 1.8.2016, rdb.at).

<sup>521</sup> OGH 7.7.2008, 6 Ob 286/07p RdM 2008, 149.

<sup>522</sup> Schroth in Roxin/Schroth, 23.

<sup>523</sup> Soyer/Schumann in Höpfel/Ratz, § 110 Rz 30 (Stand 1.8.2016, rdb.at).

<sup>524</sup> Pesendorfer in Barth/Ganner (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts<sup>2</sup>, 2010, 385; Ozegovic/Kröll, JMG 2017, 232.

<sup>525</sup> Soyer/Schumann in Höpfel/Ratz, § 110 Rz 37 (Stand 1.8.2016, rdb.at).

<sup>526</sup> Burgstaller/Fabrizy in Höpfel/Ratz, § 83 Rz 32 (Stand 5.1.2018, rdb.at).

Heilbehandlung ist danach im Rahmen des § 90 StGB nicht rechtswidrig. § 90 StGB ist somit als rechtliche Antwort auf die in § 110 StGB angesprochene Einwilligung anzusehen.<sup>527</sup> Damit ist ein Eingriff aber selbst dann gerechtfertigt, wenn der erhoffte Erfolg ausbleibt. Ein Arzt schuldet eben niemals einen konkreten Erfolg, da gerade bei medizinischen Eingriffen immer unvorhergesehene Komplikationen oder Reaktionen auftreten können.<sup>528</sup> Kunstfehler und Eingriffe, die der Arzt vornimmt ohne sie mit dem Patienten besprochen zu haben,<sup>529</sup> sind durch die Einwilligungserklärung aber selbstverständlich nicht gerechtfertigt.<sup>530</sup> Das Selbstbestimmungsrecht wird durch die mögliche Einwilligung des Patienten höher bewertet als der Schutz vor Eingriffen in die körperliche Integrität.<sup>531</sup> § 90 enthält überdies ein Sittenwidrigkeitskorrektiv. Eine Behandlung ist demnach nur dann durch die Einwilligung legitimiert, wenn sie nicht gegen die guten Sitten verstößt.<sup>532</sup>

## 15.2. Heilbehandlung im Zivilrecht

Allen medizinischen Behandlungen ist gemeinsam, dass sie nicht ohne Einwilligung des Patienten vorgenommen werden dürfen. Sowohl im Straf-, als auch im allgemeinen Zivilrecht und auch in einigen verwaltungsrechtlichen Sondervorschriften gibt es hierfür Normen, die ein solches Verhalten ahnden.<sup>533</sup> Eine Strafbarkeit nach §§ 83 ff StGB bzw § 110 StGB wurde bereits erläutert. Aber auch im Zivilrecht stellt jede vorgenommene medizinische Maßnahme einen Eingriff in das absolut geschützte Rechtsgut Leib und Leben dar und bedarf daher einer Einwilligung.<sup>534</sup> Während also im Bereich des Strafrechts in einem solchen Fall die Delikte der Körperverletzung verwirklicht werden, handelt der Arzt auf zivilrechtlicher Seite jedenfalls rechtswidrig. Bei einer schuldhaften Verletzung des Persönlichkeitsrechts haftet der behandelnde Arzt demnach nach allgemeinem Schadenersatzrecht iSd §§ 1295, 1325. Er hat gegen eine seiner Vertragspflichten aus dem Behandlungsvertrag verstoßen. Dabei kann jede Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Integrität, die nicht ganz unerheblich ist,

---

<sup>527</sup> *Loebenstein*, Die strafrechtliche Haftung des Arztes bei operativen Eingriffen, ÖJZ 1978, 311.

<sup>528</sup> Vgl zur Klassifikation des Behandlungsvertrags als freien Dienstvertrag und nicht als Werkvertrag bereits S 48.

<sup>529</sup> Außer wiederum bei Gefahr-im-Verzug.

<sup>530</sup> *Kuhlmann*, Einwilligung, 11.

<sup>531</sup> *Schütz* in *Höpfel/Ratz*, § 90 Rz 17 (Stand 1.5.2016, rdb.at); *Kopetzki*, iFamZ 2007, 198.

<sup>532</sup> Vgl hierzu S 85f.

<sup>533</sup> *Barth*, ÖJZ 2000, 58; *Ozegovic/Kröll*, JMG 2017, 230.

<sup>534</sup> Insb §§ 173, 283 ABGB idgF.

als Körperverletzung iSd § 1325 angesehen werden. Dieser Begriff wird im Zivilrecht sehr weit verstanden.<sup>535</sup> Das Verschulden liegt dabei in einer unzureichenden oder fehlenden Aufklärung und daraus folgend einer unwirksamen Einwilligungserklärung, die den Eingriff somit rechtswidrig macht.<sup>536</sup> Der Schadenersatzanspruch kann mit der Verletzung eines Schutzgesetzes, insb § 110 Abs 2 StGB und § 8 Abs 3 KAKuG, begründet werden.

Grundsätzlich gilt im allgemeinen Zivilrecht eine Heilbehandlung dann als Körperverletzung, wenn sie entweder fehlschlägt oder zwar erfolgreich ist, aber mit negativen Nebenwirkungen verbunden ist. Eine solch strenge Interpretation würde aber dazu führen, dass selbst jede Verabreichung einer Kopfwehtablette als Körperverletzung zu qualifizieren wäre, wenn der Patient im Zuge dessen – was nicht selten vorkommt – über Übelkeit, Magenbeschwerden oder andere geringe Nebenwirkungen klagt.<sup>537</sup> Auch ist eine solche Ansicht nicht mit dem Grundgedanken des ärztlichen Tätigwerdens vereinbar, das grundsätzlich auf die Heilung eines Zustandes und nicht eine schädigende Verletzung gerichtet ist. Eine solch strenge Auslegung wäre demnach praxisfern. Es sollte daher eine gewisse Erheblichkeit erreicht werden, um von einer Körperverletzung sprechen zu können. Auch nach *Stormann* ist ein ohne Einwilligung erfolgter Eingriff nicht als Körperverletzung zu qualifizieren, sondern stellt eine Verletzung der Autonomie des Patienten dar.<sup>538</sup> Er ist eine Verletzung der Freiheit der Willensbildung des Einzelnen, die gegen das in Art 8 EMRK normierte Grundrecht auf Selbstbestimmung verstößt.<sup>539</sup>

Lediglich in Notfallsituationen, in denen die Einholung einer Zustimmungserklärung zu viel Zeit kosten würde und mit einer Gefährdung des Lebens bzw der Gesundheit des Betroffenen verbunden wäre, ist eine medizinische Maßnahme ohne Einwilligung erlaubt. Für den Bereich des Strafrechts wurde dies bereits erläutert. Im allgemeinen Zivilrecht ist eine solche Vorgangsweise mangels ausdrücklicher gesetzlicher Normierung durch das Institut der **Geschäftsführung ohne Auftrag** gerechtfertigt. Allein bei Minderjährigen

---

<sup>535</sup> *Hinteregger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 1325 Rz 2 (Stand 1.4.2018, rdb.at); *Ozegovic/Kröll*, JMG 2017, 232.

<sup>536</sup> *Koziol*, JBl 2016, 630. In der anwaltlichen Praxis lässt sich heute häufig der Versuch erkennen, den Schadenersatzanspruch des Patienten – wenn ein Behandlungsfehler auf Seiten des Arztes nicht nachweisbar ist – über eine fehlerhafte bzw unzureichende Aufklärung des Arztes geltend zu machen. Aufgrund der Beweislastumkehr (der Arzt ist hinsichtlich der ordnungsgemäß erbrachten Aufklärung sowie des rechtmäßigen Alternativverhaltens des Patienten beweispflichtig) ist diese Vorgehensweise immer öfter von Erfolg gekrönt. *Ozegovic/Kröll*, JMG 2017, 230, 235f.

<sup>537</sup> *Stormann*, in FS Hopf (2007) 207.

<sup>538</sup> *Stormann*, in FS Hopf (2007) 208.

<sup>539</sup> *Barth*, ÖJZ 2000, 58; *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 16 Rz 21 (Stand 1.7.2015, rdb.at). Vgl hiezu S 175 sowie S 181.

bzw deren Vertretern findet sich in § 173 Abs 3 sowie bei Besachwalteten und deren Vertreter in § 283 Abs 3 eine Gefahr-im-Verzug-Regel.<sup>540</sup> § 8 Abs 3 KAKuG regelt eine eigenmächtige Heilbehandlung in dringenden Fällen nach dem Vorbild des § 110 Abs 2 StGB für den Betrieb in Krankenanstalten.

---

<sup>540</sup> *Jesser-Huß* in *Resch/Wallner*, Kap IV Rz 63.

## 16. Heilbehandlung

### 16.1. Heilbehandlung nach dem ÄrzteG<sup>541</sup>

Da man nach wie vor vergeblich nach einer Legaldefinition der Heilbehandlung sucht, die erläutert, was unter diesem Begriff zu verstehen ist und welche Eingriffe genau darunter fallen, wird oft § 2 ÄrzteG als Orientierung herangezogen, der die Tätigkeiten eines Arztes in Ausübung seines Berufes definiert.<sup>542</sup> Abs 2 enthält eine demonstrative Aufzählung, bei welchen Handlungen es sich um ärztliche Tätigkeiten handelt.<sup>543</sup>

Dort heißt es:

*„(2) Die Ausübung des ärztlichen Berufes umfaßt jede auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen begründete Tätigkeit, die unmittelbar am Menschen oder mittelbar für den Menschen ausgeführt wird, insb*

- 1. die Untersuchung auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen von körperlichen und psychischen Krankheiten oder Störungen, von Behinderungen oder Mißbildungen und Anomalien, die krankhafter Natur sind;*
- 2. die Beurteilung von in Z 1 angeführten Zuständen bei Verwendung medizinisch-diagnostischer Hilfsmittel;*
- 3. die Behandlung solcher Zustände (Z 1);*
- 4. die Vornahme operativer Eingriffe einschließlich der Entnahme oder Infusion von Blut;*
- 5. die Vorbeugung von Erkrankungen;*
- 6. die Geburtshilfe sowie die Anwendung von Maßnahmen der medizinischen Fortpflanzungshilfe;*
- 7. die Verordnung von Heilmitteln, Heilbehelfen und medizinisch diagnostischen Hilfsmitteln;*
- 8. die Vornahme von Leichenöffnungen.“*

Auch das ÄrzteG in seiner ursprünglichen Form<sup>544</sup> hat die ärztlichen Tätigkeiten bereits so definiert. Lediglich der operative, chirurgische Eingriff in Z 4 wurde erst durch die

---

<sup>541</sup> Vgl Bundesgesetz über die Ausübung des ärztlichen Berufes und die Standesvertretung der Ärzte (Ärztegesetz 1998 – ÄrzteG 1998), BGBl I 1998/169 idF I 2017/26.

<sup>542</sup> *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 75.

<sup>543</sup> *Fleisch*, Der chirurgische Eingriff aus der Sicht des Juristen, ÖJZ 1965, 421.

<sup>544</sup> Vgl BG vom 30. März 1949 über die Ausübung des ärztlichen Berufes und die Standesvertretung der Ärzte (Ärztegesetz) idF BGBl I 1949/92.

Nov BGBl 1974/460 in den Katalog der ärztlichen Tätigkeiten aufgenommen. Darüberhinaus wurden die Tätigkeiten in ihrer Aufzählung im Laufe der Zeit präzisiert oder erweitert, der Kern der Bestimmung blieb aber bis heute erhalten. Von dieser Norm wird in weiterer Folge der Begriff der medizinischen Heilbehandlung abgeleitet. Eine Heilbehandlung umfasst daher alle ärztlichen Tätigkeiten, die – basierend auf **medizinischen wissenschaftlichen Erkenntnissen** – die Wiederherstellung der Gesundheit oder die Vorbeugung der Erkrankung eines Menschen verfolgen.<sup>545</sup> Auch das Feststellen einer Krankheit, eines Gebrechens oder sonstiger gesundheitlicher Beschwerden und deren Linderung wird als medizinische Heilbehandlung klassifiziert.<sup>546</sup> Wesentlich ist, dass die Tätigkeit entweder unmittelbar am Menschen ausgeführt wird, oder zumindest mittelbar für den Menschen.<sup>547</sup> Eingriffe, die nicht dem Betroffenen selbst dienen, sondern einen **fremdnützigen Zweck** verfolgen, sind keine Heilbehandlungen.<sup>548</sup> Organspenden sind grundsätzlich Körperverletzungen, die nur durch die Zustimmung des Organspenders gerechtfertigt und somit straflos gestellt werden können.<sup>549</sup> Mittelbare Heilbehandlungen sind insb Tätigkeiten von Personen, die Befunde ausstellen, ohne den Patienten selbst gesehen zu haben, wie beispielsweise die Auswertung von Proben bestimmter Körperflüssigkeiten oder von Gewebe.<sup>550</sup> Wesentlich ist, dass der behandelnde Arzt „im Interesse der Gesunderhaltung, Verhütung, Besserung oder Heilung von Menschen unmittelbar oder mittelbar tätig ist“.<sup>551</sup> Ziel der ärztlichen Heilbehandlung kann es nicht nur sein, **körperliche Leiden** und Krankheiten zu heilen, sondern auch den Patienten von **seelischem Leid** zu befreien. Es fallen demnach neben invasiven Eingriffen, wie Transplantationen und sonstigen operativen Untersuchungen, auch medikamentöse, radiologische und psychische Behandlungen unter den Begriff der ärztlichen Heilbehandlung.<sup>552</sup> Ein Eingriff in die körperliche Integrität muss mit einer Heilbehandlung nicht zwingend verbunden sein.<sup>553</sup> Wesentlich ist hierbei, dass sie medizinisch indiziert und dem objektiven Stand der Wissenschaft entsprechend vorgenommen werden.<sup>554</sup> Von einer **medizinischen Indikation**<sup>555</sup> kann dann gesprochen

---

<sup>545</sup> Vgl § 2 Abs 2 ÄrzteG idgF.

<sup>546</sup> Stormann, in FS Hopf (2007) 227.

<sup>547</sup> Loebenstein, Die strafrechtliche Haftung des Arztes bei operativen Eingriffen, ÖJZ 1978, 309.

<sup>548</sup> Kopetzki, Unterbringungsrecht II, 789f.

<sup>549</sup> Emberger/Wallner, Ärztegesetz mit Kommentar<sup>2</sup>, 2008, 14; Burgstaller/Fabrizy in Höpfel/Ratz, § 83 Rz 32(Stand 5.1.2018, rdb.at).

<sup>550</sup> RV 362 BlgNR 10. GP 26.

<sup>551</sup> RV 362 BlgNR 10. GP 26.

<sup>552</sup> Kletečka-Pulker in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Kap I.3. (Stand 1.3.2017, rdb.at).

<sup>553</sup> Kletečka-Pulker in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Kap I.1.1.2. (Stand 1.4.2016, rdb.at).

<sup>554</sup> Burgstaller/Fabrizy in Höpfel/Ratz, § 83 Rz 31 (Stand 1.8.2016, rdb.at).

werden, wenn nach allgemeiner Erfahrung damit gerechnet werden kann, dass eine Heilung oder zumindest Linderung des Leidenszustandes zu erwarten ist.<sup>556</sup> Darüber hinaus kann ein invasiver Eingriff in Form einer Schönheitsoperation zur Beseitigung seelischen Leids dann erforderlich sein, wenn der psychische Zustand des Betroffenen bereits Krankheitswert aufweist. Die medizinische Indikation wird in diesem Fall mit dem emotionalen Befinden des Patienten begründet.<sup>557</sup>

Auch prophylaktische Behandlungen, wie beispielsweise Impfungen, also Behandlungen, die zum jetzigen Zeitpunkt – zumindest noch – nicht erforderlich sind, können unter den Begriff der medizinischen Behandlung fallen. Dies vor allem dann, wenn akute Gefahren, insb durch Seuchen, bestehen. Eine Impfung stellt in diesem Fall häufig das einzig erfolgsversprechende Mittel zur Gefahrenbekämpfung dar.<sup>558</sup>

Eine weitere Grenze ist dort zu ziehen, wo eine Behandlung aus religiösen Gründen vorgenommen wird. Solche Riten und religiösen Eingriffe sind nicht unter den Begriff der medizinischen Heilbehandlung zu subsumieren, sie finden ihre rechtliche Grundlage in aller Regel im Grundrecht auf freie Religionsausübung gem Art 9 EMRK.<sup>559</sup> Freilich kann eine Behandlung aber sowohl religiös als auch medizinisch motiviert sein.

Medizinische Behandlungen umfassen nach *Stormann*<sup>560</sup> nicht bloß jene, die von Ärzten vorgenommen werden, sondern es fallen unter diesen Begriff auch Selbstbehandlungen und Behandlungen, die durch Freunde oder Angehörige vorgenommen werden. Eine solche Interpretation ginge mE zu weit, da wesentliches Element einer medizinischen Behandlung immer sein sollte, dass diese von einer Person ausgeführt wird, die auch über das hiezu erforderliche Fachwissen verfügt. Unstrittig ist jedenfalls, dass auch bei Maßnahmen von Angehörigen sonstiger Gesundheitsberufe die Regelungen zur medizinischen Behandlung analog angewendet werden.<sup>561</sup> Bei diesen handelt es sich aber auch um Personen, die über einschlägige Kenntnisse verfügen.

---

<sup>555</sup> S dazu eingehend S 107ff.

<sup>556</sup> *Soyer/Schumann* in *Höpfel/Ratz*, § 110 Rz 8 (Stand 1.8.2016, rdb.at).

<sup>557</sup> *Stormann*, in FS Hopf (2007) 228.

<sup>558</sup> *Stormann*, in FS Hopf (2007) 227f.

<sup>559</sup> Vgl dazu S 182. *Stormann*, in FS Hopf (2007) 206.

<sup>560</sup> *Stormann*, in FS Hopf (2007) 207.

<sup>561</sup> Vgl ErläutRV 1420 BlgNR 22.GP 19 zur analogen Anwendung des § 283. Vgl außerdem S 142ff.

## 16.2. Heilbehandlung nach dem UbG<sup>562</sup>

Das UbG enthält zwar ebenfalls keine Legaldefinition der Heilbehandlung, jedoch wird in den §§ 35 – 37 UbG mehrfach eine solche zugrunde gelegt. Der OGH folgt in seiner stRsp<sup>563</sup> der Definition *Kopetzki*, wonach darunter sowohl **therapeutische, als auch diagnostische und physikalische Maßnahmen** fallen, sofern sie **medizinisch indiziert** sind.<sup>564</sup> Die Ausführungen zur Heilbehandlung nach UbG können demnach für das allgemeine Verständnis einer Heilbehandlung weitgehend herangezogen werden.

Um danach von einer ärztlichen Heilbehandlung sprechen zu können, ist es wesentlich, dass sie auf „fachspezifischen medizinisch-wissenschaftlichen Regeln und Methoden“<sup>565</sup> beruht. Eine Anordnung zu einer besseren, gesünderen Lebensführung oder einer Diät stellt mangels fachspezifischer medizinisch-wissenschaftlicher Regeln keine Heilbehandlung dar, auch wenn sie an und für sich eine therapeutische Maßnahme ist.<sup>566</sup>

Gemäß § 35 UbG darf ein Patient nur nach den **Grundsätzen und anerkannten Methoden der medizinischen Wissenschaft** behandelt werden. Auch diese Prämisse gilt für alle ärztlichen Heilbehandlungen schlechthin. Darunter ist zu verstehen, dass eine Behandlung stets auf wissenschaftlich begründeten medizinischen Behandlungsweisen beruhen muss und diese Behandlungsweisen andererseits anerkannt sein müssen. Die Beurteilung hiervon obliegt dem behandelnden Arzt selbst, jedoch ging der Gesetzgeber von anerkannten Methoden aus, wenn die konkrete Behandlungsmethode „sowohl in der Fachwissenschaft des Inlandes oder Auslandes als klinisch erprobte und erfolgversprechende Behandlungsmethode anerkannt“<sup>567</sup> ist. Stehen mehrere mögliche Methoden gleichwertig nebeneinander, so ist es wiederum dem behandelnden Arzt selbst vorbehalten, für welche er sich entscheidet.<sup>568</sup> Er hat sich hierbei am Wohl des Patienten sowie im Sinne der Verhältnismäßigkeit und an seinen persönlichen Fähigkeiten bzw Fertigkeiten zu orientieren.<sup>569</sup>

---

<sup>562</sup> Bundesgesetz vom 1. März 1990 über die Unterbringung psychisch Kranker in Krankenanstalten (Unterbringungsgesetz – UbG) BGBl 1990/155 idF BGBl I 2017/131.

<sup>563</sup> OGH 14.8.1996, 6 Ob 2117/96h.

<sup>564</sup> OGH 14.8.1996, 6 Ob 2117/96h; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 789f.

<sup>565</sup> *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 790.

<sup>566</sup> *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 790.

<sup>567</sup> Bericht und Antrag 164 BlgNR 8. GP 7; vgl außerdem 1202 BlgNR 17. GP 11 mit Verweis auf 164 BlgNR 8. GP.

<sup>568</sup> Bericht und Antrag 164 BlgNR 8. GP 6f.

<sup>569</sup> *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 794.

### 16.3. Einfache vs besondere Heilbehandlung

§ 35 UbG enthält außerdem eine Unterscheidung zwischen „**einfacher**“ und „**besonderer**“ **Heilbehandlung**, wobei eine solche Differenzierung jeweils im Einzelfall zu erfolgen hat.<sup>570</sup> Eine Abgrenzung mag nicht immer einfach und klar zu ziehen sein, jedoch wurde während des Gesetzgebungsprozesses im Bericht des JA festgehalten, dass in solchen Fällen auf den **telos** des Gesetzes geachtet werden soll, welcher im Schutz des Persönlichkeitsrechts des Betroffenen liegt.<sup>571</sup> Besondere Heilbehandlungen sind nach diesem Gesetz jedenfalls all jene Eingriffe, die geeignet sind, die psychische und/oder physische Verfassung des Betroffenen zu beeinträchtigen.<sup>572</sup> Ein lediglich als unangenehm empfundener Eingriff reicht nicht schon aus, um als „besondere“ Heilbehandlung klassifiziert zu werden.<sup>573</sup> Auch nach dem UbG ist bei besonderen Heilbehandlungen neben der Zustimmung des zuständigen Sachwalters auch die Einwilligung des Pflschaftsgerichts einzuholen.<sup>574</sup>

Die **besondere Heilbehandlung** verfolgt zwar das selbe Ziel wie eine „einfache“ Heilbehandlung, ist jedoch regelmäßig mit schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden.<sup>575</sup> Die Mat zum SWRÄG 2006 nennen hier Behandlungen, die mit einem überdurchschnittlichen Risiko oder erheblichen Nebenwirkungen oder Schmerzen verbunden sind, insb größere operative Eingriffe, Maßnahmen, die lebenswichtige Organe betreffen, Amputationen, risikobehaftete diagnostische Maßnahmen, Chemo- und Strahlentherapien.<sup>576</sup> Darüber hinaus werden unter Behandlungen, welche die Persönlichkeit betreffen, vor allem die Verabreichung von Psychopharmaka oder anderen schweren Medikamenten verstanden, insb solche, die Hemmungen der geistigen bzw intellektuellen Reifung oder Depressionen zur Folge haben können Außerdem fallen darunter all jene Stoffe, die zu einer Abhängigkeit führen mögen. Beeinträchtigungen, die auf atypische oder seltene Risiken zurückzuführen sind, fallen jedenfalls nicht unter diesen Tatbestand.

---

<sup>570</sup> Auch § 283 Abs 2 enthält eine Bestimmung, die eine Differenzierung hinsichtlich einer „medizinischen Behandlung, die gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden ist“ vornimmt.

<sup>571</sup> 1202 BlgNR 17. GP 11.

<sup>572</sup> OGH 14.8.1996, 6 Ob 2117/96h; RIS-Justiz RS0076093.

<sup>573</sup> OGH 14.8.1996, 6 Ob 2117/96h.

<sup>574</sup> *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 841, 845. Vgl dazu § 283 Abs 2 idF BGBl I 2016/43.

<sup>575</sup> *Engel in Resch/Wallner (Hrsg)*, Kap VI. Rz 106.

<sup>576</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 20.

## 17. Indikation

Grundsätzlich gilt nur eine indizierte Behandlung als Heilbehandlung. In diesem Zusammenhang wird der Begriff heute relativ weit ausgelegt und man versteht darunter jede Behandlung, die **medizinisch vertretbar** ist.<sup>577</sup> Dabei steht außer Frage, dass all jene Maßnahmen, die den aktuellen medizinischen Erkenntnissen entsprechend zur Heilung oder Linderung des Gesundheitszustandes erforderlich sind, jedenfalls als medizinisch indiziert gelten. Daneben können aber auch Behandlungen, die erst in der Zukunft erforderlich sein werden, indiziert sein.<sup>578</sup> Das ärztliche Aufklärungsgespräch hat über jede indizierte Maßnahme zu erfolgen. Tatsächlich ist es aber heute so, dass die Indikation einer Behandlung häufig als Anhaltspunkt für den Umfang des Aufklärungsgesprächs herangezogen wird. Dass sie einen eigenen Legitimationsgrund für die Vornahme einer Behandlung darstellt, wird oft verkannt.<sup>579</sup>

Die Stellung der Indikation erfolgt aufgrund einer Wertung, der kein empirisch nachvollziehbares Urteil zugrunde liegt.<sup>580</sup> Ob eine konkrete Maßnahme geeignet ist, das gewünschte **Therapieziel** zu erreichen, obliegt der Beurteilung des behandelnden Arztes.<sup>581</sup> Dabei werden die Vor- und Nachteile einer medizinischen Behandlung abgewogen und bewertet. Auch der Gesundheitszustand des Patienten fließt in die Bewertung mit ein. Die jeweilige Behandlung hat wirksam und verhältnismäßig zu sein. Verhältnismäßig ist sie jedenfalls, wenn sie geeignet ist, das gewünschte Ziel zu erreichen und zu diesem Zweck auch notwendig ist.<sup>582</sup> Die indizierte Behandlung stellt das gelindeste Mittel dar, insb unter Beachtung der mit dem Eingriff verbundenen Folgen und Nebenwirkungen. Die Bewertung richtet sich auch an dem Willen des Patienten aus, da es sich um ein subjektives Urteil handelt. Die persönliche Auffassung von Lebensqualität kann in diesem Zusammenhang von Relevanz sein. Für den Fall, dass das Behandlungsziel und die damit verbundene(n) mögliche(n) Behandlung(en) eindeutig sind, hat der behandelnde Arzt in einem ersten Schritt den Patienten im Aufklärungsgespräch darüber zu informieren und danach dessen Willen zu erfragen. Stehen mehrere

---

<sup>577</sup> *Soyer/Schumann* in *Höpfel/Ratz*, § 110 Rz 8 (Stand 1.8.2016, rdb.at).

<sup>578</sup> *Soyer/Schumann* in *Höpfel/Ratz*, § 110 Rz 8 (Stand 1.8.2016, rdb.at).

<sup>579</sup> *Hunstorfer/Wallner*, Die Indikation Medizinethische und rechtsethische Aspekte, *Der Onkologe* 2016, 816-823 (816); *Lipp*, *MedR* (2015) 33, 762.

<sup>580</sup> *Hunstorfer/Wallner*, *Der Onkologe* 2016, 818.

<sup>581</sup> *Lipp*, *MedR* (2015) 33; 763.

<sup>582</sup> *Wallner*, Die Indikation: Welche rechtsethische Rolle spielt sie in der klinischen Entscheidungsfindung?, *RdM* 2017, 101 (104).

Behandlungsmöglichkeiten zur Debatte oder ist nicht ein klares Therapieziel offensichtlich, so orientiert sich die Indikation der jeweiligen Behandlung am **Willen des Patienten**, den es zuerst festzustellen gilt.<sup>583</sup> Die Indikation richtet sich somit im Wesentlichen nach dem Behandlungsziel, das jeweils für den konkreten Einzelfall zu definieren ist.<sup>584</sup> Dabei kann sich dieses auch im Laufe der Behandlung ändern, etwa aufgrund der gesundheitlichen Verfassung des Patienten, veränderter Ansichten oder neuer medizinischer Erkenntnisse.

Alles in allem lässt sich feststellen, dass die Stellung der Indikation von zahlreichen subjektiv-wertenden Aspekten abhängig ist und daher stets im Einzelfall hinsichtlich des konkreten Patienten zu beurteilen ist.

Auf der anderen Seite ist es schwierig festzustellen, wann eine Behandlung nicht mehr medizinisch indiziert ist. Dann darf sie nämlich grundsätzlich nicht mehr vorgenommen werden.

Zum einen können Behandlungen, die als **wirkungslos** einzustufen sind, medizinisch nicht indiziert sein. Dabei kommt es darauf an, ob die konkrete Maßnahme nach professioneller Beurteilung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit als wirkungslos gilt.<sup>585</sup> Wirkungslosigkeit bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Behandlung für den Patienten keinen Nutzen physiologischer Natur hat.

Daneben kann sich eine Bewertung an der **Sinnhaftigkeit** einer Behandlung orientieren.<sup>586</sup> Ein Arzt ist in der Regel nur zu einem Eingriff verpflichtet, der auch sinnvoll erscheint. Nicht alles, was machbar ist, ist auch immer sinnvoll. Da es sich dabei jedoch um eine subjektive Wertung handelt, der eine empirisch nachvollziehbare Grundlage fehlt, ist eine Beurteilung danach nur schwer einheitlich möglich und würde zu einer Beschränkung der individuellen Selbstbestimmung führen.

Unter aussichtslose, nicht indizierte Behandlungen fallen insb solche von moribunden Patienten, also all jenen Personen, die sich bereits im unaufhaltsamen Sterbeprozess befinden und bei denen weitere Maßnahmen nur dazu führen würden, dass dieser weiter in

---

<sup>583</sup> Wallner, RdM 2017, 102f.

<sup>584</sup> Lipp, MedR (2015) 33; 763f.

<sup>585</sup> Wallner, RdM 2017, 103.

<sup>586</sup> Wallner, RdM 2017, 104.

die Länge gezogen würde.<sup>587</sup> Solche Maßnahmen können weder mit der ärztlichen Berufspflicht noch mit dem Patientenwohl begründet werden und können daher unterlassen werden. Sie sind insoweit wirkungslos, als sie zu keiner Besserung des Gesundheitszustandes führen. Ihre Bealstung ist für den Patienten in der Regel höher als ihr Nutzen, weshalb sie weder ethisch noch medizinisch begründbar sind.<sup>588</sup>

Medizinisch nicht indizierte Behandlungen kann der Arzt ablehnen, selbst wenn sie vom Patienten gewünscht sind.<sup>589</sup> Den Arzt kann demnach in solchen Situationen keine umfassende Pflicht zur Lebenserhaltung treffen.<sup>590</sup> Auch im Sinne einer würdevollen Behandlung wäre in diesem Fall von einer weiteren Behandlung abzusehen, wenn dies dem Wunsch des Patienten entspricht. Es soll ein würdevolles Sterben ermöglicht werden. Gegebenenfalls ist auf palliativmedizinische oder psychologische Maßnahmen zurückzugreifen. Ganz allgemein kann festgehalten werden, dass sich die Verpflichtung des Arztes am Lebensende von einer Heilpflicht hin zu einer Beistands- und Unterstützungspflicht wandelt. Primäres Ziel ist dann die Linderung von Schmerzen und Qualen.<sup>591</sup> Das Wohlbefinden des Patienten soll gefördert werden, ihm soll die letzte Zeit seines Lebens so schön als möglich gestaltet werden. Dabei wird auch hingenommen, dass der Sterbeprozess durch palliative Maßnahmen unweigerlich beschleunigt wird. Dies ist nicht als eine Form der Sterbehilfe zu qualifizieren sondern dient ausschließlich der Realisierung des Patientenwohls. Der Arzt soll dem Patienten beim würdevollen Sterben eine Unterstützung sein.

**Kontraindizierte** Behandlungen sind jedenfalls nicht vorzunehmen. Auch nicht auf ausdrücklichen Wunsch des Patienten.<sup>592</sup>

---

<sup>587</sup> *Kopetzki*, Einleitung und Abbruch der medizinischen Behandlung beim einwilligungsunfähigen Patienten, *iFamZ* 2007, 201; *Kletečka-Pulker* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Kap I.1.11. (Stand April 2016, rdb.at).

<sup>588</sup> *Bioethikkommission*, Sterben in Würde Empfehlungen zur Begleitung und Betreuung von Menschen am Lebensende und damit verbundene Fragestellungen - Stellungnahme der Bioethikkommission, 2015, 30.

<sup>589</sup> *Hunstorfer/Wallner*, *Der Onkologe* 2016, 821.

<sup>590</sup> *Lipp*, *MedR* (2015), 764.

<sup>591</sup> Vgl außerdem Enquete-Kommission zum Thema „Würde am Lebensende“ 491BlgNR 25.GP PK-Nr 277 vom 26.3.2015.

<sup>592</sup> *Lipp*, *MedR* (2015) 33; 763; *Wallner*, *RdM* 2017, 105.

## 18. Lex artis

Damit eine Behandlung rechtmäßig ist bedarf sie neben einer rechtsgültigen Einwilligung, dass sie – mit Ausnahmen<sup>593</sup> – entsprechend den **Regeln der ärztlichen Kunst** durchgeführt wird. Dabei richtet sich der Maßstab der Beurteilung nach den Grundsätzen und anerkannten Methoden der ärztlichen Wissenschaft.<sup>594</sup> Auch Erfahrungen fließen in diese Bewertung mit ein. Der behandelnde Arzt hat über die in seinem Fachgebiet einschlägigen Kenntnisse zu verfügen.<sup>595</sup> Denn der Patient hat Anspruch auf die bestmögliche, sicherste Therapie um das Behandlungsziel zu erreichen.<sup>596</sup> Daneben gelten aber auch andere Methoden als der ärztlichen Kunst entsprechend, solange sie von einem anerkannten Kreis der medizinischen Wissenschaft vertreten werden.<sup>597</sup> Es sollte außerdem bedacht werden, dass sich eine zu strikte Auslegung negativ auf den medizinischen Fortschritt auswirken oder diesen gar hemmen kann. Werden stets nur Behandlungen als zulässig erachtet, die bereits dem anerkannten medizinischen Standard entsprechen, so wird kein Platz für neue Behandlungsmethoden geschaffen. Im Sinne der Fortentwicklung kann es mitunter sogar geboten sein, auf Behandlungsalternativen hinzuweisen, die zwar noch nicht dem anerkannten fachlichen Standard entsprechen, jedoch dennoch als erfolgversprechend anzusehen sind.

Stehen mehrere Behandlungsmethoden zur Auswahl, deren Chancen zum Erreichen des gewünschten Erfolges die gleichen sind, so ist der Patient über alle Optionen aufzuklären und hat letztlich zu entscheiden, welche Behandlung er vorgenommen haben möchte. In einem solchen Fall gelten alle möglichen Methoden als fachgerecht und lege artis.<sup>598</sup>

---

<sup>593</sup> Beachte in diesem Zusammenhang jedoch alternative und komplementäre Heilmethoden, die noch keine dem aktuellen Stand der Wissenschaft entsprechende Maßnahme darstellen. Auch solche Maßnahmen dürfen vorgenommen werden, jedoch hat ihnen ein entsprechend umfangreiches Aufklärungsgespräch vorzuzugehen, in welchem der behandelnde Arzt auf diesen Umstand hinweist.

<sup>594</sup> Eine gesetzliche Normierung findet sich dazu etwa in § 8 Abs 2 KAKuG. § 49 ÄrzteG legt darüber hinaus fest, dass sich Ärzte laufend im Rahmen anerkannter Fortbildungsprogramme fortzubilden haben. Dies soll sicherstellen, dass ihre Kenntnisse am jeweils aktuellen anerkannten Stand der medizinischen Wissenschaft sind.

<sup>595</sup> OGH 30.7.2015, 10 Ob 50/15y.

<sup>596</sup> OGH 29.6.1989, 6 Ob 549/89.

<sup>597</sup> OGH 8 Ob 525,526/88 RZ 1989/101. Im deutschen BGB wurde mit § 630a Abs 2 sogar eine explizite gesetzliche Normierung geschaffen, die den behandelnden Arzt dazu verpflichtet, seine Behandlung entsprechend den allgemein anerkannten fachlichen Standards durchzuführen. Es wird jedoch auch hier („soweit nichts anderes vereinbart ist“) die Möglichkeit einer abweichenden Übereinkunft zwischen Arzt und Patient offengelassen.

<sup>598</sup> Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, KapI.2.4.2.1.1 (Stand 1.3.2017, rdb.at).

Was genau unter die allgemein anerkannten medizinischen Erkenntnisse und Erfahrungen fällt, lässt sich heute **klinischen Praxisleitlinien (sog Clinical Practice Guidelines)** entnehmen. Diese werden in regelmäßigen Abständen veröffentlicht und sind damit für Mediziner nachlesbar. Sie sollen für mehr Sicherheit in der Medizin sorgen, indem sie Hilfestellungen für Ärzte darstellen, wie diese in konkreten Situationen vorzugehen haben. Die Leitlinien werden von den jeweiligen Fachgesellschaften herausgegeben.<sup>599</sup> Dabei ist zu beachten, dass auch diese verschriftlichten Richtlinien jeweils nur zurückliegende, also „vergangene“ Erkenntnisse beinhalten können.<sup>600</sup> Darüber hinaus gibt es auch immer medizinische Sonderfälle, auf die eine normierte Vorgehensweise gerade nicht anwendbar ist. Die Leitlinien sind deshalb als Orientierungshilfe zu sehen und haben keinen bindenden Charakter.<sup>601</sup> In Österreich ist der OSR (Oberster Sanitätsrat), ein unabhängiges Beratungsorgan des Bundesministers für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz, für wissenschaftliche Angelegenheiten, insb für die Beurteilung und Bewertung von Fragen in Bezug auf den „anerkannten Stand der medizinischen Wissenschaft“ zuständig.<sup>602</sup>

---

<sup>599</sup> Kopp/Rahn, Leitlinien in der klinischen Praxis, Bayerisches Ärzteblatt 1-2/2015, 9.

<sup>600</sup> Dörries/Lipp, Medizinische Indikation Ärztliche, ethische und rechtliche Perspektiven, 2015, 99.

<sup>601</sup> Kopp/Rahn, Leitlinien in der klinischen Praxis, Bayerisches Ärzteblatt 1-2/2015, 8.

<sup>602</sup> Vgl § 2 Bundesgesetz über den Obersten Sanitätsrat (OSR-Gesetz) idF BGBl I 2000/70 sowie die Geschäftsordnung des OSR: *Oberster Sanitätsrat im Bundesministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz*, abrufbar unter: [https://www.bmgf.gv.at/home/Ministerium/Oberster\\_Sanitaetsrat/](https://www.bmgf.gv.at/home/Ministerium/Oberster_Sanitaetsrat/).

## 19. Psychische Krankheit/geistige Behinderung

Damit für eine Person ein Sachwalter bestellt werden kann, der für diesen stellvertretend handelt, ist es erforderlich, dass diese Person unter einer psychischen Krankheit oder einer geistigen Behinderung leidet. Da es sich dabei um Rechtsbegriffe handelt, die jedoch einer medizinischen Interpretation bedürfen, sollen diese im Folgenden näher konkretisiert werden.

Ganz allgemein unterscheidet man zwischen **körperlicher** und **geistiger Behinderung**. Dabei ist eine Behinderung keine Krankheit, sondern eine Einschränkung des Einzelnen, die zur Folge hat, dass er dauerhaft nur begrenzt oder gar nicht zu einer selbständigen Lebensführung ohne Unterstützung im Stande und ihm die Teilhabe an der Gesellschaft infolgedessen erschwert ist.<sup>603</sup> Körperliche Behinderungen sind für das Stellvertretungsrecht in der Regel nicht relevant, da nur eine geistige Behinderung oder psychische Krankheit zu einer Vertretung ermächtigt. Denn rein körperliche Behinderungen sind für eine Sachwalterbestellung belanglos.<sup>604</sup> Lediglich, wenn eine körperliche Behinderung mit einer seelischen Störung einhergeht, ist das Vorliegen einer psychischen Krankheit zu prüfen. Eine Vertretung erfolgt dann jedoch aufgrund des psychischen, und nicht des körperlichen Leids. Daneben kann der Betroffene im Rahmen der Privatautonomie selbstverständlich auch bei körperlichen Einschränkungen Vorkehrungen treffen und für Unterstützung sorgen. Die gesetzlichen Regelungen zum Stellvertretungsrecht sind auf diese Konstellationen jedoch nicht anwendbar. Oft ist eine eindeutige Zuordnung, ob eine psychische Krankheit oder eine geistige Behinderung vorliegt, gar nicht möglich.<sup>605</sup> Dabei gibt es Erkrankungen, die typischerweise und überwiegend erst im Alter auftreten. Psychische Krankheiten und geistige Behinderungen können aber auch unabhängig von einem bestimmten Alter auftreten. Man distanziert sich daher davon, das Alter als Ursache für eine Krankheit zu bezeichnen.<sup>606</sup> Behinderungen können entweder von Geburt an bestehen oder erst später entstehen. Nach Sachwalterrecht ist es für die Bestellung eines Sachwalters erforderlich, dass die zu besachwaltende Person unter einer psychischen Krankheit oder einer geistigen Behinderung leidet. Da es keine gesetzliche Legaldefinition für diese beiden Begriffe gibt, muss in diesem Zusammenhang

---

<sup>603</sup> Vgl § 3 BGStG, §1 Einschätzungsverordnung. Vgl eingehend S 117f.

<sup>604</sup> *Barth/Ganner* in *Barth/Ganner*, 41; *Maurer*, Das österreichische Sachwalterrecht in der Praxis<sup>3</sup>, 2007, § 268 Rz 10.

<sup>605</sup> *Illhardt*, Medizinische Ethik, 85.

<sup>606</sup> *Kuhlmann*, Einwilligung, 7.

zu allererst erörtert werden, was darunter zu verstehen ist. Bei der Beurteilung, ob eine psychische Krankheit oder eine geistige Behinderung vorliegt, handelt es sich um eine Rechtsfrage.<sup>607</sup> Für eine Sachwalterbestellung ist das **juristische Verständnis** maßgeblich, wenngleich dafür selbstverständlich von einem **medizinischen Kenntnisstand** ausgegangen werden muss.<sup>608</sup> Es sind die Regeln der medizinischen Wissenschaft, insb allgemeine Erfahrungsgrundsätze, für die Auslegung heranzuziehen.<sup>609</sup> Dennoch darf der medizinische Krankheitsbegriff nicht „unreflektiert übernommen werden“.<sup>610</sup> Dies führt dazu, dass die beiden Begriffe nicht zwingendermaßen mit den medizinischen Definitionen übereinstimmen müssen.<sup>611</sup> Die Ziele und Funktionen in der Medizin decken sich nicht (immer) mit jenen der Juristerei.<sup>612</sup> Die Medizin verfolgt in der Regel therapeutische Ziele, während das Recht versucht, Tatbestandsmerkmale zu schaffen, die eine bestimmte Rechtsfolge nach sich ziehen. Rechtsbegriffe können daher durchaus einen eigenständigen Sinn haben, der vom medizinischen Verständnis abweicht.<sup>613</sup> Im medizinischen Bereich gibt es keine allgemein gültige Definition, was unter einer „Krankheit“ zu verstehen ist. Eine solche ist insoweit auch entbehrlich, da Ärzte grundsätzlich das selbe Verständnis und die selbe Vorstellung von Krankheit teilen, ohne dass es einen „allgemein anerkannten medizinischen Krankheitsbegriff“<sup>614</sup> gibt.<sup>615</sup> Nach juristischem Verständnis könnte man den Krankheitsbegriff etwa als ein Abweichen vom „normalen“ Gesundheitszustand definieren.<sup>616</sup> Dabei kommt es auf den Vergleich mit einem gesunden Menschen an.

---

<sup>607</sup> OGH 3 Ob 552/92 RZ 1994/8; OGH 26.9.1991, 7 Ob 590/91; *Barth/Ganner* in *Barth/Ganner*, 35.

<sup>608</sup> *Kopetzki*, *Unterbringungsrecht* II, 477; *Barth/Ganner* in *Barth/Ganner*, 35.

<sup>609</sup> OGH 3 Ob 552/92 RZ 1994/8; *Maurer*, § 268 Rz 17.

<sup>610</sup> *Kopetzki*, *Unterbringungsrecht* II, 476.

<sup>611</sup> OGH 17.2.2011, 2 Ob 21/11v.

<sup>612</sup> *Kopetzki*, *Unterbringungsrecht* II, 476.

<sup>613</sup> *Kopetzki*, *Zum Begriff der ("besonderen") Heilbehandlung aus juristischer Sicht*, RdM 1997/6, 6; vgl auch JBl 1968, 373 sowie OGH 29.11.1967, 6 Ob 319/67 wonach die Geistesschwäche im Sinne der Psychiatrie nicht mit Geistesschwäche im Sinne des § 1 EntmO (Kaiserliche Verordnung vom 28. Juni 1916 über die Entmündigung (Entmündigungsordnung)) gleichzusetzen sei. Die Begriffe „Geisteskrankheit“ und „Geistesschwäche“ sind nicht als medizinische Begriffe aufzufassen und umfassen nicht jede Geistesstörung ohne Rücksicht auf die medizinische Begriffsbildung. Es ist daher durchaus möglich, eine Geistesstörung anzunehmen, auch wenn Geisteskrankheit oder Geistesschwäche medizinisch nicht einwandfrei feststellbar ist. Die Rspr bezieht sich freilich auf die Rechtslage der EntmO, sie kann jedoch inhaltlich und sinnhaft auf die derzeitige Rechtslage und die Begriffe der „geistigen Behinderungen“ und „psychischen Krankheit“ angewendet werden.

<sup>614</sup> *Kopetzki*, *Unterbringungsrecht* II, 478.

<sup>615</sup> *Kopetzki*, *Unterbringungsrecht* II, 478f.

<sup>616</sup> Die WHO hat in der Präambel ihrer Konstitution eine Definition des Gesundheitsbegriffs festgehalten. Dort heißt es: „*Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity*“ (Preamble to the Constitution of WHO World Health Organization as adopted by the International Health Conference, New York, 19 June - 22 July 1946; signed on 22 July 1946 by the representatives of 61 States). Gesundheit ist demnach ein „Zustand vollkommenen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlbefindens und nicht das bloße Fehlen von Krankheit oder eines Gebrechens.“

Weicht der Gesundheitszustand einer Person von jenem eines vergleichbaren Gesunden ab, so kann vom Vorliegen einer Krankheit ausgegangen werden.<sup>617</sup> Dabei gibt es neben körperlichen auch psychische Krankheiten. Eine Grenze ist nicht immer klar zu ziehen. So gibt es Meinungen, die vom Vorliegen einer Krankheit bereits ausgehen, wenn sich eine Person an einen Arzt wendet oder schlicht wenn eine Behandlung erforderlich ist.<sup>618</sup> Dies würde dazu führen, dass sehr schnell vom Vorliegen einer Krankheit ausgegangen würde. Der Patient, der sich zum Arzt begibt, tut dies ja mit dem Gedanken, von diesem eine Diagnose zu erhalten. Der Arzt hat festzustellen, ob eine Krankheit vorliegt oder eben nicht. Würde man das Vorliegen einer Krankheit bereits mit dem Gang zum Arzt annehmen, würde dies wohl zu einer zu weiten Interpretation des Krankheitsbegriffs führen.

Auf der anderen Seite gibt es Ansichten, die eine Krankheit erst dann annehmen, wenn körperliche Folgen erkennbar sind. Psychische Krankheiten liegen nach dieser Meinung somit erst vor, wenn mit ihr leibliche Folgen einhergehen.<sup>619</sup> Dies kann mitunter schwierig werden, da sich nicht bei jeder psychischen Krankheit auch physische Folgen manifestieren.

Für die Bestellung eines Sachwalters ist sowohl für die geistige Behinderung als auch für die psychische Krankheit wesentlich, dass es sich nicht lediglich um ein körperliches Gebrechen handelt, sondern der Betroffene unter einer **psychischen Beeinträchtigung** leidet, die ihm die selbständige Besorgung seiner Angelegenheiten unmöglich macht. Erst wenn mit der Störung eine Beeinträchtigung der Fähigkeit zur selbstbestimmten Verhaltenssteuerung verbunden ist, sind die Tatbestandsmerkmale, welche aus juristischer Sicht die Bestellung eines Vertreters rechtfertigen, erfüllt.<sup>620</sup> Eine bestimmte medizinische Diagnose, ein sozial auffälliges Verhalten oder ein konkret subjektives Ausmaß des Leidens des Betroffenen sind nicht erforderlich, können aber selbstverständlich einen Indikator für das Vorliegen einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung darstellen.<sup>621</sup> Für beide Krankheitsbilder ist jedenfalls wesentlich, dass eine Schädigung des Gehirns vorliegt.<sup>622</sup> Ganz allgemein wird von der psychischen Krankheit als einem

---

Eine Definition, was unter den Begriff der Krankheit fällt, hat die WHO jedoch bis dato nicht entworfen. Man kann darunter daher einen Zustand verstehen, der ein Abweichen von Gesundheit iSd WHO darstellt.

<sup>617</sup> *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 479.

<sup>618</sup> *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 480.

<sup>619</sup> *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 480. Für die Bestellung eines Sachwalters sind körperliche Beeinträchtigungen jedoch unerheblich.

<sup>620</sup> *Barth/Ganner* in *Barth/Ganner*, 36.

<sup>621</sup> *Barth/Ganner* in *Barth/Ganner*, 36.

<sup>622</sup> *Posselt-Wenzel*, Medizinische Eingriffe, 14.

„eher fortschreitendem Geschehen“ und der geistigen Behinderung als einem „dauernden, statischen Gebrechen“ gesprochen.<sup>623</sup> Welche der beiden Erkrankungen nun tatsächlich vorliegt, ist im Ergebnis nur von sekundärer Bedeutung, da sie die selbe Rechtsfolge nach sich ziehen und beide zu einer Sachwalterbestellung ermächtigen.

### 19.1. Psychische Krankheit

Ganz allgemein kann von einer **psychischen Krankheit** gesprochen werden, wenn es sich um eine Erkrankung handelt, die dem Fachgebiet der Psychiatrie zugeordnet werden kann.<sup>624</sup> Es handelt sich dabei um jene psychischen Zustände, die von der Norm abweichen.<sup>625</sup> Die „psychische Krankheit“ ersetzt den ursprünglich in der EntmO<sup>626</sup> verwendeten Begriff der „Geisteskrankheit“.<sup>627</sup> Da auch im Anwendungsbereich des UbG das Vorliegen einer psychischen Krankheit notwendig ist, kann auf die Kommentierungen dieses Gesetzes zurückgegriffen werden.<sup>628</sup> Psychische Krankheiten sind jedenfalls **seelische Störungen, die Krankheitswert haben**, unter ihnen klassischerweise die Schizophrenie, manisch-depressive Gemütszustände und auch körperlich begründbare Psychosen.<sup>629</sup> Sie werden in drei Gruppen „körperlich begründbare Psychosen“, „endogene Psychosen“ und „Reaktionen, Neurosen und Persönlichkeitsstörungen“ unterteilt.<sup>630</sup> Körperlich begründbare Psychosen sind Störungen, die „durch organische Veränderungen des Gehirns verursacht“<sup>631</sup> werden, also eine körperliche Ursache haben. Die wohl häufigste Erscheinungsform der psychischen Krankheit – genauer: der organischen Psychose – ist die senile und präsenile Demenz.<sup>632</sup> Dabei kommt es zu Störungen des Gedächtnisses, des Denkvermögens, der Sprache und/oder des praktischen Geschicks. Die am weitesten verbreitete Demenzerkrankung ist heute die Alzheimer-Demenz.<sup>633</sup> In die Gruppe der endogenen Psychosen fallen all jene Störungen, die nicht durch eine körperliche Ursache erklärbar sind, wie insb Schizophrenien und affektive oder auch

---

<sup>623</sup> Maurer, § 268 Rz 14.

<sup>624</sup> Schneider/Frister/Olzen, Begutachtung psychischer Störungen, 2015, 200.

<sup>625</sup> Maurer, § 268 Rz 14.

<sup>626</sup> Kaiserliche Verordnung vom 28. Juni 1916 über die Entmündigung (Entmündigungsordnung).

<sup>627</sup> ErläutRV 742 BlgNR 15. GP 17.

<sup>628</sup> Kopetzki, Unterbringungsrecht II, 476ff.

<sup>629</sup> Barth, ÖJZ 2000, 61; Maurer, § 268 Rz 17.

<sup>630</sup> Barth/Ganner in Barth/Ganner, 36ff; Kopetzki, Unterbringungsrecht II, 481f.

<sup>631</sup> Barth/Ganner in Barth/Ganner, 36.

<sup>632</sup> Kopetzki, Unterbringungsrecht II, 491.

<sup>633</sup> Maurer, § 268 Rz 17.

wahnhafte Störungen.<sup>634</sup> Als dritte Gruppe gelten Neurosen, das sind psychisch bedingte Gesundheitsstörungen mit denen Symptome einhergehen, die Ausdruck eines unbewussten seelischen Konflikts sind, reaktive Störungen, wie posttraumatische Belastungsstörungen oder protrahierte Konfliktreaktionen, also all jene Störungen, die meist eng mit seelischen und/oder körperlichen Belastungen zusammenhängen, und schließlich Persönlichkeitsstörungen, das sind extrem ausgeprägte Persönlichkeitsmerkmale, die zu Störungen und Beeinträchtigungen führen.<sup>635</sup> Krankheiten der ersten beiden Gruppen werden im Allgemeinen immer als psychische Krankheit klassifiziert. Störungen der dritten Gruppe können mitunter schwieriger zuordenbar sein, da auch eine beeinträchtigte Fähigkeit zur selbstbestimmten Verhaltenssteuerung erforderlich ist.<sup>636</sup> Die Beurteilung erfolgt daher im Einzelfall und nicht pauschal mit einer konkreten Diagnose.

Eine psychische Krankheit wird häufig durch biologische oder organische Schädigungen verursacht, kann aber auch durch soziale und psychologische Auslöser haben.<sup>637</sup> Ein übermäßiger Alkohol- oder Drogenkonsum, der bereits als Sucht klassifiziert wird, kann Symptome einer psychischen Krankheit aufweisen.<sup>638</sup> Der Konsum – und auch die Sucht – an sich stellt jedoch noch keine psychische Krankheit dar. Es ist erforderlich, dass seelische Schädigungen damit einhergehen, die auf die Sucht zurückzuführen sind und als Folge dessen in die Klassifikation einer psychischen Krankheit fallen.<sup>639</sup> Ein gewohnheitsmäßiger Missbrauch ist – im Gegensatz zur früheren Rechtslage<sup>640</sup> – für eine Sachwalterbestellung nicht ausreichend.<sup>641</sup>

#### 19.1.1. International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD)

Die WHO gibt in regelmäßigen Abständen ein Klassifikationssystem heraus, welches helfen soll, die einzelnen Krankheiten und Syndrome zuzuteilen und zu klassifizieren. Man spricht von der „**International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems**“ (ICD). Die derzeit aktuelle Version ist die ICD-10, welche in Kapitel V die

---

<sup>634</sup> Barth/Ganner in Barth/Ganner, 37.

<sup>635</sup> Barth/Ganner in Barth/Ganner, 37ff.

<sup>636</sup> Barth/Ganner in Barth/Ganner, 40.

<sup>637</sup> Hauser/Stock, ÄsthOpG, 75.

<sup>638</sup> ErläutRV 742 BlgNR 15. GP 18; Schneider/Frister/Olzen, Begutachtung psychischer Störungen, 200; Stabentheiner in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 268 Rz 4 (Stand 1.7.2015, rdb.at).

<sup>639</sup> Barth/Ganner in Barth/Ganner, 43; Kopetzki, Unterbringungsrecht II, 498.

<sup>640</sup> Vgl § 2 der Entmündigungsordnung.

<sup>641</sup> ErläutRV 742 BlgNR 15. GP 18.

psychischen und sonstigen Verhaltensstörungen anführt.<sup>642</sup> Bemerkenswert ist, dass die ICD nicht von Krankheit, sondern von „Störung“ spricht. Die unter diesem Punkt angegebenen Störungen können für das Verständnis einer psychischen Krankheit im Sinne des Sachwalterrechts herangezogen werden. Relevant sind in diesem Zusammenhang somit folgende in Kapitel V angeführte Störungen: verschiedene Formen der Demenz, Persönlichkeits- und Verhaltensstörungen, schwere und schwerste Intelligenzminderungen, Schizophrenie, affektive Störungen wie manische und depressive Episoden sowie bipolare und rezidivierende depressive Störungen, neurotische und bestimmte somatoforme Störungen.<sup>643</sup> Es werden dabei jeweils typische Symptome, Erscheinungsformen, Charakteristika und Besonderheiten der einzelnen Störungen angeführt. In Deutschland bestehen die meisten Betreuungen aufgrund organischer Störungen (hier aufgrund sämtlicher Formen der Demenz), Schizophrenien sowie Intelligenzstörungen.<sup>644</sup> Die Situation wird sich in Österreich wohl ähnlich gestalten. In den USA wird darüber hinaus ein weiteres Klassifikationssystem, das **„Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders“ (DSM)**, aktuell DSM-5, herausgegeben, welches sich eigens auf die Klassifikation psychischer Störungen spezialisiert. Es wird international häufig (zusätzlich) für forschungsrelevante Zwecke verwendet, ist aber im Gegensatz zur ICD-10 für Österreich nicht verbindlich. Es gilt als in diesem Bereich detaillierter und genauer, verzichtet aber ebenfalls auf den Begriff der Krankheit, sondern spricht von Störung. Das DSM-5 definiert eine psychische Störung als „klinisch bedeutsame Störung von Kognition, Emotionsregulation oder Verhalten, die auf einer Dysfunktion von mentalen Prozessen“<sup>645</sup>, insb psychologischen, biologischen oder entwicklungsbedingten Prozessen, beruht.<sup>646</sup>

Der Begriff der „psychischen Krankheit“ lässt sich somit nicht mit einem einzigen typischen Krankheitsbild definieren, sondern es fällt darunter vielmehr eine Vielzahl psychischer Störungen, die einer der drei Gruppen „körperlich begründbare Psychosen“, „endogene Psychosen“ oder „Reaktionen, Neurosen und Persönlichkeitsstörungen“

---

<sup>642</sup> Vgl International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems 10th Revision (ICD-10)-WHO Version for 2016, <http://appwho.int/classifications/icd10/browse/2016/en#/V> (abgerufen am 22.1.2018).

<sup>643</sup> Vgl *Deutsches Institut für Medizinische Dokumentation und Information (DIMDI)*, ICD-10-GM Version 2018, International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems, ICD-10, Kap V F00-F99; <http://www.icd-code.de/icd/code/F00-F99.html> (abgerufen am 22.1.2018).

<sup>644</sup> *Schneider/Frister/Olzen*, Begutachtung psychischer Störungen, 200.

<sup>645</sup> *Jäger*, Aktuelle psychiatrische Diagnostik: Ein Leitfaden für das tägliche Arbeiten mit ICD und DSM, 2015, 39.

<sup>646</sup> Vgl Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fifth Edition, DSM-5, 20.

zuordenbar ist.<sup>647</sup> Wesentlich ist jedenfalls, dass die Störung Krankheitswert hat und den Betroffenen in seiner selbstbestimmten Verhaltenssteuerung beeinträchtigt.<sup>648</sup>

## 19.2. Geistige Behinderung

Da das Behindertenwesen nicht in den Kompetenzbereich des Bundes fällt, gibt es zahlreiche Landesgesetze, die dazu eigene Regelungen enthalten. Da eine Behinderung stets einzelfallbezogen zu beurteilen ist, ist mit einer pauschalen Definition mit Vorsicht umzugehen. Es kann in einem Fall das Vorliegen einer psychischen Beeinträchtigung eine Behinderung darstellen, in einem anderen jedoch nicht. Mit § 3 BGStG<sup>649</sup> wurde ein Begriff der Behinderung eingeführt. Eine Behinderung in diesem Sinne ist „*eine nicht nur vorübergehende körperliche, geistige oder psychische Funktionsbeeinträchtigung oder Beeinträchtigung der Sinnesfunktionen, die geeignet ist, die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft zu erschweren. Als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von mehr als voraussichtlich sechs Monaten.*“ Relevant sind somit die sozialen Auswirkungen. Es wird nicht allein auf medizinische Einschränkungen abgestellt.<sup>650</sup> Dass eine solche Beeinträchtigung länger als sechs Monate vorliegen soll, schafft eine Abgrenzung zur bloßen Krankheit, die nicht dauerhaft ist. Auch die WHO stellt in ihrer Definition der Behinderung auf die **erschweren sozialen Bedingungen** infolge einer solchen ab und nicht auf die rein funktionalen Einschränkungen.<sup>651</sup> Mit der Schaffung der Einschätzungsverordnung<sup>652</sup> im Jahr 2010 wurden in Österreich Parameter eingerichtet, anhand derer das Feststellen einer Behinderung und des Grades einer solchen erleichtert und möglichst präzise erfasst werden sollen. Dabei erfolgt die Beurteilung anhand der aktuellen medizinischen Erkenntnisse.<sup>653</sup> Die Definition der Behinderung orientiert sich an jener des BGStG.<sup>654</sup> Im Anhang der Verordnung befindet sich eine Tabelle, bei deren Anwendung neben der Beurteilung kognitiver Fähigkeiten auch soziale Kompetenzen

---

<sup>647</sup> Kopetzki, Unterbringungsrecht II, 482.

<sup>648</sup> Maurer, § 268 Rz 17.

<sup>649</sup> Bundesgesetz über die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz – BGStG) BGBl I 2005/82 idF 2018/32.

<sup>650</sup> Hofer/Iser/Miller-Fahringer/Rubisch, Behindertengleichstellungsrecht Kommentar<sup>2</sup>, 2016, § 3 Rz 2.

<sup>651</sup> Vgl *World Health Organization*, A manual of classification relating to the consequences of disease, 1980, [http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/41003/9241541261\\_eng.pdf?sequence=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/41003/9241541261_eng.pdf?sequence=1) (abgerufen am 14.7.2018). Die WHO unterscheidet in ihrer Definition zwischen impairment, disability and handicap.

<sup>652</sup> Vgl Verordnung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz betreffend nähere Bestimmungen über die Feststellung des Grades der Behinderung (Einschätzungsverordnung), BGBl II 2010/261.

<sup>653</sup> Hofer/Iser/Miller-Fahringer/Rubisch, Behindertengleichstellungsrecht Kommentar<sup>2</sup>, 2016, § 3 Rz 7.

<sup>654</sup> Vgl hierzu § 1 Einschätzungsverordnung.

berücksichtigt werden sollen.<sup>655</sup> Die UN-BRK<sup>656</sup> enthält ebenfalls eine Definition der Behinderung. Sie stellt in Art 1 jedoch fest, dass es bei Menschen mit Behinderungen darauf ankommt, ob diese an einer „gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft gehindert werden“.<sup>657</sup> Das Verständnis hat sich demnach insofern geändert und weiterentwickelt, als man davon ausgeht, dass Behinderung erst mit sozialen Strukturen geschaffen wird.<sup>658</sup> Die gleichberechtigte Teilhabe an der Gesellschaft ist ein Menschenrecht.

Für das Recht der Sachwalterschaft ist lediglich die geistige Behinderung von Relevanz; im Sinne des § 3 BGStG demnach geistige oder psychische Funktionsbeeinträchtigungen. Körperliche Funktionsbeeinträchtigungen oder Beeinträchtigungen der Sinnesfunktionen legitimieren nicht die Bestellung eines Sachwalters.

Bei der **geistigen Behinderung** handelt sich um einen international anerkannten Begriff, der die ursprünglich in der EntmO angeführte „Geistesschwäche“ ersetzen sollte.<sup>659</sup> Um von einer geistigen Behinderung sprechen zu können, müssen drei Kriterien erfüllt sein: Beim Betroffenen müssen

1. eine deutlich unterdurchschnittliche intellektuelle Leistungsfähigkeit sowie
2. eine gestörte oder eingeschränkte soziale Anpassungsfähigkeit
3. vor Beginn des 18. Lebensjahres festgestellt werden.<sup>660</sup>

Wesentlich ist, dass der Betroffene in seiner geistigen Entwicklung durch eine angeborene oder erworbene Störung – zumindest vor Erreichen des 18. Lebensjahres – nicht mit jener seiner Altersgenossen vergleichbar ist.<sup>661</sup> Dabei können geistige Behinderungen in unterschiedlicher Intensität auftreten.<sup>662</sup> Wesentlich ist, dass die geistige Beeinträchtigung nicht nur vorübergehend vorliegt. Eine genaue Klassifikation hat entsprechend dem jeweils aktuellen Stand der psychiatrischen Wissenschaften zu erfolgen.<sup>663</sup> Es fallen darunter jedenfalls nach ICD-10 vor allem die schweren und schwersten Intelligenzminderungen.<sup>664</sup> Da die geistige Behinderung neben der psychischen Krankheit eine eigene Erkrankung

---

<sup>655</sup> BMASK, Nationaler Aktionsplan Behinderung 2012 – 2020, 2012, 17.

<sup>656</sup> Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie das Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, BGBl I 2008/155.

<sup>657</sup> Vgl dazu außerdem S 185f.

<sup>658</sup> Hofer/Iser/Miller-Fahringer/Rubisch, Behindertengleichstellungsrecht Kommentar<sup>2</sup>, 2016, § 3 Rz 5.

<sup>659</sup> ErläutRV 742 BlgNR 15. GP 17; Barth, ÖJZ 2000, 61; Maurer, § 268 Rz 18.

<sup>660</sup> Kopetzki, Unterbringungsrecht II, 489.

<sup>661</sup> Schneider/Frister/Olzen, Begutachtung psychischer Störungen, 201.

<sup>662</sup> Posselt-Wenzel, Medizinische Eingriffe, 14.

<sup>663</sup> Hauser/Stock, ÄsthOpG, 74.

<sup>664</sup> Schneider/Frister/Olzen, Begutachtung psychischer Störungen, 201.

darstellt, ist es nicht erforderlich, dass zusätzlich noch eine psychische Krankheit vorliegt.<sup>665</sup> Nach dem **UbG** ermächtigt jedoch nur das Vorliegen einer psychischen Krankheit, nicht aber einer geistigen Behinderung, zu einer Unterbringung nach ebendiesem Gesetz.

Durch die Fortschritte in der Medizin ist es heute möglich, auch mit einer Behinderung oftmals ein langes und teilweise auch kaum eingeschränktes Leben zu führen. Bedingt durch eben diese Fortschritte lässt sich in den letzten Jahren eine Entwicklung erkennen, wonach es nicht mehr nur behinderte Menschen gibt, die alt werden, sondern eben auch alte Menschen, die erst im fortschreitenden Alter eine Form der Behinderung erleiden. Diese Personen entwickeln ihre Behinderungen erst im Laufe des Älterwerdens. Es handelt sich um einen altersbedingten Verlust von Fähigkeiten.<sup>666</sup> Auch auf dieses Phänomen ist Rücksicht zu nehmen, da die Zahl dieser Bevölkerungsgruppe in Zukunft weiter steigen wird.

Einen Sonderfall stellt der körperlich Behinderte dar, der zwar im Vollbesitz seiner geistigen Fähigkeiten ist, jedoch aufgrund seiner körperlichen Verfassung nicht in der Lage ist, seinen Willen zu äußern. Zu denken ist dabei etwa an den Spastiker,<sup>667</sup> aber auch Schlaganfallpatienten oder Personen, deren Sprachzentrum ausgefallen bzw gestört ist.<sup>668</sup>

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass bei der Bestellung eines Sachwalters auf eine relativ weite Auslegung der beiden Begriffe zurückgegriffen wird. Wesentlich ist, dass mit der psychischen Krankheit bzw geistigen Behinderung eine entsprechende Beeinträchtigung der Einwilligungsfähigkeit verbunden ist.<sup>669</sup>

### **19.3. Sonderfall: Komapatient**

Da Komapatienten weder psychisch krank noch geistig behindert sind, aber ebenfalls nicht in der Lage sind, ihren Willen zu äußern, stellen sie einen besonderen Sonderfall des einwilligungsunfähigen Patienten dar. Der OGH hat jedoch eine Sachwalterbestellung für

---

<sup>665</sup> *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 490.

<sup>666</sup> *BMASK*, 21.

<sup>667</sup> *Schneider/Frister/Olzen*, Begutachtung psychischer Störungen, 200.

<sup>668</sup> Vgl OGH 29.11.1967, 6 Ob 319/67; OGH 12.2.1987, 8 Ob 502/87. In diesem Fall hat der OGH das Vorliegen einer psychisch-geistigen Behinderung bei einer hochgradig halbseitig gelähmten Schlaganfallpatientin angenommen. Ein sinnvoller und folgerichtiger Sprechkontakt war nur mit sehr großer Mühe herstellbar, weshalb er die Voraussetzungen einer Sachwalterbestellung als erfüllt ansah.

<sup>669</sup> *Kopetzki*, iFamZ 2007, 202.

ein komatöses Unfallopfer, das zu keiner Willensäußerung fähig war, für rechtmäßig erachtet.<sup>670</sup> Obwohl der Betroffene streng genommen weder unter einer psychischen Krankheit noch einer geistigen Behinderung litt, ging er von einer **ausreichenden Handlungsunfähigkeit** aus, die eine Sachwalterschaft iSd § 273 Abs 1 rechtfertigte. Man könnte den bewusstlosen Komapatienten im Rahmen einer extensiven Interpretation unter den Betroffenen mit einer geistigen Behinderung gem § 273 subsumieren.<sup>671</sup> Mit dem SWRÄG 2006 wurde dieses Sonderproblem zwar nicht explizit im Gesetz gelöst, jedoch ist den Mat zum SWRÄG 2006<sup>672</sup> zum § 284f, der die Vorsorgevollmacht regelt, zu entnehmen, dass schwere neurologische Krankheiten – wobei der Komapatient ausdrücklich als Bsp genannt wird – nicht als rein körperliche Gebrechen zu klassifizieren sind und eine Sachwalterbestellung daher grundsätzlich möglich ist. Eine Subsumtion unter eines der beiden Tatbestandselemente „psychische Krankheit oder geistige Behinderung“ ist jedoch nach wie vor nicht möglich, da ein bewusstloser oder komatöser Patient nicht die dafür erforderlichen Voraussetzungen erfüllt. Wenn man aber vom Vorliegen einer planwidrigen Lücke ausgeht, deren Regelung der Gesetzgeber vergessen hat, ist eine analoge Anwendung der §§ 268ff auf komatöse und bewusstlose Patienten möglich.<sup>673</sup> Da der Gesetzgeber in den Mat eine Sachwalterbestellung für Komapatienten ausdrücklich bejaht hat, erscheint diese Lösung zielführend. Weshalb eine diesbezügliche ausdrückliche Regelung im Gesetz unterblieben ist, ist fraglich.

Im Endeffekt besteht also auch für einen Komapatienten die Möglichkeit einer Sachwalterbestellung.

---

<sup>670</sup> Vgl OGH 11.11.1997, 7 Ob 355/97z; *Kopetzki*, RdM 1998/6. In der E wurde der Patientin jedoch für die Zukunft eine schwere Behinderung prognostiziert.

<sup>671</sup> So *Barth/Ganner* in *Barth/Ganner*, 42.

<sup>672</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 26.

<sup>673</sup> So *Barth/Ganner* in *Barth/Ganner*, 42; ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 26 nennt insb bewusstlose Patienten, die apathisch und nicht ansprechbar sind.

## 20. Sachwalterschaft

### 20.1. Allgemeines

Es ist ein Sachwalter zu bestellen für jene Personen, die volljährig sind und an einer psychischen Krankheit<sup>674</sup> oder geistigen Behinderung<sup>675</sup> leiden und aufgrund dessen nicht in der Lage sind, **einzelne oder alle ihrer Angelegenheit ohne Gefahr eines Nachteils für sich selbst zu besorgen**. Wesentlich ist stets, dass eine Gefahr der Selbstschädigung besteht. Eine Sachwalterbestellung, die allein aufgrund einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung erfolgt, ist nicht zulässig.<sup>676</sup> Dabei ist es aber durchaus möglich, dass sich die juristische Definition einer psychischen Krankheit/geistigen Behinderung nicht mit jener in der Medizin deckt.<sup>677</sup>

Darüber hinaus kann ein Sachwalter nur für eine **volljährige Person** bestellt werden. Minderjährige unterstehen ohnehin der Obhut ihres gesetzlichen Vertreters. Bei Minderjährigen, die an einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung leiden und deshalb einzelne Angelegenheiten nicht für sich selbst besorgen können, ist dies vom Gericht nach § 175 auszusprechen. Wird eine behinderte Person volljährig, so ist ihr bis dahin mit der Obsorge betrauter Elternteil zum Sachwalter zu bestellen,<sup>678</sup> soweit dies nicht dem Wohl des Pflegebefohlenen zuwiderläuft. Sinn dieser Regelung ist es, ein Obsorgeverhältnis, das bis dahin gut funktioniert hat, weiter aufrechtzuerhalten.<sup>679</sup> Für volljährige Personen, gibt es demgegenüber keine „natürlichen“ Stellvertreter, die bei Einwilligungsunfähigkeit des Betroffenen an dessen Stelle wirksam tätig werden können. Entgegen einem immer wieder erkennbaren Irrglauben, in einem solchen Fall würde die Vertretungsmacht „automatisch“ an nahe Angehörige wie Eltern, Kinder oder Ehepartner übergehen, ist für die wirksame Stellvertretung eines Volljährigen die Bestellung eines Sachwalters erforderlich.<sup>680</sup>

Damit eine Sachwalterbestellung erfolgen kann, ist neben dem Vorliegen einer psychischen Krankheit/geistigen Behinderung erforderlich, dass der Betroffene selbst nicht

---

<sup>674</sup> Vgl S 115ff.

<sup>675</sup> Vgl S 117ff.

<sup>676</sup> *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup>, Rz 210.

<sup>677</sup> OGH 30.8.1989, 2 Ob 574/89.

<sup>678</sup> Vgl § 279 Abs 2.

<sup>679</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 16.

<sup>680</sup> *Strätling/Scharf/Wedel/Oehmichen/Eisenbart*, MedR 2001, 385.

fähig ist einzelne oder alle seine Angelegenheiten ohne Gefahr eines Nachteils für sich selbst zu besorgen.<sup>681</sup> Unter Angelegenheiten fallen alle Rechtsgeschäfte im weiteren Sinn. Der Begriff ist sehr umfassend zu verstehen, jedoch sind nur Rechtshandlungen, keine faktischen Handlungen gemeint.<sup>682</sup> Ausgenommen sind höchstpersönliche Angelegenheiten,<sup>683</sup> die niemals vertretungsweise durch eine andere Person – sei es Angehörige, Sachwalter oder Gericht – besorgt werden können. Dazu zählen insb das Eingehen einer Ehe oder einer eingetragenen Partnerschaft, die Auflösung derselben bzw eine einvernehmliche Ehescheidung, die Ausübung des Wahlrechts und das Aufsetzen eines Testaments.<sup>684</sup> Darüber hinaus ist es erforderlich, dass es überhaupt Angelegenheiten gibt, die potenziell geregelt gehören. Eine Person, die kein regelmäßiges Einkommen oder kein sonstiges Vermögen hat und von der Familie versorgt wird, benötigt grundsätzlich keine Person, die vertretungsweise Rechtshandlungen für sie vornimmt, da keine Handlungen anfallen können, für die eine Vertretung erforderlich sein könnte. Es kann aber auch hier immer ein Zustand eintreten, der plötzlich einen Vertreter notwendig macht. Man denke nur daran, die bis dato zu Hause versorgte Person müsse aus bestimmten Gründen in ein Pflegeheim ziehen. Hiermit würde eine Vielzahl an bürokratischen und vor allem rechtlichen Fragen aufkommen, die von einem Sachwalter zu klären wären.<sup>685</sup> Es kann daher auch bei diesen Personen eine Sachwalterbestellung erforderlich sein. Bedarfsweise ist in solchen Fällen bei Erforderlichkeit ein Sachwalterschaftsverfahren bei Gericht anzuregen.

Unter der Gefahr eines Nachteils ist jedenfalls jede rechtliche Schlechterstellung, jeder Verlust eines Rechtes und auch jede erschwerte Rechtsdurchsetzung zu verstehen. Konkret ist jeder Schaden an der Gesundheit, der Ehre, der Freiheit, dem Leben oder dem Vermögen des Besachwalteten gemeint.<sup>686</sup>

Da Einsichtsunfähige regelmäßig nicht in der Lage sind, ihre Angelegenheiten selbst ohne Gefahr eines Nachteils für sich selber zu besorgen, stellen sie typische Adressaten einer Sachwalterschaft dar. Es werden daher in den folgenden Kapiteln zuerst die allgemeinen Erfordernisse einer Sachwalterschaft systematisiert und später auf die Besonderheiten bei medizinischen Angelegenheiten eingegangen.

---

<sup>681</sup> OGH 10.4.1985, 3 Ob 543/85.

<sup>682</sup> *Tschugguel/Parapatits* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 268 Rz 3 (Stand 1.3.2015, rdb.at).

<sup>683</sup> Vgl S 45f.

<sup>684</sup> *Tschugguel/Parapatits* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 268 Rz 5 (Stand 1.3.2015, rdb.at).

<sup>685</sup> *Gamerith*, Drei Jahre Sachwalterrecht, NZ 1988, 61.

<sup>686</sup> *Tschugguel/Parapatits* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 268 Rz 6 (Stand 1.3.2015, rdb.at).

## 20.2. Historische Entwicklung

Bereits die **Entmündigungsordnung** von 1916 sah sowohl eine beschränkte als auch eine volle Entmündigung vor, wenn Personen nicht in der Lage waren, ihre Angelegenheiten selbst zu besorgen. Wesentliches Kriterium war damals das Vorliegen von Geisteskrankheit<sup>687</sup> oder Geistesschwäche.<sup>688</sup> Aber schon damals war oberstes Ziel, den Schutz des Betroffenen zu sichern<sup>689</sup> und ihn zu diesem Zweck nur insoweit in seinen Rechten zu beschränken, als dies erforderlich war.<sup>690</sup> Auch wenn sich die Voraussetzungen, Rahmenbedingungen und Vertretungsmodelle im Laufe der Zeit selbstverständlich weiterentwickelt und nicht unwesentlich geändert haben, so ist das zentrale Anliegen – nämlich der individuelle Schutz bei gleichzeitiger Stärkung des persönlichen Selbstbestimmungsrechts – nach wie vor das selbe.

Mit der Novelle im Jahr 1981 wurde das Kuratorenrecht um das **Sachwalterrecht** ergänzt. Die Worte „Kurator“ und „Kuratel“ wurden für negativ bzw abwertend erachtet und daher sollten für behinderte Personen die Begriffe des „Sachwalters“ sowie der „Sachwalterschaft“ eingeführt werden. Behinderte Personen waren ab diesem Zeitpunkt sowohl psychisch Kranke als auch geistig Behinderte. Diese Begriffe sollten die Geisteskrankheit und die Geistesschwäche der Entmündigungsordnung, die aufgrund ihrer diskriminierenden und degradierenden Wirkung abgeschafft werden sollten, ersetzen und finden sich bis heute im österreichischen Sachwalterrecht.<sup>691</sup> Dabei handelte es sich um zwei unterschiedliche Zustände, die auch unterschiedliche Behandlungsmaßnahmen erforderten. Es standen damals Überlegungen im Raum, als 3. Tatbestandsalternative den Begriff der „gleichwertigen psychischen Störung“ ins Gesetz mitaufzunehmen. Diese wurden jedoch wieder verworfen, da der Begriff als zu unbestimmt und ungenau angesehen wurde.<sup>692</sup>

Die stetige Zunahme an Sachwalterschaften führt zum einen zu einer erheblichen Überlastung der zuständigen Gerichte und zum anderen dazu, dass die Bevölkerung dem

---

<sup>687</sup> Vgl S 115ff.

<sup>688</sup> Vgl S 117ff.

<sup>689</sup> Vgl etwa §§ 8, 36 Abs 1 oder 50 der Entmündigungsordnung.

<sup>690</sup> *Ofner*, Gesetzliche Vertretung für psychisch Kranke und geistig Behinderte im internationalen Vergleich, ÖJZ 2005, 776.

<sup>691</sup> ErläutRV 742 BlgNR 15. GP 17. Mit dem 2. ErwSchG soll nun ein ähnlicher Begriff, jener der „vergleichbaren Beeinträchtigung“ neben der psychischen Krankheit eingeführt. Die geistige Behinderung soll ganz aus dem Gesetz verbannt werden.

<sup>692</sup> ErläutRV 742 BlgNR 15. GP 17.

eigentlichen Schutzprinzip von Sachwalterschaften und dass diese erst als ultima ratio herangezogen werden sollen, wenig Glauben schenkt.<sup>693</sup> Dabei sind der Grund der immer größer werdenden Zahl von Sachwalterschaften nicht nur die Fortschritte in der Medizin und die damit einhergehende steigende Lebenserwartung, sondern auch die Nachfrage nach immer mehr Formalismus. Der Bürokratismus, dem sich der Einzelne heute im Alltag regelmäßig ausgesetzt sieht, ist nicht enden wollend.<sup>694</sup> Diese Entwicklung macht es für viele Menschen unmöglich, an und für sich kleine und einfache Angelegenheiten ihres täglichen Lebens selbständig zu regeln und zu besorgen. Sie sind dabei zwar auf Hilfe angewiesen, ein Sachwalter wäre in solchen Fällen oftmals aber gar nicht notwendig. Der Einfachheit halber hat sich in der Praxis aber eingebürgert einen solchen häufig „vorsichtshalber“ zu bestellen. Mit dem ursprünglichen Gedanken der Sachwalterschaft als „Schutzfunktion“ – wenn „es anders nicht mehr geht“ – hat dies nichts mehr gemeinsam.<sup>695</sup>

Darüber hinaus haben Sachwalterschaften auch heute noch mit einer gewissen Stigmatisierung zu kämpfen. Die Gesellschaft fürchtet sie oft als eine gänzliche Entmündigung ihrer selbst und sie werden als unerwünschter Eingriff in das persönliche Selbstbestimmungsrecht gesehen.<sup>696</sup> Bereits dem **SWRÄG 2006**<sup>697</sup> war es daher ein Anliegen, diesem negativen Ruf entgegenzuwirken und das gesetzlich verankerte Subsidiaritätsprinzip auch der allgemeinen Bevölkerung zu vermitteln. Zu diesem Zweck wurden die Institute der Vorsorgevollmacht und Angehörigenvertretung geschaffen, die zwar von den Bürgern genutzt werden, dies jedoch nur in sehr bescheidenem Ausmaß und die daher nach wie vor nur eine relativ geringe Bedeutung haben.<sup>698</sup>

Das SWRÄG 2006 hatte zum Ziel, die Autonomie älterer Menschen zu stärken und Sachwalterschaften nur auf jene Fälle zu beschränken, in denen diese unumgänglich sind. Alternativ sollten der Vorsorgevollmacht und der Angehörigenvertretung Vorzug geleistet werden.<sup>699</sup> Dennoch hat die Zahl der Sachwalterschaften nach dem SWRÄG 2006 erheblich zugenommen. 2015 gab es österreichweit 60.000 Sachwalterschaft, 2003 waren

---

<sup>693</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 3.

<sup>694</sup> *Barth/Kellner* in *Barth/Ganner*, 461.

<sup>695</sup> *Barth/Kellner* in *Barth/Ganner*, 462.

<sup>696</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 1.

<sup>697</sup> Bundesgesetz, mit dem das Sachwalterrecht im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch und das Ehegesetz, das Außerstreitgesetz, das Konsumentenschutzgesetz, das Vereinsachwalter- und Patientenanwaltsgesetz, die Notariatsordnung, das Gerichtsorganisationsgesetz und das Berufsrechts-Änderungsgesetz 2006 geändert werden (Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 – SWRÄG 2006).

<sup>698</sup> *Institut für Rechts- und Kriminalpsychologie*, Abschlussbericht Auswirkungen des SWRÄG 2006, 2009, 95f.

<sup>699</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 1.

es mit 30.000 nur halb so viele.<sup>700</sup> Daneben wollte man mit der neu eingeführten „Clearingfunktion“ der Sachwaltervereine nur dort Sachwalterschaften schaffen, wo diese unerlässlich waren. Es sollte außerdem für jene Personen, die eine Sachwalterschaft übernahmen, ausreichend Möglichkeiten zu umfassender Beratung und Information zur Verfügung gestellt werden.<sup>701</sup>

Auch das **2. ErwSchG**,<sup>702</sup> das im April 2017 beschlossen wurde und jedenfalls nach § 1503 ABGB idF 2. ErwSchG mit 1. Juli 2018 in Kraft treten soll, hat es sich zum Ziel gesetzt, weitgehende Änderungen auf dem Gebiet des Sachwalterrechts vorzunehmen. Das Hauptanliegen des Gesetzgebers ist das selbe wie bereits 2006: Die Stärkung der Autonomie der Menschen, die ihre Angelegenheiten nicht mehr selbst besorgen können. Es wurden dazu neue Vertretungsmodelle entwickelt und die vorhandenen erweitert. Darüber hinaus wurden die Termini weitgehend geändert, um der Stigmatisierung der bisherigen Begrifflichkeiten zu begegnen.<sup>703</sup>

### 20.3. Subsidiarität der Sachwalterschaft

Eine Sachwalterschaft soll stets nur dann angeordnet werden, wenn es keine andere Möglichkeit gibt, um eine ausreichende Unterstützung des Betroffenen sicherstellen zu können. Dies lässt sich bereits aus den Mat zum SWRÄG 2006 an mehrfacher Stelle entnehmen<sup>704</sup> und wird auch im Gesetz selbst immer wieder verdeutlicht.<sup>705</sup> Auch in § 268 Abs 2 ist ein **Subsidiaritätsprinzip** normiert, nach welchem es erst zu einer Sachwalterbestellung kommen soll, wenn keine der aufgezählten Möglichkeiten mehr zur Verfügung steht. Von einem Sachwalter ist insofern abzusehen, als durch einen anderen gesetzlichen Vertreter oder durch sonstige Hilfe, wie Familie, Pflegeeinrichtungen, Einrichtungen der Behindertenhilfe oder andere soziale oder psychosoziale Dienste, die Angelegenheiten besorgt werden könnten. Der Gesetzgeber wollte mit dieser

---

<sup>700</sup> ErläutME 222/ME 25. GP Vorblatt und WFA, 3.

<sup>701</sup> *Kellner/Barth*, Ausgewählte Rechtsfragen zur Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger nach dem SWRÄG 2006, JB1 2007, 691.

<sup>702</sup> 59. Bundesgesetz, mit dem das Erwachsenenvertretungsrecht und das Kuratorenrecht im Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch geregelt werden und das Ehegesetz, das Eingetragene Partnerschaft-Gesetz, das Namensänderungsgesetz, das Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten, das Außerstreitgesetz, die Zivilprozessordnung, die Jurisdiktionsnorm, das Rechtspflegergesetz, das Vereinssachwalter-, Patientenanwalts- und Bewohnervertretergesetz, das Unterbringungsgesetz, das Heimaufenthaltsgesetz, die Notariatsordnung, die Rechtsanwaltsordnung, das Gerichtsgebührengesetz und das Gerichtliche Einbringungsgesetz geändert werden (2. Erwachsenenschutz-Gesetz – 2. ErwSchG) BGBl I 2017/59.

<sup>703</sup> S dazu eingehend S 192ff.

<sup>704</sup> Vgl ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 1, 3, 10, 32.

<sup>705</sup> Vgl § 268 Abs 2 und 3.

demonstrativen Aufzählung ein weiteres Mal deutlich machen, dass eine Sachwalterschaft immer **ultima ratio** sein soll.<sup>706</sup> In erster Linie soll an Pflegepersonal und nahe Angehörige gedacht werden, die den Patienten besonders gut kennen und welche die Angelegenheiten für den Betroffenen stellvertretenderweise „im erforderlichen Ausmaß“ erledigen. Aber auch Nachbarn oder Freunde kommen für die Erledigung solcher Angelegenheiten in Frage.<sup>707</sup> Problematisch ist hierbei aber, dass solche Personen immer nur faktische Handlungen für den Betroffenen vornehmen können. Dabei handelt es sich um Unterstützung im Haushalt, Pflege und ähnliches. Vertretungsakte an Stelle des Betroffenen können ohne dessen Bevollmächtigung jedoch nicht gesetzt werden. Eine Sachwalterbestellung ist somit nur hinfällig, soweit Unterstützung bei faktischen Tätigkeiten erforderlich ist.<sup>708</sup> Man könnte sagen, dass sich die Sachwalterschaft in diesem Punkt selbst ein wenig im Weg steht. Darüber hinaus ist bei Vorliegen einer Vorsorgevollmacht oder Patientenverfügung zuerst auf diese Bedacht zu nehmen. Die Bestellung eines Sachwalters soll eben immer ultima ratio sein.

#### **20.4. Auswahl des Sachwalters**

Wesentlicher Zweck einer Sachwalterschaft ist es, dem Betreuten angemessene Hilfe zur Verfügung zu stellen. Eine umfassende Entmündigung und Bevormundung, wie sie von der Bevölkerung gefürchtet wird, ist nicht Sinn und Zweck dieses Rechtsinstruments. Da das Wohl Kernpunkt aller Tätigkeiten sein soll, ist bei der Bestellung eines Sachwalters darauf Bedacht zu nehmen, dass dieser den Besachwalteten auch dessen Wünschen und Wohl entsprechend vertreten kann und über allenfalls erforderliche Mittel bzw Fähigkeiten hierzu verfügt. Für das Wohl des Betroffenen ist seine derzeitige Lebenssituation ausschlaggebend. Hierfür können unter anderem sein Alter, seine generellen Ansichten, sein Gesundheitszustand aber auch seine finanzielle Lage relevant sein.<sup>709</sup>

Darüber hinaus ist bei der Auswahl des Sachwalters auf die Art der Angelegenheiten, die für die zu vertretende Person zu besorgen sind, zu achten. Das Gesetz<sup>710</sup> legt außerdem fest, welche Personen nicht für eine Sachwalterschaft in Frage kommen. Dies sind zum einen Personen, die selbst nicht eigenberechtigt sind, wobei darunter sowohl nicht voll

---

<sup>706</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 10.

<sup>707</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 10.

<sup>708</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 10.

<sup>709</sup> *Neumayr*, Wer verwaltet wen?, iFamZ 2012, 245.

<sup>710</sup> Vgl § 273 Abs 1 und Abs 2.

Geschäftsfähige als auch nicht Einsichts- und Urteilsfähige fallen.<sup>711</sup> Zum anderen sind Personen ungeeignet, von denen zu erwarten ist, dass sie die Sachwalterschaft nicht zum Wohl des Pflegebefohlenen ausüben würden.<sup>712</sup> Grundsätzlich kann aber jede geeignete Person als Sachwalter bestellt werden. Dies ist unter anderem auf den stetigen Anstieg von Sachwalterschaften zurückzuführen, dem man durch diese Regelung im SWRÄG 2006 begegnen wollte, indem möglichst viele geeignete Personen als Sachwalter zugelassen werden konnten. In den Mat wird insb auf die Möglichkeit, Sozialarbeiter als Sachwalter einzusetzen, hingewiesen. Diese verfügen über eine gesonderte Ausbildung und dadurch vielfach über das erforderliche Feingefühl, das sie für die Arbeit mit psychisch kranken und geistig behinderten Menschen als besonders geeignet erscheinen lässt.<sup>713</sup>

Wird eine Person zum Sachwalter bestellt und ist sie – trotz amtswegiger Überprüfung durch das zuständige Gericht – für diese Position nicht geeignet, so hat sie dies dem Gericht mitzuteilen.<sup>714</sup> Bei Unterlassen dieser Mitteilung wird sie dem Betroffenen gegenüber für den daraus entstandenen Schaden haftbar. Aufgrund familiärer Beistandspflichten<sup>715</sup> kann man davon ausgehen, dass Eltern, Kindern und Ehegatten bzw eingetragenen Partnern eine Verpflichtung zur Übernahme der Sachwalterschaft zukommt.<sup>716</sup> Rechtsanwälte und Notare können Sachwalterschaften nur unter bestimmten Umständen ablehnen. Unter „persönlicher Unzumutbarkeit“ iSd § 274 Abs 2 können Abneigung oder gar Feindschaft dem Betroffenen gegenüber verstanden werden. Aber auch familiäre Pflichten<sup>717</sup> können eine Sachwalterschaft aufgrund mangelnder Kapazitäten für den Vertreter unzumutbar machen. Eine Ablehnung ist vom Gericht zu prüfen und dementsprechend zu würdigen. Zieht das Gericht in Erwägung, einen Vertreter, der eine Sachwalterschaft ablehnt, dennoch zu betrauen, so sollte immer bedacht werden, wie zielführend eine aufgezwungene Sachwalterschaft sein mag, soll doch eine gute persönliche und soziale Versorgung sichergestellt sein.<sup>718</sup>

---

<sup>711</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 12.

<sup>712</sup> Indikation durch eine strafrechtliche Verurteilung.

<sup>713</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 5.

<sup>714</sup> Vgl § 274.

<sup>715</sup> Vgl §§ 137 und 90 sowie § 8 EPG.

<sup>716</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 12.

<sup>717</sup> ZB Erziehungspflichten oä minderjährigen Kindern gegenüber.

<sup>718</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 11.

## 20.5. Umfang der Sachwalterschaft

Ein Sachwalter kann für **verschiedene Wirkungskreise** bestellt werden. Er kann entweder für konkrete einzelne Angelegenheiten bestimmt werden, für einen Kreis an Angelegenheiten oder umfassend für alle Angelegenheiten. Der Umfang der Sachwalterschaft richtet sich nach den konkreten Bedürfnissen des Pflegebefohlenen. Dabei ist eine Bestellung für einzelne oder zumindest einen Bereich an Angelegenheiten zu bevorzugen, da eine umfassende Sachwalterbestellung als übermäßiger Eingriff in die Autonomie des Betroffenen angesehen wird, den es unter allen Umständen zu vermeiden gilt.<sup>719</sup> Auch hier soll dem Prinzip der Sachwalterschaft als ultima ratio Rechnung getragen werden. Diesem Gedanken wurde auch dadurch entsprochen, dass im Gesetz eine Sachwalterschaft für alle Angelegenheiten nur dann angeordnet werden soll, „soweit dies unvermeidlich ist“. In der Gegenwart lässt sich jedoch leider erkennen, dass eine umfassende Sachwalterschaft leider nicht nur angeordnet wird, wenn dies unvermeidlich ist, sondern in ca der Hälfte aller Fälle.

Um das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen abermals zu stärken und zu fördern, wurde § 268 Abs 4 geschaffen, der es dem Gericht ermöglicht, bestimmte Angelegenheiten aus dem Kompetenzbereich des Sachwalters auszunehmen und dem Betroffenen selbst zu übertragen, soweit er über die hierfür notwendige Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügt. Die Mat nennen hier bspw Einkünfte durch selbständiges Arbeiten und Taschengelder, die der eigenständigen Verfügung des Betroffenen überlassen werden sollen. Man möchte mit dieser Regelung dem Besachwalteten das Gefühl vermitteln, dass er nur dort Unterstützung erhält, wo dies auch tatsächlich erforderlich ist. Diese Regelung ist außerdem insofern zu begrüßen, als sie auch zu einer Aufwertung des Selbstwertgefühls des Besachwalteten führen kann, welche sich wiederum positiv auf dessen Gesundheitszustand auswirken kann. Das Gericht hat in diesem Fall im Beschluss genau anzuführen, welche Angelegenheiten ausgenommen sind, um mögliche Kollisionen zu verhindern.<sup>720</sup> Wichtig ist hierbei, dass im Bereich dieser ausgenommenen Angelegenheiten auch keine Vertretungsbefugnis naher Angehöriger möglich ist, da ja davon ausgegangen wurde, dass der Betroffene über die erforderliche Geschäftsfähigkeit verfügt und diese Angelegenheiten selbst besorgen kann. Da der Besachwaltete außerdem mit der Bestellung des Sachwalters konstitutiv seine Geschäftsfähigkeit verliert, ist eine Vorgehensweise nach

---

<sup>719</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 11.

<sup>720</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 11.

Abs 4 zu befürworten, um ein Mindestmaß an eigenständiger Lebensführung ermöglichen zu können.

§ 275 regelt die Rechte und Pflichten des Sachwalters und hält dazu fest, dass eine Sachwalterschaft alle Tätigkeiten umfasst, die ein Sachwalter zur Besorgung der ihm übertragenen Angelegenheiten braucht. Er hat sich dabei außerdem stets am **Wohl**<sup>721</sup> des Pflegebefohlenen zu orientieren. Damit soll ein weiteres Mal gezeigt werden, dass Wunsch und Wohl des Betroffenen oberste Prämisse sind. Abs 2 determiniert, dass für bestimmte (wichtige) Angelegenheiten eine gerichtliche Genehmigung einzuholen ist. Welche Angelegenheiten das im Besonderen sind, sagt der Gesetzgeber in § 275 nicht, jedoch befindet sich in den Mat zum SWRÄG 2006 ein Verweis auf § 154 Abs 2 idF BGBl I 2000/135, dem der heutige § 167 entspricht. Da einige der dort aufgezählten Angelegenheiten aber nur auf das Verhältnis zwischen Eltern und ihren Kindern anwendbar sind, wurde ein ausdrücklicher Verweis auf diese Norm nicht in § 275 aufgenommen.<sup>722</sup> Zum besseren Verständnis kann dennoch ein Blick auf § 167 geworfen werden. Jedenfalls auf die Beziehung zwischen einem Sachwalter und seinem Pflegebefohlenen anwendbar sind die Regelungen betreffend Namensänderungen, Änderungen bzw Beantragungen der Staatsbürgerschaft, Änderungen bzw Eintritte in eine Religionsgemeinschaft und Änderungen eines Dienst- oder sonstigen Ausbildungsverhältnisses. Auch für eine Klagserhebung wird eine gerichtliche Genehmigung erforderlich sein. Angelegenheiten, die medizinische Behandlungen betreffen, fallen nicht in den Anwendungsbereich des § 275. Sie haben mit dem § 283 eine eigene, explizite Rechtsgrundlage erhalten. Darüber hinaus gibt es Angelegenheiten, die der Besorgung durch einen Sachwalter aufgrund ihrer Höchstpersönlichkeit nicht zugänglich sind und auch durch gerichtliche Genehmigung nicht möglich sind.<sup>723</sup> Abs 3 enthält für die Regelung von Vermögensangelegenheiten lediglich einen Verweis auf die §§ 214 – 224.

Aufgrund der mangelnden Relevanz für die vorliegende Arbeit sei lediglich darauf hingewiesen, dass die §§ 276 und 277 die finanzielle Entschädigung bzw den Aufwandsersatz des Sachwalters und seine Haftung betreffen.

---

<sup>721</sup> Vgl S 137ff.

<sup>722</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 14.

<sup>723</sup> Vgl S 45f.

## 20.6. Beendigung der Sachwalterschaft

Gründe für die Beendigung einer Sachwalterschaft oder die Änderung eines Sachwalters sind Tod, Unzumutbarkeit, Ungeeignetheit, das Eintreten von Umständen nach § 273 Abs 2<sup>724</sup> oder wenn ein weiteres Aufrechterhalten der Sachwalterschaft mit dem betreffenden Sachwalter aus anderen Gründen nicht mit dem Wohl des Betroffenen vereinbar wäre. Hierbei ist insb an Fälle zu denken, in denen der Sachwalter gegen sein oberstes Gebot<sup>725</sup> – der Förderung des Wohls des Pflegebefohlenen – gehandelt hat.<sup>726</sup> Eine Übertragung der Sachwalterschaft kann sowohl von Amts wegen als auch auf Antrag geschehen. Darüber hinaus ist ein Sachwalter auch dann seines Amtes zu entheben, wenn er die Voraussetzungen zu seiner Bestellung nicht mehr erfüllt. Selbstverständlich kann der Wirkungskreis eines Sachwalters auch einfach reduziert oder auch erweitert werden. Die Tätigkeit eines Sachwalters endet jedenfalls erst mit dem gerichtlichen Enthebungsbeschluss. Aufgabe des zuständigen Gerichtes ist es, in regelmäßigen Abständen die Notwendigkeit eines Sachwalters für den Betroffenen zu überprüfen und gegebenenfalls zu prüfen, ob eine bestehende Sachwalterschaft dem Wohl des Pflegebefohlenen entspricht. Von Gesetzes wegen ist hierfür eine Regelmäßigkeit von maximal fünf Jahren vorgesehen.<sup>727</sup> Auch damit soll die Subsidiarität der Sachwalterschaft sichergestellt werden. Eine Sachwalterschaft endet somit auch, sobald der Betroffene nicht mehr der Vertretung durch einen anderen bedarf, weil sich seine persönlichen Umstände geändert haben und er zu einer eigenständigen Besorgung seiner Angelegenheiten ohne Gefahr eines Nachteils für sich selbst wieder in der Lage ist. In der Praxis hat sich aber leider die Tendenz gezeigt, dass eine einmal angeordnete Sachwalterschaft kaum wieder aufgehoben wird.

## 20.7. Person des Sachwalters

In erster Linie richtet sich die Wahl der Person des Sachwalters nach den **Bedürfnissen und Wünschen** der zu vertretenden Person und den zu verrichtenden Tätigkeiten.<sup>728</sup> Da der Sachwalter ausschließlich zum Wohl des Betroffenen zu handeln hat, ist es wichtig,

---

<sup>724</sup> Etwa weil der Sachwalter nicht mehr eigenberechtigt, also geschäftsfähig ist oder wenn vom Sachwalter nicht mehr erwartet wird, dass er im Wohl des Betroffenen handelt. Eine strafgerichtliche Verurteilung hat auch hier wieder Indizwirkung.

<sup>725</sup> Vgl § 275 Abs 2.

<sup>726</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 15.

<sup>727</sup> § 278 Abs 3.

<sup>728</sup> Vgl § 279.

dass er unabhängig ist und beispielsweise nicht in einem wie immer gearteten Verhältnis zu der Einrichtung steht, in der sich der Betroffene aufhält. Die Aufzählung der als Sachwalter in Frage kommenden Personen<sup>729</sup> kann als **Rangordnung** angesehen werden, nach der im Falle einer Bestellung vorzugehen ist.<sup>730</sup> Der Gesetzgeber hat offen gelassen, wer genau unter einer „sonstigen geeigneten Person“ zu verstehen ist. Den Mat ist nur zu entnehmen, dass es zumindest eine natürliche Person sein muss. Wie bereits erwähnt, soll damit die Möglichkeit geboten werden, vor allem Sozialarbeiter mit Sachwalterschaften zu betrauen. Diese haben neben einer psychologischen und pädagogischen Ausbildung auch Grundkenntnisse im medizinischen und juristischen Bereich, was sie für die Tätigkeit als Sachwalter als besonders geeignet erscheinen lassen. Auch ihre spezielle Ausbildung, die sie gezielt darauf vorbereitet, täglich mit besonders schwierigen Persönlichkeiten zu arbeiten und diese zu unterstützen, macht sie zu besonders qualifizierten Sachwaltern. Die Mat zählen neben Sozialarbeitern noch andere Berufsgruppen auf, die über ähnliche Qualifikationen verfügen. Zu denken ist hier insb an Sozialpädagogen, Sonder- und Heilpädagogen, oder Psychologen.<sup>731</sup> Fallen hauptsächlich juristische Angelegenheiten an, so ist jedoch von dieser Rangfolge abzusehen und es ist sofort ein Angehöriger eines Rechtsberufs zu betrauen und nicht eine nahestehende Person oder ein Verein.

#### 20.7.1. Sachwalterverfügung

Die vor Verlust der Einsichtsfähigkeit geäußerten Wünsche bezüglich einer Sachwalterbestellung werden **Sachwalterverfügung** genannt.<sup>732</sup> Einer solchen Verfügung ist ausdrücklich zu folgen, solange sie nicht dem Wohl des Betroffenen abträglich sind. Die Sachwalterverfügung ist dem Instrument der Vorsorgevollmacht nachempfunden und wurde durch das SWRÄG 2006 eingeführt um die Autonomie älterer Menschen zu stärken.<sup>733</sup> Eine Sachwalterverfügung kann den Vorschlag, eine bestimmte Person zum Sachwalter zu bestellen, enthalten, aber auch die Bitte, eine bestimmte Person gerade nicht dafür auszuwählen.<sup>734</sup> Sie ist grundsätzlich formfrei, wird sie aber vor einem Notar oder Rechtsanwalt errichtet und ins Österreichische Zentrale Vertretungsverzeichnis (ÖZVV) aufgenommen, so wird ihr mehr Bedeutung beigemessen als einer mündlichen Äußerung

---

<sup>729</sup> Abs 2: nahe stehende und sonstige geeignete Personen, Abs 3: Vereine für Sachwalterschaften, Abs 4: Rechtsanwälte und Notare.

<sup>730</sup> *Stabentheiner in Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 279 Rz1 (Stand 1.7.2015, rdb.at).

<sup>731</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 17.

<sup>732</sup> Vgl § 279 Abs 1.

<sup>733</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 4.

<sup>734</sup> *Schauer*, Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil I), ÖJZ 2007/17, 178.

einer (nahestehenden) Person gegenüber.<sup>735</sup> Eine Sachwalterverfügung ist für das Gericht bei der Bestellung nicht bindend, aber zu berücksichtigen. Da der Wille des Betroffenen im Sinne seines Selbstbestimmungsrechts oberste Priorität hat, kann jedoch davon ausgegangen werden, dass die eine Bestellung betreffenden Wünsche, solange sie mit dem persönlichen Wohl vereinbar sind, sehr wohl für rechtlich bindend erachtet werden können.<sup>736</sup> Die Bitten des Betroffenen sind auch nach Verlust der Einsichts- und Urteilsfähigkeit vom Gericht im Zuge der Sachwalterauswahl zu beachten. Diese können sich durch eindeutige Äußerungen des Pflegebefohlenen selbst oder auch durch Erzählungen von Angehörigen und Freunden manifestieren. Auch Wünsche der Angehörigen sind zu beachten, sofern sie nicht dem Wohl des Betroffenen widersprechen.<sup>737</sup> Darüber hinaus können auch bereits bestellte Sachwalter oder sonstige nahestehende Personen Empfehlungen für die Bestellung eines Sachwalters abgeben.<sup>738</sup>

#### 20.7.2. Nahestehende Personen als Sachwalter

Bei der Auswahl des Sachwalters ist die im Gesetz statuierte Rangfolge zu beachten. In erster Linie sind **nahestehende oder sonstige geeignete Personen** als Sachwalter zu bestellen. Gibt es keine nahestehende Person oder findet sich unter ihnen keine, die geeignet und verfügbar ist, so ist ein Verein mit der Sachwalterschaft zu betrauen. Erst wenn sich auch hier niemand Geeigneter findet, soll auf letzter Stufe ein Rechtsanwalt oder Notar die Sachwalterschaft übernehmen. Als nahestehende Personen kommen sowohl Partner und Ehegatten als auch Verwandte, aber auch Freunde in Frage. Es fallen darunter außerdem auch gute Bekannte und gar Nachbarn.<sup>739</sup> Um eine nahestehende Person für die Übernahme einer Sachwalterschaft zu erwärmen, können die Gerichte die Sachwaltervereine zur Beratung und Unterstützung nennen. Durch die mit dem SWRÄG 2006 neu geschaffene Clearingfunktion der Vereine, sollen diese zuallererst untersuchen, ob eine Sachwalterschaft notwendig ist und falls ja, in welchem Ausmaß.<sup>740</sup> Nahestehende Personen eignen sich besonders gut als Sachwalter, da sie die betroffene Person gut kennen und in der Regel ein Vertrauensverhältnis zwischen den beiden besteht. Die betreute Person empfindet eine Sachwalterschaft durch eine ihr nahestehende Person oft als nicht so herabwürdigend wie dies bei einer fremden Person der Fall ist. Auch das

---

<sup>735</sup> *Tschugguel/Parapatits* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 279 Rz4 (Stand 1.9.2014, rdb.at)

<sup>736</sup> *Schauer*, ÖJZ 2007, 178.

<sup>737</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 16.

<sup>738</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 16.

<sup>739</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 17.

<sup>740</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 16.

Gefühl der Fremdbestimmung ist in diesem Fall oftmals nicht so stark ausgeprägt. Aber auch für den Angehörigen selbst ist es so häufig angenehmer, da er so seinen Angehörigen in guten Händen weiß, da er die Besorgung weitgehend selbst vornehmen kann. Er kennt den Betroffenen in der Regel besser als ein fremder Sachwalter und kann daher eine an dessen Wünschen orientierte Vertretung besser wahrnehmen. Für weitere Unterstützung und Beratung stehen darüber hinaus die Vereine zur Verfügung.

#### 20.7.3. Vereine als Sachwalter

Ein Verein ist erst dann mit der Sachwalterschaft zu betrauen, wenn keine der in § 279 Abs 2 genannten Personen zur Verfügung steht. Darüber hinaus nur dann, wenn nicht überwiegend rechtliche Angelegenheiten zu regeln sind. Bei der Auswahl des Vereins ist auf einen örtlich zuständigen Verein zu greifen.<sup>741</sup> In der Möglichkeit, einen Verein zum Sachwalter zu bestellen, sah der Gesetzgeber eine Reihe organisatorischer und arbeitsrechtlicher Vorteile. So sollten dadurch vor allem administrative Angelegenheiten effizienter und wenn möglich gesammelt geregelt werden können.<sup>742</sup> Dies ist nicht nur für den Verein, sondern auch für den Betroffenen selbst von Nutzen, da eine leichtere, schnellere und kostengünstigere Bearbeitung von Anliegen und sonstigen Angelegenheiten ermöglicht wird.<sup>743</sup> In diesem Verfahren wird der Verein selbst zum Sachwalter bestellt und dieser wiederum betraut einen sogenannten Vereinssachwalter, der die eigentlichen sachwalterschaftlichen Pflichten übernimmt.<sup>744</sup> Dieser Vereinssachwalter ist es auch, der der Ansprechpartner des Gerichts ist.<sup>745</sup>

#### 20.7.4. Jurist als Sachwalter

Ist weder eine Person nach § 279 Abs 2 noch ein Verein verfügbar oder sind für die Besorgung der Angelegenheiten Rechtskenntnisse erforderlich, so ist ein Rechtsanwalt oder Notar mit der Sachwalterschaft zu betrauen. In der Praxis ist dies häufig der Fall, da die Kapazitäten der Sachwaltervereine begrenzt und diese regelmäßig voll ausgelastet sind. Nahe Angehörige sehen sich darüber hinaus oft nicht in der Lage, die Sachwalterschaft eines Familienmitglieds zu übernehmen. Dabei lässt sich in der Praxis außerdem erkennen, dass im ländlichen Bereich wesentlich öfter Betreuungen im Familienkreis übernommen werden, während dies in der Stadt eher mit Zurückhaltung geschieht. Darüber hinaus wird

---

<sup>741</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 17.

<sup>742</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 6.

<sup>743</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 17.

<sup>744</sup> *Stabentheiner* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 279 Rz4 (Stand 1.7.2015, rdb.at).

<sup>745</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 17.

befürchtet, dass aufgrund der sich ändernden sozialen und familiären Strukturen in der heutigen Gesellschaft, die Bereitschaft, die Betreuung für eine nahestehende Person zu übernehmen, nicht unbedingt weiter steigen wird.<sup>746</sup> Während die Angehörigenvertretung durch die noch immer bemerkbare Solidarität und Fürsorge im Familienkreis sehr wohl weiter besteht und bestehen wird, ist bei der Übernahme einer Sachwalterschaft nicht die selbe Bereitschaft erkennbar. Dies hängt wohl mit der Verantwortung zusammen, die mit einer Sachwalterschaft verbunden ist und die bei der Angehörigenvertretung doch eine wesentlich geringere ist.<sup>747</sup>

Bei der Betrauung eines Angehörigen eines Rechtsberufes oder auch einer sonstigen geeigneten Person ist besonders darauf Rücksicht zu nehmen, dass eine Sachwalterschaft immer auch die Personensorge des Betroffenen umfasst. Das Gericht hat bei der Bestellung darauf Bedacht zu nehmen, dass dieser Personensorge durch den Stellvertreter auch ausreichend Rechnung getragen werden kann.<sup>748</sup>

Die Rangordnung der zu bestellenden Personen kann in bestimmten Fällen durchbrochen werden. Zum einen wenn, wie bereits dargelegt, besondere Rechtskenntnisse unabdingbar sind und zum anderen, wenn sich ein Fall einer Sachwalterschaft als besonders komplex abzeichnet. Auch wenn ein Betroffener wegen seiner psychischen Verfassung eine besondere Behandlung braucht oder aufgrund sonstiger Umstände als überdurchschnittlich schwierig angesehen werden kann, ist ein Sachwalterverein mit der Besorgung der Angelegenheiten zu betrauen, da er leichter und öfter über die erforderlichen Mittel und das erforderliche Personal verfügt.<sup>749</sup>

Das Gesetz enthält außerdem eine Vermutung, welche die Höchstzahl der zu übernehmenden Sachwalterschaften betrifft. Wunsch des Gesetzgebers ist es, eine angemessene Betreuung des Pflegebefohlenen und insb den persönliche Kontakt zu ebendiesem sicherzustellen. Bei Überschreiten der gesetzlichen Höchstzahl<sup>750</sup> wird vermutet, dass die erforderliche Pflege nicht gewährleistet werden kann. Nichtsdestotrotz verfügen Vereine und Rechtsanwälte/Notare häufig über die erforderlichen Mittel und Mitarbeiter, da sie sich auf die großflächige Übernahme von Sachwalterschaften

---

<sup>746</sup> *Strätling/Scharf/Wedel/Oehmichen/Eisenbart*, MedR 2001, 388.

<sup>747</sup> *Kellner/Barth*, JBl 2007, 691.

<sup>748</sup> Zum Begriff der Personensorge eingehend S 140ff.

<sup>749</sup> *Stabentheiner in Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 279 Rz5 (Stand 1.7.2015, rdb.at).

<sup>750</sup> Fünf Sachwalterschaften für nahestehende und sonstige geeignete Personen und 25 Sachwalterschaften für Vereine und Rechtsanwälte/Notare.

spezialisiert haben. In solchen Fällen ist eine Überschreitung der Höchstzahlen sehr wohl möglich, insb da es sich bei den genannten Zahlen lediglich um eine gesetzliche Vermutung handelt.<sup>751</sup> Darüber hinaus könnte auf anderen Weg keine entsprechende Vertretung der Betroffenen sichergestellt werden.

## 20.8. Die Stellung des Besachwalteten in einer Sachwalterschaft

Im Wirkungsbereich seines Sachwalters kommt dem Besachwalteten gem § 280 **keine Geschäftsfähigkeit** zu. Er verliert diese **automatisch** mit der Sachwalterbestellung.<sup>752</sup> Er verliert dadurch jedoch nur seine Geschäftsfähigkeit, nicht auch seine Deliktsfähigkeit.<sup>753</sup> Diese Regelung ist höchst problematisch und wurde sowohl von Behindertenvereinen als auch der UNO regelmäßig kritisiert.<sup>754</sup> Ohne eine Zustimmung des Sachwalters kann der Besachwaltete in dessen Wirkungsbereich nämlich nicht rechtswirksam handeln. Die volle Geschäftsunfähigkeit kann nur durch einen gerichtlichen Beschluss wieder aufgehoben werden. Auch wenn der Besachwaltete einen lichten Augenblick (sog „lucidum intervallum“) hat, lebt seine Geschäftsfähigkeit dadurch nicht wieder auf.<sup>755</sup> Geringfügige Geschäfte des täglichen Lebens kann aber auch der Besachwaltete nach § 280 Abs 2, ähnlich der Regelung bei Minderjährigen nach § 170 Abs 3, rechtswirksam ohne Tätigwerden seines Sachwalters durch Erfüllung seiner Pflichten rückwirkend abschließen.<sup>756</sup> Außerhalb des Wirkungsbereichs des Sachwalters kann der Besachwaltete ohne Schranken frei verfügen. Ihm kommt hier volle Geschäftsfähigkeit zu, jedoch auch nur soweit, als ihm der Gebrauch der Vernunft möglich ist, er also über die jeweils erforderliche Einsichtsfähigkeit verfügt. Sollte er die Konsequenzen und Reichweite seines Verhaltens nicht richtig abschätzen können, so sind auch diese Geschäfte – obwohl im eigenen Wirkungsbereich des Pflegebefohlenen – ungültig.<sup>757</sup>

§ 281 legt ein weiteres Mal fest, dass das Wohl und die Bedürfnisse des Betroffenen stets an erster Stelle stehen und sich die Arbeit des Sachwalters an ihnen zu orientieren hat. Dabei ist von den individuellen konkreten Bedürfnissen auszugehen und nicht ein

---

<sup>751</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 18.

<sup>752</sup> Aicher in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 21 Rz 4 (Stand 1.7.2015, rdb.at).

<sup>753</sup> Aicher in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 21 Rz 4 (Stand 1.7.2015, rdb.at).

<sup>754</sup> S zu dieser Diskussion eingehend S 193ff.

<sup>755</sup> Koziol – Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 209; ErläutME 222/ME 25. GP 18; Bernat, ZfRV 2005/25.

<sup>756</sup> Koziol – Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> Rz 212. Vgl hierzu ausführlich S 14ff.

<sup>757</sup> Aicher in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 21 Rz 4 (Stand 1.7.2015, rdb.at).

durchschnittlicher objektiver Maßstab anzulegen. Die Wünsche und Vorstellungen der betrauten Person ergeben sich auch hier wieder aus bereits getätigten Äußerungen, allgemein bekannten Ansichten oder Erzählungen von nahestehenden Personen. Die Bedeutung dieser Regelung liegt darin, das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen trotz seiner Einsichtsunfähigkeit zu gewährleisten.<sup>758</sup> Dem Sachwalter wird die **Pflicht zur „Wunschermittlung“** des Betroffenen auferlegt.<sup>759</sup> Er hat seinen Pflegebefohlenen über geplante anstehende Maßnahmen zu informieren und hat darüber hinaus seine Wünsche hierzu zu eruieren und bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen. Der Betroffene ist daher rechtzeitig zu verständigen, sodass er angemessen Zeit hat, Informationen sowie etwaige andere Meinungen, einzuholen, die gesamte Situation zu überblicken und dementsprechend seinen Willen zu bilden.

Um den Sachwalter in seiner Tätigkeit aber nicht übermäßig zu beschränken und unverhältnismäßige Bürden zuzumuten, betrifft eine **Verständigungspflicht nur wichtige Maßnahmen** und nicht jede Maßnahme schlechthin.<sup>760</sup> Die Beurteilung erfolgt individuell und kann sich auch an den Ansichten des Betroffenen orientieren, da auch die Berurteilung der einzelnen Lebensgüter von Person zu Person variieren kann. Darüber hinaus ist das Mitspracherecht des Betroffenen nur zwischen diesem und seinem Sachwalter bindend. Nach außen hat der konkret geäußerte Wunsch keine rechtliche Wirkung. Auch ein entgegen dem ausdrücklichen Wunsch des Betroffenen geschlossenes Geschäft ist Dritten gegenüber wirksam. Im Innenverhältnis erwachsen dem geschädigten Betreuten selbstverständlich Schadenersatzansprüche gegen seinen Sachwalter.<sup>761</sup> Der behandelnde Arzt, dem erkennbar war oder erkennbar hätte sein müssen, dass der Sachwalter ungerechtfertigterweise wider den Wunsch des Betroffenen handelt, kann auch nicht strafrechtlich belangt werden.<sup>762</sup> Er muss sich keine Gedanken machen, ob eine Einwilligung nach ausreichender Berücksichtigung des Mitspracherechts des Betroffenen abgegeben wurde oder nicht und der Sachwalter seiner Wunschermittlungspflicht nachgekommen ist.<sup>763</sup> Ein solches Vorgehen des Sachwalters hat nur im Innenverhältnis zum Beschwalteten Wirkung. Würde man dem behandelnden Arzt auch noch diese Verpflichtung zuschreiben, könnte er bald seiner eigentlichen Tätigkeit, der Sicherstellung

---

<sup>758</sup> Neumayr, iFamZ 2012, 245f.; Vgl außerdem S 137ff.

<sup>759</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 18.

<sup>760</sup> Stabentheiner in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 281 Rz3(Stand 1.7.2015, rdb.at.)

<sup>761</sup> OGH 7.5.2008, OGH 9 Ob 8/07b; Barth, ÖJZ 2000, 67.

<sup>762</sup> Barth, ÖJZ 2000, 67; Malecky, ÖJZ 1994, 685.

<sup>763</sup> Malecky, ÖJZ 1994, 685.

der Gesundheitsversorgung, nicht mehr hinreichend nachgehen. Der Katalog an nicht-medizinischen Tätigkeiten hat bereits jetzt ein beträchtliches Ausmaß angenommen.

## 20.9. Wünsche vs Wohl des Patienten

Kernanliegen jedes Vertretungsrechts war und ist es immer, dem **Willen** des Betreuten gerecht zu werden und seinen **Wünschen** entsprechend zu handeln, um eine möglichst selbstbestimmte Lebensführung zu ermöglichen. Auf der anderen Seite hat der Vertreter auch dem **Wohl** des Betroffenen entsprechend zu handeln. Dabei kann es zu einem **Spannungsverhältnis** kommen, wenn sich Wohl und Wille widersprechen und zwei unterschiedliche Ziele verfolgen. Das Wohl des Betreuten ist dabei nicht allgemein und objektiv zu beurteilen. Das objektive Wohl kann zwar die Entscheidungsfällung in eine bestimmte Richtung indizieren, jedoch sollte es niemals einziger Anhaltspunkt für einen konkreten Entschluss sein. Es handelt sich dabei nämlich um einen persönlichen, individuellen Begriff, weshalb stets im Einzelfall zu beurteilen ist, was dem Wohl des Einzelnen entspricht. Es hat sich an den Wünschen des Patienten zu orientieren. Lassen sich die Wünsche der betrauten Person nicht mit ihrem Wohl vereinen oder stehen sie gar im Widerspruch zueinander, so hat der Sachwalter zu versuchen, einen Ausgleich zu erzielen. Ist dies nicht möglich, so ist primär nach dem Willen des Betroffenen zu entscheiden.<sup>764</sup> Es sind demnach auch Anliegen beachtlich und zu befolgen, die objektiv gesehen für die Gesundheit oder die Verbesserung des Gesundheitszustandes der betrauten Person nicht die erste Wahl sind, seine subjektive Lebensqualität aber steigern. Es kann daher durchaus vorkommen, dass eine Entscheidung getroffen wird, die objektiv gesehen unvernünftig scheint, aber den Wünschen des Betreuten entspricht. Die Grenze liegt da, wo eine Berücksichtigung des individuellen Wunsches des Betroffenen mit einer Gesundheitsgefährdung bzw -beeinträchtigung einherginge.<sup>765</sup> Der Vertreter kann dann von den Wünschen abgehen, wenn diese klar dem Wohl des Patienten widersprechen. Auch in den Materialien zum SWRÄG 2006 heißt es, ein Sachwalter hat sich für die nach objektiven Kriterien günstigere Maßnahme zu entscheiden wenn ein Ausgleich nicht möglich ist, auch wenn diese eindeutig dem Wunsch des Betroffenen widerspricht.<sup>766</sup> Die Wünsche sind demnach so lange zu respektieren als sie die Gesundheit des Betreuten nicht

---

<sup>764</sup> OGH 11.5.2011, OGH 3 Ob 81/11z; *Stabentheiner* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 281 Rz1(Stand 1.7.2015, rdb.at).

<sup>765</sup> *Neumayr*, iFamZ 2012, 245.

<sup>766</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 18.

gefährden. Auf der anderen Seite gebietet aber der Respekt vor dem individuellen Selbstbestimmungsrecht eine Behandlung dann nicht vorzunehmen oder gerade schon vorzunehmen, wenn dies dem Wunsch, aber nicht dem Wohl des Patienten entspricht.<sup>767</sup> Wesentlich ist, dass es dem Wohl des Betroffenen einerseits entspricht, ihn vor nachteiligen Folgen vor sich selbst sowie vor anderen zu schützen und andererseits diesen Schutz nur insoweit zu verwirklichen, als dies seine Autonomie nur im unbedingt erforderlichen Ausmaß beschränkt.<sup>768</sup>

Handelt es sich um eine Maßnahme, die nicht in den Wirkungsbereich des Sachwalters fällt und der Betroffene trifft eine Entscheidung, die **objektiv als unvernünftig** gesehen wird, so hat der Sachwalter das zuständige **Pflegschaftsgericht** anzurufen. Eine objektive Unvernünftigkeit kann zwar eine fehlende Einwilligungsfähigkeit indizieren, jedoch ist eine differenzierte Wertvorstellung durchaus legitim.<sup>769</sup> Weigert sich ein Patient, einer medizinischen Behandlung zuzustimmen, so heißt dies nicht zwangsläufig, dass er nicht einwilligungsfähig ist.<sup>770</sup> Das Pflegschaftsgericht hat in diesem Fall zu prüfen, ob die für die konkrete Behandlung erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit gegeben ist.<sup>771</sup> Beruht die Entscheidung des Betroffenen auf seinen abweichenden Wertmaßstäben, so ist diese zu respektieren und keine Vertretung durch den Sachwalter erforderlich.<sup>772</sup> Eine differenzierte Meinungsbildung beispielsweise aufgrund religiöser oder sonstiger weltanschaulicher Gründe ist zu berücksichtigen.<sup>773</sup> Lediglich wenn seine abweichende Willensbildung eine Konsequenz seiner Erkrankung darstellt, ist die Entscheidung durch den Sachwalter bzw das Pflegschaftsgericht zu substituieren.<sup>774</sup> Die Einschaltung des Gerichts hat hier insb Kontrollfunktion und vermittelt überdies allen Beteiligten ein Gefühl von Zuverlässigkeit und Sicherheit.<sup>775</sup>

Primär hat der Vertreter auf die **Erhaltung von Leben und Gesundheit** des Betroffenen hinzuwirken.<sup>776</sup> Dabei ist zu beachten, dass häufig eine Behandlung, die zwar eine

---

<sup>767</sup> Vgl dazu eingehend S 53ff.

<sup>768</sup> *Ofner*, ÖJZ 2005, 776.

<sup>769</sup> *Barth*, ÖJZ 2000, 63; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 822.

<sup>770</sup> *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 823.

<sup>771</sup> *Barth*, ÖJZ 2000, 63.

<sup>772</sup> *Barth*, ÖJZ 2000, 63; *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 159f.

<sup>773</sup> *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 821.

<sup>774</sup> *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht, 159; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 821.

<sup>775</sup> *Spickhoff*, Medizin und Recht zu Beginn des neuen Jahrhunderts – Die Entwicklung des Medizinrechts 2000/2001, NJW 2001, 1765.

<sup>776</sup> *Posselt-Wenzel*, Medizinische Eingriffe bei geistig behinderten Menschen, 73. Beachte in diesem Zusammenhang die bereits erläuterten Gedanken zum unterstützten Sterben in Würde. Auch vom Sachwalter

kognitive Verbesserung des Zustandes des Patienten zur Folge hat, nicht auch unbedingt zu einer Verbesserung seines gesamten gesundheitlichen Zustandes führen muss. Die **Steigerung der Lebensqualität** ist individuell zu beurteilen und kann dazu führen, dass eine Behandlung, die zwar objektiv eine Gesundheitsoptimierung schafft, aus subjektiven, in der Person des Betroffenen liegenden Gründen abgelehnt werden muss.<sup>777</sup> Es lässt sich also festhalten, dass eine Behandlung primär an den Wünschen des Patienten zu messen ist. Ist ein Vorgehen wider das Wohl des Patienten und kann dies nicht zugemutet werden, so ist dem Wohl des Betroffenen der Vorrang zu geben und die Behandlung danach auszurichten.<sup>778</sup> Eine Behandlung gegen den ausdrücklichen Willen des Patienten ist aufgrund ihres enormen grundrechtlichen Eingriffs nur in sehr engen Grenzen möglich und fällt weitgehend in den Anwendungsbereich des UbG bzw bedarf dort, wo sie es nicht tut, der gerichtlichen Kontrolle. Bei einer solchen Behandlung handelt es sich nämlich um eine Zwangsbehandlung.

Ebenso ist eine Entscheidung, die unweigerlich mit dem Tod des Betroffenen verbunden ist, zu respektieren. Es lässt sich erkennen, dass eine pauschale Beantwortung der Frage, wonach schlussendlich zu entscheiden ist, nicht möglich und deshalb stets eine Einzelfallbeurteilung erforderlich ist.

Auch eine Minderung der **finanziellen Interessen** ist dem Wohl der betreuten Person grundsätzlich abträglich. Jedoch steht bei älteren Personen die Vermehrung ihres Vermögens nicht an erster Stelle.<sup>779</sup> Es können also verschiedene drohende Nachteile dem Willen des Betroffenen vorgehen und somit eine Entscheidung des Sachwalters rechtfertigen, die vielleicht auf den ersten Blick nicht den Vorstellungen seines Pflegebefohlenen entsprechen mag. Es sollen dennoch auch größere Investitionen getätigt werden, die einen **positiven Effekt auf die Lebensqualität** des Betroffenen haben und sein Wohlbefinden steigern können. Die Steigerung seiner Daseinsfreude hat einen höheren Stellenwert als die Erhaltung des Vermögens für etwaige zukünftige Erben.<sup>780</sup>

---

kann wohl verlangt werden, dass er seinen Vertretenen in dessen letzter Lebensphase zu Seite steht. Dies kann außerdem Ausfluss seiner Pflicht zur Personensorge sein. Vgl zum Verhältnis Arzt-Patient bereits S 110f.

<sup>777</sup> *Berghmans*, Ethik in der Medizin 2003, 10.

<sup>778</sup> *Posselt-Wenzel*, Medizinische Eingriffe bei geistig behinderten Menschen, 74.

<sup>779</sup> ErläutRV 1420 B1gNR 22. GP 19.

<sup>780</sup> *Stabentheiner* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 281 Rz5 (Stand 1.7.2015, rdb.at).

## 20.10. Personensorge

Von der Sachwalterschaft umfasst ist außerdem die „Personensorge“, die sich vor allem im Bereich der medizinischen Angelegenheiten äußert. Die Einwilligung zu einer medizinischen Behandlung an sich ist aber nicht von der Personensorge umfasst.<sup>781</sup> Die Personensorge verpflichtet den Sachwalter dazu, nicht nur alle erforderlichen Vertretungshandlungen zu setzen, sondern auch regelmäßig persönlichen Kontakt zu dem Betreuten zu pflegen. Er hat sich um eine ausreichende **ärztliche und soziale Betreuung zu bemühen** und darüber hinaus selbst zumindest ein Mal monatlich mit der betreuten Person Kontakt zu halten.<sup>782</sup> Die Pflicht zur Personensorge trifft jeden Sachwalter unabhängig vom Wirkungsbereich seiner Vertretungsmacht. Es sind daher auch Sachwalter, die nur für einzelne Angelegenheiten bestimmt sind, oder denen nur Aufgaben außerhalb der Personensorge zukommen, grundsätzlich zur Personensorge verpflichtet.<sup>783</sup> Ist eine ausreichende medizinische und soziale Versorgung, insb durch familiäre Kontakte sichergestellt, so kann die Pflicht des Sachwalters dahingehend jedoch ausnahmsweise sehr wohl entfallen.<sup>784</sup> Sollen dem Sachwalter umfassende Pflichten im Bereich der Personensorge, die über den ordentlichen Umfang hinausgehen, zukommen, so müssen ihm diese im Rahmen des gerichtlichen Sachwalterschaftsbeschlusses übertragen werden.<sup>785</sup> Vor dem KindRÄG 2001 hatte jeder Sachwalter eine umfassende Pflicht zur Personensorge. Heute trifft ihn nur noch eine „**Bemühungspflicht**“, die aber in jedem Fall besteht und auch gerichtlich nicht ausgeschlossen werden kann.<sup>786</sup> Der Gesetzgeber hat sich für eine bloße Bemühungspflicht des Sachwalters entschieden, da ein regelmäßiger Kontakt nicht sinnvoll möglich ist, wenn er vom Betroffenen nicht gewünscht ist.<sup>787</sup> Die Personensorge war wesentlicher Kernpunkt des SWRÄG 2006, da die Zahl der Sachwalterschaften stetig zunahm, was zu einer Überlastung der Sachwalter führte. Der Gesetzgeber wollte daher eine Pflicht zu einem Mindestmaß an Versorgung des Beschwalteten gesetzlich verankert wissen.<sup>788</sup> Der vorgesehene monatliche Kontakt gestaltet sich in der Form, dass ein persönlicher Kontakt stattfinden muss. Reiner E-Mail-Verkehr oder Telefonate sind nicht ausreichend. Darüber hinaus hat der Sachwalter den

---

<sup>781</sup> Barth, ÖJZ 2000, 60f.

<sup>782</sup> Tschugguel/Parapatits in Kletečka/Schauer, Vor §§ 282-284 Rz 1(Stand 1.9.2014, rdb.at).

<sup>783</sup> OGH 13.9.2012, OGH 6 Ob 95/12g; Gamerith, NZ 1988, 61 ff.

<sup>784</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 19.

<sup>785</sup> OGH 13.9.2012, OGH 6 Ob 95/12g.

<sup>786</sup> Stabentheiner in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 282 Rz 1 (Stand 1.7.2015, rdb.at).

<sup>787</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 19.

<sup>788</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 5.

Betroffenen aufzusuchen und nicht umgekehrt. Dies unter anderem auch deshalb, da er sich nur so ein Bild über die Lebenssituation des Betreuten machen kann. Da der Sachwalter grundsätzlich bei seiner Entscheidungsfindung an den Willen und die Ansichten der betreuten Person gebunden ist und diese daher regelmäßig zu eruieren hat, wird ein geregelter persönlicher Kontakt ohnehin unvermeidlich sein.<sup>789</sup> In der Praxis lässt sich leider häufig bemerken, dass der persönliche Kontakt ein Mal im Monat bei juristischen Sachwaltern regelmäßig nicht eingehalten wird.<sup>790</sup>

---

<sup>789</sup> *Stabentheiner* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 282 Rz 2f (Stand 1.7.2015, rdb.at).

<sup>790</sup> *Vertretungsnetz*, Veränderungen bei Sachwalterschaften einleiten - Reformschwung nutzen, schon jetzt aktiv werden!, Rundbrief 9/2017, 13.

## 21. Medizinische Behandlung

Medizinische Behandlungen werden aufgrund ihrer Schwere bzw der mit ihnen verbundenen Folgen sowie Nebenwirkungen gesondert behandelt und erhalten eine explizite Regelung in § 283. Demnach kann in medizinische Behandlungen grundsätzlich **nur der betroffene Patient selbst** einwilligen. Dies selbstverständlich nur im Rahmen seiner Einsichts- und Urteilsfähigkeit. Der Gesetzgeber hätte dies nicht ausdrücklich in Abs 1 festhalten müssen, da bei einem Eingriff in die körperliche Integrität eine Willenserklärung ohnehin immer vom Patienten selbst einzuholen ist und nur im Fall fehlender oder unzureichender Einsichts- und Urteilsfähigkeit auf einen Sachwalter oder sonstigen Vertreter zurückgegriffen werden kann.<sup>791</sup> Dass der Patient auch voll geschäftsfähig ist, ist hingegen nicht erforderlich.<sup>792</sup> Verfügt eine Person über die für die konkrete Behandlung erforderliche Einsichtsfähigkeit, so ist keine – auch keine zusätzliche – Zustimmung des Sachwalters einzuholen.<sup>793</sup> Damit ein Sachwalter nach Abs 1 seine Zustimmung erteilen kann, muss sich sein Wirkungsbereich auf den Kreis medizinischer Angelegenheiten erstrecken. Verfügt der Patient jedoch über die für die Behandlung erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit, so ist der Sachwalter nicht befugt, an seiner Stelle zuzustimmen, auch dann nicht, wenn sich sein Wirkungsbereich auf diese Angelegenheit erstreckt.<sup>794</sup> Dabei ist es irrelevant, ob es sich um eine einfache oder eine schwerwiegende Heilbehandlung handelt. Willigt ein Sachwalter an seiner Stelle ein, so ist dies unwirksam und der Eingriff erfolgt ohne wirksame Zustimmung. Dass der Betroffene eine Behandlung aus persönlichen, nicht nachvollziehbaren Gründen ablehnt, kann auf einer differenzierten Wertvorstellung beruhen und muss nicht per se auf eine fehlende Einwilligungsfähigkeit hindeuten.<sup>795</sup> Der Begriff der medizinischen Behandlung ist in diesem Kontext sehr weit zu verstehen.<sup>796</sup> Es fallen darunter einerseits medizinisch indizierte Eingriffe, aber teilweise auch nicht medizinisch indizierte Behandlungen, wie kosmetische Behandlungen, Transplantationen und Transfusionen.<sup>797</sup> Auf sonstige Eingriffe, die sich einer medizinischen Indikation entziehen, aber dennoch Verletzungen

---

<sup>791</sup> Vgl auch § 36 Abs 1 UbG, der ebenfalls ausdrücklich festlegt, dass eine Behandlung am einsichts- und urteilsfähigen Patienten nur nach Einholung seiner Zustimmung vorgenommen werden darf.

<sup>792</sup> *Barth*, ÖJZ 2000, 61.

<sup>793</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 20; *Kopetzki* in *Kopetzki (Hrsg)*, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, 12.

<sup>794</sup> *Kopetzki* in *Kopetzki (Hrsg)*, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, 12.

<sup>795</sup> *Barth*, ÖJZ 2000, 63.

<sup>796</sup> Vgl S 102ff.

<sup>797</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 19.

der körperlichen Unversehrtheit darstellen und teils auf ärztliche Anordnung, aber jedenfalls von einem Arzt vorgenommen werden, sind die Regelungen über die medizinisch indizierten Eingriffe analog anzuwenden. Zu denken ist hier insb an Piercings, Tattoos oder psychotherapeutische Behandlungen.<sup>798</sup> Grundsätzlich fallen therapeutische Maßnahmen, die von Angehörigen anderer Gesundheitsberufe vorgenommen werden (wie beispielsweise psychotherapeutische Behandlungen), nämlich nicht unter die Definition der medizinischen Behandlung.<sup>799</sup> Eine analoge Anwendung des § 283 ist aber dennoch möglich.

Ist für die einwilligungsunfähige Person noch kein Sachwalter bestellt oder ist dieser nur für bestimmte Arten von Tätigkeiten zuständig und ist die konkret erforderliche Behandlung nicht umfasst, so ist die **Einleitung eines Sachwalterschaftsverfahrens** bzw die Erweiterung seines Wirkungsbereiches anzuregen.<sup>800</sup> Wurde bereits ein Sachwalter bestellt, so hat dieser an Stelle des Patienten in die Behandlung einzuwilligen, soweit diese von seinem Wirkungsbereich gedeckt ist.<sup>801</sup> Gibt der zuständige Sachwalter schließlich stellvertretend für den Beschwalteten seine Erklärung ab, so hat sich seine Entscheidung stets an den Wünschen des Betroffenen zu orientieren. Er hat auch hier seiner „Wunschermittlungspflicht“ nachzukommen.<sup>802</sup> Sollte darüber hinaus eine beachtliche Patientenverfügung der betroffenen Person vorliegen, so hat der Sachwalter auch diese bei der Ermittlung des Patientenwunsches und seiner Entscheidungsfindung zu berücksichtigen. Eine verbindliche Patientenverfügung schließt ein Tätigwerden des Sachwalters ohnehin von vornherein aus.<sup>803</sup>

### 21.1. Pflschaftsgerichtliche Genehmigung

Bei bestimmten medizinischen Angelegenheiten ist vom Sachwalter überdies die Zustimmung des zuständigen Pflschaftsgerichts einzuholen. In diesen Fällen liegt nur mit der pflschaftsgerichtlichen Genehmigung eine rechtlich bindende vollständige Einwilligung vor.<sup>804</sup> Eine solche ist bei Behandlungen erforderlich, die besonders

---

<sup>798</sup> *Stabentheiner in Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 283 Rz 2 (Stand 1.7.2015, rdb.at).

<sup>799</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 19.

<sup>800</sup> *Stabentheiner in Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 283 Rz 5 (Stand 1.7.2015, rdb.at).

<sup>801</sup> *Kopetzki in Kopetzki (Hrsg)*, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, 12.

<sup>802</sup> Vgl S 136.

<sup>803</sup> *Stabentheiner in Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 283 Rz 5 (Stand 1.7.2015, rdb.at).

<sup>804</sup> *Stellamor/Steiner*, *Arztrecht I*, 26.

nachhaltige Folgen nach sich ziehen können bzw solche Fälle, in denen der Sachwalter entgegen dem offenbaren Wunsch des Beschwalteten handeln möchte.

### 21.1.1. Schwerwiegende Behandlungen

Die in § 283 Abs 2 thematisierten – pauschal unter dem Begriff der „**schwerwiegenden Behandlung**“ zusammengefassten – Eingriffe, behandeln jene medizinischen Operationen und Therapien, die „gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden sind“. Es handelt sich dabei um Behandlungen, die mit einem überdurchschnittlichen Risiko, erheblichen Nebenwirkungen oder Schmerzen verbunden sind, insb größere operative Eingriffe, Maßnahmen, die lebenswichtige Organe betreffen, Amputationen, risikobehaftete diagnostische Maßnahmen, Chemo- und Strahlentherapien.<sup>805</sup> Schwere Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit sind regelmäßig dann erreicht, wenn der Tatbestand der schweren Körperverletzung iSd § 84 StGB erfüllt ist.<sup>806</sup> Darunter fallen idS Gesundheitsschädigungen, die mehr als 24 Tage andauern oder an sich schwere Körperverletzungen. Bei der Beurteilung ist auf die Wichtigkeit des von der Verletzung betroffenen Organs oder Körperteils, die Intensität sowie das Ausmaß der Schmerzen und anderen damit verbundenen Störungen als auch auf die Chancen des Heilungsverlaufes abzustellen. Dabei ist durchaus ein individueller Maßstab anzusetzen und auf die subjektive Situation des Patienten abzustellen.<sup>807</sup> Knochenbrüche fallen nach stRsp jedenfalls unter diesen Tatbestand.<sup>808</sup> „Nachhaltige Beeinträchtigungen“ meint all jene Verletzungen, die nur sehr schwer oder überhaupt nicht beseitigt werden können.<sup>809</sup> Darüber hinaus werden darunter Behandlungen, welche die Persönlichkeit betreffen, vor allem die Verabreichung von Psychopharmaka oder anderen schweren Medikamenten, verstanden. Dabei insb solche, die Hemmungen der geistigen oder intellektuellen Reifung, ferner Depressionen zur Folge haben, oder gar zu einer Abhängigkeit führen können. Beeinträchtigungen, die auf atypische oder seltene Risiken zurückzuführen sind, fallen

---

<sup>805</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 20.

<sup>806</sup> Kletečka in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Kap I.4.4.2.6. (Stand März 2015, rdb.at); Jesser-Huß in Resch/Wallner (Hrsg), Kap IV Rz 62.

<sup>807</sup> Burgstaller/Fabrizy in Höpfel/Ratz, § 84 Rz 19 (Stand 5.1.2018, rdb.at). Ein Klavierspieler wird seinen einzelnen Fingern beispielsweise einen höheren Stellenwert beimessen, als jemand aus einer anderen Berufssparte. Auch wenn selbstverständlich für jedermann ein solcher Verlust nicht wünschenswert ist, so hat er für diesen weitreichendere – unter Umständen gar existenzielle – Folgen.

<sup>808</sup> RIS-Justiz RS0092410.

<sup>809</sup> Jesser-Huß in Resch/Wallner (Hrsg), Kap IV Rz 62.

jedenfalls nicht unter die Bestimmung des Abs 2. Es ist lediglich auf einen gewöhnlichen Ablauf abzustellen.<sup>810</sup>

Gedenkt der Sachwalter einer solchen Behandlung zuzustimmen, wird die Einholung einer **zweiten ärztlichen Meinung** (neben der des behandelnden Arztes) verlangt. Darüber hinaus ist auch der Betroffene selbst jedenfalls im Rahmen eines therapeutischen Gesprächs über die bevorstehende Behandlung zu informieren und gegebenenfalls aufzuklären. Sein Wille ist, soweit er seinem Wohl nicht abträglich ist, bei der Entscheidung zu berücksichtigen. Der zusätzlich hinzugezogene Arzt hat unabhängig vom eigentlich behandelnden Arzt einerseits festzustellen, dass der betroffene Patient nicht über die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügt und andererseits, dass die Vornahme der besagten medizinischen Behandlung seinem Wohl entspricht. Der zweite Arzt muss vom ersten Arzt unabhängig sein. Eine Tätigkeit in einem anderen Spital wäre bspw ein Indiz für eine solche Souveränität.<sup>811</sup> Aber auch innerhalb der selben Krankenanstalt tätige Ärzte können voneinander unabhängig sein, wenn sie unterschiedlichen Abteilungsleitungen unterstehen. Ansonsten werden keine spezifischen Anforderungen an den Arzt gestellt. Aus dem ÄrzteG ergeben sich jedoch einige kennzeichnende Voraussetzungen, die es zu beachten gilt. So haben Fachärzte ihre fachärztliche Berufstätigkeit auf ihr Sonderfach zu beschränken.<sup>812</sup> Dadurch kann es notwendig werden, dass für ein ärztliches Zeugnis, das mehrere Fragen in verschiedenen Sonderfächern aufwirft, auch mehrere Fachärzte zu konsultieren sind. Ein Allgemeinmediziner ist grundsätzlich nicht auf ein Fach beschränkt, stellt er jedoch das ärztliche Zeugnis in einem Sonderfach aus, so gibt er damit zu erkennen, dass er über die erforderlichen Fähigkeiten sowie Kenntnisse verfügt und hat für etwaige Fehler nach § 1299 einzustehen.<sup>813</sup> Der Arzt hat darüber zu urteilen, ob die angedachte medizinische Behandlung für das Wohl des Patienten erforderlich ist. Es ist dabei nicht nur auf die medizinische Indikation einer Behandlung abzustellen. Auch Behandlungen, die medizinisch nicht indiziert sind, aber die **Lebensqualität** des Betroffenen **steigern**, können somit in seinem Wohl liegen und einen Eingriff rechtfertigen. Ausschlaggebend ist das gesamte Wohl des Pflegebefohlenen, indem hier die verschiedenen Faktoren<sup>814</sup>

---

<sup>810</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 20; *Kletečka* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Kap I.4.4.2.6. (Stand März 2015, rdb.at).

<sup>811</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 20.

<sup>812</sup> Vgl § 31 Abs 3 ÄrzteG.

<sup>813</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 20.

<sup>814</sup> Objektive Nachteile einer Behandlung gegen objektive Minderung der Leiden.

gegeneinander abgewogen werden. Als gleichwertige Alternative zu einem zweiten ärztlichen Zeugnis ist die Einholung einer pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung anzusehen.<sup>815</sup>

Gerade im ländlichen Bereich kann es mitunter schwierig werden, das Zeugnis durch einen **zweiten unabhängigen Arzt** einzuholen, da die Ärzte sich regelmäßig kennen und eine Unabhängigkeit somit nicht gegeben ist. Hier ist das Erwirken einer pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung daher naheliegend. Die Einholung einer zweiten ärztlichen Meinung bei besonders schweren Eingriffen ist mittlerweile fast schon gang und gäbe geworden. Auch nicht besachwaltete Personen suchen vor allem bei nicht alltäglichen Behandlungen einen zweiten Arzt auf, um eine weitere Meinung zu hören. Vor allem aufgrund der ständigen Weiterentwicklung in der medizinischen Wissenschaft ist eine solche Vorgehensweise ratsam. Im Recht der Sachwalterschaft ist das Aufsuchen eines zweiten Arztes bei schwerwiegenden Eingriffen durch die gesetzliche Verankerung verpflichtend.

#### 21.1.2. Erkennbare Ablehnung

Außerdem fordert der Gesetzgeber auch bei **erkennbarer Ablehnung** des Betroffenen eine Zustimmung des Gerichts.<sup>816</sup> Eine ablehnende Haltung muss nach außen hin erkennbar sein. Es sind aber keine allzu hohen Anforderungen an sie zu stellen, da es sich ja immer noch um eine besachwaltete Person handelt, die an einer geistigen Behinderung oder einer psychischen Krankheit leidet. Eine Einsichtsfähigkeit ist gerade nicht erforderlich, es ist lediglich erforderlich, dass aus dem Verhalten des Betroffenen eindeutig oder konkludent hervorgeht, dass er mit der Behandlung nicht einverstanden ist.<sup>817</sup> Davon kann zB ausgegangen werden, wenn sich der Patient gegen die Vornahme einer Behandlung wehrt oder nicht aufhört zu schreien. Es sollen keine Zweifel an der Freiwilligkeit bestehen.<sup>818</sup> Weiters geht die herrschende Lehre davon aus, dass eine erkennbare Ablehnung des Betroffenen nicht nur bei schweren Eingriffen, sondern über einen Größenschluss genauso auch bei einfachen Eingriffen relevant sein soll. Wenn der Wille einer nicht einsichtsfähigen Person bei besonders gravierenden Behandlungen zu beachten ist, dann doch auch bei einfachen Eingriffen, die für ihn noch viel eher begreifbar

---

<sup>815</sup> *Stabentheiner in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 283 Rz 7 (Stand 1.7.2015, rdb.at).*

<sup>816</sup> Vgl ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 20.

<sup>817</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 20.

<sup>818</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 20

sein mögen.<sup>819</sup> In der Praxis könnte dies vermehrt zu Problemen führen, da dann beispielsweise auch bereits lang erprobte, auf den Patienten eingestellte medikamentöse Behandlungen bei plötzlicher Ablehnung durch den Besachwalteten einer gerichtlichen Zustimmung bedürften.<sup>820</sup> Außerdem ist es bei bestimmten Krankheitsbildern geradezu bezeichnend, dass sich der Patient auflehnt. Die gesundheitliche Verfassung von besachwalteten Personen ist häufig auch nicht immer gleich und kann sich sowohl täglich als auch stündlich ändern. Würde man davon ausgehen, dass solche Patienten allzu einfach die Vornahme bestimmter Behandlungen unterbinden können, würde dies regelmäßig nicht nur dem Wohl, sondern ebenso dem (eigentlichen) Willen des Patienten widersprechen. Auch müsste dann in weiterer Folge gefragt werden, ob dies bereits auch (Vor-)Untersuchungen betreffen sollte, die noch gar keine medizinische Behandlung im engen Sinn darstellen. Dies würde dem Arzt im Weiteren verweigern, Untersuchungen am Patienten vorzunehmen, die ihm jedoch erst eine finale Diagnose ermöglichen. Ob dies wirklich zielführend und vom Gesetzgeber so gewollt ist, erweist sich als zweifelhaft.

Darüber hinaus kann das Gericht immer dann an Stelle des Sachwalters seine Zustimmung erteilen, wenn dieser durch die Ablehnung das Wohl des Besachwalteten gefährdet. Lehnt der Sachwalter eine Behandlung ab, obwohl diese medizinisch indiziert ist und eindeutig dem Wohl des Pflegebefohlenen dient, handelt er pflichtwidrig. Das Gericht kann in diesem Fall auch den bestellten Sachwalter seines Amtes entheben und einen neuen bestellen. In der Regel wird es dies auf lange Sicht ohnehin machen müssen, da ein solcher Sachwalter nicht mehr zum Wohle des Besachwalteten handelt und eine ersatzweise Zustimmung des Gerichts zwar im Einzelfall durchaus zielführend sein kann, aber keine Dauerlösung bietet. Eine Einwilligung durch das Gericht ersetzt jene des bestellten Sachwalters, wobei dieser durchaus noch weiterhin als Sachwalter des Betroffenen tätig bleibt und auch im tangierten Wirkungskreis nach wie vor für diesen handelt. Eine ersatzweise Zustimmung ist erfahrungsgemäß vor allem in jenen Fällen zielführend, die mangels Gefahr im Verzug noch nicht in den Anwendungsbereich des § 283 Abs 3 fallen, bei denen aber Verzögerungen durch eine etwaige Sachwalter-Umbestellung dennoch vermieden werden sollen.<sup>821</sup>

---

<sup>819</sup> Schauer, ÖJZ 2007, 182.

<sup>820</sup> Stabentheiner in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 283 Rz 8 (Stand 1.7.2015, rdb.at).

<sup>821</sup> Stabentheiner in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 283 Rz 10 (Stand 1.7.2015, rdb.at).

### 21.1.3. Zustimmung zur Vornahme vs zum Abbruch einer Behandlung

Wesentlich ist, dass § 283 Abs 2 nur jene Fälle regelt, bei denen eine **Zustimmung zur Vornahme** einer Behandlung erforderlich ist. Sollte eine Zustimmung zum Abbruch oder zur Nicht-Vornahme einer Behandlung notwendig sein, so ist § 283 Abs 2 nicht analog darauf anzuwenden. Der OGH ist in seiner Entscheidung 9 Ob 68/11g umfassend auf dieses Problem eingegangen, insb auch deshalb, weil in der Lehre immer wieder Meinungen laut wurden, die sich sehr wohl für eine analoge Anwendung des § 283 Abs 2 aussprechen.<sup>822</sup> Um überhaupt Raum für eine Analogie zu haben, ist eine Lücke erforderlich, deren Regelung der Gesetzgeber vergessen hat. Der OGH geht in diesem Fall aber davon aus, dass keinesfalls eine planwidrige Lücke vorliegt, sondern der Gesetzgeber ganz bewusst und gewollt die Problematik der Zustimmung zum Behandlungsabbruch nicht in den Anwendungsbereich des § 283 Abs 2 aufgenommen hat. Überdies handelt es sich bei den beiden Problemen um komplett gegensätzliche Regelungsziele. § 283 Abs 2 verfolgt mit der Zustimmung zur Vornahme einer Behandlung den Zweck der **Lebenserhaltung**, während eine Zustimmung zu einem Behandlungsabbruch der Lebensbeendigung dienen würde. Der Behandlungsabbruch einer medizinischen Maßnahme stellt außerdem den stärksten Eingriff in das Leben eines Menschen dar. Da Eingriffe in Grundrechte dem gesetzlichen Bestimmtheitsgebot unterliegen, könne auch aus diesem Grund kein Raum für eine mögliche analoge Anwendung des § 283 Abs 2 bestehen. Laut OGH würde darüber hinaus dem Gericht keine Kompetenz zur Rechtsfortbildung zukommen, weshalb die Entscheidung über den Behandlungsabbruch schlussendlich beim zuständigen Sachwalter bzw dem behandelnden Arzt iSd mutmaßlichen Patientenwillens liege. Bei divergierenden Meinungen würde die Entscheidung eines der beiden zur Lebenserhaltung jedoch ausreichen, um den Behandlungsabbruch nicht vorzunehmen.<sup>823</sup>

Darüber hinaus führt der OGH aus, dass bei einer analogen Anwendung ein zweiter unabhängiger Arzt neben der mangelnden Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Betroffenen außerdem feststellen müsste, dass ein Behandlungsabbruch seinem Wohl entspreche. Selbst wenn man darunter den Willen des Patienten und mit diesem die Wahrung seines Selbstbestimmungsrechts sehen wollte, würde dies die Kompetenz eines Arztes

---

<sup>822</sup> So etwa *Kopetzki*, iFamZ 2007, 203, der eine Genehmigungskompetenz des Gerichts bei einem durch den Sachwalter angedachten Behandlungsabbruch beim Einwilligungsunfähigen bejaht.

<sup>823</sup> OGH 8.10.2012, 9 Ob 68/11g, Urteile und Beschlüsse des OGH, <http://www.ogh.gv.at/entscheidungen/entscheidungen-ogh/keine-gerichtliche-genehmigung-fuer-den-abbruch-lebenserhaltender-massnahmen/> (abgerufen am 13.10.2017).

überschreiten. Außerdem würde dies nicht in Einklang mit den Regelungen zu Patientenverfügungen stehen. Eine Patientenverfügung ist dann beachtlich, wenn der Betroffene festlegt, dass er auf künstliche lebenserhaltende Maßnahmen verzichtet und wenn die für eine verbindliche Patientenverfügung erforderlichen Formerfordernisse nicht erfüllt sind. Eine Patientenverfügung ist verbindlich, wenn sie vor einem Rechtsanwalt, Notar oder einem Mitarbeiter der Patientenvertretung errichtet wurde und außerdem konkrete Behandlungen bzw Maßnahmen enthält, die der Betroffene ablehnt. Eine analoge Anwendung auf Behandlungsabbrüche würde somit weiter gehen als eine beachtliche Patientenverfügung, die bloß den Ausschluss künstlicher lebensverlängernder Maßnahmen enthält. Ein zweiter Arzt könnte sohin über den Abbruch einer konkreten Behandlung verfügen; ein Vorgehen das sonst nur durch eine verbindliche Patientenverfügung möglich ist, die zu ihrer Wirksamkeit einige wesentliche Voraussetzungen erfüllen muss.<sup>824</sup> Im Ergebnis kommt dem Gericht nicht die Komeptenz zu, über den Abbruch einer Behandlung zu entscheiden.<sup>825</sup>

## 21.2. Gefahr in Verzug<sup>826</sup>

Auch für das Recht der Sachwalterschaft hat der Gesetzgeber eine eigene Regelung bezüglich der Vorgehensweise bei Gefahr im Verzug geschaffen. Diese ist mit den generellen Erfordernissen aus anderen gesetzlichen Bestimmungen zu dieser Situation vergleichbar.<sup>827</sup> Ist zur **Abwendung eines körperlichen oder gesundheitlichen Nachteils** die sofortige Behandlung notwendig und würde die Einholung der Zustimmung des Betroffenen selbst, des Sachwalters oder des Gerichts zu viel Zeit in Anspruch nehmen, so kann ausnahmsweise auf die Einwilligungserklärung verzichtet werden. Dies ist zum einen dann der Fall, wenn der Sachwalter selbst nicht zeitnah kontaktiert werden kann, aber auch dann, wenn der Sachwalter seine Zustimmung verweigert und eine ersatzweise Zustimmung durch das Gericht notwendig wäre bzw das Gericht einen neuen Sachwalter zu bestellen hätte. Das Verfahren zur Umbestellung eines Sachwalters dauert in der Regel selbst bei schneller Erledigung mindestens zwei Wochen. Ist diese Frist zu lange, so kann eine Behandlung auch ohne die erteilte Zustimmung vorgenommen werden, solange sie

---

<sup>824</sup> OGH 8.10.2012, 9 Ob 68/11g. Vgl außerdem S 161ff.

<sup>825</sup> OGH 8.10.2012, 9 Ob 68/11g.

<sup>826</sup> Vgl hierzu S 79ff.

<sup>827</sup> Konkret ist diese für das Sachwalterrecht in § 283 Abs 3 geregelt. Vgl außerdem § 8 Abs 3 KAKuG, § 110 Abs 2 StGB.

objektiv dem Wohl des Betroffenen dient. Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass das Vorliegen schwerer Schmerzen immer als Gefahr im Verzug zu werten ist, da die Verabreichung von Schmerzmitteln nicht erst von der Zustimmung eines Sachwalters abhängig gemacht werden soll. Die Schmerzlinderung liegt hier eindeutig im Wohl des Betroffenen.<sup>828</sup> Es darf jedoch auf der anderen Seite auch nicht zu voreilig von Gefahr im Verzug ausgegangen werden, da auf diese Weise die Einholung der Zustimmung durch den zuständigen Sachwalter umgangen werden könnte.

### 21.3. Sonderfall: Sterilisation

Die Zustimmung zu einer Heilbehandlung, welche die **dauernde Fortpflanzungsunfähigkeit** des Betroffenen zur Folge hat, ist grundsätzlich weder durch den Sachwalter noch durch das Gericht möglich. Es handelt sich um ein **absolut höchstpersönliches Recht**.<sup>829</sup> Einer solchen Maßnahme kann nur der einsichtsfähige Patient selbst zustimmen. Da eine Sterilisation einen schweren grundrechtlichen Eingriff darstellt, ist diese beim Einwilligungsunfähigen nur in sehr engen Grenzen zulässig. Wichtig ist dabei, dass vom Anwendungsbereich des § 284 nur jene Behandlungen erfasst sind, deren Sinn und Zweck auf die Erreichung der Fortpflanzungsunfähigkeit gerichtet ist. Eingriffe, bei denen die Fortpflanzungsunfähigkeit eine Nebenwirkung ist oder sein kann, sind davon nicht umfasst.<sup>830</sup> Ausnahmsweise ist eine ersatzweise Zustimmung zu einer Sterilisation schon möglich und zwar dann, wenn wegen eines **dauerhaften körperlichen Leidens** eine **ernste Gefahr für das Leben** oder eine **schwere Schädigung der Gesundheit** der behinderten Person bestünde. Es ist erforderlich, dass das körperliche Leiden dauerhaft ist. Vorübergehende schmerzhafte Zustände sind nicht ausreichend.<sup>831</sup> Der Gesetzgeber wollte den Anwendungsbereich dieser Regelung nur auf weibliche Personen begrenzen. Dies lässt sich einerseits daran erkennen, dass ein dauerhaftes körperliches Leiden als Folge drohen soll und andererseits ist den Mat<sup>832</sup> zum KindRÄG 2001 zu entnehmen, dass mit einiger Wahrscheinlichkeit mit einem Schwangerschaftseintritt zu rechnen ist. Da schon wegen des Gesetzeswortlauts eine ernste, das heißt konkret drohende, Gefahr bestehen muss, ist die einfache Möglichkeit,

---

<sup>828</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 21.

<sup>829</sup> Vgl S 45.

<sup>830</sup> *Stabentheiner* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 284 Rz 1 (Stand 1.7.2015, rdb.at); *Kopetzki* in *Kopetzki (Hrsg)*, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, 15.

<sup>831</sup> *Kletečka* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Kap I.4.9. (Stand März 2015, rdb.at).

<sup>832</sup> ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 81

schwanger zu werden nicht ausreichend. Eine dauernde Sterilisation ist also nur dann möglich, wenn sie dem Wohl der behinderten Person dient und es darüber hinaus keine alternativen Empfängnisverhütungsmethoden gibt<sup>833</sup> oder der Betroffene nicht in der Lage ist diese zu verstehen bzw sich demgemäß zu verhalten und einer Empfängnis dadurch vorzubeugen.<sup>834</sup> Sind all diese Voraussetzungen erfüllt, so kann ausnahmsweise der Sachwalter seine Zustimmung erteilen. Daneben ist außerdem auch eine gerichtliche Genehmigung einzuholen. Diese explizite Regelung zur Fortpflanzungsunfähigkeit ist insofern zu begrüßen, als damit ein umfassender Schutz einwilligungsunfähiger Frauen sichergestellt werden soll.

#### **21.4. Sonderfall: Schwangerschaftsabbruch bei der einwilligungsunfähigen Patientin**

Grundsätzlich kann auch zur Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs nur die einsichtsfähige Patientin selbst zustimmen. Ob beim Schwangerschaftsabbruch an einer einwilligungsunfähigen Patientin neben der Zustimmungserklärung des Sachwalters auch jene der Schwangeren selbst einzuholen ist, gilt als umstritten.<sup>835</sup> Es handelt sich dabei ähnlich einer Sterilisation um ein **absolut höchstpersönliches Recht**.<sup>836</sup> Der Schwangerschaftsabbruch ohne Einholung einer Einwilligung wird außerdem strafrechtlich verfolgt.<sup>837</sup> Folgt dem Eingriff sogar der Tod der Patientin, so ist ein höheres Strafmaß vorgesehen. Da sich die Entscheidung des Sachwalters jedoch immer am **Wohl** der Betroffenen zu orientieren hat, ist davon auszugehen, dass eine gegen ihren Willen vorgenommene Abtreibung aufgrund des damit verbundenen psychischen Drucks ohnehin nicht ihrem Wohl entspricht und damit schon alleine deshalb nicht vorgenommen werden darf.<sup>838</sup> Ist ein Schwangerschaftsabbruch zur Abwendung einer ernststen Gefahr für das Leben oder einer schweren Schädigung der Gesundheit erforderlich liegt Gefahr im Verzug vor. In diesem Fall wird er hingegen auch gegen den Willen der einwilligungsunfähigen Betroffenen und zu ihrem Wohl vorgenommen werden können.<sup>839</sup>

---

<sup>833</sup> *Stabentheiner* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 284 Rz 2 (Stand 1.7.2015, rdb.at).

<sup>834</sup> *Barth*, ÖJZ 2000, 65.

<sup>835</sup> *Barth*, ÖJZ 2000, 66; *Malecky*, ÖJZ 1994, 685.

<sup>836</sup> Vgl S 45.

<sup>837</sup> Vgl dazu explizit § 98 StGB.

<sup>838</sup> *Barth*, ÖJZ 2000, 66; *Malecky*, ÖJZ 1994, 685.

<sup>839</sup> Vgl dazu ausdrücklich § 98 Abs 2 StGB.

Außerdem kann auch eine Vorsorgevollmacht den Vorsorgebevollmächtigten ausdrücklich zur Zustimmung zu einem Schwangerschaftsabbruch ermächtigen.<sup>840</sup> Eine sonstige Vollmacht kann darüber hinaus aber nicht zu diesem Zweck erteilt werden.<sup>841</sup>

---

<sup>840</sup> Dazu sind die besonderen Erfordernisse für Vorsorgevollmachten in medizinischen Angelegenheiten zu beachten. Vgl hierzu S 159ff.

<sup>841</sup> *Stormann*, in FS Hopf (2007)234.

## 22. Alternativen zur Sachwalterschaft

Neben der Sachwalterschaft hat der Gesetzgeber noch drei weitere Möglichkeiten geschaffen, welche die Vertretung Einwilligungsunfähiger ermöglichen sollen. Es handelt sich dabei um die Angehörigenvertretung, die Vorsorgevollmacht und die Patientenverfügung. Das Besondere an den Modellen ist, dass der potenziell Einwilligungsunfähige selbst in unterschiedlichem Ausmaß bereits **im Vorhinein**, in einem Zustand, in dem er noch einsichts- und urteilsfähig ist, die einzelnen Komponenten festlegen und bei der Auswahl der Person und Konkretisierung der Betrauung mitwirken kann. Mit diesen Alternativen möchte der Gesetzgeber ein weiteres Mal die Subsidiarität der Sachwalterschaft betonen und die Autonomie des Einzelnen stärken. Es soll damit ein Anreiz geschaffen werden, sich mit seiner eigenen medizinischen Situation auseinanderzusetzen und für einen etwaigen Bedarfsfall ausreichend Vorsorge zu treffen.

Um die Popularität von Instituten wie der Vorsorgevollmacht oder Patientenverfügung zu steigern, wurde der Vorschlag gemacht, medizinische Leistungserbringer wie Krankenhäuser, Pflegeheime uä gesetzlich dazu zu verpflichten, dass sie Informationen bzw Informationsmaterial für Patienten zu den möglichen Vorsorgemöglichkeiten zur Verfügung stellen. Der Patient wird üblicherweise dort zum ersten Mal mit dem Gedanken der Vorsorge konfrontiert bzw geschieht es dort in einem solchen Maß, dass er sich eingehender damit beschäftigt. Auch wenn eine Vielzahl der Patienten dann uU gar nicht mehr in der Lage sein wird, etwaige Verfügungen zu treffen, so könnte damit zumindest einmal ein Anfang gemacht werden.<sup>842</sup> Auch das Bewusstsein innerhalb der Bevölkerung könnte mit einer solchen Vorgehensweise gestärkt werden. Außerdem lohnt es sich alleine bereits für jene Personen, die sehr wohl noch in der Lage sind, Verfügungen zu treffen. Jede individuelle Vorsorgeleistung ist als Schritt zur Stärkung der Autonomie zu werten. In diesem Fall geht Qualität vor Quantität. Sowohl die Vorsorgevollmacht als auch die Patientenverfügung leiden mangels ausreichenden Bewusstseins in der Bevölkerung nach wie vor unter einem minderen Bekanntheitsgrad.

---

<sup>842</sup> *Strätling/Scharf/Wedel/Oehmichen/Eisenbart*, MedR 2001, 391.

## 22.1. Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger

Die Angehörigenvertretung<sup>843</sup> wurde durch das SWRÄG 2006 geschaffen. Man wollte für die im Alltag bereits gängige Praxis, dass Familienangehörige regelmäßig die Besorgung von Angelegenheiten ihrer Verwandten, die dazu nicht mehr im Stande sind, übernehmen, eine rechtliche Grundlage schaffen. Außerdem wollte man den weiteren Anstieg von Sachwalterschaften mit der Schaffung neuer Rechtsinstitute eindämmen.<sup>844</sup> Gerade die Regelung von kleineren Angelegenheiten, die den Großteil der Sachwalterbestellungen darstellt, kann problemlos Angehörigen<sup>845</sup> überlassen werden und braucht keine besonderen Kenntnisse eines Sachwalters. Betreuungs- und sonstige Sozialleistungen wurden und werden nach wie vor regelmäßig ohnehin von Familienmitgliedern erbracht.<sup>846</sup> Hauptanwendungsbereich für die Angehörigenvertretung in der Praxis sind Angelegenheiten von Menschen, die an einer geistigen Behinderung oder einer Demenzerkrankung leiden.<sup>847</sup>

Die Voraussetzungen einer Angehörigenvertretung knüpfen an jene der Sachwalterbestellung an.<sup>848</sup> Eine **volljährige Person, die an einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung**<sup>849</sup> leidet, kann jene Angelegenheiten nicht selbst besorgen, die potenziell von der Angehörigenvertretung umfasst sein können. Dabei ist im Unterschied zur Sachwalterschaft das Erfordernis der „Gefahr eines Nachteils“ nicht geboten.<sup>850</sup> Es handelt sich um eine gesetzliche Vertretung, die **ex lege** bei Erfüllen der Voraussetzungen entsteht. Es sind weder eine gerichtliche Entscheidung noch eine sonstige Willenserklärung erforderlich. Die Eintragung im ÖZVV wirkt lediglich deklarativ.<sup>851</sup> Dabei ist wesentlich, dass eine Angehörigenvertretung nicht auch den konstitutiven Verlust der Geschäftsfähigkeit des Vertretenen zur Folge hat, wie dies bei der Sachwalterschaft der Fall ist. Es ist hier auf den tatsächlichen Vernunftgebrauch abzustellen.<sup>852</sup> Diese Regelung ist zu begrüßen, da sie auf die tatsächlichen Verhältnisse eingeht. Die

---

<sup>843</sup> Vgl §§ 284b ff.

<sup>844</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 4.

<sup>845</sup> Dazu sind taxativ neben Ehegatten und Lebensgefährten im gemeinsamen Haushalt auch Eltern und volljährige Kinder genannt.

<sup>846</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 4, 5.

<sup>847</sup> Hopf in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkomentar ABGB (KBB)<sup>5</sup>, 2017, §§ 284b – 284c Rz 1.

<sup>848</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 22.

<sup>849</sup> Vgl zu den Begrifflichkeiten S 115ff sowie 117ff.

<sup>850</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 22.

<sup>851</sup> Schauer in Kletečka/Schauer, § 284b Rz 2, 10 (Stand 1.3.2017, rdb.at); Stabentheiner in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 284b Rz 5 (Stand 1.7.2015, rdb.at).

<sup>852</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 25; Stabentheiner in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 284b Rz 6 (Stand 1.7.2015, rdb.at).

Angehörigenvertretung kommt immer nur subsidiär in Betracht, wenn keine Vorsorgevollmacht oder sonstige Vollmacht besteht, die diese Angelegenheiten regelt.<sup>853</sup> Sie ist jedoch einer Sachwalterschaft vorzuziehen, außer wenn ein Sachwalter mit dem Wirkungsbereich der Angelegenheiten, die von den Angehörigen besorgt würden, bereits bestellt ist. Ansonsten ist der Vertretungsbefugnis vor einer Sachwalterbestellung der Vorzug zu gewähren.<sup>854</sup> Es kann auch zu einer Vertretung von Sachwalter und Angehörigenvertreter nebeneinander kommen, wenn diese für unterschiedliche Angelegenheiten vertretungsbefugt sind.<sup>855</sup> Nur wenn die betroffene Person ihren Widerspruch gegen die Vorsorgevollmacht erteilt, kommt diese nicht zu Stande. Dabei ist es irrelevant, ob der Erklärende zu diesem Zeitpunkt geschäftsfähig oder einsichts- und urteilsfähig ist. Diese Regelung dient ein weiteres Mal der Sicherstellung des individuellen Selbstbestimmungsrechts.

#### 22.1.1. Die Angehörigenvertretung bei medizinischen Angelegenheiten

Der Tätigkeitsbereich des Vertretungsbefugten erstreckt sich auf Angelegenheiten des täglichen Lebens, wobei hier insgesamt fünf Bereiche zu unterscheiden sind: Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens, Rechtsgeschäfte zur Deckung des Pflegebedarfs sowie die Verfügung über Einkünfte und pflegebezogene Leistungen in dem zur Besorgung dieser Geschäfte erforderlichen Umfang als auch die Geltendmachung von sozialversicherungsrechtlichen und ähnlichen Ansprüchen.<sup>856</sup> Zu guter Letzt besteht eine Vertretungsbefugnis für die Zustimmung zu medizinischen Behandlungen **geringfügiger** Art. Da für die vorliegende Arbeit lediglich die Vertretungsbefugnis im medizinischen Bereich relevant ist, soll in der Folge nur auf diese eingegangen werden.

Eine Vertretungsbefugnis in medizinischen Angelegenheiten besteht nur, soweit es sich **nicht um schwere oder nachhaltige Beeinträchtigungen** der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit handelt. Eine solche Zustimmung bzw Ablehnung kann nur von einem Sachwalter oder Vorsorgebevollmächtigten erteilt werden.<sup>857</sup> Man wollte damit einer möglichen Missbrauchsgefahr entgegenwirken.<sup>858</sup> Bei der Einwilligung in „bloß geringfügige“ Behandlungen kann „kein großer Schaden entstehen“, es fallen darunter insb

<sup>853</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 22.

<sup>854</sup> Vgl § 268 Abs 2, der die Subsidiarität der Sachwalterschaft anordnet. *Barth/Kellner* in *Barth/Ganner*, 467.

<sup>855</sup> *Kellner/Barth*, JBl 2007, 694.

<sup>856</sup> *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, § 284b Rz 11 (Stand 1.3.2017, rdb.at).

<sup>857</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 24.

<sup>858</sup> Zur weitgehend grundlosen Befürchtung eines Missbrauchs in Gesundheitsangelegenheiten vgl bereits FN 474.

Eingriffe, die als alltäglich und weitgehend risikolos eingestuft werden können.<sup>859</sup> Angehörigenvertreter haben damit regelmäßig nicht die Ermächtigung, zu operativen Eingriffen zuzustimmen.<sup>860</sup> Lediglich bei Gefahr im Verzug kann eine analoge Anwendung des § 283 Abs 3 angenommen werden, die auch den Angehörigenvertreter zur Entscheidung ermächtigt, wenn die Bestellung eines Sachwalters zu lange dauern würde.<sup>861</sup> Darüber hinaus ist es erforderlich, dass der Betroffene nicht über die gebotene Entscheidungsfähigkeit verfügt, da er ansonsten ohnehin nur selbst in eine Behandlung einwilligen könnte.<sup>862</sup> Eine Angehörigenvertretung kann demnach auch nur in Teilbereichen gegeben sein, und zwar in jenen, in denen dem Betroffenen die erforderlichen Fähigkeiten fehlen und in denen, für die kein sonstiger Bevollmächtigter bestellt ist.<sup>863</sup> Man möchte auch hier die selbständige Entscheidungsfindung durch den Patienten so lange und so weit als möglich aufrechterhalten. Bei seinen Vertretungshandlungen hat sich der Angehörigenvertreter – ähnliche einem Sachwalter – stets am **Wunsch** des Betroffenen zu orientieren und dessen **Wohl zu fördern**. Dabei können Wunsch und Wohl aber auch hier in Konflikt geraten. Der Angehörigenvertreter hat hier ähnlich einem Sachwalter vorzugehen. Der Wunsch des Patienten steht zwar an erster Stelle, jedoch ist dieser durch das individuelle Wohl begrenzt.<sup>864</sup> Dies ist darüber hinaus auch Ausfluss seiner familiären Beistandspflicht.<sup>865</sup> Die familiären Beistandspflichten sollen insb dann zum Tragen kommen, wenn ein Familienmitglied aufgrund von Krankheit und/oder Alter auf Hilfe angewiesen ist. Darunter fallen einerseits jene Personen, die unter einer psychischen Krankheit oder einer geistigen Behinderung leiden und andererseits hochbetagte Menschen, die aufgrund ihres Alters „krank werden“.<sup>866</sup> Der Vertreter soll dem Angehörigen die erforderliche Unterstützung zu einer möglichst selbstbestimmten Lebensweise zur Verfügung stellen.<sup>867</sup> Für den Angehörigenvertreter ist keine ausdrückliche gesetzliche Wunschermittlungspflicht,

---

<sup>859</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 25.

<sup>860</sup> *Stabentheiner* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 284b Rz 11 (Stand 1.7.2015, rdb.at).

<sup>861</sup> *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, § 284b Rz 21 (Stand 1.3.2017, rdb.at).

<sup>862</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 24.

<sup>863</sup> *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, § 284b Rz 22 (Stand 1.3.2017, rdb.at).

<sup>864</sup> Vgl dazu S 137ff.

<sup>865</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 25; *Kellner/Barth*, JBl 2007, 697; vgl hierzu *Barth/Kellner* in *Barth/Ganner*, 484f, 497: Die familiäre Beistandspflicht besteht zwischen Eltern und Kindern und zwischen Ehegatten. Insb Kinder möchte der Gesetzgeber verpflichtet wissen, sich um ihre alten, betagten Eltern zu kümmern, die zu einer vollständig selbständigen Lebensweise nicht mehr in der Lage sind. Kinder sind daher verpflichtet, die erforderliche Unterstützung im Alltag ihrer Eltern (insb kochen, waschen, putzen, pflegen uä) sicherzustellen.

<sup>866</sup> Vgl zum Begriff der „Geriatric“ S 5.

<sup>867</sup> *Stabentheiner* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 284e Rz 1 (Stand 1.7.2015, rdb.at).

vorgesehen.<sup>868</sup> Da er seine Tätigkeit aber ebenfalls an den Wünschen des Vertretenen auszulegen hat, ist eine Ermittlung des Willens sehr wohl geboten. Ihm wird demnach die Einholung von Informationen durch den Vertretenen nicht erspart bleiben. Der Angehörigenvertreter hat bei der Zustimmung bzw Ablehnung einer Behandlung die Lebensverhältnisse, Einstellungen, Werte, persönlichen Ansichten und Erfahrungen des Vertretenen ausreichend zu berücksichtigen und in seine Entscheidung miteinfließen zu lassen. Er hat außerdem etwaige Gefahren, insb gegen Leib und Leben, abzuwägen.<sup>869</sup> In der Praxis dürfte die Ermittlung des persönlichen Willens keine allzu große Rolle spielen, da die Angehörigenvertretung in der Regel ohnehin von jenen Familienmitgliedern wahrgenommen wird, welche die individuellen Ansichten und Wünsche des Betroffenen (gut) kennen.<sup>870</sup> In freiheitsbeschränkende Maßnahmen, die Zwangsbehandlungen darstellen, kann ein Angehörigenvertreter nicht stellvertretenderweise einwilligen.<sup>871</sup> Der Großteil der Angelegenheiten der Angehörigenvertretung liegt im Bereich der finanziellen Verwaltung. Daneben machen einen kleinen Teil die soziale Versorgung und leichte medizinische Entscheidungen aus.<sup>872</sup>

## 22.2. Vorsorgevollmacht

Obwohl es das Ziel des SWRÄG 2006 war, die Institute der Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung weiter zu fördern und für die Bevölkerung attraktiver zu machen, zeigen die Zahlen deutlich, dass dieses Anliegen weitgehend nicht erfüllt werden konnte. In Österreich haben nur etwa 2% der Bevölkerung eine Vorsorgevollmacht erstellt.<sup>873</sup> Dies zum einen deshalb, weil nach wie vor viele Menschen nicht ausreichend über die bestehenden Möglichkeiten zur Vorsorge Bescheid wissen. Es besteht hier in weiten Teilen ein immenses Informationsdefizit.<sup>874</sup> Zum anderen geben die Menschen an, dass ihnen das Institut der Vorsorgevollmacht häufig zu komplex und auch zu kostenintensiv ist.<sup>875</sup>

---

<sup>868</sup> Vgl § 281 Abs 2 hinsichtlich der Sachwalterschaft.

<sup>869</sup> Schauer in Kletečka/Schauer, § 284e Rz 2 (Stand 1.3.2017, rdb.at).

<sup>870</sup> Schauer in Kletečka/Schauer, § 284e Rz 3 (Stand 1.3.2017, rdb.at).

<sup>871</sup> LG Korneuburg 25 R 35/10i, Ganner, iFamZ 2011, 209.

<sup>872</sup> Glanzer, Alternativen zur Sachwalterschaft, 2009, 12.

<sup>873</sup> Kletečka-Pulker/Leitner, Evaluierung Vorsorgevollmacht Von der Information bis zur Errichtung, 2014, [https://www.ierm.univie.ac.at/fileadmin/user\\_upload/i\\_ethik\\_recht\\_medizin/Abschlussbericht\\_Vorsorgevollmacht\\_IERM\\_3.7.2014.pdf](https://www.ierm.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_ethik_recht_medizin/Abschlussbericht_Vorsorgevollmacht_IERM_3.7.2014.pdf). (abgerufen am 12.11.2017).

<sup>874</sup> Zeitung des NÖ Landesvereins für Sachwalterschaft und Bewohnervertretung ZURSACHE, Wieviel Hilfe ist notwendig?, November 2011, 3.

<sup>875</sup> Barth in Brinek, 168.

Durch die Vorsorgevollmacht<sup>876</sup> soll dem Einzelnen die Möglichkeit gegeben werden, bereits im Vorfeld für den Fall, dass er die für konkrete Angelegenheiten erforderliche Geschäftsfähigkeit, Einsichts- und Urteilsfähigkeit oder auch bloße Äußerungsfähigkeit nicht mehr besitzt, Vorsorge zu tragen. Da auch Fälle der bloßen Äußerungsunfähigkeit davon erfasst sind, fallen darunter auch **chronische** oder **rein physische Gebrechen**, die es dem Betroffenen nicht mehr möglich machen, sich hinreichend zu artikulieren. Eine solche Situation alleine würde eine Sachwalterschaft nicht rechtfertigen, eine Vorsorgevollmacht kann aber dennoch getroffen werden. Auch wenn der Betroffene allein aufgrund körperlicher Schwächen nicht mehr in der Lage ist, zu kommunizieren, soll es ihm dennoch im Vorfeld möglich sein auf dem Wege einer Vorsorgevollmacht Vorkehrungen zu treffen.<sup>877</sup> Er hat in seiner Vollmacht einerseits die Angelegenheiten, in denen er vertreten werden möchte, und andererseits die Person des Bevollmächtigten zu bezeichnen. Mit dieser Möglichkeit soll einerseits der Stärkung des Selbstbestimmungsrechts nachgekommen werden, indem der Vollmachtgeber in einem Zustand, in dem er noch ausreichend einsichts- und urteilsfähig ist, Maßnahmen für die Zukunft treffen kann. Auch durch die Tatsache, dass der Vorsorgevollmacht vor der Sachwalterschaft der Vorzug zu gewähren ist, möchte man die Autonomie des Einzelnen so lange wie möglich aufrechterhalten.<sup>878</sup> Der Vorsorgevollmacht kommt auch vor der Angehörigenvertretung Priorität zu.<sup>879</sup> Es handelt sich dabei um eine Form der mittelbaren Selbstbestimmung, da der Betroffene eine andere Person auswählt, der dann vertretungsweise die Entscheidung überlassen wird.<sup>880</sup> Auf der anderen Seite wollte der Gesetzgeber durch die Einführung der Vorsorgevollmacht die Gerichte weitgehend entlasten, da man sich erhoffte durch dieses Instrument viele Fälle, für die vor dem SWRÄG 2006 ein Sachwalter bestellt wurde, durch eine Vorsorgevollmacht lösen zu können.<sup>881</sup> Die Vorsorgevollmacht wird vor allem für Vertretungshandlungen im Bereich der Gesundheitsangelegenheiten verwendet.<sup>882</sup> Auch der Bevollmächtigte hat ähnlich

---

<sup>876</sup> Vgl §§ 284f ff.

<sup>877</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 25.

<sup>878</sup> Die Subsidiarität der Sachwalterschaft hinter der Vorsorgevollmacht erhält neben § 268 Abs 2 eine eigene explizite Regelung in § 284g. Jedoch verdrängt nicht bereits jede Vollmacht eine Sachwalterbestellung, da dies dem Schutzzweck des Sachwalterrechts widersprechen würde. Nur eine Vorsorgevollmacht, die auf die Förderung des Wohls des Betroffenen ausgelegt ist, kann eine Sachwalterschaft verdrängen (vgl *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, § 284g Rz 1 (Stand 1.3.2017, rdb.at)).

<sup>879</sup> *Stabentheiner* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 284f Rz 1 (Stand 1.7.2015, rdb.at).

<sup>880</sup> *Ganner* in *Barth/Ganner*, 345.

<sup>881</sup> *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, § 284f Rz 1 (Stand 1.3.2017, rdb.at).

<sup>882</sup> *Ganner* in *Barth/Ganner*, 345.

einem Sachwalter<sup>883</sup> und einem Angehörigenvertreter<sup>884</sup> sein Handeln an den Wünschen des Vollmachtgebers auszulegen. Der Vollmachtgeber kann dem Bevollmächtigten klare Anweisungen geben. Der Vorsorgevollmacht kommt auf diese Weise erhebliche Bedeutung zu, da sie die Autonomie des Betroffenen am meisten fördert und seine Selbstbestimmung dadurch vergleichsweise lange aufrechterhält. Durch die ausdrücklichen Bestimmungen, die der Vollmachtgeber geben kann, kann er zukünftige Handlungen auch bei Verlust der erforderlichen Einsichtsfähigkeit dennoch nicht nur mittragen, sondern auch **weitgehend steuern**. Der Bevollmächtigte hat nämlich den erklärten Willen des Vollmachtgebers zu respektieren und die Anweisungen diesem entsprechend zu befolgen, selbst wenn der Wunsch objektiv nicht nachvollziehbar oder gar unvernünftig erscheint.<sup>885</sup> Der Wille ist auch hier insoweit zu berücksichtigen, als er nicht dem Wohl des Betroffenen widerspricht. Grundsätzlich gilt der in der Vollmacht zum Ausdruck gebrachte Wunsch. Hat der Bevollmächtigte jedoch Grund zur Annahme, dass sich der Wille geändert hat, so hat er sein Handeln danach auszurichten.<sup>886</sup> Gerade die Diagnose einer tödlichen Erkrankung oder einer Krankheit, die mit erheblichen, „lebensunwürdigen“ Nebenwirkungen verbunden ist, kann Einfluss auf den Willen des betroffenen Patienten haben. Dabei hat der Bevollmächtigte sowohl Äußerungen zu würdigen, die vor Eintritt des Vorsorgefalls getätigt wurden als auch jene, die erst danach entstanden sind. Eine ausdrückliche gesetzliche Verpflichtung zur Ermittlung des Willens des Betroffenen sieht das Institut der Vorsorgevollmacht zwar nicht vor, da er seine Vertretung aber danach auszurichten hat, kommt ihm eine solche selbstverständlich sehr wohl zu.<sup>887</sup> Dem ist sogar zu entnehmen, dass der Bevollmächtigte sich aktiv darum zu bemühen hat, dass sich der Vollmachtgeber einen Willen bildet.<sup>888</sup> Man kann dies als Aufforderung sehen, den Betroffenen dabei zu unterstützen, seine Einsichts- und Urteilsfähigkeit in dem Maß „wiederherzustellen“, als dass er zumindest die Grundzüge seiner Situation und der bevorstehenden Behandlung versteht und dementsprechend einen Willen fasst. Nur wenn der Wille nicht feststellbar ist, kann von einem objektiven Maßstab zur Förderung des Wohls ausgegangen werden.<sup>889</sup> In Gesundheitsangelegenheiten können medizinisch

---

<sup>883</sup> Vgl hierzu S 137ff.

<sup>884</sup> Vgl hierzu S 153ff.

<sup>885</sup> Das wunschgemäße Verhalten erfährt selbstverständlich dort Grenzen, wo dieses gegen strafrechtliche Normen verstoßen würde oder sittenwidrig wäre.

<sup>886</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 29f; *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, § 284h Rz 3 (Stand 1.3.2017, rdb.at).

<sup>887</sup> Vgl so auch bereits bei der Angehörigenvertretung S 153ff.

<sup>888</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 30.

<sup>889</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 30.

indizierte Maßnahmen daher regelmäßig als dem Wunsch und Wohl entsprechend angesehen werden.

Der Vollmachtgeber hat den Vorsorgefall und die zu besorgenden Angelegenheiten hinreichend zu bestimmen. Er hat im besten Fall alle Angelegenheiten einzeln anzugeben, womit allerdings die Gefahr verbunden ist, manche zu vergessen und allein irrtümlich nicht in den Katalog der zu besorgenden Angelegenheiten aufzunehmen und nicht, weil dies ausdrücklich so gewollt war. Im Zweifel wird man aber davon ausgehen können, dass alle Maßnahmen abgedeckt sind, die für gewöhnlich mit einer konkreten Angelegenheit verbunden sind.<sup>890</sup> Eine pauschale Vollmachterteilung ist hingegen nicht ausreichend.<sup>891</sup> Darüber hinaus sind bestimmte Formerfordernisse zum Schutz vor Übereilung und zu Beweis Zwecken einzuhalten.<sup>892</sup> Qualifizierte Inhalts- und Formerfordernisse sind einzuhalten, wenn es sich um besonders wichtige Angelegenheiten handelt. Diese sind in § 284f Abs 3 geregelt. Die für diese Arbeit relevanten Angelegenheiten sind jene aus dem medizinischen Bereich, weshalb sich die folgenden Ausführungen auf diese beschränken werden.

#### 22.2.1. Die Vorsorgevollmacht bei medizinischen Angelegenheiten

Sollen die in einer Vorsorgevollmacht zu regelnden Angelegenheiten auch Entscheidungen zu medizinischen Heilbehandlungen, die gem § 283 Abs 2 gewöhnlich mit einer **schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung** der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden sind,<sup>893</sup> betreffen, so sind zu ihrer Wirksamkeit besondere **qualifizierte Formerfordernisse** zu erfüllen. Die Vorsorgevollmacht ist dann vor einem Rechtsanwalt, Notar oder vor Gericht zu errichten. Diese haben den Vollmachtgeber außerdem über die konkreten Rechtsfolgen sowie den jederzeit möglichen Widerruf der Vollmacht zu informieren. Darüber hinaus müssen diese Angelegenheiten ausdrücklich bestimmt werden, eine Einzelvollmacht ist jedoch nicht erforderlich. Es muss auch nicht jede medizinische Angelegenheit für sich bezeichnet werden, es ist aber notwendig, die

---

<sup>890</sup> Ganner in Barth/Ganner, 355.

<sup>891</sup> Stabentheiner in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 284f Rz 3 (Stand 1.7.2015, rdb.at).

<sup>892</sup> Schauer in Kletečka/Schauer, § 284f Rz 13 (Stand 1.3.2017, rdb.at). Die Vorsorgevollmacht kann eigenhändig geschrieben und unterschrieben werden; Bei einer zwar eigenhändig unterschriebenen, nicht aber eigenhändig geschriebenen Vollmacht, muss der Vollmachtgeber in Anwesenheit von drei unbefangenen, eigenberechtigten und sprachkundigen Zeugen bekräftigen, dass der Inhalt der von ihm unterschriebenen Vollmachtsurkunde seinem Willen entspricht. Als dritte Möglichkeit einer fremdhändigen und nicht eigenhändig unterschriebenen Vollmacht, ist die Unterschrift eines Notars notwendig nach Bekräftigung des Vollmachtgebers, dass die Vollmacht seinem Willen entspricht. Als vierte Möglichkeit kann die Vorsorgevollmacht generell vor einem Notar errichtet werden.

<sup>893</sup> Vgl S 144ff.

Angelegenheiten konkreter zu bezeichnen, als dies bei „normalen“ Angelegenheiten gem Abs 1 gefordert wird.<sup>894</sup> Man kann bspw Maßnahmen, die typischerweise mit einer bestimmten Erkrankung verbunden sind, abdecken.<sup>895</sup> Diese konkrete Vorgehensweise ist einer allgemeinen Umschreibung vorzuziehen und ist mE aber bereits deshalb legitim, weil es sich bei Behandlungen iSd § 283 Abs 2 um schwerwiegende Eingriffe handelt, die regelmäßig nicht risikolos sind. Möchte der Vollmachtgeber einer anderen Person in einer solchen Situation die Entscheidung überlassen, ob und gegebenenfalls inwieweit ein solcher Eingriff vorgenommen werden soll, so kann von ihm auch gefordert werden, diese konkret genug zu bezeichnen. Darüber hinaus ist mit einer Konkretisierung der Angelegenheiten auch ein gewisser Übereilungsschutz verbunden, da sich der Vollmachtgeber mit der Situation ausreichend auseinandersetzen und etwaige zukünftige Szenarien durchspielen muss. Man kann dann davon ausgehen, dass er in der Regel nicht leichtfertig eine Vollmacht erteilen wird, wenn er sich mit den Angelegenheiten tatsächlich auseinandersetzen muss. Es kann somit als nicht ausreichend konkret angesehen werden, wenn eine Vollmacht für die „Vertretung in allen medizinischen Angelegenheiten“ ausgestellt wird.<sup>896</sup> Das Gesetz regelt außerdem ausdrücklich, dass die Vollmacht zur Vertretung in Gesundheitsangelegenheiten nicht an einen Unterbevollmächtigten weitergegeben werden kann. Dies wird damit gerechtfertigt, dass es sich dabei regelmäßig um Maßnahmen handelt, die auf das besondere Vertrauen zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten bauen.<sup>897</sup> Vorsorgevollmachten können auch mit Patientenverfügungen verbunden werden. Eine Vorsorgevollmacht sieht dann für den Fall des Verlustes der Einsichts- und Urteilsfähigkeit die Ablehnung einer konkreten medizinischen Behandlung durch den Bevollmächtigten vor. Dabei wird zwischen verbindlicher und beachtlicher Patientenverfügung differenziert.<sup>898</sup> Ob ein Vorsorgebevollmächtigter auch die Kompetenz

---

<sup>894</sup> *Ganner* in *Barth/Ganner*, 360; aA *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, § 284f Rz 23 (Stand 1.3.2017, rdb.at), wonach es genügt, eine der drei Kategorien des Abs 3 zu nennen. Eine Vorsorgevollmacht „für medizinische Angelegenheiten“ ist danach durchaus ausreichend, da es nicht Aufgabe der Vorsorgevollmacht ist, für jeden Lebenssachverhalt zu sorgen und dies außerdem aufgrund der langfristigen Planung, auf die die Vorsorgevollmacht ausgelegt ist, gar nicht möglich wäre. Im Zeitpunkt der Vollmachterteilung wird regelmäßig über Situationen befunden, die nicht vorhersehbar sind und daher eine detaillierte Spezifikation oftmals nicht möglich ist.

<sup>895</sup> Vgl dazu ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 27f. wonach der „Bereich der besonders gravierenden Entscheidungen zu benennen ist“; sowie *Ganner* in *Barth/Ganner*, 360, wonach es ausreichend ist, eine Vollmacht dahingehend zu konkretisieren, dass „alle Operationen“ oder „alle, auch schwerwiegende medizinische Angelegenheiten“ erfasst werden. Eine Gattungsvollmacht, welche Arten von Angelegenheiten durch die Vollmacht abgedeckt sind, genügt.

<sup>896</sup> *Ganner* in *Barth/Ganner*, 360. Vgl andere Ansicht *Schauer* FN 894.

<sup>897</sup> *Stabentheiner* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 284h Rz 6 (Stand 1.7.2015, rdb.at); *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, § 284h Rz 12 (Stand 1.3.2017, rdb.at).

<sup>898</sup> Vgl hierzu S 161ff.

hat, eine Behandlung iS einer Patientenverfügung zu verweigern ist fraglich. Ist eine Vorsorgevollmacht mit einer Patientenverfügung verbunden, so ergeben sich keine offenen Fragen: Der Bevollmächtigte hat im Sinne der Verfügung die Behandlung abzulehnen. Fraglich ist aber, wie vorzugehen ist, wenn eine qualifizierte Vorsorgevollmacht iSd des § 284f Abs 3 vorliegt. Eine Behandlungsverweigerung kann nicht nur schwerwiegende medizinische Folgen, sondern gerade bei Menschen in der letzten Lebensphase, den Tod nach sich ziehen. Wenn der Bevollmächtigte aber eindeutig dem Wunsch des Patienten entsprechend eine Behandlung ablehnt, dann hat der behandelnde Arzt auch in diesem Fall selbst eine medizinisch indizierte Behandlung zu unterlassen.<sup>899</sup> Die Entscheidung des Vorsorgebevollmächtigten hat in diesem Fall die selbe Wirkung wie eine verbindliche Patientenverfügung.

### 22.3. Patientenverfügung

Die Patientenverfügung stellt eine Willenserklärung dar, mit der eine medizinische Behandlung abgelehnt wird und die wirksam werden soll, sobald der betroffene Patient nicht mehr über die erforderliche Einsichts-, Urteils- oder Äußerungsfähigkeit verfügt. Sie stellt damit eine Form der Selbstvorsorge dar, mit der eine Sachwalterschaft umgangen werden können soll.<sup>900</sup> Eine Patientenverfügung kann nur höchstpersönlich errichtet werden.<sup>901</sup> Es kann demnach nur der (potenzielle) Patient selbst eine Behandlung ablehnen, nicht jedoch sein Sachwalter oder sonstiger Vertreter.<sup>902</sup> Dabei kann sich die Patientenverfügung auf jede medizinische Situation beziehen. Sie unterliegt **keiner Reichweitenbegrenzung**, in dem Sinn, dass sie nur für irreversible Leiden oder Situationen am Lebensende erstellt werden können soll. Dem Patienten soll die Möglichkeit, eine konkrete Behandlung abzulehnen, gerade in jeder Lebenslage zukommen und nicht nur, wenn er unheilbar krank ist oder dem Tod „bereits ins Auge sehen kann“. Darüber hinaus sollte auch die eigenmächtig vorgenommene Heilbehandlung unter allen Umständen geahndet werden und nicht nur in der letzten Lebensphase. Eine gesetzliche Beschränkung hätte zu einer Beschneidung der Patientenautonomie geführt und

---

<sup>899</sup> *Kopetzki*, iFamZ 2007, 200.

<sup>900</sup> *Memmer*, Das Patientenverfügungs-Gesetz 2006, RdM 2006/116; *Kathrein*, Das Patientenverfügungs-Gesetz, ÖJZ 2006, 555.

<sup>901</sup> Vgl S 45.

<sup>902</sup> *Kathrein*, ÖJZ 2006, 561.

wurde daher unterlassen.<sup>903</sup> Regelmäßig wird eine Patientenverfügung aber für Behandlungen und Zustände getroffen, die eher in die letzte Lebensphase fallen.<sup>904</sup> Das PatVG<sup>905</sup> regelt alle in diesem Zusammenhang erforderlichen formellen und materiellen Voraussetzungen. Das Gesetz geht zwar von einer unzureichenden Einsichts-, Urteils- oder Äußerungsfähigkeit aus, legt aber keine weiteren Kriterien fest, wann von einer solchen gesprochen werden kann.<sup>906</sup> Wesentlich ist jedenfalls, dass der Patient keine selbstbestimmte Entscheidung fassen oder sie nicht artikulieren kann. Ansonsten ist ein aktuell erklärter Wille immer einer Erklärung aus einer Patientenverfügung vorzuziehen.<sup>907</sup> Dabei kann eine Patientenverfügung nur eine **medizinische Behandlung ablehnen**, es kann keine konkrete Behandlung gefordert werden. Man orientiert sich hier an einem **engen Patientenverfügungsbegriff**.<sup>908</sup> Darüber hinaus können keine sonstigen Maßnahmen, die außerhalb des medizinischen Bereiches liegen, Inhalt werden.<sup>909</sup> Sonstige Pflegemaßnahmen können nicht mittels einer Patientenverfügung, wohl aber nach allgemeinen Regeln, abgelehnt werden.<sup>910</sup> Außerdem wäre ohnehin im Wege der Erforschung des mutmaßlichen Patientenwillens zu eruieren, ob und in welchem Ausmaß der Patient solche Maßnahmen gewünscht hätte. Auch bloße Ausführungen über die persönlichen Ansichten und Wertvorstellungen des Patienten haben in einer Patientenverfügung keinen Platz.<sup>911</sup> Sie können aber zusätzlich als Erklärung für die Ablehnung einer bestimmten Behandlung angeführt werden. Außerdem können sie weitere Anhaltspunkte zur Erforschung des mutmaßlichen Willens darstellen. Es können aber Bedingungen, unter denen die Patientenverfügung wirksam sein soll, sehr wohl Eingang in diese finden.<sup>912</sup>

### 22.3.1. Verbindliche Patientenverfügung

Erfüllt eine Patientenverfügung alle in § 4 – § 7 PatVG festgelegten Voraussetzungen, so ist sie verbindlich. Der behandelnde Arzt hat sich demnach an die Ablehnung der

---

<sup>903</sup> Memmer, RdM 2006/116. Die Behandlungsverweigerung der Zeugen Jehovas wäre bei einer solchen Reichweitenbegrenzung problematisch geworden.

<sup>904</sup> Anders Memmer, Patientenverfügungen - Rechtslage nach dem 1. Juni 2006, iFamZ 2006, 69.

<sup>905</sup> Bundesgesetz über Patientenverfügungen (Patientenverfügungen-Gesetz) BGBl I 2006/55.

<sup>906</sup> Vgl hierzu S 15f sowie S 17ff.

<sup>907</sup> König in Barth/Ganner, 382.

<sup>908</sup> In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass insb Forderungen einer aktiven Sterbehilfe unwirksam sind, vgl dazu § 10 Abs 1 Z 2 PatVG und S 168ff.

<sup>909</sup> Vgl zum Begriff der medizinischen Maßnahme S 102f.

<sup>910</sup> König in Barth/Ganner, 382.

<sup>911</sup> König in Barth/Ganner, 381.

<sup>912</sup> Pesendorfer in Barth/Ganner, 389.

Behandlung zu halten und kann nicht noch weitere Abwägungen vornehmen.<sup>913</sup> Eine solche Patientenverfügung ist einer aktuell geäußerten Behandlungsverweigerung gleichzuhalten. Liegt jedoch eine aktuell geäußerte Erklärung vor, so gebührt ihr aber der Vorrang. Dazu muss die Verfügung die Behandlung, die abgelehnt wird, konkret beschreiben<sup>914</sup> oder zumindest in der Weise beschreiben, dass die Behandlung bestimmbar ist.<sup>915</sup> Es ist auch nicht erforderlich, alle erdenklichen Situationen durch die Verfügung abzudecken. Eine solche Forderung wäre ausufernd und außerdem aufgrund mangelnder Vorhersehbarkeit undurchführbar. Sie würde darüber hinaus zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen, da der behandelnde Arzt bei zu allgemein gehaltenen Formulierungen nicht mehr sicher sein kann, welche Behandlung er nun vorzunehmen oder zu unterlassen hat. Eine zu allgemeine Wendung, wie ein Ablehnen „risikoreicher Operationen“ gilt als zu unbestimmt<sup>916</sup> und verpflichtet den Arzt nicht, alle Operationen, die mit einem Risiko verbunden sind – und in der Praxis birgt nun einmal jede Operation ein Risiko – zu unterlassen. Eine solche Formulierung wäre aber zur **Ermittlung des mutmaßlichen Patientenwillens** heranzuziehen. Wesentlich ist, dass einem später behandelnden Arzt verständlich ist, welche Behandlung der Patient ablehnt. Es muss aus der Verfügung hervorgehen, dass der Patient die mit der Ablehnung verbundenen Folgen richtig und zureichend einschätzt. Diese Regelung dient dem Schutz des Patienten und möchte sicherstellen, dass dieser nicht unüberlegt eine bestimmte Behandlung ablehnt.<sup>917</sup> Fraglich ist in diesem Zusammenhang wieder, wann eine unvernünftige Ablehnung einer Behandlung vorliegt. Diese Frage ist nicht objektiv zu beantworten, sondern hat sich an der generellen Lebenseinstellung und dem Wertesystem des Patienten zu orientieren.<sup>918</sup> Darüber hinaus ist eine Bestätigung eines Arztes erforderlich, die das erfolgte Aufklärungsgespräch dokumentiert, sowie festhält, dass der Patient zum Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung einsichts- und urteilsfähig war. Überdies ist eine Begründung erforderlich, dass und wieso der Patient die mit der abgelehnten Behandlung verbundenen Konsequenzen einschätzen kann. Dass der Arzt die Einsichtsfähigkeit des Patienten feststellen muss ist schon bei der „gewöhnlichen“ Aufklärung erforderlich. Es ist

---

<sup>913</sup> Pesendorfer in Barth/Ganner, 383.

<sup>914</sup> Pesendorfer in Barth/Ganner, 388 nennt als Beispiele für konkret beschriebene Behandlungen: Dialyse, Langzeit-Beatmungsbildung, künstliche Wiederbelebung oder Bluttransfusionen.

<sup>915</sup> Pesendorfer in Barth/Ganner, 388 nennt als Beispiel für eine umschriebene Behandlung, die generelle Ablehnung von künstlicher Ernährung, die dann im Bedarfsfall das Einsetzen einer Magensonde verbietet.

<sup>916</sup> RV 1299 BlgNR 22. GP 6.

<sup>917</sup> RV 1299 BlgNR 22. GP 6.

<sup>918</sup> Vgl. hierzu und zur Frage, wie eine Behandlungsverweigerung aus religiös motivierten Gründen zu beurteilen ist bereits S 24ff. Vgl. außerdem S 137ff.

also nicht weiter verwunderlich, dass dem Arzt auch mit dem Errichten einer Patientenverfügung diese Verpflichtung zukommt. Er hat diese aber im Gegensatz zu einem „gewöhnlichen“ Aufklärungsgespräch aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung<sup>919</sup> zu dokumentieren.<sup>920</sup> Diese Verpflichtung ist einerseits auf die maßgeblichen Folgen, die mit einer Patientenverfügung verbunden sind, und andererseits auf die geistige Verfassung in der sich Personen, die typischerweise eine solche Verfügung abschließen, befinden, zurückzuführen. Es handelt sich dabei regelmäßig um ältere betagte Menschen, die häufig bereits an der einen oder anderen Krankheit leiden und deren Einwilligungsfähigkeit damit oft nicht zweifelsfrei gegeben ist.<sup>921</sup> Dabei wird aber völlig außer Acht gelassen, dass ein wirksames Aufklärungsgespräch ohnehin nur mit einer einsichts- und urteilsfähigen Person geführt werden kann.<sup>922</sup> Die Einwilligungsfähigkeit müsste dadurch nicht eigens dokumentiert werden, da sie ohnehin notwendige Voraussetzung für eine rechtsgültige Aufklärung darstellt. Die Dokumentation über das erfolgte Aufklärungsgespräch kann demnach das Fehlen der Dokumentation über die Einwilligungsfähigkeit gutmachen.<sup>923</sup> Auf das Aufklärungsgespräch kann bei der Errichtung einer Patientenverfügung nicht verzichtet werden.<sup>924</sup> Eine Aufklärung hat genauso zu erfolgen, wie dies bei einer unmittelbar bevorstehenden Behandlung der Fall wäre, da nur so das Selbstbestimmungsrecht ausreichend geschützt werden kann. Nur wenn dem Patienten alle erforderlichen Informationen vorliegen, kann er eine autonome Entscheidung treffen. Ihm sind daher die gesundheitlichen Folgen, Chancen, Risiken und Alternativen, die mit der Ablehnung einer konkreten Behandlung einhergehen,

---

<sup>919</sup> So § 5 2. S, der jedoch in Widerspruch zu den Erläut zu § 14 Abs 2 steht. § 14 Abs 2 legt fest, dass der behandelnde Arzt, wenn er davon ausgeht, dass der Patient nicht über die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügt, dies in die Dokumentation mit aufzunehmen hat. Die Materialien sagen dazu, dass man davon ausgehen kann, dass die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Patienten gegeben ist, wenn sich kein gegenteiliger Hinweis in der Dokumentation findet. Dies steht in eindeutigem Widerspruch zu § 5, der als eine der Gültigkeitsvoraussetzungen für die Verbindlichkeit der Patientenverfügung die Dokumentation über die vorliegende Einsichts- und Urteilsfähigkeit fordert. Ist diese nicht durch den Arzt dokumentiert, so entfaltet die Patientenverfügung keine verbindliche Wirkung, sondern wird in eine beachtliche Verfügung „umgewandelt“, die zur Ermittlung des Patientenwillens jedenfalls herangezogen werden kann. *Pesendorfer* in *Barth/Ganner*, 399 schlägt dazu vor, dennoch die Einsichts- und Urteilsfähigkeit zu überprüfen, wenn diese nicht dokumentiert wurde. Dies kann sich im Nachhinein als schwierig gestalten, es wäre beispielsweise der damals aufklärende Arzt aufzusuchen und zu befragen.

<sup>920</sup> Eine Dokumentation ist aber auch bei einem Aufklärungsgespräch über eine aktuell bevorstehende Behandlung aus Beweissicherungszwecken ratsam.

<sup>921</sup> *Pesendorfer* in *Barth/Ganner*, 396.

<sup>922</sup> Bei einwilligungsunfähigen besuchswarteten Patienten werden diese zwar häufig dem Aufklärungsgespräch beigezogen, dies geschieht aber weitgehend aus Respekt ihnen gegenüber, um nicht eine Behandlung an ihnen vorzunehmen, in die sie gar nicht eingebunden wurden. Das Aufklärungsgespräch an sich findet aber nicht mit dem einwilligungsunfähigen Patienten, sondern mit seinem Sachwalter statt.

<sup>923</sup> *Memmer*, RdM 2006/116.

<sup>924</sup> RV 1299 B1gNR 22. GP 6; Auf ein Aufklärungsgespräch hinsichtlich einer Heilbehandlung an sich kann der einwilligungsfähige Patient hingegen sehr wohl verzichten.

verständlich zu erklären.<sup>925</sup> Die Patientenverfügung muss zu ihrer Gültigkeit vor einem Rechtsanwalt, Notar oder Gericht schriftlich unter Angabe des Datums errichtet werden. Der Betroffene muss über die Folgen der Verfügung aufgeklärt worden sein und diese Aufklärung ist ausreichend zu dokumentieren. Dabei geht es in erste Linie darum, dem Patienten die Wirkung der Verbindlichkeit der Patientenverfügung zu verinnerlichen und ihm dabei zu erläutern, dass der behandelnde Arzt an diese Verfügung gebunden sein wird und somit auch eine lebensnotwendige Maßnahme zu unterlassen hat, auch wenn dies den Tod des Patienten zur Folge hat. Es ist daher erforderlich, dass der Patient einerseits über die **medizinischen Folgen** seiner Erklärung, welche die Ablehnung der Behandlung auf seine Gesundheit hat, aufgeklärt wird und andererseits auch über die **rechtlichen Folgen**, die mit dem Erstellen einer solchen Verfügung verbunden sind. Erfüllt eine Patientenverfügung all diese Voraussetzungen, so ist sie für die Dauer von fünf Jahren gültig, solange nicht eine kürzere Frist festgelegt wurde. Soll die Verfügung nach Ablauf von fünf Jahren weiterhin Gültigkeit haben, so muss sie durch den Patienten erneuert werden. Er soll sich dabei erneut mit dieser auseinandersetzen, um einerseits sicherzustellen, dass sich seine Einstellung zur Behandlungsablehnung nicht geändert hat und andererseits um den medizinischen Fortschritten gerecht zu werden bzw die Willenserklärung gegebenenfalls an neue Erkenntnisse anzupassen. Dabei ist es nicht erforderlich, eine komplett neue Patientenverfügung zu erstellen. Der Patient kann sich durchaus auf seine alte Verfügung berufen, muss aber wieder die erforderlichen Formvoraussetzungen erfüllen. Verliert der Patient innerhalb der fünf Jahre seine Einsichts- und Urteils- oder Äußerungsfähigkeit, so bleibt die Patientenverfügung selbstverständlich weiterhin wirksam, da sie ja genau für diesen Fall errichtet wurde.

Der behandelnde Arzt hat eine verbindliche Patientenverfügung zu befolgen, er kann nicht von ihr abgehen und hat selbst eine medizinisch indizierte Behandlung zu unterlassen, auch wenn der Patient ohne diese Behandlung sterben wird. Dabei ist auch ein Vergleich mit einer Behandlung, die dem objektiven Wohl entsprechen würde, irrelevant.<sup>926</sup> Die Patientenautonomie geht damit der ärztlichen Behandlungspflicht vor.<sup>927</sup> Auch sonstige Pflegepersonen und Angehörige sind an eine Patientenverfügung gebunden. Darüber hinaus macht eine verbindliche Patientenverfügung einen Sachwalter für die mit der

---

<sup>925</sup> Pesendorfer in Barth/Ganner, 395; vgl hiezu außerdem S 69ff.

<sup>926</sup> Pesendorfer in Barth/Ganner, 385.

<sup>927</sup> RV 1299 BlgNR 22. GP 2; Kopetzki, iFamZ 2007, 198.

Verfügung abgedeckten Fälle überflüssig.<sup>928</sup> Ist ein Sachwalter für den Wirkungsbereich der medizinischen Angelegenheiten bestellt, so hat er eine Behandlungsentscheidung der Patientenverfügung entsprechend zu treffen. Das selbe gilt für einen Vorsorgebevollmächtigten.<sup>929</sup> Wurde eine Behandlung begonnen und erfährt der Arzt erst später vom Bestehen einer Patientenverfügung, so hat er die Behandlung abubrechen. Eine Pflicht zum Rückgängigmachen der Maßnahme besteht darüber hinaus aber nicht.<sup>930</sup> Wird eine Behandlung entgegen einer Patientenverfügung dennoch vorgenommen, so macht sich der behandelnde Arzt wegen eigenmächtiger Heilbehandlung iSd § 110 StGB strafbar. Er kann sich auch nicht durch ein Handeln bei Gefahr im Verzug rechtfertigen, da eine verbindliche Patientenverfügung ein solches Vorgehen ausschließt.<sup>931</sup> Widerspricht der Abbruch oder die Ablehnung einer Behandlung aber seinen persönlichen Grundsätzen, so kann er sich aus der Behandlung zurückziehen.<sup>932</sup>

### 22.3.2. Beachtliche Patientenverfügung

Erfüllt eine Patientenverfügung nicht alle nach § 4 - § 7 erforderlichen Kriterien und hat sie damit **keine verbindliche** Wirkung, so ist sie dennoch nicht bedeutungslos. Man spricht dann von einer beachtlichen Patientenverfügung, die bei medizinischen Entscheidungen **Aufschluss über den Patientenwillen** geben kann und soll.<sup>933</sup> Dabei ist es irrelevant, welche der Voraussetzungen nicht (hinreichend) erfüllt war oder ob der Patient uU sogar beabsichtigt eine Verfügung getroffen hat, die bloß beachtliche Wirkung haben soll.<sup>934</sup> Je mehr Voraussetzungen einer verbindlichen Patientenverfügung bzw je umfassender diese erfüllt sind, desto mehr Beachtung ist der Verfügung zu schenken und desto mehr Einfluss wird ihr bei der Wunschermittlung zukommen. Dabei ist entscheidend, wie konkret der Patient seine Krankheitssituation einschätzt, wie er seinen Gesundheitszustand beschreibt, wie er die Risiken und Chancen seines Zustandes, des weiteren Krankheitsverlaufs sowie bei Ablehnung einer bestimmten Behandlung den damit verbundenen Verlauf beurteilt oder wie genau er die abzulehnende Behandlung beschreibt. Je informierter und einsichtiger ein Patient ist, desto weniger kann davon ausgegangen

---

<sup>928</sup> RV 1299 BlgNR 22. GP 6; vgl § 286 Abs 2.

<sup>929</sup> Vgl die qualifizierten Formerfordernisse bei der Vorsorgevollmacht bzgl Eingriffe, die gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Gesundheit oder der Persönlichkeit verbunden sind S 159f.

<sup>930</sup> *Pesendorfer in Barth/Ganner*, 384f.

<sup>931</sup> *Kopetzki*, iFamZ 2007, 199.

<sup>932</sup> Vgl S 56ff sowie S62.

<sup>933</sup> *Schauer in Kletečka/Schauer*, § 284h Rz 3 (Stand 1.3.2017, rdb.at).

<sup>934</sup> RV 1299 BlgNR 22. GP 8. Gerade aus finanziellen Gründen kann zur Kostenvermeidung statt einer verbindlichen Patientenverfügung eine beachtliche erstellt werden.

werden, dass es sich um eine unüberlegte Erklärung handelt und desto höher wird der Stellenwert sowie die Beachtung sein, die ihr zukommen. Es ist daher irreführend, von einer „bloß beachtlichen“ Patientenverfügung zu sprechen, da der Arzt auch bei einer beachtlichen Patientenverfügung verpflichtet ist, dem Wunsch des Patienten entsprechend zu handeln und daher eine Behandlung zu unterlassen hat, wenn erkennbar ist, dass dies vom Patienten so gewollt wäre, könnte er die Entscheidung selbst treffen. Eine solche Patientenverfügung kann demnach genauso verbindliche Wirkung nach sich ziehen.<sup>935</sup> Von einer **qualifiziert beachtlichen Patientenverfügung** kann dann gesprochen werden, wenn die beachtliche Patientenverfügung einer verbindlichen so nahe kommt, dass der Wille des Patienten so klar zum Ausdruck kommt, dass ein Sachwalter nicht notwendig ist.<sup>936</sup> Geht man davon aus, dass eine qualifiziert beachtliche Patientenverfügung vorliegt, so kann<sup>937</sup> es entbehrlich sein, einen Sachwalter zu bestellen und die Behandlung ist entsprechend der Verfügung nicht vorzunehmen.<sup>938</sup> Sowohl Arzt als auch Pflegepersonal, ein etwaiger bestellter Sachwalter, Vorsorgebevollmächtigte und Angehörigenvertreter haben auch nicht verbindliche Patientenverfügungen zu beachten. Insb in Situationen, in denen es den mutmaßlichen Willen des Patienten zu eruieren gilt, stellen beachtliche Verfügungen ein wichtiges Hilfsmittel dar. Dabei können auch etwaige angeführte Motive und Beweggründe, die zum Erstellen einer Patientenverfügung geführt haben, von Bedeutung sein.<sup>939</sup> Wichtig ist bei beachtlichen Patientenverfügungen, dass diese keine maximale Gültigkeitsdauer wie verbindliche Verfügungen haben. Ist eine Verfügung jedoch bereits älter oder ist erkennbar, dass sich die Anschauung des Patienten nicht unwesentlich geändert hat, so ist sie mit Vorsicht in die Entscheidungsfindung miteinzubinden. Es ist daher auch hier ratsam in regelmäßigen Abständen zu vermerken, dass man noch immer an der Verfügung festhalten möchte.<sup>940</sup> Eine beachtliche Patientenverfügung ist an keine konkrete Form gebunden. Jede wie immer geäußerte Willensbekundung hinsichtlich der Ablehnung einer Behandlung kann demnach von Bedeutung sein und eine beachtliche Verfügung darstellen. Damit möchte man dem Selbstbestimmungsrecht abermals zu mehr

---

<sup>935</sup> *Kopetzki*, iFamZ 2007, 199.

<sup>936</sup> *Pesendorfer* in *Barth/Ganner*, 413.

<sup>937</sup> Und zwar dann, wenn der Wille des Patienten eindeutig festgestellt werden kann und sich der Stand der Medizin in diesem Zusammenhang nicht wesentlich verändert hat.

<sup>938</sup> Vgl *Memmer*, RdM 2006/116.

<sup>939</sup> *Kathrein*, ÖJZ 2006, 556. Das Hauptmotiv heute eine Patientenverfügung zu erstellen ist für die meisten Menschen, einem fremdbestimmten Leben, bei dem man nur noch künstlich am Leben erhalten wird, zu entgehen. Vielen Patienten ist es außerdem ein Anliegen, ihren Verwandten in einer solchen Situation nicht zur Belastung zu werden. Auch aus diesem Grund wird heute häufig Vorsorge getroffen.

<sup>940</sup> *Pesendorfer* in *Barth/Ganner*, 413.

Stärkung verhelfen. Die relativ strengen Voraussetzungen, die es bei der verbindlichen Patientenverfügung zu erfüllen gilt, sollen nicht dazu führen, dass der Einzelne sich durch hohe formale wie auch inhaltliche Anforderungen davon abgeschreckt fühlt, seinen Willen zu bekunden. Darüber hinaus wäre schon die Tatsache, dem selbstbestimmten Willen nur dann Geltung zu verleihen, wenn dieser bestimmte Kriterien erfüllt, mit dem autonomen Selbstbestimmungsrecht unvereinbar. Da verbindliche Patientenverfügungen außerdem mit einem nicht unerheblichen finanziellen Aufwand verbunden sind, würden so Personen, denen die monetären Mittel dafür nicht zur Verfügung stehen, schlechter gestellt, was ebenso nicht Ziel sein kann. Die beachtliche Patientenverfügung dient sohin vor allem der Förderung des Patientenwillens.

### 22.3.3. Unwirksamkeit einer Patientenverfügung

Damit eine Patientenverfügung Rechtsgültigkeit erlangt sind neben dem Erfüllen der bereits dargelegten Voraussetzungen noch weitere Umstände zu beachten. Auf die allgemein zivilrechtlichen Vorgaben, die zur Wirksamkeit einer Willenserklärung erforderlich sind, soll an dieser Stelle nur verwiesen werden.<sup>941</sup> Da die – sowohl verbindliche als auch beachtliche – Patientenverfügung in erste Linie dem Selbstbestimmungsrecht dient, sei festgehalten, dass eine Patientenverfügung dennoch nicht jeden Inhalt aufweisen darf, den sich der Patient wünscht. Eine Patientenverfügung kann damit insb vom behandelnden Arzt kein Verhalten fordern, durch welches sich dieser **strafbar** machen würde.<sup>942</sup> Dabei ist vor allem an die Bestimmungen zur vorzeitigen Lebensverkürzung zu denken. Die aktive Sterbehilfe ist in Österreich nach wie vor strafrechtlich verboten. Einem solchen Wunsch hat der Arzt somit nicht nachzukommen, er würde sich dadurch des Mordes (§ 75 StGB), der Tötung auf Verlangen (§ 77 StGB) oder der Mitwirkung am Selbstmord (§ 78 StGB) strafbar machen. Darüber hinaus kann in einer Patientenverfügung lediglich der Abbruch einer konkreten Behandlung gefordert werden, nicht jedoch die Vornahme einer aktiven Handlung. Wünsche hinsichtlich einer bestimmten Behandlung sind somit nicht verbindlich, können aber auch wieder Aufschluss über einen möglichen Patientenwillen geben. In diesem Zusammenhang ist fraglich, wie sich eine Verfügung auswirkt, die bei mehreren Behandlungsmöglichkeiten alle bis auf eine ausschließt und den Arzt somit indirekt zur Vornahme einer konkreten Behandlung zwingt. Es wird in aller Regel schwierig sein, dem Patienten in einem solchen Fall ein

---

<sup>941</sup> Vgl §§ 869 ff., insb Freiheit von Willensmängeln.

<sup>942</sup> Vgl dazu außerdem die bereits erläuterte Definition des engen Patientenverfügungsbegriffs.

rechtsmissbräuchliches Verhalten nachzuweisen.<sup>943</sup> Darüber hinaus ist gerade die Möglichkeit der Ablehnung einer oder auch mehrerer Behandlungen Sinn einer Patientenverfügung und Ausfluss des autonomen Selbstbestimmungsrechts. Auf der Anderen Seite kann auch der behandelnde Arzt den Abbruch einer Behandlung, den er aufgrund eines Gewissenskonflikts nicht vornehmen möchte, ablehnen. Es muss dann aber ein anderer Arzt der Erfüllung der Patientenverfügung nachkommen.<sup>944</sup> Darüber hinaus kann keine Behandlung gefordert werden, die sittenwidrig ist.

Eine Patientenverfügung ist außerdem dann unwirksam, wenn sich der **Stand in der Medizin** seit ihrer Errichtung wesentlich verändert hat. Dabei sind nur jene Änderungen in der Wissenschaft relevant, die in Zusammenhang mit der Behandlung stehen und damit die Verfügung und den Willen des Patienten beeinflussen können. Sinn der Regelung ist es, nur eine solche Behandlungsverweigerung als bindend anzusehen, die vom tatsächlichen Wunsch des Patienten getragen ist. Dazu ist es erforderlich, dass der Patient über alle bestehenden Möglichkeiten informiert ist. Durch neue Errungenschaften in der medizinischen Wissenschaft kann sein Wille überholt sein, da eine Krankheit zum Zeitpunkt der Errichtung der Patientenverfügung noch als unheilbar galt, ein paar Jahre später aber bereits sehr gut und lange mit ihr gelebt werden kann oder sie gar durch neue Medikamente heilbar ist. Solche Umstände sind zu berücksichtigen und machen daher Entscheidungen, die in Unkenntnis dieser Umstände getroffen wurden, einer nochmaligen Überprüfung notwendig.<sup>945</sup> Wichtig ist, dass es sich um substantielle Änderungen in der Medizin handelt, bei denen man davon ausgehen kann, dass der Patient bei deren Kenntnis anders entschieden hätte. Hat der Patient in seiner Verfügung ausdrücklich darauf Rücksicht genommen und seiner Behandlungsverweigerung trotz neuer medizinischer Errungenschaften verbindliche Wirkung zugesagt, so ist eine solche Erklärung zu respektieren und die Verfügung bleibt trotz neuer Erkenntnisse verbindlich. *Kathrein* begründet eine solche Vorgehensweise mit der Patientenautonomie und dem „Respekt vor der Selbstbestimmung des Patienten“. <sup>946</sup> Diese Patientenverfügung ist somit nicht grundsätzlich unwirksam, sondern ist der Patientenwille zu eruieren und festzustellen, ob der Patient bei Kenntnis der geänderten Umstände immer noch entsprechend der Verfügung entscheiden und eine Behandlung ablehnen würde oder nicht. Bei dieser

---

<sup>943</sup> *Pesendorfer* in *Barth/Ganner*, 428.

<sup>944</sup> Vgl bereits zum Konflikt des Selbstbestimmungsrechts mit dem ärztlichen Fürsorgeprinzip S 56ff sowie S 62.

<sup>945</sup> *Pesendorfer* in *Barth/Ganner*, 429.

<sup>946</sup> *Kathrein*, ÖJZ 2006, 562.

Vorgehensweise ist wieder auf die Ermittlung des mutmaßlichen Patientenwillens zu greifen.

Eine Patientenverfügung kann vom Patienten **jederzeit widerrufen** werden. Er kann dies formlos machen und auf andere Art und Weise zum Ausdruck bringen, dass er an der Patientenverfügung nicht mehr festhalten möchte. Dabei ist es nicht erforderlich, dass er einsichts- und urteilsfähig ist.<sup>947</sup> Dies hat vermehrt zu Diskussionen geführt, da auch für den Widerruf einer Patientenverfügung die Einsichts- und Urteilsfähigkeit notwendige Voraussetzung sein soll. Die Schwelle soll dabei jedoch sehr niedrig anzusetzen sein und es reicht bereits, wenn der Patient seinen (Überlebens-)Willen klar zum Ausdruck bringen kann.<sup>948</sup> Übertreffende kognitive Fähigkeiten werden indes nicht gefordert. Die Regelung des PatVG steht auch in Widerspruch zu dem allgemeinen Erfordernis, dass der Patient zum Widerruf einer Einwilligungserklärung über die hierfür erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügen muss.<sup>949</sup> Der Klarheit halber hätte der Gesetzgeber diese Besonderheit in die gesetzlichen Bestimmungen mit hineinnehmen und dies nicht nur in den Erläut ausführen können, die keine normative Wirkung entfalten.<sup>950</sup> Es wird dennoch den Erläut entsprechend in der Praxis auch ein Widerruf eines einwilligungsunfähigen Patienten rechtliche Wirkung entfalten. Ein Widerruf ist in jeder möglichen Form, auch konkludent, möglich. Man möchte damit dem Willen zum Leben Vorrang einräumen. Ist demnach erkennbar, dass der Patient sein Leben doch weiterleben möchte, so wird die Patientenverfügung unwirksam.<sup>951</sup> Dabei ist fraglich, wie ein einwilligungsunfähiger Patient ausreichend erkennbar zeigen kann, dass er seine einmal errichtete Patientenverfügung zurückziehen möchte. Ziel der Verfügung war es für den Patienten ja, für den Fall des Verlustes seiner Einwilligungsfähigkeit ausreichend Vorsorge zu treffen. Wenn diese Vorsorge nun durch ein Verhalten, mit dem er zeigt, dass er mit einem Behandlungsabbruch nicht mehr einverstanden ist, gar zu einfach verdrängt würde, würde dies dem eigentlichen Sinn zuwiderlaufen. Es ist außerdem fragwürdig, inwieweit ein einwilligungsunfähiger Patient überhaupt seinen Willen ändern kann, wenn ihm jegliche Einsichtsmöglichkeit und Fähigkeit zur Wertung abhanden gekommen sind. Auch äußere Umstände kann ein solcher Mensch nur schwer wahrnehmen oder gar beurteilen. Man

---

<sup>947</sup> Ausdrücklich RV 1299 B1gNR 22. GP 3.

<sup>948</sup> So Memmer, iFamZ 2006, 70; Memmer, RdM 2006/116.

<sup>949</sup> Vgl zu dem Konflikt bereits FN 89.

<sup>950</sup> So wie er dies beispielsweise bei § 284d Abs 2 gemacht hat, wo es heißt: „Die Vertretungsbefugnis eines nächsten Angehörigen tritt nicht ein oder endet, soweit ihr die vertretene Person ungeachtet des Verlusts ihrer Geschäftsfähigkeit oder Einsichts- und Urteilsfähigkeit widersprochen hat oder widerspricht.“

<sup>951</sup> Pesendorfer in Barth/Ganner, 432.

kann eine erkennbare Willensänderung aber uU mit dem jeden Menschen innewohnenden Urtrieb, um sein Überleben zu kämpfen, begründen. In jedem Fall ist dann auch der von einem einsichts- und urteilsunfähigen Patienten artikuliertem Widerruf einer Patientenverfügung, der erkennbar den Willen zum Weiterleben bekundet, zu respektieren und die Behandlung daher vorzunehmen. Auch der behandelnde Arzt wird in einer solchen Situation wohl eher dazu neigen, die Verhaltensweisen des Einwilligungsunfähigen im Sinne eines Widerrufs zu deuten als eine Behandlung auch tatsächlich abubrechen, wenn Zweifel über den Willen des Patienten bestehen.

#### 22.3.4. Kritik am Institut der Patientenverfügung

Das Wesentliche einer Patientenverfügung besteht darin, dass der Betroffene für den Fall einer späteren Erkrankung bereits im Vorfeld Vorsorge trifft. Problematisch ist dabei, dass sich einerseits bei bereits kranken Patienten nicht immer der genaue Krankheitsverlauf prognostizieren lässt und andererseits auch durch einen Unfall oder auf sonstige unvorhersehbare Art und Weise ein Zustand eintreten kann, an den im Zeitpunkt des Erstellens der Patientenverfügung noch gar nicht gedacht werden kann. Es muss über Situationen befunden werden, die sich zum momentanen Zeitpunkt noch gar nicht abschätzen lassen<sup>952</sup> oder noch nicht einmal erfassbar sind, da sie außerhalb der Vorstellungskraft über den möglichen Verlauf des eigenen Lebens liegen. Darüber hinaus können sich die subjektiven Vorstellungen und Werte im Laufe des Lebens ändern, insb ist eine solche Veränderung häufig bei älteren Menschen bemerkbar, die ihre Prioritäten anders setzen bzw neu ordnen, als sie dies früher getan haben. Gerade eine Krankheit kann die individuelle Einstellung hinsichtlich eines würdevollen Lebens stark beeinflussen.<sup>953</sup> Aber auch äußere Umstände, vor allem im privaten Bereich,<sup>954</sup> können zu einer Neuordnung der eigenen Interessen und einer Verschiebung des individuellen Wertesystems führen. Daneben ist unklar, wie sich Fehlinformationen oder unvollständige Informationen auf den subjektiven Willen des Patienten auswirken. Dass wesentliche Fortschritte und Veränderungen in der medizinischen Wissenschaft dazu führen, dass die Patientenverfügung unwirksam wird, wurde bereits erläutert.<sup>955</sup> Es können überdies aber auch kleinere Veränderungen, die objektiv keinen Einfluss auf den subjektiven Patientenwillen haben mögen, den Einzelnen sehr wohl beeinflussen.

---

<sup>952</sup> RV 1299 BlgNR 22. GP 3; *Kathrein*, ÖJZ 2006, 556.

<sup>953</sup> Vgl S 56ff.

<sup>954</sup> ZB Trennung, Todesfall einer nahestehenden Person aufgrund einer konkreten Krankheit, aber auch Familienzuwachs oder finanzielle Veränderungen.

<sup>955</sup> Vgl S 168ff.

Alles in allem ist es daher schwer, eine für die Zukunft verbindliche Verfügung zu treffen, da eben nicht alle für eine Entscheidung relevanten Faktoren zum aktuellen Zeitpunkt bekannt sind. Eine im Vorhinein getroffene Entscheidung kann niemals einem aktuell geäußerten Wunsch gleichkommen. Nichtsdestotrotz stellt eine Patientenverfügung ein Instrument dar, mit dem zumindest die Möglichkeit geboten wird, seinen Wunsch für die Zukunft zu äußern und seinem Selbstbestimmungsrecht auf diesem Weg Ausdruck zu verleihen.

#### **22.4. Zusammenfassung**

Die letzten Kapitel sollten zeigen, wie die vertretungsweise Entscheidungsfindung bei einwilligungsunfähigen Personen funktioniert und welche besonderen Erfordernisse dabei im Zusammenhang mit medizinischen Behandlungen auftreten können.

Es lässt sich festhalten, dass grundsätzlich immer einem aktuell geäußerten Wunsch des Patienten der Vorrang einzuräumen ist und nur wenn ein solcher oder eine alternative Willenserklärung nicht vorliegen auf den mutmaßlichen Patientenwillen zurückzugreifen ist. Darüber hinaus ist essentiell, dass stets der Patientenwunsch als Ausdruck des individuellen Selbstbestimmungsrechts den – egal welchen – Vertreter bindet und dieser nur im äußersten Fall, nämlich wenn er dem Wohl des Betroffenen in erheblichem Maß widerspricht, beschränkt werden darf.

## 23. Behandlungsabbruch beim einwilligungsunfähigen, nicht vertretenen Patienten

Einen Sonderfall stellt die Konstellation dar, in welcher der Patient einwilligungsunfähig ist, aber weder einen Vertreter, noch eine Patientenverfügung erstellt hat. Kommt sein Wunsch einer Behandlungsverweigerung klar zum Ausdruck, so ist der behandelnde Arzt daran gebunden und hat die Behandlung zu unterlassen. Da ein Behandlungsabbruch regelmäßig nicht mit Gefahr im Verzug verbunden sein wird, hat der behandelnde Arzt eine Sachwalterbestellung bei Gericht anzuregen. Ist der Wille nicht erkennbar, so sind grundsätzlich medizinisch indizierte Behandlungen vorzunehmen. Man geht davon aus, dass dies dem objektiven Wunsch des Patienten entspricht.<sup>956</sup>

Schwierigkeiten können mitunter dann auftreten, wenn der Patient seine Willensäußerung nicht ausdrücklich, sondern konkludent zum Ausdruck bringt. Der OGH ruft bei der Annahme von schlüssigen Erklärungen generell zu besonderer Vorsicht auf und geht bei deren Auslegung eher restriktiv vor. Eine konkludente Handlung soll nur dann angenommen werden, „wenn sie nach den üblichen Gewohnheiten und Gebräuchen eindeutig in einer bestimmten Richtung zu verstehen ist.“<sup>957</sup> Gerade beim einwilligungsunfähigen Patienten, bei dem der Maßstab der üblichen Gewohnheiten und Gebräuche nur schwer angewendet werden kann, sollte die Annahme einer konkludenten Willensäußerung daher wohl eher die Ausnahme bleiben. Dies umso mehr, da es sich bei Entscheidungen zum Behandlungsabbruch um einen besonders sensiblen Bereich handelt.

Auf der anderen Seite hat der Arzt eine medizinisch nicht indizierte Maßnahme nicht vorzunehmen und auch nicht fortzusetzen. Es kann also auch so zu einem Behandlungsabbruch kommen. Wesentlich ist, dass eine Behandlung nicht sinnvoll bzw aussichtslos ist. Den Arzt trifft dann keine Behandlungspflicht mehr.<sup>958</sup> Allein auf die Aussichtslosigkeit einer Behandlung abzustellen führt jedoch nicht in allen Fällen zu einem zufriedenstellenden Ergebnis. Man denke nur an jene Patienten, die künstlich ernährt werden. Diese Menschen sind auf die künstliche Nahrungszufuhr angewiesen, diese ist daher primär nicht aussichtslos, da Essen und Trinken zum Weiterleben sehr wohl erforderlich sind. Durch die künstliche Ernährung wird das eigentliche Leiden aber weder

---

<sup>956</sup> Vgl hierzu S 89ff.

<sup>957</sup> OGH 16.7.2013, 5 Ob 253/12k JusGuide 2013/34/11447.

<sup>958</sup> Aus medizinethischer Sicht kann die ärztliche Behandlungspflicht noch weiterbestehen, zB palliativmedizinische Maßnahmen. Vgl S 62.

gelindert noch geheilt. Der Zweck der Nahrungszufuhr liegt darin, den Organismus des Patienten mit Nährstoffen und Flüssigkeit zu versorgen. Eine künstliche Ernährung kann jedoch abgebrochen werden, wenn dies dem Wunsch des Patienten entspricht.<sup>959</sup> Ist dieser Wunsch hinreichend verbindlich dokumentiert, so hat sich auch der Arzt und sonstige Vertreter daran zu halten und die Behandlung abzubrechen. Dem Patientenwillen ist auch in diesem Fall Vorrang zu gewähren. Schwierig ist jedoch bei einem Einwilligungsunfähigen auf den mutmaßlichen Willen abzustellen und eine Behandlung darauf basierend abzubrechen. Gerade bei Entscheidungen zum Behandlungsabbruch ist bei der Annahme von mutmaßlichen Willenserklärungen besondere Vorsicht geboten. Im Gegensatz zur Ermittlung eines möglichen Patientenwillens bei einer Behandlungseinwilligung, die in der Regel eine Entscheidung *für* das Leben darstellt, handelt es sich bei einer Behandlungsverweigerung um eine Entscheidung *gegen* das Leben. Ob eine solche auch „so einfach“ aus früheren Äußerungen, Vorstellungen, Lebenseinstellung uä abgeleitet werden kann, ist fraglich. Dies auch deshalb, da bei einer solchen Entscheidung, die Gefahr besteht, dass es zu einer Rechtsgüter- und Interessenabwägung durch die Beteiligten kommt, die schlussendlich zu einem Behandlungsabbruch führt, der unter dem Vorwand des mutmaßlichen Patientenwillens verkauft wird.<sup>960</sup> Im Zweifel wird dem Arzt daher geraten sein, die Behandlung wohl eher weiter fortzusetzen.

---

<sup>959</sup> So auch bereits BGH 13.9.1994, 1 StR 357/94. In Anlehnung dazu OGH 7.7.2008, 6 Ob 286/07p.

<sup>960</sup> *Kopetzki*, iFamZ 2007, 201.

## 24. Einfachgesetzlicher Schutz der Selbstbestimmung

Auf einfachgesetzlicher Ebene ist das Selbstbestimmungsrecht durch § 16 geschützt, der den Persönlichkeitsschutz an sich gewährleistet. Diese Bestimmung ist seit ihrer ursprünglichen Fassung aus dem Jahr 1811 unverändert und stellt einen der fundamentalen Grundsätze der österreichischen Rechtsordnung dar. § 16 legt fest, dass dem Einzelnen „**angeborene Rechte**“ zukommen. Diese Rechte stehen sohin jedermann ohne Differenzierung zu, sie müssen nicht erst erworben werden und jeder Mensch soll sein Leben diesen Rechten entsprechend ausgestalten können. Man knüpft dabei an die Rechtsfähigkeit des Menschen an: Diese ist sowohl unbeschränkt als auch unbeschränkbar und steht jedem Menschen ab seiner Geburt zu.<sup>961</sup> Der Bestimmung kommt auch deshalb solch eine Bedeutung zu, da sie die Normierung der Persönlichkeitsrechte an sich und damit die Wahrung der Menschenwürde sowie eines umfassenden Persönlichkeitsschutzes des Einzelnen sicherstellen soll.<sup>962</sup> § 16 enthält keine Aufzählung, welche Rechte dadurch geschützt werden, da man davon ausging, dass es sich dabei um einleuchtende Rechte handelte, die jedermann als schützenswert empfinden würde.<sup>963</sup> Die damit geschützten Persönlichkeitsrechte sind **subjektive, absolute Rechte**. Für die vorliegende Arbeit ist insb der dadurch gewährleistete Schutz der Selbstbestimmung und Freiheit des Einzelnen, der wiederum auf einem Schutz der Menschenwürde baut, von Bedeutung. Mit diesem ist die Pflicht des Arztes zur Aufklärung und zur Einholung einer Einwilligung verbunden. Auch das Vermögen, eine individuelle Entscheidung treffen zu können, die Bindungswirkung für andere entfaltet, fällt in den Schutzbereich des § 16. Grundsätzlich handelt es sich dabei um ein höchstpersönliches Recht, das nur unter bestimmten Umständen ausnahmsweise übertragen werden kann.<sup>964</sup> Ein Eingriff ist in der Regel nur nach einer umfassenden Interessenabwägung möglich. Wird die Person in ihrem Rechtsgut verletzt, so können ihr Schadenersatzansprüche zustehen. Bei einer eigenmächtig vorgenommenen Heilbehandlung ohne Einholung einer Einwilligungserklärung sind einerseits die körperliche Freiheit als auch die Willensbildungsfreiheit des Betroffenen verletzt. Es kommt zu einer strafgerichtlichen Strafbarkeit als auch zu zivilrechtlichen Schadenersatzansprüchen.

---

<sup>961</sup> Schauer in Kletečka/Schauer, § 16 Rz 8 (Stand 1.3.2017, rdb.at).

<sup>962</sup> Schauer in Kletečka/Schauer, § 16 Rz 1 (Stand 1.3.2017, rdb.at); Aicher in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 16 Rz 2 (Stand 1.7.2015, rdb.at).

<sup>963</sup> Schauer in Kletečka/Schauer, § 16 Rz 1 (Stand 1.3.2017, rdb.at).

<sup>964</sup> Vgl S 45.

## 25. Verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte

Im Laufe der Arbeit hat sich gezeigt, dass bei der Einwilligung zur Heilbehandlung bei nicht (voll) entscheidungsfähigen Personen verschiedenste (Grund-)Rechte tangiert sein können. Auf der einen Seite die Rechte des Patienten, insb der Schutz der individuellen Willensbildungsfreiheit wie auch der Schutz der körperlichen Freiheit. Daneben bestehen ein Diskriminierungsschutz sowie das Gebot, alte, behinderte oder kranke Menschen nicht anders zu behandeln, ihre persönliche körperliche aber auch geistige Freiheit genauso zu achten und auf der anderen Seite die Rechte des Mediziners, auch seine persönliche Glaubens- und Gewissensfreiheit zu achten.

### 25.1. Der Gleichheitssatz

Der Gleichheitssatz stellt eines der wichtigsten Grundrechte der österreichischen Rechtsordnung dar. Er ist in Art 2 StGG<sup>965</sup> und Art 7 Abs 1 B-VG<sup>966</sup> normiert<sup>967</sup> Und gewährleistet die **Gleichheit aller Menschen**. Für die Problematik der vorliegenden Arbeit ist dabei insb von Bedeutung, dass eine Diskriminierung alter sowie psychisch kranker oder geistig behinderter Menschen ohne eine sachlich gerechtfertigte Differenzierung unzulässig ist.<sup>968</sup> Dabei normiert Art 7 Abs 1 3. Satz B-VG ausdrücklich ein Diskriminierungsverbot für behinderte Menschen. Es wird außerdem die Zulässigkeit eines Nachteilsausgleichs festgehalten, sodass eine teilweise Bevorzugung behinderter Menschen zulässig ist, um eine Gleichbehandlung aller Menschen im täglichen Leben erzielen zu können. Bestimmte Besserstellungen Behinderter sind damit durchaus erlaubt.<sup>969</sup> Daneben gibt es noch eine Reihe von Spezialgesetzen, welche die Gleichstellung behinderter Menschen sicherstellen sollen.<sup>970</sup>

Das Selbstbestimmungsrecht findet seine gesetzliche Verankerung außerdem im **Recht auf Leben gem Art 85 B-VG, Art 2 EMRK und 6. ZPEMRK** sowie im **Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gem Art 8 EMRK**. Das Recht auf Leben und

---

<sup>965</sup> Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder RGBl 1867/142 idF BGBl 1988/684.

<sup>966</sup> Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) BGBl 1930/1 (WV) idF BGBl 1999/194 (DFB) idF BGBl I 2017/138.

<sup>967</sup> Darüber hinaus bietet auch Art 14 EMRK einen Diskriminierungsschutz hinsichtlich der in der EMRK gewährleisteten Rechte und Freiheiten. Auch Art 20 und Art 21 Abs 1 GRC normieren ein Gleichheitsgebot.

<sup>968</sup> Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht<sup>11</sup>, 2015, Rz 1357.

<sup>969</sup> Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht<sup>11</sup>, Rz 1363.

<sup>970</sup> Vgl ua das Behinderteneinstellungsgesetz BGBl 1970/22 idF BGBl I 2017/155, Bundesbehindertengesetz BGBl 1990/283 idF BGBl I 2017/155, Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz BGBl I 2005/82 idF BGBl I 2017/155.

körperliche Unversehrtheit stellt ein Freiheitsrecht des Einzelnen dar, weshalb für die Vornahme einer medizinischen Behandlung immer der Wille des Patienten ausschlaggebend ist.

## 25.2. Verhältnismäßigkeitsprüfung einer Behandlung

Bei der Vornahme einer ärztlichen Behandlung ist stets zu prüfen, dass sie zu ihrem Zweck nicht außer Verhältnis steht. Es kommt dabei jedoch nicht bloß darauf an, dass die gesundheitlichen Vorteile die gesundheitlichen Nachteile überwiegen, sondern auch, dass die gewählte Behandlungsmethode mit all ihren Risiken und Nebenwirkungen zu dem persönlichen Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen im Verhältnis steht.<sup>971</sup> Bei einem einwilligungsfähigen Patienten stellt sich dieses Problem gar nicht erst, da er in der Regel in der Lage ist eine Güterabwägung in seinen Interessen vorzunehmen und seine Grundrechte bei einer genehmigten Heilbehandlung dementsprechend gewahrt sind.<sup>972</sup> Jedoch ist auch eine nicht nachvollziehbare, objektiv unvernünftige Entscheidung im Sinne der Patientenautonomie zu respektieren. Ist der Betroffene jedoch einwilligungsunfähig und kann daher nicht eigenständig zustimmen, so hat eine Überprüfung stattzufinden, ob der Eingriff **geeignet, unbedingt erforderlich und angemessen** ist.<sup>973</sup> Diese Untersuchung hat erst recht stattzufinden, wenn der Patient zwar einwilligungsunfähig ist, seine Ablehnung einer konkreten Behandlung aber erkennbar äußert. Zwangsbehandlungen sind nur in sehr engen Grenzen möglich.<sup>974</sup> Es sind dabei die Dringlichkeit des Eingriffs, die Intensität, die Art und Dauer – insb mit welchen Folgen und Konsequenzen zu rechnen ist – zu berücksichtigen und gegen den Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen abzuwägen. Nur wenn diese Kriterien eine Behandlung als erfolversprechend erscheinen lassen und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten somit überwiegen, ist die Verhältnismäßigkeit gewahrt.<sup>975</sup>

## 25.3. Beschränkungen

Wie jede Beschränkung eines verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts bedürfen auch Beschränkungen des Selbstbestimmungsrechts durch den Staat immer einer

---

<sup>971</sup> *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 796.

<sup>972</sup> *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 797.

<sup>973</sup> *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 797.

<sup>974</sup> Vgl bereits S 93ff.

<sup>975</sup> *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 798.

**Rechtfertigung.**<sup>976</sup> Dabei kommen im medizinischen Bereich insb Beschränkungen **zum Schutz** der betroffenen Person selbst, zum Schutz der Rechte Anderer oder zur Sicherstellung des **Gemeinwohls** in Frage. Der Sozialstaat hat insb die Pflicht, auch den schwachen Bürgern ein menschenwürdiges Leben zu ermöglichen, indem er die erforderliche Unterstützung bereitstellt. Dabei darf eine Beschränkung des Selbstbestimmungsrechts nur dort möglich sein, wo es dem Einzelnen nicht mehr selbständig möglich ist, in seinem Interesse zu agieren ohne sich dabei selbst zu schaden.<sup>977</sup> Eine solche Vorgehensweise wird dann als im Sinne des öffentlichen Interesses ausgelegt. Ist der Betroffene nicht mehr auf Hilfe angewiesen, so ist eine etwaige Beschränkung seines Persönlichkeitsrechts umgehend einzustellen. Beim Schutz von Rechten anderer Personen ist vor allem an jene des behandelnden Arztes zu denken. Hier insb an das immer wieder thematisierte Grundrecht auf Glaubens- und Gewissensfreiheit, das dem Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen gegenüber steht und mit diesem in Konflikt geraten kann. Auf der anderen Seite fallen unter die Sicherstellung des Gemeinwohls unter anderem der Schutz der Bevölkerung vor einer ansteckenden Krankheit.<sup>978</sup> Es werden zT aber auch Beschränkungen zum Schutz von Individualinteressen darunter subsumiert. Eine solche Vorgehensweise wird damit begründet, dass die Beschränkung des individuellen Selbstbestimmungsrechts bspw durch Formvorschriften einen Schutz der Allgemeinheit zur Folge hat.<sup>979</sup> Eine Begrenzung kann daher in solchen Fällen gerechtfertigt sein. Auf der anderen Seite darf nicht verkannt werden, dass es nicht Aufgabe des Staates ist, seinen Bürgern das selbständige Denken abzunehmen.

---

<sup>976</sup> Höfling in Wienke/Eberbach/Kramer/Janke (Hrsg), 121.

<sup>977</sup> Kuhlmann, Einwilligung, 130f; Kopetzki in Kopetzki (Hrsg), Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, 7.

<sup>978</sup> Kopetzki in Kopetzki (Hrsg), Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, 7.

<sup>979</sup> Höfling in Wienke/Eberbach/Kramer/Janke (Hrsg), 122ff. Zu denken wäre hier zB an Vorschriften zu Schutzimpfungen.

## 26. Unionsrechtliche und Völkerrechtliche Vorgaben

Der Vollständigkeit halber soll an dieser Stelle kurz auf die unions- und völkerrechtlichen Vorgaben sowie multilateralen Regelungen Bezug genommen werden, die im Zusammenhang mit medizinischen Behandlungen psychisch kranker, geistig behinderter und betagter Menschen von Relevanz sein können. Diese werden jedoch nicht im Detail sondern lediglich in Grundzügen aufgerissen, da eine tiefergehende Bearbeitung als zu umfangreich für die vorliegende Arbeit erachtet wird.

### 26.1. Die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)

Die Europäische Menschenrechtskonvention<sup>980</sup> wurde von Österreich 1958 ratifiziert. Sie ist gemäß BVG BGBl 1964/59 mit Verfassungsrang ausgestattet.<sup>981</sup> Die Konvention enthält einen umfassenden Grundrechtskatalog, der sich im Wesentlichen mit den Rechten des StGG und jenen der GRC deckt, diese teilweise aber umfassender schützt. Wesentlich ist, dass die Bürger die Möglichkeit einer individuellen Durchsetzung vor dem EGMR haben.<sup>982</sup> Die Grundrechte wirken an und für sich nur zwischen Staat und Bürger, es gibt keine unmittelbare Drittwirkung zwischen Privaten. Da der Gesetzgeber aber dazu angehalten ist, Gesetze im Rahmen und zum Schutz der Grundrechte zu erlassen, und jeder Bürger gesetzmäßig handeln muss, wirken diese sehr wohl auch zwischen Privaten.<sup>983</sup> Bei Spannungen und Interessenkollisionen ist es Aufgabe des Staates, hier einen Ausgleich und Schutz beider Parteien sicherzustellen. Es sollen in der Folge einige für den Bereich der Gesundheitsangelegenheiten wesentliche Grundrechte näher beleuchtet werden.

#### 26.1.1. Artikel 2: Recht auf Leben

Artikel 2 normiert, dass das Recht auf Leben jedes Menschen gesetzlich geschützt ist.<sup>984</sup> Die Bestimmung ist eine Reaktion auf die Verbrechen, die während des Nationalsozialismus stattgefunden haben und bei denen insb auch behinderte Menschen zu Forschungszwecken getötet wurden. Sie ist einerseits ein Abwehrrecht gegenüber Angriffen anderer und andererseits gilt sie als die Grundbestimmung, von der sich alle

---

<sup>980</sup> KONVENTION ZUM SCHUTZE DER MENSCHENRECHTE UND GRUNDFREIHEITEN BGBl 1958/210 idF BGBl III 2016/144.

<sup>981</sup> Vgl Art II Z 7 BVG BGBl 1964/59.

<sup>982</sup> Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht<sup>11</sup>, Rz 1389, 1320.

<sup>983</sup> Grabenwarter/Krauskopf in Resch/Wallner (Hrsg), Kap I, Rz 38.

<sup>984</sup> Das Recht auf Leben ist daneben auch in Art 2 GRC normiert.

anderen Grundrechte der EMRK ableiten.<sup>985</sup> Dabei ist sowohl die absichtliche als auch die unbeabsichtigte Tötung verboten.<sup>986</sup> Darüber hinaus ist aus Art 2 auch die negative Freiheit, also die Freiheit sein eigenes Leben zu beenden, ableitbar.<sup>987</sup> Art 2 schützt damit auch den **würdevollen Tod**. Daraus ergibt sich aber in weiterer Folge nicht auch das Recht, jemand anderen zur Beendigung seines eigenen Lebens verpflichtet zu können. Die aktive Sterbehilfe ist durch Art 2 jedenfalls verboten.<sup>988</sup> Passive Sterbehilfe ist hingegen nach Ansicht des EGMR zulässig.<sup>989</sup> Obwohl in den Benelux-Staaten nach wie vor aktive Sterbehilfe unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt ist, war der EGMR bis dato noch nicht damit konfrontiert, zur aktiven Sterbehilfe in Zusammenhang mit Art 2 in diesen Ländern Stellung zu beziehen. Im Urteil *Pretty vs Vereinigtes Königreich* hielt er jedenfalls fest, dass alleine aus der Feststellung, dass Art 2 kein Recht auf Sterben konstatiert, nicht automatisch abgeleitet werden kann, dass all jene Staaten, in denen aktive Sterbehilfe zulässig ist, gegen die EMRK verstoßen.<sup>990</sup>

Für den medizinischen Bereich hat dieses Grundrecht insofern Bedeutung, als sich daraus ein Recht des Einzelnen ableitet, behandelt zu werden. Dem Einzelnen entspringt daraus bei medizinischer Indikation ein Anspruch auf eine *lege artis* durchgeführte Behandlung. Daneben leitet sich dabei aber auch das Recht ab, eine konkrete Behandlung eben gerade nicht vornehmen lassen zu wollen. Dadurch ist insb das Instrument der Patientenverfügung ein Ausfluss des durch Art 2 geschützten Rechts auf Lebens.

### 26.1.2. Artikel 3: Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung

Diese Bestimmung zielt auf den Schutz sowohl der physischen als auch der psychischen Integrität des Einzelnen ab, der bei Ausübung jeder staatlichen Amtshandlung gewährleistet sein soll. Das Grundrecht schützt an und für sich jeden Eingriff ohne Ausnahme und zielt im weiteren Sinn auf einen umfassenden Schutz der **Menschenwürde**

---

<sup>985</sup> *Grabenwarter/Krauskopf* in *Resch/Wallner (Hrsg)*, Kap I, Rz 45; Vgl hiezu auch S 183ff.

<sup>986</sup> *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht<sup>11</sup>, Rz 1389, 1391.

<sup>987</sup> *Breitenlechner/Segalla* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar, 2014, Art 2 Rz 9.

<sup>988</sup> Der EGMR hatte bereits mehrfach mit Entscheidungen zur passiven Sterbehilfe zu tun. Im wohl berühmtesten Fall *Pretty vs Vereinigtes Königreich* (EGMR 29.4.2002, 2346/02) hielt er fest, dass aus Art 2 kein Recht auf Sterben, sondern lediglich ein Recht auf Leben abgeleitet werden kann. Auch im Sinne der Selbstbestimmung könne auf diese Weise dennoch nicht das Recht zwischen Leben und Tod zu wählen, gefolgert werden. Aktive Sterbehilfe ist demnach nach Art 2 EMRK jedenfalls verboten.

<sup>989</sup> Vgl den Fall *Lambert und Andere vs Frankreich* (EGMR 5.6.2015, 46043/14), in welchem die Einstellung künstlicher Ernährung eines seit sieben Jahren im Wachkoma befindlichen Patienten vom EGMR für zulässig erachtet wurde. Nach ärztlicher Ansicht war keine Besserung zu erwarten. Der EGMR sprach aus, dass in diesem Fall passive Sterbehilfe nicht gegen die EMRK verstieße.

<sup>990</sup> Vgl *Pretty vs Vereinigtes Königreich* (EGMR 29.4.2002, 2346/02).

ab.<sup>991</sup> In Gesundheitsangelegenheiten schützt Art 3 insb untergebrachte Personen oder von Forschungszwecken Betroffene.<sup>992</sup> Dabei ist das Grundrecht bei physischen Zwangsakten dann verletzt, wenn eine die Menschenwürde beeinträchtigende gröbliche Missachtung des Betroffenen hinzutritt.<sup>993</sup> Eine solche kann uU bereits dann vorliegen, wenn eine Behandlung zu lange dauert oder eine Person zu lange untergebracht ist.<sup>994</sup> Es wird außerdem auf Art 3 Abs 2 GRC verwiesen, der ausdrücklich medizinische und biologische Maßnahmen ohne Einwilligung nach vorheriger Aufklärung verbietet.<sup>995</sup> Art 3 ist aber nicht schon deshalb verletzt, wenn eine Behandlung ohne Einwilligung vorgenommen wird.

### 26.1.3. Artikel 5: Schutz der persönlichen Freiheit

Dieser Artikel gewährleistet das Recht auf Freiheit und Sicherheit jeder Person. Parallel dazu enthält Art 1 Abs 1 PersFrG<sup>996</sup> die gleiche Formulierung.<sup>997</sup> Ziel ist es, den Menschen vor „willkürlichen und gesetzwidrigen Entziehungen seiner körperlichen Bewegungsfreiheit“<sup>998</sup> zu schützen. In diesem Zusammenhang sind insb die Zulässigkeit von **Zwangsbehandlungen**<sup>999</sup> und Unterbringungen nach dem UbG bzw HeimAufG von Bedeutung. Eingriffe sind unter gewissen Umständen erlaubt, und zwar wenn diese verhältnismäßig sind.<sup>1000</sup> Bei psychisch Kranken und geistig Behinderten ist ein Eingriff immer dann erlaubt, wenn diese ansonsten eine Gefährdung für sich selbst oder für andere darstellen und ein Schutz auf keine andere Weise gewährleistet werden kann.<sup>1001</sup>

### 26.1.4. Artikel 8: Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens

Artikel 8 stellt eine der zentralen Bestimmungen der EMRK dar und ist eine der Grundlagen, die bei der Behandlung sowohl mit Einsichtsfähigen als auch mit nicht voll Einsichtsfähigen zu beachten ist. Sie schützt das Privatleben im Allgemeinen und fordert damit, dass jede ärztliche Maßnahme der Einwilligung des Betroffenen bedarf, soweit sie nicht unter Abs 2 fällt. Danach ist ein Eingriff dann gerechtfertigt, wenn er „für die

<sup>991</sup> Grabenwarter/Krauskopf in Resch/Wallner (Hrsg.), Kap I, Rz 48.

<sup>992</sup> Grabenwarter/Krauskopf in Resch/Wallner (Hrsg.), Kap I, Rz 48.

<sup>993</sup> Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht<sup>11</sup>, Rz 1389, 1394.

<sup>994</sup> Vgl VfGH 18.6.1984, B 191/82.

<sup>995</sup> Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht<sup>11</sup>, Rz 1389, 1394.

<sup>996</sup> Bundesverfassungsgesetz vom 29. November 1988 über den Schutz der persönlichen Freiheit BGBl 1988/684 idF BGBl I 2008/2.

<sup>997</sup> Vgl hierzu außerdem Art 6 GRC, der ebenfalls ein Recht auf Unversehrtheit normiert.

<sup>998</sup> Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht<sup>11</sup>, Rz 1389, 1404.

<sup>999</sup> Vgl hierzu S 93ff.

<sup>1000</sup> Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht<sup>11</sup>, Rz 1389, 1406, 1416. Verhältnismäßig ist eine Maßnahme dann, wenn sie nötig ist und zur Erreichung des Zwecks nicht außer Verhältnis steht.

<sup>1001</sup> Vgl Art 2 Abs 1 Z 5 PersFrG.

*nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist.*“ Die Bestimmung umfasst außerdem auch das persönliche **Selbstbestimmungsrecht**. Dies bedeutet, dass eine Behandlung nur nach erfolgter Einwilligung vorgenommen werden darf.<sup>1002</sup> Darüber hinaus steht unter dem Schutz der Bestimmung die individuelle Entfaltung der Persönlichkeit, die sich eben gerade in der persönlichen Selbstbestimmung des Einzelnen äußert. Es wird neben der körperlichen allem voran die geistige Integrität des Einzelnen geschützt. Auch hier fallen Zwangsbehandlungen unter den zentralen Schutz der Norm. Eingriffe sind aber auch hier wieder zulässig, solange diese gesetzlich vorgesehen und verhältnismäßig sind. Darüber hinaus müssen sie ein legitimes Ziel verfolgen.<sup>1003</sup> Art 8 steht somit unter einem materiellen Gesetzesvorbehalt. Der Anwendungsbereich des Art 8 überschneidet sich regelmäßig mit jenem des Art 3.

#### 26.1.5. Artikel 9: Glaubens- und Gewissensfreiheit

Diese Bestimmung schützt umfassend die Gedanken-, Glaubens- und Gewissensfreiheit. Daneben gewährleisten auch Art 14 sowie 16 StGG, Art 63 Abs 2 StV von St. Germain und Art 10 Abs 1 GRC einen ähnlichen Schutz. Für den medizinischen Bereich wird mit dieser Bestimmung insb das Recht des Einzelnen geschützt, eine bestimmte Behandlung aus religiösen – aber auch sonstigen weltanschaulichen – Gründen abzulehnen.<sup>1004</sup> Auch das Recht des Arztes, eine Behandlung an einem Patienten nicht vornehmen zu müssen, die er mit seinen Ansichten nicht vereinbaren kann, findet in dieser Normierung seine rechtliche Grundlage.<sup>1005</sup>

## 26.2. Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC)

Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) trat mit 1. Dezember 2009 in Kraft. Sie garantiert dem EU-Bürger die klassischen Grund- und Freiheitsrechte sowie

---

<sup>1002</sup> Stormann, in FS Hopf (2007) 210.

<sup>1003</sup> Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht<sup>11</sup>, Rz 1389, 1425; Grabenwarter/Krauskopf in Resch/Wallner (Hrsg), Kap I, Rz 50.

<sup>1004</sup> Vgl ua die religiöse Überzeugung Zeugen Jehovas', die eine Behandlung mit Blut – insb durch Infusion von gelagertem Blut – verbietet.

<sup>1005</sup> Vgl hierzu bereits S 53ff sowie S 56ff.

soziale Grundrechte. Der Verfassungsgerichtshof hat ihnen in einer Grundsatzentscheidung<sup>1006</sup> Verfassungsrang zugeteilt, was sie nun mit einem besonderen Schutz für die einzelnen Bürger ausstattet. Diese können nun jede Verletzung der in der Charta gewährten Rechte, die dadurch verfassungsrechtlich geschützt sind, vor dem VfGH geltend machen. Außerdem gilt die Charta als Prüfungs- und Auslegungsmaßstab beim Erlass bzw bei der Interpretation von Normen.<sup>1007</sup> Die EU-Grundrechtecharta schützt in Art 1 explizit die Menschenwürde, außerdem das Recht auf Leben (Art 2) sowie das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art 7) und gebietet überdies Schutz vor Nichtdiskriminierung (Art 21). Sie konstatiert ausdrücklich einen Schutz älterer Menschen (Art 25) und fordert die Integration behinderter Menschen (Art 26). Die meisten in der Charta verankerten Rechte sind mit jenen der EMRK kongruent.<sup>1008</sup>

#### 26.2.1. Artikel 1: Schutz der Menschenwürde

Artikel 1 besagt, dass die Würde des Menschen unantastbar ist. Gemeint sind damit die Autonomie und Freiheit des Einzelnen. Sie steht **jedem Menschen ohne Einschränkung** zu. Der Schutz der Menschenwürde bildet das Fundament für alle anderen Grundrechte.<sup>1009</sup> Alle weiteren Grundrechte bauen auf dem allgemeinen Schutz der Würde des Einzelnen und seiner Selbstbestimmung auf. Sie stellt daher die zentrale Bestimmung der Grund- und Menschenrechte dar. Ohne diesen Schutz kann es keine Freiheits- oder Persönlichkeitsrechte geben. Vom Schutz der Menschenwürde umfasst sind einerseits der Schutz vor Gleichheitsverletzungen, Verletzungen der physischen wie auch der psychischen Integrität des Einzelnen. Es werden außerdem die persönliche Identität und Individualität des Menschen geachtet und gewahrt.<sup>1010</sup>

Das **Selbstbestimmungsrecht** des Einzelnen stellt den wesentlichen Kern des Grundrechts auf Achtung der Menschenwürde dar. Der Grundsatz der Achtung der Menschenwürde ist zwar nicht explizit in der österreichischen Verfassungsrechtsordnung geregelt,<sup>1011</sup> der VfGH hat jedoch bereits im Jahr 1993 in einer Entscheidung<sup>1012</sup> festgehalten, dass dieser

---

<sup>1006</sup> VfGH 14.3.2012, U 466/11.

<sup>1007</sup> Vgl dazu *Die Presse*, VfGH: EU-Grundrechtecharta hat Verfassungsrang vom 4.5.2012, [https://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/754832/VfGH\\_EUGrundrechtecharta-hat-Verfassungsrang-](https://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/754832/VfGH_EUGrundrechtecharta-hat-Verfassungsrang-) (abgerufen am 10.3.2018).

<sup>1008</sup> *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht<sup>11</sup>, Rz 1389, 1317.

<sup>1009</sup> *Fuchs/Segalla* in *Holoubek/Lienbacher*, Art 1 Erläut; Vgl dazu außerdem *Brauer*, Autonomie und Familie, 10, der zwar den Schutz der Menschenwürde durch Art 1 dGG anspricht, dies aber auf die österreichische Rechtslage anwendbar ist.

<sup>1010</sup> *Fuchs/Segalla* in *Holoubek/Lienbacher*, Art 1 Rz 19.

<sup>1011</sup> *Tretter*, Grundrechte in Österreich Eine Einführung, 2007, 17.

<sup>1012</sup> VfGH 10.12.1993, G 167/92.

Teil der „allgemeinen Wertungsgrundsätze unserer Rechtsordnung“ ist. Die Unantastbarkeit der menschlichen Würde ist außerdem in Art 1 der EU-GRC<sup>1013</sup> verankert, die in Österreich Verfassungsrang hat.<sup>1014</sup>

Der Staat hat die Würde des Menschen zu sichern. Er muss ihn einerseits vor Angriffen Dritter schützen, andererseits werden ihm Rechte eingeräumt. Es ist auch hier eine Fürsorgepflicht des Gesetzgebers zu erkennen. Ist der Einzelne nicht mehr in der Lage, ein autonomes selbstbestimmtes Leben zu führen, so ist ihm Unterstützung hierbei zur Verfügung zu stellen.<sup>1015</sup> Denn der Einzelne kann zwar seine Fähigkeit zu einer selbstbestimmten Lebensführung verlieren, nicht jedoch sein Recht auf Selbstbestimmung. Dabei besteht aber keine Verpflichtung des Staates, den Menschen vor sich selbst zu schützen und somit zur Würde zu zwingen.<sup>1016</sup> Der Staat hat Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Leben zu schaffen.<sup>1017</sup> Dabei kann es zu einem Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz der Menschenwürde und der Autonomie des Einzelnen kommen. Aufgabe des Staates ist es ja gerade, das Individuum vor Eingriffen in sein Selbstbestimmungsrecht zu schützen. Wird aber beispielsweise Fürsorge „zugeteilt“ ohne dass der Einzelne darum gebeten hat, handelt es sich hierbei bereits um Fremdbestimmung, die das individuelle Selbstbestimmungsrecht im eigentlichen Sinn beschränkt und wovon das Recht auf Achtung der Menschenwürde an und für sich schützen möchte.<sup>1018</sup> Diese Art der Fremdbestimmung wird jedoch geduldet, soweit sie dem Schutz anderer oder des Einzelnen dient und nur im erforderlichen Maß ausgeübt wird.<sup>1019</sup>

### 26.2.2. Artikel 3: Recht auf Unversehrtheit

Diese Bestimmung schützt sowohl die körperliche als auch die geistige Unversehrtheit. Insb wird die verpflichtende Einwilligung nach erfolgter ärztlicher Aufklärung für medizinische Maßnahmen gesetzlich normiert.

---

<sup>1013</sup> Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 18.12.2000, 2000/C 364/01, abrufbar unter: [http://www.europarl.europa.eu/charter/default\\_de.htm](http://www.europarl.europa.eu/charter/default_de.htm) (abgerufen am 10.3.2018).

<sup>1014</sup> Sowohl § 1 UbG als auch § 1 HeimAufG halten ausdrücklich fest, dass die Menschenwürde aller vom jeweiligen Gesetz betroffenen Personen unter allen Umständen zu wahren ist.

<sup>1015</sup> Brauer, Autonomie und Familie, 12.

<sup>1016</sup> Fuchs/Segalla in Holoubek/Lienbacher, Art 1 Rz 29; Ohly, „Volenti non fit iniuria“, 69.

<sup>1017</sup> Fuchs/Segalla in Holoubek/Lienbacher, Art 1 Rz 19.

<sup>1018</sup> Brauer, Autonomie und Familie, 13.

<sup>1019</sup> Vgl hiezu S 175.

### 26.2.3. Artikel 25 und 26: Besonderer Schutz älterer und behinderter Menschen

Durch die beiden eigenständigen Bestimmungen sollen auf die besondere Stellung und Schutzbedürftigkeit der beiden „Bevölkerungsgruppen“ hingewiesen werden. Es wird das Recht auf ein würdevolles, unabhängiges und selbstbestimmtes Leben zusätzlich konkretisiert. Der Mensch soll nicht Objekt seines Lebens oder der Gesellschaft sein, sondern **Subjekt**.<sup>1020</sup> Alte und behinderte Menschen sollen weitgehend in die Gemeinschaft integriert werden und als gleichwertige Mitglieder im Alltag bestehen können. Dabei soll diesen besonders schutzwürdigen Personen außerdem ein hinreichender Zugang zu Gesundheitsleistungen ermöglicht werden. Aufgrund ihres Alters bzw ihrer Krankheit sind sie in der Regel auf eine besondere und umfassende Gesundheitsversorgung angewiesen. Behinderten Menschen ist darüber hinaus ausreichende Unterstützung zu gewähren, damit sie ihr Leben möglichst eigenständig gestalten und leben können. Die Formen der Unterstützung können variieren und liegen in erster Linie in Mitteln, die es dem Betroffenen ermöglichen, ohne die Einschaltung dritter Personen ihr Dasein eigenverantwortlich zu regeln. Diese Maßnahmen können insb in finanzieller Unterstützung liegen, als auch in der Schaffung moderner Einrichtungen, die durch barrierefreie Zugänge eine Integration der behinderten Person in das allgemeine gesellschaftliche Leben ermöglichen.<sup>1021</sup> Ziel der Bestimmungen ist es, eine Gleichbehandlung von jungen, alten, gesunden und kranken Menschen zu erreichen.<sup>1022</sup>

### 26.3. Die UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK)<sup>1023</sup>

Das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen der Vereinten Nationen wurde bereits 2006 verabschiedet und ist in Österreich seit 2008 in Kraft. Es sind sowohl Gesetzgebung als auch Verwaltung und Rechtsprechung an die Konvention gebunden und sie gilt darüber hinaus in Bund, Ländern und Gemeinden.<sup>1024</sup> Mangels unmittelbarer Anwendbarkeit kann der Einzelne keine direkten subjektiven Rechte daraus

---

<sup>1020</sup> *Fuchs* in *Holoubek/Lienbacher*, Art 25 Rz 15.

<sup>1021</sup> *Pürgy* in *Holoubek/Lienbacher*, Art 26 Rz 20.

<sup>1022</sup> *Pürgy* in *Holoubek/Lienbacher*, Art 26 Rz 11.

<sup>1023</sup> Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie das Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, BGBl I 2008/155.

<sup>1024</sup> *BMASK*, 29.

ableiten und es sind Transformationsgesetze erforderlich.<sup>1025</sup> Da Österreich aber das Fakultativprotokoll unterzeichnet hat, hat der Einzelne die Möglichkeit einer Individualbeschwerde an den UN-Ausschuss für die Rechte der Menschen mit Behinderungen in Genf.<sup>1026</sup> Das Übereinkommen verfolgt das Ziel, die Rechte von Menschen mit Behinderungen zu schützen und zu diesem Zweck den Vertragsstaaten weitgehend Pflichten aufzuerlegen. Es handelt sich dabei um das erste Menschenrechtsdokument, das sich primär den Schutz von Menschen mit Behinderungen zum Ziel gesetzt hat.<sup>1027</sup> Nach Art 1 des Übereinkommens fallen darunter Menschen, die „*langfristige körperliche, seelische, geistige Minderungen oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können.*“<sup>1028</sup> Wesentliches Kriterium ist also, dass die betroffene Person **als Folge ihrer Beeinträchtigung nicht zu einer vollständigen Mitwirkung am Geschäftsverkehr fähig** ist.<sup>1029</sup> Es wird nicht auf eine rein körperliche oder geistige Behinderung abgestellt, sondern auf die Probleme, die sich für Menschen mit Beeinträchtigungen im Alltag ergeben.<sup>1030</sup> Von dem Begriff sind jedenfalls sowohl die „psychische Krankheit“ als auch die „geistige Behinderung“, die eine Sachwalterschaft nach derzeitiger Rechtslage rechtfertigen, umfasst. Der Anwendungsbereich der UN-BRK ist weiter als jener des österreichischen Sachwalterrechts. Unter die UN-BRK fallen alle Formen von Behinderungen, unter das Sachwalterrecht nur kognitive Beeinträchtigungen.<sup>1031</sup> Die Bedeutung der Konvention – was die Normierung von Rechten von Behinderten betrifft – hält sich jedoch in Grenzen, da sie überwiegend Grund- und Menschenrechte normiert, die bereits eine gesetzliche Verankerung im österreichischen Recht und als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte ohnehin besonderen Schutz genießen.<sup>1032</sup> Darüber hinaus werden an die Vertragsstaaten keine Leistungspflichten gestellt, bei deren Nichteinhalten mit Ahndungen zu rechnen ist. Vielmehr sieht das Übereinkommen Handlungsziele vor, wobei es den Vertragsstaaten selbst überlassen ist, wie diese Ziele zu erreichen sind. Auch das kann die Bedeutsamkeit der Konvention aufgrund mangelnder

---

<sup>1025</sup> Schauer, Das UN-Übereinkommen über die Behindertenrechte und das österreichische Sachwalterrecht, iFamZ 2011, 258; Ganner in Brinek, 122.

<sup>1026</sup> BMASK, 29.

<sup>1027</sup> BMASK, 29.

<sup>1028</sup> Art 1 UN-Behindertenkonvention idgF. Vgl dazu bereits S 117f.

<sup>1029</sup> Schauer, iFamZ 2011, 258; vgl dazu auch OGH 21.10.1987, 8 Ob 652/87 ÖJZ 1988/85.

<sup>1030</sup> Damm, MedR 2015, 783.

<sup>1031</sup> Ganner in Brinek, 122.

<sup>1032</sup> Schauer, iFamZ 2011, 259; Ganner in Brinek, 122.

hinreichender Konkretisierungen und damit einhergehender dürftiger Effizienz abschwächen.<sup>1033</sup> Die Konvention gibt vor, welche Rechte zu sichern und zu gewährleisten sind. Durch welche Maßnahmen dies bewirkt werden soll, ist dem jeweiligen Staat jedoch selbst überlassen.

#### 26.3.1. Artikel 12: Gleiche Anerkennung vor dem Recht

In der Vergangenheit wurde immer wieder die Vereinbarkeit des österreichischen Sachwalterrechts mit den Anforderungen der UN-BRK angezweifelt. Hier insb der konstitutive Verlust der Geschäftsfähigkeit nach den Bestimmungen des ABGB mit Art 12 der Konvention, der die **volle Geschäfts- und Handlungsfähigkeit** auch für behinderte Personen vorsieht.

Art 12 Abs 2 der Konvention bestimmt, dass Behinderte sowohl rechts- als auch handlungsfähig sind. Damit sie diese Rechte auch ausüben können, muss ihnen ausreichend **Unterstützung** zur Verfügung gestellt werden (Abs 3). Ansonsten blieben ihre Rechte, rechtsfähig und handlungsfähig zu sein mangels Anwendbarkeit uneffektiv.<sup>1034</sup> Dabei soll nicht das Konzept der Geschäftsfähigkeit erweitert werden, sondern das Ziel dieser Regelung ist es, das Selbstbestimmungsrecht behinderter Personen zu gewährleisten.<sup>1035</sup> Auch ihnen soll es ermöglicht werden, eigene Entscheidungen möglichst frei zu treffen, erforderlichenfalls mit der notwendigen Unterstützung. Unterstützung meint in diesem Fall nicht Stellvertretung, sondern vielmehr die **Hilfeleistung** durch eine Person, durch welche der Betroffene im Stande sein soll, sich selbst einen Willen zu bilden und sich auch diesem gemäß zu verhalten, also sein Selbstbestimmungsrecht zu leben. Ziel ist es, dass die Person nach wie vor weitgehend die Entscheidung selbst trifft, der Vertreter hat sich dabei im Hintergrund zu halten. In der Praxis wird dieser Grundsatz leider nur unzureichend gelebt. Oft treffen Sachwalter Entscheidungen, obwohl der Betroffene mit Unterstützung durchaus für sich selbst entscheiden hätte können.<sup>1036</sup> Fremdbestimmten Entscheidungen kommt leider häufig aus Praktikabilitätsgründen der Vorrang vor selbstbestimmten Entscheidungen zu. Auch das UN-Komitee forderte die Abschaffung einer fremdbestimmten Entscheidungsfindung hin zu einer **unterstützten Entscheidungsfindung**, die den Wunsch und die Interessen des Betroffenen respektiert. Dabei sollen verschiedene Modelle einer unterstützten

---

<sup>1033</sup> Schauer, 259.

<sup>1034</sup> Damm, MedR 201, 783.

<sup>1035</sup> Müller in Brinek, 36.

<sup>1036</sup> Ganner in Brinek, 123.

Entscheidungsfindung angeboten werden, um Art 12 wirksam erfüllen zu können.<sup>1037</sup> Diesen Forderungen soll nun endlich mit dem 2. ErwSchG Rechnung getragen werden.<sup>1038</sup> Die Aufgabe einer unterstützten Entscheidungsfindung ist es außerdem, die Rechte der behinderten Personen zu schützen. Dazu sind von den Vertragsstaaten gesetzliche Rahmenbedingungen zu schaffen, ohne jedoch die Betroffenen einer Überregulierung ihrer Lebensbereiche auszusetzen. Das Komitee legt nahe, dass bei einer unterstützten Entscheidungsfindung zu beachten ist, dass diese für alle zugänglich ist. Ihr oberstes Ziel ist es, sich am Willen des Betroffenen zu orientieren und nicht daran, was objektiv am besten ist. Weiters soll sie vom Betroffenen auch abgelehnt werden können und ihn nicht in der Ausübung anderer Rechte behindern.<sup>1039</sup>

Es kann jedoch nicht Aufgabe der Justiz sein, die erforderliche Unterstützung zur Verfügung zu stellen. Diese Verpflichtung trifft viel mehr soziale Einrichtungen. Die Justiz schafft lediglich die notwendigen Rahmenbedingungen und gießt diese in eine gesetzliche Form.<sup>1040</sup> Nach Abs 3 trifft die Vertragsstaaten die Verpflichtung, für behinderte Personen ausreichend Mittel und Maßnahmen zur Verfügung zu stellen, damit diese Unterstützung bei der Ausübung ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit erhalten. Dieser Pflicht möchte Österreich im Rahmen des 2. ErwSchG durch den erweiterten Einsatz des Clearings durch zukünftige Erwachsenenschutzvereine nachkommen.<sup>1041</sup> Die Vereine müssen in jedes Bestellungsverfahren eingebunden werden und abklären, ob eine Vertretung tatsächlich notwendig ist, oder ob durch andere Unterstützungsmodelle ausreichend Abhilfe geschaffen werden kann. Sollte eine Vertretung unumgänglich sein, so klären die Vereine in Zukunft ab, in welchem Umfang ein Vertreter bestellt wird. Abs 4 fordert darüber hinaus, dass die Sicherstellung der Rechts- und Handlungsfähigkeit von Betroffenen durch unparteiische Behörden regelmäßig kontrolliert wird. In der Vergangenheit wurde angezweifelt, dass eine regelmäßige Überprüfung bei der Angehörigenvertretung oder bei der Vorsorgevollmacht gegeben sei, die den Anforderungen nach Abs 4 gerecht würde. Eine solche Kontrolle würde weder bei der gesetzlichen Vertretung nächster Angehöriger noch bei der Vorsorgevollmacht in regelmäßigen Abständen stattfinden. Eine Kontrolle

---

<sup>1037</sup> United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General Comment No. 1, 2014, aspect 26, 28.

<sup>1038</sup> Vgl S 193ff.

<sup>1039</sup> United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities, aspect 29.

<sup>1040</sup> Müller in Brinek, 36.

<sup>1041</sup> Barth, iFamZ 2017, 146.

findet nur im Bedarfsfall anlassbezogen statt.<sup>1042</sup> Jedoch soll auch in Zukunft durch das 2. ErwSchG keine umfassende gerichtliche Kontrolle stattfinden.

### 26.3.2. Artikel 25: Gesundheit<sup>1043</sup>

Bezüglich der medizinischen Versorgung und der Gesundheit von Behinderten sind in Art 25 einige grundlegende Anforderungen festgehalten, die jedoch insoweit entbehrlich sind, als ihnen bereits vor Inkrafttreten der Konvention durch nationale Regelungen ausreichend Rechnung getragen wurde und es sich dabei um wesentliche Bestimmungen eines Rechtsstaates handelt. Die Konvention fordert insb den gleichen Zugang zur Gesundheitsversorgung, zu Gesundheitsdiensten und die Versorgung von gleicher Qualität wie bei anderen Menschen, die nicht an einer Behinderung leiden. Es wird außerdem festgehalten, dass eine Behandlung nur nach wirksamer Einwilligung und einer dieser vorausgehenden Aufklärung stattfinden darf. Das Komitee legt dazu außerdem fest, dass das behandelnde Personal immer den Betroffenen selbst in den Entscheidungsprozess einzubinden hat und eine fremdbestimmte Zustimmung unzulässig ist. Außerdem haben die Vertragsstaaten sicherzustellen, dass behinderte Personen in ihrer Entscheidungsfindung nicht beeinflusst werden.<sup>1044</sup> Daneben wird eine Diskriminierung aufgrund der Behinderung verboten. Dabei handelt es sich um Bestimmungen, die bereits durch den Gleichheitssatz des Art 7 B-VG, Art 2 StGG und Art 20 GRC sowie den Nichtdiskriminierungsschutz des Art 21 GRC sowie zahlreichen einfachgesetzlichen nationalen Regelungen<sup>1045</sup> gewährleistet sind.<sup>1046</sup>

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Konvention insofern Bedeutung hat, als sie klar bestimmte Anforderungen an den Staat und Rechte der Behinderten als einer Minderheit in Form gießt und den Betroffenen somit zu vereinfachter Durchsetzung dieser Rechte verhelfen kann. Gerade im Sachwalterrecht hat das Übereinkommen durch seinen Artikel 12 zu einer weitreichenden Reform geführt, die nun auch Diskussionen in anderen Vertragsstaaten nach sich zieht und auch hier mit weiteren Veränderungen zu rechnen ist. Der Großteil der Regelungen, insb im medizinischen Bereich, ist jedoch bereits durch innerstaatliches Recht ausreichend normiert.

---

<sup>1042</sup> Schauer, iFamZ 2011, 264; Schauer in Kletečka/Schauer, § 284f Rz 1 (Stand 1.3.2017, rdb.at).

<sup>1043</sup> Vgl dazu auch Art 35 GRC.

<sup>1044</sup> United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities, aspect 41.

<sup>1045</sup> Vgl ua das Behinderteneinstellungsgesetz BGBl 1970/22 idF BGBl I 2017/155, Bundesbehindertengesetz BGBl 1990/283 idF BGBl 2017/155, § 4 Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz BGBl I 2005/82 idF BGBl I 2017/155.

<sup>1046</sup> Vgl hierzu S 176.

### 26.3.3. Nationaler Aktionsplan Behinderung 2012 – 2020<sup>1047</sup>

Im Jahr 2012 gab das Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz einen umfassenden Aktionsplan heraus, der die Grundanliegen und Ziele zur Verwirklichung der Rechte von Behinderten bis zum Jahr 2020 festhalten sollte. Der Plan orientiert sich an der UN-BRK und widmet sich insb der **Umsetzung** der durch die Konvention festgelegten Rechte von Behinderten. Menschen mit Behinderungen sollen danach als Teil der Gesellschaft ein weitgehend selbstbestimmtes Leben führen können. Sie sollen von der übrigen Bevölkerung wertgeschätzt werden und es soll sich der Grundgedanke verankern, dass auch behinderte Menschen zur Vielfalt einer Gesellschaft beitragen. Ihr Leben in der Gemeinschaft soll frei von Diskriminierung sein. Primäres Ziel sowohl der UN-BRK als auch des Nationalen Aktionsplans ist es, dass behinderte Menschen genauso wie alle anderen an allen Aktivitäten der Gesellschaft teilnehmen können.<sup>1048</sup> Der Gesetzgeber verfolgt einen „inkluisiven“ Ansatz. Man möchte weg von dem Gedanken, Behinderte wären „anders“ und bräuchten gesonderte, besondere Behandlung und verfolgt dazu das Ziel, dass sich ihr Leben möglichst wenig von dem aller anderen „gesunden“ Menschen unterscheidet. Um eine effiziente und praxisorientierte Umsetzung dieser Anliegen gewährleisten sowie die Rechte und Interessen der Betroffenen sicherstellen zu können, sollen sowohl bei Gesetzgebungsprozessen als auch sonstigen vergleichbaren Vorhaben regelmäßig Behindertenrechtsorganisationen und Behinderte selbst in die Geschehen miteingebunden werden.

### 26.4. Biomedizinkonvention des Europarates

Das **Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde**<sup>1049</sup> im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin trat mit 1.12.1999 in Kraft, wurde aber bis dato von Österreich weder unterzeichnet, noch ratifiziert. Es enthält insb Präzisierungen zu Bestimmungen der EMRK und zielt abermals auf den **Schutz der**

---

<sup>1047</sup> Vgl. *BMASK*, Nationaler Aktionsplan Behinderung 2012 – 2020, 2012, <https://broschuerenservice.sozialministerium.at/Home/Download?publicationId=165> (abgerufen am 25.9.2017).

<sup>1048</sup> Vgl. dazu auch die inhaltlich gleichen Ziele und Maßnahmen in: Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Europäische Strategie zugunsten von Menschen mit Behinderungen 2010-2020: Erneuerter Engagement für ein barrierefreies Europa, 16489/10, 2010, 4.

<sup>1049</sup> *Europarat*, Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin: Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin, abrufbar unter: <https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007d002> (abgerufen am 5.1.2018).

**Würde und Integrität** des Einzelnen ab.<sup>1050</sup> Hervorzuheben ist Art 5, der eine eigene gesetzliche Normierung zur Einwilligung in Heilbehandlungen enthält, wonach nur dann ein medizinischer Eingriff vorgenommen werden darf, wenn zuvor von dem Patienten in diesen eingewilligt wurde.<sup>1051</sup> Die Kriterien, die dabei angeführt werden, decken sich mit den Voraussetzungen, die bereits nach innerstaatlichem Recht zu erfüllen sind, weshalb aus diesem Grund auf eine nähere Beleuchtung an dieser Stelle verzichtet werden kann.<sup>1052</sup> Art 6 definiert ausdrücklich den Schutz von einwilligungsunfähigen Personen und legt Bedingungen fest, die erfüllt sein müssen, um einen medizinischen Eingriff an diesen Menschen vornehmen zu können. Die Konvention zielt nicht darauf ab, ein länderübergreifendes einheitliches System zur Einwilligungsfähigkeit zu schaffen, sondern überlässt dies den jeweiligen Rechtsordnungen, die wiederum die Einwilligungsfähigkeit jeweils von anderen Kriterien abhängig machen. Manche Staaten knüpfen diese an das Vorliegen der Geschäftsfähigkeit, während andere auf eine individuelle Prüfung im Einzelfall abstellen. Das Übereinkommen möchte diese Beurteilung auch weiterhin bei den einzelnen Rechtsstaaten belassen, legt jedoch fest, dass es nur dann zu einer Beschneidung des individuellen Selbstbestimmungsrechts kommen soll, wenn der Schutz des Einzelnen anders nicht gewährleistet werden kann.<sup>1053</sup> In Art 7 ist ein besonderer Schutz von Personen mit psychischer Störung konstatiert. Ist der Betroffene zu einer Einwilligung nicht fähig, so sind frühere Äußerungen und Ansichten zu berücksichtigen (Art 9).

Alles in allem hält sich die Bedeutung des Übereinkommens in Grenzen, da es lediglich bereits bestehende Prinzipien konkretisiert, aber keine neuen Ansätze schafft. Mangels Beitritts Österreichs hat die Konvention für die österreichische Rechtslage auch keine rechtliche Relevanz. Sie kann jedoch als ein weiteres Instrument zum Schutz des Selbstbestimmungsrechts und der persönlichen Autonomie gesehen werden.

---

<sup>1050</sup> *Kopetzki in Kopetzki (Hrsg), Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit*, 8.

<sup>1051</sup> Ausnahme: Notfallsituation gem Art 8. Vgl hierzu auch die Bestimmungen zu Behandlungen bei Gefahr im Verzug S 79ff.

<sup>1052</sup> Dies sind insb Erläuterungen zu Art, Ablauf und Umfang des ärztlichen Aufklärungsgesprächs und den damit verbundenen verschiedenen Möglichkeiten und Formerfordernissen einer Einwilligungserklärung; *Kopetzki in Kopetzki (Hrsg), Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit*, 9.

<sup>1053</sup> *Europarat, Erläuternder Bericht zu dem Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin: Übereinkommen über die Menschenrechte und Biomedizin, DIR/JUR (97) 5, 1997, Punkt 42.*

## 27. Das 2. Erwachsenenschutzgesetz

### 27.1. Allgemeines

Aufgrund der Fortschritte in der Medizin, die vor allem Auswirkungen auf die Steigerung der Lebenserwartung haben, gibt es in der heutigen Gesellschaft um ein Vielfaches mehr alte Menschen als dies noch vor knapp 50 Jahren der Fall war. Lag die Lebenserwartung 1970 bei Frauen bei 73,4 Jahren und bei Männern bei 66,5 Jahren,<sup>1054</sup> so beträgt sie heute bei Frauen 83,6 Jahre und bei Männern 78,6 Jahre.<sup>1055</sup> Das bedeutet eine **Steigerung** von knapp 10 Jahren, bei Männern sogar 12 Jahren. Es ist also nicht weiter verwunderlich, dass mit dem Anstieg der Anzahl alter Menschen auch die Zunahme von Sachwalterschaften einherging und weiter einhergehen wird. Zurzeit gibt es in Österreich etwa 60.000 Sachwalterschaften, wobei in 50% der Fälle eine Sachwalterschaft für alle Angelegenheiten besteht.<sup>1056</sup> Die Menschen werden zwar älter und ihre gesundheitliche Verfassung hat sich im Gegensatz zu jener von 1970 selbstverständlich verbessert, aber der natürliche Alterungsprozess lässt sich nun mal mit keinen Mitteln der Medizin aufhalten und es gibt nach wie vor Krankheiten, für die es auch heute noch keine Heilung gibt. Alzheimer-Kranke sind damit ganz typische Patienten, die auch heute noch auf eine Sachwalterschaft angewiesen sind. Darüber hinaus führen die fortgeschrittenen medizinischen Methoden dazu, dass Personen, die an einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung leiden und damit nach derzeitiger Rechtslage Sachwalterschafts-Patienten sind, heute mit ihrer Krankheit um ein wesentliches länger und besser leben können als dies früher der Fall war. Ein weiterer Grund für den Anstieg an Sachwalterschaften ist die Tatsache, dass heute um ein Vielfaches mehr Menschen alleine leben als dies noch vor einigen Jahren der Fall war. Wurden diese Menschen früher von ihren Familien im gemeinsamen Haushalt unterstützt, sind sie durch das Alleinleben bedingt durch **geänderte familiäre und soziale Strukturen** in unserer Gesellschaft heutzutage regelmäßig auf Vertretung von außen angewiesen.<sup>1057</sup> Darüber hinaus nimmt angeblich die Zahl an psychisch Kranken in der jungen Generation zu.<sup>1058</sup> Aber auch die

---

<sup>1054</sup> *Wirtschaftskammer Österreich*, Statistik Lebenserwartung Österreich Stand Februar 2017, <http://wko.at/statistik/Extranet/Langzeit/Lang-Lebenserwartung.pdf> (abgerufen am 27.6.2017).

<sup>1055</sup> *Wirtschaftskammer Österreich*, <http://wko.at/statistik/Extranet/Langzeit/Lang-Lebenserwartung.pdf> (abgerufen am 27.6.2017).

<sup>1056</sup> Vorblatt und WFA 222/ME 25. GP 4.

<sup>1057</sup> *Fuchs in Brinek*, 84.

<sup>1058</sup> *Fuchs in Brinek*, 84.

behandelnden Ärzte selbst sind aufgrund der Tatsache, dass sie sich immer mehr mit juristischen Fragen konfrontiert sehen, weitgehend sensibilisiert und wünschen sich für Fälle, in denen die Einwilligungsfähigkeit des Betroffenen nicht eindeutig zu beurteilen ist, Sicherheit. Diese Sicherheit ist ihnen durch das Bestehen einer Vertretung erfahrungsgemäß gegeben.<sup>1059</sup>

## 27.2. Bedarf einer Reform?

Wie bereits erwähnt gibt es in Österreich **momentan 60.000 Sachwalterschaften**, wobei sich der Wirkungsbereich des Sachwalters in der Hälfte der Fälle auf alle Angelegenheiten erstreckt. Häufig ist eine solch umfassende Vertretung aber gar nicht notwendig. In den letzten Jahren erreichten die Volksanwaltschaft zahlreiche Beschwerden zum Thema Sachwalterschaft. Es handelt sich dabei sowohl um **Beschwerden** der Betroffenen selbst als auch der Angehörigen oder gar der Sachwalter. Die Ablehnung des derzeitigen Systems war klar zu spüren: die Betroffenen konnten oft nicht nachvollziehen, weshalb für sie eine Sachwalterschaft angeordnet wurde bzw weshalb in dem konkreten Umfang. Sie fühlten sich regelmäßig vernachlässigt und hatten nicht den Eindruck, dass ihr Sachwalter ihrem Wunsch und Wohl entsprechend handle. Angehörige fanden sich in Situationen wieder, in denen ihnen die Hände gebunden waren, sie aber gerne im Interesse des Betroffenen eingegriffen hätten. Die Besachwalteten klagten über mangelhaften bis hin zu gar keinem Kontakt zu ihrem Sachwalter. Sachwalterschaften wurden häufig viel zu schnell und leichtfertig angeordnet. Dass die Sachwalterschaft bloß als letztes Mittel angeordnet werden soll, ist in der Praxis schon lange nicht mehr der Fall.<sup>1060</sup> In vielen Fällen wäre es durchaus ausreichend, bestimmte Aufgaben einer oder mehreren anderen Personen zu übertragen. Nur weil eine Person nicht mehr in der Lage ist, *einige* ihre Dinge selbst zu regeln, heißt dies nicht, dass diese Person umfassend zu besachwalten ist. In der Praxis war dies aber eine häufige Vorgehensweise. Außerdem ist es schwierig, aus einer einmal angeordneten Sachwalterschaft wieder „auszutreten“. Der Besachwaltete bleibt in der Regel „zur Sicherheit“ weiterhin unter fremder Obhut, selbst wenn sich sein Gesundheitszustand uU wieder gebessert hat. Dies stellt mit einen Grund dar, weshalb dieses Institut von der Bevölkerung heute gefürchtet wird. Die Furcht vor einer umfassenden Entmündigung ist daher nachvollziehbar. Das zentrale Anliegen, nämlich die

---

<sup>1059</sup> Fuchs in Brinek, 89.

<sup>1060</sup> Bundesministerium für Justiz, Folder „Das neue Erwachsenenschutzrecht“, 2017, 4.

Unterstützung des Betroffenen bei einer selbstbestimmten Lebensweise, ist vollkommen in den Hintergrund gerückt. Des Weiteren wurde kritisiert, dass Richter und Sachwalter oft ein soziales Naheverhältnis haben sollen. Ganz generell stieß allein die Tatsache, dass das Bestellungsverfahren des Sachwalters vor Gericht stattfindet, auf wenig Anklang in der Bevölkerung. Die Betroffenen empfinden den derzeitigen Zustand als ein Gefühl des „Ausgeliefertseins“,<sup>1061</sup> sie fühlen sich „wie eine Sache“.<sup>1062</sup> Darüber hinaus wurde festgestellt, dass immer mehr Menschen mit Behinderungen in den letzten Jahren in Institutionen leben und ein unterstütztes Leben zu Hause eher die Ausnahme darstellt. Das UN-Komitee legte Österreich in seiner Empfehlung 2013 ans Herz, mehr Möglichkeiten für Behinderte zu schaffen, damit diese entscheiden können, wo sie leben möchten.<sup>1063</sup> Die Diagnose einer Behinderung sollte nicht zwingend zu einem Heimaufenthalt führen. Es sollten alternative Modelle zur Verfügung gestellt werden, die auf die individuellen Bedürfnisse der Person eingehen und es sollte ein Unterstützungsmodell je nach Bedarf geschaffen werden. Abhängig von den einzelnen Bedürfnissen und Lebensabschnitten der Menschen sollen unterschiedliche Optionen von Unterstützungsleistungen angeboten werden. Bei ausreichend viel und divergierendem Angebot, ist es möglich, den Betroffenen ein selbstbestimmtes Leben zu ermöglichen.<sup>1064</sup> All diese Punkte machten klar, dass eine Reform des derzeitigen Sachwalterrechts erforderlich war. Darüber hinaus hat sich der Grundgedanke in diesem Bereich in den letzten Jahren massiv verändert. Früher war es primäres Anliegen, Fürsorge und Versorgung behinderter Menschen zu gewährleisten. Heute steht der Menschenrechts- und Gleichstellungsansatz Behinderter im Vordergrund.<sup>1065</sup> Mit dem 2. ErwSchG wollte man das bereits im SWRÄG 2006 definierte Ziel der **Stärkung der Selbstbestimmung** des Einzelnen endlich verwirklichen. Das derzeitige Recht sollte dafür den aktuellen Lebensweisen und Veränderungen in den letzten Jahren entsprechend auf einen neuen Stand gebracht werden.

### 27.3. Gesetzwerdungsprozess

2013 wurden erstmals Stimmen unter den Menschen mit geistiger Behinderung laut, die eine Reform des Sachwalterrechts forderten. Es wurden vor allem Bedenken hinsichtlich

---

<sup>1061</sup> *Brinek in Brinek*, 11.

<sup>1062</sup> *Brinek in Brinek*, 14.

<sup>1063</sup> *Komitee für die Rechte von Menschen mit Behinderungen*, Abschließende Bemerkungen zum ersten Bericht Österreichs, 2013, Punkt 36 und 37.

<sup>1064</sup> *BMASK*, 86.

<sup>1065</sup> *BMASK*, 9.

der Vereinbarkeit des österreichischen Sachwalterrechts mit der UN-Behindertenrechtskonvention, insb Art 12, geäußert.<sup>1066</sup> Art 12 fordert eine Gleichberechtigung der Behinderten und legt ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit fest. Die Vertragsstaaten haben außerdem die Verpflichtung, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Behinderten zu gewährleisten.<sup>1067</sup> Die Betroffenen äußerten damals, Art 12 UN-BRK lasse keine Vertretung zu, was eine Überarbeitung der geltenden Rechtslage erforderte.<sup>1068</sup> Das Bundesministerium für Justiz ging hingegen davon aus, dass das geltende österreichische Recht sehr wohl den Anordnungen nach Art 12 nachkam, durch eine Reform sollte jedoch die Frage der Geschäftsfähigkeit von Behinderten bei Bestehen einer Sachwalterschaft weitgehend geklärt werden. Nachdem immer mehr Behindertenorganisationen die Unvereinbarkeit des geltenden Sachwalterrechts mit den Anforderungen der UN-BRK äußerten und auch das **UN-Komitee** über die Rechte von Menschen mit Behinderung die österreichische Gesetzeslage kritisierte,<sup>1069</sup> wurde schließlich auch von staatlicher Sicht eingeräumt, dass eine Reformierung der derzeitigen Rechtslage unumgänglich sei.<sup>1070</sup> Das Komitee legte Österreich nahe, seine veraltete Rechtslage zu überarbeiten und die fremdbestimmte Entscheidungsfindung durch Modelle einer unterstützten Entscheidungsfindung zu ersetzen.<sup>1071</sup> Bundesminister *Dr. Brandstetter* begann 2014 mit der Überprüfung der Notwendigkeit einer Reform und legte schließlich 2016 den Ministerialentwurf<sup>1072</sup> zum 2. Erwachsenenschutzgesetz vor. Während des Begutachtungsverfahrens gingen beim Parlament 97 Stellungnahmen<sup>1073</sup> ein, deren Vorschläge diskutiert und teils Eingang in die Endfassung des Gesetzes fanden. An der Reform des Sachwalterrechts wurde in Gruppen gearbeitet, in denen auch Betroffene selbst vertreten waren. Dieser offene Ansatz, jene Personen, die primär von dem Gesetz angesprochen sein werden, aktiv in den Gesetzwerdungsprozess einzubinden, ist sehr zu begrüßen und folgt nicht zuletzt einer Forderung aus Art 4 Abs 3 UN-BRK, der ein aktives Miteinbeziehen behinderter Personen bei der Ausarbeitung von sie betreffenden Rechtsvorschriften fordert. Aber auch durch die Tatsache, dass gerade im Vertretungsrecht häufig massiv in Grundrechte eingegriffen wird

---

<sup>1066</sup> Vortrag Dr. Peter Barth, Privatissimum Privatrecht, 25.10.2017, WU Wien.

<sup>1067</sup> Vgl S 187ff.

<sup>1068</sup> Vortrag Dr. Peter Barth, Privatissimum Privatrecht, 25.10.2017, WU Wien.

<sup>1069</sup> *Barth in Barth*, Das neue Erwachsenenschutzrecht, 2017, 29.

<sup>1070</sup> *Ganner in Brinek*, 121.

<sup>1071</sup> Vgl *Komitee für die Rechte von Menschen mit Behinderungen*, Punkt 27 und 28; *BMASK*, 37.

<sup>1072</sup> Vgl ErläutME 222/ME 25. GP.

<sup>1073</sup> Vgl [https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME\\_00222/index.shtml#tab-Stellungnahmen](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00222/index.shtml#tab-Stellungnahmen) (abgerufen am 18.1.2018).

oder diese zumindest berührt werden, scheint das Einbeziehen betroffener Personen geboten.<sup>1074</sup> An der heutigen Fassung des 2. ErwSchG waren neben Rechtsanwälten, Notaren und Richtern, Sachwaltervereinen, Vertretern der rechtswissenschaftlichen Fakultäten und sonstigen Juristen insb auch Einrichtungen, die mit der Betreuung und Pflege von Besachwalteten betraut waren und Besachwaltete selbst, maßgeblich beteiligt. Die Einbindung von Behindertenorganisationen erfolgte abermals auf eine Empfehlung des UN-Komitees.<sup>1075</sup> So war es möglich, nicht nur theoretische Ideen, sondern insb auch persönliche Erfahrungen, Anregungen und Verbesserungsvorschläge gemeinsam zu erarbeiten und in Form zu gießen.<sup>1076</sup> Es wurde außerdem deutlich, dass auch Personen mit Behinderungen durchwegs das Interesse und die Ambitionen haben, an Lösungen in Lebensbereichen, die sie selbst betreffen, mitzuwirken.<sup>1077</sup> Die Vorgehensweise, wie an der Entwicklung des Gesetzes gearbeitet wurde, kam durchwegs positiv an. Durch das gemeinsame Arbeiten wurden unter den eingebundenen Personen insb das Verständnis und Bewusstsein für die Lebensweise und Probleme anderer gestärkt.<sup>1078</sup> Das 2. ErwSchG erfüllt nun die Anforderungen der UN-BRK, sodass eine Vereinbarkeit nicht mehr angezweifelt werden muss. Das Gesetz wurde sowohl vom Nationalrat als auch vom Bundesrat einstimmig angenommen und mit 25. April 2017 kundgemacht. Es soll mit 1. Juli 2018 überwiegend in Kraft treten.

Neuesten Meldungen zufolge soll das Inkrafttreten des Gesetzes nun aus Kostengründen um zwei Jahre verschoben werden. Es heißt, die budgetären Mittel wären nicht verfügbar. Sollte es tatsächlich zu einem Aufschub des Inkrafttretens kommen, wäre das ein großer Rückschritt im Recht der Behinderten und deren Gleichbehandlung. Man würde das große Ziel, die Stärkung des Selbstbestimmungsrechts aus den Augen verlieren. Vor allem Besachwaltete und Behindertenorganisationen würden ein solches Vorgehen selbstverständlich alles andere als gutheißen. Darüber hinaus wäre man wieder mit den ursprünglichen Problemen konfrontiert, die erst zu einer Reform des Sachwalterrechts

---

<sup>1074</sup> Lamplmayr, Vom Sachwalterrecht zur Erwachsenenvertretung Gesetzgebung unter Einbindung betroffener Menschen, iFamZ 2016, 162.

<sup>1075</sup> Komitee für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Punkt 28.

<sup>1076</sup> ErläutME 222/ME 25. GP 2.

<sup>1077</sup> Ganner in Brinek, 125.

<sup>1078</sup> Lamplmayr, iFamZ 2016, 161.

geführt haben. Das österreichische Recht würde in seinem bisherigen Status in einem Zustand verweilen, der nicht mit den Anforderungen der UN-BRK konform geht.<sup>1079</sup>

Im Folgenden wird davon ausgegangen, dass die budgetären Mittel aufgebracht werden können und das Erwachsenenschutzgesetz wie geplant in Kraft treten wird. Es sollen daher die wesentlichen Änderungen bzw Neuerungen und ihre Auswirkungen auf Situationen im medizinischen Bereich veranschaulicht werden. Dabei sollen auch allfällige Verbesserungen zum bisherigen Zustand gewürdigt werden.

## 27.4. Das 2. ErwSchG im Lichte der Selbstbestimmung

### 27.4.1. Unterstützung

Wie bereits mehrfach angesprochen, ist es das primäre Anliegen der Reform, das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen zu stärken. Mit dem 2. ErwSchG erhält die Selbstbestimmung an mehreren Stellen eine ausdrückliche gesetzliche Normierung.<sup>1080</sup> § 239 hält dazu explizit fest, dass dafür zu sorgen ist, dass schutzbedürftige Personen *„möglichst selbständig, erforderlichenfalls mit entsprechender Unterstützung, ihre Angelegenheiten selbst besorgen können.“* Dabei kann **Unterstützung** in unterschiedlicher Form erfolgen. Der Wunsch, die Autonomie des Einzelnen möglichst lange zu erhalten, kommt auch hier wieder klar zum Ausdruck.<sup>1081</sup> Der Betroffene soll erst dann, wenn es ihm nicht mehr möglich ist, die selbständige Besorgung seiner Angelegenheiten abgeben. In einem ersten Schritt soll er dabei lediglich von (einer) anderen Person(en) unterstützt werden. Erst wenn dies nicht mehr zielführend ist, soll die Übertragung der Besorgung an eine vom Betroffenen verschiedene Person abgegeben werden. Abs 2 enthält dazu eine demonstrative Aufzählung der Unterstützungsmöglichkeiten. Diese Möglichkeiten sind vor allem für Personen gedacht, die **zwar nicht mehr voll entscheidungsfähig sind, aber auch nicht entscheidungsunfähig**. Unterstützung kann der Betroffene dabei insb erhalten von: *„Familie, andere[n] nahe stehende[n] Personen, Pflegeeinrichtungen, Einrichtungen der Behindertenhilfe und soziale[n] und psychosoziale[n] Dienste[n], Gruppen von*

---

<sup>1079</sup> Vgl *Der Standard*, Erwachsenenschutz: Hartinger von Gesetzes-Stopp überrascht, <https://derstandard.at/2000075020706/Erwachsenenschutz-Hartinger-von-Gesetzes-Stopp-ueberrascht> (abgerufen am 26.2.2018); *Vienna*, Erwachsenenschutzgesetz: Regierung plant Verschiebung aus Kostengründen, <http://www.vienna.at/erwachsenenschutzgesetz-regierung-plant-verschiebung-aus-kostengruenden/5674956> (abgerufen am 26.2.2018).

<sup>1080</sup> Vgl §§ 239 sowie 241 idF 2. ErwSchG; sowie § 240, der den Nachrang der Stellvertretung konstatiert.

<sup>1081</sup> *Gitschthaler/Schweighofer*, Erwachsenenschutzrecht, §239 Anm 61.

*Gleichgestellten, Beratungsstellen oder im Rahmen eines betreuten Kontos oder eines Vorsorgedialogs.“*

#### 27.4.1.1. **Vorsorgedialog**

Es wird unter anderem der **Vorsorgedialog** genannt, der eine Kommunikationsmöglichkeit auf Seiten des betreuenden Personals darstellt, mit dessen Hilfe diese mit den Betreuten über die Ausgestaltung ihrer letzten Lebenszeit sprechen sollen. Er soll insb im Alltag in Alten- und Pflegeheimen zum Einsatz kommen. Ziel ist es einerseits, den Willen des Betroffenen festzuhalten und damit seinem Selbstbestimmungsrecht gerecht zu werden und andererseits die zuständigen Pflegepersonen und Ärzte bei ethisch schwierigen Entscheidungen zu unterstützen.<sup>1082</sup> Das Hauptaugenmerk gilt jedenfalls dem **Wunsch und Willen** des Betroffenen. Es sollen individuelle Wünsche und Vorlieben zu physischen, psycho-sozialen und spirituellen Bedürfnissen, aber auch zu Maßnahmen in kritischen Situationen, wie Wiederbelebung, Einweisung in ein Krankenhaus, oder der Einsatz einer PEG-Sonde, festgehalten werden.<sup>1083</sup> Die dadurch erlangten Informationen sind bei Vorliegen der Entscheidungsfähigkeit des Betreuten mit einer beachtlichen Patientenverfügung vergleichbar. Dadurch kann in einer kritischen Situation weitgehend dem persönlichen Willen entsprochen bzw erforderlichenfalls an einer Entscheidungsfindung, die den persönlichen Idealen und Vorstellungen entspricht, gearbeitet werden.<sup>1084</sup> Auch Ärzte, die bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht mit dem Patienten zu tun hatten, können sich aufgrund der zur Verfügung stehenden Informationen ein Bild über die Wünsche des Betreuten machen und ihre Behandlung dahingehend ausrichten.

#### 27.4.1.2. **Persönliche Assistenz**

Die Aufzählung jener Personen, die den Betroffenen in seiner Lebensführung unterstützen können, ist jedoch nicht erschöpfend. Die Erläut sprechen ausdrücklich auch die persönliche Assistenz als mögliche Unterstützungsform an. Dabei kann die **persönliche Assistenz** in allen Bereichen des täglichen Lebens bestehen. Sie ist von den Wünschen des Betroffenen abhängig, er wählt die Person sowie den Umfang und alles Weitere der Assistenz aus.<sup>1085</sup> Dadurch ist es dem Betroffenen möglich, sein Leben autonomer und

---

<sup>1082</sup> ErläutRV 1461 25. GP 18.

<sup>1083</sup> *Dachverband HOSPIZ Österreich (DVHÖ)*, Vorsorgedialog, <https://www.hospiz.at/fachwelt/vorsorgedialog/> (abgerufen am 22.1.2018.)

<sup>1084</sup> *Landesverband Hospiz NÖ*, [http://www.hospiz-noe.at/wp-content/uploads/2016/12/A-Der-VORSORGEDIALOG-A4-Unterlage-Beirat\\_Steuergruppe.final\\_25.10.2016.pdf](http://www.hospiz-noe.at/wp-content/uploads/2016/12/A-Der-VORSORGEDIALOG-A4-Unterlage-Beirat_Steuergruppe.final_25.10.2016.pdf) (abgerufen am 22.1.2018).

<sup>1085</sup> ErläutRV 1461 25. GP 18.

selbstbestimmter zu gestalten.<sup>1086</sup> Das UN-Komitee befürwortete in seinem Bericht die Vorgangsweise Österreichs hinsichtlich der Unterstützungsmöglichkeit durch persönliche Assistenz. Durch dieses Instrument könne man abermals gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen in der Gemeinschaft ein selbstbestimmtes Leben führen können. Das Komitee empfahl Österreich, dieses Modell weiterzuentwickeln und es für alle Menschen mit psychosozialen und intellektuellen Behinderungen zur Verfügung zu stellen, was sodann in den Aktionsplan des BMASK übernommen wurde.<sup>1087</sup>

Eine weitere mögliche Form der Unterstützung ist mithilfe von **Unterstützern** iSd § 252 Abs 2 idF 2. ErwSchG möglich.<sup>1088</sup> Darüber hinaus gibt es soziale Dienste, die es behinderten und pflegebedürftigen Menschen möglich machen sollen, so lange als möglich zu Hause ein selbstbestimmtes Leben zu führen. Es handelt sich dabei vor allem um Betreuungs- und Pflegeleistungen, die von speziell ausgebildetem Personal erbracht werden.<sup>1089</sup>

#### 27.4.2. Nachrang der Stellvertretung

Das 2. ErwSchG normiert in § 240 idF 2. ErwSchG ausdrücklich den **Nachrang der Stellvertretung**, womit der Gesetzgeber klar einer der wesentlichen Forderungen der UN-BRK nachkommt.<sup>1090</sup> Von einer Stellvertretung soll erst dann Gebrauch gemacht werden, wenn der Betroffene dies entweder **selbst vorsieht**, oder eine solche zur Wahrung seiner Rechte und Interessen **unumgänglich** ist. Es kommen dabei eine Vertretung im Rahmen einer Vorsorgevollmacht, einer gewählten, gesetzlichen oder gerichtlichen Erwachsenenvertretung in Betracht. Dass die UN-BRK eine Stellvertretung unter gar keinen Umständen zulasse, wäre eine sehr strikte Interpretation, die mit der Praxis wohl kaum vereinbar ist.<sup>1091</sup> Es lässt sich nicht leugnen, dass es Erkrankungen gibt, die eine selbständige – auch wenn mitunter unterstützte – Besorgung von Angelegenheiten nicht möglich machen. In solchen Fällen ist auf Vertretungsmodelle zurückzugreifen. Ein umfassendes Verbot von Stellvertretungsmodellen wäre daher illusorisch und mit der Praxis schlicht nicht in Einklang zu bringen.<sup>1092</sup> Die österreichische Rechtsordnung – und

---

<sup>1086</sup> BMASK, 88.

<sup>1087</sup> Komitee für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Punkt 38 und 39; BMASK, 88.

<sup>1088</sup> Vgl S 218ff.

<sup>1089</sup> BMASK, 89.

<sup>1090</sup> Gitschthaler/Schweighofer, Erwachsenenschutzrecht, § 240 Anm 64.

<sup>1091</sup> Vgl Komitee für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Punkt 27. So auch United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities, aspect 28; Gitschthaler/Schweighofer, Erwachsenenschutzrecht, § 240 Anm 64.

<sup>1092</sup> Barth, iFamZ 2017, 145.

auch jene anderer Staaten – hat aus diesem Grund sehr wohl für Stellvertretungsmodelle Platz geschaffen, betont aber deren Subsidiarität. Mit dieser Regelung sieht man sich konventionskonform gehandelt zu haben.<sup>1093</sup> Außerdem ist selbst im Falle einer Stellvertretung der Wunsch und Wille des Betroffenen stets zentraler Leitfaden jeder Entscheidung. Dabei sind auch Entscheidungen, die objektiv nicht vernünftig erscheinen, zu respektieren, da ein Abweichen vom objektiven Wertesystem einen zentralen Aspekt des autonomen Selbstbestimmungsrechts darstellt.<sup>1094</sup> Dies selbstverständlich nur solange, als dieses Abweichen kein Ausfluss der konkreten Krankheit ist.

#### 27.4.3. Selbstbestimmung trotz Stellvertretung

An einer weiteren Stelle, nämlich § 241, wird die **Selbstbestimmung trotz Stellvertretung** betont.<sup>1095</sup> Mit der neuen gesetzlichen Regelung wird die Wichtigkeit der Selbstbestimmung explizit hervorgehoben, indem diese bereits in der Überschrift konstatiert wird. Der Vertreter hat sich stets zu bemühen, den Vertretenen weitgehend in die Lage zu versetzen, seine Angelegenheiten möglichst selbst zu besorgen. Die **Selbstbefähigung des Einzelnen** soll damit sein primäres Ziel sein.<sup>1096</sup> Dabei wird dem Willen des Vertretenen noch mehr Bedeutung zugemessen. Bei Zweifeln, ob der Wille das Wohl des Vertretenen gefährdet, kommt den Wünschen der Vorrang zu. Damit könnten in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten verbunden sein.<sup>1097</sup> Die Informations- und Wunschermittlungspflicht des Vertreters bleibt auch in der neuen Rechtslage erhalten, jedoch hat der Stellvertreter den Betroffenen ab nun über alle anstehenden Entscheidungen zu informieren; und nicht nur über wichtige Maßnahmen, wie dies nach bisher geltendem Recht der Fall ist.<sup>1098</sup> Eine Einschränkung würde wieder dem individuellen Selbstbestimmungsrecht widersprechen und soll daher entfallen. Der Vertreter hat bezüglich jeder zu treffenden Entscheidung mit dem Betroffenen Rücksprache zu halten. In der Praxis wird dies vermutlich zu einem enormen Aufwand führen. Eine Äußerung der Person ist aber ausdrücklich nur dann zu beachten, so lange sie das Wohl des Betroffenen nicht gefährdet. Auch hier ist wieder darauf Rücksicht zu nehmen, dass eine abweichende Ansicht zwar durchaus legitim, jedoch nur zu berücksichtigen ist, wenn sie nicht gerade Ausfluss der Erkrankung des Patienten ist.

---

<sup>1093</sup> *Gitschthaler/Schweighofer*, Erwachsenenschutzrecht, § 240 Anm 64.

<sup>1094</sup> ErläutRV 1461 25. GP 19.

<sup>1095</sup> Vgl § 281 idF BGBl I 2016/43, der ebenfalls festlegt, dass die Lebensverhältnisse der vertretenen Person weitgehend nach ihren Wünschen und Vorstellungen auszugestalten sind.

<sup>1096</sup> ErläutRV 1461 25. GP 20.

<sup>1097</sup> *Gitschthaler/Schweighofer*, Erwachsenenschutzrecht, §241 Anm 66. Vgl hierzu S 137ff.

<sup>1098</sup> Vgl § 281 Abs 2 BGBl I 2016/43.

## 27.5. Wesentliche Änderungen und Neuerungen durch das 2. ErwSchG

Wie bereits mehrfach angesprochen ist grundlegendes Ziel des 2. ErwSchG die Selbstbestimmung des Einzelnen zu stärken. Dabei darf nicht verkannt werden, dass der Betroffene immer noch auf Unterstützung angewiesen sein kann. Man möchte jedoch weg von der zurzeit überwiegenden Fremdbestimmung hin zu einem Zustand, in welchem Vertreter und Vertretener miteinander interagieren und der Vertreter den vom Vertretenen kommunizierten Wunsch ins Tatsächliche umsetzt. Er soll lediglich als verlängerter Arm des Betroffenen handeln. Der Selbstbestimmung ist also der Vorrang einzuräumen.

Die Betroffenen sollen mehr in den Prozess der Vorsorge **einbezogen** werden und **weitgehend selbst** über ihre rechtlichen Beziehungen entscheiden.<sup>1099</sup> In Zukunft soll es in erster Linie nicht Aufgabe der Gerichte sein, für eine weitgehende rechtliche Absicherung der Vertreter zu sorgen, indem ihnen möglichst viele Angelegenheiten in ihren Wirkungsbereich übertragen werden, sondern sicherzustellen, dass die Betroffenen in ihrer Entscheidungsfindung umfassend unterstützt werden.<sup>1100</sup> Ihre **Bedürfnisse, ihr Wille und Wunsch** sollen Leitfaden in den anstehenden Entscheidungen sein und sie sollen – soweit dies ihre Verfassung zulässt – in die Wahl und Bestellung ihrer Vertretung eingebunden werden. Ist der Wille des Betroffenen nicht bekannt, so ist er zu eruieren. Wesentlicher Grundgedanke des 2. ErwSchG ist es, die Tätigkeit der Gerichte auf das eigentliche, nämlich die **Vertretung in rechtlichen Angelegenheiten, zu reduzieren**.<sup>1101</sup> Im Laufe der Zeit hat sich der Aufgabenbereich von Gerichten und Sachwaltern auf Aufgabenbereiche erweitert, die nicht mehr der Rechtsfürsorge dienen, sondern die vor allem Tätigkeiten im sozialen Bereich betreffen, hier insb die Pflege und Betreuung der Betroffenen.<sup>1102</sup> Deutlich wird dies auch durch gesetzliche Verankerung der „Personensorge“, die nichts mehr mit der Wahrung der rechtlichen Interessen des Betroffenen zu tun hat. Auf der anderen Seite sollen die Betroffenen selbstverständlich auch geschützt werden. Ihre Selbstbestimmung soll zwar gestärkt werden, jedoch stößt diese dort auf eine Grenze, wo der Betroffene sich selbst schadet oder ihm Schaden zugefügt wird. Anliegen des 2.

---

<sup>1099</sup> ErläutRV 1461 25. GP 1.

<sup>1100</sup> Hofmayer/Ladstätter in Brinek, 143; BMASK, 37.

<sup>1101</sup> ErläutRV 1461 25. GP 1.

<sup>1102</sup> ErläutRV 1461 25. GP 3.

ErwSchG ist es die Autonomie des Einzelnen soweit zu ermöglichen, als dies ohne Schaden oder Übervorteilung möglich ist.<sup>1103</sup>

Ziel ist es außerdem, nicht nur alle neuen Fälle entsprechend dem neuen Gesetz zu behandeln, sondern auch alle bereits bestehenden Sachwalterschaften zu überprüfen und gegebenenfalls zu adaptieren.

### 27.5.1. Begriffliche Änderungen

#### 27.5.1.1. *Erwachsenenvertreter*

Durch das 2. ErwSchG sollen unter anderem wesentliche **Termini** des Sachwalterrechts geändert werden. Der Begriff des Sachwalters wird ganz gestrichen und durch den **Erwachsenenvertreter** ersetzt. Diese Neuerung ist besonders deshalb zu begrüßen, da Betroffene sich häufig so gefühlt haben, als wären sie eine Sache, die es zu verwalten gilt.<sup>1104</sup> Dies deckt sich auch mit dem Bild, das sich in der Rechtsfürsorge etabliert hat. Beschwaltete waren regelmäßig Objekte, deren Wohl und Sicherheit durch den Staat sichergestellt werden sollten. Die individuellen Bedürfnisse die den Wünschen „gesunder“ Menschen um nichts nachstehen, wurden häufig gar nicht thematisiert und beachtet.<sup>1105</sup> Es wurde daher vorgeschlagen, stattdessen die Begriffe „Unterstützer“ oder „Beistand“ einzuführen. Diese sind aber insb deshalb nicht zielführend, da der Eindruck entsteht, die betreute Person erhält in allen Lebenslagen durch diese Person Unterstützung. Tatsächlich ist es aber primäres Ziel, für **rechtliche Angelegenheiten** Hilfe zur Verfügung zu stellen. Für soziale Unterstützung zu sorgen, ist an und für sich nicht Aufgabe der Justiz, sondern sind dafür soziale Einrichtungen verantwortlich; auch wenn sich selbstverständlich ein übergreifendes Handeln nicht mehr leugnen lassen kann. Schon mit der Regelung der verpflichtenden Personensorge<sup>1106</sup> wurde vom Gesetzgeber in Bereiche eingegriffen, die das soziale Leben des Betreuten betreffen und nicht dessen Rechtsfürsorge. Demgegenüber möchte § 251 idF 2. ErwSchG ausdrücklich festhalten, dass der Erwachsenenvertreter nicht zur Betreuung des Betroffenen verpflichtet ist, aber für dessen medizinische und soziale Betreuung Sorge zu tragen hat. Der Gesetzgeber hat lediglich die Mittel zur Verfügung zu stellen mit deren Hilfe der Betroffene am Rechtsverkehr teilnehmen kann. Man hat sich deshalb auf die Bezeichnung „Erwachsenenvertreter“ geeinigt, da dadurch die Vertretung aufgrund gesetzlicher, staatlicher Überwachung zum Ausdruck kommen

---

<sup>1103</sup> ErläutRV 1461 25. GP 1.

<sup>1104</sup> ErläutRV 1461 25. GP 19; *Brinek in Brinek*, 14.

<sup>1105</sup> *Müller in Brinek*, 29.

<sup>1106</sup> Vgl §§ 282ff idF BGBl I 2016/43; Vgl auch § 247 idF 2. ErwSchG.

soll.<sup>1107</sup> Je nachdem, ob die Vertretung gewählt, gesetzlich oder gerichtlich angeordnet wird, ist ein entsprechender Zusatz beizufügen.

#### 27.5.1.2. *Entscheidungsfähigkeit*

Mit dem 2. ErwSchG wird der Begriff der **Entscheidungsfähigkeit** als Legaldefinition in § 24 Abs 2 ABGB idF 2. ErwSchG eingeführt. Dieser determiniert, gemäß welcher Kriterien eine Person entscheidungsfähig und damit auch einsichts- und urteilsfähig ist. Der neue Terminus ist kürzer, prägnanter und verständlicher und löst den Begriff der Einsichts- und Urteilsfähigkeit ab.<sup>1108</sup> Dies unter anderem auch deshalb, da der Terminus der „Einsichts- und Urteilsfähigkeit“ weder in Rsp noch in Lehre konsequent und einheitlich verwendet wurde, manchmal als Teil der Geschäftsfähigkeit, manchmal als allgemeine Handlungsfähigkeit.<sup>1109</sup>

Danach ist entscheidungsfähig, wer die Bedeutung und Folgen seines Handelns im jeweiligen Zusammenhang verstehen, seinen Willen danach bestimmen und sich entsprechend verhalten kann. Da ein solches Verhalten regelmäßig mit dem Treffen einer Entscheidung verbunden ist, einigte man sich auf den Begriff der „Entscheidungsfähigkeit“. <sup>1110</sup> Die Fähigkeit besteht aus zwei Elementen: einem **kognitiven Element**, das darin besteht, über das erforderliche Verständnis zu verfügen (**Erkenntnisfähigkeit**) und einem **voluntativen Element**, das darin besteht, seine Entscheidung entsprechend diesem Verständnis zu fällen (**Steuerungsfähigkeit**).<sup>1111</sup> Darüber hinaus ist es außerdem erforderlich, sich auch **dementsprechend verhalten** zu können.<sup>1112</sup> Die Anlehnung an das Modell *Amelungs* ist deutlich erkennbar.<sup>1113</sup> Nach § 24 Abs 2 letzter S wird die Entscheidungsfähigkeit bei Volljährigen vermutet. Die Entscheidungsfähigkeit kann fehlen, wenn der Betroffene nicht über die notwendigen intellektuellen Fähigkeiten verfügt oder er an einer psychischen Krankheit oder vergleichbaren Beeinträchtigung leidet. Daneben kann die Entscheidungsfähigkeit auch nur temporär nicht vorliegen. Zu denken ist dabei an Rauschzustände, Bewusstlosigkeit oder traumatische Erlebnisse, die dazu führen, dass der Betroffene vorübergehend seine

---

<sup>1107</sup> ErläutRV 1461 25. GP 19.

<sup>1108</sup> ErläutRV 1461 25. GP 9.

<sup>1109</sup> ErläutRV 1461 25. GP 5.

<sup>1110</sup> ErläutRV 1461 25. GP 5.

<sup>1111</sup> *Kerschner* in *Resch/Wallner (Hrsg)*, Kap V. Rz 38; Vgl dazu bereits § 36 UbG idF BGBl 1990/155, der ebenfalls aus einem kognitiven und einem voluntativen Element bestand, die beide kumulativ erfüllt sein mussten um von einer ausreichenden Einsichts- und Urteilsfähigkeit ausgehen zu können.

<sup>1112</sup> *Gitschthaler/Schweighofer*, Erwachsenenschutzrecht, §24 Anm 32.

<sup>1113</sup> Vgl hierzu S 24ff.

Entscheidungsfähigkeit verliert.<sup>1114</sup> Vergleichbar ist ein solcher Zustand mit der früheren Handlungsunfähigkeit aus persönlichen Gründen. Um eine definitive Abgrenzung zur Handlungsfähigkeit zu schaffen, wurde diese gesondert definiert. Die Handlungsfähigkeit setzt normalerweise die Entscheidungsfähigkeit voraus.<sup>1115</sup> „Die Entscheidungsfähigkeit kann jedoch – wie nach bisherigem Recht die Einsichts- und Urteilsfähigkeit – niemals eingeschränkt werden.“<sup>1116</sup> Ist die Entscheidungsfähigkeit gegeben, hat die Person grundsätzlich immer selbst zu entscheiden. Fehlt die Entscheidungsfähigkeit, so hat ein Stellvertreter an ihrer Stelle zu entscheiden. Neu ist, dass die Entscheidungsfähigkeit des Einzelnen nun mit Unterstützungsmaßnahmen weitgehend wiederhergestellt oder zumindest angeregt werden kann.<sup>1117</sup> Es kann mitunter aber schwer feststellbar sein, ob die Entscheidungsfähigkeit vorliegt, da sich diese auch je nach Tagesverfassung ändern kann.<sup>1118</sup> An dieser Stelle kann weitgehend auf die Ausführungen zur Einwilligungsfähigkeit verwiesen werden, da diese inhaltlich gleich sind und die Neuerung lediglich in der gesetzlichen Verankerung einer Legaldefinition besteht.<sup>1119</sup>

#### 27.5.1.3. *Psychische Krankheit oder vergleichbare Beeinträchtigung*

Auch die beiden Voraussetzungen der psychischen Krankheit und geistigen Behinderung, bei deren alternativem Vorliegen bislang ein Sachwalter zu bestellen ist, erfahren eine terminologische Überarbeitung. Es handelt sich dabei aber um keine inhaltliche, sondern lediglich um eine sprachliche Änderung, die vermutlich die in diesem Zusammenhang immer wieder beanstandete Diskriminierung und Degradierung beseitigen sollte. Von nun an wird von einer „**psychischen Krankheit oder einer vergleichbaren Beeinträchtigung**, die zu einer Einschränkung der Entscheidungsfähigkeit führt,“ gesprochen. Dabei kann zur Definition der psychischen Krankheit auf die Ausführungen des bisher geltenden § 268 zurückgegriffen werden.<sup>1120</sup> Unter den Terminus der „vergleichbaren Beeinträchtigung der Entscheidungsfähigkeit“ fallen all jene Zustände, die derzeit unter den Begriff der „geistigen Behinderung“ subsumiert werden.<sup>1121</sup> Darüber hinaus all jene Fälle, die derzeit im Wege der Analogie in den Anwendungsbereich des

---

<sup>1114</sup> ErläutRV 1461 25. GP 53.

<sup>1115</sup> *Gitschthaler/Schweighofer*, Erwachsenenschutzrecht, §24 Anm 32.

<sup>1116</sup> ErläutRV 1461 25. GP 22.

<sup>1117</sup> *Gitschthaler/Schweighofer*, Erwachsenenschutzrecht, §24 Anm 32. Vgl dazu insb S 218ff.

<sup>1118</sup> *Ganner in Brinek*, Erwachsenenschutz statt Sachwalterschaft Schritte zu einem selbstbestimmten Leben, Wien, 2017, 127f.

<sup>1119</sup> Vgl S 17ff.

<sup>1120</sup> Vgl S 115ff.

<sup>1121</sup> Vgl S 117ff.

§ 268 idF BGBl I 2016/43 fallen, hier insb komatöse Patienten.<sup>1122</sup> Der Sonderfall des Komapatienten wird zwar nicht explizit gesetzlich geregelt, in den Erläut – die zwar keine rechtlichen Normen bilden, aber dennoch berücksichtigungswürdig sind – findet sich aber eine Bemerkung, die eine Subsumtion eines komatösen Patienten unter den Begriff der „vergleichbaren Beeinträchtigung“ anordnet.<sup>1123</sup> Dies deckt sich also mit der ohnehin bereits gängigen Praxis. Der Begriff der „behinderten Person“ wird aufgrund seiner diskriminierenden Wirkung ganz aus dem Gesetz gestrichen.<sup>1124</sup> Die Bezeichnung der „behinderten Person“ wurde durch das SWRÄG 2006 in Form einer Legaldefinition in § 286 Abs 1 idF BGBl I 2016/43 eingeführt, jedoch bereits schon damals vor deren Inkrafttreten vielfach diskutiert.<sup>1125</sup> Es gab Überlegungen, stattdessen von einer „intellektuellen“ oder einer „kognitiven“ Behinderung zu sprechen, um die herabsetzende Wirkung zu reduzieren. Keine dieser Begrifflichkeiten wurde jedoch übernommen, da sie nicht für restlos passend gehalten wurden. Man blieb daher bei dem Terminus der „geistigen Behinderung“.<sup>1126</sup> Mit dem 2. ErwSchG wird nun endgültig Abhilfe geschaffen und die „geistige Behinderung“ aus dem Gesetz verbannt. Die „Pflegebefohlenen“ werden nun als „**schutzberechtigte Personen**“ bezeichnet, was die Absicht der rechtlichen Stellvertretung besser zum Ausdruck bringt.<sup>1127</sup> Eine schutzberechtigte Person ist nach neuer Definition jeder, der außerstande ist eine Angelegenheit selbst zu besorgen, wobei eine einzige Angelegenheit ausreichend ist.<sup>1128</sup>

#### 27.5.1.4. *Vier Vertretungsmodelle*

Das neue Vertretungsrecht definiert sich durch **vier Säulen**. Es findet eine Differenzierung je nach **Bedarf** von Unterstützung statt. Dabei orientiert sich der Grad des Eingriffs in die persönliche Freiheit an der jeweiligen geistigen Verfassung des Betroffenen.<sup>1129</sup> Es soll je nach Einzelfall für jeden Betroffenen das für ihn bestmögliche Modell an Unterstützung

---

<sup>1122</sup> Barth in Barth, Das neue Erwachsenenschutzrecht, 33.

<sup>1123</sup> Vgl ErläutRV 1461 25. GP 53

<sup>1124</sup> ErläutRV 1461 25. GP 4.

<sup>1125</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 10.

<sup>1126</sup> ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 9.

<sup>1127</sup> 57/SN-222/ME 25. GP (Stellungnahme zu Entwurf), 2.

<sup>1128</sup> ErläutRV 1461 25. GP 8.

<sup>1129</sup> Brinek in Brinek, 15; vgl hierzu ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 12, bereits die Überlegungen zum SWRÄG 2006, wo die Einführung eines mehrstufigen Modells mit unterschiedlichen Beistandschaften und differenzierten Befugnissen ebenfalls angedacht, jedoch wieder verworfen wurde, da man eine „Verkomplizierung“ des Rechtssystems vermeiden wollte. Es wurde die Einführung von „Beratern“ und „Beiständen“ angedacht, die entweder gar keine rechtlichen Befugnisse und nur sonstige Beistandspflichten hatten oder deren Befugnisse an die Zustimmung des Betreuten gekoppelt werden sollte. Da man aber davon ausging, dass kein Mangel an Beiständen bestand und diese Angelegenheiten ohnedies regelmäßig in den Anwendungsbereich der Angehörigenvertreter fielen, sah man keinen Bedarf ein solches System einzuführen.

gewählt werden. Dabei soll nur soweit Vertretung zugesprochen werden, als diese auch tatsächlich erforderlich ist. Durch regelmäßige Kontrollen und eine jeweils dreijährige Befristung soll die Vertretung auf ihren Umfang und ihre Dauer hin geprüft werden.<sup>1130</sup> Es wird unterschieden zwischen der **Vorsorgevollmacht**, die der derzeit geltenden Vorsorgevollmacht entspricht, der **gewählten Erwachsenenvertretung**, die als komplett neues Modell Eingang ins Gesetz findet und dem Betroffenen ermöglicht, einen Vertreter zu bestimmen, wenn er zwar nicht mehr über die volle Entscheidungsfähigkeit verfügt, ihm aber seine persönliche Situation und die Tragweite seiner Entscheidung zumindest in Grundzügen bewusst ist. Darüber hinaus gibt es die **gesetzliche Erwachsenenvertretung**, die der früheren Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger gleichkommt und zu guter Letzt die **gerichtliche Erwachsenenvertretung**, die sogenannte „Sachwalterschaft neu“.<sup>1131</sup> Auf die individuellen Voraussetzungen und Regelungen der einzelnen Vertretungsmodelle wird in einem gesonderten Kapitel eingegangen.<sup>1132</sup>

#### 27.5.2. Handlungsfähigkeit

Mit dem 2. ErwSchG wird die Handlungsfähigkeit in § 24 Abs 1 idF 2. ErwSchG nunmehr ausdrücklich geregelt und ist jedenfalls jene Fähigkeit, sich durch eigenes Handeln zu berechtigen und zu verpflichten. Sie ist an das Vorliegen der **Entscheidungsfähigkeit** nach Abs 2 geknüpft. Nach § 24 Abs 1 idF 2. ErwSchG wird die Handlungsfähigkeit einer vertretenen Person durch eine Vorsorgevollmacht oder eine Erwachsenenvertretung nicht eingeschränkt. Eine solche führt also nicht mehr zum konstitutiven Verlust der Geschäftsfähigkeit des Vertretenen.<sup>1133</sup> § 24 legt aber selbstverständlich auch nicht fest, dass die betroffene Person tatsächlich handlungsfähig ist. Dies ist nach wie vor im Einzelfall zu prüfen.<sup>1134</sup> Es kann daher dennoch nach wie vor auf die bisherige Judikatur zurückgegriffen werden.<sup>1135</sup>

#### 27.5.3. Fortbestehen der Geschäftsfähigkeit

Kernstück der Novelle ist, dass die betroffene Person bei keinem der vier Vertretungsmodelle automatisch die **Geschäftsfähigkeit** verliert. Diese Neuerung ist auf die Bestimmung des Art 12 UN-BRK zurückzuführen. Der automatische Verlust der Geschäftsfähigkeit im Wirkungsbereich des Sachwalters nach bisheriger Rechtslage wurde

---

<sup>1130</sup> Bundesministerium für Justiz, 7.

<sup>1131</sup> ErläutME 222/ME 25. GP 4f.

<sup>1132</sup> Vgl S 213ff.

<sup>1133</sup> Nach bisheriger Rechtslage war dies nämlich der Fall. Vgl S 14.

<sup>1134</sup> ErläutRV 1461 25. GP 20.

<sup>1135</sup> *Gitschthaler/Schweighofer*, Erwachsenenschutzrecht, 2017, §242 Anm 71.

vielfach kritisiert und als unvereinbar mit der UN-BRK angesehen.<sup>1136</sup> Die Geschäftsfähigkeit wird mit dem 2. ErwSchG ausdrücklich in § 865 idF 2. ErwSchG geregelt. Bis dato suchte man im ABGB vergeblich nach einer rechtlichen Definition dieser. Für eine besachwaltete Person ist es nach bisherigem Recht unmöglich, im Wirkungsbereich des Sachwalters ohne dessen Zustimmung Geschäfte abzuschließen oder sich zu verpflichten. Dies gilt auch dann, wenn der Besachwaltete kurzzeitig im Rahmen eines *lucidum intervallum* über die erforderliche Einsicht- und Urteilsfähigkeit verfügt.<sup>1137</sup> Darüber hinaus ist nach bisheriger Rechtslage auch dann die Geschäftsfähigkeit beschränkt, wenn der Sachwalter für einen zu weiten Wirkungsbereich bestellt wurde, also insb für Angelegenheiten, die der Besachwaltete sehr wohl selbst besorgen könnte.<sup>1138</sup> Mit dem 2. ErwSchG wird die Geschäftsfähigkeit als jene Fähigkeit des Einzelnen beschrieben, sich durch eigenes Handeln rechtsgeschäftlich zu berechtigen und zu verpflichten. Sie knüpft **an das Vorliegen der Entscheidungsfähigkeit** nach § 24 idF 2. ErwSchG an und wird grundsätzlich bei Volljährigkeit vermutet. Für ihr Vorliegen ist dabei lediglich notwendig, das Wesentliche des Rechtsgeschäfts zu verstehen. Es ist nicht zwingend, dass der Betroffene bei einem komplexen Sachverhalt jedes Detail versteht. Ihm soll der Kern des Problems erkennbar und die Tragweite seiner Entscheidung im Großen und Ganzen bewusst sein.<sup>1139</sup> Ganz in diesem Sinne ist daher auch eine bloß „partielle Geschäftsfähigkeit“<sup>1140</sup> möglich. Die Geschäftsfähigkeit kann zwar für einfache Rechtsgeschäfte vorliegen, für komplexere, anspruchsvollere hingegen nicht. Dies war schon nach bisheriger Rechtslage möglich und wird auch nach dem 2. ErwSchG weiterhin so sein, ohne dass es dazu einer eigenen gesetzlichen Normierung bedarf.<sup>1141</sup> Gem § 242 idF 2. ErwSchG wird die Handlungsfähigkeit der vertretenen Person bei keinem der Vertretungsmodelle eingeschränkt. Auch wenn dies zweifelsfrei eine Besserstellung des Betroffenen zur Folge hat, ist anzunehmen, dass auch in Zukunft die Kontrahenten im rechtlichen Verkehr eher mit einem Vertreter kontrahieren werden als mit einer Person, über deren Geschäftsfähigkeit sie sich nicht ganz sicher sind. Dies mit dem Gedanken, so kein Risiko einer allfälligen Haftung einzugehen und damit auf der sicheren Seite zu sein.

---

<sup>1136</sup> Schauer, iFamZ 2011, 260 f. Vgl außerdem S 194ff.

<sup>1137</sup> Bernat, ZfRV 2005/25.

<sup>1138</sup> ErläutRV 1461 25. GP 20.

<sup>1139</sup> ErläutRV 1461 25. GP 54.

<sup>1140</sup> Vgl hierzu S 36.

<sup>1141</sup> ErläutRV 1461 25. GP 53.

Das Problem einer faktischen Entmündigung wird daher vermutlich auch mit dem 2. ErwSchG weiter fortbestehen.<sup>1142</sup>

Die Regelung, dass bloß zu ihrem Vorteil abgeschlossene Geschäfte jede Person abschließen kann, wurde nun in § 865 Abs 2 idF 2. ErwSchG festgehalten. Nach bisheriger Rechtslage war dies für Kinder und Personen, die einen Sachwalter benötigten, nicht möglich. Dies wurde durch das 2. ErwSchG geändert, da hier kein besonderes Schutzbedürfnis besteht, wenn bloß vorteilhafte Versprechen ohne negative Folgen angenommen werden können.

Nicht Geschäftsfähige können nach wie vor keine wirksamen Geschäfte abschließen, so sie nicht über einen Erwachsenenvertreter oder Vorsorgebevollmächtigten verfügen. Es wurde angedacht, ein von diesen Personen abgeschlossenes Geschäft bis zur nachträglichen Genehmigung eines noch zu bestellenden Vertreters schwebend unwirksam sein zu lassen.<sup>1143</sup> Dieser Gedanke wurde jedoch wieder verworfen, da der Vertragspartner bei einer solchen Regelung stets zur Erfüllung bereit sein müsste und sich der Zustand der schwebenden Unwirksamkeit über einen jahre- oder gar jahrzehntelangen Zeitraum erstrecken könnte. Dies würde zu einer erheblichen Belastung des Geschäftsverkehrs und Rechtsunsicherheit führen. Vorstellbar wäre eine solche Regelung lediglich dann, wenn sie mit einer zeitlichen Frist verbunden wäre, innerhalb derer ein Vertreter zu bestellen und das Geschäft nachträglich zu genehmigen wäre. Auch diese Idee wurde mangels tatsächlichen Nutzens für die Vertragsparteien jedoch wieder verworfen.

Bei nicht Geschäftsfähigen, die aber über einen Erwachsenenvertreter oder Vorsorgebevollmächtigten verfügen und ein Rechtsgeschäft in dessen Wirkungskreis abschließen möchten, führt ihre Erklärung zu einem schwebend unwirksamen Geschäft. Damit das Geschäft wirksam wird, braucht es die Genehmigung durch den Erwachsenenvertreter bzw Vorsorgebevollmächtigten (Abs 3).<sup>1144</sup> Jedoch können Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens einer entscheidungsunfähigen Person, die ihre Lebensverhältnisse nicht übersteigen, nach § 242 Abs 3 idF 2. ErwSchG nun rückwirkend mit Erfüllung immer rechtswirksam werden. In der bisherigen Fassung war dies nur bei geringfügigen Geschäften des täglichen Lebens möglich.<sup>1145</sup> Das Kriterium der Geringfügigkeit wurde in die neue Fassung nicht übernommen, da es nicht von Bedeutung

---

<sup>1142</sup> Barth, iFamZ 2017, 145.

<sup>1143</sup> ErläutRV 1461 25. GP 54f.

<sup>1144</sup> ErläutRV 1461 25. GP 55.

<sup>1145</sup> Vgl §§ 170 Abs 3 und 280 Abs 2.

ist, ob ein Alltagsgeschäft geringfügig ist oder nicht, wenn es nachträglich erfüllt wird. Darüber hinaus war die Geringfügigkeit eines Alltagsgeschäfts oftmals schwierig zu beurteilen, da sie einer subjektiven Einschätzung unterliegt. In der neuen Fassung kommt es daher darauf an, dass das Geschäft des täglichen Lebens nicht die Lebensverhältnisse des Betroffenen übersteigt. Es sollen damit Geschäfte abgedeckt sein, die typischerweise im Alltag abgeschlossen werden.<sup>1146</sup> Es kommt aber auf eine individuelle Betrachtung an. Darüber hinaus sollen Geschäfte *aller* volljährigen Personen erfasst sein, die nicht entscheidungsfähig sind. Es ist nicht relevant, dass der Betroffene über einen Erwachsenenvertreter verfügt. Es kann auch über Alltagsgeschäfte ein gerichtlicher Genehmigungsvorbehalt angeordnet werden. Zur Wirksamkeit des Geschäfts ist dann die Zustimmung des Vertreters notwendig, egal ob das Geschäft bereits erfüllt wurde oder nicht.<sup>1147</sup>

Die Geschäftsfähigkeit des Betroffenen ist im Einzelfall für jedes Rechtsgeschäft gesondert zu prüfen. Lediglich wenn ein gerichtlicher Genehmigungsvorbehalt nach § 242 Abs 2 ABGB idF 2. ErwSchG vorliegt, ist der Betroffene für von dem Genehmigungsvorbehalt betroffene Rechtshandlungen geschäftsunfähig.

#### 27.5.4. Gerichtlicher Genehmigungsvorbehalt

Nach neuer Rechtslage kann das PflEG lediglich bei der gerichtlichen Erwachsenenvertretung anordnen, dass für bestimmte rechtsgeschäftliche Handlungen des Betroffenen die Zustimmung seines Erwachsenenvertreters und/oder des Gerichts erforderlich ist (**gerichtlicher Genehmigungsvorbehalt**).<sup>1148</sup> Es soll ansonsten nur darauf ankommen, ob die Betroffenen im Rechtsverkehr die notwendige Geschäftsfähigkeit aufweisen oder nicht.<sup>1149</sup> Das Konzept des Genehmigungsvorbehalts ist jenem des Einwilligungsvorbehalts des deutschen BGB nachempfunden. Ein solcher ist nur in strengen Grenzen und bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen möglich, weshalb von einer Konformität mit der UN-BRK ausgegangen werden kann. Ein

---

<sup>1146</sup> Vortrag Dr. Peter Barth, Privatissimum Privatrecht, 25.10.2017, WU Wien; ErläutRV 1461 25. GP 22.

<sup>1147</sup> ErläutRV 1461 25. GP 23; in den Erläut zum ME befand sich noch ein Zusatz, wonach auch Alltagsgeschäfte, die unter gerichtlichem Genehmigungsvorbehalt stehen, mit Erfüllung durch den Betroffenen rechtswirksam werden. Dies wurde damit gerechtfertigt, dass ohnehin nur ein Geschäft vorliege, welches den persönlichen Lebensverhältnissen entspreche und andererseits eine Erfüllung durch den Betroffenen erfolgt sei, die dieser wiederum nur aus den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln vornehmen könne. Man ging demnach bereits von einer ausreichenden Schutzwürdigkeit des Vertretenen aus. Im Begutachtungsverfahren wurde diese Regelung aber kritisiert, weshalb in der Endfassung darauf verzichtet wurde (vgl ErläutME 222/ME 25. GP 20).

<sup>1148</sup> Vgl § 242 Abs 2 idF 2. ErwSchG.

<sup>1149</sup> ErläutRV 1461 25. GP 20f.

Genehmigungsvorbehalt erfordert für bestimmte Rechtshandlungen zu ihrer Gültigkeit die Zustimmung des Erwachsenenvertreters bzw des Gerichts. Dabei ist es erforderlich, dass eine ernste und erhebliche Gefahr der Selbstschädigung besteht. Eine Entscheidungsunfähigkeit muss aber nicht vorliegen.<sup>1150</sup> Diese Schädigung kann sowohl in einem körperlichen Schaden als auch in einem beträchtlichen Vermögensschaden bestehen. Es ist jedoch nicht ausreichend, dass diese Gefährdung bloß uU besteht. Es sind schon konkrete Anhaltspunkte erforderlich. Die Anordnung eines Genehmigungsvorbehalts soll nur die Ausnahme darstellen. Grundsätzlich soll versucht werden, eine Vertretung ohne dieses Instrument zu ermöglichen. Ist ein Genehmigungsvorbehalt angeordnet, so ist das Rechtsgeschäft bis zur Zustimmung des Vertreters (oder des Gerichts) schwebend unwirksam und wird erst mit dieser rechtlich bindend.<sup>1151</sup> Ob eine Rechtshandlung genehmigt wird, ist wieder entsprechend dem Wunsch und Wohl des Vertretenen zu entscheiden.<sup>1152</sup> Teilweise ist eine bloße Äußerungsfähigkeit ausreichend, beispielsweise beim Widerruf einer Vorsorgevollmacht oder bei einem Widerspruch gegen die gesetzliche Erwachsenenvertretung. Dies stellt eine Erweiterung der derzeit geltenden Handlungsfähigkeit dar.<sup>1153</sup> Die Funktion des Gerichts als Kontrollinstanz wird mit dieser Änderung auf Ausnahmefälle reduziert. Fraglich ist für die Praxis, wie konkret oder allgemein die im Gesetzestext geforderten „bestimmten rechtsgeschäftlichen Handlungen“ anzugeben sind. Man könnte hierunter von sehr weiten Formulierungen bis hin zur konkreten Aufzählung bestimmter Rechtsgeschäfte alles verstehen.<sup>1154</sup> Wie dies im gerichtlichen Alltag gehandhabt werden wird, wird sich in Zukunft zeigen. Alle anderen Rechtsgeschäfte können sowohl der Betroffene – sofern er entscheidungsfähig ist – als auch sein Erwachsenenvertreter oder Vorsorgebevollmächtigter allein abschließen. Es kann daher in einem solchen Fall zu einer Doppelkompetenz kommen.<sup>1155</sup> Einander widersprechende Erklärungen sind nach allgemeinem Zivilrecht zu lösen, der Vertrag kann nur bei Vorliegen von Willensmängeln angefochten werden.

---

<sup>1150</sup> ErläutRV 1461 25. GP 21.

<sup>1151</sup> ErläutRV 1461 25. GP 21.

<sup>1152</sup> ErläutRV 1461 25. GP 22.

<sup>1153</sup> *Barth in Barth*, Das neue Erwachsenenschutzrecht, 35.

<sup>1154</sup> *Gitschthaler/Schweighofer*, Erwachsenenschutzrecht, §242 Anm 71.

<sup>1155</sup> *Jahn*, Das 2. Erwachsenenschutz-Gesetz Reform des Rechts der Vorsorgevollmacht, der Angehörigenvertretung und der Sachwalterschaft, JAP 2017, 55.

### 27.5.5. Keine umfassende Vertretung

Alle vier Vertretungsmodelle können für einzelne oder für bestimmte Angelegenheiten vorgesehen werden. Eine **umfassende Vertretung für alle Angelegenheiten** nach dem derzeitigen Sachwalterrecht ist aber nicht mehr möglich. Vertreter können maximal für „Arten“ von Angelegenheiten bestellt werden. Diese müssen „bestimmt bezeichnet“ sein.<sup>1156</sup> Problematisch könnte dies bei Fällen sein, in denen eine umfassende Vertretung nach wie vor notwendig und unvermeidlich ist. Zu denken ist hierbei insb an fortgeschritten demenzkranke Patienten. Eine Vertretungsmacht, die lediglich auf bestimmte Angelegenheiten begrenzt ist, erweist sich hier als nicht sinnvoll. Es handelt sich dabei jedoch um bloße **Soll-Bestimmungen**.<sup>1157</sup> In den Mat zum 2. ErwSchG wird an mehreren Stellen regelmäßig festgehalten, dass eine Vertretung für alle Angelegenheiten nach neuem Modell nicht mehr möglich sein **soll**.<sup>1158</sup> Wie solche Fälle in der Praxis gehandhabt werden, wird sich zeigen. Vermutlich wird bei solchen Personen für jede einzelne Angelegenheit oder zumindest jeden Kreis an Angelegenheiten im Anlassfall eine Stellvertretung angeordnet. Im Ergebnis wird dies nicht viel ändern, außer dass mit einer solchen Vorgehensweise ein enormer bürokratischer Aufwand verbunden ist, der zu einer Flut an Anträgen führen wird.<sup>1159</sup> Darüber hinaus wird Vorsicht geboten sein, dass sich im gerichtlichen Alltag nicht bestimmte Phrasen einführen, die schlussendlich zu einem Zustand führen, der erst recht jenem einer umfassenden Vertretung gleichkommt und somit zu einer Aushöhlung der Norm führen würde.<sup>1160</sup>

Bis auf die gerichtliche Erwachsenenvertretung, die im Bedarfsfall durch das zuständige Gericht errichtet wird, ist den Vertretungsmodellen gemeinsam, dass sie zu ihrer Gültigkeit in das ÖZVV einzutragen sind. Diese Regelung soll für mehr Transparenz sorgen.<sup>1161</sup>

### 27.5.6. Personensorge

Mit dem 2. ErwSchG erfährt die Personensorge in § 250f idF 2. ErwSchG eine Legaldefinition. Unter Personensorge versteht man nun die **Vertretung in personenrechtlichen Angelegenheiten**, das sind all jene Angelegenheiten, die in der Persönlichkeit des Betroffenen liegen oder seine Familienverhältnisse betreffen. Die Persönlichkeitsrechte betreffen dabei insb das Recht auf Leben und die körperliche

---

<sup>1156</sup> ErläutRV 1461 25. GP 43, 36.

<sup>1157</sup> Vortrag Dr. Helmut Ofner, Pharm-Allergan Update, 4.11.2017, MQ Wien.

<sup>1158</sup> Vorblatt und WFA 222/ME 25. GP 4,5; ErläutRV 1461 25. GP 4.

<sup>1159</sup> Müller in Brinek, 35.

<sup>1160</sup> Fuchs in Brinek, 104.

<sup>1161</sup> Vortrag Dr. Peter Barth, Privatissimum Privatrecht, 25.10.2017, WU Wien.

Unversehrtheit.<sup>1162</sup> Dabei ist zwischen **absolut höchstpersönlichen und relativ höchstpersönlichen Angelegenheiten** zu unterscheiden, wobei absolut höchstpersönliche Angelegenheiten absolut vertretungsfeindlich<sup>1163</sup> sind und relativ höchstpersönliche Angelegenheiten eine Stellvertretung unter bestimmten Voraussetzungen zulassen, nämlich dann, wenn sie für das Wohl des Betroffenen erforderlich ist. Diese Regelung ist dann anzuwenden, wenn es keine spezialgesetzlichen Bestimmungen dazu gibt. Nichtsdestotrotz hat auch in diesen Fällen eine Vertretung zu unterbleiben, wenn der Betroffene dieser erkennbar widerspricht. Eine Vertretung ist dann nur in sehr engen Grenzen dennoch möglich, wenn das Wohl der betroffenen Person sonst erheblich gefährdet wäre.<sup>1164</sup> Darüber hinaus wird nun gesetzlich festgelegt, dass einen Erwachsenenvertreter keine Pflicht zur selbständigen Betreuung der vertretenen Person trifft. Man folgt damit einer bereits gängig vertretenen Ansicht in Lehre und Rsp.<sup>1165</sup> Betreuung meint dabei insb Tätigkeiten, die den persönlichen Lebensbereich – vor allem jenen der Pflege – betreffen, wie beispielsweise Körperpflege, Zubereitung von Mahlzeiten oder die Einnahme von Medikamenten.<sup>1166</sup> Den Erwachsenenvertreter trifft lediglich eine Bemühungspflicht, wonach er eine ausreichende medizinische und soziale Betreuung des Betroffenen sicherzustellen hat, wenn dieser nicht umfassend betreut wird. Dies jedoch selbst dann, wenn er nur für eine einzige Angelegenheit bestellt wurde. Im Ergebnis ändert die neue Rechtslage nichts, sondern normiert nur bereits gängige Ansichten.

Die Vertretung betreffend medizinischer Behandlungen ist gesondert in §§ 252ff idF 2. ErwSchG normiert.

---

<sup>1162</sup> ErläutRV 1461 25. GP 28. Außerdem: das Recht auf Freiheit, geschlechtliche Selbstbestimmung, Achtung des Ansehens, Wahrung der Privatsphäre, Geheimhaltung personenbezogener Informationen, Wahrung der persönlichen Identität.

<sup>1163</sup> ZB Errichtung einer Patientenverfügung gem § 3 PatVG oder einer Vorsorgevollmacht gem § 262 idF 2. ErwSchG.

<sup>1164</sup> Vgl Abs 2 idF 2. ErwSchG.

<sup>1165</sup> ErläutRV 1461 25. GP 29; *Barth*, Das 2. Erwachsenenschutz-Gesetz - die wichtigsten Änderungen aus der Sicht der Pflege (Teil II), ÖZPR 2017, 114.

<sup>1166</sup> ErläutRV 1461 25. GP 29.

## 27.6. Die einzelnen Vertretungsmodelle im Überblick

Der Gesetzgeber spricht regelmäßig von den **vier Säulen** des neuen Vertretungsrechts. Dieser Begriff ist mE irreführend, da die vier Vertretungsmodelle nicht nebeneinander bestehen, sondern sie in einer Rangfolge nacheinander bestehen. Durch die Bezeichnung „Säulen“ entsteht außerdem der Eindruck, man könne zwischen den vier Modellen wählen. Tatsächlich soll aber jenes Modell zur Anwendung kommen, für das im konkreten Fall der Bedarf besteht. Auch die Mat weisen ausdrücklich darauf hin, dass aufgrund der nacheinander folgenden Nennung der jeweiligen Institute deren Subsidiarität zu der jeweils vorherigen Vertretungsform deutlich gemacht werden soll.<sup>1167</sup> Dabei ist zuerst zu prüfen, ob auf das Modell mit dem geringsten Eingriff in die persönliche Integrität gegriffen werden kann, und erst, wenn dies nicht möglich ist, soll die darauffolgende Vertretungsform angewendet werden. Der Gesetzgeber hat die vier Vertretungsmodelle demnach in einer Reihenfolge entworfen, weshalb die Bezeichnung „Stufenbau“ mE zielführender ist. Auf die letzte Stufe, die gerichtliche Erwachsenenvertretung, soll erst als ultima ratio gegriffen werden.

### 27.6.1. Vorsorgevollmacht

Die **Vorsorgevollmacht**<sup>1168</sup> entspricht der bisher geltenden Rechtslage. Sie entspricht der ersten Säule bzw Stufe und stellt den geringsten Eingriff dar. Die Vorsorgevollmacht hat sich in ihrer bestehenden Form durchaus bewährt, wurde jedoch von der Bevölkerung aufgrund mangelnder Kenntnis und unzureichender Informationen trotzdem nur selten angewendet.<sup>1169</sup> Dies soll nun durch das neue Gesetz geändert werden. Der Betroffene ernennt im Zustand voller Entscheidungsfähigkeit eine (oder auch mehrere Personen), die für ihn im Fall der Entscheidungsunfähigkeit stellvertretend tätig werden sollen. Der Bevollmächtigte wird in seinem Wirkungsbereich nicht begrenzt. Die gerichtliche Kontrolle ist auf ein absolutes Minimum beschränkt. Lediglich bei Entscheidungen iZm medizinischen Behandlungen, wenn ein Dissens zwischen Bevollmächtigtem und Vertretenen zu erkennen ist, hat man das Gericht anzurufen und dieses hat die Entscheidung zu übernehmen.<sup>1170</sup> Es kann weitgehend auf die Ausführungen zur

---

<sup>1167</sup> ErläutRV 1461 25. GP 36.

<sup>1168</sup> Vgl §§ 260ff idF 2. ErwSchG.

<sup>1169</sup> Vgl S 156ff.

<sup>1170</sup> Darüber hinaus ist eine gerichtliche Genehmigung erforderlich bei dauerhafter Wohnortveränderung ins Ausland (§ 254 Abs 4), Sterilisation (§ 255 Abs 2), Dissens bei medizinischer Forschung (§ 256 Abs 2).

Vorsorgevollmacht nach bisher geltender Rechtslage verwiesen werden.<sup>1171</sup> Neu ist die Kombination einer Vorsorgevollmacht mit einer einfachen Vollmacht, die in der Praxis bereits durchaus üblich ist und womit man dieser Vorgehensweise Rechnung tragen möchte. Dafür gilt die Vollmacht bereits, auch wenn der Betroffene an und für sich noch entscheidungsfähig ist. Erst wenn der Vollmachtgeber seine Entscheidungsfähigkeit verliert und die Vollmacht registriert wird, wird diese in eine Vorsorgevollmacht umgewandelt und die Vertretung besteht weiter fort.<sup>1172</sup>

#### 27.6.2. Gewählte Erwachsenenvertretung

Die gewählte Erwachsenenvertretung stellt eine völlig neue Form der Vertretung dar.<sup>1173</sup> Der Gesetzgeber wollte mit diesem Instrument eine Lücke schließen, da im Alltag häufig Fälle auftreten, in denen die Betroffenen nicht mehr über die für die Errichtung einer Vorsorgevollmacht erforderliche Einsichtsfähigkeit verfügen, ihnen aber noch das Bewusstsein, welche Angelegenheiten geregelt gehören und welche Personen sie gerne dafür einsetzen würden, zukommt. In der Praxis lässt sich erkennen, dass die betroffenen Personen sich erst mit der Regelung dieser Angelegenheiten beschäftigen, wenn ein konkreter Anlass besteht, wobei es in diesem Fall nach bisher geltender Rechtslage bereits zu spät für das Erstellen einer Vorsorgevollmacht ist. Mit der gewählten Erwachsenenvertretung möchte man diesem Umstand Rechnung tragen und die Erfordernisse an die Entscheidungsfähigkeit bei diesem Instrument etwas lockern. Damit soll die Selbstbestimmung gestärkt und fremdbestimmte Entscheidungen, wenn diese nicht erforderlich sind, unterbunden werden.<sup>1174</sup> Die gewählte Erwachsenenvertretung ist daher für jene Fälle gedacht, in denen der Betroffene zwar nicht mehr voll einsichtsfähig ist, jedoch noch nicht als vollkommen entscheidungsunfähig eingestuft werden kann. Dabei sind die sonstigen Voraussetzungen die selben wie für eine derzeitige Sachwalterschaft: Die Person muss an einer psychischen Krankheit oder vergleichbaren Beeinträchtigung leiden und in Folge dessen ihre Angelegenheiten nicht mehr für sich selbst besorgen können. Die Gefahr eines Nachteils wird vom Gesetzgeber nicht gefordert. Daneben muss die Person aber noch fähig sein, die *„Bedeutung und Folgen einer Bevollmächtigung in Grundzügen zu verstehen, ihren Willen danach zu bestimmen und sich entsprechend zu verhalten.“* Die Definition orientiert sich an jener zur Entscheidungsfähigkeit gem § 24 idF

---

<sup>1171</sup> Vgl S 156ff.

<sup>1172</sup> ErläutRV 1461 25. GP 36.

<sup>1173</sup> Vgl §§ 264ff idF 2. ErwSchG.

<sup>1174</sup> ErläutRV 1461 25. GP 38.

2. ErwSchG, jedoch muss diese gerade nicht zur Gänze vorliegen. Es reicht also eine geminderte Entscheidungsfähigkeit.<sup>1175</sup> Ist sie dazu in der Lage, so kann sie eine oder mehrere ihr nahe stehende Personen als Erwachsenenvertreter zur Besorgung dieser Angelegenheiten auswählen. Wichtig ist, dass der Betroffene nicht mehr in der Lage ist, eine Vorsorgevollmacht zu erstellen und über keinen Vertreter der erforderlichen Angelegenheiten verfügt.

### 27.6.3. Gesetzliche Erwachsenenvertretung

Die gesetzliche Erwachsenenvertretung<sup>1176</sup> entspricht der bisherigen Vertretung nächster Angehöriger, die nicht auf einer individuellen Erklärung beruht, sondern ex lege entsteht.<sup>1177</sup> Soweit der Betroffene aufgrund einer psychischen Krankheit oder vergleichbaren Beeinträchtigung nicht mehr über die erforderliche Entscheidungsfähigkeit verfügt und seine Angelegenheiten nicht ohne Gefahr eines Nachteils für sich selbst zu besorgen vermag, kann ein Angehöriger die Vertretung in diesen Angelegenheiten übernehmen. Die Gefahr eines Nachteils ist bei diesem Institut sehr wohl geboten, da der Betroffene nicht mehr selbständig eine Person betrauen kann. Dabei ist es erforderlich, dass die betroffene Person nicht mehr in der Lage ist, eine Vorsorgevollmacht zu erstellen oder im Wege einer gewählten Erwachsenenvertretung einen Vertreter zu bestimmen. Dadurch wird die Rangfolge der einzelnen Institute zueinander ein weiteres Mal deutlich. Der Gesetzgeber weist in den Mat darauf hin, dass geordnete Familienverhältnisse eine unabdingbare Voraussetzung für die Vertretung nächster Angehöriger sind.<sup>1178</sup> Damit soll vermieden werden, dass einem Angehörigen die Vertretung eines Familienmitglieds aufgezwungen wird, die weder der Vertreter selbst noch der Betroffene haben möchte. Eine solche Vorgehensweise würde nicht dem Wohl des Betroffenen entsprechen, geschweige denn seinem Wunsch. Auch könnte dadurch nicht sichergestellt werden, dass die Vertretung stets dem Willen des Betroffenen entsprechend erfolgen würde, was dem Prinzip der Selbstbestimmung zuwiderlaufen würde. Die Vertretung ist für einzelne Bereiche möglich, die im Gesetz eigens aufgezählt sind. Dazu werden die Entscheidungen über medizinische Behandlungen und die damit zusammenhängenden Verträge ausdrücklich in § 269 Abs 1 Z 5 genannt.

---

<sup>1175</sup> ErläutRV 1461 25. GP 38.

<sup>1176</sup> Vgl §§ 268ff idF 2. ErwSchG.

<sup>1177</sup> Vgl die Ausführungen zur Angehörigenvertretung S 153ff.

<sup>1178</sup> ErläutRV 1461 25. GP 41.

#### 27.6.4. Gerichtliche Erwachsenenvertretung

Die **gerichtliche Erwachsenenvertretung**<sup>1179</sup> bildet die letzte Stufe und soll erst als **ultima ratio** herangezogen werden. Sie entspricht der derzeit geltenden Sachwalterschaft.<sup>1180</sup> Auf sie soll nur zurückgegriffen werden, wenn keines der anderen drei Institute möglich ist. Es kann insofern von einem Stufenbau und einer Reihenfolge der Vorgehensweise ausgegangen werden. Man folgt dem Konzept des „Vorrangs der eigenen Wahl“.<sup>1181</sup>

#### 27.7. Neu: „Clearing Plus“

Mit dem 2. ErwSchG soll der Tätigkeitsbereich von Erwachsenenschutzvereinen<sup>1182</sup> erweitert werden. Die Vereine sollen nicht mehr nur beratende Aufgaben haben. Sie sollen bei jeder gerichtlichen Erwachsenenvertretung betraut werden und überprüfen, ob und in welchem Umfang eine Vertretung tatsächlich erforderlich ist. Dies soll – einem psychosozialen Modell folgend – durch die Durchführung eines Clearings geschehen und nicht – wie bisher – nach medizinischen Kriterien gemessen werden.<sup>1183</sup> Dabei ist das Gericht verpflichtet, die Erwachsenenschutzvereine mit der Durchführung eines Clearings zu befassen, es hat hier keinen Entscheidungsspielraum. Daneben sollen die beratenden und unterstützenden Funktionen der Vereine, insb von Familienmitgliedern und sonstigen nahestehenden Personen, ausgebaut werden. Außerdem ist es ab jetzt möglich, vor einem Erwachsenenschutzverein eine Vorsorgevollmacht zu errichten oder einen Erwachsenenvertreter zu wählen.<sup>1184</sup>

#### 27.8. Sonderfall: Medizinische Behandlung

Auch mit dem 2. ErwSchG erhält die Zustimmung bei medizinischen Heilbehandlungen eine **eigene gesetzliche Normierung** in den §§ 252–254. Dies vor allem deshalb, da die Regelung des § 283 idF BGBl I 2016/43 oft als zu praxisfern und kompliziert angesehen wurde.<sup>1185</sup> Die Bestimmung wurde von Medizinern häufig für nicht verständlich erachtet,

---

<sup>1179</sup> Vgl §§ 271ff idF 2. ErwSchG.

<sup>1180</sup> Vgl hierzu eingehend S 122ff.

<sup>1181</sup> *Barth in Brinek*, 174.

<sup>1182</sup> Bisherige Sachwaltervereine.

<sup>1183</sup> *Bundesministerium für Justiz*, 8.

<sup>1184</sup> ErläutRV 1461 25. GP 6.

<sup>1185</sup> ErläutRV 1461 25. GP 29.

was zu erheblicher Unsicherheit unter allen Betroffenen führte.<sup>1186</sup> In § 252 findet sich nun außerdem erstmals eine **Legaldefinition** der medizinischen Behandlung. „Eine medizinische Behandlung ist eine von einem Arzt oder auf seine Anordnung hin vorgenommene diagnostische, therapeutische, rehabilitative, krankheitsvorbeugende oder geburtshilfliche Maßnahme an der volljährigen Person.“ Darüber hinaus sind „auf diagnostische, therapeutische, rehabilitative, krankheitsvorbeugende, pflegerische oder geburtshilfliche Maßnahmen von Angehörigen anderer gesetzlich geregelter Gesundheitsberufe die §§ 252 bis 254 sinngemäß anzuwenden.“ Dabei konkretisieren die Erläut, dass unter den Begriff des Gesundheitsberufes all jene gesetzlich geregelten Berufe fallen, die unter den Bundeskompetenztatbestand „Gesundheitswesen“ iSd Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG zu subsumieren sind und damit Maßnahmen zur Sicherstellung der Gesundheit der Bevölkerung umfassen.<sup>1187</sup> Der Gesetzgeber versteht darunter allen voran Tätigkeiten im Rahmen der Gesundheitsversorgung, „die unmittelbar am bzw unmittelbar oder mittelbar für den Menschen zum Zwecke der Förderung, Erhaltung, Wiederherstellung oder Verbesserung der Gesundheit im ganzheitlichen Sinn und in allen Phasen des Lebens erbracht werden.“<sup>1188</sup> Auf all jene Angehörige von Gesundheitsberufen, die nicht gesetzlich geregelt sind, sind die Bestimmungen nicht sinngemäß anzuwenden. Dies entspricht der derzeit gängigen Praxis.<sup>1189</sup> Man hat sich hier an die Definition *Kopetzki*<sup>1190</sup> gehalten und außerdem die bisherige analoge Anwendung der arztrechtlichen Vorschriften auf Angehörige sonstiger Gesundheitsberufe gesetzlich verankert. Darüber hinaus fallen unter den Begriff der medizinischen Behandlung auch all jene Maßnahmen, die nach ärztlicher Anordnung vorgenommen werden. Nach § 49 Abs 3 ÄrzteG sind Ärzte berechtigt, einzelne Aufgaben Angehörigen anderer Gesundheitsberufe oder noch in Ausbildung stehenden Ärzten und Angehörigen von Gesundheitsberufen zu übertragen. Auch solche Maßnahmen fallen unter die Legaldefinition gem § 252 Abs 1 idF 2. ErwSchG, wobei die Anordnung unter der Verantwortung des Arztes steht.

---

<sup>1186</sup> ErläutRV 1461 25. GP 29.

<sup>1187</sup> *Koza*, iFamZ 2017, 169. Es fallen darunter insb folgende Berufsgruppen: Apothekerinnen/Apotheker, Klinische Psychologinnen/Psychologen und Gesundheitspsychologinnen/-psychologen, Psychotherapeutinnen/Psychotherapeuten, Musiktherapeutinnen/-therapeuten, Hebammen, Medizinische Masseurinnen/Masseure und Heilmasseurinnen/-masseur.

<sup>1188</sup> ErläutRV 1461 25. GP 30.

<sup>1189</sup> Vgl S 102ff.

<sup>1190</sup> Vgl S 105f.

### 27.8.1. Entscheidungsfähiger Patient

Die neuen Bestimmungen unterscheiden hinsichtlich entscheidungsfähiger und entscheidungsunfähiger Patienten.<sup>1191</sup> Sie folgen einem Stufenbau.<sup>1192</sup> Der Grundsatz, dass die Einwilligung vom **entscheidungsfähigen Patienten** selbst einzuholen ist, bleibt selbstverständlich erhalten (§ 252 Abs 1 idF 2. ErwSchG).<sup>1193</sup> Es handelt sich dabei um vertretungsfeindliche Handlungen, die eine Vertretung durch Bevollmächtigung ausschließen.<sup>1194</sup>

### 27.8.2. Entscheidungsunfähiger Patient

#### 27.8.2.1. *Unterstützterkreis*

Bei **nicht entscheidungsfähigen** Patienten hat der Vorsorgebevollmächtigte bzw. Erwachsenenvertreter an deren Stelle und entsprechend deren Willen zu entscheiden.<sup>1195</sup> Dabei ist jedoch zuerst zu versuchen, die Entscheidungsfähigkeit des Betroffenen herzustellen. Dazu ist ein sogenannter „**Unterstützterkreis**“ (§ 252 Abs 2 idF 2. ErwSchG) einzuberufen. Dieser besteht aus *„Angehörigen, anderen nahe stehenden Personen, Vertrauenspersonen und im Umgang mit Menschen in solchen schwierigen Lebenslagen besonders geübten Fachleuten“*. Da es sich bereits im medizinischen Alltag eingebürgert hat, dass der behandelnde Arzt in Situationen, in denen die Entscheidungsfähigkeit seines Patienten zweifelhaft ist, dessen Angehörige und nahestehende Personen in die Entscheidungsfindung einbindet, wollte der Gesetzgeber dieser Praxis nachkommen und eine rechtliche Grundlage für eine solche Vorgehensweise schaffen. Dabei ist zu beachten, dass ein bloßes Einbinden und Unterstützen auch nach bisheriger Praxis durchaus rechtlich erlaubt ist, da es der Wunschermittlung des Patienten dient. Eine Entscheidung der Angehörigen an Stelle des Patienten war und ist dagegen nicht erlaubt und wird es auch in Zukunft nicht sein. Dies ist nicht Ziel und Sinn dieser Regelung. Den Erläuterungen ist zu entnehmen, dass unter den Begriff der „Angehörigen“ nicht nur die nächsten Angehörigen fallen, sondern auch all jene Personen, die mit dem Patienten in einem direkten oder indirekten Verhältnis stehen.<sup>1196</sup> „Andere nahestehende Personen“ meint etwa Nachbarn, Mitbewohner der Pflegeeinrichtung oder Kollegen.<sup>1197</sup> „Vertrauenspersonen“ meint

---

<sup>1191</sup> Vgl S 202ff.

<sup>1192</sup> *Koza*, iFamZ 2017, 169.

<sup>1193</sup> Vgl § 283 Abs 1 idF BGB I 2016/43.

<sup>1194</sup> *Koza*, iFamZ 2017, 170.

<sup>1195</sup> Vgl S 137ff.

<sup>1196</sup> ErläutRV 1461 25. GP 30.

<sup>1197</sup> ErläutRV 1461 25. GP 30.

darüber hinaus jene Personen, die vom Betroffenen etwa in einer Vorsorgevollmacht, einer Erwachsenenvertreter-Verfügung<sup>1198</sup> oder einer Vereinbarung über eine gewählte Erwachsenenvertretung von ihm bezeichnet wurden.<sup>1199</sup> Unter den „besonders geübten Fachkräften“ sind nach den Überlegungen des Gesetzgebers Pflegepersonen zu verstehen, die regelmäßig mit dem Betroffenen zu tun haben und daher über ein besonderes Naheverhältnis zu diesem verfügen.<sup>1200</sup> Auch Krankenhausseelsorger und Hospizbegleiter fallen unter diesen Begriff. Der Unterstützerkreis, also all diese Personen, die den Betroffenen gut kennen oder denen die Situation vertraut ist – soll dem Betroffenen helfen, seine Entscheidungsfähigkeit soweit wiederzuerlangen, sodass er in der Lage ist, eine konkrete Entscheidung hinsichtlich der Heilbehandlung zu treffen. Es ist damit uU eine gewisse Manipulationsgefahr verbunden, die durch die Einflussnahme auf den Patienten durch andere Personen wohl nicht zu leugnen ist. Auch das UN-Komitee verbietet eine Einflussnahme von Pflegepersonen und Assistenten bei der Entscheidungsfindung behinderter Personen.<sup>1201</sup> Andererseits ist durch das Instrument der Unterstützere Kreise Österreich seiner Verpflichtung nach Art 12 Abs 3 UN-BRK nachgekommen, behinderten Personen die erforderliche Unterstützung zur Ausübung ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit zur Verfügung zu stellen. Nach Abs 4 ist sicherzustellen, dass es zu keinen Interessenskonflikten oder missbräuchlicher Einflussnahme kommt. Man könnte argumentieren, dass der behandelnde Arzt, der schlussendlich entscheidet, ob die Entscheidungsfähigkeit mithilfe der Unterstützer ausreichend hergestellt werden konnte, auch sicherzugehen hat, dass es zu keiner **missbräuchlichen Einflussnahme** durch ebendiese gekommen ist. Problematisch erscheint bei dieser Regelung nämlich, wie sich das Hinzuziehen des Unterstützere Kreises auf die Wirksamkeit der Einwilligungserklärung auswirken kann. Die Beurteilung der Einsichtsfähigkeit liegt zwar immer noch beim behandelnden Arzt, jedoch kann der Patient durch das Zureden anderer außenstehender Personen, die auf die Wiederherstellung seiner Einwilligungsfähigkeit hinwirken, in seiner Entscheidung nicht mehr frei sein. Auch bei bisheriger Rechtslage sollte dem Patienten zwar regelmäßig die Möglichkeit eingeräumt werden, sich im Rahmen seiner Überlegungsfrist mit anderen Personen zu beraten und seine Entscheidung auch dahingehend zu fällen, jedoch ist mit der neuen Regelung nicht nur ein Besprechen der Situation und Abwägen möglicher Alternativen verbunden, sondern sind die

---

<sup>1198</sup> Diese entspricht der bisherigen Sachwalter-Verfügung.

<sup>1199</sup> ErläutRV 1461 25. GP 30.

<sup>1200</sup> ErläutRV 1461 25. GP 31.

<sup>1201</sup> United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities, aspect 41.

hinzugezogenen Personen aktiv in den Prozess der Aufklärung eingebunden. Weder im Gesetzestext noch in den Erläut finden sich jedoch Anmerkungen, die eine solche Verpflichtung des Arztes nahelegen würden. Eine solche Pflicht würde außerdem über den Tätigkeitsbereich des Arztes hinausgehen, dessen Aufgabe es nicht sein kann, rechtliche Fragestellungen zu klären. Bei besonders augenscheinlichen Fällen, in denen die Entscheidung bemerkbar nicht mit den Ansichten des Patienten übereinstimmen kann, wird der Arzt dennoch nicht von einer ausreichenden Einwilligungsfähigkeit ausgehen können. Macht er dies dennoch, so kommt es zu keiner wirksamen Einwilligung.

Darüber hinaus legt das Gesetz ausdrücklich fest, dass der Arzt auf das Zuziehen weiterer Personen zu verzichten hat, wenn der Betroffene zu erkennen gibt, dass er damit und mit der Weitergabe medizinischer Daten nicht einverstanden ist. Der behandelnde Arzt hat nämlich sicherzustellen, dass er vom Patienten von seiner **ärztlichen Schweigepflicht** iSd § 54 Abs 2 Z 3 ÄrzteG entbunden wurde. Er hat daher den Patienten darüber zu informieren, dass er persönliche, seinen gesundheitlichen Zustand betreffende Daten, an andere Personen weitergeben möchte. Auch wenn Zweifel über das Vorliegen der konkreten Entscheidungsfähigkeit bestehen, heißt dies nicht zwangsläufig, dass der Betroffene auch nicht über die „Entbindungsfähigkeit“ verfügt. Er kann sehr wohl über die kognitiven Fähigkeiten zur Beurteilung der ärztlichen Verschwiegenheitspflicht und deren Entbindung und die damit verbundenen Folgen verfügen, andererseits jedoch nicht jene Fähigkeiten, die zur Zustimmung oder Ablehnung eines konkreten Eingriffs erforderlich sind, aufweisen.<sup>1202</sup> An das Vorliegen der Entbindungs- und Äußerungsfähigkeit werden somit weniger strenge Anforderungen gestellt, da eine Umsetzung in der Praxis sonst regelmäßig nicht möglich wäre. Der behandelnde Arzt bzw die behandelnde Person ist jedoch nicht zur Bereitstellung eines Unterstützerkreises verpflichtet. Sie trifft lediglich eine **Bemühungspflicht**. Sollten keine unterstützenden Personen vorhanden oder greifbar sein, ist der Betroffene mit der Hinzuziehung nicht einverstanden oder ist eine Unterstützung aufgrund eines massiv schlechten Gesundheitszustandes und mangelnder Äußerungsfähigkeit des Patienten nicht zielführend,<sup>1203</sup> so kann auf die Inanspruchnahme von Unterstützung verzichtet werden. Die behandelnde Person hat dies lediglich entsprechend zu dokumentieren.<sup>1204</sup> Dies einerseits zu Beweis Zwecken und andererseits weil im Gesetz ausdrücklich davon gesprochen wird, dass man sich „nachweislich“ um

---

<sup>1202</sup> ErläutRV 1461 25. GP 30.

<sup>1203</sup> ZB Koma- oder schwer demente Patienten.

<sup>1204</sup> *Barth in Barth, Das neue Erwachsenenschutzrecht*, 45.

Unterstützer zu bemühen hat, was ebenfalls eine Dokumentation nahelegt.

Gelingt es dem Unterstützterkreis, die erforderliche Entscheidungsfähigkeit beim Betroffenen wiederherzustellen, so ist seine Entscheidung nach § 252 Abs 3 idF 2. ErwSchG ausreichend und bindend. Wenn nicht, ist nach § 253 idF 2. ErwSchG für entscheidungsunfähige Patienten vorzugehen. § 252 Abs 4 enthält die typische Gefahr-in-Verzug Regelung, nach welcher auf die Aufklärung bzw das Hinzuziehen des Unterstützterkreises zu verzichten ist, wenn „*mit dieser Verzögerung eine Gefährdung des Lebens, die Gefahr einer schweren Schädigung der Gesundheit oder starke Schmerzen verbunden wären*“.<sup>1205</sup> Jedoch ist eine Einwilligung, die auf einer fraglichen Entscheidungsfähigkeit – da mangels ausreichender Zeit kein Unterstützterkreis hinzugezogen werden konnte – eines Patienten beruht, immer noch besser, als ein Eingriff, der ganz ohne Einwilligung vorgenommen wurde.<sup>1206</sup>

#### 27.8.2.2. *Absolut entscheidungsunfähiger Patient*

Ist der Patient **entscheidungsunfähig**, so hat an seiner Stelle ein Vorsorgebevollmächtigter oder ein Erwachsenenvertreter die Entscheidung zu treffen (§ 253 Abs 1 idF 2. ErwSchG). Der Wirkungsbereich des Stellvertreters hat sich dabei auf diese Angelegenheiten zu erstrecken, er hat sich bei seiner Entscheidung am Willen und Wunsch des Betroffenen zu orientieren. Neu ist, dass die Unterscheidung zwischen einfacher und schwerer Heilbehandlung wegfällt. Dies unter anderem deshalb, da eine klare Abgrenzung nicht immer möglich ist. Diese Regelung wird deshalb in der Praxis auf Zustimmung treffen.<sup>1207</sup> Dieser Schritt wird sowohl die Rechtssicherheit als auch die Praktikabilität im medizinischen Alltag steigern. Für alle medizinischen Behandlungen gelten ab nun die gleichen Stellvertretungsregeln. Erwachsenenvertreter können sowohl über einfache als auch über schwere Heilbehandlungen entscheiden. Sie haben sich bei ihrer Entscheidung selbstverständlich immer vom Wunsch und Wohl des Vertretenen leiten zu lassen. Mit der neuen Formulierung ist nur noch die Zustimmung des Vertreters notwendig, soweit sie dem Willen des Patienten entspricht.<sup>1208</sup>

---

<sup>1205</sup> Vgl S 79ff.

<sup>1206</sup> ErläutRV 1461 der Beilagen 25. GP 31.

<sup>1207</sup> ErläutRV 1461 25. GP 31. Nach bisheriger Rechtslage ist bei besonderen Heilbehandlungen neben der Zustimmung des Sachwalters auch eine Genehmigung des PflEG einzuholen. Vgl dazu aber § 36 UbG idF 2. ErwSchG bei dem die Differenzierung zwischen einfacher und besonderer Heilbehandlung beibehalten wird.

<sup>1208</sup> Nach § 283 Abs 3 ist bisher bei einer schweren Heilbehandlung neben der Zustimmung des Sachwalters auch eine gerichtliche Genehmigung erforderlich. Mit der neuen Rechtslage fällt dieses Erfordernis weg.

### 27.8.3. Aufklärung des entscheidungsunfähigen Patienten

Es ist ausdrücklich auch der **entscheidungsunfähige Patient** selbst über die Behandlung aufzuklären (§ 253 Abs 2 idF 2. ErwSchG). Diese Bestimmung verfolgt das Ziel, den Patienten in den Behandlungsprozess miteinzubinden und weist damit Elemente der Sicherungsaufklärung auf.<sup>1209</sup> Auf der anderen Seite soll auch dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten Rechnung getragen werden, indem ihm die Möglichkeit eines Vetorechts nach § 254 Abs 1 idF 2. ErwSchG eingeräumt wird.<sup>1210</sup> Man folgt mit dieser Bestimmung dem Grundgedanken, dass auch der Entscheidungsunfähige selbst seine Behandlung mittragen soll. Ihm sollen die wesentlichen Punkte des Eingriffs in einer für ihn verständlichen Form dargelegt werden.<sup>1211</sup> In der Praxis wird diese Regelung bei nicht ansprechbaren Patienten wenig sinnvoll erscheinen. Es wurde daher im Begutachtungsverfahren des Gesetzesentwurfes der Vorschlag gemacht, die Regelung dahingehend zu ändern, dass nur jene Patienten in das ärztliche Aufklärungsgespräch einzubinden sind, die auch kommunikationsfähig sind.<sup>1212</sup> Betroffene, denen nicht einmal eine minimale Verständigung möglich ist, können auch ihre Meinung und ihren Willen nicht kundtun. Das Pflegepersonal versucht mit diesen Personen im Alltag dennoch regelmäßig zu kommunizieren um ihren sozialen Kontakt aufrechterhalten zu können. Außerdem würde ein rein auf die Pflege des Patienten gerichtetes Verhalten dazu führen, dass sich dieser wie ein Gegenstand fühlt. Darüber hinaus können regelmäßige Gespräche der Pfleger mit dem Patienten durchwegs positive Effekte auf dessen Genesungsprozess haben.<sup>1213</sup> Es soll damit das Gefühl vermittelt werden, Subjekt der Behandlung zu sein und nicht Objekt. Eine medizinische Aufklärung im Sinne des Informed Consent würde aber zu weit gehen. Auch wenn das Bestreben des ME in der ursprünglich vorgesehenen Regelung darin bestand, den Respekt vor der betroffenen Person zu bestätigen und dieses Anliegen zu befürworten ist, so bestand während des Begutachtungsprozesses die Befürchtung, dass diese Bestimmung in der Praxis dazu führen könnte, dass die Aufklärung des Entscheidungsunfähigen zu einem leeren Formalismus werden könnte. Im ohnehin schon stressigen medizinischen Alltag würde dem behandelnden Arzt durch eine solche Pflicht nur eine weitere – wenig sinnvoll erscheinende – Bürde aufgelegt, die sich im Laufe der

---

<sup>1209</sup> Es wird jedoch keine umfassende ärztliche Aufklärung iSd Informed Consent gefordert, vgl hiezu S 42.

<sup>1210</sup> *Koza*, iFamZ 2017, 170.

<sup>1211</sup> ErläutRV 1461 der Beilagen 25. GP 31.

<sup>1212</sup> 57/SN-222/ME 25. GP (Stellungnahme zu Entwurf), 4.

<sup>1213</sup> *Mertl/Dewitz/Braas/Glomb/Huldtgren/Vormann/Geiger*, Erinnerungsfenster für Demenzzranke in *Diefenbach/Henze/Pielot (Hrsg)*, Mensch und Computer 2015 Tagungsband, 2015, 295-298 (298).

Zeit zu einem rein formalen Bürokratismus entwickeln könnte.<sup>1214</sup> Dadurch wurde eine Präzisierung der Regelung vorgeschlagen, die Aufklärung solle nur mit jenen Entscheidungsunfähigen stattfinden, die auch kommunikationsfähig sind. Unter Kommunikationsfähigkeit könnten sowohl verbale Kommunikation als auch eine Kommunikation durch Mimik und Gestik verstanden werden.<sup>1215</sup> Der Vorschlag wurde vom Gesetzgeber insofern angenommen, als die Formulierung in der Endfassung dahingehend präzisiert wurde, dass das Aufklärungsgespräch mit dem entscheidungsunfähigen Patienten zu führen ist, „soweit dies möglich und seinem Wohl nicht abträglich ist“.<sup>1216</sup> Den Erläut ist außerdem zu entnehmen, dass komatöse oder aus anderem Grund nicht ansprechbare Personen aus der Verpflichtung ausgenommen sind.<sup>1217</sup> Ein Aufklärungsgespräch mit einer komatösen Person zu führen ist wohl kaum sinnvoll, vielmehr sogar nicht möglich. Personen, die aufgrund einer psychiatrischen Diagnose, zB Schizophrenie, nicht in der Lage sind, einem Gespräch zu folgen und sich entsprechend zu artikulieren, fallen wohl unter den Tatbestand der „Unmöglichkeit des Aufklärungsgesprächs“. Im Ergebnis wird ein Aufklärungsgespräch dann also nur mit jenen Personen stattfinden, die zwar entscheidungsunfähig sind, dem Gespräch aber zumindest noch folgen können und zumindest zu einer minimalen Kommunikation im Stande sind. Ihnen sind Grund und Bedeutung der Behandlung zu erläutern, eine umfassende Aufklärung ist nicht gefordert. Ausdrücklich festgehalten wird, dass den behandelnden Arzt keine Willenserforschungspflicht trifft. Dies ist Aufgabe des zuständigen Stellvertreters. Der Arzt soll im Wege des Aufklärungsgesprächs lediglich die erforderlichen medizinischen Inhalte zur Verfügung stellen.<sup>1218</sup>

#### 27.8.4. Gefahr in Verzug

Die Regelungen der § 252 Abs 3 (für entscheidungsfähige Patienten) sowie § 253 Abs 4 idF 2. ErwSchG enthalten die bereits bekannte Gefahr-in-Verzug Regelung, wonach auf die Einholung der Zustimmung des Vorsorgebevollmächtigten oder Erwachsenenvertreters verzichtet werden kann, wenn damit „die Gefährdung des Lebens, die Gefahr einer schweren Schädigung der Gesundheit oder starke Schmerzen verbunden wären.“ Der behandelnde Arzt kann in diesem Fall ohne Zustimmung den Eingriff vornehmen. Er hat jedoch die Zustimmung, so bald ihm dies möglich ist, einzuholen. Ziel

---

<sup>1214</sup> 57/SN-222/ME 25. GP (Stellungnahme zu Entwurf), 4.

<sup>1215</sup> 57/SN-222/ME 25. GP (Stellungnahme zu Entwurf), 4.

<sup>1216</sup> Vgl§ 253 Abs 2 idF 2. ErwSchG.

<sup>1217</sup> ErläutRV 1461 25. GP 31.

<sup>1218</sup> ErläutRV 1461 25. GP 32.

des Entwurfs war ursprünglich noch, einem wesentlichen Problem, nämlich dem, dass unter Medizinern und Juristen unterschiedliche Ansichten darüber herrschen, was unter dem Begriff der „Gefahr in Verzug“ zu verstehen ist, zu begegnen. Für Ärzte handelt es sich dabei um eine Situation, in der unmittelbares Handeln erforderlich ist. Juristen können darunter eine Zeitspanne von bis zu zwei Wochen verstehen.<sup>1219</sup> Ziel der Änderung war es daher, die Bestimmung **verständlicher** und **praxisnäher** zu gestalten.<sup>1220</sup> Inwiefern sich die im Entwurf angesprochene Problematik des unterschiedlichen Begriffsverständnisses durch die Neuregelung lösen soll, bleibt jedoch fraglich. Die Regelung des § 252 Abs 4 idF 2. ErwSchG ist jener des § 283 Abs 3 idF BGBl I 2016/43 hinsichtlich der Fälle der Gefahr in Verzug inhaltlich nahezu ident. So ist in der bisherigen Bestimmung von der Einholung der Einwilligung abzusehen, wenn die damit einhergehende Verzögerung mit der Gefährdung des Lebens oder der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung der betroffenen Person verbunden wäre. Auch in der neuen Fassung ist von einer Aufklärung Abstand zu nehmen, wenn durch die Verzögerung eine Gefährdung des Lebens, eine schwere Gesundheitsschädigung oder starke Schmerzen drohen würden. Die Regelung wurde damit mE weder verständlicher noch praxisnäher. Sie gleicht der letzten Fassung und wurde lediglich durch die Hinzunahme einer weiteren Gefahrensituation erweitert.

Im ME fand sich noch eine **Zweifelsregel**, die besagte, dass die Zustimmung im Zweifel nicht erforderlich sei, wenn die volljährige Person noch keinen zustimmungsberechtigten Vertreter habe und die Behandlung aufgrund dieser Gefahrenmomente tunlichst binnen zwei Wochen durchgeführt werden sollte.<sup>1221</sup> Man wollte mit dieser Regelung auf die durchschnittliche Verfahrensdauer zur Bestellung eines (einstweiligen) Vertreters Rücksicht nehmen und damit für mehr Rechtssicherheit bei behandelnden Ärzten und den Patienten selbst sorgen.<sup>1222</sup> Im Begutachtungsverfahren wurde darauf hingewiesen, dass eine zu großzügige Frist zu einer Aushöhlung der Patientenautonomie führen könne. Eine zweiwöchige Frist könnte dazu führen, dass das Selbstbestimmungsrecht des Patienten umgangen und dem Betroffenen eine fremdbestimmte Entscheidung auferlegt wird.<sup>1223</sup> Darüber hinaus könnte auch auf anderem Weg für einen Vertreter des Betroffenen gesorgt

---

<sup>1219</sup> ErläutRV 1461 25. GP 29. So lange dauert nämlich in der Regel die Bestellung eines Sachwalters.

<sup>1220</sup> ErläutRV 1461 25. GP 29.

<sup>1221</sup> Vgl ME 222/ME 25. GP 8.

<sup>1222</sup> ErläutME 222/ME 25. GP 26.

<sup>1223</sup> 57/SN-222/ME 25. GP (Stellungnahme zu Entwurf), 5; *Gitschthaler/Schweighofer*, Erwachsenenschutzrecht, § 253 Anm 95.

werden: Die Eintragung des Eintritts des Vorsorgefalls bei der Vorsorgevollmacht und die Eintragung einer gesetzlichen Erwachsenenvertretung würden dazu führen, dass der Betroffene über einen Vertreter verfügte. Ein solches Vorgehen sollte wohl in weniger als zwei Wochen möglich sein. Eine zustimmungslose Behandlung soll also tatsächlich nur dann möglich sein, wenn wirklich akute Gefahr besteht. In diesem Fall ist ohnehin nach § 253 Abs 3 1. Satz idF 2. ErwSchG vorzugehen.<sup>1224</sup> Um dem vorrangigen Ziel des 2. ErwSchG, der Stärkung des Selbstbestimmungsrechts, nachzukommen wurde dem Vorschlag im Begutachtungsverfahren entsprochen. Auch wurde während des Begutachtungsverfahrens von mehreren Seiten vorgebracht, dass eine eindeutige zeitliche Determination nicht möglich sei. Die Ansichten, wie lange ein gerichtliches Bestellungsverfahren eines Erwachsenenvertreters dauern würde, waren zu divergierend.<sup>1225</sup> Ein Eingriff in die körperliche Integrität des Einzelnen stellt einen solch starken grundrechtlichen Eingriff dar, dass dieser nur auf jene Fälle beschränkt werden soll, in denen auf die Einholung der Einwilligung nicht zugewartet werden kann.<sup>1226</sup> Auf die Zweifelsregelung im ME wurde daher aus Gründen der Patientenautonomie in der Endfassung des Entwurfs verzichtet. Die Beurteilung obliegt damit weiterhin der Praxis.<sup>1227</sup>

In der Endfassung befindet sich nun die Bestimmung nach Satz 1, wonach nur dann auf die Zustimmung verzichtet werden kann, wenn mit der Einholung negative gesundheitliche Folgen für den Patienten verbunden wären. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber festgelegt, dass bei einer Behandlung, die voraussichtlich längere Zeit dauern wird, mit ihr bei gleichzeitiger Anrufung des Gerichts bereits begonnen werden kann (§ 253 Abs 3 2. Satz idF 2. ErwSchG).

Der Vertreter ist aber gar nicht erst mit der Entscheidung zu befassen, wenn eine **verbindliche Patientenverfügung** des Betroffenen vorliegt und es keine Gründe gibt, an der Wirksamkeit dieser Verfügung zu zweifeln. Lehnt der Patient demnach in der Patientenverfügung explizit die konkrete Behandlung ab, so ist dieser Wunsch bindend und es ist keine Entscheidung des Vertreters einzuholen. Wie bei Vorliegen einer beachtlichen Patientenverfügung vorzugehen ist, wird gesetzlich nicht explizit angesprochen. Der Vollständigkeit halber und um keine Zweifel offen zu lassen, wäre eine konkrete

---

<sup>1224</sup> ErläutRV 1461 25. GP 32.

<sup>1225</sup> ErläutRV 1461 25. GP 32; *Gitschthaler/Schweighofer*, Erwachsenenschutzrecht, § 253 Anm 95.

<sup>1226</sup> 57/SN-222/ME 25. GP (Stellungnahme zu Entwurf), 5.

<sup>1227</sup> *Koza*, iFamZ 2017, 172.

gesetzliche Regelung dahingehend ebenfalls wünschenswert gewesen. Diese ist jedoch auch in der Endfassung ausgeblieben. Es kann aber davon ausgegangen werden, dass in einem solchen Fall in der Regel schon ein Vertreter mit der Entscheidung zu befassen ist bzw gegebenenfalls erst einer zu bestellen sein wird.<sup>1228</sup> Es gibt aber auch Fälle, in denen dies nicht erforderlich erscheinen mag, da der Wille des Patienten hinsichtlich einer konkreten Behandlung klar und deutlich ist.<sup>1229</sup>

#### 27.8.5. Gerichtliche Kontrolle

Die gerichtliche Kontrolle soll nur noch auf jene Fälle reduziert werden, in denen **Dissens** zwischen Vertreter und Betroffenen vorliegt. Auch der entscheidungsunfähige Patient hat die Möglichkeit, eine bestimmte Behandlung erkennbar abzulehnen. Ihm kommt damit ein Vetorecht zu. Das Gericht hat dann zu entscheiden, ob die konkrete Behandlung vorgenommen wird oder nicht. Die gerichtliche Kontrolle ist zum grundrechtlichen Schutz erforderlich, da es sich um einen Eingriff gegen den Willen des Betroffenen und damit um eine Zwangsbehandlung im weiteren Sinn handelt.<sup>1230</sup> Dabei sind zwei Fallkonstellationen möglich: Stimmt der Vertreter einer Maßnahme zu, die aber erkennbar nicht im Interesse des Betroffenen liegt bzw nicht seinem Wunsch entspricht, dann ist für die Maßnahme die Zustimmung des Gerichts erforderlich (§ 254 Abs 1 idF 2. ErwSchG).<sup>1231</sup> Lehnt der Vertreter hingegen einen Eingriff ab, der offenbar dem Wunsch des Patienten entspricht, dann hat das Gericht die Zustimmung des Vertreters zu ersetzen oder einen anderen Vertreter zu bestellen (§ 254 Abs 2 idF 2. ErwSchG).<sup>1232</sup> In erster Linie ist also der Patientenwille ausschlaggebend, egal, ob seine Entscheidung sinnvoll – also der medizinischen Indikation entsprechend – ist, oder nicht.<sup>1233</sup> Ist der konkrete Wille nicht bekannt, so kann davon ausgegangen werden, dass der Patient einer medizinisch indizierten Behandlung zugestimmt hätte (§ 254 Abs 2 2. S idF 2. ErwSchG). Lediglich wenn eine dieser Vermutung widersprechende Patientenverfügung vorliegt, ist diese selbstverständlich zu beachten. In den Erläut wird außerdem ausdrücklich auf den Fall des Behandlungsabbruchs hingewiesen. Wenn ein solcher bereits medizinisch angezeigt ist, ist die Zustimmung des Patienten bzw seines Vertreters entbehrlich, so insb bei

---

<sup>1228</sup> ErläutRV 1461 25. GP 32.

<sup>1229</sup> Vgl ErläutRV 1461 25. GP 32; *Traar/Pesendorfer/Fritz/Barth*, Sachwalterrecht und Patientenverfügung, 2015, § 8 PatVG Rz 6 f.

<sup>1230</sup> ErläutRV 1461 25. GP 32.

<sup>1231</sup> Vgl § 283 Abs 2 2.S idF BGBl I 2016/43.

<sup>1232</sup> Vgl § 283 Abs 2 letzter S idF BGBl I 2016/43; *Barth in Barth*, Das neue Erwachsenenschutzrecht, 45.

<sup>1233</sup> ErläutRV 1461 25. GP 32.

Behandlungen, die nur mit zusätzlichen unnötigen Schmerzen verbunden wären.<sup>1234</sup> Wenn der Behandlungsabbruch aufgrund schlechter Prognose vorgenommen wird und der Vertreter damit dem Willen des Patienten entspricht, so ist dies zulässig. Eine gerichtliche Kontrolle ist nur bei einem Abbruch, der dem Patientenwillen widerspricht oder wenn dieser zumindest zweifelhaft ist, notwendig.<sup>1235</sup> Die gerichtliche Genehmigung ist nicht nur bei Dissens zwischen Betroffenen und Erwachsenenvertreter, sondern auch zwischen Betroffenen und Vorsorgebevollmächtigten erforderlich.

Darüber hinaus sieht sich der Gesetzgeber mit dieser Regelung seiner Pflicht nach Art 12 Abs 4 UN-BRK nachkommend, wonach Maßnahmen zur Sicherstellung der Rechts- und Handlungsfähigkeit von Betroffenen durch unparteiische Behörden regelmäßig kontrolliert werden müssen.<sup>1236</sup> Außerdem soll eine missbräuchliche Einflussnahme auf die betroffene Person verhindert werden. Kann mit der Behandlung nicht bis zur Einholung der gerichtlichen Genehmigung zugewartet werden, weil damit eine „Gefährdung des Lebens, die Gefahr einer schweren Schädigung der Gesundheit oder starke Schmerzen verbunden wären“, so kann ohne Zustimmung behandelt werden (§ 254 Abs 3 idF 2. ErwSchG). Auf die Zweifelsregelung wurde auch hier nach dem Begutachtungsverfahren aus den bereits bei § 253 Abs 3 erläuterten Gründen verzichtet. Es kann dazu auf das bereits Ausgeführte verwiesen werden.<sup>1237</sup> Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass in jenen Verfahren, in denen das Gericht zu betrauen ist, darüber hinaus auch immer der Erwachsenenschutzverein als besonderer Rechtsbeistand und zumindest ein medizinischer Sachverständiger zu bestellen sind (§ 131 Abs 1 AußStrG idF 2. ErwSchG).

## 27.9. Ausblick

Ziel des 2. ErwSchG ist es zum einen, die stellvertretende Entscheidungsfindung, wie sie jetzt weit verbreitet ist, auf das notwendige Maß zu reduzieren und zum anderen sind es jene Fälle, in denen eine fremdbestimmte Entscheidung unumgänglich ist, klar zu definieren. Die Hoffnung, von einer weitgehenden gerichtlichen Kontrolle wegzukommen hin zu einer individuellen, möglichst autonomen Lebensführung trotz Vertretung, lässt sich deutlich erkennen. Die Neugestaltung wartet mit einigen gesetzlichen Erleichterungen auf,

---

<sup>1234</sup> Vgl dazu bereits S 147ff.

<sup>1235</sup> ErläutRV 1461 25. GP 32.

<sup>1236</sup> ErläutRV 1461 25. GP 33.

<sup>1237</sup> Vgl S 224f.

bei denen zu hoffen ist, dass sie sich auch in der Praxis als Vereinfachungen durchsetzen.<sup>1238</sup> Die formalen Voraussetzungen sind dazu gesetzlich konkretisiert – abhängig vom jeweiligen Modell der Vertretung sind jedoch noch weitere Konkretisierungen erforderlich. Um das Ziel des Gesetzes erreichen zu können, sind Schulungen der zuständigen Personen erforderlich. Auch das UN-Komitee empfiehlt in seinem Bericht ausdrücklich Weiterbildungen für alle beteiligten Akteure, um eine möglichst effiziente und erfolgreiche Umsetzung der neuen Regelungen zu erzielen.<sup>1239</sup> Das medizinische Personal erhält eine Erweiterung seines Aufgabenbereichs. Die erfolgreiche Umsetzung des Gesetzes wird damit stark von den zeitlichen und personellen Ressourcen und der Weiterbildung des zuständigen medizinischen Personals abhängen.<sup>1240</sup> Darüber hinaus wird in einem begleitenden Evaluationsprozess die Umsetzung in der Praxis verfolgt werden müssen, um etwaige Änderungen oder Verbesserungen umgehend vornehmen zu können.<sup>1241</sup> Dieses dynamische Element soll dem Handlungsbedarf gerecht werden und umfassende praktische Effizienz gewährleisten. Es soll außerdem eine „Leichter-lesen-Version“ des Gesetzes zur Verfügung gestellt werden, damit auch den primär betroffenen Personen des Gesetzes, den schutzberechtigten Personen, ein leichter Zugang ermöglicht wird.<sup>1242</sup>

Die Hoffnung des Gesetzgebers und auch der betroffenen Personen besteht zweifelsfrei darin, dass das Modell des **gewählten Erwachsenenvertreters** unter den drei Vertretungsformen die häufigste Erscheinungsform wird.<sup>1243</sup> Es bleibt abzuwarten, ob sich diese Hoffnung erfüllt und ob sich die gesetzlichen Vorstellungen auch tatsächlich in dieser Weise praktisch umsetzen lassen.

---

<sup>1238</sup> Koza, iFamZ 2017, 172.

<sup>1239</sup> Komitee für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Punkt 28.

<sup>1240</sup> Koza, iFamZ 2017, 172.

<sup>1241</sup> Hofmayer/Ladstätter in Brinek, 144.

<sup>1242</sup> Barth in Barth, Das neue Erwachsenenschutzrecht, 47.

<sup>1243</sup> Vortrag Dr. Peter Barth, Privatissimum Privatrecht, 25.10.2017, WU Wien.

## 28. Schluss

Im Zuge der Arbeit wurde die Problematik der Einwilligung nicht bzw nicht voll entscheidungsfähiger Patienten aufbereitet und soll anhand dieser Ausführungen leichter verständlich sein. Auch wenn eine einheitliche Beantwortung der jeweiligen Fragen nicht möglich ist, da stets eine Entscheidung im Einzelfall erforderlich ist, lassen sich dennoch einige Parameter feststellen, die am Weg zur finalen Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit des Patienten und damit einer wirksamen Einwilligung zu einer Heilbehandlung zu berücksichtigen sind. Wesentlich ist, dass es sich dabei um eine Thematik handelt, die durch eine stetige Zusammenarbeit zwischen Medizinern und Juristen geprägt ist, um schlussendlich eine bestmögliche Realisierung der Interessen und Wünsche des Patienten und damit seines Selbstbestimmungsrechts sicherstellen zu können.

Damit eine Heilbehandlung rechtmäßig ist, muss sie – mit einigen Ausnahmen – **medizinisch indiziert** und **lege artis** durchgeführt werden. Zum anderen darf sie erst nach wirksamer **Aufklärung** und **Einwilligung** vorgenommen werden.

Grundsätzlich hat die Zustimmung zu einer medizinischen Behandlung stets vom Patienten selbst zu erfolgen. Voraussetzung hierfür ist, dass der betroffene Patient über die erforderliche **Einwilligungsfähigkeit** verfügt. Im Zuge des Älterwerdens kommt es immer wieder zu einem Abbau geistiger Fähigkeiten, was dazu führen kann, dass auch die Einwilligungsfähigkeit nicht mehr zweifelsfrei vorliegt. Auch psychische Krankheiten und geistige Behinderungen erfordern eine Überprüfung der Einwilligungsfähigkeit.

Die Einwilligungsfähigkeit setzt sich aus der **Einsichts- und Urteilsfähigkeit** zusammen und ist stets hinsichtlich der **konkreten Behandlung** zu beurteilen. So kann es sein, dass ein Patient in Bezug auf eine Maßnahme einwilligungsfähig ist, im Hinblick auf einen anderen Eingriff aber nicht als einwilligungsfähig einzustufen ist. Er gilt als ausreichend einsichts- und urteilsfähig, wenn ihm seine Lage, die medizinische Diagnose, sowie die Bedeutung und Tragweite seiner Entscheidungen und den damit verbundenen Folgen einer Behandlung bewusst sind. Die Beurteilung erfolgt jeweils im Einzelfall und obliegt dem behandelnden Arzt.

In der Praxis wurden und werden **zahlreiche Testverfahren** entwickelt, die dem Arzt eine schnelle und effiziente Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit seines Patienten ermöglichen sollen. Solche Methoden sind in der Tat zu begrüßen, da dem behandelnden

Arzt im medizinischen Alltag oftmals die Zeit für eine intensive, eingehende Expertise fehlt. Problematisch ist bei diesen Tests jedoch, dass sie keinerlei innerpsychische, emotionale Vorgänge beachten und lediglich auf die kognitiven Fähigkeiten des Patienten abstellen. In Österreich werden diese Verfahren deshalb so gut wie nicht gebraucht bzw können sie lediglich als zusätzliches Kriterium zur Beurteilung herangezogen werden. Eine Feststellung der Einwilligungsfähigkeit durch den Arzt kann damit jedoch nicht ersetzt werden.

Voraussetzung für eine rechtmäßige Einwilligung ist ein ihr vorangegangenes **Aufklärungsgespräch**, das rechtzeitig vom behandelnden Arzt mit dem betroffenen Patienten zu führen ist. Er hat dabei auf die Fähigkeiten und Besonderheiten seines Patienten Rücksicht zu nehmen und das Gespräch dementsprechend auszugestalten. Bei mangelnder Einwilligungsfähigkeit ist die Zustimmung zwar von einem Vertreter einzuholen, der Aufklärung ist aber auch der Einwilligungsunfähige selbst beizuziehen. Damit soll sichergestellt werden, dass auch der Einwilligungsunfähige stets Subjekt der Behandlung ist, und nicht Objekt.

Ist eine Behandlung dringend erforderlich und kann keine Zustimmung eingeholt werden, ohne dass die Verzögerung mit negativen Folgen für den Gesundheitszustand des Patienten verbunden wäre, so ist auf eine mutmaßliche Einwilligung abzustellen. Eine medizinisch indizierte Behandlung gilt in diesem Fall als vom mutmaßlichen Willen getragen. Auch bei einer vertretungsweisen Zustimmung ist der **(mutmaßliche) Patientenwille** zu eruieren und der Vertreter hat sich von diesem leiten zu lassen. Er kann nur in sehr engen Grenzen durch das Wohl des Patienten beschränkt werden. Aufschluss über den Wunsch des Patienten können seine generelle Lebenseinstellung, Ansichten, Werte und früher getätigte Aussagen geben. In diesem Zusammenhang sind auch die Institute der Vorsorgevollmacht, Angehörigenvertretung und Patientenverfügung relevant, die es dem Patienten ermöglichen, bereits im Vorfeld Vorkehrungen zu treffen, wie im Falle eines Verlustes der Einsichtsfähigkeit vorzugehen ist.

Neben der ärztlichen Aufklärung als Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Heilbehandlung, ist auch eine **medizinische Indikation** erforderlich. Diese liegt vor, soweit die Behandlung wirksam und verhältnismäßig ist. Dabei werden die Vor- und Nachteile eines Eingriffs bewertet und hinsichtlich des Therapieziels gewichtet.

Ist eine Person aufgrund einer **psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung** nicht mehr in der Lage, ihre Angelegenheiten ohne Gefahr eines Nachteils für sich selbst zu besorgen, ist nach derzeitiger Rechtslage ein Sachwalter im erforderlichen Ausmaß zu bestellen. Dabei soll diese erst als ultima ratio herangezogen werden. Der Sachwalter hat stets dem Willen und Wohl des Besachwalteten entsprechend zu handeln und diesen in möglichst viele Entscheidungsprozesse miteinzubinden, um eine Aufrechterhaltung der individuellen Selbstbestimmung so lange als möglich zu begünstigen. Da es sich bei medizinischen Behandlungen um einen besonders sensiblen Bereich handelt, gibt es dafür regelmäßig konkrete, eigene Rechtsbestimmungen, die die Wahrung der persönlichen Autonomie des besachwalteten Patienten sicherstellen sollen. Dadurch ist auch in einigen Fällen das Gericht selbst bei diesen Entscheidungen miteinzubeziehen. Erfolgt eine Einwilligung des Sachwalters gegen den ihm bekannten Willen des Patienten, so ist die Einwilligung unwirksam und dem Patienten entstehen Schadenersatzansprüche gegen seinen Sachwalter.

Da eine Sachwalterschaft erst als **ultima ratio** ergriffen werden soll, sind in erster Linie durch Vorsorgevollmacht, Angehörigenvertretung und Patientenverfügung die erforderlichen Unterstützungsmaßnahmen zur Verfügung zu stellen. In der Bevölkerung sind diese Instrumente jedoch nach wie vor wenig bekannt oder zu kostenintensiv, weshalb sie in der Praxis kaum genutzt werden. Auch die Sachwalterschaft wird kaum erst als ultima ratio herangezogen und insb aus Gründen der Praktikabilität gleich umfassend für alle Angelegenheiten ausgesprochen.

Hauptziel des 2. ErwSchG, welches mit 1. Juli 2018 in Kraft treten soll, ist es, die **Selbstbestimmung** des Einzelnen zu stärken und fremdbestimmte Entscheidungen auf das unbedingt erforderliche Maß zu reduzieren. Durch neue Unterstützungsmodelle, die sich an den individuellen Bedürfnissen des Betroffenen orientieren, soll eine weitgehend selbstbestimmte Lebensführung ermöglicht und der Bevölkerung die Befürchtung der Entmündigung genommen werden. Auch der Wegfall des konstitutiven Verlustes der Geschäftsfähigkeit soll zu diesem Bestreben beitragen. Damit dieses Ziel erreicht werden kann, ist es notwendig, dass alle Beteiligte zusammenarbeiten.

## 29. Zusammenfassung

Bedingt durch die Veränderungen und immer weiter fortschreitenden Erkenntnisse in der medizinischen Wissenschaft aber auch die verbesserten Lebensbedingungen, unter denen wir heute zu leben haben, ist ein immer weiter zunehmender Anstieg der Bevölkerungsdichte aber auch ein **Anstieg der individuellen Lebenserwartung** festzustellen. Selbstverständlich bereitet eine solche Entwicklung primär Freude und ist zu begrüßen, dennoch dürfen dabei nicht die negativen bzw erschwerenden Folgen außer Acht gelassen werden, die damit gezwungenermaßen ebenfalls einhergehen. Steigende Lebenserwartung heißt nicht gleichzeitig auch „gesundes Altern“. Während mit Einbußen der Beweglichkeit oder einzelner Sinnesorgane noch wesentlich „leichter“ zurechtzukommen ist, so gestaltet sich ein Umgang mit Defiziten der kognitiven Fähigkeiten als weitaus schwieriger. Dies sowohl für die Betroffenen selbst, als auch die dadurch betroffenen Familienangehörigen und sonstigen involvierten Personen.

Daneben ermöglichen die wissenschaftlichen Errungenschaften kranken Menschen, die an einer **psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung** leiden, mit diesen viel besser oder länger und mitunter sogar nahezu ohne Einschränkungen zu leben, als dies noch vor einigen Jahren der Fall war.

Der Staat wird dadurch regelmäßig vor die Verpflichtung gestellt, geeignete Instrumente zu schaffen, die es auch dem betagten oder psychisch kranken/geistig behinderten Menschen erlauben, trotz oder gerade wegen zunehmenden Alters oder einer Erkrankung ein Leben den eigenen Vorstellungen entsprechend zu gestalten. Die Wahrung der **Selbstbestimmung** und damit der **menschlichen Würde** ist somit oberstes Ziel eines jeden Gesetzgebers.

**Gesundheitsangelegenheiten** stellen dabei einen besonders sensiblen Bereich dar, da sie in der Regel mit Entscheidungen verbunden sind, für die es keine allgemeingültige Lösung gibt und die jeder Mensch individuell entsprechend seiner Werte und Anschauungen zu treffen hat. In diesem Zusammenhang kann es mitunter schwierig sein, dem Einzelnen seine Entscheidungsfindung selbst zu überlassen, wenn er nicht mehr über die dafür **erforderliche Einsichtsfähigkeit** verfügt. Aufgabe des Gesetzgebers ist es dabei, Instrumente und Institute zu schaffen, die es einerseits dem behandelnden Arzt ermöglichen, die individuelle Einsichtsfähigkeit möglichst effizient und rasch zu

beurteilen, damit er den weiteren Behandlungsverlauf danach ausrichten kann. Andererseits ist auf ein Mitwirken des Patienten selbst an Entscheidungen zu Maßnahmen und Behandlungen, die ihn betreffen, so lange als möglich hinzuwirken.

Da grundsätzlich jede Einwilligung zu einer Heilbehandlung nur vom Patienten selbst erfolgen kann, hat auch das der **Einwilligung** zwingend vorangehende ärztliche **Aufklärungsgespräch** mit dem Patienten selbst stattzufinden. Eine solche Vorgehensweise kann gerade bei entscheidungsunfähigen Patienten mitunter schwierig sein, da sie gerade nicht über die Fähigkeiten verfügen, ihre gesundheitliche Situation und die Tragweite einer Entscheidung zu überblicken. Der Arzt hat jedoch die Verpflichtung den Patienten soweit als möglich an dessen Aufklärungsgespräch teilhaben zu lassen und in die Entscheidungsfindung einzubinden.

Selbst eine stellvertretende Entscheidung hat sich stets am **Wunsch** des Patienten auszurichten und kann nur in sehr eingeschränkter Weise durch dessen **Wohl** begrenzt werden. Sowohl der Arzt als auch sonstige Vertreter haben dabei eine **individuelle Entscheidung des Patienten** zu achten und zu respektieren. In diesem Zusammenhang kann es zu Konflikten mit dem **ärztlichen Fürsorgeprinzip** kommen, das den behandelnden Arzt zu einer bestmöglichen Behandlung bzw. Versorgung des Patienten anweist.

Mit dem **2. Erwachsenenenschutzgesetz** soll das derzeit geltende Sachwalterrecht den jüngsten Entwicklungen und heutigen gesellschaftlichen Strukturen Rechnung tragen und dahingehend angepasst werden. Darüber hinaus soll die in der Vergangenheit immer wieder angezweifelte Konformität der österreichischen Rechtslage mit der **UN-Behindertenrechtskonvention** mit der Novelle endgültig aus dem Weg geräumt werden.

Ziel des Gesetzes ist es, fremdbestimmte Entscheidungen auf das äußerst erforderliche Maß zu reduzieren und der **individuellen Selbstbestimmung** den Vorrang zu gewähren. Der Schutz der Persönlichkeit und Autonomie des Einzelnen soll in den Mittelpunkt gerückt und umfassend gestärkt werden. Ein gleichwertiges Miteinander aller Individuen – ob jung, alt, gesund oder krank – innerhalb der Gesellschaft ist das umfassende Ziel des Gesetzgebers.

## 30. Quellen und Literaturverzeichnis

- AbouSaleh/Katona/Kumar (editors)*, Principles and Practice of Geriatric Psychiatry<sup>3</sup>, 2010.
- Alliance Healthcare Deutschland AG*, Was ist der Eid des Hippokrates?, <https://www.gesundheit.de/wissen/haetten-sie-es-gewusst/medizingeschichte/was-ist-der-eid-des-hippokrates>.
- Ärztammer für Wien*, Geriatrie, abrufbar unter: <http://www.aekwien.at/geriatrie>.
- Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Handbuch Medizinrecht für die Praxis, Kap I.1. (Stand 1.4.2016, rdb.at); Kap I.2. (Stand 1.3.2017, rdb.at); Kap I.3. (Stand 1.3.2017, rdb.at); Kap I.4. (Stand 1.3.2018, rdb.at).
- Amelung*, Über die Einwilligungsfähigkeit (Teil I), ZStW 104 1992, 529.
- Amelung*, Über die Einwilligungsfähigkeit (Teil II), ZStW 104 1992, 831.
- Amelung*, Willensmängel bei der Einwilligung als Tatzurechnungsproblem, ZStW 109 1997, 495.
- Barth*, Das 2. Erwachsenenschutz-Gesetz - die wichtigsten Änderungen aus der Sicht der Pflege (Teil II), ÖZPR 2017/68.
- Barth*, Das 2. Erwachsenenschutzgesetz Eine Annäherung, iFamZ 2017, 143.
- Barth*, Medizinische Maßnahmen bei Personen unter Sachwalterschaft, ÖJZ 2000, 60.
- Barth/Ganner (Hrsg)*, Handbuch des Sachwalterrechts<sup>2</sup>, 2010.
- Berghmans*, Ethische Aspekte der medikamentösen Behandlung dementer Patienten, Ethik in der Medizin 2003, 10.
- Bernat*, Zwischen Autonomie und Paternalismus: Die Stellung des Demenzkranken im Prozess des Selbstverlustes – ein deutsch-österreichischer Rechtsvergleich, ZfRV 2005/25.
- BMASK*, Nationaler Aktionsplan Behinderung 2012 – 2020, 2012, abrufbar unter: <https://broschuerenservice.sozialministerium.at/Home/Download?publicationId=165>.
- Bioethikkommission*, Empfehlungen zur Terminologie medizinischer Entscheidungen am Lebensende, 2011.
- Bioethikkommission*, Sterben in Würde Empfehlungen zur Begleitung und Betreuung von Menschen am Lebensende und damit verbundene Fragestellungen - Stellungnahme der Bioethikkommission, 2015.
- Brauer*, Autonomie und Familie – Behandlungsentscheidungen bei geschäfts- und einwilligungsunfähigen Volljährigen, 2013.

*Breden/Vollmann*, The cognitive based approach of capacity assessment in psychiatry: a philosophical critique of the MacCAT-T, *Health Care Analysis* 2004, 273-83, abrufbar unter: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/15658082>.

*Brinek*, *Erwachsenenschutz statt Sachwalterschaft Schritte zu einem selbstbestimmten Leben*, Wien, 2017.

*Bundesministerium für Justiz*, Folder „Das neue Erwachsenenschutzrecht“, 2017.

Charta der Grundrechte der Europäischen Union, abrufbar unter: [http://www.europarl.europa.eu/charter/default\\_de.htm](http://www.europarl.europa.eu/charter/default_de.htm).

*Dachverband HOSPIZ Österreich (DVHÖ)*, *Vorsorgedialog*, abrufbar unter: <https://www.hospiz.at/fachwelt/vorsorgedialog/>.

*Damm*, Die Einwilligungs- und Entscheidungsfähigkeit in Medizin und Medizinrecht, *MedR* 2015, 33; 775.

*Dementia Today*, Mini-Mental State Examination test [online], abrufbar unter: <http://www.dementiatoday.com/wp-content/uploads/2012/06/MiniMentalStateExamination.pdf>.

*Der Standard*, Erwachsenenschutz: Hartinger von Gesetzes-Stopp überrascht, abrufbar unter: <https://derstandard.at/2000075020706/Erwachsenenschutz-Hartinger-von-Gesetzes-Stopp-ueberrascht>.

*Der Standard*, Hippokratischer Eid der Ärzte wurde überarbeitet, vom 22.10.2017, abrufbar unter: <https://derstandard.at/2000066401658/Hippokratischer-Eid-der-Aerzte-wurde-ueberarbeitet>.

*Deutsch*, *Arztrecht und Arzneimittelrecht*<sup>2</sup>, 1991, 51.

*Deutsch/Lippert*, *Kommentar zum Arzneimittelgesetz (AMG)*<sup>3</sup>, 2010.

*Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht – Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht*<sup>7</sup>, 2014.

*Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH*, So leben alte Menschen in Deutschland und weltweit, abrufbar unter: <https://www.alumniportal-deutschland.org/global-goals/sdg-10-ungleichheiten/senioren-alte-menschen/>.

*Deutsches Institut für Medizinische Dokumentation und Information (DIMDI)*, ICD-10-GM Version 2018, abrufbar unter: <http://www.icd-code.de/icd/code/F00-F99.html>.

*Diefenbach/Henze/Pielot (Hrsg)*, *Mensch und Computer 2015 Tagungsband*, 2015, 295-298.

*Die Presse*, VfGH: EU-Grundrechtecharta hat Verfassungsrang, vom 4.5.2012, abrufbar unter:

[https://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/754832/VfGH\\_EUGrundrechtecharta-hat-Verfassungsrang-](https://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/754832/VfGH_EUGrundrechtecharta-hat-Verfassungsrang-)

*Dörries/Lipp*, Medizinische Indikation Ärztliche, ethische und rechtliche Perspektiven, 2015.

*Emberger/Wallner*, Ärztegesetz mit Kommentar<sup>2</sup>, 2008.

*Emmrich*, Der allmähliche Abschied vom Nürnberger Kodex, Frankfurter Rundschau, vom 15.11.1997, abrufbar unter: <http://www.behinderte.de/ethik/fr9711bi.htm>.

*Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen, 1996.

Enquete-Kommission zum Thema „Würde am Lebensende“ 491BlgNR 25.GP  
PK-Nr 277 vom 26.3.2015, 2015.

*Erhard*, Die Einwilligungsfähigkeit des Patienten, *Lege artis* 2012; 2: 292.

*Europarat*, Erläuternder Bericht zu dem Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin: Übereinkommen über die Menschenrechte und Biomedizin, *DIR/JUR* (97) 5, 1997.

*Europarat*, Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin: Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin, abrufbar unter: <https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007d002>.

*Fabry*, Einschätzung der Einwilligungsfähigkeit – Zum Informed Consent in der Psychiatrie“, Dissertation Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, 1999.

*Feldwisch-Drentrup/Zegelman*, Hippokratischer Eid: Deklaration von Genf kommt in der Gegenwart an, *Ärzte Zeitung* Nr. 215D vom 9.11.2017, 2.

*Fleisch*, Der chirurgische Eingriff aus der Sicht des Juristen, *ÖJZ* 1965, 421.

*Folstein/Folstein/Folstein* in *AbouSaleh/Katona/Kumar*, *Principles and Practice of Geriatric Psychiatry*, 2010, 145f.

*Gamerith*, Drei Jahre Sachwalterrecht, *NZ* 1988, 61.

*Ganner*, Vollmachten können Freiheitsbeschränkungen nicht umfassen, *iFamZ* 2011/170.

*Ganner/Schmidt*, Ambient Assisted Living , *iFamZ* 2014, 118.

*Gerhartl*, Reichweite der ärztlichen Aufklärungspflicht, *Zak* 2014, 330.

*Gitschthaler/Schweighofer*, *Erwachsenenschutzrecht*, 2017.

*Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg)*, *Kommentar zum Außerstreitgesetz II*, 2017.

*Glanzer*, *Alternativen zur Sachwalterschaft*, 2009.

*Grisso/Appelbaum/Hill-Fotouhi*, The MacCAT-T: A Clinical Tool to Assess Patients' Capacities to Make Treatment Decisions, *Psychiatric Services*, 1997, 1415.

*Hauser/Stock*, ÄsthOpG Bundesgesetz über die Durchführung von ästhetischen Behandlungen und Operationen Kommentar, 2013.

*Helmchen*, Forschung mit Menschen, die an Demenz erkrankt sind?, *Der Nervenarzt* 2015, 1141.

*Hennies*, Risikoreiche ärztliche Maßnahmen – betreuungsrechtliche Eingriffe, *MedR* 1999, 341.

*Hinterhofer*, Die Einwilligung im Strafrecht, 1998.

*Hofer/Iser/Miller-Fahringer/Rubisch*, Behindertengleichstellungsrecht Kommentar<sup>2</sup>, 2016.

*Höpfel/Ratz*, WK<sup>2</sup> StGB, § 83 (Stand 5.1.2018, rdb.at); § 90 (Stand 1.5.2016, rdb.at); § 110 (Stand 1.8.2016, rdb.at).

*Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar, 2014.

*Hunstorfer/Wallner*, Die Indikation Medizinethische und rechtsethische Aspekte, *Der Onkologe* 2016, 816-823.

*Illhardt*, Medizinische Ethik, 1985.

*Institut für Rechts- und Kriminalpsychologie*, Abschlussbericht Auswirkungen des SWRÄG 2006, 2009.

International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems 10th Revision (ICD-10)-WHO Version for 2016, abrufbar unter: <http://appwho.int/classifications/icd10/browse/2016/en#/V>.

*IPPNW*, Nürnberger Kodex, abrufbar unter: <http://www.ippnw.de/der-verein/geschichte-der-ippnw/erklaerungen/artikel/de/nuernberger-kodex-1997.html>.

*Jäger*, Aktuelle psychiatrische Diagnostik: Ein Leitfaden für das tägliche Arbeiten mit ICD und DSM, 2015.

*Jahn*, Das 2. Erwachsenenschutz-Gesetz Reform des Rechts der Vorsorgevollmacht, der Angehörigenvertretung und der Sachwalterschaft, *JAP* 2017, 50.

*Janovsky/McCarthy/Folstein*, The Hopkins Competency Assessment Test: A Brief Method for Evaluating Patients' Capacity to Give Informed Consent, *Hosp Community Psychiatry*. 1992, 132, abrufbar unter: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/1572608>.

*Kathrein*, Das Patientenverfügungs-Gesetz, *ÖJZ* 2006, 555.

*Kellner/Barth*, Ausgewählte Rechtsfragen zur Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger nach dem SWRÄG 2006, *JB1* 2007, 690.

*Kern*, Die neuere Entwicklung in der Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht, *GesR* 1/2009, 2.

*Klinkhammer*, Schutz vor ärztlichen Verfehlungen, Deutsches Ärzteblatt 94, Heft 44, 31.10.1997.

*Kletečka-Pulker/Leitner*, Evaluierung Vorsorgevollmacht Von der Information bis zur Errichtung, 2014, abrufbar unter: [https://www.ierm.univie.ac.at/fileadmin/user\\_upload/i\\_ethik\\_recht\\_medizin/Abschlussbericht\\_Vorsorgevollmacht\\_IERM\\_3.7.2014.pdf](https://www.ierm.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_ethik_recht_medizin/Abschlussbericht_Vorsorgevollmacht_IERM_3.7.2014.pdf).

*Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> (Stand 1.10.2013, rdb.at); ABGB-ON<sup>1.02</sup> (Stand 1.9.2014, rdb.at); ABGB-ON<sup>1.03</sup> (Stand 1.3.2015, rdb.at); ABGB-ON<sup>1.04</sup> (Stand, 1.10.2017, rdb.at).

*Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker (Hrsg)*, Das österreichische Patientenverfügungsgesetz, Wien, 2007.

*Komitee für die Rechte von Menschen mit Behinderungen*, Abschließende Bemerkungen zum ersten Bericht Österreichs, 2013.

*Kopetzki*, Einleitung und Abbruch der medizinischen Behandlung beim einwilligungsunfähigen Patienten – Praktische Auswirkungen der gesetzlichen Neuerungen durch PatVG und SWRÄG, iFamZ 2007, 197.

*Kopetzki (Hrsg)*, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, 2002.

*Kopetzki*, Unterbringungsrecht I, 1995.

*Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 1995.

*Kopetzki*, Zum Begriff der ("besonderen") Heilbehandlung aus juristischer Sicht, RdM 1997/6.

*Kopp/Rahn*, Leitlinien in der klinischen Praxis, Bayerisches Ärzteblatt 1-2/2015, 8.

*Koza*, Einwilligung in die medizinische Behandlung nach dem 2. Erwachsenenschutzgesetz Die wesentlichen Änderungen im Überblick, iFamZ 2017, 169.

*Koziol*, Die Einwilligung zu medizinischen Eingriffen, JBl 2016, 617.

*Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg)*, Kurzkommentar ABGB (KBB)<sup>5</sup>, 2017.

*Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup>, 2014.

*Kröber*, Psychiatrische Kriterien zur Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit, Rechtsmedizin 8, 1998, 42.

*Krückl*, Medizinische Heilbehandlung und Strafrecht – Entwicklungen, ZGP 4/2014, 38.

*Kuhlmann*, Einwilligung in die Heilbehandlung alter Menschen, 1996.

*Lamplmayr*, Vom Sachwalterrecht zur Erwachsenenvertretung Gesetzgebung unter Einbindung betroffener Menschen, iFamZ 2016, 158.

*Landesverband Hospiz NÖ*, abrufbar unter: [http://www.hospiz-noe.at/wp-content/uploads/2016/12/A-Der-VORSORGEDIALOG-A4-Unterlage-Beirat-Steuergruppe.final\\_25.10.2016.pdf](http://www.hospiz-noe.at/wp-content/uploads/2016/12/A-Der-VORSORGEDIALOG-A4-Unterlage-Beirat-Steuergruppe.final_25.10.2016.pdf).

*Leischner*, Aufklärungspflicht gegenüber Arzt als Patient, RdM 2011/138.

*Lipp*, Die medizinische Indikation – Ein „Kernstück ärztlicher Legitimation?“, MedR (2015) 33; 762 -766 (762).

*Loebenstein*, Die strafrechtliche Haftung des Arztes bei operativen Eingriffen, ÖJZ 1978, 311.

*Malecky*, Unvernünftige Verweigerung der Einwilligung in die Heilbehandlung, ÖJZ 1994, 681.

*Mazal*, Grenzfragen der ärztlichen Behandlung, Wien, 1998.

*Maurer*, Das österreichische Sachwalterrecht in der Praxis<sup>3</sup>, 2007.

*Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht<sup>11</sup>, 2015.

*Meier*, Informed Consent und Demenz – Emotionen und Werte als Prädiktoren für die Fähigkeit von Personen mit Demenz in eine Forschungsstudie einzuwilligen, Diplomarbeit Uni Wien, 2013.

*Memmer*, Das Patientenverfügungs-Gesetz 2006, RdM 2006/116.

*Memmer*, Patientenverfügungen - Rechtslage nach dem 1. Juni 2006, iFamZ 2006, 69.

*Merli*, Die allgemeine Handlungsfreiheit, JBl 1994, 233.

*Michael*, Forschung an Minderjährigen – Verfassungsrechtliche Grenzen, 2004.

*Nationaler Ethikrat*, Stellungnahme Patientenverfügung. Ein Instrument der Selbstbestimmung, 2005.

*Neumayr*, Wer verwaltet wen? , iFamZ 2012, 244.

*Oberster Sanitätsrat im Bundesministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz*, abrufbar unter: [https://www.bmgf.gv.at/home/Ministerium/Oberster\\_Sanitaetsrat/](https://www.bmgf.gv.at/home/Ministerium/Oberster_Sanitaetsrat/).

*OGH*, Urteile und Beschlüsse des OGH, abrufbar unter: <http://www.ogh.gv.at/entscheidungen/entscheidungen-ogh/keine-gerichtliche-genehmigung-fuer-den-abbruch-lebenserhaltender-massnahmen/>.

*Österreichische Gesellschaft für Geriatrie und Gerontologie*, Mission Statement, abrufbar unter: <https://www.geriatrie-online.at/gesellschaft/mission-statement/>.

*Ofner*, Gesetzliche Vertretung für psychisch Kranke und geistig Behinderte im internationalen Vergleich, ÖJZ 2005, 775.

*Ohly*, „Volenti non fit iniuria“ – Die Einwilligung im Privatrecht, 2002.

*Ozegovic/Kröll*, Die Aufklärung des Patienten vor einem elektiven Narkoseverfahren – Wieviel Information merkt sich der Patient tatsächlich von einem Aufklärungsgespräch?, JMG 2017, 230.

*Pauge*, Arzthaftungsrecht, Neue Entscheidungslinien der BGH-Rechtsprechung, Juristische Rundschau 2015, 495.

*Pilz*, Ärztliche Behandlungen und Einwilligung, 2007.

*Ploier*, Recht des Patienten auf Therapie - Recht des Arztes auf Therapieverweigerung?, Journal für Neurologie Neurochirurgie und Psychiatrie 2008, 65.

*Posselt-Wenzel*, Medizinische Eingriffe bei geistig behinderten Menschen, 2004.

Preamble to the Constitution of WHO as adopted by the International Health Conference, New York, 19 June - 22 July 1946; signed on 22 July 1946 by the representatives of 61 States.

*Prutsch*, Die ärztliche Aufklärung, 2004.

*Prutsch*, „Patienten „rechtzeitig“ aufklären, Ärzte Woche 43/2004.

*Resch/Wallner (Hrsg)*, Medizinrecht<sup>2</sup>, 2015.

*Roxin/Schroth*, Handbuch des Medizinstrafrechts<sup>4</sup>, 2010.

*Rummel/Lukas (Hrsg)*, ABGB<sup>4</sup>, (Stand 1.7.2015 (außer § 879 ABGB Stand 1.11.2014, rdb.at)

*Schauer*, Das UN-Übereinkommen über die Behindertenrechte und das österreichische Sachwalterrecht, iFamZ 2011, 258.

*Schauer*, Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil I), ÖJZ 2007/17.

*Schmidt*, DNR-Anordnungen: Das fehlende Bindeglied, Dtsch Arztebl 2009; 106 (30); 511ff.

*Schneider/Frister/Olzen (Hrsg)*, Begutachtung psychischer Störungen, 2015.

*Schumpelick/Vogel*, Medizin zwischen Humanität und Wettbewerb - Probleme, Trends und Perspektiven, Beiträge des Symposiums vom 27. bis 30. September 2007 in Cadenabbia, 2007.

*Seichter*, Einführung in das Betreuungsrecht: Ein Leitfaden für Praktiker des Betreuungsrechts, Heilberufe und Angehörige von Betreuten, 2001.

*Spiegel*, "Ich schwöre,...den Willen und die Würde des Patienten zu achten", vom 20.10.2017, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/gesundheit/diagnose/hippokratischer-eid-fuer-aerzte-ueberarbeitet-a-1173866.html>.

*Spickhoff*, Medizin und Recht zu Beginn des neuen Jahrhunderts – Die Entwicklung des Medizinrechts 2000/2001, NJW 2001, 1757.

*Steiner*, Die ärztliche Aufklärungspflicht nach österreichischem Recht, JBl 1982, 169.

*Stellamor/Steiner*, Handbuch Arztrecht I, Arzt und Recht, 1999.

*Stormann*, Medizinische Behandlung und problematische Einwilligungsfähigkeit, Festschrift Hopf, 2007.

*Strätling/Scharf/Wedel/Oehmichen/Eisenbart*, Möglichkeiten zur Verminderung rechtlicher und ethischer Probleme bei der Behandlung nicht einwilligungsfähiger oder von Entscheidungsunfähigkeit bedrohter Patienten, MedR 2001, 385.

*Tatari/Farnia/Kazemi*, Mini Mental State Examination (MMSE) in First Episode of Psychosis, Iran J Psychiatry. 2011 6(4): 158–160.

*Taupitz*, Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Lebensende, 2000.

*Thöni/Stühlinger/Staudinger*, Rechtliche Rahmenbedingungen zum Off-Label-Use in Österreich, RdM 2008/66.

*Traar/Pesendorfer/Fritz/Barth*, Sachwalterrecht und Patientenverfügung, 2015.

*Tretter*, Grundrechte in Österreich. Eine Einführung, Wien, 2007.

United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General Comment, 2014.

*Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis<sup>3</sup>, 2003.

*Vaupel/Kistowski*, Der bemerkenswerte Anstieg der Lebenserwartung und sein Einfluss auf die Medizin, Bundesgesundheitsbl – Gesundheitsforsch – Gesundheitsschutz 5, 2005, 586.

*Vienna*, Erwachsenenschutzgesetz: Regierung plant Verschiebung aus Kostengründen, abrufbar unter: <http://www.vienna.at/erwachsenenschutzgesetz-regierung-plant-verschiebung-aus-kostengruenden/5674956>.

*Vertretungsnetz*, Veränderungen bei Sachwalterschaften einleiten - Reformschwung nutzen, schon jetzt aktiv werden!, Rundbrief 9/2017, 13.

*Vollmann*, Aufklärung und Einwilligung in der Psychiatrie Ein Beitrag zur Ethik in der Medizin, 2000.

*Vollmann*, Einwilligungsfähigkeit als relationales Modell, Der Nervenarzt 2000, 709.

*Vollmann/Kühl/Tilmann/Hartung/Helmchen*, Einwilligungsfähigkeit und neuropsychologische Einschränkungen bei dementen Patienten, Der Nervenarzt 2004, 30.

*Vollmann/Winau*, Informed consent in human experimentation before the Nuremberg code, Br Med J 1996, 313: 1445-1447.

*Von Engelhardt/Von Loewenich/Simon (Hrsg)*, Die Heilberufe auf der Suche nach ihrer Identität, 2001.

Vortrag Dr. Peter Barth, Privatissimum Privatrecht, 25.10.2017, WU Wien

Vortrag Dr. Helmut Ofner, Pharm-Allergan Update, 04.11.2017, MQ Wien.

*Wallner*, Die Indikation: Welche rechtsehtische Rolle spielt sie in der klinischen Entscheidungsfindung?, RdM 2017, 101.

*Warren/Sobal/Tenney/Hoopes/Damron/Levenson/DeForge/Muncie*, Informed consent by proxy. An issue in research with elderly patients, N Engl J Med 315, 1986, 1124, abrufbar unter: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/3762630>.

*World Health Organization*, A manual of classification relating to the consequences of disease, 1980,

[http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/41003/9241541261\\_eng.pdf?sequence=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/41003/9241541261_eng.pdf?sequence=1).

*World Health Organization*, Constitution of the World Health Organization.

*Wiener Zeitung*, Regierung will Besserstellungen abblasen, abrufbar unter: [https://www.wienerzeitung.at/nachrichten/top\\_news/948037\\_Regierung-will-Besserstellungen-von-Behinderten-abblasen.html](https://www.wienerzeitung.at/nachrichten/top_news/948037_Regierung-will-Besserstellungen-von-Behinderten-abblasen.html).

*Wienke/Eberbach/Kramer/Janke (Hrsg)*, Die Verbesserung des Menschen, MedR Schriftenreihe Medizinrecht, 2009.

*Wirtschaftskammer Österreich*, Statistik Lebenserwartung Österreich Stand Februar 2017, abrufbar unter: <http://wko.at/statistik/Extranet/Langzeit/Lang-Lebenserwartung.pdf>

*Zeitung des NÖ Landesvereins für Sachwalterschaft und Bewohnervertretung ZURSACHE*, Wieviel Hilfe ist notwendig?, November 2011, 3.

### **30.1. Materialien**

Bericht und Antrag 164 BlgNR 8. GP.

RV 362 BlgNR 10. GP.

ErläutRV 742 BlgNR 15. GP.

ErläutRV 296 BlgNR 21. GP.

ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP.

RV 1299 BlgNR 22. GP.

ErläutRV 1268 22. GP - Vereinbarung Art 15a B-VG.

ErläutRV 1461 25. GP.

ErläutRV 1807 24. GP.

ErläutME 222/ME 25. GP Vorblatt und WFA.  
ErläutME 222/ME 25. GP.  
57/SN-222/ME 25. GP (Stellungnahme zu Entwurf).  
1202 BlgNR 17. GP.

### **30.2. Österreichische Judikatur**

OGH 11.6.1952, 1 Ob 592/52.  
OGH 10. 2. 1964, 1 Ob 15/64.  
OGH 6 Ob 319/67 JBl 1968, 373.  
OGH 13.1.1981, 1 Ob 743/80.  
OGH 30.3.1981, 6 Ob 813/80.  
OGH 3 Ob 545/82 SZ 55/114 RS0026499 RS0026375.  
OGH 27.2.1985, 3Ob565/84.  
OGH 12.2.1987, 8 Ob 502/87.  
OGH 07.2.1989, 1 Ob 713/88.  
OGH 8 Ob 525,526/88 RZ 1989/101.  
OGH 29.6.1989, 6 Ob 549/89.  
OGH 30.8.1989, 2 Ob 574/89.  
OGH 12.7.1990, 7 Ob 593/90.  
OGH 12.3.1991, 5 Ob 514/91.  
OGH 20.6.1991, 8 Ob 1570/91.  
OGH 26.9.1991, 7 Ob 590/91.  
OGH 4.7.1991, 6 Ob 558/91.  
OGH 3 Ob 552/92 RZ 1994/8.  
OGH 12.11.1992, 8 Ob 646/92.  
OGH 7.9.1993, 10 Ob 503/93.  
OGH 1 Ob 532/94 RdM 1994/25 RS0038176.  
OGH 12.4.1994, 5 Ob 1524/94.  
OGH 23.6.1994, 6 Ob 555/94.  
OGH 30.1.1996, 4 Ob 505/96.  
OGH 14.8.1996, 6 Ob 2117/96h.  
OGH 3.9.1996, 10 Ob 2350/96b.  
OGH 7 Ob 355/97z Kopetzki, RdM 1998/6.

OGH 23.2.1999, 4 Ob 335/98p.  
OGH 13.10.1999, 7 Ob 155/99m.  
OGH 17.1.2001, 6 Ob 318/00h.  
OGH 15.3.2001, 6 Ob 258/00k.  
OGH 20.2.2001, 10 Ob 8/01a.  
OGH 28.2.2001, 7 Ob 233/00s.  
OGH 9.10.2001, 3 Ob 130/01s.  
OGH 22.10.2001, 1 Ob 269/00s.  
OGH 16.4.2002, 10 Ob 107/02m.  
OGH 8.7.2003, 5 Ob 162/03i.  
OGH 26.9.2003, 3 Ob 131/03s.  
OGH 30.5.2006, 5 Ob 121/06i.  
OGH 10.3.2008, 10 Ob 119/07h.  
OGH 07.5.2008, 9 Ob 8/07b.  
OGH 10.6.2008, 4 Ob 87/08k.  
OGH 6 Ob 286/07p RdM 2008, 149.  
OGH 27.2.2009, 6 Ob 122/07w.  
OGH 17.11.2009, 1 Ob 218/09d.  
OGH 19.1.2010, 4 Ob 212/09v.  
OGH 8.6.2010, 4 Ob 12/10h.  
OGH 17.2.2011, 2 Ob 21/11v.  
OGH 31.3. 2011, 1 Ob 9/11x.  
OGH 11.5.2011, 3 Ob 81/11z.  
OGH 25.2.2012, 7 Ob 228/11x.  
OGH 8.10.2012, 9 Ob 68/11g.  
OGH 24.10.2012, 8 Ob 102/12a.  
OGH 29.11.2012, 2 Ob 43/12f.  
OGH 17.12.2012, 9 Ob 52/12f.  
OGH 2 Ob 43/12f RdM 2013/50.  
OGH 16.7.2013, 5 Ob 253/12k JusGuide 2013/34/11447.  
OGH 30.6.2015, 10 Ob 40/15b.  
OGH 30.7.2015, 10 Ob 50/15y.  
OGH 23.11.2016, 1 Ob 186/16h.  
RIS-Justiz RS0026783.

RIS-Justiz RS0022946.  
RIS-Justiz RS0009084.  
RIS-Justiz RS0118651.  
RIS-Justiz RS0038176.  
RIS-Justiz RS0021335.  
RIS-Justiz RS0092410.  
RIS-Justiz RS0038169.  
RIS-Justiz RS0026473.  
RIS-Justiz RS0026578.  
RIS-Justiz RS0026313.  
RIS-Justiz RS0021339.  
RIS-Justiz RS0025546.  
RIS-Justiz RS0103635 NZ 1996, 339 JBl 1996, 600.  
LG Korneuburg 19.4.2011, 25 R 35/10i.  
VfGH 18.6.1984, B 191/82.  
VfGH 10.12.1993, G 167/92.  
VfGH 14.03.2012, U 466/11.

### **30.3. Deutsche Judikatur**

BGH 13.9.1994, 1 StR 357/94.  
BVerfG 1 BvR 655/79 NJW 1979, 1925.  
BGH 15.6.2010, ZR 204/09.

### **30.4. Sonstiges**

Lambert und Andere vs Frankreich, EGMR 5.6.2015, 46043/14.  
Pretty vs Vereinigtes Königreich, EGMR 29.4.2002, 2346/02.

## 31. Abstract

The changes and the constantly growing knowledge in the field of medical sciences, as well as our improved living conditions induce both a progressive population growth, as well as a **rise in individual life expectancy**. Of course such developments primarily pose cause for joy, however, the negative and complicating consequences necessitated by the developments should not be ignored. Rising life expectancy does not necessarily equate with „healthy aging“. While decline in mobility or certain sensory organs can be dealt with more easily, managing deficiencies in cognitive capabilities is far more difficult. This is the case for both the afflicted person themselves, as well as the affected family members or other involved persons.

In comparison to years passed, scientific achievements enable persons suffering from **mental illness or mental disability** to deal more effectively and sustainably with their affliction, at times even making a life with close to no limitations possible.

The state is regularly confronted with the obligation to create adequate instruments, helping older or mentally ill or disabled persons to lead a life fitting to their own expectations, in spite of their increased age or an illness. Therefore, every lawmaker's primary objective is the preservation of **self-determination** and **human dignity**.

**Health matters** are an especially sensitive subject, as they are usually related to decisions for which there generally are no universally applicable solutions and which must be respectively resolved in accordance with individual values and opinions.

In this regard, it can become difficult to concede the respective decision making process to every individual themselves, if the individual in question no longer possesses the **necessary mental capacities**.

The lawmaker's duty is, therefore, to create instruments and institutions which, on the one hand, enable the physician in charge to evaluate the individual mental capabilities as efficiently and quickly as possible, so that the physician can appropriately adjust further treatment.

On the other hand, the patient's participation in the decision making process regarding health measures and treatments that affect him or her should be encouraged.

Since, in general, each **approval** of a certain treatment may only be given by the respective patient, a prior **medical discussion** with the patient is mandatory. Such an approach can be particularly difficult with patients suffering from mental illness or mental disability, as they do not possess the capabilities to assess their medical situation or the implications of their decision. The physician is, however, obligated to include the patient as much as possible in the medical discussion and decision making process.

Even a representative decision must be geared towards the **preferences** of the patient and can only very restrictively be limited by the patient's **well-being**. Both the doctor, as well as other representatives must mind and respect **the patient's individual decision**. This can conflict with the **medical principle of care**, which obligates the physician in charge to best possible treatment and care.

The **Second Adult Care Act** is meant to adjust the current legislation on adult guardianship to reflect the most recent developments and social structure's. In addition, the Second Adult Care Act is supposed to erradicate prior doubts regarding the conformity of Austria's legislation with the **UN Convention on Rights of Persons with Disability**.

The act's goal is to reduce other-directed decision making to the bare essential cases, while granting precedence to **individual decision making**. The focus is supposed to lie on preservation of personage and autonomy of the individual. An equivalent togetherness of all individuals, no matter if young, old, healthy or sick, within society is the lawmaker's paramount goal.