



# Einleitung und Abbruch der medizinischen Behandlung beim einwilligungsunfähigen Patienten

## Praktische Auswirkungen der gesetzlichen Neuerungen durch PatVG und SWRÄG

*Wer entscheidet – nach welchen Kriterien – über Einleitung und Abbruch einer medizinischen Behandlung, wenn der Patient dazu nicht mehr in der Lage ist? Diese Frage, die schon bisher Gegenstand intensiver Diskussionen war,<sup>1</sup> hat durch Rechtsänderungen der letzten Jahre einige neue Facetten erhalten. Das bietet Gelegenheit zu einer vorläufigen Bestandsaufnahme, deren Schwerpunkt eher auf den gesetzlichen Neuerungen als auf der Klärung fortbestehender „alter“ Streitfragen liegen wird.*

UNIV.-PROF. DDR. CHRISTIAN KOPETZKI\*

### I. Einleitung

Zunächst zwei Vorbemerkungen: Um welche Behandlungen es sich handelt, ist für die rechtliche Beurteilung vorerst zweitrangig, weil die anzuwendenden Maßstäbe idR ganz allgemein formuliert sind. Mitunter kann aber fraglich sein, ob eine Maßnahme (zB eine Sondenernährung) überhaupt nach den Bestimmungen über medizinische Behandlungen zu beurteilen ist. In diesem Punkt haben die Auseinandersetzungen im Vorfeld des PatVG insofern Klarheit gebracht, als auch die **künstliche Ernährung** – weil und sofern sie unter Einsatz spezifisch medizinischer Methoden wie zB einer PEG-Sonde erfolgt – aus rechtlicher Perspektive jedenfalls auch den Regeln der medizinischen Heilbehandlung unterliegt. Das trifft nicht nur auf das Setzen der Sonde zu (was wegen des damit verbundenen körperlichen Eingriffs selbstverständlich ist), sondern auch auf die Nahrungszufuhr in die Sonde. Damit in Einklang steht § 84 Abs 4 Z 4 GuKG, der die Durchführung der Sondenernährung bei liegender Magensonde in den mitverantwortlichen Tätigkeitsbereich der Pflegeberufe verweist und an eine ärztliche Anordnung bindet. Der Justizausschuss hat diese Zuordnung der Sondenernährung zur medizinischen Behandlung nun – entgegen manchen Mystifikationen – ein weiteres Mal bestätigt.<sup>2</sup>

Vorauszuschicken ist weiters, dass für die (Nicht-)Einleitung einer medizinischen Behandlung im Ergebnis die-

selben Kriterien maßgeblich sind wie für deren Abbruch: Das **Beenden der Maßnahme ist dem Nicht-Einleiten**, also der Nichtbehandlung, rechtlich gleichzuhalten. Das strafrechtliche Verbot der Behandlung gegen den Willen des Patienten greift auch dann, wenn der Abbruch einer bereits eingeleiteten und maschinell unterstützten Behandlung auf ein „aktives“ Tätigwerden wie etwa das Abschalten eines Geräts angewiesen ist, da diese Konstellation als Unterlassung der (Weiter-)Behandlung zu deuten ist.<sup>3</sup> Nichts anders kann für den Abbruch einer künstlichen Ernährung gelten.<sup>4</sup> Wenn etwa – wie jüngst beim italienischen Fall *Welby* – die Beendigung einer maschinellen Lebenserhaltung auf Wunsch des (entscheidungsfähigen!) Patienten beharrlich als Variante der „aktiven“ Sterbehilfe qualifiziert und damit in den Dunstkreis strafrechtlich verpönten Verhaltens gerückt wird,<sup>5</sup> so spiegelt dies vielleicht die persönlichen moralischen Wertungen der Autoren wider; es entspricht aber nicht der Rechtslage.

### II. Entscheidungsbefugnisse beim einwilligungsfähigen Patienten

#### A. Allgemeines

Ist der Patient aktuell einwilligungsfähig, so bedarf die Behandlung jedenfalls seiner **höchstpersönlichen Einwilligung**. Dieser Grundsatz des *informed consent* ist sogar strafrechtlich verankert: Nach § 110 Abs 1 StGB ist strafbar, wer

\* Univ.-Prof. DDr. Christian Kopetzki lehrt am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Abteilung Medizinrecht, Universität Wien.

<sup>1</sup> Zusammenfassend zB Kopetzki, Einleitung und Abbruch der künstlichen Ernährung beim einwilligungsunfähigen Patienten, *Ethik Med* 2004, 275; ders, Landesbericht Österreich, in Taupitz (Hrsg), *Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens* (2000) 1.

<sup>2</sup> Die Sondenernährung kann daher nach PatVG abgelehnt werden: klarstellend AB 1381 BlgNR 22. GP, 2; Bernat, Planungssicherheit am Lebensende? EF-Z 2006, 43; 74 (76). Die terminologische Einordnung als Teil einer „Basisversorgung“ ändert an dieser rechtlichen Qualifikation nichts.

<sup>3</sup> Statt aller mwN Kienapfel/Schroll, *Grundriss des österreichischen Strafrechts*<sup>5</sup> BT I (2003) Vorbem § 75 Rz 26; Moos in WK<sup>2</sup>, Vorbem §§ 75–79

StGB Rz 45; Bernat, *Behandlungsabbruch und (mutmaßlicher) Patientenwille*, RdM 1995, 51 (59).

<sup>4</sup> Dabei kann es auch keinen erheblichen Unterschied machen, ob nur die Nahrungszufuhr eingestellt oder die Sonde zur Gänze entfernt wird; vgl die zutreffenden Diskussionsbeiträge von Kerschner, Kneihls und Vollmann in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), *Selbstbestimmung und Abhängigkeit* (2006) 217 f.

<sup>5</sup> So zB Huainigg, Auf der Seite des Lebens, *Die Presse* 23. 12. 2006; ähnlich wieder E. Schütz, *Sterbehilfe – die vielen Facetten eines Problems*; ÖÄZ 2007/7, 50 (51), wonach das Abschalten lebenserhaltender Apparate im Fall *Welby* „definitionsgemäß ein Fall von direkter Sterbehilfe“ und daher „an sich verboten“ sei. Offenbar werden hier umgangssprachliche Bezeichnungen wie „aktive“ und „direkte Sterbehilfe“ vermischt.

**Schwerpunkt**

einen anderen ohne dessen Einwilligung, wenn auch nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft, behandelt. Eine Ausnahme gilt nach Abs 2 nur dann, wenn – vereinfacht formuliert – der mit der Einholung der Einwilligung verbundene Aufschub das Leben oder die Gesundheit des Behandelten ernstlich gefährden würde. Eine zumindest im Ergebnis inhaltsgleiche Bestimmung findet sich in § 8 Abs 3 KAKuG, § 146c Abs 3 und § 283 Abs 3 ABGB.

Mit dieser Regelung hat der österr. Gesetzgeber das Spannungsverhältnis zwischen Selbstbestimmung und Fürsorge zugunsten der **Patientenselbstbestimmung** entschieden: Auch medizinisch indizierte und lege artis durchgeführte, ja selbst lebensrettende ärztliche Maßnahmen bedürfen – sieht man von seltenen Fällen des gesetzlichen Behandlungszwangs ab<sup>6</sup> – der Einwilligung des Patienten und sind unzulässig, wenn sie gegen den gültig erklärten Willen des (einwilligungsfähigen) Patienten erfolgen: Denn nach völlig einhelliger Auffassung erlaubt die Ausnahmeklausel des § 110 Abs 2 StGB bzw. § 8 Abs 3 KAKuG eine Behandlung ohne Einwilligung zur Abwehr von Lebens- oder ernstlicher Gesundheitsgefahren nur dann, wenn der Patient einwilligungsunfähig ist; sie erlaubt aber nicht die Behandlung eines Patienten, der die Einwilligung (im Zustand der Einwilligungsfähigkeit) bereits rechtswirksam verweigert hat, und zwar auch dann nicht, wenn der Patient im Behandlungszeitpunkt die Einwilligungsfähigkeit verloren hat.<sup>7</sup> Anderenfalls ließe sich eine Behandlungsablehnung einfach dadurch aushebeln, dass man den Wirkungsbeginn der Narkose abwartet.

**B. Vetorecht versus Behandlungswunsch**

Da die Einwilligung des einwilligungsfähigen Patienten eine zwingende Voraussetzung für die Zulässigkeit der Behandlung darstellt, kann der Patient durch eine Verweigerung oder einen Widerruf der Einwilligung den Abbruch bzw. die Nichtaufnahme der Behandlung rechtlich erzwingen. Insofern hat der Patient ein **uneingeschränktes Vetorecht**, dessen Ausübung keinen Mitentscheidungsrechten Dritter unterliegt: Er kann seinen ablehnenden Willen – rechtlich gesehen – immer durchsetzen, selbst wenn diese Entscheidung den Tod nach sich zieht. Dies gilt nicht nur für die medizinische Behandlung im engeren Sinn, sondern auch in Bezug auf eine lebenserhaltende „Basisversorgung“ einschließlich der künstlichen Ernährung.<sup>8</sup>

Umgekehrt trifft dies allerdings nicht zu. Denn die Behandlungszustimmung ist nur eine von mehreren Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Behandlung; sie ist eine **notwendige**, aber noch **keine hinreichende Bedingung**. Zusätzlich ist erforderlich, dass die Behandlung einem rechtlich anerkannten Zweck dient; dieser liegt idR im Heilzweck (was die medizinische Indikation und die Einhaltung der medizinischen Sorgfaltsregeln voraussetzt).<sup>9</sup> Die Beurteilung, ob diese zusätzliche Bedingung erfüllt ist, liegt aber beim Arzt (allenfalls bei den ihm übergeordneten leitenden Ärzten), der insb. zu prüfen hat, ob die in Aussicht genommene Maßnahme im konkreten Fall indiziert und nach den fachlichen Regeln durchführbar ist. Ist sie dies nicht, etwa weil nach dem fachlichen Urteil des Arztes eine andere Behandlung erforderlich wäre, oder auch, weil der Arzt nicht über die nötige Fertigkeit verfügt, so muss und darf er die Behandlung nicht durchführen. Aus dem Blickwinkel der Patientenautonomie folgt daraus, dass der Patient zwar durch Nichterteilung der Einwilligung jegliche Behandlung verweigern kann. Er kann aber nicht jede von ihm gewünschte Behandlung erzwingen, weil es für die Vornahme der Behandlung immer eines **Konsenses zwischen Arzt und Patienten** bedarf. Die absolute Beachtlichkeit des Patientenwillens ist daher nur in einer Richtung – nämlich der Behandlungsverweigerung – gewährleistet.

**C. Kriterien der Patientenentscheidung**

Lehnt der (einwilligungsfähige) Patient eine Behandlung ab, dann unterliegt dies keiner Nachprüfung an einem wie immer gearteten objektiven Maßstab. Mit seiner Behandlungsablehnung kann der Patient auch „Willkür“ üben, und in gewisser Weise ist diese Freiheit zur Willkür gerade der Kern der Patientenautonomie. Diese unüberprüfbare Freiheit des Patienten, eine Behandlung abzulehnen, schließt auch die Freiheit zu unsinnigen oder – gemessen am medizinisch Sinnvollen – **objektiv unvernünftigen Behandlungsablehnungen** ein, sofern und solange dem Patienten nicht aus anderen Gründen die Einwilligungsfähigkeit fehlt. Dies gilt unabhängig von den aus der Behandlungsablehnung drohenden Folgen, also auch bei lebensbedrohlichen Situationen.<sup>10</sup> Eine inhaltlich „unvernünftige“ Entscheidung kann zwar ein Motiv dafür abgeben, die Einwilligungsfähigkeit näher zu prüfen; die Ablehnung einer medizinisch gebotenen Behandlung stellt aber für sich genommen noch keinen Hinweis auf den Mangel an Ein-

<sup>6</sup> Das HeimAufG bietet keine Rechtsgrundlage für unfreiwillige medizinische Behandlungen, auch nicht beim Einwilligungsunfähigen. Unter den Voraussetzungen der §§ 4 ff. HeimAufG können aber behandlungsbegleitende körperliche Beschränkungen in Krankenanstalten (zB Fixierung zur Sicherung der Therapie) zulässig sein, wenn der Beschränkungsbedarf seine Wurzeln in einer psychischen Störung (zB Demenz) hat (vgl. Kopetzki, iFamZ 2007, 87 f.; OGH 22. 2. 2007, 3 Ob 246/06g = iFamZ 76/07 mit Anm. Kopetzki). Zu Abgrenzungsfragen Kopetzki, Das Patientenverfügungs-Gesetz im System der Rechtsordnung – Wirkungen und Nebenwirkungen, in Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker (Hrsg.), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz (2007) 127 (149 ff.).

<sup>7</sup> So die völlig hL: mwN nur Kienapfel/Schroll, Strafrecht<sup>5</sup> BT I, § 110 Rz 32; Moos in WK<sup>2</sup>, Vorbem. §§ 75–79 StGB Rz 32, 36; Bertel in WK<sup>2</sup>, § 110 StGB Rz 32.

<sup>8</sup> Schick, Die Einwilligungsfähigkeit aus strafrechtlicher Sicht, in Kopetzki (Hrsg.), Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit (2000) 54 (76); Schmolzer, Lebensschutz bis zum Ende? ÖJZ 2000, 361 (373).

<sup>9</sup> Nach Maßgabe des § 90 StGB kann allerdings auch ein medizinisch nicht indizierter ärztlicher Eingriff durch Einwilligung gerechtfertigt werden.

<sup>10</sup> Umfassende Nachweise zum Ganzen bei Kopetzki in Taupitz, Patientenautonomie am Ende des Lebens 3 ff.; Maleccky, Unvernünftige Verweigerung der Heilbehandlung, ÖJZ 1994, 681 ff.



willingungsfähigkeit dar. Dem Patienten darf daher nicht schon deshalb die rechtliche Entscheidungsfähigkeit abgesprochen werden, weil er etwa den Tod einem Leben in Abhängigkeit von intensivmedizinischen Maßnahmen oder künstlicher Ernährung vorzieht und ungehindert von weiteren Interventionen sterben möchte.<sup>11</sup>

### III. Entscheidungsbefugnisse beim nicht einwilligungsfähigen Patienten

#### A. Einwilligungsfähigkeit

Die zentrale Bedeutung der „Einwilligungsfähigkeit“ als Demarkationslinie zwischen der autonomen Selbstbestimmung des Patienten und der Fremdbestimmung durch den Willen Dritter kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass über die Kriterien der Einwilligungsfähigkeit und die Methoden ihres Nachweises beträchtliche Unsicherheit besteht.<sup>12</sup> Versuche einer genaueren gesetzlichen Umschreibung<sup>13</sup> kommen kaum über mehr oder weniger wortreiche Tautologien hinaus. Ein Verfahren zur autoritativen Feststellung der „Einwilligungsfähigkeit“ gibt es – jedenfalls für Erwachsene<sup>14</sup> – nicht; diese Beurteilung liegt daher – als Vorfrage für die Beurteilung der Wirksamkeit der Einwilligung – beim behandelnden Arzt, allenfalls unter Beiziehung eines psychiatrischen Konsiliarius. Das gilt auch für Patienten, für die ein Sachwalter oder ein Vorsorgebevollmächtigter in Behandlungsangelegenheiten bestellt ist, da auch in dieser Konstellation die substituierende Einwilligungsbefugnis des Vertreters – unbeschadet seines auf Behandlungsentscheidungen bezogenen Wirkungskreises – erst dann auflebt, wenn der Betroffene in der konkreten Situation tatsächlich nicht selbst einwilligungsfähig ist.<sup>15</sup>

#### B. Antizipierte Patientenentscheidung

Der Patient kann für Zeiträume künftiger Einwilligungsunfähigkeit Vorkehrungen treffen, indem er die Entscheidung bereits zu einem früheren Zeitpunkt trifft und dadurch sein Selbstbestimmungsrecht antizipiert ausübt. Wenngleich diese Möglichkeit für antizipierte Einwilligungen – also für die Entscheidung über die Zulassung einer

Behandlung – seit jeher anerkannt war (sonst gäbe es keine wirksame Einwilligung in Operationen unter Narkose), bestand über die rechtliche Wirksamkeit antizipierter Behandlungsverweigerungen lange Zeit keine Einigkeit. Mit dem Inkrafttreten des PatVG wurde diese Streitfrage nun insofern geklärt, als bei Erfüllung der materiellen und formellen Voraussetzungen für eine **verbindliche Patientenverfügung** (§§ 4–7 PatVG) die in der Verfügung abgelehnten Behandlungsmaßnahmen (einschließlich der künstlichen Ernährung) jedenfalls nicht vorgenommen werden dürfen. Das gilt auch in Fällen von Gefahr im Verzug, da durch die verbindliche Patientenverfügung zugleich die Inanspruchnahme des § 110 Abs 2 StGB ausgeschlossen wird.<sup>16</sup>

Sind die Voraussetzungen einer „verbindlichen“ Verfügung – aus welchem Grund auch immer – nicht verwirklicht, so liegt eine „**beachtliche**“ **Patientenverfügung** vor; die darin zum Ausdruck kommende Willensäußerung stellt dann ein Hilfsmittel zur Ermittlung des (aktuellen) hypothetischen Patientenwillens dar. Die Intensität der daraus erfließenden Bindungswirkung soll sich nach dem Willen des Gesetzgebers (vgl § 9 PatVG) nach einem „beweglichen System“ richten: Je mehr die Erklärung einer verbindlichen Verfügung gleichkommt, desto mehr Gewicht hat der darin zum Ausdruck kommende Wille.<sup>17</sup> 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 eingebürgert.<sup>18</sup> Als Beispiele werden etwa Verfügungen genannt, bei denen die Verbindlichkeitsvoraussetzungen erfüllt waren und die nur wenige Tage nach der unterlassenen Erneuerung zur Anwendung kommen,<sup>19</sup> oder auch formlose mündliche Erklärungen, mit denen unmittelbar vor Eintritt der Einwilligungsunfähigkeit und in voller Kenntnis einer bevorstehenden Behandlungsnotwendigkeit klar und deutlich eine bestimmte Behandlung abgelehnt wird.<sup>20</sup> Daraus folgt der semantisch etwas überraschende Befund, dass es sich bei der „beachtlichen“ Ver-

<sup>11</sup> Nicht zu folgen ist daher der Auffassung, dass ein Zeuge Jehovas „seine Einsichtsfähigkeit selbst widerlegt“ habe, wenn er „einer Stelle der Apostelgeschichte eine verrückte Auslegung gibt, um Bluttransfusionen zu verweigern“ (so aber *Wilhelm*, Emanzipation durch Vorsorgevollmacht, *ecolx* 2006, 261). Dass religiöse Gebote einer rationalen Begründung meist nicht zugänglich sind, mag (auch für andere Religionen) zutreffen, rechtfertigt aber nicht, die Glaubensinhalte in die Nähe einer psychischen Störung zu rücken.

<sup>12</sup> Vgl mwN *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II (1995) 816 ff; *ders*, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit; *Brosch*, Überlegungen zur Einwilligungsfähigkeit aus psychiatrischer Sicht, *Mitt Österr Sanitätsverwaltung* 2002/6, 3.

<sup>13</sup> Vgl zB § 36 Abs 1 UbG; § 283 Abs 1 ABGB; § 8 Abs 3 KAKuG; § 42 Abs 1 Z 5, § 43 Abs 1 Z 4 AMG; § 2 Abs 1 PatVG; § 3 Abs 2 HeimAufG; Art 17 Abs 2 und 3 Patientencharta.

<sup>14</sup> Nur bei Minderjährigen besteht gem § 154b ABGB eine gerichtliche Zuständigkeit zur Feststellung der (fehlenden) Einsichts- und Urteilsfähigkeit. AM *Bernat*, Zwischen Autonomie und Paternalismus: die Stellung des Demenzkranken im Prozess des Selbstverlustes – ein deutsch-österreichischer Rechtsvergleich, *ZfRv* 2005/25, 163 (169), der § 154b iVm

§ 282 (alt) ABGB auch im Sachwalterrecht anwenden möchte; dies trifft spätestens seit der Abkoppelung des Sachwalterrechts vom Kindschaftsrecht durch das SWRÄG nicht mehr zu.

<sup>15</sup> § 283 Abs 1 und § 284f Abs 1 ABGB; so schon bisher OGH EvBl 1988/85.

<sup>16</sup> Näher *Kopetzki* in *Körtner* ua, Patientenverfügungsgesetz 137 ff.

<sup>17</sup> Zum Ausmaß der „Beachtlichkeit“ einer beachtlichen Patientenverfügung zB *Barth*, Die Patientenverfügung und ihre praktischen Folgen für den behandelnden Arzt, *iFamZ* 2006, 72 (74 f); *Memmer*, Das Patientenverfügungsgesetz 2006, *RdM* 2006, 172 f; *Kathrein*, Das Patientenverfügungsgesetz, *ÖJZ* 2006, 565 f; *Bernat/Gaberc*, Das österreichische Patientenverfügungsgesetz, *GesR* 2007, 1 (4 ff); *Bernat*, Nicht verbindlich – und dennoch beachtlich, in *Körtner* ua, Patientenverfügungsgesetz 43.

<sup>18</sup> ZB *Barth*, *iFamZ* 2006, 74; *Memmer*, *RdM* 2006, 173.

<sup>19</sup> *Memmer*, *RdM* 2006, 173.

<sup>20</sup> Vgl in diesem Sinn *Kathrein*, *ÖJZ* 2006, 566; *Barth*, *iFamZ* 2006, 74 f. Fraglich könnte freilich sein, ob auf eine derartige Ablehnung im unmittelbaren Kontext einer konkret bevorstehenden Behandlung das PatVG überhaupt anwendbar ist; dazu *Kopetzki* in *Körtner* ua, Patientenverfügungsgesetz 138 f.

**Schwerpunkt**

fügung 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.<sup>21</sup>

**C. Vorsorgevollmacht**

Während der Patient mit dem Instrument der Patientenverfügung inhaltlich selbst über die Zulassung einer künftigen Behandlung entscheidet, steht ihm mit der Vorsorgevollmacht (§§ 284f ff ABGB) nun auch die Möglichkeit offen, für den Fall künftiger Entscheidungsunfähigkeit einen **gewillkürten Stellvertreter** zur Entscheidung über medizinische Behandlungen zu bevollmächtigen, sofern er (noch) über die zur Erteilung der Vollmacht erforderliche Geschäftsfähigkeit verfügt. Das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen wird dadurch stärker gewahrt als durch die anderenfalls eintretende Fremdbestimmung durch die behandelnden Ärzte oder durch einen vom Gericht bestellten Sachwalter, zumal dem Bevollmächtigten auch inhaltliche Vorgaben für die Ausübung seines Vertretungsrechts an die Hand gegeben werden können. Eine Vorsorgevollmacht, die auch Einwilligungen in „schwerwiegende“ Behandlungen iSd § 283 Abs 2 ABGB (dazu unten F. 3.) umfassen soll, unterliegt allerdings verschärften Errichtungsvoraussetzungen.<sup>22</sup>

Nicht anders als beim Sachwalter lebt die Einwilligungsbefugnis des Vorsorgebevollmächtigten erst dann und auch nur so lange auf, als der Betroffene seine Einsichts- und Urteilsfähigkeit oder seine Äußerungsfähigkeit verliert. Der Bevollmächtigte hat dem Willen des Betroffenen, wie er im Bevollmächtigungsvertrag zum Ausdruck gebracht wird, zu entsprechen.<sup>23</sup> Tut er dies nicht oder gefährdet er „sonst“ das Wohl des Betroffenen, ist vom Gericht ein Sachwalter zu bestellen (§ 284g ABGB), dem dann die Aufgabe zufallen kann, den Bevollmächtigten zu überwachen (oder die Vollmacht zu widerrufen).

Welche Funktion dem Vorsorgebevollmächtigten in Zusammenhang mit einem Behandlungsabbruch zukommen kann, bleibt freilich klärungsbedürftig. Verweigert der Bevollmächtigte in Einklang mit dem Bevollmächtigungsvertrag seine Einwilligung in eine medizinisch indizierte Behandlung, so darf diese grundsätzlich nicht vorgenommen werden. Unklarheiten darüber, ob diese Weigerung dem Willen bzw Wohl des Betroffenen entspricht, wären dann im Wege des Sachwalterrechts zu klären; bei Gefahr im Verzug wird in dringlichen Fällen die Behandlungserlaubnis

des § 110 Abs 2 StGB bzw § 8 Abs 3 KAKuG zum Tragen kommen. Handelt der Vertreter hingegen zweifelsfrei iSd subjektiven Patientenwillens, dann wird sich die Weigerung des Vertreters auch bei vital indizierten Behandlungsmaßnahmen durchsetzen (und ein Vorgehen der Ärzte nach § 110 Abs 2 StGB ausschließen) müssen. Anderenfalls würde der Grundsatz der Selbstbestimmung, zu dessen Schutz die Vorsorgevollmacht letztlich dient, gerade in jenen typischen Konstellationen unterlaufen werden, in welchen der Patient (über den „verlängerten Arm“ seines Vertreters) eine bestimmte Maßnahme eben nicht akzeptieren möchte. Wenn schon dem Vorsorgebevollmächtigten bei hinreichend klaren Anweisungen des Patienten die Berufung auf ein (davon abweichendes) „objektives Wohl“ des Patienten verwehrt wird,<sup>24</sup> dann muss dies umso mehr auch für die behandelnden Ärzte zutreffen. Insofern wird man dem Vorsorgebevollmächtigten daher – eine entsprechende Gestaltung des Auftrags vorausgesetzt – auch ein **effektives Recht zur Behandlungsablehnung** zuerkennen können.

**D. Vertretung durch nächste Angehörige**

Anders als bei der Patientenverfügung und der Vorsorgevollmacht, die als Instrumente zur vorgezogenen Ausübung des Selbstbestimmungsrechts gedeutet werden können, handelt es sich bei der – ebenfalls durch das SWRÄG eingeführten – Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger für „Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens“ um eine neue Variante gesetzlicher Vertretungsmacht. Auch sie setzt voraus, dass dem Patienten die Einsichts- und Urteilsfähigkeit fehlt (§ 284b Abs 3 ABGB). In Bezug auf Zustimmungen zu medizinischen Behandlungen ist die Vertretungsbefugnis allerdings von vornherein sehr begrenzt: Sie umfasst nur die Zustimmung zu solchen Behandlungen, die „nicht gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden“ sind. **Schwerwiegende Behandlungsentscheidungen** – wie etwa über die Vornahme lebenserhaltender Maßnahmen oder einer Sondenernährung – liegen daher **außerhalb des Zuständigkeitsbereichs** der Angehörigen. Folglich wird auch der Abbruch einer medizinisch indizierten Behandlung aufgrund einer Zustimmungsverweigerung von Angehörigen kaum in Betracht kommen. Bei unterbliebener Einwilligung und Gefahr im Verzug ist (wie bisher) nach § 110 Abs 2 StGB bzw § 8 Abs 3 KAKuG vorzugehen; eine vom Angehörigen verweigerte Zustimmung kann durch andere Rechtfertigungsgründe ersetzt werden.

<sup>21</sup> Bernat in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> ErgBd, § 9 PatVG Rz 1 ff; Kathrein, ÖJZ 2006, 565; Memmer, Patientenverfügungen, iFamZ 2006, 71.

<sup>22</sup> Vgl im Detail zB Weitzenböck in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> ErgBd, § 284f; zu Konkurrenzfragen Kerschner, Patientenverfügung – Vorsorgevollmacht, in Körtner ua, Patientenverfügungsgesetz 163 ff; zur bisherigen Diskussion Schauer, „Vorsorgevollmacht“ für das österreichische Recht, RZ 1998, 100.

<sup>23</sup> Dazu und zur Frage, ob neben dieser Bindung an den Willen auch Raum für eine Berücksichtigung des „objektiven Wohls“ des Vertretenen bleibt, zu Recht sehr restriktiv Weitzenböck in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> ErgBd, § 284g Rz 6, § 284h Rz 5.

<sup>24</sup> Vgl 1420 BlgNR 22. GP, 29; Weitzenböck in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> ErgBd, § 284h Rz 5; ebenso Kerschner in Körtner ua, Patientenverfügungsgesetz 170.



### E. Unvertretene Einwilligungsunfähige

Ist der Patient selbst nicht einwilligungsfähig und sind weder eine bindende Patientenverfügung noch ein zuständiger Vorsorgebevollmächtigter, Angehöriger oder Sachwalter (dazu gleich unten) vorhanden, so hängt die Verpflichtung zu Weiterführung von Behandlung und Ernährung nicht mehr von Willenserklärungen Dritter, sondern letztlich „nur“ von den – insofern „objektiven“ – Grenzen der ärztlichen Behandlungspflicht ab. Es geht also um die Voraussetzungen eines so genannten „einseitigen“ – nicht durch Entscheidungen des Patienten oder eines für ihn handelnden Vertreters determinierten – **Behandlungsabbruchs**.<sup>25</sup>

Sofern für therapiebegrenzende Entscheidungen beim einwilligungsunfähigen Patienten nicht ohnehin ein Vertreter bestellt ist, liegt die Entscheidung über die Reduktion und Beendigung einer Behandlung oder künstlichen Ernährung beim behandelnden Arzt bzw. bei den organisatorisch übergeordneten (Abteilungsleiter) und weisungsbefugten Ärzten einer Krankenanstalt. Hinsichtlich der anzuwendenden **Entscheidungskriterien** besteht Einigkeit, dass eine Behandlung dann nicht begonnen oder fortgesetzt werden muss, wenn sie aus medizinischer Sicht nicht indiziert oder – was auf dasselbe hinausläuft – mangels Wirksamkeit nicht mehr erfolgversprechend oder aussichtslos ist. In diesen Konstellationen fehlt es an der medizinischen Indikation bzw. – aus rechtlicher Sicht – an einer Behandlungspflicht des Arztes. Dazu gehören auch jene Konstellationen, in denen der Sterbeprozess bereits unaufhaltsam eingetreten ist und durch eine weitere medizinische Intervention nur in die Länge gezogen werden würde. Die technisch-apparative oder/und medikamentöse Möglichkeit, das Leben eines Moribunden künstlich zu verlängern, begründet jedenfalls keine Rechtspflicht, dies auch zu tun.<sup>26</sup> Eine Behandlungspflicht fehlt aber auch in anderen (nicht terminalen) Fällen, bei denen eine bestimmte Behandlung aus medizinischer Sicht nicht (mehr) sinnvoll erscheint oder bei denen mit der Behandlung eine Belastung des Patienten verbunden wäre, die den aus der Behandlung zu erwartenden Vorteil überwiegt.<sup>27</sup>

Für den Sonderfall der **künstlichen Ernährung** versagen diese allgemeinen Kriterien freilich häufig, weil die Aufrechterhaltung der Flüssigkeits- und Nahrungszufuhr – unabhängig vom Grundleiden – in Hinblick auf das Weiter-

leben wohl kaum als aussichtslos angesehen werden kann. Konsequenterweise wird daher von der überwiegenden Lehre die Verpflichtung zur Aufrechterhaltung von Flüssigkeitszufuhr und künstlicher Ernährung auch dann noch bejaht, wenn die eigentliche medizinische Behandlung bereits eingestellt werden darf.<sup>28</sup> Erst wenn der Sterbeprozess unaufhaltsam im Gang ist und keine Linderung mehr möglich oder nötig ist, wird auch ein Abbruch künstlicher Ernährung bejaht, weil auch deren Zweck nicht in der Verlängerung des natürlichen Lebensendes (sehr wohl aber in der Linderung von Hunger und Durst) liegen kann.<sup>29</sup>

Spätestens hier endet freilich der breite – moralische und rechtliche – Konsens: Angeregt durch angloamerikanische Diskussionen sowie deutsche Gerichtsentscheidungen wird zunehmend die Frage erörtert, ob es beim Einwilligungsunfähigen einen zulässigen Behandlungsabbruch aufgrund einer bloß mutmaßlichen Behandlungsverweigerung geben kann,<sup>30</sup> der dann nicht mehr an die engen Kriterien der Aussichtslosigkeit gebunden wäre und der – namentlich bei voraussehbar irreversibler Bewusstlosigkeit – auch den Abbruch der Ernährung einschließen könnte.<sup>31</sup> Eine Übereinstimmung zeichnet sich nicht ab, doch dürfte die überwiegende Auffassung der „mutmaßlichen“ Verweigerung einer Behandlung (bzw. Ernährung) immer noch skeptisch gegenüberstehen,<sup>32</sup> zumal sich die „Mutmaßlichkeit“ des Patientenwillens mangels hinreichend dokumentierter Anhaltspunkte schnell als bloßes Einfallstor für allgemeine Rechtsgüter- und Interessenabwägungen erweisen kann, die durch die fiktive terminologische Zurechnung als „eigener“ mutmaßlicher Wille „des Betroffenen“ eher verschleiert werden.

### F. Sachwalterrecht

#### 1. Allgemeines

Strenggenommen dürfte sich die Problematik des „einseitigen“ Behandlungs- oder Ernährungsabbruchs nur bei dringlichen Notfällen stellen. Sobald nämlich eine absehbare oder bereits länger andauernde Entscheidungsnotwendigkeit in Bezug auf einen einwilligungsunfähigen Patienten vorliegt, wäre unter Anwendung familienrechtlicher Grundsätze eine entsprechende rechtliche Vertretung des Betroffenen durch einen Sachwalter gem § 268 Abs 1 ABGB

<sup>25</sup> Terminologie und Nachweise bei *Schmoller*, ÖJZ 2000, 374 ff.

<sup>26</sup> Vgl. mwN *Kienapfel/Schroll*, BT I, Vorbem § 75 StGB Rz 20 ff; *Bernat*, Der persistent vegetative state als ethisches und rechtliches Problem, in *Bernat/Kröll* (Hrsg.), Intensivmedizin als Herausforderung für Recht und Ethik (1999) 47 (50, 57 ff); *Schmoller*, ÖJZ 2000, 374 ff; *Moos* in WK<sup>2</sup>, Vorbem §§ 75 ff Rz 31 ff.

<sup>27</sup> Dazu und zum Aspekt der Verhältnismäßigkeit des Mitteleinsatzes *Schmoller*, ÖJZ 2000, 374 ff; *Moos* in WK<sup>2</sup>, Vorbem §§ 75 ff Rz 39 ff.

<sup>28</sup> Vgl. statt aller zB *Kienapfel/Schroll*, BT I, Vorbem § 75 Rz 21; *Schmoller*, ÖJZ 2000, 375 f; *Moos* in WK<sup>2</sup>, Vorbem §§ 75 ff Rz 44; *Schick*, Töten oder Sterbenlassen. Zur Rechtspflicht der Lebenserhaltung von PVS-Patienten, in *Pump/Klobassa* (Hrsg.), Voitsberger Manuskripte 13 (1999) 54 (55); *Tipold* in *Aigner* ua, HB Medizinrecht (2003) II/43; abweichend *Bernat*, RdM 1995, 59 f; *ders* in *Bernat/Kröll*, Intensivmedizin 57 f.

<sup>29</sup> *Schick*, Fremd- und Selbstbestimmung zum Tode im Lichte strafrechtlicher Wertungen, GedS Zipf (1999) 393 (401); *ders*, Voitsberger Manuskripte 55; *Moos* in WK<sup>2</sup>, Vorbem §§ 75 ff Rz 44.

<sup>30</sup> Bejahend zB *Bernat*, RdM 1995, 55 f; *ders*, Behandeln oder Sterbenlassen? FS Deutsch (1999) 443 (455 ff); *Moos* in WK<sup>2</sup>, Vorbem §§ 75 ff Rz 36 ff, insb Rz 39.

<sup>31</sup> In diesem Sinn *Bernat* in *Bernat/Kröll* 57 f; kritisch dagegen *Schick*, Voitsberger Manuskripte 55 f; zwischen Basisversorgung und künstlicher Ernährung differenzierend *Moos* in WK<sup>2</sup>, Vorbem §§ 75 ff Rz 44; zumindest in Hinblick auf „einseitige“ ärztliche Entscheidungen ablehnend *Schmoller*, ÖJZ 2000, 376 f.

<sup>32</sup> *Schick*, GedS Zipf 413 ff; *ders*, Voitsberger Manuskripte 56; *Schmoller*, ÖJZ 2000, 374.



## Schwerpunkt

zu veranlassen, sofern der Betroffene nicht bereits selbst durch eine Vollmacht (insb. Vorsorgevollmacht) oder eine verbindliche Patientenverfügung für die Besorgung dieser Angelegenheit vorgesorgt hat (vgl. § 268 Abs 2 ABGB). Das macht zwar keinen großen Unterschied für die materiellen Entscheidungskriterien (weil es immer um das „Wohl“ des Patienten geht), verschiebt jedoch die Zuständigkeiten vom Arzt zum Vertreter und bindet die Entscheidung insgesamt in ein rechtlich geordnetes Verfahren ein.

Obgleich das SWRÄG mit der verbindlichen Patientenverfügung und der Vorsorgevollmacht künftig zwei Alternativen bereitstellt, die eine Sachwalterbestellung für den Einwilligungsunfähigen erübrigen können, bietet das Sachwalterrecht immer noch das praktisch wichtigste rechtliche Instrument zur Herbeiführung einer Behandlungsentscheidung beim einwilligungsunfähigen Patienten: Ist eine Person wegen einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung nicht einwilligungsfähig, so kann ihr gemäß §§ 268 ff ABGB vom zuständigen PflEGschaftsgericht ein Sachwalter – im Dringlichkeitsfall ein „einstweiliger Sachwalter“ gem § 120 AußStrG – mit dem Wirkungskreis der Behandlungszustimmung bestellt werden. Da die Behandlungsentscheidung als „Angelegenheit“ iSd § 268 Abs 1 ABGB bzw § 120 AußStrG gilt, wird eine solche Sachwalterbestellung – unter Wahrung des in § 268 Abs 2 ABGB enthaltenen Subsidiaritätsprinzips – auch grundsätzlich vorzunehmen sein, wenn sich die Notwendigkeit zu anstehenden Behandlungsentscheidungen und die Einwilligungsunfähigkeit der betroffenen Person abzeichnet. Daher stellt auch die Notwendigkeit einer Entscheidung über die Durchführung bzw. Aufrechterhaltung einer medizinischen Behandlung (bzw. einer künstlichen Ernährung) einen Grund für eine Sachwalterbestellung dar. Die Rechtsbegriffe der psychischen Krankheit bzw. geistigen Behinderung sind in diesem Zusammenhang weit auszulegen und erfassen – unabhängig von der medizinischen Terminologie – alle psychischen Störungen und Zustände, die mit einer entsprechenden Beeinträchtigung der Handlungsfähigkeit (konkret: der Einwilligungsfähigkeit) verbunden sind (zB auch Bewusstlosigkeit, psychische Störungen nach Schädel-Hirn-Traumen und Schlaganfällen, einschließlich aller Formen der Demenz<sup>33</sup>).

### 2. Entscheidungszuständigkeiten

Wird vom Gericht ein – nach seinem Wirkungskreis für medizinische Behandlungen zuständiger – Sachwalter bestellt, dann kommt dem Sachwalter im Rahmen seiner Personensorge die Zustimmungsbefugnis zu, wenn und solange der Betroffene selbst einwilligungsunfähig ist (§ 283 Abs 1 ABGB). Das PflEGschaftsgericht verfügte nach bishe-

riger Rechtslage über keine Zuständigkeit zur Einwilligung oder „Genehmigung“ der Behandlung;<sup>34</sup> es hatte lediglich ein Weisungs- und Aufsichtsrecht gegenüber dem Sachwalter, konnte ihn also zB seines Amtes entheben, wenn er seine Pflichten verletzte (etwa durch die ungerechtfertigte Verweigerung der Einwilligung in eine medizinisch notwendige Behandlung). Gem § 283 Abs 2 ABGB idF des SWRÄG kann das Gericht die Zustimmung jedoch künftig auch ersetzen, wenn der Sachwalter nicht zustimmt und dadurch das Wohl der Betroffenen gefährdet wird.

Die Tätigkeit des Sachwalters muss sich am „Wohl“ des Betroffenen orientieren. Dabei ist zwar von einem objektiven Verständnis auszugehen; nach § 281 Abs 2 ABGB hat der Sachwalter jedoch im Innenverhältnis Wünsche des Betroffenen zu berücksichtigen, wenn diese dem Wohl des Patienten „nicht weniger“ entsprechen. Abwägungsinstanz zwischen Patientenwille und Patientenwohl bleibt somit der Sachwalter. Inwieweit der Sachwalter an eine früher im Zustand der Einwilligungsfähigkeit abgegebene **Patientenverfügung** des Patienten gebunden ist, hängt vom Grad ihrer Bindungswirkung ab: Eine verbindliche Patientenverfügung ist jedenfalls auch vom Sachwalter zu respektieren, er kann also nicht seinerseits die Behandlungszustimmung erteilen. Im Falle einer beachtlichen Verfügung hat er diese im Rahmen der gebotenen Berücksichtigung der Wünsche des Betroffenen als Orientierungshilfe in seine Entscheidungsfindung einfließen zu lassen. Da der Sachwalter aber gem § 281 Abs 2 ABGB verpflichtet ist, den – in welcher Form auch immer artikulierten – Wünschen des Betroffenen zu entsprechen, sofern dies mit dessen Wohl vereinbar ist, trifft den Sachwalter auch bei einer „nur“ beachtlichen Patientenverfügung jedenfalls die Begründungslast, wenn er von einem eindeutigen Wunsch abweicht.<sup>35</sup> Ob man weiterhin davon sprechen kann, dass der Sachwalter an den „mutmaßlichen Willen“ des Betroffenen gebunden ist,<sup>36</sup> erscheint jedoch fraglich, da § 283 Abs 2 ABGB nun die Möglichkeit einer Zustimmung explizit auch dann vorsieht, wenn der Betroffene „die Behandlung ablehnt“.

### 3. Gerichtliche Genehmigung, „second opinion“

Grundsätzlich kann der Sachwalter seine Zustimmungsbefugnis (wenngleich unter gerichtlicher Aufsicht und Kontrolle) allein ausüben. Eine Konkurrenz zur Patienteneinwilligung kann nicht auftreten, weil die Zustimmungskompetenz des Sachwalters trennscharf erst dann einsetzt, wenn jene des Patienten (mangels Einwilligungsfähigkeit) endet. Handelt es sich jedoch um eine **schwerwiegende Behandlung**, „die gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden ist“, dann ist die Wirksamkeit der Zustimmung des Sachwalters gem § 283 Abs 2 ABGB

<sup>33</sup> Zu diesem weiten und untechnischen Rechtsbegriff der „psychischen Krankheit“ mwN Weitzenböck in Schwimann, ABGB<sup>3</sup>, § 273 Rz 3 f; statt vieler OGH 11. 11. 1997, 7 Ob 355/97z = RdM 1998/6 (Koma).

<sup>34</sup> LG Feldkirch 21. 2. 1996, 2 R 48/96 = RdM 1996/16; OGH 11. 11. 1997,

7 Ob 355/97z = RdM 1998/6 mit Anm Kopetzki.

<sup>35</sup> In diesem Sinn auch Bernat/Gaberc, GesR 2007, 6.

<sup>36</sup> Schmoller, ÖJZ 2000, 374; OLG Frankfurt am Main 15. 7. 1998, 20 W 224/98 = RdM 1998, 189 mit Anm Bernat.



künftig von der zusätzlichen Voraussetzung abhängig, dass entweder die Zustimmung pflegschaftsgerichtlich genehmigt wird oder ein zweiter (vom Behandelnden unabhängiger) Arzt in einem ärztlichen Zeugnis das Fehlen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit sowie die Erforderlichkeit der Behandlung zur Wahrung des Wohls des Betroffenen bestätigt („second opinion“).<sup>37</sup> Die Wahl zwischen diesen Alternativen liegt beim Sachwalter; nur dann, wenn der Betroffene „zu erkennen gibt, dass er die Behandlung ablehnt“, bedarf es immer der gerichtlichen Genehmigung.

Bei der Beurteilung, welche Behandlungen den erhöhten Kriterien des § 283 Abs 2 ABGB unterliegen, wird man sich am Vorbild des § 146c Abs 2 ABGB, am bisherigen Verständnis der „wichtigen Angelegenheiten“ iSd § 216 ABGB und am (hinsichtlich des Schutzzwecks vergleichbaren) Begriff der „besonderen Heilbehandlung“ iSd § 36 Abs 2 UbG orientieren können.<sup>38</sup> Im Wesentlichen muss es dabei auf Aspekte der Risikoneigung sowie der Eingriffs- und Belastungsintensität ankommen. Im Lichte der Erläuterungen werden jedenfalls größere operative Eingriffe, risikobehaftete diagnostische Eingriffe, Chemo- und Strahlentherapien, aber auch die Durchführung einer künstlichen Ernährung durch das Setzen einer PEG-Sonde zu den qualifizierten Behandlungen iSd § 283 Abs 2 ABGB zu zählen sein.<sup>39</sup>

Ob auch die **Entscheidung des Sachwalters zum lebensbeendenden oder lebensverkürzenden Abbruch einer Behandlung** bzw einer **künstlichen Ernährung** den Regeln des § 283 Abs 2 ABGB (insb dem gerichtlichen Genehmigungsvorbehalt) unterliegt, ist – sofern man hier einen inhaltlichen Entscheidungsspielraum überhaupt bejaht (unten 4.) – im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage<sup>40</sup> nicht mehr eindeutig, weil der allgemein formulierte Genehmigungsvorbehalt für „wichtige“ Angelegenheiten (§ 216 iVm § 282 ABGB alt) durch das SWRÄG 2006 weggefallen ist: Nach dem Wortlaut des § 283 Abs 2 ABGB sind – unter den dort näher bestimmten Voraussetzungen – nur mehr Zustimmungen des Sachwalters zur Behandlung genehmigungspflichtig, nicht hingegen die Verweigerung einer Zustimmung. Man könnte daher nun auch die Auffassung vertreten, dass das (zur Kontrolle einer Zustimmungsverweigerung berufene Gericht) lediglich darüber zu entscheiden hat, ob es die Zustimmung ersetzt (oder eben nicht).<sup>41</sup> Bei historischer und teleologischer Auslegung sprechen aber bessere Gründe für den **Fortbestand einer gerichtlichen Genehmigungskompetenz auch für Entscheidungen über Behandlungsabbrüche**,<sup>42</sup> zumal die auf diesem Gebiet unverzichtbare Rechtssicherheit nur durch eine rechtskraft-

fähige Entscheidung (und nicht durch das schlichte Unterlassen einer Zustimmungssubstitution) erzielbar ist. Der Sinn einer durch die gerichtliche Genehmigung vermittelten „Prozeduralisierung“ liegt gerade darin, diese Thematik zum Gegenstand eines geordneten rechtsstaatlichen Verfahrens zu machen.

#### 4. Entscheidungskriterien

Es liegt im Wesen jeder Zustimmungsbefugnis, dass der gesetzliche Vertreter die Erteilung der Zustimmung auch verweigern kann. Ob er sie auch verweigern darf, betrifft die Reichweite seiner materiellen Bindungen. Wegen der gebotenen **Orientierung am Patientenwohl** ist der rechtliche Spielraum für eine solche Behandlungsverweigerung durch den Sachwalter viel enger als für den einwilligungsfähigen Patienten oder den seinen Willen vollziehenden Vorsorgebevollmächtigten: Gefährdet der Sachwalter durch die Weigerung das Wohl des Patienten, so liegt ein Missbrauch des Sorgerechts vor. Der behandelnde Arzt kann und muss in einem solchen Fall das Pflegschaftsgericht anrufen, das einen neuen Sachwalter bestellen oder die Zustimmung ersetzen kann (§ 283 Abs 2 ABGB). Käme die Entscheidung des Gerichts zu spät und entsteht dadurch Lebensgefahr oder die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung, dann dürfen und müssen die Ärzte die Behandlung auch gegen den (rechtsunwirksamen) Widerspruch des Sachwalters vornehmen (§ 283 Abs 3 ABGB; § 110 Abs 2 StGB; § 8 Abs 3 KAKuG).

So weit die allgemeinen Grundsätze. Die im vorliegenden Kontext entscheidende Frage konzentriert sich auf die Bedeutung des unbestimmten Rechtsbegriffs des Patientenwohls, der auch durch das SWRÄG nicht präzisiert wurde. Unstrittig ist zunächst, dass sich aus gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Vorgaben eine Verpflichtung (des Arztes bzw des Sachwalters) ergibt, die zum Schutz des Lebens bzw der Gesundheit jeweils erforderlichen Maßnahmen (bis hin zur Basispflege, künstlichen Ernährung und Schmerzlinderung) zu setzen. In Grenzbereichen erweist sich das „Wohl“ des Kranken freilich als **höchst ausfüllungsbedürftige Formel**. Kann in bestimmten – aussichtslosen – Fällen auch der Abbruch einer Behandlung/Ernährung dem „Wohl“ entsprechen? Welche Bedeutung kommt dabei dem „mutmaßlichen“ Patientenwillen zu?

Da all dies positivrechtlich nur sehr grobmaschig vortstrukturiert ist, verschmilzt die juristische Auseinandersetzung bald mit prinzipiellen medizinethischen Überlegungen. Entsprechend kontrovers sind die vertretenen Stand-

<sup>37</sup> Näher Weitzenböck in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> ErgBd, § 283 ABGB Rz 4 ff.  
<sup>38</sup> Zu Letzterem mwN Kopetzki, Grundriss des Unterbringungsrechts<sup>2</sup> (2005) Rz 630 ff. Zum Ganzen nun auch Weitzenböck in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> ErgBd, § 283 ABGB Rz 4.

<sup>39</sup> 1420 BlgNR 22. GP, 20 f (mit weiteren Beispielen). Anders jedoch die bisherige Rsp zur „besonderen Heilbehandlung“ iSd § 36 UbG: Hier hat der OGH eine gerichtliche Genehmigungspflicht im Fall einer Sonden-ernährung bei Anorexia nervosa (OGH 22. 6. 1995, 6 Ob 546/95 = RdM 1996/2) sowie für das Setzen eines Cava-Katheters (OGH 14. 8. 1996, 6 Ob 2117/96h) verneint.

<sup>40</sup> MwN nur Bernat, RdM 1998, 188 f; Kopetzki, Ethik Med 2004, 284.

<sup>41</sup> In diesem Sinn wohl Barth, Ärztliche Behandlungsentscheidung und Recht, in Körtner ua, Patientenverfügungsgesetz 108 (123).

<sup>42</sup> Notfalls durch Analogie: Bernat/Gaberc, GesR 2007, 6; mwN Bernat, EF-Z 2006, 76; Kopetzki in Körtner ua, Patientenverfügungsgesetz 135 f; Memmer, RdM 2006, 173. Auch nach den Erläuterungen zum PatVG soll das Gericht schlechthin „die Entscheidung des Sachwalters genehmigen“ (1299 BlgNR 22. GP, 8).

**Schwerpunkt**

punkte. Die Frontlinien der Argumente unterscheiden sich dabei kaum von jenen, die schon zu den Grenzen der ärztlichen Behandlungspflicht skizziert wurden. Während die vom Strafrecht, vom ärztgesetzlichen Behandlungsauftrag und vom grundrechtlichen Lebensschutz geprägten Positionen eher in die Richtung eines „objektiven“ (und vom Arzt nach medizinischen Aspekten ungeachtet eines hypothetischen Patientenwillens zu beurteilenden) Lebens- und Gesundheitsschutzes tendieren,<sup>43</sup> stellen zivilrechtlich geprägte Autoren stärker auf angelsächsische Konzepte der „best interests“ des Patienten oder dessen „mutmaßlichen Willen“ ab.<sup>44</sup> Da sich Letzterer in der konkreten ärztlichen Entscheidungssituation iAR ohnehin nicht verlässlich ermitteln lässt, handelt es sich bei diesen Alternativen aber weniger um ein praktisches Rechtsproblem als um ein Thema für Liebhaber medizinethischer Grundsatzdiskussionen.

### 5. Lebensbeendender Behandlungsabbruch durch Sachwalter und Gericht?

Ob der Sachwalter – allenfalls mit gerichtlicher Genehmigung – unter Berufung auf den mutmaßlichen Patientenwillen oder auf sonstige Rechtsgüter- und Interessenabwägungen unter bestimmten Voraussetzungen einer lebenserhaltenden Behandlung oder künstlichen Ernährung die Zustimmung verweigern (und damit einen zum Tod führenden Behandlungs- bzw. Ernährungsabbruch genehmigen) kann, erweist sich somit als besonderer Aspekt der Auslegung des „Patientenwohls“. Die Fernwirkungen der englischen und deutschen Judikatur haben auch in Österreich eine heftige Diskussion in Gang gebracht, die noch lange nicht abgeschlossen sein dürfte; bisher überwiegen eher die ablehnenden Stimmen.<sup>45</sup>

Die zurzeit wohl immer noch herrschende Auffassung, dass die Ablehnung einer lebenserhaltenden Behandlung oder Ernährung durch einen gesetzlichen Vertreter grundsätzlich nur **in Einklang mit einem verbindlich erklärten** (oder zumindest hinreichend dokumentierten) **Patientenwillen zulässig** ist und daher bei allen anderen „Mutmaßungen“ über den Willen des Patienten dem Lebensschutz Vorrang einzuräumen ist, hat auch verfassungsrechtliche

Gründe für sich.<sup>46</sup> In besonderen Konstellationen wird eine Zustimmung Dritter zum Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen aber auch ohne Deckung durch den Patientenwillen in Betracht kommen, wenn eine umfassende – auch am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierte – Abwägung zwischen den Nachteilen einer Behandlungsfortsetzung einerseits und den dadurch realistischerweise noch erzielbaren Vorteilen (insb der Leidensminderung) andererseits zum Ergebnis führt, dass eine Weiterbehandlung insgesamt nicht mehr im Wohl des Patienten ist.<sup>47</sup>

Liegt jedoch tatsächlich eine verbindliche oder qualifiziert beachtliche – gegen die Fortsetzung der Behandlung bzw. Ernährung gerichtete – Verfügung des Patienten vor, so hat der Sachwalter keinen Spielraum mehr für eine abweichende Entscheidung. In diesem Fall können auch moralische Bedenken Dritter – etwa des Gesundheitspersonals – nicht gegen das Entscheidungsrecht des Betroffenen oder seines Vertreters ausgespielt werden. Wer Vetorechte des Patienten unter den Vorbehalt der „ethischen Zumutbarkeit“ stellen möchte, vertritt im Ergebnis eine – rechtlich nicht begründbare – Duldungspflicht des Patienten zur Schonung des ärztlichen Gewissens.<sup>48</sup>

<sup>43</sup> Vgl zB Schick, GedS Zipf 406 f; Kneihls, Intensivmedizin und Sterbehilfe – Grundrechtliche Erwägungen, in Bernat/Kröll, Intensivmedizin 75 ff; vgl auch Schmoller, ÖJZ 2000, 374.

<sup>44</sup> Vgl vor allem Bernat, RdM 1995, 56 ff; ders in Bernat/Kröll, Intensivmedizin 55; ders, RdM 1998, 188 f; ders, FS Deutsch 443 ff.

<sup>45</sup> Einen lebensbeendenden Behandlungsabbruch (unter Einschluss der Ernährung) bejahend vor allem Bernat in Bernat/Kröll, Intensivmedizin 55 ff; ders, RdM 1998, 188 f; Bernat/Gaberc, GesR 2007, 5 f; verneinend Kneihls, PflEGschaftsgerichtliche Genehmigung des lebensbeendenden Behandlungsabbruches? RdM 1999, 30 f; ders in Bernat/Kröll 79; Müller, „Legalisierter Behandlungsabbruch“? RdM 1999, 96; Schick, GedS Zipf 415 f; differenzierend Schmoller, ÖJZ 2000, 374 (Verweigerung einer lebensverlängernden Behandlung nur bei hinreichend dokumentiertem mutmaßlichen Patientenwillen).

<sup>46</sup> Näher und mwN Kopetzki, Ethik Med 2004, 285 f.

<sup>47</sup> In diesem Sinn (auch zum Kriterium der Verhältnismäßigkeit) 1420 BlgNR 22. GP, 20.

<sup>48</sup> Im Ergebnis daher auch für Österreich zutreffend BGH 8. 6. 2005, XII ZR 177/03, wo das Höchstgericht die Berufung auf die „Menschenwürde“ und die Gewissensfreiheit des Personals nicht als hinreichenden Grund für die Missachtung einer rechtswirksamen Verweigerung fortgesetzter Sondenernährung anerkannt hat.

## RECHTSPRECHUNG Sachwalterrecht

Martin Schauer / Felicitas Parapatits

§§ 49 Abs 3, 57 Z 5 AußStrG; § 282 Abs 1 iVm § 253 ABGB

OGH 21. 12. 2006, 3 Ob 250/06w iFamZ 97/07

### Bestellung eines Familienfremden zum Sachwalter

Die Bestellung eines Familienfremden statt eines Verwandten erfordert von Amts wegen die Klärung der Frage, wie sich dies auf die Psyche des Betroffenen auswirken wird, weil sich die Frage der Notwendigkeit dieser Maßnahme

ohne konkrete Feststellungen dazu nicht lösen lässt. Bei der Umbestellung des Sachwalters kommt es daher im Grunde allein auf das Wohl des Betroffenen an.