



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

Die Vertretung psychisch kranker und geistig behinderter Personen
bei der Einwilligung zu medizinischen Behandlungen –
bedeutende Rechtsentwicklungen seit dem 19. Jahrhundert

Verfasserin

Mag. iur. Elke Ziebart-Schroth

angestrebter akademischer Grad
Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2012

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuer:

Ao. Univ.- Prof. Dr. Michael Memmer

EHRENWÖRTLICHE ERKLÄRUNG

Ich erkläre ehrenwörtlich, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen nicht benutzt und die den Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

Wien, Februar 2012

DANKSAGUNG

Mein besonderer Dank gilt Herrn Univ.- Prof. Dr. Michael *Memmer* für die Betreuung dieser Dissertation, insbesondere für die Hilfe bei der Themenwahl, interessante Fachgespräche und bedeutsame Hinweise zur Abfassung dieser Arbeit.

Auch Herrn Univ.- Prof. Dr. Christian *Kopetzki* sei an dieser Stelle für die Übernahme der Zweitbegutachtung herzlich gedankt.

Schließlich gilt mein Dank meiner Familie, die mich während meines gesamten Studiums tatkräftig unterstützt hat.

INHALTSVERZEICHNIS

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	9
EINLEITUNG	14
I EINFÜHRUNG IN DIE GRUNDLAGEN	17
1 EINLEITUNG	17
2 „MEDIZINISCHE BEHANDLUNG IM WANDEL DER ZEIT“ – ENTWICKLUNG DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFT	18
2.1 TRADITIONELLE MEDIZIN	18
2.2 MODERNE MEDIZIN	20
2.3 POSTMODERNE MEDIZIN	22
3 DER WANDEL DES ARZT–PATIENTEN–VERHÄLTNISSES IN DEN LETZTEN JAHRHUNDERTEN	23
3.1 TRADITIONELLE MEDIZIN	23
3.2 MODERNE MEDIZIN	26
3.3 POSTMODERNE MEDIZIN	29
4 BEHINDERUNG IM WANDEL DER ZEIT	31
II DIE GESETZLICHE VERTRETUNG IN RECHTSGESCHICHTLICHER ENTWICKLUNG	37
1 EINLEITUNG	37
2 ALLGEMEINES BÜRGERLICHES GESETZBUCH 1811	37
2.1 ALLGEMEINES	37
2.2 VORAUSSETZUNGEN UND FOLGEN EINER KURATELSVERHÄNGUNG	40
3 ENTMÜNDIGUNGSORDNUNG 1916	44
3.1 DIE ENTWICKLUNG	44
3.2 VORAUSSETZUNGEN DER ENTMÜNDIGUNG	47
3.3 VOLLE ODER BESCHRÄNKTE ENTMÜNDIGUNG?	49
3.4 RECHTSFOLGEN DER ENTMÜNDIGUNG	50

3.5	KRITIK AN ENTMÜNDIGUNGSORDNUNG	52
4	„SACHWALTERGESETZ 1983“	54
4.1	DIE ENTWICKLUNG	54
4.2	VORAUSSETZUNGEN FÜR DIE BESTELLUNG EINES SACHWALTERS NACH § 273 ABGB	59
4.3	WIRKUNGSBEREICH DES SACHWALTERS	67
4.4	RECHTSFOLGEN DER SACHWALTERBESTELLUNG	68
4.5	RECHTE DES BETROFFENEN	69
4.6	AUSWAHL BEI DER PERSON DES SACHWALTERS	69
4.7	BEKANNTMACHUNG DER SACHWALTERBESTELLUNG	70
4.8	BEENDIGUNG BZW ÄNDERUNG DER SACHWALTERSCHAFT	70
5	SACHWALTERRECHTSÄNDERUNGSGESETZ 2006	71
5.1	HINTERGRÜNDE UND ZIELE	71
5.2	ENTWICKLUNG	72
5.3	VORAUSSETZUNGEN EINER SACHWALTERBESTELLUNG NACH § 268 ABGB	72
5.4	WIRKUNGSKREIS DES SACHWALTERS	73
5.5	RECHTE DES BETROFFENEN	74
5.6	AUSWAHL BEI DER PERSON DES SACHWALTERS	74
5.7	PERSONENSORGE	75
III	EINSICHTS- UND URTEILSFÄHIGKEIT – DIE BEDEUTENDE FÄHIGKEIT ZUR EINWILLIGUNG	76
1	EINLEITUNG	76
2	DIE EINWILLIGUNG ALS VORAUSSETZUNG JEDER MEDIZINISCHEN BEHANDLUNG	77
2.1	ENTWICKLUNG	77
2.2	VORAUSSETZUNGEN EINER RECHTSWIRKSAMEN EINWILLIGUNG	87
3	DIE EINSICHTS- UND URTEILSFÄHIGKEIT ALS ENTSCHEIDENDE FÄHIGKEIT ZUR EINWILLIGUNG	92
3.1	ENTWICKLUNG	92
3.2	EINSICHTS- UND URTEILSFÄHIGKEIT – EIN ZU KLÄRENDE R BEGRIFF	102

IV	MEDIZINISCHE BEHANDLUNGEN BEI BEHINDERTEN PERSONEN - ENTSCHEIDUNGSKOMPETENZ DES BETROFFENEN ODER VERTRETUNG DURCH DEN SACHWALTER? – JÜNGSTE ENTWICKLUNGEN	113
1	HINTERGRÜNDE	113
2	BEGRIFFE	114
2.1	MEDIZINISCHE BEHANDLUNG	115
2.2	BEHINDERTE PERSON	120
2.3	EINSICHTS- UND URTEILSFÄHIGKEIT	120
2.4	GEFAHR IM VERZUG	121
3	WEICHENSTELLUNG DURCH DAS KINDRÄG 2001	123
3.1	DIE BESTIMMUNG DES § 146 c ABGB	123
3.2	AUSWIRKUNGEN DES KINDRÄG 2001 AUF DIE MEDIZINISCHE BEHANDLUNG BEHINDERTER PERSONEN	124
3.3	BEHANDLUNGEN BEI GEFAHR IM VERZUG	128
4	DAS SACHWALTERRECHTSÄNDERUNGSGESETZ 2006 – DIE GELTENDE RECHTSLAGE	132
4.1	DIE BESTIMMUNG DES § 283 ABGB	132
4.2	DIE MEDIZINISCHE BEHANDLUNG BEI EINSICHTS- UND URTEILSFÄHIGEN BEHINDERTEN PERSONEN	133
4.3	DIE MEDIZINISCHE BEHANDLUNG BEI EINSICHTS- UND URTEILSUNFÄHIGEN BEHINDERTEN PERSONEN	134
4.4	BEHANDLUNGSVERWEIGERUNG BZW BEHANDLUNGSABBRUCH	138
4.5	MANGELNDE MEDIZINISCHE INDIKATION	141
4.6	BEHANDLUNGEN BEI GEFAHR IM VERZUG	143
5	EINZELFRAGEN DER VERTRETUNG DURCH DEN SACHWALTER BEI MEDIZINISCHEN ENTSCHEIDUNGEN	144
5.1	BINDUNG AN DAS WOHL DES EINSICHTS- UND URTEILSUNFÄHIGEN PATIENTEN	144
5.2	MITSPRACHERECHT DES EINWILLIGUNGSUNFÄHIGEN PFLEGEBEFOHLENEN	147
5.3	AUFKLÄRUNG	150
5.4	AUSKUNFTSRECHTE DES SACHWALTERS IN MEDIZINISCHEN ANGELEGENHEITEN	159

V	DIE ALTERNATIVEN ZUR SACHWALTERSCHAFT	161
1	ALLGEMEINES	161
2	PATIENTENVERFÜGUNG	163
2.1	ALLGEMEINES	163
2.2	DIE BESTIMMUNGEN DES PATIENTENVERFÜGUNGSGESETZES	165
3	VORSORGEVOLLMACHT (FÜR GESUNDHEITSANGELEGENHEITEN)	181
3.1	ALLGEMEINES	181
3.2	VORAUSSETZUNGEN DER VORSORGEVOLLMACHT	184
3.3	WIRKSAMKEIT DER VORSORGEVOLLMACHT	187
3.4	WIRKUNG DER VORSORGEVOLLMACHT	187
3.5	RECHTE UND PFLICHTEN AUS DER VORSORGEVOLLMACHT	188
3.6	REGISTRIERUNG DER VORSORGEVOLLMACHT	190
3.7	VORBEUGUNG DER MISSBRAUCHSGEFAHR	191
3.8	ENDE DER VORSORGEVOLLMACHT	191
3.9	VORSORGEVOLLMACHT UND PATIENTENVERFÜGUNG	192
4	VERTRETUNGSBEFUGNIS NÄCHSTER ANGEHÖRIGER	193
4.1	ALLGEMEINES	193
4.2	VORAUSSETZUNGEN DER VERTRETUNGSBEFUGNIS NÄCHSTER ANGEHÖRIGER	193
4.3	„NÄCHSTER ANGEHÖRIGER“	196
4.4	UMFANG DER VERTRETUNGSMACHT	197
4.5	RECHTSVERHÄLTNIS ZWISCHEN BEHINDERTER PERSON UND ANGEHÖRIGEM	199
4.6	EINZELVERTRETUNG DURCH JEDEN NÄCHSTEN ANGEHÖRIGEN	200
4.7	REGISTRIERUNG DER VERTRETUNGSBEFUGNIS	200
4.8	ENDE DER VERTRETUNGSBEFUGNIS	201
	RESÜMEE	202
	LITERATURVERZEICHNIS	204
	JUDIKATUR	224

KURZFASSUNG _____ 226

CURRICULUM VITAE _____ 228

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

aA	andere(r) Ansicht
AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
abl	ablehnend
Abs	Absatz
AcP	(dt) Archiv für die civilistische Praxis
aF	alte Fassung
AMG	Arzneimittelgesetz
Anm	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
Art	Artikel
ÄrzteG	Ärztegesetz
AT	Allgemeiner Teil
AußStrG	Außerstreitgesetz
BG	Bundesgesetz(es)
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	(dt) Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des (dt) Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BlgAH	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Abgeordnetenhauses
BlgNR	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
Blg	Beilage(n)
BM	Bundeminister
BMGF	Bundesministerium für Gesundheit und Frauen
BMJ	Bundesministerium für Justiz
BMUJF	Bundesministerium für Umwelt, Jugend und Familie
BT	Besonderer Teil
bzw	beziehungsweise
DA	Diplomarbeit
dh	das heißt
Diss	Dissertation
dt	deutsch/e/er/es/en
EB	Erläuternde Bemerkungen
EFSlg	Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen
EF-Z	Zeitschrift für Ehe- und Familienrecht
EMRK (oder MRK)	Europäische Menschenrechtskonvention
EntmO	Entmündigungsordnung

ErgBd	Ergänzungsband
Erläut	Erläuterungen
et al	und andere
EvBl	Evidenzblatt der
f	Rechtsmittelentscheidungen in der ÖJZ
FamErbRÄG 2004	und der, die folgende
FamZ	Familien- und Erbrechtsänderungsgesetz 2004
FAZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für
ff	Familienrecht
FMedG	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FN	und der, die folgenden
FS	Fortpflanzungsmedizingesetz
GP	Fußnote
GTG	Festschrift
GuKG	Gesetzgebungsperiode
GZ	Gentechnikgesetz
hA	Gesundheits- und Krankenpflegegesetz
hL	Österreichische Allgemeine
hM	Gerichtszeitung
Hrsg	herrschende Ansicht
hrsg	herrschende Lehre
idF	herrschende Meinung
idR	Herausgeber
idS	herausgegeben
ieS	in der Fassung
iF	in der Regel
insb	in diesem Sinn
iSd	im engeren Sinn
iVm	in Folge
JA	insbesondere
JAB	im Sinne des
JAP	in Verbindung mit
JB	Justizausschuss (es)
JGS	Justizausschussbericht
JN	Juristische Ausbildung und
JRP	Praxisvorbereitung
JZ	Juristische Blätter
KAG	Justizgesetzsammlung
KAKuG	Jurisdiktionsnorm
KinderlähmungsG	Journal für Rechtspolitik
KindRÄG 2001	Juristenzeitung
KRSIlg	Krankenanstaltengesetz
leg cit	Kranken- und Kuranstaltengesetz
	Kinderlähmungsgesetz
	Kindschaftsrechtsänderungsgesetz 2001
	Sammlung von Entscheidungen in
	Krankenanstaltenfragen
	legis citatae (der zitierten Vorschrift)

Lit	Literatur
LG	Landesgericht
mE	meines Erachtens
ME	Ministerialentwurf
MedR	(dt) Zeitschrift für Medizinrecht
MPG	Medizinproduktegesetz
mwN	mit weiteren Nachweisen
nChr	nach Christus
nF	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NO	Notariatsordnung
NotZ	Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit
NÖ	Niederösterreich
NR	Nationalrat
Nr	Nummer
NZ	Notariatszeitung
ÖA	Österreichischer Amtsvormund
ÖÄZ	Österreichische Ärztezeitung
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
ÖZS	Österreichische Zeitschrift für Soziologie
ÖZVV	Österreichisches Zentrales Vertretungsverzeichnis
PatVG	Patientenverfügungsgesetz
RdM	Recht der Medizin
RdW	Recht der Wirtschaft
RpflSlgA	Rechtspflegersammlung in Außerstreitsachen
RG	Reichsgericht
RGBI	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des (dt) Reichsgerichts in Strafsachen
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
RZ	Richterzeitung
Rz	Randziffer
S	Satz
s	siehe
Sess	Session
sog	sogenannt(e)
StAZ	Das Standesamt
StG	Strafgesetz 1852
StGB	Strafgesetzbuch
SWG	Sachwaltergesetz
SWRÄG 2006	Sachwalterrechtsänderungsgesetz 2006

SZ	Entscheidungssammlung des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungssachen)
u	und
ua	unter anderem
UbG	Unterbringungsgesetz
usw	und so weiter
uU	unter Umständen
uva	und viele andere
va	vor allem
VersR	Versicherungsrecht
vgl	vergleiche
WK	Wiener Kommentar
WKW	Wiener Klinische Wochenschrift
wN	weitere Nachweise
Z	Ziffer
Zak	Zivilrecht aktuell
zB	zum Beispiel
ZBl	Zentralblatt für die juristische Praxis
zit	zitiert
ZStW	(dt) Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zust	zustimmend
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht

„Der Mensch mit Behinderung ist personales Subjekt mit allen Rechten einer Person. Darum muss ihm die Teilnahme am Leben der Gesellschaft in allen Bereichen und auf allen mit seinen Fähigkeiten erreichbaren Stufen ermöglicht werden...”

**Papst Johannes Paul II. in der Enzyklika „LABOREM EXERCENS”
(„Über die menschliche Arbeit”), 1981**

EINLEITUNG

In den letzten Jahren sind hinsichtlich der Einwilligung bei medizinischen Behandlungen von behinderten Patienten einige neue gesetzliche Bestimmungen geschaffen worden, die nun klarstellen, wann ein geistig behinderter oder psychisch erkrankter Mensch selbst eine Behandlungsentscheidung treffen kann bzw wann es dafür der Mitwirkung eines gesetzlichen Vertreters bedarf.

Diesbezüglich sieht das Sachwalterrechtsänderungsgesetz aus dem Jahre 2006 (iF SWRÄG 2006) abschließend vor, dass behinderte Patienten selbst die Entscheidung für oder gegen eine medizinische Behandlung dann treffen können, wenn sie einsichts- und urteilsfähig sind. Lediglich, wenn es ihnen an dieser maßgebenden Fähigkeit mangelt, muss ein gesetzlicher Vertreter – der Sachwalter an ihrer Stelle die Entscheidung treffen. Durch diese Rechtsentwicklung wurde die Teilnahme behinderter Personen am Gesellschaftsleben im Sinne des Eingangszitats - insbesondere am Rechtsleben wesentlich gestärkt und vor allem ihr Selbstbestimmungsrecht in diesem Bereich deutlich weiterentwickelt.

Die Darstellung der durch das SWRÄG 2006 und zum Teil bereits durch das Kindschaftsrechtsänderungsgesetz 2001 iF KindRÄG 2001 geschaffenen Regelungen werden im Kapitel IV dieser Arbeit ausführlich dargestellt.

Im Rahmen dieser Dissertation geht es aber nicht nur darum, die aktuelle Rechtslage darzustellen, sondern es sollen aufgrund der historischen Thematik auch jene rechtlichen Entwicklungen gezeigt werden, die nach und nach dazu beigetragen haben, dass ein Gesetz in dieser Form erlassen werden konnte. Dazu ist anzumerken, dass diese Rechtsentwicklungen zum Teil ausgehend von Rechtsgrundlagen stattfanden, die bereits mit dem Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch aus dem Jahre 1811 eingeführt worden sind.

Die Vertretung behinderter Personen bei medizinischen Behandlungen durch einen Sachwalter spielt in heutiger Zeit eine bedeutende Rolle – eben dann,

wenn der Patient nicht selbst entscheidungsfähig ist. Nicht immer aber wurden behinderte Menschen in ihren Angelegenheiten von einem Sachwalter vertreten, der vor allem ihrem Wohl verpflichtet ist. Im Rahmen der historischen Auseinandersetzung wird daher im Kapitel II ein Überblick über die Entwicklung dieses Rechtsinstituts gezeigt. Daraus wird ersichtlich, unter welchen Bedingungen in der Vergangenheit Vertreter für behinderte Personen bestellt wurden und mit welcher erheblichen Einschränkungen eine solche Bestellung für den Betroffenen verbunden war. Im Vergleich dazu wird auch gezeigt, unter welchen Voraussetzungen aus heutiger Sicht ein Sachwalter zu bestellen und mit welchen Rechtsfolgen die Bestellung verbunden ist. Dadurch soll ein umfassendes Bild von der Entwicklung dieses Rechtsinstituts und den wesentlichen gesetzlichen Bestimmungen, die es heute regeln, geboten werden.

Die Entscheidung darüber ist – wie eingangs angeführt aus heutiger Sicht maßgeblich davon abhängig, ob beim betroffenen Patienten die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit vorliegt oder nicht. Im Zuge der historischen Aufarbeitung des Themenbereichs wird daher in einem weiteren Kapitel (Kapitel III) die Entwicklung dieser Voraussetzung, die maßgeblich dafür ist, ob der behinderte Patient selbstbestimmt agieren kann oder eine dritte Person über die Vornahme oder Nichtvornahme einer Behandlung an ihm entscheiden kann, gezeigt werden. Dabei geht man allerdings bereits von der Voraussetzung aus, dass für eine medizinische Behandlung überhaupt eine Einwilligung gegeben sein muss. Dies mag aus heutiger Sicht als selbstverständlich erscheinen, wurde aber nicht immer so streng gesehen. Auch die Darstellung dieser Entwicklungen ist Inhalt dieses Kapitels.

Beschäftigt man sich mit den Rechtsentwicklungen dieses Themenbereichs, erkennt man, dass sie entscheidend geprägt und beeinflusst wurden von Entwicklungen, die außerhalb des Rechts stattgefunden haben. Der Fortschritt in der Medizin und ein dadurch im Laufe der Jahrhunderte verändertes Verhältnis zwischen Arzt und Patienten, aber auch ein geändertes Bild von Behinderung und ein sich dadurch wandelnder Umgang mit behinderten Mitmenschen haben wesentlich dazu beigetragen, die jeweils geltenden Rechtssituationen zu überdenken und zu reformieren. Um die rechtlichen

Ausführungen mit einem umfassenden Verständnis zu sehen, wird diesen ein Kapitel (Kapitel I) vorangestellt, das sich mit den angeschnittenen veränderten Verhältnissen auseinandersetzt.

In einem abschließendem Kapitel (Kapitel V) wird gezeigt, welche Möglichkeiten (auch) behinderten Patienten zur Verfügung stehen, um einer Fremdbestimmung durch gesetzliche Vertretung zu entgehen. Vor allem mit der Schaffung der Möglichkeit, eine Patientenverfügung oder eine Vorsorgevollmacht zu errichten, können behinderte Personen nun bereits im Vorfeld einer Erkrankung Entscheidungen im Hinblick auf eine künftig eventuell notwendige Behandlung treffen. Damit hat der Gesetzgeber das moderne Verständnis von Selbstbestimmung auch für behinderte Menschen wesentlich gestärkt. Mit der Darstellung der diesbezüglich geschaffenen Rechtslage schließt die Arbeit.

Abschließend sei noch angemerkt, dass im Rahmen der Arbeit auf eine geschlechtsspezifische Differenzierung aus dem Grund der einfacheren Lesbarkeit verzichtet wird. Im Sinne der Gleichbehandlung sind jedoch immer beide Geschlechter gemeint.

I EINFÜHRUNG IN DIE GRUNDLAGEN

1 Einleitung

Befasst man sich mit rechtlichen Entwicklungen, macht es Sinn, einen Blick über den „Tellerrand“ zu werfen und sich einige Fragen zu stellen: Welche Ereignisse fanden statt, welche Entwicklungen gab es, die den Gesetzgeber dazu veranlassten, mit der Schaffung rechtlicher Bestimmungen darauf zu reagieren? Dabei gelangt man häufig zu dem Ergebnis, dass wirtschaftliche Faktoren, ein sozialer Wandel oder Fortschritte in verschiedensten Bereichen zum Tätigwerden des Gesetzgebers geführt haben.

Was den Themenbereich dieser Arbeit anbelangt, so waren die Fortschritte der Medizin vor allem in den letzten Jahrzehnten zweifelsohne maßgeblich daran beteiligt, die Rechtsentwicklung zu prägen. Dadurch wurde auch das Verhältnis zwischen Arzt und Patient wesentlich beeinflusst und im Laufe des 20. Jahrhunderts nachhaltig verändert. Der Patient im Allgemeinen wurde im Laufe der Zeit vom unterwürfigen Hilfesuchenden zu einem selbstbewussten, aufgeklärten Partner in der medizinischen Versorgung, ohne dessen Zustimmung eine Behandlung nicht mehr durchgeführt werden durfte.

Dass sich diese Entwicklung auch auf das Verhältnis zum behinderten Patienten auswirkte, ist nicht nur darauf zurückzuführen, dass sich auch die medizinischen Möglichkeiten vor allem im Bereich der psychischen Erkrankungen im Laufe der Zeit verbessert haben, sondern auch darauf, dass sich im Laufe der Jahrhunderte auch das Verhältnis zu und der Umgang mit behinderten Menschen in der Gesellschaft ganz allgemein geändert haben.

Die veränderten Verhältnisse begründeten rechtlichen Handlungsbedarf – sowohl für den Bereich der gesetzlichen Vertretung als auch insofern, dass endlich klare Regelungen geschaffen werden mussten, die festlegten, wann bei

einer Behandlungsentscheidung eines behinderten Patienten eine gesetzliche Vertretung erforderlich ist.

Im folgenden Kapitel sind daher drei wesentliche Aspekte herauszugreifen, die mE die Verrechtlichung im Bereich dieser Arbeit bedeutsam beeinflusst haben, und diese als Grundlage den weiteren Ausführungen voranzustellen.

2 „Medizinische Behandlung im Wandel der Zeit“ – Entwicklung der medizinischen Wissenschaft

Der kanadische Historiker Edward *Shorter* zeigte im Rahmen seiner Untersuchung des Arzt-Patienten-Verhältnisses im Wandel der Zeit auch wesentliche Entwicklungen in der Geschichte der Medizin auf, er unterscheidet dabei drei Phasen: traditionell, modern und postmodern¹. Den folgenden Ausführungen liegt diese Einteilung zu Grunde.

2.1 Traditionelle Medizin

Als „traditionell“ in der Geschichte der Medizin bezeichnet *Shorter* alles, was sich in der Medizin im Zeitraum von *Galen* im 2. Jahrhundert nChr bis ins frühe 19. Jahrhundert ereignet hat.

Basis allen medizinischen Wirkens war die galenische (und vorgalenische) Säftelehre. Diese sogenannte „humorale Medizin“ konzentrierte sich im Wesentlichen darauf, ein Gleichgewicht zwischen den vier Elementen der äußeren Natur (Feuer, Wasser, Luft, Erde) und den vier „humores“, dh Körpersäften (Blut, Schleim, gelbe Galle, schwarze Galle) herzustellen, welches über die Gesundheit

¹ *Shorter*, Das Arzt-Patient-Verhältnis in der Geschichte und heute (1990) 16 ff.

entschied². Medizinische Grundanforderung war demgemäß, den Körper in seinem Unterfangen, das Gleichgewicht wiederherzustellen, zu unterstützen bzw zu stärken³. Therapeutisches Hauptanliegen war, die stockenden Flüsse in Bewegung zu bringen und den Körper zur Ausscheidung der krankmachenden Stoffe zu veranlassen. Damals gängige Therapieformen beruhten daher im Wesentlichen auf der Purgation (Stuhlgang), dem Aderlass und dem Schröpfen (Blutwegnahme). Obwohl nahezu alle Therapien dem menschlichen Körper schädlich waren und ihn entkräfteten⁴, hielten sich die Ärzte dieser Zeit für große Therapeuten. Dies drückte sich auch dadurch aus, dass ein wesentliches Element der Heilbehandlung die Verabreichung von verschiedensten „Heilmitteln“ war, wobei der Arzt versuchte, seinen Patienten durch kräftige Wirkungen zu beeindrucken⁵.

Tatsächlich mangelte es jedoch an wirksamen Therapiemöglichkeiten⁶. Auch eine Untersuchung des Patienten nach heutigem Verständnis fand nicht statt, mancherorts wurde ein Berühren sogar als entwürdigend angesehen⁷. Im Mittelpunkt der ärztlichen Konsultation stand die Anamnese, die „Geschichte der Beschwerde“⁸. Sich die Krankheitsgeschichte des Patienten aufmerksam anzuhören, war aus heutiger Sicht eigentlich auch alles, was der Arzt seinem Patienten bieten konnte⁹. Die im Laufe der Jahrhunderte fortschreitenden Erkenntnisse in den Bereichen der Anatomie, Physiologie und Pathologie änderten an dieser Situation nur wenig – die gelehrten Ärzte standen noch an der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert den meisten Krankheiten in Wahrheit hilflos gegenüber¹⁰.

² Porter, Die Kunst des Heilens – eine medizinische Geschichte der Menschheit von der Antike bis heute (2000) 9.

³ Thien, „Der Arzt soll ein Herrscher sein“. Über den Wandel in der Arzt-Patient-Beziehung im 19. Jahrhundert, DA 1994, 16.

⁴ Shorter, Arzt-Patient-Verhältnis, 17; vgl Shorter, Bedside Manners. The troubled history of doctors and patients (1985) 33, 45.

⁵ Göckenjan, Kurieren und Staat machen. Gesundheit und Medizin in der bürgerlichen Welt (1985) 181.

⁶ Shorter, Arzt-Patient-Verhältnis, 19 f; Ziegler, Streifzug durch die Geschichte der Medizin (X) in Bunttes Magazin (1981) 1.

⁷ Shorter, Arzt-Patient-Verhältnis, 19; vgl auch Thien, „Der Arzt soll ein Herrscher sein“ 57.

⁸ Shorter, Arzt-Patient-Verhältnis, 18.

⁹ Shorter, Arzt-Patient-Verhältnis, 18 ff.

¹⁰ Vgl dazu Ziegler, Geschichte der Medizin (IX) 1.

2.2 Moderne Medizin

Die Phase der modernen Medizin erstreckt sich von Mitte des 19. Jahrhunderts bis Mitte des 20. Jahrhunderts.

Die moderne Medizin basiert auf Wissenschaft; das systematische Gliedern von empirisch gesammelten Daten unterscheidet sie wesentlich von der traditionellen Medizin, die aus etlichen gegeneinander eifernden Doktrinen bestand, denen allen jegliche empirische Basis fehlte¹¹.

Die Motoren des Fortschritts waren vor allem die Histologie (mikroskopische Beobachtung des Gewebes) und die pathologische Anatomie (Erforschung von Krankheitsursachen im Gewebe)¹². Es wurden Krankheitsbilder entdeckt, die im Bereich der Klinik verglichen werden konnten¹³. Damit kommt auch die entscheidende Rolle der Etablierung des Krankenhauses zum Ausdruck¹⁴. Sie hatte für den praktischen Durchbruch der Naturwissenschaften in die Medizin große Bedeutung. Nun erst wurde den Ärzten eine große Menge an „Forschungsmaterial“ zugänglich, welches dann wissenschaftlich verglichen werden konnte. Damit und durch die nun erstmals stattfindende vollständige klinische Untersuchung konnten Krankheiten mit Verlässlichkeit am Krankenbett und nicht erst bei der Obduktion diagnostiziert werden¹⁵. Den Patienten konnte somit eine Prognose gegeben werden.

¹¹ Shorter, Arzt-Patient-Verhältnis, 24 ff.

¹² Berghoff, Österreichs Anteil an der Entwicklung der Medizin, in Wiener Klinische Wochenschrift vom 14.2.1947, 9; vgl Neuburger, Entwicklung der Medizin in Österreich (1918) 50 ff.

¹³ Breitner, Geschichte der Medizin in Österreich (1951) 211; Lesky, Meilensteine der Wiener Medizin - Große Ärzte Österreichs in drei Jahrhunderten (1981) 79 ff.

¹⁴ Vgl zur Geschichte der Krankenanstalt etwa Huerkamp, Der Aufstieg der Ärzte im 19. Jahrhundert vom gelehrten Stand zum professionellen Experten: Das Beispiel Preußens (1985) 141; desweiteren Göckenjan, Kurieren und Staat machen, 138; Dietl, Praktische Wahrnehmungen nach den Ergebnissen im Wiedner Bezirkskrankenhause, in Zeitschrift der K.K. Gesellschaft der Ärzte (1845) 3; Thien, „Der Arzt soll ein Herrscher sein“, 72 mwN.

¹⁵ Lesky, Meilensteine der Wiener Medizin, 85; Ziegler, Streifzug durch die Geschichte der Medizin (X) 1; vgl Shorter, Arzt-Patient-Verhältnis, 28.

Zudem konnten seit der Einführung von Anästhetika und antiseptischen bzw. aseptischen Operationsbedingungen chirurgische Eingriffe wesentlich erfolgreicher und vor allem schmerzfrei durchgeführt werden¹⁶.

Im Laufe des 19. Jahrhunderts etablierte sich auch die Mikrobiologie, wodurch entscheidende Erkenntnisse im Bereich der Infektionskrankheiten erlangt wurden¹⁷. Durch diese Fortschritte waren erstmals die Mechanismen großer Volksseuchen wissenschaftlich erklärbar und konnten durch neue Heilmittel – die Impfstoffe – wirksam therapiert werden¹⁸.

Abgesehen davon aber war der wissenschaftlich ausgebildete Arzt von damals ein „*therapeutischer Nihilist*“¹⁹ und sich im Unterschied zu den Ärzten der traditionellen Phase darüber im Klaren, dass die angewandten Therapien nicht sehr erfolgversprechend sind²⁰. Die „Erlösung von uraltem therapeutischen Köhlerglauben“²¹ kommt auch in vielzitierten Aussprüchen *Joseph Dietls* zum Ausdruck: „*Im Wissen und nicht im Handeln liegt unsere Kraft!*“²² bzw. „*Indess die alte Schule früher zu heilen als zu forschen begann, hat die neuere Schule zu forschen begonnen, um heilen zu können*“²³.

Die Überwindung des therapeutischen Unvermögens vollzog sich allmählich im Laufe des 20. Jahrhunderts, am Übergang der modernen zur postmodernen Phase.

¹⁶ *Schlevogt*, Heilkunde im Wandel der Zeiten (1951) 97 ff; *Ackerknecht*, Kurze Geschichte der Medizin (1967) 163 ff; *Lesky*, Meilensteine der Wiener Medizin, 98 ff; *Ziegler*, Streifzug durch die Geschichte der Medizin (XI) 1; *Porter*, Die Kunst des Heilens, 11.

¹⁷ *Ziegler*, Streifzug durch die Geschichte der Medizin (XI) 1; *Ziegler*, Streifzug durch die Geschichte der Medizin (XII) 1; *Shorter*, Arzt-Patient-Verhältnis, 26 f.

¹⁸ *Ziegler*, Streifzug in der Geschichte der Medizin (XII) 1; *Shorter*, Arzt-Patient-Verhältnis, 27; *Porter*, Die Kunst des Heilens, 11.

¹⁹ *Lesky*, Meilensteine der Wiener Medizin, 85 ff; *Wunderlich*, Wien und Paris – Ein Beitrag zur Geschichte und Beurteilung der gegenwärtigen Heilkunde (1974) 92 ff; *Ackerknecht*, Geschichte der Medizin, 135; *Schlevogt*, Heilkunde im Wandel der Zeiten, 82 f; *Shorter*, Arzt-Patient-Verhältnis, 39; vgl. zu anderen Ansichten *Neuburger*, Medizin in Österreich, 74.

²⁰ *Dietl*, Wahrnehmungen, 14 f; vgl. zu anderen Ansichten *Neuburger*, Medizin in Österreich, 74.

²¹ *Lesky*, Meilensteine der Wiener Medizin, 86.

²² *Dietl*, Wahrnehmungen, 14.

²³ *Dietl*, Wahrnehmungen, 15.

2.3 Postmoderne Medizin

Der Zeitrahmen der postmodernen Medizin erstreckt sich von den fünfziger Jahren des 20. Jahrhunderts bis heute.

Dieser Zeitraum ist charakterisiert durch eine neue therapeutische Zuversicht und ein gehobenes Selbstvertrauen der Ärzte, nicht nur im Hinblick auf ihr diagnostisches, sondern auch auf ihr therapeutisches Können²⁴.

Zum ersten Mal in der Geschichte hat der Arzt wirksame Medikamente und kann seinen Patienten heilen. Die große Wende in der Geschichte der Therapie ging mit der Einführung von Sulfonamiden und Antibiotika Mitte des 20. Jahrhunderts einher²⁵. Seitdem folgte eine Flut von Medikamenten, die bis heute andauert.

Die Entwicklungen in den Bereichen der Biochemie und Pharmakologie und die damit verbundene therapeutische Zuversicht veränderten, wie auch weitere Innovationen auf dem Gebiet der Diagnostik, die Ausbildung und Arbeitsbedingungen der Ärzte. So etablierten auf der therapeutischen Seite die Erfolge der Pharmazie das „Rezeptschreiben“ als den entscheidenden Akt der Behandlung²⁶. Viele der neuen Diagnosemethoden basierten nun auf dem Einsatz aufwendiger Apparaturen. Man war der Meinung, durch eine körperliche Untersuchung des Patienten ohnehin nicht viel mehr über seinen Zustand erfahren zu können als durch die Ergebnisse der Labortests oder des Röntgen. Damit war der Patient in der Behandlung nicht mehr dem Arzt gegenübergestellt, sondern häufig Maschinen und Verfahren²⁷.

Diesen Entwicklungen zufolge wurde auch die Anamnese, der in der Zeit der modernen Medizin durchaus noch eine wesentliche Rolle zukam, in der

²⁴ *Shorter*, Arzt-Patient-Verhältnis, 45 ff.

²⁵ Vgl *Ziegler*, Streifzug durch die Geschichte der Medizin (XII) 1; *Porter*, Die Kunst des Heilens, 11.

²⁶ *Shorter*, Beside Manners, 256.

²⁷ *Thien*, „Der Arzt soll ein Herrscher sein“ 132.

postmodernen Medizin immer mehr zur Formsache, die Visite beschränkte sich nun in vielen Fällen auf die Analyse des Krankenblatts.

3 Der Wandel des Arzt-Patienten-Verhältnisses in den letzten Jahrzehnten

Parallel zu den Fortschritten in der Medizin und damit einhergehenden neuen Behandlungsmethoden und -möglichkeiten, hat sich das Verhältnis zwischen Arzt und Patient im Laufe der letzten Jahrzehnte wesentlich geändert²⁸. Zudem haben die Einflüsse der Säkularisierung, Ökonomisierung und der Wertewandel in der pluralistischen Gesellschaft sich sowohl auf die berufliche Situation des Arztes als auch auf das Verhältnis zum Patienten ausgewirkt.

Der Wandel einer „Beziehung der besonderen Art“²⁹, wie *Mazal* das Verhältnis zwischen Arzt und Patient beschreibt, wird im Folgenden näher beleuchtet. Auch diesen Ausführungen wird zur besseren Übersichtlichkeit die von *Shorter* gemachte zeitliche Untergliederung zu Grunde gelegt.

3.1 Traditionelle Medizin

Die Zeit der traditionellen Medizin kann im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Arzt und Patient als „klientendominierte Medizin“ bezeichnet werden³⁰.

²⁸ Dazu etwa *Bauer*, Wandel und Wesen der Arzt-Patient-Beziehung, ÖÄZ 1986, Heft 42, 34 ff.

²⁹ *Mazal*, Zum Verhältnis Arzt - Patient aus juristischer Sicht, in *Kampits* (Hrsg), Medizin-Ethik-Recht. Beiträge des Symposiums und des Postgradualen Lehrganges am Zentrum für Ethik und Medizin (1993) 107.

³⁰ *Schmiedebach*, Patientenrecht, ärztliche Dominanz und die „Bedeutungslosigkeit des Einzelwesens“ – Das Individuum und die Medizin um 1900, in *Joerden* (Hrsg), Der Mensch und seine Behandlung in der Medizin. Bloß ein Mittel zum Zweck? (1999) 53; *Lachmund/Stollberg*, Patientenwelten. Krankheit und Medizin vom späten 18. bis zum frühen 20. Jahrhundert im Spiegel von Autobiographien (1995) 123 ff.

Dafür waren mehrere Gründe ausschlaggebend:

Zum einen ist zu bedenken, dass es zwar für Ärzte seit der Gründung der Universitäten und der medizinischen Fakultäten im Mittelalter eine akademische Ausbildung gab, dass aber die Verleihung des Titels bis ins 18. Jahrhundert nicht immer mit einem regulär durchgeführten Studium verbunden war, sondern für alle Professionisten angewandt wurde, die in physischen und psychischen Notlagen Beistand leisteten³¹. Daher standen die gelehrten Ärzte in unmittelbarer Konkurrenz zu den Wundärzten, Badern, Starstechern, Wunderheilern und Kurpfuschern. Auch wenn den akademischen Ärzten die Durchführung innerer Kuren, dh die Behandlung innerer Leiden vorbehalten war, und Wundärzte die äußeren Leiden behandeln durften, war die Differenzierung von promovierten Ärzten und Wundärzten bis zum Sanitätshauptnormativ 1770 in der Praxis wohl nur eine vordergründige; das bestimmende Merkmal der Unterscheidung war im Wesentlichen der Patientenkreis. Während die Masse der Bevölkerung, sofern sie einen Arzt heranzog, die Wundärzte konsultierte, behandelten die gelehrten Ärzte vorrangig die Oberschicht, dh den Adel und das betuchte Bürgertum³². Der Arzt befand sich daher schon allein aufgrund seiner gesellschaftlichen Reputation gegenüber seinem Patienten in einer untergeordneten Position und war von diesem häufig finanziell abhängig.

Dazu kam, dass die Medizin der damaligen Zeit, wie bereits ausgeführt, lediglich geringe Möglichkeiten bot und der Arzt somit nur wenig Einfluss auf den Krankheitsverlauf seines Patienten nehmen konnte. Aus diesem Grund herrschte im Allgemeinen bloß eine geringe Akzeptanz der Medizin und auch dem Arzt gegenüber. Dies spiegelte sich deutlich in der Situation am Krankenbett wider. Der Patient befand sich in seiner gewohnten häuslichen Umgebung und trat in dieser als „Hausherr“ auf. Es kam auch nicht selten vor, dass sich Nachbarn oder Verwandte als Teil der sogenannten „Krankenbettgesellschaft“³³ am Krankenbett befanden und eine rege Diskussion über Ursache und Therapie der Krankheit stattfand. Der Arzt stand dieser Beeinflussung mehr oder weniger hilflos

³¹ Koppe, Sozialgeschichte der Ärzteschaft 1870-1918, DA 1997, 11; Göckenjan, Kurieren und Staat machen, 133.

³² Schmiedebach in Joerden, Der Mensch und seine Behandlung in der Medizin, 53.

³³ Lachmund/Stollberg, Patientenwelten, 53.

gegenüber, da er bei der ärztlichen Urteilsfindung aufgrund mangelnder Möglichkeiten in der körperlichen Untersuchung und Diagnostik wesentlich auf das Gespräch mit dem Kranken und mitunter auch dessen Nächsten angewiesen war³⁴. So wurde der Arzt hinsichtlich der Festlegung der Kur im besten Fall als Berater angesehen.

Zusammengefasst lässt sich festhalten, dass der Arzt nur wenig Autorität hatte und dementsprechend nur ein geringes soziales Ansehen genoss³⁵. Auf den Punkt gebracht charakterisiert *Huerkamp* das damalige Arzt-Patienten-Verhältnis „als ein Patronagesystem, in dem der einzelne Patient nicht so sehr der hilfsbedürftige Patient als vielmehr Dienstherr und Gönner des Arztes war, und der Arzt weniger die Rolle eines autonomen Experten als vielmehr die des abhängigen Bediensteten bei seiner vermögenden Klientel spielte“³⁶. Dabei ist durchaus nachvollziehbar, dass in einer solchen Beziehung nur wenig Platz für eine etwaige „Bevormundung“ des Patienten durch den Arzt war.

Die Unterordnung des Arztes stieß in der Ärzteschaft vermehrt auf Kritik und so wurde bereits zu dieser Zeit gefordert, dass Patienten, wenn möglich, gar nicht in die Gestaltung der Therapie einbezogen werden sollten³⁷; „dass man dem großen Publikum gerade nur soviel aus dem Bereiche des medicinischen Wissens mitzutheilen, also populär zu machen habe, als nöthig ist, um für das Verfahren des Arztes die gehörige Achtung, für seine Anordnungen die gehörige Folgsamkeit zu begründen“³⁸. Bis zum dahinterstehenden Wandel im Ärztebild sollte aber noch einige Zeit vergehen.

³⁴ *Schmiedebach* in *Joerden*, Der Mensch und seine Behandlung in der Medizin, 54.

³⁵ *Shorter*, Arzt-Patient-Verhältnis 20 ff; vgl *Porter*, Die Kunst des Heilens, 353 f.

³⁶ *Huerkamp*, Aufstieg der Ärzte im 19. Jahrhundert, 24 f.

³⁷ *Thien*, „Der Arzt soll ein Herrscher sein“ 59 f.

³⁸ *Feuchtersleben*, Die Gewissheit und Würde der Heilkunst. Für das nichtärztliche Publikum dargestellt (1838) 78 f.

3.2 Moderne Medizin

Während der Patient in der traditionellen Medizin gegenüber dem Arzt die „Oberhand“ hatte, ist die Phase der modernen Medizin gekennzeichnet durch eine Stärkung der Position des Arztes.

Dieser Wandel war wesentlich davon beeinflusst, dass die Medizin sich als Wissenschaft etablierte und damit verbunden im Laufe der Zeit beeindruckende Fortschritte erreicht wurden. Durch die nun vorhandene Möglichkeit der Erstellung einer Diagnose mittels Untersuchungsinstrumenten wurde der Arzt wesentlich unabhängiger von Faktoren, die ihn an die Person des Patienten koppelten; er war nun nicht mehr auf die sprachliche Äußerung des Patienten angewiesen³⁹. Mit diesen Änderungen einher ging ein Wandel des Arztbildes hin zum Wissenschaftler, was mit einem deutlichen Prestigegewinn für diese Berufsgruppe verbunden war⁴⁰.

Zudem ermöglichte die Entwicklung einer standardisierten wissenschaftlichen Ausbildung eine klare Außenabgrenzung und soziale Distanzierung der „professionals“ von anderen Heilergruppen⁴¹; ab 1873 war nur noch der durch die Universität geformte Arzt zulässig und *medicus* und *chirurgus* waren wieder in einer Person vereint⁴². Das Gesetz vom 17. Februar 1873⁴³ legte fest, dass wundärztliche Diplome nur noch bis 1875 erworben werden können. Dadurch erlangte der Arzt eine Art monopolartiges Wissen, das ihm gegenüber seinem Patienten eine Dominanz einbrachte, die dieses Verhältnis nun entscheidend prägte⁴⁴.

³⁹ Thien, „Der Arzt soll ein Herrscher sein“ 95.

⁴⁰ Shorter, Arzt-Patient-Verhältnis, 40 f.

⁴¹ Huerkamp, Aufstieg der Ärzte im 19. Jahrhundert, 17.

⁴² Laufs, Arzt und Recht im Wandel der Zeit (1986) in Eser (Hrsg), Recht und Medizin (1990) 394; Neuburger, Entwicklung der Medizin in Österreich, 100; Thien, „Der Arzt soll ein Herrscher sein“ 103; Waditschatka, Medizinische Professionalisierung der österreichischen Ärzteschaft vom ausgehenden 18. bis zum beginnenden 20. Jahrhundert, DA 1994, 25.

⁴³ Gesetz betreffend die Praxis der Wundärzte, RGBl Nr 25/1873.

⁴⁴ Laufs in Eser, Recht und Medizin, 394; vgl zur Entwicklung der medizinischen Ausbildung zum Doktor der gesamten Heilkunde Waditschatka, Professionalisierung der Ärzteschaft, 20 ff mwN.

Aber auch die Etablierung von Arztpraxen, wo nun der Patient den Arzt aufsuchen musste und die im Laufe des 19. Jahrhunderts vermehrte Verlagerung der Behandlungen in moderne Krankenhäuser, in denen der Patient dem Regime ärztlichen Denkens und Handelns ausgeliefert war, haben die ärztliche Dominanz verstärkt und das Arzt-Patienten-Verhältnis beeinflusst⁴⁵. Es lag nun alleine in der Hand des Arztes, die Behandlung festzulegen. So wurde dem Patienten im Falle der Missachtung ärztlicher Anordnungen auch damit gedroht, die Behandlung abubrechen⁴⁶. Durch die Ausgrenzung des Laienpublikums fand die alte „Krankenbettgesellschaft“ ihr Ende⁴⁷. Diese Faktoren wirkten sich auf die Kommunikation zwischen Arzt und Patient insofern aus, als es nun in der Hand des Arztes lag, wann und ob er mit dem Patienten ein Gespräch führte⁴⁸.

Desweiteren führte die Medikalisierung der Bevölkerung dazu, dass sich der Markt bzw der Kreis der Patienten erweiterte und somit das ärztliche Betätigungsfeld vergrößerte⁴⁹. Zunehmend wurden durch die Erweiterung des Versicherungsschutzes⁵⁰ nun auch Angehörige der Mittel- und Unterschicht zu Konsumenten der akademischen Medizin⁵¹. Dies hatte einerseits zur Folge, dass der Arzt zunehmend unabhängiger von einzelnen reichen Patienten wurde, andererseits war er seinen Patienten aus der Unterschicht gesellschaftlich überlegen⁵².

Zudem begann die Ärzteschaft, sich gegen Ende des 19. Jahrhunderts standespolitisch zu organisieren. Dazu wurden bereits in den 60er Jahren zahlreiche Ärztevereine gegründet, die auf dem 1. Österreichischen Ärztevereinstag schließlich zusammengeführt werden konnten. Zudem führte eine Petition an die Kaiserliche Regierung und das Abgeordnetenhaus zur Schaffung

⁴⁵ Schmiedebach in Joerden, *Der Mensch und seine Behandlung in der Medizin*, 56; Thien, „Der Arzt soll ein Herrscher sein“ 72 ff.

⁴⁶ Brand, *Ärztliche Ethik im 19. Jahrhundert – der Wandel ethischer Inhalte im medizinischen Schrifttum. Ein Beitrag zum Verständnis der Arzt-Patient-Beziehung* (1977) 141.

⁴⁷ Schmiedebach in Joerden, *Der Mensch und seine Behandlung in der Medizin*, 56.

⁴⁸ Schmiedebach in Joerden, *Der Mensch und seine Behandlung in der Medizin*, 54.

⁴⁹ Thien, „Der Arzt soll ein Herrscher sein“ 116; Waditschatka, *Professionalisierung der Ärzteschaft*, 8; Lesky, *Die Wiener medizinische Schule im 19. Jahrhundert* (1965) 280 ff.

⁵⁰ Krankenversicherungsgesetz 1888, RGBl Nr 33/1888.

⁵¹ Laufs in Eser, *Recht und Medizin*, 394 ff; Thien „Der Arzt soll ein Herrscher sein“ 116; Waditschatka, *Professionalisierung der Ärzteschaft*, 45 ff.

⁵² Laufs in Eser, *Recht und Medizin*, 394.

einer Standesvertretung in Form einer Ärztekammer⁵³. Auch dieser Faktor führte dazu, die Stellung des akademischen Arztes abzusichern und seine Autorität und das Ansehen zu stärken.

Der mit diesen Entwicklungen verbundene Prestigegewinn führte zu einer enormen Steigerung der ärztlichen Autorität, zur eindeutigen Übergeordnetheit des Arztes über den Patienten⁵⁴. Der Arzt sah sich als Heiler, der den fachlichen Weitblick hatte und dessen Aufgabe in der Führung des Patienten zu dessen Besten bestand⁵⁵. Aus diesem Selbstverständnis des Arztes resultiert auch das für diese Epoche typische paternalistische Handeln des Arztes. Der Patient wurde als bloßer Adressat ärztlicher Pflichten und Fürsorge und sachgerechter Behandlung angesehen, von dem emotionale und nicht hinterfragende Akzeptanz ärztlichen Handelns gewünscht war⁵⁶. Er war nicht so sehr Subjekt, sondern mehr Objekt einer, wenn auch gutgemeinten, aber doch paternalistischen Zuwendung⁵⁷. Dabei wurde der Arzt, der sich zwar am „besten Interesse“ des Patienten orientierte, häufig auch ohne oder sogar gegen den Willen des Patienten tätig und beschränkte diesen somit in seiner Freiheit und Selbstbestimmung⁵⁸.

Die Rechte des Patienten waren in dieser Konzeption den Pflichten des Arztes eindeutig nachgeordnet⁵⁹. Dies wurde jedoch von Seiten des Patienten nicht bemängelt. Als Laie erwartete er keine Aufklärung und war nicht gewohnt, Einfluss auf das Tun und Lassen des Arztes zu nehmen oder ärztliche Anordnungen in Frage zu stellen⁶⁰. Für den Patienten dieser Zeit war klar, dass ihm im Verhältnis zum Arzt lediglich eine passive Rolle zukommt und er sich dem

⁵³ Gesetz vom 22.12.1891 betreffend die Errichtung von Ärztekammern, RGBl Nr 6; vgl zur standespolitischen Organisation *Koppe*, Sozialgeschichte, 25 ff; *Thien*, „Der Arzt soll ein Herrscher sein“ 122 ff; *Waditschatka*, Professionalisierung der Ärzteschaft, 71 ff.

⁵⁴ *Wolff*, Arzt und Patient, in *Sass* (Hrsg), *Medizin und Ethik* (1989) 206; *Schweninger*, *Der Arzt* (1906) 74; *Kappel*, *Die Entwicklung der zivilrechtlichen Haftung des Arztes im 20. Jahrhundert*, Diss 2005, 40.

⁵⁵ *Wolff* in *Sass*, *Medizin und Ethik*, 206; *Hau*, Experten für Menschlichkeit? Ärztliche Berufsethik, Lebensreform und die Krise der Medizin in der Weimarer Republik, in *Frewer/Neumann* (Hrsg), *Medizingeschichte und Medizinethik. Kontroversen und Begründungsansätze 1900 – 1950* (2001) 126; *Kappel*, *Zivilrechtliche Haftung des Arztes im 20. Jahrhundert*, 16.

⁵⁶ *Willinger*, *Ethische und rechtliche Aspekte der ärztlichen Aufklärungspflicht* (1995) 32.

⁵⁷ *Willinger*, *Aufklärungspflicht*, 32.

⁵⁸ *Wolff* in *Sass*, *Medizin und Ethik*, 201.

⁵⁹ *Willinger*, *Aufklärungspflicht*, 33.

⁶⁰ *Wolff* in *Sass*, *Medizin und Ethik*, 206.

Arzt gegenüber zu unterwerfen hatte⁶¹. Für Reflexionen über Rechte des Patienten gegenüber dem Arzt ließ diese Einstellung nur wenig Raum⁶².

Diese paternalistische Haltung des Arztes gegenüber dem Patienten, die auch dem Leitbild des Arztes im Hippokratischen Eid entsprach⁶³, herrschte bis weit in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts. Ein tragendes Element, das heute ganz wesentlich das Verhältnis von Arzt und Patient bestimmt, war dieser Einstellung noch gänzlich fremd, die Selbstbestimmung des Patienten.

3.3 Postmoderne Medizin

Während der postmodernen Phase erweiterten sich die medizinischen Handlungsmöglichkeiten durch den raschen Fortschritt sowohl qualitativ als auch quantitativ enorm⁶⁴. Dazu kam, dass sich die Übergeordnetheit des Arztes nicht mehr lediglich durch Wissen und Kompetenz begründen ließ, sondern für den Arzt nun dessen medizinische Erfolge sprachen. Zum ersten Mal in der Geschichte konnte der Arzt viele Krankheiten durch eine wirksame Therapie heilen. Dies stärkte das Vertrauen in ihn immens und erzeugte eine Art „Unantastbarkeit“ seines Handelns⁶⁵.

Die Entwicklungen des verlaufenden 20. Jahrhunderts führten aber auch zu Spezialisierung, Arbeitsteilung und der vermehrten Anwendung moderner Verfahren im medizinischen Bereich. Damit wurde die persönliche Auseinandersetzung des Arztes mit dem Patienten in ihrer Wichtigkeit zurückgedrängt, die subjektive Aussage des Patienten verlor zunehmend an Bedeutung⁶⁶. Dem Arzt erschien ein Festhalten am früheren, aus psychologischer

⁶¹ Kappel, Zivilrechtliche Haftung des Arztes im 20. Jahrhundert, 113.

⁶² Hau in Frewer/Neumann, Medizingeschichte und Medizinethik, 138.

⁶³ Pellegrino, Die medizinische Ethik in den USA – Die Situation heute und die Aussichten für morgen, in Sass/Cook-Deegan (Hrsg), Bioethik in den USA: Methoden, Themen, Positionen; mit besonderer Berücksichtigung der Problemstellung in der BRD (1988) 5.

⁶⁴ Vgl dazu Mazal in Kampits, Medizin – Ethik – Recht, 108; vgl Willinger, Aufklärungspflicht, 69.

⁶⁵ Kappel, Zivilrechtliche Haftung des Arztes im 20. Jahrhundert, 42.

⁶⁶ Shorter, Beside Manners, 256.

Sicht zweifelsfrei positiven Arzt-Patient-Verhältnis oft als überflüssig⁶⁷. Diese Entwicklung wirkte sich auf das Verhältnis zwischen Arzt und Patient vor allem durch Anonymisierung und Entpersonalisierung aus und ging einher mit einem Verlust an Vertrauen auf Seiten des Patienten und der Verminderung der medizinischen Autorität⁶⁸.

Neben den veränderten medizinischen Bedingungen wirkte sich auch der soziale Wandel, der sich unter den Einflüssen der Säkularisierung und Ökonomisierung vollzogen hatte, auf die Beziehung zwischen Arzt und Patient aus. Aus diesem ging eine Gesellschaft hervor, die sich zum Wertepluralismus, zu politischer Liberalität, zur Selbstbestimmung und sozialen Solidarität bekannte. Damit wurde auch der Anspruch nach Selbstbestimmung zu einem zentralen normativen Prinzip. Unter Selbstbestimmung versteht man im medizinischen Zusammenhang *„das Recht und das Vermögen des Kranken, selbständig zu entscheiden, was mit seinem Körper geschehen soll“*⁶⁹. Die Selbstbestimmung verwirklicht sich insbesondere im „informed consent“, der „Einwilligung nach Aufklärung“⁷⁰. Dieser Grundsatz setzte sich im Verlauf der postmodernen Phase durch. In der Anerkennung des Selbstbestimmungsrechts kommt auch der grundlegende Wandel in Ethik und Rechtsbegründung zum Ausdruck, der dem Anspruch, *„in allen sozialen Bezügen, den Menschen als Subjekt verantworteter Freiheit anzuerkennen“*⁷¹, gerecht wurde. Seine Legitimität erhielt dieser Anspruch durch die Mündigkeit der Bürger, die rational und selbstverantwortlich handelten. Durch den verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutz, der auch die Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts und der personalen Würde im Auge hatte, waren die Ärzte dazu angehalten, ihr bis dahin geltendes Berufsverständnis mitsamt der Überordnung über den Patienten zu überdenken⁷². Der „mündige Patient“ wurde zum Leitbegriff der Forderung, den Paternalismus aus der Medizin

⁶⁷ Vgl. dazu Feilmayr, Vom Penicillin zur Stammzellenforschung – Die Geschichte der modernen Medizin in Österreich nach 1945 (2005) 14 f; Shorter, Arzt-Patient-Verhältnis, 46 f.

⁶⁸ Shorter, Arzt-Patient-Verhältnis, 56 ff; Engljähringer, Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen (1996) 3; Willinger, Aufklärungspflicht, 25.

⁶⁹ Wolff in Sass, Medizin und Ethik, 199.

⁷⁰ Wolff in Sass, Medizin und Ethik, 199.

⁷¹ Willinger, Aufklärungspflicht, 33.

⁷² Laufs in Eser, Recht und Medizin, 407.

zu vertreiben⁷³. Die Rechte des Patienten wurden nun vor die Pflichten des Arztes gestellt. Der Wandel im Status und der Mentalität des Bürgers, der sich vor allem durch verbesserte Informationsmöglichkeiten wie das Internet vollzogen und die Informationsgesellschaft nach sich gezogen hatte, führte dazu, dass der „*Patient von heute dem Arzt mit einem höheren Informationsstand und einem ausgeprägten Selbst- Gesundheits- und Anspruchsbewusstsein gegenübertritt*“⁷⁴. Er möchte über den Verlauf, die Risiken, Erfolgsaussichten und Alternativen informiert und aktiv in die Behandlung eingebunden werden. Die neue Patientengeneration passt nicht mehr in das Schema des „Patienten“, dessen Duldsamkeit ihm auch seinen Namen einbrachte; eines Erkrankten, der sich lebenslang überzeugt und voller Vertrauen in die Hände einiger ihm bekannter und ihn kennender Ärzte begab, den der zutiefst empfundene Respekt vor dem „Halbgott in Weiß“ daran hinderte, dessen Entscheidungen aus irgendeinem Grund oder in irgendeiner Weise zu hinterfragen oder anzufechten⁷⁵.

Die Reaktion auf das Sinken der Autoritätsgläubigkeit, dem „*Abbau der Strahlkraft natürlicher Autoritäten*“⁷⁶, wie es Mazal nennt, war seit den 70er Jahren eine verstärkte Juridisierung auch dieses Bereiches⁷⁷. Die Patienten sollten durch die Schaffung rechtlicher Regelungen vor Gefahren und Risiken geschützt werden, die die neuen medizinischen Möglichkeiten mit sich brachten⁷⁸.

4 Behinderung im Wandel der Zeit

Zu allen Zeiten gab es Menschen, die wegen ihrer Andersartigkeit aus dem gesellschaftlichen Rahmen fielen. Im Laufe der Zeit hat sich der Umgang mit psychisch kranken und geistig behinderten Menschen geändert. Dies ist mitunter

⁷³ Wolff in Sass, Medizin und Ethik, 186 f.

⁷⁴ Wolff in Sass, Medizin und Ethik, 190.

⁷⁵ Engländer, Aufklärungspflicht, 1.

⁷⁶ Mazal in Kampits, Medizin-Ethik-Recht, 110.

⁷⁷ Vgl. dazu Mazal in Kampits, Medizin-Ethik-Recht, 110, Geilen, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht (1963) 64.

⁷⁸ Dazu etwa Engländer, Aufklärungspflicht, 3; Willinger, Aufklärungspflicht, 69.

auf bedeutsame medizinische Fortschritte zurückzuführen, die ihrerseits die gesellschaftliche Einstellung und in weiterer Folge die rechtliche Entwicklung wesentlich geprägt haben.

Behinderung wurde in christlicher Zeit als Strafe Gottes für Verfehlungen der Angehörigen oder des Betroffenen selbst gesehen. Man war der Meinung, dass insbesondere Anfallskranke vom Teufel besessen seien und unterstellte ihnen auch besondere Zauberkräfte oder wahrsagerische Fähigkeiten⁷⁹.

Behinderte Menschen verblieben zu dieser Zeit häufig im Verband ihrer Familie; dies lag auch im Interesse des Staates, um den öffentlichen Haushalt nicht zu belasten. Nur wenn die häusliche Pflege nicht möglich war, kümmerte sich teils auch die städtische oder kirchliche Fürsorge um sie⁸⁰.

Erst mit dem Zeitalter der Vernunft, der Betonung der Rationalität und dem Ordnungsanspruch der Aufklärung begann, was *Foucault* als die große „*Gefangenschaft des Wahnsinns*“ bezeichnet hat. So trat neben die „häusliche Pflege“ die Unterbringung der Betroffenen in Anstalten⁸¹. Dabei kam es anfangs nicht selten vor, dass sie in Arbeits-, Zucht- und Tollhäusern gemeinsam mit Verbrechern, Krüppeln, Bettlern und anderen sozialen Randgruppen untergebracht wurden⁸². Erst im verlaufenden 18. Jahrhundert wurden eigene Abteilungen für Tollsinnige und Kranke geschaffen. In diese Zeit fällt auch der Bau des „Narrenturms“ in Wien als erste Anstalt speziell für Geisteskranke⁸³. In den Anstalten fristeten die Kranken zum Großteil ein armseliges Dasein, wurden an Ketten gefesselt und in Zwangsjacken gehalten. Man „behandelte“ sie mit kalten

⁷⁹ Vgl. dazu zB *Hartl*, Der Geisteskranke und sein Recht auf persönliche Freiheit, ÖJZ 1975, 89.

⁸⁰ *Stekl*, Österreichs Zucht- und Arbeitshäuser 1671-1920. Institutionen zwischen Fürsorge und Strafvollzug (1978) 17 ff.

⁸¹ *Foucault*, Wahnsinn und Gesellschaft. Eine Geschichte des Wahns im Zeitalter der Vernunft (1973) 68 ff; vgl. aA *Häßler G./Häßler F.*, Geistig Behinderte im Spiegel der Zeit. Vom Narrenhäusl zur Gemeindepsychiatrie (2005) 50 ff.

⁸² *Hartl*, ÖJZ 1975, 89; vgl. *Stekl*, Österreichs Zucht- und Arbeitshäuser, 7; *Stekl*, Soziale Sicherung und soziale Kontrolle. Zur österreichischen Armengesetzgebung des 18. und 19. Jahrhunderts, in Bericht über den 14. österreichischen Historikertag in Wien (1979) (Veröffentlichungen des Verbandes österreichischer Geschichtsvereine) 136 ff.

⁸³ *Sablik*, Vom „Narrenturm“ zur modernen Psychiatrie, in *Weinzierl/Stadler* (Hrsg.), „Schutz der Persönlichkeitsrechte am Beispiel der Behandlung von Geisteskranken 1780 – 1982“; Justiz und Zeitgeschichte, Veröffentlichungen des Ludwig Boltzmann – Instituts für Geschichte der Gesellschaftswissenschaften (1983) 2; *Mauczka*, Der Wiener Irrenturm, Wiener Klinische Wochenschrift (1935) 1036.

Sturzbädern, körperlicher Züchtigung, Hunger und Ketten⁸⁴. Hauptzweck der Anstalten dieser Zeit war die Verwahrung, Hauptaufgabe war es, die Geisteskranken vor sich selbst und die anderen vor ihnen zu schützen⁸⁵.

Eine Heilung oder Therapie war aus heutiger Sicht zu dieser Zeit nicht möglich – es mangelte an tauglichen Therapiemöglichkeiten⁸⁶; Irre wurden als unheilbar angesehen⁸⁷.

Erst als sich im Laufe des 19. Jahrhunderts langsam die Unterscheidung zwischen heilbaren und unheilbaren Kranken durchsetzte⁸⁸, trat neben den Verwahrungszweck allmählich der Heilzweck⁸⁹. Dies führte auch zur Schaffung erster Irrenheilanstalten, wo sich ein Wandel weg von Zwang hin zu Behandlung und Therapie, unter anderem der Beschäftigungstherapie, vollzog⁹⁰. Nachvollziehen lässt sich diese Entwicklung auch am Beispiel des im Jahre 1784 unter Joseph II errichteten „Narrenturms“ in Wien⁹¹. Während die „Narren“ in den Anfängen als Schauobjekte der Belustigung des Volkes dienten, wurde später eine Mauer aufgezogen, um sie vor Schaulustigen zu schützen⁹².

⁸⁴ Hartl, ÖJZ 1975, 90.

⁸⁵ Shorter, Geschichte der Psychiatrie (2003) 23; Sablik in Weinzierl/Stadler, „Schutz der Persönlichkeitsrechte am Beispiel der Behandlung von Geisteskranken 1780 – 1982“ 22.

⁸⁶ Sablik in Weinzierl/Stadler, „Schutz der Persönlichkeitsrechte am Beispiel der Behandlung von Geisteskranken 1780 – 1982“ 2.

⁸⁷ Sablik in Weinzierl/Stadler, „Schutz der Persönlichkeitsrechte am Beispiel der Behandlung von Geisteskranken 1780 – 1982“ 3.

⁸⁸ Jetter, Grundzüge der Geschichte des Irrenhauses (1981) 33 ff.

⁸⁹ Metzger, Ueber Irrehäuser und Behandlung der Wahnsinnigen, in Gerichtlich – medizinische Abhandlungen II (1811) 72 ff; Erhard, Theorie der Gesetze die sich auf das körperliche Wohlseyn der Bürger beziehen und der Benutzung der Heilkunde (1800) 96; Häßler G./Häßler F., Geistig Behinderte im Spiegel der Zeit, 47.

⁹⁰ Sablik in Weinzierl/Stadler, „Schutz der Persönlichkeitsrechte am Beispiel der Behandlung von Geisteskranken 1780 – 1982“ 34.

⁹¹ Vgl dazu Kopetzki, Unterbringungsrecht, Historische Entwicklung und verfassungsrechtliche Grundlagen, Band I (1995) 23; Mauczka, Der Wiener Irrenturm, WKW, 1036.

⁹² Sablik in Weinzierl/Stadler, „Schutz der Persönlichkeitsrechte am Beispiel der Behandlung von Geisteskranken 1780 – 1982“ 1 ff; vgl zu den Voraussetzungen der Aufnahme in das sog „Tollhaus“ die dem Kaiser selber zugeschriebenen Nachricht an das Publikum über die Einrichtung des Hauptspitals in Wien, 1784, 21, in der festgelegt wird: „In diesem Gebäude wird in der ersten Klasse täglich 1 Gulden, in der zweyten täglich 30 Kreuzer gezahlt. Umsonst werden eingenommen: die Gestifteten, deren Stipendium dem Hause zufällt; weiters Wahnwitzige aus der Klasse derjenigen, welche bei dem allgemeinen Krankenhause, mit 10 Kreuzern, oder unentgeltlich aufgenommen werden. Für Geistliche, welche das Unglück haben wahnwitzig zu werden, sind bei den barmherzigen Brüdern Zimmer bestimmt, daher sie der Aufnahme in dieses Haus nicht bedürfen. Für die ganz ruhigen Wahnwitzigen wird das sogenannte Lazarethgebäude zugewiesen werden“.

Langsam begann sich auch die Medizin als Wissenschaft vermehrt mit diesem Gebiet auseinanderzusetzen und es folgte der Übergang von der Anstaltspsychiatrie zur Universitätspsychiatrie⁹³. Trotz psychiatrischer Errungenschaften änderte sich an den Behandlungsmethoden nur wenig⁹⁴. Als Heilmethoden wurden zum Beispiel Leibesübungen, Holzhacken, Wärme und Kälte als Gegenreize zum Gehirn oder dosierte Nahrungsaufnahme empfohlen und angewandt⁹⁵.

Die Entstehung der Psychiatrie als Wissenschaft fällt nicht zufällig in diese Zeit. Mit zunehmender Industrialisierung entstand vermehrt Nachfrage nach Arbeitskräften, wobei auch die Randgruppen ins Blickfeld gerieten. Arbeitsfähigkeit wurde ein Faktor, der wesentlich zu sozialer Anerkennung beitrug; nicht arbeitsfähige Menschen waren daher sozial gesehen auf unterster Ebene angesiedelt⁹⁶. Der Arzt hatte als Vertreter einer naturwissenschaftlich begründeten Medizin nun die Aufgabe, zwischen Vernünftigen - also Arbeitsfähigen und Kranken zu unterscheiden.

Die kapitalistische Umwälzung bewirkte darüber hinaus, dass es aufgrund der fortschreitenden Auflösungen der ländlichen Lebensverhältnisse, aber auch der Frauenarbeit immer schwieriger wurde, Erkrankte selbst zu betreuen. Bedenkt man, dass es zur damaligen Zeit eine große wirtschaftliche Belastung darstellte, Unterhalt für ein nicht arbeitsfähiges Familienmitglied aufzubringen, so kann man sich vorstellen, dass diejenigen, die noch in Familien betreut wurden, dort großteils unter armseligen Verhältnissen lebten. Um nicht das soziale Ansehen der gesamten Familie zu schmälern, wurden Behinderte von ihrer Familie auch häufig versteckt gehalten⁹⁷.

Schwachsinnige waren aufgrund ihrer Unbeholfenheit und ihres auffallenden Verhaltens oft Zielscheibe von Spott. Dies beeinträchtigte -

⁹³ Häßler G./Häßler F., Geistig Behinderte im Spiegel der Zeit, 63; Sablik in Weinzierl/Stadler, „Schutz der Persönlichkeitsrechte am Beispiel der Behandlung von Geisteskranken 1780 – 1982“ 8.

⁹⁴ Porter, Die Kunst des Heilens, 511.

⁹⁵ Häßler G./Häßler F., Geistig Behinderte im Spiegel der Zeit, 48.

⁹⁶ Häßler G./Häßler F., Geistig Behinderte im Spiegel der Zeit, 40.

⁹⁷ Häßler G./Häßler F., Geistig Behinderte im Spiegel der Zeit, 40.

abgesehen von der eingeschränkten Arbeitsfähigkeit die gesellschaftliche Akzeptanz und Anerkennung des Behinderten als vollwertigen Menschen⁹⁸.

Auch die Zeit der Weltkriege hatte unmittelbare Auswirkungen auf das Schicksal von beeinträchtigten Menschen. Zum einen stand den Anstalten während der Kriegsjahre deutlich weniger Personal zur Verfügung, obwohl, unter anderem wegen des häufigen Auftretens von Kriegsneurosen, ein erhöhter Bedarf an Anstaltsplätzen bestand; zum anderen wurden die Mittel für die Armenpflege zugunsten von Medikamenten und Hilfsmitteln für Lazarette und Militärspitäler gekürzt⁹⁹. Besonders in den Hungerjahren 1917 und 1918 fiel eine große Anzahl von behinderten Menschen dem Krieg und seinen Auswirkungen zum Opfer¹⁰⁰.

Welche schrecklichen Auswirkungen der zweite Weltkrieg mit seinen Vernichtungsaktionen und Massenmorden an behinderten Menschen mit sich brachte, sei an dieser Stelle, ohne näher auf einzelne Aktionen eingehen zu wollen, nur erwähnt.

Mit *Sigmund Freud* gab es einen neuen Ansatz für die psychiatrische Therapie in Form der Psychoanalyse, die langsam in die Therapie für Geisteskranke Eingang fand¹⁰¹. Durch diese Erneuerung trat aber die Entwicklung anderer Therapieformen für einige Zeit in den Hintergrund. Erst um die Mitte des 20. Jahrhunderts konnten sich die anderen Therapiebereiche, wie etwa die Psychochirurgie, Psychotherapie oder die Psychopharmakologie effizient weiterentwickeln¹⁰².

Mit der Entwicklung von neuen Therapiemöglichkeiten verbunden waren verstärktes Selbstvertrauen und ein Optimismus in Bezug auf die Therapie geisteskranker Menschen¹⁰³. Dies wirkte sich auch auf den Umgang mit ihnen aus. Der Schwerpunkt verlagerte sich von der völligen institutionellen Versorgung hin zum Eingehen auf klinische Bedürfnisse. Damit war der Weg in Richtung

⁹⁸ Häßler G./Häßler F., Geistig Behinderte im Spiegel der Zeit, 40.

⁹⁹ Häßler G./Häßler F., Geistig Behinderte im Spiegel der Zeit, 66.

¹⁰⁰ Häßler G./Häßler F., Geistig Behinderte im Spiegel der Zeit, 66.

¹⁰¹ Sablik in Weinzierl/Stadler, „Schutz der Persönlichkeitsrechte am Beispiel der Behandlung von Geisteskranken 1780 – 1982“ 11.

¹⁰² Porter, Die Kunst des Heilens, 522 ff.

¹⁰³ Shorter, Geschichte der Psychiatrie, 391 ff.

„offene Tür“ geebnet¹⁰⁴. Es wurden ambulante Kliniken und psychiatrische Tageskliniken geschaffen sowie die Therapie, die auf die Entlassung hinarbeitete, gefördert. Diese Entwicklungen läuteten letztlich das Ende der Irrenasyle ein¹⁰⁵.

Hauptziel war nun, betroffene Menschen wieder bestmöglich in die Gesellschaft einzugliedern. Dabei ging es nicht mehr nur um „Entpsychiatisierung und Enthospitalisierung, sondern um die Verbesserung der Lebensqualität innerhalb bestehender Strukturen und Institutionen sowie therapeutische Ansätze, die eine Psychiatisierung gar nicht erst zulassen“¹⁰⁶.

Insbesondere die Psychopharmakologie, die es ermöglichte, Symptome psychischer Krankheiten abzubauen oder ganz zum Verschwinden zu bringen, hat entscheidend dazu beigetragen, dass eine geistige Erkrankung heutzutage nicht mehr als so erschreckend empfunden wird wie früher¹⁰⁷. Die „Irren oder Wahnsinnigen“ waren zu „gewöhnlichen Patienten“ geworden, denen nun ebenso wie jemandem, der sich den Arm gebrochen hat, geholfen werden konnte¹⁰⁸.

Diese Fortschritte beeinflussten den gesellschaftlichen Umgang mit behinderten Menschen und bewirkten in weiterer Folge ein rechtliches Umdenken. Die Forderung nach mehr Rechten, mehr Selbständigkeit, mehr Selbstbestimmung psychisch erkrankter und geistig behinderter Menschen führte letztendlich auch zu rechtlichem Handeln.

¹⁰⁴ Porter, Die Kunst des Heilens, 523.

¹⁰⁵ Porter, Die Kunst des Heilens, 523.

¹⁰⁶ Häßler G./Häßler F., Geistig Behinderte im Spiegel der Zeit, 95.

¹⁰⁷ Vgl hierzu Shorter, Geschichte der Psychiatrie, 484 f.

¹⁰⁸ Dazu Shorter, Geschichte der Psychiatrie, 485.

II DIE GESETZLICHE VERTRETUNG IN RECHTSGESCHICHTLICHER ENTWICKLUNG

1 Einleitung

Behinderte Personen waren und sind zur Mitwirkung am Geschäftsleben und zur Wahrnehmung von Angelegenheiten, die ihr Vermögen, aber auch ihre Person betreffen, häufig auf die Mitwirkung eines gesetzlichen Vertreters angewiesen.

Dementsprechend finden sich seit jeher im Gesetz – vom ABGB 1811 über die Entmündigungsordnung 1916 bis hin zum Sachwaltergesetz 1984 bzw dem SWRÄG 2006 Bestimmungen über die gesetzliche Vertretung behinderter Menschen. Dass sich diese im Laufe der Jahrhunderte sowohl vom Umfang als auch vom Inhalt her bedeutsam geändert haben und dadurch die Situation behinderter Menschen deutlich beeinflusst haben, wird im folgenden Kapitel gezeigt.

2 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch 1811¹⁰⁹

2.1 Allgemeines

Bereits das römische Recht erkannte die Schutzbedürftigkeit von bestimmten Personengruppen – schon dort waren Rechtsinstitute wie die „cura“¹¹⁰

¹⁰⁹ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch über die gesamten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie, Patent vom 1ten Junius 1811, JGS Nr 946; dieses wurde durch Kaiserliches Patent vom 1.6.1811 in allen österreichischen Provinzen kundgemacht und trat am 1.1.1812 in Kraft.

bzw. „cura personarum“¹¹¹ zu deren Schutz vorgesehen.

Ebenso fanden sich im Codex Theresianus¹¹² Schutzbestimmungen für denjenigen, der „seinen Sachen selbst vorzustehen unfähig oder verhindert wird“¹¹³. Ihm waren eigene Curatoren zur „Vertretung und Verwaltung“ seines Guts zu bestellen¹¹⁴. Die „Untüchtigkeit, seinen Sachen selbst vorzustehen“, war nach § 590 bei „Gemüths- oder Leibesgebrechlichkeit“ gegeben, wobei unter den Gebrechlichen alle „Blödsinnige, Sinnlose, Unsinnige, Wahn- oder Aberwitzige, Rasende, Stumme und Taube, Blinde...“ verstanden wurden, die „aus Mangel der gesunden Vernunft oder wegen Mühseligkeit und Leibesschwachheit außer Stande sind, ihre Habschaften und Gerechtsame selbst zu besorgen...“¹¹⁵. Auch im Zuge der Umarbeitungen des Codex Theresianus wurde die Schutzbedürftigkeit dieses Personenkreises berücksichtigt. Im Entwurf Hortens war nach § 193 im sechsten Kapitel vorgesehen, dass für jemanden, der „durch Leibs- und Gemüthsgebrechen oder andere Zufälle außerstande ist, seine Geschäfte gehörig zu besorgen“, ein Kurator zu bestellen ist¹¹⁶. Auch der Entwurf Martinis sah für „Wahn- und Blödsinnige“, die ihre Sachen nicht selbst besorgen oder ihre Rechte nicht selbst verwahren konnten, vor, dass ihnen ein Kurator zur Seite gestellt wird¹¹⁷.

¹¹⁰ „Cura“ war die Vormundschaft über einen Mündigen, der der Pflege bedürftig war. Das Wesen der „cura“ war von vornherein die Befugnis zur Vermögensverwaltung, dh das Recht des Kurators, über das Vermögen des Pflegebefohlenen zu verfügen; vgl. dazu *Sohm/Mitteis*, Institutionen¹⁷. Geschichte und System des römischen Privatrechts (1923) 535; *Arndts/Pfaff*, Lehrbuch der Pandekten¹⁴ (1889) § 440; jetzt hierzu *Kaser*, Das Römische Privatrecht I² (1971) 369 ff; *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht (1987) 430 ff.

¹¹¹ Die „cura personarum“ bezog sich auf die Sorge für den physischen Schutz der Person („corpus ac salus furiosi“); mwN *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld – ein Commentar² (1842) 234 f; neuer dazu *Kaser*, Das Römische Privatrecht I², 369 ff; *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht, 430 ff.

¹¹² *Harrasowsky*, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen I (1883) 256 f.

¹¹³ *Harrasowsky*, Codex Theresianus I, § 587, 256 f.

¹¹⁴ *Harrasowsky*, Codex Theresianus I, § 587, 256 f.

¹¹⁵ *Harrasowsky*, Codex Theresianus I, §§ 590, 591, 257.

¹¹⁶ *Harrasowsky*, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, Band IV. Die Umarbeitungen des Codex Theresianus, Band I, Entwurf Hortens (1886) Sechstes Kapitel, § 193, 126.

¹¹⁷ *Harrasowsky*, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, Band V. Die Umarbeitungen des Codex Theresianus, Band II, Entwurf Martinis (1886) Fünftes Hauptstück, §§ 82, 83, 72.

Nach dem Josephinischen Gesetzbuch 1786 war demjenigen, der durch Leibes- oder Gemütsgebrechen außer Stande war, seine Geschäfte zu besorgen, ein Kurator zu bestellen¹¹⁸.

Dementsprechend enthält auch der Urentwurf des ABGB 1811¹¹⁹ Bestimmungen, die den Schutz „behinderter“ Personen im Auge hatten. § 42 des Urentwurfs sah diesbezüglich vor: *„Alle diejenigen, welche wegen Mangel an Jahren, und wegen Gebrechen des Geistes oder des Körpers unfähig sind ihre eigenen Angelegenheiten gehörig zu besorgen, stehen unter dem besonderen Schutze der Gesetze, dahin gehören ... Rasende, Wahnsinnige und Blödsinnige, welche des Gebrauches ihrer Vernunft entweder gänzlich beraubt, oder wenigstens unvernünftig sind die Folgen ihrer Handlungen einzusehen ...*

Diese Schutzbestimmungen für „behinderte“ Personen finden sich, vom Wortlaut sehr ähnlich, schließlich auch im ABGB 1811 wieder. § 21 ABGB 1811 legt gesetzlich fest, dass Personen, die *„wegen Mangels an Jahren, Gebrechen des Geistes oder anderer Verhältnisse wegen ihre Angelegenheiten selbst gehörig zu besorgen unfähig sind“*, unter den besonderen Schutz der Gesetze zu stellen sind. *„Dahin gehören: ... Rasende, Wahnsinnige und Blödsinnige, welche des Gebrauches ihrer Vernunft entweder gänzlich beraubt oder wenigstens unvernünftig sind, die Folgen ihrer Handlungen einzusehen ...“*¹²⁰.

Dazu bestonte Schuster 1811 in seinem Theoretisch-praktischen Kommentar über das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, dass Kinder und Geistesranke als Gebot der Gleichheit einen Vertreter brauchen, der ihre Rechte ausübt, weil sie *„sonst in einen hilflosen Naturzustand zurückgesetzt erschienen“*¹²¹. Zeiller führt diesbezüglich in seinem Kommentar¹²² wie folgt aus:

¹¹⁸ §§ 95, 96 Josephinisches Gesetzbuch 1786.

¹¹⁹ Ofner, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, Band I (1889) § 42, 43.

¹²⁰ Vgl dazu auch § 21 des superrevidierten Entwurfs des ABGB, der inhaltlich mit § 21 ABGB 1811 übereinstimmt; zu § 21 auch Stubenrauch, Kommentar zum österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band I⁸ (1902) 58 ff, auch abrufbar unter http://bibliothek.univie.ac.at/fb-rewi/digitalisierte_fremdbestaende_teil_2.html.

¹²¹ Schuster, Theoretisch-praktischer Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (1818) 279.

¹²² Zeiller, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie I (1811) §§ 260, 270.

„Der Staat beschränkt seinen besonderen Schutz nicht bloß auf die Minderjährigen, er dehnt ihn auch auf solche großjährigen Personen, die ihre häuslichen oder rechtlichen Angelegenheiten überhaupt, oder doch in bestimmten Verhältnissen nicht selbst besorgen können, und keinen Sachwalter bestellt haben, dadurch aus, daß das Gericht ihnen einen Curator aufzustellen verpflichtet wird“. In den Abhandlungen über die Prinzipien des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches¹²³ vermerkt Zeiller: *„Nur jenen einzelnen oder moralischen Personen, welche über ihre Rechte selbst zu wachen außer Stande sind, wird (eben zur Herstellung der Gleichheit) ein besonderer Schutz des Staates verliehen (§§ 21-27)“.*

2.2 Voraussetzungen und Folgen einer Kuratelsverhängung

Nach §§ 269, 270 ABGB 1811 war vorgesehen, dass *„Volljährige, die in Wahnsinn oder Blödsinn verfallen waren“*¹²⁴ und *„ihre Angelegenheiten nicht selbst besorgen und ihre Rechte nicht selbst verwahren“*¹²⁵ konnten, vom Gericht unter Kuratel zu stellen waren¹²⁶. Ihnen war also ein Kurator als Vertreter zur Seite zu stellen. Damit verbunden war die vollkommene **Aberkennung der Handlungsfähigkeit**¹²⁷.

Im Hinblick auf die Begriffe „Wahn- und Blödsinn“ ergibt sich aus dem von Franz von Zeiller verfassten Kommentar zum ABGB, dass sich das Gesetz mit einer *„populären, zu seinem Behufe hinreichenden Bestimmung des Wahn- und*

¹²³ Zeiller, Abhandlungen über die Prinzipien des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für die gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie in Brauneder (Hrsg), Abhandlungen über die Prinzipien des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für die gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie (1986) 36 f.

¹²⁴ § 270 ABGB 1811.

¹²⁵ § 269 ABGB 1811.

¹²⁶ Vgl dazu auch Ofner, Ur-Entwurf, §§ 251, 252 bzw § 260 des revidierten und § 261 des superrevidierten Entwurfs.

¹²⁷ Hartl, ÖJZ 1975, 90.

Blödsinns“ begnügt, die genaue Bestimmung darüber jedoch den psychologischen Ärzten überlässt¹²⁸.

Diese unterschieden zwischen Wahnsinn und Tollheit, zwischen Blödsinn und Dummheit. Unter **Wahnsinn** war *„ein fortdauerndes Missverhältnis zwischen den Sinnen und der Einbildungskraft, wodurch der Kranke, in seinen Urteilen irre geführt, die Bilder seiner Einbildungskraft für wirkliche Empfindungen hält“* zu verstehen *„Die Begriffe und Urteile des Wahnsinnigen stimmen mit seinen Verhältnissen und den wirklichen Gegenständen nicht überein, seine Begriffe und Urteile sind unrichtig, somit auch die Schlüsse, die er aus ihnen ableitet“*. **Tollheit** war als Zustand zu verstehen, *„wo die Vernunft (wegen Schwäche des Verstandes oder Stärke der Begierden) die Herrschaft über die Begierden und Handlungen eines Menschen dergestalt verliert, dass er zu diesen ohne, und oft gegen seinen Vorsatz hingerissen wird“*. Blödsinn und Dummheit waren als Arten der Verstandesschwäche zu verstehen. **Blödsinn** entsprang einer Mangel an Schärfe der Aufmerksamkeit. **Dummheit** stellte einen Mangel der Ausbreitung der Aufmerksamkeit dar: *„Der Dumme ist häufig in Gefahr, unvollständig, einseitig, mithin unrichtig zu urteilen. Der Blödsinnige lässt es nicht leicht zu einem eigenen Urteil kommen und ist sehr geneigt, fremde Urteile und Beschlüsse für die seinigen anzunehmen“*. Auch eine **Seelenkrankheit**, die als ein unnatürlicher, ungewöhnlicher Zustand beschrieben ist, konnte – was besonders betont wird nach eingehender Prüfung die Bestellung eines Kurators erfordern¹²⁹.

Der Kurator hatte gemäß § 282 ABGB *„entweder nur für die **Verwaltung des Vermögens** oder zugleich für die **Person** des Pflegebefohlenen zu sorgen“*. Mit der Befugnis der Fremdbestimmung über die Person verbunden war auch, dass der Kurator den Aufenthaltsort (auch die Anhaltung war somit oft nur ein „Annex“ der Entmündigung¹³⁰) und die Maßnahmen hinsichtlich der ärztlichen Fürsorge bestimmen konnte¹³¹. Diesbezüglich schrieb Zeiller in seinem Kommentar zum ABGB, der Kurator, dem die Obsorge über die Person des Pflegebefohlenen aufgetragen worden war, müsse *„hauptsächlich für die*

¹²⁸ Zeiller, Kommentar, 542 ff.

¹²⁹ Zeiller, Kommentar, 541 ff.

¹³⁰ Hartl, ÖJZ 1975, 90.

¹³¹ Kopetzki, Unterbringungsrecht I, 25 f.

*zweckmäßigsten Mittel besorgt seyn, daß das Gebrechen des Pflegebefohlenen gänzlich gehoben, oder doch vermindert, und sowohl für den Pflegebefohlenen selbst, als für Andere unschädlich gemacht werde*¹³².

Der Systematik des ABGB nach handelte es sich bei den Befugnissen in Zusammenhang mit der Personensorge um ein Element der „physischen Erziehung“ im weiten Sinn des alten § 139 ABGB¹³³, die auch die Sorge für das Leben und die Gesundheit einschließlich der Bestimmung des Aufenthaltsortes und der Abwehr von Gefahren einschloss¹³⁴. Dazu nötige Zwangsmaßnahmen waren als Teil des Personenfürsorgerechts des Kurators zu sehen¹³⁵.

Der Kurand hatte somit mit der Aberkennung der Handlungsfähigkeit auch die Verfügungsmacht über seine persönliche Sphäre eingebüßt. Sein Freiheitsanspruch wich einem fürsorglichen „*Bestimmtwerden durch fremden Willen*“¹³⁶. Dies war vor allem damit zu rechtfertigen, dass das ABGB sich maßgeblich am Grundgedanken des Schutzes der Gesellschaft orientierte: demzufolge hatte es nicht nur den Schutz der Betroffenen selbst, sondern vor allem den der Gesellschaft vor ihnen im Auge¹³⁷.

Während sich im Hinblick auf die Vermögensverwaltung und die Vertretung in diesem Zusammenhang einige aus dem Vormundschaftsrecht anzuwendende Bestimmungen finden, fehlen in Bezug auf die Ausübung der Personensorge weitgehend Regelungen. Dies ist aus mE leicht zu erklären: die vermögensrechtliche Sicherstellung war das Thema, das zur damaligen Zeit von Interesse war. Das lässt sich auch dadurch belegen, dass für einen Verschwender, der sich oder seine Familie durch seine Rechtsgeschäfte in Notstand versetzte, ein Kurator bestellt werden konnte.

¹³² Zeiller, Commentar, 563 f.

¹³³ Zeiller, Commentar, 448.

¹³⁴ Vgl. dazu Nippel, Darstellung der Rechte und Pflichten der Vormünder, Curatoren, Vormundschafts- und Curatels-Behörden (1825) 49 ff; Bartsch in Klang (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch I/1 (1933) 841.

¹³⁵ Kopetzki, Unterbringungsrecht I, 26.

¹³⁶ Rotteck, Freiheit, in Rotteck/Welcker (Hrsg), Staatslexikon, Band V² (1848) 179 ff; vgl. auch Unterbringungsrecht I, 26.

¹³⁷ Vgl. dazu Glück, Commentar, 249 ff; Saas, Die Behandlung der Geisteskranken im römischen Recht (1911) 89; Kraut, Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des Deutschen Rechts, Band II (1847) 207 f; Rudorff, Das Recht der Vormundschaft nach dem gemeinen in Deutschland geltenden Recht, Band II (1833) 268 f.

Bedenkt man, mit welchen gravierenden Einschränkungen die Bestellung eines Kurators für den Betroffenen verbunden sein konnte, erschrecken einen die nur sehr **mangelhaften Verfahrensbestimmungen** der damaligen Zeit.

Voraussetzung für die Bestellung eines Kurators war nach § 273 ABGB 1811¹³⁸ eine gerichtliche Erklärung, der die Erforschung des Betrags der betroffenen Person und allenfalls eine ärztliche Untersuchung voranzugehen hatten. Das Hinzuziehen eines sachverständigen Arztes lag aber im Ermessen des Richters. Im Verfahren war der Geistesranke Objekt; er hatte kein Recht auf Parteiengehör, keine Rechtsmittelbefugnis und erhielt in vielen Fällen sogar nicht einmal Kenntnis von der Entscheidung. Dies erschien aus damaliger Sicht logisch, da diese Informationen für ihn ohne die Möglichkeit der Ausübung von Rechtsschutzmittel ohnedies ohne Bedeutung waren. Die gerichtliche Erklärung war öffentlich bekannt zu machen¹³⁹.

War ein Kurator einmal bestellt worden, war eine **Kontrolle** darüber, ob er die im Gesetz spärlich vorgeschriebenen Verpflichtungen einhielt, nicht vorgesehen. Praktisch kam es auch vor, dass sich die Kuratoren oft monate- bzw jahrelang weder um das Befinden noch um die Verpflegung, den Aufenthaltsort oder den Gesundheitszustand des Pflegebefohlenen kümmerten¹⁴⁰. Auch die Geisteskranken selbst wussten zum Teil nicht, wer ihnen zum Kurator bestellt worden war.

Es war oft bloß dem Zufall überlassen, ob einer geisteskranken Person ein Kurator bestellt wurde oder nicht oder ob ihr, nach einer Verbesserung des Geisteszustandes, die freie Dispositionsfähigkeit wieder zuerkannt wurde. § 283

¹³⁸ § 273 war dazu bestimmt, Legaldefinitionen der in § 270 3. und 4. Teilsatz, erwähnten Personenkreise aufzustellen; er bildete somit die Ergänzung dieser Gesetzesstelle, spricht die Anordnung, dass für solche Personen ein Kurator zu bestellen ist, aber nicht selbst aus; die Rechtsquelle dafür ist - unter Berücksichtigung des § 269 ABGB - § 270. Sowohl die Umschreibung des Personenkreises als auch die Art der Vertretung solcher Personen wurden durch die EntmO abweichend geregelt; dadurch ist § 273 mit Inkrafttreten der EntmO außer Wirksamkeit getreten.

¹³⁹ § 273 ABGB 1811.

¹⁴⁰ Vgl zu diesen Missständen auch *Forster*, Sachwalterschaft – Sozialarbeit zwischen Recht und Psychiatrie, in *Rechtsfürsorge für psychisch Kranke und geistig Behinderte*, Sozialwissenschaftliche Beiträge 1978-1984, Schriftenreihe des Bundesministeriums für Justiz (Hrsg) (1984) 278 f.

ABGB sah zwar in Bezug auf die **Beendigung** der Kuratel vor, dass diese zu beenden ist, „*wenn die dem Kurator anvertrauten Geschäfte beendigt sind, oder, wenn die Gründe aufhören, die den Pflegebefohlenen an der Verwaltung seiner Angelegenheiten verhindert haben*“. Ob ein Wahn- oder Blödsinniger den Gebrauch der Vernunft erhalten hatte, musste „*nach einer genauen Erforschung der Umstände aus einer anhaltenden Erfahrung und zugleich aus den Zeugnissen der zur Untersuchung von den Gerichten bestellten Ärzten entschieden werden*“¹⁴¹. Allerdings fehlten auch hier wiederum entsprechende Kontrollregelungen.

Wenn es von Seiten des damaligen Gesetzgebers zwar auch das Bestreben gab, behinderte Personen in gewissen Bereichen zu schützen, stand vor allem der Schutz der Gesellschaft vor ihnen im Vordergrund. Dass diese Einstellung mit den Jahren in Kritik geraten wird und damit rechtlicher Handlungsbedarf erforderlich wurde, wird noch gezeigt.

3 Entmündigungsordnung 1916¹⁴²

3.1 Die Entwicklung

3.1.1 Hintergründe und Ziele

Gravierende Missstände bei Entmündigungen und in Irrenanstalten führten bereits Mitte des 19. Jahrhunderts zu ersten Aufschreien nach einer Reformierung des Irrenrechts. Dafür hatten sich insbesondere Ärzte und Psychiater eingesetzt – waren vorerst jedoch erfolglos geblieben.

¹⁴¹ § 283 ABGB 1811.

¹⁴² Kaiserliche Verordnung über die Entmündigung vom 28. Juni 1916 (Entmündigungsordnung), RGBl Nr 207.

Spätestens aber mit der Schaffung des bürgerlichen Rechtsstaates und Einführung der Grundrechte durch das Staatsgrundgesetz¹⁴³ begann sich auch die Allgemeinheit intensiver mit der Situation entmündigter und internierter Menschen auseinanderzusetzen und forderte Schutz gegen hoheitliche Willkür und die Gesetzesbindung des Staatshandelns. Insbesondere als die Tagespresse in den 1890ern begann, die Missstände aufzugreifen und häufiger Berichte von willkürlichen Internierungen und Entmündigungen veröffentlichte, wurde die Öffentlichkeit sensibilisiert; der Ruf nach der Reform wurde damit auch in der Bevölkerung lauter.

Ganz allgemein hagelte es Kritik für den gesetzes- und rechtslosen Zustand dieses Bereichs, vor allem aber das Entmündigungsverfahren wurde als ein „Geschöpf der Praxis“ bezeichnet¹⁴⁴, für das endlich detaillierte Verfahrensbestimmungen gefordert wurden. Die seit dem AußStrG 1854¹⁴⁵ geltenden Verfahrensbestimmungen der §§ 181 ff AußStrG erwiesen sich trotz der Ergänzung im Jahre 1895 durch § 109 JN¹⁴⁶ als unzureichend. Ungerechtfertigten Entmündigungen und Anhaltungen sollte nun endlich vorgebeugt werden können¹⁴⁷.

¹⁴³ Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGBl Nr 142.

¹⁴⁴ Hartl, ÖJZ 1975, 91; Hartl, Justiz und Zeitgeschichte, Symposium „Schutz der Persönlichkeitsrechte am Beispiel der Behandlung von Geisteskranken 1780-1916“ (1982) 376.

¹⁴⁵ Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen, Kaiserliches Patent vom 9. August 1854, RGBl Nr 208. Dadurch wurden endlich brauchbare Verfahrensbestimmungen für das Entmündigungsverfahren geschaffen. Im Wesentlichen wurde dort die Mündlichkeit des Kuratelverfahrens verankert und dem Betroffenen selbst erstmals – wenn auch nach Ermessen des Gerichts – ein Anhörungsrecht zuerkannt. Zudem bestand nun für das Gericht die Möglichkeit, zu überwachen, dass es der Person des Geisteskranken gut ging und zu kontrollieren, dass hinsichtlich des Vermögens des Pflegebefohlenen vom bestellten Vertreter rechtmäßige Verfügungen getroffen wurden. Trotzdem bestanden weiterhin große Lücken und Mängel, die aus heutiger Sicht schwer zu bemängeln sind. Zum einen gab es für den Betroffenen kein Recht auf Parteigehör – er war also lediglich Objekt des Verfahrens. Man kann sich vorstellen, dass es dadurch um seine Position im Verfahren äußerst schlecht bestellt war. Es war auch nicht vorgesehen, dass der Betroffene von der vom Gericht gefällten Entscheidung Kenntnis erhielt. Auch die Befugnis, ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung zu ergreifen, war für ihn nicht vorgesehen.

¹⁴⁶ Gesetz vom 1. August 1895 über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen (Jurisdictionsnorm) RGBl Nr 111.

¹⁴⁷ Vgl dazu Forster, Entmündigung – Sachwalterschaft - und danach? Gesellschaftliche Entwicklung und Rechtsfürsorge, in Rechtmäßig, Sachwalterschaft: Erfahrungen und Perspektiven (Sachwalterschaft und Patientenanwaltschaft – Schriftenreihe, Band I) (1998) 48.

Darüber hinaus sollte auch die Diskriminierung der Betroffenen, die sowohl durch die Terminologie des Gesetzes („Irrer“, „Wahn- und Blödsinn“) als auch durch inhaltliche und verfahrensrechtliche Bestimmungen (Objekt des Verfahrens, kein Recht auf Parteiengehör, keine Zustellung des Beschlusses) bestand, so weit wie möglich beseitigt werden.

Aber auch die fehlende Möglichkeit, Personen entsprechend des Grads und der Schwere ihrer Beeinträchtigung zu unterteilen, war aufgrund neuer Erkenntnisse in der Psychiatrie überholt und eine Änderung damit fällig.

3.1.2 Entstehung der Entmündigungsordnung

Durch die vorgebrachte Kritik und dem stärker werdenden Wunsch nach einer Reform sah sich die Regierung veranlasst, den gesamten Komplex neu zu regeln. Dabei wurde dem Justizministerium der Bereich der Entmündigung, dem Innenministerium hingegen die „Fürsorge für Geisteskranke“ zur Ausarbeitung übertragen.

Bereits 1907¹⁴⁸ gab es die erste RV¹⁴⁹ zum Entmündigungsgesetz, der noch zahlreiche folgten¹⁵⁰. Erst nach eingehenden Beratungen der Vorlage von 1911¹⁵¹ im JA des Abgeordnetenhauses des Reichsrates wurde schließlich ein Entwurf ausgearbeitet, über den der JA in der 21. Session abschließend Bericht¹⁵² erstattete.

Die Lähmung des Parlaments und der Ausbruch des ersten Weltkrieges verhinderten aber vorerst die weitere Bearbeitung und Beschlussfassung im Reichsrat. Trotzdem wurde das Entmündigungsgesetz im Zuge der 3. Teilnovelle zum ABGB in Form einer Kaiserlichen Notverordnung aufgrund des Notrechts des

¹⁴⁸ Vgl zu den folgenden Ausführungen *Sternberg*, Entmündigungsordnung, Band II (1917) 1 ff.

¹⁴⁹ RV 687 BlgAH 18. Sess 1907; vgl zur näheren Vorgeschichte auch die Darstellung im JAB des Reichsrates 1352 BlgAH 21. Sess 1912.

¹⁵⁰ RV 10 BlgAH 19. Sess 1909; RV 461 BlgAH 20. Sess 1909; RV 536 BlgAH 21. Sess 1911.

¹⁵¹ RV 536 BlgAH 21. Sess 1911.

¹⁵² JAB 1352 BlgAH 21. Sess 1912.

§ 14 der „Dezemberverfassung 1867“ als Entmündigungsordnung am 28.6.1916, RGBI Nr 207 erlassen und trat schließlich am 1.9.1916 in Kraft¹⁵³. Im Wesentlichen basierte diese auf dem vom JA des Abgeordnetenhauses erarbeiteten Entwurf¹⁵⁴.

Dass die EntmO trotz Kriegszeiten fertiggestellt wurde, hängt mE einerseits damit zusammen, dass die Thematik auch während des Krieges aufgrund häufig auftretender Kriegsneurosen- und behinderungen nicht an Bedeutung verlor, andererseits war man sich wohl darüber im Klaren, dass dieser Themenbereich nach Ende des Krieges aufgrund der Aktualität anderer Dinge für lange Zeit in der Schublade verschwinden würde – zudem war das Gesetz im Wesentlichen ja bereits fertig gestellt.

Die Entmündigungsordnung 1916 regelte erstmals gemeinsam, was später das SWG 1983 (BGBl 136/1983) und das UbG 1990 (BGBl 155/1990) getrennt regelten. Sie enthielt sowohl Bestimmungen über die Voraussetzungen der Entmündigung und Verfahrensvorschriften, als auch über das sog Anhalteverfahren. Die Entmündigungsordnung war damit sozusagen das **erste umfassende Irrengesetz** in Österreich überhaupt.

3.2 Voraussetzungen der Entmündigung

3.2.1 Geisteskrankheit oder Geistesschwäche

Voraussetzung für eine Entmündigung war das Vorliegen einer **Geisteskrankheit** oder **Geistesschwäche**, die von Arzt und Richter festzustellen waren. Die Begriffe erfassten ohne Rücksicht auf die medizinische Begriffsbildung jede Form der Geistesstörung. Von der Bezeichnung bestimmter

¹⁵³ Vgl zur „Gesetzeswerdung“ auch *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I, 86 f.

¹⁵⁴ JAB 1352 BlgAH 21. Sess 1912.

Krankheitsformen als Grund der Entmündigung – wie sie das ABGB 1811 noch vorgesehen hatte – kam man in der Entmündigungsordnung ab, *„da die Bezeichnungen der Krankheitsformen nach dem Fortschritte der Psychiatrie wechseln, nicht immer scharf umrissenen Krankheitsbildern entsprechen und damit die Diagnose auf eine bestimmte Krankheit nicht selten äußerst schwierig und unsicher ist“*¹⁵⁵.

Auch die Unterscheidung zwischen Geisteskrankheit und Geistesschwäche war ohne wesentliche Bedeutung, da beide rechtlich gleich behandelt wurden¹⁵⁶. Ausschlaggebend war der Grad der Behinderung in der Handlungsfähigkeit¹⁵⁷. Dieser konnte sowohl bei krankhafter Störung als auch bei mangelhafter Entwicklung der psychischen Funktionen bis zur völligen Unfähigkeit zu selbständiger Besorgung der Angelegenheiten reichen oder aber nur so weit gehen, dass der Betroffene einen Beistand benötigte, um seine Angelegenheiten gehörig besorgen zu können¹⁵⁸.

Bei der Beurteilung handelte es sich um die Lösung einer Rechtsfrage, die allein vom Richter zu entscheiden war.

3.2.2 Unfähigkeit zur (gehörigen) Besorgung der Angelegenheiten

Zusätzlich musste der Betroffene **unfähig** sein, seine **Angelegenheiten (gehörig) zu besorgen**. Je nach Ausmaß der Unfähigkeit war für den Betroffenen entweder ein Kurator oder Beistand zu bestellen. Hatte der Betroffene keine Angelegenheiten zu erledigen bzw ergab sich aus Umfang und Wichtigkeit der Geschäfte, die der Betroffene gewöhnlich zu besorgen hatte, kein

¹⁵⁵ Ehmer, Die drei Novellen zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (Kaiserliche Verordnungen vom 12. Oktober 1914, RGBI Nr 276, vom 22. Juli 1915, RGBI Nr 208 und vom 19. März 1916, RGBI Nr 69) und die Entmündigungsordnung (Kaiserliche Verordnung vom 29. Juli 1916, RGBI Nr 207). Gesetzestext samt Durchführungsverordnungen und Erläuterungen aus dem Materialien² (1917) 203.

¹⁵⁶ Wentzel/Piegler in Klang (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I/1² (1964) § 21 Rz 153.

¹⁵⁷ Vgl dazu Kapitel II 3.2.2.

¹⁵⁸ Ehmer, Die drei Novellen zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 203.

Handlungsbedarf, hatte die Entmündigung zu unterbleiben¹⁵⁹: das resultiert aus dem Gebrauch des Wortes „können“ in §§ 1 und 2 EntmO.

Unter „Angelegenheiten“ im Sinne des § 1 EntmO fielen – wie schon nach dem ABGB sowohl Vermögensangelegenheiten als auch die Fürsorge für die Person des Betroffenen¹⁶⁰.

3.3 Volle oder beschränkte Entmündigung?

Bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen konnte die volle oder beschränkte Entmündigung ausgesprochen werden. **Voll entmündigt** werden konnten Personen im Alter über sieben Jahren, die wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche unfähig waren, ihre Angelegenheiten selbst zu besorgen (§ 1 EntmO). Ihnen war ein Kurator zu bestellen. **Beschränkt entmündigt** werden konnten Volljährige, die zwar nicht unfähig waren, ihre Angelegenheiten zu besorgen, aber wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche zur gehörigen Besorgung ihrer Angelegenheiten eines Beistandes bedurften (§ 1 EntmO).

Die Einführung der beschränkten Entmündigung stellte eine wesentliche Neuerung dar. Damit trug die EntmO der medizinischen Erkenntnis Rechnung, dass eine Geistesstörung nicht immer eine so schwere sein musste, dass sie die völlige Handlungsunfähigkeit zur Folge hatte, sondern, dass die Beeinträchtigungen in weitem Ausmaß fließend sein und von einer leichten Störung über alle möglichen Zwischenstufen bis hin zur völligen Unfähigkeit der selbständigen Besorgung der Angelegenheiten reichen können. Auch wenn man

¹⁵⁹ OGH 13.3.1974, 1 Ob 39/74, EvBl 74/214, in der auch der OGH bestätigt, dass es sich um eine Zweckmäßigkeitsregel handelt; somit rechtfertigte sowohl eine zu erwartende baldige Genesung des Patienten das Unterbleiben einer Entmündigung wie wenn der Kranke keine Angelegenheiten zu erledigen hat.

¹⁶⁰ LG Wien 16.3.1946, 42 R 130, EvBl 1946/178; in der Lit *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/2², Familien- und Erbrecht (1937) 334; *Bartsch* in *Klang*, Kommentar ABGB I/1, 1107; dazu auch *Barth/Ganner*, Grundlagen des materiellen Sachwalterrechts, in *Barth/Ganner*, Handbuch des Sachwalterrechts, 42 f.

aus heutiger Sicht den Eindruck hat, dass es sich dabei um recht starre Regelungen handelte, war damit ein wichtiger Fortschritt erreicht.

3.4 **Rechtsfolgen der Entmündigung**

Wurde jemand **voll entmündigt**, verlor der Betroffene jegliche Handlungsfähigkeit und war, rechtlich gesehen, einem Kind unter sieben Jahren gleichgestellt (§ 3 EntmO). Er war zu jedem Rechtsakt – sowohl zum Erwerb von Rechten, als auch zur Übernahme von Verpflichtungen – unfähig und konnte keine Ehe eingehen. Der Kurator ersetzte seine nicht vorhandene Handlungsfähigkeit, war Dritten gegenüber Stellvertreter¹⁶¹. Er hatte für das Vermögen und/oder die Person des Entmündigten zu sorgen.

Im Falle einer **beschränkten Entmündigung** war der Behinderte in seiner Handlungsfähigkeit einem mündigen Minderjährigen gleichgestellt (§ 4 EntmO)¹⁶². Das Pflegschaftsgericht konnte diesfalls auch zusprechen, dass der Entmündigte über das, was er durch seinen Fleiß erwirbt, selbst verfügen kann. Zusätzlich konnte er mit Einwilligung des Beistandes und des Gerichts heiraten und mündlich vor Gericht testieren¹⁶³. Der Beistand hatte dieselben Rechte und Pflichten wie ein Vormund und ebenso für die Person und/oder das Vermögen des Betroffenen zu sorgen¹⁶⁴.

Während die Entmündigungsordnung gesetzliche Regelungen sowohl für den Akt der Entmündigung selbst (samt brauchbaren Verfahrensbestimmungen) als auch für die Außenbeziehungen zu Dritten relevanten vermögensrechtlichen

¹⁶¹ Ehmer, Die drei Novellen zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 206.

¹⁶² Vgl. zur beschränkten Handlungsfähigkeit beschränkt Entmündigter *Hermann*, Entmündigungsordnung – Kaiserliche Verordnung vom 16. Juni 1916, RGBl Nr 207, über die Entmündigung (1916) 4 f FN 1.

¹⁶³ § 4 EntmO 1916.

¹⁶⁴ § 4 EntmO mit Verweis auf die Regelungen des Vormundschafts- und Kindschaftsrechts des ABGB.

Verhältnisse enthielt, mangelte es weiterhin weitgehend an Bestimmungen für die Binnenstruktur der Personensorge¹⁶⁵.

Diesbezüglich ergab sich aus den Bestimmungen des Vormundschafts- und Kindschaftsrechts, dass zur Ermittlung des Inhalts, Umfangs und der Dauer der Sorgspflicht von der Vorschrift des § 216 ABGB auszugehen ist¹⁶⁶. Den Vertreter traf also die Pflicht zur Sorge für das Leben und die Gesundheit des Pflegebefohlenen; dabei war die Sorgspflicht je nach Grund der Entmündigung verschieden¹⁶⁷. Als Beispiele sind in *Klang/Gschnitzer* erwähnt, dass bei einem Anstaltsbedürftigen die Unterbringung zu veranlassen ist, in anderen Fällen kann es ausreichend sein, eine zweckentsprechende Pflegestelle zu ermitteln und zu beaufsichtigen¹⁶⁸.

Dabei kam dem Vertreter auch die in § 217 ABGB erwähnte Gewalt zu, die mit Rücksicht auf den Geisteszustand bzw das Alter der Pflegebefohlenen auf die Berechtigung zur Vornahme von Zwangshandlungen und Zurechtweisungen (ausgenommen körperliche Züchtigung) beschränkt war; auch wenn dafür die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich war.

Wurde für den Betroffenen ein Kurator für die Person und das Vermögen bestellt, ergab sich daraus, dass der voll Entmündigte nach keiner Richtung irgendwelche Selbständigkeit behielt¹⁶⁹. Der Kurator war zur Vertretung des Pflegebefohlenen berufen; ihm stand das Recht zu, Vertretungshandlungen ohne Rücksicht auf den Willen des Pflegebefohlenen und mit Wirkung für diesen vorzunehmen.

Dass dem Vertreter damit auch die Entscheidungskompetenz in Bezug auf medizinische Belange zukam, dürfte klar gewesen sein; ebenso, dass dem Entmündigten dadurch jegliche Mitsprache oder Form der Selbstbestimmung entzogen war - dies ist insbesondere auch daraus ersichtlich, dass die Erzwingung

¹⁶⁵ Dazu *Simitis*, Kindschaftsrecht – Elemente einer Theorie des Familienrechts, in FS Müller-Freienfels (1986) 590 ff.

¹⁶⁶ §§ 3 und 4 Abs 3 EntmO 1916.

¹⁶⁷ *Wentzel/Piegler* in *Klang* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I/1² (1964) § 282, 538.

¹⁶⁸ *Wentzel/Piegler* in *Klang*, Kommentar ABGB I/1², § 282, 538.

¹⁶⁹ *Sternberg*, Entmündigungsordnung I, 56.

einer Behandlung, der sich der Betroffene nicht freiwillig unterzog, sogar als Voraussetzung für die Anhaltung in einer Anstalt anerkannt war¹⁷⁰.

Der Rechtsschutz der Entmündigten beruhte „auf der diskretionären Gewalt des Kuratelsrichters und der Pflichttreue des Kurators“¹⁷¹. Auch wenn die Zurückhaltung des Gesetzgebers im Bereich der kuratelrechtlichen Personenfürsorge immer wieder kritisiert wurde¹⁷², hielt die Entmündigungsordnung am Konzept der Entmündigung als umfassende und inhaltlich nicht weiter konkretisierte „Fürsorgemaßregel“¹⁷³ fest¹⁷⁴.

3.5 Kritik an Entmündigungsordnung

Trotz lang andauernder und gründlicher Vorarbeiten zur Entmündigungsordnung war man mit dem Ergebnis in der Praxis bald unzufrieden.

Das Instrument der Entmündigung erwies sich als zu undifferenziert. So wurden zwar viele Betroffene in ihren wesentlichen Rechten beschränkt und in wichtigen Lebensbereichen vom bestellten Vertreter kontrolliert, jedoch war die notwendige Betreuung und Vertretung nicht sichergestellt. Der Begriff „Entmündigung“, der ursprünglich auf das althochdeutsche Wort „munt“ = schützende Hand zurückgeht, war in der Praxis in seiner Bedeutung bald ausgehöhlt.

Häufig wurden Personen entmündigt, bei denen dazu kein Bedarf (mehr) bestand. Schwerpunkt der Entmündigungsordnung war zwar die Vermeidung von ungerechtfertigten Entmündigungen; aber auch nach Inkrafttreten der

¹⁷⁰ Kopetzki, Unterbringungsrecht I, 118; wN bei Knell, Die Kuratoren im österreichischen Recht (1974) 164.

¹⁷¹ Fux, Das österreichische Entmündigungsrecht und seine Reform (1903) 17.

¹⁷² Vgl. Fux, Entmündigungsrecht, 17.

¹⁷³ Kopetzki, Unterbringungsrecht I, 116.

¹⁷⁴ Bartsch in Klang, ABGB I/1, 1127: „Das materielle Recht der Pflegschaft ist im ABGB äußerst spärlich geregelt. Es besteht eigentlich nur in einer auf vier Paragraphen verteilten Verweisung auf das Vormundschaftsrecht, dessen Normen auch für das Pflegschaftsrecht gelten sollen“.

Entmündigungsordnung galt: War eine Entmündigung einmal rechtmäßig ausgesprochen, dominierte klar die Funktion der sozialen Ordnung; eine Kontrolle oder Überprüfung wurde dann nur noch äußerst selten als erforderlich angesehen. Außerdem wurde in der Praxis die Frage der Unfähigkeit zur Besorgung der Angelegenheiten oft vernachlässigt. Im Verfahren beschränkte man sich im Wesentlichen auf die Feststellung der Geisteskrankheit oder Geistesschwäche¹⁷⁵.

Auch wenn es ein wichtiges Ziel war, Geisteskranke und Geistesschwache vor wirtschaftlichen und privatrechtlichen Nachteilen zu schützen, ging es häufig nicht um den Schutz vor sich selbst, sondern nach wie vor vor allem darum, die Öffentlichkeit vor ihnen zu schützen.

Ebenso stand die Diskriminierung der Betroffenen weiter im Schussfeuer der Kritik¹⁷⁶. Auch wenn im Vergleich zum ABGB von Bezeichnungen wie „Irrer“, „Wahnsinn“, „Blödsinn“ oä Abstand genommen wurde, enthielt die Entmündigungsordnung mit ihrer Terminologie „Geisteskrankheit“, „Geistesschwäche“ usw. noch immer starkes Diskriminierungspotenzial. Desweiteren waren die geschaffenen Verfahrensbestimmungen weiterhin diskriminierend. Im Verfahren waren die Betroffenen eher Untersuchungsgegenstand als Partei – sie wurden oft nicht einmal persönlich einvernommen, Beschlüsse wurden ihnen nicht zugestellt. Auch dass die Öffentlichkeit in hohem Ausmaß eingebunden war¹⁷⁷, war unnötig und überholungsbedürftig¹⁷⁸.

So wurde die Entmündigung entgegen ihrer Zielsetzung häufig gleichgesetzt mit unkontrollierter Autorität, Unpersönlichkeit, ausgeübter Macht und Vernachlässigung¹⁷⁹. Der Gedanke der Selbst- oder Mitbestimmung des Betroffenen war der Entmündigungsordnung noch gänzlich fremd. Daher kamen

¹⁷⁵ RV 742 BlgNR 15. GP, 18.

¹⁷⁶ Vgl. dazu RV 742 BlgNR 15. GP, 11.

¹⁷⁷ Die Entmündigung sowie Aufhebung oder Umwandlung einer rechtswirksam ausgesprochenen Entmündigung war vom Pflegschaftsgericht unverzüglich nach Eintritt der Wirksamkeit des Beschlusses öffentlich bekannt zu machen. Das Bekanntmachungsedikt war durch Anschlag an der Gerichtstafel in der Gemeinde des ständigen Aufenthalts des Entmündigten in ortsüblicher Weise und nach Ermessen des Gerichts auch durch Einschaltung in öffentliche Blätter kundzumachen.

¹⁷⁸ RV 742 BlgNR 15. GP, 12.

¹⁷⁹ Forster, Entmündigung - Sachwalterschaft - und danach? 47.

bereits 1919 wieder erste Überlegungen zu einer Novellierung bzw völligen Neubearbeitung der Materie auf¹⁸⁰.

4 „Sachwaltergesetz 1983“¹⁸¹

4.1 Die Entwicklung

4.1.1 Hintergründe für eine Reform

Echte Reformbestreben für eine Neuregelung des Rechtsbereichs kamen in den 1960er Jahren auf. Dass seit den Überlegungen von 1919 bis zu den ersten Vorarbeiten einer Reform wieder über ein halbes Jahrhundert verstrichen war, ist sicherlich auch auf die beiden Weltkriege zurückzuführen – dadurch traten Themen in den Vordergrund, deren Erledigung als wesentlich notwendiger erachtet wurde. So wurde die Praxis der Entmündigung auch nach der Katastrophe des Nationalsozialismus noch über Jahrzehnte von Politik und Öffentlichkeit verdrängt. Erst die Krise der Anstaltspsychiatrie brachte die Thematik wieder auf die politische Tagesordnung¹⁸².

In dieser Zeit war auch verstärkt eine Veränderung des gesellschaftlichen Bewusstseins für die Probleme von psychisch kranken und behinderten Menschen wahrzunehmen. In den verschiedensten nationalen und internationalen Gremien fand eine vermehrte Diskussion über Fragen, die etwa deren Betreuung oder Behandlung bzw allgemein die Verbesserung ihrer Situation betrafen, statt.

¹⁸⁰ *Lehner*, Entstehung, Absicht und Wirkung der Entmündigungsordnung 1916, in *Justiz und Zeitgeschichte*, Symposium „Schutz der Persönlichkeitsrechte am Beispiel der Behandlung von Geisteskranken 1780-1982“ 155 ff.

¹⁸¹ Bundesgesetz vom 2. Februar 1983 über die Sachwalterschaft für behinderte Personen“ BGBl 136/1983, RV 742 BlgNR 15. GP, JAB 1420 BlgNR 15. GP.

¹⁸² *Forster*, Entmündigung - Sachwalterschaft - und danach? 48 f.

So beschloss die Vollversammlung der Vereinten Nationen am 20. Dezember 1971 eine „Deklaration der Rechte geistig behinderter Menschen“, die sowohl national als auch international als Grundlage und Richtschnur für die Wahrung der Rechte behinderter Menschen dienen sollte (Resolution 2856/XXVI).

Mit einer weiteren Resolution vom 16. Dezember 1976, 31/23 erklärte die Vollversammlung der Vereinten Nationen das Jahr 1981 zum Internationalen Jahr der Behinderten. Es überrascht daher nicht, dass die Regierungsvorlage zum „Sachwalterrecht 1983“ gerade aus dem Jahre 1981 stammt.

Weiters wurde am 8. Oktober 1977 von Seiten der Beratenden Versammlung des Europarates eine Empfehlung erlassen, in der dem Ministerkomitee empfohlen wurde, die Regierungen der Mitgliedstaaten des Europarates aufzufordern, ihre diesbezüglichen Rechtsvorschriften zu revidieren. Auch in Österreich befasste man sich daraufhin mit der Reform des Anhaltungs- und Entmündigungsrechts. Medien berichteten verstärkt über das Schicksal Angehaltener und Entmündigter¹⁸³, parlamentarische Anfragen zu diesem Thema häuften sich¹⁸⁴.

4.1.2 Entstehung des „Sachwaltergesetzes 1983“

Um aus der öffentlichen Diskussion Grundlagen für gesetzgeberische Maßnahmen zu gewinnen, lud das Bundesministerium für Justiz am 5. Juni 1978

¹⁸³ Vgl zB „Kurier“ vom 7. Juni 1978, „Entmündigung ist auch oft Irrsinn“; „Die Presse“ vom 22., 23., 25. und 28. Juli sowie vom 1., 4. und 8. August 1978, „Nerven, Narren und Neurose – Psychisch Kranke in Österreich“; „Die Frau“ vom 12. August 1978: „Was es bedeutet, entmündigt zu sein“.

¹⁸⁴ Dazu etwa die schriftliche Anfrage von Dr. Ermacora und Genossen, 1 110/J-NR/77, betreffend die Entmündigungsordnung 1916 (II-2145 BlgNR 14. GP); die mündlichen Anfragen von Albrecht 475/M (1978): „Wie ist der Stand der Vorarbeiten für die Reform des Entmündigungsrechts?“ und 594/M (1978): „Welche weiteren Schritte beabsichtigen Sie zur Reform der Entmündigungsordnung im Sinn der Beratungen der Enquete des Justizministeriums vom 5. Juni 1978 zu tun?“; von Dr. Steyrer 65/M (1979): „Welches sind die wesentlichen Ergebnisse des Begutachtungsverfahrens für ein Sachwaltergesetz, das anstelle der geltenden Entmündigungsordnung treten soll?“ und Dr. Offenbeck 285/M (1980): „Wie weit sind die Vorbereitungen für die parlamentarische Einbringung des Sachwaltergesetzes gediehen, mit dem die Bestimmungen über die Entmündigungsordnung aus dem Jahre 1916 ersetzt werden sollen?“.

zu einer Enquete über die Reform der Entmündigungsordnung. An dieser nahmen Experten unterschiedlichster Disziplinen teil – Psychiater, Juristen, aber auch Soziologen, Sozialwissenschaftler, Medienvertreter und Politiker; dies ermöglichte eine Diskussion auf breiter Basis¹⁸⁵.

Dabei kam man überein, die rechtliche Situation von behinderten Menschen in breiter Form aufzurollen und nicht nur – wie ursprünglich geplant – das Anhalterecht zu reformieren, sondern auch den Bereich der Entmündigung miteinzubeziehen. Eine wesentliche Erkenntnis bestand nämlich in der Betonung der Verschiedenheit der Rechtsgebiete des Anhaltungsrechts und des Entmündigungsrechts. Dass die beiden Rechtsgebiete bislang gesetzgeberisch zusammen geregelt worden waren, war eine Besonderheit der österreichischen Rechtsordnung und hing vor allem damit zusammen, dass vor Inkrafttreten der Entmündigungsordnung die zwangsweise „Anhaltung“ einer Person in einer „Irrenanstalt“ nur im Zuge eines Pflegschaftsverfahrens - nach erfolgter Entmündigung gerichtlich überprüft wurde¹⁸⁶.

Das Reformvorhaben wurde rasch vorangetrieben. Bereits am 2.4.1979 versandte das BMJ den Entwurf eines BG über die Unterbringung psychisch Kranker in geschlossenen Bereichen von Krankenanstalten zur Begutachtung; am 21.5.1979 folgte dann der Begutachtungsentwurf eines BG über die Sachwalterschaft für Behinderte. Dieser Entwurf schlug die Ersetzung der Entmündigung durch bedürfnisgerechte Hilfe für psychisch Kranke und geistig Behinderte vor. Er sah die Realisierung einer Idee *Pelikans*¹⁸⁷ vor, der zufolge zur Vertretung und Betreuung psychisch Kranker und geistig Behinderter sozialarbeiterisch ausgebildete Sachwalter eingesetzt werden sollten, die von einem Verein für ihre Aufgabe besonders geschult und den Gerichten zur

¹⁸⁵ Vgl Reform des Entmündigungsrechts (hrsg Bundesministerium für Justiz) Enquete 1978.

¹⁸⁶ RV 742 BlgNR 15. GP, 9.

¹⁸⁷ Die Idee *Pelikans* wurde erstmals bei einer Veranstaltung des Dr. Karl Renner Instituts im Rahmen der SPÖ-Programmdiskussion am 17.2.1978 öffentlich vorgestellt, präzisiert wurde sie auf der Enquete des Bundesministeriums für Justiz 1978; dazu Hopf, Von der Entmündigung und Anhaltung zur Rechtsfürsorge für psychisch Kranke, in Justiz und Zeitgeschichte, Symposium „Schutz der Persönlichkeitsrechte am Beispiel der Behandlung von Geisteskranken 1780-1982“ (1982) 297.

Verfügung gestellt werden. Im Begutachtungsverfahren stieß dieser Vorschlag auf breite Zustimmung¹⁸⁸.

Die Arbeiten am Gesetzesentwurf wurden auch durch ein Modellprojekt samt sozialwissenschaftlich begleiteter Forschung unterstützt. Dazu wurde 1980 durch Subvention und auf Initiative des Justizministeriums unter Bundesminister Dr. Broda der „Verein für Sachwalterschaft“ ins Leben gerufen, der zwar noch auf Grundlage der Entmündigungsordnung, aber im Sinne des Entwurfs für ein SWG Kuratoren und Beistände für die Betreuung psychisch Kranker und geistig Behinderter anbot¹⁸⁹. Mit Hilfe der begleitenden Forschung konnten die Ergebnisse des Projekts auch in die Reformüberlegungen einfließen.

Die Arbeiten an beiden Entwürfen endeten schließlich in entsprechenden Gesetzesvorschlägen an das Parlament. Am 20. Mai 1981 wurde dem NR die RV eines BG über die Sachwalterschaft für behinderte Personen¹⁹⁰ zugeleitet, am 10. März 1982 die RV für psychisch Kranke in Krankenanstalten¹⁹¹.

Auf Drängen des BM Broda und der Behindertenvereinigungen wurde die RV für das SWG noch in der 15. Gesetzgebungsperiode vom Parlament beraten und knapp vor Ende der 15. Gesetzgebungsperiode, am 2. Februar 1983, vom NR einstimmig beschlossen¹⁹². Das „Sachwaltergesetz“ trat schließlich am 1. Juli 1984 in Kraft. Die RV für psychisch Kranke in Krankenanstalten wurde jedoch nicht weiter behandelt; das Unterbringungsgesetz ist erst seit 1991 in Kraft.

Mit dem „Sachwaltergesetz“ wurden die seit 1916 geltenden Bestimmungen der Entmündigungsordnung abgelöst und das Rechtsinstitut der Entmündigung durch das der Sachwalterschaft ersetzt.

¹⁸⁸ Hopf, Einleitung, in Rechtsfürsorge für psychisch Kranke und geistig Behinderte, Sozialwissenschaftliche Beiträge 1978-1984, Schriftenreihe des Bundesministeriums für Justiz (Hrsg) (1984) VII.

¹⁸⁹ RV 742 BlgNR 15. GP, 13; Maresch/Freisleben-Teutscher, Einleitung, Texte der Ausstellung Rechtmäßig, in Rechtmäßig, Sachwalterschaft: Erfahrungen und Perspektiven (1998) 10 f; Forster, Von der Entmündigung zur Sachwalterschaft, in Rechtsfürsorge für psychisch Kranke und geistig Behinderte, Sozialwissenschaftliche Beiträge 1978-1984, Schriftenreihe des Bundesministeriums für Justiz (Hrsg) (1984) 308 f; Hopf, Einleitung in Rechtsfürsorge, VII.

¹⁹⁰ RV 742 BlgNR 15. GP.

¹⁹¹ RV 1022 BlgNR 15. GP.

¹⁹² StProt NR 15. GP. 144. Sitzung, 14816.

4.1.3 Ziele des Gesetzes

Ziel des Gesetzes war es, psychisch Kranken und geistig behinderten Personen, die nicht in der Lage dazu sind, ihre Angelegenheiten oder Teile von diesen selbständig ohne die Gefahr eines Nachteiles für sich zu regeln, Hilfestellung durch einen Sachwalter zu bieten, wenn sie anderweitig nicht gewährleistet ist.

Bereits in vielen Lebensbereichen hatte die Idee des Sozialstaates - auch rechtlich Eingang gefunden. Nun sollte auch für behinderte Personen eine sozialarbeiterisch geprägte Einrichtung zur Rechtsfürsorge geschaffen werden.

Mit Einführung der Vereinssachwalterschaft übernahmen speziell ausgebildete Personen die Vertretung. Damit wurde einerseits das Problem des Mangels an geeigneten gesetzlichen Vertretern entschärft, andererseits ließ die Professionalisierung und Institutionalisierung die proklamierte Umkehr sozialer Ausgrenzung und Kontrolle hin zu sozialer Integration glaubwürdig erscheinen.

Neben der Sicherstellung der erforderlichen Betreuung und Hilfe rückte nun aber auch in den Vordergrund, die Selbständigkeit der Betroffenen möglichst beizubehalten bzw wieder herzustellen. So wurde die bisher umfassende Rechtsbeschränkung durch eine auf den individuellen Bedarf abgestimmte Maßnahme ersetzt. Die Sachwalterschaft gab es für einzelne, einen Kreis von Angelegenheiten oder alle Angelegenheiten¹⁹³. Es war nun ausschließlich auf die Interessen und das Wohl des Betroffenen Rücksicht zu nehmen und vorhandene Bewältigungsmöglichkeiten waren miteinzubeziehen. Diese Ziele sollten durch ein aufwendiges Gerichtsverfahren und die regelmäßige Überprüfung der Angemessenheit der Sachwalterschaft realisiert werden.

Weiteres Ziel war der Abbau von Diskriminierungen. Sowohl die Änderung der Terminologie als auch inhaltliche Änderungen im Gesetz sollten der Verwirklichung dienen. Stigmatisierende und diskriminierende Bezeichnungen wie

¹⁹³ Vgl dazu Kapitel II 4.3.

„Entmündigung“, „Entmündigter“, „Geisteskrankheit“, „Geistesschwäche“ oder „Kuratel“ wurden aus dem Gesetz gestrichen und ersetzt. Das neue Recht sah auch vor, dass von der Sachwalterschaft ab sofort nur noch diejenigen Institutionen zu verständigen waren, die ein berechtigtes Interesse an dieser Information hatten. Im Sachwalterverfahren selbst hatte der Betroffene nach den neuen Regelungen Parteistellung, was eine erhebliche Verbesserung seiner Lage darstellte. Durch diese Änderungen wollte man dazu beitragen, die Einstellung der Gesellschaft gegenüber psychisch kranken und geistig behinderten Menschen zu überdenken.

Die neuen Regelungen hatten auch im Auge, eine Reduktion der Entmündigungen zu erreichen. Dazu zur Veranschaulichung: In den Jahren 1950-1979 gab es ca doppelt so viele Fälle voller Entmündigungen wie beschränkter; im Schnitt waren in diesen Jahren ca pro Jahr 1000 Menschen voll und nur 500 beschränkt entmündigt¹⁹⁴.

Im Wesentlichen wurde durch die Reform die Bedeutung des § 21 ABGB, der seit jeher den Schutz dieser Personengruppe im Auge hatte, in seinem Verständnis wieder den aktuellen Bedingungen angepasst und weiterentwickelt.

4.2 Voraussetzungen für die Bestellung eines Sachwalters nach § 273 ABGB

Nach § 273 ABGB ist für eine Person, die an einer psychischen Krankheit leidet oder geistig behindert ist und alle oder einzelne ihrer Angelegenheiten nicht ohne Gefahr eines Nachteils für sich selbst besorgen kann, ein Sachwalter zu bestellen, sofern nicht für andere ausreichende Hilfe gesorgt ist.

An Stelle der Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche trat nun die Anordnung der Sachwalterschaft nach § 273 ABGB.

¹⁹⁴ RV 742 BlgNR 15. GP, 10.

Dabei war zum damaligen Zeitpunkt noch unwesentlich, ob die betroffene Person minderjährig oder volljährig ist. Erst durch das KindRÄG 2001 wurde das Instrument der Sachwalterschaft auf erwachsene Personen eingeschränkt. Minderjährige wurden damit aus dem persönlichen Anwendungsbereich des § 273 ff ABGB aF ausgenommen – für sie kann nach neuer Rechtslage kein Sachwalter bestellt werden.

Für die Bestellung eines Sachwalters bestanden folgende Voraussetzungen:

4.2.1 Psychische Krankheit/geistige Behinderung

Die betroffene Person muss an einer „psychischen Krankheit“ oder „geistigen Behinderung“ leiden. Diese Begriffe wurden mit dem SWG 1983 eingeführt; sie traten anstelle der bislang verwendeten Ausdrücke „Geisteskrankheit“ und „Geistesschwäche“.

Die Termini sind allerdings im Gesetz nicht weiter definiert. Auch aus den Erläut¹⁹⁵ ergibt sich lediglich, dass durch die Begriffe „psychische Krankheit“ und „geistige Behinderung“ von der Norm abweichende psychische Zustände umschrieben werden. Weiters wird darauf hingewiesen, dass damit unterschiedliche Zustände bezeichnet werden, die unterschiedliche Förderungsmaßnahmen bedingen¹⁹⁶.

Im Gegensatz zum Gesetzgeber hat sich die österreichische Lehre und Rsp mit der Definition der im Gesetz verwendeten Begriffe auseinandergesetzt.

¹⁹⁵ RV 742 BlgNR 15. GP, 17.

¹⁹⁶ RV 742 BlgNR 15. GP, 17; dazu kritisch, *Pichler*, Probleme, Erfreuliches und gesetzgeberische Fehlleistungen im neuen Sachwalterrecht, JBl 1984, 226; vgl auch *Gamerith*, 3 Jahre Sachwalterrecht (die bisherige Rechtsprechung des OGH), NZ 1988, 62; *Stabentheiner*, Ein Überblick über das neue Sachwalterrecht, AnwBl 1985, 288; *Edlbacher*, Ein paar allgemeine Anmerkungen zum Sachwaltergesetz – zugleich eine Buchbesprechung, ÖJZ 1985, 162; *Schauer*, Anmerkungen zum neuen Sachwalterrecht, NZ 1983, 49.

Hierzu ist anzumerken, dass es sich um **Rechtsbegriffe** (anders noch die EntmO) handelt, die nicht notwendigerweise mit dem medizinischen Verständnis übereinstimmen müssen, von diesem aber wesentlich geprägt sind¹⁹⁷. Genauer gesagt um unbestimmte und selbständige Rechtsbegriffe. **Unbestimmt**, weil diese Begriffe einer Auslegung bedürfen. Dabei sind die Regeln der medizinischen Wissenschaft heranzuziehen. **Selbständig**, weil die medizinischen Krankheitsbegriffe bei der Auslegung nicht unreflektiert übernommen werden dürfen. Bei medizinischen Krankheitskonzepten ist nämlich zu berücksichtigen, dass sie vorrangig therapeutischen Intentionen verpflichtet sind, während die Rechtsbegriffe des § 273 gesetzliche Tatbestandsmerkmale sind, die die Bestellung eines Sachwalters und die Einschränkung der Geschäftsfähigkeit zur Folge haben können¹⁹⁸.

Unter „**psychischen Krankheiten**“ sind psychische Störungen mit Krankheitswert zu verstehen. Dazu zählen jedenfalls körperlich begründbare¹⁹⁹ und endogene Psychosen²⁰⁰. Neurosen²⁰¹, reaktive Störungen²⁰² und Persönlichkeitsstörungen²⁰³ sind nur erfasst, wenn „Gleichwertigkeit“ mit den

¹⁹⁷ OGH 22.6.1995, 6 Ob 546/95, SZ 68/117 = RdM 1996/2; OGH 27.8.1992, 3 Ob 552/92, RZ 1994/8; diese Ansicht vertrat der OGH schon hinsichtlich der in der EntmO verwendeten Begriffe der „Geisteskrankheit“ und „Geistesschwäche“. Siehe etwa OGH 29.11.1967, 6 Ob 319/67, JBl 1968, 373; OGH 1.10.1968, 8 Ob 216/68, SZ 41/121 = EvBl 1969/107; vgl dazu auch *Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts² (2005) Rz 76; vgl *Stabentheiner* in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ § 283 Rz 1 mwN.

¹⁹⁸ *Barth/Ganner* in *Barth/Ganner*, Handbuch des Sachwalterrechts, 33.

¹⁹⁹ Körperlich begründbare Psychosen sind seelische Störungen, die durch organische Veränderungen des Gehirns verursacht wurden. Zu den Ursachen dafür zählen Hirngefäßerkrankungen, Stoffwechselstörungen, Vergiftungen, Entzündungen, Hirntumore oder traumatische Hirnschädigungen - *Haller*, Das psychiatrische Gutachten (1996) 66; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 491.

²⁰⁰ Endogene Psychosen sind psychische Erkrankungen, bei denen keine zugrunde liegende körperliche Ursache bekannt ist, zB Schizophrenien, manisch-depressive Psychosen, Wahnstörungen - *Haller*, Das psychiatrische Gutachten, 74 f; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 492.

²⁰¹ Eine Neurose ist nach psychoanalytischem Verständnis eine psychisch bedingte Gesundheitsstörung, deren Symptome unmittelbare Folge und symbolischer Ausdruck eines seelischen Konflikts sind, der unbewusst bleibt. Darunter fallen Zwangsneurosen, Zwangsstörungen, Angstneurosen und phobische Neurosen - *Haller*, Das psychiatrische Gutachten, 96 ff; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 491

²⁰² Reaktive Störungen stehen in engem zeitlichen und inhaltlichem Zusammenhang mit außerordentlichen seelischen und körperlichen Belastungen. Darunter sind zB posttraumatische Belastungsstörungen oder protrahierte Konfliktreaktionen zu verstehen - *Haller*, Das psychiatrische Gutachten, 104 f.

²⁰³ Persönlichkeitsstörungen sind Persönlichkeitsmerkmale in extremer Ausprägung, die im alltäglichen Leben zu Störungen und Beeinträchtigungen führen - *Haller*, Das psychiatrische Gutachten, 111 ff.

anerkannten psychischen Krankheiten vorliegt, dh „wenn und so lange die Krankheitssymptomatik und ihre sozialen Folgen sowie die Beeinträchtigung des persönlichen Handlungsspielraums im Wesentlichen vergleichbar sind“²⁰⁴. Gängige Erkrankungen, die unter den Begriff der „psychischen Krankheit“ fallen, sind beispielsweise Schizophrenien, manisch-depressive Gemütskrankheiten, Wahnstörungen, Paranoien oder Demenz. Sonstige neurologische Erkrankungen, ein Suizidversuch oder Paranoia Querulans können eine Sachwalterbestellung nur dann rechtfertigen, wenn sie den Krankheitswert einer psychischen Erkrankung erreichen. Auch Verschwendung, Alkoholismus und Missbrauch von Nervengiften sind für sich allein keine ausreichenden Gründe für die Bestellung eines Sachwalters mehr (anders noch die Entmündigungsordnung)²⁰⁵.

Entscheidend ist, ob die „psychische“ bzw „seelische“ Störung“ mit einer Beeinträchtigung der Fähigkeit zur selbstbestimmten Verhaltenssteuerung verbunden ist²⁰⁶.

Unter einer „**geistigen Behinderung**“ versteht man zumeist eine Geistesschwäche, die aus medizinischer Sicht in einer Vielzahl von Erscheinungsformen und Schweregraden auftreten kann. Bei allen Erscheinungsgraden und Schweregraden besteht eine merklich reduzierte Anpassungsfähigkeit des Betroffenen an die sozialen Anforderungen der Gesellschaft und ein auffallend unter dem Durchschnitt liegender intellektueller Entwicklungsstand. Oft liegt dieser bereits seit dem frühen Kindheitsalter vor²⁰⁷.

Da keine unterschiedlichen Rechtsfolgen daran geknüpft sind, verliert die strenge Unterscheidung zwischen psychischer Krankheit und geistiger Behinderung rechtlich an Relevanz²⁰⁸. Wesentlich ist nur, dass mit den Begriffen

²⁰⁴ Kopetzki, Grundriss², Rz 87; vgl auch Weitzenböck in Schwimann (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar I³ (2005) § 273 Rz 2; Gaisbauer, Rechtsfragen zum neuen Unterbringungsrecht, RZ 1993, 112.

²⁰⁵ RV 742 BlgNR 15. GP, 10 und 18, die darauf hinweisen, dass Verschwendung, Alkoholismus und Missbrauch von Nervengiften bereits in der Praxis der Entmündigungsordnung zahlenmäßig eine sehr untergeordnete Rolle gespielt hat; vgl auch OGH 19.3.1986, 8 Ob 530/86, EFSlg 96.785.

²⁰⁶ Kopetzki, Unterbringungsrecht I, 290 ff; Kopetzki, Unterbringungsrecht II, 488; Kopetzki, Grundriss², Rz 79.

²⁰⁷ Maurer/Tschugguelli, Das österreichische Sachwalterrecht in der Praxis² (1997) § 273 Rz 4.

²⁰⁸ Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner, ABGB und alle wichtigen Nebengesetze I³⁷ (2009) § 268; Aicher in Rummel (Hrsg), Kommentar ABGB I³ (2000) § 273 Rz 1; Gamerith, NZ 1988, 62.

der „geistigen Behinderung“ und „psychischen Krankheit“ verschiedene Zustände mangelnder geistiger Leistungsfähigkeit umschrieben werden, aus denen das Unvermögen der betroffenen Person resultiert, ihre Angelegenheiten gehörig besorgen zu können²⁰⁹.

4.2.2 Unfähigkeit zur entsprechenden Besorgung seiner Angelegenheiten ohne Gefahr eines Nachteils für sich selbst

Für eine Sachwalterbestellung ist zusätzlich erforderlich, dass die betroffene Person nicht in der Lage ist, alle oder einzelne ihrer Angelegenheiten selbst zu besorgen, ohne dadurch einen Nachteil zu erleiden²¹⁰. Voraussetzung ist, dass der Behinderte überhaupt „Angelegenheiten“ zu besorgen hat. Daran kann es beispielsweise dann mangeln, wenn kein Vermögen oder Einkommen vorhanden ist oder der Betroffene in einem Pflegeheim vollständig versorgt werden kann.

Hinsichtlich des Begriffs der „**Angelegenheiten**“ hat das SWG 1983 in seiner identen Formulierung der Tatbestandsvoraussetzung „zu besorgende Angelegenheit“ an den Begriff des § 1 EntmO angeknüpft. Damit können Rsp und Lehre zu § 1 EntmO herangezogen werden. Bereits danach waren nicht nur Vermögensangelegenheiten, sondern auch die Fürsorge für die Person des Behinderten Angelegenheiten im Sinne des Gesetzes²¹¹.

²⁰⁹ *Ramharter*, Dürfen geistig Behinderte zu Recht in ihrer Freiheit beschränkt werden? ÖJZ 1997, 259; *Gitschthaler*, Drei Jahre Sachwalterrecht, NZ 1988, 62; *Stabentheiner*, AnwBl 1985, 288; *Steinbauer*, Die Handlungsfähigkeit geistig Behinderter nach dem Sachwalterrecht, ÖJZ 1985, 386; *Gamerith*, NZ 1988, 62; *Schauer*, NZ 1983, 49; *Gitschthaler*, Einzelne Probleme des neuen Sachwalterrechts und der Versuch einer Lösung, ÖJZ 1985, 194; vgl dazu auch die Ansicht *Kremzows*, Österreichisches Sachwalterrecht (1984) § 273 Anm 4, der psychische Krankheit und geistige Behinderung als einen psychischen Zustand versteht, der den Betroffenen daran hindert, ein ihm zustehendes Recht so auszuüben, wie dies von einer unbestimmten Anzahl erwachsener Personen üblicherweise getan wird, die sich allerdings nicht durchgesetzt hat.

²¹⁰ OGH 18.4.1985, 8 Ob 543/85, SZ 58/61 = EvBl 1986/25 = NZ 1987,12 = ÖA 1987,17.

²¹¹ Vgl etwa LG Wien 16.3.1946, 42 R 130, EvBl 1946/178; *Ehrenzweig*, System II/2², 334; *Bartsch* in *Klang*, Kommentar ABGB I/1, 1107.

Als „Angelegenheit“ in diesem Sinn gelten somit nicht bloß Rechtsgeschäfte, Rechtshandlungen, Prozesse und sonstige Behördenverfahren, sondern auch Handlungen im Bereich der Personensorge wie zB die Einwilligung zu einer medizinischen Behandlung²¹².

Zum Begriff „**Personensorge**“ ist Folgendes anzumerken: Von der „Personensorge“ sind zwei unterschiedliche Bereiche erfasst. Zum einen ist jeder Sachwalter – ohne Rücksicht auf Art und Umfang der ihm übertragenen Aufgaben – in bestimmtem Umfang zur Sorge um die Person des Betroffenen verpflichtet. Während der Sachwalter nach den Bestimmungen des SWG 1983 dazu angehalten ist, *„auch die erforderliche Personensorge, besonders auch die ärztliche und soziale Betreuung sicherzustellen“* (§ 282 ABGB idF SWG 1983), besteht für den Sachwalter seit dem KindRÄG 2001 die Verpflichtung, persönlichen Kontakt mit dem Betroffenen zu halten und sich um dessen ärztliche und soziale Versorgung zu bemühen. Damit verbunden sind jedoch keine Vertretungsbefugnisse für den Sachwalter. Zum anderen umfasst der Begriff Personensorge aber auch (abhängig vom jeweiligen Wirkungsbereich) die Übernahme rechtlicher, die Person des Pflegebefohlenen betreffende Angelegenheiten²¹³. Diese beiden Bereiche, die unter den Begriff „Personensorge“ fallen, sind streng zu trennen.

Ist etwa die Einwilligung zu einer medizinischen Behandlung erforderlich - was eine Angelegenheit iSd § 273 ABGB darstellt darf der Sachwalter nur zustimmen, wenn er dazu auch von seinem Wirkungsbereich her gesehen bestellt wurde. Als Angelegenheit iSd § 273 ABGB ist somit nur der Bereich der Personensorge zu sehen, der es erforderlich macht, für den Betroffenen rechtliche Dispositionen zu setzen.

Damit bezog das Sachwaltergesetz 1983 deutlich Position zur Frage, ob Personensorge auch dann zum Gegenstand einer Sachwalterbestellung gemacht

²¹² OGH 18.4.1985, 8 Ob 543/85, SZ 58/61 = EvBl 1986/25 = NZ 1987,12 = ÖA 1987,17; *Gitschthaler*, ÖJZ 1985, 198; OGH 4.12.1986, 8 Ob 674/86, SZ 59/218 = EvBl 1987/132 = NZ 1989,72; OGH 21.10.1987, 8 Ob 652/87, EvBl 1988/85 = SZ 70/235 = JBl 1998, 443; OGH 26.9.1991, 7 Ob 598/91, EvBl 1992/12; OGH 10.9.1996, 3 Ob 2291/96z, SZ 69/205; *Maleczky*, ÖJZ 1994, 684 ff; *Barth*, Medizinische Maßnahmen bei Personen unter Sachwalterschaft, ÖJZ 2000, 61 und 63 ff.

²¹³ *Barth/Ganner in Barth/Ganner*, Handbuch des Sachwalterrechts, 46.

werden kann, wenn kein rechtlicher Handlungsbedarf besteht, sondern sie sich auf rein tatsächliche Verrichtungen beschränkt. § 273 ABGB hatte Angelegenheiten rechtlicher Natur im Auge. Dafür sprechen die Äußerungen des JA; diese fallen insofern klar aus, als „mit dem Begriff ‚Angelegenheiten‘, wie er in dieser Bestimmung und an anderen Stellen des Entwurfs verwendet wird, an denselben bereits im geltenden Recht, insb in den §§ 21 und 269 ABGB, sowie in der aufzuhebenden Entmündigungsordnung, enthaltenden Ausdruck angeknüpft wird; gemeint sind im Wesentlichen Angelegenheiten rechtlicher Art“²¹⁴.

Auch in der Lehre hat sich überwiegend die Meinung durchgesetzt, dass die Personensorge nicht Gegenstand einer Sachwalterbestellung sein kann, wenn keine rechtlichen Dispositionen erforderlich sind. Bei rein tatsächlichen Verrichtungen – wie Waschen, Füttern oder dem Verabreichen von Medikamenten – kann ein Sachwalter nur bestellt werden, wenn sich aus einer derartigen Pflege- oder Versorgungsbedürftigkeit auch rechtlicher Handlungsbedarf ergäbe (zB im Fall des Abschlusses eines Behandlungsvertrages oder der Einwilligung zu einer Heilbehandlung)²¹⁵.

Die **Gefahr eines Nachteils** für sich selbst liegt vor, wenn dem Betroffenen ohne die Bestellung eines Sachwalters ein Schaden an Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre oder Vermögen drohen würde, sei es dadurch, dass dieser selbst schadensträchtige Aktionen setzt oder dadurch, dass der Betroffene überhaupt dazu unfähig ist, seine Angelegenheiten zu besorgen²¹⁶. Auch ausschließlich personenbezogene Nachteile - wie etwa die Vernachlässigung der eigenen Person beispielsweise durch die Unterlassung einer medizinischen Behandlung kann eine Gefahr in diesem Sinne darstellen und damit eine Sachwalterbestellung auslösen, wenn daraus etwa eine gesundheitliche Gefährdung des Betroffenen resultiert²¹⁷. Das Sachwalterrecht hat den Schutz des Betroffenen bei

²¹⁴ JAB 1420 BlgNR 15. GP, 2.

²¹⁵ Etwa Barth, ÖJZ 2000, 60; Gitschthaler, ÖJZ 1985, 195; Pichler, JBI 1984, 227; Weitzenböck in Schwimann, ABGB-Praxiskommentar I³ § 273 Rz 2; Stabentheiner in Rummel, Kommentar ABGB I³ § 273 Rz 2; anders noch Stabentheiner, AnwBl 1985, 288.

²¹⁶ Gamerith, NZ 1988, 63.

²¹⁷ Maurer/Tschugguel, Sachwalterrecht² § 273.

Selbstgefährdung im Auge, bei Fremdgefährdung scheidet eine Sachwalterbestellung aus²¹⁸.

4.2.3 Keine andere Hilfe

Weiters ist vor einer etwaigen Bestellung zu prüfen, ob die betroffene Person nicht durch (eine) ausreichende andere Hilfe(n) im Sinne des § 273 Abs 2 S 1 in die Lage versetzt wird, ihre Angelegenheiten im erforderlichen Ausmaß zu besorgen. Damit wird keine Ausnahme von der Regel des Abs 1 geschaffen, sondern diese lediglich dahingehend erläutert, dass eine Unfähigkeit des Betroffenen zur gefahrlosen Besorgung seiner Angelegenheiten dann nicht vorliegt, wenn ausreichende „andere Hilfe“ Platz greift²¹⁹. Dadurch wird die **Subsidiarität** der Sachwalterbestellung determiniert; diese ist als „ultima ratio“ vorgesehen.

Nach § 273 Abs 2 S 1 ABGB ist vorrangig danach zu trachten, für den Betroffenen Hilfe innerhalb der Familie zu gewährleisten oder diesen insbesondere durch Einrichtungen der privaten oder öffentlichen Behindertenhilfe in die Lage zu versetzen, seine Angelegenheiten wahrzunehmen. Auch eine Vollmachtserteilung oder die Genehmigung einer Geschäftsführung ohne Auftrag sollten vorrangig zur Anwendung gelangen.

§ 273 Abs 2 S 2 stellt klar, dass eine Sachwalterbestellung aus alleinigem Interesse eines Dritten jedenfalls unzulässig ist. Dementsprechend wird auch angeordnet, dass den Antrag auf Bestellung eines Sachwalters nur der Betroffene selbst stellen kann. Andere Personen sind lediglich dazu legitimiert, eine Bestellung anzuregen. Ein Vorgehen von Amts wegen kann und muss erfolgen,

²¹⁸ Dies ergibt sich auch aus § 273 Abs 2 Satz 2 ABGB, wonach eine Sachwalterbestellung ausscheidet, wenn es lediglich darum geht, einen Dritten zu schützen.

²¹⁹ ZB *Stabentheiner* in *Rummel*, Kommentar ABGB I³ § 273 Rz 3; *Stabentheiner*, AnwBl 1985, 289; *Gamerith*, NZ 1988, 64.

wenn begründete Anhaltspunkte für die Notwendigkeit einer Bestellung vorliegen²²⁰.

4.3 Wirkungsbereich des Sachwalters

Der Sachwalter kann für Angelegenheiten der **Vermögenssorge** und/oder **Personensorge** bestellt werden.

Je nach Bedarf wird der Sachwalter gemäß § 273 Abs 3 ABGB mit der Besorgung **einzelner** Angelegenheiten, einem **Kreis** oder **allen Angelegenheiten** betraut. Dabei spielen das Ausmaß der Behinderung sowie Art und Umfang der zu besorgenden Angelegenheiten eine bestimmende Rolle. Entscheidend ist diesbezüglich, inwiefern sich die Krankheit bzw Behinderung auf die Angelegenheiten des Betroffenen auswirkt.

Mit der Schaffung dieser differenzierenden Regelung sollte das Eingehen auf die individuelle Situation der behinderten Person sichergestellt werden. Der Betroffene sollte nur insoweit in seinem Handeln beschränkt werden, als dies zu seinem Schutz unbedingt erforderlich ist. Damit entsprachen diese Bestimmungen auch dem Zeitgeist, wonach das Bestreben, behinderten Personen mehr Selbstbestimmungsrechte einzuräumen²²¹, verwirklicht wurde.

²²⁰ Stabentheiner, AnwBl 1985, 292; Gitschthaler, Die Einleitung eines Sachwalterbestellungsverfahrens, RZ 1990, 250.

²²¹ Forster/Pelikan, Erfahrungen mit der Sachwalterschaft in Österreich, in Recht und Psychiatrie (Hrsg Arbeitskreis Recht und Psychiatrie) (1986) 95 ff.

4.4 **Rechtsfolgen der Sachwalterbestellung**

Durch die Bestellung eines Sachwalters wird die behinderte Person in ihrer **Geschäftsfähigkeit** beschränkt²²². Innerhalb des Wirkungskreises des Sachwalters kann die betroffene Person ohne die ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung des Sachwalters rechtsgeschäftlich weder verfügen noch sich verpflichten. Nimmt der Behinderte allein verpflichtende Geschäfte vor, so sind diese zwar nicht schlichtweg nichtig, allerdings bis zur Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter schwebend unwirksam. Hinsichtlich bestimmter Sachen oder Einkommensteilen kann das Gericht - sofern dies dem Wohl des Behinderten nicht abträglich ist bestimmen, dass der Behinderte darüber frei verfügen und sich verpflichten kann. Bloß berechtigende Geschäfte können vom Betroffenen ohnedies ohne Mitwirkung des Sachwalters geschlossen werden. Für ihn besteht also – wie bei mündigen Minderjährigen – eine beschränkte Geschäftsfähigkeit, sofern er nicht gänzlich seiner Vernunft beraubt ist. Auch solche Personen können aber Rechtsgeschäfte, die geringfügige Angelegenheiten des alltäglichen Lebens betreffen, schließen²²³.

Außerhalb des Wirkungskreises des Sachwalters ist der geistig Behinderte oder psychisch Erkrankte voll geschäftsfähig, das Vorliegen der intellektuellen und kognitiven Fähigkeiten vorausgesetzt.

Auf die **Einsichts- und Urteilsfähigkeit**²²⁴ hat die Sachwalterbestellung keinen Einfluss. Ist für gewisse Handlungen – etwa die Einwilligung zu medizinischen Behandlungen – das Vorhandensein der Einsichts- und Urteilsfähigkeit ausschlaggebend, so kann der Betroffene selbst agieren, sofern er über die Einsichts- und Urteilsfähigkeit im entscheidenden Moment verfügt (vgl zur Einsichts- und Urteilsfähigkeit die Ausführungen ab S 90).

²²² Siehe dazu die Ausführungen bei *Koziol/Welser*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts I¹¹ (2000) 55 ff.

²²³ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹¹, 51 f.

²²⁴ Vgl zur Einsichts- und Urteilsfähigkeit Kapitel III 3.

4.5 Rechte des Betroffenen

Zur bestmöglichen Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts wurden im Rahmen des SWG 1983 auch Bestimmungen geschaffen, die für den Betroffenen gewisse Rechte vorsehen.

Dementsprechend gibt es für den Sachwalter die Verpflichtung, den Betroffenen in wichtigen Angelegenheiten, die sein Vermögen oder die Person betreffen, zu **verständigen**. Diesem steht diesbezüglich ein **Äußerungsrecht** zu, wobei die Äußerungen der behinderten Person bei Verträglichkeit mit deren Wohl zu berücksichtigen sind (§ 273 a Abs 3 ABGB).

4.6 Auswahl bei der Person des Sachwalters

Als Sachwalter kommen nur **physische Personen** in Betracht. Bei der Auswahl der Person des Sachwalters ist nach § 280 ABGB auf die Art der zu besorgenden Angelegenheiten und auf die persönlichen Bedürfnisse des Betroffenen Bedacht zu nehmen.

Nach § 281 ist vorrangig eine dem Behinderten **nahestehende Person** zum Sachwalter zu bestellen. Erfordert es aber das Wohl des Pflegebefohlenen, ist eine von einem **Verein** zur Verfügung gestellte Person als Sachwalter zu bestellen. Nach Abs 3 ist in Fällen, in denen vorwiegend Rechtskenntnisse erforderlich sind, etwa zur Vertretung in einem Rechtsstreit, ein **Rechtsanwalt** oder **Notar** als Sachwalter zu bestellen.

4.7 Bekanntmachung der Sachwalterbestellung

Nach dem SWG 1983 sind von der Bestellung eines Sachwalters diejenigen Personen und Stellen zu verständigen, die daran ein begründetes Interesse haben. Überdies hat das Gericht jedermann, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, auf Anfrage über die Bestellung des Sachwalters und dessen Wirkungskreis zu informieren (§ 248 AußStrG).

4.8 Beendigung bzw Änderung der Sachwalterschaft

Die Sachwalterschaft **endet** durch Tod des Sachwalters oder des Behinderten, ebenso durch gerichtliche Enthebung. Diese ist auf Antrag oder von Amts wegen vorzunehmen, wenn der Pflegebefohlene der Hilfe nicht mehr bedarf, der Sachwalter sein Amt pflichtwidrig ausübt oder sich als unfähig erweist.

Ändern sich die Umstände, kann der Wirkungskreis des Sachwalters – je nach Bedarf - auch eingeschränkt oder erweitert werden.

Das Gericht hat deshalb in regelmäßigen Abständen zu überprüfen, ob das Wohl des Betroffenen eine Abberufung oder Änderung des Wirkungskreises des Sachwalters erfordert.

5 Sachwalterrechtsänderungsgesetz 2006

5.1 Hintergründe und Ziele

Die steigende Lebenserwartung der letzten Jahrzehnte und die damit verbundene erhöhte Anzahl an älteren Menschen in unserer Gesellschaft sowie die zugenommenen formalrechtlichen Anforderungen im Rechtsverkehr haben zu einer gestiegenen Anzahl an Sachwalterschaften geführt. Damit einher ging die Überlastung der Gerichte mit Verfahren an Sachwalterschaften und stark erhöhte Kosten für diesen Bereich auf der einen Seite, häufig aber auch ein unverhältnismäßiger Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen auf der anderen Seite.

Ziel des Sachwalterrechtsänderungsgesetzes war daher, dieser Entwicklung gegenzusteuern. Sachwalterschaften sollten nur noch dann ausgesprochen werden, wenn sie unumgänglich waren. Dementsprechend sollte das Subsidiaritätsprinzip deutlich ausgeweitet und Alternativen zur Sachwalterschaft²²⁵ geschaffen werden (wie etwa die Vorsorgevollmacht und die gesetzliche Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger).

Zudem sollte der Bereich der Personensorge klarer geregelt werden, um auch in diesem Bereich die Autonomie der Betroffenen zu stärken. Durch die Abkoppelung des Sachwalterrechts vom Kindschaftsrecht und der eigenen Regelung dieses Rechtsbereichs in einem Fünften Hauptstück, sollte auch der Themenbereich der Entscheidung bei medizinischen Behandlungen nun deutlich in einer eigenen Bestimmung formuliert werden und nicht mehr von Verweisungsnormen abhängig sein.

²²⁵ Vgl dazu Kapitel V.

5.2 Entwicklung

Nachdem vom Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie im Auftrag des BMJ eine Studie über die Anlässe einer Sachwalterbestellung erstellt worden war und erste Vorarbeiten eines Arbeitskreises im BMJ geleistet worden waren, begann im Jahr 2005 eine Expertengruppe mit Vertretern aus den verschiedensten Bereichen (zB Sachwaltervereinen, Seniorenverbänden, Patientenanwaltschaften, Behindertenorganisationen, Ärzten, Richtern usw) ein Konzept für eine Novelle des Sachwalterrechts auszuarbeiten, das zur besseren Wahrnehmung von Interessen behinderter und alter Menschen beitragen und deren Autonomie stärken sollte²²⁶.

Die Ergebnisse dieser Arbeiten mündeten schließlich in einem Gesetzesentwurf²²⁷, der unter anderem im Zuge der Richterwoche 2005 erörtert und im Rahmen des allgemeinen Begutachtungsverfahrens diskutiert wurde. Nach Eingehen der Stellungnahmen, die durchaus positiv ausfielen²²⁸, und einer weiteren Überarbeitung, erging am 20.4.2006 die Regierungsvorlage²²⁹ und das Sachwalterrechtsänderungsgesetz wurde letztendlich im Nationalrat am 24.5.2006²³⁰ und am 9.6.2006²³¹ im Bundesrat beschlossen. Es trat schließlich am 1.7.2007 in Kraft.

5.3 Voraussetzungen einer Sachwalterbestellung nach § 268 ABGB

Die neue gesetzliche Bestimmung, die seit dem SWRÄG 2006 die Voraussetzungen für die Bestellung eines Sachwalters regelt, findet sich in § 268

²²⁶ RV 1420 BlgNR 22. GP, 3.

²²⁷ 385/ME 22. GP.

²²⁸ RV 1420 BlgNR 22. GP, 3.

²²⁹ RV 1420 BlgNR 22. GP.

²³⁰ 153. Sitzung des Nationalrates, Parlamentskorrespondenz Nr 515/2006.

²³¹ 647 BNR.

ABGB. Nach Abs 1 leg cit gilt auch weiterhin: ein Sachwalter ist zu bestellen, wenn eine Person, die an einer psychischen Krankheit leidet oder geistig behindert ist (behinderte Person) alle oder einzelne ihrer Angelegenheiten nicht ohne Gefahr eines Nachteils für sich selbst zu besorgen vermag. Seit dem KindRÄG 2001 neu ist dabei, dass die Person volljährig sein muss.

Bedeutende Änderungen gegenüber der bisherigen Rechtslage ergeben sich aber aus § 268 Abs 2 ABGB, durch den das Subsidiaritätsprinzip deutlich gestärkt wurde. Die Bestellung eines Sachwalters ist demnach unzulässig, wenn ein anderer gesetzlicher Vertreter oder andere Hilfe greift, wobei diese ausgeweitet wurde. Im Gesetz ist davon die Rede, dass Angelegenheiten im Rahmen der „anderen Hilfe“ von Familie, Pflegeeinrichtungen, Einrichtungen der Behindertenhilfe oder im Rahmen sozialer oder psychosozialer Dienste im erforderlichen Ausmaß erledigt werden können. Desweiteren führt eine Vorsorgevollmacht oder eine verbindliche Patientenverfügung dazu, dass eine Sachwalterbestellung, sofern keine weiteren Gebiete abzudecken sind, unzulässig ist.

5.4 Wirkungskreis des Sachwalters

§ 268 Abs 3 ABGB regelt nun den Wirkungskreis des Sachwalters. Dazu ist festzuhalten, dass sich rein inhaltlich nichts im Vergleich zur bisherigen Rechtslage verändert hat: ein Sachwalter kann nach wie vor für einzelne, einen Kreis oder alle Angelegenheiten der Personen- und/oder Vermögenssorge bestellt werden, sofern dies je nach Ausmaß der Behinderung sowie Art und Umfang der zu besorgenden Angelegenheiten notwendig ist. Erneuert wurde durch das SWRÄG 2006 allerdings, dass der Ausspruch einer Sachwalterbestellung für alle Angelegenheiten nur erfolgen darf, „soweit dies unvermeidlich ist“.

5.5 Rechte des Betroffenen

Durch die neu geschaffene Bestimmung des § 281 ABGB wurde die bisherige Regelung des § 273 a Abs 3 ABGB überarbeitet. Das bereits vorhandene Recht der behinderten Person auf Verständigung und Äußerung wurde durch § 281 Abs 1 ABGB ergänzt. Durch die sog **„Wunschermittlungspflicht“** wird der Sachwalter in erheblich weiterem Umfang dazu verpflichtet, die Selbstbestimmungsrechte des Betroffenen zu wahren; er ist nun dazu verpflichtet, *„danach zu trachten, dass die behinderte Person ihre Lebensverhältnisse im Rahmen ihrer Fähigkeiten und Möglichkeiten nach ihren Wünschen und Vorstellungen gestalten kann“*.

5.6 Auswahl bei der Person des Sachwalters

Auch bei der Auswahl des Sachwalters haben sich Änderungen durch das SWRÄG ergeben. Der Kreis der Personen, die als Sachwalter in Frage kommen, wurde deutlicher abgesteckt.

Dabei ist auch nach geltender Rechtslage weiterhin auf die Art der zu besorgenden Angelegenheiten und die Bedürfnisse des Betroffenen Bedacht zu nehmen; ergänzend dazu sieht § 279 Abs 1 ABGB nun aber vor, dass *„der Sachwalter nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis oder einer anderen engen Beziehung zu einer Krankenanstalt, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung steht, in der sich die behinderte Person aufhält oder von der sie betreut wird“*. Dadurch soll sichergestellt werden, dass es nicht zu Interessenskonflikten kommt. Auch im Rahmen des § 279 ist festgelegt, dass diesbezügliche Wünsche der behinderten Person und auch ihrer Angehöriger, die dem Wohl des Betroffenen entsprechen, zu berücksichtigen sind.

Auch § 279 Abs 2 ABGB sieht gleich wie seine Vorgängerbestimmung vor, dass vorrangig eine geeignete, nahestehende Person als Sachwalter zu bestellen ist. Lediglich, wenn eine solche nicht verfügbar ist, kann nun auch der Sachwalterverein bestellt werden. Damit fiel die Bedingung, dass nur physische Personen als Sachwalter in Frage kommen. Bei mangelnder Verfügbarkeit eines Vereins oder wenn besondere Rechtskenntnisse gefordert sind, ist ein Rechtsanwalt oder Notar zu bestellen (§ 279 Abs 3 und Abs 4 ABGB).

Desweiteren wurde in § 279 Abs 5 eine Begrenzung hinsichtlich der Anzahl an möglichen Sachwalterübernahmen vorgenommen. Im Grunde genommen dürfen nicht mehr als fünf Sachwalterschaften übernommen werden; für Rechtsanwälte und Notare und die Sachwaltervereine bestehen diesbezüglich Ausnahmen.

5.7 Personensorge

Hinsichtlich der Änderungen, die sich im Zuge des SWRÄG 2006 im Bereich Personensorge bei der Einwilligung zu medizinischen Behandlungen für behinderte Personen ergeben haben, wird auf Kapitel IV, 4 verwiesen.

III EINSICHTS- UND URTEILSFÄHIGKEIT – DIE BEDEUTENDE FÄHIGKEIT ZUR EINWILLIGUNG

1 Einleitung

Die Einsichts- und Urteilsfähigkeit stellt heute das ausschlaggebende Kriterium dafür dar, ob ein psychisch kranker oder geistig behinderter Patient eine Behandlungsentscheidung selbst treffen kann oder ob der Sachwalter an seiner Stelle die Entscheidung zu treffen hat. Die Bedeutung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit hat sich dabei vor allem im Zuge der Forderung durchgesetzt, nicht geschäftsfähigen Personen im persönlichen Bereich soweit als möglich ihre Selbstbestimmung zu belassen. Im nachfolgenden Kapitel sollen nun die Entwicklungen dazu gezeigt werden.

Den Ausführungen zur Einsichts- und Urteilsfähigkeit voranzustellen ist im Rahmen dieses Kapitels ein Abschnitt, der sich mit der Einwilligung und deren Entwicklung als notwendige Voraussetzung jeder medizinischen Behandlung auseinandergesetzt. Denn dass die Einwilligung unverzichtbare Voraussetzung einer medizinischen Behandlung ist, wird bereits vorausgesetzt, wenn man sich mit der Einsichts- und Urteilsfähigkeit als entscheidende Fähigkeit zur Einwilligung beschäftigt. Dass dies allerdings nicht immer so klar war, wird im folgenden Teil gezeigt.

2 Die Einwilligung als Voraussetzung jeder medizinischen Behandlung

2.1 Entwicklung

2.1.1 Allgemeines

Heute ist ganz klar: Um eine medizinische Behandlung rechtmäßig durchzuführen, ist die Einwilligung des Patienten erforderlich. Die Einwilligung in die Heilbehandlung wird aus den Persönlichkeitsrechten des Menschen (§ 16 ABGB) abgeleitet, zu denen auch die Freiheit der Willensbildung und das Selbstbestimmungsrecht zählen. Der Patient soll frei entscheiden können, ob er einem medizinischen Eingriff zustimmt oder nicht²³². Die Einwilligung als höchstpersönliches Recht ist Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts und dient der rechtlichen Legitimation der Behandlung als Eingriff in die körperlich-seelische Integrität eines Menschen²³³.

Im Sinne des „**informed consent**“ hat vor Abgabe der Einwilligung eine entsprechende Aufklärung zu erfolgen²³⁴. Wird die ärztliche Aufklärungspflicht verletzt, dh die Aufklärung nicht oder unzureichend vorgenommen, ist die Einwilligung des Patienten fehlerhaft und somit nicht rechtswirksam und dem Arzt drohen sowohl zivil- als auch strafrechtliche Sanktionen²³⁵.

²³² Etwa *Kopetzki*, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte antizipierter Patientenverfügungen, in *Kopetzki* (Hrsg), Antizipierte Patientenverfügungen (2000) 38 f.

²³³ *Pircher*, Das Verhältnis der Einwilligung zum Behandlungsvertrag, RdM 1999, 172; *Aigner/Schwamberger*, Einholung der Einwilligung in der Kinder- und Jugendlichenpsychotherapie – Informationen des BMGF, RdM 2004, 146.

²³⁴ *Steiner*, Die ärztliche Aufklärungspflicht nach österreichischem Recht, JBl 1982, 169; *Harrer* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB VII² (1997) § 1300 Rz 33 uva.

²³⁵ Dazu OGH 23.1.1986, 6 Ob 683/84, EvBl 1987/31 = SZ 59/18 = KRSIlg 699; OGH 4.7.1991, 6 Ob 558/91, JBl 1992, 520 = EvBl 1993/3 = AnwBl 1992, 429 = RZ 1993/51 = RdW 1992, 8 = VersR 1992, 1498; OGH 30.1.1996, 4 Ob 505/96, RdM 1996, 148; OGH 3.9.1996, 10 Ob 2350/96 b, SZ 69/199 = RdM 1997, 22.

Diese Grundsätze haben bei jedem Patienten Gültigkeit, unabhängig davon, ob er einsichts- und urteilsfähig ist oder nicht. Der Unterschied liegt aber darin, dass ein Patient, dem es an der Einsichts- und Urteilsfähigkeit mangelt, nicht selbst einwilligen kann, sondern der gesetzliche Vertreter in diesem Fall die Einwilligung zu erteilen hat und demzufolge auch er vom Arzt aufzuklären ist²³⁶.

Im Rahmen dieses Abschnitts wird die Frage behandelt, wie sich die heute klare Rechtslage entwickelt hat bzw inwiefern Einwilligung und Aufklärung des Patienten auch in früheren Zeiten bei der Vornahme einer medizinischen Behandlung von Bedeutung waren.

2.1.2 Randrolle der Einwilligung

Im Grunde war den Ärzten seit jeher klar, dass ein Patient nicht zur Behandlung gezwungen werden kann und für diese grundsätzlich seine Zustimmung notwendig ist.

Dafür finden sich auch folgende Nachweise. Der Chirurg *Bernhard von Langenbeck* etwa erklärte 1888: *„Um eine Operation zulässig zu machen, bedarf es des Entschlusses des Operateurs, sie zu unternehmen, und des freien Entschlusses des Kranken, sie zu erdulden. Ein Kranker, der sich im Vollbesitz seines Bewusstseins und seiner Vernunft befindet, darf zu einer Operation nicht gezwungen werden. Über die Operation bei einem Kinde entscheiden die Eltern desselben. Der Erwachsene muss sich aber selber dazu entschließen durch volle Freiheit des Willens“*²³⁷. Auch der Münchner Chirurg *Othmar Angerer* sagte 1899: *„Wir halten jede eigenmächtige Behandlung eines Kranken für einen Eingriff in*

²³⁶ Vgl dazu die Ausführungen in Kapitel IV 5.3

²³⁷ *Langenbeck*, Vorlesungen über Akirurgie mit Benutzung hinterlassener Manuskripte (1888) 1 ff.

*dessen persönliche Freiheit; auch dem Kranken muss das Recht, über seinen Körper, über sein Wohl und Weh entscheiden zu können, gewahrt bleiben*²³⁸.

Dass sich die Realität in der Ordination des Arztes, vor allem aber im Krankenhaus oft anders dargestellt hat, mag insbesondere damit zusammenhängen, dass damals ein anderes Verständnis von Einwilligung bzw wie diese erreicht wurde, zugrunde lag. So wurde diese großteils als Formsache betrachtet und bereits angenommen, wenn eine direkte Weigerung des Patienten fehlte. Die Einwilligung dieser Zeit ist auch noch völlig unabhängig von einer Verpflichtung zur Aufklärung zu sehen – ganz im Gegenteil: Ein häufiger Rat der damaligen Zeit lautete, dass man den Kranken mit dem Vorschlag zu einer Operation überrumpeln solle, dh vor ihm sollte der Tag und die Stunde des Eingriffs geheim gehalten werden, um ihn nicht in Angst und Schrecken zu versetzen²³⁹. Ein weiterer Rat lautete, man solle den definitiven Entschluss erst dann herbeizuführen suchen, wenn bereits alle Vorbereitungen zur Operation getroffen sind bzw den wahren Sachverhalt vor ihm verbergen. Dabei waren auch direkte Täuschungen erlaubt: *„Handelt es sich um eine gefahrlose Operation, welche sich leicht und schnell ausführen lässt, wie zB die einer Mastdarmfistel, so operirt man ängstliche Kranke ohne ihr Wissen, unter dem Vorwand einer genauen Untersuchung*“²⁴⁰. Dies war hauptsächlich vor Einführung der Anästhesie üblich, was sich gewissermaßen auch nachvollziehen lässt. Vor allem in Krankenhäusern und Polikliniken – wo hauptsächlich Patienten aus der armen Unterschicht behandelt wurden – war diese Vorgehensweise üblich, aber auch in der Privatpraxis ging der Arzt oft davon aus, dass dem Kranken eine eigenverantwortliche Entscheidung weder möglich noch zumutbar sei²⁴¹.

Diese Situation ist vor allem im Zusammenhang mit dem paternalistisch geprägten Verhältnis zwischen Arzt und Patienten zu sehen. Das ärztliche Handeln war vom Grundsatz „salus aegroti suprema lex esto“ („das Wohl des

²³⁸ Angerer, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes, in Münchener Medicinische Wochenschrift, XLVI. Jahrgang, 1. Hälfte (Januar-Juni) (1899) 353.

²³⁹ Bardeleben, Lehrbuch der Chirurgie und Operationslehre mit freier Benutzung von Vidal's Traité de pathologie externe et de médecine opératoire I (1870) 33.

²⁴⁰ Bardeleben, Lehrbuch der Chirurgie, 33f; vgl Wolff, Ueber den Umgang mit Patienten, in Die Heilkunde I (1896) 110.

²⁴¹ Kappel, Zivilrechtliche Haftung des Arztes im 20. Jahrhundert, 72 f.

Kranken sei oberstes Gesetz“) geleitet. Demzufolge konnten zur Verwirklichung des Patientenwohls die Einwilligung und die Aufklärung als marginale Größen vernachlässigt werden, da der Arzt durch die Realisierung seiner eigenen Vorstellungen das Möglichste für das Wohl des Kranken tat²⁴². Er nahm für sich in Anspruch, dass die Entscheidung über das Wohl des Patienten weitgehend in seiner Hand lag. Insbesondere oblag ihm die Entscheidung, was und vor allem wie viel der Patient an Information über seine Krankheit und die notwendige Behandlung erfahren durfte.

Diese Unterordnung des Patienten gegenüber seinem Arzt wurde auch von der Allgemeinheit akzeptiert. Dies mag damit zusammenhängen, dass die Arzt-Patienten-Beziehung juristisch nicht immer als die Vertragsbeziehung gesehen wurde, die sie seit jeher war. Dem folgend waren auch Juristen, die sich damit auseinandersetzten, die Ausnahme²⁴³, wenn man sich auch im Wesentlichen darüber einig war, dass insbesondere operative Eingriffe der Einwilligung des zu Operierenden bedurften²⁴⁴. Der Ruf nach dem Richter war entsprechend gering. Eine juristische Verfolgung kam praktisch nicht vor, wenn sich auch die zivilrechtlichen Regelungen von damals nicht wesentlich von den heutigen unterschieden. Bereits in der Urfassung des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches aus dem Jahre 1811 finden sich die maßgeblichen Rechtsgrundlagen für die Einwilligung und Aufklärung. Nach Rsp und Lehre sind nämlich die gängigen Prinzipien dafür maßgeblich aus den Persönlichkeitsrechten und dem Vertrags- und Schadenersatzrecht abzuleiten, wofür sich bereits im ABGB 1811 entsprechende Normen finden.

Auch wenn sich zivilrechtlich gesehen die Rechtslage von 1811 nicht wesentlich von der heutigen unterscheidet, wurde ein- und derselbe Normtext offenbar zu unterschiedlichen Zeiten unterschiedlich verstanden. Dies, da neben Gesetzestexten auch anderen Aspekten wie Vorverständnissen,

²⁴² Kappel, Zivilrechtliche Haftung des Arztes im 20. Jahrhundert, 72 f.

²⁴³ Vgl zB Stooß, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung (1898) 1 ff.

²⁴⁴ Vgl dazu Elkeles, Die schweigsame Welt von Arzt und Patient. Einwilligung und Aufklärung in der Arzt-Patient-Beziehung des 19. und frühen 20. Jahrhunderts, in Jütte (Hrsg), Medizin, Gesellschaft und Geschichte. Jahrbuch des Instituts für Geschichte der Medizin der Robert Bosch Stiftung VIII (1989) 65.

Deutungskontroversen, rechtlichen Umfeldbedingungen oder Durchsetzungsmechanismen wesentliche Bedeutung zukommt²⁴⁵.

Das bedeutet aber nicht, dass sich Ärzte zur damaligen Zeit im rechtsfreien Raum bewegt haben – sie sahen sich im höchsten Maße den Standesregeln, insbesondere dem Hippokratischen Eid, verpflichtet. Das ärztliche Berufsethos war zweifellos über Jahrhunderte hinweg die Institution, die die ärztliche Kompetenz im umfassenden Sinn sichergestellt und dem Patienten das Vertrauen erlaubt hat, dass der Arzt nach den Regeln des Berufs und nur nach diesen handelt²⁴⁶.

2.1.3 Einwilligung wird zum juristischen Thema

Der Wendepunkt in der juristischen Entwicklung ging mit den Fortschritten im Bereich der Medizin - vor allem im Bereich der Anästhesie einher. Durch die Entwicklungen auf dem Gebiet der Antisepsis und Asepsis und vor allem der Narkose war die Medizin überhaupt erst praktisch in der Lage, Eingriffe ohne oder gegen den Willen des Patienten vorzunehmen, weshalb sich auch die neuen juristischen Fragen zur Einwilligung auftaten. Ärztliche Eigenmacht wurde – selbst in ihrer engeren, auf fehlende oder verweigerte Einwilligung beschränkten Bedeutung erst zum juristischen Problem, nachdem es durch die Narkose möglich geworden war, zwischen Einwilligung und Eingriff eine Zäsur zu legen, womit der Patient in die Lage versetzt war, in aller Ruhe seine Einwilligung zu antizipieren.

So begann sich um die Jahrhundertwende die juristische Diskussion um das eigenmächtige Handeln der Ärzte zu beleben. In einem Beitrag von Stooß in den Juristischen Blättern von 1898 etwa geht es um die strafrechtliche Verantwortung des Arztes: ... *„Unter den menschlichen Gütern, die der Staat durch das Strafgesetz schützt, nehme die Gesundheit des Menschen eine hervorragende Stellung ein. In vielen Fällen erleide jedoch die staatliche*

²⁴⁵ Kopetzki, Patientenrechte in Österreich – Entwicklungen und Fehlentwicklungen, in Kern/Kopetzki (Hrsg), Patientenrechte und ihre Handhabung (2006) 14.

²⁴⁶ Kappel, Zivilrechtliche Haftung des Arztes im 20. Jahrhundert, 19.

Strafpflicht eine wichtige Ausnahme, wenn nämlich der Staat die körperliche Verletzung gebietet, erlaubt oder duldet. Der Soldat zum Beispiel, der im Kriege einen Feind tötet oder schwer verletzt; der Angegriffene, der in der Notwehr seinen Angreifer verletzt; wenn im Notstand jemand einen anderen verletzt, wenn er nur dadurch sein Leben retten kann, begehe keine strafrechtlich zu ahnende Handlung. Auch die ärztlichen Handlungen, namentlich die chirurgischen Operationen, seien von diesem Gesichtspunkte aus zu beurteilen“²⁴⁷.

Stooß betont zwar in seinem Beitrag mehrmals, dass die Einwilligung des Patienten erforderlich ist, um die strafrechtliche Verantwortung auszuschließen, allerdings entsteht beim Lesen der Zeilen der Eindruck, dass ärztliche Eingriffe insgesamt gerechtfertigt waren, weil sie das hohe Gut der Gesundheit zu erhalten versuchten²⁴⁸. Dass chirurgische Eingriffe besonders erwähnt werden, mag daran liegen, dass eine Behandlung mit Medikamenten zu dieser Zeit wenig Erfolgsaussichten hatte; es könnte aber auch daran liegen, dass man der Meinung war, eine Aufklärung bei der Verabreichung von Medikamenten sei entbehrlich²⁴⁹.

In den 1930er Jahren beschäftigt sich auch Wolff²⁵⁰ in seinem Kommentar zum § 1294 ABGB ausführlich mit dem Thema der Einwilligung. Im Wesentlichen unterscheidet er zwischen drei Kategorien: die Einwilligung bei notwendigen, bei nützlichen und bei kosmetischen Eingriffen. Unter einer notwendigen Behandlung ist nicht unbedingt die Rettung des Lebens des Patienten zu verstehen. Vielmehr sieht er die Einwilligung quasi als entbehrlich, wenn der Eingriff „schwerere Schädigungen verhütet, als im Eingriff selbst liegen. Dies auch dann, wenn die Schädigung durch den Eingriff wenigstens nicht größer ist, als der zu verhütende Schaden“²⁵¹. Durch diese Argumentation war fast in allen Fällen eine Möglichkeit gegeben, warum die Einwilligung des Patienten unterbleiben konnte – eine recht ärztefreundliche Lösung also. Bei nützlichen Eingriffen – darunter verstand man

²⁴⁷ Stooß, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung (1898) 113.

²⁴⁸ Kappel, Zivilrechtliche Haftung des Arztes im 20. Jahrhundert, 82.

²⁴⁹ Vgl dazu OGH 12.7.1990, 7 Ob 593/90, JBl 1991, 316 = VersR 1991, 683 (Der OGH stellt hier erstmals fest, dass die Aufklärungspflicht nicht nur bei operativen Eingriffen, sondern auch bei medikamentösen Heilbehandlungen gilt) = KRSI 739 = JAP 1990/91, 232 (Anm Bernat) = EFSI 63.238 = ecolex 1993, 659 = ÖÄZ 1990, Heft 23, 34 = MedR 1991, 40 = ÖÄZ 1992, Heft 5, 37 (Anm Kux).

²⁵⁰ Wolff in Klang (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch IV (1932) 29 ff.

²⁵¹ Wolff in Klang, Kommentar zum ABGB IV, 29.

Eingriffe, die eine Heilung nur beschleunigen – und bei kosmetischen Eingriffen war eindeutig die Einwilligung des Patienten bzw des gesetzlichen Vertreters gefordert²⁵². Es ist davon auszugehen, dass die letzten beiden Gruppen nicht unbedingt die Regelfälle von medizinischen Eingriffen darstellten.

Auch *Ehrenzweig*²⁵³, der in seinem Werk zum Schadenersatzrecht im Rahmen der Arzthaftung zwischen der Schädigung durch Kunstfehler und ohne Kunstfehler unterscheidet, unterteilt bei letzteren in Behandlungen mit, ohne oder gegen die Einwilligung des Patienten und macht sich lediglich Gedanken darüber, unter welchen rechtlichen Normen die fehlende Einwilligung subsumiert werden kann.

Durch die StG-Novelle 1937, BGBl 1937/202, wurde mit § 499 a StG der Straftatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung eingeführt und damit die Pönalisierung einer ohne oder gegen den Willen des Patienten vorgenommenen Behandlung verwirklicht. Nach § 499 a StG war grundsätzlich zu bestrafen, „*wer einen anderen ohne dessen Einwilligung zu Heilzwecken behandelt ...*“²⁵⁴.

Zumindest legislatisch gesehen war damit der erste Schritt in Richtung Selbstbestimmung getan. Dass aber der ärztliche Handlungsspielraum nicht wesentlich eingeschränkt wurde, zeigt sich vor allem daran, dass es lediglich in sehr vereinzelt Fällen zu einer strafrechtlichen Verantwortung der Ärzte wegen mangelnder Einwilligung kam. Das heißt nicht, dass das Delikt nicht verwirklicht wurde, es wurde nur nicht verfolgt.

²⁵² Wolff in *Klang*, Kommentar zum ABGB IV, 29 ff.

²⁵³ *Ehrenzweig*, Die Schuldhaftung im Schadenersatzrecht (1936) 264 ff.

²⁵⁴ § 499 a StG wurde – nach zahlreichen gescheiterten Entwürfen für ein neues Strafgesetz – erst durch § 110 StGB, der mit dem StGB 1974 am 1.1. 1975 in Kraft trat, reformiert. Nach § 110 StGB ist zu bestrafen, (1) „*wer einen anderen ohne dessen Einwilligung, wenn auch nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft, behandelt ...*“ (2) *Hat der Täter die Einwilligung des Behandelten in der Annahme nicht eingeholt, dass durch den Aufschub der Behandlung das Leben oder die Gesundheit des Behandelten ernstlich gefährdet wäre, so ist er nach Abs 1 nur zu bestrafen, wenn die vermeintliche Gefahr nicht bestanden hat oder er sich dessen bei Aufwendung der nötigen Sorgfalt (§ 6) hatte bewusst sein können ...*“. § 110 StGB stellte nun nicht mehr auf eine „Behandlung zu Heilzwecken“ ab, wie dies § 499 a StG noch vorsah, sondern erfasste jede Behandlung, die nach ihrer Zielrichtung einer nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft durchgeführten Behandlung, also im Wesentlichen einer Behandlung zu diagnostischen, therapeutischen, prophylaktischen oder schmerzlindernden Zwecken entsprach.

Die Zurückhaltung bei Prozessen gegen Ärzte bezog sich nicht nur auf § 499 a StG. Es fällt auf, dass in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts höchstgerichtliche Entscheidungen und überhaupt Prozesse gegen Ärzte im Bereich des Medizinrechts rar sind.

Der Paternalismus prägte noch immer entscheidend das Verhältnis zwischen Arzt und Patient. Der Patient stellte ärztliche Anordnungen nicht in Frage, vielmehr brachte er seinem Arzt uneingeschränktes Vertrauen entgegen. In dieser Tradition war auch die Einwilligung noch unabhängig von der Aufklärung zu sehen. Der Arzt allein wusste, was zu tun ist und war auch nicht dazu bereit, seinen Patienten in den Entscheidungsprozess miteinzubinden. Als Ausfluss des Paternalismus wurde Aufklärung als negative Beeinflussung des therapeutischen Erfolges und als Untergrabung der ärztlichen Autorität gesehen²⁵⁵.

Diese Einstellung kommt auch klar in einem Urteil des OGH aus dem Jahre 1937 zum Ausdruck. Der OGH spricht hinsichtlich eines medizinisch indizierten Eingriffs aus: *„Eine Belehrung des Patienten vor der Operation über die Art des Leidens durch den behandelnden Arzt wird regelmäßig als entbehrlich angesehen werden können“*²⁵⁶. Wenn der OGH auch grundsätzlich eine Aufklärungspflicht für den behandelnden Arzt annimmt, weist er deutlich darauf hin, dass „von einer Belehrung“ in vollem Umfang im Einzelfall abgesehen werden kann, wenn seiner Meinung nach der Heilungserfolg dadurch gefährdet werden kann. Dabei spiegelt nicht nur die Diktion „Belehrung“ die paternalistische Beziehung zwischen Arzt und Patient deutlich wider, sondern die paternalistische Haltung des Arztes seinem Patienten gegenüber wird vom OGH auch in seiner Begründung aufgegriffen: *„In den meisten Fällen fehlt es ja auch dem Patienten an der erforderlichen Kenntnis, um ihn belehren zu können, so dass der Arzt, der ihn über den Umfang der Operation aufklärte, damit sich begnügen kann, wenn sich der Patient ihm anvertraute“*²⁵⁷. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass eine Einwilligung des Patienten zu allfälligen Operationen bzw. Behandlungen schon darin zu erblicken ist, dass er sich ins Krankenhaus bzw. zum Arzt in die geplante Behandlung begibt.

²⁵⁵ Liek, Die Welt des Arztes. Aus 30 Jahren Praxis (1933) 174.

²⁵⁶ OGH 31.3.1937, 1 Ob 325/37, JBI 1937, 344.

²⁵⁷ OGH 31.3.1937, 1 Ob 325/37, JBI 1937, 344.

Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten wird damit in der Praxis praktisch ignoriert.

Erst nach dem 2. Weltkrieg gerät der Paternalismus ins Wanken. Das blinde Vertrauen des Patienten auf die wohltuende Autorität des Arztes wird zunehmend in Frage gestellt. Das Recht auf Selbstbestimmung wird zu einem zentralen normativen Prinzip. Anstelle der von Vormundschaft geprägten Beziehung zwischen Arzt und Patienten tritt die Forderung nach mehr Partnerschaft²⁵⁸.

Vom Recht wird langsam erwartet, dass es Regelungen trifft. Auch der rechtliche Hintergrund in Beziehung zum Kranken wird thematisiert. Es ist die Zeit, in der Patientenrechte im heutigen Sinn²⁵⁹ zu einem zentralen Thema medizinrechtlicher und gesundheitspolitischer Diskussion werden.

2.1.4 Einwilligung und Aufklärung im Zusammenhang

Dieser Wandel im öffentlichen Wertebewusstsein manifestierte sich auch im Bereich der Einwilligungsproblematik – das Prinzip des informed consent begann sich zu entwickeln. Aufklärung wird zu einem zentralen Thema für eine gültige Einwilligung.

Auch dabei ist zu sehen, dass die Medizin dieser Zeit sich bereits wieder in einer fortgeschritteneren Entwicklungsstufe befand: das Erfahrungsmaterial wurde größer, Risiken wurden bereits besser beherrscht usw. Dies erforderte auch verfeinerte Wirksamkeitsvoraussetzungen an die Einwilligung. Die

²⁵⁸ Siehe zum Wandel des Arzt-Patienten-Verhältnisses Kapitel I 3 3.3.

²⁵⁹ Der Sache nach sind Patientenrechte aber bereits wesentlich älter als ihr Name. Seit jeher haben sie im Grunde umfasst, was heute zu ihrem Kernbestand gezählt wird: Schutz der körperlichen Integrität, Selbstbestimmung, Aufklärung und Einwilligung. Gängige Prinzipien über Einwilligung und Aufklärung etwa lassen sich bereits in maßgeblichen Normen zu den Persönlichkeitsrechten, Schadenersatz- und Vertragsrecht der Bestimmungen aus dem ABGB 1811 finden, dazu *Kopetzki in Kern/Kopetzki, Patientenrechte und ihre Handhabung*, 13 f.

Aufklärungspflicht ist dabei als Spätprodukt, als juristische Parallele zu einem medizinisch-technischen Höchststand der Entwicklung zu sehen.

Dies ist auch die Zeit der ersten Aufklärungsurteile mit heutigem Zeitgeist und einer deutlichen Wende in der Aufklärungsjudikatur²⁶⁰. Insbesondere in der Entscheidung des OGH des Jahres 1964 zeigt sich, dass eine hinreichende Aufklärung des Patienten als Voraussetzung für die Einwilligung angesehen wird. Der OGH spricht aus: „*Ein operativer Eingriff darf grundsätzlich nur dann vorgenommen werden, wenn der Patient ausdrücklich oder stillschweigend durch schlüssiges Verhalten seine Zustimmung erteilt; das ergibt sich für das österreichische Recht schon aus § 499 a StG, der die eigenmächtige Heilbehandlung unter Strafsanktion stellt. In Fällen, in denen eine Operation mit ernststen Gefahren für die Gesundheit des Patienten verbunden ist, ist für die Annahme der wirksamen Einwilligung des Patienten zur Vornahme der Operation grundsätzlich auch die hinreichende Belehrung des Patienten durch den Arzt über die Tragweite der Behandlungsart zu fordern*“²⁶¹.

Damit ist Aufklärung nun kein Randthema mehr, das in die alleinige Entscheidungskompetenz der Ärzte fällt, sondern ein zu beachtendes juristisches Thema geworden. Diese Entscheidung 1964 gab den Anstoß für eine Judikatur, die immer stärker den Patienten in den Mittelpunkt rückt und klar gegen „Allmachtsentscheidungen“ des Arztes auftritt. Die Anforderungen an den Arzt werden gehoben, die Rechte des Patienten gestärkt. Durch die steigende Anzahl von Prozessen werden die Auswirkungen der gesunkenen Autoritätsgläubigkeit auch nach und nach spürbar.

Mitte der 60er Jahre beginnt auch die Lehre, sich mit der Aufklärungspflicht auseinanderzusetzen²⁶². Gschnitzer beschreibt die Aufklärung schon wortwörtlich als Selbstbestimmungsaufklärung und deren Voraussetzung für eine gültige Einwilligung in den medizinischen Eingriff.

²⁶⁰ Ausführlich dazu Kappel, Zivilrechtliche Haftung des Arztes im 20. Jahrhundert, 85 ff.

²⁶¹ OGH 15.12.1964, 8 Ob 342/64, EvBl 1965/217.

²⁶² Vgl hierzu Fleisch, ÖJZ 1965, 421 ff; vgl Gschnitzer, Die zivilrechtliche Haftung des Arztes, ÖÄZ 1965, Heft 22, 2149 = in Barta/Kohlegger/Stadlmayer (Hrsg) Franz Gschnitzer Lesebuch – anlässlich des 25. Todestages von Franz Gschnitzer am 19. Juli 1993 (1993) 587 = verkürzte Wiedergabe in Das Recht der Arbeit 1965, 298 = ÖJZ 1966, 91.

Dass bis zu dieser Entwicklung über ein Jahrhundert verging, ist auf viele Faktoren zurückzuführen: zum einen hat sich das Verhältnis in der Beziehung zwischen Arzt und Patienten wesentlich verändert, aber auch die Medizin einen bedeutsamen Wandel erlebt, zum anderen hat sicherlich auch die Entwicklung der Grundrechte und die schrittweise Etablierung rechtsstaatlicher Strukturen seit dem Jahre 1867 das Ihre dazu beigetragen, dass sich im Laufe der Zeit eine stärkere Sensibilisierung für Individualrechte entwickelt hat²⁶³.

2.2 Voraussetzungen einer rechtswirksamen Einwilligung

Nachdem klar ist, dass für eine rechtmäßige Behandlung die Einwilligung des Patienten notwendig ist, gilt zu klären, welche Voraussetzungen für diese bestehen.

Im folgenden Teil wird - den Ausführungen *Barths*²⁶⁴ folgend – die Einteilung der Voraussetzungen danach vorgenommen, ob sich diese auf die Kundgabe der Einwilligung, auf den Inhalt der Einwilligung oder auf die Person, die die Einwilligung erteilt, beziehen.

2.2.1 Voraussetzungen, die sich auf die Kundgabe der Einwilligung beziehen

Für die Wirksamkeit der Einwilligung verlangt die Lehre ein **bewusstes Einverständnis**. Ein bloßes Geschehenlassen bzw die insgeheime Billigung

²⁶³ Kopetzki in Kern/Kopetzki, Patientenrechte und ihre Handhabung, 14.

²⁶⁴ Barth, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, Diss 1999, 35 ff.

der Rechtsgutbeeinträchtigung ist nicht ausreichend²⁶⁵. Vielmehr muss die Einwilligung nach außen hin erkennbar sein, also **erklärt** werden²⁶⁶.

Dabei muss - abgesehen von Sonderbestimmungen²⁶⁷ keine bestimmte **Form** (etwa Schriftlichkeit oder Anwesenheit von Zeugen) der Einwilligung eingehalten werden²⁶⁸. Die Praxis verwendet allerdings aus Beweisgründen häufig formularmäßige Einwilligungserklärungen²⁶⁹. Die Einwilligung kann **ausdrücklich** oder **konkudent** erfolgen. Dabei dürfen die Umstände keinen Zweifel daran übrig lassen, dass das zu prüfende Verhalten des Patienten in dieser Richtung zu verstehen ist (§ 863 ABGB).

Eine konkludente Einwilligung kann etwa vorliegen, wenn sich ein Patient nach entsprechender ärztlicher Aufklärung in Behandlung begibt; diese Annahme ist allerdings restriktiv zu handhaben und kann etwa als Einwilligung in bestimmte indizierte diagnostische und therapeutische Routinemaßnahmen gedeutet werden, sicherlich aber nicht als „Blankoeinwilligung in sämtliche denkbare Behandlungen“²⁷⁰. Auch schwerwiegende Eingriffe wie sie etwa bei Operationen, uU aber auch bei gefährlichen Diagnose-, Begleit- oder

²⁶⁵ Sog „Willensrichtungstheorie“, die noch von *Nowakowski*, Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen (1955) 63 bzw *Rittler*, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts I² (1962) 151, vertreten wurde. Danach reichte es, wenn der Rechtsgutsträger die Rechtsbeeinträchtigung nur insgeheim billigte, also einen rein gedanklichen Dispositionsakt setzte.

²⁶⁶ Vgl für das Zivilrecht *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I³, 113; *Deutsch*, Medizinrecht³ (1997) Rz 105; *Resch*, Die Einwilligung des Geschädigten (1997) 134 f; *Rouka*, Das Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen bei ärztlichen Eingriffen (1996) 93 f; *Winkler-Wilfurth*, Betreuung und Heilbehandlung (1992) 48; *Lencker*, Einwilligung, in *Eser et al* (Hrsg), Lexikon Medizin-Ethik-Recht (1989) 274; *Kohte*, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 185 (1985) 121 f; *Edlbacher*, Körperliche, besonders ärztliche Eingriffe an Minderjährigen aus zivilrechtlicher Sicht, ÖJZ 1982, 370 f; *Deutsch*, Haftungsrecht I (1976) 226; *Zitelmann*, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, AcP 99 (1906) 102 f; vgl für das Strafrecht *Fuchs*, Strafrecht, AT I², 129 f; *Kienapfel*, Strafrecht, BT I² § 90 Rz 18; *Triffterer*, Strafrecht, AT², 241 f; *Burgstaller* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg) Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch (1982) § 90 Rz 30; *Zipf*, Die Bedeutung und Behandlung der Einwilligung im Strafrecht, ÖJZ 1977, 381; aA *Göbel*, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts (1992) 135 ff.

²⁶⁷ Vgl etwa diesbezügliche Bestimmungen des § 36 Abs 1 UbG, § 39 AMG, § 65 GTG, § 50 MPG; § 8 Abs 1 FMedG.

²⁶⁸ *Kletecka* in *Aigner et al*, Handbuch Medizinrecht I/147; *Resch*, Einwilligung, 135; *Deutsch*, Medizinrecht, Rz 106; *Rouka*, Selbstbestimmungsrecht, 93 f; *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts (1991) 368; *Lencker* in *Eser et al*, Medizin-Ethik-Recht, 274 f; *Rieger*, Lexikon des Arztrechts (1984) Rz 810; *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 371; *Burgstaller* in *Höpfel/Ratz*, WK, § 90 Rz 30; *Zipf*, ÖJZ 1977, 381; *Deutsch*, Haftungsrecht, 226; *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt (1974) 165.

²⁶⁹ *Resch*, Einwilligung, 137 f; *Deutsch*, Medizinrecht, Rz 142 ff; *Rouka*, Selbstbestimmungsrecht, 94; *Laufs/Uhlenbruck*, Arztrecht, 368 f; *Kohte*, Einwilligung, 128; *Rieger*, Arztrecht, Rz 810.

²⁷⁰ Vgl *Willinger*, Aufklärungspflicht, 176.

Nachbehandlungsmaßnahmen vorkommen können, bedürfen einer zusätzlichen, in aller Regel ausdrücklichen Einwilligung des Patienten²⁷¹.

Für die Einwilligungserklärung maßgeblich ist ihr **objektiver Erklärungssinn** – weichen innerer Wille des Einwilligenden und äußerer Erklärungssinn voneinander ab, ist grundsätzlich letzterer ausschlaggebend und zwar in der Form, wie ihn der Einwilligungsempfänger nach den Umständen der abgegebenen Erklärung und bei objektiver, vernünftiger Betrachtungsweise verstehen musste²⁷².

Die Einwilligungserklärung muss **vor** oder spätestens **bei der Behandlung** erfolgen²⁷³.

2.2.2 Inhaltsbezogene Voraussetzungen

Ein inhaltliches Erfordernis ist vor allem das **Gebot der Nichtverletzung des Sittenwidrigkeitskorrektivs** des § 90 StGB. Die Einwilligung darf demnach nicht den guten Sitten widersprechen.

Als Maßstab dafür ist nicht nur auf die Art und Schwere der Verletzung bzw. Gefährdung abzustellen, sondern es kommt normalerweise zusätzlich auch darauf an, ob mit der Handlung Zwecke und Motive verbunden sind, die die Rechtsordnung als positiv bewertet²⁷⁴. Lediglich, wenn der Verletzungs- oder

²⁷¹ Vgl. OGH 23.1.1986, 6 Ob 683/84, SZ 59/18 = EvBl 1987/31 = KRSIlg 699.

²⁷² Zipf, ÖJZ 1977, 381.

²⁷³ Deutsch, Medizinrecht, Rz 106; Rouka, Selbstbestimmungsrecht, 94 f; Lencker in Eser et al, Medizin-Ethik-Recht, 275; Rieger, Arztrecht, Rz 810; Proske, Ärztliche Aufklärungspflicht und Einwilligung aus strafrechtlicher Sicht, in Schick (Hrsg), Die Haftung des Arztes in zivil- und strafrechtlicher Sicht unter Einschluss des Arzneimittelrechts (1983) 104; vgl. mwN Engländer, Aufklärungspflicht, 166; vgl. weiters Kletecka in Aigner et al, Handbuch Medizinrecht I/153 mit weiterer Lit zur Einwilligung.

²⁷⁴ Leukauf/Steininger, Kommentar zum StGB³ (1992) § 90 Rz 13 ff; Kienapfel, Strafrecht, BT I² § 90 Rz 50 ff; Burgstaller in Höpfel/Ratz, WK, § 90 Rz 71 ff.

Gefährdungserfolg so gering ist, dass er für sich genommen nicht als sittenwidrig erachtet werden kann, kommt es nur auf die Art und Schwere allein an²⁷⁵.

Ein Heileingriff an sich ist nie als sittenwidrig zu bewerten. Auch die mit der Behandlung einhergehenden Verletzungen (etwa bei Operationen) und die bei negativen Begleiterscheinungen bzw. Misslingen der Heilbehandlung entstehenden Verletzungen sind aufgrund des rechtlich als positiv zu bewertenden Zwecks der Handlung - der Wiederherstellung der Gesundheit nicht sittenwidrig²⁷⁶.

Als weitere inhaltsbezogene Voraussetzung ist die **ausreichende Bestimmtheit** der Einwilligung zu nennen. Die Einwilligung hat nicht nur die Behandlung ganz allgemein zu benennen, sondern muss sich auch auf die konkret vorzunehmenden Eingriffe beziehen. Dabei müssen zumindest die Haupteingriffe und besonders gefährliche Vorsorge-, Begleit- und Nachbehandlungsmaßnahmen umschrieben sein²⁷⁷. Ist eine Einwilligung inhaltlich unbestimmt, ist sie nicht wirksam zustandegekommen.

2.2.3 Voraussetzungen in Bezug auf die Person des Einwilligenden

Der einwilligende Patient muss seine Einwilligung ernstlich und frei von gravierenden **Willensmängeln** erklären. Er muss seine Entscheidung frei von inneren und äußeren Zwängen getroffen haben. Ist seine Einwilligung im Scherz, unter Zwang, Drohung oder durch Täuschung zustandegekommen, ist sie unwirksam.

²⁷⁵ Barth, Einwilligung bei Eingriffen an Minderjährigen, 37 f.

²⁷⁶ Rouka, Selbstbestimmungsrecht, 101; strafrechtlich spielt die Sittenwidrigkeit bei Heilbehandlungen keine Rolle, da Heilbehandlungen, unabhängig von einer wirksamen Einwilligung, kein Unrecht iSd Körperverletzungsdelikte darstellen; demnach ist nur § 110 StGB und nicht § 90 StGB anwendbar (vgl. Burgstaller in Höpfel/Ratz, WK § 90 Rz 87; Kienapfel, Strafrecht, BT I² § 90 Rz 30 und 60); vgl. zur Situation hinsichtlich anderer medizinischer Eingriffe Barth, Einwilligung bei Eingriffen an Minderjährigen, 38 ff.

²⁷⁷ Rouka, Selbstbestimmungsrecht, 93; Kohle, Einwilligung, 125 f; Rieger, Arztrechts, Rz 810.

Im Fall eines Irrtums ist nach der Sphäre der Irrtumsursache zu differenzieren²⁷⁸: Geht der Irrtum auf Umstände zurück, die der Empfänger der Einwilligung zu verantworten hat - wie etwa bei ungenügender Aufklärung durch den Arzt ist die Einwilligung unwirksam. Hat den Irrtum aber der Einwilligende selbst zu verantworten, ist seine Einwilligung wirksam. Der Patient kann diese jedoch jederzeit widerrufen. Auch die Einwilligung nach einer „Übermaßaufklärung“ – wie zB eine besonders brutale Aufklärung eine Krebsdiagnose betreffend, die im Schock der Information erteilt wird, ist nicht wirksam.

Desweiteren muss der Patient gehörig **aufgeklärt** worden sein, um wirksam einwilligen zu können²⁷⁹. Die Aufklärung dient dazu, dass sich der Patient der Tragweite seiner Entscheidung bewusst werden kann. Der Patient soll durch die Selbstbestimmungsaufklärung ausreichende Grundlagen für seinen Entschluss, eine bestimmte medizinische Behandlung vornehmen zu lassen oder nicht, erhalten. Die Aufklärung hat Informationen über Tragweite, Folgen und Risiken der Behandlung bzw deren Verweigerung zu umfassen, aber auch Behandlungsalternativen aufzuzeigen²⁸⁰.

Damit die Einwilligung des Betroffenen wirksam ist, muss dieser im Zeitpunkt seiner Einwilligung **Einwilligungsfähigkeit** besitzen, dh überhaupt dazu fähig sein, die Tragweite seiner Entscheidung einzuschätzen²⁸¹. Dabei hat sich durchgesetzt, als maßgebendes Kriterium auf das Vorliegen der individuellen **Einsichts- und Urteilsfähigkeit** abzustellen. Näheres zu dieser Fähigkeit und seiner Entwicklung im folgenden Abschnitt.

²⁷⁸ Proske in Schick, Die Haftung des Arztes, 104; vgl Zipf, ÖJZ 1977, 379 ff.

²⁷⁹ Vgl dazu unten.

²⁸⁰ Vgl dazu mwN Engländer, Aufklärungspflicht, 1ff; Willinger, Aufklärungspflicht, 111 ff; vgl Näheres zur Aufklärung in Kapitel IV 5.3.

²⁸¹ Barth, ÖJZ 2000, 60.

3 Die Einsichts- und Urteilsfähigkeit als entscheidende Fähigkeit zur Einwilligung

3.1 Entwicklung

Dass die Einsichts- und Urteilsfähigkeit ausschlaggebend dafür ist, ob jemand dazu fähig ist, die Einwilligung zu erteilen, hat sich erst im Laufe der Zeit durchgesetzt.

Soweit ersichtlich, hat sich die **Strafrechtslehre** als erstes damit auseinandergesetzt und kam schon sehr früh zu dem Ergebnis, dass die Einwilligungsfähigkeit von Minderjährigen, psychisch Kranken oder geistig Behinderten in Verletzungen der körperlichen Unversehrtheit (§ 90 StGB) oder in die Vornahme einer Heilbehandlung (§ 110 StGB) nicht von der (zivilrechtlichen) Geschäftsfähigkeit, sondern von der „konkreten Einsichtsfähigkeit“ abhängt²⁸². Die im Strafrecht hL geht dabei allen Anschein nach von einer Sonderstellung der Einwilligung aus, ohne sich näher mit der Rechtsnatur der Einwilligung auseinanderzusetzen²⁸³.

Zivilrechtlich setzte sich die Bedeutung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit nicht so schnell durch. Dies hängt vor allem damit zusammen, dass die Frage der

²⁸² Dazu *Fleisch*, ÖJZ 1965, 436; *Zipf*, ÖJZ 1977, 384; *Burgstaller* in *Höpfel/Ratz*, WK § 90 Rz 32 ff; *Kienapfel*, Strafrecht, BT I² § 90 Rz 16 f, § 110 Rz 22 f; *Foregger/Serini*, StGB⁵ (1991) § 110 Anm I; *Bertel*, Wiener Kommentar zum StGB (1992) § 110 Rz 21 ff; weiters *Triffterer*, Strafrecht, AT², 242; vgl auch *Maleczky*, ÖJZ 1994, 682; daraus ergibt sich, dass aus strafrechtlicher Sicht seit jeher anerkannt ist, dass die Einwilligungsfähigkeit von Minderjährigen, psychisch Kranken oder geistig Behinderten in Verletzungen der körperlichen Unversehrtheit oder in die Vornahme einer Heilbehandlung nicht von der zivilrechtlichen Geschäftsfähigkeit, sondern von der „konkreten Einsichtsfähigkeit“ anhängt; vgl dazu auch eine Entscheidung des (reichsdeutschen) RG im Jahre 1908, das bereits aussprach, die Einwilligung in eine Handlung, die an sich ehrenkränkend sei, habe mit der Handlungsfähigkeit nichts zu tun, sie sei nach den persönlichen Fähigkeiten und Zuständen zu beurteilen. Ob die Einwilligenden (in unzüchtige Handlungen) zur Zeit der Tat die zutreffende Beurteilung und ausreichende Würdigung der gegen sie gerichteten Taten als Beleidigungen besessen hätten, sei nach den Umständen des Einzelfalls abzuschätzen (3.7.1908, RGSt 41, 392).

²⁸³ Lediglich *Burgstaller* in *Höpfel/Ratz*, WK § 90 Rz 35 f, weist darauf hin, dass die Einwilligung im Bereich der ärztlichen Eingriffe nicht als Rechtsgeschäft zu deuten ist und daher die zivilrechtliche Geschäftsfähigkeit keine Anwendung finde.

Einwilligungsfähigkeit stark mit der nach der Rechtsnatur der Einwilligung verbunden wird, worüber seit jeher Uneinigkeit besteht.

3.1.1 Der Meinungsstand zur Rechtsnatur der Einwilligung

Einige Autoren sehen die Einwilligung als Rechtsgeschäft²⁸⁴. **Rechtsgeschäfte** sind Willenserklärungen, die auf die Begründung, Änderung oder Aufhebung von rechtlichen Verhältnissen gerichtet sind. Sie sind das Mittel zur Selbstgestaltung rechtlicher Verhältnisse und von der Rechtsordnung als Grund für den Eintritt als gewollt bezeichneter Rechtswirkungen anerkannt²⁸⁵. Die Einwilligung sei nichts anderes, als die Verfügung über ein Rechtsgut.

Vor allem zu Beginn der Diskussion kommen diese Vertreter in konsequenter Weiterverfolgung dieses Ansatzes zum Ergebnis, bei der Frage der Einwilligungsfähigkeit die Regeln über die **Geschäftsfähigkeit** anzuwenden²⁸⁶. Demnach konnte nur derjenige selbst eine rechtswirksame Behandlungsentscheidung treffen, der geschäftsfähig war. Eine medizinische

²⁸⁴ In diesem Sinne etwa *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I² (1980) 113 bzw I³, 184 f und II², 120 f; *Ehrenzweig/Mayrhofer*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Das Recht der Schuldverhältnisse II/1³ (1986) 275; *Koziol/Welser* I¹⁰, 453; *Wilburg*, Die Elemente des Schadensrechts (1941) 68; *Apathy*, Anm zu OGH 10.10.1991, 6 Ob 604/91, JBl 1992, 522; *Stellamor*, Ärztliche Berufsordnung (1977) 47 und 63 f; *Resch*, Einwilligung, 30 ff; *Wolff in Klang*, Kommentar ABGB VI², 29; *Ehrenzweig*, System II/1², 55; *Dullinger*, Zur Beweislast für Verletzung/Erfüllung der ärztlichen Aufklärungspflicht, JBl 1998, 12; *Aicher in Rummel*, Kommentar ABGB I², Rz 17 zu § 16; *Steiner*, Geschäftsfähigkeit und Heilbehandlung, RdM 1994, 9 (er setzt die Einwilligung in die Heilbehandlung überhaupt gleich mit dem Abschluss des Behandlungsvertrages); auch deutsche Autoren vertreten diese Ansicht: vgl dazu *Zitelmann*, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, 48 und 51; *Kohte*, Einwilligung, 152; weitere Nachweise bei *Röver*, Einflussmöglichkeiten des Patienten, 88 und *Englährringer*, Aufklärungspflicht, 140 FN 31 mwN zur deutschen Literatur.

²⁸⁵ *Koziol/Welser* I¹¹, 72.

²⁸⁶ Vgl dazu etwa *Zitelmann*, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, 62 f; *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/1². Das recht der Schuldverhältnisse (1928) 55; *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts, 68; *Wolff in Klang*, Kommentar ABGB VI², 29; *Stellamor*, Ärztliche Berufsordnung, 63 f; vgl dazu auch die Ausführungen *Edlbachers* in ÖJZ 1982, 370.

Behandlung am ganz oder teils Geschäftsunfähigen bedurfte somit der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters²⁸⁷.

Andere sahen - dem dt Schrifttum²⁸⁸ und der dt Rsp²⁸⁹ folgend - die Behandlungseinwilligung als „*Gestattung oder Ermächtigung zur Vornahme tatsächlicher Handlungen, die in den Rechtskreis des Gestattenden eingreifen*“²⁹⁰. Rechtsdogmatisch handelt es sich dabei um eine **Willensmitteilung**²⁹¹. Die Willensmitteilung gehört zu den Rechtshandlungen iS, zu den sog geschäftsähnlichen Handlungen. Rechtshandlungen sind jene Erklärungen mit Kundgabezweck, die – wie das Rechtsgeschäft Rechtsfolgen auslösen, aber keinen darauf gerichteten Willen voraussetzen²⁹².

Bemerkenswerterweise hat sich im Laufe der Zeit unabhängig von der Frage der Rechtsnatur der Einwilligung nahezu bei allen Autoren die Ansicht durchgesetzt, dass es auf die Geschäftsfähigkeit des Einwilligenden nicht ankommen soll.

Auch die meisten Anhänger der Rechtsgeschäftstheorie der jüngeren Lehre vertreten diese Auffassung. Diejenigen, die tatsächlich noch auf die Geschäftsfähigkeit abstellen, stellen eine verschwindende Minderheit dar. Dieser Ansicht folgten zuerst nur noch *Koziol*²⁹³ und *Steiner*²⁹⁴. In der 3. Auflage des 1. Bandes des Haftpflichtrechts allerdings weicht auch *Koziol* von dieser Meinung ab und führt aus, dass bei medizinischen Eingriffen Sonderregelungen bestünden, die

²⁸⁷ In diesem Sinne auch OGH 23.6.1964, 8 Ob 145/64, KRSIlg 693 (Röntgenbestrahlung eines Muttermals bei einem 16 Monate alten Mädchen); OGH 12.12.1977, 1 Ob 735/77, SZ 50/161 (Sterilisation einer volljährigen, nicht einsichtsfähigen Teilentmündigten); OGH 11.9.1984, 9 Os 121/84, EvBl 1985/48 (wissenschaftliche Versuche mit radioaktiv markierten Substanzen an gesunden Säuglingen) = SSt 55/59 = JBl 1985, 304.

²⁸⁸ Dazu *Deutsch*, Schutzbereich und Beweislast der ärztlichen Aufklärungspflicht, NJW 1984, 1802 f; *Bockelmann*, Operativer Eingriff und Einwilligung des Verletzten, JZ 1962, 526 f; vgl wN bei *Englährringer*, Aufklärungspflicht, 143 FN 42.

²⁸⁹ Vgl etwa BGH 5.12.1958, VI ZR 266/57, BGHZ 29, 35 ff; BGH, NJW 1961, 655; BGH, NJW 1964, 1177; BGH 1977, 335 ff.

²⁹⁰ Etwa *Fleisch*, ÖJZ 1965, 435; *Posch*, Zur Neuregelung der „rein persönlichen“ Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern nach dem BG 30.6.1977 BGBl 403, in *Ostheim*, Schwerpunkte der Familienrechtsreform 1977/1978 (1979) 24, der sich aber ausdrücklich auf *Fleisch* bezieht.

²⁹¹ *Englährringer*, Aufklärungspflicht, 148 FN 75; *Resch*, Einwilligung, 20.

²⁹² *Koziol/Welser*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts I¹² (2002), 90 f.

²⁹³ *Koziol*, Haftpflichtrecht I², 113 und II², 121.

²⁹⁴ *Steiner*, RdM 1994, 9.

dazu führen, dass neben der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters auch die Zustimmung des nicht voll geschäftsfähigen Patienten erforderlich ist²⁹⁵.

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang die Meinung von *Missliwetz/Ellinger*, die die Einwilligung zwar nicht als Rechtsgeschäft sehen, sondern als „Willenserklärung“, jedoch davon ausgehen, dass dieselben Voraussetzungen wie beim Rechtsgeschäft gelten und daher die Geschäftsfähigkeitsregeln anwenden²⁹⁶; dies ist darauf zurückzuführen, dass die Einwilligung als höchstpersönliches Recht zu sehen ist.

3.1.2 Die Einwilligung als höchstpersönliches Recht

Für diesen Ansatz hat *Edlbacher*²⁹⁷ einen bedeutenden Beitrag geleistet. Er hat sich für das österreichische Recht mit der Frage der Rechtsnatur ärztlicher Eingriffe speziell an Minderjährigen auseinandergesetzt. Auch er schließt die Rechtsgeschäftsnatur der Einwilligung aus, weil es dem Patienten bei seiner Erklärung seiner Meinung nach regelmäßig am erforderlichen Normsetzungswillen, ja sogar am Bewusstsein, überhaupt Rechtswirkungen zu erzeugen, mangelt²⁹⁸. Aber auch einer Einordnung der Einwilligung als Rechtshandlung steht er kritisch gegenüber, mit folgendem Argument: Der rechtliche Erfolg, nämlich die Umwandlung des unerlaubten Eingriffs in einen rechtmäßigen, hänge nicht zwingend mit der Willensäußerung zusammen, was sich ua daran zeige, dass die entsprechenden Rechtswirkungen etwa bei einem Eingriff am Bewusstlosen auch ohne jegliche Willenserklärung des Verletzten eintreten könnten²⁹⁹.

²⁹⁵ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³, 184 Fn 265.

²⁹⁶ *Missliwetz/Ellinger*, Recht für Ärzte und Medizinstudenten (1992) 144; vgl dazu aber die Ausführungen von *Barth*, Einwilligung bei Eingriffen an Minderjährigen, 51 FN 195, der die Richtigkeit dieser Ansicht mE zutreffend widerlegt.

²⁹⁷ *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 365.

²⁹⁸ *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 367.

²⁹⁹ *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 367 f.

Wenn er selbst in seinem Beitrag dazu auch eine endgültige Entscheidung in Bezug auf die rechtsdogmatische Einordnung der Einwilligung schuldig bleibt, hat er deutlich gemacht, dass nur dann vollkommen klar ist, dass die Geschäftsfähigkeit nicht Voraussetzung für die Einwilligung sein kann, wenn man die Meinung vertritt, dass weder ein Rechtsgeschäft noch eine Rechtshandlung vorliegt³⁰⁰.

Dazu führt er aus, dass es auf die Frage, ob die Einwilligung Rechtsgeschäft, Rechtshandlung oder Ermächtigung zur Vornahme einer tatsächlichen Handlung ist, nicht ankommt. Vielmehr stehe fest, dass mit der Einwilligung in einen medizinischen Eingriff ein **höchstpersönliches Recht** ausgeübt werde, das sich aus dem Persönlichkeitsrecht der körperlichen Unversehrtheit ergäbe³⁰¹.

Als Voraussetzung für eine selbstbestimmte Ausübung der Einwilligung sieht er vor, dass der einzelne die nötige geistige und sittliche Reife dazu haben muss, um Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung sachgerecht zu erkennen³⁰². Dabei handle es sich nicht wie bei der Geschäftsfähigkeit um einen generellen juristischen, sondern um einen individuell zu überprüfenden seelisch-geistigen Zustand³⁰³. *Edlbacher* stellte also auf die **Einsichts- und Urteilsfähigkeit** ab; damit legte er den Grundstein für die in Österreich geltende Lehre und Rsp.

Je nach Ansicht über die Rechtsnatur der Einwilligung unterscheidet sich lediglich der argumentative Weg, der im Einzelnen beschritten wird, um zu diesem Ergebnis zu gelangen.

Die Vertreter der Rechtsgeschäftstheorie sind aufgrund der Höchstpersönlichkeit der Einwilligung dazu veranlasst, die Einwilligungsfähigkeit nicht nach den allgemeinen Regeln über die Geschäftsfähigkeit zu beurteilen.

³⁰⁰ *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 368.

³⁰¹ *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 368.

³⁰² *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 370.

³⁰³ *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 370.

Koziol geht in der 3. Auflage des 1. Bandes seines Haftpflichtrechts aufgrund einer sich aus der Höchstpersönlichkeit der betroffenen Güter ergebenden Besonderheit nun davon aus, dass bei medizinischen Eingriffen neben der Erklärung des gesetzlichen Vertreters auch die Zustimmung des nicht voll geschäftsfähigen Patienten erforderlich ist³⁰⁴.

Resch führt aus, dass die Achtung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen es gebiete, den Eingriff in ein höchstpersönliches Rechtsgut nicht ohne die Mitwirkung des Betroffenen durchzuführen³⁰⁵. Nach *Resch* könne bei Dispositionen über besonders qualifizierte Rechtsgüter des Verletzten ohne weiters von den allgemeinen Geschäftsfähigkeitsregeln abgewichen werden, da auch diese selbst stark danach unterscheiden würden, welche Bedeutung das abgeschlossene Geschäft für den Rechtsgutträger hat³⁰⁶. Auch bei anderen höchstpersönlichen Entscheidungen (etwa in Fragen der Religionszugehörigkeit) würde die Rechtsordnung nicht auf die Volljährigkeit abstellen, sondern darauf, dass der Minderjährige die für die Entscheidung erforderliche Einsicht habe³⁰⁷.

Sowohl *Koziol* als auch *Resch* beziehen sich dabei auf das Konzept der funktionsmäßigen Betrachtung der Einwilligung nach *Kohte*. Danach soll nicht nach der Rechtsnatur, sondern nach Funktion der Einwilligung und Qualität des jeweiligen Rechtsguts auf die Problemlösung geschlossen werden³⁰⁸. Damit gelangt man zum Ergebnis, dass für bestimmte höchstpersönliche Angelegenheiten (ua Einwilligung in die medizinische Behandlung) trotz Festhaltens an der Rechtsgeschäftsnatur der Einwilligung eine Einschränkung der Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit möglich ist und auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit abgestellt werden kann.

Bei den Gegnern der Rechtsgeschäftstheorie findet sich folgende Argumentation: Nach hM und Rsp werden auf die Mehrzahl der geschäftsähnlichen Handlungen grundsätzlich die Regeln über Rechtsgeschäfte analog angewandt. Dass dabei nicht schematisch vorzugehen ist, sondern bei

³⁰⁴ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³, 184 FN 265.

³⁰⁵ So etwa *Resch*, Einwilligung, 103 und 128.

³⁰⁶ *Resch*, Einwilligung, 34 und 103.

³⁰⁷ *Kohte*, Einwilligung, 144 f; *Resch*, Einwilligung, 103.

³⁰⁸ *Kohte*, Einwilligung, 120 und 143 ff.

jedem Handlungstyp nach seiner Eigenart und der typischen Interessenlage gefragt werden muss, ist allgemein anerkannt³⁰⁹.

Bei der Einwilligung soll eine analoge Anwendung der Regeln über die Geschäftsfähigkeit entfallen³¹⁰. Dies mit der Begründung, dass die Entscheidung über einen medizinischen Eingriff einen starken höchstpersönlichen Charakter hat. Die Einwilligung in den körperlichen Eingriff sei als Ausübung des Persönlichkeitsrechts der körperlichen Unversehrtheit ein höchstpersönliches Recht³¹¹.

Im Wesentlichen gelangen über die Höchstpersönlichkeit der Einwilligung alle zu dem Ergebnis, dass das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit dafür maßgeblich ist, ob die Einwilligung selbst erteilt werden kann oder nicht. Dieser Ansicht folgt auch der OGH³¹².

Im Zusammenhang mit der Feststellung, dass es sich bei der Einwilligung um ein höchstpersönliches Recht handelt, stellt sich weiters die Frage nach der Vertretungsmöglichkeit höchstpersönlicher Rechte.

Nach allgemeiner Auffassung sind höchstpersönliche Rechte nicht übertragbar und nicht mit einer **Stellvertretung** vereinbar³¹³. Die eigene

³⁰⁹ Flume, Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten (1962) 113.

³¹⁰ Menardi, Zustimmungs- und Genehmigungspflichten bei der medizinischen Behandlung Minderjähriger, ÖA 1998, 4; Engljähringer, Aufklärungspflicht, 151 f; Kopetzki, Unterbringungsrecht II, 816; Bernat, Behandlungsabbruch und mutmaßlicher Patientenwille, RdM 1995, 54; Maleczky, Unvernünftige Verweigerung der Einwilligung in die Heilbehandlung, ÖJZ 1994, 682; Deixler-Hübner/Lehner in Lehner (Hrsg), Kinder und Jugendrecht (1993) 87; Eser/Schmidt, Schuldrecht, AT I/2⁷, 68; Holzer, Die Haftung des Arztes im Zivilrecht, in Holzer/Posch/Schick (Hrsg), Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich (1992) 6; Laufs/Uhlenbruck, Arztrecht, 824; Aicher in Rummel, Kommentar ABGB I² § 16 Rz 17; Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation (1988) 252; Speiser, Einflüsse auf die Rechtsposition des Patienten, ÖJZ 1988, 747; Edlbacher, ÖJZ 1982, 368; Posch in Ostheim, Schwerpunkte der Familienrechtsreform, 23; Fleisch, ÖJZ 1965, 435.

³¹¹ Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 824; Eser/Schmidt, Schuldrecht, AT I/2⁷, 68; Edlbacher, ÖJZ 1982, 368.

³¹² OGH 11.11.1997, 7 Ob 355/97 z, RdM 1998/6 (Schwangerschaftsabbruch bei Komapatientin); diese Position ließ der OGH allerdings bereits va in OGH 19.12.1984, 3 Ob 562/84, SZ 57/207 = JBI 1985, 548 = RdW 1985, 272 = EvBl 1985/85 = ÖAV 1986, 78 und OGH 1.4.1987, 3 Ob 645/86, KRSIlg 705 = ÖAV 1987, 108 erkennen.

³¹³ Dazu in der Lit etwa Koziol/Welser I¹³, 199 f; Röver, Einflussmöglichkeiten des Patienten, 175; Kohte, Einwilligung, 143; Edlbacher, ÖJZ 1982, 368 f; Flume, Das Rechtsgeschäft, 762; vgl dazu die Rsp des OGH, OGH 11.11.1997, 7 Ob 355/97z und 11.9.2003, 6 Ob 106/03m; aA für das Strafrecht Hinterhofer, Die Einwilligung im Strafrecht (1998) 71 f, der zwischen „schwerwiegenden, die körperliche Integrität betreffenden Entscheidungen existenzieller Art“ (gesetzliche Vertretung

Willensbildung des Menschen könne grundsätzlich weder durch gesetzliche Vertreter oder Sachwalter noch durch das Pflegschaftsgericht ersetzt werden³¹⁴. In die Selbstbestimmung höchstpersönlicher Lebensbereiche nicht eigenberechtigter Personen soll durch die Bestellung eines Sachwalters nach Tunlichkeit nicht eingegriffen werden³¹⁵. Bei näherer Überprüfung ist diese Ansicht allerdings differenziert zu sehen³¹⁶; „**absolut höchstpersönliche Rechte**“ sind von „**relativ höchstpersönlichen Rechten**“ zu unterscheiden³¹⁷. Absolut höchstpersönliche Rechte sind tatsächlich keiner Vertretung zugänglich; so können etwa die Patientenverfügung oder die Vorsorgevollmacht nur höchstpersönlich errichtet werden³¹⁸.

Die **Einwilligung** in eine medizinische Behandlung ist allerdings ein **relativ höchstpersönliches Recht**, bei dem eine Vertretung durch Dritte trotz des höchstpersönlichen Bereichs ausdrücklich zugelassen ist (§§ 283 bzw 284 f Abs 3 ABGB nF). In diesem Fall ist es aus Gründen höherer Ordnung³¹⁹ erforderlich, dass auch bei mangelnder Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Betroffenen eine Entscheidung getroffen wird³²⁰. Es wäre undenkbar, dass der Sachwalter einem notwendigen Eingriff bei Fehlen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Betroffenen nicht zustimmen kann³²¹.

Soll eine Vertretung bei der Einwilligung in eine medizinische Behandlung stattfinden, muss der Erklärungsempfänger prüfen, ob beim Persönlichkeitsrechtsträger die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit besteht. Fehlt diese, ist weiters zu überprüfen, ob die Interessen des Betroffenen im konkreten Fall einer Stellvertretung bedürfen. Dabei ist das Interesse des

ausgeschlossen) und sonstigen Eingriffen in persönliche Rechtsgüter (gesetzliche Vertretung prinzipiell zulässig) unterscheidet.

³¹⁴ OGH 11.11.1997, 7 Ob 355/97z; OGH 11.9.2003, 6 Ob 106/03m und OGH 10.5.2005, 5 Ob 94/05t; vgl auch RV 1299 BlgNR 22.GP, 5 (§ 3 PatVG).

³¹⁵ Weitzenböck in Schwimann, ABGB-Praxiskommentar I³, 273 Rz 10; Kremzow, Sachwalterrecht, 36; Maurer/Tschugguel, Sachwalterrecht², § 273 Rz 9.

³¹⁶ Barth/Dokalik in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 159 ff.

³¹⁷ Vgl dazu Hoffmann, Ausübung von Stifterrechten durch den Sachwalter des Stifters? NZ 2007, 5.

³¹⁸ RV 1299 BlgNR 22. GP, 5 bzw RV 1420 BlgNR 22. GP, 28; Memmer in Aigner et al, Handbuch Medizinrecht I/302; Ganner in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 349.

³¹⁹ Edlbacher, ÖJZ 1982, 372 f.

³²⁰ Vgl OGH 10.5.2005, 5 Ob 94/05 mwN.

³²¹ Vgl OGH 21.10.1987, 8 Ob 652/87, EvBl 1988/85; OGH 11.11.1997, 7 Ob 355/97z, RdM 1998/6; vgl nun § 283 Abs 1 zweiter Satz.

Betroffenen an der Wahrung seines Persönlichkeitsrechts jenen besonderen Gründen gegenüberzustellen, die für eine Stellvertretung sprechen. Dabei sind nur die Interessen des Persönlichkeitsrechtsträgers zu berücksichtigen, nicht jedoch die des gesetzlichen Vertreters, Angehöriger, Vertragspartner oder anderer Dritter³²². Die Einwilligung zu einem Eingriff in die körperliche Integrität ist nur bei medizinischer Indikation substituierbar. Wenn dies nicht der Fall ist, gibt es auch keinen Grund für eine Vertretung bei der Einwilligung, auch nicht bei Fehlen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit. Allgemein gesagt muss die Entscheidung einer Person dann ersetzbar sein, wenn Handlungsbedarf besteht, da sonst das Leben, die Gesundheit oder das Wohlbefinden des Patienten geschädigt werden könnten³²³.

Damit kann der Betroffene, wenn seine Einsichts- und Urteilsfähigkeit gegeben ist, die Entscheidung über die Vornahme einer Behandlung – unabhängig davon, ob er geschäftsfähig ist oder nicht – selbst treffen. Daraus ergibt sich auch, dass grundsätzlich weder die psychische Krankheit noch geistige Behinderung die Einwilligungsfähigkeit des Patienten³²⁴ bzw die Einwilligungsbedürftigkeit der Behandlung beeinträchtigen. Diese Ansicht entspricht dem heutigen Zeitgeist, wonach auch behinderten Menschen, so weit wie möglich, in ihren Entscheidungen Selbstbestimmung zugestanden wird.

3.1.3 Die Verankerung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit im Gesetz

Die Einsichts- und Urteilsfähigkeit hat insbesondere im persönlichkeitsrechtlichen Bereich, wo es auf Erwägungen des Verkehrsschutzes

³²² Barth/Dokalik in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 161.

³²³ Barth/Dokalik in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 161.

³²⁴ Dies entspricht der bisher hL: Helmchen, Aufklärung des Patienten und Einwilligung in die Behandlung (2001) 222; Kern, Fremdbestimmung bei der Einwilligung in ärztliche Eingriffe, NJW 1994, 756; Ukena, Aufklärung und Einwilligung beim ärztlichen Heileingriff an untergebrachten Patienten, MedR 1992, 203; Giesen, Wandlungen im Arzthaftungsrecht, JZ 1990, 938; Helle, Die Heilbehandlung des untergebrachten psychisch Kranken, MedR 1987, 68; Eberbach, Grundsätze zur Aufklärungspflicht bei nicht voll Geschäftsfähigen, MedR 1986, 16; Schünemann, Einwilligung und Aufklärung von psychisch Kranken, VersR 1981, 308; vgl Fleisch, ÖJZ 1965, 436; im Ergebnis auch OGH 21.10.1987, 8 Ob 652/87, EvBl 1988/85.

nicht ankommt, Bedeutung erlangt; dazu ist auch die Einwilligung zu medizinischen Behandlungen zu zählen.

So wurden nach und nach **rechtliche Vorschriften** erlassen, die auf die Bedeutsamkeit der Einsichts- und Urteilsfähigkeit auch in diesem Bereich abstellten (vgl etwa § 36 UbG, §§ 49-51 MPG, §§ 36 ff AMG, § 8 FMedG, § 65 GTG; § 8 Abs 3 KAKuG). Diese Bestimmungen bezogen sich aber entweder nur auf die Behandlung bestimmter Personengruppen (wie § 36 UbG – untergebrachte Personen iSd UbG), auf bestimmte medizinische Eingriffe (wie etwa §§ 49-51 MPG – klinische Prüfung von Medizinprodukten; §§ 36, 38-40, 42 f AMG – klinische Prüfung von Arzneimitteln; § 8 FMedG – medizinisch unterstützte Fortpflanzung; § 65 GTG – Vornahme einer Genanalyse; § 2 a Kinderlähmungsg – Impfung gegen Kinderlähmung) oder sie nahmen auf Behandlungen in Krankenanstalten Bezug (§ 8 Abs 3 KAKuG).

Eine allgemeine zivilrechtliche Regelung, die sich auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit bezog, fehlte aber lange Zeit. Diese wurde letztendlich erst mit dem KindRÄG 2001 und SWRÄG 2006 geschaffen. Die Einsichts- und Urteilsfähigkeit wurde hier als eigene Art der Handlungsfähigkeit und nicht als Handlungsfähigkeit iSd Geschäftsfähigkeit gesehen; dies kommt bereits im Gesetzeswortlaut durch die Verwendung des Begriffs „Einsichts- und Urteilsfähigkeit“ – teilweise neben dem der Geschäftsfähigkeit – zum Ausdruck (vgl etwa §§ 146 c, 283 ABGB). Der eindeutige Wille des Gesetzgebers ergibt sich aber auch aus den Erläut zum KindRÄG 2001³²⁵ und SWRÄG 2006³²⁶, in denen ausdrücklich von der „Handlungsfähigkeit in persönlichen Angelegenheiten“ die Rede ist.

³²⁵ RV 296 BlgNR 21. GP § 154 b.

³²⁶ RV 1420 BlgNR 22. GP, 26.

3.2 Einsichts- und Urteilsfähigkeit – ein zu klärender Begriff

Im folgenden Teil soll geklärt werden, was unter dem unbestimmten Rechtsbegriff der Einsichts- und Urteilsfähigkeit zu verstehen ist.

Fest steht, dass sich die Einsichts- und Urteilsfähigkeit nicht nach bestimmten Altersgrenzen richtet; vielmehr ist im Einzelfall zu beurteilen, ob der konkrete Patient im Hinblick auf den konkreten Eingriff die erforderliche Einsichtsfähigkeit besitzt. Nach welchen Kriterien ist dies nun aber festzustellen?

Die Beantwortung dieser Frage ist für den Juristen in der Praxis oft nicht leicht, er ist dabei vielfach auf die Mitwirkung medizinischer, psychologischer und psychiatrischer Sachverständiger angewiesen. Aber auch diese Fachleute müssen wissen, worauf es rechtlich bei der Beurteilung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit ankommt³²⁷.

3.2.1 Hinweise des Gesetzgebers

Aus den bereits angeführten gesetzlichen Bestimmungen lässt sich das eine oder andere Kriterium zur Beurteilung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit gewinnen.

§ 36 Abs 1 UbG sieht vor, dass der Betroffene in der Lage sein muss *„Grund und Bedeutung einer Behandlung einzusehen und seinen Willen nach dieser Einsicht zu bestimmen“*.

Nach § 8 Abs 3 KAG (später KAKuG) ist die Durchführung einer Behandlung nur mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zulässig, wenn der Pflegling das 18. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt hat oder er mangels

³²⁷ Amelung, ZStW 1992, 537.

geistiger Reife oder Gesundheit „die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der *Behandlung*“ nicht beurteilen kann.

§ 52 Z 5 MPG und § 43 Abs 1 Z 4 AMG stellen darauf ab, „*Zweck und Bedeutung, Tragweite, Risiken und Belastungen der klinischen Prüfung einzusehen und seinen Willen danach bestimmen*“ zu können.

Laut § 2 a KinderlähmungsG ist die Einsichtsfähigkeit entscheidend, um die „*Bedeutung*“ der Impfung zu erkennen.

Trotz dieser vereinzelt Anhaltspunkte fehlt eine systematische Darstellung aller relevanten Aspekte zur Einwilligungsfähigkeit, also ein echtes gesetzgeberisches Konzept.

Auch die Bestimmung des § 146 c ABGB, die seit dem KindRÄG 2001 in Kraft ist bzw des § 283 ABGB, die mit dem SWRÄG 2006 eingeführt wurde, geben keine nähere Auskunft darüber, wann der minderjährige bzw behinderte Patient einsichts- und urteilsfähig ist. Die EB zum SWRÄG 2006 bieten keinerlei Anhaltspunkte zur Bestimmung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit. In den Erläuterungen ist zwar die Rede von der einsichts- und urteilsfähigen Person, offen gelassen wird aber, wann die behinderte Person konkret über diese Fähigkeit verfügt³²⁸. Auch die EB zum KindRÄG 2001³²⁹ berufen sich bei der Bestimmung der Einwilligungsfähigkeit lediglich auf *Kopetzki*³³⁰ und weisen gleichzeitig darauf hin, dass *Kopetzki* bei seinen Ausführungen im Wesentlichen dem Modell des deutschen Strafrechtlers *Amelung*³³¹ folgt.

³²⁸ RV 1420 BlgNR 22. GP, 20.

³²⁹ RV 296 BlgNR 21. GP, 54.

³³⁰ *Kopetzki*, Grundriss, Rz 622.

³³¹ *Amelung*, ZStW 1992, 526 ff.

3.2.2 Rechtsprechung und Lehre

Auch die österreichische Rsp und Lehre hat es lange Zeit verabsäumt, im Zuge der Rechtsauslegung ein Konzept zu erarbeiten, das die Kriterien zur Bestimmung der Einsichtsfähigkeit festlegt.

Der **OGH** begnügte sich überhaupt mit der Aussage, dass für die Einwilligung als Ausübung eines höchstpersönlichen Rechts die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit erforderlich sei. Was unter Einsichts- und Urteilsfähigkeit versteht, bleibt offen³³².

Auch der Großteil der **Lehre** bietet, wenn sie auch auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit abstellt, kein brauchbares Konzept an Beurteilungskriterien. Manche verzichten überhaupt auf einen Hinweis³³³. Andere weisen lediglich darauf hin, dass der Betroffene in der Lage sein muss, die Bedeutung und Tragweite der Behandlung zu erkennen³³⁴. Aber auch damit ist im Hinblick auf Kriterien nicht viel gewonnen. Auch dann nicht, wenn man – wie manche Autoren – dem noch hinzufügt, dass die Einsichtsfähigkeit im Einzelfall zu beurteilen ist und von der Schwere des Eingriffs abhängen soll³³⁵.

Bernat ist da in seinen Aussagen schon etwas präziser, wenn er betont, dass der Patient fähig sein muss, eine rationale Entscheidung zu treffen. Dabei

³³² Vgl etwa OGH 19.12.1984, 3 Ob 562/84, JBl 1985, 548 = SZ 57/207 = EvBl 1985/85 = Karls 690; OGH 3.9.1996, 10 Ob 2350/96 b, RdM 1997/4 = EvBl 1997/86 = KRSIlg 1651 = ZVR 1997/47 = EFSIlg 81.484 = RZ 1998, 83 (*Hoffmann*) = ÖÄZ 1997 Heft 17, 50 (*Emberger*); OGH 11.11.1997, 7 Ob 355/97 z, RdM 1998/6 (Schwangerschaftsabbruch bei Komapatientin).

³³³ So für das Zivilrecht etwa *Resch*, Einwilligung, 130 f; *Holzer* in *Holzer/Posch/Schick*, Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich, 6; *Reischauer* in *Rummel*, Kommentar ABGB I² § 1299 Rz 23 b; *Speiser*, ÖJZ 1988, 747; *Posch* in *Ostheim*, Schwerpunkte der Familienrechtsreform, 23; für das Strafrecht etwa *Foregger/Serini*, StGB⁵ § 90 Anm 4; *Zipf*, ÖJZ 1977, 384.

³³⁴ Vgl *Menardi*, ÖA 1998, 4; *Bernat*, RdM 1995, 54; *Aicher* in *Rummel*, Kommentar ABGB I² § 16 Rz 17; *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 370; *Fleisch*, ÖJZ 1965, 436; vgl auch das Strafrecht: *Schmoller* in *Triffterer* (Hrsg), StGB-Kommentar (1997) § 110 Rz 43; *Willinger*, Aufklärungspflicht, 181; *Mayerhofer/Rieder*, StGB⁴ (1994) § 90 FN 3; *Maleczky*, ÖJZ 1994, 682; *Triffterer*, Strafrecht, AT², 242; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB³ § 3 Rz 6, § 90 Rz 13 ff; *Göbel*, Einwilligung im Strafrecht, 75; *Kienapfel*, Strafrecht, BT I² § 90 Rz 17; *Burgstaller* in *Höpfel/Ratz*, WK § 90 Rz 32.

³³⁵ *Menardi*, ÖA 1998, 4; *Schramm/Stempkowski*, Die zahnärztliche Aufklärungspflicht, RdM 1997, 137; *Willinger*, Aufklärungspflicht, 181; *Schmoller* in *Triffterer*, StGB-Kommentar § 110 Rz 43; *Göbel*, Einwilligung im Strafrecht, 75; *Kienapfel*, Strafrecht, BT I² § 90 Rz 17; *Edlbacher*, ÖJZ 1982, 370; *Burgstaller* in *Höpfel/Ratz*, WK § 90 Rz 36.

käme es aber nicht auf die Objektivität der Rationalität an, sondern es seien auch unvernünftige Entscheidungen zulässig, sofern dem Patienten nicht der Vorwurf der inneren Widersprüchlichkeit gemacht werden könne³³⁶. *Menardi* betont, dass es auf die Fähigkeit ankäme, der eigenen Einsicht gemäß selbständige Entscheidungen zu treffen³³⁷.

Allerdings kommen auch hier lediglich einzelne Aspekte der Einsichts- und Urteilsfähigkeit zum Ausdruck.

Mit der Zeit begann sich die Lehre³³⁸ vermehrt mit der Entwicklung eines umfassenden Konzepts an Beurteilungskriterien für die Feststellung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit auseinanderzusetzen. Sie stützte sich bei ihren Untersuchungen im Wesentlichen auf das von *Amelung*³³⁹ entwickelte Modell zur Bestimmung der Einsichtsfähigkeit³⁴⁰.

3.2.3 Das Konzept nach Amelung

*Amelung*³⁴¹ unterscheidet drei Anforderungen, die sich aus der Eigenart der Einwilligung an den Einwilligenden ergeben: die Fähigkeit zur Erkenntnis von Tatsachen und Kausalverläufen, die Fähigkeit zur Bewertung und die Fähigkeit zur einsichtsgemäßen Selbstbestimmung:

³³⁶ *Bernat*, RdM 1995, 54.

³³⁷ *Menardi*, ÖA 1998, 4.

³³⁸ Vgl dazu *Juen*, Arzthaftungsrecht² (2005) 87 FN 391; *Stabentheiner* in *Rummel*, Kommentar ABGB³, ErgBd 2003 §§ 146 c, 146 d Rz 3; *Barth*, Minderjährige Patienten im Konflikt mit ihren Eltern, ÖJZ 2002, 596 ff; *Barth*, ÖJZ 2000, 57; *Barth*, Die Patientenrechte Minderjähriger nach dem Entwurf zum neuen Kindschaftsrecht, ÖA 1999, 155 f; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 818 ff; *Diederichsen*, Zustimmungsersetzungen bei der Behandlung bösartiger Erkrankungen von Kindern und Jugendlichen, in *Dierks/Graf-Baumann/Lenard* (Hrsg), Therapieverweigerung bei Kindern und Jugendlichen (1995) 97 f; *Englähringer*, Aufklärungspflicht, 152; *Belling/Eberl/Frank*, Selbstbestimmungsrecht Minderjähriger bei medizinischen Eingriffen (1984) 131 ff.

³³⁹ *Amelung* in *Kopetzki*, Einwilligung, 24; *Amelung*, ZStW 1992, 526.

³⁴⁰ In Österreich hat lediglich *Bernat* einen von der Definition *Amelungs* losgelösten Lösungsansatz entwickelt, vgl dazu *Bernat*, Die medizinische Behandlung Minderjähriger im österreichischen Recht, Versicherungsrecht 2002, 1475.

³⁴¹ *Amelung* in *Kopetzki*, Einwilligung, 24; *Amelung*, ZStW 1992, 526.

a) Fähigkeit zur Erkenntnis von Tatsachen und Kausalverläufen

Im Zusammenhang mit diesem Element geht es darum, ob der Betroffene die ärztlichen Informationen über die Krankheit begreift, ob er versteht, welche Körperteile betroffen sind. Dabei ist wesentlich, ob er die Art und Weise des medizinischen Eingriffs nachvollziehen kann bzw Folgen und mögliche Risiken (Misserfolg, Nebenwirkungen) des Eingriffs in faktischer (nicht bewertender) Hinsicht erfassen kann. Ebenso ist danach zu fragen, ob er etwaige Alternativen zur Kenntnis nimmt bzw erkennt, worin diese bestehen und welche Chancen, Folgen und Risiken mit ihnen verbunden sind.

Ist sich der Patient nicht bewusst, an einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung zu leiden, so mangelt es ihm auch an der Fähigkeit, Tatsachen und Wirkungszusammenhänge der psychiatrischen Behandlung einzusehen³⁴². Dasselbe gilt auch für den Fall, dass der Patient krankheitsbedingt die Folgen der Behandlung oder ihrer Unterlassung nicht versteht: Wer etwa eine therapeutische Maßnahme in seinem Wahn als Anschlag ausländischer Geheimdienste deutet oder in seiner Depression von jeder medizinischen Indikation nur das Schlimmste befürchtet, kann die Bedeutung der Behandlung ebenso wenig einsehen wie derjenige, der die Antibiotikabehandlung einer schweren Infektion im Irrglauben ablehnt, ohnehin durch das Wirken guter Geister geheilt zu werden³⁴³.

b) Fähigkeit zur Bewertung

Dabei geht es um die Frage, ob der Betroffene dazu in der Lage ist, den Wert des Rechtsguts (Gesundheit, Leben), das durch die Krankheit betroffen ist, zu begreifen bzw darum, ob er die Bedeutung des vom Eingriff verletzten

³⁴² Kopetzki, Unterbringungsrecht II, 820.

³⁴³ Kopetzki, Unterbringungsrecht II, 820.

Rechtsgutes ermessen kann; dies unter Berücksichtigung eines etwaigen Misserfolges bzw möglicher Nebenwirkungen. Ebenso ist die Frage zu stellen, ob der Betroffene dazu fähig ist, zwischen der durch die Krankheit entstehenden Rechtsgutbeeinträchtigung und den mit dem Eingriff verbundenen Vorteilen abzuwägen. Der Betroffene muss zudem in der Lage sein, Alternativen zur Kenntnis zu nehmen bzw zu erkennen, worin diese bestehen und mit welchen Folgen und Risiken sie verbunden sind.

Zu beachten ist, dass eine Entscheidung des Betroffenen allein aus dem Grund, dass sie objektiv unvernünftig erscheinen mag, nicht per se für eine mangelnde Fähigkeit zur Bewertung spricht. Eine vom objektiv vernünftigen Wertesystem abweichende Entscheidung muss aber zum Anlass dafür genommen werden, zu überprüfen, ob sie nicht nur deshalb in dieser Form getroffen wurde, weil der Betroffene gerade aufgrund seiner psychischen Erkrankung bzw geistigen Behinderung nicht dazu in der Lage war, einen autonomen Entschluss zu fassen („defekte Autonomie“)³⁴⁴. Wesentlich für die Fähigkeit zur Bewertung ist somit nur, ob die freie Willensbildung krankheitsbedingt auszuschließen ist. Lässt sich der Patient allerdings in seiner Entscheidung durch andere Faktoren - wie etwa religiöse oder weltanschauliche Determinanten beeinflussen, so ist dies als Ausdruck persönlicher Autonomie solange zu respektieren, als dies nicht Ausfluss krankheitsspezifischer Verzerrungen des Wertsystems ist. Daher ist der Todeswunsch eines endogenen Depressiven nicht beachtlich, der eines an einer unheilbaren (körperlichen) Krankheit leidenden Patienten hingegen schon³⁴⁵.

**c) Fähigkeit zur einsichtsgemäßen Selbstbestimmung
(Steuerungsfähigkeit)**

Hier ist relevant, ob es dem Patienten möglich ist, sich den gewonnenen Erkenntnissen gemäß zu verhalten oder ob er irgendwelchen übermächtigen

³⁴⁴ Amelung, ZStW 1992, 525 ff.

³⁴⁵ Kopetzki, Unterbringungsrecht II, 821 f.

Verlockungen bzw Ängsten - wie etwa der Angst vor dem Schmerz einer Zahnextraktion unterliegt.

In diesem Zusammenhang ist häufig zwischen der Behandlung der psychischen Grundkrankheit und anderen Behandlungsmaßnahmen zu unterscheiden. Fehlt einem Patienten im Hinblick auf seine psychische Erkrankung das Bewusstsein und damit die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit, so darf nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass er auch hinsichtlich anderer Behandlungen nicht einsichts- und urteilsfähig ist. Es kann einem Patienten mangels Krankheitseinsicht etwa die Einsichts- und somit Einwilligungsfähigkeit im Hinblick auf die Behandlung seiner Manie fehlen, während diese hinsichtlich der chirurgischen Behandlung eines Beinbruchs durchaus gegeben sein kann³⁴⁶. In aller Regel ist daher die Einsichts- und Urteilsfähigkeit im Hinblick auf nichtpsychische Erkrankungen eher zu bejahen als in Bezug auf die psychische Erkrankung.

Anhand der drei dargestellten Kriterien kommt *Amelung* zu folgender **Negativdefinition der Einwilligungsfähigkeit:**

„Einwilligungsunfähig ist, wer wegen Minderjährigkeit, geistiger Behinderung oder geistiger Erkrankung nicht erfassen kann,

welchen Wert oder welchen Rang die von der Einwilligungsentscheidung berührten Güter und Interessen für ihn haben oder

welche Folgen oder Risiken sich aus der Einwilligungsentscheidung ergeben oder

welche Mittel es zur Erreichung der mit der Einwilligung erstrebten Ziele gibt, die ihn weniger belasten.

³⁴⁶ Kopetzki, Unterbringungsrecht II, 820.

*Das gleiche gilt, wenn der Minderjährige, geistig Behinderte oder geistig Erkrankte zwar die erforderliche Einsicht hat, aber nicht in der Lage ist, sich nach ihr zu bestimmen*³⁴⁷.

3.2.4 Manifestation von Beurteilungskriterien

Auf Grundlage der Untersuchung *Amelungs* hat die Lehre – vor allem *Kopetzki*³⁴⁸ – folgende Beurteilungskriterien für die Einsichts- und Urteilsfähigkeit geschaffen.

Bei der Einsichts- und Urteilsfähigkeit kommt es darauf an, ob der Patient aufgrund seines Alters bzw seiner psychischen Krankheit dazu in der Lage ist, Grund und Bedeutung der Behandlung einzusehen und seinen Willen nach dieser Einsicht zu bestimmen.

Der Patient muss in der Lage sein, bezogen auf die Diagnose, die therapeutischen Möglichkeiten, die denkbaren Alternativen und die jeweiligen Chancen und Risiken den Wert der von der Entscheidung betroffenen Güter und die Interessen zu erfassen und sein Verhalten nach dieser Einsicht auszurichten³⁴⁹.

*Kopetzki*³⁵⁰ unterscheidet dabei zwischen einem kognitiven (Fähigkeit, Grund und Bedeutung einer Behandlung oder Maßnahme einzusehen) und einem voluntativen (Fähigkeit, seinen Willen nach dieser Einsicht zu bestimmen) Element. In der konkreten Situation müssen diese beiden Elemente kumulativ verwirklicht werden, damit die Einsichts- und Urteilsfähigkeit und somit die

³⁴⁷ *Amelung*, ZWSt 1992, 558.

³⁴⁸ Vgl dazu *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 816 ff.

³⁴⁹ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 818.

³⁵⁰ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 819.

Einwilligungsfähigkeit zu bejahen ist³⁵¹. In der Praxis lassen sich die beiden Elemente schwer voneinander trennen.

Neben Alter, intellektueller, psychisch-emotionaler und sozialer Reife, Gesundheitszustand und Persönlichkeit sind auch die Schwere des Eingriffs, die mit seiner Vornahme oder mit dem Unterbleiben verbundenen Risiken, mögliche Spätfolgen und der Stand der medizinischen Wissenschaft als Beurteilungskriterien heranzuziehen.

Diese Beurteilung kann nicht generell, sondern nur individuell im konkreten Einzelfall vorgenommen werden.

Die Einwilligungsfähigkeit kann je nach Schwere des Eingriffs auch graduell abgestuft sein³⁵². Man kann davon ausgehen, dass die Einsichts- und Urteilsfähigkeit umso eher vorliegen wird, je geringfügiger der Eingriff ist und je besser der behandelnde Arzt seine Verpflichtung zur Information und Aufklärung wahrnimmt³⁵³. Es ist daher durchaus denkbar, dass ein- und dieselbe Person für einen bestimmten (weniger schweren) Eingriff einsichts- und urteilsfähig ist, für einen anderen (riskanteren, komplizierteren) Eingriff aber nicht.

Unter einfache Behandlungen fallen etwa Impfungen, Injektionen, Blutabnahmen, die orale und intravenöse Verabreichung von Psychopax oder das Setzen eines Cava-Katheters. Dahingegen sind operative Eingriffe wie auch das Legen einer Magensonde (PEG-Sonde), Sterilisation, Chemotherapie, Versetzen in Tiefschlaf, Schockbehandlungen, Elektrokrampfbehandlungen, das Verabreichen von Depot-Neuroleptika oder die Zwangsernährung als schwerwiegende Behandlungen anzusehen.

Die Einsichts- und Urteilsfähigkeit ist auch nicht allein deshalb zu verneinen, weil die Entscheidung des Betroffenen einem objektiv-vernünftigen Wertesystem widerspricht. Es ist vielmehr zu prüfen, ob die behinderte Person

³⁵¹ *Kopetzki*, Grundriss, Rz 622.

³⁵² *Kopetzki*, Grundriss, Rz 634, 638 f.

³⁵³ *Kopetzki*, Grundriss, Rz 625; *Hopf/Weitzenböck*, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001, ÖJZ 2001, Teil II, 532; *Weitzenböck*, in *Ferri/Hopf* (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts (2001) 10.

aufgrund der von ihr kognitiv erfassten Tatsachen eine an ihren subjektiven Wertungen orientierte Entscheidung treffen kann.

3.2.5 Beurteilungskompetenz

Die Beurteilung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit obliegt primär dem behandelnden **Arzt**. Er ist derjenige, der nach Maßgabe der beschriebenen Kriterien zu beurteilen hat, ob der betreffende Patient über die Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügt. Anhaltspunkte zur Beurteilung können aus dem Informationsgespräch gewonnen werden.

Der behandelnde Arzt muss auch dann in letzter Konsequenz die Entscheidung treffen, wenn er am Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit zweifelt. Die für das Kindschaftsrecht vorgesehene Möglichkeit einer konstitutiven gerichtlichen Entscheidung darüber, ob einem Kind aufgrund merkbar verzögerter Entwicklung, psychischer Krankheit oder geistiger Behinderung die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit oder Geschäftsfähigkeit fehlt (§ 154 b ABGB idF des KindRÄG 2001³⁵⁴), ist im Sachwalterrecht nicht anwendbar. Damit ist eine Feststellung des Gerichts darüber, dass dem Betroffenen die „für eine einzelne oder einen Kreis von Angelegenheiten erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit oder Geschäftsfähigkeit fehlt“, nicht möglich.

Daher ist dem Arzt, der bei einer Person unter Sachwalterschaft davon ausgeht, dass deren Einsichts- und Urteilsfähigkeit im Hinblick auf eine bestimmte

³⁵⁴ Vgl. zu § 154 b ABGB *Nademleinsky* in *Schwimann*, ABGB-Praxiskommentar I³ § 154 b; *Stabentheiner* in *Rummel*, Kommentar ABGB³, ErgBd 2003 § 154 b; *Hopf* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar zum ABGB § 154 b; *Fischer-Czermak*, Einsichts- und Urteilsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit, NZ 2004, 307 f; *Barth*, ÖJZ 2002, 604; *Fischer-Czermak*, Zur Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem KindRÄG 2001, ÖJZ 2002, 296 f; *Haidenthaller*, Die Einwilligung Minderjähriger in medizinische Behandlungen – Gedanken zum neuen § 146 c ABGB, RdM 2001, 165; *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 533 f; *Weitzenböck*, Die Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem KindRÄG 2001, insbesondere in Angelegenheiten der medizinischen Behandlung, in *Ferrari/Hopf* (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts (2001) 15 f; *Schwarzl*, Obsorge, Kuratel und Sachwalterschaft nach dem KindRÄG 2001, in *Ferrari/Hopf* (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts (2001) 32; RV 296 BlgNR 21. GP, 60.

Behandlung vorliegt und sich daher mit deren Einwilligung begnügt, jedenfalls anzuraten, die Beweggründe für diese Annahme ordentlich zu dokumentieren³⁵⁵.

3.2.6 Beurteilungszeitpunkt

Die Einsichts- und Urteilsfähigkeit muss im Zeitpunkt der Einwilligungserteilung vorliegen. Es ist sohin für die Gültigkeit der Einwilligung nicht schädlich, wenn die behinderte Person zwischen Einwilligung und Behandlung wieder in einen Krankheitsschub verfällt, infolge dessen die Einwilligungsfähigkeit nun nicht mehr vorliegen würde.

³⁵⁵ Weitzenböck in Schwimann, ABGB-Praxiskommentar³, ErgBd 2007 § 283 Rz 2.

IV MEDIZINISCHE BEHANDLUNGEN BEI BEHINDERTEN PERSONEN - ENTSCHEIDUNGSKOMPETENZ DES BETROFFENEN ODER VERTRETUNG DURCH DEN SACHWALTER? – JÜNGSTE ENTWICKLUNGEN

1 Hintergründe

Nachdem die Medizin einen Höchststand erreicht hatte, die Einwilligung samt Aufklärung auch rechtlich gesehen unausweichliche Voraussetzung jeder medizinischen Behandlung geworden und die Fähigkeit zur Einwilligung von der hL am Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit festgemacht worden war, erkannte der Gesetzgeber den Bedarf, für nicht selbstbestimmungsfähige Patienten diesbezüglich eine Regelung zu schaffen. Damit sollte auch allgemein gesetzlich klargestellt werden, dass es hinsichtlich der Einwilligungsfähigkeit allein auf das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit ankommt.

Diesbezüglich sind zwei Gesetzesnovellen der letzten Jahre von grundlegender Bedeutung: zum einen das Kindschaftrechtsänderungsgesetz von 2001³⁵⁶ (in Folge: KindRÄG 2001), zum anderen das Sachwalterrechtsänderungsgesetz aus dem Jahre 2006³⁵⁷ (in Folge: SWRÄG 2006). Beide haben maßgeblich dazu beigetragen, diesbezüglich eine weitgehend klare Rechtslage zu schaffen.

³⁵⁶ Bundesgesetz, mit dem das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Ehegesetz, das Unterhaltsvorschussgesetz, die Jurisdiktionsnorm, die Zivilprozessordnung, das Außerstreitgesetz, das Rechtspflegergesetz, die Exekutionsordnung, das Personenstandsgesetz, das Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, das Gerichtsgebührengesetz, die Vierte Durchführungsverordnung zum Ehegesetz, das Jugendwohlfahrtsgesetz 1989, das Bankwesengesetz und das Krankenanstaltengesetz geändert werden (Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 – KindRÄG 2001), BGBl Nr 135 RV 296 BlgNR 21. GP, JAB 366 BlgNR 21. GP.

³⁵⁷ Bundesgesetz, mit dem das Sachwalterrecht im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch und das Ehegesetz, das Außerstreitgesetz, das Konsumentenschutzgesetz, das Vereinssachwalter- und Patientenanwaltsgesetz, die Notariatsordnung, das Gerichtsorganisationsgesetz und das Berufsrechts-Änderungsgesetz 2006 geändert werden (Sachwalterrechts-Änderungsgesetz – SWRÄG 2006), BGBl Nr 92/2006 RV 1420 BlgNR 22. GP, JAB 1511 BlgNR 22. GP.

Dabei trug der österreichische Gesetzgeber mit Einführung des KindRÄG 2001 zum einen dem sich in den letzten Jahrzehnten gesellschaftlich vollzogenen Wandel in der Reife und Mündigkeit von Kindern und Jugendlichen Rechnung, erfüllte zum anderen aber auch die Forderung des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes vom 26.1.1990 (UN-Kinderrechtskonvention – Ratifizierung durch Österreich am 16.8.1992), in dem Österreich in einer Stellungnahme des Ausschusses empfohlen wurde, ein „geeignetes Alter und Strukturen für eine medizinische Beratung und Behandlung ohne elterliche Einwilligung durch Gesetz“ zu schaffen³⁵⁸.

Offenbar erkannte er aber ebenso, dass auch bei behinderten Personen Bedarf danach vorhanden war, medizinische Entscheidungen möglichst selbstbestimmt treffen zu können; dazu wurde im Regierungsprogramm der ÖVP/FPÖ Regierung im Jahre 2000 im Bereich Justiz unter Punkt 12 „Sachwalterrecht“ die „Schaffung von Bestimmungen zur Erleichterung der medizinischen Behandlung von psychisch kranken Menschen und behandlungsbedürftigen Behinderten“ angekündigt³⁵⁹.

Dementsprechend wurde mit Einführung des SWRÄG 2006 eine eigene Regelung getroffen und dieses Vorhaben gesetzlich verankert.

Die beiden bedeutsamen ABGB-Novellen mit ihren wesentlichen Bestimmungen werden im folgenden Abschnitt der Arbeit dargestellt.

2 Begriffe

Sowohl durch das KindRÄG 2001 als auch durch das SWRÄG 2006 haben Begriffe in die Rechtsordnung Eingang gefunden, die es vorab zu klären gilt. Da

³⁵⁸ Vgl. Kinderrechte in Österreich – im Dialog mit dem UN-Kinderrechtsausschuss, 1. Staatenbericht gemäß Art 44 UN-Kinderrechtskonvention, BMUJF (2000) 217 ff.

³⁵⁹ Österreich neu regieren, Regierungsprogramm der ÖVP/FPÖ Regierung 2000-2003 (vorgestellt am 9. Februar 2000), abrufbar unter www.spiegel.de/media/0,4906,2897,00.pdf (Stand: 24.1.2012) 108.

die neu geschaffenen Bestimmungen diesbezüglich selbst meist eine Erklärung schuldig bleiben, ist dazu vor allem auf bestehende Gesetze und vorhandene Lehrmeinung zurückzugreifen.

2.1 Medizinische Behandlung

2.1.1 „Medizinische Behandlung“ im Sinne des § 110 StGB

Sowohl das KindRÄG 2001 (in § 146 c ABGB) als auch das SWRÄG 2006 (in § 283 ABGB) knüpfen an den Begriff der „medizinischen Behandlung“ an. Aus den Materialien zu den Regierungsvorlagen ergibt sich dazu, dass dieser in Anlehnung an § 110 StGB zu verstehen ist. Einleitend wird der Behandlungsbegriff näher erläutert und geklärt, welche „Behandlungen“ davon erfasst sind.

Unter eine „**medizinische Behandlung**“ fällt demnach zum einen die Heilbehandlung, also der therapeutische, diagnostische oder prophylaktische Eingriff, der von ärztlicher Seite oder nach ärztlicher Anordnung, etwa von Angehörigen der Gesundheits- und Krankenpflege, aufgrund einer anerkannten medizinischen Indikation vorgenommen wird³⁶⁰. Ebenso sind jene medizinischen Maßnahmen, die mangels medizinischer Indikation zwar nicht Heilbehandlungen sind, jedoch auch mit einem Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten verbunden sind und vom Arzt vorgenommen oder angeordnet werden müssen, als medizinische Behandlungen zu verstehen. Erfasst sind also auch kosmetische Operationen, Transplantationen und Transfusionen³⁶¹.

³⁶⁰ RV 1420 BlgNR 22. GP, 19; *Barth*, ÖJZ 2000, 57; *Fuchs*, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I² (1997) 141; *Willinger*, *Aufklärungspflicht*, 93 f. *Kienapfel*, Grundriss des Strafrechts, BT I² § 83 Rz 25; *Burgstaller*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch (1982) § 83 Rz 30; *Loebenstein*, Die strafrechtliche Haftung des Arztes bei operativen Eingriffen, ÖJZ 1978, 309; *Fleisch*, ÖJZ 1965, 421.

³⁶¹ RV 1420 BlgNR 22. GP, 19; vgl. *Barth*, ÖJZ 2000, 57 f.

Nicht unter den medizinischen Behandlungsbegriff fallen medizinische **Experimente** zu rein wissenschaftlichen Zwecken, auch wenn diese von Ärzten vorgenommen oder angeordnet wurden. Das KindRÄG 2001 ließ dies vorerst noch offen³⁶². Seit dem SWRÄG 2006 findet sich dazu (neben den Vorschriften im AMG und MPG) aber mit § 284 ABGB eine eigene gesetzliche Bestimmung.

Auch der Sonderfall der **Sterilisation** ist vom Behandlungsbegriff des § 110 StGB nicht erfasst und wird im KindRÄG 2001 eigens durch die gesetzliche Bestimmung des § 282 Abs 3 ABGB, seit dem SWRÄG 2006 in § 284 ABGB geregelt.

Ebenso sind **Schwangerschaftsabbrüche**³⁶³, die **Vornahme von Genanalysen** und **medizinisch unterstützter Fortpflanzung** vom Behandlungsbegriff nicht erfasst.

Zudem zählen nach klarem Willen des Gesetzgebers des SWRÄG³⁶⁴ **therapeutische Maßnahmen** von Angehörigen anderer Gesundheitsberufe wie beispielsweise von Psychotherapeuten, Psychologen, Heilpädagogen, Ergotherapeuten, Logopäden ua (dazu noch anders das KindRÄG 2001³⁶⁵) nicht zu den medizinischen Behandlungen.

Medizinische oder pflegerische Maßnahmen, die von Pflegefachkräften - gemeint sind nach § 11 f GuKG „diplomierte Gesundheits- und Krankenschwestern“ bzw „diplomierte Gesundheits- und Krankenpfleger“ – vorgenommen werden, fallen unter den Begriff der „medizinischen Behandlung“, sofern sie nach § 15 Abs 1 GuKG im Rahmen ihres mitverantwortlichen Tätigkeitsbereiches - dh nach ärztlicher Anordnung - durchzuführen sind. Dies ergibt sich aus § 15 Abs 5 GuKG, der beispielhaft die Verabreichung von Arzneimitteln, Injektionen, den Anschluss von Infusionen, die Blutentnahme, das Setzen von Kathetern oder die Durchführung von Darmeinläufen aufzählt. Aber

³⁶² Bertel/Schwaighofer, Strafrecht, BT I⁷ § 110 Rz 7; Resch, Die Fähigkeit zur Einwilligung – zivilrechtliche Fragen, in Kopetzki (Hrsg), Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit (2002) 41; Barth, ÖJZ 2000, 57 f; Barth, ÖA 1999, 155 ff; Kienapfel, Strafrechts, BT I⁴ § 110 Rz 7 ff; Schmoller in Triffterer, StGB-Kommentar § 110 Rz 25; Leukauf/Steininger, Kommentar zum StGB³ § 110 Rz 5.

³⁶³ RV 296 BlgNR 21. GP, 54.

³⁶⁴ RV 1420 BlgNR 22. GP, 19.

³⁶⁵ Barth, ÖJZ 2002, 596.

auch die in der Praxis häufige Anlage einer Magensonde, also einer „nasogastralen“ Sonde, bzw ihrer besonders bei Langzeitbehandlungen häufig angewandten Form, der sogenannten „**PEG-Sonde**“³⁶⁶ stellt eine medizinische Behandlung dar, die nach ärztlicher Anordnung durchgeführt werden muss³⁶⁷.

Werden pflegerische Maßnahmen von Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege hingegen im Rahmen ihres eigenverantwortlichen Tätigkeitsbereiches iSd § 14 GuKG durchgeführt, so sind sie, auch wenn sie mit einem Eingriff in die körperliche Integrität verbunden sind wie zB Baden oder Massieren, nicht unmittelbar von § 146 c ABGB bzw § 283 ABGB erfasst. In diesen Fällen, aber auch in anderen Fällen unregelter Maßnahmen im medizinischen (Nahe-) Bereich, insbesondere wenn diese invasiv sind, können die Grundwertungen der § 146 c ABGB bzw § 283 ABGB analog zur Anwendung gelangen³⁶⁸. Daran wäre etwa bei Verordnung der „Pille“ zu denken.

2.1.2 Einfache und schwere medizinische Behandlung

Innerhalb der medizinischen Behandlungen werden die **einfachen** von den **schwerwiegenden medizinischen Behandlungen** unterschieden. Diese Unterscheidung ist zwar nichts Neues, erlangt aber auch im Rahmen dieser Gesetze immer wieder an Bedeutung.

Dazu ist insbesondere zu klären, was unter einer schweren medizinischen Behandlung zu verstehen ist; ergibt sich nämlich, dass eine Behandlung nicht die Kriterien einer schweren medizinischen Behandlung erfüllt, so handelt es sich ohnehin um eine einfache Behandlung.

³⁶⁶ „Perkutane endoskopisch (kontrollierte) Gastrostomie“: eine Form von Magensonde, die der künstlichen Verabreichung von Nahrung dient.

³⁶⁷ Barth/Dokalik in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 168.

³⁶⁸ 1420 BlgNR 22. GP, 19.

Schwere medizinische Behandlungen

Schwere medizinische Behandlungen sind solche, die gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden sind.

Eine **schwere Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit** liegt vor, wenn die Voraussetzungen des § 84 Abs 1 StGB (Gefahr einer schweren Körperverschädigung oder Gesundheitsschädigung) erfüllt sind. Der Eingriff muss also entweder eine an sich schwere Beeinträchtigung darstellen (etwa weil lebenswichtige Organe betroffen sind) oder eine 24 Tage übersteigende Gesundheitsschädigung bzw Berufsunfähigkeit nach sich ziehen³⁶⁹.

Nachhaltig ist eine Beeinträchtigung dann, wenn die Auswirkungen der Behandlung entweder gar nicht oder nur sehr schwer wieder zu beseitigen sind.

Eine **schwere oder nachhaltige Beeinträchtigung der Persönlichkeit** ist beispielsweise anzunehmen, wenn mit der Einnahme von Psychopharmaka oder anderen Medikamenten Hemmungen der geistigen oder intellektuellen Fähigkeiten, Abhängigkeitsentwicklungen oder Depressionen verbunden sein können³⁷⁰.

Wesentlich ist, dass es sich um einen Eingriff handelt, der gewöhnlich (mit Beziehung auf die behinderte Person) mit der Gefahr einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung verbunden ist³⁷¹. Beeinträchtigungen, die die Folge von atypischen oder seltenen Risiken sind, bleiben außer Betracht³⁷².

Im Hinblick auf die Risikogeneignung ist desweiteren zu beachten, dass diese mit zunehmendem Alter steigen kann; so können Behandlungen, die bei

³⁶⁹ Foregger/Fabrizy, StGB⁹ § 84 Rz 11; Fabrizio, StGB⁸ § 84 StGB, 276 ff; Haidenthaller, RdM 2001, 166; Barth, ÖJZ 2002, 596 f mwN.

³⁷⁰ RV 1420 BlgNR 22. GP, 20.

³⁷¹ RV 1420 BlgNR 22. GP, 20.

³⁷² Hopf/Weitzenböck, ÖJZ 2001, 530 ff; Weitzenböck in Ferarri/Hopf, Reform des Kindschaftsrechts, 13.

Minderjährigen einfach sind, bei älteren Menschen als „schwerwiegend“ im Sinne des § 283 Abs 2 ABGB einzustufen sein³⁷³.

„**Schwere Behandlungen**“ im Sinne des Gesetzes sind im Wesentlichen solche, die mit großem Risiko, erheblichen Nebenwirkungen (zB hoch dosierte Neuroleptika und Depotbehandlungen) bzw erheblichen Schmerzen verbunden sind³⁷⁴. Dazu zählen operative Eingriffe an lebenswichtigen Organen, Amputationen, risikobehaftete diagnostische Maßnahmen bzw Chemo- und Strahlentherapie³⁷⁵.

Aber auch das Einsetzen einer „PEG-Sonde“ bei älteren Menschen stellt in der Regel eine schwerwiegende medizinische Behandlung dar, da sie häufig zu einer Fixierung des (hochbetagten) Patienten führt, eine gesteigerte Komplikationsneigung (Infektionen) aufweist und der Zustand natürlicher Nahrungsaufnahme insbesondere bei hochbetagten Patienten nur schwer wieder herstellbar ist³⁷⁶.

Hingegen fallen im Regelfall risikolose einfache Operationen wie Mandel- oder Polypenoperationen oder andere verhältnismäßig harmlose Eingriffe wie Zahnfüllungen³⁷⁷, das Entfernen einer Warze³⁷⁸, das Stechen eines Ohrläppchens³⁷⁹, die Gripeschutzimpfung³⁸⁰ oder die Verordnung risikoloser Medikamente³⁸¹ nicht unter den Begriff der „schwerwiegenden Behandlung“, sondern stellen einfache medizinische Behandlungen dar.

³⁷³ Weitzenböck in Schwimann, ABGB-Praxiskommentar³, ErgBd 2007 § 283 Rz 4.

³⁷⁴ RV 1420 BlgNR 22. GP, 20.

³⁷⁵ RV 1420 BlgNR 22. GP, 20.

³⁷⁶ Böhmer, Zum Einsatz der PEG-Sonde in der Geriatrie, FamZ 2007, 1 ff; RV 1420 BlgNR 22. GP, 20; Schauer, ÖJZ 2007, Teil I, 173 ff; Weitzenböck in Schwimann, ABGB-Praxiskommentar³, ErgBd 2007 § 283 Rz 4 FN 9.

³⁷⁷ Engländer, Aufklärungspflicht, 154; vgl Menardi, ÖA 1998, 3 f; Schramm/Stempkowski, RdM 1997, 136 f.

³⁷⁸ Menardi, ÖA 1998, 3 f.

³⁷⁹ Menardi, ÖA 1998, 3 f.

³⁸⁰ Engländer, Aufklärungspflicht, 154.

³⁸¹ Engländer, Aufklärungspflicht, 154.

2.2 Behinderte Person

Mit dem SWRÄG 2006 hat der Begriff der „behinderten Person“ Eingang in das Gesetz gefunden. Vom Umfang des erfassten Personenkreises ändert sich dadurch aber im Vergleich zur bisherigen Rechtslage nichts. Als „behinderte Personen“ gelten weiterhin psychisch kranke und geistig behinderte Menschen.

Was konkret unter einer **psychischen Krankheit** bzw einer **geistigen Behinderung** zu verstehen ist, lassen sowohl das Gesetz selbst als auch die Gesetzesmaterialien des SWRÄG weiterhin offen. Die EB zur RV des SWRÄG 2006 gehen auf diese Begriffe gar nicht ein³⁸², was wohl darauf zurückzuführen ist, dass sich in Bezug auf den erfassten Personenkreis inhaltlich durch das SWRÄG keine Änderungen ergeben haben.

Für die Klärung der beiden Begriffe, die auf das SWG 1983 zurückgehen, ist insbesondere auf die von der Lehre und Rsp dazu gemachten Ausführungen zu verweisen, da auch das SWG von 1983 selbst nicht viel zur Erklärung beitrug³⁸³ (vgl dazu das Kapitel Die gesetzliche Vertretung in rechtsgeschichtlicher Entwicklung: Voraussetzungen für die Bestellung eines Sachwalters nach § 273 ABGB).

2.3 Einsichts- und Urteilsfähigkeit

Der von Lehre und Judikatur entwickelte Begriff der „Einsichts- und Urteilsfähigkeit“ wurde durch das KindRÄG 2001 in § 146 c ABGB erstmals ausdrücklich im Gesetz übernommen (in Folge übernahm auch § 283 ABGB des SWRÄG 2006 diesen Begriff). Gesetzliche Kriterien darüber, unter welchen Voraussetzungen die Einsichts- und Urteilsfähigkeit zu bejahen bzw zu verneinen

³⁸² Vgl RV 1420 BlgNR 22. GP, 10 ff.

³⁸³ Vgl dazu Kapitel II 4.2.1.

ist, fehlen allerdings weitgehend. Diesbezüglich finden sich weder in § 146 c ABGB noch in § 283 ABGB Anhaltspunkte.

Da auch die EB zu den Gesetzen keinen Aufschluss darüber bieten, was unter „Einsichts- und Urteilsfähigkeit“ zu verstehen ist bzw wann jemand konkret über diese Fähigkeit verfügt, sondern die EB zum KindRÄG lediglich davon sprechen, dass dem Gesetzgeber als Vorbild für § 146 c ABGB der unbestimmte Rechtsbegriff der Einsichts- und Urteilsfähigkeit des § 36 UbG diene³⁸⁴, bleibt einem nur, auf die Ausführungen dazu zurückzugreifen. Diese gehen im Wesentlichen auf *Kopetzki* zurück, der bei seinen Ausführungen im Großen und Ganzen dem Modell des deutschen Strafrechtlers *Amelung* folgt³⁸⁵.

2.4 Gefahr im Verzug

Grundsätzlich bedarf jede medizinische Behandlung zu ihrer Rechtmäßigkeit einer Einwilligung samt vorangegangener Aufklärung. Von diesem Erfordernis ist jedoch abzusehen, wenn eine Einwilligung aufgrund einer medizinischen Notfallsituation nicht einholbar ist. Ein Arzt, der in diesem Fall ohne Einwilligung behandelt, macht sich weder strafbar noch zivilrechtlich haftbar.

Unter den Begriff der **Gefahr im Verzug** werden Fälle subsumiert, bei denen die Einholung der Einwilligung mit einem solchen zeitlichen Aufschub verbunden ist, dass damit für den Betroffenen Lebensgefahr bzw die Gefahr einer schweren gesundheitlichen Schädigung entstünde.

Zu berücksichtigen ist dabei zum einen die Schwere des drohenden Gesundheitsschadens, zum anderen das Kriterium der Dringlichkeit.

Im Hinblick auf die **Schwere des drohenden Gesundheitsschadens** muss - in Übereinstimmung mit § 110 Abs 2 StGB zumindest eine

³⁸⁴ RV 296 BlgNR 21. GP, 28 f.

³⁸⁵ Vgl dazu Kapitel III 3.2.

Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes in der Qualität einer schweren Körperverletzung iSd § 84 Abs 1 StGB zu erwarten sein³⁸⁶.

Bezüglich des Kriteriums der **Dringlichkeit** ist anzumerken, dass „Gefahr im Verzug“ nie ein zeitliches Fixum ist; vielmehr ist sie immer in Bezug zur notwendigen Dauer einer seriösen Behandlungsentscheidung zu sehen³⁸⁷. Die Dauer nimmt bei fremdbestimmten schwerwiegenden Behandlungen zu.

Erfasst von der Gefahr-im-Verzug-Regelung sind daher Situationen, in denen aufgrund akuter Lebensgefahr bzw Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung zeitlich gesehen gar keine Befragung des Patienten bzw keine für die Einwilligung erforderliche Aufklärung erfolgen kann, wobei dabei keine Rolle spielt, ob der Patient geistig behindert oder psychisch krank ist und über die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügt oder nicht³⁸⁸.

Dies kann der Fall sein, wenn der Patient bewusstlos ist, starke Schmerzen hat oder unter Schock oder starker Medikamenteneinwirkung steht und mit der Behandlung nicht bis zur Wiedererlangung des vollen Bewusstseins gewartet werden kann. Bei starken Schmerzen ist im Übrigen immer von Gefahr im Verzug auszugehen – das bedeutet für den Fall eines behinderten Patienten, dass die Verabreichung von Schmerzmitteln nicht davon abhängig gemacht werden muss, ob der Sachwalter erreichbar bzw bestellbar ist oder nicht³⁸⁹.

³⁸⁶ Vgl dazu die Ausführungen in Kapitel IV 2.1.2.

³⁸⁷ *Barth/Dokalik* in *Barth/Ganner*, Handbuch des Sachwalterrechts, 186.

³⁸⁸ *Barth*, Checkliste: Medizinische Behandlungen von Personen unter Sachwalterschaft, RdM 2006, 101; *Barth*, RZ 2004, 185.

³⁸⁹ RV 1420 BlgNR 22. GP, 21; *Barth*, RdM 2006, 101; *Barth*, RZ 2004, 185.

3 Weichenstellung durch das KindRÄG 2001

3.1 Die Bestimmung des § 146 c ABGB

Mit § 146 c Abs 1 ABGB idF KindRÄG 2001 wurde festgelegt, dass es hinsichtlich der **Einwilligungen bei medizinischen Behandlungen** Minderjähriger auf das Vorliegen derer Einsichts- und Urteilsfähigkeit ankommt.

Ist der Minderjährige **einsichts- und urteilsfähig**³⁹⁰, kann er bei **einfachen** medizinischen Behandlungen³⁹¹ selbst die Einwilligung erteilen. Dabei wird im Zweifel bei mündigen Minderjährigen das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit vermutet.

Nur für den Fall, dass es dem betroffenen Minderjährigen an der erforderlichen Einsichts- und Urteilsfähigkeit mangelt, hat an seiner Stelle die Person, die mit Pflege und Erziehung betraut ist, ihre Einwilligung zu erteilen.

Ist eine Behandlungsentscheidung hinsichtlich einer **schweren** medizinischen Behandlung zu treffen, bedarf es laut § 146 c Abs 2 neben der Einwilligung des einsichts- und urteilsfähigen minderjährigen Kindes auch immer der Zustimmung der Person, die mit der Pflege und Erziehung betraut ist³⁹².

Liegt **Gefahr im Verzug**³⁹³, dh ein Notfall vor, so kann nach § 146 c Abs 3 ohne die Einwilligung des einsichts- und urteilsfähigen Kindes sowie ohne Zustimmung der Person, die mit Pflege und Erziehung betraut ist, behandelt werden.

³⁹⁰ Vgl zum Begriff Kapitel III 3.2.

³⁹¹ Vgl zum Begriff Kapitel IV 2.1.

³⁹² OGH 19.12.1984, 3 Ob 562/84, SZ 57/207 = EvBl 1985/85 = JBl 1985, 548 = RdW 1985, 272 = ÖA 1986, 78; *Stormann* in *Schwimmann*, ABGB-Praxiskommentar I³ § 146 c Rz 8; vgl *Barth*, ÖJZ 2002, 596; vgl *Menardi*, ÖA 1998, 3; *Englährringer*, Aufklärungspflicht, 155.

³⁹³ Vgl zum Begriff Kapitel IV 2.4.

3.2 **Auswirkungen des KindRÄG 2001 auf die medizinische Behandlung behinderter Personen**

Die Einführung des KindRÄG 2001 brachte auch für behinderte Menschen wesentliche Neuerungen für den Bereich der **Einwilligung bei medizinischen Behandlungen**. Dies ergibt sich aus **§ 282 Abs 1 ABGB**, der festlegt, dass die Bestimmungen des 3. Hauptstückes „Von den Rechten zwischen Eltern und Kindern“ und die des ersten Abschnittes des vierten Hauptstückes „Von der Obsorge einer anderen Person“ auch auf die Rechte und Pflichten des Sachwalters entsprechend anzuwenden sind.

Es sei aber an dieser Stelle angemerkt, dass nicht alle Regelungen des Kindschaftsrechts im Sachwalterrecht zur Anwendung gelangen³⁹⁴. Im Folgenden werden die Änderungen im Zusammenhang mit der **Einwilligung zu medizinischen Behandlungen** dargestellt, die sich im Zuge des Inkrafttretens des KindRÄG 2001 für das **Sachwalterrecht** ergeben haben.

Den folgenden Ausführungen vor auszuschicken ist, dass mit der Einführung des KindRÄG 2001 das Kindschaftsrecht vollkommen vom Sachwalterrecht abgekoppelt wurde. Damit kann seitdem ein Sachwalter nur noch für volljährige geistig behinderte oder psychisch kranke Personen bestellt werden (Volljährigkeit bestand nun bereits mit vollendetem 18. Lebensjahr); für Minderjährige ist das Institut der Sachwalterschaft nun nicht mehr vorgesehen.

³⁹⁴ RV 296 BlgNR 21. GP, 80 f.

3.2.1 Medizinische Behandlungen beim einsichts- und urteilsfähigen behinderten Patienten

a) „Einfache“ medizinische Behandlungen

Aus § 282 Abs 1 iVm § 146 c Abs 1 Satz 1 Halbsatz 1 idF des KindRÄG 2001 ergibt sich, dass auch für psychisch kranke oder geistig behinderte Personen die Einsichts- und Urteilsfähigkeit das ausschlaggebende Kriterium für die Einwilligung zur Behandlung ist. Verfügt ein behinderter Patient über die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit, kann er selbst die Einwilligung für eine **medizinische Behandlung** erteilen bzw diese verweigern; dies unabhängig davon, ob für ihn ein Sachwalter mit einem die Einwilligung in medizinische Behandlungen umfassenden Wirkungskreis bestellt wurde oder nicht³⁹⁵.

b) Schwere medizinische Behandlungen

Auch bei **schweren medizinischen Behandlungen**, bleibt die Befugnis zur Einwilligung beim einsichts- und urteilsfähigen „behinderten“ Patienten³⁹⁶; auch dies gilt unabhängig von einer Sachwalterbestellung.

Dass die Einwilligungsbefugnis im Unterschied zu Minderjährigen auch in diesen Fällen allein beim einsichts- und urteilsfähigen Betroffenen bleibt, ergibt sich daraus, dass **§ 146 c Abs 2 ABGB idF KindRÄG 2001** - wie die

³⁹⁵ Zur Rechtslage nach dem KindRÄG 2001 vgl RV 296 BlgNR 21. GP, 81; *Weitzenböck* in *Schwimann*, ABGB-Praxiskommentar I³ § 282 Rz 3; *Gitschthaler*, Handlungsfähigkeit minderjähriger und besachwalteter Personen. Eine Darstellung aus materiellrechtlicher Sicht, Teil II, ÖJZ 2004, 125; *Barth*, RZ 2004, 184; *Kletecka* in *Aigner et al*, Handbuch Medizinrecht I/141; *Kopetzki* in *Kopetzki*, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, 12; *Bernat*, VersR 2002, 1477; *Barth*, ÖJZ 2002, 62; *Schauer*, NZ 2001, 280.

³⁹⁶ Zur Rechtslage nach dem KindRÄG 2001 vgl *Barth*, RZ 2004, 184; *Kopetzki* in *Kopetzki*, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, 12 f; *Schauer*, NZ 2001, 279 f.

Erläuterungen zur Regierungsvorlage ergeben³⁹⁷ - **im Sachwalterrecht nicht zur Anwendung** gelangt. Begründet wird dies mit dem zwischen Eltern und Kindern bestehenden Verhältnis, das Eltern die Gelegenheit bietet, ihre daraus resultierende besondere Verantwortung wahrzunehmen. Der Grundgedanke dieses Verhältnisses sei im Verhältnis zwischen Sachwalter und Betroffenen nicht anzuwenden. Weiters wird in den Erläuterungen zu § 146 c ausgeführt, dass *„die Entscheidung über derart schwerwiegende Behandlungen doch ein sehr hohes Maß an geistiger Leistungsfähigkeit und Lebenserfahrung erfordert und § 146 c Abs 2 dem Schutz des zwar einsichts- und urteilsfähigen, aber unter Umständen in seiner Person noch nicht gefestigten Kindes dienen soll“*³⁹⁸. Auch wenn dieses Argument unbeachtet lässt, dass bei einer behinderten Person ebenso vergleichbare Umstände vorliegen können, die eine zusätzliche Zustimmung des Sachwalters (neben der Einwilligung der behinderten Person) rechtfertigen könnten³⁹⁹, ist der Ansicht im Endeffekt zu folgen. Die Gründe hierfür liegen darin, dass auch bereits andere Bestimmungen wie § 8 Abs 3 KAKuG oder § 36 UbG, dem einsichts- und urteilsfähigen Behinderten zugestehen, die Einwilligung in die Heilbehandlung alleine zu erteilen, auch bei gravierenden Eingriffen. Da hier für eine abweichende Beurteilung keinerlei Anlass besteht, kann es aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes auch außerhalb von § 8 Abs 3 KAKuG und § 36 UbG alleine auf die Einwilligung des Behinderten ankommen. Die Ursache für die unterschiedliche Bewertung zweier eigentlich vergleichbar schutzwürdiger Personengruppen ist in der Funktion der elterlichen Erziehung zu sehen, deren Aufgabe darin besteht, das Kind auf ein selbstbestimmtes und eigenverantwortliches Leben vorzubereiten⁴⁰⁰. Schauer betont, dass die Zustimmung des Sachwalters nicht erforderlich ist, sofern die behinderte Person einsichts- und urteilsfähig ist, da die Vornahme einer schwerwiegenden medizinischen Behandlung hinsichtlich ihrer möglichen Folgen dazu geeignet ist, die Zielvorstellungen elterlicher Erziehung, die für die Eltern nicht nur eine Pflicht,

³⁹⁷ RV 296 BlgNR 21. GP, 81.

³⁹⁸ RV 296 BlgNR 21. GP, 54 ff.

³⁹⁹ Schauer, NZ 2001, 280.

⁴⁰⁰ Vgl dazu auch Schauer, NZ 2001, 275 ff.

sondern auch ein Recht darstellt, zu durchkreuzen, dem Sachwalter ein vergleichbares Recht aber nicht zusteht⁴⁰¹.

Für das Sachwalterrecht gilt daher, dass die **behinderte Person**, sofern ihre Einsichts- und Urteilsfähigkeit gegeben ist, auch in Fällen von **schweren medizinischen Behandlungen** selbst die Einwilligung in die medizinische Behandlung erteilen kann.

Somit wurde auch im Hinblick auf die Einwilligung bei behinderten Personen die bisherige Praxis⁴⁰² im Wesentlichen in das Gesetz aufgenommen und deren Selbstbestimmungsrecht in diesem Bereich bestärkt.

3.2.2 Medizinische Behandlungen beim einsichts- und urteilsunfähigen behinderten Patienten

Ist ein behinderter Patient nicht **einsichts- und urteilsunfähig**, so kann er selbst nicht wirksam in eine medizinische Behandlung einwilligen. In diesem Fall ist die Einwilligung vom Sachwalter, dessen Wirkungskreis auch die Einwilligung in medizinische Behandlungen umfasst, zu erteilen⁴⁰³; dies ergibt sich seit dem KindRÄG 2001 aus § 282 Abs 1 iVm § 146 c Abs 1 Satz 2 und gilt unabhängig davon, ob es sich dabei um eine einfache oder eine schwere medizinische Behandlung handelt. Bei **schweren medizinischen Behandlungen** ist allerdings in Anwendung des § 282 Abs 1 iVm § 216 ABGB idF KindRÄG 2001 vorgesehen, dass neben der Einwilligung des Sachwalters auch eine pflegschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich ist, da eine solche Behandlung eine wichtige

⁴⁰¹ Schauer, NZ 2001, 275 ff; idS auch Kopetzki in Kopetzki, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, 12 f; Barth, RZ 2004, 184; im Ergebnis übereinstimmend, wenn auch anders begründet Bernat, VersR 2002, 1477, der § 8 Abs 3 KAKuG idF des KindRÄG 2001 als lex specialis gegenüber § 146 c Abs 2 ABGB sieht und daraus die Nichtanwendung des § 146 Abs 2 leg cit im Sachwalterrecht ableitet.

⁴⁰² Vgl OGH 21.10.1987, 8 Ob 652/87, EvBl 1988/85 = RpfSlgA 8071; Schauer, NZ 2001, 280.

⁴⁰³ Gitschthaler, Handlungsfähigkeit, Teil II, ÖJZ 2004, 125.

Angelegenheit iSd § 216 ABGB darstellt⁴⁰⁴. Dies deckt sich auch mit der ständigen Rsp des OGH⁴⁰⁵. Dieser betont in seinen Entscheidungen dazu aber immer wieder, dass sich das Pflegschaftsgericht bei seiner Entscheidung darauf zu beschränken hat, die Einwilligung des Sachwalters zu genehmigen oder eben nicht; eine Befugnis des Gerichts, die Einwilligung des Sachwalters zu ersetzen bzw selbst den Eingriff anzuordnen, besteht nicht⁴⁰⁶. Laut Gesetz ist auch keine andere Möglichkeit der Substitution der Einwilligung des einsichts- und urteilsunfähigen Betroffenen als die durch den Sachwalter vorgesehen⁴⁰⁷.

Gibt es noch keinen Sachwalter für den Patienten bzw umfasst dessen Wirkungskreis nicht die Einwilligung zu medizinischen Behandlungen, so ist beim zuständigen Pflegschaftsgericht eine Sachwalterschaft (auch) für diesen Bereich anzuregen; ausgenommen sind Fälle, bei denen Gefahr im Verzug besteht.

3.3 Behandlungen bei Gefahr im Verzug

Die rechtliche Grundlage für Fälle einer **Gefahr im Verzug** bildet die Regel des § 146 c Abs 3 ABGB idF KindRÄG 2001. Mit dieser § 8 Abs 3 Satz 2 KAKuG nachgebildeten Bestimmung wurde nun auch für unaufschiebbare Behandlungen außerhalb der Krankenanstalt eine ausdrückliche Regelung geschaffen.

Bis zur Neuregelung durch das KindRÄG 2001 hatte für die Rechtmäßigkeit eigenmächtiger medizinischer Eingriffe im Notfall eine eindeutige rechtliche

⁴⁰⁴ OGH 11.11.1997, 7 Ob 355/97z, SZ 70/235 = JBI 1998, 443 = RdM 1998/6 (zust *Kopetzki*); LG Feldkirch 21.2.1996, 2 R 48/96, RdM 1996/16; vgl auch *Barth*, RZ 2004, 184 ff; *Stabentheiner* in *Rummel*, Kommentar ABGB³, ErgBd 2003 § 216 Rz 2.

⁴⁰⁵ OGH 12.12.1977, 1 Ob 735/77, SZ 50/161 = EvBl 1978/100; OGH 21.10.1987, 8 Ob 652/87, EvBl 1988/85 = RpfSlgA 8071; OGH 30.4.1991, 5 Ob 518/91, ÖA 1992, 89; OGH 11.11.1997, 7 Ob 355/97z, SZ 70/235 = JBI 1998, 443 = RdM 1998/6 (zust *Kopetzki*); OGH 22.4.1999, 6 Ob 55/99b, EFSlg 96.790; LG Feldkirch 21.2.1996, 2 R 48/96, RdM 1996/16; LG Innsbruck 19.3.2002, 51 R 35/02z, RdM 2002/63.

⁴⁰⁶ OGH 11.11.1997, 7 Ob 355/97z, SZ 70/235 = JBI 1998, 443 = RdM 1998/6 (zust *Kopetzki*); OGH 22.4.1999, 6 Ob 55/99b, EFSlg 96.790; idS auch LG Feldkirch 21.2.1996, 2 R 48/96, RdM 1996/16; LG Innsbruck 19.3.2002, 51 R 35/02z, RdM 2002/63.

⁴⁰⁷ Dazu OGH 21.10.1987, 8 Ob 652/87, EvBl 1988/85 = RpfSlgA 8071.

Grundlage gefehlt. Man hatte sich daher damit beholfen, in Fällen des Notfalls die Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag heranzuziehen⁴⁰⁸.

Zu untersuchen ist nun, ob die Gefahr-im-Verzug-Regelung des § 146 c Abs 3 ABGB idF KindRÄG 2001 **auch im Sachwalterrecht zur Anwendung** gelangt. Dazu ist zu bemerken, dass die Verweisungsregel des § 282 Abs 1 ABGB nur im Hinblick auf die „Rechte und Pflichten des Sachwalters“ besteht, die Notfallregel des § 146 c Abs 3 ABGB aber nicht diese, sondern die Rechtmäßigkeit der Behandlung betrifft. Daher würde nach dem Gesetzeswortlaut die Notfallregel von der Verweisung nicht erfasst und wäre sohin im Sachwalterrecht nicht anwendbar. Dasselbe gilt im Übrigen auch für die Notfallregel des § 216 ABGB. Da es aber eindeutig dem Willen des Gesetzgebers entsprach, beide Bestimmungen auch auf die Sachwalterschaft anzuwenden, ist diesbezüglich eine Analogie zu ziehen, sodass beide Bestimmungen sinngemäß auch für die Sachwalterschaft heranzuziehen sind⁴⁰⁹.

Somit besteht seit dem KindRÄG 2001 über § 282 Abs 1 iVm § 146 c Abs 3 ABGB auch für den Bereich des Sachwalterrechts eine eigene gesetzliche Grundlage für medizinische Notfallsituationen (Regelungen für Fälle der Gefahr-im-Verzug existierten bislang in § 110 StGB und § 8 KAKuG). Danach ist die Vornahme einer medizinischen Behandlung ohne die Einwilligung des Betroffenen bzw seines gesetzlichen Vertreters dann zulässig, wenn eine medizinische Notfallsituation iSd § 146 c Abs 3 idF KindRÄG 2001 vorliegt. In solchen Fällen kann auch die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung gemäß § 216 iVm § 282 ABGB unterbleiben.

⁴⁰⁸ Vgl zur Rechtslage vor dem Inkrafttreten des KindRÄG 2001 OGH 13.3.1980, 7 Ob 543/80, EvBl 1980/168 = JBl 1981,151 = VersR 1981, 765; Resch in Kopetzki, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, 138 f; Engljähringer, Aufklärungspflicht, 47; Bernat, RdM 1995, 56; Holzer in Holzer/Posch/Schick, Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich, 7 ff; Koziol, Haftpflichtrecht II², 122; Edlbacher, ÖJZ 1982, 371.

⁴⁰⁹ Vgl dazu die RV 296 BlgNR 21. GP, 56 und 81; vgl ebenso Weitzenböck in Schwimann, ABGB-Praxiskommentar I³ § 282 Rz 3; Stormann in Schwimann, ABGB-Praxiskommentar I³ § 146 c Rz 11; Stabentheiner in Rummel, Kommentar ABGB³, ErgBd 2003 § 146 c Rz 8; Kopetzki in Kopetzki, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, 13 f; Kletecka in Aigner et al, Handbuch Medizinrecht, I/142 f; Resch in Kopetzki, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, 45; Bernat, VersR 2002, 1471; Weitzenböck in Ferrari/Hopf, Reform des Kindschaftsrechts, 14; Hopf/Weitzenböck, ÖJZ 2001, 533; Haidenthaller, RdM 2001, 172 f.

Gefahr im Verzug ist **bei einem behinderten Patienten** speziell dann gegeben, wenn in einer Notfallsituation der Sachwalter für eine Einwilligung nicht rasch genug erreichbar ist oder ein Verfahren zur Ausweitung der Sachwalterschaft – etwa auf Zustimmungen zu medizinischen Behandlungen – eine zu lange Dauer in Anspruch nehmen würde (allenfalls auch der Einsatz als einstweiliger Sachwalter iSd § 120 AußStrG) bzw für das gerichtliche Genehmigungsverfahren nach der Zustimmung des Sachwalters nicht genug Zeit bleibt⁴¹⁰. Im Allgemeinen ist dabei zu berücksichtigen, dass für die Bestellung eines (einstweiligen) Sachwalters oder das gerichtliche Genehmigungsverfahren üblicherweise (auch bei vorrangiger Bearbeitung) mindestens zwei Wochen einzukalkulieren sind⁴¹¹. In vielen Fällen dauert die Bestellung eines Sachverständigen sogar deutlich länger.

Auch Fälle, in denen der Sachwalter pflichtwidrig 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, kommen vor.

Der Begriff der „Notfallsbehandlung“ ist daher – zumindest aus rechtlicher Sicht ein sehr dehnbarer. Ist ex nunc absehbar, dass die Behandlung vor Ablauf des Gerichtsverfahrens durchgeführt werden muss, liegt jedenfalls Gefahr im Verzug vor.

In einer Situation, in der eine Behandlung des Patienten nicht so dringend geboten ist und daher noch Zeit für Aufklärung und Einholung der Einwilligung wäre, der Arzt aber den Eindruck gewinnt, dass der Patient eventuell nicht einsichts- und urteilsfähig ist, stellt sich die Frage, ob ein Sachwalter für die Erteilung der Einwilligung rechtzeitig bestellbar bzw erreichbar ist. Ist dies der Fall, dann darf nur mit dessen Zustimmung behandelt werden. Ist dies nicht der Fall,

⁴¹⁰ Barth/Dokalik in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 185.

⁴¹¹ RV 1420 BlgNR 22. GP, 21.

dann liegt eine Situation der Gefahr im Verzug vor und die Behandlung darf ohne Einwilligung vorgenommen werden⁴¹².

In diesem Zusammenhang soll nun noch eine Frage, die sich in Verbindung mit der Gefahr-im-Verzug-Regelung häufig stellt, beantwortet werden: Bleibt ein Anwendungsbereich für das Rechtsinstitut der „**mutmaßlichen Einwilligung**“⁴¹³? Muss also derjenige, der in ein Rechtsgut eines anderen eingreifen will, ex ante prüfen, ob der Betroffene, dessen Entscheidung aus tatsächlichen Gründen nicht eingeholt werden kann, bei objektiver Würdigung aller Umstände die Einwilligung erteilen würde⁴¹⁴. Zur Beurteilung dieser Frage ist ein vernünftiger „Durchschnittsmensch“ in derselben Situation heranzuziehen. Würde dieser seine Zustimmung nicht erteilen, müsste der Eingriff unterbleiben.

Da der Aspekt der „mutmaßlichen Einwilligung“ in § 146 c Abs 3 ABGB (ebenso in § 8 Abs 3 KAKuG und § 110 StGB oder dem später durch das SWRÄG 2006 geschaffenen § 283 Abs 3 ABGB) keine Erwähnung findet, ist davon auszugehen, dass die „mutmaßliche Einwilligung“ im Anwendungsbereich dieser Bestimmung, dh im Zusammenhang mit der Vornahme medizinischer Behandlungen („Heilbehandlungen“ iSd § 110 StGB), bei Gefahr im Verzug keine Rolle spielt⁴¹⁵. Es ist anzunehmen, dass ein überwiegendes Interesse (ernste Gefahr des Lebens oder der Gesundheit) an der Vornahme des Eingriffs besteht und deshalb ein vernünftiger Mensch seine Zustimmung erteilen würde⁴¹⁶.

Im Zuge der Einführung des § 146 c wurde – wenn auch etwas missverständlich **§ 8 Abs 3 KAKuG** abgeändert, um eine Harmonisierung hinsichtlich der Behandlungszustimmung zwischen stationären und extramuralen

⁴¹² Barth, RdM 2006, 101; Barth, RZ 2004, 185.

⁴¹³ Vgl dazu Burgstaller/Schütz in Höpfel/Ratz (Hrsg), Wiener Kommentar zum StGB² (2004) § 90 Rz 209; Fuchs, Strafrecht, AT I³ 139 f; Schmoller in Triffterer, StGB-Kommentar § 110 Rz 96; Kienapfel, Strafrecht, AT⁶, 71 ff; Triffterer, Strafrecht, AT², 244 f; Leukauf/Steininger, Kommentar zum StGB³ § 3 Rz 42; Foregger/Serini, StGB⁵ § 90 Anm IV; Loebenstein, ÖJZ 1978, 309 ff; Zipf, ÖJZ 1977, 379 ff; Fleisch, ÖJZ 1965, 421 ff.

⁴¹⁴ Barth/Dokalik in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 186.

⁴¹⁵ Vgl dazu auch die Ausführungen von Barth/Dokalik in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 187.

⁴¹⁶ Zipf, ÖJZ 1977, 379 ff.

Behandlungen zu erreichen⁴¹⁷. Es gilt daher auch im Bereich des KAKuG, dass eine Behandlung an einer behinderten Person nur durchgeführt werden darf, wenn diese bzw ihr gesetzlicher Vertreter zustimmen. Für eine wirksame Zustimmung stellt auch § 8 Abs 3 KAKuG auf das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Betroffenen ab. Wenn auch im Gesetz die Rede davon ist, dass auf das Vorliegen der Handlungsfähigkeit abzustellen ist, so ergibt sich aus den EB zur RV⁴¹⁸, dass damit die besondere Handlungsfähigkeit iSd Einsichts- und Urteilsfähigkeit gemeint war.

4 Das Sachwalterrechtsänderungsgesetz 2006 – die geltende Rechtslage

4.1 Die Bestimmung des § 283 ABGB

Durch die Einführung des Sachwalterrechtsänderungsgesetzes 2006 wurde mit § 283 ABGB nun eine eigene zivilrechtliche Regelung geschaffen, die die Einwilligung bei medizinischen Behandlungen psychisch kranker und geistig behinderter Personen regelte. Wie bereits das KindRÄG 2001 stellt auch § 283 ABGB diesbezüglich auf das Vorhandensein der Einsichts- und Urteilsfähigkeit ab.

Nach § 283 Abs 1 ABGB kann eine behinderte Person in eine medizinische Behandlung, soweit sie einsichts- und urteilsfähig⁴¹⁹ ist, nur selbst einwilligen. Sonst ist grundsätzlich die Zustimmung des Sachwalters erforderlich, dessen Wirkungsbereich die Besorgung dieser Angelegenheit umfasst. Anknüpfungspunkt

⁴¹⁷ Kopetzki, Entscheidungsanmerkung zu OGH 11. 11. 1997, 7 Ob 355/97z (Schwangerschaftsabbruch bei Komapatientin), RdM 1998, 55 ff.

⁴¹⁸ RV 296 BlgNR 21. GP, 60 und 111.

⁴¹⁹ Vgl zur Einsichts- und Urteilsfähigkeit Kapitel III 3.2.

des § 283 ABGB ist der – vom KindRÄG 2001 in § 146 c eingefügte Begriff der – „medizinischen Behandlung“⁴²⁰.

4.2 Die medizinische Behandlung bei einsichts- und urteilsfähigen behinderten Personen

a) „Einfache“ und „schwere“ medizinische Behandlungen

§ 283 Abs 1 ABGB legt fest, dass eine behinderte Person bei Vorliegen ihrer Einsichts- und Urteilsfähigkeit in eine medizinische Behandlung nur selbst einwilligen kann. Das Vorliegen einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung schließt demnach nicht automatisch aus, dass der Betroffene die Einwilligung zu einer Behandlung erteilen kann.

Der einsichts- und urteilsfähige Betroffene kann nicht nur bei einfachen, sondern auch bei schwerwiegenden medizinischen Behandlungen seine Zustimmung selbst erteilen. Dies gilt auch dann, wenn ihm bereits ein Sachwalter bestellt wurde. Damit wird durch das SWRÄG 2006 nochmals klargestellt, dass (bei Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit) niemals – auch nicht bei schwerwiegenden medizinischen Maßnahmen – zusätzlich zur Einwilligung des Betroffenen die Zustimmung des Sachwalters erforderlich ist. Dieser Unterschied zum Kindschaftsrecht wird ein weiteres Mal damit begründet, dass der Sachwalter, anders als die Eltern (Art 8 EMRK), keine grundrechtlich gesicherte Position hat.

⁴²⁰ Vgl dazu Kapitel IV 2.1.

4.3 Die medizinische Behandlung bei einsichts- und urteilsunfähigen behinderten Personen

4.3.1 „Einfache“ medizinische Behandlungen

Ist der Betroffene im Hinblick auf eine vorzunehmende konkrete medizinische Behandlung nicht einsichts- und urteilsfähig, so hat der Sachwalter seine Zustimmung zu erteilen, damit die Vornahme der medizinischen Behandlung zulässig ist. Voraussetzung dafür ist, dass die Besorgung einer solchen Angelegenheit von seinem Wirkungskreis erfasst ist.

4.3.2 „Schwere“ medizinische Behandlungen

Handelt es sich um eine schwere medizinische Behandlung, kann der Sachwalter seine Zustimmung nicht ohne Weiteres erteilen, sondern er ist dabei an bestimmte Bedingungen gebunden.

a) Verpflichtende „second opinion“

Zur Vornahme einer solchen gravierenden medizinischen Behandlung darf der Sachwalter nach § 283 Abs 2 erster Satz ABGB seine Zustimmung nur erteilen, wenn ein vom behandelnden Arzt unabhängiger Arzt in einem ärztlichen Zeugnis iSd § 55 ÄrzteG 1998⁴²¹ bestätigt, dass der Betroffene nicht über die

⁴²¹ Ein ärztliches Zeugnis enthält eine schriftliche Darlegung über bestimmte, im gegenständlichen Zusammenhang wesentliche, vom Arzt wahrgenommene Umstände. Es unterscheidet sich vom Gutachten dadurch, dass Letzteres fachtechnische Schlussfolgerungen oder allgemeine Erfahrungssätze der medizinischen Wissenschaft enthält - vgl dazu *Stellamor/Steiner*, Handbuch

erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügt und die Vornahme der Behandlung zur Wahrung des Wohles der behinderten Person erforderlich ist.

Sinn dieser verpflichtenden ärztlichen „**second opinion**“ ist der Schutz der Betroffenen. Viele Patienten nehmen die Option wahr, vor der Entscheidung über einen schweren Eingriff noch eine zweite Meinung einzuholen; diese Möglichkeit muss auch Personen, die in ihrer Einsichts- und Urteilsfähigkeit beschränkt sind, offen stehen.

Wesentlich ist die **Unabhängigkeit des Arztes**, dh er darf nicht in derselben Abteilung einer Krankenanstalt oder in derselben Gemeinschaftspraxis⁴²² tätig sein, wohl aber in demselben Krankenanstaltenverbund bzw allenfalls auch in einer anderen Abteilung derselben Krankenanstalt. Dem widersprechen die Ausführungen der Regierungsvorlage nicht, wonach ein unabhängiger Arzt „*etwa nicht in derselben Krankenanstalt (tätig)*“ sein darf. Dabei wurde nämlich auf den Regelfall abgestellt, wonach in einer Krankenanstalt nur eine Abteilung für eine medizinische Fachrichtung eingerichtet ist⁴²³. Wesentlich ist lediglich, ob aufgrund von Weisungsverhältnissen eine „objektive“ Betrachtung der Umstände zu erwarten ist⁴²⁴.

Im Zusammenhang mit der Klärung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit werden an den Arzt grundsätzlich **keine besonderen Anforderungen** gestellt. Die Beurteilung kann daher im Normalfall jeder Facharzt oder Allgemeinmediziner vornehmen. Lediglich bei psychiatrischen Implikationen kann es notwendig sein, einen Facharzt für Psychiatrie und/oder Neurologie beizuziehen.

Der Arzt hat dabei jene Tatsachen festzustellen, die für das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit in Bezug auf die Entscheidung über die Vornahme der konkreten Behandlung wesentlich sind. Dabei genügt es nicht, wenn er lediglich festhält, dass „der Patient über die erforderliche Einsichts- und

Arztrecht I, Arzt und Recht (1999) 155 mwN; *Emberger/Wallner*, Ärztegesetz mit Kommentar² (2008) § 55, 268 ff; *Aigner/Kirein/Kopetzki*, Ärztegesetz 1998³ (2007) § 55, 154.

⁴²² *Weitzenböck* in *Schwimann*, ABGB-Praxiskommentar³, ErgBd 2007 § 283 Rz 5 FN 11.

⁴²³ *Barth/Dokalik* in *Barth/Ganner*, Handbuch des Sachwalterrechts, 181, FN 835.

⁴²⁴ *Barth/Dokalik* in *Barth/Ganner*, Handbuch des Sachwalterrechts, 181.

Urteilsfähigkeit verfügt“, auch wenn es nicht als Aufgabe des Arztes angesehen wird, die „Rechtsfrage“, ob der Patient „einwilligungsfähig ist oder nicht“, unmittelbar zu klären⁴²⁵.

Für die Frage, wer dazu befugt ist, zu **beurteilen**, ob die Vornahme einer bestimmten Behandlung zur Wahrung des Wohles des Betroffenen erforderlich ist, ist insbesondere § 31 ÄrzteG 1998 heranzuziehen. Aus § 31 Abs 3 ÄrzteG ergibt sich, dass Fachärzte ihre ärztliche Berufstätigkeit auf ihr Sonderfach zu beschränken haben. Dahingegen ist ein Arzt für Allgemeinmedizin grundsätzlich nicht auf besondere Bereiche in der Medizin beschränkt. Für den Fall, dass er sich aber auf ein Spezialgebiet „wagt“, hat er für das Fehlen der hierfür erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen einzustehen (§ 1299 ABGB). Vor diesem Hintergrund kann es unter Umständen erforderlich sein, dass zu verschiedenen Fragen zwei oder auch mehrere ärztliche Zeugnisse eingeholt werden müssen.

Die **Kosten** für das Zeugnis hat grundsätzlich der Betroffene – direkt oder im Wege des Aufwandsatzes nach § 276 Abs 3 ABGB - zu tragen, außer es besteht eine sozialversicherungsrechtliche Leistungspflicht⁴²⁶.

b) Gerichtliche Genehmigung

Kann der Sachwalter dem behandelnden Arzt kein ärztliches Zeugnis vorlegen, bleibt ihm nach § 283 Abs 2 zweiter Satz die Möglichkeit, seine Zustimmung gerichtlich genehmigen zu lassen. Der Sachwalter kann auch von vornherein – etwa aus Kostengründen – das Gericht befragen.

Eine **gerichtliche Genehmigung** ist auch dann - trotz Vorliegens eines „positiven“ ärztlichen Zeugnisses erforderlich, wenn der Betroffene zu erkennen gibt, dass er die Behandlung ablehnt. Dazu muss er nicht einsichts- und

⁴²⁵ Barth/Dokalik in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 181 f FN 836; Kodek in Rechberger (Hrsg), Kommentar zur Zivilprozessordnung³ (2006) § 498 Rz 5; vgl aA Schauer, ÖJZ 2007, Teil I, 173 ff.

⁴²⁶ RV 1420 BlgNR 22. GP, 20.

urteilsfähig sein; er muss nur, ausdrücklich oder konkludent, zum Ausdruck bringen, dass er die Behandlung nicht will. Dazu reicht jede formlose Willensäußerung (schriftlich, mündlich, konkludent durch entsprechende Verhaltensweisen wie etwa Kopfschütteln usw), sofern der Betroffene nur zu einer „ernst gemeinten“ Willensäußerung imstande ist⁴²⁷. Bestehen also irgendwelche Zweifel an der „Freiwilligkeit“ der Maßnahme, kann das Gericht befasst werden. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass nicht jede automatische Abwehrreaktion, etwa beim Geben einer Spritze oder bei einer Zahnbehandlung, schon eine Behandlungsablehnung darstellt⁴²⁸.

Für die Ausübung des „**Vetorechts**“ ist das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit – wie erwähnt – nicht vorausgesetzt; damit ist dieses auch nicht als nicht als Ausfluss des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen zu sehen, sondern dient vielmehr der Wahrung der Menschenwürde und wird auch als „Würdevorbehalt“ bezeichnet⁴²⁹.

Die Befassung des Gerichts ist hier schon im Lichte des Art 8 MRK vorzusehen, wonach Entscheidungen über unfreiwillige Behandlungen grundsätzlich einer gewissen verfahrensförmigen Ausgestaltung und Kontrolle unterliegen müssen⁴³⁰. Dabei ist die Verkomplizierung von Entscheidungsprozessen im „*Interesse von Verfahrensgerechtigkeit und rechtsstaatlicher Legitimation hinzunehmen*“⁴³¹.

⁴²⁷ Barth/Dokalik in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 183; aA Memmer, der davon ausgeht, dass bei Fehlen der kognitiven Fähigkeit eine „ernst gemeinte Willenserklärung“ nicht möglich ist, vgl dazu die Ausführungen Memmers in Aigner et al, Handbuch des Medizinrechts I/317 zur ähnlichen Problematik im Fall des Widerrufs einer Patientenverfügung.

⁴²⁸ Schauer, ÖJZ 2007, Teil I, 173 ff.

⁴²⁹ Barth/Dokalik in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 183; Amelung in Kopetzki, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, 24 ff; vgl dazu auch die Meinung von Memmer in FN 424.

⁴³⁰ RV 1420 BlgNR 22. GP, 20; Kopetzki, Unterbringungsrecht I, 418 ff.

⁴³¹ Kopetzki, Unterbringungsrecht I, 419 f.

4.4 Behandlungsverweigerung bzw Behandlungsabbruch

Das Recht, seine Einwilligung für eine Behandlung zu erteilen, umfasst als Kehrseite auch das Recht, die Vornahme einer Behandlung abzulehnen. Die Möglichkeit, die Einwilligung zu verweigern bzw den Abbruch einer Behandlung zu wünschen, liegt im Wesen jeder Einwilligungsbefugnis⁴³².

Vor allem für den Bereich der Intensivmedizin stellt sich immer wieder die Frage, ob und wie lange eine medizinische Maßnahme, die ganzheitlich betrachtet keinen Nutzen für den Patienten bringt, vorzunehmen ist⁴³³.

Davon erfasst sind zum einen Fälle der **Therapiebeendigung** = Therapieabbruch (aussichtslose intensivmedizinische Behandlungen werden uneingeschränkt beendet) und des **Therapieverzichts** (aufgrund der aussichtslosen Prognose wird der Patient nicht in die Intensivstation aufgenommen), zum anderen aber auch Fälle der **Therapiebegrenzung** (es erfolgt keine Therapiesteigerung, es werden keine zusätzlichen Maßnahmen ergriffen) und **Therapiereduktion** (bereits begonnene intensivmedizinische und andere therapeutische Maßnahmen werden zurückgenommen und/oder reduziert)⁴³⁴.

4.4.1 Behandlungsverweigerung bzw -abbruch bei einsichts- und urteilsfähigen Betroffenen

Da die Einwilligung notwendige Voraussetzung für die Vornahme der Behandlung ist, hat der einsichts- und urteilsfähige Patient die Möglichkeit, durch

⁴³² Kopetzki, Einleitung und Abbruch der künstlichen Ernährung beim einwilligungsunfähigen Patienten – Die österreichische Rechtslage, Ethik in der Medizin 2004, 275 ff.

⁴³³ Vgl dazu Interdisziplinärer österreichischer Konsensus-Arbeitskreis Therapiebegrenzung an der Intensivstation, Konsensuspapier der Intensivmedizinischen Gesellschaften Österreichs, Wiener Klinische Wochenschrift 116/21-22 (2004) 763 ff.

⁴³⁴ Interdisziplinärer österreichischer Konsensus-Arbeitskreis Therapiebegrenzung an der Intensivstation, WKW 2004, 763 ff.

Verweigerung oder Widerruf seiner Einwilligung den Abbruch bzw die Nichtaufnahme einer Behandlung rechtlich zu erzwingen. Dies gilt unabhängig davon, ob die Behandlung medizinisch indiziert ist oder nicht. Die Entscheidung einer Behandlungsverweigerung ist auch dann zu akzeptieren, wenn die Behandlung nach objektiven Maßstäben richtig und notwendig wäre. Allein der Umstand, dass eine vernünftige Person ihre Einwilligung für die Vornahme der Behandlung erteilt hätte, rechtfertigt nicht die Substitution der Einwilligung durch den Sachwalter. Wesentlich ist allerdings, dass die Entscheidung des betroffenen Patienten in gewissem Ausmaß nachvollziehbar ist. Mangelt es nämlich daran, so könnte dies Anlass für den Arzt sein kann, das Vorliegen der Einsichtsfähigkeit des Betroffenen näher zu prüfen⁴³⁵.

Lehnt aber ein einsichts- und urteilsfähiger Patient die Behandlung ab, so hat diese zu unterbleiben bzw ist abubrechen.

4.4.2 Behandlungsverweigerung bzw -abbruch bei einsichts- und urteilsunfähigen Betroffenen

Liegt die Ursache der unvernünftigen Verweigerung des Patienten, eine notwendige Behandlung durchführen zu lassen, ohne Zweifel in seiner psychischen Krankheit bzw geistigen Behinderung, so ist der Patient **einsichts- und urteilsunfähig**⁴³⁶. In diesem Fall entscheidet der Sachwalter anstelle des Betroffenen. Dabei umfasst sein Zustimmungsrecht grundsätzlich auch die Befugnis, die (weitere) Behandlung abzulehnen.

Problematisch sind jedoch Fälle, in denen der Sachwalter mit der Verweigerung seiner Zustimmung zu einer notwendigen medizinischen Behandlung das Wohl des betroffenen Patienten gefährdet. Denkbar wären solche

⁴³⁵ Kopetzki, Ethik in der Medizin 2004, 275 ff.

⁴³⁶ OGH 21.10.1987, 8 Ob 652/87, EvBl 1985/85 = RpfSlgA 8071; LG Feldkirch 21.2.1996, 2 R 48/96, RdM 1996/16; Posch in Schwimann, ABGB-Praxiskommentar I³ § 21 Rz 1; Bernat, VersR 2002, 1476; Hopf/Weitzenböck, ÖJZ 2001, 532; Barth, ÖJZ 2000, 63; Maurer/Tschugguel, Sachwalterrecht² § 282 Rz 2 f; Engljähringer, Aufklärungspflicht, 159 f; Bernat, RdM 1995, 54 f; Malecky, ÖJZ 1994, 685.

Fälle, wenn der Sachwalter in die Entscheidung seine eigene religiöse Einstellung oder die des einsichts- und urteilsunfähigen Betroffenen einfließen lässt und etwa die Vornahme einer Bluttransfusion an der behinderten Person ablehnt⁴³⁷.

Auch in derartigen Situationen darf sich der Arzt - ausgenommen Fälle der Gefahr im Verzug nicht einfach über die Erklärung des Sachwalters hinwegsetzen. Ihm steht lediglich die Möglichkeit offen, das Gericht zu informieren, das dann über die weitere Vorgehensweise - etwa Bestellung eines neuen Sachwalters zu entscheiden hat⁴³⁸.

Beruft sich der Sachwalter bei seiner Entscheidung auf einen dementsprechenden mutmaßlichen Patientenwillen, so ist dieser nur dann maßgeblich, wenn er in einer beachtlichen Patientenverfügung geäußert wurde. Sollten trotz Patientenverfügung bei den Ärzten Zweifel über den mutmaßlichen Patientenwillen bestehen, so haben sie wiederum die Möglichkeit, sich an das Pflegschaftsgericht zu wenden. Dieses überprüft dann, inwiefern eine beachtliche Patientenverfügung vorliegt, die den Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung rechtfertigt.

Fehlt eine solche, gefährdet der Sachwalter mit seinem Handeln das Wohl des Betroffenen. Dem Gericht steht dann die Möglichkeit offen, den Sachwalter seines Amtes zu entheben und eine andere geeignete Person zu bestellen bzw nach neuer Rechtslage kann es dessen Zustimmung in bestimmten Fällen auch direkt ersetzen⁴³⁹.

Allfällige sonstige Mutmaßungen des Sachwalters über den Patientenwillen sind irrelevant – in solchen Fällen ist dem Lebensschutz Vorrang einzuräumen⁴⁴⁰.

Auch wenn der Sachwalter der Ansicht ist, für eine Behandlung gibt es keine medizinische Indikation⁴⁴¹ und diese daher ablehnt, können die Ärzte das

⁴³⁷ *Mazal*, Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung von Zeugen Jehovas, in *Mazal*, Grenzfragen der ärztlichen Behandlung (1998) 27 ff.

⁴³⁸ Vgl dazu ausführlicher in Kapitel IV 5.1.

⁴³⁹ Vgl dazu die Ausführungen in Kapitel IV 5.1.

⁴⁴⁰ *Kopetzki*, Ethik in der Medizin 2004, 275 ff; vgl *Kneihs*, Pflegschaftsgerichtliche Genehmigung des lebensbeendenden Behandlungsabbruches? RdM 1999, 30 f.

⁴⁴¹ Vgl dazu die Ausführungen unter 4.5.

Pflegschaftsgericht anrufen, um eine Überprüfung zu erwirken. Diesen Weg wird ein Arzt etwa dann beschreiten, wenn er die Behandlung trotz fehlender medizinischer Indikation vornehmen möchte, weil er sich für den Patienten etwa einen psychischen Vorteil erwartet („placebo“). Eine solche Behandlung muss er zwar nicht, darf sie mit Zustimmung des Betroffenen aber durchführen. Wieder hat das Pflegschaftsgericht zu überprüfen, ob der Sachwalter durch seine Handlungsweise das Wohl des Betroffenen gefährdet und im Falle dessen wieder Schritte dagegen zu unternehmen.

4.5 Mangelnde medizinische Indikation

In Fällen mangelnder medizinischer Indikation ist irrelevant, ob beim Betroffenen die Einsichts- und Urteilsfähigkeit gegeben ist oder nicht. Die Einwilligung stellt lediglich eine von mehreren Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Behandlung dar. Eine weitere ist, ob die Behandlung überhaupt medizinisch indiziert ist. Liegt keine medizinische Indikation (mehr) vor, ist die Behandlung trotz Einwilligung des Patienten oder dessen Vertreters nicht vorzunehmen⁴⁴².

Die **medizinische Indikation fehlt** etwa, wenn die Behandlung aus medizinischer Sicht aussichtslos oder nicht (mehr) erfolgversprechend ist⁴⁴³, der Sterbeprozess bereits unaufhaltsam eingesetzt hat und durch eine weitere medizinische Maßnahme nur noch in die Länge gezogen würde⁴⁴⁴; ebenso, wenn

⁴⁴² RV 1299 BgNR 22. GP, 5; *Ganner*, Selbstbestimmung, 283 und 284 FN 1436; *Kopetzki*, Ethik in der Medizin 2004, 275 ff; *Kletecka* in *Aigner et al*, Handbuch Medizinrecht I/148; *Kletecka-Pulker* in *Aigner et al*, Handbuch Medizinrecht I/20; *Kneihs*, RdM 1999, 30 f.

⁴⁴³ *Ganner*, Selbstbestimmung, 283; *Kopetzki*, Ethik in der Medizin 2004, 275 ff; *Kletecka/Pulker*, Handbuch Medizinrecht I/20.

⁴⁴⁴ *Ganner*, Selbstbestimmung im Alter – Privatautonomie für alte und pflegebedürftige Menschen in Österreich und Deutschland (2005) 283; *Kopetzki*, Ethik in der Medizin 2004, 275 ff; Interdisziplinärer österreichischer Konsensus-Arbeitskreis Therapiebegrenzung an der Intensivstation, WKW 2004, 763 ff; *Kletecka/Pulker* in *Aigner et al*, Handbuch Medizinrecht I/20.

mit der Behandlung eine Belastung des Patienten verbunden wäre, die verglichen mit dem aus der Behandlung zu erwartenden Vorteil überwiegt⁴⁴⁵.

Bei künstlicher Ernährung mittels PEG-Sonde ist die medizinische Indikation so lange gegeben, als die Zufuhr von Nahrung und Flüssigkeit dazu geeignet ist, das Leben aufrecht zu erhalten, also auch noch in Fällen, in denen die eigentliche medizinische Behandlung bereits eingestellt werden darf. Erst wenn der Sterbeprozess unaufhaltsam in Gang ist und keine Linderung von Hunger und Durst mehr möglich oder negative Folgen zu erwarten sind, darf auch die künstliche Ernährung eingestellt werden⁴⁴⁶.

In diesen Fällen kann weder der einsichts- und urteilsfähige Patient noch - im Falle der Einsichts- und Urteilsunfähigkeit der gesetzliche Vertreter, die Vornahme einer Behandlung vom Arzt erzwingen bzw ist seine Zustimmung zum Behandlungsabbruch erforderlich⁴⁴⁷.

Die Meinung *Kopetzki*s, ein einseitig von Ärzten vorgenommener Behandlungsabbruch sei nur im Fall der Gefahr im Verzug zulässig und ansonsten sei „für eine entsprechende rechtliche Vertretung des Betroffenen Sorge zu tragen“⁴⁴⁸ ist insoweit einzuschränken, als dieser selbst feststellt, dass der Arzt die Behandlung bei Fehlen der medizinischen Indikation gar nicht durchführen muss⁴⁴⁹. Dies gilt auch für die Behandlung eines Einsichts- und Urteilsunfähigen.

Die Einbindung des Sachwalters ist lediglich durch die vertraglich bestehenden Informations- und Aufklärungspflichten erforderlich⁴⁵⁰. Den Arzt trifft als Neben- oder Schutz- und Sorgfaltspflicht aus dem Behandlungsvertrag die Verpflichtung, dem Betroffenen bzw seinem Vertreter den „Rücktritt von der Behandlung“ rechtzeitig anzuzeigen, damit dieser bzw der Sachwalter die

⁴⁴⁵ *Kopetzki*, Ethik in der Medizin 2004, 275 ff mwN.

⁴⁴⁶ *Kopetzki*, Ethik in der Medizin 2004, 275.

⁴⁴⁷ *Ganner*, Selbstbestimmung, 283; *Kletecka-Pulker* in *Aigner et al*, Handbuch Medizinrecht I/20; *Kneihs*, RdM 1999, 30 f; *Müller*, „Legalisierter Behandlungsabbruch?“ RdM 1999, 96; RV 1299 BlgNR 22. GP, 5.

⁴⁴⁸ *Kopetzki*, Ethik in der Medizin 2004, 275 ff.

⁴⁴⁹ *Kopetzki*, Ethik in der Medizin 2004, 278.

⁴⁵⁰ *Barth/Dokalik* in *Barth/Ganner*, Handbuch des Sachwalterrechts, 194 FN 893.

Gelegenheit hat, anderweitig Hilfe in Anspruch zu nehmen⁴⁵¹. Diese vertraglichen Informations- und Aufklärungspflichten machen im Falle der Einsichts- und Urteilsunfähigkeit des Betroffenen die Einbindung des Sachwalters erforderlich.

Anzumerken ist für diese Fälle, dass die Entscheidung über die Reduktion bzw den Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung in aller Regel nicht von einem einzelnen Arzt, sondern unter Einbindung aller in Behandlung und Pflege betroffenen Personen in einem interdisziplinären Team getroffen wird⁴⁵². Im Falle der Einsichts- und Urteilsunfähigkeit des Patienten macht es auch Sinn und ist ihm wohl auch vertraglich geschuldet, sein soziales Umfeld in den Entscheidungsprozess miteinzubeziehen⁴⁵³. Dies darf allerdings nicht dazu führen, den Angehörigen eine Entscheidung abzuverlangen; zu einer solchen sind diese, abgesehen von der psychischen Bürde, nicht legitimiert⁴⁵⁴.

4.6 Behandlungen bei Gefahr im Verzug

Mit dem SWRÄG 2006 wurde für Fälle der **Gefahr im Verzug** mit **§ 283 Abs 3 ABGB** eine eigene gesetzliche Bestimmung erlassen. Diese Bestimmung wurde vollinhaltlich dem § 146 c Abs 3 ABGB des KindRÄG 2001 nachgebildet⁴⁵⁵.

Neu zu berücksichtigen ist allerdings die in der Zwischenzeit durch das PatVG geschaffene Möglichkeit der Errichtung einer **Patientenverfügung** und ihrer Auswirkung auf die Gefahr-im-Verzug-Regel. Hat nämlich der Patient einen verbindlichen entgegenstehenden Willen erklärt - etwa in Form einer verbindlichen oder „qualifiziert beachtlichen“ Patientenverfügung, gelangt § 283 Abs 3 ABGB gar

⁴⁵¹ Kletecka/Pulker in Aigner et al, Handbuch Medizinrecht I/65; Engljähringer, Aufklärungspflicht, 57.

⁴⁵² Kopetzki, Ethik in der Medizin 2004, 275 ff; Interdisziplinärer österreichischer Konsensus-Arbeitskreis Therapiebegrenzung an der Intensivstation, WKW 2004, 763 f.

⁴⁵³ Barth/Dokalik in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 194.

⁴⁵⁴ Barth/Dokalik in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 194; Interdisziplinärer österreichischer Konsensus-Arbeitskreis Therapiebegrenzung an der Intensivstation, WKW 2004, 763 ff.

⁴⁵⁵ RV 1420 BlgNR 22. GP, 21; vgl zu den Ausführungen im Rahmen des KindRÄG 2001 Kapitel IV 3.3.

nicht zur Anwendung⁴⁵⁶. Der in einer solchen Verfügung erklärte Wille ist zu befolgen. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn der mit der Suche einer solchen Verfügung verbundene Zeitaufwand dazu führen würde, das Leben oder die Gesundheit des Patienten ernsthaft zu gefährden (§ 12 PatVG). Dann kämen wiederum die Bestimmungen der Gefahr im Verzug zur Anwendung.

5 Einzelfragen der Vertretung durch den Sachwalter bei medizinischen Entscheidungen

5.1 Bindung an das Wohl des einsichts- und urteilsunfähigen Patienten

Anders als der einsichts- und urteilsfähige Patient selbst ist der Sachwalter bei seiner Entscheidung an das **Wohl des Betroffenen** gebunden. Dieses stellt die höchste Maxime des Handelns des Sachwalters dar, was seit dem SWRÄG 2006 ausdrücklich in § 275 Abs 1 ABGB verankert ist⁴⁵⁷.

Bislang ergab sich dieser Grundsatz zum einen aus dem auch im Sachwalterrecht anzuwendenden § 137 ABGB, zum anderen aus der Fürsorgepflicht, die mit der Bestellung eines Sachwalters verbunden ist und mit der der in § 21 ABGB programmatisch verankerte Schutz für pflegebedürftige Personen verwirklicht wurde⁴⁵⁸. Diese Bezugnahme erübrigte sich mit Inkrafttreten der neuen Regelung.

Zur Ermittlung des Wohls der behinderten Person sind verschiedene **Faktoren** abzuwägen. Ob die Vornahme der Behandlung zur Wahrung des Wohls

⁴⁵⁶ Bertel in Höpfel/Ratz, WK² § 110 Rz 29; Schmoller in Triffterer, StGB-Kommentar § 110 Rz 75 ff; Triffterer, Strafrecht, AT², 237; Leukauf/Steininger, Kommentar zum StGB³ § 110 Rz 17 ff; Zipf, ÖJZ 1977, 379 ff.

⁴⁵⁷ RV 1420 BlgNR 22. GP, 13.

⁴⁵⁸ Vgl zur Rechtslage vor dem SWRÄG 2006 OGH 28.1.1997, 1 Ob 2363/96 y; vgl auch RV 742 BlgNR 15. GP, 12; vgl JAB 1420 BlgNR 15. GP, 1 f.

der betroffenen Person erforderlich ist, hängt nicht nur vom Vorliegen einer medizinischen Indikation ab. Es ist dabei das gesamte Wohl der betroffenen Person zu berücksichtigen. Folge dessen ist auch eine Abwägung vorzunehmen zwischen den objektiven Nachteilen, die die behinderte Person durch die Vornahme der Behandlung in Kauf nehmen muss und der durch die Behandlung erzielbaren objektiven Verminderung des Leidensdrucks⁴⁵⁹.

Beeinflusst wird die Beurteilung darüber auch durch die sog „**Compliance**“ (Kooperation des Patienten). Die „aktive Mitarbeit“ des Patienten, sein therapiegerechtes Verhalten und sein Wille, gesund zu werden, sind wesentliche Faktoren des Behandlungserfolges⁴⁶⁰.

Fehlt es daran, kann zweifelhaft sein, inwiefern die Vornahme der Behandlung dem Wohl des Patienten entspricht. Der Sachwalter wird zwar jedenfalls versuchen, den Betroffenen, der sich einer Behandlung, die mit großer Wahrscheinlichkeit zur Heilung führen würde, nicht unterziehen will, von der Sinnhaftigkeit des Eingriffs zu überzeugen. Sollte ihm dies aber nicht gelingen, wird die Erteilung seiner Einwilligung nur dann sinnvoll sein, wenn die Haltung des Betroffenen den Erfolg der Behandlung nicht ernsthaft gefährdet. Die Überwindung körperlichen Widerstandes durch den Sachwalter ist niemals legitim; in einem solchen Fall muss insbesondere auf die Möglichkeiten im Rahmen des UbG zurückgegriffen werden⁴⁶¹. Es sind somit durchaus Situationen denkbar, in denen auch eine medizinisch indizierte Behandlung zu unterbleiben hat, gerade, um dem Gesamtwohl des Betroffenen gerecht zu werden.

Bestehen (etwa von Seiten des Arztes) **Zweifel** an der Wahrung des Wohls für den Betroffenen - wie beispielsweise in den schon geschilderten Fällen der Behandlungsverweigerung bzw des Behandlungsabbruchs⁴⁶² -, kann er sich zwar

⁴⁵⁹ LG Innsbruck 19.3.2002, 51 R 35/02z, RdM 2002/63; RV 1420 BlgNR 22. GP, 20; *Weitzenböck* in *Schwimmann*, ABGB-Praxiskommentar³, ErgBd 2007 § 283 Rz 5.

⁴⁶⁰ *Englährringer*, Aufklärungspflicht, 7 und 58.

⁴⁶¹ *Barth/Dokalik* in *Barth/Ganner*, Handbuch des Sachwalterrechts, 178.

⁴⁶² Vgl zur Behandlungsverweigerung bzw zum Behandlungsabbruch Kapitel IV 4.4.

nicht einfach über die Entscheidung des Sachwalters hinwegsetzen, er kann aber das Gericht darüber in Kenntnis setzen⁴⁶³.

Das Gericht kann dann den Sachwalter von Amts wegen entheben und eine andere geeignete Person zum Sachwalter bestellen. Die Möglichkeit, selbst die fehlende Zustimmung zu ersetzen, stand dem Gericht nach der Rechtslage vor dem SWRÄG 2006 nicht zu. Diesbezüglich erweiterte die neue Rechtslage jedoch die gerichtlichen Kompetenzen.

Das Gericht kann nun auch in Fällen, in denen es bereits im Zuge der Ermittlungen des Enthebungsverfahrens des Sachwalters zu der Auffassung gelangt, dass die Behandlung im Interesse der behinderten Person vorzunehmen ist, die Einwilligung des Sachwalters gemäß § 283 Abs 2 Satz 3 ABGB direkt ersetzen.

Die Formulierung des § 283 Abs 2 S 3 ABGB idF SWRÄG 2006 ist diesbezüglich etwas unglücklich getroffen; man könnte nämlich den Eindruck gewinnen, dass das Gericht freie Wahl hat, ob es die Einwilligung selbst erteilt oder einen anderen Sachwalter bestellt. Dem ist allerdings nicht so, wie sich aus den EB zur RV⁴⁶⁴ ergibt. Das Gericht kann die Einwilligung nur dann selbst erteilen, wenn es schon im Zuge der Erhebungen, die zur Enthebung des Sachwalters führen, zur Auffassung gelangen muss, dass die Behandlung im Interesse des Behinderten vorzunehmen ist. Dadurch soll eine unnötige Verzögerung der Behandlung verhindert werden, die mit einer neuen Sachwalterbestellung verbunden wäre⁴⁶⁵. Für den Fall, dass vorab noch offene Fragen - etwa über Behandlungsalternativen oder über Ort oder Durchführung der Behandlung abzuklären sind, besteht auch für das Gericht nur die Möglichkeit, einen (anderen) Sachwalter zu bestellen; die Möglichkeit, selbst die Einwilligung zu erteilen, fällt dann weg.

⁴⁶³ Barth, RdM 2006, 101.

⁴⁶⁴ RV 1420 BlgNR 22. GP, 21.

⁴⁶⁵ RV 1420 BlgNR 22. GP, 21.

5.2 Mitspracherecht des einwilligungsunfähigen Pflegebefohlenen

Da die Rechtsordnung in § 21 ABGB als oberstes Anliegen das Wohlschutzbedürftiger Personen festgelegt hat, wozu die Verwirklichung des Willens dieser Personen gehört⁴⁶⁶, ist auch der Wille nicht entscheidungsfähiger Personen zu beachten und in Entscheidungsüberlegungen einzubeziehen⁴⁶⁷.

Dazu wurde in § 281 Abs 1 ABGB die sog „**Wunschermittlungspflicht**“ für den Sachwalter eingeführt, nach der es seine Aufgabe ist, *„danach zu trachten, dass die behinderte Person im Rahmen ihrer Fähigkeiten und Möglichkeiten ihre Lebensverhältnisse nach ihren Wünschen und Vorstellungen gestalten kann“*. Damit soll sichergestellt werden, dass die Selbstbestimmung und die Verwirklichung von subjektiven Interessen von Menschen, die unter Sachwalterschaft gestellt wurden, möglichst gewahrt bleiben⁴⁶⁸. Eine Einschränkung soll nur in Fällen stattfinden, wo dies zur Wahrung des Wohls und zum Schutz der Betroffenen erforderlich ist.

Der Sachwalter ist dazu verpflichtet, aktiv darauf hinzuwirken, dass sich die behinderte Person einen Willen über die zu besorgende Angelegenheit bildet⁴⁶⁹. Dazu muss er die betroffene Person von sich aus mit erforderlichen Informationen rechtzeitig versorgen und in Folge über ihre diesbezüglichen Wünsche und Vorstellungen befragen⁴⁷⁰.

In Verbindung mit der Wunschermittlungsverpflichtung ist auch § 281 Abs 2 ABGB zu sehen. Demnach haben behinderte Personen, denen ein Sachwalter bestellt worden ist das Recht, von beabsichtigen wichtigen Maßnahmen, die ihre Person oder ihr Vermögen betreffen, rechtzeitig verständigt zu werden und sich hierzu, wie auch zu anderen Maßnahmen, in angemessener Frist zu äußern.

⁴⁶⁶ LG Innsbruck 19.3.2002, 51 R 35/02z, RdM 2002, 63.

⁴⁶⁷ Ganner, Selbstbestimmung, 281; Engljähringer, Aufklärungspflicht, 147 f; OGH 9.12.1987, 1 Ob 695/87, EvBl 1988/85.

⁴⁶⁸ RV 1420 BlgNR 22. GP, 18; Ganner, Selbstbestimmung, 82.

⁴⁶⁹ RV 1420 BlgNR 22. GP, 18.

⁴⁷⁰ Barth/Ganner in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 89.

Diese Äußerung ist zu berücksichtigen, wenn der darin ausgedrückte Wunsch ihrem Wohl nicht weniger entspricht. Bei wichtigen Maßnahmen in Angelegenheiten, die die Person oder das Vermögen betreffen, besteht somit ein kombiniertes **Verständigungs- und Äußerungsrecht**. Bei allen anderen Maßnahmen gibt es lediglich das Recht zur Anhörung⁴⁷¹. Diese Regelung des SWRÄG 2006 entspricht inhaltlich voll dem § 273 a Abs 3 ABGB idF Bundesgesetz vom 2. Feber 1983 über die Sachwalterschaft für behinderte Personen (BGBl 136/1983)⁴⁷².

Der Sachwalter hat die behinderte Person **rechtzeitig** zu verständigen und diese muss sich in angemessener Frist äußern. Die Rechtzeitigkeit von Verständigung und Äußerung ist dabei einzelfallbezogen, insbesondere nach der Dringlichkeit des Eingriffs zu beurteilen. Die betroffene Person soll aber die Möglichkeit haben, noch eigene Informationen einzuholen bzw Argumente abzuwägen – vor allem im Hinblick auf mögliche Behandlungsalternativen⁴⁷³.

Zur Auslegung des Begriffs „**wichtige Maßnahmen**“ ist § 178 ABGB heranzuziehen, da § 273 a Abs 3 ABGB idF Bundesgesetz vom 2. Feber 1983 über die Sachwalterschaft für behinderte Personen⁴⁷⁴ als Vorgängerbestimmung des § 281 Abs 2 ABGB dieser Bestimmung sprachlich nachgebildet wurde⁴⁷⁵. Danach zählen die in § 178 ausdrücklich angeführten Angelegenheiten des § 154 Abs 2 und 3 ABGB als Richtschnur. Als wichtige Angelegenheiten sind darin etwa Namensänderungen, Verzicht auf eine Staatsbürgerschaft oder vorzeitige Auflösung eines Dienstverhältnisses genannt. Im Bereich der medizinischen Behandlung fallen unter den Begriff der „wichtigen Maßnahmen“ schwerwiegende medizinische Eingriffe wie schwere Operationen und medizinisch indizierte Schwangerschaftsabbrüche⁴⁷⁶. Ebenso werden Sterilisationen, Amputationen von Gliedmaßen und besonders schmerzhaft oder entwürdigende Behandlungen die

⁴⁷¹ Barth/Ganner in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 84 ff; Weitzenböck in Schwimann, ABGB-Praxiskommentar I³ § 273 a Rz 7; Gitschthaler, Handlungsfähigkeit, Teil II, ÖJZ 2004, 125; Barth, ÖJZ 2000, 67; Steinbauer, ÖJZ 1985, 393.

⁴⁷² RV 1420 BlgNR 22. GP, 18.

⁴⁷³ Barth/Ganner in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 86, vgl auch die Ansicht Kremzows, Sachwalterrecht, 64, demnach es ausreichend ist, die behinderte Person vor Setzung der bevorstehenden Maßnahme zu verständigen.

⁴⁷⁴ BGBl 136/1983.

⁴⁷⁵ Maurer/Tschugguelli, Sachwalterrecht² § 273 a Rz 11; Steinbauer, ÖJZ 1985, 392.

⁴⁷⁶ Barth, ÖJZ 2000, 67.

Verständigungs- und Anhörungspflicht auslösen⁴⁷⁷. Jedenfalls gelten als wichtige Maßnahmen diejenigen Angelegenheiten, die einer pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfen⁴⁷⁸.

Vor wichtigen Maßnahmen ist der Pflegebefohlene erschöpfend zu informieren. Dabei genügt die bloße Ankündigung der Maßnahme nicht, sondern der Sachwalter muss darlegen, welche Gründe nach seinem Ermessen für die Setzung der Maßnahme sprechen⁴⁷⁹. Dazu kann sich der Betroffene – genauso wie zu geringfügigen Angelegenheiten äußern.

Die Äußerung der betroffenen Person ist zu **berücksichtigen**, sofern der darin ausgedrückte Wunsch ihrem Wohl nicht weniger entspricht als die geplante Maßnahme⁴⁸⁰. Dies gilt bei Äußerungen zu wichtigen Angelegenheiten genauso wie bei jenen zu geringfügigen Angelegenheiten. Somit ist jeder Wunsch der behinderten Person zu erfüllen, sofern er keine objektive Schlechterstellung der Verhältnisse des Behinderten darstellt⁴⁸¹.

Der Sachwalter muss demnach die Äußerung zu einem bevorstehenden medizinischen Eingriff, unabhängig von dessen Schwere, ernst nehmen und den vom Betroffenen ausgedrückten Wunsch erfüllen, sofern er dessen Wohl nicht weniger entspricht. Dies ist jedenfalls anzunehmen, wenn keine medizinische Indikation vorliegt, etwa bei einem Behandlungsabbruch oder im Fall von besonders schmerzhaften oder entwürdigenden Behandlungen, die lediglich geringe Aussicht auf Erfolg versprechen⁴⁸².

Sowohl aus den Erläut⁴⁸³ ergibt sich bzw ist auch die hL⁴⁸⁴ der Meinung, dass das Mitspracherecht nur dann besteht, wenn der Betroffene überhaupt über eine entsprechende „Mitsprachefähigkeit“ verfügt; er muss also dazu fähig sein,

⁴⁷⁷ Maleczky, ÖJZ 1994, 684.

⁴⁷⁸ Barth/Ganner in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 85.

⁴⁷⁹ Kremzow, Sachwalterrecht, 65.

⁴⁸⁰ Kremzow, Sachwalterrecht, 66; vgl Maleczky, ÖJZ 1994, 681 ff.

⁴⁸¹ Vgl ausführlich dazu Kremzow, Sachwalterrecht, 66.

⁴⁸² Maleczky, ÖJZ 1994, 684.

⁴⁸³ RV 1420 BlgNR 22. GP, 18.

⁴⁸⁴ Weitzenböck in Schwimann, ABGB-Praxiskommentar I³ §§ 273 a, 274 Rz 7; Stabentheiner in Rummel, Kommentar ABGB I³ § 273 a Rz 4; Maurer/Tschugguell, Sachwalterrecht² § 273 a Rz 12; Steininger, Zum Mitspracherecht Pflegebefohlener, in Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag (1986) 538.

den Inhalt der Verständigung zu verstehen und sich dazu äußern können⁴⁸⁵. In Fällen, in denen eine Verständigung mit der behinderten Person aufgrund ihrer Erkrankung oder Behinderung gar nicht möglich ist, findet das Recht auf Mitsprache seine Grenzen⁴⁸⁶.

Die Mitsprachefähigkeit ist streng von der Einwilligungsfähigkeit wie sie etwa für einen medizinischen Eingriff erforderlich ist, zu unterscheiden⁴⁸⁷. Bei der Fähigkeit, die Einwilligung für eine Behandlung zu erteilen, werden weitaus höhere Anforderungen an den Betroffenen gestellt als wenn es nur darum geht, die Information entgegenzunehmen, dass ein Eingriff aus bestimmten Gründen stattfinden sollte⁴⁸⁸. Auch im Hinblick auf das Äußerungsrecht ist anzuführen, dass dieses keine mit dem Einwilligungsrecht vergleichbare Relevanz hat. Mit Erteilung der Einwilligung legitimiert der Einwilligungsfähige einen medizinischen Eingriff; durch die Ausübung des Mitspracherechts bewirkt die behinderte Person lediglich, dass der Sachwalter ihre Wünsche bei der Entscheidung über die Vornahme einer Behandlung berücksichtigen kann⁴⁸⁹. Hier geht es ja gerade darum, Behinderten, denen die für die Einwilligung erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit fehlt, die Möglichkeit zu geben, soweit als möglich in geplante Maßnahmen miteinbezogen zu werden.

5.3 Aufklärung

Um eine medizinische Behandlung vornehmen zu dürfen, muss der Patient grundsätzlich seine Einwilligung dazu erteilen. Eine rechtswirksame Einwilligung kann aber nur abgegeben werden, wenn dieser eine **umfassende Aufklärung** vorangegangen ist.

⁴⁸⁵ Pichler in Rummel, Kommentar ABGB I³ § 273 a Rz 4.

⁴⁸⁶ Maurer/Tschugguelli, Sachwalterrecht² § 273a Rz 12; Steining in FS Kralik, 538.

⁴⁸⁷ Vgl dazu die Ausführungen zur Einsichts- und Urteilsfähigkeit in Kapitel III 3.3.2, 98 ff.

⁴⁸⁸ Barth/Ganner in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 86.

⁴⁸⁹ Barth/Ganner in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 86.

Bei **psychisch kranken** und **geistig behinderten Personen** stellt sich diesbezüglich die Frage, inwieweit sie selbst aufzuklären sind bzw wann die Aufklärung gegenüber dem Sachwalter stattfinden muss.

Bei der Aufklärung ist zwischen zwei **Arten** zu unterscheiden. Die **therapeutische Aufklärung** verfolgt den Zweck, die Therapie erfolgreich durchführen zu können. Durch die Beratung und Aufklärung soll der Patient das erforderliche Wissen vermittelt bekommen, das es ihm ermöglicht, sich therapiegerecht zu verhalten („compliance“)⁴⁹⁰. Die therapeutische Aufklärung begleitet die gesamte Behandlung des Patienten. Vor Einleitung der Behandlung soll der Patient möglichst zur Mitwirkung motiviert werden, im Stadium der akuten Behandlung soll eine Aufklärung über mögliche Wirkungen und Nebenwirkungen erfolgen und im Rahmen der Nachbehandlung verfolgt die therapeutische Aufklärung insbesondere den Zweck, dass der Patient den Behandlungserfolg nicht durch unsachgemäßes Verhalten aufs Spiel setzt⁴⁹¹. Der Patient ist demnach etwa über die richtige Einnahme verordneter Medikamente zu belehren oder auf gebotene Selbstschutzmaßnahmen aufmerksam zu machen bzw zu einer dem Zustand angepassten Lebensweise zu motivieren.

Die **Selbstbestimmungsaufklärung** hingegen verfolgt das Ziel, den Patienten in die Lage zu versetzen, sein Selbstbestimmungsrecht entsprechend ausüben zu können. Dazu benötigt er Informationen hinsichtlich der Behandlung; nur dann ist es ihm möglich, eine Entscheidung über Zustimmung oder Verweigerung zu treffen. Die Selbstbestimmungsaufklärung ist somit erforderlich, um eine rechtswirksame Einwilligung zu einer Behandlung erteilen zu können. Bei der Selbstbestimmungsaufklärung steht der Grundsatz „voluntas aegroti suprema lex“ – der Wille des Kranken ist oberstes Gebot – im Vordergrund. Dadurch soll

⁴⁹⁰ Laufs in Laufs/Uhlenbruck, *Arztrecht*³ § 62 Rz 1; Heidinger, Die ärztliche Aufklärungspflicht in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, in Harrer/Graf (Hrsg), *Ärztliche Verantwortung und Aufklärung* (1999) 24; Engljähringer, *Aufklärungspflicht*, 7; Giesen, *Arzthaftungsrecht*⁴ 170 FN 23; Holzer in Holzer/Posch/Schick, *Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich*, 25; Kern/Laufs, *Die ärztliche Aufklärungspflicht* (1983) 183.

⁴⁹¹ Wagner in Rebmann/Säcker/Rixecker (Hrsg), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch V/3*⁴ (2004) § 823 Rz 694.

der Patient vor ärztlicher Eigenmacht geschützt werden⁴⁹². Sie umfasst die Aufklärung über Diagnose, Verlauf und Risiken der Behandlung.

Aufzuklären ist derjenige, der die Einwilligung in die Behandlung erteilen darf. Dies bedeutet, dass behinderte Personen, die einsichts- und urteilsfähig sind und demnach die Einwilligung zu einer medizinischen Maßnahme selbst erteilen können, auch selbst aufzuklären sind. Dies gilt sowohl für die Selbstbestimmungsaufklärung als auch für die therapeutische Aufklärung. Auch wenn für den Betroffenen ein Sachwalter bestellt wurde, sei es für alle Angelegenheiten oder auch gerade für die Einwilligung in die bevorstehende Maßnahme, so ist dieser nicht in die Aufklärung einzubeziehen, sofern beim Betroffenen vom Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit auszugehen ist. Auch eine zusätzliche Aufklärung des Sachwalters ist nicht zulässig – in diesen Fällen würde der Arzt seine ärztliche Schweigepflicht verletzen.

Mangelt es dem Betroffenen jedoch an der Einsichts- und Urteilsfähigkeit und wurde für diesen bereits ein Sachwalter in dieser Angelegenheit bestellt, so ist er über die bevorstehende Behandlung aufzuklären. Ihm kommt dann auch das Recht zu, über die Vornahme der Behandlung zu entscheiden. Dazu müssen ihm alle erforderlichen Informationen zur Kenntnis gelangen.

Es kann aber auch in diesen Fällen wichtig sein, den Betroffenen in das Aufklärungsgespräch miteinzubeziehen. Auch er soll – seiner Verständnissfähigkeit angepasst eine Information über die wesentlichen Behandlungsschritte erhalten. Dabei wird es Sinn machen, Worte und Formulierungen zu verwenden, die der geistig Behinderte oder psychisch Kranke begreifen kann. Eine solche Vorgehensweise ist schon in Anbetracht der Menschenwürde und des Persönlichkeitsrechts geboten und soll vermeiden, dass ein behinderter Patient als

⁴⁹² *Laufs* in *Laufs/Uhlenbruck*, *Arztrecht*³ § 63 Rz 11; *Memmer*, Die ärztliche Aufklärungspflicht im österreichischen Recht, *WMW* 2001, Heft 9/10, 195 ff; *Heidinger* in *Harrer/Graf*, *Ärztliche Verantwortung und Aufklärung*, 17 ff; *Harrer*, *Aufklärung und ärztliche Verantwortung* in *Harrer/Graf* (Hrsg), *Ärztliche Verantwortung und Aufklärung* (1999) 19 ff; *Englählinger*, *Aufklärungspflicht*, 9 f; *Willinger*, *Aufklärungspflicht*, 112; *Giesen*, *Arzthaftungsrecht*⁴ 170 FN 23; *Haslinger*, *Probleme der ärztlichen Aufklärung und Patienteneinwilligung*, *AnwBI* 1994, 866; *Kern/Laufs*, *Aufklärungspflicht*, 53; weiterführende Literatur zur Aufklärung *Kletecka* in *Aigner et al*, *Handbuch Medizinrecht* I/129 ff.

bloßes Objekt ärztlicher Tätigkeit gesehen wird⁴⁹³. Vor allem die Einbeziehung in die therapeutische Aufklärung wird unter Berücksichtigung der „compliance“ ohnedies in vielen Fällen unerlässlich sein⁴⁹⁴.

Gibt es Zweifel über das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit, kann die Aufklärung eine wichtige Rolle zur Klärung einnehmen. Das Aufklärungsgespräch mit dem Patienten wird es dem Arzt in vielen Fällen ermöglichen, sich ein Bild vom geistigen Zustand des Betroffenen zu machen. Oft wird dadurch klar, ob der Betroffene dazu in der Lage ist, das ihm Geschilderte zu verstehen und zu beurteilen.

Die Aufklärung ist grundsätzlich vom **behandelnden Arzt** vorzunehmen. Dieser benötigt auch die Einwilligung des Patienten für die Behandlung.

Insbesondere in Krankenanstalten ist es aber aufgrund der Arbeitsteilung nicht immer möglich, dass der behandelnde Arzt das Aufklärungsgespräch selbst führt. Diesfalls kann auch ein anderer Arzt als der behandelnde selbst die Aufklärung durchführen⁴⁹⁵. Wesentlich ist lediglich, dass korrekt aufgeklärt wird, unabhängig davon, wer die Aufklärung vornimmt. Nicht erlaubt ist allerdings die Delegation der Aufklärung an nichtärztliches Personal wie etwa an eine Krankenschwester oder ein Mitglied der Personalverwaltung.

Bei **ärztlicher Arbeitsteilung** – beispielsweise der Überweisung eines Patienten von der Ordination in ein Krankenhaus oder in Fällen stationärer Teambetreuung -, stellt sich insbesondere auch die Frage, in welcher Form die Aufklärung zu erfolgen hat. Diesbezüglich spricht die ständige Rsp aus, dass nicht jeder einzelne an der Behandlung beteiligte Arzt die gesamte Aufklärung durchführen bzw wiederholen muss. In diesen Fällen hat die Aufklärung stufenweise zu erfolgen, dh dass jeweils der Arzt, der eine Behandlungsmaßnahme setzt, auch die dazu erforderliche Aufklärung zu leisten hat. Arbeiten Ärzte aus verschiedenen Fachrichtungen zusammen, hat

⁴⁹³ *Englährringer*, Aufklärungspflicht, 159.

⁴⁹⁴ *Englährringer*, Aufklärungspflicht, 7 ff.

⁴⁹⁵ OGH 23.6.1994, 6 Ob 555/94, RdM 1995/1 (Anm *Kopetzki*); keine Bedenken bestehen hinsichtlich der Aufklärung durch einen Turnusarzt - siehe dazu OGH 14.4.1998, 10 Ob 137/98 i, RdM 1998/21.

grundsätzlich der jeweilige Facharzt über seine Fachrichtung ordnungsgemäß aufzuklären. Die Verantwortung des einzelnen Arztes beschränkt sich damit auf sein Fachgebiet. Dabei darf sich der einzelne Arzt im vernünftigen Rahmen darauf verlassen, dass auch die anderen an der Behandlung beteiligten Ärzte den Patienten mit gebotener Sorgfalt aufklären bzw bereits aufgeklärt haben (sog Vertrauensgrundsatz)⁴⁹⁶. Dennoch besteht für jeden einzelnen die Verpflichtung, durch Kontrollfragen den tatsächlichen Wissensstand des Patienten zu überprüfen⁴⁹⁷.

Die Aufklärung bedarf – von Ausnahmen in Sondergesetzen⁴⁹⁸ abgesehen keiner bestimmten **Form**⁴⁹⁹, insbesondere ist Schriftlichkeit nicht erforderlich. Aus Beweisgründen wird eine schriftliche Dokumentation der Aufklärung samt Unterschrift allerdings häufig vorgenommen. Wesentlich ist aber, dass ein persönliches Aufklärungsgespräch mit dem Patienten stattfindet⁵⁰⁰. Übergibt der Arzt dem Patienten nur Aufklärungsbögen oder ähnliche Informationsvordrucke, reicht dies nicht zur Erfüllung der Aufklärungsverpflichtung⁵⁰¹. Nur durch ein persönliches Gespräch kann der Arzt herausfinden, ob dem Patienten die Bedeutung und die Tragweite der bevorstehenden Maßnahme tatsächlich bewusst ist.

Der OGH lehnt eine reine **Formularaufklärung** mE zu Recht ab. Zum einen beziehen sich Formulare häufig auf Standardsituationen, behandeln Ungleiches oft gleich und können damit einer individuellen Aufklärung nicht gerecht werden⁵⁰²; zum anderen finden sich darin eine Reihe medizinischer Fachausdrücke, für deren Verständnis es dem medizinischen Laien am

⁴⁹⁶ Kux et al, *Ärztegesetz mit Kommentar*³ (1988) 104.

⁴⁹⁷ Holzer in *Holzer/Posch/Schick*, *Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich*, 33.

⁴⁹⁸ Vgl etwa § 8 Abs 1 FMedG, § 50 MPG, § 39 AMG, § 65 GTG.

⁴⁹⁹ Engländer, *Aufklärungspflicht*, 170; Holzer in *Holzer/Posch/Schick*, *Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich*, 40.

⁵⁰⁰ OGH 19.12.1984, 3 Ob 562/84, SZ 57/207 = EvBl 1985/85 = JBl 1985, 548 = RdW 1985, 272; OGH 31.1.1995, 4 Ob 509/95, EvBl 1995/149 = JBl 1995, 453 = RdM 1995/15; OGH 30.1.1996, 4 Ob 505/96, RdM 1996/24; OGH 14.4.1998, 10 Ob 137/98 i, RdM 1998/21; OLG Wien 13.7.1994, 17 R 142/94, EFSlg 75.430; in der Lit dazu etwa Gaisbauer, *Zur Beweislast für Einwilligung des Patienten und Erfüllung der ärztlichen Aufklärungspflicht*, JBl 1994, 354; Holzer in *Holzer/Posch/Schick*, *Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich*, 40; Steiner, JBl 1982, 173.

⁵⁰¹ OGH 30.1.1996, 4 Ob 505/96, RdM 1994/24.

⁵⁰² Maier, *Ärztliche Aufklärung in ethischer Perspektive*, in *Harrer/Graf* (Hrsg), *Ärztliche Verantwortung und Aufklärung* (1999) 174.

erforderlichen Fachwissen fehlt. Für den Patienten wäre damit häufig nicht klar, wozu er überhaupt seine Einwilligung erteilt. Die Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts wäre ihm somit nicht in vollem Ausmaß möglich.

Zudem ist insbesondere bei behinderten, aber auch alten Menschen zu bedenken, dass ein persönliches Gespräch, das auf die individuellen Bedürfnisse und intellektuellen Fähigkeiten der Betroffenen eingeht, in vielen Fällen auch Angst und Unsicherheiten nehmen oder vermindern kann.

Zu befürworten ist allerdings, wenn dem Patienten als Unterstützung zum Aufklärungsgespräch Broschüren, Illustrationen, Aufklärungsvideos oder anderes Informationsmaterial zur Verfügung gestellt werden. Dies wird insbesondere für behinderte Personen und psychisch kranke Menschen oft eine Erleichterung darstellen, um das mündlich Besprochene zu veranschaulichen und damit besser erfassen zu können.

Für die ordnungsgemäße Aufklärung wichtig ist auch der richtige **Zeitpunkt**. Das Aufklärungsgespräch ist jedenfalls vor der Behandlung zu führen. Wann genau jedoch der richtige Zeitpunkt für die Aufklärung ist, hängt vom konkreten Einzelfall ab⁵⁰³. Grundsätzlich ist die Aufklärung, von Notfällen abgesehen so zeitgerecht durchzuführen, dass dem Patienten noch eine adäquate Überlegungsfrist bleibt, um Pro und Contra der Behandlung abzuwägen und seine Entscheidung in Ruhe treffen zu können. Es soll ihm gegebenenfalls auch noch möglich sein, sich mit seinen Angehörigen zu beraten oder einen weiteren Arzt zu konsultieren⁵⁰⁴. Auf jeden Fall soll vermieden werden, dass der Patient in eine psychische Zwangslage gerät und seine Entscheidung unter Druck trifft⁵⁰⁵. Ausschlaggebende Faktoren für die Bestimmung des optimalen Zeitpunkts sind jedenfalls die Dringlichkeit und die Schwere der geplanten Maßnahme. Je zeitlich oder sachlich dringender eine Behandlung vorgenommen werden muss, desto kurzfristiger kann die Aufklärung dazu erfolgen⁵⁰⁶. Je schwerer der Eingriff ist,

⁵⁰³ OGH 15.3.2000, 7 Ob 46/00 s, RdM 2001/27; OGH 13.2.2004, 7 Ob 15/04 p, RdM 2004/95.

⁵⁰⁴ *Heidinger* in *Harrer/Graf*, Ärztliche Verantwortung und Aufklärung, 37; *Schramm/Stempkowski*, RdM 1997, 138.

⁵⁰⁵ OGH 23.6.1994, 6 Ob 555/94, RdM 1995/1 (Anm *Kopetzki*).

⁵⁰⁶ OGH 15.3.2000, 7 Ob 46/00 s, RdM 2001/27; OGH 13.2.2004, 7 Ob 15/04 p, RdM 2004/95; *Schramm/Stempkowski*, RdM 1997, 138; *Englährringer*, Aufklärungspflicht, 168.

desto früher sollte die Aufklärung vorgenommen werden. Nach Rsp des OGH ist eine Aufklärung zu einem schwerwiegenden Eingriff, die am Abend zuvor durchgeführt wurde, aber zeitgerecht⁵⁰⁷. Eine Aufklärung auf dem Weg zum Operationssaal hingegen ist unter normalen Umständen jedenfalls zu spät⁵⁰⁸.

Bei **psychisch kranken** und **geistig behinderten Patienten** ist diesfalls zu berücksichtigen, dass sie häufig sensibel auf zeitlichen Druck reagieren, was zur Überforderung führen und auch die Einschränkung ihrer Verständnisfähigkeit zur Folge haben kann. Insofern ist der optimale Zeitpunkt der Aufklärung auch im Zusammenhang mit den intellektuellen Möglichkeiten des aufzuklärenden Patienten zu sehen. Ergibt sich aus den Umständen, dass der Patient aufgrund seiner Behinderung oder Erkrankung eine längere Zeit benötigt, um gewisse Sachverhalte zu erfassen, so ist dies soweit als möglich zu berücksichtigen – die Aufklärung hat dann etwas früher stattzufinden.

Ist offensichtlich, dass der Patient überfordert ist, besteht aber keine Möglichkeit, dem Patienten – etwa aus Zeitknappheit eine längere Überlegungsfrist einzuräumen, kann es erforderlich sein, anstelle des Betroffenen den Sachwalter aufzuklären und einwilligen zu lassen. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Aufklärung nicht ordnungsgemäß durchgeführt wurde und die daraufhin erteilte Einwilligung des Patienten nicht beachtet werden kann, was zur Folge hätte, dass die Behandlung rechtswidrig ist.

Der Arzt hat über die Diagnose, den Verlauf der Behandlung, die mit dem Eingriff verbundenen Gefahren und Komplikationen, aber auch über alternative Behandlungsmethoden - soweit indizierte Varianten zur Verfügung stehen aufzuklären.

⁵⁰⁷ OGH 23.6.1994, 6 Ob 555/94, RdM 1995/1 (Anm Kopetzki); OGH 14.4.1998, 10 Ob 137/98 i, RdM 1998/21.

⁵⁰⁸ Engländer, Aufklärungspflicht, 167.

In welchem **Umfang** die Aufklärung vorzunehmen ist, ist gesetzlich nicht allgemeingültig geregelt⁵⁰⁹. Diesbezüglich kommt der Interpretation der Rsp des OGH wichtige Bedeutung zu⁵¹⁰.

Der OGH betont in seinen Entscheidungen immer wieder, dass die Intensität der Aufklärung vom Einzelfall abhängig ist⁵¹¹. Der Patient ist jedenfalls so aufzuklären, dass er in Grundzügen weiß, worin er einwilligt⁵¹².

Zur Bestimmung der Intensität der Aufklärung sind verschiedene **Kriterien** bedeutsam. Maßgeblich sind Faktoren wie die Dringlichkeit des Eingriffs, die Komplikationsdichte, das Risikogewicht, aber auch das Patientenverhalten und seine Persönlichkeitsstruktur⁵¹³.

Allgemein lässt sich dazu sagen: je dringender ein Eingriff vorzunehmen ist, je geringer die Folgen und Risiken der Behandlung für den Patienten sind und je sicherer der Behandlungserfolg ist, desto geringere Anforderungen bestehen an die Aufklärungsverpflichtung des Arztes. Ist der Eingriff allerdings nicht dringend geboten (zB bei Schönheitsoperationen), der Behandlungserfolg unsicher und die mit der durchzuführenden Maßnahme verbundenen Risiken und Nebenwirkungen bedeutsam, so steigen auch die Anforderungen an den Umfang des Aufklärungsgesprächs.

Bei **behinderten Patienten** spielen auch das Patientenverhalten und die Persönlichkeitsstruktur des Betroffenen eine wesentliche Rolle. Zum einen verfügt

⁵⁰⁹ Vgl dazu lediglich Art 16 Abs 2 der Patientencharta, der festlegt, dass die Art der Aufklärung der Persönlichkeitsstruktur und dem Bildungsstand des Patienten anzupassen ist und den Umständen des Falles entsprechend zu erfolgen hat. Art 16 Abs 3 statuiert, dass sich der Umfang der Aufklärung am Wohl des Patienten zu orientieren hat.

⁵¹⁰ Vgl dazu *Prutsch*, Die ärztliche Aufklärung² (2004) 111; *Juen*, Arzthaftungsrecht², 98.

⁵¹¹ Dazu etwa OGH 23.1.1986, 6 Ob 683/84, SZ 59/18 = EvBl 1987/31 = KRSIlg 699; OGH 7.2.1989, 1 Ob 713/88, SZ 62/18 = KRSIlg 720 = VersR 1990, 510; OGH 12.7.1990, 7 Ob 593/90, JAP 1990/91, 232 (Anm Bernat) = JBI 1991, 316 = MedR 1991, 340 = VersR 1991, 683; OGH 12.9.1990, 1 Ob 651/90, SZ 63/152 = JBI 1991, 455 = KRSIlg 740; OGH 7.9.1993, 10 Ob 503/93, RdM 1994/27 (Anm Kopetzki); OGH 28.4.1993, 6 Ob 542/93, RdM 1994/20; OGH 31.1.1995, 4 Ob 509/95, EvBl 1995/149 = JBI 1995, 453 = RdM 1995/15; OGH 3.9.1996, 10 Ob 2350/96 b, SZ 69/199 = EFSIlg 81.480 = EvBl 1997/86 = RdM 1997/4 = ZVR 1997/47; OGH 14.4.1998, 10 Ob 137/98 i, RdM 1998/21; OGH 8.3.2001, 8 Ob 33/01 b, RdM 2002/3.

⁵¹² OGH 12.9.1990, 1 Ob 651/90, SZ 63/152 = JBI 1991, 455 = KRSIlg 740; OGH 31.1.1995, 4 Ob 509/95, EvBl 1995/149 = JBI 1995, 453 = RdM 1995/15; OGH 3.9.1996, 10 Ob 2350/96 b, SZ 69/199 = EFSIlg 81.480 = EvBl 1997/86 = RdM 1997/4 = ZVR 1997/47.

⁵¹³ *Prutsch*, Aufklärung², 112; *Engljähringer*, Aufklärungspflicht, 201; *Holzer* in *Holzer/Posch/Schick*, Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich, 32.

die genannte Personengruppe häufig über einen Bildungsstand, der (krankheitsbedingt) weit unter dem der Allgemeinbevölkerung liegt; zum anderen sind diese Menschen aufgrund ihrer Krankheit oft nicht dazu in der Lage, gewisse Informationen über längere Zeiträume zu behalten, oder im Hinblick auf Behandlungen besonders ängstlich. In solchen Fällen muss das Aufklärungsgespräch den Bedingungen des Aufklärungsempfängers entsprechend angepasst werden.

In diesem Zusammenhang wird sich auch häufig die Frage stellen, inwiefern es zulässig ist, die Aufklärung aus therapeutischen Gründen zu unterlassen – etwa wenn die Rücknahme oder gänzliche Unterlassung der Aufklärung zum Wohl des Patienten geboten erscheint. Das sog „**therapeutische Privileg**“ bzw der „**therapeutische Vorbehalt**“ berechtigt den Arzt dazu, aufklärungspflichtige Behandlungsinformationen zu verschweigen, wenn die Kenntnis dieser Fakten beim Patienten zu massiven, unter Umständen unbehebbarer körperlichen oder seelischen Störungen führen würde. Zu denken ist etwa an Fälle, wo der Patient durch die ärztliche Information in tiefe Hoffnungslosigkeit stürzen und dadurch seine ganze Widerstandskraft verlieren würde; weiters, wenn durch die Aufklärung begründete Gefahr dazu besteht, dass schwerste reaktive Depressionen ausgelöst werden oder sogar Suizidgefahr besteht⁵¹⁴.

Ist der psychisch kranke oder geistig behinderte Patient einsichts- und urteilsfähig und daher auch selbst aufzuklären, kommt eine solche aus therapeutischen Erwägungen motivierte Einschränkung des Aufklärungsumfangs (sog „therapeutischer Vorbehalt“) in Betracht. In solchen Fällen wäre eine vollständige Aufklärung des Patienten kontraproduktiv und würde dem Wohl eindeutig widersprechen.

Hat die Aufklärung jedoch mangels Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Betroffenen dem gesetzlichen Vertreter gegenüber zu erfolgen, kommen derartige therapeutische Kontraindikationen nicht in Betracht. Dem Sachwalter gegenüber

⁵¹⁴ *Ainedter*, Der Strafrichter ist immer dabei, Wiener Arzt 9/98, 18 f; *Deutsch*, Medizinrecht³ Rz 149 ff; *Englährringer*, Aufklärungspflicht, 217 f; *Haslinger*, AnwBl 1994, 869 f; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II², 121; *Steiner*, JBl 1982, 173.

besteht die Verpflichtung zur wahrheitsgemäßen und uneingeschränkten Aufklärung⁵¹⁵.

5.4 Auskunftsrechte des Sachwalters in medizinischen Angelegenheiten

Ist der Sachwalter in „medizinischen Angelegenheiten“ vertretungsbefugt, so hat er auch das Recht, über den Gesundheitszustand der behinderten Person **Auskünfte** zu erhalten (§ 51 Abs 1 ÄrzteG und § 9 Abs 1 Z 2 GuKG).

Besteht eine Vertretungsbefugnis in diesen Belangen nicht, sind weder Ärzte noch andere Angehörige von Gesundheitsberufen dazu befugt, Informationen über die Gesundheit des Betroffenen zu erteilen. Dies kann zu einem Spannungsverhältnis mit § 282 ABGB führen, demnach sich jeder Sachwalter, unabhängig vom Wirkungskreis, um eine ausreichende ärztliche Versorgung zu bemühen hat. Diese Bemühungspflicht stößt allerdings an ihre Grenzen, sofern der Betroffene den Arzt nicht von seiner Verschwiegenheit entbindet (vgl § 54 Abs 2 Z 1 ÄrzteG 1998). Die Entbindung ist allerdings nur rechtswirksam, wenn die betroffene Person einsichts- und urteilsfähig ist⁵¹⁶.

Es kann aber auch Fälle geben, in denen eine einsichts- und urteilsunfähige Person ein Interesse daran hat, dass Dritte von der ihr gegenüber bestehenden Verschwiegenheitspflicht entbunden werden. Da die Verschwiegenheitspflicht jedoch der Wahrung der Persönlichkeitsinteressen des Geschützten dient, wird die Entbindung durch einen gesetzlichen Vertreter nur dann zulässig sein, wenn überwiegende andere Interessen des Betroffenen bestehen. Somit gilt eine Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht nur für die Fälle, in denen die Durchbrechung der Schweigepflicht ausnahmsweise durch das

⁵¹⁵ OGH 19.12.1984, 3 Ob 562/84, SZ 57/207 = EvBl 1985/85 = JBl 1985, 548 = RdW 1985, 272; *Engljähringer*, Aufklärungspflicht, 153 und 215; *Holzer* in *Holzer/Posch/Schick*, Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich, 26.

⁵¹⁶ *Zenz*, Staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit bestimmter Berufsgruppen im Verhältnis zur Zeugnisablegung im Verwaltungs-, Zivil- und Strafverfahren, JRP 2005, 230 ff mwN.

Vorliegen höherwertiger Interessen gerechtfertigt ist (**sog „Pflichtenkollision“**)⁵¹⁷. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Sachwalter ohne Informationen die nötigen organisatorischen Vorkehrungen zur Sicherung des Behandlungserfolges nicht treffen könnte (vgl § 54 Abs 2 Z 4 ÄrzteG 1998, der es dem Arzt ermöglicht, auch ohne Entbindung etwa als Zeuge auszusagen, wenn die Offenbarung des Geheimnisses nach Art und Inhalt zum Schutz höherwertiger Interessen der öffentlichen Gesundheitspflege oder Rechtssicherheit unbedingt erforderlich ist).

Eine Entbindung durch einen gewillkürten Stellvertreter kommt nach hM in Bereichen in Betracht, die nicht höchstpersönliche Umstände betreffen; dazu ist aber eine Spezialvollmacht iSd § 1008 ABGB erforderlich⁵¹⁸. Diesbezüglich kommt auch eine Vorsorgevollmacht in Betracht. Betrifft die Verschwiegenheitspflicht höchstpersönliche Umstände oder sensible Daten iSd des Datenschutzgesetzes, sind wohl die erhöhten Formvorschriften des § 284 f Abs 3 und das Verbot der Unterbevollmächtigung nach § 284 h Abs 3 analog anzuwenden⁵¹⁹.

Auch das Recht auf **Einsicht in die Krankengeschichte** ist nach der Rsp ein höchstpersönliches Recht⁵²⁰; die Einsicht ist daher prinzipiell nur mit Einwilligung des Betroffenen zulässig.

Ist der Betroffene nicht einsichts- und urteilsfähig, kann er seine Einwilligung nicht erteilen. Hier steht dem vertretungsbefugten Sachwalter das Einsichtsrecht jedoch jedenfalls insoweit zu, als dies zur Ausübung seiner Vertretungsbefugnis erforderlich ist. Soll er also seine Einwilligung zu einer medizinischen Maßnahme erteilen, kommt ihm auch die Befugnis zu, in die Krankengeschichte Einblick zu nehmen; dies ergibt sich schon allein daraus, dass der Sachwalter entsprechend aufzuklären ist.

⁵¹⁷ *Stellamor/Steiner*, Arztrecht I, 172 f.

⁵¹⁸ *Zenz*, JRP 2005, 230 ff; vgl *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*, Kommentar ² § 321 Rz 19.

⁵¹⁹ *Barth/Dokalik* in *Barth/Ganner*, Handbuch des Sachwalterrechts, 225.

⁵²⁰ OGH 25.2.2000, 1Ob 341/99 z.

V DIE ALTERNATIVEN ZUR SACHWALTERSCHAFT

1 Allgemeines

Als Ergebnis der vorangegangenen Ausführungen ist festzuhalten: Eine Entscheidung, die Einwilligung zu einer medizinischen Behandlung betreffend, kann ein psychisch kranker oder geistig behinderter Patient nur dann selbst treffen, wenn er einsichts- und urteilsfähig ist. Fehlt es ihm an dieser Fähigkeit, ist er auf das Mitwirken anderer Personen – insbesondere des Sachwalters - angewiesen.

Die Forderung nach mehr Selbstbestimmung, die verbunden ist mit dem Wunsch, auch für den Fall der Entscheidungsunfähigkeit Fremdbestimmung möglichst auszuschließen bzw bereits im Vorfeld seiner Erkrankung in gewissem Ausmaß vorzusorgen und selbst mitzugestalten bzw mitzuentcheiden, wird längst nicht mehr nur von gesunden Menschen gestellt. Auch geistig behinderte und psychisch erkrankte Patienten wollen, so weit als möglich, selbst über die Vornahme von Behandlungen an ihrem Körper entscheiden.

Damit stellte sich im Rahmen dieses Themas nun aber die Frage, inwiefern für behinderte Menschen die Möglichkeit besteht, einer Fremdbestimmung für den Fall der Einsichts- und Urteilsunfähigkeit vorzubeugen. Diesbezüglich hat sich die Rechtslage in den letzten Jahren deutlich weiterentwickelt; das Rechtsinstitut der Sachwalterschaft konnte diesen Anforderungen nicht mehr gerecht werden. Somit wurden rechtliche Möglichkeiten geschaffen, die es nun ermöglichen, Vorsorge zu treffen für den Fall, dass eine Entscheidung hinsichtlich einer Behandlung aufgrund des Mangels an Einsichts- und Urteilsfähigkeit aktuell nicht mehr getroffen werden kann.

Durch das Patientenverfügungsgesetz (PatVG), das mit 1. Juni 2006 in Kraft trat, wurde die Möglichkeit der Errichtung einer Patientenverfügung gesetzlich verankert. In weiterer Folge erhielt auch das Rechtsinstitut der

Vorsorgevollmacht mit Inkrafttreten des SWRÄG 2006 seine gesetzliche Grundlage. Die gesetzliche Verankerung dieser Rechtsinstitute ermöglicht es, selbstbestimmte Behandlungsentscheidungen auch für den Fall des Eintretens der Einsichts- und Urteilsunfähigkeit treffen zu können – nicht nur für geistig gesunde Menschen, sondern auch für Personen, die aufgrund ihres Geisteszustandes oder ihrer psychischen Verfassung befürchten müssen, dass ihnen eine selbstbestimmte Entscheidung im Hinblick auf ihre medizinische Behandlung nicht immer möglich sein wird.

Mit dem SWRÄG 2006 wurde auch ein weiteres Rechtsinstitut eingeführt: die Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger. Dabei handelt es sich zwar eher um ein Instrument zur Reduktion der Fallzahlen an Sachwalterschaften und der Kostenminimierung⁵²¹ als um ein Rechtsinstitut zur Verwirklichung der Selbstbestimmung des Patienten, trotzdem soll im Rahmen dieser Arbeit auch darauf eingegangen werden. Die Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger stellt eine Möglichkeit dar, psychisch kranke und geistig behinderte Patienten bei der Einwilligung zu ihrer medizinischen Behandlung - unabhängig von der Mitwirkung eines Sachwalters zu vertreten.

⁵²¹ Vgl. dazu *Pilgram*, Das neue Sachwalterrecht – Ein Versuch, Rechtsfürsorge ohne Überfürsorglichkeit zu verwirklichen, FamZ 2006, 145; *Pilgram*, Das neue Sachwalterrecht aus der Sicht der Sozialwissenschaft, in BMJ (Hrsg), Recht und Würde im Alter (2006) 201; *Schlaffer*, Reformbedarf aus der Sicht der Vereinssachwalterschaft, in BMJ (Hrsg), Recht und Würde im Alter (2006) 213; *Pilgram*, Vortrag zum Thema „Auslöser für die Einleitung eines Sachwalterverfahrens – Präsentation der Ergebnisse einer Studie des Institutes für Rechts- und Kriminalsoziologie“ beim 16. Familienrichtertag 2003, 48; *Hammerschick/Pilgram*, Sachwalterschaftsverfahren und ihre gerichtliche Erledigung (Forschungsbericht des Instituts für Rechts- und Kriminalsoziologie) (2002) 1 ff.

2 Patientenverfügung

2.1 Allgemeines

Ende der 90-er Jahre begannen nach jahrelanger wissenschaftlicher Diskussion auch politisch Bestrebungen, die Thematik der Patientenverfügung gesetzlich zu regeln. Einen wichtigen Beitrag leistete eine parlamentarische Enquete des Nationalrats im Jahr 2001 zum Thema „Solidarität mit unseren Sterbenden – Aspekte einer humanen Sterbebegleitung in Österreich (III-106 BlgNR XXI GP), die im Endeffekt dazu führte, dass die zuständigen Minister eine Expertengruppe einsetzten, die auf Basis der geltenden Rechtslage praxisorientierte Lösungsmöglichkeiten für Patientenverfügungen erarbeiten und einen allfälligen legislativen Handlungsbedarf ermitteln sollte (933 BlgNR XXI GP).

Ein aufgrund des geltenden Rechts ausgearbeiteter, nicht verbindlicher „Leitfaden für die Praxis“ als Unterstützung und Richtschnur für Beteiligte stieß bei der Vertretung der Österreichischen Ärztekammer auf Widerstand⁵²². Wenn die Verweigerung auch rechtlich irrelevant gewesen wäre, so stand sie doch einer effektiven Umsetzung der Ergebnisse in der Praxis entgegen. Daher wurde in Entsprechung der angeführten EntschlieÙung „gesetzlicher Handlungsbedarf“ evident⁵²³.

Das Bundesministerium für Gesundheit und Frauen verfasste auf Grundlage der Ergebnisse der Arbeitsgruppe den Ministerialentwurf für ein Patientenverfügungsgesetz (223/ME XXII. GP), welcher im Herbst 2004 zur allgemeinen Begutachtung versandt wurde.

Insgesamt sollte mit dem Entwurf „keine grundsätzliche Änderung, wohl aber eine für die Praxis notwendige Klarstellung der Rechtslage“ erreicht

⁵²² Kopetzki/Gmeiner, Österreich auf dem Weg zu einem Patientenverfügungsgesetz? Zeitschrift für Biopolitik Nr 214 (2006) 70.

⁵²³ Kopetzki/Gmeiner, Österreich auf dem Weg zu einem Patientenverfügungsgesetz? 70.

werden⁵²⁴. Mit dem Entwurf, der im Wesentlichen die herrschende Rechtsauffassung ausformulierte, sollten im Grunde die zwei wesentlichen Fragen der Gültigkeit und Rechtswirkung einer Patientenverfügung geklärt werden. Dieser Vorschlag ist in den insgesamt 28 Stellungnahmen auch weitgehend auf Zustimmung gestoßen. Kritisiert wurde er vor allem zur Frage der intra- bzw extramuralen Errichtung einer Patientenverfügung kompetenzrechtlich⁵²⁵. Kritik kam auch von der Österreichischen Ärztekammer, die Bedenken im Hinblick auf die Vollziehbarkeit des Gesetzes äußerte. Dies, da die Beurteilung der Gültigkeit und der Verbindlichkeit einer Patientenverfügung dem behandelnden Arzt auferlegt wurde. Zudem wurde von ihrer Seite auch angeregt, die gesetzliche Regelung auf die Behandlung der letzten Lebensphase einzuschränken.

Er wurde im Rahmen der Richterwoche 2005, die im Zeichen des Generalthemas „Recht und Würde im Alter“ stand, nochmals diskutiert und in Folge von Experten unterschiedlichster Disziplinen überarbeitet. Im März 2005 beriet die „Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt“ darüber, wobei von dieser noch „gehöriger Diskussionsbedarf“ geortet wurde; im Wesentlichen deshalb, weil für die Verbindlichkeit einer Patientenverfügung „hohe Hürden“ zu nehmen seien; abgelehnt wurde zudem eine im Vorfeld immer wieder diskutierte Einschränkung der Verfügung für die „terminale Phase“, also einen bereits begonnenen Sterbeprozess oder eines „Sittenwidrigkeitskorrektivs“⁵²⁶.

Die Ergebnisse all dieser Diskussionen wurden in die Regierungsvorlage (1299 dB XXII GP) vom 6.2.2006 eingearbeitet. Das Gesetz wurde schließlich am 29.3.2006 im Nationalrat, am 21.4.2006 im Bundesrat beschlossen. Das **Patientenverfügungsgesetz**⁵²⁷ (**PatVG**) trat als Abschluss einer jahrelangen Diskussion mit 1. Juni 2006 in Kraft.

Dadurch wurden erstmals klare rechtliche Regelungen für Patientenverfügungen geschaffen und damit eine jahrelang unklare Rechtslage

⁵²⁴ Kopetzki/Gmeiner, Österreich auf dem Weg zu einem Patientenverfügungsgesetz? 70.

⁵²⁵ Kopetzki/Gmeiner, Österreich auf dem Weg zu einem Patientenverfügungsgesetz? 70.

⁵²⁶ Kopetzki/Gmeiner, Österreich auf dem Weg zu einem Patientenverfügungsgesetz? 70 ff.

⁵²⁷ Bundesgesetz über Patientenverfügungen (Patientenverfügungs-Gesetz, PatVG), BGBl Nr 55, RV 1299 BlgNR 22. GP, JAB 1381 BlgNR 22. GP.

beendet. Zwar war bereits vor Schaffung des PatVG die Möglichkeit der Errichtung einer Patientenverfügung allgemein anerkannt, Unklarheiten bestanden aber vor allem in Bezug auf Rechtswirkungen und Wirksamkeitsvoraussetzungen der Patientenverfügung. Dies führte zu Unsicherheiten sowohl auf Seite der Patienten als auch der Ärzte. Der Patient konnte nicht sicher sein, dass die von ihm getroffenen Verfügungen im Fall seiner Einsichts-, Urteils- oder Äußerungsunfähigkeit auch tatsächlich beachtet würden und der Arzt hatte keine eindeutige rechtliche Basis, auf die er seine medizinische Entscheidung stützen konnte.

Während gegen eine solche Regelung im Vorfeld vorgebracht wurde, dass es nicht möglich sei, im Zeitpunkt eines guten gesundheitlichen Zustandes abzuschätzen, wie man eine Entscheidung im Krankheitsfall treffen würde⁵²⁸, haben sich letzten Endes die Befürworter einer solchen Regelung mit ihren Argumenten durchgesetzt. Diese brachten im Zuge der Diskussion vor, dass es für den Patienten als Ausfluss seines Selbstbestimmungsrechts möglich sein müsse, auch Entscheidungen für die Zukunft zu treffen⁵²⁹.

2.2 Die Bestimmungen des Patientenverfügungsgesetzes

Das Patientenverfügungsgesetz **regelt** die Voraussetzungen und die Wirksamkeit von Patientenverfügungen (§ 1 PatVG). Umfasst sind dabei sowohl inhaltliche als auch formelle Voraussetzungen, aber auch die Gültigkeit und zum

⁵²⁸ Vgl dazu die Ausführungen bei *Rickmann*, Zur Wirksamkeit von Patiententestamenten im Bereich des Strafrechts (1987) 65 ff; vgl weiters *Eisenbart*, Patienten-Testament und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten (1998) 128 ff; *Schöllhammer*, Die Rechtsverbindlichkeit des Patiententestaments (1993) 98 ff.

⁵²⁹ Vgl dazu in der Lit etwa *Memmer*, Patientenverfügungen und Patientenrechte, in *Kern/Kopetzki* (Hrsg), Patientenrechte und ihre Handhabung (2006) 45 f; *Körtner*, Das österreichische Patientenverfügungsgesetz, Entstehungsgeschichte, Inhalt, Bewertung, in *Zeitschrift für Evangelische Ethik* (2006) 221 ff; *Barta/Kalchschmid*, Die Patientenverfügung in Europa, in *Barta/Kalchschmid* (Hrsg), Die Patientenverfügung – Zwischen Selbstbestimmung und Paternalismus (2005) 442 f; vgl dazu auch die Resonanz in den Stellungnahmen zum Ministerialentwurf, zB 2/SN-223/ME 22. GP der Wiener Patienten-anwaltschaft; 7/SN-223/ME 22. GP von Dr. Peintinger; 9/SN-223/ME 22. GP des Vereins für Sachwalteschaft und Patienten-anwaltschaft; 9/SN-223/ME 22. GP von Dr. Kohlhofer und Dr. Kern, die durchwegs positiv ausfällt.

Teil die Rechtsfolgen von Patientenverfügungen. Zudem wird festgelegt, dass zwischen verbindlichen und beachtlichen Patientenverfügungen zu unterscheiden ist.

Eine **Patientenverfügung** im Sinne des Gesetzes ist „*eine Willenserklärung, mit der ein Patient eine medizinische Behandlung ablehnt und die dann wirksam werden soll, wenn er im Zeitpunkt der Behandlung nicht einsichts- urteils- oder äusserungsfähig ist*“ (§ 2 Abs 1 PatVG).

Patient ist nach § 2 Abs 2 PatVG eine „*Person, die eine Patientenverfügung errichtet, gleichgültig, ob sie im Zeitpunkt der Errichtung erkrankt ist oder nicht*“.

Der Verfasser einer Patientenverfügung hat die Möglichkeit, im Voraus für den Fall **vorzusorgen**, dass er später zum Beispiel aufgrund einer Erkrankung, eines Unfalls, einer körperlichen oder geistigen Schwäche oder einer Medikation nicht mehr zu einer aktuellen Entscheidung oder Äußerung seines Willens fähig ist; etwa bei Verlust der Einsichts- und Urteilsfähigkeit, aber auch bei fehlender Äußerungsfähigkeit dh wenn sich der Patient nicht mehr mündlich, durch Zeichen oder technische Hilfsmittel mit seiner Umwelt verständigen kann. In diesen Fällen wird die Patientenverfügung und die in ihr getroffenen Verfügungen **wirksam**.

Diese Vorbestimmung ist aber nur in Grenzen möglich. Der Patient hat im Zuge einer Patientenverfügung nur die Möglichkeit, eine medizinische Behandlung **abzulehnen**⁵³⁰. Er kann sich im Rahmen einer Patientenverfügung nicht eine gewisse Behandlungsmethode „wünschen“.

Die Patientenverfügung kann für jede Phase eines Krankheits- oder Sterbeprozesses errichtet werden⁵³¹. Es gibt diesbezüglich keine Einschränkung

⁵³⁰ RV 1299 BgNR 22. GP, 5; dazu etwa auch Memmer, Patientenverfügungs-Gesetz am 1. Juni 2006 in Kraft getreten! Imago hominis 13 Nr 3 (2006) 179.

⁵³¹ Memmer, Patientenverfügungen – Rechtslage nach dem 1. Juni 2006, FamZ 2006, 69; König, Patientenverfügung, in Barth/Ganner (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts (2007) 373.

auf die „terminale Phase“ bzw irreversible Grundleiden, dh die Patientenverfügung kann sich etwa auch auf die Behandlung nach einem Unfall beziehen⁵³².

Durch den § 2 PatVG ist auch klargestellt worden, dass nur eine bestimmte **medizinische Behandlung bzw Maßnahme** abgelehnt werden kann. Nicht möglich ist es, in einer Patientenverfügung iSd PatVG zB pflegerische Maßnahmen abzulehnen⁵³³. Somit besteht für den Patienten nicht die Möglichkeit, vorweg seine Grundversorgung mit Nahrung und Flüssigkeit, die Teil der Pflege ist, auszuschließen. Die Ernährung mittels Sonde kann – da es sich dabei um eine medizinische Behandlung handelt hingegen abgelehnt werden. Zu bemerken ist in diesem Zusammenhang, dass Patientenverfügungen häufig dazu errichtet werden, um sich gegen das Legen einer PEG-Sonde und die Wiederbelebung auszusprechen.

§ 3 PatVG sieht vor, dass eine Patientenverfügung nur von einem bei der Errichtung **einsichts- und urteilsfähigem**⁵³⁴ Patienten errichtet werden kann. Dieser muss in der Lage sein, den Grund und die Bedeutung der von ihm abgelehnten Behandlung einzusehen und darüber hinaus seinen Willen nach dieser Einsicht zu bestimmen. Er muss im Hinblick auf Diagnose, Behandlungsmöglichkeiten und Alternativen sowie Risiken und Chancen den Wert der von seiner Entscheidung umfassten Güter und Interessen erfassen können und dazu fähig sein, sein Verhalten danach auszurichten. Verfügt eine Person, für die ein Sachwalter bestellt ist, oder ein Minderjähriger im Errichtungszeitpunkt über die nötige Einsichts- und Urteilsfähigkeit, so können auch sie allein, ohne Mitwirkung von Sachwalter oder Gericht eine Patientenverfügung errichten. Damit haben auch psychisch kranke und geistig behinderte Menschen die Möglichkeit, für den Fall der Verschlechterung ihres Geisteszustandes vorzusorgen. Sie können Entscheidungen im Vorfeld selbst treffen und damit eine Fremdbestimmung durch den Sachwalter ausschließen.

⁵³² König in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 373.

⁵³³ RV 1299 BgNR 22. GP, 5; Pesendorfer, Patientenverfügung, in Barth/Ganner (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts (2007) 380; König in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 373; Memmer in Aigner et al, Handbuch Medizinrecht I/299; kritisch Ganner, Individuelle Selbstbestimmung, in Barta/Kalchschmid (Hrsg), Die Patientenverfügung – Zwischen Selbstbestimmung und Paternalismus, 150.

⁵³⁴ Vgl zur Einsichts- und Urteilsfähigkeit Kapitel III 3.2.

Das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit ist nur im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung erforderlich; wenn diese zu einem späteren Zeitpunkt verloren geht, so ist dies nicht hinderlich, da die Patientenverfügung ja gerade als Vorsorge für den Fall des Eintretens eines solchen Umstandes errichtet wurde.

Die Errichtung kann nur vom Patienten **höchstpersönlich** (§ 3 PatVG) vorgenommen werden; eine Vertretung ist nicht möglich⁵³⁵. Somit kann ein Sachwalter für den Patienten keine Patientenverfügung errichten.

Jede Patientenverfügung muss gewissen **allgemeinen Anforderungen** entsprechen, ansonsten ist sie **unwirksam** (§ 10 PatVG). Die Errichtung muss dem freien Willen des Errichtenden entsprechen und demnach frei von Willensmängeln stattfinden (dh die Willenserklärung wurde frei und ernstlich abgegeben und nicht durch Irrtum, List, Täuschung, physischen oder psychischen Zwang veranlasst). Die Patientenverfügung darf keinen unzulässigen Inhalt haben. Weiters muss der Inhalt dem Stand der medizinischen Wissenschaft entsprechen und dieser darf sich seit dem Errichtungszeitpunkt nicht wesentlich geändert haben, wodurch die Entscheidung des Patienten bereits „überholt“ sein könnte. Auch ein Widerruf darf nicht stattgefunden haben.

In der Patientenverfügung können Anmerkungen des Patienten vorgenommen werden – zB die Benennung einer Vertrauensperson, die Ablehnung des Kontakts zu einer bestimmten Person oder die Verpflichtung zur Information einer bestimmten Person; sie schaden der Wirksamkeit einer Patientenverfügung nicht (§11 PatVG).

Bei den Patientenverfügungen ist die verbindliche Patientenverfügung von der beachtlichen Patientenverfügung zu unterscheiden (§ 1 Abs 2 PatVG). Diese Unterscheidung ergibt sich klar aus den rechtlichen Bestimmungen.

⁵³⁵ Bernat in *Schwimann*, ABGB-Praxiskommentar I³ §§ 1-3 PatVG Rz 3; Memmer in *Aigner et al*, Handbuch Medizinrecht I/302.

2.2.1 Verbindliche Patientenverfügung

a) Zustandekommen

Die verbindliche Patientenverfügung muss neben der Erfüllung der allgemeinen Voraussetzungen (höchstpersönliche Willenserklärung einer im Erklärungszeitpunkt einsichts- und urteilsfähigen Person) gewisse **Inhalts- und Formerfordernisse** erfüllen. Nur dann entfaltet sie Verbindlichkeit, dh der behandelnde Arzt ist unmittelbar an die Ablehnung der in der Patientenverfügung genannten medizinischen Behandlung gebunden, ohne dass ihm weitere Abwägungsmöglichkeiten offen stehen. Hier konnten sich Argumente, dass das Errichten einer Patientenverfügung dadurch erschwert, verteuert, verzögert werde⁵³⁶ nicht gegen diejenigen, dass ein Schutz für den Patienten wichtig sei⁵³⁷, durchsetzen.

Nach § 4 PatVG müssen in einer verbindlichen Patientenverfügung die **medizinischen Behandlungen**, die Gegenstand der Ablehnung sind, **konkret beschrieben** sein oder sich eindeutig aus dem Gesamtzusammenhang der Urkunde ergeben. Die Formulierungen dürfen nicht zu allgemein sein; Formulierungen wie ein Verbot eines „menschenunwürdigen Daseins“, der Wunsch nach der Unterlassung einer „risikoreichen Operation“, die Ablehnung einer „künstlichen Lebensverlängerung“ oder das Verlangen nach einem „natürlichen Sterben“⁵³⁸, sind unzureichend, da kein sicherer Schluss auf die abgelehnte Behandlung möglich ist; derartige Formulierungen können lediglich für die Ermittlung des relevanten Patientenwillens eine Rolle spielen. Beispiele für konkrete medizinische Behandlungen wären etwa Dialyse, Langzeit-

⁵³⁶ Vgl dazu insbesondere Abg. Mag. Wurm, StProt NR 22. GP 142. Sitzung, 79; Abg. Dr. Puswald, StProt NR 22. GP 142. Sitzung, 81.

⁵³⁷ Vgl ua Abg. Dr. Fekter, Dr. Partik-Pablé, StProt NR 22. GP 142. Sitzung, 80 und 82.

⁵³⁸ RV 1299 BlgNR 22. GP, 6.

Beatmungsbehandlung, Koronarangiografie, künstliche Wiederbelebung oder Bluttransfusionen⁵³⁹.

Nicht erforderlich, aber durchaus sinnvoll⁵⁴⁰ ist eine detaillierte Aufzählung aller denkbaren Fälle bzw das Nennen von bestimmten **Situationen**, in denen bestimmte Maßnahmen unterbleiben sollen⁵⁴¹. Diesbezüglich ergibt sich bereits aus dem Gesamtzusammenhang die Ablehnung einer medizinischen Heilbehandlung, wenn ein Patient die künstliche Ernährung ablehnt und dafür beispielsweise die Versorgung mittels PEG-Sonde nennt. Davon wären dann auch andere künstliche Ernährungsbehandlungen erfasst, die er im Einzelnen aber nicht ausdrücklich aufgezählt hat⁵⁴².

Vor oder spätestens bei der Errichtung der Patientenverfügung hat ein umfassendes **ärztliches Aufklärungsgespräch** stattzufinden⁵⁴³. Dabei hat der Arzt den Patienten auch über Wesen und Folgen der Patientenverfügung für die medizinische Behandlung zu informieren (§ 5 Abs 1 PatVG). In diesem Zusammenhang sind insbesondere die gesundheitlichen Folgen für den Fall einer Unterlassung der Behandlung oder Behandlungsalternativen anzusprechen. Über die Rechtsfolgen einer verbindlichen Patientenverfügung muss der Arzt nicht aufklären⁵⁴⁴; diese Aufklärung obliegt den Juristen. Die gesamte Aufklärung hat, wie auch die Aufklärung über die aktuelle Vornahme einer Behandlung, in einer für den medizinischen Laien verständlichen Form stattzufinden, damit der Patient die Möglichkeit hat, anhand aller erhaltenen Informationen sein Recht auf Selbstbestimmung auszuüben. Der Patient hat (abweichend von den allgemeinen Aufklärungsgrundsätzen) nicht die Möglichkeit, auf eine derartige Aufklärung zu

⁵³⁹ Rixen/Reinecke, Casebook Patientenverfügung (2004) 86-88; Arbeitsbehelf zum Erstellen und Durchführen einer Patientenverfügung der NÖ Patienten- und Pflegeanwaltschaft vom August 2006, abrufbar unter www.patientenverfuegung.or.at

⁵⁴⁰ Die Ablehnung der PEG-Sonde in der terminalen Phase wird nämlich anders zu beurteilen sein als die Ablehnung als umfassende Maßnahme.

⁵⁴¹ RV 1299 BlgNR 22. GP, 6.

⁵⁴² Pesendorfer in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 380.

⁵⁴³ RV BlgNR 1299 22. GP, 7; Memmer, Das Patientenverfügungs-Gesetz 2006, RdM 2006, 171.

⁵⁴⁴ JAB 1381 BlgNR 22. GP, 2; vgl auch Memmer, Überlegungen zum Patientenverfügungsgesetz 2006, in Memmer/Kern (Hrsg), Patientenverfügungsgesetz (2006) 40.

verzichten⁵⁴⁵. Durch diese Bestimmungen soll sichergestellt werden, dass der Patient eine Behandlung bestimmter Krankheiten nicht unreflektiert ablehnt.

Zudem ist vom aufklärenden Arzt zu prüfen, ob der Patient die (gesundheitlichen) Folgen der Patientenverfügung zutreffend einschätzt und ob die Einsichtsfähigkeit des Betroffenen im Zeitpunkt der Errichtung vorliegt.

Der Arzt hat die Vornahme der Aufklärung und das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit, aber auch die Information über Wesen und Folgen der Patientenverfügung für die medizinische Behandlung und die Gründe für die Annahme, dass der Patient die medizinischen Folgen der Patientenverfügung zutreffend einschätzt, zu dokumentieren (§ 5 Satz 2 PatVG), dh schriftlich zu bestätigen. In der Bestätigung sind die abgelehnten Behandlungen sowie Name und Anschrift des aufklärenden Arztes anzuführen und diese ist vom Arzt eigenhändig zu unterschreiben. Die Angabe eines Datums ist ratsam.

Die Bestätigung ist dem Patienten auszuhändigen. Der Arzt hat die Errichtung und den wesentlichen Inhalt in seine eigene Patientendokumentation aufzunehmen. Zu empfehlen ist insbesondere bei psychisch Kranken, aber auch bei (mündigen) Minderjährigen, die Gründe für das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit aus Beweisgründen zu dokumentieren⁵⁴⁶.

Die Patientenverfügung ist nach § 6 PatVG schriftlich unter Angabe des Datums der Errichtung vor einem **Notar, Rechtsanwalt oder rechtskundigen Mitarbeiter der Patientenvertretungen** (Patientenanwaltschaft im Sinne des § 11 e KAKuG) zu errichten. Es soll zum einen sichergestellt sein, dass der Patient rechtlich aufgeklärt ist, zum anderen trägt der Jurist die Textverantwortlichkeit; dh er muss dafür sorgen, dass die Verfügung allen inhaltlichen und formalen

⁵⁴⁵ Kritisch dazu *Memmer*, RdM 2006, 168; vgl dazu auch *Memmer* in *Aigner et al*, Handbuch Medizinrecht I/307; vgl weiters *Barta*, Zur „Sorge um sich“ am Lebensende, in *Memmer/Kern* (Hrsg), Patientenverfügungsgesetz (2006) 54 ff; *Tolmein*, Im Sinne des Gesetzes. Patient zur ärztlichen Verfügung: Der österreichische Weg, FAZ vom 20.4.2006, 37 (teilweise abgedruckt in *Kern*, Die religiös motivierte Patientenverfügung, in *Memmer/Kern*, Patientenverfügungsgesetz, 78); *Kern*, Die religiös motivierte Patientenverfügung, in *Memmer/Kern*, Patientenverfügungsgesetz (2006) 77 f; *Medicus*, Die Patientenverfügung aus der Sicht einer Hospizärztin, in *Barta/Kalchschmid* (Hrsg), Die Patientenverfügung - Zwischen Selbstbestimmung und Paternalismus (2005) 78 f; *Ganner* in *Barta/Kalchschmid*, Die Patientenverfügung, 149.

⁵⁴⁶ *Pesendorfer*, Patientenverfügung, in *Barth/Ganner*, Handbuch des Sachwalterrechts, 392; *Memmer* in *Aigner et al*, Handbuch Medizinrecht I/308.

Anforderungen des Gesetzes entspricht⁵⁴⁷. Auf die rechtliche Belehrung kann nicht verzichtet werden⁵⁴⁸.

Der Patient soll durch die Belehrungspflicht alle Informationen über die **rechtlichen Auswirkungen** seiner Erklärung erhalten. Er ist daher über das Wesen der verbindlichen Erklärung zu informieren und ihm ist mitzuteilen, dass seine Entscheidung in aller Regel vom Arzt zu befolgen ist, selbst dann, wenn eine Behandlung medizinisch indiziert ist und deren Nichtvornahme zu dessen Tod führt. Eine Information muss auch darüber erstattet werden, dass in solchen Fällen auch nicht die Angehörigen des Patienten befasst werden können oder das Verfahren zur Bestellung eines Sachwalter eingeleitet werden kann. Der Patient ist auch über Alternativen und insbesondere darüber zu informieren, dass auch eine nicht verbindliche Patientenverfügung erstellt werden kann⁵⁴⁹.

Der Jurist hat die Identität des Patienten festzustellen und sich nochmals vom Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Betroffenen zu überzeugen, da diese im Zeitpunkt der Errichtung vorliegen muss und seit dem Zeitpunkt des ärztlichen Aufklärungsgesprächs und diesem ja einige Zeit verstrichen sein kann⁵⁵⁰.

Der Patient muss zudem über die Möglichkeit belehrt werden, dass die Patientenverfügung jederzeit formfrei ohne Angabe von Gründen⁵⁵¹ **widerrufen** werden kann. Ein Widerruf kann nicht nur ausdrücklich, also schriftlich oder mündlich, sondern auch durch ein schlüssiges Verhalten, also durch Handlungen, die eindeutig als Widerruf anzusehen sind wie die Vernichtung der Verfügung durch Zerreißen ua erfolgen⁵⁵². Ob ein Widerruf auch möglich ist, wenn der Patient nicht mehr über die an sich erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügt, ist

⁵⁴⁷ RV 1299 BlgNR 22. GP, 7; *Kathrein*, Regierungsvorlage für ein Patientenverfügungsgesetz, in *Memmer/Kern* (Hrsg), Patientenverfügungsgesetz (2006) 27; *Memmer* in *Aigner et al*, Handbuch Medizinrecht I/310.

⁵⁴⁸ *Memmer* in *Aigner et al*, Handbuch Medizinrecht I/312.

⁵⁴⁹ RV 1299 BlgNR 22. GP, 7.

⁵⁵⁰ *Memmer*, RdM 2006, 170; *Kunz/Gepart*, Aufgaben der bei der Errichtung einer Patientenverfügung mitwirkenden Juristen – am Beispiel des Rechtsanwalts, FamZ 2006, 85; aA *Bernat*, Planungssicherheit am Lebensende? - Anmerkungen zum BG über Patientenverfügungen sowie zur Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten – Teil I, EF-Z 2006, 46.

⁵⁵¹ *Barta/Kalchschmid* in *Barta/Kalchschmid*, Patientenverfügung, 34.

⁵⁵² RV 1299 BlgNR 22. GP, 9.

strittig⁵⁵³. Der Teil der Lehre, der sich dafür ausspricht, dass das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit nicht erforderlich ist, sieht darin eine Art Vetorecht des Einwilligungsunfähigen, das sie als „Würdevorbehalt“⁵⁵⁴ versteht und begründet dies damit, dass eine keimende oder noch vorhandene Restvernunft beachtet werden sollte. Anderer Ansicht ist *Memmer*; er spricht sich dafür aus, dass beim Widerruf einer Patientenverfügung die Einsichts- und Urteilsfähigkeit gegeben sein muss, auch wenn er an diese nur sehr geringe Anforderungen stellt: „Der Wunsch zu leben spricht gegen hohe Anforderungen an die kognitiven Leistungen sowie die Kommunikationsfähigkeit der betroffenen Person“⁵⁵⁵. Da er in Anwendung des OGH-Urteils zum „psychiatrischen Testament“⁵⁵⁶ davon ausgeht, dass im Fall von Unsicherheiten über das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit in Bezug auf einen Widerruf im Sinne eines favor vitae zu entscheiden ist⁵⁵⁷, wird er in den meisten Fällen zum selben Ergebnis gelangen wie die Gegner dieser Ansicht. Auch ich schließe mich der Meinung *Memmers* an: auch in anderen Fällen des Widerrufs einer Willenserklärung wird die Einsichts- und Urteilsfähigkeit gefordert und es ist mE nicht nachvollziehbar, weshalb der Widerruf einer Patientenverfügung anders beurteilt werden sollte. Erklärbar wäre dies nur durch eine gesetzliche Grundlage, wie sie etwa im Fall der Vorsorgevollmacht besteht. Diesbezüglich ist im SWRÄG 2006 eindeutig gesetzlich verankert, dass für einen Widerruf der Vorsorgevollmacht die Einsichts- und Urteilsfähigkeit nicht vorliegen muss. Eine solche Regelung gibt es im Fall der Patientenverfügung allerdings nicht.

Die erfolgte juristische Belehrung ist vom an der Errichtung mitwirkenden Juristen durch eigenhändige Unterschrift unter Angabe von Namen und Anschrift in der Patientenverfügung selbst oder einem Anhang zu dieser zu dokumentieren (§ 6 Abs 2 PatVG)⁵⁵⁸.

⁵⁵³ RV 1299 BlgNR 22. GP, 9; vgl *Kathrein*, Das Patientenverfügungs-Gesetz, ÖJZ 2006; 563; vgl auch *Pesendorfer* in *Barth/Ganner*, Handbuch des Sachwalterrechts, 423 f; aA *Memmer*, RdM 2006, 166 f; vgl *Memmer*, FamZ 2006, 70 f; *Memmer* in *Aigner et al*, Handbuch Medizinrecht I/317; vgl *Bernat* in *Schwimann* ABGB-Praxiskommentar I³ § 10 PatVG Rz 3.

⁵⁵⁴ *Pesendorfer* in *Barth/Ganner*, Handbuch des Sachwalterrechts, 423.

⁵⁵⁵ *Memmer* in *Aigner et al*, Handbuch Medizinrecht I/317.

⁵⁵⁶ OGH 16.7.1998, 6 Ob 144/98 i, RdM 1999/21 = EvBl 1999/21.

⁵⁵⁷ *Memmer* in *Aigner et al*, Handbuch Medizinrecht I/317.

⁵⁵⁸ RV 1299 BlgNR 22. GP, 7.

Die Patientenverfügung muss **schriftlich** errichtet werden. „Schriftlich“ ist dabei im Sinne des § 886 ABGB auszulegen und damit gemeint, dass die Erklärung schriftlich abgefasst und vom Patienten in Gegenwart eines in § 6 PatVG genannten Juristen eigenhändig unterfertigt sein muss. Die Patientenverfügung hat demnach die **Unterschrift des Patienten** zu enthalten.

Der Patient kann seine Patientenverfügung in Anwesenheit eines Rechtsanwalts, Notars oder Patientenvertreters selbst verfassen und unterschreiben. Es ist aber auch möglich, dass der Jurist diese für den Patienten auf Grundlage eines vorangegangenen Gespräches aufsetzt und dieser sie dann unterfertigt⁵⁵⁹. Es genügt, wenn eine bereits verfasste Urkunde bzw ein mit Hilfe des Arztes ausgefülltes Musterformular vom Patienten vor dem Juristen unterfertigt wird.

Eine auf diese Art und Weise errichtete Patientenverfügung ist für die **Dauer** von **fünf Jahren** ab dem Zeitpunkt der Errichtung verbindlich. Eine kürzere Wirksamkeit kann in der Patientenverfügung angegeben werden (§ 7 Abs 1 PatVG). Dies bedeutet, dass eine Patientenverfügung nach spätestens 5 Jahren wieder zu erneuern ist, wenn eine längere als 5-jährige Verbindlichkeit erwünscht ist. Eine **Erneuerung** kann der einsichts- und urteilsfähige Patient jederzeit unter Einhaltung der beschriebenen Erfordernisse vornehmen, dh es müssen wieder alle Schritte für eine verbindliche Patientenverfügung durchlaufen werden (ärztliche Aufklärung und Einhaltung der Formerfordernisse nach § 6 PatVG). Dabei ist aber ausreichend, dass der Patient auf die von ihm bereits errichtete Patientenverfügung Bezug nimmt. Damit ist die Patientenverfügung weitere fünf Jahre verbindlich. Eine neue Patientenverfügung muss nicht errichtet werden⁵⁶⁰. Dadurch wird sichergestellt, dass sich der Patient nach einer bestimmten Zeit wieder mit seiner Verfügung auseinandersetzt und damit die Erklärung auch dem

⁵⁵⁹ RV 1299 BlgNR 22. GP, 7.

⁵⁶⁰ RV 1299 BlgNR 22. GP, 8.

aktuellen Willen des Patienten und dem letzten Stand der medizinischen Wissenschaft entspricht⁵⁶¹.

Auch eine **inhaltliche Änderung** der Patientenverfügung ist unter denselben Voraussetzungen wie bei einer Errichtung (ärztliche Aufklärung und Einhaltung der Formerfordernisse nach § 6 PatVG) jederzeit nachträglich möglich (§ 7 Abs 2 zweiter Satz PatVG)⁵⁶². Diese dürfen auch in einer bereits getroffenen Verfügung durchgeführt werden; sie dürfen aber nicht die Klarheit oder Übersichtlichkeit der Verfügung beeinträchtigen oder zu Widersprüchen führen⁵⁶³. Mit einer vorgenommenen Änderung beginnt die Fünfjahresfrist für die gesamte Patientenverfügung neu zu laufen.

Verliert der Patient innerhalb der 5 Jahre seine **Einsichts- und Urteilsfähigkeit** oder Äußerungsfähigkeit, ist die errichtete Patientenverfügung so lange gültig, bis diese wieder erworben wird. Ist dies nicht mehr der Fall, ist die Patientenverfügung für immer gültig. Ausgenommen ist der Fall, dass sich der Stand der medizinischen Wissenschaft seit der Errichtung wesentlich geändert hat (§ 10 Abs 1 Z 3 PatVG). Eine wesentliche Änderung des Standes der medizinischen Wissenschaft hat im Hinblick auf die abgelehnten Behandlungen die Unwirksamkeit zur Folge (§ 10 Abs 1 Z 3 PatVG).

b) Wirkung

Wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, hat der behandelnde Arzt zu klären, ob die in der Patientenverfügung beschriebene Situation der nun vorliegenden entspricht. Ist dies der Fall, so ist die verbindliche Patientenverfügung bei Kenntnis vom Arzt und sonstigen Beteiligten (etwa Pflegepersonal, Angehörigen, bereits bestelltem Sachwalter oder Gericht) zwingend zu beachten, dh deren Inhalt gilt

⁵⁶¹ RV 1299 BlgNR 22. GP, 8; *Kathrein* in *Memmer/Kern*, Patientenverfügungsgesetz, 28; vgl kritisch *Kalchschmid*, Was bringt das geplante Patientenverfügungsgesetz den Patienten, Ärzten und Juristen? in *Memmer/Kern* (Hrsg), Patientenverfügungsgesetz (2006) 91.

⁵⁶² *Kathrein*, ÖJZ 2006, 565 FN 107.

⁵⁶³ RV 1299 BlgNR 22. GP, 8.

wie eine aktuelle Behandlungsverweigerung eines einsichts-, urteils- und äusserungsfähigen Patienten⁵⁶⁴. Der Arzt ist sohin an die verbindliche Verfügung unmittelbar gebunden, auch im Fall, dass die Behandlung medizinisch indiziert ist und der Patient ohne diese voraussichtlich stirbt⁵⁶⁵. Der behandelnde Arzt hat die Pflicht, die Patientenverfügung in die Krankengeschichte bzw in die Dokumentation aufzunehmen.

Im **Notfall** ist die Patientenverfügung dann nicht zu berücksichtigen, wenn der mit der Suche nach ihr verbundene Zeitaufwand das Leben oder die Gesundheit des Patienten ernstlich gefährdet. Ist die Patientenverfügung zeitgerecht erlangbar, so ist sie auch im Notfall zu beachten.

Für den Patienten darf, soweit es um die Zustimmung zu einer medizinischen Behandlung geht, die in der Patientenverfügung wirksam abgelehnt wurde, auch kein Sachwalter bestellt werden (§ 268 Abs 2 ABGB). Das bedeutet, dass eine verbindliche Patientenverfügung immer **Vorrang** vor der Entscheidung eines Sachwalters hat. Ein bereits bestellter Sachwalter, in dessen Wirkungsbereich auch die Zustimmung zu medizinischen Behandlungen fällt, ist an eine verbindliche Patientenverfügung des Betroffenen gebunden. Damit gelangt das Selbstbestimmungsrecht eines psychisch kranken oder geistig behinderten Patienten selbst nach Verlust seiner Einsichts- und Urteilsfähigkeit zur Verwirklichung.

Zur Errichtung ist österreichweit ein einheitliches, allerdings nicht amtsmäßiges, Formular⁵⁶⁶ entwickelt worden. Dieses zu verwenden empfiehlt sich aus Gründen der Vereinheitlichung und der Vereinfachung. Es steht aber jedem frei, seine Patientenverfügung in anderer Form zu errichten.

⁵⁶⁴ Memmer, FamZ 2006, 71; Barth, Die Patientenverfügung und ihre praktischen Folgen für den behandelnden Arzt, FamZ 2006, 73.

⁵⁶⁵ RV 1299 BlgNR 22.GP, 2.

⁵⁶⁶ Dieses wurde von den Patientenanwaltschaften Burgenland, Niederösterreich und Wien sowie der Hospiz Österreich und der Caritas in Zusammenarbeit mit den Bundesministerien für Gesundheit und Justiz erarbeitet; abrufbar unter http://bmg.gv.at/cms/home/attachments/4/8/9/CH1096/CMS1160730474485/formular_patientenverfuegung.pdf.

2.2.2 Beachtliche Patientenverfügung

a) Zustandekommen

Eine **beachtliche Patientenverfügung** ist eine höchstpersönliche Willenserklärung eines einsichts- und urteilsfähigen Patienten, mit der er erkennbar mehr oder weniger konkret bestimmte medizinische Behandlungen ablehnt und die wirksam sein soll, wenn er im Zeitpunkt der Behandlung nicht einsichts- und urteilsfähig oder äusserungsfähig ist und zumindest eine Voraussetzung der verbindlichen Patientenverfügung nicht erfüllt⁵⁶⁷. Als beachtliche Patientenverfügung ist demnach jede Patientenverfügung anzusehen, die zwar die allgemeinen Voraussetzungen für Patientenverfügungen, aber nicht alle Erfordernisse der verbindlichen Patientenverfügung erfüllt und auch keine gänzlich **unwirksame Patientenverfügung** darstellt⁵⁶⁸.

Unwirksam ist eine Patientenverfügung im Falle der Einsichts- und Urteilsunfähigkeit im Erklärungszeitpunkt, im Fall eines Widerrufs, eines Willensmangels (dh nicht frei und ernstlich erklärt oder durch Irrtum, List, Täuschung, physischen oder psychischen Zwang veranlasst), eines unzulässigen Inhalts oder wenn der Stand der medizinischen Wissenschaft sich seit der Errichtung der Patientenverfügung im Hinblick auf deren Inhalt wesentlich geändert hat und die Entscheidung des Patienten dadurch als „überholt“ anzusehen ist.

Eine beachtliche Patientenverfügung liegt etwa vor, wenn keine ärztliche oder juristische Aufklärung stattgefunden hat⁵⁶⁹ oder die Formvorschriften für verbindliche Verfügungen nicht eingehalten wurden bzw die verbindliche Patientenverfügung nicht erneuert wurde. Bei der beachtlichen Patientenverfügung ist eine Begrenzung der Beachtlichkeitsdauer nicht

⁵⁶⁷ Pesendorfer in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 405.

⁵⁶⁸ Pesendorfer in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 405.

⁵⁶⁹ Pesendorfer in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 405.

vorgesehen, dh eine Erneuerung ist nicht erforderlich. Allerdings verliert die Verfügung, je älter sie ist, an Indizwirkung für den mutmaßlichen Willen⁵⁷⁰.

b) Wirkung

Eine beachtliche Patientenverfügung dient den beteiligten Personen (insb Arzt und Sachwalter) zur **Ermittlung des mutmaßlichen Patientenwillens** und ist dabei als ein Umstand von mehreren zu beachten. Eine beachtliche Patientenverfügung ersetzt also nicht die Entscheidung eines Vertreters, sondern bietet diesem eine wesentliche Entscheidungshilfe für die Ermittlung des vorweg erklärten oder mutmaßlichen Patientenwillens⁵⁷¹. Der Vertreter hat sich nämlich bei seiner Entscheidung am Wohl des Betroffenen zu orientieren. Das Wohl des Betroffenen ist aber nicht ausschließlich an objektiven Kriterien festzumachen, sondern es sind dabei auch subjektive Momente wie etwa geäußerte Wünsche des Betroffenen zu beachten. Es ist zu ermitteln, wie sich der Betroffene im vorliegenden Fall entschieden hätte, wäre er zu einer Entscheidung noch fähig. Dabei müssen Anhaltspunkte gesucht werden, die seinen Willen erkennen lassen. Dazu gehören etwa religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen, persönliche Wertvorstellungen aber auch frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen. Daher stellt die beachtliche Patientenverfügung in derartigen Fällen für den Sachwalter eine wichtige Entscheidungshilfe für die Ermittlung des Patientenwillens dar.

Eine Patientenverfügung ist nach § 9 zweiter Satz PatVG umso eher zu beachten, je konkreter sie gefasst ist, wenn die Krankheitssituation sowie die Folgen der Ablehnung medizinischer Maßnahmen im Errichtungszeitpunkt eingeschätzt werden konnten, wenn eine ärztliche Aufklärung im Zuge der Erstellung stattgefunden hat, je kürzer die letzte Erneuerung zeitlich zurückliegt, wenn Formvorschriften erfüllt sind - je eher sie also die Voraussetzungen einer

⁵⁷⁰ *Pesendorfer in Barth/Ganner*, Handbuch des Sachwalterrechts, 405.

⁵⁷¹ RV 1299 BlgNR 22. GP, 9.

verbindlichen Patientenverfügung erfüllt und je sicherer es durch all diese Faktoren wird, den Willen des Patienten feststellen zu können. Die gesetzliche Aufzählung ist demonstrativ. Wesentlich ist im Ergebnis, ob festgestellt werden kann, dass der Patient eine informierte Entscheidung getroffen hat. Dazu stellen sicherlich auch die in einer Verfügung beschriebenen persönlichen Informationen eine wesentliche Hilfe dar.

Der wesentliche Unterschied der beachtlichen zur verbindlichen Patientenverfügung liegt in deren **Wirkung**. Gibt es eine verbindliche Patientenverfügung, so darf kein Sachwalter in dieser Angelegenheit bestellt werden und kein Vertreter mitentscheiden, wenn die Situation eingetreten ist, für die die verbindliche Patientenverfügung errichtet wurde⁵⁷². Es ist allein der in der verbindlichen Patientenverfügung zum Ausdruck gebrachte Wille ausschlaggebend dafür, ob eine Behandlung durchgeführt wird oder unterlassen werden muss.

Liegt eine beachtliche Patientenverfügung vor, so wird die Entscheidung eines Vertreters in aller Regel erforderlich sein. Ohne seine Zustimmung darf - mit Ausnahme von Notfällen nicht behandelt werden. Der behandelnde Arzt hat daher, wenn für keine andere Vertretung vorgesorgt ist, eine Sachwalterbestellung anzuregen⁵⁷³ und auf die Zustimmung des Sachwalters oder dessen Verweigerung zu warten. Gleichzeitig hat er aber in zumutbarer Weise nachzuforschen, ob nicht ein bindender vorweg erklärter Wille des Patienten in Form einer **qualifiziert beachtlichen Patientenverfügung** gegeben ist. Eine Ausnahme für die Bestellung eines Vertreters besteht nämlich dann, wenn eine solche qualifiziert beachtliche Patientenverfügung vorliegt⁵⁷⁴. Dazu muss sichergestellt sein, dass der Patient im Errichtungszeitpunkt einsichts- und urteilsfähig war, eine informierte Entscheidung getroffen hat, diese aktuell ist und keine Anzeichen von Willensmängeln oder eines Widerrufs vorliegen⁵⁷⁵. Hier ist der Arzt unmittelbar an die Patientenverfügung gebunden und darf nicht

⁵⁷² Vgl § 268 Abs 2; vgl § 8 Abs 3 KAKuG.

⁵⁷³ Bernat, EF-Z 2006, 75 FN 61 mwN.

⁵⁷⁴ Memmer, RdM 2006, 173; vgl Barth, Das Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 – Die Reform im Überblick, FamZ 2006, 75.

⁵⁷⁵ Memmer, RdM 2006, 173; vgl Barth, FamZ 2006, 75.

behandeln. Beispiele für qualifiziert beachtliche Patientenverfügungen wären etwa, dass eine verbindliche Patientenverfügung nicht erneuert wurde und seit dem Verlust der Verbindlichkeit nur sehr kurze Zeit verstrichen ist, ein Arzt eine Patientenverfügung errichtet und keine ärztliche Aufklärung erhielt bzw ein Jurist keine juristische Aufklärung.

Die beachtliche Patientenverfügung ist insgesamt betrachtet **dynamischer** als die verbindliche Patientenverfügung. Bei dieser besteht für den Arzt nämlich noch ein gewisser Handlungsspielraum. Er muss nicht starr dem folgen, was in der Verfügung vorgesehen ist; bei seinen Entscheidungen ist er aber an den mutmaßlichen Willen des Patienten gebunden.

Allgemein festzuhalten ist, unabhängig von der Art der Patientenverfügung, dass diese als Bringschuld des Patienten anzusehen ist⁵⁷⁶. Für den Arzt besteht die Verpflichtung zur Nachforschung lediglich im Rahmen der Zumutbarkeit⁵⁷⁷. Daher empfiehlt es sich aus Sicht des Patienten, Hinweiskarten bei sich zu führen, aus der der Aufbewahrungsort bzw die Erreichbarkeit einer Vertrauensperson hervorgeht⁵⁷⁸. Den Arzt bzw die Krankenanstalt trifft nämlich keine Verpflichtung, außerhalb des Hauses nach einer Patientenverfügung zu suchen bzw diese herbeizuschaffen. Im Bedarfsfall wird die Patientenverfügung also häufig vom Sachwalter, nahen Angehörigen oder dem Hausarzt vorgelegt werden müssen.

⁵⁷⁶ Pesendorfer in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 430.

⁵⁷⁷ Pesendorfer in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 430 f.

⁵⁷⁸ Pesendorfer in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 437.

3 **Vorsorgevollmacht (für Gesundheitsangelegenheiten)**

3.1 **Allgemeines**

Im Rahmen einer **Vorsorgevollmacht** erteilt der Betroffene zu einem Zeitpunkt, in dem er noch geschäfts- bzw einsichts- und urteilsfähig ist, einer anderen Person (seines Vertrauens) Vollmacht für die künftige Besorgung seiner Angelegenheiten nach dem Verlust seiner Geschäftsfähigkeit und/oder Einsichts- und Urteilsfähigkeit und - seit der RV und/oder Äußerungsfähigkeit⁵⁷⁹.

Mit einer Vorsorgevollmacht kann Vertretungsmacht zur Ausführung sowohl rechtsgeschäftlicher als auch persönlicher Angelegenheiten übertragen werden.

Häufig wird die Vollmacht dazu erteilt, um vermögensrechtliche Angelegenheiten zu erledigen. Sie kann aber auch für medizinische Belange übertragen werden. Wird im Zuge der Vorsorgevollmacht eine Person dazu bevollmächtigt, an Stelle des Patienten Entscheidungen zu treffen, die im Rahmen einer medizinischen Behandlung erforderlich sind, so spricht man auch von „**Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten**“⁵⁸⁰. Diese ist ein Anwendungsfall der Vorsorgevollmacht, mit welchem sich der folgende Teil der Arbeit beschäftigt.

Durch das Institut der Vorsorgevollmacht wird eine **selbstbestimmte Lebensgestaltung** über das Ende der eigenen Entscheidungsfähigkeit hinaus

⁵⁷⁹ Memmer, Selbstbestimmungsrecht des Patienten – Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht, Manuskript zum Vortrag am 4. Februar 2005, abrufbar unter www.virgil.at/downloads/memmer/pdf, 10; Barth, Vortrag zum Thema „Die Reform des Sachwalterrechts“ bei der Richterwoche 2005, 4; Schauer, 20 Jahre Sachwalterschaft – Sinn, Zweck und Alternativen, RZ 2004, 206 ff; Schauer, Vortrag zum Thema „Vorsorgevollmacht“ beim 16. Familienrichtertag 2003, 92 f; Memmer, Patiententestament und Stellvertreter in Gesundheitsangelegenheiten, in Kopetzki (Hrsg) Antizipierte Patientenverfügungen (2000) 19.

⁵⁸⁰ Memmer in Kopetzki, Antizipierte Patientenverfügungen, 19 f; Memmer, Vortrag 2005, 10.

ermöglicht⁵⁸¹. Der Patient entscheidet nämlich selbst, wer für ihn im Falle des Verlustes der Einsichts- und Urteilsfähigkeit medizinische Entscheidungen trifft und kann bestimmte Entscheidungen für die Zukunft im Vorhinein selbst treffen⁵⁸². Er kann eine Person seines Vertrauens einsetzen, dieser seine Wertvorstellungen und Wünsche mitteilen und ihr Weisungen hinsichtlich der Ausübung erteilen.

Die Vorsorgevollmacht wurde in Österreich durch das SWRÄG 2006 in §§ 284 f – 284 h ABGB erstmals gesetzlich geregelt. Davor fand sie im Gesetz keine ausdrückliche Erwähnung, war aber im Wesentlichen bereits von Lehre und Rsp anerkannt⁵⁸³. Dabei gelangte § 273 Abs 2 ABGB zur Anwendung, demnach die Bestellung eines Sachwalters unzulässig ist, „*wenn der Betreffende durch andere Hilfe ... in die Lage versetzt werden kann, seine Angelegenheiten im erforderlichen Ausmaß zu besorgen*“. Als eine dieser „anderen Hilfen“ anerkannten Lehre und Rechtsprechung auch die Erteilung einer Vorsorgevollmacht⁵⁸⁴. Umstritten war allerdings die Reichweite der Vorsorgevollmacht, insbesondere im Hinblick auf die Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten.

Manche Autoren sprachen sich gegen die Zulässigkeit der Vertretung in gesundheitlichen Angelegenheiten aus; dies mit der Begründung, dass es sich bei der Einwilligung in die Heilbehandlung um ein höchstpersönliches Recht handle und diese einer Vertretung nicht zugänglich seien. Die Entscheidung über eine Heilbehandlung sei daher weder übertragbar noch in ihrer Ausübung einem anderen zu überlassen⁵⁸⁵. Auch § 8 Abs 3 KAKuG wurde als Argument angeführt – er fordere die „persönliche Abgabe“ der Einwilligung⁵⁸⁶.

⁵⁸¹ Ganner, Vorsorgevollmacht, in Barth/Ganner (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts (2007) 339.

⁵⁸² Ganner in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 339.

⁵⁸³ Vgl dazu Maurer/Tschugguel, Sachwalterrecht² § 273 ABGB Rz 22; Schlemmer in Schwimann, Praxiskommentar zum ABGB I² § 273 ABGB Rz 6; Pichler in Rummel, Kommentar ABGB I² § 273 ABGB Rz 3; Gamerith, NZ 1988, 64; Gitschthaler, ÖJZ 1985, 193 ff; Schwimann, Die jüngsten Schritte der österreichischen Familienrechtsreform, StAZ 1985, 33 f; Edlbacher, ÖJZ 1985, 161 ff; Pichler, JBI 1984, 225 f.

⁵⁸⁴ Vgl zB Vgl dazu Maurer/Tschugguel, Sachwalterrecht² § 273 ABGB Rz 22; Schlemmer in Schwimann, Praxiskommentar zum ABGB I² § 273 ABGB Rz 6; Pichler in Rummel, Kommentar ABGB I² § 273 ABGB Rz 3; Gamerith, NZ 1988, 64; Gitschthaler, ÖJZ 1985, 193 ff; Schwimann, StAZ 1985, 33 f; Edlbacher, ÖJZ 1985, 161 ff; Pichler, JBI 1984, 225 f.

⁵⁸⁵ Dazu etwa Maleczky, ÖJZ 1994, 682; Edlbacher, ÖJZ 1982, 365 ff.

⁵⁸⁶ Resch, Einwilligung, 140.

Die allgemeine Vertretungsfeindlichkeit für Gesundheitsangelegenheiten wurde allerdings mangels ausreichender Begründbarkeit von vielen angezweifelt⁵⁸⁷. Der Betroffene könne gerade durch die Möglichkeit, eine Person seiner Wahl dazu zu bevollmächtigen, für ihn verbindliche Entscheidungen zu treffen, sein Selbstbestimmungsrecht verwirklichen⁵⁸⁸. Er kann auch bestimmte Personen von der Vertretung ausschließen. Die Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten sei somit nicht als Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts zu sehen, sondern stelle vielmehr eine letzte Möglichkeit dar, dasselbe zu verwirklichen⁵⁸⁹.

Dem folgend sah auch die hL eine für Gesundheitsangelegenheiten erteilte Vollmacht als eine Vollmacht an, die § 273 Abs 2 ABGB als „andere Hilfe“ anerkannte.

Die gesetzliche Verankerung durch das SWRÄG 2006 wurde trotzdem von allen Seiten begrüßt; damit wurde die Zulässigkeit der Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten endgültig geklärt. Ebenso wurden die Bedingungen für die Rechtswirksamkeit festgelegt. Dies sollte zu erhöhter Rechtssicherheit führen, wodurch man eine vermehrte Anwendung von Stellvertretungen in Gesundheitsangelegenheiten vermutete; diese gelangte bis dato nämlich nur selten zur Anwendung.

⁵⁸⁷ Hierzu *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 850 FN 5170; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991) 360.

⁵⁸⁸ *Memmer* in *Kopetzki*, Antizipierte Patientenverfügungen, 21.

⁵⁸⁹ *Eisenbart*, Patiententestament, 231; *Röver*, Einflussmöglichkeiten des Patienten im Vorfeld einer medizinischen Behandlung (1997) 183; *Luf* in seinem Vortrag zum Thema „Der zur Einwilligung unfähige Patient in der Intensivstation (Wien, 23. Oktober 1997)“; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 850 FN 5170; *Müller-Freienfels*, Die Altersvorsorgevollmacht, Studie zur Vollmachtserteilung über Minderung der Geschäftsfähigkeit hinaus, in FS Coing zum 70. Geburtstag II (1982) 395 ff.

3.2 Voraussetzungen der Vorsorgevollmacht

Der **Vollmachtgeber** muss im Zeitpunkt der Errichtung der Vorsorgevollmacht **einsichts- und urteilsfähig**⁵⁹⁰ sein. Zudem muss die Errichtung der Vorsorgevollmacht **höchstpersönlich** vorgenommen werden, dh sie kann nicht durch einen Sachwalter oder sonstigen Bevollmächtigten errichtet werden⁵⁹¹.

Der **Bevollmächtigte** muss zur Vertretung in Gesundheitsangelegenheiten grundsätzlich **geschäftsfähig sowie einsichts- und urteilsfähig** sein. Unklar ist aber, ob die Geschäftsfähigkeit für alle Vertretungshandlungen in diesem Bereich vorliegen muss oder ob für die Einwilligung in die medizinische Behandlung – wie auch beim Patienten selbst – die Einsichts- und Urteilsfähigkeit ausreicht. Jedenfalls geschäftsfähig muss der Bevollmächtigte dann sein, wenn er im Rahmen der Vertretung in gesundheitlichen Angelegenheiten rechtsgeschäftliche Vertretungshandlungen (wie etwa Abschluss eines Behandlungsvertrages) setzt⁵⁹². Meines Erachtens ist aber die Einsichts- und Urteilsfähigkeit dann ausreichend, wenn es rein um die Zustimmung zur medizinischen Behandlung geht, denn dann wird auch beim Patienten selbst lediglich auf das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit abgestellt.

Nach § 284 f stellt es einen **Ausschlussgrund** dar, wenn der Bevollmächtigte in einem Abhängigkeitsverhältnis oder in einer anderen engen Beziehung zu einer Krankenanstalt, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung steht, in der sich der Vollmachtgeber aufhält oder von der er betreut wird.

Die medizinischen Angelegenheiten müssen in der Vorsorgevollmacht **bestimmt** angeführt sein (§ 284 f Abs 1). Damit sollen Zweifel über den Umfang der Vollmacht ausgeräumt werden und es soll sichergestellt werden, dass sich der Vollmachtgeber entsprechend mit dem Vollmachtsumfang auseinandergesetzt hat.

⁵⁹⁰ Vgl zur Einsichts- und Urteilsfähigkeit Kapitel III 3.2.

⁵⁹¹ RV 1420 BlgNR 22. GP, 28; *Schauer*, Vorsorgevollmacht und gesetzliche Angehörigenvertretung nach dem SWRÄG 2006, FamZ 2006, 149.

⁵⁹² *Ganner in Barth/Ganner*, Handbuch des Sachwalterrechts, 347.

Daher ist es sinnvoll, die Angelegenheiten möglichst im Einzelnen zu beschreiben, wobei wiederum die Gefahr besteht, einzelne Angelegenheiten zu übersehen. Dazu ist zu bemerken, dass von der Vollmacht im Zweifel alle Vertretungshandlungen erfasst sind, die die „Natur bestimmter Angelegenheiten“ mit sich bringt und die damit „gewöhnlich verbunden“ sind⁵⁹³.

Grundsätzlich gibt es gesetzlich keine Beschränkung der möglichen Art der Angelegenheiten oder des möglichen Vollmachtumfangs. Allerdings kann eine Vorsorgevollmacht im Hinblick auf bestimmte **höchstpersönliche Rechte** nicht erteilt werden⁵⁹⁴. Dies gilt im medizinischen Bereich für die Lebendorganspende, die medizinisch nicht indizierte Sterilisation und den Schwangerschaftsabbruch, wenn er nicht zur Abwehr erheblicher gesundheitlicher Schäden erforderlich ist, weiters auch für Eingriffe zu Forschungszwecken, außer die Maßnahme kann für Gesundheit oder Wohlbefinden der betroffenen Person von unmittelbarem Nutzen sein⁵⁹⁵.

Die **formellen Voraussetzungen** für die Vorsorgevollmacht wurden denen für letztwillige Verfügungen nachgebildet⁵⁹⁶ und hängen davon ab, ob mit der Vorsorgevollmacht Vertretungsmacht für einfache oder wichtige Angelegenheiten übertragen werden soll. Als wichtige Angelegenheit im medizinischen Bereich ist die Einwilligung in die medizinische Behandlung, die gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden ist (§ 283 Abs 2), anzusehen. Alle anderen Angelegenheiten im medizinischen Bereich sind einfache Angelegenheiten⁵⁹⁷.

Soll eine Vorsorgevollmacht für **einfache Angelegenheiten** errichtet werden, so gibt es **drei mögliche Arten**⁵⁹⁸:

Die **eigenhändige Vorsorgevollmacht** muss eigenhändig ge- und unterschrieben sein. Dies gilt auch für nachträgliche Änderungen. Sie kann im

⁵⁹³ Ganner in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 348.

⁵⁹⁴ Ganner in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 349.

⁵⁹⁵ Ganner in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 349; Barth/Dokalik in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 145 f.

⁵⁹⁶ RV 1420 BlgNR 22. GP, 27.

⁵⁹⁷ Ganner in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 349.

⁵⁹⁸ Barth, FamZ 2006, 140.

Österreichischen Zentralen Vertretungsverzeichnis registriert werden (§ 140 h Abs 1 Z 1 NO).

Die **fremdhändige Vorsorgevollmacht** muss eigenhändig unter-, aber nicht geschrieben sein. Zudem muss der Vollmachtgeber in Gegenwart von drei (unbefangenen, eigenberechtigten und sprachkundigen) Zeugen bekräftigen, dass der Inhalt der von ihm unterschriebenen Vollmachtsurkunde seinem Willen entspricht. Dies ist von den Zeugen auf der Vorsorgevollmachtsurkunde durch Unterschrift zu bestätigen. Wenn der Vollmachtgeber nicht selbst unterschreibt, so muss ein Notar bestätigen, dass der Vollmachtgeber bekräftigt hat, dass die Vorsorgevollmacht seinem Willen entspricht – Zeugen sind dabei nicht erforderlich.

Die Vorsorgevollmacht kann auch als **Notariatsakt** errichtet werden. Diese öffentliche Urkunde verbleibt beim Notar.

Soll auch Vertretungsmacht für **wichtige Angelegenheiten** (zB Zustimmung zu schweren medizinischen Eingriffen) von der Vorsorgevollmacht erfasst sein, dann ist die Errichtung vor einem **Notar, Rechtsanwalt** oder dem **Gericht** notwendig. Die Vorsorgevollmacht ist dann zwingend schriftlich zu errichten und eigenhändig zu unterschreiben. Wenn der Vollmachtgeber nicht selbst unterschreiben kann, so kann die Vorsorgevollmacht wiederum bei einem Notar errichtet werden. Ein Notariatsakt erfüllt das Formerfordernis.

Der Rechtsanwalt, Notar oder das Gericht haben den Vollmachtgeber gemäß § 284 f Abs 3 über die Rechtsfolgen der Vorsorgevollmacht und die Möglichkeit des jederzeitigen Widerrufs zu belehren. Die Belehrung ist vom Belehrenden auf der Vollmachtsurkunde unter Angabe von Namen und Anschrift durch Unterschrift zu dokumentieren.

Die wichtigen Angelegenheiten müssen zusätzlich dazu, dass sie bestimmt angeführt werden müssen, **ausdrücklich bezeichnet** werden. Einzelvollmacht ist aber nicht erforderlich, es reicht qualifizierte Gattungsvollmacht⁵⁹⁹. Daher muss nicht jede medizinische Behandlung einzeln angeführt werden, sondern es reicht,

⁵⁹⁹ Barth, FamZ 2006, 140.

wenn sich aus der Vollmacht klar ergibt, dass auch bestimmte wichtige Angelegenheiten erfasst sind⁶⁰⁰. Ausreichend ist es, wenn in der Vollmacht angeführt ist: „Operationen“⁶⁰¹, „alle, auch schwerwiegende medizinische Maßnahmen“⁶⁰². Nicht ausreichend bestimmt wäre etwa die Bezeichnung „Gesundheitsangelegenheiten“⁶⁰³.

3.3 Wirksamkeit der Vorsorgevollmacht

Die Vorsorgevollmacht soll idR erst dann **Wirksamkeit** entfalten, wenn der Vollmachtgeber nicht mehr geschäfts- bzw einsichts- und urteilsfähig ist. Es ist aber auch möglich, die Wirksamkeit bereits vor diesem Zeitpunkt anzuordnen.

Den Verlust von Geschäfts- bzw Einsichts- und Urteilsfähigkeit beurteilt primär der Arzt des Patienten. Die Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses darüber, dass es dem Vollmachtgeber an Geschäfts- bzw Einsichts- und Urteilsfähigkeit mangelt, ist für das Wirksamwerden der Vertretungsmacht nicht erforderlich⁶⁰⁴. Eine ärztliche Bestätigung einzuholen, ist jedoch auch aus jetziger Sicht empfehlenswert. Gesetzlich gefordert ist ein ärztliches Zeugnis aber nur dann, wenn das Wirksamwerden der Vorsorgevollmacht im ÖZVV registriert werden soll (§ 140 Abs 6 NO).

3.4 Wirkung der Vorsorgevollmacht

In den Angelegenheiten, die von der Vorsorgevollmacht umfasst sind, ist die Bestellung bzw die Mitbestimmung eines Sachwalters ausgeschlossen

⁶⁰⁰ Ganner in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 352.

⁶⁰¹ RV 1420 BlgNR 22. GP, 28.

⁶⁰² Ganner in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 352.

⁶⁰³ Ganner in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 352.

⁶⁰⁴ Ganner in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 354.

(Subsidiarität der Sachwalterschaft). Ebenso ist keine gerichtliche Genehmigung bei medizinischen Entscheidungen des Bevollmächtigten notwendig. Diese ist entbehrlich, weil davon auszugehen ist, dass der Vollmachtgeber eine Person seines Vertrauens auswählt, die seinen Wertvorstellungen, Wünschen und Weisungen (die in einem Auftragsvertrag festgehalten werden können) entsprechend entscheidet. Die Entscheidungen des Bevollmächtigten unterliegen grundsätzlich auch keiner gerichtlichen Kontrolle⁶⁰⁵. Nur in dem Fall, dass der Arzt den Eindruck gewinnt, dass die Entscheidung grob unvernünftig ist, hat er die Möglichkeit, das Gericht anzurufen. Auch das soziale Umfeld des Vollmachtgebers kann sich im Missbrauchsfall oder bei Zweifeln an der ordnungsgemäßen Ausübung der Vollmacht an das Gericht wenden, welches die Bestellung eines Sachwalters oder Überwachungssachwalters anordnen kann.

3.5 Rechte und Pflichten aus der Vorsorgevollmacht

Die **Rechte und Pflichten**, die für Vollmachtgeber und Bevollmächtigten entstehen, richten sich nach dem Auftragsvertrag, der idR mit der Zustimmung des Bevollmächtigten zur Übernahme der Tätigkeit bzw durch das tatsächliche Tätigwerden zustande kommt, weiters nach §§ 1002 ff (allgemeines Vollmachtsrecht) und § 284 h, der weitere Verpflichtungen für den Bevollmächtigten vorsieht⁶⁰⁶.

Der Bevollmächtigte hat den Auftrag grundsätzlich **persönlich** auszuführen. Explizit ausgeschlossen sind die Erteilung einer Untervollmacht und die Substitution seit der RV⁶⁰⁷ für die Einwilligung in die medizinische Behandlung (§ 284 h Abs 3). Dieser Ausschluss gilt für jede, nicht nur die schwere medizinische Behandlung und stellt zwingendes Recht dar⁶⁰⁸. Für den Fall, dass die bevollmächtigte Person die Entscheidung über die medizinische Behandlung

⁶⁰⁵ Pogacar, Vorsorgevollmacht – ein Weg aus der Sachwalterschaft? Zak 2007, 27.

⁶⁰⁶ Ganner in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 357.

⁶⁰⁷ Im ME war hinsichtlich einer Untervollmachtserteilung noch keinerlei Einschränkung vorgesehen.

⁶⁰⁸ Ganner in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 357.

nicht treffen kann, ist daher ein Sachwalter zu bestellen⁶⁰⁹. Der Einsatz eines Erfüllungsgehilfen ist zulässig⁶¹⁰, ebenso der Einsatz eines Ersatzbevollmächtigten, der vom Vollmachtgeber selbst eingesetzt wird.

Der Vollmachtgeber kann **Gesamtvertretung** vorsehen, dh mehreren Personen gemeinsam Vollmacht erteilen. In dem Fall müssen alle zustimmen, um eine Vertretungshandlung setzen zu können (§ 1011 ABGB)⁶¹¹. Kann einer nicht (mehr) zustimmen, ist keine Vertretung möglich.

Den Bevollmächtigten treffen nach §§ 1002 ff ABGB eine Reihe von Verpflichtungen; so etwa die Pflicht, die Verpflichtungen aus dem Vertrag sorgfältig und emsig auszuführen und das Interesse des Vollmachtgebers zu wahren. Wesentlich ist auch die Verschwiegenheitspflicht, wobei ihm andererseits das Recht zusteht, die für die Ausübung der Tätigkeit erforderlichen Informationen (ärztliche Aufklärung, Einsicht in die Krankengeschichte) zu erhalten.

Derjenige, den der Vollmachtgeber als Bevollmächtigten in der Vorsorgevollmacht einsetzt, entscheidet auch tatsächlich. Dabei ist dem Willen des Vollmachtgebers, wie er in der Vorsorgevollmacht zum Ausdruck gebracht wurde, zu entsprechen (§ 284 h Abs 1). Dazu können in der Vollmacht **Anweisungen** erteilt werden, die auch zu befolgen sind, wenn sie nicht dem objektiven Wohl entsprechen.

Gibt der Vollmachtgeber nach Eintritt der Geschäfts-, Einsichts- und Urteilsunfähigkeit Willensäußerungen von sich, die vom Vollmachtsinhalt abweichen, so muss der Bevollmächtigte diese beachten, sofern die geäußerten Wünsche dem Wohl nicht weniger entsprechen als die in der Vorsorgevollmacht getroffenen Anweisungen (§ 284 h Abs 1 zweiter Satz). Dabei ist das subjektive Wohl, das sich aus der Äußerung im Zeitpunkt der Entscheidungsunfähigkeit ergibt mit dem subjektiven Wohl, das in der Vorsorgevollmacht festgelegt wurde,

⁶⁰⁹ Schauer, Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) Teil II, ÖJZ 2007, 224.

⁶¹⁰ Koziol/Welser II¹³, 212; OGH 27.1.1998, 4 Ob 381/97a, RdW 1998, 398.

⁶¹¹ Ganner in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 358; Memmer, Vortrag 2005, 12; Memmer, Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten und Patientenautonomie, Imago Hominis 5 Nr 4 (1998) 275 ff; Strasser in Rummel, Kommentar ABGB I³ § 1011 Rz 5 mwN.

zu vergleichen⁶¹². Ergibt sich aus der Vorsorgevollmacht kein subjektiver Wille, ist grundsätzlich das objektive Wohl bestmöglich zu fördern.

Für den Bevollmächtigten besteht zudem eine Wunschermittlungspflicht, dh er hat analog zu § 281 *„danach zu trachten, dass die behinderte Person im Rahmen ihrer Fähigkeiten und Möglichkeiten ihre Lebensverhältnisse nach ihren Wünschen und Vorstellungen gestalten kann“*. Dazu muss er sich darum bemühen, dass sich der Vollmachtgeber nach Verlust der Entscheidungsfähigkeit einen Willen über die zu besorgende Angelegenheit bildet⁶¹³.

3.6 Registrierung der Vorsorgevollmacht

Grundsätzlich hat der Vollmachtgeber dafür zu sorgen, dass die Vorsorgevollmacht zur richtigen Zeit am richtigen Ort ist⁶¹⁴. Er kann sie aber auch im Österreichischen Zentralen Vertretungsverzeichnis (ÖZVV) **registrieren** lassen (§ 140 h NO).

Auch das Wirksamwerden der Vorsorgevollmacht – also der Verlust der Geschäfts-, Einsichts- und Urteilsfähigkeit – können im ÖZVV durch einen Notar registriert werden. Diese Registrierung ist aber nur dann möglich, wenn ein ärztliches Zeugnis vorgelegt wird, das den Verlust der Geschäfts-, Einsichts- und Urteilsfähigkeit bescheinigt⁶¹⁵. Erfolgte eine Registrierung, so ist eine Bestätigung über Eintritt des Vorsorgefalls auszustellen. Diese Bestätigung beurkundet die Registrierung des Wirksamwerdens der Vorsorgevollmacht und begründet damit den Vertrauensschutz nach § 284 h Abs 2⁶¹⁶. Dies bedeutet, dass wenn der Bevollmächtigte eine Bestätigung des Österreichischen Zentralen Vertretungsverzeichnisses über das Wirksamwerden der Vollmacht vorlegt, der Arzt darauf vertrauen darf, dass der Vollmachtsfall eingetreten ist.

⁶¹² Ganner in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 361.

⁶¹³ RV 1420 BlgNR 22. GP, 30.

⁶¹⁴ Ganner in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 364.

⁶¹⁵ RV 1420 BlgNR 22. GP, 34.

⁶¹⁶ Weitzenböck in Schwimann, ABGB-Praxiskommentar³, ErgBd 2007 § 284 h Rz 7.

3.7 Vorbeugung der Missbrauchsgefahr

Der **Missbrauchsgefahr**, die vor allem dadurch besteht, dass der Vollmachtgeber aufgrund seiner psychischen Erkrankung bzw geistigen Behinderung die Handlungen des Bevollmächtigten nicht mehr selbst kontrollieren kann und diesbezüglich auch keine gerichtliche Kontrolle vorgesehen ist, wurde insbesondere dadurch versucht Einhalt zu gewähren, indem jedermann die Möglichkeit hat, das Pflegschaftsgericht anzurufen; dieses hat im Bedarfsfall einen Sachwalter zu bestellen⁶¹⁷. Desweiteren hat der Vollmachtgeber die Möglichkeit, die erteilte Vollmacht jederzeit - dh auch im Fall des Verlustes der Einsichts- und Urteilsfähigkeit zu widerrufen⁶¹⁸.

Als weitere Schutzmaßnahme wurde vorgesehen, dass zum Bevollmächtigten nur eine unabhängige Person bestellt werden kann.

Auch das Festlegen von Formerfordernissen soll den Rechtsmissbrauch hintanhalten.

3.8 Ende der Vorsorgevollmacht

Die Vorsorgevollmacht **endet** grundsätzlich mit dem Tod des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten, mit Fristablauf (bei zeitlicher Befristung), Erfüllung (wenn sie für bestimmte Vertretungshandlungen erteilt wurde) oder durch **Widerruf**. Die Vorsorgevollmacht ist jederzeit formlos ohne Angabe von Gründen widerrufbar. Dazu sind weder Geschäftsfähigkeit noch Einsichts- und Urteilsfähigkeit erforderlich; Äußerungsfähigkeit genügt⁶¹⁹. Der Vollmachtgeber muss (hinreichend konkret und erkennbar ernstlich⁶²⁰) zu

⁶¹⁷ Memmer, Vortrag 2005, 12.

⁶¹⁸ Vgl zum Widerruf gleich unter 3.8.

⁶¹⁹ RV 1420 BlgNR 22. GP, 4 und 28; JAB 1511 BlgNR 22. GP, 2.

⁶²⁰ Ganner, Selbstbestimmung, 389.

erkennen geben, dass er vom Bevollmächtigten nicht mehr vertreten werden will. Ein Widerruf der Vorsorgevollmacht führt bei fehlender Geschäfts- bzw Einsichts- und Urteilsfähigkeit dazu, dass anstelle der Vorsorgevollmacht die allgemeine zivilrechtliche Vollmacht tritt. Der Bevollmächtigte kann auch aufgrund dieser Vertretungshandlungen setzen. Allerdings wird idR ein Sachwalter (zumindest zur Überwachung) zu bestellen sein. Dieser kann im Bedarfsfall auch die allgemeine zivilrechtliche Vollmacht widerrufen, wenn dies zu seinem Wirkungskreis zählt und dies dem Wohl des Vertretenen entspricht⁶²¹. Sind im Zeitpunkt des Widerrufs Geschäftsfähigkeit sowie Einsichts- und Urteilsfähigkeit vorhanden, wird damit auch die allgemeine zivilrechtliche Vollmacht beendet. Auch die Bestellung eines Sachwalters ist in diesem Fall ausgeschlossen, da der Betroffene selbst ohnedies entscheidungsfähig ist.

3.9 **Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung**

Bei einer Patientenverfügung richtet der Betroffene keinen Auftrag an den Bevollmächtigten, sondern trifft Entscheidungen selbst, indem er bestimmte medizinische Behandlungen für den Fall ablehnt, dass er im Zeitpunkt der Behandlung nicht einsichtsfähig, urteilsfähig oder äußerungsfähig ist.

Im Gegensatz zur Patientenverfügung, die lediglich den vorhersehbaren Bereich von Ereignissen abdeckt, kann in einer Vorsorgevollmacht ein Vertreter für den gesamten Bereich allfällig künftig erforderlicher Entscheidungen eingesetzt werden⁶²².

Eine **Patientenverfügung** und eine **Vorsorgevollmacht** können kombiniert werden. So kann etwa in einer Patientenverfügung verfügt werden, dass eine PEG-Sonde nicht gelegt werden soll und in einer Vorsorgevollmacht, dass über den Rest der medizinischen Behandlungen Frau XY

⁶²¹ Ganner in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 356.

⁶²² Ganner, Selbstbestimmung, 395 ff.

entscheidungsbefugt sein soll. Die Patientenverfügung geht einer Vorsorgevollmacht vor, denn in dieser entscheidet der Patient selbst. Dies gilt aber nur für die verbindliche Patientenverfügung. Eine beachtliche Patientenverfügung geht der Vorsorgevollmacht nach, ist für den Bevollmächtigten aber Orientierungshilfe für die Ermittlung des Willens des Vollmachtgebers.

4 Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger

4.1 Allgemeines

Mit der Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger wurde in Österreich ein neues Rechtsinstitut geschaffen. Vor Inkrafttreten des SWRÄG 2006 hatten Familienmitglieder keine Rechte und auch keine ausdrückliche Entscheidungsbefugnis bei medizinischen Behandlungen von volljährigen Angehörigen. Bei entscheidungsunfähigen Erwachsenen musste ein Sachwalter bestellt werden. Mit der Verankerung des Rechtsinstituts im Zuge des SWRÄG 2006 (§§ 284 b – 284 e ABGB) hat Österreich europaweit eine Vorreiterstellung eingenommen. Die kritischen Stimmen⁶²³ im Vorfeld, die vor allem eine erhöhte Missbrauchsgefahr und eine mangelnde Einbindung der Gerichte befürchteten, haben sich im Endeffekt nicht durchsetzen können.

4.2 Voraussetzungen der Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger

Grundvoraussetzung für das Entstehen und den Fortbestand der gesetzlichen Vertretungsmacht ist, dass eine **volljährige Person** aufgrund einer

⁶²³ Vgl. zB Schauer; RZ 2004, 206 ff; Gödicke, FamRZ 2003, 1895.

psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung nicht fähig ist, jene **Angelegenheiten** für sich selbst zu **besorgen**, die von der Angehörigenvertretung umfasst sein können. Diesbezüglich wird an die Voraussetzungen für die Bestellung eines Sachwalters angeknüpft⁶²⁴. Ausgenommen ist lediglich die vom Richter im Rahmen des Sachwalterbestellungsverfahrens vorzunehmende Beurteilung, ob dadurch die „Gefahr eines Nachteils“ für den Betroffenen vorliegt⁶²⁵. Die Vertretungsmacht kann sich auch nur auf einen Teil der in § 284 b Abs 1 und 3 erwähnten Angelegenheiten erstrecken; in diesem Fall besteht eine „**Teil-Angehörigenvertretung**“⁶²⁶.

Die Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger hat **Vorrang** gegenüber einer Sachwalterbestellung; § 268 Abs 2 bestimmt diesbezüglich nämlich, dass eine Sachwalterbestellung unzulässig ist, wenn die Angelegenheiten der behinderten Person durch einen anderen gesetzlichen Vertreter, wozu auch die in § 284 c aufgezählten Angehörigen zu zählen sind, im erforderlichen Ausmaß besorgt werden⁶²⁷.

Für den Fall, dass für den Betroffenen aber bereits ein Sachwalter bestellt wurde, dessen Wirkungskreis sich auch auf die Angelegenheiten der den nächsten Angehörigen eingeräumten Befugnisse erstreckt, so bleibt für die gesetzliche Vertretungsmacht kein Raum. § 284 b Abs 1 legt in dieser Hinsicht fest, dass die Vertretungsbefugnis der Angehörigen nur dann entsteht, wenn die behinderte Person „dafür“ – gemeint sind die in § 284 b aufgezählten Angelegenheiten – keinen Sachwalter hat⁶²⁸. Diesbezüglich besteht also Subsidiarität.

Auch gegenüber der Vorsorgevollmacht und jeder sonstigen rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung kommt die Angehörigenvertretung nur subsidiär zur Anwendung. Werden Angelegenheiten, die im Rahmen der

⁶²⁴ RV 1420 BlgNR 22. GP, 22; *Schauer*, ÖJZ 2007, Teil II, 226; *Schauer*, FamZ 2006, 151; vgl zu den Voraussetzungen einer Sachwalterbestellung Kapitel II 4.2.

⁶²⁵ RV 1420 BlgNR 22. GP, 22; *Weitzenböck* in *Schwimmann*, ABGB-Praxiskommentar³, ErgBd 2007 § 284 b Rz 2.

⁶²⁶ *Barth/Kellner*, Die Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts (2007) 457.

⁶²⁷ *Schauer*, ÖJZ 2007, Teil II, 226.

⁶²⁸ *Schauer*, ÖJZ 2007, Teil II, 227; vgl *Schauer*, FamZ 2006, 151.

Vertretungsbefugnis von Angehörigen geregelt werden können, bereits von einer Vollmacht umfasst, so kann eine gesetzliche Vertretungsmacht diesbezüglich nicht bestehen. Lediglich wenn einzelne Angelegenheiten nicht im Rahmen der Vollmacht geregelt wurden, kommt eine gesetzliche Vertretungsmacht in diesen Bereichen in Frage⁶²⁹.

Eine weitere Voraussetzung dafür, dass ein Angehöriger vertreten werden darf, ist nach § 284 d Abs 2, dass die behinderte Person der Vertretungsbefugnis **nicht widersprochen** hat. Für den Widerspruch bedarf es keiner bestimmten Form und keiner Begründung. Der Widerspruch kann im Vollbesitz geistiger Kräfte vorab erklärt werden (vorab erklärter Widerspruch) oder erst nach Entstehen der Angehörigenvertretung (nachträglicher Widerspruch). Zweiterer kann gemäß § 284 d Abs 2 auch erklärt werden, wenn im Widerspruchszeitpunkt die Geschäfts- bzw die Einsichts- und Urteilsfähigkeit nicht vorliegen. Bei dieser Form des Widerspruchs, die rechtlich gesehen nach hA eine Willensmitteilung darstellt⁶³⁰, handelt es sich um eine Art „Vetorecht“ des Geschäfts- bzw Einwilligungsunfähigen⁶³¹. Dazu genügt es, wenn der Vertretene einen „natürlichen“ Willen bilden und den Widerstand signalisieren kann, dh noch eine gewisse Äußerungsfähigkeit vorhanden ist⁶³². Konkret bedeutet dies, dass ein Arzt einen Patienten, so verwirrt dieser auch immer ist, nicht behandeln darf, wenn er die Behandlung verweigert; da nützt auch die Einwilligung des Angehörigen nichts. Der Widerspruch kann sich entweder gegen die Vertretung durch einen bestimmten Angehörigen richten, aber auch pauschal gegen die Vertretung durch alle Angehörigen ausgelegt sein. Dem Betroffenen steht es auch frei, Angehörige von der Vertretung in gewissen Angelegenheiten auszuschließen. Ein schriftlicher Widerspruch ist in das Österreichische Zentrale Vertretungsverzeichnis aufzunehmen (§ 140 h Abs 1 Z 2 NO).

⁶²⁹ Schauer, ÖJZ 2007, Teil II, 226 f; vgl Schauer, FamZ 2006, 151.

⁶³⁰ Vgl dazu Koziol/Welser I¹³, 99; Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (KBB) (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB³ (2010) § 859; Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB-Praxiskommentar I³ § 859 Rz 5; Bydlinski P., Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil (2000) Rz 4/14.

⁶³¹ Amelung in Kopetzki, Einwilligung, 34 ff; Amelung, ZStW 1992, 533 ff.

⁶³² Barth/Kellner in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 516.

4.3 „Nächster Angehöriger“

§ 284 c legt fest, welche Personen als **nächste Angehörige** gelten und demnach zu Vertretungshandlungen in den Angelegenheiten des § 284 b vertretungsbefugt sein können. Nach dem Gesetz ist eine gesetzliche Vertretungsmacht von Eltern für ihre volljährigen Kinder, volljährige Kinder für ihre Eltern, weiters für den im gemeinsamen Haushalt lebenden Ehegatten und dem Lebensgefährten, wenn dieser mit der vertretenen Person seit mindestens drei Jahren im gemeinsamen Haushalt lebt, vorgesehen.

Andere Personen – etwa Geschwister sind nicht zum Kreis der Angehörigen in Sinne des § 284 c Abs 1 zu zählen. Ein Grund dafür ist, dass zwischen Eltern und Kindern sowie Ehegatten familiäre Beistandspflichten bestehen, die die Einräumung einer gesetzlichen Vertretungsbefugnis rechtfertigen. Auch einer intakten Lebensgemeinschaft liegt die Leistung von Beistand als Faktum zugrunde.

Hinsichtlich der Vertretungsbefugnis von Kindern und Eltern ist darauf hinzuweisen, dass sich diese nicht nur auf Kinder und Eltern ersten Grades bezieht, sondern diese Begriffe im Sinne des § 42 ABGB zu verstehen sind. Demnach sind unter Eltern alle Verwandten in aufsteigender Linie und unter Kindern alle Verwandten in absteigender Linie zu verstehen⁶³³. Da § 284 c kein anderes Begriffsverständnis zu entnehmen ist⁶³⁴, ist diesbezüglich auf § 42 ABGB abzustellen, weshalb etwa auch Enkel für ihre Großeltern und was wohl eher einen Ausnahmefall darstellen wird, auch Großeltern für ihre Enkel die Vertretung in den angeführten Angelegenheiten übernehmen können.

Die vertretungsbefugte Person muss selbst voll geschäftsfähig sein, damit die Vertretungsbefugnis entsteht⁶³⁵.

⁶³³ *Stefula*, Zu den allgemeinen familiären Beistandspflichten, ÖJZ 2005, 615; *Pichler* in *Klang/Fenyves/Welser* (Hrsg), Kommentar zum ABGB³ (2000) § 137 Rz 4.

⁶³⁴ *Koch* in *KBB* § 42 Rz 3.

⁶³⁵ *Barth/Kellner* in *Barth/Ganner*, Handbuch des Sachwalterrechts, 463.

4.4 Umfang der Vertretungsmacht

Die gesetzliche Vertretungsmacht ist gemäß § 284 b Abs 1 erster Satz gedacht, um im Bereich der **Vermögens- und Personensorge** Angelegenheiten des täglichen Lebens bewältigen zu können. Es handelt sich also um **Alltagsgeschäfte**, die ein den Lebensverhältnissen entsprechendes Maß nicht übersteigen⁶³⁶. Gemeint sind Geschäfte, deren Besorgung die Bewältigung des Alltags gewöhnlich mit sich bringt.

Im **medizinischen Bereich** ist etwa an den Abschluss von Behandlungsverträgen zu einfachen medizinischen Behandlungen, die Organisation eines Rehabilitationsaufenthalts⁶³⁷ oder die Zustimmung zu medizinischen Behandlungen zu denken. Nach § 284 b Abs 3 ist der nächste Angehörige zur Entscheidung über die Vornahme oder Nichtvornahme einer medizinischen Behandlung des Vertretenen befugt, wenn diesem die hierfür erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit fehlt. § 283 b Abs 3 stellt diesbezüglich auf „medizinische Behandlungen“ im Sinne des § 283 (und § 146 c) ab. Umfasst ist also nur die Zustimmung zu medizinischen Behandlungen, die *„nicht gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit“* verbunden sind. Die Vertretungsbefugnis gilt somit nur für minder schwere medizinische Behandlungen; dh im Wesentlichen sind die typisch hausärztlichen Betreuungsfälle davon erfasst. Pflegemaßnahmen sind nur insoweit erfasst, als sie im mitverantwortlichen Tätigkeitsbereich nach ärztlicher Anordnung erfolgen. Handelt es sich um eine **schwere medizinische Behandlung** wie etwa die Vornahme lebenserhaltender Maßnahmen oder eine Sondenernährung, besteht für den Angehörigen keine Befugnis, einzuwilligen⁶³⁸. Für derartige Fälle ist die Zustimmung eines Sachwalters oder (Vorsorge-) Bevollmächtigten erforderlich. Der nächste Angehörige kann daher im Wesentlichen im Fall von alltäglichen,

⁶³⁶ Schauer, RZ 2004, 210.

⁶³⁷ RV 1420 BlgNR 22. GP, 23.

⁶³⁸ Schauer, RZ 2004, 210; vgl zum Begriff der einfachen oder schwerwiegenden medizinischen Behandlung die Ausführungen in Kapitel IV 2.1.2.

verhältnismäßig harmlosen Eingriffen oder der Verordnung risikoloser Medikamente eine Entscheidung treffen.

Der Umfang der Vertretungsbefugnis bei medizinischen Behandlungen war im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens nicht immer so klar. Laut ME⁶³⁹ der nächste Angehörige auch dazu ermächtigt sein, die Einwilligung in eine gewöhnlich mit schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbundenen Behandlung zu erteilen, wenn ihm ein vom behandelnden Arzt unabhängiger Arzt in einem ärztlichen Zeugnis 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. Dazu ist anzumerken, dass bereits in den Erläuterungen zu diesem ME angeführt war, dass das BMJ *„die Sensibilität dieser Vorschläge“* nicht verkennt, sie *„aber jedenfalls als im Rahmen eines Begutachtungsverfahrens für diskussionswürdig“* erachtet. Es dürfe nicht übersehen werden, dass *„in der Lebenswirklichkeit vielfach de facto ein solches Handeln für nächste Angehörige, die nicht mehr selbst Entscheidungen treffen können, stattfindet. Durch die vorgeschlagene Regelung soll diese Praxis einer gewissen Kontrolle unterworfen werden“*⁶⁴⁰. Da die anscheinend erwartete Kritik nicht lange auf sich warten ließ⁶⁴¹, wurde in der RV⁶⁴² und auch im Gesetz von dieser großzügigeren Regelung wieder Abstand genommen und die Vertretungsbefugnis – wie beschrieben – auf die Einwilligung zu einfachen medizinischen Behandlungen eingeschränkt. Die Einwilligung in eine schwere medizinische Behandlung bleibt damit dem Sachwalter vorbehalten.

⁶³⁹ 385/ME 22.GP, 25.

⁶⁴⁰ 385/ME 22. GP, 25.

⁶⁴¹ Vgl dazu etwa die Stellungnahme des Vereins für Sachwalterschaft, Patientenanwaltschaft und Bewohnervertretung, in der sich dieser explizit dagegen ausspricht, dass Angehörige auch bei medizinischen Behandlungen ein Einwilligungsrecht haben (9/SN-385/ME 22. GP, 13 ff); auch der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger gibt in seiner Stellungnahme zu erkennen, dass er die Zustimmungsbefugnis nächster Angehöriger zu medizinischen Behandlungen als zu weitreichend einschätzt und für problematisch hält (30/SN-385/ME 22. GP, 8); ebenso stehen die österreichische Anwaltschaft, aber auch die Österreichische Ärztekammer in ihren Stellungnahmen dem Institut der Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger kritisch gegenüber (vgl dazu 35/SN-385/ME 22. GP, 5 und 38/SN-385/ME 22. GP, 4.

⁶⁴² RV 1420 BlgNR 22. GP, 5.

4.5 Rechtsverhältnis zwischen behinderter Person und Angehörigem

In den §§ 284 b bis 284 e finden sich nur vereinzelte Bestimmungen über das Innenverhältnis, dh das Verhältnis zwischen der vertretenen Person zum „nächsten Angehörigen“. Festgelegt ist etwa, dass der nächste Angehörige sich bei der Vertretung als leitende **Handlungsmaxime** von der Förderung des Wohls der vertretenen Person leiten zu lassen hat (§ 284 e Abs 1) und den Betroffenen (anders noch der ME⁶⁴³) vorab über die Wahrnehmung seiner Vertretungsbefugnis zu **informieren** hat (§ 284 d Abs 1). Festgelegt ist auch, dass die Vertretungsbefugnis vor der Vornahme einer Vertretungshandlung vom Vertreter im ÖZVV zu **registrieren** ist (§ 284 e Abs 2). Diese Bestimmung dient einerseits dem Schutz des Vertrauens Dritter, ist aber auch als Schutzbestimmung zugunsten der vertretenen Person zu sehen, wenn sie auch nicht direkt dem Innenverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem zuzuordnen ist⁶⁴⁴. Im Hinblick auf weitere im Innenverhältnis bestehende Rechte und Pflichten wie etwa Aufwandersatz, Entgeltansprüche, Rechnungslegungspflichten oder Haftungsfragen, gibt das SWRÄG keine Aufschlüsse, was zum Teil heftig kritisiert wurde⁶⁴⁵. Es ist daher diesbezüglich einzelfallbezogen zu prüfen, inwieweit andere Regelungen, zum Teil auch analog, zur Anwendung gelangen.

⁶⁴³ 385/ME 22. GP, 7, 37.

⁶⁴⁴ Barth/Kellner in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 479 f; RV 1420 BlgNR 22. GP, 25; Schauer, FamZ 2006, 153.

⁶⁴⁵ Vgl dazu Schauer, Würde im Alter, in BMJ (Hrsg), Recht und Würde im Alter (2006) 45; Schauer, ÖJZ 2007, Teil II, 228; Schauer, FamZ 2006, 152 f; Schwimann, Neuerungen im Obsorge-, Kuratel- und Sachwalterrecht, EF-Z 2006, 72; Kühnberg, Von der Sachwalterschaft zur Vorsorgevollmacht und Angehörigenvertretung: Der Entwurf des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes 2005, NZ 2005, 365.

4.6 Einzelvertretung durch jeden nächsten Angehörigen

Für den Fall, dass mehrere Angehörige vertretungsbefugt sind, reicht nach § 284 c Abs 2 die Erklärung einer Person (**Einzelvertretung**)⁶⁴⁶; es kommt dabei auch nicht auf die Nähe der Verwandtschaft an. Liegen einander **widerstreitende Erklärungen** vor, so kommen die allgemeinen Grundsätze der Rechtsgeschäftslehre zur Anwendung: bei einseitig widerruflichen Erklärung gilt die zuletzt zugegangene, bei unwiderruflichen Erklärungen die zuerst zugegangene⁶⁴⁷. Gehen dem Erklärungsempfänger aber gleichzeitig zwei divergierende Erklärungen zu, so ist keine davon wirksam⁶⁴⁸. Diesfalls wird der Arzt die Behandlung nicht durchführen (außer bei Gefahr in Verzug), sondern ein Sachwalterbestellungsverfahren bei Gericht anregen.

4.7 Registrierung der Vertretungsbefugnis

Vor Vornahme einer Vertretungshandlung hat der Vertreter seine Vertretungsbefugnis beim „**Österreichischen Zentralen Vertretungsverzeichnis**“ (**ÖZVV**) der Österreichischen Notariatskammer registrieren zu lassen⁶⁴⁹.

Bei Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen (bescheinigtes Naheverhältnis, ärztliches Zeugnis über Vorliegen einer psychischen Krankheit bzw geistigen Behinderung, aufgrund derer der Vertretene seine Angelegenheiten nicht mehr selbst besorgen kann, kein registrierter bzw dem Notar bekannter Widerspruch⁶⁵⁰, keine registrierte bzw dem Notar bekannte Vorsorgevollmacht⁶⁵¹,

⁶⁴⁶ RV 1420 BlgNR 22. GP, 24.

⁶⁴⁷ *Koziol/Welser* I¹³, 124.

⁶⁴⁸ *Koziol/Welser* I¹³, 544 f; *Nademleinsky* in *Schwimann*, ABGB-Praxiskommentar I³ § 154 Rz 3; *Stabentheiner* in *Rummel*, Kommentar ABGB³, ErgBd 2003 §§ 154, 154 a Rz 3; *Hopf* in *KBB* § 154 Rz 1; RV 1420 BlgNR 22. GP, 24.

⁶⁴⁹ RV 1420 BlgNR 22. GP, 25.

⁶⁵⁰ RV 1420 BlgNR 22. GP, 33 f.

⁶⁵¹ *Barth/Kellner* in *Barth/Ganner*, Handbuch des Sachwalterrechts, 532.

keine Sachwalterbestellung für Angelegenheiten aus dem Wirkungskreis der Vertretungsbefugnis) erhält er eine **Bestätigung** über das Vorliegen der Vertretungsbefugnis. Die Ausstellung der Urkunde ist aber **keine konstitutive Wirksamkeitsvoraussetzung** der gesetzlichen Vertretungsmacht, dh die Vertretungsbefugnis besteht, bei Erfüllen aller Voraussetzungen, auch ohne eine Registrierung. An die Vorlage der Bestätigung knüpft aber ein **Gutglaubensschutz**. Wird diese vom Vertreter dem Arzt vorgelegt, so darf der Arzt auf das Bestehen der Vertretungsbefugnis vertrauen⁶⁵². Dies gilt natürlich nur insoweit, als diesem ein etwaiger Mangel der Vertretungsbefugnis nicht bekannt bzw nicht fahrlässig unbekannt ist.

4.8 Ende der Vertretungsbefugnis

Wie bereits ausgeführt, führen ein Widerspruch und auch die Bestellung eines Sachwalters in den von der Angehörigenvertretung gedeckten Bereichen zum Nichtentstehen bzw **Ende der Vertretungsbefugnis**. Aber auch dann, wenn die Voraussetzungen für die Angehörigenvertretung nachträglich wegfallen, wie etwa wenn die vertretene Person wieder gesundet und/oder wieder dazu fähig ist, ihre Angelegenheiten selbst zu besorgen oder wenn die Ehe geschieden wird oder die Haushaltsgemeinschaft zwischen den Lebensgefährten aufgelöst ist⁶⁵³, erlischt die Vertretungsbefugnis für den Angehörigen.

⁶⁵² Barth/Kellner in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 537 ff.

⁶⁵³ Schauer, ÖJZ 2007, Teil II, 231.

RESÜMEE

In Bezug auf die aktuelle Rechtslage, die durch das SWRÄG 2006 endgültig geschaffen wurde, ist als Ergebnis festzuhalten: Verfügt ein behinderter Patient über die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit, ist er selbst dazu befugt, die Einwilligung für eine medizinische Behandlung zu erteilen; die Mitwirkung eines gesetzlichen Vertreters ist in diesem Fall nicht erforderlich. Mangelt es dem Betroffenen jedoch an der notwendigen Einsichts- und Urteilsfähigkeit, so kann er keine selbstbestimmte Behandlungsentscheidung treffen – an seiner Stelle muss dann der Sachwalter die Entscheidung darüber treffen, ob eine Behandlung vorgenommen werden darf oder nicht (Kapitel IV).

Ergänzend zur heute bestehenden Rechtslage wurden jene Entwicklungen betrachtet, die nach und nach dazu beigetragen haben, dass ein Gesetz wie das SWRÄG 2006 in seiner heutigen Form in Kraft treten konnte.

Aus heutiger Sicht ist für die Entscheidung, ob die Vertretung bei der Behandlungsentscheidung erforderlich ist oder nicht, das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit das maßgebende Kriterium. Im Rahmen der historischen Auseinandersetzung konnte diesbezüglich gezeigt werden, wie sich die Bedeutsamkeit dieser Fähigkeit für Entscheidungen im medizinischen Bereich nach und nach entwickelt hat, nachdem klar war, dass für die Vornahme einer medizinischen Behandlung die Einwilligung unausweichliche Voraussetzung war (Kapitel III). Bedeutsam war in diesem Zusammenhang auch, das Rechtsinstitut der Sachwalterschaft in seiner historischen Entwicklung darzustellen (Kapitel II). In Bezug darauf ergab sich, dass sich dieses - ausgehend von den ersten Bestimmungen einer gesetzlichen Vertretung für behinderte Menschen im 19. Jahrhundert erst als Ergebnis eines langen Entwicklungsprozesses in den 90er Jahren des vergangenen Jahrhunderts als Institut der Rechtsfürsorge durchgesetzt hat.

Bedeutsam erscheint mE auch der Zusammenhang zwischen den rechtlichen Entwicklungen und den mit dem Thema zusammenhängenden

Entwicklungen außerhalb des Rechts. Diesbezüglich konnte gezeigt werden, dass der Gesetzgeber mit den geschaffenen Rechtsbestimmungen auf geänderte Verhältnisse reagierte. Diese ergaben sich vor allem durch die Fortschritte in der Medizin, wodurch auf der einen Seite das Verhältnis zwischen Arzt und Patienten im Allgemeinen entscheidend beeinflusst wurde, auf der anderen Seite wurde dadurch auch ein Wandel im Umgang mit behinderten Personen hervorgerufen (Kapitel I).

Dass der Gesetzgeber vor einigen Jahren der Forderung nachkam, das Selbstbestimmungsrecht der Patienten so weit als möglich zu wahren und rechtliche Grundlagen für Alternativen zur Sachwalterschaft geschaffen hat, hatte auch für behinderte Patienten Auswirkungen. Durch das Aufzeigen der Möglichkeit zur Errichtung einer Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht konnte dargestellt werden, unter welchen Voraussetzungen nun auch für diesen Personenkreis die Möglichkeit besteht, für den Fall ihrer Einsichts- und Urteilsunfähigkeit selbstbestimmte Vorsorge zu treffen und somit die Fremdbestimmung durch einen Sachwalter auszuschließen (Kapitel V).

LITERATURVERZEICHNIS

Ackerknecht, Kurze Geschichte der Medizin (1967) [zit: *Ackerknecht*, Geschichte der Medizin].

Aigner/Kirein/Kopetzki, Ärztegesetz 1998³ (2007).

Aigner/Schwamberger, Einholung der Einwilligung in der Kinder- und Jugendlichenpsychotherapie - Informationen des BMGF, RdM 2004, 146 [zit: *Aigner/Schwamberger*, RdM 2004].

Ainedter, Der Strafrichter ist immer dabei, Wiener Arzt 9/98, 18 [zit: *Ainedter*, Wiener Arzt 9/98].

Amelung, Die Einwilligungsfähigkeit in Deutschland, in *Kopetzki* (Hrsg), Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit (2002) 24 [zit: *Amelung* in *Kopetzki*, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit].

Amelung, Über die Einwilligungsfähigkeit, Teil 1, ZStW 1992, 525 [zit: *Amelung*, ZStW 1992].

Angerer, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes, in Münchener Medizinische Wochenschrift, XLVI. Jahrgang, 1. Hälfte (Januar-Juni) (1899) 351 [zit: *Angerer*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit].

Arbeitsbehelf zum Erstellen und Durchführen einer Patientenverfügung der NÖ Patienten- und Pflegeanwaltschaft, abrufbar unter <http://www.patientenverfuegung.or.at> (Stand: 23.1.2012).

Arndts/Pfaff, Lehrbuch der Pandekten¹⁴ (1889).

Bardeleben, Lehrbuch der Chirurgie und Operationslehre mit freier Benutzung von Vidal's Traité de pathologie externe et de médecine opératoire, Band I (1870) [zit: *Bardeleben*, Lehrbuch der Chirurgie].

Barta, Zur „Sorge um sich“ am Lebensende, in *Memmer/Kern* (Hrsg), Patientenverfügungsgesetz (2006) 51 [zit: *Barta* in *Memmer/Kern*, Patientenverfügungsgesetz].

Barta/Kalchschmid, Die Patientenverfügung in Europa, in *Barta/Kalchschmid* (Hrsg), Die Patientenverfügung – Zwischen Selbstbestimmung und Paternalismus (2005) 442 [zit: *Barta/Kalchschmid* in *Barta/Kalchschmid*, Patientenverfügung].

Barth, Das Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 – Die Reform im Überblick, FamZ 2006, 138 [zit: *Barth*, Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006].

Barth, Die Patientenverfügung und ihre praktischen Folgen für den behandelnden Arzt, FamZ 2006, 72 [zit: *Barth*, FamZ 2006].

Barth, Checkliste: Medizinische Behandlungen von Personen unter Sachwalterschaft, RdM 2006, 100 [zit: *Barth*, RdM 2006].

Barth, Vortrag zum Thema „Die Reform des Sachwalterrechts“ bei der Richterwoche 2005, 1 [zit: *Barth*, Vortrag Richterwoche 2005].

Barth, Medizinische Behandlung von Minderjährigen und Personen unter Sachwalterschaft, RZ 2004, 182 [zit: *Barth*, RZ 2004].

Barth, Weiterentwicklung des Sachwalterrechts – Referat zur Veranstaltung 20 Jahre Sachwalterrecht am 30.6.2004 im BMJ.

Barth, Minderjährige Patienten im Konflikt mit ihren Eltern, ÖJZ 2002, 596 [zit: *Barth*, ÖJZ 2002].

Barth, Medizinische Maßnahmen an Personen unter Sachwalterschaft, ÖJZ 2000, 57 [zit: *Barth*, ÖJZ 2000].

Barth, Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen, Dissertation Wien (1999) [zit: *Barth*, Einwilligung bei Eingriffen an Minderjährigen].

Barth, Die Patientenrechte Minderjähriger nach dem Entwurf zum neuen Kindschaftsrecht, ÖA 1999, 155 [zit: *Barth*, ÖA 1999].

Barth/Dokalik, Personensorge, in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts (2007) 141 [zit: *Barth/Dokalik* in *Barth/Ganner*, Handbuch des Sachwalterrechts].

Barth/Ganner, Grundlagen des materiellen Sachwalterrechts, in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts (2007) 31 [zit: *Barth/Ganner* in *Barth/Ganner*, Handbuch des Sachwalterrechts].

Barth/Kellner, Die Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts (2007) 453 [zit: *Barth/Kellner* in *Barth/Ganner*, Handbuch des Sachwalterrechts].

Bauer, Wandel und Wesen der Arzt-Patient-Beziehung, ÖÄZ 1987, Heft 42, 34.

Belling/Eberl/Frank, Selbstbestimmungsrecht Minderjähriger bei medizinischen Eingriffen (1984).

Berghoff, Österreichs Anteil an der Entwicklung der Medizin, in Wiener Klinische Wochenschrift vom 14.2.1947, 1 [zit: *Berghoff*, Entwicklung der Medizin].

Bernat, Planungssicherheit am Lebensende? - Anmerkungen zum BG über Patientenverfügungen sowie zur Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten – Teil I, EF-Z 2006, 42 [zit: *Bernat*, EF-Z 2006].

Bernat, Planungssicherheit am Lebensende? - Anmerkungen zum BG über Patientenverfügungen sowie zur Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten – Teil II, EF-Z 2006, 74 [zit: *Bernat*, EF-Z 2006].

Bernat, Die medizinische Behandlung Minderjähriger im österreichischen Recht, VersR 2002, 1467 [zit: *Bernat*, VersR 2002].

Bernat, Behandlungsabbruch und mutmaßlicher Patientenwille, RdM 1995, 51 [zit: *Bernat*, RdM 1995].

Bertel, Wiener Kommentar zum StGB (1992) [zit: *Bertel*, WK].

Bertel/Schwaighofer, Österreichisches Strafrecht, Besonderer Teil Band I⁷ (2003) [zit: *Bertel/Schwaighofer*, Strafrecht, BT I⁷].

Bockelmann, Operativer Eingriff und Einwilligung des Verletzten, JZ 1962, 525 [zit: *Bockelmann*, JZ 1962].

Böhmer, Zum Einsatz der PEG-Sonde in der Geriatrie, FamZ 2007, 195 [zit: *Böhmer*, FamZ 2007].

Brand, Ärztliche Ethik im 19. Jahrhundert - der Wandel ethischer Inhalte im medizinischen Schrifttum. Ein Beitrag zum Verständnis der Arzt-Patient-Beziehung (1977) [zit: *Brand*, Ärztliche Ethik im 19. Jahrhundert].

Breitner, Geschichte der Medizin in Österreich (1951).

Burgstaller, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch (1982).

Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt (1974) [zit: *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt].

Bydlinski F., Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991) [zit: *Bydlinski*, Methodenlehre].

Bydlinski P., Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil (2000).

Deixler-Hübner/Lehner, Familienrechtliche Bestimmungen, in *Lehner* (Hrsg), Kinder und Jugendrecht (1993) 59 [zit: *Deixler-Hübner/Lehner* in *Lehner*, Kinder- und Jugendrecht].

Deutsch, Medizinrecht³ (1997) [zit: *Deutsch*, Medizinrecht³].

Deutsch, Schutzbereich und Beweislast der ärztlichen Aufklärungspflicht, NJW 1984, 1802 [zit: *Deutsch*, NJW 1984].

Deutsch, Haftungsrecht, Band I (1976) [zit: *Deutsch*, Haftungsrecht I].

Diederichsen, Zustimmungsersetzungen bei der Behandlung bösartiger Erkrankungen von Kindern und Jugendlichen, in *Dierks/Graf-Baumann/Lenard* (Hrsg), Therapieverweigerung bei Kindern und Jugendlichen (1995) 97 [zit: *Diederichsen* in *Dierks/Graf-Baumann/Lenard*, Therapieverweigerung].

Dietl, Praktische Wahrnehmungen nach den Ergebnissen im Wiedner Bezirkskrankenhaus, in Zeitschrift der K.K. Gesellschaft der Ärzte (1845) 12 [zit: *Dietl*, Wahrnehmungen].

Dullinger, Zur Beweislast für Verletzung/Erfüllung der ärztlichen Aufklärungspflicht, JBl 1998, 2 [zit: *Dullinger*, JBl 1998].

Eberbach, Grundsätze zur Aufklärungspflicht bei nicht voll Geschäftsfähigen, MedR 1986, 14 [zit: *Eberbach*, MedR 1986].

Edlbacher, Ein paar allgemeine Anmerkungen zum Sachwalterschaftsgesetz – zugleich eine Buchbesprechung, ÖJZ 1985, 161 [zit: *Edlbacher*, ÖJZ 1985].

Edlbacher, Körperliche, besonders ärztliche Eingriffe an Minderjährigen aus zivilrechtlicher Sicht, ÖJZ 1982, 365 [zit: *Edlbacher*, ÖJZ 1982].

Emberger/Wallner, Ärztegesetz mit Kommentar² (2008).

Ehmer, Die drei Novellen zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (Kaiserliche Verordnungen vom 12. Oktober 1914, RGBI Nr 276, vom 22. Juli 1915, RGBI Nr 208 und vom 19. März 1916, RGBI Nr 69) und die Entmündigungsordnung (Kaiserliche Verordnung vom 29. Juli 1916, RGBI Nr 207). Gesetzestext samt Durchführungsverordnungen und Erläuterungen aus dem Materialien² (1917) [zit: *Ehmer*, Die drei Novellen zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch].

Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band II/2², Familien- und Erbrecht (1937) [zit: *Ehrenzweig*, System II/2²].

Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band II/1², Das Recht der Schuldverhältnisse (1928) [zit: *Ehrenzweig*, System II/1²].

Ehrenzweig, Die Schuldhaftung im Schadenersatzrecht (1936) [zit: *Ehrenzweig*, Schuldhaftung].

Ehrenzweig, Die Regierungsvorlage eines Gesetzes über die Entmündigung, NotZ 1908, 19.

Ehrenzweig/Mayrhofer, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Das Recht der Schuldverhältnisse Band II/1³ (1986) [zit: *Ehrenzweig/Mayrhofer*, Privatrecht II/1³].

Eisenbart, Patiententestament und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten (1998) [zit: *Eisenbart*, Patiententestament].

Elkeles, Die schweigsame Welt von Arzt und Patient. Einwilligung und Aufklärung in der Arzt- Patient - Beziehung des 19. und frühen 20. Jahrhunderts, in *Jütte*, Medizin, Gesellschaft und Geschichte, Jahrbuch des Instituts für Geschichte der Medizin der Robert Bosch Stiftung, Band VIII (1989) 63 [zit: *Elkeles* in *Jütte*, Medizin, Gesellschaft und Geschichte].

Englährringer, Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen (1996) [zit: *Englährringer*, Aufklärungspflicht].

Ent/Hopf, Das Sachwalterrecht für Behinderte (1983).

Erhard, Theorie der Gesetze, die sich auf das körperliche Wohlseyn der Bürger beziehen und der Benutzung der Heilkunde zum Dienst der Gesetzgebung (1800) [zit: *Erhard*, Theorie der Gesetze].

Eser/Schmidt, Schuldrecht, Band I/2⁷, Allgemeiner Teil (1993) [zit: *Eser/Schmidt*, Schuldrecht, AT I/2⁷].

Fabrizy, StGB und ausgewählte Nebengesetze⁸ (2004) [zit: *Fabrizy*, StGB⁸].

Fasching/Konecny (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen² (2002) [zit: *Fasching/Konecny*, Kommentar²].

Feilmayr, Vom Penicillin zur Stammzellenforschung – Die Geschichte der modernen Medizin in Österreich nach 1945 (2005) [zit: *Feilmayr*, Vom Penicillin zur Stammzellenforschung].

Ferarri/Hopf (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts (2001).

Feuchtersleben, Die Gewissheit und Würde der Heilkunst. Für das nichtärztliche Publikum dargestellt (1838) [zit: *Feuchtersleben*, Heilkunst].

Fischer-Czermak, Einsichts- und Urteilsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit, NZ 2004, 302 [zit: *Fischer-Czermak*, NZ 2004].

Fischer-Czermak, Zur Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem KindRÄG 2001, ÖJZ 2002, 293 [zit: *Fischer-Czermak*, ÖJZ 2002].

Fleisch, Der chirurgische Eingriff aus der Sicht des Juristen, ÖJZ 1965 [zit: *Fleisch*, ÖJZ 1965].

Flume, Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten (1962) [zit: *Flume*, Das Rechtsgeschäft].

Foregger/Fabrizy, Strafgesetzbuch Kurzkommentar⁹ (2006) (zit: *Foregger/Fabrizy*, StGB⁹).

Foregger/Serini, StGB⁵ (1991) [zit: *Foregger/Serini*, StGB⁵].

Forster, Entmündigung - Sachwalterschaft - und danach? Gesellschaftliche Entwicklung und Rechtsfürsorge, in Rechtmäßig, Sachwalterschaft: Erfahrungen und Perspektiven (Sachwalterschaft und Patientenanzwaltschaft – Schriftenreihe, Band I) (1998) 47 [zit: *Forster*, Entmündigung - Sachwalterschaft - und danach?].

Forster, Sachwalterschaft – Sozialarbeit zwischen Recht und Psychiatrie, in Rechtsfürsorge für psychisch Kranke und geistig Behinderte, Sozialwissenschaftliche Beiträge 1978-1984, Schriftenreihe des Bundesministeriums für Justiz (Hrsg) (1984) 273.

Forster, Von der Entmündigung zur Sachwalterschaft, in Rechtsfürsorge für psychisch Kranke und geistig Behinderte, Sozialwissenschaftliche Beiträge 1978-1984, Schriftenreihe des Bundesministeriums für Justiz (Hrsg) (1984) 305.

Forster/Pelikan, Erfahrungen mit der Sachwalterschaft in Österreich, in *Recht und Psychiatrie* (Hrsg Arbeitskreis Recht und Psychiatrie) (1986) 95.

Foucault, Wahnsinn und Gesellschaft. Eine Geschichte des Wahns im Zeitalter der Vernunft (1973) [zit: *Foucault*, Wahnsinn und Gesellschaft].

Fuchs, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil Band I³ (1998) [zit: *Fuchs*, Strafrecht, AT I³].

Fuchs, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I² (1997) [zit: *Fuchs*, Strafrecht, AT I²].

Fux, Das österreichische Entmündigungsrecht und seine Reform (1903) [zit: *Fux*, Entmündigungsrecht].

Gaisbauer, Zur Beweislast für Einwilligung des Patienten und Erfüllung der ärztlichen Aufklärungspflicht, JBI 1994, 352 [zit: *Gaisbauer*, JBI 1994].

Gaisbauer, Rechtsfragen zum neuen Unterbringungsrecht, RZ 1993, 112 [zit: *Gaisbauer*, RZ 1993].

Gamerith, 3 Jahre Sachwalterrecht (die bisherige Rechtsprechung des OGH), NZ 1988, 61 [zit: *Gamerith*, NZ 1988].

Ganner, Vorsorgevollmacht, in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts (2007) 339 [zit: *Ganner* in *Barth/Ganner*, Handbuch des Sachwalterrechts].

Ganner, Selbstbestimmung im Alter – Privatautonomie für alte und pflegebedürftige Menschen in Österreich und Deutschland (2005) [zit: *Ganner*, Selbstbestimmung].

Ganner, Individuelle Selbstbestimmung, in *Barta/Kalchschmid* (Hrsg), Die Patientenverfügung – Zwischen Selbstbestimmung und Paternalismus (2005) 132 [zit: *Ganner* in *Barta/Kalchschmid*, Die Patientenverfügung].

Geilen, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht (1963).

Giesen, Arzthaftungsrecht⁴ (1995) [zit: *Giesen*, Arzthaftungsrecht⁴].

Giesen, Wandlungen im Arzthaftungsrecht, JZ 1990 [zit: *Giesen*, JZ 1990].

Gitschthaler, Handlungsfähigkeit minderjähriger und besachwalteter Personen. Eine Darstellung aus materiellrechtlicher Sicht, Teil I, ÖJZ 2004, 81 [zit: *Gitschthaler*, Handlungsfähigkeit, Teil I, ÖJZ 2004].

Gitschthaler, Handlungsfähigkeit minderjähriger und besachwalteter Personen. Eine Darstellung aus materiellrechtlicher Sicht, Teil II, ÖJZ 2004, 121 [zit: *Gitschthaler*, Handlungsfähigkeit, Teil II, ÖJZ 2004].

Gitschthaler, Die Einleitung eines Sachwalterbestellungsverfahrens, RZ 1990, 248 [zit: *Gitschthaler*, RZ 1990].

Gitschthaler, Einzelne Probleme des neuen Sachwalterrechts und der Versuch einer Lösung, ÖJZ 1985 [zit: *Gitschthaler*, ÖJZ 1985].

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld – ein Commentar² (1842) [zit: *Glück*, Commentar].

Göbel, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts (1992) [zit: *Göbel*, Einwilligung im Strafrecht].

Göckenjan, Kurieren und Staat machen. Gesundheit und Medizin in der bürgerlichen Welt (1985) [zit: *Göckenjan*, Kurieren und Staat machen].

Gödicke, Gesetzliche Vertretungsmacht für Angehörige, FamRZ 2003, 1894 [zit: *Gödicke*, FamRZ 2003].

Gschnitzer, Die zivilrechtliche Haftung des Arztes, ÖAZ 1965, Heft 22, 2149 = in *Barta/Kohlegger/Stadlmayer* (Hrsg), Franz Gschnitzer Lesebuch – anlässlich des 25. Todestages von Franz Gschnitzer am 19. Juli 1993, 587 = verkürzte Wiedergabe in Das Recht der Arbeit 1965, 298 = ÖJZ 1966, 91 [zit: *Gschnitzer*, ÖAZ 1965].

Haidenthaller, Die Einwilligung Minderjähriger in medizinische Behandlungen - Gedanken zum neuen § 146 c ABGB, RdM 2001, 163 [zit: *Haidenthaller*, RdM 2001].

Haller, Das psychiatrische Gutachten (1996) [zit: *Haller*, Das psychiatrische Gutachten].

Hammerschick/Pilgram, Sachwalterschaftsverfahren und ihre gerichtliche Erledigung (Forschungsbericht des Instituts für Rechts- und Kriminalsoziologie) (2002) [zit: *Hammerschick/Pilgram*, Forschungsbericht].

Häßler G./ Häßler F., Geistig Behinderte im Spiegel der Zeit. Vom Narrenturm zur Gemeindepsychiatrie (2005) [zit: *Häßler G./Häßler F.*, Geistig Behinderte im Spiegel der Zeit].

Harrasowsy, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, Band I (1883) [zit: *Harrasowsy*, Codex Theresianus I].

Harrasowsy, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, Band IV, Die Umarbeitungen des Codex Theresianus, Band I, Entwurf Horten's (1886) [zit: *Harrasowsky*, Entwurf Hortens].

Harrasowsy, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, Band V, Die Umarbeitungen des Codex Theresianus, Band II, Entwurf Martini's (1886) [zit: *Harrasowsky*, Entwurf Martinis].

Harrer, Aufklärung und ärztliche Verantwortung in *Harrer /Graf* (Hrsg), Ärztliche Verantwortung und Aufklärung (1999).

Hartl, Justiz und Zeitgeschichte, Symposium „Schutz der Persönlichkeitsrechte am Beispiel der Behandlung von Geisteskranken 1780-1916“ (1982) [zit: *Hartl*, Justiz und Zeitgeschichte].

Hartl, Der Geisteskranke und sein Recht auf persönliche Freiheit, ÖJZ 1975, 88 [zit *Hartl*, ÖJZ 1975].

Haslinger, Probleme der ärztlichen Aufklärung und Patienteneinwilligung, AnwBl 1994, 866 [zit: *Haslinger*, AnwBl 1994].

Hau, Experten für Menschlichkeit? Ärztliche Berufsethik, Lebensreform und die Krise der Medizin in der Weimarer Republik, in *Frewer/Neumann* (Hrsg), Medizingeschichte und Medizinethik. Kontroversen und Begründungsansätze 1900-1950 (2001) 124 [zit *Hau* in *Frewer/Neumann*, Medizingeschichte und Medizinethik].

Heidinger, Die ärztliche Aufklärungspflicht in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, in *Harrer/Graf* (Hrsg), Ärztliche Verantwortung und Aufklärung (1999) 17 [zit: *Heidinger* in *Harrer/Graf*, Ärztliche Verantwortung und Aufklärung].

Helle, Die Heilbehandlung des untergebrachten psychisch Kranken, MedR 1987, 65 [zit: *Helle*, MedR 1987].

Helmchen, Aufklärung des Patienten und Einwilligung in die Behandlung (2001) [zit: *Helmchen*, Einwilligung].

Hermann, Entmündigungsordnung – Kaiserliche Verordnung vom 16. Juni 1916, RGBI Nr 207, über die Entmündigung (1916) [zit: *Hermann*, Entmündigungsordnung].

Hinterhofer, Die Einwilligung im Strafrecht (1998) [zit: *Hinterhofer*, Einwilligung].

Höpfel/Ratz (Hrsg), Wiener Kommentar zum StGB² (2004) [zit: *Höpfel/Ratz*, WK²].

Höpfel/Ratz (Hrsg), Wiener Kommentar zum StGB (1982) [zit: *Höpfel/Ratz*, WK].

Hoffmann, Ausübung von Stifterrechten durch den Sachwalter des Stifters? NZ 2007, 133 [zit: *Hoffmann*, NZ 2007].

Holzer, Die Haftung des Arztes im Zivilrecht, in *Holzer/Posch/Schick* (Hrsg), Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich (1992) [zit: *Holzer* in *Holzer/Posch/Schick*, Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich].

Honsell/Mayer-Maly/Selb, Römisches Recht (1987) [zit: *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht].

Hopf, Einleitung, in Rechtsfürsorge für psychisch Kranke und geistig Behinderte, Sozialwissenschaftliche Beiträge 1978-1984, Schriftenreihe des Bundesministeriums für Justiz (1984) VII [zit: *Hopf*, Einleitung in Rechtsfürsorge].

Hopf, Von der Entmündigung und Anhaltung zur Rechtsfürsorge für psychisch Kranke, in Justiz und Zeitgeschichte, Symposium „Schutz der Persönlichkeitsrechte am Beispiel der Behandlung von Geisteskranken 1780-1982 (1982) 293.

Hopf/Weitzenböck, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001, Teil II, ÖJZ 2001, 530 [zit: *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001].

Huerkamp, Der Aufstieg der Ärzte im 19. Jahrhundert. vom gelehrten Stand zum professionellen Experten: Das Beispiel Preußens (1985) [zit: *Huerkamp*, Aufstieg der Ärzte im 19. Jahrhundert].

Interdisziplinärer österreichischer Konsensus-Arbeitskreis Therapiebegrenzung an der Intensivstation, Konsensuspapier der Intensivmedizinischen Gesellschaften Österreichs, Wiener klinische Wochenschrift 116/21-22 (2004) 763 [zit: Interdisziplinärer österreichischer Konsensus-Arbeitskreis Therapiebegrenzung an der Intensivstation, WKW 2004].

Jetter, Grundzüge der Geschichte des Irrenhauses (1981).

Juen, Arzthaftungsrecht² (2005) [zit: *Juen*, Arzthaftungsrecht²].

Juen, Arzthaftungsrecht (Dissertation Innsbruck 1997).

Kalchschmid, Was bringt das geplante Patientenverfügungsgesetz den Patienten, Ärzten und Juristen? in *Memmer/Kern* (Hrsg), Patientenverfügungsgesetz (2006) 87 [zit: *Kalchschmid* in *Memmer/Kern*, Patientenverfügungsgesetz].

Kappel, Die Entwicklung der zivilrechtlichen Haftung des Arztes im 20. Jahrhundert, Dissertation Wien (2005) [zit: *Kappel*, Zivilrechtliche Haftung des Arztes im 20. Jahrhundert].

Kaser, Das Römische Privatrecht, Band I² (1971) [zit: *Kaser*, Das Römische Privatrecht I²].

Kathrein, Das Patientenverfügungs-Gesetz, ÖJZ 2006, 555 [zit: *Kathrein*, ÖJZ 2006].

Kathrein, Regierungsvorlage für ein Patientenverfügungsgesetz, in *Memmer/Kern* (Hrsg), Patientenverfügungsgesetz (2006) 23 [zit: *Kathrein* in *Memmer/Kern*, Patientenverfügungsgesetz].

Kern, Die religiös motivierte Patientenverfügung, in *Memmer/Kern* (Hrsg), Patientenverfügungsgesetz (2006) 67 [zit: *Kern* in *Memmer/Kern*, Patientenverfügungsgesetz].

Kern, Fremdbestimmung bei der Einwilligung in ärztliche Eingriffe, NJW 1994, 753 [zit: *Kern*, NJW 1994].

Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht (1983) [zit: *Kern/Laufs*, Aufklärungspflicht].

Kienapfel, Grundriss des Strafrechts, Allgemeiner Teil⁶ (1996) [zit: *Kienapfel*, Strafrecht, AT⁶].

Kienapfel, Grundriss des Strafrechts, Besonderer Teil Band I⁴ (1997) [zit: *Kienapfel*, Strafrecht, BT I⁴].

Kienapfel, Grundriss des Strafrechts, Besonderer Teil Band I² (1984) [zit: *Kienapfel*, Strafrecht, BT I²].

Kinderrechte in Österreich - im Dialog mit dem UN-Kinderrechtsausschuss, 1. Staatenbericht gemäß Art. 44 UN - Kinderrechtskonvention, BMUJF (2000).

Klang (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I/1 (1933) [zit: *Klang*, Kommentar ABGB I/1].

Klang (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Band VI² (1951) [zit: *Klang*, Kommentar ABGB VI²].

Klang (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Band IV (1932) [zit: *Klang*, Kommentar ABGB IV].

Klang/Fenyves/Welser (Hrsg), Kommentar zum ABGB³ (2000) [zit: *Klang/Fenyves/Welser*, Kommentar zur ABGB³].

Klang/Gschnitzer (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I/1² (1964) [zit: *Klang/Gschnitzer*, Kommentar zum ABGB I/1²].

Kletecka, Einwilligung, in *Aigner/Kletecka/Kletecka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis, Loseblattsammlung (2003) 131 [zit: *Kletecka* in *Aigner et al*, Handbuch Medizinrecht].

Kletecka-Pulker, Rechtsgrundlagen der Behandlung, in *Aigner/Kletecka/Kletecka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis, Loseblattsammlung (2003) 1 [zit: *Kletecka-Pulker* in *Aigner et al*, Handbuch Medizinrecht].

Kneihs, Pflegschaftsgerichtliche Genehmigung des lebensbeendenden Behandlungsabbruches? RdM 1999, 30 [zit: *Kneihs*, RdM 1999].

Kneihs, Grundrechte und Sterbehilfe (1998).

Knell, Die Kuratoren im österreichischen Recht (1974) [zit: *Knell*, Kuratoren].

König, Patientenverfügung, in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts (2007) 371 [zit: *König* in *Barth/Ganner*, Handbuch des Sachwalterrechts].

Körtner, Das österreichische Patientenverfügungsgesetz, Entstehungsgeschichte, Inhalt, Bewertung, in Zeitschrift für Evangelische Ethik (2006) 221.

Kohte, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 185 (1985) 105 [zit: *Kohte*, Einwilligung].

Kopetzki, Patientenrechte in Österreich – Entwicklungen und Fehlentwicklungen, in *Kern/Kopetzki* (Hrsg), Patientenrechte und ihre Handhabung (2006) 13 [zit: *Kopetzki* in *Kern/Kopetzki*, Patientenrechte und ihre Handhabung].

Kopetzki, Grundriss des Unterbringungsrechts (1997) [zit: *Kopetzki*, Grundriss].

Kopetzki, Grundriss des Unterbringungsrechts² (2005) [zit: *Kopetzki*, Grundriss²].

Kopetzki, Einleitung und Abbruch der künstlichen Ernährung beim einwilligungsunfähigen Patienten – Die österreichische Rechtslage, Ethik in der Medizin 2004, 275 [zit: *Kopetzki*, Ethik in der Medizin 2004].

Kopetzki, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, in *Kopetzki* (Hrsg), Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit (2002) 1 [zit: *Kopetzki* in *Kopetzki*, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit].

Kopetzki, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte antizipierter Patientenverfügungen, in *Kopetzki* (Hrsg), Antizipierte Patientenverfügungen (2000) 38 [zit: *Kopetzki* in *Kopetzki*, Antizipierte Patientenverfügungen].

Kopetzki, Patiententestament - Patientenverfügung – Willenserklärung, Endlich leben – Zeitschrift IGSL 2000, 18.

Kopetzki, Entscheidungsanmerkung zu OGH 11. 11. 1997, 7 Ob 355/97z (Schwangerschaftsabbruch bei Komapatientin), RdM 1998, 55.

Kopetzki, Unterbringungsrecht, Historische Entwicklung und verfassungsrechtliche Grundlagen, Band I (1995) [zit: *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I].

Kopetzki, Unterbringungsrecht, Materielles Recht, Verfahren und Vollzug, Band II (1995) [zit: *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II].

Kopetzki, Bestandsaufnahme der Patientenrechte, Vortrag bei der österreichischen Juristenkommission in Weißenbach am 24.5.1990, in ÖJK (Hrsg), Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat (1991) 34.

Kopetzki, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation (1988) [zit: *Kopetzki*, Organgewinnung].

Kopetzki/Gmeiner, Österreich auf dem Weg zu einem Patientenverfügungsgesetz? Zeitschrift für Biopolitik Nr 214 (2006) 67 [zit: *Kopetzki/Gmeiner*, Österreich auf dem Weg zu einem Patientenverfügungsgesetz?].

Koppe, Sozialgeschichte der Ärzteschaft 1870-1918, Diplomarbeit Wien (1997) [zit: *Koppe*, Sozialgeschichte].

Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I³ (1997) [zit: *Koziol*, Haftpflichtrecht I³].

Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I² (1980) [zit: *Koziol*, Haftpflichtrecht I²].

Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band II² (1984) [zit: *Koziol*, Haftpflichtrecht II²].

Koziol/Bydlinski/Bollenberger (KBB) (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB³ (2010) [zit: *KBB*, Kurzkommentar zum ABGB³].

Koziol/Bydlinski/Bollenberger (KBB) (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB (2005) [zit: *KBB*, Kurzkommentar zum ABGB].

Koziol/Welser, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Band I¹³ (2006) [zit: *Koziol/Welser* I¹³].

Koziol/Welser, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Band I¹² (2002) [zit: *Koziol/Welser* I¹²].

Koziol/Welser, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Band I¹¹ (2000) [zit: *Koziol/Welser* I¹¹].

Koziol/Welser, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Band I¹⁰ (1995) [zit: *Koziol/Welser I*¹⁰].

Koziol/Welser, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Band II¹³ (2007) [zit: *Koziol/Welser II*¹³].

Kraut, Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des Deutschen Rechts, Band II (1847) [zit: *Kraut*, Die Vormundschaft].

Kremzow, Österreichisches Sachwalterrecht (1984) [zit: *Kremzow*, Sachwalterrecht].

Kühnberg, Von der Sachwalterschaft zur Vorsorgevollmacht und Angehörigenvertretung: Der Entwurf des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes 2005, NZ 2005, 362 [zit: *Kühnberg*, NZ 2005].

Kunz/Gepart, Aufgaben der bei der Errichtung einer Patientenverfügung mitwirkenden Juristen – am Beispiel des Rechtsanwalts, FamZ 2006, 81 [zit: *Kunz/Gepart*, FamZ 2006].

Kux et al, Ärztegesetz mit Kommentar³ (1988) [zit: *Kux et al*, Ärztegesetz³].

Lachmann, Zur Bindungswirkung des „Patiententestaments“, AnwBl 1991, 74.

Lachmund/Stollberg, Patientenwelten. Krankheit und Medizin vom späten 18. bis zum frühen 20. Jahrhundert im Spiegel von Autobiographien (1995) [zit: *Lachmund/Stollberg*, Patientenwelten].

Langenbeck, Vorlesungen über Akirurgie mit Benutzung hinterlassener Manuskripte (1888) [zit: *Langenbeck*, Vorlesungen].

Laufs, Arzt und Recht im Wandel der Zeit (1986) in *Eser* (Hrsg), Recht und Medizin (1990) 387 [zit: *Laufs* in *Eser*, Recht und Medizin].

Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts³ (2002) [zit: *Laufs/Uhlenbruck*, Arztrecht³].

Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts (1991) [zit: *Laufs/Uhlenbruck*, Arztrecht].

Lehner, Entstehung, Absicht und Wirkung der Entmündigungsordnung 1916 in Justiz und Zeitgeschichte, Symposium „Schutz der Persönlichkeitsrechte am Beispiel der Behandlung von Geisteskranken 1780-1982“, 149.

Lencker, Einwilligung, in *Eser et al* (Hrsg), Lexikon Medizin-Ethik-Recht (1989) 271 [zit: *Lencker* in *Eser et al*, Medizin-Ethik-Recht].

Lesky, Meilensteine der Wiener Medizin – Große Ärzte Österreichs in drei Jahrhunderten (1981) [zit: *Lesky*, Meilensteine der Wiener Medizin].

Lesky, Die Wiener medizinische Schule im 19. Jahrhundert (1965) [zit: *Lesky*, Wiener medizinische Schule].

Leukauf/Steininger, Kommentar zum StGB³ (1992) [zit: *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB³].

Levis, Der österreichische Gesetzentwurf über die Entmündigung, ZBl 1909, 275.

Liek, Die Welt des Arztes. Aus 30 Jahren Praxis (1933) [zit: *Liek*, Die Welt des Arztes].

Loebenstein, Die strafrechtliche Haftung des Arztes bei operativen Eingriffen, ÖJZ 1978, 309 [zit: *Loebenstein*, ÖJZ 1978].

Luf, Vortrag zum Thema „Der zur Einwilligung unfähige Patient in der Intensivmedizin“ (Wien, 23. Oktober 1997) [zit: *Luf*, „Der zur Einwilligung unfähige Patient in der Intensivmedizin“].

Maier, Ärztliche Aufklärung in ethischer Perspektive, in *Harrer/Graf* (Hrsg), Ärztliche Verantwortung und Aufklärung (1999) 165 [zit: *Maier* in *Harrer/Graf*, Ärztliche Verantwortung und Aufklärung].

Maleczky, Unvernünftige Verweigerung der Einwilligung in die Heilbehandlung, ÖJZ 1994, 681 [zit: *Maleczky*, ÖJZ 1994].

Maresch/Freisleben-Teutscher, Einleitung, Texte der Ausstellung Rechtmäßig, in Rechtmäßig, Sachwalterschaft: Erfahrungen und Perspektiven (1998) 9.

Maurer/Tschugguell, Das österreichische Sachwalterrecht in der Praxis² (1997) [zit: *Maurer/Tschugguell*, Sachwalterrecht²].

Mauczka, Der Wiener Irrenturm, Wiener Klinische Wochenschrift (1935) 1036 [zit: *Mauczka*, WKW].

Mayerhofer/Rieder, StGB⁴ (1994) [zit: *Mayerhofer/Rieder*, StGB⁴].

Mazal, Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung von Zeugen Jehovas, in *Mazal* (Hrsg), Grenzfragen der ärztlichen Behandlung (1998) 27 [zit: *Mazal* in *Mazal*, Grenzfragen der ärztlichen Behandlung].

Mazal, Zum Verhältnis Arzt – Patient aus juristischer Sicht, in *Kampits* (Hrsg), Medizin – Ethik – Recht. Beiträge des Symposiums und des Postgradualen Lehrganges am Zentrum für Ethik und Medizin (1993) 107 [zit: *Mazal* in *Kampits*, Medizin-Ethik-Recht].

Medicus, Die Patientenverfügung aus der Sicht einer Hospizärztin, in *Barta/Kalchschmid* (Hrsg), Die Patientenverfügung – Zwischen Selbstbestimmung und Paternalismus (2005) 66 [zit: *Medicus* in *Barta/Kalchschmid*, Die Patientenverfügung – Zwischen Selbstbestimmung und Paternalismus].

Memmer, Patientenverfügungen, in *Aigner/Kletecka/Kletecka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis, Loseblattsammlung (2003) 295 [zit: *Memmer* in *Aigner et al*, Handbuch Medizinrecht].

Memmer, Überlegungen zum Patientenverfügungsgesetz 2006, in *Memmer/Kern* (Hrsg), Patientenverfügungsgesetz (2006) 31 [zit: *Memmer*, Überlegungen].

Memmer, Das Patientenverfügungs-Gesetz 2006, RdM 2006, 163 [zit: *Memmer*, RdM 2006].

Memmer, Patientenverfügungen und Patientenrechte, in *Kern/Kopetzki* (Hrsg), Patientenrechte und ihre Handhabung (2006) 45 [zit: *Memmer* in *Kern/Kopetzki*, Patientenrechte und ihre Handhabung].

Memmer, Patientenverfügungs-Gesetz am 1. Juni 2006 in Kraft getreten! *Imago hominis* 13 Nr 3 (2006) 179.

Memmer, Patientenverfügungen – Rechtslage nach dem 1. Juni 2006, *FamZ* 2006, 69 [zit: *Memmer*, *FamZ* 2006].

Memmer, Selbstbestimmungsrecht des Patienten – Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht, Manuskript zum Vortrag am 4. Februar 2005, abrufbar unter www.virgil.at/downloads/memmer.pdf [zit: *Memmer*, Vortrag 2005].

Memmer, Die ärztliche Aufklärungspflicht im österreichischen Recht, *WMW* 2001, Heft 9/10, 195.

Memmer, Patiententestament und Stellvertreter in Gesundheitsangelegenheiten, in *Kopetzki* (Hrsg), Antizipierte Patientenverfügungen 2000, 1 [zit: *Memmer* in *Kopetzki*, Antizipierte Patientenverfügungen].

Memmer, Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten und Patientenautonomie, *Imago Hominis* 5 Nr 4 (1998) 275.

Memmer, Patientenverfügungen im österreichischen Recht, *Wiener Medizinische Wochenschrift* 1997, 135.

Memmer, Das Patiententestament, *RdM* 1996, 99 [zit: *Memmer*, *RdM* 1996].

Menardi, Zustimmungs- und Genehmigungspflichten bei der medizinischen Behandlung Minderjähriger, *ÖA* 1998, 3 [zit: *Menardi*, *ÖA* 1998].

Metzger, Ueber Irrhäuser und Behandlung der Wahnsinnigen, in *Gerichtlich – medizinische Abhandlungen II* (1811).

Missliwetz/Ellinger, Recht für Ärzte und Medizinstudenten (1992) [zit: *Missliwetz/Ellinger*, Recht für Ärzte].

Müller, „Legalisierter Behandlungsabbruch?“, *RdM* 1999, 96 [zit: *Müller*, *RdM* 1999].

Müller-Freienfels, Die Altersvorsorgevollmacht, Studie zur Vollmachtserteilung über Minderung der Geschäftsfähigkeit hinaus, in *FS Coing zum 70. Geburtstag II* (1982) 395 [zit: *Müller-Freienfels*, Altersvollmacht].

Nachricht an das Publikum über die Einrichtung des Hauptspitals in Wien, 1784.

Neuburger, Entwicklung der Medizin in Österreich (1918) [zit: *Neuburger*, Medizin in Österreich].

Nippel, Darstellung der Rechte und Pflichten der Vormünder, Curatoren, Vormundschafts- und Curatels-Behörden (1825) [zit: *Nippel*, Rechte und Pflichten der Vormünder].

Nowakowski, Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen (1955) [zit: *Nowakowski*, Strafrecht].

Österreich neu regieren, Regierungsprogramm der ÖVP/FPÖ Regierung 2000-2003 (vorgestellt am 9. Februar 2000), abrufbar unter <http://www.spiegel.de/media/0,4906,2897,00.pdf> (Stand: 24.1.2012).

Ofner, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, Band I (1889) [zit: *Ofner*, Ur-Entwurf].

Pellegrino, Die medizinische Ethik in den USA – Die Situation heute und die Aussichten für morgen, in *Sass/Cook-Deegan* (Hrsg), Bioethik in den USA: Methoden, Themen, Positionen; mit besonderer Berücksichtigung der Problemstellung in der BRD (1988) 1 [zit: *Pellegrino* in *Sass/Cook-Deegan*, Bioethik in den USA].

Pesendorfer, Patientenverfügung, in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts (2007) 371 [zit: *Pesendorfer* in *Barth/Ganner*, Handbuch des Sachwalterrechts].

Pichler, Probleme, Erfreuliches und gesetzgeberische Fehlleistungen im neuen Sachwalterrecht, JBl 1984, 225 [zit: *Pichler*, JBl 1984].

Pilgram, Das neue Sachwalterrecht – Ein Versuch, Rechtsfürsorge ohne Überfürsorglichkeit zu verwirklichen, FamZ 2006, 145 [zit: *Pilgram*, FamZ 2006].

Pilgram, Das neue Sachwalterrecht aus der Sicht der Sozialwissenschaft, in Bundesministerium für Justiz (Hrsg), Recht und Würde im Alter (2006) 201 [zit: *Pilgram* in Recht und Würde im Alter].

Pilgram, Vortrag zum Thema „Auslöser für die Einleitung eines Sachwalterverfahrens – Präsentation der Ergebnisse einer Studie des Institutes für Rechts- und Kriminalsoziologie“ beim 16. Familienrichtertag 2003 [zit: *Pilgram*, „Auslöser für die Einleitung eines Sachwalterverfahrens“].

Pircher, Das Verhältnis der Einwilligung zum Behandlungsvertrag, RdM 1999, 171 [zit: *Pircher*, RdM 1999].

Pogacar, Vorsorgevollmacht – ein Weg aus der Sachwalterschaft? Zak 2007, 26 [zit: *Pogacar*, Vorsorgevollmacht].

Porter, Die Kunst des Heilens – eine medizinische Geschichte der Menschheit von der Antike bis heute (2000) [zit: *Porter*, Die Kunst des Heilens].

Posch, Zur Neuregelung der „rein persönlichen“ Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern nach BG 30.6.1977 BGBl 403, in *Ostheim* (Hrsg), Schwerpunkte der Familienrechtsreform 1977/1978 (1979) 9 [zit: *Posch* in *Ostheim*, Schwerpunkte der Familienrechtsreform].

Proske, Ärztliche Aufklärungspflicht und Einwilligung aus strafrechtlicher Sicht, in *Schick* (Hrsg), Die Haftung des Arztes in zivil- und strafrechtlicher Sicht unter Einschluss des Arzneimittelrechts (1983) 101 [zit: *Proske* in *Schick*, Die Haftung des Arztes].

Prutsch, Die ärztliche Aufklärung² (2004) [zit: *Prutsch*, Aufklärung²].

Ramharter, Dürfen geistig Behinderte zu Recht in ihrer Freiheit beschränkt werden? ÖJZ 1997, 259 [zit: *Ramharter*, ÖJZ 1997].

Rebmann/Säcker/Rixecker (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band VI/3⁴ (2004) [zit: *Rebmann/Säcker/Rixecker*, Kommentar BR VI/3⁴].

Rechberger (Hrsg), Kommentar zur Zivilprozessordnung³ (2006) [zit: *Rechberger*, Kommentar zur ZPO³].

Reform des Entmündigungsrechts (hrsg Bundesministerium für Justiz) Enquete 1978.

Resch, Die Fähigkeit zur Einwilligung – zivilrechtliche Fragen, in *Kopetzki* (Hrsg), Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit (2002) 38 [zit: *Resch* in *Kopetzki*, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit].

Resch, Die Einwilligung des Geschädigten (1997) [zit: *Resch*, Einwilligung].

Rickmann, Zur Wirksamkeit von Patiententestamenten im Bereich des Strafrechts (1987).

Rieger, Lexikon des Arztrechts (1984) [zit: *Rieger*, Arztrecht].

Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts Band I² (1962) [zit: *Rittler*, Strafrecht I²].

Rixen/Reinecke, Casebook Patientenverfügung (2004).

Rotteck, Freiheit, in *Rotteck/Welcker* (Hrsg), Staatslexikon, Band V² (1848).

Röver, Einflussmöglichkeiten des Patienten im Vorfeld einer medizinischen Behandlung (1997) [zit: *Röver*, Einflussmöglichkeiten des Patienten].

Rouka, Das Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen bei ärztlichen Eingriffen (1996) [zit: *Rouka*, Selbstbestimmungsrecht].

Rudorff, Das Recht der Vormundschaft nach dem gemeinen in Deutschland geltenden Recht, Band II (1833) [zit: *Rudorff*, Vormundschaft].

Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³, Ergänzungsband (2003) [zit: *Rummel*, Kommentar ABGB³, ErgBd 2003].

Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band I² (1990) [zit: *Rummel*, Kommentar ABGB I²].

Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band I³ (2000) [zit: *Rummel*, Kommentar ABGB I³].

Saas, Die Behandlung der Geisteskranken im römischen Recht (1911) [zit: *Saas*, Geisteskranke].

Sablik, Vom „Narrenturm“ zur modernen Psychiatrie, in *Weinzierl/Stadler* (Hrsg), „Schutz der Persönlichkeitsrechte am Beispiel der Behandlung von Geisteskranken 1780 – 1982“: Justiz und Zeitgeschichte, Veröffentlichungen des Ludwig Boltzmann – Instituts für Geschichte der Gesellschaftswissenschaften (1983) 1 [zit: *Sablik* in *Weinzierl/Stadler*, „Schutz der Persönlichkeitsrechte am Beispiel der Behandlung von Geisteskranken 1780-1982“].

Schauer, Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006), Teil I, ÖJZ 2007, 173 [zit: *Schauer*, ÖJZ 2007, Teil I].

Schauer, Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006), Teil II, ÖJZ 2007, 217 [zit: *Schauer*, ÖJZ 2007, Teil II].

Schauer, Vorsorgevollmacht und gesetzliche Angehörigenvertretung nach dem SWRÄG 2006, FamZ 2006, 148 [zit: *Schauer*, FamZ 2006].

Schauer, Würde im Alter, in Bundesministerium für Justiz (Hrsg), Recht und Würde im Alter (2006) 37 [zit: *Schauer*, Würde im Alter].

Schauer, 20 Jahre Sachwalterschaft, Sinn, Zweck und Alternativen, RZ 2004, 206 [zit: *Schauer*, RZ 2004].

Schauer, Vortrag zum Thema „Vorsorgevollmacht“ beim 16. Familienrichtertag 2003 [zit: *Schauer*, Vortrag Familienrichtertag 2003].

Schauer, Rechtssystematische Bemerkungen zum Sachwalterrecht idF KindRÄG 2001, NZ 2001, 275 [zit: *Schauer*, NZ 2001].

Schauer, „Vorsorgevollmacht“ für das österreichische Recht? – Rechtspolitische Bemerkungen zur geplanten Reform des Sachwalterrechts, RZ 1998, 100.

Schauer, Anmerkungen zum neuen Sachwalterrecht, NZ 1983, 49 [zit: *Schauer*, NZ 1983].

Schlaffer, Reformbedarf aus der Sicht der Vereinssachwalterschaft, in Bundesministerium für Justiz (Hrsg), Recht und Würde im Alter (2006) 213 [zit: *Schlaffer* in Recht und Würde im Alter].

Schlevogt, Heilkunde im Wandel der Zeiten (1951).

Schmiedebach, Patientenrecht, ärztliche Dominanz und die „Bedeutungslosigkeit des Einzelwesens“ – Das Individuum und die Medizin um 1900, in *Joerden* (Hrsg), Der Mensch und seine Behandlung in der Medizin. Bloß ein Mittel zum Zweck? (1999) 51 [zit: *Schmiedebach* in *Joerden*, Der Mensch und seine Behandlung in der Medizin].

Schöllhammer, Die Rechtsverbindlichkeit des Patiententestaments (1993).

Schramm/Stempkowski, Die zahnärztliche Aufklärungspflicht, RdM 1997, 136 [zit: *Schramm/Stempkowski*, RdM 1997].

Schrutka, Entmündigungsgericht und Entmündigungsverfahren nach dem Entwurf eines Gesetzes über die Entmündigung, JBl 1908, 97.

Schünemann, Einwilligung und Aufklärung von psychisch Kranken, VersR 1981, 306 [zit: *Schünemann*, VersR 1981].

Schuster, Theoretisch-praktischer Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (1818) [zit: *Schuster*, Kommentar].

Schwamberger, Patienten- und Klientenschutz im Gesundheits- und Heimbereich (2004).

Schwarzl, Obsorge, Kuratel und Sachwalterschaft nach dem KindRÄG 2001, in *Ferrari/Hopf* (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts (2001) 19 [zit: *Schwarzl* in *Ferrari/Hopf*, Reform des Kindschaftsrechts].

Schweninger, Der Arzt (1906).

Schwimann (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar³, Ergänzungsband (2007) [zit: *Schwimann*, ABGB-Praxiskommentar³, ErgBd 2007].

Schwimann (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar, Band I³ (2005) [zit: *Schwimann*, ABGB-Praxiskommentar I³].

Schwimann (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB, Band I² (1997) [zit: *Schwimann*, Praxiskommentar zum ABGB I²].

Schwimann (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB, Band VII² (1997) [zit: *Schwimann*, Praxiskommentar zum ABGB VII²].

Schwimann, Neuerungen im Obsorge-, Kuratel- und Sachwalterrecht, EF-Z 2006, 68 [zit: *Schwimann*, EF-Z 2006].

Schwimann, Die jüngsten Schritte der österreichischen Familienrechtsreform, StAZ 1985, 33 [zit: *Schwimann*, StAZ 1985].

Shorter, Geschichte der Psychiatrie (2003).

Shorter, Das Arzt-Patient-Verhältnis in der Geschichte und heute (1990) [zit: *Shorter*, Arzt-Patient-Verhältnis].

Shorter, Bedside Manners. The troubled history of doctors and patients (1985) [zit: *Shorter*, Bedside Manners].

Simitis, Kindschaftsrecht – Elemente einer Theorie des Familienrechts, in FS *Müller-Freienfels* (1986) 578 [zit: *Simitis*, Kindschaftsrecht].

Sohm/Mitteis, Institutionen¹⁷. Geschichte und System des römischen Privatrechts (1923).

Speiser, Einflüsse auf die Rechtsposition des Patienten, ÖJZ 1988, 744 [zit: *Speiser*, ÖJZ 1988].

Stabentheiner, Ein Überblick über das neue Sachwalterrecht, AnwBl 1985, 287 [zit: *Stabentheiner*, AnwBl 1985].

Stefula, Zu den allgemeinen familiären Beistandspflichten, ÖJZ 2005, 609 [zit: *Stefula*, ÖJZ 2005].

Steinbauer, Die Handlungsfähigkeit geistig Behinderter nach dem Sachwalterrecht, ÖJZ 1985, 385 [zit: *Steinbauer*, ÖJZ 1985].

Steiner, Geschäftsfähigkeit und Heilbehandlung, RdM 1994, 7 [zit: *Steiner*, RdM 1994].

Steiner, Die ärztliche Aufklärungspflicht nach österreichischem Recht, JBl 1982, 169.

Steininger, Zum Mitspracherecht Pflegebefohlener, in Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag (1986) 535 [zit: *Steininger* in FS Kralik].

Stekl, Soziale Sicherung und soziale Kontrolle. Zur österreichischen Armengesetzgebung des 18. und 19. Jahrhunderts, in: Bericht über den 14. österreichischen Historikertag in Wien (1979) (Veröffentlichungen des Verbandes österreichischer Geschichtsvereine) 136 [zit: *Stekl* in Bericht über 14. österreichischen Historikertag].

Stekl, Österreichs Zucht- und Arbeitshäuser 1671-1920. Institutionen zwischen Fürsorge und Strafvollzug (1978) [zit: *Stekl*, Österreichs Zucht- und Arbeitshäuser].

Stellamor, Ärztliche Berufsordnung (1977) [zit: *Stellamor*, Ärztliche Berufsordnung].

Stellamor/Steiner, Handbuch Arztrecht, Band I, Arzt und Recht (1999) [zit: *Stellamor/Steiner*, Arztrecht I].

Sternberg, Entmündigungsordnung, Band I (1917) [zit: *Sternberg*, Entmündigungsordnung I]

Sternberg, Entmündigungsordnung, Band II (1917) [zit: *Sternberg*, Entmündigungsordnung II]

Stooß, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung (1898) [zit: *Stooß*, Chirurgische Operation].

Stubenrauch, Kommentar zum österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band I⁸ (1902) 58 ff, abrufbar unter http://bibliothek.univie.ac.at/fb-rewi/digitalisierte_fremdbestaende_teil_2.html.

Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner, ABGB und alle wichtigen Nebengesetze I³⁷ (2009).

Thien, „Der Arzt soll ein Herrscher sein“. Über den Wandel in der Arzt-Patient-Beziehung im 19. Jahrhundert, Diplomarbeit Wien (1994) [zit: *Thien*, „Der Arzt soll ein Herrscher sein“].

Tolmein, Im Sinne des Gesetzes. Patient zur ärztlichen Verfügung: Der österreichische Weg, FAZ vom 20.4.2006 [zit: *Tolmein*, FAZ 2006].

Triffterer (Hrsg), StGB-Kommentar (1997) [zit: *Triffterer*, StGB-Kommentar].

Triffterer, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil² (1994) [zit: *Triffterer*, Strafrecht, AT²].

Ukena, Aufklärung und Einwilligung beim ärztlichen Heileingriff an untergebrachten Patienten, MedR 1992, 202 [zit: *Ukena*, MedR 1992].

Waditschatka, Medizinische Professionalisierung der österreichischen Ärzteschaft vom ausgehenden 18. bis zum beginnenden 20. Jahrhundert, Diplomarbeit Wien (1994) [zit: *Waditschatka*, Professionalisierung der Ärzteschaft].

Weitzenböck, Die Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem KindRÄG 2001, insbesondere in Angelegenheiten der medizinischen Behandlung, in *Ferrari/Hopf* (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts (2001) 1 [zit: *Weitzenböck* in *Ferrari/Hopf*, Reform des Kindschaftsrechts].

Wilburg, Die Elemente des Schadensrechts (1941) [zit: *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts].

Willinger, Ethische und rechtliche Aspekte der ärztlichen Aufklärungspflicht (1995) [zit: *Willinger*, Aufklärungspflicht] .

Winkler-Wilfurth, Betreuung und Heilbehandlung (1992) [zit: *Winkler-Wilfurth*, Betreuung].

Wolff, Arzt und Patient in *Sass* (Hrsg), Medizin und Ethik (1989) 184 [zit: *Wolff* in *Sass*, Medizin und Ethik].

Wolff, Ueber den Umgang mit Patienten, in *Die Heilkunde I* (1896) 104 [zit: *Wolff* in *Die Heilkunde*].

Wunderlich, Wien und Paris – Ein Beitrag zur Geschichte und Beurteilung der gegenwärtigen Heilkunde (1974) [zit: *Wunderlich*, Wien und Paris].

Zeiller, Abhandlungen über die Prinzipien des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für die gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie in *Brauneder* (Hrsg), Abhandlungen über die Prinzipien des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für die gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie (1986) 25.

Zeiller, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie, Band I (1811) [zit *Zeiller*, Commentar].

Zenz, Staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit bestimmter Berufsgruppen im Verhältnis zur Zeugnisablegung im Verwaltungs-, Zivil- und Strafverfahren, JRP 2005, 230 [zit: *Zenz*, JRP 2005].

Ziegler, Streifzug durch die Geschichte der Medizin (IX-XII), in *Buntes Magazin* (1981) 1 [zit: *Ziegler*, Geschichte der Medizin].

Zipf, Die Bedeutung und Behandlung der Einwilligung im Strafrecht, ÖJZ 1977, 379 [zit: *Zipf*, ÖJZ 1977].

Zitelmann, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, AcP 99 (1906) 1 [zit: *Zitelmann*, Ausschluss der Widerrechtlichkeit].

JUDIKATUR

OGH 31.3.1937	1 Ob 325/37	JB1 1937, 344
OGH 23.6.1964	8 Ob 145/64	KRS1g 693 (Röntgenbestrahlung eines Muttermals bei einem 16 Monate alten Mädchen)
OGH 15.12.1964	8 Ob 342/64	EvBl 1965/217
OGH 29.11.1967	6 Ob 319/67	JB1 1968, 373
OGH 1.10.1968	8 Ob 216/68	SZ 41/121 = EvBl 1969/107
OGH 13.3.1974	1 Ob 39/74	EvBl 74/214
OGH 12.12.1977	1 Ob 735/77	SZ 50/161 (Sterilisation einer volljährigen, nicht einsichtsfähigen Teilentmündigten) = EvBl 1978/100
OGH 13.3.1980	7 Ob 543/80	EvBl 1980/168 = JB1 1981, 151 = VersR 1981, 765
OGH 11.9.1984	9 Os 121/84	EvBl 1985/48 (wissenschaftliche Versuche mit radioaktiv markierten Substanzen an gesunden Säuglingen) = SSt 55/59 = JB1 1985, 304
OGH 19.12.1984	3 Ob 562/84	SZ 57/207 = JB1 1985, 548 = SZ 57/207 = RdW 1985, 272 = EvBl 1985/85 = ÖAV 1986, 78 = KRS1g 690
OGH 18.4.1985	8 Ob 543/85	SZ 58/61 = EvBl 1986/25 = NZ 1987,12 = ÖA 1987, 17
OGH 23.1.1986	6 Ob 683/84	EvBl 1987/31 = SZ 59/18 = KRS1g 699
OGH 19.3.1986	8 Ob 530/86	EFS1g 96.785
OGH 4.12.1986	8 Ob 674/86	SZ 59/218 = EvBl 1987/132 = NZ 1989, 72
OGH 1.4.1987	3 Ob 645/86	KRS1g 705 = ÖAV 1987, 108
OGH 7.10.1987	3 Ob 502/87	
OGH 21.10.1987	8 Ob 652/87	EvBl 1988/85 = SZ 70/235 = JB1 1998, 443 = RpfSlgA 8071
OGH 7.2.1989	1 Ob 713/88	SZ 62/18 = KRS1g 720 = VersR 1990, 510
OGH 12.7.1990	7 Ob 593/90	JB1 1991, 316 = VersR 1991, 683 = KRS1g 739 = JAP 1990/91, 232 (Anm <i>Bernat</i>) = EFS1g 63.238 = ecolx 1993, 659 = ÖÄZ 1990, Heft 23, 34 = MedR 1991, 40 = ÖÄZ 1992, Heft 5, 37 (Anm <i>Kux</i>)
OGH 12.9.1990	1 Ob 651/90	SZ 63/152 = JB1 1991, 455 = KRS1g 740
OGH 30.4.1991	5 Ob 518/91	ÖA 1992, 89
OGH 4.7.1991	6 Ob 558/91	JB1 1992, 520 = EvBl 1993/3 = AnwBl 1992, 429 = RZ 1993/51 = RdW 1992, 8 = VersR 1992, 1498
OGH 26.9.1991	7 Ob 598/91	EvBl 1992/12
OGH 10.10.1991	6 Ob 604/91	JB1 1992, 522 (Anm <i>Apathy</i>) = EvBl 1993/32
OGH 27.8.1992	3 Ob 552/92	RZ 1994/8
OGH 28.4.1993	6 Ob 542/93	RdM 1994/20
OGH 7.9.1993	10 Ob 503/93	RdM 1994/27 (Anm <i>Kopetzki</i>)
OGH 23.6.1994	6 Ob 555/94	RdM 1995/1 (Anm <i>Kopetzki</i>)

OGH 31.1.1995	4 Ob 509/95	EvBl 1995/149 = JBl 1995, 453 = RdM 1995/15
OGH 22.6.1995	6 Ob 546/95	SZ 68/117 = RdM 1996/2
OGH 30.1.1996	4 Ob 505/96	RdM 1996/24
OGH 3.9.1996	10 Ob 2350/96 b	SZ 69/199 = RdM 1997/4 = EVBl 1997/86 = KRSIlg 1651 = ZVR 1997/47 = EFSIlg 81.484 = RZ 1998, 83 (Anm <i>Hoffmann</i>) = ÖÄZ 1997, Heft 17, 50 (Anm <i>Emberger</i>)
OGH 10.9.1996	3 Ob 2291/96 z	SZ 69/205
OGH 28.1.1997	1 Ob 2363/96 y	
OGH 11.11.1997	7 Ob 355/97 z	SZ 70/235 = LBl 1998, 443 = RdM 1998/6 (Schwangerschaftsabbruch bei Komapatientin) (Anm <i>Kopetzki</i>)
OGH 27.1.1998	4 Ob 381/97a	RdW 1998, 398
OGH 14.4.1998	10 Ob 137/98 i	RdM 1998/21
OGH 16.7.1998	6 Ob 144/98 i	RdM 1999/21 = EvBl 1999/21
OGH 22.4.1999	6 Ob 55/99 b	EFSIlg 96.790
OGH 25.2.2000	10b 341/99 z	
OGH 15.3.2000	7 Ob 46/00 s	RdM 2001/27
OGH 8.3.2001	8 Ob 33/01 b	RdM 2002/3
OGH 11.9.2003	6 Ob 106/03 m	
OGH 13.2.2004	7 Ob 15/04 p	RdM 2004/95
OGH 10.5.2005	5 Ob 94/05	
OLG Wien 13.7.1994	17 R 142/94	EFSIlg 75.430
LG Wien 16.3.1946	42 R 130	EvBl 1946/178
LG Feldkirch 21.2.1996	2 R 48/96	RdM 1996/16
LG Innsbruck 19.3.2002	51 R 35/02 z	RdM 2002/63
RG 3.7.1908, RGSt 41		
BGHZ 29, 35 ff		
BGH, NJW 1961, 655		
BGH, NJW 1964, 1177		
BGH 1977, 335 ff		

KURZFASSUNG

In den letzten Jahren sind einige gesetzliche Bestimmungen geschaffen worden, durch die nun endgültig geklärt wurde, wann psychisch kranke und geistig behinderte Patienten selbst eine Entscheidung hinsichtlich ihrer medizinischen Behandlung treffen können. Dazu wurde durch das Sachwalterrechtsänderungsgesetz 2006 (aber auch bereits durch das Kindschaftsrechtsänderungsgesetz 2001) festgelegt, dass die Einsichts- und Urteilsfähigkeit das ausschlaggebende Kriterium dafür ist.

Ist ein behinderter Patient einsichts- und urteilsfähig, so kann er selbst die Behandlungsentscheidung treffen, sogar wenn es sich dabei um eine schwerwiegende medizinische Behandlung handelt und/oder für ihn eine Sachwalterschaft besteht. Lediglich, wenn es dem Betroffenen an der erforderlichen Einsichts- und Urteilsfähigkeit mangelt, ist der Sachwalter dazu berufen, an seiner Stelle eine Entscheidung zu treffen.

Im Rahmen dieser Dissertation sollen jedoch nicht nur die jüngsten gesetzlichen Regelungen dargestellt werden, sondern die heutige Rechtslage auch vom historischen Aspekt her betrachtet werden. In diesem Teil der Arbeit findet eine Auseinandersetzung mit jenen Entwicklungen statt, durch die eine Rechtslage, wie die heute aktuelle, erst möglich wurde.

In diesem Zusammenhang wird gezeigt, seit wann die Einwilligung des Patienten überhaupt eine Rolle für die ärztliche Vornahme von medizinischen Behandlungen spielt bzw wie sich die Bedeutung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit als entscheidende Voraussetzung für die Einwilligungsfähigkeit durchgesetzt hat.

Da die Vertretung durch den Sachwalter auch nach heutiger Rechtslage häufig bei Behandlungsentscheidungen erforderlich ist – eben, wenn es dem Betroffenen an der Einsichts- und Urteilsfähigkeit mangelt – beschäftigt sich, aufgrund des historischen Bezugs, die Arbeit auch mit der Entwicklung der

Gesetzeslage in diesem Rechtsbereich. Ausgehend vom ABGB 1811 über die Entmündigungsordnung 1916 bis hin zum Sachwaltergesetz 1983 und den Änderungen durch das Sachwalterrechtsänderungsgesetz 2006 wird die Rechtsentwicklung dazu dargestellt.

All die angesprochenen Entwicklungen wurden bedeutend geprägt und beeinflusst von Veränderungen im Bereich der Medizin, des Arzt - Patienten - Verhältnisses und des Umgangs mit behinderten Menschen. Deshalb befasst sich ein Abschnitt als Grundlage mit der Beschreibung dieser geänderten Verhältnisse.

Abschließend wird noch auf Alternativen (va Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht) aufmerksam gemacht, die (auch) behinderte Personen in die Lage versetzen können, für den Fall der eigenen Entscheidungsunfähigkeit der Fremdbestimmung durch einen Sachwalter zu entgehen, indem im Vorfeld einer Erkrankung die Möglichkeit ergriffen wird, selbstbestimmte Entscheidungen hinsichtlich medizinischer Behandlungen zu treffen.

CURRICULUM VITAE ELKE ZIEBART-SCHROTH

PERSÖNLICHES

geboren am 26.2.1980; verheiratet; 4 Kinder (2005, 2007, 2009, 2011)

AUSBILDUNG

Matura mit ausgezeichnetem Erfolg am Bundesgymnasium Spittal/Drau (1998)

Universität Wien, Studium der Rechtswissenschaften (2004)

(Summer Academy an der Universidade Católica Portuguesa 2002)

Universität Wien, Schwerpunktausbildung Wahlfachkorb Medizinrecht (2004)

Universität Wien, Doktoratsstudium (2012)

BERUFSERFAHRUNG/DERZEITIGE TÄTIGKEIT

Bundeskanzleramt Wien, Bürgerservice (2000-2004)

Österreichische Ärztekammer, Praktikum (2001)

Außenhandelsstelle der Österreichischen Wirtschaftskammer Den Haag (2003)

Gerichtspraxis (2004, 2005)

Rechtsberatung am Bezirksgericht Spittal (2006 - laufend)

STIPENDIEN

Leistungsstipendium der Universität Wien (2003)

Leistungsstipendium aus den Mitteln der Stiftungen und Sondervermögen der Universität Wien (2003)