

Gunnar Duttge (Hg.)

Ärztliche Behandlung
am Lebensende

Göttinger Schriften zum
Medizinrecht
Band 2



Universitätsverlag Göttingen
2008

Planungssicherheit durch Patientenverfügungen?

Zum neuen österreichischen Patientenverfügungs-Gesetz

*Prof. DDr. Christian Kopetzki
Universität Wien*

I. Einleitung

Schneller als von vielen Beobachtern erwartet hat der österreichische Nationalrat mehrheitlich im März 2006 das Patientenverfügungs-Gesetz (PatVG) beschlossen. Es wurde nach Abschluss des parlamentarischen Verfahrens im Bundesgesetzblatt I 2006/55 kundgemacht und trat am 1. Juni 2006 in Kraft. Begleitende und ergänzende Rechtsanpassungen erfolgten durch das im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang beschlossene Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 (BGBl. I 2006/92), mit dem unter anderem die Vorsorgevollmacht eingeführt wurde, sowie durch das Gesundheitsrechts-Änderungsgesetz BGBl. I 2006/122.

Das PatVG bildet den vorläufigen Endpunkt einer jahrzehntelangen rechtspolitischen Diskussion über das Ob bzw. den Umfang der Bindungswirkung derartiger antizipierter Patientenverfügungen. Da die Frage

nach den rechtlichen Wirkungen solcher Verfügungen gesetzlich nicht – bzw. nicht hinreichend klar – geregelt war und auch keine autoritative Klärung durch höchstgerichtliche Entscheidungen¹ erfolgt ist, wäre ein (für die Sicherheitsbedürfnisse der Praxis brauchbarer) Konsens nur durch die Entwicklung einer „herrschenden Meinung“ erzielbar gewesen. Die Hoffnung auf eine solche Konsensbildung im Wege des wissenschaftlichen Diskurses war allerdings von Anfang an illusorisch, da jede neue literarische Position den bunten Wildwuchs an Auffassungen weiter verschärfte: Die Palette des Meinungsstandes, die sich von jenem in Deutschland nicht wesentlich unterscheidet, reichte vom Postulat grundsätzlicher Verbindlichkeit über alle möglichen vermittelnden Positionen bis hin zur (insbesondere bei Ärzten beliebten) These, antizipierte Patientenverfügungen seien lediglich ein Indiz für den „mutmaßlichen Patientenwillen“, der – als Element unter vielen – in die letztlich vom behandelnden Arzt zu treffende Behandlungsentscheidung einfließen müsse.² Leider hat auch der Gesetzgeber selbst die Unklarheit noch weiter gefördert, indem er – im für sich genommen nebensächlichen Kontext einer Dokumentationspflicht in Bezug auf Patientenverfügungen – in einer Novelle zum Krankenanstaltengesetz zur kryptischen Formulierung Zuflucht nahm, dass solche Verfügungen in die Krankengeschichte aufzunehmen sind, „um darauf bei allfälligen künftigen medizinischen Entscheidungen Bedacht nehmen zu können“.³ Inwieweit diese Bedachtnahme freilich geboten wäre, blieb im Dunkeln.

Die Befürworter einer bloßen „Indizwirkung“ mussten sich freilich von Anfang an die kritische Frage gefallen lassen, weshalb eine länger zurückliegende Behandlungsablehnung schlechthin weniger beachtlich sein sollte als eine aktuelle Weigerung, zumal das Selbstbestimmungsrecht über medizinische Behandlungen auch auf der Ebene des Verfassungsrechts durchweg anerkannt war:⁴ Denn immerhin kennt das österreichische Strafrecht sogar einen eigenen Straftatbestand der „eigenmächtigen Heilbehandlung“ (§ 110 StGB), der grundsätzlich immer dann erfüllt ist, wenn eine Behandlung ohne gültige Einwilligung vorgenommen wird. Lediglich bei Gefahr im Verzug (Lebensgefahr oder drohende schwere Gesundheitsschädigung) kommt die Ausnahmebestimmung des § 110

¹ Vgl. lediglich OGH 16.7.1998, 6 Ob 144/98i = RdM 1999/21 = EvBl 1999/21 („psychiatrisches Testament“). Darin sprach der OGH aus, dass eine antizipierte Behandlungsablehnung jedenfalls dann unbeachtlich sei, wenn sich das Vorliegen der erforderlichen Einwilligungsfähigkeit im Erklärungszeitpunkt im Nachhinein nicht mehr klären lässt. Die grundsätzliche Verbindlichkeit solcher Patientenverfügung ließ der OGH offen.

² Zum Meinungsstand vor dem PatVG zusammenfassend etwa die amtlichen Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum PatVG 1299 BlgNR 22. GP 3 f, sowie die Beiträge im Sammelband *Kopetzki* (Hrsg.), *Antizipierte Patientenverfügungen* (2000).

³ § 10 Abs. 1 Z. 7 KAG i.d.F. BGBl. 1993/801.

⁴ Dazu z.B. *Kopetzki*, *Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte antizipierter Patientenverfügungen*, in *Kopetzki* (Hrsg.), *Antizipierte Patientenverfügungen* (2000) 38 ff.

Abs. 2 StGB zum Tragen, sofern die Einwilligung nicht rechtzeitig eingeholt werden kann. Nach völlig unbestrittener Auffassung erlaubt dies aber nur eine konsenslose Behandlung des einwilligungsunfähigen Patienten, der noch keine Entscheidung treffen konnte – nicht hingegen die Behandlung eines Patienten, der sich im Zustand der Einwilligungsfähigkeit bereits gegen die Behandlung ausgesprochen hat.⁵ Wenn aber die mehr oder weniger aktuelle Behandlungsverweigerung beachtlich ist, dann trifft jene, die einer länger zurückliegenden Weigerung jede Verbindlichkeit absprechen, zumindest die Begründungslast für die Behauptung, derartige Willenserklärungen hätten ein rechtliches „Ablaufdatum“.

Nachdem erwartungsgemäß auch der Versuch, den im Schrifttum ausbleibenden Konsens über die Bindungswirkung antizipierter Behandlungsablehnungen neuerlich – nun im Wege einer interministeriellen Experten-Arbeitsgruppe – zu erzwingen, am Widerstand der Österreichischen Ärztekammer gescheitert war, entschlossen sich die zuständigen Ministerien dazu, noch vor der anstehenden Nationalratswahl eine parlamentarische Entscheidung in Gestalt eines eigenen Bundesgesetzes über Patientenverfügungen⁶ herbeizuführen:⁷ Unterschiedliche und inhaltlich stark divergierende Vorentwürfe sowie ein im Jahr 2004 durchgeführtes Begutachtungsverfahren mündeten schließlich in eine Regierungsvorlage der Bundesregierung (1299 BlgNR 22. GP), die nach kurzer parlamentarischer Beratung und Abhaltung eines Experten-Hearings im Frühjahr 2006 unverändert das parlamentarische Verfahren passierte.

Die erhoffte Befriedung ist freilich auch nach dem PatVG nur teilweise eingetreten. Denn obgleich manche der bisher strittigen Fragen nun durch die Autorität des Gesetzgebers beantwortet wurden, wirft das PatVG 2006 neue Auslegungsprobleme auf, die mit jedem Zuwachs an gesetzlichen Normen und den ihnen eigenen Begrifflichkeiten zwangs-

⁵ So die völlig herrschende Strafrechtslehre: mwN nur *Kienapfel/Schroll*, Strafrecht⁵ BT I (2003) § 110 Rz. 32; *Moos*, in Höpfel/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar², Vorbem zu §§ 75-79 StGB Rz. 32, 36; *Bertel*, in Wiener Kommentar², § 110 StGB Rz. 32.

⁶ Da sich eine politische Lösung in Form eines eigenständigen Bundesgesetzes von Anfang an abzeichnete, war die – in Deutschland vieldiskutierte – Frage nach der zweckmäßigen systematischen Verortung der Materie im Rahmen des Zivilrechts oder des Strafrechts sekundär, zumal der Gesetzgeber bei seiner Regelung nicht an die Fächergrenzen der traditionellen Rechtsgebiete gebunden ist und der Bund für die Gesetzgebung in Angelegenheiten des Zivilrechts, des Strafrechts und des Gesundheitsrechts ohnehin gleichermaßen zuständig ist. Wenngleich die Regelung der Patientenverfügung schwerpunktmäßig als Materie des Zivilrechts angesehen wird, ist unbestreitbar, dass es sich um eine Querschnittsmaterie handelt, die jedenfalls auch normative Ausstrahlungswirkungen auf das Strafrecht sowie das Verwaltungsrecht aufweist; dazu näher *Kopetzki*, Das Patientenverfügungs-Gesetz im System der Rechtsordnung: Wirkungen und Nebenwirkungen, in Körtner/Kopetzki/Kletecka-Pulker (Hrsg.), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz (2007) 127.

⁷ Zur Entwicklung des Gesetzgebungsprojektes *Gmeiner/Kopetzki*, Österreich auf dem Weg zu einem Patientenverfügungs-Gesetz? Z Biopolitik 4, 2005, 67; *Aigner*, Die Patientenverfügung – zur Entstehungsgeschichte des PatVG, FamZ 2006, 66.

läufig verbunden sind. Dies zeigt sich insbesondere in der neuerlich aufblühenden literarischen Diskussion zum Thema „Patientenverfügung“, die anlässlich des Inkrafttretens des PatVG einen zweiten Höhenflug erlebt.⁸

II. Zielsetzung und Grundsätze

Erklärtes Ziel des PatVG war die Schaffung von Rechtssicherheit und die Stärkung der Patientenautonomie. Der Kreis jener Entscheidungen, die ein Patient durch eigene Willenserklärungen überhaupt selbst rechtswirksam treffen kann, sollte aber grundsätzlich nicht verändert werden. Insbesondere sollten die strafrechtlichen Grenzen medizinischer Maßnahmen nicht angetastet werden.⁹ Das PatVG zielt also nicht auf eine Neubestimmung der Demarkationslinie zwischen Patientenselbstbestimmung und Fremdbestimmung ab, sondern auf eine klare Ausformulierung jener Voraussetzungen, unter denen ein Patient im Vorhinein eine bindende Verfügung für spätere Behandlungsentscheidungen für den Fall treffen kann, dass er zu diesem Zeitpunkt nicht mehr entscheidungsfähig ist. Das PatVG regelt primär das „Transportmittel“ für den „antizipierten“ Patientenwillen, nicht jedoch die Inhalte der Entscheidungen, die dadurch transportiert werden sollen.

Die Beurteilung, ob die Bestimmungen des PatVG – insbesondere die mit den hohen inhaltlichen und formellen Verbindlichkeitskriterien verbundenen „Hürden“ bei der Ausübung des Selbstbestimmungsrechts –

⁸ *Aigner*, Die Patientenverfügung – zur Entstehungsgeschichte des PatVG, FamZ 2006, 66; *Bachinger*, Die Patientenverfügung. Fragen und Antworten, FamZ 2006, 79; *Barth*, Die Patientenverfügung und ihre praktischen Folgen für den Arzt, FamZ 2006, 72; *Bernat*, Planungssicherheit am Lebensende? Anmerkungen zum BG über Patientenverfügungen sowie zur Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten, EF-Z 2006, 42 und 74; *derselbe*, Kommentar zum PatVG, in: Schwimann (Hrsg.), ABGB, Praxiskommentar³. Ergänzungsband (2007) 71 ff.; *derselbe*, in Wenzel (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht (2007) Rz. 124 ff.; *Bernat/Gaberc*, Das österreichische Patientenverfügungs-Gesetz: ein Schritt vorwärts, zwei Schritte zurück, GesR 2007/1, 1; *Duttge*, Das österreichische Patientenverfügungsgesetz: Schreckensbild oder Vorbild? ZfL 2006, 81; *Kathrein*, Das Patientenverfügungs-Gesetz, ÖJZ 2006, 555; *Kletečka-Pulker*, Checkliste Patientenverfügung, FamZ 2006, 76; *Kunz/Gepart*, Aufgaben der bei der Errichtung einer Patientenverfügung mitwirkenden Juristen – am Beispiel des Rechtsanwalts, FamZ 2006, 81; *Körner*, Das österreichische Patientenverfügungsgesetz. Entstehungsgeschichte, Inhalt, Bewertung, ZEE 2006, 221; *Memmer*, Das Patientenverfügungs-Gesetz 2006, RdM 2006, 163; *derselbe*, Patientenverfügungen. Rechtslage nach dem 1. Juni 2006, FamZ 2006, 69; *derselbe*, Patientenverfügungs-Gesetz am 1. Juni 2006 in Kraft getreten, Imago Hominis 13 (2006) 179; *Peintinger*, Zum Stellenwert und den Aufgaben ärztlicher Aufklärung, FamZ 2006, 78; *Pogacar*, Wann ist eine Patientenverfügung verbindlich? Zak 2006, 223; *Teuschl*, Begegnung mit den Ängsten vor der letzten Lebensphase, FamZ 2006, 85. Vgl. auch die umfassende Diskussion in den einzelnen Beiträgen zum Sammelband *Körner/Kopetzki/Kletečka-Pulker* (Hrsg.), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz. Ethische und rechtliche Aspekte (2007).

⁹ So – speziell in Bezug auf die „aktive Sterbehilfe“ – 1299 BlgNR 22. GP 4.

dieser Zielsetzung gerecht werden, ist freilich angesichts einer gewissen Ambivalenz des Gesetzes umstritten:¹⁰ Denn einerseits verfolgt das PatVG gerade das Ziel der Stärkung der Patientenautonomie; andererseits wird aber dem Patienten die Ausübung seines Grundrechts insofern erschwert, als er vielfältige Wirksamkeitsvoraussetzungen erfüllen (und nicht zuletzt auch einen finanziellen Preis zahlen) muss, wenn er die Sicherheit einer „verbindlichen“ Patientenverfügung haben möchte. Ob man im neuen Gesetz eine „Stärkung“ oder vielmehr eine „Abschwächung“ des Selbstbestimmungsrechts erblickt, hängt im Ergebnis davon ab, wie man den – wie erwähnt kontroversiellen – rechtlichen status quo ante beurteilt: Wer im bisherigen Rechtszustand einen (in Bezug auf Patientenverfügungen) „rechtsfreien Raum“ konstatierte¹¹ und lediglich eine „Indizwirkung“ von Patientenverfügungen für die Ermittlung des „mutmaßlichen Willens“ bejahte, wird das PatVG als wesentliche Verbesserung und erstmalige Einführung eines verbindlichen Vorabentscheidungsrechts begrüßen. Wer hingegen schon nach dem bisherigen Recht einer grundsätzlichen Verbindlichkeit das Wort redete, wird eher dazu neigen, die begleitenden (neu eingeführten) Verbindlichkeitsvoraussetzungen als (allzu) hohen Preis für die erzielte Rechtssicherheit zu kritisieren.

III. Begriff und Anwendungsbereich

1. Begriff der Patientenverfügung und sachlicher Anwendungsbereich

§ 2 Abs. 1 PatVG definiert die Patientenverfügung als „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“. Mit dieser Legaldefinition ist zugleich der sachliche Anwendungsbereich des PatVG umschrieben: Die Regeln des PatVG gelten erstens nur für „antizipierte“ Erklärungen, bei denen zwischen dem Erklärungs- und dem Behandlungszeitpunkt ein mehr oder weniger großer Zeitraum liegt; aktuelle Behandlungsablehnungen sind nicht erfasst und daher weiterhin nach den (formlosen) Maßstäben des § 110 StGB möglich. Zweitens gilt das Gesetz nur für ablehnende Willenserklärungen, nicht hingegen für die Behandlungseinwilligung oder für sonstige Wünsche nach bestimmten Maßnahmen (einschließlich des Verlangens nach – weiterhin strafbarer – „aktiver Sterbe-

¹⁰ Zweifelnd *Bernat*, EF-Z 2006, 47 f.; Bedenken (in einer Stellungnahme zum Entwurf) auch bei *Barta/Kalchschmid* (Hrsg.), *Die Patientenverfügung – Zwischen Selbstbestimmung und Paternalismus* (2005) 213.

¹¹ So etwa die zuständige Bundesministerin im Zuge der parlamentarischen Beratungen: StProtNR 22. GP, 142. Sitzung 89.

hilfe“). Und drittens kann sich eine Patientenverfügung i.S.d. PatVG nur auf eine „medizinische Behandlung“ beziehen, nicht jedoch auf andere (z.B. pflegerische) Maßnahmen.

Die mit der Einschränkung auf „medizinische“ Behandlungen verbundenen (durch unklare Andeutungen in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage noch verstärkte) Zuordnungsprobleme in Bezug auf Ernährung und Flüssigkeitszufuhr¹² wurden noch im Zuge der parlamentarischen Beratungen geklärt: Danach gehört die Sondenernährung durch eine PEG-Sonde (einschließlich der Nahrungszufuhr in die liegende Sonde¹³) jedenfalls zu den „medizinischen“ und daher zu den nach PatVG ablehnungsfähigen Maßnahmen, nicht jedoch die „normale“ Zufuhr von Nahrung und Flüssigkeit. Dieser eingeschränkte Anwendungsbereich des PatVG trägt allerdings nicht den Umkehrschluss, die Grundversorgung mit Nahrung und Flüssigkeit könne überhaupt nicht wirksam verweigert werden. Das PatVG regelt diesen Sachverhalt gar nicht; er ist daher nach anderen Vorschriften zu beurteilen (die freilich auch für Pflegemaßnahmen im Allgemeinen bzw. für die Ernährung im Besonderen keinerlei Anhaltspunkte für die Zulässigkeit einer gegen den Willen aufgezwungenen Fürsorge erkennen lassen¹⁴).

Ob der Betroffene im Zeitpunkt der Errichtung einer Patientenverfügung bereits aktuell erkrankt ist oder nicht, spielt für die Wirksamkeit der Verfügung keine Rolle (so explizit § 2 Abs. 2 PatVG). Auch auf die Art oder die Vorhersehbarkeit der künftigen Erkrankung (bzw. der abgelehnten Maßnahmen) oder auf die Nähe zum Tod kommt es nicht an. Patientenverfügungen im Sinne des PatVG müssen daher auch keinen Zusammenhang mit dem Sterbevorgang aufweisen. Durch die ausdrückliche Festlegung des § 2 Abs. 2 PatVG wurden den – aus der deutschen Diskussion importierten – Bestrebungen in Richtung einer (wie auch immer gearteten) „Reichweitenbegrenzung“ eine klare Absage erteilt.

¹² Nach 1299 BlgNR 22. GP 5 könne der Patient seine „Grundversorgung mit Nahrung und Flüssigkeit, die Teil der Pflege ist“, nicht nach dem PatVG ausschließen. Dabei blieb aber unbeantwortet, ob diese (offenkundig falsche) Aussage auch für die „künstliche“ Ernährung mittels Sonde gelten sollte.

¹³ Auch die Durchführung der Sondenernährung bedarf ärztlicher Anordnung und liegt im mitverantwortlichen Tätigkeitsbereich der Pflegeberufe (§ 84 Abs. 4 Z. 4 GuKG); es handelt sich daher (jedenfalls auch) um eine „medizinische Maßnahme“ i.S.d. PatVG, die der Ablehnungsmöglichkeit nach Maßgabe des PatVG unterliegt (in diesem Sinne – entgegen verbreiteten Mystifikationen – ausdrücklich klarstellend nun der parlamentarische Ausschussbericht AB 1381 BlgNR 22. GP 2).

¹⁴ Ebenso unmissverständlich wie zutreffend daher die Feststellung des Justizausschusses, wonach es „[a]ußerhalb des Anwendungsbereichs des Patientenverfügungs-Gesetzes ... im Rahmen der Pflege jedem freisteht, angebotene Leistungen abzulehnen“ (1381 BlgNR 22. GP 2). In diesem Sinne wie hier auch *Bernat*, in Schwimann (Hrsg.), ABGB³ ErgBd, § 3 PatVG Rz. 6; *derselbe*, EF-Z 2006, 75.

2. Persönlicher Anwendungsbereich

Eine Patientenverfügung kann nur höchstpersönlich errichtet werden. Der Betroffene muss bei der Errichtung einsichts- und urteilsfähig sein. Die Anknüpfung an die „Einsichts- und Urteilsfähigkeit“ (anstelle der Geschäftsfähigkeit) hat zur Konsequenz, dass auch Personen mit Sachwalter sowie Minderjährige nicht von der Errichtung einer Patientenverfügung ausgeschlossen sind, sofern sie über die erforderliche Einsichtsfähigkeit verfügen. Für Minderjährige ab 14 Jahren ist darüber hinaus gem. § 146c Abs. 1 ABGB zu vermuten, dass ihnen die (wenn auch widerlegbare und gem. § 5 Abs 1. PatVG zu prüfende) rechtliche Fähigkeit zur Errichtung einer verbindlichen oder beachtlichen Patientenverfügung zukommt.¹⁵ Das ist deshalb bemerkenswert, da eine höchstpersönliche Einwilligung mündiger Minderjähriger bei schwerwiegenden – und hinsichtlich ihrer Folgen möglicherweise gleich gewichtigen – Behandlungsentscheidungen gem. § 146c Abs. 2 ABGB allein noch nicht ausreicht, sondern zusätzlich der Zustimmung des Sorgeberechtigten bedarf. Der einsichtsfähige Minderjährige kann also nach dem PatVG einen schweren Eingriff allein ablehnen, während er für die Einwilligung zusätzlich noch der Zustimmung eines Dritten bedürfte.

IV. „Verbindliche“ und „beachtliche“ Patientenverfügungen

1. Allgemeines

Eine der zentralen Weichenstellungen des PatVG liegt in der Schaffung zweier Kategorien von Patientenverfügungen: der „verbindlichen“ und der „beachtlichen“ Verfügung. Erstere kommt nur bei Erfüllung vielfältiger materieller und formeller Errichtungsvoraussetzungen zustande und bedarf regelmäßiger Erneuerung; letztere liegt vor, wenn die Kriterien einer „verbindlichen“ Verfügung – aus welchem Grund auch immer – nicht verwirklicht sind. Während die „verbindliche“ Verfügung ein unmittelbar zu beachtendes Verbot der Durchführung der abgelehnten Behandlung bedeutet, stellt die in einer „beachtlichen“ Verfügung zum Ausdruck kommende (vergangene) Willensäußerung „nur“ ein Hilfsmittel zur Ermittlung des (aktuellen) hypothetischen Patientenwillens dar. Bei näherer Betrachtung zeigt sich freilich, dass die durch die sprachliche Differenzierung in „verbindliche“ und „beachtliche“ Verfügungen nahegelegte Schlussfolgerung, es komme darin auch eine eindeutige normative Aussage über den Umfang der Bindungswirkung zum Ausdruck, voreilig ist:

¹⁵ *Bernat*, in Schwimann (Hrsg.), ABGB³ ErgBd, § 3 PatVG Rz. 4; *Kathrein*, ÖJZ 2006, 561; *Memmer*, RdM 2006, 172; *derselbe*, FamZ 2006, 71.

Denn einerseits können auch bei „verbindlichen“ Verfügungen Auslegungs- und Beurteilungsprobleme auftreten, die einer eindeutigen Subsumtion unter die Kategorie der „verbindlichen Verfügung“ entgegen stehen. Und andererseits kann der Grad der gebotenen „Beachtlichkeit“ auch bei der beachtlichen Verfügung so stark werden, dass ihre Bindungswirkung jener einer „verbindlichen“ Verfügung überhaupt nicht nachsteht: Sobald der „hypothetische Wille“, zu deren Ermittlung die „beachtliche“ Verfügung dient, einmal festgestellt ist, bindet er den Arzt rechtlich ebenso wie ein aktuell erklärter Wille oder eine verbindliche Verfügung.¹⁶

2. Voraussetzungen „verbindlicher“ Patientenverfügungen

Das Kernstück des PatVG regelt in den §§ 4-7 die besonderen Voraussetzungen einer verbindlichen Patientenverfügung. Hier sind in Gestalt der Trias Aufklärung, Förmlichkeit und Befristung die wesentlichen Neuerungen zu verzeichnen:

a) Bestimmtheit

Die Verbindlichkeit einer Patientenverfügung setzt zunächst voraus, dass ihre inhaltliche Formulierung hinreichend bestimmt ist: Gem. § 4 müssen die medizinischen Behandlungen, die Gegenstand der Ablehnung sind, „konkret beschrieben sein oder eindeutig aus dem Gesamtzusammenhang der Verfügung hervorgehen“. Damit sollten Probleme der Auslegung der Erklärung wenn schon nicht beseitigt, so doch möglichst minimiert werden. Im Idealfall wird die abgelehnte Maßnahme in der Verfügung eindeutig und für Dritte (insbesondere für Ärzte) nachvollziehbar bezeichnet; dabei können auch weitere Bedingungen vorgesehen werden.¹⁷ Gleichzuhalten sind Formulierungen, die aus dem Kontext hinreichend bestimmbar sind, weil sie den Willen des Patienten klar erkennen lassen. Für eine Verbindlichkeit nicht ausreichend wären hingegen allgemein und vage formulierte Erklärungen und Wünsche, die keinen eindeutigen Schluss auf die von der Verfügung erfassten Maßnahmen zulassen.¹⁸

Darüber hinaus verlangt § 4 2. Satz, dass aus der Erklärung zudem hervorgehen muss, „dass der Patient die Folgen der Patientenverfügung zutreffend einschätzt“. Der Patient darf sich daher nicht darauf beschränken, die abgelehnten Maßnahmen klar zu formulieren, er muss auch deutlich werden lassen, dass ihm die gesundheitlichen Folgen der aus der Behandlungsverweigerung erwachsenden Vor- und Nachteile be-

¹⁶ Zutreffend *Memmer*, FamZ 2006, 71.

¹⁷ Z.B. „Sondenernährung für den Fall der Bewusstlosigkeit“ u. dgl.

¹⁸ Z.B. den Wunsch nach einem „natürlichen Sterben“ oder das Verbot „künstlicher Lebensverlängerung“ (so RV 1299 BlgNR 22. GP 4).

wusst sind.¹⁹ Damit sollte „verhindert werden, dass die Behandlung bestimmter Krankheiten unreflektiert abgelehnt werden kann.“²⁰ Dies bürdet dem Patienten zwar keine Begründungs- oder Rechtfertigungspflicht auf,²¹ zwingt ihn aber nichtsdestoweniger zu einer – auch nach außen sichtbar werdenden – eingehenden Befassung mit den Konsequenzen seiner Entscheidung und dient insofern dem „Schutz vor sich selbst“ im Hinblick auf übereilte Behandlungsablehnungen. Hierbei kommt dem aufklärenden Arzt überdies eine tragende Rolle zu, da dem Arzt nicht nur die Vermittlung der „Folgeneinschätzung“ obliegt, sondern er gem. § 5 PatVG auch prüfen (und dokumentieren) muss, „dass und aus welchen Gründen der Patient die Folge der Patientenverfügung zutreffend einschätzt, etwa weil sie sich auf eine Behandlung bezieht, die mit einer früheren oder aktuellen Krankheit des Patienten oder eines nahen Angehörigen zusammenhängt“. Die in § 5 genannten Indizien für eine solche „zutreffende Einschätzung“ sind allerdings nur beispielhaft aufgezählt („etwa“); weitere (gleichrangige) Gründe können z. B. in der beruflichen Erfahrung oder in religiösen Motiven liegen.²²

b) Ärztliche Aufklärung

Die Errichtung einer verbindlichen Patientenverfügung setzt gem. § 5 eine vorangehende „umfassende ärztliche Aufklärung einschließlich einer Information über Wesen und Folgen der Patientenverfügung für die medizinische Behandlung“ voraus. Nach den Motiven des Gesetzgebers soll der Patient dadurch – in deutlicher Anlehnung an die von Lehre und Rechtsprechung für die Behandlungszustimmung entwickelten Grundsätze des informed consent²³ – mit den für die Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts notwendigen Informationen versorgt und Fehlvorstellungen über Mittel und Möglichkeiten der Medizin vorgebeugt werden, zumal der Patient ja – so die Erläuterungen – „das Risiko ungenauer Erklärungen selbst trägt“.²⁴ Auf diese obligate Aufklärung kann nicht verzichtet werden (es sei denn um den Preis, dass dann eine verbindliche Verfügung eben nicht zustande kommt). Der aufklärende Arzt hat – abgesehen von der schon erwähnten Darlegung der „Folgeneinschätzung“ – sowohl die Vornahme der Aufklärung als auch das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit zu dokumentieren.

¹⁹ Memmer, RdM 2006, 168.

²⁰ 1299 BlgNR 22. GP 6.

²¹ So jedoch Memmer, RdM 2006, 168.

²² 1299 BlgNR 22. GP 5; Kathrein, ÖJZ 2006, 564.

²³ Vgl. Kathrein, ÖJZ 2006, 564. Aus den üblichen Grundsätzen des informed consent lässt sich freilich nicht ohne weiteres der Umkehrschluss ziehen, dass auch Behandlungsverweigerungen zu ihrer Wirksamkeit einer entsprechenden Aufklärung bedürfen.

²⁴ 1299 BlgNR 22. GP 6.

Über weitere Einzelheiten (z.B. Ort der Dokumentation, zeitlicher Zusammenhang zwischen Aufklärung und Errichtung; Kreis der für eine Aufklärung in Betracht kommenden Ärzte) enthält das Gesetz keine expliziten Festlegungen.²⁵ Die meisten Fragen lassen sich aber aus dem rechtlichen Kontext hinreichend beantworten: So werden etwa für Details der Dokumentation die allgemeinen berufs- und krankenanstaltenrechtlichen Regeln über die Führung der ärztlichen Dokumentation bzw. der Krankengeschichte heranzuziehen sein; aus naheliegenden teleologischen Erwägungen wird aber jedenfalls auch eine Dokumentation unmittelbar in der Patientenverfügung oder in einer (als Anhang beigefügten) Urkunde geboten sein,²⁶ weil es für künftige Adressaten der Patientenverfügung sonst gar nicht möglich wäre, eine zentrale Voraussetzung für die Verbindlichkeit der Patientenverfügung rasch und ohne komplizierte Umwege abzuklären.

Was die Person des aufklärenden Arztes und dessen fachliche Qualifikation betrifft, ergeben sich die maßgeblichen Kriterien aus dem ärztlichen Berufsrecht: Bei Ärzten für Allgemeinmedizin wird die Befugnis zur Aufklärung tendenziell immer zu bejahen sein, sofern sie über die nötigen Kenntnisse verfügen. Die Tätigkeit von Fachärzten ist hingegen gem. § 31 Abs. 3 ÄrzteG auf das Sonderfach beschränkt. Ihre Zuständigkeit kann daher immer erst in Bezug zu der jeweiligen – den Gegenstand der Patientenverfügung bildenden – Behandlungsmaßnahme beurteilt werden. So gesehen wird der Kreis der berechtigten Fachärzte durch den Inhalt der Patientenverfügung determiniert. Typischerweise werden dies Internisten und Intensivmediziner sein. Je nach fachlicher Zuordnung der abgelehnten Maßnahme kommen aber durchaus auch – gegebenenfalls mehrere – Ärzte anderer Fachrichtungen (z.B. Psychiater bei einer „psychiatrischen“ Patientenverfügung; Chirurgen) in Betracht. Eine „Gewaltenteilung“ zwischen dem aufklärenden und dem (später) behandelnden Arzt ist nicht vorgesehen.

Im Schrifttum wird die ärztliche „Pflichtaufklärung“ erwartungsgemäß unterschiedlich beurteilt. Manche sehen darin (im Einklang mit den Motiven des Gesetzgebers) eine notwendige Rahmenbedingung für eine „wohl erwogene und reflektierte Entscheidung“²⁷, andere hingegen eine Schwächung des Selbstbestimmungsrechts,²⁸ für die der Betroffene auch noch bezahlen muss. Im Konzept des PatVG stellt die obligate Aufklärung freilich eine konsequente Ergänzung des Bestimmtheitsgebots hinsichtlich der „konkreten Beschreibung“ der abgelehnten Maßnahme dar,

²⁵ Für Details z.B. *Kathrein*, ÖJZ 2006, 563 f.

²⁶ So auch 1299 BlgNR 22. GP 7.

²⁷ Z.B. *Kathrein*, ÖJZ 2006, 564.

²⁸ Kritisch etwa *Memmer*, RdM 2006, 168; *Bernat*, in Schwimann (Hrsg.), ABGB³ ErgBd, § 5 PatVG Rz. 3.

da der medizinische Laie ohne fachkundige (auch terminologische) Unterstützung kaum in der Lage sein wird, seine mitunter vagen Vorstellungen in eine Sprache zu fassen, die dem behandelnden Arzt (als Adressaten der Verfügung) eine hinreichend klare Handlungsanweisung gibt.

c) Förmlichkeit

Für verbindliche Patientenverfügungen gilt ein Schriftlichkeitsgebot (§ 6 Abs. 1). Da keine eigenhändige Abfassung gefordert ist, genügt allerdings auch die Unterfertigung eines (von dritter Seite verfassten oder vorgedruckten) Textes. Grenzen der Standardisierung ergeben sich erst aus der nötigen Konkretheit und Individualisierung des Inhalts. Erst in späten Entwurfsstadien wurde darüber hinaus noch eine obligate Mitwirkung von Rechtsberufen vorgeschrieben: Um verbindlich zu sein, muss die Verfügung „unter Angabe des Datums vor einem Rechtsanwalt, einem Notar oder einem rechtskundigen Mitarbeiter der Patientenvertretungen ... errichtet“ und der Patient „über die Folgen der Patientenverfügung sowie die Möglichkeit des jederzeitigen Widerrufs belehrt worden“ sein (§ 6 Abs. 1). Die Vornahme dieser Belehrung ist vom Juristen in der Patientenverfügung unter Angabe seines Namens und seiner Anschrift durch eigenhändige Unterschrift zu dokumentieren (§ 6 Abs. 2).

Da die Verfügung „vor“ (und nicht „vom“) Juristen zu errichten ist, muss das Dokument nicht durch den Anwalt, Notar oder Mitarbeiter der Patientenvertretung verfasst werden. § 6 Abs. 1 bringt nur zum Ausdruck, dass die – vom Patienten möglicherweise schon mitgebrachte – Urkunde in Gegenwart eines der genannten Juristen unterzeichnet wird. Worin die eigentliche Funktion dieser Mitwirkung besteht, ist allerdings nicht ohne weiteres einsichtig; sie gehört daher zu den von Anfang an umstrittensten Punkten des Gesetzes. Das PatVG nennt als Aufgabe des Juristen lediglich die Belehrung über die Folgen der Patientenverfügung (die ja ohnehin bereits im Rahmen der ärztlichen Aufklärung stattfand) sowie über den Widerruf. Soll sich der Sinn dieser Mitwirkung nicht darin erschöpfen, dass eine zusätzliche „Warnschwelle“ auf dem Weg zu einer verbindlichen Patientenverfügung aufgebaut wird, so wird man eine wesentliche Rolle des Juristen in seiner Garantenfunktion für die Erfüllung der rechtlichen Verbindlichkeitsvoraussetzungen sehen müssen: Er muss daher auch prüfen, ob die juristischen Bedingungen für eine verbindliche Verfügung erfüllt sind²⁹ – mit der Folge, dass Dritte (insbesondere der behandelnde Arzt) dann bis auf weiteres von der Verbindlichkeit einer derart errichteten Verfügung ausgehen können, solange keine konkreten

²⁹ Unmissverständlich 1299 BlgNR 22. GP 7, wonach die Einbindung der rechtskundigen Person unter anderem sicherstellen soll, dass die Verfügung „den Anforderungen dieses Gesetzes[entwurfs] entspricht“. In die gleiche Richtung geht die Feststellung des Justizausschusses in 1381 BlgNR 22. GP, „dass die Rechtsberatung dem an der Errichtung mitwirkenden Rechtsanwalt, Notar oder rechtskundigen Patientenvertreter obliegt“.

gegenteiligen Hinweise (z.B. ein Widerruf) ersichtlich sind: Das impliziert nicht nur eine Kontrolle der Verständlichkeit der Formulierungen,³⁰ sondern auch eine Verifizierung der Identität des Patienten sowie eine zumindest grobe Prüfung seiner Einsichtsfähigkeit und allfälliger sonstiger Willensmängel. Auch das Vorliegen der ärztlichen Aufklärung wird zu kontrollieren sein, sofern die Aufklärung und die Errichtung nicht ohnehin *uno actu* vor bzw. gemeinsam mit dem Juristen stattfindet.³¹

d) Befristung

Dass die Verbindlichkeit von Patientenverfügung zeitlich befristet werden sollte, war zumindest im Entstehungsprozess vergleichsweise konsensfähig: Gem. § 7 Abs. 1 verliert eine Patientenverfügung nach Ablauf von fünf Jahren ab der Errichtung ihre Verbindlichkeit, sofern der Patient nicht eine kürzere Frist bestimmt hat. Mit diesem periodischen Erneuerungserfordernis wollte der Gesetzgeber sicherstellen, „dass sich der Patient nach einer bestimmten Zeit wieder mit seiner Verfügung auseinandersetzt“ und er dabei auch Gelegenheit bekommt, „mögliche Fortschritte in der Medizin zu berücksichtigen“.³² Einer Erneuerung ist es gleichzuhalten, wenn einzelne Inhalte der Verfügung nachträglich geändert werden. § 7 Abs. 3 stellt allerdings vorsorglich klar, dass die Verbindlichkeit einer Patientenverfügung (auch nach Ablauf der Frist) jedenfalls dann nicht erlischt, wenn der Patient innerhalb der Gültigkeitsdauer die Einwilligungsfähigkeit verliert und deshalb eine zeitgerechte Erneuerung nicht mehr stattfinden kann. Eine zwischenzeitig eintretende Bewusstlosigkeit oder Demenz kann also den Ablauf der Frist hemmen bzw. die Verbindlichkeitsdauer auf unbestimmte Zeit verlängern. Andernfalls wäre die Patientenverfügung gerade in jenen Situationen um ihre Verbindlichkeit gebracht, für die sie bestimmt war.

3. „Beachtliche“ Patientenverfügungen

„Beachtlich“ ist eine Patientenverfügung, wenn sie zwar „wirksam“, aber nicht „verbindlich“ ist. Es handelt sich somit um eine Restgröße von Patientenverfügungen, die dadurch definiert ist, dass nicht alle Verbindlichkeitsvoraussetzungen der §§ 4 bis 7 erfüllt sind (vgl. § 8), sei es, weil die Errichtung entgegen der ursprünglichen Intention des Betroffenen fehlerhaft war, sei es, weil von vornherein keine Verbindlichkeit angestrebt wurde, sondern dem Arzt bewusst nur eine Richtlinie und Orientierungshilfe zur Entscheidungsfindung an die Hand gegeben werden sollte. Das

³⁰ So 1299 BlgNR 22. GP 7.

³¹ Zu den Aufgaben des Juristen näher (insb. zum Ausmaß seiner Textverantwortlichkeit) z.B. *Memmer*, RdM 2006, 170; *Bernat*, in Schwimann (Hrsg.), ABGB³ ErgBd, § 6 PatVG Rz. 1 ff.; *Kunz/Gepart*, FamZ 2006, 85.

³² 1299 BlgNR 22. GP 8.

mögliche Spektrum „beachtlicher“ Patientenverfügung ist daher sehr vielfältig und reicht von formlosen mündlichen Erklärungen über schriftliche (wenngleich nicht allen Formvorschriften entsprechende) Verfügungen bis hin zu zunächst „verbindlichen“ Patientenverfügungen, die diese Verbindlichkeit durch Zeitablauf (Nichterneuerung) verloren haben.

Während „verbindliche“ Verfügungen nach Maßgabe ihres Inhaltes jedenfalls so zu befolgen sind, als hätte der Patient die Entscheidung aktuell in der konkreten Behandlungssituation getroffen, hat eine „beachtliche“ Verfügung zunächst die Funktion einer Entscheidungshilfe für die Ermittlung des („mutmaßlichen“) Patientenwillens. Die Intensität der daraus erfließenden Bindungswirkung soll sich nach dem Willen des Gesetzgebers nach einem „beweglichen System“ richten: Je mehr die Erklärung einer verbindlichen Verfügung gleichkommt, desto mehr Gewicht hat der darin zum Ausdruck kommende Wille: Gem. § 9 ist die „beachtliche Patientenverfügung ... bei der Ermittlung des Patientenwillens umso mehr zu beachten, je eher sie die Voraussetzungen einer verbindlichen Patientenverfügung erfüllt. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, inwieweit der Patient die Krankheitssituation, auf die sich die Patientenverfügung bezieht, sowie deren Folgen im Errichtungszeitpunkt einschätzen konnte, wie konkret die medizinischen Behandlungen, die Gegenstand der Ablehnung sind, beschrieben sind, wie umfassend eine der Errichtung vorangegangene ärztliche Aufklärung war, inwieweit die Verfügung von den Formvorschriften für eine verbindliche Patientenverfügung abweicht, wie häufig die Patientenverfügung erneuert wurde und wie lange die letzte Erneuerung zurückliegt.“

Die Frage nach dem Ausmaß der Beachtlichkeit einer „beachtlichen“ Patientenverfügung und den dafür maßgeblichen Kriterien stellt eines der meistdiskutierten Probleme des neuen Gesetzes dar.³³ Der Gesetzgeber ging offenbar von der Vorstellung einer abgestuften „Beachtlichkeit“ solcher Verfügungen aus, wobei sich der Maßstab für die Relevanz der „beachtlichen“ Verfügung aus einem Vergleich der vorliegenden beachtlichen mit einer verbindlichen Verfügung ergeben soll. Das Spektrum der Beachtlichkeit kann also je nach Lage des Falles von „kaum beachtlich“ bis hin zu einer von der „Verbindlichkeit“ gar nicht mehr zu unterscheidenden „sehr hohen“ Beachtlichkeit reichen. Für die zuletzt genannte Gruppe von Verfügungen hat sich der Begriff der „qualifiziert beachtlichen“ Verfügung durchgesetzt.³⁴ Als Beispiele werden etwa Verfügungen

³³ Statt vieler z. B. *Barth*, FamZ 2006, 74 f.; *Memmer*, RdM 2006, 172 f.; *Kathrein*, ÖJZ 2006, 565 f.; *Bernat/Gaberc*, GesR 2007/1, 4 ff.; *Bernat*, Nicht verbindlich – und dennoch beachtlich: Das österreichische Patientenverfügungs-Gesetz 2006 im Lichte der amerikanischen Rechtsentwicklung, in Körtner/Kopetzki/Kletecka-Pulker (Hrsg.), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz (2007) 43; *Kopetzki*, in Körtner/Kopetzki/Kletecka-Pulker (Hrsg.), *ibid* 138 f.

³⁴ Z. B. *Barth*, FamZ 2006, 74; *Memmer*, RdM 2006, 173.

genannt, bei denen die Verbindlichkeitsvoraussetzungen erfüllt waren und die nur wenige Tage nach der unterlassenen Erneuerung zur Anwendung kommen,³⁵ oder auch formlose mündliche Erklärungen, mit denen unmittelbar vor Eintritt der Einwilligungsunfähigkeit und in voller Kenntnis einer bevorstehenden Behandlungsnotwendigkeit klar und deutlich eine bestimmte Behandlungen abgelehnt wird.³⁶ Daraus wird ersichtlich, dass es sich bei der „beachtlichen“ Verfügung nicht notwendigerweise um eine „weniger verbindliche“ Verfügung handeln muss. Sie ist „zwar“ nur Hilfsmittel für die Ermittlung des Patientenwillens; sobald dieser Wille aber hinreichend ermittelt ist, muss ihn der Arzt ebenso befolgen wie bei einer „verbindlichen“ Verfügung.³⁷ Im Ergebnis läuft das darauf hinaus, dass der in einer „bloß“ beachtlichen Verfügung zum Ausdruck kommende Wille zwar durch anderweitige Anhaltspunkte (auf einen abweichenden Willen) entkräftet werden kann; fehlt es aber an solchen (jeweils begründungspflichtigen) Anhaltspunkten für einen abweichenden Willen, dann ist die Bindungswirkung der „beachtlichen“ Verfügung von jener der „verbindlichen“ Verfügung gar nicht mehr zu unterscheiden. Auf der anderen Seite kann aber auch von der „verbindlichen“ Verfügung nicht behauptet werden, dass sie durchweg und ohne weitere Auslegungsbemühungen automatisch „vollzugstauglich“ ist, da ja die Verbindlichkeit (selbst bei Erfüllung der Formvoraussetzungen) weiterhin an allen möglichen inhaltlichen Aspekten (z. B. mangelnde Bestimmtheit, möglicher Widerruf, Änderungen des Standes der Wissenschaft etc.) scheitern kann. Die Unterscheidung zwischen „verbindlichen“ und „beachtlichen“ Patientenverfügungen erweist sich somit als relativ.³⁸

V. Gemeinsame Bestimmungen

1. Allgemeines

Unter der Überschrift „Gemeinsame Bestimmungen“ fasst das PatVG ergänzende Regelungen zusammen, die sowohl für „verbindliche“ als auch für „beachtliche“ Patientenverfügungen Geltung beanspruchen. Sie erschöpfen sich zum Teil in der Bekräftigung von Grundsätzen, die auch

³⁵ Memmer, RdM 2006, 173.

³⁶ Vgl. in diesem Sinn *Kathrein*, ÖJZ 2006, 566; *Barth*, FamZ 2006, 74 f. Fraglich könnte freilich sein, ob auf derartige Ablehnungen im unmittelbaren Kontext einer konkret bevorstehenden Behandlung das PatVG überhaupt anwendbar ist; Zum Problem näher *Kopetzki* in Körtner/Kopetzki/Kletecka-Pulker (Hrsg.), Patientenverfügungsgesetz, 139.

³⁷ Vgl. *Bernat*, in Schwimann (Hrsg.), ABGB³ ErgBd, § 9 PatVG Rz. 1 ff.; *Kathrein*, ÖJZ 2006, 565; *Memmer*, FamZ 2006, 71.

³⁸ Und nach Auffassung mancher Kritiker auch als sprachlich missglückt: Vgl. insb. *Bernat*, in Schwimann (Hrsg.), ABGB³ ErgBd, § 9 PatVG Rz. 1 ff.; *Bernat/Gaberc*, GesR 2007/1, 4 ff.

ohne neuerliche Erinnerung selbstverständlich gewesen wären und die offenbar einen Tribut an den üblicherweise nicht rechtskundigen Adresatenkreis dieses Gesetzes darstellen. Teilweise finden sich darin aber auch grundlegende Weichenstellungen:

2. Unwirksamkeit

Gem. § 10 Abs. 1 ist eine Patientenverfügung unwirksam³⁹, wenn sie 1) nicht frei und ernstlich erklärt oder durch Irrtum, List, Täuschung oder physischen oder psychischen Zwang veranlasst wurde, 2) ihr Inhalt strafrechtlich nicht zulässig ist, oder 3) der Stand der medizinischen Wissenschaft sich im Hinblick auf den Inhalt der Patientenverfügung seit ihrer Errichtung wesentlich geändert hat. Die ersten beiden Punkte sind im Hinblick auf gleichgelagerte allgemeine Normen des Zivilrechts strenggenommen überflüssig; das betrifft insbesondere die Unwirksamkeit strafrechtlich verpöner Inhalte, da gesetzwidrige Willenserklärungen schon wegen § 879 ABGB nichtig sind. Die ausdrückliche Erwähnung „strafrechtlich“ unzulässiger Inhalte ist nur vor dem Hintergrund der allgegenwärtigen politischen Sorge vor einer „schleichenden“ Legalisierung der „aktiven direkten Sterbehilfe“ verständlich, die freilich nach geltendem Strafrecht ohnehin in all ihren Facetten verboten ist und bleibt.⁴⁰ Darüber hinaus bekräftigt auch § 13, dass der Patient in einer Patientenverfügung keine Behandlung ablehnen kann, zu deren Duldung er rechtlich verpflichtet ist (z.B. nach Seuchenrecht oder im Strafvollzug).

Von größerer praktischer Relevanz ist hingegen § 10 Abs. 1 Z. 3, wonach auch eine Änderung des Standes der Wissenschaft zur Unwirksamkeit der Patientenverfügung führen kann, sofern diese Änderung nur „wesentlich“ im Hinblick auf den Inhalt der Verfügung ist – also immer dann, „wenn sich seit dem Zeitpunkt der Errichtung oder der letzten Erneuerung der Fortschritt der Medizin derart wesentlich geändert hat, dass die ursprünglich erfolgte Aufklärung des Patienten nicht mehr ausreichend war, um die nun zu beurteilende medizinische Entscheidung abzudecken (clausula rebus sic stantibus)“.⁴¹ Diese von Anfang an umstrittene⁴² Klausel eröffnet – ungeachtet der Erfüllung sämtlicher inhaltlicher und formeller Errichtungsvoraussetzungen – eine argumentative Möglichkeit, die Wirksamkeit von Patientenverfügungen in Frage zu stellen, weil und sofern sich die Medizin maßgeblich weiterentwickelt hat. Die einzige

³⁹ „Unwirksame“ Patientenverfügungen sind also weder „verbindlich“ noch „beachtlich“; sie entfalten überhaupt keine rechtliche Wirkung und sind insofern als „nichtig“ oder „ungültig“ zu betrachten.

⁴⁰ Je nach Lage des Falles als Mord (§ 75 StGB), Totschlag (§ 76 StGB), Tötung auf Verlangen (§ 77 StGB) oder Mitwirkung am Selbstmord (§ 78 StGB).

⁴¹ 1299 BlgNR 22. GP 9.

⁴² Nachweise bei *Memmer*, RdM 2006, 171; ein parlamentarischer Abänderungsantrag hatte keinen Erfolg (vgl. StProtNR 142. Sitzung 94).

rechtliche Begrenzung liegt im unbestimmten Begriff „wesentlich“, der allerdings sehr streng auszulegen sein wird.⁴³ Nichtsdestoweniger könnte sich die legitime Erwartung von Rechtssicherheit, die mit der Einhaltung strenger Formvorschriften üblicherweise verknüpft wird, angesichts dieser Klausel als trügerisch erweisen. Umso eher wird man dem Patienten in diesem Punkt einen erheblichen Gestaltungsspielraum zubilligen müssen: Wenn sich der Patient schon in seiner Erklärung auf solche medizinische Entwicklungen ausdrücklich bezogen hat und er eine bestimmte Behandlung ungeachtet künftiger Fortschritte ablehnt (oder wenn er die Entwicklung der Medizin bei der Errichtung vorhergesehen hat), dann wird die Verfügung trotz Änderung des Wissensstandes wirksam bleiben.⁴⁴

3. Widerruf

§ 10 Abs. 2 sieht vor, dass eine Patientenverfügung ihre Wirksamkeit auch dann verliert, wenn sie der Patient selbst widerruft oder er zu erkennen gibt, dass sie nicht mehr wirksam sein soll. Diese jederzeitige – durch formlose und allenfalls auch durch bloß konkludente Willensäußerungen aktualisierbare – Widerrufbarkeit ist bei einer derartigen einseitigen Willenserklärung an sich einleuchtend, weil es keine berechtigten Interessen Dritter gibt, die dafür sprechen, den Patienten an seinen einmal geäußerten Willen zu binden. Weniger klar sind allerdings die Kriterien für einen rechtswirksamen Widerruf. Während manche hierfür wieder eine entsprechende Einsichtsfähigkeit verlangen,⁴⁵ wollen die amtlichen Erläuterungen auf eine spezifische „Widerruffähigkeit“ explizit verzichten.⁴⁶ Welche Handlungssituationen bei einem dementen Patienten dann als schlüssiger Widerruf einer Patientenverfügung zu deuten sein werden, bleibt klärungsbedürftig.

4. Notfälle

Zur Vermeidung einer zeitraubenden Ermittlungspflicht in dringlichen Fällen lässt § 12 die „medizinische Notfallversorgung unberührt, sofern der mit der Suche nach einer Patientenverfügung verbundene Zeitaufwand das Leben oder die Gesundheit des Patienten ernstlich gefährdet.“ Die Behandlungspflicht hat also Vorrang vor der Nachforschung, ob der Patient möglicherweise irgendwo eine entgegenstehende Patientenverfügung errichtet hat. Vor dem Hintergrund des Umstandes, dass es auch keine zentrale Registrierung von Patientenverfügungen gibt, zeigt diese

⁴³ Z. B. *Kathrein*, ÖJZ 2006, 562 („nur substanzielle Änderungen des medizinischen Erkenntnisstands in dem von der Patientenverfügung erfassten Bereich“).

⁴⁴ So übereinstimmend *Kathrein*, ÖJZ 2006, 562; *Memmer*, RdM 2006, 172.

⁴⁵ *Memmer*, FamZ 2006, 70.

⁴⁶ 1299 BlgNR 22. GP 9; ebenso z. B. *Kathrein*, ÖJZ 2006, 563; *Bernat*, in Schwimann (Hrsg.), ABGB³ ErgBd, § 10 PatVG Rz. 3.

Bestimmung einmal mehr, dass die Patientenverfügung vom Gesetz als „Bringschuld“ konzipiert ist: Es obliegt dem Patienten, auf die eine oder andere Weise dafür zu sorgen, dass die Patientenverfügung im Fall des Falles ihren Adressaten auch tatsächlich erreicht. § 12 PatVG dispensiert freilich nicht von der Beachtung einer Verfügung, die – und sei es im Notfall – den Ärzten bereits zugänglich ist und nach der folglich auch nicht mehr „gesucht“ werden muss. Fraglich ist jedoch, ob die Vorrangregel des § 12 im Notfall auch für jene Konstellation gilt, in der eine Patientenverfügung zwar bereits vorliegt, ihre Verbindlichkeit aber nicht eindeutig ist (etwa weil sich der Stand der Wissenschaft „wesentlich“ geändert hat).⁴⁷

5. Dokumentation

Das PatVG enthält eine Vielzahl begleitender Dokumentationspflichten, die sich einerseits auf den Errichtungsakt (§§ 5 ff, § 14 Abs. 2), andererseits auf bereits errichtete Patientenverfügungen beziehen, die später im Behandlungskontext auftauchen (§ 14). Sie ergänzen die schon bisher bestehende Pflicht, allfällige Patientenverfügungen in die Krankengeschichte einer Krankenanstalt aufzunehmen (§ 10 Abs. 1 Z. 7 KAKuG), damit diese dann für die Behandlungsentscheidung in einem arbeitsteiligen Prozess zur Verfügung steht. Diese Dokumentationspflichten können die Beachtung der Patientenverfügung freilich nur dann sicherstellen, wenn sich die Entscheidungsnotwendigkeit gerade in jener Krankenanstalt stellt, in der die Verfügung – in mehr oder weniger zufälliger Weise – schon zuvor bekannt (und dokumentiert) wurde. Dass die Patientenverfügung auch anderen Einrichtungen bei Bedarf und ohne mühsame Recherchen zugänglich ist, wäre nur über eine zentrale Dokumentation bzw. Registrierung – in Kombination mit einer entsprechenden Abfragepflicht – erzielbar gewesen. Dieser Schritt wurde vom Gesetzgeber aber nicht verwirklicht, sondern künftigen Maßnahmen auf administrativer Ebene überlassen – wenngleich unter Beifügung einer ausdrücklichen parlamentarischen EntschlieÙung, die zuständigen Ministerien mögen Vorkehrungen treffen, „damit Ärzte möglichst rasch und einfach vom Vorliegen einer Patientenverfügung Kenntnis erlangen können“.⁴⁸

⁴⁷ Dazu *Kopetzki*, in Körtner/Kopetzki/Kletecka-Pulker (Hrsg.), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz (2007) 140.

⁴⁸ EntschlieÙung des Nationalrates betreffend Vorlage eines Berichtes über die rechtlichen, ethischen und faktischen Erfahrungen im Zusammenhang mit der Errichtung von Patientenverfügungen, angenommen in der 142. Sitzung des Nationalrates am 29.3.2006, StProtNR 22. GP. 142. Sitzung 107.

6. Strafbestimmung

Von einer noch zu erörternden Ausnahme abgesehen, sieht das PatVG keine Sanktionen für die Missachtung einer nach den Regeln des PatVG zu beachtenden Patientenverfügung vor. Die Haftung für Verstöße gegen das PatVG kann sich daher nur aus anderen Vorschriften ergeben: In strafrechtlicher Hinsicht wird in erster Linie das Delikt der eigenmächtigen Heilbehandlung gem. § 110 StGB in Betracht kommen: Dessen Tatbestand ist jedenfalls auch dann erfüllt, wenn – selbst bei Gefahr im Verzug i.S.d. § 110 Abs. 2 StGB – die Behandlung durch eine verbindliche Patientenverfügung ausgeschlossen wurde. Allerdings handelt es sich um ein Privatanklagedelikt (§ 110 Abs. 3 StGB). Nach Maßgabe des neuen VerbandsverantwortlichkeitsG⁴⁹ kann diese strafrechtliche Verantwortung auch den Träger einer Einrichtung treffen, wenn er durch mangelnde Aufsicht, fehlende organisatorische bzw. personelle Maßnahmen oder gar durch gezielte Begünstigung eines „autonomiefeindlichen“ anstaltsinternen Klimas einem nachlässigen Umgang mit Patientenverfügungen Vorschub leistet.

Ein zivilrechtlicher Schadenersatzanspruch wird vor allem dann in Frage kommen, wenn als Folge der – trotz verbindlicher Ablehnung vorgenommenen – medizinischen Behandlung ein körperlicher Schaden eintritt. Diesfalls haftet der Arzt bzw. der Anstaltsträger – auch ohne Behandlungsfehler – grundsätzlich schon mangels wirksamer Einwilligung. Ob und inwieweit auch bei erfolgreicher Behandlung Schadenersatzansprüche bloß wegen der Missachtung des Selbstbestimmungsrechts zu bejahen sind, hängt von der weithin ungeklärten zivilrechtlichen Haftung bei eigenmächtigen Heilbehandlungen ab.⁵⁰ Schließlich wäre auch die Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs (z.B. durch einen Sachwalter oder bevollmächtigten Vertreter) denkbar, wenn sich z.B. eine Behandlungseinrichtung beharrlich weigert, einer verbindlichen Patientenverfügung Rechnung zu tragen.

Verwaltungsstrafrechtlich werden Verstöße gegen das PatVG durch Ärzte als Verstoß gegen „bestehende Vorschriften“ gem. § 49 Abs. 1 ÄrzteG zu qualifizieren sein; es besteht daher Strafbarkeit gem. § 199 Abs. 3 ÄrzteG. Darüber hinaus unterliegt der Arzt der disziplinarrechtlichen Verantwortung gem. § 136 Abs. 3 ÄrzteG (Disziplinarvergehen).

Die einzige Strafdrohung des PatVG findet sich im § 15 PatVG, der sich allerdings nicht unmittelbar auf die Beachtung bzw. Nichtbeachtung von

⁴⁹ Dazu z. B. *Pilz*, Zur strafrechtlichen Verantwortung von Krankenanstalten nach dem neuen Unternehmensstrafrecht, RdM 2006, 102.

⁵⁰ Dazu näher *Barth*, Hat der Patient bei eigenmächtigen medizinischen Eingriffen Anspruch auf Ersatz des Körper- und Gesundheitsschadens? RdM 1999, 110. Eingehend im Kontext des PatVG nun *Neumayr*, Das neue Patientenverfügungs-Gesetz – schadenersatzrechtliche Folgen, in *Körtner/Kopetzki/Kletecka-Pulker* (Hrsg.), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz (2007) 172.

Patientenverfügungen, sondern auf deren „Missbrauch“ durch Dritte bezieht: Danach ist verwaltungsbehördlich strafbar, wer den Zugang zu Einrichtungen der Behandlung, Pflege oder Betreuung oder den Erhalt solcher Leistungen davon abhängig macht, dass eine Patientenverfügung errichtet oder dies unterlassen wird. Dadurch sollte zum Schutz der Entscheidungsfreiheit des Patienten sichergestellt werden, dass die Errichtung bzw. Unterlassung der Errichtung einer Patientenverfügung nicht zur Bedingung für die Aufnahme in eine Einrichtung oder den Zugang zu Versorgungsleistungen gemacht wird. Die Errichtung darf „nicht durch äußere Zwänge beeinflusst werden“.⁵¹

Daraus folgt zunächst, dass die Aufnahme in eine Einrichtung oder die Erbringung einer Leistung nicht an die Bedingung geknüpft werden darf, dass der Betroffene eine Patientenverfügung errichtet bzw. errichtet hat: Es darf niemandem etwas vorenthalten werden, nur weil er *keine* Patientenverfügung hat – obwohl dies möglicherweise zu einer Verbilligung oder Erleichterung der Anstaltspflege führen würde. Und umgekehrt darf auch das Bestehen einer Patientenverfügung nicht zum Kriterium für die Entscheidung über den Zugang zur Einrichtung bzw. zu einer bestimmten Leistung gemacht werden.⁵² Ob dies möglicherweise zur Begründung von neuen Aufnahmepflichten von Einrichtungen (z. B. Heime, Krankenanstalten) führen kann, denen es bislang frei stand, einen Patienten aufzunehmen oder abzulehnen, ist Gegenstand von Diskussionen. Richtigerweise wird man diese Bestimmung so auslegen müssen, dass der Zugang zur Einrichtung bzw. zur Leistung nicht *nur* davon abhängig gemacht werden darf, dass eine Patientenverfügung errichtet oder dies unterlassen wird.⁵³ Nicht verboten wäre es jedoch, wenn es darüber hinausgehende sachliche – wenn auch durch die Patientenverfügung erst geschaffene – Gründe gibt, welche die Aufnahmepflicht entfallen lassen, etwa weil sich die Weigerung des Patienten gerade auf eine ärztliche Leistung bezieht, ohne welche die Gewährung der – mit der Aufnahme verbundenen – Anstaltspflege mit den verfügbaren Ressourcen insgesamt nicht mehr nach den gebotenen fachlichen Standards möglich ist.⁵⁴

⁵¹ 1299 BlgNR 22. GP 10: „Die Errichtung einer Patientenverfügung muss stets im Ermessen des Patienten liegen und darf nicht durch äußere Zwänge beeinflusst werden. Vor allem sollen nicht wirtschaftliche oder gesellschaftliche Zwänge den Patienten veranlassen, eine bestimmte Behandlung abzulehnen.“

⁵² Vgl. das bei *Kathrein* erwähnte Beispiel, dass eine Krankenanstalt die Aufnahme und Behandlung verweigert, weil der Patient aus religiösen Gründen bestimmte Behandlungen abgelehnt hat (*Kathrein*, ÖJZ 2006, 567).

⁵³ In diesem Sinn auch *Kuhn*, Patientenverfügung und Aufnahmepflicht, FamZ 2007, 144.

⁵⁴ Näher *Kopetzki*, in Körtner/Kopetzki/Kletecka-Pulker (Hrsg.), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz (2007), 142 ff.

VI. Ausblick

Ob und inwieweit das neue PatVG in Zukunft tatsächlich „Planungssicherheit durch Patientenverfügungen“ gewährleisten wird, ist im Wesentlichen eine empirisch-prognostische Frage, die derzeit niemand verlässlich beantworten kann. Genauere rechtstatsächliche Befunde über die Akzeptanz und Effizienz von Patientenverfügungen werden – wenn überhaupt – erst nach einigen Jahren der praktischen Umsetzung, insbesondere nach Abschluss der vom Parlament geforderten wissenschaftlichen Studie über die Vollzugserfahrungen mit dem neuen Gesetz⁵⁵ vorliegen. Zu mannigfaltig sind aus heutiger Sicht die diversen Faktoren, von denen die Einlösung eines solchen Versprechens realistischerweise abhängt: Weder kann eine plausible Prognose über die Verbundenheit der entscheidenden Ärzte mit den rechtlichen Determinanten ihres Handelns getroffen werden, noch sind diese rechtlichen Vorgaben derart präzise, dass Unsicherheiten und Unklarheiten der Beurteilung, ob eine konkrete Patientenverfügung nun tatsächlich „verbindlich“ ist, ernsthaft ausgeschlossen werden könnten. Auf ein rechtsstaatliches Verfahren zur präventiven Verbindlichkeitskontrolle zweifelhafter Patientenverfügungen, das in diesem Punkt einen Zugewinn an Rechtssicherheit hätte verbürgen können, hat der Gesetzgeber bewusst verzichtet. Dazu kommt, dass durch das Fehlen einer zentralen Registrierung dem einzelnen Patienten die Verantwortung dafür bleibt, dass eine Patientenverfügung ihren bestimmungsgemäßen Adressaten auch tatsächlich erreicht.

Bedenkt man freilich den bisherigen rechtlichen status quo, in dem bereits die grundsätzliche Frage strittig war, ob Patientenverfügungen überhaupt je eine bindende Wirkung entfalten könnten, so kann angesichts des PatVG zumindest von einem deutlichen Zugewinn an Rechtssicherheit gesprochen werden. Manches mag nach wie vor unklar sein; vieles – wie etwa die Frage nach der „Reichweitenbegrenzung“ oder der Einbeziehung von Maßnahmen der Sondenernährung – ist jedoch durch die expliziten Festlegungen des Gesetzgebers künftig dem beliebigen Meinen und Dafürhalten im Spannungsfeld konfligierender medizinethischer Grundsatzpositionen entzogen. Auch eines der bislang gravierenden Hindernisse gegen eine rechtliche Anerkennung von Patientenverfügungen, nämlich die mitunter unausräumbaren Beweisprobleme bei der Beurteilung der für die wirksame Abfassung einer Patientenverfügung nötigen Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Patienten, sollte durch die obligate ärztliche Aufklärung der Vergangenheit angehören. Wer künftig eine „verbindliche“ Patientenverfügung in Befolgung der strengen materiellen und formellen Verbindlichkeitskriterien des PatVG errichtet, hat jedenfalls eine beträchtlich größere Sicherheit, dass sein Wille im An-

⁵⁵ Vgl. wieder die Entschließung des Nationalrates vom 29.3.2006, StProtNR 22. GP. 142. Sitzung 107.

wendungsfall auch tatsächlich zum Tragen kommt, als dies nach altem Recht der Fall war.

Die Diskussion, ob der Gesetzgeber im einen oder anderen Punkt eine „bessere“ – oder „moralisch richtigere“ – Regelung hätte treffen können, wird freilich durch das PatVG nicht befriedet, im Gegenteil: dieser Streit hat im Schrifttum gerade erst mit voller Schärfe begonnen. Die zutreffende Einsicht, dass derart sensible und moralisch strittige Fragen in einem pluralistischen Staat – jedenfalls was ihre rechtliche Dimension betrifft – nur das demokratisch legitimierte Parlament im Wege einer positivrechtlichen Setzung verbindlich entscheiden kann, muss man dem österreichischen Gesetzgeber aber auch dann zugute halten, wenn man einzelne inhaltliche Festlegungen des Gesetzes nicht zu teilen vermag. Vor dem Hintergrund des völlig divergierenden Meinungsstandes war auch nicht ernstlich zu erwarten, dass das Gesetz nur Zustimmung ernten werde. Der Vorwurf, der Gesetzgeber hätte diese Entscheidung viel zu rasch getroffen, überzeugt daher für sich genommen nicht, da sich die ersehnte Harmonie auch durch die jahrzehntelange Prolongierung medizinethischer Grundsatzdiskussionen mit Sicherheit nicht eingestellt hätte.