

*Peter Barth, Wien*

## **Am „Schauplatz“ Pflegeheim oder von der Freiheit, zu stürzen bzw eine Behandlung abzulehnen**

Wo endet die Autonomie von alten und kranken Menschen? Wo gibt es in der Praxis der Pflege Fremdbestimmung und wie lässt sie sich rechtfertigen?

Der folgende Beitrag will einen Einblick in die im HeimAufG, SWRÄG 2006 und PatVG enthaltenen Lösungsansätze geben.

### **I. Von der Freiheit zu stürzen – Körperliches Wohl versus Autonomie**

#### **A. Situation 1**

Frau S. war bis vor ihrem Einzug ins Seniorenheim Bäuerin in K. Die Übersiedlung ins Heim wurde durch ihre Kinder forciert, die wie sie sagen, „es zu Hause mit der Mutter nicht mehr ausgehalten haben.“ Ihre beginnende Demenz ließ sie zu Hause vergessen, dass die Herdplatte eingeschaltet ist oder ähnliches Frau S. war gegen den Einzug ins Heim und konnte sich nur schwer damit abfinden, nicht mehr zu Hause zu leben. Täglich wanderte Frau S. mit ihrem Gehstock die ein bis zwei Kilometer nach Hause zu ihrem Bauernhof. Die Angehörigen riefen jedes Mal erbost an und beschwerten sich, dass die Heimmitarbeiterinnen<sup>1</sup> nicht genug auf die Mutter aufpassten. Teilweise wurde Frau S. von den Angehörigen, teilweise von Gendarmerie oder anderen Bekannten aus dem Ort wieder ins Heim zurückgebracht. Oftmals hinderte das Pflegepersonal Frau S. am Fortgehen, indem sie sie zurückhielten, ihr wieder und wieder nachliefen und sie dazu überredeten ins Heim zurückzukehren (oft bis zu zehn Mal täglich). Schließlich wurde ihr sogar der Gehstock weggenommen und der Haupteingang bereits am späteren Nachmittag abgeschlossen. Die Folge war, dass Frau S. ohne Gehstock (was zu einer Erhöhung des Sturzrisikos beitrug) und einmal sogar um vier Uhr früh leicht bekleidet durch die Hintertür in Richtung Dorf ging. Es kam auch wirklich zu einzelnen Stürzen, die glücklicherweise glimpflich verliefen. Die Angehörigen beschwerten sich schließlich beim Hausarzt. Dieser verordnete sedierende Medikamente, die Frau S. so stark dämpften, dass sie nicht mehr selbständig aus dem Bett aufstehen konnte. Die Sturzgefahr war nun noch erheblich höher, woraufhin auch Bettgitter angebracht wurden.

---

<sup>1</sup> Bei allen personenbezogenen Bezeichnungen gilt die gewählte Form für beide Geschlechter.

## B. Problematik

Wie hat das Pflegepersonal mit dem „Freiheitsdrang“ von Frau S. umzugehen? Ist deren Autonomie zu respektieren oder kommt dem Schutz des körperlichen Wohls von Frau S. Vorrang zu? Wenn ja, durch welche Maßnahmen soll das Personal die Sturzgefahr der Bewohnerin abwenden?

Bis vor Kurzem agierten die Angehörigen, die Träger und Leiter solcher Einrichtungen und die Pflegepersonen bei solchen Entscheidungen in einer rechtlichen „Grauzone“. Das **HeimAufG** hat hier nun erstmals rechtliche Rahmenbedingungen geschaffen. Ergänzt werden diese durch das Regelungswerk des mit 1.7.2007 in Kraft tretenden **SWRÄG 2006**. Zunächst soll aber ein Blick auf die verfassungsrechtlichen Grundlagen geworfen werden.

## C. Entscheidung des Verfassungsgesetzgebers

Die persönliche Freiheit eines Menschen ist als **Grundrecht** verfassungsrechtlich geschützt: Art 5 Abs 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) 1958 (durch das BVG BGBl Nr 59/1964 in den Verfassungsrang gehoben) und Art 2 Abs 1 des Bundesverfassungsgesetzes über den Schutz der persönlichen Freiheit, BGBl Nr 684/1988 (im Folgenden kurz: PersFrG) ordnen an, dass einem Menschen die persönliche Freiheit nur auf (einfach)gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden darf, und umschreiben jene Fälle, in denen Freiheitsentzug für zulässig erklärt werden kann.

Art 5 Abs 1 EMRK sieht vor, dass einem Menschen die Freiheit nur in den in Abs 1 lit a bis f geregelten Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden darf. Gemäß **Art 5 Abs 1 lit e EMRK** ist dies dann der Fall, wenn sich ein Mensch in rechtmäßiger Haft befindet, weil er eine Gefahrenquelle für die Ausbreitung ansteckender Krankheiten bildet oder weil er geisteskrank, Alkoholiker, rauschgiftsüchtig oder Landstreicher ist. Art 2 Abs 1 PersFrG, übernimmt zwar die Grundstruktur des Gesetzesvorbehalts aus Art 5 Abs 1 EMRK; im Detail weicht die österreichische Neuregelung jedoch von ihrem konventionsrechtlichen Vorbild ab, indem sie die Eingriffstatbestände in manchen Punkten präziser und mitunter auch bewusst strenger umschreibt als die EMRK. Dadurch wurde der gesetzliche Spielraum für die Normierung freiheitsentziehender Maßnahmen noch enger.<sup>2</sup>

Nach **Art 2 Abs 1 Z 5 PersFrG** darf einem Menschen die persönliche Freiheit entzogen werden, "wenn Grund zur Annahme besteht, dass er eine Gefahrenquelle für die Ausbreitung ansteckender Krankheiten sei oder wegen psychischer Erkrankung sich oder andere gefährde". Dieser Eingriffstatbestand ist wesentlich enger als Art 5 Abs 1 lit e EMRK: Insbesondere wurden die Tatbestände des Alkoholismus, der Rauschgiftsucht und der Landstreicherei nicht ins PersFrG übernommen. Die Zulässigkeit des Freiheitsentzugs hängt von bestimmten krankheitsspezifischen Eigenschaften der betreffenden Person und einem prognostischen Element („Gefahr“)

---

<sup>2</sup> Kopetzki in *Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht III (2003) Art 2 PersFrG Rz 2.

ab. Ein konkreter Schaden oder ein rechtswidriges Anlassverhalten ist nicht erforderlich. Art 2 Abs 1 Z 5 PersFrG bietet somit die verfassungsrechtliche Grundlage für einen rein präventiven Freiheitsentzug auf der Grundlage eines Wahrscheinlichkeitsurteils<sup>3</sup>

Art 2 Abs 1 Z 5 PersFrG unterscheidet zwischen ansteckenden Krankheiten einerseits – diese können in weiterer Folge außer Acht gelassen werden – und **psychischen Erkrankungen** andererseits. Letztere bilden die verfassungsrechtliche Grundlage für die Anhaltung psychisch kranker Personen, sofern sich der Freiheitsentzug nicht als Sanktion für eine strafbare Handlung darstellt (diesfalls wäre Art 2 Abs 1 Z 1 PersFrG anzuwenden).

Das PersFrG hat – im Vergleich zur EMRK – die Zulässigkeitsbedingungen für diese Art des Freiheitsentzugs durch Einfügung eines **zusätzlichen Gefährdungskriteriums** deutlich verengt. Es kommt – wie erwähnt – darauf an, ob der Betroffene wegen seiner psychischen Erkrankung sich oder andere gefährdet. Damit wurde ganz bewusst eine „beträchtliche freiheitsbegünstigende Einschränkung“ gegenüber Art 5 Abs 1 lit e EMRK verankert.<sup>4</sup>

## D. Autonomie versus Fremdbestimmung im Zusammenhang mit dem Heimaufenthalt

### 1. „Zwangseinweisung“ in das Heim?

Das HeimAufG beschränkt sich – aus kompetenzrechtlichen Gründen<sup>5</sup> – auf die Regelung der Voraussetzungen, der Vornahme und der gerichtlichen Überprüfung von Freiheitsbeschränkungen in Heimen und anderen Einrichtungen. Es gilt nicht für die **Aufnahme** des Betroffenen in ein Heim (oder eine vergleichbare Einrichtung) bzw in die Krankenanstalt.<sup>6</sup> Sie kann

---

<sup>3</sup> Kopetzki in *Korinek/Holoubek* Art 2 PersFrG Rz 56 f.

<sup>4</sup> Vgl *Holzinger*, Ziele und Aufgaben einer Neuordnung des Schutzes der persönlichen Freiheit, in *Bundeskanzleramt/Verfassungsdienst* (Hrsg), Der Schutz der persönlichen Freiheit (1987) 11 (14).

<sup>5</sup> Die Regelung der Errichtung, der Erhaltung und des Betriebes von Heimen für Personen, die wohl ständiger Pflege, aber bloß fallweiser ärztlicher Betreuung bedürfen, fällt gemäß Art 15 Abs 1 B-VG in die Zuständigkeit der Länder (VfGH 16.10.1992, K-II – 2/91; VfSlg 13.237/1992 = JBl 1993, 382). Von der Kompetenz zur Regelung der Errichtung, der Erhaltung und des Betriebes von Heimen sind jedoch – wie der VfGH in seinem Erkenntnis vom 28.6.2003, G 208/02 (= RdM 2003/81), ausdrücklich festgestellt hat – freiheitsbeschränkende Maßnahmen in Heimen ausgenommen.

<sup>6</sup> RV 353 BlgNR 22. GP 8. Eine Freiheitsbeschränkung wird allerdings auch dann noch „im Heim“ vorgenommen, wenn der „Flüchtige“ das Heimareal bereits verlassen hat und – etwa aufgrund ernstlicher und erheblicher Selbstgefährdung – zurückgeholt werden muss. In § 2 geht es nämlich nicht primär um eine räumliche Eingrenzung der „Anstaltsgewalt“, der man sich dann erfolgreich entzogen hat, wenn man sich nicht mehr auf deren Grund und Boden befindet. Es soll vielmehr klargestellt werden, dass das Regime des HeimAufG lediglich bei Freiheitsbeschränkungen an Personen anzuwenden ist, die in ein Heim, eine ähnliche Pflegeeinrichtung oder eine Krankenanstalt aufgenommen wurden, also Teil des

lediglich freiwillig – aufgrund eines Heimvertrags (siehe § 27b Abs 1 KSchG) bzw eines Krankenhausaufnahmevertrags<sup>7</sup> – erfolgen. Was sieht nun die Rechtsordnung im Fall der Heimaufnahme der Frau S. vor: Autonomie oder Fremdbestimmung?

Seit dem In-Kraft-Treten des KindRÄG 2001 wird diskutiert, ob es ein Recht des Sachwalters zur Bestimmung des Aufenthalts der behinderten Person – insbesondere, wenn dies mit freiheitsbeschränkenden Wirkungen verbunden ist – überhaupt gibt.<sup>8</sup> In **§ 284a** ABGB idF des SWRÄG 2006 wird – wohl in Übereinstimmung mit der hM zur geltenden Rechtslage – die Bestimmung des Wohnortes einer ausdrücklichen Regelung zugeführt.

In Abs 1 wird nunmehr ausdrücklich festgestellt, dass jedermann, wenn er über die erforderliche **Einsichts- und Urteilsfähigkeit** verfügt, über seinen **Wohnort** selbst entscheidet. Ob eine behinderte Person fähig ist, dies für sich zu beurteilen, ist grundsätzlich davon unabhängig, ob sie auch über die Fähigkeit verfügt, die hierfür erforderlichen Verträge (hier den Heimvertrag) abzuschließen.<sup>9</sup> An diese Entscheidung des einsichtsfähigen Betroffenen ist auch ein Sachwalter gebunden, der für diesen Kreis der Angelegenheiten bestellt ist, er darf daher grundsätzlich keine dem Willen des Betroffenen widersprechenden Verträge abschließen.

Soweit die Betreffende **nicht ausreichend einsichts- und urteilsfähig** ist, hat nach § 284a Abs 2 erster Satz ABGB nF der **Sachwalter** diese Entscheidung für die behinderte Person zu treffen, wenn dies zur Wahrung ihres Wohles (zB weil die drohende Verwahrlosung und Unterversorgung durch die Organisation eines ambulanten Betreuungsnetzes, Beihilfen zur finanziellen Absicherung und ähnliche Maßnahmen voraussichtlich nicht abgewendet werden kann) erforderlich ist und sein Wirkungsbereich die Besorgung dieser Angelegenheit umfasst. Ist mit der Entscheidung des Sachwalters eine **dauerhafte Änderung des Wohnortes** der Person unter Sachwalterschaft verbunden, dh wird der Betroffene dort (etwa bei Auflö-

---

„Anstaltsbetriebs“ sind. Ist eine Person aber in der Pflegeeinrichtung oder dem Krankenhaus aufgenommen, unterliegt sie einer gewissen Fürsorge der in der Einrichtung Tätigen, welche selbstverständlich nicht an den Pforten des Heims oder der Anstalt endet. Das Zurückholen eines Bewohners der Einrichtung ist eine der in Pflegeeinrichtungen häufigeren freiheitsbeschränkenden Maßnahmen, auf die das Gesetz – auch nach dem Willen des historischen Gesetzgebers (RV 353 BlgNR 22. GP 9) – gerade anzuwenden ist und die den hier festgelegten Maßstäben entsprechen müssen; s näher *Barth/Engel*, Das Heimaufenthaltsgesetz, ÖJZ 2005, 401 (404).

<sup>7</sup> Zu diesem *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht (1996) 51 ff mwN.

<sup>8</sup> Vgl *Stabentheiner in Rummel*<sup>8</sup> 1. ErgBd §§ 282 bis 284 Rz 4; *Schauer*, NZ 2001, 275 (279). Vor dem KindRÄG 2001 wurden im Rahmen der „Personensorge“ auch freiheitsbeschränkende Maßnahmen der Aufenthaltsbestimmung getroffen (s ua OGH JBI 1988, 105).

<sup>9</sup> Vor die Frage gestellt, wie die Anforderungen an die Einsichtsfähigkeit zu beschreiben sind, können die Fähigkeit zur Bewertung des Für und Wider des gewählten Wohnortes, die Fähigkeit zu einem angemessenen Verständnis der Tatsachen (das Haus verfügt über keinen Lift, die Wohnung ist teuer, Finanzierung usw.) sowie die Fähigkeit zur einsichtsgemäßen Steuerung des Verhaltens (bestehen zB übermächtige Ängste) von einander unterschieden werden (vgl *Ame-lung*, Über die Einwilligungsfähigkeit, ZStW 1992, 526; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 818-824).

sung des bisherigen Haushaltes) voraussichtlich auf Dauer oder auf unbestimmte Zeit leben, bedarf es nach § 284a Abs 2 zweiter Satz ABGB nF zusätzlich der **Genehmigung des Pflegschaftsgerichts**.<sup>10</sup> Nimmt der Sachwalter eine solche Aufenthaltsänderung ohne diese Genehmigung vor, so ist diese unzulässig und kann Schadenersatzansprüche auslösen.

Der **Abschluss des Heimvertrags** iSd § 27b KSchG stellt zwar – jedenfalls bei erstmaligem Abschluss – idR eine Angelegenheit der außerordentlichen Vermögensverwaltung dar, weil die damit verbundenen Aufwendungen nach den Vermögensverhältnissen des Betroffenen nicht als üblich und geläufig anzusehen sind;<sup>11</sup> er bedürfte nach geltendem Recht daher der gerichtlichen Genehmigung (s § 275 Abs 3 ABGB nF). Der Gestaltungsspielraum der Träger von Altenheimen, Pflegeheimen und ähnlichen Einrichtungen ist aber aufgrund der strengen Vorgaben des Heimvertragsgesetzes sehr eng, der Heimbewohner ist also dadurch bereits hinreichend geschützt. § 27d Abs 6 KSchG idF des SWRÄG 2006 nimmt demgemäß den Abschluss eines Heimvertrages von der gerichtlichen Genehmigungspflicht aus, wenn die inhaltlichen und formellen Anforderungen des § 27d KSchG erfüllt sind und das im Heimvertrag vorgesehene Entgelt in den Einkommens- und Vermögensverhältnissen des Betroffenen Deckung findet. Dies gilt aber auch dann, wenn das im Heimvertrag vorgesehene Entgelt die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Bewohners zwar übersteigt, die Unterbringung in der Einrichtung aber im Rahmen der Sozialhilfe erfolgt.<sup>12</sup> Trifft ein Sachwalter in Vertretung der behinderten Person mit einem Heimträger Vereinbarungen, die von diesen Vorschriften des KSchG abweichen, so sind sie für den Betroffenen **unwirksam**.<sup>13</sup>

Eine Bestimmung über die **zwangsweise Durchsetzung einer Aufenthaltsänderung** war – als Diskussionsgrundlage – in einem ersten Gesetzesentwurf zum Sachwalterrechts-Änderungsgesetz enthalten. Aufgrund der ganz überwiegend ablehnenden Haltung der Experten der die Reform begleitenden Arbeitsgruppe wurde von einer solchen Regelung Abstand genommen.<sup>14</sup> Eine Freiheitsbeschränkung an Frau S. zur

---

<sup>10</sup> Vgl § 1907 Abs 1 dt BGB.

<sup>11</sup> Vgl LGZ Wien EF 99.094.

<sup>12</sup> Der Entscheidungsspielraum ist für den Pflegschaftsrichter in diesem Bereich – in Ermangelung von Unterbringungsalternativen – oftmals gering, sodass die Genehmigung idR zu einem Formalakt wird.

<sup>13</sup> Im Hinblick darauf, dass Landesgesetze unterschiedliche Formen von Vertretungskörpern, Patientenanwaltschaften und Ombudsstellen für Heimbewohner vorsehen (s *Ganner*, Heimvertrag, 75 ff) sowie § 29 KSchG darüber hinaus eine Verbandsklagebefugnis und § 27e KSchG die Möglichkeit der – an keine besonderen Fähigkeiten des Bewohners anknüpfenden – Namhaftmachung einer Vertrauensperson einräumt, erscheint in diesem konkreten Zusammenhang die gerichtliche Genehmigung nicht erforderlich. Die persönlichkeitsrechtlich relevante Komponente der Heimunterbringung, die Aufenthaltsänderung unter Auflösung des bisherigen Wohnsitzes, bedarf zudem ohnedies der gerichtlichen Genehmigung (s § 284a Abs 2 ABGB nF).

<sup>14</sup> Eingewandt wurde einerseits, dass es nur wenige Personen gäbe, denen durch diese Zwangsmaßnahmen tatsächlich besser geholfen werden könne als durch eine Unterbringung in einer psychiatrischen Anstalt. Für den Großteil des betroffenen Klientel berge eine solche Maßnahme aber auf Grund der geringeren

zwangsweisen „Einweisung“ in das Heim ist daher im Allgemeinen unzulässig. Ausnahmen sind nur bei Vorliegen allgemeiner Rechtfertigungsgründe (Notwehr, Nothilfe, Notstand) bzw. nach den Vorgaben des UbG und des § 46 SPG zulässig.<sup>15</sup>

## 2. Die „freiwillige“ Beeinträchtigung der körperlichen Bewegungsfreiheit im Heim

Eine Freiheitsbeschränkung iSd HeimAufG liegt immer dann vor, wenn es einer Person unter Einsatz oder Androhung von physischen Mitteln (zB mechanische, elektronische und medikamentöse Maßnahmen) unmöglich gemacht wird, ihren Aufenthalt nach ihrem freien Willen zu verändern.<sup>16</sup> Eine Freiheitsbeschränkung ist darüber hinaus nur dann gegeben, wenn der Betroffene **gegen oder ohne seinen Willen** beschränkt wird, wenn ihm also während des Aufenthalts in der Einrichtung entweder gegen seinen (im Zustand der Einsichtsfähigkeit ausdrücklich oder konkludent erklärten) Willen oder ohne seinen Willen (weil er zu einer Willensabgabe mangels Einsichtsfähigkeit nicht fähig ist) die Bewegungsfreiheit entzogen wird.<sup>17</sup> Frau S. hat den an ihr vorgenommenen Freiheitsbeschränkungen nicht zugestimmt. Unter welchen Voraussetzungen könnte sie aber durch ihre autonome Entscheidung den an ihr vorgenommenen Maßnahmen den Charakter einer Freiheitsbeschränkung nehmen?

Die **Einwilligung** durch die betreute oder gepflegte Person schließt im Allgemeinen einen Grundrechtseingriff aus. Beschränkungen der Bewegungsfreiheit mit dem Willen des Bewohners sind daher auch nach § 3 Abs 2 keine Freiheitsbeschränkungen iSd HeimAufG und unterliegen nicht

---

„nachgehenden“ Fürsorge deutliche Gefahren. Andererseits wäre auch für diese freiheitsbeschränkenden Maßnahmen ein aufwändiges Rechtsschutzverfahren vorzusehen, das jenem des UbG gleiche, da ansonsten eine Gleichheitsverletzung vorliege. Dann wäre aber mit der Einführung einer spezielleren Form von Zwangsmaßnahmen jedenfalls keine schnellere und formlosere gerichtliche Entscheidung verbunden. Dazu könnte die Legitimität von institutionellen Zwangsmaßnahmen oftmals dazu führen, dass weniger Gewicht auf die Überzeugungsarbeit gelegt werde, die aber – auch therapeutisch gesehen – von großer Bedeutung sei. Im Gesetzentwurf wird diesen nachvollziehbaren Bedenken insofern Rechnung getragen, als keine ausdrückliche Regelung dieser Materie erfolgt.

<sup>15</sup> S *Kneihs*, Die „tobende Psychose“ und die Rolle des Rettungsdienstes, RdM 2005, 35.

<sup>16</sup> Dabei ist zunächst die Beschränkung der Bewegungsfreiheit auf einen bestimmten räumlich abgegrenzten Bereich wesentlich. Durch diese Allseitigkeit der Bewegungsbeschränkung unterscheidet sich die Freiheitsbeschränkung maßgeblich von sonstigen Beschränkungen der Bewegungsfreiheit, die durch andere Grundrechte (ua Art 2 Abs 1 des 4. ZPEMRK (Bewegungsfreiheit und freie Wahl des Wohnsitzes); Art 4 StGG (Freizügigkeit der Person, Freiheit der Auswanderung); Art 6 StGG (freie Wahl des Aufenthaltes und des Wohnsitzes)) erfasst sind. Die Unmöglichkeit, bestimmte Räume oder Areale zu betreten (die sog „negative Konfinierung“), ist keine Freiheitsbeschränkung (RV 353 BlgNR 22. GP 9; *Kopetzki* in *Korinek/Holoubek* Art 1 PersFrG Rz 22).

<sup>17</sup> RV 353 BlgNR 22. GP 10; vgl auch *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 526

den materiellen Voraussetzungen dieses Gesetzes (§ 4).<sup>18</sup> Damit die Einwilligung rechtserheblich ist, muss sie **frei von Willensmängeln** sein.<sup>19</sup> Die Einwilligung hat – bei sonstiger Unwirksamkeit – nicht nur die „freiheitsbeschränkende“ Maßnahme ganz allgemein zu erwähnen, sondern muss sich auf den konkret vorzunehmenden Eingriff beziehen, also **inhaltlich ausreichend bestimmt** sein.<sup>20</sup> Außerdem muss der Bewohner, um wirksam einwilligen zu können, **aufgeklärt** worden sein. Er muss sich der Tragweite seiner Entscheidung bewusst sein.<sup>21</sup> Schließlich setzt eine wirksame Einwilligung voraus, dass der Patient überhaupt fähig ist, sich der Tragweite seiner Einwilligungsentscheidung bewusst zu sein, er also über die erforderliche **Einsichts- und Urteilsfähigkeit** verfügt.<sup>22</sup> Die Einwilligung kann im Übrigen jederzeit und auch schlüssig **widerrufen** werden.<sup>23</sup>

Nur bei Vorliegen dieser Voraussetzungen kommt die Autonomie der Frau S. hier zum Tragen und kann dazu führen, dass Einschränkungen ihrer körperlichen Bewegungsfreiheit nicht als Grundrechtseingriffe und Freiheitsbeschränkungen iSd § 2 HeimAufG zu qualifizieren sind.

### 3. „Mündigkeit“ zur Freiheit? Bewegungsfähigkeit als Bedingung des Grundrechtsschutzes?

„Jedermann hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit (persönliche Freiheit).“ Mit dieser programmatischen Aussage in Art 1 Abs 1 PersFrG wird Annahmen um eine sog „Grundrechtsmündigkeit“ schon prima facie eine Absage erteilt. Dazu kommt, dass der Verfassungsgesetzgeber mit der Aufnahme der psychischen Krankheit in den Katalog von Gründen einer zulässigen Freiheitsentziehung (Art 5 Abs 1 lit e EMRK; Art 2 Abs 1 Z 6

<sup>18</sup> Jedoch sind auch mit dem Willen der einsichtsfähigen Person vorgenommene Freiheitsbeschränkungen zu dokumentieren (§ 6) und der Bewohnervertreter, sonstige Vertreter und die Vertrauensperson zu verständigen (siehe näher *Barth/Engel*, Heimrecht § 7 HeimAufG Anm 12).

<sup>19</sup> Der Betroffene darf keinem dem Heimträger zurechenbaren (also etwa von der anordnungsbefugten Person (zu dieser § 5) adäquat verursachten) Irrtum unterliegen und er darf nicht aufgrund von Täuschung oder Drohung zur Einwilligung veranlasst worden sein. *Koziol*, Haftpflichtrecht II<sup>2</sup> 121; *Kohte*, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 185, 105 [139-142]; *Edlbacher*, Ärztliche Eingriffe an Minderjährigen, ÖJZ 1982, 365 [370]; *Menardi*, Zustimmungspflichten bei der Behandlung Minderjähriger, ÖAV 1998, 3 [3]; *Deutsch*, Haftungsrecht 227.

<sup>20</sup> Vgl *Kohte*, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 185, 105 [125 f]; *Rieger*, Lexikon des Arztrechts (1984) Rz 810; *Rouka*, Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen bei ärztlichen Eingriffen (1996) 93.

<sup>21</sup> Die Selbstbestimmungsaufklärung hat dementsprechend den Zweck, dem Bewohner für seinen Entschluss, ob er sich der von der anordnungsbefugten Person geplanten „freiheitsbeschränkenden“ Maßnahme unterziehen will, ausreichende Grundlagen zu verschaffen. Sie hat sowohl die Tragweite, Folgen und Risiken der Unterlassung der Maßnahme zu umfassen als auch die pflegerischen Alternativen aufzuzeigen (analog zur ärztlichen Aufklärung bei medizinischen Behandlungen; siehe hierzu ausführlich *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 9-15, 179-224 [Umfang der Patientenaufklärung], 170-179 [Aufklärungsform]; *Willinger*, Ärztliche Aufklärungspflicht 111-174).

<sup>22</sup> S hiezu *Barth/Engel*, Heimrecht § 3 HeimAufG Anm 13.

<sup>23</sup> RV 353 BlgNR 22. GP 10.

PersFrG) klar zum Ausdruck gebracht hat, dass die psychische Krankheit eine Zulässigkeitsbedingung der Freiheitsentziehung ist und psychisch Kranke gerade nicht vom Anwendungsbereich des Grundrechts auf persönliche Freiheit ausgenommen werden sollen.<sup>24</sup> Auf die Bildung eines **vernünftigen Fortbewegungswillens** kommt es also für die Frage, ob jemand in seiner Freiheit beschränkt werden kann, nicht an.<sup>25</sup> Auch spielt keine Rolle, ob sich der Betroffene der Beschränkung überhaupt bewusst ist.<sup>26</sup> Dieses verfassungsrechtliche Grundverständnis findet im Wortlaut des § 3 Abs 1 HeimAufG seine Bestätigung, wenn dort lediglich darauf abgestellt wird, ob „eine Ortsveränderung einer betreuten oder gepflegten Person gegen oder ohne ihren Willen ... unterbunden wird“. Eine Ortsveränderung kann ja auch bei Personen unterbunden werden, deren psychische Erkrankung das bewusste Erleben und die freie Willensbildung beseitigt hat.<sup>27</sup>

Die persönliche Freiheit im grundrechtlichen Sinn bezieht sich also auf die physische Bewegungsfreiheit. Die körperliche Bewegungsfreiheit kann entweder selbständig (allenfalls unter Zuhilfenahme eines Gehstocks oder einer anderen Gehhilfe) oder aber durch die Hilfe Dritter (zB durch Schieben eines Rollstuhls) entfaltet werden.<sup>28</sup> Wird jemandem diese Möglichkeit zur willkürlichen körperlichen Ortsveränderung genommen, etwa indem er in seinem Zimmer versperrt, seine Gehhilfe entfernt oder er – bei völliger Gehunfähigkeit – trotz seines Wunsches nicht aus seinem Zimmer gebracht wird, liegt eine Freiheitsentziehung im verfassungsrechtlichen Sinn vor.<sup>29</sup> Ausgenommen vom Grundrechtsschutz sind lediglich Menschen, denen **jede Möglichkeit zur willkürlichen körperlichen Bewegung** und Ortsveränderung fehlt, so **bewusstlose** bzw nach einer Operation im Koma liegende oder im Dämmerzustand automatischen Handlungsschablonen folgende Personen.<sup>30</sup>

<sup>24</sup> *Kopetzki in Korinek/Holoubek* Art 1 PersFrG Rz 2 mwN; diesem folgend 6 Ob 198/02i: „Gerade die psychische Erkrankung ist eine der Voraussetzungen der vom Gericht zu überprüfenden Unterbringung.“

<sup>25</sup> *Kopetzki in Korinek/Holoubek* Art 1 PersFrG Rz 3.

<sup>26</sup> 1 Ob 584/93.

<sup>27</sup> S *Barth/Engel*, Heimrecht § 3 HeimAufG Anm 12; vgl zum UbG 6 Ob 198/02i.

<sup>28</sup> S *Kopetzki in Korinek/Holoubek* Art 1 PersFrG Rz 3: „Eine Freiheitsentziehung kann somit gegenüber jedermann erfolgen, der – und sei es durch die Hilfe Dritter – die Möglichkeit körperlicher Bewegung und Ortsveränderung hat.“ Ähnlich auch jüngst BG Wels 26 HA 2/06a.

<sup>29</sup> Vgl näher *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 247-250.

<sup>30</sup> OGH SZ 67/87; *Kopetzki in Korinek/Holoubek* Art 1 PersFrG Rz 3; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 247; vgl zum HeimAufG RV 353 BlgNR 22. GP 10 und *Barth/Engel*, ÖJZ 2005, 401 (405). Der OGH hat das Festbinden einer nach einer Operation im Koma liegenden Patientin, damit sie sich nicht durch eine unwillkürliche Bewegung gefährdet, nicht als Unterbringung angesehen (ÖA 1995, 31 = SZ 67/87). Auch die Fixierung des Handgelenkes eines tief bewusstlosen Patienten wurde von vornherein vom Begriff der Freiheitsbeschränkung ausgenommen (vgl OGH EvBl 1995/24 = RZ 1995/59 = SZ 67/91); strenger noch offenbar 6 Ob 198/02i: „Entgegen der Ansicht der Vorinstanzen entfällt der Schutz des UbG nicht schon deshalb, weil ein Patient seine Bewegungsfreiheit auf Grund seines schlechten gesundheitlichen Zustandes ohnehin nicht in Anspruch nehmen kann und infolge seiner schweren psychischen Beeinträchtigung die Freiheitsbe-



#### 4. Zulässigkeit einer Freiheitsbeschränkung – Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen Autonomie und Fremdbestimmung durch das HeimAufG

Nach § 4 HeimAufG darf eine Freiheitsbeschränkung nur vorgenommen werden, wenn

1. der Bewohner psychisch krank oder geistig behindert ist und im Zusammenhang damit sein Leben oder seine Gesundheit oder das Leben und die Gesundheit anderer ernstlich und erheblich gefährdet,
2. sie zur Abwehr dieser Gefahr unerlässlich und geeignet sowie in ihrer Dauer und Intensität im Verhältnis zur Gefahr angemessen ist sowie
3. diese Gefahr nicht durch andere Maßnahmen, insbesondere schonendere Betreuungs- oder Pflegemaßnahmen, abgewendet werden kann.

Eine Freiheitsbeschränkung darf an Frau S. also nur vorgenommen werden, wenn sie an einer **psychischen Krankheit** leidet oder **geistig behindert** ist.<sup>31</sup> Das HeimAufG bleibt hier in dem vom PersFrG vorgegebenen Rahmen, weil die geistige Behinderung unter den Begriff der „psychischen Erkrankung“ iSd Art 2 Abs 1 Z 5 PersFrG fällt.<sup>32</sup> Hervorzuheben ist, dass Demenzerkrankte wie Frau S. an einer psychischen Krankheit iSd Gesetzes leiden.<sup>33</sup>

Für die Zulässigkeit einer Freiheitsbeschränkung wird neben der psychischen Beeinträchtigung auch gefordert, dass die Betroffene **wegen** dieser Krankheit ihr eigenes Leben oder ihre eigene Gesundheit oder das Leben oder die Gesundheit eines anderen gefährdet. Die Gefährdung muss – ebenso wie nach § 3 Z 1 UbG – **ernstlich** sein. Es reicht nicht aus, dass der Bewohner sich oder andere vielleicht gefährden könnte, die Gefahr muss konkret, also aktuell vorhanden sein, der Eintritt der Schädigung muss allerdings nicht unmittelbar bevorstehen.<sup>34</sup> Darüber hinaus muss eine

---

schränkung nicht bewusst erlebt. Der Oberste Gerichtshof hat zwar in einer – bislang vereinzelt gebliebenen – Entscheidung ausgesprochen, dass ein Patient im Zustand tiefer Bewusstlosigkeit kein Bewusstsein und keine Bewegungsfreiheit mehr besitze, weshalb deren Einschränkung begrifflich nicht in Frage komme (4 Ob 534/94 = SZ 67/87). Abgesehen davon, dass diese Ansicht bereits mit der Begründung, dass die Persönlichkeitsrechte und die Menschenwürde gerade eines tief Bewusstlosen wegen des Abganges eigener Reaktionsfähigkeit auf etwaige Angriffe als besonders schutzbedürftig anzusehen seien, abgelehnt wurde (6 Ob 559/94 = SZ 67/91), liegt hier kein vergleichbarer Sachverhalt vor. Die Patientin befand sich nicht im Zustand tiefer Bewusstlosigkeit. Sie war körperlich geschwächt und psychisch krank.“

<sup>31</sup> Zu den Begriffen „psychische Krankheit“ und „geistige Behinderung“ siehe näher *Stabentheiner in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 273 Rz 1 und *Barth/Engel*, Heimrecht § 4 Anm 2-4 HeimAufG .

<sup>32</sup> Vgl dazu *Kopetzki in Korinek/Holoubek* Art 2 PersFrG Rz 65. Die geistige Behinderung zählt demgegenüber nicht zu den psychischen Krankheiten iSd § 3 UbG; OGH SZ 64/131; RZ 1994/8; *Hopf/Aigner*, UbG § 3 Rz 4; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 488 mwN.

<sup>33</sup> RV 353 BlgNR 22. GP 10; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 491.

<sup>34</sup> Wie nach § 3 UbG wird ein „hohes Maß an Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts gegeben sein“ müssen; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 510 mwN; allerdings bedarf es auch nicht zwingend eines Anlassfalls, in dem „gerade noch einmal alles gut gegangen ist“; RV HeimAufG 11.

**erhebliche Gefährdung** bestehen. Eine solche Schwere der drohenden Schädigung der körperlichen Integrität kann – in Anlehnung an § 110 Abs 2 StGB – dann angenommen werden, wenn eine Gesundheitsschädigung von mehr als 24-tägiger Dauer, ein Knochenbruch, eine Gehirnerschütterung oder eine angesichts der Wichtigkeit des betroffenen Organs, des Ausmaßes der Krankheitserscheinungen, der Gefährlichkeit der Beeinträchtigung und der Ungewissheit des Heilungsverlaufes „an sich schwere“ Beeinträchtigung der Gesundheit droht.<sup>35</sup>

Bei einer desorientiert Herumirrenden kann im großstädtischen Bereich allenfalls mit Unfällen im Straßenverkehr oder im ländlichen Gegenden im Winter mit Erfrierungen oä gerechnet werden,<sup>36</sup> Frau S. hat die paar Kilometer vom Heim zurück zum Bauernhof aber offenbar problemlos zurückgelegt. Es hat ihr – zum Missfallen der Angehörigen – augenscheinlich kein Problem bereitet, den Weg nach Hause zu finden. Eine ernstliche und erhebliche Gefährdung iSd Gesetzes ist damit wohl nicht gegeben.

Doch selbst wenn man – unter geänderten Bedingungen – eine qualifizierte Selbstgefährdung annehmen würde, wären die an Frau S. vorgenommenen Freiheitsbeschränkungen (Zurückhalten, Entfernen der Gehhilfe, medikamentöse Sedierung, Steckgitter) wohl unzulässig. § 4 Z 2 HeimAufG setzt nämlich weiter voraus, dass die Freiheitsbeschränkung zur Gefahrenabwehr **unerlässlich** und **geeignet** ist<sup>37</sup>; nach § 4 Z 3 HeimAufG darf die Gefährdung **nicht durch andere pflegerische oder pädagogische Maßnahmen**, die nicht (oder weniger) in die Freiheitsrechte der Betroffenen eingreifen, abgewendet werden können.<sup>38</sup>

Eine solche gelindere – hier pflegerische – Alternative stellt etwa die sog „Biographiearbeit“ mit der Bewohnerin dar, die in einer stärkeren Rücksichtnahme der – oftmals in früheren Lebensphasen begründeten – Bedürfnisse mündet. Im konkreten Fall hat einer Intervention der Pflegedienstleitung dazu geführt, dass die Medikamente vom Hausarzt abgesetzt und im Pflegeteam ein klares Konzept erarbeitet wurde, das eine Beschäftigung von Frau S. im heimeigenen Garten ermöglichte. Die Angehörigen wurden in die Betreuung mit eingebunden und Frau S. einmal pro Woche nach Hause geholt, um mit ihr am Bauernhof den Nachmittag zu verbringen. Es kam zwar trotzdem noch einige Male vor, dass Frau S. das Haus verließ, jedoch wurde sie vom Pflegepersonal nicht mehr zurückgehalten.

---

<sup>35</sup> RV 353 BlgNR 22. GP 11; vgl etwa *Lewis*, BT I<sup>2</sup> 33-36.

<sup>36</sup> OGH in 4 Ob 513/93 mwN (die Voraussetzungen für eine Unterbringung bejahend).

<sup>37</sup> Sie muss sowohl in ihrer Dauer als auch in ihrer Intensität im Verhältnis zur Gefahr angemessen sein. „Disziplinäre“ oder „erzieherische“ Erwägungen spielen hier keine Rolle; RV 353 BlgNR 22. GP 11.

<sup>38</sup> Mit diesem Grundsatz der Subsidiarität wird zum Ausdruck gebracht, dass die Freiheitsbeschränkung nur als letztes Mittel in Frage kommt, also wenn dem Bewohner nicht mehr auf andere Weise geholfen werden kann, somit der mit seiner Krankheit verbundenen Gefahr nicht auf andere Weise als durch die Freiheitsbeschränkung entgegengewirkt werden kann; so zum ähnlich lautenden § 3 Z 2 UbG schon RV 464 BlgNR 17. GP 20. Dabei wird es auf zeitgemäße pädagogische oder Pflegestandards ankommen; s näher *Barth/Engel*, Heimrecht § 4 Anm 10 HeimAufG.

Am „Schauplatz“ Pflegeheim oder von der Freiheit, zu stürzen bzw eine Behandlung abzulehnen

---

Durch die regelmäßig organisierten Besuche zu Hause und die Beschäftigung reduzierte sich der Drang, nach Hause zu gehen, immer mehr.

## II. Die unvernünftige Ablehnung einer Heilbehandlung

### A. Situation 2

Bei einem unter einer schizoaffektiven Psychose leidenden 43jährigen Heimbewohner („Herr M.“), für den ein Sachwalter für alle Angelegenheiten bestellt ist, wird nach einer Krankheitsdauer von wenigen Tagen im Rahmen der klinischen Untersuchung die Diagnose eines Tumors der hinteren Schädelgrube gestellt. Bei der Operation kann der Tumor weitgehend, aber nicht vollständig entfernt werden. Die histologische Untersuchung bestätigt die klinische Verdachtsdiagnose eines Medulloblastoms. Dieser bösartige Hirntumor ist durch eine Operation erfahrungsgemäß nicht zu heilen und führt ohne weitere Behandlung zum Tod innerhalb von Monaten oder wenigen Jahren. Eine nachfolgende Bestrahlung des Gehirns und des Rückenmarkes führt zu einer Heilung in etwa 70 % der Fälle. Die Überlebenschancen sind wahrscheinlich durch eine zusätzliche intensive Chemotherapie zu verbessern. Der Mann will den Eingriff unter keinen Umständen an sich vornehmen lassen.

### B. Problematik

Wieder stellt sich die Frage, ob bzw unter welchen Voraussetzungen das Pflegepersonal und die behandelnden Ärzte die autonome Entscheidung von Herrn M. zu respektieren haben. Im Folgenden soll der Fall unter Anwendung des im **SWRÄG 2006** neu vorgesehenen – und geltendes Recht großteils nur „festschreibenden“ – **§ 283 ABGB** näher geschildert werden, auf Abweichungen zur aktuellen Rechtslage wird hingewiesen werden.

### C. Entscheidung des Verfassungsgesetzgebers

**Art 8** der in Österreich in Verfassungsrang stehenden Menschenrechtskonvention gewährleistet das Recht auf Achtung des Privatlebens, des Familienlebens, der Wohnung und des Briefverkehrs.<sup>39</sup> Mit dem Begriff des Privatlebens ist jener persönliche Bereich umschrieben, in dem die privaten Beziehungen und die persönliche Entfaltung und Lebensgestaltung des Menschen stattfinden.<sup>40</sup> Dazu gehört nach unbestrittener Lehre und Rsp auch die **physische und die psychische Integrität** einer Person.<sup>41</sup>

Art 8 EMRK schützt aber nicht die körperliche Integrität als solche, sondern das **Selbstbestimmungsrecht bei Eingriffen in die körperliche In-**

---

<sup>39</sup> *Walter/Mayer*, Grundriss des Bundesverfassungsrechts<sup>9</sup> Rz 1495; *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>9</sup> 324f; *Stolzlechner*, Der Schutz des Privat- und Familienlebens (Art 8 MRK), ÖJZ 1980, 85.

<sup>40</sup> *Kneihls*, Grundrechte und Sterbehilfe, 337.

<sup>41</sup> *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 407f mwN; *Kneihls*, Grundrechte und Sterbehilfe, 342f.

**tegrität.**<sup>42</sup> Ein medizinischer Eingriff stellt somit – seine Zurechenbarkeit zum Staat vorausgesetzt<sup>43</sup> – dann einen Eingriff in den Schutzbereich des Privatlebens nach Art 8 EMRK dar, wenn keine wirksame Zustimmung („informed consent“) des Betroffenen vorliegt. Das Vorliegen einer Einwilligung schließt einen Verstoß gegen Art 8 EMRK aus, auch wenn die körperliche Integrität der betreffenden Person verletzt ist.<sup>44</sup> Das Verbot, medizinische Eingriffe eigenmächtig vorzunehmen, ist somit durch Art 8 EMRK verfassungsrechtlich vorgegeben.

## **D. Autonomie versus Fremdbestimmung im Zusammenhang mit der Krankenbehandlung eines Heimbewohners**

### **1. Wer hat der medizinischen Behandlung zuzustimmen?**

§ 283 ABGB idF des SWRÄG 2006 regelt – in Anlehnung an die §§ 146c und 216 ABGB – die Voraussetzungen einer zulässigen medizinischen Behandlung einer behinderten Person. **Anknüpfungspunkt** dieser Regelung ist der – vom KindRÄG 2001 erstmals ins ABGB eingeführte – Begriff der „**medizinischen Behandlung**“.<sup>45</sup>

§ 283 Abs 1 sieht vor, dass die – diesbezüglich – **einsichts- und urteilsfähige** behinderte **Person** immer nur **selbst** die **Einwilligung** in eine medizinische Behandlung erteilen kann. Anders als nach § 146c Abs 1 ABGB ist bei Vorliegen der Einsichtsfähigkeit der behinderten Person niemals auch – also auch nicht bei schwerwiegenden medizinischen Maßnahmen – zusätzlich die Zustimmung des Sachwalters erforderlich.<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 407; *Kneihls*, Grundrechte und Sterbehilfe, 342.

<sup>43</sup> *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 408 FN 2613, weist aber darauf hin, dass Art 8 auch einen verfassungsrechtlichen Beurteilungsmaßstab für die Regelung anderer, nichthoheitlicher Behandlungsverhältnisse bildet.

<sup>44</sup> Für die Qualifikation eines medizinischen Eingriffs als Eingriff in Art 8 MRK kommt es nicht darauf an, ob die körperliche Integrität verletzt ist. Vom Schutzbereich des Art 8 MRK sind auch ärztliche Eingriffe erfasst, die die körperliche Unversehrtheit des Patienten in keiner Weise berühren. Wesentlich ist allein, ob das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen gewahrt bleibt.

<sup>45</sup> Darunter ist in Anlehnung an § 110 StGB zunächst die Heilbehandlung zu verstehen, also der therapeutische, diagnostische oder prophylaktische Eingriff, der von ärztlicher Seite oder nach ärztlicher Anordnung aufgrund einer anerkannten medizinischen Indikation vorgenommen wird. Gemeint sind aber auch jene medizinischen Maßnahmen, die mangels medizinischer Indikation keine Heilbehandlungen sind, die aber ebenso mit einem Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten verbunden sind und vom Arzt vorgenommen oder angeordnet werden müssen, also etwa kosmetische Operationen, Transplantationen und Transfusionen. Dagegen sind therapeutische Maßnahmen von Angehörigen anderer Gesundheitsberufe, zB von Psychotherapeuten, nicht zu den *medizinischen* Behandlungen zu zählen. Freilich können die Grundwertungen des § 283 für diese Maßnahmen analog zum Tragen kommen; s RV 1420 BlgNR 22. GP zu § 283 und zum Begriff der „medizinischen Behandlung“ zuvor schon *Barth*, Medizinische Maßnahmen bei Personen unter Sachwalterschaft, ÖJZ 2000, 57 (57f).

<sup>46</sup> So bereits zur geltenden Rechtslage ua *Schauer*, NZ 2001, 275 (280). Dies erscheint sachgerecht, weil der Sachwalter – anders als die Eltern – keine grundrechtlich (Art 8 EMRK: Recht auf Familienleben) gesicherte Position hat.

Verfügt die betroffene Person jedoch im Hinblick auf die Entscheidung über eine vorzunehmende medizinische Behandlung nicht über die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit, so ist die **Zustimmung des Sachwalters** einzuholen, wenn er zur Besorgung dieser Angelegenheit auch bestellt ist (§ 283 Abs 1 zweiter Satz ABGB nF).

Im konkreten Fall wäre also vom ärztlichen oder Pflegepersonal zu ermitteln gewesen, ob Herr M. einsichts- und urteilsfähig ist. Seine Ablehnung der Behandlung bei günstiger Prognose kann hier ein Indiz für seinen Mangel an Einsichtsfähigkeit sein, hinreichendes Beurteilungskriterium ist sie freilich nicht. Der Umstand, dass Herr M an einer schizoaffektiven Psychose leidet, wird den behandelnden Arzt wohl jedenfalls dazu bewegen, mit dem Sachwalter Kontakt aufzunehmen. Mangelt es dem Betroffenen an der Einsichts- und Urteilsfähigkeit ist ja die Zustimmung des Sachwalters einzuholen. Welchen Stellenwert hat nun die autonome Entscheidung von Herrn M., wenn man davon ausgeht, dass er nicht einsichts- und urteilsfähig ist?

Bei seinem Tätigwerden für Herrn M. trifft den Sachwalter die „**Wunschermittlungspflicht**“ nach § 281 Abs 2 ABGB nF (§ 273a Abs 3 ABGB).<sup>47</sup> Der Sachwalter hat den ermittelten Wünschen zu entsprechen, wenn sie dem Wohl des Betroffenen nicht weniger entsprechen (§ 284h Abs 1 zweiter Satz ABGB nF).<sup>48</sup> Da die nachfolgende Bestrahlung zu einer Heilung in etwa 70 % der Fälle führt und die Überlebenschancen wahrscheinlich durch eine zusätzliche intensive Chemotherapie noch zu verbessern sind, wird der Sachwalter hier dem Umstand, dass der Mann den Eingriff unter keinen Umständen an sich vornehmen lassen will, wohl nicht Rechnung tragen dürfen und den Behandlungen zustimmen.

## 2. Genehmigung des Gerichts?

Nach geltendem Recht bedarf die Zustimmung des Sachwalters zu einer Behandlung, die gewöhnlich mit einer **schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung** der körperlichen Unversehrtheit oder Persönlichkeit verbunden ist, der **gerichtlichen Genehmigung** (§ 282 Abs 1 iVm § 216 iVm § 146c Abs 2 ABGB).<sup>49</sup> Bei den „Behandlungen, die gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit verbunden sind“ handelt es sich um Eingriffe, die gewöhnlich (mit Beziehung auf die behinderte Person) mit der **Gefahr einer schweren Körperverletzung oder Gesundheitsschädigung** im Sinn des § 84 StGB

---

<sup>47</sup> Das bedeutet, dass er (s § 281 Abs 1 ABGB nF) aktiv darauf hinwirken muss, dass sich der Betroffene einen Willen über die zu besorgende Angelegenheit bildet.

<sup>48</sup> Vgl hiezu ausführlich *Kremzow*, Sachwalterrecht, 66. Zu berücksichtigen wäre nach *Maleczky* etwa die Ablehnung besonders schmerzhafter oder entwürdigender Behandlungen, wenn sie nur geringe Erfolgsaussichten versprechen; *Maleczky*, Unvernünftige Verweigerung der Einwilligung in die Heilbehandlung, ÖJZ 1994, 681 (684).

<sup>49</sup> LG Feldkirch RdM 1996/16; OGH in RdM 1998/6 (Anm *Kopetzki*); *Juen*, Arzthafungsrecht, 54 FN 246; vgl auch *Steinbauer*, Handlungsfähigkeit geistig Behinderter, ÖJZ 1985, 385 (392); *Stabentheiner* in *Rummel*, §§ 154, 154a Rz 16.

verbunden sein können.<sup>50</sup> Auch das Einsetzen einer „PEG-Sonde“ kann in der Regel wohl als eine solche schwerwiegende medizinische Behandlung bezeichnet werden, da diese invasive Maßnahme praktisch oft irreversibel ist und häufig sogar (zur Überwindung der Abwehr gegen die Sonde) zu einer Fixierung des Patienten führt.<sup>51</sup> Im Fall des Herrn M. sind die notwendigen medizinischen Maßnahmen (operative Entfernung des Tumors, Bestrahlung des Hirns und des Rückenmarks, Chemotherapie) angesichts ihres Risikopotentials und der mit ihnen verbundenen Nebenwirkungen jedenfalls als schwerwiegend einzustufen.

Nach § 283 Abs 2 ABGB nF bedarf die Zustimmung des Sachwalters zu einer solchen schwerwiegenden medizinischen Maßnahme nicht immer der Zustimmung des Gerichts; er hat vielmehr die Wahl: er kann zustimmen, wenn ein vom behandelnden Arzt unabhängiger (also etwa nicht in derselben Krankenanstalt tätiger) Arzt in einem **ärztlichen Zeugnis** (s § 55 ÄrzteG 1998) bestätigt, dass der Betroffene nicht über die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügt und die Vornahme der Behandlung zur Wahrung des Wohles der behinderten Person erforderlich ist.<sup>52</sup>

Legt der Sachwalter ein solches Zeugnis dem behandelnden Arzt nicht vor, bedarf seine Zustimmung nach § 283 Abs 2 zweiter Satz ABGB nF der **gerichtlichen Genehmigung**. Dazu kann es etwa auch dann kommen, wenn der Sachwalter von vornherein die Befassung des Gerichts bevorzugt. Gleiches gilt – trotz Vorliegens eines „positiven“ ärztlichen Zeugnisses – auch dann, wenn der Patient zu erkennen gibt, dass er die Behandlung ablehnt. Dazu ist nicht erforderlich, dass der Betroffene einsichts- und urteilsfähig ist. Er muss – ausdrücklich oder konkludent – zum Ausdruck bringen, dass er die Behandlung nicht will. Einer klaren Willensäußerung bedarf es hier nicht, bei Vorliegen irgendwelcher Zweifel an der „Freiwillig-

---

<sup>50</sup> Es wird sich also (auch hier) in erster Linie um größere operative Eingriffe, Maßnahmen, die lebenswichtige Organe betreffen, Amputationen, risikobehaftete diagnostische Maßnahmen, Chemo- und Strahlentherapien, generell also um Behandlungen handeln, die mit einem großen Risiko oder erheblichen Nebenwirkungen (zB hoch dosierte Neuroleptika und Depotbehandlungen) bzw erheblichen Schmerzen verbunden sind; s *Barth*, Minderjährige Patienten im Konflikt mit ihren Eltern, ÖJZ 2002, 596 (597) mwN.

<sup>51</sup> So RV 1420 BlgNR 22. GP 20. Eine schwere oder nachhaltige Beeinträchtigung der Persönlichkeit ist wohl etwa dann anzunehmen, wenn mit der Einnahme von Psychopharmaka oder auch anderen Medikamenten Hemmungen der geistigen oder intellektuellen Reifung, Abhängigkeitsentwicklungen oder Depressionen verbunden sein können.

<sup>52</sup> § 283 Abs 2 stellt an den Arzt hierbei keine besonderen Voraussetzungen. Solche ergeben sich jedoch etwa aus dem Arztrecht (s §§ 31 ff ÄrzteG 1998). Fachärzte haben demgemäß ihre ärztliche Berufstätigkeit auf ihr Sonderfach zu beschränken (§ 31 Abs 3 ÄrzteG 1998). Ein Arzt für Allgemeinmedizin ist zwar grundsätzlich nicht auf besondere Bereiche der Medizin beschränkt, wenn er sich aber auf ein Spezialgebiet „wagt“, hat er für das Fehlen der hierfür erforderlichen besonderen Kenntnisse und Erfahrungen einzustehen (§ 1299 ABGB). Vor diesem Hintergrund kann es uU erforderlich sein, dass zu verschiedenen Fragen zwei oder mehrere ärztliche Zeugnisse eingeholt werden. Die Kosten für diese Zeugnisse hat – soweit keine sozialversicherungsrechtliche Leistungspflicht besteht – der Betroffene (direkt oder im Wege des Aufwandsersatzes nach § 276 Abs 3 ABGB nF) zu tragen.

keit“ der Maßnahme ist das Gericht anzurufen. Die Befassung des Gerichts ist hier schon im Lichte des Art 8 EMRK vorzusehen, wonach Entscheidungen über unfreiwillige Behandlungen grundsätzlich einer gewissen verfahrensförmigen Ausgestaltung und Kontrolle unterliegen müssen.<sup>53</sup>

### 3. Welche Entscheidung des Sachwalters entspricht dem Wohl des Betroffenen?

Ob die Vornahme der Behandlung zur Wahrung des Wohles der behinderten Person erforderlich ist, hängt nicht ausschließlich von dem Vorliegen einer medizinischen Indikation ab. Allenfalls ist auch eine Abwägung zwischen den objektiven Nachteilen, die die behinderte Person durch die Behandlung in Kauf nehmen muss, und den durch die Behandlung erzielbaren objektiven Verminderungen ihres Leidensdrucks vorzunehmen.<sup>54</sup> Maßgeblich ist also das **gesamte Wohl der behinderten Person**. Auch die Frage der sog „Compliance“ des Patienten wird für die Beurteilung, ob die Durchführung der Heilbehandlung verhältnismäßig und dem Wohl des Patienten dient, eine Rolle spielen. Allerdings ist dem einsichtsunfähigen Betroffenen auch kein „Vetorecht“ eingeräumt. Bei doch deutlich überwiegenden Überlebenschancen wird der Sachwalter – trotz der Ablehnung seines Klienten – zustimmen müssen.

**Lehnt der Sachwalter** die notwendige Behandlung dagegen **ab**, so handelt er pflichtwidrig. Das Gericht hat ihn dann nach geltendem Recht von Amts wegen zu entheben und eine andere geeignete Person zum Sachwalter zu bestellen (§ 282 Abs 2 in Verbindung mit § 253 ABGB); das Gericht selbst kann hingegen nicht die Zustimmung des Sachwalters ersetzen.<sup>55</sup> Dies ist in Fällen, in denen das Gericht schon im Zuge der Erhebungen, die zur Enthebung des Sachwalters führen, zur Auffassung gelangen muss, dass die Behandlung im Interesse der behinderten Person vorzunehmen ist, eine unnötige Verzögerung der Behandlung.<sup>56</sup> § 283 Abs 2 letzter Satz sieht demgemäß vor, dass das Gericht die Zustimmung des Sachwalters auch ersetzen kann.<sup>57</sup> Sind vorab jedoch noch Behandlungsalternativen oder andere Fragen (etwa zum Ort und zur Durchführung der Behandlung) zu klären, so hat das Gericht einen (anderen) Sachwalter zu bestellen.

Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass der behandelnde Arzt in bestimmten Konstellationen nicht auf eine Entscheidung des Sachwalters bzw die Genehmigung des Gerichts warten muss. § 283 Abs 3 ABGB nF

---

<sup>53</sup> S *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 418 ff.

<sup>54</sup> Vgl LG Innsbruck RdM 63/2002.

<sup>55</sup> S etwa OGH RdM 1998/6 (Anm *Kopetzki*); *Steinbauer*, Handlungsfähigkeit geistig Behinderter, ÖJZ 1985, 385 (392).

<sup>56</sup> So RV 1420 BlgNR 22. GP zu § 283.

<sup>57</sup> Vgl hierzu die in § 36 Abs 2 UbG normierte unterbringungsgerichtliche Genehmigungspflicht. Nach dieser Bestimmung sind besondere Heilbehandlungen einschließlich operativer Eingriffe, sofern der betroffene Patient in Bezug auf die zu genehmigende Behandlung weder einsichts- und urteilsfähig ist, noch einen gesetzlichen Vertreter oder Erziehungsberechtigten hat, im Vorhinein genehmigungspflichtig. Hier tritt die gerichtliche Genehmigung *an die Stelle* einer Einwilligungserklärung; siehe dazu *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 916f.

enthält eine **Gefahr-in-Verzug-Regelung** (bislang ergab sich diese zivilrechtlich aus § 282 Abs 1 iVm § 216 iVm § 146c Abs 3 ABGB, verwaltungsrechtlich aus § 8 Abs 3 KAKuG). Die Einwilligung der einsichts- und urteilsfähigen behinderten Person bzw – falls es dieser Person an der Einsichts- und Urteilsfähigkeit mangelt – die Zustimmung des Sachwalters ist nicht erforderlich, wenn der mit der Einholung der Einwilligung bzw. der Zustimmung verbundene Aufschub das Leben der behinderten Person gefährden würde oder mit der Gefahr einer schweren Schädigung der Gesundheit verbunden wäre. Ebenso kann bei Gefahr im Verzug die Einholung der gerichtlichen Entscheidung unterbleiben.<sup>58</sup>

Die **zwangsweise Durchsetzung der medizinischen Behandlung** bei anhaltendem Widerstand des Herrn M. ist nur im Rahmen des Unterbringungsrechts zulässig.<sup>59</sup>

### III. Ich will niemandem zur Last fallen! Das PatVG zwischen Autonomie und Rechtsfürsorge

#### A. Situation 3

Frau L. hat siebzigjährig und einige Zeit vor ihrem Heimeintritt anlässlich des in den Medien heftig diskutierten Falls der „Terri Schiavo“<sup>60</sup> Folgendes schriftlich festgehalten: „Sollte ich einmal ein Pflegefall sein, wünsche ich weder intensivmedizinische Maßnahmen wie Beatmung, kreislaufunterstützende Medikamente oder Antibiotika noch die künstliche Ernährung über eine PEG-Sonde. Ich möchte nicht, dass mein Leben unter solchen Umständen verlängert wird und meine Familie unnötig leidet.“ Frau L. hat diese Erklärung ohne ärztliche Aufklärung allein aufgrund der Informationen aus den Medien zum Fall Schiavo verfasst.

Sechs Jahre später – nun bereits in einem Heim lebend – erleidet Frau L. einen Schlaganfall infolge einer Hirnblutung. Als sie vom Pflegepersonal entdeckt wird, befindet sie sich bereits im Wachkoma.

---

<sup>58</sup> Hierzu kann es etwa dann kommen, wenn nach Zustimmung durch den Sachwalter für das gerichtliche Genehmigungsverfahren nicht genug Zeit bleibt. Gefahr im Verzug kann aber auch dann bestehen, wenn der Sachwalter die Zustimmung verweigert oder die Zustimmung nur unter dem Vorbehalt der gerichtlichen Genehmigung erteilt und das Verfahren zur Ersetzung der Zustimmung des Sachwalters bzw. zur Übertragung der Sachwalterschaft an eine andere Person voraussichtlich zu lange dauern wird. Für die Bestellung eines Sachwalters oder das gerichtliche Genehmigungsverfahren sind üblicher Weise – auch bei vorrangiger Bearbeitung – mindestens zwei Wochen einzukalkulieren. Angemerkt sei, dass Gefahr im Verzug bei Vorliegen schwerer Schmerzen im Allgemeinen immer anzunehmen ist, die Verabreichung von Schmerzmitteln daher in der Regel nicht von der Erreichbarkeit des Sachwalters abhängig gemacht werden muss

<sup>59</sup> S oben I.D.1.

<sup>60</sup> S *Kettemann*, „Die Passion Terris“ – Die Lex Schiavo und der Gesetzgeber als Lebensretter, *iuridicum* 2005, 117.



## B. Problematik

Wie hat das Pflegepersonal bzw der beigezogene Notarzt mit der Verfügung von Frau L. umzugehen? Wieder stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Autonomie von Frau L. zu respektieren ist und wann dem Schutz ihres körperlichen Wohls Vorrang zukommt?

In § 10 Abs 1 Z 7 KAKuG findet die Patientenverfügung gesetzliche Erwähnung. Ungeklärt war bisher aber, welche rechtlichen Wirkungen sie für den behandelnden Arzt hat, ob sie für diesen jedenfalls verbindlich ist,<sup>61</sup> ob sie ein Indiz für die Ermittlung des mutmaßlichen Patientenwillens bildet<sup>62</sup> oder ob hier nach den Umständen des Einzelfalls differenziert werden muss.<sup>63</sup> Offen war auch, inwieweit die Patientenverfügung die Beiziehung eines Sachwalters entbehrlich machte, ob der Arzt also – Fälle von Gefahr im Verzug ausgenommen<sup>64</sup> – trotz der ihm vorliegenden Erklärung des Patienten beim Pflegerschaftsgericht die Bestellung eines Sachwalters anregen muss.

Das mit 1. 6. 2006 in Kraft tretende Bundesgesetz über Patientenverfügungen (Patientenverfügungs-Gesetz – PatVG)<sup>65</sup> will diese Fragen einer Lösung zuführen. Das Gesetz bestimmt, unter welchen Voraussetzungen solche Anordnungen wirksam sind. Dabei unterscheidet es zwischen verbindlichen Erklärungen, an die sich der Arzt und die anderen am Behandlungsgeschehen Beteiligten halten müssen, und beachtlichen Patientenverfügungen, die als eine Orientierungshilfe bei der Ermittlung des Willens des Patienten zu berücksichtigen sind.

## C. Autonomie versus Fremdbestimmung im Zusammenhang mit der Patientenverfügung einer Heimbewohnerin

Als Patientenverfügung umschreibt § 2 Abs 1 PatVG eine Willenserklärung des Patienten, mit der er eine medizinische Behandlung ablehnt und die dann wirksam werden soll, wenn er im Zeitpunkt der Behandlung nicht mehr einsichts-, urteils- oder äußerungsfähig ist.

Eine nach dem Gesetz wirksame Verfügung kann entweder – bei Einhaltung strenger Inhalts- und Formvorschriften – „verbindlich“ oder sonst „beachtlich“ sein. Diese Unterscheidung beruht im Wesentlichen auf folgenden zwei Überlegungen:

---

<sup>61</sup> So *Lachmann*, Zur Bindungswirkung des „Patiententestaments“, AnwBl 1991, 72 ff und und – allerdings unter Hinweis auf die Schwierigkeit, die Verbindlichkeitsvoraussetzungen im Beurteilungszeitpunkt nachzuvollziehen – *Kopetzki*, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte antizipierter Patientenverfügungen, in *Kopetzki* (Hrsg), Antizipierte Patientenverfügungen (2000) 38, insb 47.

<sup>62</sup> Vgl *Kerschner*, Arzthaftung bei Patientenverfügungen, RdM 1998, 131.

<sup>63</sup> So etwa *Kneihs*, Zur Verbindlichkeit von Patientenverfügungen, in *Kopetzki*, Antizipierte Patientenverfügungen 61 ff; *Memmer*, Das Patiententestament, RdM 1996, 99; wohl auch *Barta/Kaltschmid*, Die Patientenverfügung in Europa, in *Barta/Kaltschmid* (Hrsg), Die Patientenverfügung – Zwischen Selbstbestimmung und Paternalismus (2005) 13 (37).

<sup>64</sup> S § 282 Abs 1 iVm § 216 iVm § 146c Abs 3 ABGB (bzw § 283 Abs 3 ABGB nF) und § 8 Abs 3 KAKuG.

<sup>65</sup> BGBl I 2006/55.

- Die Patientenverfügung kann einer in einer konkret abschätzbaren Situation gegenwärtig geäußerten Ablehnung einer bestimmten Heilbehandlung nicht ohne weiteres gleich gehalten werden, soll sie doch oftmals in terminalen Lebensphasen oder in Zuständen fortgeschrittener Krankheit gelten. Auch vom Betroffenen selbst ist **nicht prognostizierbar**, wie er sich dann – etwa unter dem Einfluss von Grenzerfahrungen – tatsächlich fühlt.<sup>66</sup> Die Verbindlichkeit eines pro futuro geäußerten Patientenwillens hängt damit sehr davon ab, wie intensiv sich der Patient mit der Krankheitssituation, für die er die Verfügung errichtet, beschäftigt hat und wie gut informiert er war über die in Betracht kommenden Behandlungsmethoden und ihre Auswirkungen.
- Dazu kommt, dass sich bei Patientenverfügungen für den behandelnden Arzt und für andere mit solchen Erklärungen Befasste ein besonderes Dilemma ergeben kann: Die inhaltlichen Voraussetzungen der Verbindlichkeit der Erklärung des Patienten sind nämlich vielfach weitaus schwieriger festzustellen als bei aktuellen Willenserklärungen. Nur bei solchen besteht „die **Möglichkeit des Nachfragens**, der Präzisierung oder des Widerrufs“. Bei der Patientenverfügung ist man dagegen auf die Auslegung einer „mehr oder weniger bestimmten Erklärung“ angewiesen.<sup>67</sup> Dies bringt es mit sich, dass entsprechende Errichtungsvorschriften von Nöten sind, die möglichst sicherstellen, dass der Wille des Patienten klar zum Ausdruck kommt.

## 1. Verbindlichkeit der Patientenverfügung?

Daraus ergeben sich folgende Anforderungen an eine verbindliche Patientenverfügung: Der Verfasser muss die medizinischen Behandlungen, die er verweigert, konkret in seiner Erklärung umschreiben (§ 4 PatVG). Er muss darüber hinaus über das Wesen und die Folgen seiner Verfügung für die medizinische Behandlung umfassend durch einen Arzt aufgeklärt werden (§ 5 PatVG). Damit soll sichergestellt werden, dass der Patient sich mit der – nur schwer abschätzbaren – Krankheitssituation, für die er die Verfügung trifft, soweit dies vorab möglich ist, ausführlich auseinander gesetzt hat und auch eine informierte Entscheidung trifft.

Zudem muss die Errichtung einer verbindlichen Verfügung erhöhten Anforderungen genügen. Der Patient kann die Verfügung nur vor einem Rechtsanwalt, Notar oder rechtskundigen Patientenvertreter errichten, der ihn über die Folgen seiner Erklärung sowie über die Möglichkeit des jederzeitigen Widerrufs zu belehren hat (§ 6 PatVG). Damit soll auch erreicht werden, dass die Patientenverfügung möglichst klar formuliert ist, sodass der behandelnde Arzt in der Entscheidungssituation eine eindeutige Entscheidungsvorgabe des Patienten vorfindet.

Letztlich ist – dem laufenden medizinischen Fortschritt Rechnung tragend – die Wirksamkeitsdauer einer verbindlichen Patientenverfügung zeitlich mit einer Frist von fünf Jahren begrenzt werden (§ 7 PatVG).<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> RV 1299 BgNR 22. GP 3.

<sup>67</sup> S. *Kopetzki* in *Kopetzki*, Antizipierte Patientenverfügungen 38, 46f.

<sup>68</sup> Zu den Verbindlichkeitsvoraussetzungen im Einzelnen *Kathrein*, Das Patientenverfügungs-Gesetz, ÖJZ 2006 (in Druck).

Nach den Erläut bindet eine verbindliche Patientenverfügung den (behandelnden) Arzt und das Pflegepersonal ebenso wie Angehörige des betroffenen Patienten.<sup>69</sup> Insoweit – also soweit es um die Zustimmung zur Willenserklärung des Patienten geht – **bedarf dieser auch keines gerichtlich bestellten Sachwalters**. Eine verbindliche Verfügung, die den allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen des Gesetzes und den besonderen Vorschriften der §§ 4 – 7 PatVG entspricht, muss vom behandelnden Arzt und anderen in das Behandlungsgeschehen involvierten Personen befolgt und nicht etwa bloß „beachtet“ werden. Bei Zweifel an der Verbindlichkeit der Patientenverfügung, können diese Personen beim Pflschaftsgericht die Bestellung eines Sachwalters nach § 273 Abs 1 ABGB anregen<sup>70</sup> oder einen für den Patienten schon bestellten Sachwalter beiziehen.

## 2. Beachtlichkeit der Patientenverfügung?

Da die Patientenverfügung von Frau L. die Voraussetzungen der §§ 4 bis 7 PatVG offensichtlich nicht erfüllt, ist der Frage nachzugehen, ob und inwieweit sie allenfalls für Pflegepersonal und Arzt beachtlich ist. Nach § 8 PatVG ist eine Patientenverfügung, die nicht alle Voraussetzungen der §§ 4 bis 7 erfüllt, nämlich **für die Ermittlung des Willens des Patienten beachtlich**. Eine bloß beachtliche Verfügung bindet somit den Arzt und die anderen am Behandlungsgeschehen beteiligten Personen nicht unmittelbar. Sie bildet aber eine je nach der Intensität des in ihr zum Ausdruck kommenden Patientenwillens eine maßgebliche Orientierungshilfe. Einen Maßstab für die Relevanz des Patientenwillens bildet nach § 9 Satz 1 PatVG der Vergleich der beachtlichen mit der verbindlichen Patientenverfügung: Je eher die Erklärung des Patienten einer verbindlichen Verfügung gleichkommt, desto größere Beachtung ist dem darin zum Ausdruck kommenden Willen zu schenken. Dabei führt § 9 Satz 2 PatVG demonstrativ einige Umstände an, die bei diesem Vergleich zu beachten sind, nämlich die Einschätzung der Krankheitssituation durch den Patienten, die Konkretisierung der vom Patienten abgelehnten Behandlungen, der Umfang einer vorangegangenen ärztlichen Aufklärung, das Ausmaß der Abweichung der Verfügung von den Formvorschriften des § 6 PatVG sowie die Häufigkeit der Erneuerung einer verbindlichen Verfügung und der seit der letzten Erneuerung vergangene Zeitraum.<sup>71</sup>

In der Frage, ob bei Vorliegen einer bloß beachtlichen Patientenverfügung der Arzt – sofern nicht Gefahr im Verzug ist – beim zuständigen Pflschaftsgericht die **Bestellung eines Sachwalters** anregen oder einen bereits bestellten Sachwalter beiziehen muss, ist zu differenzieren:

In der Frage, ob bei Vorliegen einer bloß beachtlichen Patientenverfügung und sofern nicht Gefahr im Verzug vorliegt der Arzt beim Pflschaftsgericht die Bestellung eines Sachwalters anregen oder einen bereits bestellten Sachwalter beiziehen muss, ist zu differenzieren:

---

<sup>69</sup> RV 1299 BlgNR 22. GP 6.

<sup>70</sup> Das Pflschaftsgericht hat dann vorab – sozusagen als Vorfrage – zu überprüfen, ob die Wirksamkeitsvoraussetzungen einer verbindlichen Patientenverfügung (zur beachtlichen Patientenverfügung s sogleich) vorliegen.

<sup>71</sup> *Kathrein*, ÖJZ 2006 (in Druck).

Auch die beachtliche Patientenverfügung ist wohl als „**Willenserklärung**“ zu betrachten, handelt es sich doch um eine Erklärung, die auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen (hier die Unterlassung bestimmter medizinischer Behandlungen) gerichtet ist.<sup>72</sup> Während als Rechtsfolge einer verbindlichen Patientenverfügung dem PatVG klar zu entnehmen ist, dass diese Erklärung so zu gelten hat, als ob sie der Patient aktuell in der Behandlungssituation vorgenommen hätte, soll es bei der beachtlichen Patientenverfügung auf die in § 9 Satz 2 PatVG grundgelegten Auslegungskriterien ankommen. Dabei kommt der Erklärung des Patienten und damit seinem subjektiven Willen umso mehr Bedeutung zu, je eher die Voraussetzungen der verbindlichen Patientenverfügung erfüllt sind. In Fällen „gesteigerter Beachtlichkeit“ der Verfügung kann der darin zum Ausdruck kommenden Patientenwillen uU sogar dann zu befolgen sein, wenn dies dessen objektivem (körperlichen) Wohl schadet.

Damit ist aber noch nichts darüber ausgesagt, ob die Patientenverfügung die relevante Entscheidung des Patienten darstellt oder ob diese von einem Sachwalter – wenn auch unter Berücksichtigung der Erklärung des Patienten – ersatzweise vorgenommen werden muss. Hiefür muss es im Hinblick auf die – wie geschildert – der verbindlichen Patientenverfügung zugrunde liegenden Erwägungen darauf ankommen, ob der Patient „keiner anderen Hilfe“ iSd § 273 Abs 3 ABGB (bzw § 268 Abs 2 ABGB nF) bedarf (Subsidiaritätsprinzip im Sachwalterrecht), weil – trotz Nichteinhaltung der Vorschriften der §§ 4 bis 6 PatVG –

- sein **informierter Wille**
- **eindeutig feststellbar** ist.

Bei ungenutztem Ablauf der Erneuerungsfrist von fünf Jahren (§ 7 PatVG) darf sich der **Stand der medizinischen Wissenschaft** im konkreten Zusammenhang nicht geändert haben.

Als Beispiel einer beachtlichen Patientenverfügung, die eine Sachwalterbestellung nicht erforderlich macht, kann dem gemäß etwa die Patientenverfügung zählen, die nach den Vorschriften der §§ 4 bis 6 PatVG errichtet wurde und nun – nur wenige Tage nach unterlassener Erneuerung iSd § 7 PatVG – zum Tragen kommt.

Gleiches gilt für die Erklärung eines Hospiz-Patienten, mit der dieser nach entsprechender Aufklärung noch im Zustand der Einsichts- und Urteilsfähigkeit seinem behandelnden Arzt die ihm gewünschten Behandlungsmethoden für den bereits absehbaren „Vorsorgefall“ mitteilt und bestimmte Behandlungen ablehnt. Der Arzt wird sich in einem solchen Fall an den ihm gegenüber deklarierten Willen des Patienten halten können, ohne dafür noch die Zustimmung eines Sachwalters einzuholen.<sup>73</sup>

Aber auch andere Fälle sind denkbar: So kann eine Patientenverfügung auch dann die Bestellung eines Sachwalters erübrigen, wenn sie – trotz „privater Errichtung“ – den Willen des Patienten klar zum Ausdruck bringt und darüber hinaus keinen Zweifel aufkommen lässt, dass der Patient wusste, „was er tat“, etwa weil ersichtlich ist, dass er sich bereits in der Krankheitssituation und in Behandlung befand oder weil eine § 5 PatVG genügende ärztliche Bestätigung über die Aufklärung, das Vorliegen der

<sup>72</sup> Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, § 863 Rz 1 mwN.

<sup>73</sup> So Kathrein, ÖJZ 2006 (in Druck).

Einsichtsfähigkeit des Patienten und die zutreffende Abschätzung der Folgen durch diesen vorhanden ist. Da das Gesetz ein eigenes strenges Regelungsregime für die verbindliche Patientenverfügung vorsieht, müssen aber wohl geringste Zweifel über den Inhalt der Willenserklärung bzw das Vorliegen von Aufklärungs- oder Willensmängeln dazu führen, dass die Bestellung eines Sachwalters anzuregen ist.<sup>74</sup>

Im konkreten Fall ist der Wille von Frau L. keineswegs eindeutig feststellbar. Insb ist fraglich, was sie damit meinte, als sie erklärte, dass sie bestimmte medizinische Behandlungen ablehne, wenn sie „ein Pflegefall“ sei. Auch ist nicht ersichtlich, ob Frau L. ausreichend informiert war, als sie ihre Patientenverfügung errichtete.

Besteht nicht Gefahr im Verzug, ist also die **Entscheidung des Sachwalters** einzuholen. Dieser und auch das PflEGschaftsgericht haben bei ihrer Entscheidung nicht nur das objektive Wohl des Patienten zu beachten, sondern auch den in der Patientenverfügung zum Ausdruck gekommenen Willen des Patienten. Hiebei wird im konkreten Fall ins Kalkül zu ziehen sein, welche Erfolgchancen ein operativer Eingriff am Kopf von Frau L. hat, inwieweit damit insb erreicht werden kann, dass sie nicht ein Pflegefall bleibt. Stehen die Chancen hier nicht schlecht, wird der Sachwalter – genehmigt durch das Gericht – wohl der Behandlung zuzustimmen haben.

Festzuhalten ist, dass der behandelnde Arzt ebenso wie das Pflegepersonal Maßnahmen der **medizinischen Notfallversorgung** unmittelbar durchführen können, sofern – wie hier – der mit der Suche nach einer Patientenverfügung verbundene zeitliche Aufschub zu einer ernstlichen Gefährdung von Leben oder Gesundheit des Patienten führt. Das gilt auch für die im Anschluss an die unmittelbare Notfallversorgung folgenden Behandlungen in weiteren Versorgungseinrichtungen, etwa die stationäre Versorgung des Patienten in einem Krankenhaus.<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> Soweit mit der Durchführung der Behandlung oder deren Unterbleiben eine schwere oder nachhaltige Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit des Patienten verbunden ist, bedarf der Sachwalter dann auch der Genehmigung des zuständigen Gerichts (s § 283 Abs 2 ABGB nF).

<sup>75</sup> RV 1299 B1gNR 22. GP 9.