

Stellungnahme**zum Ministerialentwurf des 2.Erwachsenenschutz-Gesetzes – 2.ErwSchG**

Innerhalb offener Frist erlaube ich mir, meine Stellungnahme zum geplanten Erwachsenenschutz-Gesetzes zu übermitteln.

Dabei darf ich darauf verweisen, dass ich die zentralen Bedenken zu § 253 Abs (3) (Abschnitt „Medizinische Behandlung“) als Medizinethiker mit langjähriger medizinischer Berufserfahrung bereits in der Arbeitsgruppensitzung unter Leitung von Dr. Barth am 10.2.2016 hervorgehoben habe.

Die kritischen Adnota der Stellungnahme beziehen sich daher weitgehend nur auf die in § 253 geregelten medizinischen Belange!

Adnota**1. Positiva bzgl. des Respekts und der Sicherung der Selbstbestimmung**

1. Es ist grundsätzlich zu begrüßen, dass mit diesem Gesetzentwurf der Versuch unternommen wird, die Autonomie der Patientin/des Patienten zu stärken.¹

Dies zeigt sich insbesondere durch folgende Absichten:

1.1. Der Umstand, dass der im allgemeinen Verständnis belastende Begriff „Sachwalterschaft“ durch „Erwachsenenvertretung“ ersetzt wurde, zeigt den Respekt vor der - wenn auch fragilen - Selbstbestimmung der Betroffenen. (vgl. WFA, S.7)

¹ (vgl. Vorblatt, S.1. 1.Absatz, Letzter Absatz, S.7 (WFA), Letzter Absatz, Soziale Auswirkungen.

1.2. Auch die Entfaltung des neuen Begriffs „Entscheidungsfähigkeit“ (vgl. Erläuterungen, Seite 5: „Fähigkeit...sich durch eigenes Handeln zu berechtigen und zu verpflichten“) verdeutlicht wesentliche Elemente der Selbstbestimmung, indem sich implizit auch die drei Säulen einer autonomen Entscheidung abbilden.²

1.3. Ebenfalls der Förderung der Selbstbestimmung dienlich und daher begrüßenswert ist die Festlegung in §242(1), wonach auch ein Vorsorgebevollmächtigter oder Erwachsenenvertreter die vertretene Person dahingehend zu unterstützen hat, dass diese ihre Angelegenheiten selbst besorgen kann.

1.4. Die Festlegung in § 252 (2), wonach „Angehörige, Vertrauenspersonen oder im Umgang mit solchen Patienten besonders geschulte Fachkräfte“ beizuziehen seien, welche die Person „bei der Willensbildung und –äußerung unterstützen können.“ (vgl. Erläuterungen, S.25) dient nicht nur der Stärkung der Autonomie, sondern fokussiert auch auf die von der Medizinethik immer wieder thematisierte Notwendigkeit, dass für selbstbestimmte Entscheidungen ein „social support“ erforderlich sein kann.

1.5. Ebenfalls der Respektierung der Selbstbestimmung dient die in § 253(1) angeführte Verpflichtung, eine nicht entscheidungsfähige Person „über wesentliche Inhalte der medizinischen Behandlung aufzuklären“, selbst wenn auch nur eine ansatzweise Selbstbestimmung vorliegt. Dazu muss jedoch ein gewisses Maß an Einsichtsfähigkeit vorliegen. Andernfalls werden sich, wie die Erfahrung im Alltag lehrt, abhängig vom Krankheitsbild (zB fortgeschrittene Demenz) und unabhängig vom Bemühen der Ärztinnen und Ärzte häufig große bis unüberwindliche Schwierigkeiten in der Umsetzung einstellen.

1.6. Weiters zu begrüßen ist die klare Festlegung, dass sich etwa auch der Erwachsenenvertreter (und nicht nur der Vorsorgebevollmächtigte) laut § 253 Abs (2) *vorrangig am Willen* des Betroffenen zu orientieren hat. Dadurch wird dem Willen des Patienten ein deutlicher Vorrang vor seinem Wohl eingeräumt. Dies ist insofern zu begrüßen, als sich im Alltag nach wie vor Tendenzen feststellen lassen, die den

² Vgl. Peintinger, Ethische Grundfragen in der Medizin, 2008
IMEG – Stellungnahme zum Ministerialentwurf 2. ErwSchG

Patientenwillen oft nicht einmal als inhärentes Element des Patientenwohls ansehen.³

Zu hinterfragen bleibt allenfalls, ob mit dem jeweiligen Hinweis auf „volljährige Personen“ nicht eine gewisse Inkongruenz zu den Harmonisierungen der Rechtslage für so genannte „mündige Minderjährige“ (KindSchR-Änderungsgesetz) entsteht, deren Entscheidungsfähigkeit ja postuliert wird und die daher ebenfalls einbezogen werden sollten.

2. Problematik der Selbstbestimmungssicherung in §253 (3)

Umso bedauernswerter jedoch ist es, dass ungeachtet der genannten Positiva die Selbstbestimmung des Patienten im Alltag durch den Absatz (3) § 253 wieder in massiver Weise ausgehöhlt werden kann.

1. Natürlich steht der erste Satz außer Zweifel, wonach eine Zustimmung durch einen Vertreter dann nicht erforderlich ist, wenn der Aufschub einer Entscheidung die Gefährdung des Lebens, eine schwere Gesundheitsschädigung oder starke Schmerzen nach sich ziehen würde. Dies ist jedoch auch bislang seitens der Ärzteschaft und der Medizinethik in gleicher Weise mit Lehre und ständiger Rechtsprechung vertreten worden.
2. Dass „im Zweifel“ die Zustimmung jedoch nicht erforderlich ist, wenn die „Behandlung“ „*tunlichst binnen zwei Wochen durchgeführt werden sollte*“, stellt tatsächlich eine Aushöhlung der Autonomie des Patienten dar. Denn ungeachtet des Verweises auf die oben genannten Gefahrenmomente - die allerdings schon bisher im Alltag einen großen Interpretationsspielraum aufwiesen – wird damit der ärztlichen Behandlung *ohne Zustimmung* ein breites Betätigungsfeld eröffnet.
3. Die tägliche Erfahrung lehrt, dass Ärztinnen und Ärzte einer *selbstverständlichen Logik* folgen, wonach die Notwendigkeit diagnostischer Maßnahmen oder einer *Behandlung möglichst rasch zur entsprechenden Handlung führen sollte*. Schon gewöhnlich wird dies mit der Verhinderung einer drohenden gesundheitlichen Verschlechterung selbst,

³ Die Interpretation bezieht sich ausdrücklich auf den medizinischen Kontext. In anderen Zusammenhängen ((vgl. auch Erläuterungen, S.26) wird das Verhältnis anders gedeutet, wie beispielsweise in §141 (4) der Vertreter „sich vom Wohl“ des Vertretenen leiten zu lassen“ hat!

der Zunahme der Schmerzen oder der Verschlechterung der Ausgangssituation für einen allfälligen Eingriff argumentiert.

Weit ab von jedem (schon im 1.Satz bestätigten) Notfallsszenario wird oftmals auch bei durchaus mittelfristig planbaren Vorgehensweisen allein durch die Erkenntnis einer Behandlungsnotwendigkeit jedwede Verzögerung als patientenschädigend und daher als inakzeptabel gewertet, weshalb auch heute schon mitunter das Fehlen jeglicher Zustimmung in Kauf genommen wird!

4. In Kombination etwa mit ökonomischen Erwägungen (LKF-Problematik!), dem Ärzte-Arbeitszeit-Gesetz oder beispielsweise auch der optimalen Ausnutzung von OP-Ressourcen ergibt dies eine Eigendynamik, die das derzeit einigermaßen etablierte Gefüge des Respekts vor der Autonomie **wieder deutlich hinter bestehende Selbstbestimmungs-Standards zurückfallen** lässt. Es steht zu erwarten, dass zukünftig mit Einräumen dieses Zeitraums diagnostische und therapeutische Eingriffe an vulnerablen Patientinnen und Patienten zunehmen werden, die zwar zum Wohle der Patienten aber ohne deren Zustimmung oder jene ihrer Vertreter, geschweige denn im Bemühen um eine Vertretung durchgeführt werden.

Wie dies in diesem konkreten Zusammenhang - gemäß Absatz 3, Erläuterungen S.26 - neben den angesprochenen Ärzten **auch** den Patientinnen und Patienten „Rechtssicherheit“ geben kann, erscheint mithin unklar!

Folgt man den Erläuterungen auf Seite 26f zu § 253(3), wonach

- (1) „gerichtliche Verfahren gewöhnlich nicht rechtzeitig einen – wenn auch nur einstweiligen- Erwachsenenvertreter zur Verfügung stellen können“,
 - (2) durch diese Regelung „keine Verpflichtung der Gerichte begründet werden“ soll, „ihre Verfahren innerhalb von zwei Wochen abzuwickeln“ und
 - (3) die „Förderung der Autonomie“ „in ein vernünftiges Verhältnis zu den Interessen des Geschäfts- und Rechtsverkehrs gesetzt werden“ soll,
- bedeutet dies, dass die Autonomie der Patientinnen und Patienten diesen Nützlichkeitserwägungen untergeordnet wird, *was aus medizinethischer Sicht gänzlich abzulehnen ist!*

In der Quintessenz führt dies nämlich dazu, dass zur Erleichterung dieses Rechtsverkehrs, der Problematik verzögerter postalischer Zustellungen und der Entlastung der Gerichte bewusst in Kauf genommen wird, dass den Ärztinnen und Ärzten im medizinischen Alltag ein Zeitraum

eigenmächtigen Handelns zugestanden wird, in welchem die durch Jahre mühsam errungene, immer noch nicht gänzlich etablierte Selbstbestimmung der Patientinnen und Patienten keinen ausreichenden Stellenwert mehr besitzt!

Dass dies nicht nur die auch in den Erläuterungen stets wiederkehrenden Beteuerungen, wonach „die Autonomie dieser Menschen ausgebaut werden“ solle (S.1), widerspricht, liegt – was die medizinischen Belange in § 253(3) betrifft - auf der Hand!

Wenn in den Erläuterungen das Ziel eines grundlegenden Umdenkens vertreten wird, dass die „Fürsorge...nicht mehr von oben herab, paternalistisch und allein nach den Vorstellungen und Anschauungen des Vertreters geleistet werden“ soll, ist dies zu begrüßen. Aber mit Blick auf den der Ärzteschaft eingeräumten Spielraum von vierzehn Tagen und auf Basis der o.g. Argumente wird diese Intention völlig verfehlt:

Die mit dem Spielraum ermöglichten Entscheidungen erfolgen nämlich weiterhin paternalistisch, jedoch beruhen sie nicht mehr auf den Vorstellungen des Vertreters sondern auf den Überzeugungen des Arztes!

Im Lichte der begrüßenswerten wenn auch manchmal überbordenden Rechtsprechung hinsichtlich Aufklärung und Zustimmung bei medizinischen Belangen widerspricht dies zudem den grundlegenden gesellschaftlichen Werthaltungen einer am Willen und Wohl des Patienten orientierten Gesundheitsversorgung.

Zur Verhinderung dieser Vierzehn-Tage-Regelung böte sich in diesen Situationen der Ausweg zu einer zumindest teilweisen Sicherung der Selbstbestimmung an, der auch in §120(1) „...zur Besorgung dringender Angelegenheiten“ (einstweiliger Erwachsenenvertreter mit sofortiger Wirksamkeit) beschrieben wird und in den Erläuterungen S. 27, 1.Absatz für den Fall eines „erheblichen oder unwiederbringlichen Nachteil[s] für die betroffene Person droht“ angedacht wird. In diesem Zusammenhang darf auf ein in Zusammenarbeit von der Ethikberatung des Krankenhauses „Göttlicher Heiland“ und den Familienrichtern des BZ Hernals entwickeltes und in den vergangenen Jahren erfolgreich etabliertes Konzept einer „Dringlichen Sachwalterschaft für medizinische Belange“ verwiesen werden. Dies könnte die in §120(2) genannte Gefahr, dass durch zusätzliche Einbindung des Erwachsenenvertreters eine Verzögerung des Ablaufes stattfindet, verhindern, ohne zugleich die Selbstbestimmung zu vernachlässigen.

Weiters ließe sich eine Reduktion auf einen Zeitraum von maximal 3-5 Tagen andenken. Die könnte die Nähe zur Dringlichkeit einer Behandlung aufzeigen und allzu weitläufige Interpretationen verringern.

Der anschließend in den Erläuterungen relativierende Hinweis auf Seite 27, wonach ein „dem Patienten fremde(r) – Vertreter“ „innerhalb kürzester Zeit eine Entscheidung zu treffen“ hätte, was aufgrund der zuvor geäußerten mangelnden Beweisaufnahme als „rechtstaatlich bedenklich“ eingestuft wird, wie auch das Argument, dass ein Erwachsenenvertreter ausreichend Zeit zur Einarbeitung benötige, ist einzusehen, geht allerdings häufig an den tatsächlichen Gegebenheiten vorbei.

Als Medizinethiker, der routinemäßig mit allen Sachwaltergeschehnissen eines Krankenhauses befasst ist, kann ich aus der Erfahrung berichten, dass in der Mehrzahl der Fälle Sachwalter aus dem unmittelbaren Umfeld der Patientinnen und Patienten, zumeist aus dem Familienkreis bestellt werden. Diese waren fast immer schon bisher in die Betreuung und damit in Fragen der medizinischen und pflegerischen Problematik eingebunden. Eine anschließend von ihnen geforderte allfällige Entscheidung für oder gegen ein therapeutisches Vorgehen erscheint für diese Personen daher bereits im Vorfeld logisch nachvollziehbar. Nach ihrer raschen Bestellung - zumindest für medizinische Belange - bedarf es daher im Regelfall keiner „Einarbeitungszeit“!

Hier wäre – in Abänderung – in den Formulierungen vorwiegend darauf zu dringen, dass gerade in diesen Fällen, in welchen eine bereits ausreichend bestehende Befassung der Angehörigen mit dem therapeutischen Team gegeben ist, ein zügiges Verfahren ermöglicht wird!

Ad Gesetzliche Erwachsenenvertretung – Nächste Angehörige

Wenn in den Erläuterungen der durchaus begrüßenswerte subsidiär verstandene abgestufte Vertretungsprozess bekräftigt wird, muss noch auf ein Detail bezüglich der „gesetzlichen Erwachsenenvertretung“ in Form der „Nächsten Angehörigen“ Bezug genommen werden. Im Hinblick auf die im Vorblatt beschriebene Intention, dass der „Nächste Angehörige künftig weiter gehende Befugnisse als bisher“ innehaben dürfe, sei als „ceterum censeo“ einmal mehr darauf verwiesen, dass im Zuge der Novellierung auch der dringende medizinethische Wunsch berücksichtigt werden sollte, dass zukünftig auch registrierte Angehörige die Zustimmung zur Einsetzung einer PEG-Sonde erteilen können.

Wie aus den Materialien und Erläuterungen zum Sachwalterschaftsänderungsgesetz 2007 hervorgeht, wurde nämlich damals irrtümlich angenommen, dass ein Patient mit PEG-Sonde anschließend fixiert werden müsse, womit seine persönliche Freiheit eingeschränkt sei und dies

daher eine „schwerwiegende medizinische Behandlung“ wäre.⁴ Wie bereits durch unzählige Alltagserfahrungen argumentativ belegbar hingewiesen wurde, ist das nicht der Fall! Patientinnen und Patienten werden ganz im Gegenteil ruhiger, wenn sie nach Anlegen einer PEG-Sonde nicht mehr unter dem Missgefühl einer nasogastralen Sonde zu leiden haben. Deshalb sollte der Eingriff wegen der irrtümlichen Einschätzung einer notwendigen Fixierung nicht weiter als „schwerwiegend“ angesehen werden und demgemäß jedenfalls der Entscheidungsbefugnis der nächsten Angehörigen zugeteilt werden.

3. Problematik in § 253 (4)

Schließlich muss auch § 253 (4) einer Kritik unterzogen werden.

Die in §253 (4) getroffene Feststellung bzgl. des Umgangs mit einer *verbindlichen* Patientenverfügung, ist zwar kongruent mit den derzeitigen Rechtsauffassungen. Aber es würde sich hier doch die Möglichkeit bieten, im Sinne der Überlegungen der Enquete-Kommission „Würdig sterben“⁵ Patientenverfügungen einzubeziehen, deren *inhaltliche Qualität* einer eindeutigen Willensäußerung entspricht, selbst wenn der letzten Schritt der Verbindlichkeit nicht vollzogen wurde. Diese Verfügungen werden von Juristen mitunter als „qualifiziert beachtliche“ Patientenverfügung bezeichnet, obwohl dieser Begriff gesetzlich gar nicht vorgesehen war und ist.

Der Umstand, dass derzeit offenbar keine Bereitschaft besteht, das PatVG zu verändern, ändert nichts an der Tatsache, dass viele qualitätsvolle beachtliche Patientenverfügungen vorgelegt werden, die sich einer Interpretation ausreichend erschließen und aus medizinethischer Sicht den Willen eines nicht entscheidungsfähigen Patienten so deutlich repräsentieren, dass auch in diesem Fall bei schriftlich fixierter Ablehnung eine genannte Behandlung „ohne Befassung eines Vertreters“ unterbleiben sollte.

Bedenkt man die Aussagen des PatVG könnte der Abschnitt (4) von §253 generell entfallen!

4. Feststellung der Vertretungsbefugnis

Ohne damit eine – problematische – „Holschuld“ etablieren zu wollen wäre es zweifellos von

⁴ 1420 der Beilagen XXII. GP - Regierungsvorlage – Materialien, S.20

⁵ Bericht der Enquete-Kommission, Punkt 29 (Vereinfachungs- und Attraktivierungsmaßnahmen) und insbesondere: Punkt 31: „Die Verlängerung bestehender Fristenregelungen bzw. Vereinfachungen bei Verlängerungen sollen geprüft und ehe baldigst Neugestaltungen (2016) vorgenommen werden. Weiters sollten Fragen zu Möglichkeiten einer generellen und spezialisierten Patientenverfügung und hinsichtlich einer Zusammenführung von beachtlicher und verbindlicher Patientenverfügung besprochen werden.“

Vorteil, wenn den Krankenanstalten – ähnlich der Möglichkeit zur Abfrage bei den Patientenverfügungsregistern von Rechtsanwaltskammer und Notariatskammer – auch die gesetzliche Möglichkeit eingeräumt würde, Einsicht in das „Zentrale Vertretungsverzeichnis (ÖZVV)“ nehmen zu können.

Dies würde – wie auch jetzt bereits im Alltag wiederholt problematisiert – die Klärung vereinfachen, ob und gegebenenfalls wer für die stellvertretende Wahrnehmung der Selbstbestimmung des Patienten befugt ist und welchen Wirkungskreis diese Vertretung insbesondere im Hinblick auf medizinische Entscheidungen umfasst!

5. Conclusio

Aufklärung und informierte Zustimmung stellen die zwei wesentlichen Pfeiler eines diagnostischen und therapeutischen Prozesses dar.

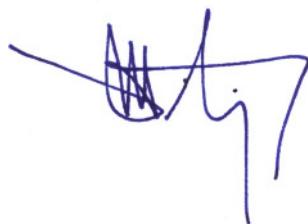
Die sich darin widerspiegelnde Zweiteilung der Macht (medizinische Handlungsmacht und individuelle Zustimmungsmacht) stellen eine wesentliche Errungenschaft dar, seit im ausklingenden 20. Jahrhundert der Respekt vor der Selbstbestimmung des Menschen im medizinischen Kontext Einzug gehalten hat.

Diese Konstruktion gilt es unter allen Umständen zu schützen!

Deshalb ist es seitens des Staates eine moralische Verpflichtung, für alle Menschen, welche Defizite in der Entscheidungsfähigkeit aufweisen, eine Vertretung ihrer Selbstbestimmung zu gewährleisten.

Von dieser ethischen Errungenschaft aufgrund von Schwierigkeiten bei der juristischen Durchführung abzuweichen, hieße, die individuelle Selbstbestimmung weniger zu schützen und das Grundkonzept therapeutischen Handelns zu relativieren.

Wien, 22.8.2016



Univ. Lektor OA Dr. med. Michael Peintinger

IMEG-StellungnahmeZumSWÄnderungsrecht-08-2016

IMEG – Stellungnahme zum Ministerialentwurf 2. ErwSchG

8/8