Schriftleitung: Martin Greifeneder und Klaus Mayr 6/2019
161 – 192

Österreichische Zeitschrift für

PFLEGERECHT

Zeitschrift für die Heim- und Pflegepraxis und Krankenanstalten

GuKG, Arbeitsrecht & Anstaltenrecht

§ 105 GuKG: Verwaltungsstrafbestimmungen

Pflegegeld & Sozialrecht

Arbeitsunfähigkeit in Pflegeberufen: Leistungen aus der Pensionsversicherung

HeimAufG, UbG & Erwachsenenschutzrecht

Neues Erwachsenenschutzrecht: Ärztliche Mitwirkung

Haftung, Kosten & Qualität

Pflege im Behindertenbereich

pflegerecht.manz.at

MANZ

ISSN 2079-0953

Österreichische Post AG PZ 17Z041037 P Verlag Manz, Gutheil Schoder Gasse 17, 1230 Wien

Mag. Nikolaus Herdega / Mag.a Kerstin Garbeis
Ärztekammer für Oberösterreich

Neues Erwachsenenschutzrecht: Ärztliche Mitwirkung und Kompetenzen bei Vertreterbestellungen

Neuordnung des Vertretungsrechts. Die mit dem 2. Erwachsenenschutz-Gesetz (2. ErwSchG) vorgenommene Neuordnung der Vertreterbestellungen hat für viele damit befasste Institutionen und Personen massive Veränderungen gewohnter und tradierter Handlungsabläufe mit sich gebracht. Es ist davon auszugehen, dass es einige Zeit dauern wird, bis die Neuregelungen für die Beteiligten zur alltäglich gelebten Praxis gehören werden. Bis dahin gilt es gerade für die Experten und (Rechts-)Berater, auf allen Seiten der Aufklärung und Information über die neuen Regelungen und Abläufe besonderes Augenmerk zu widmen. Dieser Beitrag soll gerade auch diesem Gedanken Rechnung tragen.

Für viele Personen ist ihr (Haus-)Arzt in einigen Lebensbereichen oft der erste Ansprechpartner. So berichten auch viele Ärzte über die Nachfrage nach umfangreichen Beratungsleistungen ihrer Patienten im Zusammenhang mit dem neuen Erwachsenenschutzrecht. Auch wenn gerade die Nachfrage beim eigenen Arzt einen besonderen Vertrauensbeweis für diesen darstellt, sind viele derartige Anfragen doch außerhalb der medizinischen Sphäre gelegen und andere Institutionen oder Personen berufenere Auskunftsgeber. Wofür aber ist der Arzt der richtige Ansprechpartner bzw die richtige Anlaufstelle, wenn es um Vertretungsangelegenheiten im Bereich des 2. ErwSchG geht?

Ärzte sind insbesondere zur Beurteilung der Entscheidungsfähigkeit im Rahmen von Vertreterbestellungen berufen.

Entscheidungsfähigkeit

Für die Frage, ob bzw inwieweit Vertreterbestellungen notwendig sind, kommt dem gesetzlichen Tatbestand der Entscheidungsfähigkeit (§ 24 ABGB) überragende Bedeutung zu. Nur wer entscheidungsfähig ist, kann sich letztlich selbst rechtswirksam äußern bzw verpflichten. Oder umgekehrt: Der Entscheidungsfähige trifft alle ihn betreffenden Entscheidungen allein, eine Vertreterbestellung ist diesfalls ausgeschlossen.

Entscheidungsfähigkeit setzt drei wesentliche Fähigkeiten voraus: die kognitive Fähigkeit, Tatsachen, deren Grund und Bedeutung zu erkennen, die Fähigkeit, den Willen nach dieser Einsicht bestimmen zu können, und zuletzt die Fähigkeit, sich diesen Überlegungen entsprechend zu verhalten.[1] Die Feststellung der Entscheidungsfähigkeit im Einzelfall muss naturgemäß neben individuellen Schattierungen und Ausprägungen auch die Notwendigkeiten und Anforderungen der aktuell vorliegenden Aufgaben mitberücksichtigen. Der Gesetzgeber hat dazu im § 24 ABGB zum einen die Zweifelsregel aufgestellt, dass bei volljährigen Personen – mangels gegenteiliger Hinweise – grundsätzlich das Vorliegen der Entscheidungsfähigkeit vermutet wird. Zum anderen ist bei medizinischen Entscheidungsprozessen die verpflichtende Beiziehung eines Unterstützers vorgesehen, wenn der Arzt von mangelnder Entscheidungsfähigkeit im konkreten Behandlungsgeschehen ausgeht, die im Idealfall zur Herstellung der Entscheidungsfähigkeit beim Patienten beitragen soll.[2] Auch ein allenfalls bestellter Vertreter führt nicht zum automatischen Verlust der Entscheidungsfähigkeit im jeweils konkreten Kontext, sondern es ist deren Vorliegen bzw Fehlen oder Mangel im Einzelfall jeweils abzuklären.

Der Arzt hat eine zentrale Rolle bei Prüfung der Entscheidungsfähigkeit.

Eine zentrale Rolle bei der Feststellung, ob Entscheidungsfähigkeit vorliegt oder nicht, ordnet der Gesetzgeber im § 252 ABGB den Ärzten zu. Klar und deutlich kommt dies zum Ausdruck, wenn es um die Frage der Einwilligung in eine aktuelle medizinische Behandlung geht. Diese ist durch den Patienten selbst nur dann rechtswirksam möglich, wenn Entscheidungsfähigkeit vorliegt.

Die neuen Bestimmungen der §§ 252 ff ABGB betreffen aber die Ausübung der Medizin insgesamt, weshalb davon nicht nur der ärztliche Beruf umfasst ist, sondern es sind diese Bestimmungen sinngemäß auch auf die diagnostische, therapeutische, rehabilitative, krankheitsvorbeugende, pflegerische oder geburtshilfliche Tätigkeit gesetzlich geregelter Gesundheitsberufe anzuwenden, die in den Kernkompetenzbereich dieser Berufsgruppen fallen. Dies gilt etwa für diplomierte Gesundheits- und KrankenpflegerInnen, PsychologInnen, PsychotherapeutInnen, Physio- und ErgotherapeutInnen.

Im aktuellen Behandlungsgeschehen obliegt die Feststellung der Entscheidungsfähigkeit in erster Linie dem behandelnden Arzt.

In der Regel wird diese Beurteilung vom behandelnden Arzt zu treffen sein, da es nicht um die Frage des Vorliegens einer universellen bzw generellen Entscheidungsfähigkeit geht, sondern um die Frage, ob die konkret vorzunehmende Behandlung und deren Notwendigkeit und Risiken vom Patienten eigenverantwortlich beurteilt werden können; es geht also um Entscheidungsfähigkeit im aktuellen Behandlungskontext. Gerade das obligate Aufklärungsgespräch ist

[1] ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 9. [2] § 252 Abs 2 ABGB.

regelmäßig ein geeignetes Setting zur Beurteilung der Entscheidungsfähigkeit. Wichtig ist, dass die Pflicht zur Aufklärung immer die Angehörigen der Berufsgruppe trifft, in deren eigenem Kernkompetenzbereich die geplante Maßnahme liegt. So müssen zB bei Behandlungen, die den Ärzten vorbehalten sind, diese, bei Pflegehandlungen, die dem gehobenen Dienst vorbehalten sind, jene in einer für den Patienten verständlichen Form zumindest den Grund und die Bedeutung der medizinischen Behandlung erläutern.

Ist der behandelnde Arzt jedoch der Auffassung, dass im konkreten Fall seine fachliche Expertise nicht ausreichend ist, um diese Fragestellung klären zu können, ist ein entsprechend qualifizierter Arzt (je nach Art der Beeinträchtigung werden dies vorrangig Fachärzte für Psychiatrie und Psychotherapeutische Medizin bzw Neurologie sein) zur Klärung beizuziehen.

Prüfung der Entscheidungsfähigkeit bei Errichtung einer Vorsorgevollmacht, Vertreterverfügung oder gewählter Erwachsenenvertretung

Aber auch außerhalb konkreter Behandlungssituationen sind Ärzte zur Feststellung der Entscheidungsfähigkeit berufen. So setzt bspw die Errichtung einer Vorsorgevollmacht voraus, dass der Vollmachtsgeber im Moment der Errichtung jedenfalls entscheidungsfähig ist. Hegt der Errichter der Vollmacht (Notar, Rechtsanwalt, juristischer Mitarbeiter eines Erwachsenenschutzvereines) dabei Bedenken, wird in der Praxis von diesem häufig ein entsprechendes ärztliches Zeugnis eingeholt. Grundsätzlich sind gem § 2 Abs 3 ÄrzteG alle Ärzte mit jus practicandi berechtigt, derartige Zeugnisse auszustellen. Das 2. ErwSchG sieht keine exklusive Berechtigung von bestimmten Fachärzten (zB solchen für Psychiatrie oder Neurologie) zur Erstellung derartiger Zeugnisse vor, sondern die entsprechenden Regeln des ärztlichen Berufsrechts sind einschlägig. Dieses sieht jedoch für Fachärzte in § 31 Abs 2 ÄrzteG eine Beschränkung der Tätigkeit auf den Kompetenzbereich des jeweiligen Sonderfachs vor.[3] Es wird daher nur unter Beachtung dieser Sonderfachbeschränkung des Ärztegesetzes je nach konkreter Beeinträchtigung und deren medizinischen Hintergrundes für Fachärzte die Möglichkeit eröffnet, entsprechende Zeugnisse auszustellen. Ärzte für Allgemeinmedizin sind hingegen nach dem ÄrzteG zur umfassenden Ausübung der gesamten medizinischen Heilkunde berufen, allerdings nur soweit beim konkreten Arzt die für die aktuelle Beurteilung notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten vorliegen. Für Ärzte für Allgemeinmedizin gilt daher keine Fachbeschränkung, ihnen steht die Ausübung der gesamten Heilkunde offen, solange sie über das im Einzelfall notwendige medizinische Wissen verfügen.[4] Dies ist deshalb bedeutsam, weil sich gezeigt hat, dass vor allem der Hausarzt erste Anlaufstelle für derartige Anliegen ist.

Ähnliches wie für Vorsorgevollmachten gilt im Grundsatz auch für die sog Erwachsenenvertreter-Verfügung und die gewählte Erwachsenenvertretung. Bei beiden Rechtsinstituten muss bei der verfügenden Person die für die Erstellung der jeweiligen Urkunde notwendige Einsicht gegeben sein. Ist dies zweifelhaft, kann hiefür ein ärztliches Zeugnis eingeholt werden.

Das Formular des Ministeriums zur Vorlage beim ÖZVV wird in der Praxis weitgehend angenommen.

Ärztliches Zeugnis als Voraussetzung für die Eintragung Vorsorgebevollmächtigter oder Erwachsenenvertreter

Von den obgenannten Fällen sind ärztliche Bestätigungen im Zusammenhang mit dem Eintritt des sog Vorsorge- bzw Vertretungsfalls zu unterscheiden. Bei Ersteren geht es darum, dass eine bereits im ÖZVV (Österreichisches Zentrales Vertretungsverzeichnis) registrierte Vorsorgevollmacht durch Entfall der Entscheidungsfähigkeit des Vollmachtsgebers seine Rechtswirkungen entfalten soll. Bei Zweiteren liegt keine Vorsorgevollmacht oder sonstige Vertretungsform vor, für anstehende Entscheidungen (zB medizinische Behandlungen) bei der betreffenden Person ist aber mangels eigener Entscheidungsfähigkeit die Bestellung eines Vertreters – vorrangig in Form der gesetzlichen Erwachsenenvertretung – notwendig. In all diesen Fällen setzt die Eintragung einer entsprechenden Vertretungsbefugnis im ÖZVV die Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses über die mangelnde Entscheidungsfähigkeit der betroffenen Person in den von der Vertretung erfassten Bereichen voraus.

Hiefür wurde vom Justizministerium[5] in Zusammenarbeit mit verschiedenen Institutionen des Gesundheitswesens ein eigenes Formular entwickelt, das für diese Abklärung vom Arzt herangezogen werden kann.[6] Bestätigt der Arzt die fehlende Entscheidungsfähigkeit (auf diesem Formular), kann die Wirksamkeit der Vertretungsmacht im ÖZVV eingetragen werden. Für die Frage, welcher Arzt zur Ausstellung dieses Zeugnisses berechtigt ist, darf auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Unumgänglich dabei ist, dass der ausstellende Arzt den aktuellen Zustand der betroffenen Person begutachtet, was in der Regel eine persönliche und gewissenhafte Feststellung des Gesundheitszustands voraussetzt. Die dazu notwendige ärztliche Untersuchung kann nur entfallen, wenn der Patient in engmaschiger Betreuung beim betreffenden Arzt steht und daher der aktuelle Zustand unmittelbar bekannt ist.

Das Ausfüllen dieses Formulars erfordert eine differenzierte Auseinandersetzung mit den einzelnen Themenkomplexen. Was unbedingt vermieden werden soll, ist ein unreflektiertes Ankreuzen sämtlicher Punkte, denn dies konterkariert die Ratio des 2. ErwSchG. Durch diese Änderungen soll behinderten Menschen die Unterstützung zukommen, die nötig ist, damit sie ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit ausüben können. Stellvertretung darf nur das allerletzte Mittel sein. In erster Linie muss die betroffene Person durch Unterstützungsmaßnahmen in die Lage versetzt werden, die Entscheidung selbst zu treffen, sie muss im Mittelpunkt der Tätigkeit der Vertreter und des Gerichts stehen, sie ist in die anstehenden Angelegenheiten einzubeziehen, es soll nicht mehr über ihren Kopf hinweg entschieden werden.

Wichtig ist eine differenzierte Auseinandersetzung mit der Frage, für welche konkreten Angelegenheiten die Entscheidungsfähigkeit fehlt!

Naturgemäß sind nicht nur niedergelassene Ärzte, sondern auch Spitalsärzte berufsrechtlich zur Ausstellung derartiger Zeugnisse berechtigt, was besonders dann sinnvoll sein kann, wenn sich der Patient im

[3] *Wallner* in *Neumayr/Resch/Wallner* (Hrsg), Gmundner Kommentar zum Gesundheitsrecht 2016 § 31 ÄrzteG Rz 10 ff.
[4] *Wallner*, Handbuch Ärztliches Berufsrecht 2018 52.
[5] Derzeit Bundesministerium Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz.
[6] Dieses Formular kann zB auf der Homepage des Ministeriums (www.justiz.gv.at) sowie auf derjenigen der Ärztekammer für OÖ (www.aekooe.at) abgerufen werden.

Moment der Notwendigkeit der Vertreterbestellung in stationärem Aufenthalt befindet und daher den behandelnden Krankenhausärzten der aktuelle Gesundheitszustand am besten bekannt ist.

Problem Schweigepflicht?

In vielen dieser Fälle erscheint zur Abklärung des Vorliegens oder Fehlens der Entscheidungsfähigkeit beim Arzt nicht der Patient selbst, sondern diejenige Person, die die Vertretung übernehmen soll, und es ist die zu vertretende Person oftmals nicht mehr in der Lage, den Arzt von der Schweigepflicht hiefür zu entbinden.

Es besteht keine ärztliche Schweigepflicht gegenüber potentiellen Vertretern zum Nachweis gegenüber ÖZVV.

Dennoch ist die Ausstellung des ärztlichen Zeugnisses gegenüber dem potentiellen Vertreter rechtlich zulässig, da dies unter die Ausnahmebestimmung zum Schutz höherwertiger Interessen der Rechtspflege im Sinne des § 54 Abs 2 Z 4 lit b ÄrzteG zu subsumieren ist und insoweit die sonst gegebene Verschwiegenheitsverpflichtung des Arztes gegenüber diesen Personen nicht greift.[7] Ansonsten wäre faktisch in vielen Fällen der für eine Vertreterbestellung notwendige Nachweis gegenüber dem ÖZVV unmöglich.

Ärzte sind zur Zeugnisausstellung berechtigt, aber nicht verpflichtet

Das Gesetz sieht zwar verpflichtend die Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses bei derartigen Eintragungen im ÖZVV vor, statuiert aber umgekehrt keine individuelle Verpflichtung eines Arztes zur Ausstellung dieses ärztlichen Zeugnisses. Übernimmt der Arzt eine derartige Tätigkeit jedoch, ist diese Leistung grundsätzlich nicht im Aufgabenfeld der gesetzlichen Krankenversicherung enthalten, stellt also keine kassenärztliche, sondern eine privatärztliche Leistung dar. Die österreichische Ärztekammer hat hiefür einen Empfehlungstarif festgelegt.[8]

ÖZPR 2019/109

[7] Mitteilung des Justizministeriums an die Ärztekammern BMVRDJ-Z 4.973/0057-I 1/2018. Näher zu diesem Ausnahmetatbestand des ÄrzteG *Wallner*, Ärztliches Berufsrecht 180 ff.
[8] € 154,57 (Stand 10/2019).

Zum Thema

In Kürze

Die neuen Regelungen des 2. Erwachsenenschutz-Gesetzes im Rahmen von Vertreterbestellungen sehen den Arzt oftmals in einer zentralen Rolle. Dazu gehört vor allem die Beurteilung der Entscheidungsfähigkeit. Welcher Arzt konkret diese Prüfung vornehmen kann, hängt zum einen von den unterschiedlichen Settings zur Prüfung ab, zum anderen auch von der Art der Einschränkung und deren medizinischen Umständen. Eine besondere Bedeutung haben dabei die Hausärzte, da sie sowohl von vielen Betroffenen als erste Anlaufstelle bei medizinischen Fragestellungen genützt werden als auch von der Sonderfachbeschränkung des Ärztegesetzes ausgenommen sind. In der Praxis hat sich gezeigt, dass die formularmäßige Unterstützung für ärztliche Zeugnisse bei Vertreterbestellungen gut angenommen wird.

Über die AutorInnen

Mag. Nikolaus Herdega, MSc, ist Kammeramtsdirektor-Stv und Bereichsleiter für Rechtsberatung und Projekte der Ärztekammer für Oberösterreich, Mitautor des im Verlag Manz herausgegebenen Gmundner Kommentars zum Gesundheitsrecht und des Handbuchs Medizinrecht, Lektor an der JKU Linz und Vortragender in vielen Bereichen des Gesundheitsrechts. E-Mail: recht@aekooe.at

Mag.a Kerstin Garbeis, LL.M., Juristin und Leiterin der Gruppe für Projekte und Kommunikation der Ärztekammer für Oberösterreich, ist im Rahmen der Berufsausübung und bei Vorträgen laufend mit Fragestellungen zum 2. ErwSchG befasst und hat dazu auch eine einschlägige Masterthesis im Rahmen des Universitätslehrgangs „Medizinrecht“ der JKU Linz verfasst.