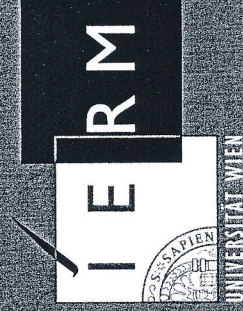


Ulrich H. J. Körtner
Christian Kopetzki
Maria Kletečka-Pulker

Das österreichische Patientenverfügungsgesetz

Ethische und rechtliche Aspekte

Schriftenreihe
Ethik und Recht in der Medizin
Band 1



 Springer Wien New York

Ulrich H. J. Körtner
Christian Kopetzki
Maria Kletečka-Pulker (Hrsg.)

Das österreichische Patientenverfügungsgesetz

Ethische und rechtliche Aspekte

Springer Wien New York

2007

tinnenwillens und einer „bloß“ beachtlichen Patientenverfügung – zu fällen. Stimmt er der Behandlung zu, ist – so diese mit schwerwiegenden Folgen für die Patientin verbunden ist – zusätzlich ein ärztliches Zeugnis oder die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung notwendig. Lehnt der Sachwalter die Behandlung ab, so kann diese Entscheidung – auf Anregung etwa der Ärztin – ebenfalls vom Gericht einer Überprüfung unterzogen werden, und zwar im Rahmen eines Verfahrens zur allfälligen Umbestellung des Sachwalters.

7. Hat die Patientin einen *Bevollmächtigten* eingesetzt, ist für diesen die beachtliche Patientenverfügung ebenso Orientierungshilfe bei Ermittlung des Patientinnenwillens. Zwar bedarf seine Entscheidung niemals der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung, auf Anregung Dritter hat das Pflegschaftsgericht aber zu überprüfen, ob diese Entscheidung dem – je nach dem Grad der Beachtlichkeit der Patientenverfügung – subjektiven oder objektiven Wohl der Patientin dient oder nicht. Vermeyndensfalls wäre – insb wenn keine Vorsorgevollmacht errichtet wurde – wiederum ein Sachwalter zu bestellen, der die medizinische Entscheidung zu treffen und die Vollmacht allenfalls zu widerrufen hat (III).

Das Patientenverfügungs-Gesetz im System der Rechtsordnung – Wirkungen und Nebenwirkungen

Christian Kopetzki

I. Einleitung

Mit der gesetzlichen Regelung antizipierter Patientenverfügungen durch das PatVG 2006 stellen sich nicht nur vielfältige neue Auslegungsprobleme, die mit jedem Zuwachs an gesetzlichen Normen und den ihnen eigenen Begrifflichkeiten zwangsläufig verbunden sind. Da der zentrale Regelungsgegenstand des PatVG, nämlich die Reichweite des Selbstbestimmungsrechts des Patienten in Bezug auf seine medizinische Behandlung, in der einen oder anderen Weise auch durch Normen aus anderen Rechtsgebieten determiniert ist, stellt sich zudem die Frage nach dem Standort des PatVG im System der Gesamtrechtsordnung und dessen Verhältnis zu anderweitigen Vorschriften, die ebenfalls die Einwilligung in medizinische Maßnahmen bzw deren Verweigerung zum Inhalt haben. Im Wesentlichen geht es dabei um die Untersuchung von Ausstrahlungswirkungen auf nahestehende Rechtsmaterien. Diese Analyse ist schon deshalb naheliegend, da das PatVG an einem Überschneidungsbereich zwischen Zivil-, Straf- und (Gesundheits-)Verwaltungsrecht angesiedelt ist. Der Umstand, dass der „inform consent“ immer auch persönlichkeitsrechtliche Aspekte aufweist, kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass man es hier mit einer typischen Querschnittsmaterie zu tun hat, deren Relevanz weit über das Zivilrecht hinausgeht. Schon aus diesem Grund ist nicht zu erwarten, dass sich die mit dem PatVG einhergehenden Rechtsprobleme auf das Zivilrecht begrenzen lassen.¹

Vor der Suche nach Ausstrahlungswirkungen des PatVG auf andere Rechtsgebiete sei die Zielsetzung der Neuregelung in Erinnerung gerufen: Mit dem PatVG sollte zwar die Patientenautonomie gestärkt werden, der Kreis jener Entscheidungen, die ein Patient durch eigene Willenserklärungen überhaupt selbst rechtswirksam treffen kann, sollte aber grundsätzlich nicht verändert

¹ Ob die Zuordnung des PatVG zum „Zivilrecht“ und die Qualifikation einer Patientenverfügung als „Privat-Rechtsakt“ (so zB *Barta/Kalchschmid*, Die „Patientenverfügung“ in Europa, in *Barta/Kalchschmid* [Hrsg], Die Patientenverfügung – Zwischen Selbstbestimmung und Paternalismus [2005] 17) in dieser Allgemeinheit zutrifft, kann hier dahinstehen. Der Gesetzgeber ist bei der Schaffung neuer Rechtsinstitute nicht an die traditionellen systematischen Fächer Grenzen gebunden. Für besondere Fragestellungen kann diese Zuordnung freilich relevant sein (zB in kompetenzrechtlicher Hinsicht oder unter dem Aspekt des Internationalen Privatrechts).

werden. Insb sollten die strafrechtlichen Grenzen medizinischer Maßnahmen nicht angetastet werden.² Das PatVG zielt also nicht auf eine Neubestimmung der Demarkationslinie zwischen Patientenselbstbestimmung und Fremdbestimmung, 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 folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf ausgewählte Rechtsgebiete und erheben nicht den Anspruch einer flächendeckenden Untersuchung. Insb bleiben die Beziehungen zum Internationalen Privatrecht und zum Sozialrecht außer Betracht; auch auf das Sachwalterrecht wird nur am Rande eingegangen. All dies ist Thema anderer Beiträge dieses Bandes.

II. Verfassungs-, völker- und europarechtliche Rahmenbedingungen

Da der Gesetzgeber (auch) bei der Erlassung des PatVG vielschichtige übergeordnete rechtliche Rahmenbedingungen zu beachten hat, soll zunächst die Vereinbarkeit des PatVG mit höherrangigen (materiellrechtlichen)³ Rechtsnormen beleuchtet werden.

1. Grundrechte

Art 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privatlebens) sichert das Entscheidungsrecht des Patienten über die Durchführung medizinischer Behandlungen auch verfassungsrechtlich ab: Jede ohne Zustimmung vorgenommene ärztliche Behandlung stellt einen Eingriff in Art 8 Abs 1 EMRK dar.⁴ Daher steht auch die „antizipierte“ Selbstbestimmung durch Vorabklärungen unter dem Schutz dieses Grundrechts.⁵ Die Reichweite dieses Selbstbestimmungsrechts wird nicht durch staatliche Schutzpflichten zugunsten des Lebens oder der Gesundheit des Betroffenen begrenzt, da sich solche Schutzpflichten nicht gegen den ablehnen den Willen des Grundrechtsträgers richten können; sie schaffen keine „Pflicht

² So – speziell in Bezug auf die „aktive Sterbehilfe“ – 1299 BigNR 22. GP 4.

³ Die kompetenzrechtliche Beurteilung bleibt in diesem Rahmen ausgespart; dazu – wengleich noch vor Erlassung des PatVG – Kopetzki, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte antizipierter Patientenverfügungen, in Kopetzki (Hrsg.), Antizipierte Patientenverfügungen (2000) 38 (55 ff).

⁴ MWN – auch zur staatlichen Schutzpflicht in Bezug auf Behandlungsverhältnisse zwischen Privaten – Kopetzki, Unterbringungsrecht I (1995) 407 ff.

⁵ Näher Kopetzki in Kopetzki (Hrsg.), Antizipierte Patientenverfügungen 39 ff.

zum Leben“.⁶ Nach richtiger Auffassung verbürgt Art 8 EMRK folglich auch einen Abwehranspruch gegenüber der aufgezwungenen Durchführung oder Fortsetzung einer vom (entscheidungsfähigen) Betroffenen abgelehnten medizinischen Behandlung.⁷

Einschränkungen dieses Rechts sind gesetzlich möglich, unterliegen jedoch den Schranken des Art 8 Abs 2 EMRK. Die Beurteilung, ob die Bestimmungen des PatVG – insb die mit den hohen inhaltlichen und formellen Verbindlichkeitskriterien verbundenen „Hürden“ bei der Ausübung des Selbstbestimmungsrechts – diesen Anforderungen genügen, fällt angesichts einer gewissen Ambivalenz dieses Gesetzes nicht leicht:⁸ Einerseits verfolgt das PatVG gerade das Ziel der Stärkung der Patientenautonomie; andererseits wird 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.

Als Rechtfertigung für diese einschränkenden – die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts belastenden – Bedingungen kommen hier nur die in Art 8 Abs 2 EMRK genannten Schutzziele der „Moral“ oder – im Sinne eines vorbeugenden Schutzes vor missbräuchlichen oder irrtümlichen Zuschreibungen von autonomen Behandlungsablehnungen – des „Schutzes der Rechte anderer“ in Betracht.⁹ Das Schutzziel „Gesundheit“ vermag einen aufgezwungenen Gesundheitsschutz gegen den Willen des entscheidungsfähigen Patienten hingegen – solange nicht Interessen Dritter berührt sind – nicht ohne weiteres zu rechtfertigen; dieser Schutzzweck kann nur insoweit herangezogen werden, als die zu beurteilende Regelung gerade der Sicherstellung einer autonomen und authentischen Patientenentscheidung dient.¹⁰

Vor dem Hintergrund der bunten europäischen Rechtslage auf dem Gebiet der Patientenverfügungen und des Fehlens eines auch nur in Ansätzen erkennbaren europaweiten Konsenses über deren rechtliche Bindungskraft¹¹ wird man bei der

⁶ Vgl zu Art 2 EMRK Kopetzki, Art 2 EMRK, in Korinek/Holoubek (Hrsg.), Kommentar zum österreichischen Bundesverfassungsrecht (5. Lfg 2002) Rz 21 f.

⁷ Nachweise bei Kopetzki, Art 2 EMRK Rz 33. Zur Anerkennung eines auf Art 8 EMRK gestützten Entscheidungsrechts des sterbewilligen Patienten insb EGMR 29. 4. 2002, Diane Pretty, EuGRZ 2002, 234 ff; insb Z 37 ff und 68 ff.

⁸ Zweifelnd Bernat, Planungssicherheit am Lebensende? EF-Z 2006, 42; 74 (47 ff); Bedenken (in einer Stellungnahme zum Entwurf) auch bei Bartra/Kalchschmid (Hrsg.), Patientenverfügung 213.

⁹ Zu den damit verbundenen Rechtsfragen – wenn auch im Zusammenhang der „aktiven Sterbehilfe“ – wieder EGMR, Fall Pretty, EuGRZ 2002, 234 Ann Kneihls.

¹⁰ Näher zu den verfassungsrechtlichen Grenzen eines staatlichen „Schutzes vor sich selbst“ im Bereich der Medizin Kopetzki, Unterbringungsrecht I 411 ff, insb 414 f. Zur Bedeutung des Art 8 EMRK im Kontext der Patientenverfügung auch Kneihls, Zur Verbindlichkeit von Patientenverfügungen, in Kopetzki (Hrsg.), Antizipierte Patientenverfügungen 61 (66 ff); ders, Grundrechte und Sterbehilfe (1998), insb 336 ff.

¹¹ Dazu Bartra/Kalchschmid, Die „Patientenverfügung“ in Europa, Wiener klinische Wochenschrift 2004, 442 (wiederabgedruckt in Bartra/Kalchschmid [Hrsg.], Patientenverfü-

Verfolgung dieser Schutzziele allerdings von einem ganz erheblichen Beurteilungsspielraum des nationalen Gesetzgebers auszugehen haben.¹² Es obliegt im Wesentlichen den einzelstaatlichen Parlamenten, in Konkretisierung der staatlichen Schutzpflichten die näheren inhaltlichen und formellen Wirksamkeitsbedingungen solcher Verfügungen festzulegen.¹³ Dies spricht im Ergebnis gegen die Annahme einer Verletzung des Art 8 EMRK. Für eine verfassungskonforme Auslegung des PatVG – insb in Bezug auf die zu respektierende Beachtlichkeit von Patientenverfügungen, die den Formvorschriften des PatVG nicht entsprechen – behält Art 8 EMRK aber durchaus eine wichtige Maßstabfunktion.¹⁴

2. Gemeinschaftsrecht

Im europäischen Gemeinschaftsrecht sind keine Bestimmungen ersichtlich, aus denen sich bindende Vorgaben für die innerstaatliche Regelung von Patientenverfügungen ableiten lassen. Nur ausnahmsweise und im speziellen Zusammenhang des Arzneimittelrechts finden sich im Sekundärrecht Anhaltspunkte für eine gebotene Beachtlichkeit ausdrücklicher Wünsche bestimmter Personengruppen, nicht an klinischen Prüfungen teilzunehmen.¹⁵ Die Gemeinschaft hat in diesem Bereich auch keine weitergehende Zuständigkeit.¹⁶ Lediglich das in Art 3 Abs 2 lit a der – für sich genommen nach wie vor nicht rechtsverbindlichen – Europäischen Grundrechte-Charta verankerte Recht auf „freie Einwilligung des Betroffenen nach vorheriger Aufklärung“ weist einen – dem Art 8 EMRK verwandten – Schutzbereich auf,¹⁷ der sich jedenfalls auch auf die antizipierte Ausübung des Selbstbestimmungsrechts erstreckt. Da hier jedoch schon die Formulierung des Schutzbereiches unter dem Vorbehalt der „gesetzlich festgelegten Einzelheiten“ steht und dieses Grundrecht überdies noch den allgemeinen Schranken des Art 52 der Charta unterliegt, wird die Übereinstimmung des PatVG mit der Charta aus ähnlichen Überlegungen zu bejahen sein wie im Hinblick auf Art 8 EMRK.¹⁸

gung – Zwischen Selbstbestimmung und Paternalismus [2005] 13); *Kalchschmid*. Die „Patientenverfügung“ in Europa. Ein Kurzüberblick, FamZ 2006, 90.

¹² Zur Abhängigkeit des „margin of appreciation“ von der Bildung eines „europäischen Standards“ mwN *Ohms*, Art 32 EMRK, in Korinek/Holoubek (Hrsg.), Kommentar zum österreichischen Bundesverfassungsrecht (7. Lfg 2005) Rz 14.

¹³ *Knežls* in Kopetzki (Hrsg.), Antizipierte Patientenverfügungen 66.

¹⁴ Zutreffend *Bernat*, EF-Z 2006, 48.

¹⁵ Art 4 lit c und Art 5 lit c der RL 2001/20 EG über die Anwendung der guten klinischen Praxis bei der Durchführung von klinischen Prüfungen mit Humanarzneimitteln, ABl L 121/34 vom 1. 5. 2001.

¹⁶ So auch 1299 B1gNR 22. GP I.

¹⁷ Zum Grundsatz des „informed consent“ gem Art 3 Abs 2 der Charta zB *Borowsky* in Mayer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union² (2006), Art 3 Rz 43; *Höfling* in Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta (2006) Art 3 Rz 3 ff; insb 17.

¹⁸ Zumal die größtmögliche Kohärenz von Charta und EMRK durch Art 52 Abs 3 der Charta auch ausdrücklich festgeschrieben wurde.

3. Völkerrecht

Für eine völkerrechtliche Beurteilung des PatVG bietet sich insb die Biomedizin-konvention des Europarates an, die sowohl allgemeine Regeln über Einwilligung und Aufklärung bei medizinischen Eingriffen (Art 5 ff) als auch eine spezielle Bestimmung über die Beachtlichkeit von „zu einem früheren Zeitpunkt geäußerten Wünschen“ (Art 9) enthält. Da Österreich diesen Vertrag jedoch bis heute weder unterzeichnet noch ratifiziert hat, kann von einer detaillierten Analyse abgesehen werden. Im Übrigen sind die aus der Biomedizinkonvention ableitbaren Anforderungen an die gesetzliche Regelung von Patientenverfügungen derart unbestimmt und flexibel formuliert,¹⁹ dass die Vereinbarkeit des PatVG mit den Bestimmungen der Konvention auch bei einer inhaltlichen Betrachtung nicht ernsthaft zweifelhaft ist.

4. Patientencharta

Nach Art 18 der als Bund-Ländervereinbarung gem Art 15a B-VG abgeschlossenen „Patientencharta“²⁰ haben „Patienten und Patientinnen ... das Recht, im Vorhinein Willensäußerungen abzugeben, durch die sie für den Fall des Verlustes ihrer Handlungsfähigkeit das Unterbleiben einer Behandlung oder bestimmter Behandlungsmethoden wünschen, damit bei künftigen medizinischen Entscheidungen soweit wie möglich darauf Bedacht genommen werden kann.“ Im Vergleich dazu ist die Regelung des PatVG wesentlich genauer, indem sie die Voraussetzungen und Grenzen der gebotenen „Bedachnahme“ nun näher präzisiert. Insofern kann das PatVG (auch) als Ausführungsregelung zur – für sich genommen nicht unmittelbar anwendbaren – Patientencharta auf der Ebene des Bundesrechts verstanden werden. Da Art 18 – ebenso wie die Patientencharta insgesamt – nur einen bundesweiten Mindeststandard festlegt, der aber das Ausmaß der gebotenen „Bedachnahme“ offen lässt,²¹ bestehen gegen den höheren Bestimmtheitsgrad des PatVG keine Bedenken im Lichte der Charta. Das gilt umso mehr für den Fall, dass man Art 18 der Charta als bloße „Kann-Bestimmung“ deutet, welche überhaupt nur ein „Recht“ zur Abgabe von Willensäußerungen vorsieht, ohne jedoch deren – zumindest grundsätzliche – Beachtlichkeit festzulegen.²²

¹⁹ Dazu *Kopetzki* in Kopetzki (Hrsg.), Antizipierte Patientenverfügungen 49 ff.

²⁰ Statt aller zuletzt BGBl I 2006/140 (Bund-Salzburg).

²¹ Näher *Kopetzki* in Kopetzki (Hrsg.), Antizipierte Patientenverfügungen 58 ff.

²² Für eine solche (minimalistische) Auslegung *Aigner*, Die Patientenverfügung – zur Entstehungsgeschichte des PatVG, FamZ 2006, 66 (67).

III. Zivilrecht

1. Handlungsfähigkeit

Eine wirksame Patientenverfügung setzt voraus, dass der Patient im Zeitpunkt der Errichtung einsichts- und urteilsfähig ist (§ 3 PatVG). Damit knüpft das Gesetz bei der Festlegung der erforderlichen Handlungsfähigkeit – im Sinne einer „Ablehnungsfähigkeit“ – nicht an die Geschäftsfähigkeit, sondern an das im Zivil-, Straf- und Verwaltungsrecht für die Ermittlung der Einwilligungsfähigkeit in Bezug auf medizinische Behandlungen auch sonst anerkannte Kriterium der „natürlichen Einsichtsfähigkeit“ an.²³

Es liegt daher nahe, bei der Konkretisierung dieses unbestimmten Gesetzesbegriffes die gleichen Maßstäbe anzulegen wie bei § 146c Abs 1 und § 283 ABGB, einschließlich der in § 146c Abs 1 enthaltenen Vermutung zugunsten der Einsichtsfähigkeit mündiger Minderjähriger. Diese Bestimmungen regeln zwar vordergründig die Handlungsfähigkeit zur Erteilung einer Einwilligung, während es in § 3 PatVG um die Fähigkeit zu wirksamen Ablehnungen geht. Da die „Einsichts- und Urteilsfähigkeit“ vom Gesetz aber ganz allgemein als Kriterium für die Entscheidungszuständigkeit statuiert ist, kann diese nicht davon abhängen, wie die Entscheidungsbefugnis inhaltlich ausgeübt wird. Wer rechtlich wirksam eine Einwilligung erteilen kann, kann dies auch unterlassen oder die Behandlung explizit ablehnen. So gesehen ist die „Ablehnungsfähigkeit“ des § 3 PatVG nur die Kehrseite der Einwilligungsfähigkeit.²⁴

Die Anknüpfung an die „Einsichts- und Urteilsfähigkeit“ führt 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.²⁵ 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. Dieses Ergebnis lässt

²³ Vgl 1299 BlgNR 22. GP 5.

²⁴ Ob dies auch für die Fähigkeit zutrifft, eine einmal errichtete Patientenverfügung zu widerrufen, ist eine (schwierige) Frage der Auslegung des § 10 Abs 2 PatVG und soll an dieser Stelle nicht näher geprüft werden.

²⁵ *Bernat* in Schwimann (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar³, ErgBd (2007) § 3 PatVG Rz 4; *Kathrein*, Das Patientenverfügungs-Gesetz, ÖJZ 2006, 555 (561); *Memmer*, Das Patientenverfügungs-Gesetz 2006, RdM 2006, 163 (172); *ders.*, Patientenverfügungen, FamZ 2006, 69 (71).

sich nicht dadurch weginterpretieren, dass man das kumulative Zustimmungserfordernis des Sorgeberechtigten gem § 146c Abs 2 ABGB auch auf die in einer verbindlichen Patientenverfügung formulierte Behandlungsablehnung anwendet. Denn zum einen lässt sich eine „Ablehnung“ iSd § 2 Abs 1 PatVG schon sprachlich nicht dem Begriff der „Einwilligung“ in § 146c Abs 2 ABGB („willigt ... ein“) unterstellen. Und zum zweiten fehlt auch für eine analoge Anwendung des § 146c Abs 2 ABGB auf Behandlungsablehnungen Minderjähriger iSd PatVG jede Bezugsbasis, da ja auch im Kontext des § 146c Abs 2 die Behandlungsverweigerung des mündigen Minderjährigen gerade nicht durch die alleinige Zustimmung des Sorgeberechtigten ausgehebelt werden kann.²⁶ Die kumulative (zustimmende) Entscheidung des Sorgeberechtigten kommt nach dem klaren Wortlaut erst dann ins Spiel, wenn der Minderjährige selbst einwilligt. Hier wie dort setzt sich also der ablehnende Wille des mündigen Minderjährigen auch gegen den Willen der Eltern durch. In Extremfällen wird man freilich genau prüfen müssen, ob der mündige Minderjährige, der zB eine lebensnotwendige Behandlung ablehnt, tatsächlich hinreichend einsichts- und urteilsfähig ist bzw ob sonstige – möglicherweise durch familiären Druck entstandene – Willensmängel vorliegen, die gegen eine freie Entscheidung sprechen.

2. Sachwalterrecht, Vorsorgevollmacht

Im Sachwalterrecht kann eine Patientenverfügung in unterschiedlicher Weise relevant werden. Zunächst kann durch eine verbindliche Patientenverfügung ausgeschlossen werden, dass die Entscheidung über die (den Gegenstand der Verfügung bildenden) Behandlung überhaupt eine „Angelegenheit“ darstellt, zu deren Besorgung ein Sachwalter zu bestellen wäre. Besteht der einzige Anlass für die Sachwalterbestellung in der anstehenden Behandlungsentscheidung, dann erübrigt sich eine Vorgangsweise nach § 268 ABGB, wenn der Patient diese Angelegenheit bereits selbst vorab verbindlich entschieden hat und somit für die „Besorgung der Angelegenheiten ... im erforderlichem Ausmaß vorgesorgt ist“ (§ 268 Abs 2 ABGB).²⁷ Gibt es darüber hinaus medizinische Behandlungsentscheidungen, welche die Bestellung eines Sachwalters erfordern, muss der Wirkungskreis im Bestellungsbeschluss entsprechend – dh unter Ausschluss der von der verbindlichen oder qualifiziert beachtlichen Patientenverfügung umfassten Behandlungen – eingeschränkt werden.²⁸ Die antizipierte Selbstbestimmung geht der Fremdbestimmung durch den Sachwalter somit vor. Das trifft auch dann zu, wenn ein für medizinische Behandlungen zuständiger Sachwalter bereits

²⁶ *Kathrein*, ÖJZ 2006, 561; *Stabentheiner* in Rummel (Hrsg), ABGB³, ErgBd (2003) § 146c ABGB Rz 5; *Memmer*, RdM 2006, 172.

²⁷ 1420 BlgNR 22. GP 10. Das ist auch bei „qualifiziert beachtlichen“ Patientenverfügungen der Fall, die zwar den Formvorschriften der §§ 4-6 PatVG nicht entsprechen, bei denen aber der Wille des Patienten klar und deutlich zum Ausdruck kommt: Zur Bindungswirkung „qualifiziert beachtlicher“ Verfügungen *Barth*, Die Patientenverfügung und ihre praktischen Folgen für den behandelnden Arzt, FamZ 2006, 72 (75).

²⁸ *Weitzenböck* in Schwimann (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar³, ErgBd (2007) § 268 ABGB Rz 9.

bestellt ist: Dieser hat eine verbindliche Patientenverfügung zu respektieren und kann 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.²⁹

Das Gesagte gilt sinngemäß auch für die Bindung des gem § 284f Abs 3 ABGB zu Einwilligungen in medizinische Behandlungen berufenen Vorsorge Bevollmächtigten durch Patientenverfügungen des Vollmachtgebers (vgl § 248h ABGB).³⁰

3. Gerichtliche Kontrolle der Wirksamkeit von Patientenverfügungen?

Vorentwürfe zum PatVG sahen unter der Überschrift „Gerichtliche Kontrolle“ eine zumindest mittelbare Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung der Verbindlichkeit von Patientenverfügungen vor: „Ist die Entscheidung über eine von der Patientenverfügung erfasste medizinische Maßnahme zu treffen, so hat das Gericht auf Antrag des behandelnden Arztes oder weil auf Grund einer Mitteilung begründete Zweifel an der Verbindlichkeit der Patientenverfügung bestehen, ein Sachwalterschaftsverfahren einzuleiten. Stellt das Gericht fest, dass die Patientenverfügung verbindlich ist und sind für den Patienten sonst keine Angelegenheiten zu besorgen, so ist das Verfahren einzustellen.“³¹ Dahinter stand der einleuchtende Gedanke, dass die mitunter erheblichen Unklarheiten, die sich bei der Beurteilung der Verbindlichkeit einer Patientenverfügung stellen können,³² eines präventiven rechtsstaatlichen Kontrollverfahrens bedürfen, um einerseits den behandelnden Ärzten eine (straf-)rechtliche Absicherung für Therapieabbrüche in Grenzfällen zu verschaffen und andererseits für den Patienten sicherzustellen, dass die rechtliche Beurteilung der Bindungskraft seiner Verfügung im Ernst- und Zweifelsfall nicht ausschließlich der Einschätzung der behandelnden Ärzte anheim gestellt bleibt. Allerdings wäre die angestrebte Rechtssicherheit mit der vorgeschlagenen Formulierung nur begrenzt erreicht worden, da das Gericht die

²⁹ In diesem Sinn auch *Bernat/Gaberc*, Das österreichische Patientenverfügungsgesetz, GesR 2007, 1 (6).

³⁰ Näher 1420 BlgNR 22. GP 30.

³¹ § 11 des (unveröffentlichten) Ministerialentwurfes Stand 8. 4. 2005.

³² Diese Beurteilungsspielräume werden auch durch die hohen Formvorschriften nicht ausgemittelt, da deren Erfüllung nach wie vor nicht ausschließt, dass die Verbindlichkeit an inhaltlichen Mängeln (zB nicht ausreichende Bestimmtheit; wesentliche Änderung des Standes der Wissenschaften; konkludenter Widerruf etc) scheitert. Insofern wird durch die Formvoraussetzungen bei der Errichtung nur ein – mitunter vielleicht irreführender – Anschein der Verbindlichkeit erzeugt.

Verbindlichkeit der Patientenverfügung nur als Vorfrage für die Einleitung eines Sachwalterbestellungsverfahrens prüfen hätte können; wäre das Gericht zum Ergebnis gekommen, dass die Patientenverfügung verbindlich ist, hätte dies lediglich zur Einstellung des Sachwalterschaftsverfahrens geführt, nicht hingegen zu einer rechtskräftigen bindenden Entscheidung mit Wirkung gegenüber Dritten.

In der geltenden Fassung des PatVG findet sich eine solche gerichtliche Überprüfungscompetenz nicht mehr. Die Gerichte können diese Aufgabe daher auch mangels Zuständigkeit nicht direkt wahrnehmen. Dieses Fehlen gerichtlicher Präventivkontrolle und die damit einhergehende Überbürdung der „Interpretationshoheit“ an die Ärzte gehört denn auch zu den zentralen Kritikpunkten, welche das PatVG in der Literatur auf sich gezogen hat.³³

Der Verzicht des Gesetzgebers auf die Verankerung einer expliziten gerichtlichen Kontrollbefugnis im PatVG schließt freilich nicht aus, dass sich eine gewisse Überprüfbarkeit bereits aufgrund des geltenden Sachwalterrechts eröffnet: Denn wenn § 268 Abs 2 ABGB die Bestellung eines Sachwalters ausschließt, wenn durch eine verbindliche Patientenverfügung ohnehin für die Besorgung der Angelegenheit („Entscheidung über die Behandlung“) vorgesorgt ist, dann hat das Pflsgericht schon de lege lata die Möglichkeit (und gegebenenfalls auch die Pflicht), diese Frage der Verbindlichkeit als Vorfrage im Sachwaltungsverfahren zu klären.³⁴ Erst wenn das Gericht – was entsprechende Ermittlungen voraussetzt – die Verbindlichkeit bejaht (und auch sonst keine zu besorgenden Angelegenheiten bestehen), kann von einer weiteren Vorgangsweise gem § 117 AußStrG abgesehen werden. Andernfalls liegt eben sehr wohl eine „Angelegenheit“ vor, die Anhaltspunkte für die Notwendigkeit der Bestellung eines Sachwalters – in dringenden Fällen: eines einstweiligen Sachwalters gem § 120 AußStrG – erzeugt.

Die dann auftretende und weithin strittige Frage, welcher Entscheidungsspielraum einem Sachwalter in Bezug auf Behandlungsabbrüche bei Vorliegen einer entsprechenden bloß „beachtlichen“ Patientenverfügung überhaupt zusteht, wird dadurch freilich nicht gelöst.³⁵ Sogar die bislang eindeutige Gerichtszuständigkeit bei schwerwiegenden Entscheidungen eines Sachwalters über einen Behandlungsabbruch³⁶ ist nun nicht mehr selbstverständlich, weil die frühere Formulierung des Genehmigungsvorbehalts für „wichtige“ Angelegenheiten (§ 216 iVm

³³ Kritisch zB *Dutige*, Das österreichische Patientenverfügungsgesetz: Schreckensbild oder Vorbild? Zeitschrift für Lebensrecht 2006/3, 81 (86).

³⁴ *Weitzenböck* in Schwimann (Hrsg), ErgBd § 268 ABGB Rz 9; *Barrh*, FamZ 2006, 74.

³⁵ Zur Kontroverse – auch nach dem SWRÄG 2006 unverändert offenen – Problematik mwN *Kopetzki*, Landesbericht Österreich, in *Taupitz* (Hrsg), Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens (2000) I (36); *ders*, Einleitung und Abbruch der künstlichen Ernährung beim einwilligungsunfähigen Patienten, *Ethik Med* 2004, 275 (285); *Bernat*, Entscheidungsbesprechung, RdM 1998, 188 f; vgl nunmehr im Kontext des PatVG auch *Bernat/Gaberc*, GesR 2007, 6.

³⁶ MwN nur *Kopetzki*, *Ethik Med* 2004, 284.

§ 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. Bei historischer und teleologischer Auslegung³⁷ wird man diese scheinbar begrenzte Genehmigungskompetenz aber im Ergebnis auch für Entscheidungen über Behandlungsabbrüche bejahen müssen.³⁸

IV. Strafrecht

1. Allgemeines

Die den gesamten Gesetzwerdungsprozess prägende – wenn auch weitgehend durch rechtliche Unkenntnis genährte – Besorgnis, das PatVG könnte der Legalisierung „aktiver (direkter) Sterbehilfe“ Vorschub leisten, erscheint bereits im Ansatz unbegründet: Da sich Patientenverfügungen iSd PatVG ausschließlich auf die Ablehnung – also das Unterlassen – bestimmter medizinischer Behandlungen richten können (§ 2 Abs 1 PatVG), können Willenserklärungen, die auf eine aktive Tötung durch Dritte abzielen, kein rechtserheblicher Inhalt einer Patientenverfügung sein. Sind derartige Wünsche in einer Patientenverfügung enthalten, fehlt ihnen die Rechtswirksamkeit. Dazu kommt, dass ein Tötungsverlangen schon im Hinblick auf die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen (§ 77 StGB) bzw der Mitwirkung am Selbstmord (§ 78 StGB) im Sinne des § 879 ABGB als nichtig zu qualifizieren wäre, da seine Befolgung einen strafgesetzwidrigen Erfolg verwirklichen würde. Dass der Gesetzgeber – mit gebanntem Blick auf die aktive Sterbehilfe³⁹ – die „strafrechtliche Unzulässigkeit“ auch noch ausdrücklich als Grund für die Unwirksamkeit einer Patientenverfügung nennt (§ 10 Abs 1 Z 2 PatVG), ist daher überflüssig und allenfalls als symbolisches Bekenntnis zu verstehen.

Die Möglichkeit der sogenannten „passiven Sterbehilfe“, also des Unterlassens bzw des Abbruchs einer lebenserhaltenden Behandlung auf Wunsch des einwilligungsfähigen Patienten, wird durch das PatVG hingegen nicht nur nicht ausgeschlossen, sondern sogar weiter rechtlich abgesichert. Das ist freilich keine Neuerung durch das PatVG, da die Durchführung bzw Fortsetzung einer – wenngleich lebensnotwendigen – medizinischen Maßnahme gegen den Patienten

³⁷ Nach den Erläuterungen soll das Gericht „die Entscheidung des Sachwalters genehmigen“ (1299 BlgNR 22. GP 8).

³⁸ Notfalls durch Analogie: *Bernat/Gaberc*, GesR 2007, 6; zur Problematik im Lichte des SWRÄG 2006 auch *Bernat*, EF-Z 2006, 76. Welche materiellrechtlichen Kriterien das Gericht in einem solchen Fall anzuwenden hat (bzw ob ein – wenn auch durch eine Patientenverfügung determinierter – „tödlicher“ Behandlungsabbruch überhaupt einer Genehmigung zugänglich ist), steht auf einem anderen Blatt.

³⁹ Vgl die wiederholte Bekräftigung der einschlägigen strafrechtlichen Verbote in 1299 BlgNR 22. GP 1, 4, 9.

tenwillen auch schon nach bisherigem Recht als eigenmächtige Heilbehandlung gem § 110 StGB verboten war. Das PatVG verschafft der Behandlungsablehnung seitens des Patienten lediglich eine erhöhte Chance der Durchsetzung, wenn der Patientenwille in eine verbindliche Patientenverfügung gekleidet ist.⁴⁰

2. Verhältnis zu § 110 Abs 1 StGB

Obwohl der Straftatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung gem § 110 StGB und das PatVG eine parallele Stoßrichtung zum Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Patienten aufweisen, bedarf ihr wechselseitiges Verhältnis einiger Präzisierung. Denn auf den ersten Blick spielt das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Patientenverfügung für die Erfüllung dieses Straftatbestandes zunächst noch gar keine Rolle: § 110 Abs 1 StGB stellt nicht auf eine wirksame Behandlungsverweigerung, sondern auf den Mangel einer gültigen Einwilligung ab. Fehlt diese Einwilligung, dann ist – lässt man die Ausnahme des § 110 Abs 2 vorläufig außer Betracht – die Behandlung unzulässig, ohne dass es zur Begründung dieser Rechtsfolge auf eine wie immer geartete Patientenverfügung ankäme. Nicht erst die Behandlungsablehnung, sondern das Fehlen der Einwilligung begründet die Strafbarkeit.

Die Frage nach der Relevanz einer Patientenverfügung kann sich somit erst dann stellen, wenn eine Behandlung in bestimmten Situationen auch *ohne* informell consent erlaubt ist, wenn also Handlungsbefugnisse Dritter bestehen, die *nicht* von der Einwilligung des Betroffenen gedeckt sein müssen. Denn wer ohnehin ein Zustimmungrecht zur Behandlung besitzt, braucht kein Vetorecht, um seinen Abwehranspruch gegenüber eigenmächtigen Interventionen geltend zu machen. Solche Behandlungserlaubnisse Dritter ergeben sich nicht aus dem PatVG, sondern müssen aus anderen Rechtsvorschriften begründet werden. Da das PatVG die bestehenden strafrechtlichen Grenzen der Heilbehandlung nicht verändern wollte, darf aus dem PatVG nicht der Umkehrschluss gezogen werden, alles medizinisch Notwendige sei so lange erlaubt, als es nicht durch eine Patientenverfügung ausgeschlossen wird. Das PatVG schafft keine über den bisherigen Rechtszustand hinausgehenden Behandlungserlaubnisse, es schränkt diese allenfalls ein.

3. Verhältnis zu § 110 Abs 2 StGB

Nun enthält freilich § 110 Abs 2 StGB eine solche Behandlungserlaubnis, indem er die im Abs 1 formulierte generelle Strafbarkeit eigenmächtiger Heilbehand-

⁴⁰ Das strafrechtliche Verbot der Behandlung gegen den Willen des Patienten gilt auch dann, wenn der Abbruch einer bereits eingeleiteten und maschinell unterstützten Behandlung auf eine „aktive“ Handlung wie etwa das Abschalten eines Gerätes angewiesen ist, da diese Konstellation strafrechtlich als Beendigung der Behandlung (und somit als „passive“ Sterbehilfe) und nicht als aktive Tötung zu deuten ist: Statt aller mwN *Kienapfel/Schroll*, Grundriss des österreichischen Strafrechts⁵ BT I (2003) Vorbem § 75 Rz 26; *Moos* in Höpfl/Ratz (Hrsg), Wiener Kommentar zum StGB² Vorbem zu §§ 75–79 StGB Rz 45.

lungen für den Fall beseitigt, dass eine Einwilligung nicht rechtzeitig eingeholt werden kann und dadurch (bei weiterem Zuwarten) eine Lebens- oder schwere Gesundheitsgefahr eintreten würde. Nichtsdestoweniger wird § 110 StGB ganz allgemein als Verbot einer Behandlung gegen den erklärten Willen des (einwilligungsfähigen) Patienten gedeutet, unabhängig davon, in welcher Form dieser Wille geäußert wird: Liegt eine wirksame Ablehnung vor, dann kann diese auch nicht durch § 110 Abs 2 StGB überspielt werden, da dieser spezifische Rechtfertigungsgrund für eine Behandlung bei Gefahr im Verzug nur dann und so lange anwendbar ist, als eine wirksame Entscheidung des Patienten bzw eines zuständigen Vertreters nicht eingeholt werden kann. Hat der Patient die Behandlung aber einmal im Zustand der Einwilligungsfähigkeit abgelehnt, so kann die Behandlung nach herrschender Ansicht auch dann nicht mehr nach § 110 Abs 2 gerechtfertigt werden, wenn der Patient im Behandlungszeitpunkt die Einwilligungsfähigkeit verloren hat.⁴¹ Andernfalls ließe sich eine Behandlungsablehnung dadurch aushebeln, dass man den Wirkungsbeginn der Narkose abwartet.

Vor diesem Hintergrund kann die Bedeutung einer verbindlichen Patientenverfügung iSd PatVG im Lichte des § 110 StGB vor allem darin gesehen werden, dass die Patientenverfügung die Inanspruchnahme des Rechtfertigungsgrundes des § 110 Abs 2 StGB insoweit limitiert, als die Bindungskraft der Patientenverfügung reicht. Die Patientenverfügung entzieht einem Vorgehen nach § 110 Abs 2 StGB die rechtfertigende Grundlage.⁴² Das trifft nicht nur für „verbindliche“, sondern – nach Maßgabe ihrer nach PatVG zu beurteilenden „Beachtlichkeit“ – auch für „qualifiziert beachtliche“ Patientenverfügungen zu. Was durch eine Patientenverfügung wirksam ausgeschlossen ist, kann nicht durch § 110 Abs 2 StGB gerechtfertigt werden.

Das leitet zur Frage über, ob eine Behandlungsablehnung, die den Verbindlichkeitskriterien des PatVG *nicht* entspricht, künftig die Inanspruchnahme der Ausnahme des § 110 Abs 2 StGB in keinem Fall mehr ausschließen kann. Dies liefere auf eine erhebliche Abschwächung des Selbstbestimmungsrechts hinaus, da vor dem Inkrafttreten des PatVG nicht strittig war, dass zumindest eine einigermaßen aktuelle und konkrete Behandlungsverweigerung im Lichte des § 110 StGB grundsätzlich zu respektieren ist.⁴³ Wollte man an solche Ablehnungen in Zukunft ausnahmslos die Voraussetzungen des PatVG anwenden, dann wären Weigerungen im unmittelbaren Kontext einer anstehenden Behandlungsentscheidung allenfalls „beachtlich“, da dem Patienten die Erfüllung der in den §§ 4-6 PatVG enthaltenen Voraussetzungen realistischerweise oft nicht mehr möglich sein wird. Man denke nur an einen (einwilligungsfähigen) Angehörigen der Zeugen Jehovas, der – ohne eine schriftliche Patientenverfügung verfasst zu haben – unmittelbar vor einer Operation eine Bluttransfusion ausdrücklich ausschließt.

⁴¹ So die völlig hL: mwN nur *Kienapfel/Schroll*, Strafrecht⁵ BT I § 110 Rz 32; *Moos* in Höpfer/Ratz (Hrsg), Wiener Kommentar³ Vorbem zu §§ 75-79 StGB Rz 32, 36; *Bertel* in Wiener Kommentar² § 110 StGB Rz 32.

⁴² So schon *Kienapfel/Schroll*, Strafrecht⁵ BT I § 110 Rz 32.

⁴³ ZB *Moos* in Höpfer/Ratz, Wiener Kommentar³ Vorbem zu §§ 75-79 StGB Rz 36.

Ein solches Auslegungsergebnis wäre im Lichte der zentralen Zielsetzung des PatVG – Stärkung der Patientenselbstbestimmung – nicht plausibel. Vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte und der – auf eine Regelung *künftiger* Behandlungsentscheidungen abzielenden⁴⁴ – Absicht des Gesetzgebers liegt es daher nahe, den sachlichen Anwendungsbereich des PatVG teleologisch auf solche Behandlungsablehnungen zu reduzieren, die *nicht* im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit einer unmittelbar bevorstehenden und konkret vorhersehbaren Behandlung abgegeben werden und bei denen die für die Entscheidungsfindung erheblichen Kriterien (insb in Bezug auf die Art der Krankheit und der dadurch ausgelösten Behandlungsnotwendigkeiten) eben wegen des zeitlichen Abstands zwischen Entscheidung und Behandlung noch nicht hinreichend konkretisiert sind.

Doch selbst wenn man dieser Auslegung nicht folgen wollte, könnte auch die Anwendung des PatVG zu keinem anderen Ergebnis führen: Wer etwa unmittelbar vor dem Verlust der Einsichts- und Urteilsfähigkeit mündlich klar und deutlich eine Behandlung ablehnt, mag zwar „nur“ eine beachtliche Patientenverfügung iSd PatVG „errichtet“ haben. Der Grad der „Beachtlichkeit“ wird dann jedoch so stark sein müssen, dass er der „Verbindlichkeit“ völlig gleichwertig ist.⁴⁵ Zurecht wird daher darauf hingewiesen, dass solche „qualifiziert beachtlichen“ Verfügungen – auch bei Nichteinhaltung der Vorschriften der §§ 4 ff PatVG – nicht weniger bindend sind als „verbindliche“ Patientenverfügungen.⁴⁶ Der Übergang zwischen den gesetzlichen Kategorien der „beachtlichen“ und der „verbindlichen“ Patientenverfügung ist somit fließend: Die Besonderheit der „beachtlichen“ im Unterschied zur „verbindlichen“ Patientenverfügung ist, dass die darin ausgedrückten (vergangenen) Willensäußerungen „nur“ ein Hilfsmittel zur Ermittlung des (aktuellen) hypothetischen Patientenwillens darstellen; dieser hypothetische Wille – ist er einmal festgestellt – bindet dann aber den Arzt rechtlich ebenso wie ein aktuell erklärter Wille oder eine verbindliche Patientenverfügung.⁴⁷

4. § 110 Abs 2 StGB und § 12 PatVG

Dem Befund, dass eine – sofern bindende – Patientenverfügung die Inanspruchnahme des § 110 Abs 2 StGB bei Gefahr im Verzug ausschließt und folglich auch eine medizinisch dringende Notfallmaßnahme im Hinblick auf die antizipierte Weigerung des Patienten unzulässig ist, steht auch § 12 PatVG nicht entgegen: Demnach lässt das PatVG die „medizinische Notfallversorgung unberührt, sofern

⁴⁴ Deutlich etwa in 1299 BlgNR 22. GP 3, wo von „einer in der Zukunft liegenden Krankheitssituation“ die Rede ist und der Patient daher „nicht über eine konkrete und gegenwärtige (unmittelbar bevorstehende) Heilbehandlung“ entscheide.

⁴⁵ Wie hier *Bernat/Gaberc*, GesR 2007/1, 5; *Bernat*, Planungssicherheit am Lebensende? Teil 1, EF-Z 2006, 42 (47 f); *ders* in Schwimann (Hrsg), ErgBd § 9 PatVG Rz 2; *Kathrein*, ÖJZ 2006, 566.

⁴⁶ *Barth*, FamZ 2006, 75.

⁴⁷ Zutreffend *Memmer*, Patientenverfügungen, FamZ 2006, 71.

der mit der Suche nach einer Patientenverfügung verbundene Zeitaufwand das Leben oder die Gesundheit des Patienten ernstlich gefährdet“. Das korrespondiert mit den Wertungen des § 110 Abs 2 StGB und stellt klar, dass dann, wenn eine Entscheidung des Betroffenen über die Behandlung noch gar nicht ersichtlich ist oder erst zeitraubend ermittelt werden müsste, im Zweifel der ärztliche Versorgungsauftrag Vorrang hat. Insb sollten dadurch „solche Maßnahmen, deren Aufschub das Leben oder die Gesundheit des Patienten gefährden kann, nicht durch die Suche nach einer Patientenverfügung hinausgezögert werden“. ⁴⁸ Es obliegt dem Patienten, dafür Sorge zu tragen, dass eine Patientenverfügung im Fall des Falles für die behandelnden Ärzte auch tatsächlich „verfügbar“ ist. Nicht anders als bei § 110 Abs 2 StGB dispensiert § 12 PatVG aber nicht von der Beachtung einer Patientenverfügung, die den Ärzten bereits bekannt ist (zB weil sie in der Krankengeschichte dokumentiert ist oder von einem Angehörigen zeitgerecht beigebracht wurde) und nach der daher nicht mehr „gesucht“ werden muss. Solche – den Ärzten zugängliche – Verfügungen müssen nach Maßgabe der ihr nach dem PatVG zukommenden Bindungswirkung auch in Notfällen beachtet werden und schließen ein Vorgehen nach § 110 Abs 2 StGB weiterhin aus. ⁴⁹

Fraglich erscheint, ob die durch § 12 PatVG angeordnete Unbeachtlichkeit einer Patientenverfügung in Notfällen auch dann gelten soll, wenn die Patientenverfügung zwar bereits vorliegt (und sich eine „Suche“ daher erübrigt), aber keine Klarheit über ihre rechtliche Wirksamkeit bzw über die Reichweite ihrer Verbindlichkeit besteht. Zumindest bei massiven Zweifeln über die Bindungskraft wird man sich einer analogen Anwendung des § 12 auf diese Konstellation wegen der Vergleichbarkeit des Interessenkonflikts nicht verschließen dürfen. Die generelle Aussage, wonach der Zeitaufwand für die „Wirksamkeitsprüfung“ jenem für die „Suche“ nach der Patientenverfügung schlechthin gleichzuhalten und daher auch eine bekannte Patientenverfügung bei Gefahr im Verzug „nicht weiter zu beachten“ sei, sofern es nur irgendeiner Prüfung ihrer Wirksamkeit bedarf, ⁵⁰ liefe hingegen darauf hinaus, dass Patientenverfügungen in Notfällen kaum mehr Relevanz hätten – denn die Notwendigkeit einer (wenn auch nur kursorschen) Beurteilung ihrer Verbindlichkeit wird sich bei jeder derartigen Verfügung stellen.

⁴⁸ 1299 BfGNr 22. GP 9.

⁴⁹ 1299 BfGNr 22. GP 9 f. „Wenn aber in einer Notfallsseinrichtung oder in einer anderen Versorgungseinrichtung eine Patientenverfügung in der Krankengeschichte dokumentiert ist, muss diese auch in Notfällen beachtet werden.“

⁵⁰ In diesem Sinn wohl *Kletečka-Pulker*, Checkliste Patientenverfügung, FamZ 2006, 76; überzeugender *Kunz/Gepart*, Aufgaben der bei der Errichtung einer Patientenverfügung mitwirkenden Juristen – am Beispiel des Rechtsanwalts, FamZ 2006, 81 (82), die § 12 PatVG nur dann anwenden wollen, „sofern das handelnden Personen vom Bestehen einer aufrechten PV keine Kenntnis haben“; ebenso *Bernat* in Schwimann (Hrsg), ErgBd § 12 PatVG Rz 1.

V. Krankenanstaltenrecht

1. Einwilligung, Dokumentation

Durch die Neufassung des § 8 Abs 3 KAKuG idF der Novelle BGBI I 2006/122 ist klargestellt, dass auch im stationären Versorgungsbereich bei Einwilligungsunfähigkeit des Patienten keine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters mehr möglich ist, sofern die Vorahme der Behandlung bereits durch eine verbindliche Patientenverfügung ausgeschlossen ist. Für den Fall, dass der einwilligungsunfähige Patient gar keinen gesetzlichen Vertreter hat, trifft § 8 Abs 3 KAKuG zwar keine explizite Vorsorge. Da sich die Formulierung des § 8 Abs 3 KAKuG aber weitgehend an § 110 Abs 2 StGB orientiert, ist nicht zweifelhaft, dass die Behandlungserlaubnis bei Gefahr im Verzug gem § 8 Abs 3 zweiter Satz KAKuG nicht mehr ausgeschöpft werden darf, wenn dem eine hinreichend beachtliche – eine konkrete Behandlung ablehnende – Patientenverfügung entgegen steht. Insofern kann auf die Überlegungen zu § 110 StGB verwiesen werden. Lediglich sprachlich angepasst wurde die Dokumentationspflicht gem § 10 Abs 1 Z 7 KAKuG, die sich nun auf sämtliche Patientenverfügungen iSd PatVG erstreckt.

2. Informations- und Mitwirkungspflichten

Ob der Krankenanstaltenträger (zB aufgrund des Behandlungsvertrages) verpflichtet ist, den Patienten auf die Möglichkeit der Errichtung einer Patientenverfügung hinzuweisen, könnte fraglich sein, wird aber im Hinblick auf die ausdrückliche gesetzliche Verpflichtung der Anstalts Träger zur Information der Patienten über die „ihnen zustehenden Rechte“ (§ 5a Z 1 KAKuG iVm den Landes-KAG, zB § 17a Abs 4 Wr KAG) im Ergebnis zu bejahen sein. Eine andere Frage ist hingegen, ob den Anstalts Träger auch eine darüber hinausgehende Rechtspflicht zur Hilfestellung oder Mitwirkung bei der Errichtung – etwa durch Bereitstellung der für eine verbindliche Patientenverfügung nötigen ärztlichen Aufklärung iSd § 5 PatVG – trifft. Eine solche Verpflichtung lässt sich krankenanstaltenrechtlich nicht begründen. Sie könnte sich aber aus dem Behandlungsvertrag ergeben; dies ist eine Frage der Auslegung der konkret getroffenen Vereinbarungen. ⁵¹ Erbringt der Anstalts Träger diese Aufklärungsleistung freiwillig – was ihm zweifellos freisteht –, dann steht einer gesonderten Honorierung dieser Leistung wohl regelmäßig § 27 Abs 2 KAKuG entgegen.

Ob und unter welchen Bedingungen ein rechtskundiger Vertreter einer Patientenvertretung iSd § 11e KAKuG bzw der entsprechenden Landesgesetze über die Patientenverfügungen ⁵² an der Errichtung von Patientenverfügungen (§ 6

⁵¹ Dass nach hA auch die ärztliche Aufklärung als Nebenpflicht aus dem Behandlungsvertrag abgeleitet wird (mwN *Juen*, Arzthaftungsrecht² [2005] 60), bedeutet noch nicht, dass davon auch die spezifische Aufklärung iSd PatVG erfasst ist.

⁵² Gesetz über die Burgenländische Gesundheits- und Patientenwaltschaft (bgld LGBI 2000/51); Gesetz über die Patientinnen-/Patienten- und Pflegevertretung (Patientinnen-/Patienten- und Pflegeombudsschaft) (stmk LGBI 2003/66); Patienten- und Klienten-

PatVG) mitwirkt, liegt in der Entscheidung des Trägers der Patientenverwaltung. ⁵³ Sofern das Landesrecht keine abweichenden Regelungen vorsieht, schließt dies insb auch die Entscheidung ein, ob diese rechtsberatende Funktion unentgeltlich angeboten wird oder nicht. Weil und insoweit die Patientenvertretungen bzw Patientenanwaltschaften vom Gesetz typischerweise zur „Wahrnehmung der Patienteninteressen“ ⁵⁴ oder ganz allgemein zur Erfüllung „sonstiger durch Gesetz übertragener Aufgaben“ berufen sind, ⁵⁵ könnte hier allerdings von einer – wenngleich nicht durch das PatVG, sondern durch Landesrecht begründeten – Pflichtaufgabe der Patientenanwaltschaften in Bezug auf die Errichtung von Patientenvertretungen gesprochen werden.

3. Patientenverfügung und Aufnahmepflicht

Gem § 15 PatVG 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 zur Gewährleistung 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“. ⁵⁶

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 –

schutzG (VlBG LGBl 1999/26 idF 2006/4); Gesetz über die Wiener Pflege-, Patientinnen- und Patientenanwaltschaft (Wr LGBl 2006/59); Gesetz über die Patientenanwaltschaft (Kmt LGBl 1990/53 idF 2002/57); Gesetz über die Tiroler Patientenvertretung (Tir LGBl 2005/40).

⁵³ Vgl. Aigner, Der Wert von unabhängigen Patientenvertretungen in Österreich, Mittellungen der Sanitätsverwaltung 2006/12, 11 (13).

⁵⁴ § 11e KAKuG.

⁵⁵ Vgl zB § 1 iVm § 2 Z 6 des Gesetzes über die Wiener Pflege-, Patientinnen- und Patientenanwaltschaft, Wr LGBl 2006/59.

⁵⁶ 1299 BGI/NR 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.“

Besondere Bedeutung erhält dies beim Zugang oder Erhalt von Versorgungsleistungen. Hier darf die Errichtung einer Patientenverfügung oder auch die Unterlassung einer solchen Erklärung keinesfalls zur Bedingung für die Aufnahme in die Einrichtung gemacht werden. Um dies zu gewährleisten, werden derartige Einflussnahmen mit einer Verwaltungsstrafe sanktioniert. Der Straffrahmen soll vor allem im Hinblick auf eventuelle wirtschaftliche Interessen vorbeugenden Charakter haben und Druck auf den Patienten so weit wie möglich verhindern.“

obwohl dies möglicherweise zu einer Verbilligung oder Erleichterung der Anstaltspflege führen würde.

Bei der umgekehrten Variante – der Patient hat eine Patientenverfügung errichtet – sind die Rechtsfolgen des § 15 PatVG allerdings auslegungsbedürftig: Bekommt etwa ein Patient genau jene ärztliche Leistung nicht, die Gegenstand einer verbindlichen Ablehnung in Gestalt einer Patientenverfügung ist, so wird – nimmt man das Gesetz wörtlich – der „Erhalt (bzw Nichterhalt) einer Leistung“ sehr wohl „davon abhängig“ gemacht, dass eine Patientenverfügung errichtet worden ist. Diese – vom PatVG geradezu intendierte – Verknüpfung zwischen dem Inhalt einer Patientenverfügung und der Begrenzung der Leistungserbringung zu verbieten, kann freilich nicht Sinn der Bestimmung sein, da ein solches Verständnis die gesamte Zielsetzung des PatVG unterlaufen würde. Wie wäre es aber zu beurteilen, wenn der Patient in einer Patientenverfügung eine bestimmte Behandlungsmethode verweigert, ohne deren Einschluss eine fachgemäße Behandlung in der Krankenanstalt überhaupt nicht mehr lege artis möglich wäre, etwa weil zur fachgerechten Weiterbehandlung anderweitige Spezialmethoden erforderlich sind, die in der betreffenden Anstalt nicht verfügbar sind? Nach den bisher geltenden Maßstäben würde in diesem Fall eine – sofern bestehende – krankenanstaltenrechtliche Aufnahmepflicht entfallen, da die Aufnahmeverpflichtungen des KAKuG unter Bedachtnahme auf das – tatsächliche und rechtliche – verfügbare Leistungsangebot auszulegen sind. ⁵⁷ Die Verweigerung einer Behandlung steht aber dem Fehlen dieser Behandlungsressource grundsätzlich gleich. ⁵⁸ Ähnliche Probleme stellen sich für private nichtgemeinnützige Krankenanstalten, die – abgesehen von der unbedingt notwendigen ärztlichen Hilfe – keine Aufnahmepflicht kraft KAKuG trifft und denen daher bisher grundsätzlich die freie Entscheidung offenstand, ob sie den Patienten aufnehmen oder nicht. ⁵⁹ Die Anstalt kann daher die Aufnahme eines Patienten durchaus ablehnen, wenn er eine bestimmte Behandlung verweigert – zumal dann, wenn die Anstaltspflege – unter Ausschluss der abgelehnten Maßnahme – nicht mehr lege artis durchgeführt werden könnte. Wird dieser Entscheidungsspielraum des Trägers hinsichtlich der Aufnahme nun durch § 15 PatVG allein deshalb beseitigt, weil die

⁵⁷ Näher zB Aigner, Zur Aufnahmepflicht öffentlicher Krankenanstalten, RdM 1996, 111 (112).

⁵⁸ Mazal, Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung von Zeugen Jehovas, in Mazal (Hrsg), Grenzfragen der ärztlichen Behandlung (1998) 26 (38).

⁵⁹ Vergleichbare Fragenstellungen tauchen bei Pflegeheimen auf: Kann ein Pflegeheim die Aufnahme einer Person ablehnen, die etwa eine Sondenernährung vorab ablehnt, obwohl das passive Verhungern nach dem moralischen Selbstverständnis der Einrichtung nicht legitim wäre? Klar war bislang nur, dass das Heimpersonal eine solche (sofern verbindliche) Ablehnung bei einem bereits aufgenommenen Bewohner nicht unter Berufung auf ihre eigenen ethischen Grundsätze missachten darf (vgl – auch für Österreich zutreffend – BGH 8. 6. 2005, XII ZR 177/03) und dass der Heimträger bestehende Vertragsverhältnisse nicht ohne weiteres, sondern nur aus „wichtigen Gründen“ kündigen darf (§ 27i KSchG). Wäre diese Ablehnung aber schon vor der Aufnahme bekannt gewesen, hätte das Heim die Übernahme der Pflege unter diesen Bedingungen von vornherein ablehnen können, zumal es für diese Einrichtungen keine gesetzliche Aufnahmepflicht gibt.

Existenz einer Patientenverfügung dann ein verpöntes Kriterium für den „Zugang zur Einrichtung“ darstellen würde? Oder ergibt sich aus § 15 PatVG gar eine generelle Aufnahmepflicht gegenüber Personen, die eine Patientenverfügung errichtet haben?

Gegen eine so weitreichende Auslegung des § 15 PatVG spricht wohl, dass dies auf eine substantielle Modifikation der krankenanstaltenrechtlichen Aufnahmepflichten hinauslaufen würde. Dies ist dem PatVG bei verfassungskonformer Interpretation im Zweifel nicht zu unterstellen, weil die Festlegung der Aufnahmepflichten von Krankenanstalten kompetenzrechtlich dem Art 12 B-VG zuzuordnen und folglich der Regelung durch unmittelbar anwendbares Bundesrecht entzogen ist. Man wird die Strafbestimmung des § 15 PatVG daher einschränkend dahingehend verstehen müssen, dass sie nur ausschließt, den Bestand oder Nichtbestand einer Patientenverfügung zum *einzigsten* Kriterium für die Entscheidung über den Zugang zur Einrichtung bzw zu einer bestimmten Leistung zu machen.⁶⁰ Der Zugang darf nicht *nur* davon abhängig gemacht werden, dass eine Patientenverfügung errichtet oder dies unterlassen wird.⁶¹ 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.

4. Widerspruch zur Organentnahme

Der Widerspruch zur postmortalen Organentnahme zu Zwecken der Transplantation gem § 62a Abs 1 KAKuG ist kein Anwendungsfall des PatVG. Der Widerspruch im Kontext des Transplantationsrechts hat mit dem Institut der Patientenverfügung schon deshalb nichts zu tun, weil er seine bestimmungsgemäße Wirkung erst nach dem Tod entfaltet. Das PatVG regelt ausschließlich Willenserklärungen, die sich auf spätere Behandlungssituationen bei einem zwar einwilligungsunfähigen, aber immerhin noch lebenden Patienten beziehen.⁶² Die Wirksamkeit eines Widerspruchs zur Organexplantation an der Leiche ist nach den speziellen transplantationsrechtlichen Bestimmungen des § 62a KAKuG zu beurteilen.

Auch bei der Organspende unter Lebenden stellt sich die Frage nach der Wirksamkeit einer Patientenverfügung nicht, weil solche fremdnützigen Eingriffe wegen § 90 StGB immer der höchstpersönlichen Einwilligung des Spenders

⁶⁰ Das würde auch das bei *Kathrein* erwähnte Beispiel umfassen, dass eine Krankenanstalt die Aufnahme und Behandlung verweigert, weil der Patient aus religiösen Gründen bestimmte Behandlungen abgelehnt hat (*Kathrein*, ÖJZ 2006, 567).

⁶¹ In diesem Sinn auch *Kuhn*, Patientenverfügung und Aufnahmepflicht, iFamZ 2007, 144.

⁶² Es muss daher auch gar nicht näher geprüft werden, ob postmortale Organentnahmen überhaupt dem Begriff der „medizinischen Behandlung“ iSd § 2 Abs 1 PatVG unterfallen.

bedürfen, die angesichts der Bindung der zivilrechtlichen Vertreter an das „Wohl“ des Pflégelings auch nicht substituiert werden kann. Da die Organentnahme ohne persönliche und jederzeit widerrufbare Einwilligung rechtlich ohnehin nicht zulässig wäre, hätte eine „antizipierte Ablehnung“ keinen rechtlichen Mehrwert: es bedarf ihrer gar nicht.

VI. Behandlungspflichten und Behandlungszwang

1. Gesetzliche Duldungspflichten und Zwangsbefugnisse

Gesetzliche Verpflichtungen zur Duldung bestimmter medizinischer (diagnostischer oder therapeutischer) Maßnahmen werden durch das PatVG ebenso wenig berührt wie Befugnisse zur Zwangsbehandlung oder Zwangsuntersuchung, und zwar unabhängig davon, ob diese Pflichten durch unmittelbare Zwangsanwendung durchsetzbar sind (zB Zwangsuntersuchung, Zwangsbehandlung und Zwangsernährung gem § 69 StVG) oder nicht (zB Blutalkoholbestimmung gem § 5 Abs 6 StVO; Untersuchungsspflicht gem § 12 SMG oder § 85 AußStrG). Ein – im Hinblick auf entgegenstehende gesetzliche Bestimmungen – unbeachtlicher Patientenwille bleibt auch dann unbeachtlich, wenn er in einer Patientenverfügung zum Ausdruck gebracht wird und den materiellen und formellen Kriterien des PatVG entspricht.⁶³

§ 13 PatVG bringt dies nun auch explizit zum Ausdruck: Danach kann der Patient „durch eine Patientenverfügung die ihm allenfalls aufgrund besonderer Rechtsvorschriften auferlegten Pflichten, sich einer Behandlung zu unterziehen, nicht einschränken“. Solche Behandlungs- und Duldungspflichten liegen nicht nur dann vor, wenn das Gesetz eine Person zur Vornahme einer Behandlung verpflichtet, sondern auch dann, wenn staatliche Organe unmittelbar zur Ausübung eines Behandlungs- oder Untersuchungszwangs ermächtigt werden, da solchen Zwangsbefugnissen immer auch eine – zumindest implizite – Duldungspflicht des Betroffenen korrespondiert. Doch auch ohne diese Klarstellung wäre in sinngemäßer Anwendung des § 879 ABGB nicht zweifelhaft, dass einer Patientenverfügung, deren Inhalt mit bestehenden gesetzlichen Regelungen im Widerspruch steht (bzw deren Befolgung auf ein rechtswidriges Verhalten Dritter hinauslaufen würde), insofern keine rechtliche Bindungswirkung zukommen kann.⁶⁴

⁶³ Vgl zur bisherigen Rechtslage *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 849.

⁶⁴ In den vorangegangenen Ministerialentwürfen zum PatVG (vgl zB den Entwurf vom 8. 4. 2005) kam dies noch deutlicher zum Ausdruck, da gem § 9 Abs 1 Z 3 die Verbindlichkeit der Patientenverfügung davon abhängig sein sollte, dass „ihr Inhalt rechtlich zulässig“ ist. Trotz der späteren (und in ihrer Bedeutung nicht nachvollziehbaren) Einschränkung dieses Verbindlichkeitsvorbehalts auf die „strafrechtliche“ Unzulässigkeit in § 10 Abs 1 Z 2 PatVG gehen auch die Erläuterungen weiterhin davon aus, dass der Patient wegen § 879 ABGB „nichts rechtlich Verbotenes“ verlangen könne (1299 BIE/NR 22. GP 9).

2. Keine Begründung von Zwang durch das PatVG

Umgekehrt folgt aus dem Umstand, dass die Ablehnung einer bestimmten Maßnahme nicht vom sachlichen Anwendungsbereich des PatVG umfasst ist, noch nichts für die Frage, ob diese Maßnahme auch ohne oder gegen den Willen des Betroffenen gesetzt werden darf. Lehnt ein Patient in einer „Patientenverfügung“ beispielsweise pflegerische Maßnahmen ab, dann steht dieser „sonstige Inhalt“ zwar der Wirksamkeit der übrigen Inhalte der Verfügung nicht entgegen (§ 11 PatVG). Die Ablehnung von Pflegemaßnahmen ist aber kein rechtserheblicher Inhalt einer Patientenverfügung, da sich dieser gem § 2 PatVG nur auf die Ablehnung „medizinischer Maßnahmen“ beziehen kann. Zu diesen „medizinischen“ und daher nach PatVG ablehnungsfähigen Maßnahmen gehört etwa die Sondenernährung durch eine PEG-Sonde (einschließlich der Nahrungszufuhr in die liegende Sonde⁶⁵), nicht jedoch die „normale“ Zufuhr von Nahrung und Flüssigkeit. Dieser eingeschränkte Anwendungsbereich des PatVG trägt hingegen nicht den Umkehrschluss, die Grundversorgung mit Nahrung und Flüssigkeit könne *überhaupt nicht* wirksam verweigert werden.⁶⁶ Das PatVG regelt diesen Sachverhalt gar nicht; er ist daher nach anderen Vorschriften zu beurteilen (die im Ergebnis freilich auch für Pflegemaßnahmen im Allgemeinen bzw für die Ernährung im Besonderen keine Anhaltspunkte für die Zulässigkeit einer gegen den Willen aufgezwungenen Fürsorge erkennen lassen⁶⁷).

Das PatVG kann somit keinen gesetzlichen Behandlungszwang beseitigen; es schafft aber auch keine neue Rechtsgrundlage für Zwangsmaßnahmen in Bereichen, die vom PatVG gar nicht erfasst werden.

VII. Berufsrecht

1. Ärztliche Behandlungs- und Fürsorgepflichten

Soweit die Bindungswirkung einer Patientenverfügung reicht, begrenzt sie die (auch) berufsrechtlich verankerten Behandlungs- und Fürsorgepflichten der Ärzte (zB § 49 ÄrzteG). Der Hinweis auf solche Handlungspflichten⁶⁸ kann daher für

⁶⁵ 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“ iSd PatVG, die der Ablehnungsmöglichkeit nach Maßgabe des PatVG unterliegt (in diesem Sinne – entgegen verbreiteten Mystifikationen – ausdrücklich klarstellend AB 1381 B1gNR 22. GP 2).

⁶⁶ Insofern zumindest missverständlich *Bachinger*. Die Patientenverfügung – Fragen und Antworten, FamZ 2006, 79 (83), wonach die Grundversorgung als Teil der Pflege „nicht abgelehnt werden“ könne.

⁶⁷ Richtig daher die Feststellung des Justizausschusses, wonach es „[a]ußerhalb des Anwendungsbereichs des Patientenverfügungsgesetzes ... im Rahmen der Pflege jedem freisteht, angebotene Leistungen abzulehnen“ (1381 B1gNR 22. GP 2). In diesem Sinne wie hier auch *Bernat* in Schwimann (Hrsg), ErgBd § 3 PatVG Rz 6; *ders*, EF-Z 2006, 75.

⁶⁸ Vgl zB die Bindung an Berufs- und Standespflichten iSd § 136 Abs 2 ÄrzteG.

sich genommen nie gegen die Beachtung einer Patientenverfügung ins Treffen geführt werden. Es wäre auch irreführend, in diesem Zusammenhang von einer „Pflichtenkollision“ zu sprechen, da die wirksame Behandlungsablehnung durch den Patienten eine allenfalls entgegenstehende Behandlungsverpflichtung schon im Ansatz beseitigt.

2. Qualifikation des aufklärenden Arztes

Das Berufsrecht der Ärzte wird auch bei der Frage berührt, welche Qualifikation der gem § 5 PatVG aufklärende Arzt haben muss. Klar ist zunächst, dass der Arzt grundsätzlich zur selbständigen Berufsausübung berechtigt sein muss. Die Aufklärung durch einen in Ausbildung stehenden Turnusarzt innerhalb der Grenzen des § 3 Abs 3 ÄrzteG ist allerdings nicht schlechthin ausgeschlossen, sofern er über die nötige Qualifikation verfügt und er an einer anerkannten Ausbildungsstätte unter Anleitung und Aufsicht der ausbildenden Ärzte handelt.

Über die gebotene fachliche Qualifikation lässt sich keine allgemeine Aussage treffen. Nur bei Ärzten für Allgemeinmedizin wird die Befugnis zur Aufklärung nach dem PatVG 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 (zB Psychiater bei einer „psychiatrischen“ Patientenverfügung; Chirurgen) in Betracht.⁶⁹

3. Dokumentationspflichten

Die besonderen – teils auf die Errichtung, teils auf bereits errichtete Patientenverfügungen bezogenen – Dokumentationspflichten des PatVG⁷⁰ stellen bereichsspezifische Konkretisierungen und Präzisierungen jener Dokumentationsregeln dar, welche für Ärzte bzw Krankenanstalten bereits nach allgemeinen berufsrechtlichen (§ 51 Abs 1 ÄrzteG) oder krankenanstaltenrechtlichen Bestimmungen (insb § 10 Abs 1 Z 7 KAKuG) bestehen. Soweit das PatVG keine Sonderbestim-

⁶⁹ Für eine Einschränkung auf Internisten und Intensivmediziner hingegen *Bernat/Ga-berc*, GesR 2007, 2.

⁷⁰ § 5 (Dokumentation des aufklärenden Arztes betreffend die Vornahme der Aufklärung, das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit sowie die zutreffende Folgeneinschätzung); § 14 Abs 2 (Dokumentation über das Fehlen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit); § 6 Abs 2 (Dokumentation des Rechtsanwalts, Notars oder rechtskundigen Mitarbeiters der Patientenvertretung betreffend die Vornahme der Befehlung über die Folgen der Patientenverfügung und die Möglichkeit des Widerrufs); § 14 Abs 1 (Aufnahme von – bereits errichteten – Patientenverfügungen in die ärztliche Dokumentation).

mungen enthält, sind auftretende Fragen (zB zur Aufbewahrungsdauer) nach den allgemeinen Regeln zu beurteilen.

4. Rechtsberufe

Die subsidiäre Anwendbarkeit berufs- oder dienstrechtlicher Bestimmungen kann auch bei den mit der Errichtung einer Patientenverfügung befassten Juristen (Rechtsanwalt, Notar, rechtskundiger Mitarbeiter von Patientenvertretungen) zusätzliche Verpflichtungen auslösen, die zu jenen nach dem PatVG ergänzend hinzutreten: In diesem Sinn ist etwa ein Rechtsanwalt gem § 10 Abs 4 RAO idF BGBl I 2006/93 auch zur Überprüfung der Identität des Patienten, zur umfassenden Belehrung über Alternativen zur Errichtung einer verbindlichen Patientenverfügung sowie zur Vergewisserung darüber verpflichtet, dass der Patient die Tragweite und Auswirkungen der Verfügung verstanden hat. Das schließt auch eine Textkontrolle (Vermeidung von Inhalten, die zur Ungültigkeit führen würden) sowie eine gewisse „Grobprüfung“ der Einsichts- und Urteilsfähigkeit ein.⁷¹

VIII. Unterbringungsrecht

Ärztliche Untersuchungen, für die aufgrund des UbG eine Duldungspflicht besteht (zB Untersuchung im Vorfeld der ärztlichen Bescheinigung gem § 8 UbG; Aufnahmeuntersuchung in der Krankenanstalt gem § 10 Abs 1 UbG),⁷² können nach dem bisher Gesagten nicht mittels Patientenverfügung abgelehnt werden (oben VI). Im Hinblick auf die medizinische, insb psychiatrische Behandlung während des Vollzugs der Unterbringung sieht das UbG hingegen keinen Behandlungszwang vor: Gem § 36 Abs 1 UbG darf die Behandlung eines einsichts-fähigen Kranken „nicht gegen seinen Willen“ vorgenommen werden; bei besonderen Heilbehandlungen bedarf es seiner schriftlichen Zustimmung. Bei fehlender Einwilligungsfähigkeit stellt § 36 Abs 2 UbG auf den Willen des – sofern vorhanden – gesetzlichen Vertreters bzw Sorgeberechtigten ab. Nur bei nicht einwilligungsfähigen Patienten, die keinen gesetzlichen Vertreter haben, kann aus § 36 Abs 2 UbG geschlossen werden, dass die Behandlung unabhängig von Willenserklärungen des Patienten erlaubt ist; besondere Heilbehandlungen bedürfen in diesem Fall einer vorherigen gerichtlichen Genehmigung.

Ist ein nach UbG untergebrachter Patient im Zeitpunkt der Behandlung hinreichend einwilligungsfähig, dann stellt sich die Frage nach der Rechtserheblichkeit einer Patientenverfügung von vornherein nicht, weil das PatVG gar nicht zum Tragen kommt: Seine Anwendung setzt gem § 2 Abs 1 PatVG voraus, dass

⁷¹ Zu alldem näher *Kuntz/Gepart*, FamZ 2006, 81 ff; vgl auch *Bernat* in Schwimann (Hrsg), ErgBd § 6 PatVG Rz 1.

⁷² Zum Bestand eines (aus dem UbG nur implizit ableitbaren) rechtlichen Untersuchungszwanges in diesen Fällen näher *Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts (2005) Rz 177, 205.

der Patient im Zeitpunkt der Behandlung gerade nicht einsichts-, urteils- oder äußerungsfähig ist. Ist der Patient einwilligungsfähig, dann kommt es auf seinen aktuellen Willen an. Fehlt dem Patienten hingegen im Behandlungszeitpunkt die Einwilligungsfähigkeit, dann ist fraglich, ob eine früher abgefasste (verbindliche) Patientenverfügung ihre Bindungswirkung nun auch im Regime des UbG entfalten kann (und die Behandlung daher gegebenenfalls unterbleiben muss), oder ob der den Ärzten – bzw bei besonderen Heilbehandlungen auch dem genehmigenden Unterbringungsgericht – durch § 36 Abs 2 UbG eingeräumte Entscheidungsspielraum von einer allenfalls entgegenstehenden Patientenverfügung unberührt bleibt.

Stellt man in Rechnung, dass der Gesetzgeber auf einen Behandlungszwang gegenüber dem untergebrachten Patienten trotz des freiheitsentziehenden Charakters der Unterbringung bewusst verzichtet hat und die Behandlung nach dem Konzept des UbG nie gegen den Willen des einwilligungsfähigen Kranken zulässig ist (§ 36 Abs 1 UbG), so sprechen überwiegende Gründe für die Beachtlichkeit von Patientenverfügungen auch während der Unterbringung.⁷³ Denn § 36 Abs 1 UbG zeigt, dass das Selbstbestimmungsrecht der – einwilligungsfähigen – Kranken auch innerhalb der Unterbringung gewahrt werden sollte und dass sich das Behandlungsrecht des UbG insofern nicht wesentlich von jenem außerhalb der Unterbringung unterscheidet.⁷⁴ Da es für die Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit nicht auf den Behandlungszeitpunkt, sondern auf den Erklärungszeitpunkt ankommt, wird anzunehmen sein, dass die – auf eine hinreichend konkretisierte und schließlich auch tatsächlich eingetretene Entscheidungssituation bezogene – Behandlungsablehnung eines (im Erklärungszeitpunkt) einsichts- und urteilsfähigen Patienten auch dann nach Maßgabe des PatVG verbindlich sein kann, wenn er im späteren Behandlungszeitpunkt diese Entscheidungsfähigkeit verloren hat und er sich in der Unterbringung befindet.⁷⁵

IX. Heimaufenthaltsrecht

Anders als das Unterbringungsgesetz, das eingehende Bestimmungen über die ärztliche Behandlung enthält, regelt das Heimaufenthaltsgesetz (BGBl I 2004/11 idF 2006/94) ausschließlich die Rahmenbedingungen freiheitsbeschränkender

⁷³ Dasselbe gilt im Maßnahmenvollzug in öffentlichen psychiatrischen Krankenanstalten nach dem StVG, sofern auf die ärztliche Behandlung das Vollzugsrecht des UbG anzuwenden ist (vgl § 167a Abs 2 StVG).

⁷⁴ Zum Ganzen näher *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 788 ff, insb 835 f.

⁷⁵ In diesem Sinn schon *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 850; im Ergebnis wohl auch – wenngleich de lege ferenda kritisch – *Geretschger*, Problemfelder des UbG aus psychiatrischer Sicht, FamZ 2007/1, 28 (30). Der OGH konnte die grundsätzliche Frage nach der Verbindlichkeit eines solchen „psychiatrischen Testaments“ in OGH RdM 1999/21 = EvBl 1999/21 noch offen lassen (siehe auch *Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts² Rz 662). Die in der zitierten Entscheidung angesprochenen Schwierigkeiten der nachträglichen Klärung der Handlungsfähigkeit dürften durch das PatVG weitgehend beseitigt sein.

Maßnahmen im Heim und ähnlichen Einrichtungen, nicht hingegen die ärztliche Behandlung von Bewohnern solcher Institutionen: § 2 Abs 3 HeimAufG schließt die Anwendung des HeimAufG auf die Pflege, Betreuung und Behandlung sowie den Umgang mit sonstigen – dh nicht die Bewegungsfreiheit betreffenden – Persönlichkeitsrechten der Bewohner ausdrücklich aus. Beide Gesetze haben daher keine einander überschneidenden sachlichen Anwendungsbereiche: Die Zulässigkeit freiheitsbeschränkender Maßnahmen ist nach HeimAufG, die Zulässigkeit ärztlicher Behandlungen hingegen nach den allgemeinen Voraussetzungen (einschließlich der sich aus dem PatVG ergebenden Grenzen der Behandlungszulässigkeit) zu beurteilen.

Daraus folgt, dass sich der vom HeimAufG bereitgestellte (hoheitliche)⁷⁶ Rechtszwang nur auf den freiheitsentziehenden Aspekt, also auf Beschränkungen der körperlichen Bewegungsfreiheit, bezieht. Zwangsweise medizinische Behandlungen lassen sich nicht auf das HeimAufG stützen. Die Möglichkeit, eine medizinische Behandlung nach Maßgabe des PatVG abzulehnen, besteht uneingeschränkt auch im Anwendungsbereich des HeimAufG. Auf der anderen Seite können Freiheitsbeschränkungen in Vollziehung des HeimAufG nicht unter Berufung auf das PatVG abgelehnt werden, weil das PatVG ausschließlich die Ablehnung einer „medizinischer Behandlung“ regelt (§ 2 Abs 1 PatVG) und auf freiheitsbeschränkende Maßnahmen nicht anwendbar ist; außerdem wäre auch innerhalb des Geltungsbereiches des PatVG klar, dass entgegenstehende gesetzliche Duldungspflichten und Zwangsbefugnisse durch das PatVG nicht beseitigt werden (§ 13 PatVG).

Die trennscharfe Abgrenzung zwischen den Anwendungsbereichen von HeimAufG und PatVG schließt freilich nicht aus, dass bestimmte Maßnahmen unter Umständen einer Beurteilung nach beiden Gesetzen unterliegen können. Dies trifft dann zu, wenn eine freiheitsbeschränkende Maßnahme *zugleich* als medizinische Behandlung zu qualifizieren ist, also namentlich bei den freiheitsbeschränkenden medikamentösen Maßnahmen iSd 3 Abs 1 HeimAufG. Bei diesen wird durch den Einsatz medizinischer (pharmakologischer) Mittel eine freiheitsentziehende Wirkung erzielt. Solche Mittel bedürfen somit einer doppelten Prüfung, wobei der freiheitsentziehende Aspekt am HeimAufG, der Aspekt der medizinischen Behandlung hingegen an den medizinrechtlichen Grundlagen zu messen ist.

Dies wirft die Frage auf, welche rechtliche Bedeutung einer Patientenverfügung zukommt, mit der die Verabreichung bestimmter Arzneimittel in einem Heim oder einer anderen vom HeimAufG erfassten Einrichtung abgelehnt wird. Hält man an der vom Gesetzgeber intendierten Bereichstrennung fest, wonach das HeimAufG nur für – wenngleich möglicherweise durch Arzneimittel herbeigeführte – Bewegungsbeschränkungen gilt, nicht jedoch für die ärztliche Behandlung (§ 2 Abs 3 HeimAufG), dann folgt daraus:

⁷⁶ Vgl insb § 24 HeimAufG; VfSlg 16.929; aM *Kneiths*, Privater Befehl und Zwang (2004) 366 f; *ders*, Freiheitsentzug im Pflegeheim und Kompetenzverteilung, ZfV 2004, 304 (305 ff).

a) Bewegungsbeschränkungen, die nicht durch eine medizinische Behandlung erzielt werden (zB körperliche Fixierung), sind (nur) nach dem HeimAufG zu beurteilen; sie können durch eine Patientenverfügung nicht abgelehnt werden.

b) Medizinische Behandlungen, die nicht auf eine Beschränkung der Bewegungsfreiheit abzielen, sind (nur) nach den allgemeinen medizinrechtlichen Rahmenbedingungen (einschließlich des ärztlichen Berufsrechts, des Krankenanstaltenrechts, des Sachwalterrechts und des PatVG) zu beurteilen und unterliegen nicht dem HeimAufG; sie können folglich auch nicht nach Maßgabe des HeimAufG erzwungen werden und unterliegen neben der Ablehnungsmöglichkeit durch den aktuell einstufsfähigen Patienten auch der antizipierten Ablehnungsmöglichkeit nach dem PatVG.

c) Medikamentöse Freiheitsbeschränkungen iSd § 3 Abs 1 HeimAufG (zB die Verabreichung eines Sedativums, mit dem unmittelbar die Unterbindung des Bewegungsdranges erreicht werden soll⁷⁷) sind sowohl nach HeimAufG als auch nach allgemeinem Medizinrecht zu beurteilen. Sie sind daher nur zulässig, wenn sie beiden Maßstäben *kumulativ* entsprechen: Sie müssen – unter dem Aspekt der Freiheitsbeschränkung – einerseits den materiellen (insb psychische Krankheit, Gefährdung, Verhältnismäßigkeit gem § 4 HeimAufG) und formellen (insb Anordnung, Dokumentation, Verständigung gem §§ 5 ff HeimAufG) Voraussetzungen des HeimAufG gerecht werden. Andererseits müssen sie – unter dem Aspekt der medizinischen Behandlung – zusätzlich auch mit den medizinrechtlichen Rahmenbedingungen für Heilbehandlungen vereinbar sein (zB informed consent des Bewohners bzw eines allfällig zuständigen Sachwalters gem § 283 ABGB; Fehlen einer verbindlichen Ablehnung gem PatVG).

Bezieht sich eine rechtswirksame Behandlungsablehnung seitens eines Bewohners – etwa in Form einer aktuellen Weigerung des einwilligungsfähigen Betroffenen oder durch eine antizipierte verbindliche (oder sonst beachtliche) Patientenverfügung nach dem PatVG – also gerade auf jenes Arzneimittel, das für die Vorahme einer „medikamentösen Freiheitsbeschränkung“ in Aussicht genommen ist, so ist die Maßnahme insgesamt unzulässig. Die Behandlungsablehnung vermag in dieser Fallvariante zwar nicht die (nach HeimAufG zu beurteilende) Zulässigkeit der Freiheitsbeschränkung als solcher zu beeinträchtigen, weil die (voraussetzungsgemäß unfreiwilligen) Beschränkungen des HeimAufG nicht wirksam abgelehnt werden können. Im konkreten Beispiel würde aber das von der Ablehnung betroffene Medikament als zulässiges *Mittel* einer Freiheitsbeschränkung ausscheiden. Die Freiheitsbeschränkung bliebe zwar – eine entsprechende Gefährdungssituation unterstellt – nach HeimAufG grundsätzlich zulässig, sie müsste aber mit *anderen* freiheitsbeschränkenden Mitteln (zB durch körperlichen Zwang) umgesetzt werden. Dass diese andere Maßnahme dann möglicherweise nicht das gelindeste und schonendste Mittel im Sinne des Subsidiaritätsgebots (§ 4 Z 2 und 3 HeimAufG) darstellt, steht dem nicht entgegen, weil und sofern das (medikamentöse) Mittel der Wahl eben aus rechtlichen Gründen nicht mehr eingesetzt werden darf.

⁷⁷ OGH 13. 9. 2006, 7 Ob 186/96p, FamZ 2007/1, 37 f – Psychopax.

X. Arzneimittel- und Medizinproduktrecht

Wird ein Arzneimittel oder ein Medizinprodukt im Rahmen einer medizinischen Behandlung angewendet, so ist auch die Wahl dieses Mittels einer Ablehnung nach dem PatVG zugänglich, da es sich dabei nur um ein Teilelement einer „Behandlung“ iSd § 2 Abs 1 PatVG handelt. Lediglich bei nicht indizierten Forschungseingriffen könnte fraglich sein, ob der Begriff der „medizinischen Behandlung“ iSd § 2 Abs 1 PatVG auch solche „fremdnützigen“ Maßnahmen umfasst. Diese Frage ist aber letztlich nicht entscheidend, da für fremdnützige ärztliche Maßnahmen nach allgemeinen Maßstäben des Zivil- und Strafrechts (vgl insb § 90 StGB) grundsätzlich immer eine höchstpersönliche Einwilligung des Betroffenen erforderlich ist. Das gilt auch für die Sonderregelungen über klinischen Prüfungen von Arzneimitteln und Medizinprodukten, die im Regelfall eine jederzeit (widerrufliche) Einwilligung des Probanden verlangen.⁷⁸ Liegt diese Einwilligung nicht vor, ist der Eingriff unzulässig. Wegen dieses – viel stärkeren – Einwilligungsrechts des Probanden stellt sich das Problem der Rechtmäßigkeit einer Patientenverfügung nicht, weil die Maßnahme auch ohne verbindliche Ablehnung nicht durchgeführt werden darf. Auch hier gilt wieder: Wer ohnehin über ein ausnahmslos gewährleistetetes Einwilligungsrecht verfügt, braucht kein eigenständiges Ablehnungsrecht.

Es gibt jedoch nach besonderen Rechtsgrundlagen im Arzneimittel- und Medizinproduktrecht Konstellationen, in denen eine klinische Prüfung von Arzneimitteln oder Medizinprodukten an Einwilligungsunfähigen unter bestimmten Voraussetzungen (insb bei vorliegender Indikation) auch ohne Einwilligung oder mit alleiniger Einwilligung eines Dritten (gesetzlichen Vertreters) zulässig sein kann.⁷⁹ In solchen Fällen kann die Frage nach der Rechtmäßigkeit einer Patientenverfügung somit durchaus auftreten.

Die Rechtsordnung enthält dafür allerdings hinreichend präzise Bestimmungen, die einen Rückgriff auf das PatVG entbehrlich machen: Denn in jenen Fällen, in denen eine klinische Prüfung ohne höchstpersönliche Einwilligung ausnahmsweise zulässig ist, sieht das Gesetz ausdrücklich einen Vorbehalt zugunsten einer allfälligen „Ablehnung“ durch den Probanden vor: In diesem Sinn erlaubt § 42 Abs 1 Z 5 AMG die klinische Arzneimittelprüfung an einem (einwilligungsunfähigen) Minderjährigen nur unter der Bedingung, dass „der von einem Minderjährigen ausdrücklich geäußerte Wunsch, nicht an der klinischen Prüfung teilzunehmen oder sie zu irgendeinem Zeitpunkt zu beenden, vom Prüfer berücksichtigt wird“. Eine gleichgelagerte Bestimmung enthält § 43 Abs 1 Z 4 AMG für psychisch Kranke oder geistig Behinderte sowie § 43a Abs 1 Z 1 AMG für klinische Prüfungen an Einwilligungsunfähigen in Notfallsituationen.⁸⁰

⁷⁸ § 38 AMG; § 49 MPG.

⁷⁹ Für Einzelheiten vgl §§ 42 ff AMG, § 51 MPG.

⁸⁰ Die Inanspruchnahme dieser Erlaubnis setzt voraus, dass „keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Patient die klinische Prüfung abgelehnt hat oder ablehnen würde.“ (§ 43a Abs 1 Z 1 AMG).

Dass das Gesetz einmal vorschreibt, dass ein ablehnender ausdrücklicher „Wunsch“ vom Prüfer „berücksichtigt“ werden muss,⁸¹ in anderem Zusammenhang hingegen eine klinische Prüfung ausgeschlossen wird, wenn sie der Patient „abgelehnt hat oder ablehnen würde“,⁸² macht – abgesehen von der unterschiedlichen Bewertung bloß konkludenten Verhaltens und trotz verbleibenden Unbehagens über die schwankende Terminologie des Gesetzgebers – in der Sache keinen gravierenden Unterschied: Auch die gebotene „Berücksichtigung“ eines „Wunsches“ kann bei teleologischer Auslegung nur bedeuten, dass die Prüfung bei entgegenstehenden ausdrücklichen „Wünschen“ unzulässig ist. Insofern kommt auch der „Wunsch“ einer verbindlichen „Ablehnung“ gleich.⁸³

Diese gesetzlichen „Vetorechte“ sind im Gegensatz zum PatVG an keine einschränkenden inhaltlichen oder formellen Voraussetzungen gebunden, es genügt die formlose konkludente Ablehnung, mitunter auch schon der Widerspruch zum „mutmaßlichen Willen“ (arg § 43a Abs 1 Z 1 AMG: „ablehnen würde“). Auch einer besonderen Handlungsfähigkeit (iS einer „Vetofähigkeit“) bedarf es nicht, da es sich bei den nach AMG ablehnungsberechtigten Probanden definitionsgemäß um Personen handelt, denen die – nach herkömmlichen Maßstäben zu beurteilende – Einsichts- und Urteilsfähigkeit ohnehin fehlt. All das schließt zwar nicht aus, dass eine solche „Ablehnung“ bzw ein ablehnender „Wunsch“ in Gestalt einer Patientenverfügung iSd PatVG in Erscheinung tritt. Für die Beachtlichkeit einer „Ablehnung“ iSd AMG bedarf es aber nicht der Einhaltung der Kriterien des PatVG. Insofern sind die einschlägigen Regelungen des AMG als *leges speciales* gegenüber dem PatVG zu deuten.

Das Medizinproduktrecht enthält für klinische Prüfungen an Einwilligungsunfähigen in Notfallsituationen eine dem § 43a Abs 1 Z 1 AMG korrespondierende Regelung (§ 52a Abs 1 Z 1 MPG). Bei psychisch Kranken oder geistig Behinderten unter Sachwalterschaft ist eine klinische Prüfung generell unzulässig (§ 52 MPG). Lediglich bei Minderjährigen weicht die Regelung des MPG von jener des AMG erheblich ab: Nach § 51 Z 5 MPG ist die klinische Prüfung unter anderem dann nur mit Einwilligung des Minderjährigen zulässig, wenn dieser „das achte Lebensjahr vollendet hat oder [er] nach entsprechender Aufklärung in der Lage ist, Zweck, Bedeutung, Tragweite, Risiken und Belastungen der klinischen Prüfung einzusehen und seinen Willen danach zu bestimmen“. Ist der Minderjährige nicht einwilligungsfähig, weil er unter 8 Jahre alt und in Bezug auf die Prüfung auch sonst nicht einsichtsfähig ist, dann genügt die Zustimmung des

⁸¹ § 42 Abs 1 Z 5, § 43 Abs 1 Z 4 AMG.

⁸² § 43a Abs 1 Z 1 AMG.

⁸³ Zu den gemeinschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen der RL 2001/20 EG über die Anwendung der guten klinischen Praxis bei der Durchführung von klinischen Prüfungen mit Humanarzneimitteln, ABl L 121/34 vom 1. 5. 2001 und den dadurch aufgeworfenen Auslegungsfragen näher *Kopetzki*, Die klinische Arzneimittelprüfung vor dem Hintergrund des Europarechts und des Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin, in *Bernat/Kröll* (Hrsg), Recht und Ethik der Arzneimittelforschung (2003) 26 (39 ff); *Bernat*, Das österreichische Recht der klinischen Arzneimittelprüfung: europakonform oder anpassungsbedürftig, in *Bernat/Kröll*, *ibid* 60 (72, 76).

Erziehungsberechtigten bzw gesetzlichen Vertreters gem § 52 Z 4 MPG. Eine Berücksichtigungspflicht zugunsten eines ablehnenden Willens des Minderjährigen fehlt hier im Gegensatz zum AMG. Eine Konkurrenz zum PatVG kann aber dennoch nicht auftreten, weil die einzig in Betracht kommende Personengruppe (nicht einstellungs- und urteilsfähige Minderjährige unter 8 Jahren) auch nach den Regeln des § 3 PatVG keine wirksame Patientenverfügung errichten kann. Spätestens ab dem achten Lebensjahr hat aber auch der Minderjährige nach § 52 MPG ein eigenes Einwilligungsgesetz, und da er die Einwilligung jederzeit widerrufen kann (§ 50 Abs 3 MPG), ist er für die Durchsetzung seiner Ablehnung nicht auf das Instrument einer Patientenverfügung angewiesen.

XI. Sanktionen

Abgesehen von dem schon erwähnten § 15 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 iSd § 110 Abs 2 StGB – die Behandlung durch eine verbindliche Patientenverfügung ausgeschlossen wurde (oben IV). Allerdings handelt es sich um ein Privatanklagedelikt (§ 110 Abs 3 StGB). Nach Maßgabe des neuen VerbandsverantwortlichkeitsG⁸⁴ 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.⁸⁵ Schließlich wäre auch die Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs (zB durch einen Sachwalter oder bevollmächtigten Vertreter) denkbar, wenn sich zB eine Behandlungsein-

⁸⁴ Dazu zB *Piltz*, Zur strafrechtlichen Verantwortung von Krankenanstalten nach dem neuen Unternehmensstrafrecht, RdM 2006, 102.

⁸⁵ 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* in diesem Band.

richtung 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 (Disziplinarverfahren), die auch nicht durch die Berufung auf allfällige „moralische“ Behandlungspflichten beseitigt werden kann: Denn nach § 136 Abs 3 ÄrzteG ist der Verstoß gegen Berufspflichten aufgrund rechtlicher „Vorschriften“ für sich genommen tatbildlich.