



Bundesministerium für Justiz
Per E-Mail an: team.z@bmj.gv.at

Präsidium des Nationalrats
Per E-Mail an: begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

12. September 2016

Betrifft: ME 2. ErwSchG, 222/ME 25. GP; BMJ-Z4.973/0059-I 1/2016

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit vorliegendem Schreiben nimmt der Bereich Ethik der Barmherzigen Brüder Österreich zum Ministerialentwurf des 2. Erwachsenenschutz-Gesetzes, 222/ME 25. GP, Stellung. Die Stellungnahme konzentriert sich auf die Bestimmungen zur Entscheidungsfindung in medizinischen Angelegenheiten und damit verbundene Fragen. Die in der Stellungnahme formulierten Überlegungen basieren auf den Erfahrungen der klinischen Ethikberatung, welche in den Krankenhäusern, stationären Pflegeeinrichtungen und Hospizen der Barmherzigen Brüder Österreich seit 2010 institutionalisiert wird.

ALLGEMEINE BEMERKUNGEN

Die Intention, Rechtsinstrumente und Architektur des ME des 2. ErwSchG werden durchwegs begrüßt und unterstützt. In der Praxis zeigt sich, dass die bisherigen Rechtsinstitute zur stellvertretenden Entscheidungsfindung in Gesundheitsangelegenheiten nicht (mehr) adäquat sind, um den tatsächlichen praktischen und rechtsethischen Anforderungen zu genügen.

Die Intention des 2. ErwSchG, die Autonomie zu stärken, entspricht etablierten rechtsethischen Standards, die gerade in Situationen medizinischer Behandlung hochgehalten werden müssen (Schutz der körperlichen und psychosozialen Integrität der Patientin). Diese Intention wird allerdings durch § 253 Abs. 3 2. Satz ABGB des Entwurfs konterkariert (siehe dazu weiter unten).

ETHIK | BARMHERZIGE BRÜDER ÖSTERREICH

Leitung: Priv.-Doz. Dr. Jürgen Wallner, MBA

c/o Krankenhaus der Barmherzigen Brüder Wien
Johannes-von-Gott Platz 1 | A-1020 Wien | Tel. (01) 21121-0 | Fax DW 1333 | ethik@bbprov.at | www.bbethik.at

Die durch das 2. ErwSchG vorgesehenen Rechtsinstrumente – Vorsorgevollmacht, gewählte, gesetzliche, gerichtliche Erwachsenenvertretung – mit dem für sie vorgesehenen Subsidiaritätsprinzip stellen eine notwendige Erweiterung und Anpassung der stellvertretenden Entscheidungsfindung dar.

Die Architektur des 2. ErwSchG, insbesondere die Systematik von gemeinsamen Bestimmungen für die verschiedenen Vertretungsformen sowie die Änderung der Terminologie, dient nicht nur der leichteren Verständlichkeit der Materie, sondern ist auch in einem positiven Sinn bewusstseinsbildend.

BESONDERE BEMERKUNGEN

Vor dem Hintergrund der allgemeinen Unterstützung des ME zum 2. ErwSchG möchten die folgenden besonderen Bemerkungen zu einer bestmöglichen Finalisierung dieses wichtigen legislativen Projekts beitragen.

Zu § 21 Abs. 3 ABGB des Entwurfs

Die Änderung der Terminologie von „Pflegebefohlene“ in „schutzberechtigte Personen“ wird begrüßt, da dies die Intention der rechtlichen Stellvertretung besser zum Ausdruck bringt.

Die Bestimmung, wonach die verschiedenen Formen der Erwachsenenvertretung (inkl. Vorsorgevollmacht), ebenso wie die Obsorge und die Kuratel gemeinsam als „gesetzliche“ Vertretungen bezeichnet werden sollen (ErläutME, S. 8; § 1034 Abs. 1 ABGB), ist etwas irreführend, da dieser Begriff zugleich für die besondere Form der „gesetzlichen Erwachsenenvertretung“ (§§ 268–270 ABGB) vorgesehen ist. Es wäre daher hilfreich, im Überbegriff von „rechtlichen“ Vertretungen zu sprechen.

Zu § 24 ABGB des Entwurfs

Die Aufnahme einer Legaldefinition von „Entscheidungsfähigkeit“ ins ABGB wird begrüßt. Die Kürze und Prägnanz des Terminus ist gut gewählt. Die Legaldefinition, die an jene in § 36 UbG a.F. sowie an die Literatur zur Einsichts- und Urteilsfähigkeit anknüpft, ist hilfreich für die Beurteilung der Entscheidungsfähigkeit.

Zu § 240 ABGB des Entwurfs

Die Terminologie „Personen, die aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer vergleichbaren Beeinträchtigung in ihrer Entscheidungsfähigkeit eingeschränkt sind“, wird unter dem Blickwinkel einer sachgerechten, differenzierten, aber nicht stigmatisierenden Sprache begrüßt.

Das an dieser Stelle (sowie in §§ 241–242 ABGB) vorgesehene Subsidiaritätsprinzip (bzw. *empowerment*) muss jedenfalls erhalten bleiben, da es ein zentrales rechtsethisches Prinzip für die stellvertretende Entscheidungsfindung darstellt.

Zu § 244 ABGB des Entwurfs

Das in Abs. 3 vorgesehene Instrument der „Erwachsenenvertreterverfügung“ wird ausdrücklich begrüßt, da es eine praktische und rechtssichere Erweiterung der stellvertretenden Entscheidungsfindung darstellt.

Zu § 245 ABGB des Entwurfs

Die gesetzliche Klarstellung, dass die Eintragung einer Vorsorgevollmacht, einer gewählten oder gesetzlichen Erwachsenenvertretung ins ÖZW nun konstitutiv für deren Wirksamkeit ist, stellt eine deutliche Verbesserung der Rechtssicherheit dar.

Zu § 248 ABGB des Entwurfs

Die eingeschränkte Informationspflicht eines Vorsorgebevollmächtigten oder Erwachsenenvertreters gegenüber nächsten Angehörigen der vertretenen Person wird aus der praktischen Erfahrung begrüßt.

Zu §§ 252–254 ABGB des Entwurfs

Die Neuregelung der stellvertretenden Entscheidungsfindung bei medizinischen Behandlungen wird grundsätzlich begrüßt.

Die im Entwurf vorgesehene *Aufgabe der Unterscheidung zwischen „einfachen“ und „schwerwiegenden“ medizinischen Behandlungen* und der daran anknüpfenden unterschiedlichen Vertretungsbefugnisse stellt eine wichtige Entscheidung für mehr Rechtssicherheit und Praktikabilität dar. In Kombination mit der Neuregelung der Vertretungsinstitute können medizinische Entscheidungen (z.B. hinsichtlich einer PEG-Sonde) somit künftig im Sinne des Patientenwillens, rechtlich korrekt und zeitnah erfolgen – Anforderungen, denen man bislang bei bestem Willen nicht immer problemlos nachkommen konnte.

Zu § 252 ABGB des Entwurfs

Die in § 252 Abs. 3 vorgesehene „Gefahr in Verzug“-Klausel darf nicht dahingehend missverstanden werden, dass der *Widerspruch* einer entscheidungsfähigen Person gegen eine medizinische Behandlung unbeachtlich wäre. Ein solcher Widerspruch gilt auch bei Gefahr in Verzug. Andernfalls wäre dies ein Einfallstor für eine paternalistische Missachtung des Patientenwillens.

Zu § 253 ABGB des Entwurfs

Zu Abs. 1:

Die in Abs. 1 vorgesehene Pflicht, auch einen nicht entscheidungsfähigen Patienten aufzuklären und seine Meinung einzuholen, wird grundsätzlich begrüßt, da dies ein Ausdruck des Respekts vor der betroffenen Person ist. In der Praxis wird dies allerdings nur bei nicht entscheidungsfähigen Patienten möglich sein, die sich noch rudimentär verständigen können. Bei Patienten, die von einer schweren kognitiven Störung betroffen sind (z.B. nach schwerem Schlaganfall, bei weit fortgeschrittener Demenz), ist eine rechtlich geforderte Aufklärung und Meinungseinholung nicht möglich, wenngleich seitens der Ärzte, Pflege und Therapeuten auch mit diesen Menschen gesprochen wird, um einen sozialen Kontakt aufrecht zu erhalten. Um die in Abs. 1 vorgesehene und grundsätzlich gut begründbare Pflicht nicht zu einem leeren Formalismus werden zu lassen, sollte die Aufklärungs- und Meinungseinholungspflicht auf „nicht entscheidungsfähige, aber kommunikationsfähige“ Patienten beschränkt werden. Der Begriff „kommunikationsfähig“ würde nicht nur die verbale Kommunikation, sondern auch körperliche Gesten der konkludenten Willensbildung umfassen.

Zu Abs. 3:

Überaus problematisch erscheint die in Abs. 3 2. Satz vorgeschlagene Regelung. Zunächst ist es zu begrüßen, dass der Entwurf eine Lösung für die in der Praxis derzeit für alle Betroffenen weitgehend unbefriedigende Regelung „unvertretener“ Patienten vorsieht. Die ErläutME gehen offenbar davon aus, dass der in Abs. 3 2. Satz erwähnte „zustimmungsberechtigte Vertreter“ notwendigerweise ein gerichtlicher Erwachsenenvertreter wäre. Denn die ErläutME begründen die vorgesehene Regelung mit der Verfahrensdauer, die es für die Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters bräuchte (S. 26). In den ErläutME heißt es weiters auf S. 27: „Ist die Vorsorgevollmacht oder Erwachsenenvertretung schon eingerichtet, und zwar mit einschlägigem Wirkungsbereich, dann kommt Abs. 4 [müsste lauten: „Abs. 3“, Anm.] zweiter Satz selbstverständlich nicht zum Tragen.“ Dies lässt allerdings offen, was unter „eingerichtet“ zu verstehen ist. Versteht man darunter, was logisch wäre, das Wirksamwerden (§ 245 Abs. 1 und 2 des Entwurfs), so könnte ein Vorsorgebevollmächtigter, gewählter oder gesetzlicher Erwachsenenvertreter

sicherlich wesentlich kurzfristiger vertretungsbefugt sein, als dies die zwei Wochen-Frist in Abs. 3 2. Satz vorsieht.

Die Zeitspanne von *zwei Wochen* ist *jedenfalls zu lange* gewählt, da sie ein Einfallstor für eine paternalistische Fremdbestimmung über den Patienten darstellen würde. In der Praxis würden sich die Fälle häufen, in denen konstatiert wird, dass der Patient noch keinen zustimmungsberechtigten Vertreter habe (wobei hier wohl nicht zwischen gewähltem, gesetzlichem oder gerichtlichem Erwachsenenvertreter unterschieden würde) und die medizinische Behandlung „tunlichst“ binnen zwei Wochen durchgeführt werden sollte. Dieses „tunlichst“ und damit verbunden das Risiko paternalistischer Fremdbestimmung würde noch dazu durch den immer stärker werdenden Druck zur Verweildauerverkürzung im Krankenhaus steigen. Insgesamt würde damit eine wesentliche Intention des 2. ErwSchG, die Stärkung der Selbstbestimmung der schutzberechtigten Person, in Bezug auf medizinische Behandlungen ausgehöhlt werden.

Aus diesem Grund sollte in Abs. 3 2. Satz die Regelung erstens im Gesetzestext eindeutig nur auf den Fall beschränkt werden, dass der Patient „noch keinen zustimmungsberechtigten gerichtlichen Erwachsenenvertreter“ hat. Wenn ein Vorsorgebevollmächtigter, gewählter oder gesetzlicher Erwachsenenvertreter in Frage kommt, so ist das Wirksamwerden seiner Vertretungsbefugnis jedenfalls abzuwarten, da die damit verbundene Zeitspanne jedenfalls innerhalb einer Woche liegen würde. Wäre die medizinische Behandlung noch dringender nötig, so würde ohnedies die Regelung von Abs. 3 1. Satz greifen.

Selbst wenn im konkreten Fall nur ein gerichtlicher Erwachsenenvertreter in Frage käme, so sollte der Zeithorizont auf eine Woche verkürzt werden, da hier die Möglichkeit zur Bestellung eines einstweiligen Erwachsenenvertreters (§ 120 AußStrG) besteht. Dies wäre im Vergleich zur unvertretenen Entscheidung, wie sie derzeit im Entwurf vorgesehen ist, jedenfalls jener Weg, der den Respekt vor dem Patienten besser zum Ausdruck bringt.

Zusammenfassend: Angesichts des erheblichen grundrechtlichen Eingriffs, den medizinische Behandlungen ohne die Zustimmung des betroffenen Patienten bedeuten, sollte Abs. 3 2. Satz nicht in der derzeit vorliegenden Form in Kraft treten, da damit das rechtsethische Prinzip des Respekts vor der Selbstbestimmung des Patienten unnötig ausgehöhlt würde.

Zu Abs. 4:

Die in § 254 Abs. 4 vorgesehene Berücksichtigung einer allfälligen verbindlichen Patientenverfügung ist klar. Darüber hinaus wäre es jedoch hilfreich, dass die Vorgangsweise bei einer beachtlichen Patientenverfügung ebenfalls gesetzlich geregelt wird: „Hat die im Behandlungszeitpunkt nicht entscheidungsfähige Person die konkret vorzunehmende medizinische Behandlung in einer beachtlichen Patientenverfügung (§ 8 PatVG) abgelehnt und die Patientenverfügung seither nicht widerrufen, so ist die Anwendbarkeit der beachtlichen Patientenverfügung mit dem Vertreter zu beraten und bei dessen Entscheidung zu berücksichtigen.“

Zu § 262 ABGB des Entwurfs

Die Möglichkeit, eine Vorsorgevollmacht vor einem Erwachsenenschutzverein zu errichten, stellt eine wichtige Senkung der formalen und finanziellen Barrieren für dieses Rechtsinstrument dar und wird ausdrücklich begrüßt.

Zu § 264–267 ABGB des Entwurfs

Das neue Instrument der gewählten Erwachsenenvertretung schließt eine wichtige Lücke, da viele Personen, die eine Vertretung benötigen, in einer Krankheitssituation nicht mehr über die vollständige Entscheidungsfähigkeit verfügen, die es für die Errichtung einer Vorsorgevollmacht bräuchte.

Zu §§ 268–270 ABGB des Entwurfs

Die in § 268 Abs. 2 vorgenommene Erweiterung des Kreises nächster Angehöriger um Geschwister, Nichten und Neffen sowie um Personen, die in einer Erwachsenenvertreterverfügung bezeichnet wurden, stellt eine lebenspraktisch gelungene Lösung dar.

Da gemäß § 268 Abs. 1 auch mehrere Angehörige vertretungsbefugt sein können, bleiben jedoch folgende praktisch relevante Fragen unzureichend bestimmt:

- Wer bestimmt, welchen Wirkungsbereich der jeweilige gesetzliche Erwachsenenvertreter hat?
- Wer entscheidet, wenn es für ein und denselben Wirkungsbereich mehrere gesetzliche Erwachsenenvertreter gibt?

Zu §§ 271–276 ABGB des Entwurfs

Die Änderung der Terminologie von „Sachwalter“ auf „gerichtlicher Erwachsenenvertreter“ wird begrüßt, da somit dem Missverständnis vorgebeugt werden kann, bei der vertretenen Person handle es sich um eine „Sache“, die verwaltet werden müsse.

Zu § 8 KAKuG des Entwurfs

Die Neuformulierung von § 8 Abs. 3 ist, abseits von kompetenzrechtlichen Überlegungen, insofern zu begrüßen, als damit die institutionelle Verantwortlichkeit des Krankenanstaltenträgers für ein System der Aufklärung und Einwilligung klargestellt wird.

Zu §§ 2–3 HeimAufG des Entwurfs

Die Einbeziehung von Einrichtungen, die unter der Aufsicht eines Kinder- und Jugendhilfeträgers stehen, in die Schutzbestimmungen des HeimAufG wird aus rechtsethischen Gründen begrüßt.

Die Klarstellung, wonach alterstypische Freiheitsbeschränkungen nicht unter den Begriff der Freiheitsbeschränkung des HeimAufG fallen (§ 3 Abs. 1a) ist eine lebenspraktische Ausnahme, deren Differenzierung von altersuntypischen Freiheitsbeschränkungen freilich ein hohes Unterscheidungsvermögen verlangt. Der Hinweis in den ErläutME (S. 79), wonach es im Zweifelsfall zweckmäßig sei, Freiheitsbeschränkungen bereits bei Verdacht auf ihre altersuntypische Form zu melden, wird freilich zu einem weitgehend defensiven, formalistischen Verhalten ohne entsprechendem Nutzen für den Bewohner führen.

Zu § 140h NO des Entwurfs

In das ÖZV können nur Gerichte, Notare, Rechtsanwälte und Erwachsenenschutzvereine Einsicht nehmen. Es wird daher davon ausgegangen, dass die Verantwortlichkeit für den Nachweis der Vertretungsbefugnis beim Vertreter liegt („Bringschuld“), nicht bei der Krankenanstalt oder beim Pflegeheim.

Für den Bereich Ethik der Barmherzigen Brüder Österreich:

Priv.-Doz. Dr. Jürgen Wallner, MBA

Leiter