

iFamZ

**Schwerpunktthema
in diesem Heft**
Das KindNamRÄG 2013 – Reform des
Kindschaftsrechts

Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht
Beratung • Unterbringung • Rechtsfürsorge

Peter Barth / Judit Barth-Richtarz / Astrid Deixler-Hübner / Robert Fucik / Michael Ganner /
Christian Kopetzki / Matthias Neumayr / Felicitas Parapatits / Ulrich Pesendorfer /
Martin Schauer / Gabriela Thoma-Twaroch / Wilhelm Tschugguel / Christa Zemanek

Kindschaftsrecht

Schwerpunkt

Neuerungen im Obsorge- und Kontaktrecht im Überblick
Die vorläufige elterliche Verantwortung
Gemeinsame Obsorge gegen den Willen eines Elternteils?
Regelung und Durchsetzung des Kontaktrechts
Auswirkungen auf den Unterhaltsanspruch
Aufenthaltswechsel, Wohnortbestimmung und HKÜ
Das neue Namensrecht im Überblick
Zwischen Verfassungsrecht und Geschlechterkampf
Kindeswohl als Maßstab zur Entscheidungsfindung
Reform des Sorgerechts – Blick nach Deutschland

Sachwalterrecht inkl Patienten- und Altenrecht

Gerichtliche Genehmigung bei Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen?

Erbrecht

Sind vier lose Blätter ein Testament?

Internationale Aspekte

Bestätigung gem Art 42 VO Brüssel IIa – das doppelte Formblatt
Neues zur Unterhaltsdurchsetzung im Ausland

Aktuelles

Unterhaltsrechtliche Werte und Regelbedarfssätze für 2013



1. 11. 2011, sohin ab einem Zeitpunkt nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz im Oppositionsverfahren. Soweit die behaupteten Sachverhaltsänderungen nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz im Oppositionsverfahren eintraten, steht die Entscheidung im Oppositionsverfahren der Einbringung und Erledigung eines Antrags auf Einschränkung der eV jedenfalls nicht entgegen.

Anmerkung

Die Abgrenzung nach Zeiträumen ist nicht neu, aber man könnte aus der Begründung vermuten, dass der OGH das Thema noch nicht für völlig ausdiskutiert hält. S dazu ganz neu *Binder*, JBl 2012, 705, und *Mayr*, Anmerkung zu OGH 6. 12. 2011, 10 Ob 100/11w, NZ 2012/122, 318 (320).

Robert Fucik

RECHTSPRECHUNG Sachwalterrecht

Martin Schauer/Felicitas Parapatits

§§ 49 Abs 3, 141, 219 Abs 2 ZPO
iVm § 22 AußStrG

iFamZ 2013/10

Akteneinsicht

OGH 1. 8. 2012, 1 Ob 98/12m

Der „erblichen“ Tochter der Betroffenen – die weder notwendigerweise Universalsukzessorin (Erbin) noch für die Verlassenschaft vertretungsbefugt ist – ist als bloßer naher Angehöriger die Akteneinsicht zwecks Überprüfung der Gebarung des Sachwalters zu verweigern.

Dem Erben steht zwar grundsätzlich ein Recht auf Akteneinsicht in den Sachwalterschaftsakt zu, soweit dieser Einkommens- und Vermögensangelegenheiten betrifft. Die im Revisionsrekurs erstmals aufgestellten Behauptungen der Miterbenstellung und der Zustimmung der anderen Miterben zur Akteneinsicht verstoßen jedoch gegen das Neuerungsverbot. Die am Tag der Rekurs-erhebung im Verlassenschaftsverfahren abgegebene Erbantrittserklärung ist auch nicht amtswegig zu berücksichtigen.

§ 154 Abs 2 Z 1 AußStrG iVm § 46 Z 2 IO

iFamZ 2013/11

Berichtigung von Forderungen aus dem Nachlass des Betroffenen

OGH 11. 10. 2012, 1 Ob 164/12t

Im Verfahren zur Überlassung einer überschuldeten Verlassenschaft an Zahlungen statt ist die Gerichtsgebühr für die Bestätigung der Schlussrechnung des Sachwalters als Massforderung vorrangig zu berichtigen. Maßgebender Zeitpunkt für die Qualifikation einer Forderung als Massforderung ist bei einer Überlassung an Zahlungen statt der Tod des Erblassers. Der die Gebührenpflicht auslösende Sachverhalt ist die Bestätigung der Schlussrechnung (bei Beendigung der Vermögensverwaltung) durch das Pflschaftsgericht, die (bei bis zum Tod bestehender Sachwalterschaft) zwangsläufig nach diesem Zeitpunkt erfolgt.

Anmerkung

Vgl auch OGH 2. 10. 2012, 10 Ob 21/12d.

Felicitas Parapatits

§ 282 Abs 2 ABGB

iFamZ 2013/12

Personensorge im Sachwalterbestellungsbeschluss

OGH 13. 9. 2012, 6 Ob 95/12g

Die Bestellung des Sachwalters für die „regelmäßige Kontrolle des Gesundheitszustands des Betroffenen, insb hinsichtlich seiner psychischen Erkrankung“, hat zu entfallen, da diese – je nach Auslegung – ohnehin von der Bemühungspflicht des § 282 Satz 1 ABGB oder der Vertretungsbefugnis bei Geschäften, die über das tägliche Leben hinausgehen, erfasst ist.

(...) 3. Der OGH hat bereits mehrmals klargestellt, dass durch § 282 Abs 2 ABGB idF KindRÄG 2001 bzw § 282 Satz 1 ABGB idF SWRÄG 2006 die den Sachwalter treffenden Pflichten gegenüber der früheren Rechtslage tendenziell eingeschränkt werden sollten; der Sachwalter hat mit der behinderten Person persönlichen Kontakt zu halten und sich darum zu bemühen, dass der behinderten Person die gebotene ärztliche und soziale Betreuung gewährt wird.

Diese „Bemühungspflicht“ trifft jeden Sachwalter unabhängig von seinem Wirkungskreis, also auch den nur für eine einzelne Angelegenheit bestellten Sachwalter und insb auch Sachwalter, in deren Wirkungskreis keine Angelegenheiten der Personensorge fallen; sie ist rein faktisch zu verstehen und gibt dem Sachwalter keine Vertretungsbefugnis. Außerdem verlangt das Gesetz vom Sachwalter nicht mehr die Sicherstellung der Personensorge; sollen dem Sachwalter tatsächlich konkrete Befugnisse im Wirkungskreis „Personensorge“ zukommen, versetzt ihn insoweit nur eine präzise Bestimmung im Bestellungsbeschluss in die Lage, seine Rechte und Pflichten verlässlich abzuschätzen (3 Ob 109/09i; 1 Ob 83/11d; vgl auch 5 Ob 54/06m, iFamZ 2006/34 [Parapatits]).

So hat der OGH in der Entscheidung 3 Ob 109/09i die Anordnung der „Personensorge“ und in der Entscheidung 1 Ob 83/11d die Anordnung der „Sicherstellung der sozialen und medizinischen Versorgung“ für nicht zulässig erklärt.

4. Im vorliegenden Fall haben die Vorinstanzen die „regelmäßige Kontrolle des Gesundheitszustands des Betroffenen, insb hinsichtlich seiner psychischen Erkrankung“, angeordnet. Sollte diese Anordnung also dahin zu verstehen sein, dass die Kontrolle vom Sachwalter selbst auszuüben ist – das Erstgericht immerhin spricht davon, „den Sachwalter mit der regelmäßigen Kontrolle des Gesundheitszustandes des Betroffenen betrauen“ zu wollen –, wäre sie ohnehin von der Bemühungspflicht des § 282 Satz 1 ABGB erfasst und brauchte nicht extra angeordnet zu werden; insoweit wäre der hier zu beurteilende Fall mit dem der Entscheidung 1 Ob 83/11d zugrunde liegenden vergleichbar. Versteht man die Anordnung hingegen – so wie das Rekursgericht – als Einräumung der Vertretungsbefugnis im Bereich „Kontrolle des Gesundheitszustandes des Betroffenen“, ist sie überflüssig: Das Erstgericht hat den Sachwalter ohnehin mit der Vertretung bei Geschäften, die über das tägliche Leben hinausgehen, betraut; dazu gehören aber auch Verträge betreffend die Kontrolle des Gesundheitszustandes des Betroffenen und Behandlungsverträge mit Ärzten oder Spitälern. Für eine Anregung auf Erweiterung der Sachwalterschaft im Fall eines Psychoschubs des Betroffenen benötigt der Sachwalter schließlich – entgegen der Meinung des Erstgerichts – ohnehin keine eigene Bestellung.

§ 62 Abs 2 Z 1 AußStrG

iFamZ 2013/13

Schlussrechnung des Sachwalters

OGH 13. 9. 2012, 8 Ob 6/12h

Eine Entscheidung der zweiten Instanz im Kostenpunkt ist gem § 62 Abs 2 Z 1 AußStrG generell unanfechtbar. Den Kostenpunkt betreffen auch alle Entscheidungen über die Kosten eines Sachwalters oder dessen Belohnung, so auch die Schlussrechnung des Sachwalters des verstorbenen Betroffenen und die Bestimmung seiner Entschädigung samt Barauslagenersatz.

§ 283 Abs 2 ABGB

iFamZ 2013/14

Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen bedarf keiner gerichtlichen Genehmigung

OGH 8. 10. 2012, 9 Ob 68/11g

Für eine gerichtliche Genehmigung des Abbruchs einer lebenserhaltenden medizinischen Behandlung besteht nach geltendem



Recht keine Grundlage. Insb scheidet eine analoge Anwendung des § 283 Abs 2 ABGB hierfür aus.

Am 5. 10. 2010 brachte [der Sachwalter und Ehemann] unter Hinweis auf das Vorliegen einer beachtlichen Patientenverfügung der Pflegebefohlenen den Antrag ein, ein ärztliches Sachverständigengutachten darüber einzuholen, ob bei ihr die Wahrscheinlichkeit einer lebenslangen schweren geistigen oder körperlichen Behinderung bestehe und, falls das Gutachten eine hohe Wahrscheinlichkeit einer lebenslangen schweren geistigen oder schweren körperlichen Behinderung der Betroffenen bestätige, ihn zu ermächtigen, die Einstellung der künstlichen Ernährung der Pflegebefohlenen zu veranlassen. Dem Antrag liegen eine von der Pflegebefohlenen unterfertigte, notariell beglaubigte Patientenverfügung sowie eine von ihr teilweise eigenhändig geschriebene, allerdings von ihr nicht unterschriebene Patientenverfügung bei. Aus ihnen gehe hervor, dass die Pflegebefohlene dann, wenn im Extremfall keine Aussicht auf Heilung bzw die Wahrscheinlichkeit einer lebenslangen schweren geistigen oder schweren körperlichen Behinderung bestehe, unter keinen Umständen lebenserhaltenden Maßnahmen unterzogen werden möchte und ua auch künstliche Ernährung ablehnt. In der Patientenverfügung finden sich auch Vermerke der die Pflegebefohlene beratenden und aufklärenden Ärztin sowie die Erklärung eines öffentlichen Notars, die Pflegebefohlene über das Wesen der „verbindlichen Patientenverfügung“ und die jederzeitige Widerrufsmöglichkeit aufgeklärt zu haben.

Der gerichtlich beigezogene Sachverständige stellte in seinem psychiatrisch neurologischen Gutachten fest, dass sich bei der Pflegebefohlenen ein apallisches Syndrom [Wachkoma] als Folge einer Subarachnoidalblutung mit Ventrikeleinbruch bei vorbestehenden multiplen zerebralen Aneurysmen finde und bei ihr mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eine lebenslange schwere geistige Behinderung zu erwarten sei. Aufgrund der bestehenden Defizite im Rahmen des apallischen Syndroms (Verlust des Selbst- und Fremdbewusstseins, der Kommunikation und der Möglichkeit zur willkürlichen Bewegung) sei sie rundum auf die Pflege und Versorgung durch fachkundige Personen angewiesen. Sowohl die kognitiven/geistigen als auch die körperlichen Defizite würden mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch in Zukunft bestehen bleiben.

Der Sachwalter, die beiden Töchter, ein Bekannter der Familie, der öffentliche Notar sowie die genannte Ärztin erklärten vor dem Erstgericht, dass es eindeutiger Wille der Pflegebefohlenen gewesen sei, nicht in einem solchen Zustand weiterzuleben.

Das Erstgericht bestellte mit dem angefochtenen Beschluss für die Pflegebefohlene die Revisionsrekurswerberin zur Kollisionskuratorin. Diese ist Rechtsanwältin. Rechtlich führte das Erstgericht aus, aus der letzten Rechnungslegung des Sachwalters ergebe sich ein Vermögen der Pflegebefohlenen auf einem Bankkonto und eine Er- und Ablebensversicherung, sodass eine formelle und materielle Interessenkollision wegen der Stellung des Sachwalters als Ehemann und der demnach zu beachtenden gesetzlichen Erbansprüche nicht ausgeschlossen werden könne.

Das Rekursgericht gab dem Rekurs der Kollisionskuratorin keine Folge. Unbestritten erfülle die vorliegende Patientenverfügung der Betroffenen mangels eigenhändiger Unterfertigung nicht die formellen Voraussetzungen für eine verbindliche Patientenverfügung. Ob und inwieweit die Voraussetzungen einer „beachtlichen“ oder einer „qualifiziert beachtlichen“ Verfügung (§§ 8, 9 PatVG) verwirklicht würden, müsse dem weiteren Verfahren vorbehalten bleiben. Die künstliche Ernährung, die unter Einsatz spezifisch medizinischer Methoden wie zB einer PEG-Sonde erfolge, unterliege aus rechtlicher Perspektive den Regeln der medizinischen Heilbehandlung. Für die (Nicht-)Einleitung einer medizinischen Behandlung seien im Ergebnis dieselben Kriterien maßgeblich wie für deren Abbruch. Das Beenden der Maßnahme sei daher dem Nichteinleiten, also der Nichtbehandlung, rechtlich gleichzuhalten. Werde vom Gericht ein nach seinem Wirkungskreis für medizinische Behandlungen zuständiger Sachwalter bestellt, dann komme diesem im Rahmen seiner Personensorge die Zustimmungsbefugnis in Bezug auf die medizinische Behandlung der betroffenen Person zu, wenn und solange diese selbst einwilligungsunfähig sei (§ 283 Abs 1 ABGB). Medizinische Behandlungen der Betroffenen würden in den Wirkungskreis des bestellten Sachwalters fallen. Eine Interessenkollision liege vor. Die Interpretationsschwierigkeiten hinsichtlich der Gesetzesbestimmungen könnten keinen Ablehnungsgrund iSd auch für die Bestellung eines Kollisionskurators geltenden § 274 ABGB begründen. Gerade weil auch juristische Fragen zu klären seien, sei die Bestellung eines Rechtsanwalts zum Kollisionskurator angezeigt. Der ordentliche Revisionsrekurs sei mangels höchstgerichtlicher Rsp zur Frage der Bestellung eines Kollisionskurators in Ansehung des Wirkungskreises, die Einstellung der künstlichen Ernährung einer betroffenen Person zu veranlassen, zulässig. (...)

1. (...) Vorauszuschicken ist, dass zwar die Rechtmäßigkeit der Bestellung eines Kollisionskurators zu prüfen ist, dass diese

Prüfung jedoch auch die Beurteilung des zugrunde liegenden Antrags bedingt. Nur im Fall des Bestehens eines Genehmigungsvorbehalts des Pflschaftsgerichts für den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen kommt auch die Bestellung eines Kollisionskurators zur entsprechenden Antragstellung oder kuratelrechtlichen Genehmigung des Antrags in Frage. (...)

2.2. (...) Da der Begriff der medizinischen „Behandlung“ von Gesetzes wegen nicht definiert wurde, ist fraglich, ob die Ablehnung medizinischer Behandlung auch die künstliche Ernährung erfassen kann, wenn sie nicht kurativ, sondern palliativ eingesetzt wird (...). Nach der RV zum PatVG (RV 1299 BlgNR 22. GP 5) sollten Maßnahmen im Bereich der Pflege nicht dem Anwendungsbereich des PatVG unterliegen, da „der Patient nicht vorweg seine Grundversorgung mit Nahrung und Flüssigkeit, die Teil der Pflege (sei), ausschließen könne“. Im Justizausschuss (JAB 1381 BlgNR 22. GP 2) wurde allerdings dazu ausgeführt, dass unter der Grundversorgung mit Nahrung und Flüssigkeit nur die „händische“ Verabreichung von Nahrung und Flüssigkeit zu verstehen sei, die als Teil der Pflege des Patienten nicht nach dem PatVG abgelehnt werden könne. (...) Soweit ersichtlich, wird im Schrifttum nahezu einhellig die Ansicht vertreten, dass die Sondenernährung eine medizinische Behandlung darstellt, deren Ausschluss Gegenstand einer Patientenverfügung sein kann (...).

2.5. Nach § 9 PatVG soll eine beachtliche Patientenverfügung bei der Ermittlung des Patientenwillens umso mehr zu beachten sein, je eher sie die Voraussetzungen einer verbindlichen Patientenverfügung erfüllt (...). In der Lit wird daraus zum Teil abgeleitet, dass eine Sachwalterbestellung dann entbehrlich ist, wenn die beachtliche Patientenverfügung einer verbindlichen Verfügung so nahe kommt, dass hinsichtlich des Willens des Patienten jene erforderliche Gewissheit gegeben ist, die eine Sachwalterbestellung entbehrlich macht (sog „qualifiziert beachtliche“ Patientenverfügung). Sie wäre daher unmittelbar vom Arzt zu befolgen (...). Letztlich muss hiezu jedoch nicht abschließend Stellung genommen werden, weil gerade das Fehlen der Unterschrift in einer Patientenverfügung Zweifel daran aufkommen lässt, ob der Verfügende seinen Willen tatsächlich abschließend gebildet hat, sodass nicht von Gewissheit gesprochen werden kann. (...)

3.4. Die Lit ist zur Frage der gerichtlichen Genehmigung der Entscheidung eines Sachwalters zum Behandlungsabbruch geteilter Ansicht (...).

3.5. Bedarf die Zustimmung zu einem schwerwiegenden medizinischen Eingriff unter gewissen Voraussetzungen der gerichtlichen Kontrolle, so ist die Forderung, dass dies umso mehr für den todbringenden Abbruch einer medizinischen Behandlung gelten müsste, verständlich. Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass eine auf einer Fehlbeurteilung des Patientenwillens beruhende Veranlassung eines Behandlungsabbruchs auch von strafrechtlicher Relevanz sein kann (...). Dennoch vermag sich der erkennende Senat jenen Auffassungen nicht anzuschließen, die meinen, dass eine Sachwalterentscheidung samt gerichtlichem Genehmigungsvorbehalt bereits de lege lata auf den tödlichen Abbruch einer medizinischen Behandlung zu beziehen sei.

3.6. Für ein derartiges Gesetzesverständnis käme methodisch eine Gesetzesanalogie zu § 283 Abs 2 ABGB (...) in Betracht. Eine Gesetzesanalogie erfordert eine planwidrige Regelungslücke und die Vergleichbarkeit der geregelten mit der unregulierten Interessenlage. Weder die eine noch die andere Voraussetzung kann bejaht werden. (...)

3.9. (...) Eine analoge Anwendung im dargestellten Sinn des § 283 Abs 2 Satz 3 ABGB, wonach die fehlende Zustimmung des Sachwalters zu medizinischer Behandlung bei Gefährdung des Wohls der betroffenen Person durch die Zustimmung des Gerichts ersetzt werden kann, muss am Gesetzeszweck scheitern. Eine Analogie würde hier bedeuten, dass das Gericht, sofern es die Sachwalterschaft nicht einer anderen Person überträgt, hier ohne oder auch gegen den Willen des Sachwalters die Zustimmung zum Behandlungsabbruch selbst zu erteilen hätte. Derartiges bedürfte im Lichte des oben dargestellten Determinierungsgebots aber



eines klaren gesetzlichen Auftrags, würde doch dadurch der in der Lebenserhaltung liegende Sinn dieser Bestimmung geradezu in sein Gegenteil verkehrt. Auch wenn man die künstliche Ernährung des stabilen Komapatienten bei liegender PEG-Sonde als medizinische Behandlung sieht, zu deren Weiterführung der Sachwalter seine Zustimmung – mangels Ersetzung derselben mit Billigung des Gerichts – verweigert, kann ohne eindeutigen gesetzlichen Auftrag nach dem gesamten bisherigen in Gesetz und Rsp herausgebildeten Verständnis die Fortsetzung lebenserhaltender Maßnahmen nicht als Gefährdung des Patientenwohls gesehen werden. Die in der Lit angenommene Vergleichbarkeit der Interessenlagen bei Einleitung und Abbruch einer schwerwiegenden medizinischen Behandlung kann daher bei Vorliegen einer beachtlichen Patientenverfügung nicht bejaht werden. (...)

4. (...) Der Sachwalter (...) ist (...) an den in einer bloß beachtlichen Patientenverfügung verankerten mutmaßlichen Willen des Patienten als Richtschnur und Orientierungshilfe gebunden (...). Weder dem Sachwalter noch dem behandelnden Arzt kommt in diesem Fall die alleinige Entscheidungsbefugnis zu. Vielmehr haben sie unter Beachtung der beachtlichen Patientenverfügung über die weitere Vorgehensweise konsensual zu befinden. Ist nur einer von ihnen für die Lebenserhaltung, hat diese Vorrang.

Anmerkung

Die Entscheidung ist für all jene, die glaubten, dass das PatVG der Selbstbestimmung betroffener Personen zur besseren Durchsetzung verhilft, ernüchternd. Die beträchtlichen Vorkehrungen – immerhin zwei beachtliche Patientenverfügungen inklusive medizinischer und juristischer Beratung – haben sich im gegenständlichen Fall als so gut wie nutzlos erwiesen. Das liegt ua daran, dass – sofern mich mein Eindruck nicht täuscht – auf allen Seiten wenig Bereitschaft vorhanden war, eine endgültige Entscheidung zu treffen. Sachwalter und später Kollisionskuratorin hätten, ohne (weitere) Befassung der Gerichte, den Behandlungsabbruch oder die Weiterführung der künstlichen Ernährung anordnen und die Gerichte hätten aussprechen können, dass es sich um eine qualifiziert beachtliche Patientenverfügung handelt, die ohne Sachwalterentscheidung unmittelbar zu befolgen ist.

Die in der Entscheidung mehrfach angeführte strafrechtliche Bedrohung (zB Pkt 3.5.: „Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass eine auf einer Fehlbeurteilung des Patientenwillens beruhende Veranlassung eines Behandlungsabbruchs auch von strafrechtlicher Relevanz sein kann“) muss relativiert werden. § 8 StGB stellt den Täter bei irrtümlicher Annahme eines rechtfertigenden Sachverhalts nämlich strafrei. Trifft der Sachwalter also trotz sorgfältiger Abwägung die falsche Entscheidung – für oder gegen die Weiterbehandlung –, so kann er zB weder im ersten Fall wegen Mitwirkung am Selbstmord noch im zweiten Fall wegen Körperverletzung bestraft werden.

1. Bestellung eines Kollisionskurators

Die Bestellung eines Kollisionskurators (§ 271 ABGB) kommt immer dann in Frage, wenn der bestellte Sachwalter eine Entscheidung zu treffen hat (formelle Kollision) und wenn zusätzlich ein Interessenwiderspruch besteht (materielle Kollision). Eine formelle Kollision liegt hier mE jedenfalls vor, wenn man die vorliegenden Patientenverfügungen als bloß beachtlich einstuft, weil dann der Sachwalter über die Weiterführung oder die Einstellung der künstlichen Ernährung als Vertreter zu entscheiden hat. Das (mögliche) Vorliegen der materiellen Kollision wird vom Erstgericht zumindest plausibel begründet. Der OGH hat Recht, wenn er festhält, dass es keine Rechtsgrundlage für einen Antrag des Sachwalters auf gerichtliche Genehmigung des Behandlungsabbruchs gibt. Warum er daraus kategorisch die Unzulässigkeit der Bestellung eines Kollisionskurators ableitet, kann ich nicht nachvollziehen, zumal ein Kollisionskurator auch von Amts wegen bestellt werden kann und das Gericht durch den Antrag

auf gerichtliche Genehmigung von einer allfälligen Interessenkollision erfahren hat.

2. Einstellung der Nahrungszufuhr

Wie in der Entscheidung richtig ausgeführt, kann zumindest die händische Versorgung mit Nahrung und Flüssigkeit nicht nach dem PatVG abgelehnt werden, weil sich dessen Anwendungsbereich ausschließlich auf die Ablehnung medizinischer Behandlungen (§ 2 Abs 1 PatVG) erstreckt, die händische Ernährung und Flüssigkeitszufuhr aber keine medizinische Behandlung ist. Das Gesetz ist mE insofern unglücklich eng gefasst (so aber auch § 1901a BGB), als die Einstellung der Nahrungszufuhr, im Unterschied zur Einstellung der Flüssigkeitszufuhr, im bereits fortgeschrittenen Sterbeprozess allenfalls „state of the art“ in der palliativen Pflege ist. Dass die Ablehnung der händischen Nahrungszufuhr nicht in den Anwendungsbereich des PatVG fällt, heißt aber nur, dass allgemeine privat- und strafrechtliche Regelungen zur Anwendung kommen. Eine Rechtsgrundlage und damit eine Rechtfertigung für eine Nahrungszufuhr gegen den Willen einer Person gibt es, abgesehen von der Zwangsernährung nach § 36 UbG und im Strafvollzug (§ 69 StVG), meines Wissens aber nicht. Die RV zum PatVG ist insofern zumindest verwirrend. Auch sehe ich keine sachliche Rechtfertigung für die generelle unterschiedliche Behandlung der Verweigerung der Nahrung und einer medizinischen Behandlung, sodass dies wohl auch verfassungsrechtlich bedenklich wäre.

3. „Qualifiziert beachtliche“ Patientenverfügung

Für unmittelbar den Arzt bindende „qualifiziert beachtliche“ Patientenverfügungen bereits de lege lata spricht die im Sachwalterrecht sehr stark ausgeprägte Subsidiarität, wonach eine Sachwalterbestellung zu unterbleiben hat, wenn durch eine andere Hilfe das Auslangen gefunden werden kann (§ 268 Abs 2 ABGB). Ich kann mich hier der Meinung *Pesendorfers* durchaus anschließen (*Pesendorfer in Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts*² [2010] 418 ff). Das Argument von *Koller* (iFamZ 2012, 24), wonach damit die Beurteilung, ob eine Patientenverfügung noch unmittelbar wirksam sei, in das Ermessen der Ärzte gestellt wäre, die damit ein erhebliches Haftungspotenzial aufgelastet bekämen, ist für mich ebenso wenig überzeugend wie jenes von *Bernat* (EF-Z 2006, 74 [76]), dass die Auslegung einer Patientenverfügung eine genuin juristische Aufgabe sei, die nicht an den Arzt delegiert werden dürfe. Bei allen „normalen“ medizinischen Behandlungen ist es Aufgabe des Arztes, zu beurteilen, ob der Patient einsichts- und urteilsfähig ist und die ärztliche Aufklärung so weit verstanden hat, dass er gültig in die Behandlung einwilligen kann. Dem Arzt wird also in diesen Fällen permanent zugemutet, den Willen des Patienten festzustellen. Täuscht er sich – ein Ermessen gibt es nicht – haftet er, wenn er sorgfältig handelt, dennoch nicht (vgl § 8 StGB).

Das Gleiche gilt bei der „qualifiziert beachtlichen“ Patientenverfügung. Es geht ausschließlich um die Beurteilung des Willens des Patienten. Gibt es für den Arzt bei einer beachtlichen Patientenverfügung keinerlei Zweifel am Willen des Patienten, so kann und soll er sie unmittelbar befolgen. Auch der Sachwalter ist bei einer beachtlichen Patientenverfügung an den (mutmaßlichen) Willen gebunden, sodass das Ergebnis bei einer „qualifiziert beachtlichen“ Patientenverfügung immer dasselbe ist, egal, ob sie der Arzt direkt umsetzt oder ein Sachwalter bestellt wird: Sie ist zu befolgen! Hat der Arzt bei einer beachtlichen Patientenverfügung Zweifel am darin ausgedrückten Willen des Patienten oder ist ihm die Befolgung wegen der auch unter Juristen bestehenden Unklarheit zu riskant, so ist eine Sachwalterschaft anzuregen. Das Gericht kann dann jedoch, nach entsprechenden Erhebungen und unter Hinweis darauf, dass die Willensbekundung in der beachtlichen Patientenverfügung keinerlei Zweifel hinterlässt und demnach zu befolgen ist, die Bestellung eines Sachwalters ablehnen.



Auf die Frage, ob eine „qualifiziert beachtliche“ Patientenverfügung die Sachwalterbestellung obsolet macht, kommt es im gegenständlichen Fall jedoch nicht an, weil der Sachwalter schon bestellt war und es somit seine Aufgabe ist, den (mutmaßlichen) Willen der Person durchzusetzen – als Vertreter, wenn man die genannten Verfügungen als bloß beachtlich qualifiziert, und als Bote, wenn man sie als „qualifiziert beachtlich“ qualifiziert und ihnen die unmittelbare den Arzt bindende Rechtswirkung zuerkennt.

Die Beurteilung, dass trotz vorliegender Patientenverfügungen inklusive medizinischer und juristischer Beratungen und der einhelligen Zeugenaussagen, die deren Inhalt bestätigen, nicht von Gewissheit hinsichtlich des Willens gesprochen werden kann, ist schwer nachvollziehbar. Als einziges zweifelsbegründendes Element wird das Nichtleisten der Unterschrift genannt. Warum sie nicht geleistet wurde, wird im Sachverhalt jedoch nicht ausgeführt. Es bleibt die Frage, beim Fehlen welcher Voraussetzung einer verbindlichen Patientenverfügung nach Ansicht des OGH dennoch von Gewissheit gesprochen werden kann.

4. Keine gerichtliche Genehmigung des Behandlungsabbruchs

Dem OGH ist zu folgen, wenn er sagt, dass der Gesetzgeber nicht auf die gerichtliche Genehmigung des Behandlungsabbruchs durch die Entscheidung des Sachwalters vergessen haben kann und daher dafür de lege lata keine Rechtsgrundlage besteht.

5. Sachwalterschaft und Missbrauchskontrolle

Das Gesetz sieht zu Recht unterschiedliche Kontrollmaßnahmen bei unterschiedlichen Entscheidungen des Sachwalters vor. Bei Maßnahmen der außerordentlichen Vermögensverwaltung bedarf der Sachwalter der gerichtlichen Genehmigung, weil das Gericht das finanzielle Wohl der betroffenen Person (zumindest teilweise) selbst beurteilen kann; bei schwerwiegenden medizinischen Maßnahmen braucht der Sachwalter ein zweites ärztliches Zeugnis und nur ausnahmsweise eine gerichtliche Genehmigung, die sich dann regelmäßig auf ein ärztliches Sachverständigengutachten stützt. Hier geht es ausschließlich um die Beurteilung des gesundheitlichen Wohls. Das ist eine klassische Aufgabe von Ärzten. Bei einer Behandlungsablehnung oder bei einem Behandlungsabbruch, die sich auf den (mutmaßlichen) Willen des Patienten stützt, geht es ausschließlich um die Feststellung des Willens der betroffenen Person. Dazu taugt ein ärztliches Gutachten nicht, und auch das Gericht ist damit idR überfordert. Das ist die zentrale und grundsätzlich alleinige Aufgabe des Sachwalters. Eine gerichtliche Genehmigung bei Behandlungsablehnung (oder Widerruf der Einwilligung) durch den Sachwalter ist derzeit und war auch nach der Rechtslage vor dem SWRÄG 2006 nicht vorgesehen. Die Entscheidung blieb und bleibt auch grundsätzlich jetzt dem Sachwalter allein überlassen.

Um den Rechtsschutz bei pflichtwidrigem Verhalten, also bei pflichtwidriger Nichterteilung der Zustimmung oder bei pflichtwidrigem Widerruf der Einwilligung, des Sachwalters für die Person unter Sachwalterschaft zu verbessern und um eine unnötige Verzögerung einer notwendigen Behandlung durch Umbestellung des Sachwalters zu vermeiden, wurde § 283 Abs 2 letzter Satz ABGB neu eingefügt (ErlRV 1420 BgNR 22. GP 21), wonach das Gericht allenfalls die Zustimmung zur Behandlung selbst erteilen kann. Diese Bestimmung ist damit, neben der Möglichkeit der Enthebung des Sachwalters und der Bestellung einer anderen Person zum Sachwalter, die zweite Säule der Missbrauchskontrolle. Die „Negativentscheidung“ des Sachwalters kann daher vom Gericht auch nur dann ersetzt werden, wenn dessen Entscheidung nicht auf dem mutmaßlichen Willen der Person unter Sachwalterschaft beruht. Das heißt aber nicht, wie der OGH

ausführt, dass das Gericht ohne oder auch gegen den Willen des Sachwalters die Zustimmung zum Behandlungsabbruch selbst zu erteilen hätte.

Das wäre nicht einmal dann der Fall, wenn das Gericht die gerichtliche Genehmigung einer schwerwiegenden medizinischen Behandlung verweigert, die zwar medizinisch indiziert und notwendig ist, aber dem mutmaßlichen Willen der betroffenen Person klar widerspricht. In diesem Fall wird nur die Zustimmung des Sachwalters zur Behandlung nicht genehmigt.

Ist also die Entscheidung des Sachwalters, eine Behandlung zu verweigern oder diese abzubrechen, richtig, weil sie dem mutmaßlichen Willen der betroffenen Person und damit ihrem subjektiven Wohl entspricht, so muss und darf das Gericht gar nicht tätig werden. Ist umgekehrt die Entscheidung des Sachwalters, eine schwerwiegende medizinische Behandlung durchzuführen, falsch, weil sie dem mutmaßlichen Willen und damit dem subjektiven Wohl der betroffenen Person widerspricht, und wird dafür ausnahmsweise eine gerichtliche Genehmigung beantragt, so ist diese zu verweigern.

Aufgabe des Gerichts ist es, genauso wie die des Sachwalters, das Selbstbestimmungsrecht der betroffenen Person durchzusetzen, und zwar nicht nur bei der Behandlungszustimmung, sondern auch beim Behandlungsabbruch. Das Determinierungsgebot des Art 18 B-VG (Legalitätsprinzip) kann daran wohl nichts ändern. § 283 Abs 2 letzter Satz ABGB ist daher mE in Fällen des Behandlungsabbruchs ebenso unmittelbar anwendbar wie bei der Ablehnung der Behandlungsaufnahme.

6. Informed Consent und die Rolle des Arztes

Eine Behandlung ist nur rechtmäßig, wenn sie medizinisch indiziert ist und wenn eine informierte Zustimmung vorliegt. Ausgenommen davon sind etwa Schönheitsoperationen, die keine Indikation voraussetzen, und die Behandlung im Notfall, die keine Zustimmung voraussetzt. Beide Fälle sind hier nicht relevant. Es kann kein Zweifel bestehen, dass der Sachwalter, wenn die betroffene Person nicht einsichts- und urteilsfähig ist, alleine die Zustimmung zur Behandlung erteilt und widerruft (§ 283 ABGB). Einzige Ausnahme ist § 283 Abs 2 letzter Satz ABGB, wenn das Gericht seine Entscheidung ersetzt. Dem Arzt kommt hinsichtlich der Einwilligung in die Behandlung keine Entscheidungskompetenz zu. Er hat nur zu beurteilen, ob die erforderliche Indikation für eine Behandlung gegeben ist, und er hat durch die ärztliche Aufklärung dafür zu sorgen, dass die einsichts- und urteilsfähige Person oder ihr Vertreter (Sachwalter oder Vorsorgebevollmächtigter) eine informierte Entscheidung treffen können. Erteilt der Sachwalter keine Zustimmung zur Behandlung oder widerruft er die Zustimmung und wird seine Entscheidung nicht – durch einen anderen Vertreter oder das Gericht – ersetzt, ist die Behandlung rechtswidrig und stellt eine eigenmächtige Heilbehandlung sowie allenfalls eine Körperverletzung dar. Das gilt für Entscheidungen des Sachwalters aufgrund einer beachtlichen Patientenverfügung genauso wie bei jeder anderen medizinischen Behandlung. Für eine konsensuale Vorgehensweise in Bezug auf die Einwilligung in die Behandlung – Erteilung und Widerruf gleichermaßen – sowie dafür, dass die Behandlung auch gegen die Entscheidung des Sachwalters fortzuführen ist, wenn dies der Arzt für richtig hält, gibt es mE keine Rechtsgrundlage. Der OGH verabsäumt es in der Entscheidung jedenfalls, eine solche anzuführen. Soll dann bei jedem Widerruf der Einwilligung in eine medizinische Behandlung, etwa auch beim Abbruch einer Chemotherapie oder beim Absetzen von bestimmten Medikamenten (zB Antibiotika), der Arzt den Sachwalter „overrulen“ können oder nur bei solchen mit letalen Folgen? Trifft das genauso Vorsorgebevollmächtigte und Eltern?

Michael Ganner

BESTELLEN SIE JETZT IHR JAHRESABO!



iFamZ-Jahresabo 2013
(Heft 1–6)
EUR 102,-
Inklusive Heft 6/2012 gratis!

Bestellschein

Fax +43 1 24 630-53

Ich / Wir bestelle(n) hiermit umgehend direkt durch die Linde Verlag Wien GmbH, Scheydggasse 24, 1210 Wien,
Tel.: +43 1 24 630 • Fax: +43 1 24 630-23 • www.lindeverlag.at • E-Mail: office@lindeverlag.at

Ex. **iFamZ-Jahresabonnement 2013** (Heft 1–6)
Inklusive Heft 6/2012 gratis

EUR 102,-

Alle Preise exkl. MwSt. und Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderung und Irrtum vorbehalten.

Kundennummer (falls vorhanden): _____ Firma: _____

Vorname: _____ Nachname: _____

Straße: _____ PLZ: _____

Telefon: _____ Fax: _____

E-Mail: _____ Newsletter: ja nein

Datum: _____ Unterschrift: _____

Handelsgericht Wien, FB-Nr.: 102235X, ATU 14910701, DVR: 000 2356