

Österreichische Zeitschrift für

# PFLEGERECHT

Zeitschrift für die Heim- und Pflegepraxis und Krankenanstalten

GuKG, Arbeitsrecht & Anstaltenrecht

**Coronavirus: Arbeitsausfall –  
Möglichkeiten bei Pflegeeinrichtungen?**

Pflegegeld & Sozialrecht

**COVID-19: Auswirkungen auf  
Sozialgerichtsverfahren  
und Verfahren der  
Sozialversicherungsträger**

HeimAufG, UbG & Erwachsenenschutzrecht

**Erwachsenenschutzrecht:  
Spezielle Probleme der  
medizinischen Behandlung**

Haftung, Kosten & Qualität

**Sozialhilfe-Grundsatzgesetz:  
Umsetzung in Oberösterreich**

# Spezielle Problembereiche der medizinischen Behandlung im Rahmen des Erwachsenenschutzrechts

**Einwilligungen in medizinische Behandlungen.** Mit der Einführung des 2. Erwachsenenschutzgesetzes (2. ErwSchG) und den damit verbundenen gesetzlichen Änderungen bei Vertreterbestellungen bzw Vertreterhandlungen waren auch Änderungen der Entscheidungskompetenz in Zusammenhang mit medizinischen Behandlungen verbunden. So dürfen Einwilligungen in medizinische Behandlungen grundsätzlich nur Patienten selbst geben, eventuell auch unter Heranziehung des vom Gesetzgeber neu geschaffenen Instruments der Beiziehung von Unterstützern (§ 252 Abs 2 ABGB). Eine Fremdenscheidung durch einen Vertreter ist nur vorgesehen, wenn Selbstbestimmung nicht möglich ist. Aber auch im neuen Vertreterregime bleiben Problembereiche bestehen, von denen einige besonders praxisnahe hier auch aufgrund der Häufigkeit ihres Auftretens und der damit verbundenen Unsicherheiten näher beleuchtet werden sollen.

Ein wesentlicher Grundsatz des 2. ErwSchG ist die Stärkung der Selbstbestimmung. Das Recht auf Selbstbestimmung wurde im Rahmen der medizinischen Behandlungen auch bereits vor der Reform des Vertretungsrechts rechtlich anerkannt, denn auch nach alter Rechtslage konnte in eine medizinische Behandlung eine behinderte bzw beeinträchtigte Person nur selbst einwilligen, soweit sie einsichts- und urteilsfähig war. Nur wenn dies nicht gegeben war, ergab sich die Notwendigkeit einer Vertreterentscheidung, bei medizinisch intensiven Eingriffen zusätzlich einer Gerichtsentscheidung oder „second opinion“ eines unabhängigen Arztes. Der Vorrang der Selbstbestimmung vor Fremdbestimmung wurde nunmehr jedoch vom Gesetzgeber ausdrücklich im Gesetz verankert und hervorgehoben und zieht sich wie ein roter Faden durch die Entscheidungskompetenzen bei medizinischen Behandlungen (§ 239 ABGB).

## Medizinische Behandlungen nach dem 2. ErwSchG

Ob und unter welchen Voraussetzungen eine Vertretung in personenrechtlichen Angelegenheiten – dazu zählen die medizinischen Behandlungen – erlaubt ist, wird nun in den §§ 250 ff ABGB grundsätzlich geregelt. Für medizinische Behandlungen finden sich explizite Sonderbestimmungen (§§ 252 ff ABGB). Die neuen Regelungen unterscheiden dabei zwischen entscheidungsfähigen und nicht entscheidungsfähigen

gen Patienten und folgen einem „Stufenbau“. Im Gesetz gibt es nunmehr auch eine Definition der medizinischen Behandlungen.<sup>1</sup>

Kurz zusammengefasst sehen die neuen Regelungen vor, dass es sich bei fast allen Maßnahmen, die von einem Arzt durchgeführt werden, um eine medizinische Behandlung im Sinne des 2. ErwSchG handelt und nachfolgend dargestellte Regelungen anwendbar sind. Nicht um medizinische Behandlungen im Sinne des § 252 ABGB handelt es sich nach herrschender Ansicht<sup>2</sup> bei jenen ärztlichen Maßnahmen, die nicht medizinisch indiziert sind, also zum Beispiel Schönheitsoperationen oder medizinisch nicht indizierte Aborte.

Ausdrücklich im Gesetz geregelt wurde nun, dass die Grundwertungen der §§ 252 ff ABGB nicht nur auf Maßnahmen anwendbar sind, die von Ärzten selbst bzw auf deren Anordnung hin vorgenommen werden, sondern sinngemäß auch auf die eigenverantwortlichen Tätigkeiten der anderen gesetzlich geregelten Gesundheitsberufe. Dazu zählen etwa Angehörige der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe, MTD-Berufe, Hebammen usw. Im Umkehrschluss sind daher Berufe, die zwar im Umfeld des Gesundheitswesens angesiedelt sind, aber in keinem eigenen Berufsgesetz geregelt sind, vom Anwendungsbereich der §§ 252 ff ABGB nicht umfasst.

Aufgrund der gesetzlichen Anordnung ist daher bei Aufgaben, die in den eigenverantwortlichen Kompetenzbereich eines entsprechenden Gesundheitsberufs<sup>3</sup> fallen, das Vorliegen der Entscheidungsfähigkeit durch diesen und nicht durch den Arzt zu prüfen.

## Das Einwilligungsrecht bei medizinischen Behandlungen folgt im Rahmen des Erwachsenenschutzrechts grundsätzlich einem Stufenbau.

Grundsätzlich kann eine medizinische Behandlung an einer volljährigen Person nur dann durchgeführt werden, wenn diese selbst eingewilligt hat, soweit sie dafür entscheidungsfähig ist.

Es handelt es sich also um eine Einzelfallbetrachtung, nach der auch Personen, für die bereits ein Erwachsenenvertreter bestellt wurde, dennoch für die konkrete Behandlung durchaus in der Lage sein können, selbst einzuwilligen. Eine Vertreterbestellung schließt aus diesem Grund eine Einwilligung durch den Patienten selbst nicht von vornherein aus der Arzt bzw im

<sup>1</sup> § 252 Abs 1 Satz 2 ABGB lautet: „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.“ <sup>2</sup> Vgl auch Barth/Marlovits in Barth/Ganner(Hrsg), Handbuch des Erwachsenenschutzrechts<sup>3</sup> (2019) 232 sowie Konsenspapier: Erwachsenenschutzrecht für Gesundheitsberufe 6. <sup>3</sup> ZB § 14 GuKG; § 2 HebammenG; § 2 MTD-Gesetz.

eigenen Kompetenzbereich jeder andere Gesundheitsberuf hat vielmehr zu prüfen, ob für die konkret vorgesehene Behandlung nicht doch Entscheidungsfähigkeit gegeben ist. So wäre es denkbar, dass der Patient einfachen medizinischen Vorgängen durchaus folgen und dazu zustimmen kann, komplexeren aber nicht.

### Medizinische Behandlung: Entscheidungsfähigkeit liegt im ersten Schritt nicht vor

Ist das Vorliegen der Entscheidungsfähigkeit für den behandelnden Arzt lediglich zweifelhaft, ist dennoch davon auszugehen, dass der Patient selbst in die Behandlung einwilligen kann. § 252 Abs 2 ABGB sieht die Beiziehung eines Unterstüترز nämlich explizit nur vor, wenn die Person nicht entscheidungsfähig ist und nicht wenn bloßer Zweifel an der Entscheidungsfähigkeit vorliegt. Naturgemäß kann es auch bei Zweifeln an der Entscheidungsfähigkeit sinnvoll sein, einen Unterstüترز beizuziehen, verpflichtend ist dies jedoch nicht; der Arzt könnte nach Abwägung aller Umstände eben auch zur Auffassung kommen, dass auch ohne Unterstüترز letztlich Entscheidungsfähigkeit gegeben ist. Nach § 24 Abs 2 ABGB ist im Zweifel von Entscheidungsfähigkeit auszugehen. Erst wenn sich die Zweifel beim Behandler dahingehend verdichten, dass von einer fehlenden Entscheidungsfähigkeit beim Patienten auszugehen ist, sieht die neue Gesetzeslage nach § 252 Abs 2 ABGB als zweite Stufe eine zwingende und nachweisliche Beiziehung von Angehörigen oder anderen nahe stehenden Personen oder Fachleuten vor, die den volljährigen, aber nicht entscheidungsfähigen Patienten dabei unterstützen sollen, die notwendige Entscheidungsfähigkeit zu erlangen. Als Unterstüترز kommen neben Angehörigen auch Freunde oder sonst vertraute Personen, aber auch Psychologen, Krankenhausseelsorger usw in Betracht. Die Aufgabe der Unterstüترز ist es, den Patienten so „an der Hand zu nehmen“ bzw diesem die notwendige medizinische Behandlung so zu erklären, dass dieser den medizinisch indizierten Eingriff versteht und durch die Erklärungen des/der Unterstüترز/s in die Lage versetzt wird, die Entscheidung zur Zustimmung oder Ablehnung der konkreten medizinischen Maßnahme selbst zu treffen.

### Substituierende Behandlungsentscheidung durch Vertreter bei fehlender Entscheidungsfähigkeit

Wird ein Patient auch durch die Beiziehung von Unterstütrzern nicht entscheidungsfähig, hat die Zustimmung zu einer medizinisch notwendigen Behandlung auf der dritten Stufe entweder ein Vorsorgebevollmächtigter oder ein Erwachsenenvertreter, in dessen Wirkungsbereich medizinische Angelegenheiten fallen, zu treffen. Der Vertreter oder Vorsorgebevollmächtigte hat sich dabei vom Willen des Patienten leiten zu lassen.

Neu im Gesetz ist, dass es eine ausdrückliche Erläuterungspflicht des Arztes gegenüber dem (auch nicht entscheidungsfähigen) Patienten bezüglich der bevorstehenden Behandlung auch dann gibt, wenn für diesen bereits ein Vertreter bestellt wurde. Es reicht daher nicht, nur mit dem Vertreter zu sprechen, es bedarf zusätzlich auch des Gesprächs mit dem Patienten. Gibt der Patient in diesem Zusammenhang in irgendeiner Form zu verstehen, dass er mit der Behandlung nicht einverstanden ist – bloßes Kopfschütteln reicht dafür zum Beispiel aus – hat die medizinische Behandlung zunächst zu unterbleiben und ist – sofern die Maßnahme medizinisch notwendig ist – zwingend die Entscheidung des Gerichts einzuholen. Dies hängt damit zusammen, dass eine Behandlung ohne den Willen des Patienten eine Zwangsbehandlung darstellt und eine solche rechtlich nur mit Zustimmung des Gerichts durchgeführt werden darf. Gleiches gilt, wenn zwar der betroffene Patient die Behandlung möchte, der Vertreter diese aber ablehnt. In diesem Fall kann das angerufene Gericht die Entscheidung des Vertreters ersetzen oder einen anderen Vertreter bestellen (§ 254 Abs 2 ABGB).

### Sonderfragen zur Unterstützung

Gerade mit dem neu geschaffenen Instrument des Unterstüترز ergeben sich in der Praxis noch einige Fragestellungen, die nachfolgend erläutert werden sollen:

#### Ausnahme von der ärztlichen Schweigepflicht

Nachdem die Beiziehung von Unterstütrzern es erfordert, dass mit diesen vorab über die medizinische Behandlung des Patienten gesprochen wird, bedarf es dafür einer Entbindung von der Verschwiegenheit durch den Patienten. Hierfür ist notwendig,

dass der Patient vom behandelnden Arzt dahingehend informiert wird, dass ein Unterstüترز beizugezogen werden soll. In derartigen Fällen hat der Patient aber das Recht, die Beiziehung von einzelnen oder von sämtlichen Unterstütrzern an sich abzulehnen. Für das Vorliegen eines solchen Vetorechts des Patienten reicht es, dass der Patient zum Beispiel durch Kopfschütteln zu erkennen gibt, dass er mit der geplanten Unterstützungsleistung nicht einverstanden ist. Er muss dafür nur äußerungsfähig, nicht aber entscheidungsfähig sein.

### Grenzen der ärztlichen Tätigkeit bei der Beiziehung eines Unterstüترز

Um die Beiziehung des Unterstüترز hat sich nach dem Wortlaut des Gesetzes nachweislich der Arzt zu kümmern. Dies bedeutet allerdings nicht, dass die faktische Tätigkeit des Suchens eines geeigneten Unterstüترز vom Arzt persönlich vorzunehmen ist – sie muss aber in seinem Auftrag und in seiner Verantwortung erfolgen. Es handelt sich daher um keinerlei höchstpersönliche Aufgabe des Arztes nach § 49 Abs 2 ÄrzteG und deshalb kann diese Suche zB an nichtärztliches (Gesundheits-)Personal delegiert werden. Die nach dem Gesetzeswortlaut geforderte „Nachweislichkeit“ bedeutet die Pflicht des Arztes, die Beiziehung oder eben Nicht-Beiziehung eines Unterstüترز – weil nicht gewollt oder nicht möglich – in der Krankengeschichte des Patienten zu dokumentieren bzw auch festzuhalten, welche Maßnahmen gesetzt wurden, um die Entscheidungsfähigkeit des Patienten zu fördern.

### Der Arzt kann die Suche nach einem geeigneten Unterstüترز an nichtärztliches Personal delegieren.

In den Gesetzesmaterialien ist darüber hinaus von einer „Bemühungsverpflichtung“<sup>4</sup> die Rede: Ist mit zumutbarem Aufwand kein Unterstüترز auffindbar oder ist der Patient mit der Beiziehung von Unterstütrzern nicht einverstanden, unterbleibt die Beiziehung eines Unterstüترز. Kann der Patient in der Folge nicht für sich selbst entscheiden, ist die medizinische Behandlung nur mit Zustimmung eines Vertreters durchführbar.

<sup>4</sup>Vgl auch ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 31.

Natürlich können auch bereits bestellte Vertreter als Unterstützer auftreten. Allerdings ist darauf zu achten, dass es sich nur um Unterstützung und nicht um Stellvertretung handelt, solange nicht klar ist, ob die Entscheidungsfähigkeit nicht möglicherweise durch die Unterstützung hergestellt werden kann. Es geht nicht darum, dass der Unterstützer durchsetzt, was er für richtig hält, sondern es geht darum, dem Patienten zu helfen, dass er selbst entscheiden kann, ob er in eine notwendige medizinische Behandlung einwilligt oder eben nicht.

**„Unsinnige“ Beiziehung von Unterstützern nicht erforderlich**

In Fällen, in denen von vornherein klar ist, dass der Patient auch durch die Beiziehung von Unterstützern nie selbst entscheidungsfähig werden wird – zum Beispiel komatöse Patienten, Patienten mit appallischem Syndrom –, kann von der Beiziehung von Unterstützern abgesehen werden.<sup>5</sup>

Gleichzuhalten sind nach unserer Ansicht im medizinischen Alltag wohl auch Situationen, in denen Unterstützungsmaßnahmen schon aufgrund der vorliegenden Beeinträchtigung in Relation zur Komplexität des aktuell notwendigen Behandlungsgeschehens als unsinnig und ohne jegliche Chance auf Realisierung erscheinen, weil der Patient aus medizinischer Sicht für Anforderungen in der konkreten Situation realistischere gar nicht mehr entscheidungsfähig werden kann. Denkbar wären hier beispielsweise demenzkranke Patienten oder Patienten mit angeborenen schweren Beeinträchtigungen, bei denen die Erkrankung ein Stadium erreicht hat, in dem für den behandelnden Arzt klar ist, dass der Patient zwar ansprechbar ist, aber dennoch keine sinnhaften Entscheidungen mehr für sich selbst treffen kann und demgegenüber eine komplexe medizinische Behandlung ansteht. Es handelt sich daher um ein bewegliches System, bei dem der Arzt einerseits die Schwere der Beeinträchtigung und andererseits die Komplexität der medizinischen Behandlung zu berücksichtigen hat. Die Begründung für ein Abgehen von der Unterstützerbestellung liegt im Wortlaut des Gesetzes selbst. Nach § 252 Abs 2 ABGB hat der Arzt für eine volljährige Person, die er für nicht entscheidungsfähig hält, Unterstützer beizuziehen, die dabei helfen

sollen, die „Entscheidungsfähigkeit zu erlangen“. Wenn daher das Erreichen der Entscheidungsfähigkeit aus medizinischen Gründen im konkreten Behandlungskontext von vornherein ausgeschlossen erscheint, wäre die „Beistellung“ eines Unterstützers zur Erlangung derselben sinnlos.

**Es ist die Entscheidung des Arztes, ob die Beiziehung von Unterstützern geboten ist.**

Bedingt dadurch, dass der Arzt ohnedies die medizinische Letztverantwortung trägt, ist es unter Zugrundelegung obiger Grundsätze letztlich seine Entscheidung, ob er im konkreten Einzelfall davon ausgeht, dass der Patient selbst entscheidungsfähig ist oder nicht und ob unmittelbar die Zustimmung eines Vertreters einzuholen ist. Diese Entscheidung und deren Grundlagen und Überlegungen sollten vom behandelnden Arzt aber unter allen Umständen dokumentiert werden – dies vor allem auch um der von § 252 Abs 2 ABGB geforderten „Nachweislichkeit“ nachkommen zu können – besitzt doch die ärztliche Dokumentation auch eine erhöhte Beweiskraft dahingehend, dass dokumentierte Maßnahmen auch tatsächlich als vom Arzt gesetzte Maßnahmen gelten.<sup>6</sup>

**Wann ist die Anrufung des PflEGschaftsgerichts notwendig?**

Wie bereits oben erläutert, ist auch dann, wenn ein Vertreter oder Vorsorgebevollmächtigter bestellt wurde, zwingend neben diesem auch dem Patienten die medizinisch indizierte Behandlung zu erläutern und das Gericht einzuschalten, sobald sich der Patient und der Vertreter hinsichtlich der Zustimmung/Ablehnung nicht einig sind, also Dissens vorliegt.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes (§ 254 Abs 1 und 2 ABGB) ist – um die Behandlung durchführen zu können – in derartigen Fällen eine Genehmigung der Vertreterentscheidung durch das Gericht notwendig, wenn der Vertreter der Behandlung zustimmt und der Patient diese ablehnt.

Für den umgekehrten Fall – Ablehnung durch den Vertreter trotz medizinischer Indikation der Maßnahme und Einwilligung durch den nicht entscheidungsfähigen Patienten – ist zur Stärkung des Prinzips der Selbstbestimmung nun ebenfalls die Mög-

lichkeit der Anrufung des PflEGschaftsgerichts vorgesehen. Vorrangig ist in diesen Fällen auf den Patientenwillen abzustellen und gilt auch hier der Grundsatz: in dubio pro medizinisch indizierter Behandlung (§ 253 Abs 1 Satz 2).

**Für den behandelnden Arzt ist es ratsam, das Gericht auch bei medizinisch zweifelhaften Konsensfällen beizuziehen**

Im medizinischen Alltag wird es neben den Dissensfällen vereinzelt auch Fälle geben, in denen der Patient und der Vertreter zwar an sich übereinstimmende Entscheidungen zum Ausdruck bringen, aber der Arzt Zweifel daran hegt, ob die Entscheidung tatsächlich vom Willen des Patienten getragen ist. Nachdem im Zweifel davon auszugehen ist, dass eine medizinisch indizierte Behandlung auch gewünscht ist, sollte unserer Ansicht nach jedenfalls in Fällen, in denen der Vertreter eine medizinisch indizierte Behandlung grundlos oder unter Angabe zweifelhafter Begründung ablehnt, die Ablehnung vom Patienten „bestätigt“ wird, aber aufgrund der Umstände Verdachtsmomente bestehen, dass die Ablehnung gar nicht wirklich vom natürlichen Willen des Patienten getragen ist, ebenfalls das zuständige PflEGschaftsgericht angerufen werden.

ÖZPR 2020/28

<sup>5</sup> Barth/Marlovits in Barth/Ganner (Hrsg), Handbuch des Erwachsenenschutzrechts<sup>3</sup> (2019) 247 f. <sup>6</sup> Wallner, Handbuch Ärztliches Berufsrecht<sup>2</sup> (2018) 162.

## Zum Thema

### In Kürze

Die neuen gesetzlichen Bestimmungen zur medizinischen Behandlung an volljährigen, nicht entscheidungsfähigen Personen folgen an sich einem in sich schlüssigen und aufeinander aufbauenden Stufenbau. So kann zunächst immer nur die entscheidungsfähige Person die Einwilligung in eine medizinisch indizierte Behandlung erteilen. Fehlt diese Entscheidungsfähigkeit ist ein Unterstützer beizuziehen, der dem Patienten helfen soll, Entscheidungsfähigkeit im konkreten Kontext zu erlangen. Die Beiziehung von Unterstützern erscheint aber für manche Fälle des medizinischen Alltags weder zwingend noch sinnvoll. Auch kann bei Zweifel an der Ernsthaftigkeit einer konsensualen Entscheidung von Vertreter und Vertretenem, die Anrufung des Gerichts sinnvoll sein.

### Über die AutorInnen

Mag.<sup>a</sup> 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. E-Mail: recht@aekoee.at

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 Medizinrechts, Lektor an der JKU Linz und Vortragender in vielen Bereichen des Medizinrechts. E-Mail: recht@aekoee.at

### Literaturtipp

Barth/Ganner (Hrsg), Handbuch des Erwachsenenschutzrechts<sup>3</sup> (2019); Wallner, Handbuch Ärztliches Berufsrecht<sup>2</sup> (2018).