

Die „Patientenverfügung“ in Europa

Heinz Barta* und Gertrud Kalchschmid**

* Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck und

** Patientenvertretung der Tiroler Landeskrankenanstalten, Innsbruck, Österreich

Advance directives in Europe

Summary. The types and theories of advance directives in different European countries are reviewed and described. The author carefully compares the legal standing of advance directives in these countries. Since there is no doubt that advance directives in some form will become legal instruments in the EU countries, it is useful to examine how these have worked out so far in some European countries.

Key words: Advance directive, living will, consent to medical treatment.

„Wie wichtig, wünschen Greise sich den Tod herbei,
Das Alter scheltend und des Lebens lange Zeit.
Doch naht die Todesstunde, wünscht niemand mehr
Zu sterben, und das Alter ist ihm keine Last.“
Euripides, Alkestis, Verse 669 ff

„ambulatoria est voluntas defuncti
usque ad vitae supremum exitum“
– Wandelbar ist der Wille Sterbender bis
zum äußersten Ende des Lebens.
Ulpian, Digesten 24,1, 32,3 und 34,4,4.
Ulpian übernahm offenbar den Gedanken des Euripides.

A. Einleitung und allgemeine Überlegungen

Das vergangene Jahrzehnt hat zum Teil eine inflationäre Befassung mit unserem Thema gebracht, ohne die Problemaufbereitung soweit voranzubringen, dass an eine gesetzliche Regelung zu denken war. – Das soll nunmehr mit einem gewissen zeitlichen Abstand versucht werden; vgl. C: Punktation. Die folgenden Ausführungen sollen eine Hilfe für alle von solchen Maßnahmen Betroffenen darstellen; Patienten/innen und Angehörige sowie Ärzte/innen und Pflegepersonal.

I. Einleitung

Die „Patientenverfügung“ ist eine verhältnismäßig junge Erscheinung in Europa. Das hat zur Folge, dass dieses neue Instrument noch kaum gesetzlich geregelt ist, was aber nicht bedeutet, dass sie in der Praxis keine Rolle spielt. – Das weltweite Entstehen der Patientenverfügung hängt wohl auch damit zusammen, dass die Menschen immer älter werden und daher gerade für das Alter auch

insofern Vorsorge treffen wollen, dass allfällige medizinische Entscheidungen im Zustand ihrer mangelnden eigenen Handlungsfähigkeit dennoch nach eigenen Vorstellungen erfolgen sollen. – Dem Prinzip der Selbstbestimmung kommt auch rechtlich ein hoher Stellenwert zu.

Die thematische Aktualität, die derzeit zweifellos besteht, darf aber nicht dazu verleiten, jene rechtliche Vorsicht außer Acht zu lassen, die Fragen um die Beendigung des menschlichen Lebens verdienen. – Wir werden demnach bestrebt sein, nicht einer wissenschaftlichen „Mode“ zu folgen, sondern uns ausschließlich von den anstehenden Sachfragen und dem Wert der menschlichen Selbstbestimmung leiten zu lassen, wozu noch legisistische Behutsamkeit zu treten hat.

1. Die Patientenverfügung als Ausformung des Selbstbestimmungsrechts

Damit sind wir beim zentralen Punkt unseres Themas angelangt: Die „Patientenverfügung“ ist eine Ausformung des Selbstbestimmungsrechts des Menschen und Selbstbestimmung ist eine Konsequenz menschlicher Freiheit; hier vornehmlich rechtlich, nicht philosophisch verstanden. – Rechtlich wurde der Gedanke der Selbstbestimmung bisher im Verfassungs- und Völkerrecht sowie im Privatrecht (im Vertrags- und Testamentsrecht) behandelt. Auch für das vorliegende Thema besteht aber weithin ein Zusammenhang zwischen dem Vertragsrecht – hier dem Behandlungsvertrag – und dem Prinzip der individuellen Selbstbestimmung. Von besonderer Bedeutung ist das Prinzip der Selbstbestimmung dabei rechtlich im Bereich der ärztlichen Aufklärungspflicht, die aber nicht Gegenstand unserer Erörterung ist. Wichtig erscheint dagegen bereits eingangs die Feststellung, dass der rechtliche Schutz der menschlichen Selbstbestimmung heute privatrechtlich einerseits als Ausfluss der sogenannten Privatautonomie und zugleich als Persönlichkeitsrecht verstanden wird.¹ Österreich besitzt im Privatrecht mit § 16 ABGB eine Vorbildbestimmung:

„Jeder Mensch hat angeborne schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte und ist daher als eine Person zu betrachten ...“

Diese allgemeine Formulierung enthält seit 1811 eine generalklauselartige Festlegung für Persönlichkeitsrechte,

¹ Dazu Barta, Zivilrecht (2004) 248.

womit folgendes gemeint ist: Immer dann, wenn kein rechtlich ausgeformtes Persönlichkeitsrecht existiert, kann der notwendige (Persönlichkeits) Schutz aus der Generalklausel des § 16 ABGB abgeleitet werden. Das gewährt ein flexibles und effektives Handhaben des konkret nötigen Persönlichkeitsschutzes. Die Grundrechte kennen derzeit keinen vergleichbaren flexiblen Schutz der menschlichen Selbstbestimmung. Die Grundrechte kennen derzeit keinen vergleichbaren flexiblen Schutz der menschlichen Selbstbestimmung. Dieser Hinweis erscheint insofern auch hier angebracht, als wir in Österreich derzeit ebenfalls keine inhaltliche gesetzliche Normierung der „Patientenverfügung“ besitzen und daher der nötige Rechtsschutz aus dem Prinzip der Privatautonomie und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des § 16 ABGB abgeleitet werden muss. § 17 ABGB unterstützt § 16 insofern als er eine typische naturrechtliche Rechtsvermutung enthält:

„Was den angeborenen natürlichen Rechten angemessen ist, dieses wird so lange als bestehend angenommen, als die gesetzmäßige Beschränkung dieser Rechte nicht bewiesen wird.“

Das bedeutet für unsere Frage der Patientenverfügung, dass grundsätzlich von ihrer Gültigkeit auszugehen ist. Im Zusammenhang mit den in der Folge angeführten Bedingungen bedeutet das, dass derartige Erklärungen nicht nur als gültig, sondern grundsätzlich auch als verbindlich anzusehen sind. In der Praxis wird dagegen immer wieder versucht, diese Konsequenz (für die Medizin) zu leugnen.

Erleichtert wird dies für Österreich aber dadurch, als § 10 Abs 1 Z 7 KAKuG die „Patientenverfügung“ (im Rahmen der ärztlichen Dokumentationspflicht) wenigstens erwähnt, mag damit auch keine inhaltliche Normierung einhergehen. Erwähnt wird die Patientenverfügung auch in § 14 PflegeheimVO, einer Verordnung zum NÖ-SHG, LGBl 9200/7-0. Danach werden Pflegeheime verpflichtet, Patientenverfügungen zu dokumentieren und sicherzustellen. Das Gleiche gilt danach für Widersprüche gegen Organentnahmen.

Bedeutung für Österreich besitzt ferner § 5a KAKuG, der Krankenanstalten verpflichtet für Patienten/innen ein „würdevolles Sterben“ sicherzustellen. Daraus kann zusätzlich auf eine Respektierung des Selbstbestimmungsrechts von Patienten/innen im Zusammenhang mit Patientenverfügungen geschlossen werden; auch nach Art 18 der sogenannten *Patientencharta* (BGBl I 1999/195) haben Patienten/innen 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.“

Gestützt wird das Patientenrecht auf Selbstbestimmung auch durch § 110 StGB, der sicherstellen will, dass es nicht zu „eigenmächtigen Heilbehandlungen“ durch Ärzte kommt. – Auf der anderen Seite untersagen die §§ 77 und 78 StGB eine ärztliche Unterstützung bei „Tötung auf Verlangen“ und die „Mitwirkung am Selbstmord“.

Für die medizinisch-ärztliche Seite soll daran erinnert werden, dass im *Hippokratischen Eid* geschworen wird, dass der Arzt jedes Individuum und dessen Autonomie

sowie dessen eigenen Willen, unabhängig vom Gesundheitszustand und dem Glauben des Patienten, respektieren wird. Das verbietet der ärztlichen Seite eine Bevormundung und paternalistische Gängelung ihrer Patienten/innen.

In diesem Zusammenhang ist auch auf die *Enzyklika* von Papst Johannes Paul II „*Evangelium Vitae*“ (Pkt 65) hinzuweisen, die klarstellt, dass auch von katholischer Seite

- kein „*therapeutischer Übereifer*“ gefordert wird und
- *Palliativbehandlungen* gebilligt werden.²

Das heißt nach Mayer-Maly: „Herz-Lungen-Maschinen dürfen abgeschaltet werden, wenn keine Hoffnung auf Besserung besteht. Schmerzlindernde Medikamente dürfen auch in Dosierungen verabreicht werden, die eine Lebensverkürzung mit sich bringen können.“ – Dasselbe gilt natürlich auch für andere Maßnahmen wie PEG-Sonden und dergleichen.

2. Allgemeine Überlegungen zum Thema

Ehe auf „Begriff“ und „Inhalt“ von Patientenverfügungen näher eingegangen wird, sollen einige allgemeine Überlegungen zum behandelten Thema angesprochen werden. Das erscheint angezeigt, weil bspw Fragen des internationalen Privatrechts und des *public in medicine* Zusammenhang bisher kaum angesprochen wurden und auch in anderen Bereichen des Medizinrechts – etwa dem Transplantationsrecht – problematische Positionen (im Bereich des öffentlichen Rechts) vertreten werden.³

Rechtlich stellt die „Patientenverfügung“ – wohl in allen Ländern – einen *Privat-Rechtsakt* dar. Streitig ist aber, und dies nicht nur in Österreich, von welcher Art diese Patienten(willens) erklärung rechtlich ist. – Kurz gesagt: Manche meinen, es handle sich dabei um eine *rechtsgeschäftliche Willenserklärung*, während andere die Ansicht vertreten, dass es sich dabei zwar um eine *Willenserklärung* handle, ohne dass diese Willenserklärung aber als Rechtsgeschäft zu qualifizieren sei. – Wir vertreten die zweite Ansicht, weil diese Deutung unseres Erachtens dem „Charakter“ der Patientenverfügung besser gerecht wird und zudem bessere Ergebnisse eines adäquaten Persönlichkeitsschutzes durch „Patientenverfügungen“ zulässt.

Zur Willenserklärung und zum Unterschied zwischen „Rechtsgeschäft“ und „Rechtshandlung“:

Das ABGB umschreibt die Willenserklärung ebenso wenig wie das jüngere dtBGB (in den §§ 116 ff). Nach hA handelt es sich bei einer Willenserklärung um eine Willensäußerung mit Kundgebungsabsicht (Gschnitzer), wobei die Kundgebungsabsicht im Rechtsbereich sich nur auf das Erreichen von Rechtsfolgen beziehen kann. Soweit das durch eine Willenserklärung rechtlich Angestrebte rechtlich zulässig ist, also weder eine Rechts-, noch eine Sittenwidrigkeit anzunehmen ist, besteht kein Grund dafür, dass die Rechtsordnung eine solche Erklärung nicht anerkennen sollte.

² Mayer-Maly, *Rechtsphilosophie* (2001) 38 f.

³ Dazu Kalchschmid/Barta, *Rechtspolitische Überlegungen zur Organtransplantation* 28 ff.

Die Rechtsgeschäftslehre kennt auch rechtsgeschäftsähnliche Erklärungen und unterscheidet Willenserklärungen, Rechtsgeschäfte, Rechtshandlungen, Wissenserklärungen und Realakte. Nicht jede rechtlich beachtliche Erklärung, Äußerung oder Handlung ist nämlich Willenserklärung oder Rechtsgeschäft im technischen Sinn. Rechtsnatur und Zuordnung solcher Handlungen und Erklärungen sind aber nicht immer klar, sondern umstritten. Hierher gehören auch die Rechtshandlungen. Der Unterschied der Rechtshandlung zu den Rechtsgeschäften besteht nach hA darin, dass bei Rechtsgeschäften der Parteiwille bewusst und unmittelbar (iSd gemäßigten Rechtsfolgenlehre) auf Rechtswirkungen gerichtet ist, während das bei Rechtshandlungen und Realakten nicht gefordert wird. Die Rechtswirkungen treten bei diesen vielmehr ex lege, also von Gesetzeswegen ein und nicht wie bei Rechtsgeschäften ex voluntate. Rechtshandlungen richten sich aber ebenso wie Rechtsgeschäfte und Willenserklärungen an andere Personen, erfolgen also in Erklärungsabsicht. Zu den Rechtshandlungen werden die Einwilligung/Zustimmung in die ärztliche Behandlung, die Widerspruchserklärung nach § 62a Abs 1 KAKuG und die Patientenverfügung gerechnet.

Ein wichtiger und signifikanter Unterschied zwischen Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen liegt auch darin, dass es sich bei den Rechtsgeschäften um reine Privatwillenserklärungen handelt, während beispielsweise die Patientenverfügung offensichtlich auch öffentlich-rechtliche Elemente enthält; vgl. die ansatzweise Regelung in § 10 Abs 1 Z 7 KAKuG. Auch die Rechtsfolgen des Rechtsgeschäfts sind rein privatrechtlicher Natur, während die Rechtsfolgen der Patientenverfügung auch öffentlich-rechtliche Aspekte aufweisen. Es geht bei den Patientenverfügungen um die rechtliche Schnittstelle von privatrechtlicher Verfügung und gesellschaftlicher Zulässigkeit von Anordnungen über den eigenen Körper und dessen Gesundheit. Daher müssen sich Patientenverfügungen – wie ausgeführt – im Rahmen des rechtlich Zulässigen bewegen. Damit kann auch erklärt werden, dass neben der Hauptpflicht, welche die Patientenverfügung hervorbringt und die vornehmlich in ihrer Befolgungspflicht iSv Respektierung liegt, auch Nebenpflichten für das medizinische Personal bestehen. Dieses hat sich nämlich zu erkundigen, ob eine derartige Anordnung vorliegt und darüber hinaus ist – wie erwähnt – die Erklärung in der Krankengeschichte anzumerken. Beide Nebenpflichten sind öffentlich-rechtlicher Natur. Das offenbart den Mischcharakter der Patientenverfügung, die neben einer privatrechtlichen auch eine öffentlich-rechtliche Seite aufweist.

• Der in der Folge angestellte rechtsvergleichende Rundblick soll es erleichtern, eine künftige wünschenswerte gesetzliche Fassung der „Patientenverfügung“ in möglichst vielen Ländern zu schaffen. Dabei erschiene es erstrebenswert, nach möglichst *einheitlichen Grundgedanken/Prinzipien* vorzugehen. Dazu will diese Arbeit einen Beitrag leisten. – Rechtsvergleichung bedeutet seit ihren griechischen Anfängen in Platons Akademie und insbesondere durch Aristoteles und Theophrast, eine Suche nach der besseren oder gar der besten Lösung eines Rechtsproblems, wobei dies – wie im antiken Vorbild – durchaus auch zu Misch-Lösungen führen könnte, zumal es Europa gut anstehen würde, auch rechtlich in neuen Feldern nach gemeinsamen Lösungen zu suchen. – Neben der österreichischen Rechtslage soll daher in der Folge auch kurz auf die deutsche, schweizerische, italienische, holländische, englische, griechische, spanische und die schwedische eingegangen werden.

• Es muss nämlich erwähnt werden, dass Patienten/innen nicht in allen Rechtsordnungen die Möglichkeiten besitzen, medizinische Behandlungen abzulehnen. Dural⁴ weist beispielsweise darauf hin, dass nach türkischem Recht eine lebensrettende Behandlung auch nicht aus religiösen Gründen verweigert werden kann. Der Arzt ist vielmehr verpflichtet, den Patienten auch ohne und sogar gegen seinen Willen zu behandeln. – Einschränkungen kennt nach Shapira (in: Taupitz⁵) auch das israelische Recht und die Spanische Rechtsprechung⁶ bei einer vital indizierten Gabe von Blutprodukten. Ob solche Regelungen wirklich (immer) dem Patienten/innenwohl entsprechen sei hier dahingestellt. – Es gibt auch Länder, deren Recht antizipative Willenserklärungen von Patienten/innen im Zusammenhang mit ihrer Gesundheit gar nicht beachten; so die Rechtslage in der Türkei.⁷

• Der Bereich der *privatautonomeren Gestaltung* von Patientenverfügungen umfasst demnach *inhaltlich* den (in einem Land) *rechtlich zulässigen Bereich*. Dieser Bereich ist aber in den einzelnen Ländern unterschiedlich weit. Als Beispiel dafür sei die Regelung der Schweiz erwähnt, die unter bestimmten Voraussetzungen eine Sterbehilfe gestattet; vgl Art 115 SchwStGB. Und Holland erklärt unter bestimmten Voraussetzungen seit April 2001 sogar die aktive Sterbehilfe für zulässig, die in den meisten anderen europäischen Ländern, darunter Österreich, untersagt ist. – Patientenverfügungen können diesen landesmäßig vorgegebenen rechtmäßigen Rahmen weder erweitern, noch modifizieren. Eine künftige europäische Lösung hätte dies zu beachten.

• Ein kaum wahrgenommenes Problem stellen derzeit auch *Fälle mit Auslandsberührung* dar, auf welche die Regeln des Internationalen Privatrechts (IPR) zur Anwendung gelangen. Das Internationale Privatrecht trifft für die uns hier interessierende Fragen aber keine ausdrückliche Regelung. – Unseres Erachtens ist für diese Fragen (des Persönlichkeitsschutzes und der Ausübung des Selbstbestimmungsrechts) das *Personalstatut natürlicher Personen* entscheidend, das sich nach dem österreichischen IPR-Gesetz (§ 9) nach dem Recht des Staates bestimmt, dem eine Person als Staatsbürger angehört. Das erscheint sachgerecht. Im Anwendungsbereich des IPR ist im Zusammenhang mit unserer Frage die *Vorbehaltsklausel*, des so genannten „*ordre public*“ zu beachten. Das könnte etwa in folgendem Fall eine Rolle spielen:

Die Türkei lehnt den antizipativ geäußerten Willen von Patienten (also Patientenverfügungen) ab, negiert also diesbezüglich das Selbstbestimmungsrecht von Patienten/innen. Kommt nun ein türkischer Staatsbürger mit einer Patientenverfügung in Österreich zur Behandlung (und wird diese nicht respektiert) könnte ein österreichischer Richter sehr wohl die Meinung vertreten, dass das an und für sich anwendbare türkische Recht in diesem Fall nicht zur Anwendung gelangen soll, weil es einem zentralen Grundsatz des österreichischen Rechts widerspricht. Das

⁴ In: Taupitz, Sterbebegleitung im internationalen Vergleich (2000).

⁵ Country Report Israel (2000) 691 ff.

⁶ Romeo-Casabona/Emaldi-Ciri6n, in: Taupitz (Hrsg), Country Report Spain (2000) 529 ff.

⁷ Dural, in: Taupitz (Hrsg) (2000), 951 ff.

österreichische Recht anerkennt eben in einem viel weiteren Umfang das Prinzip der Privatautonomie und gewährt einen umfassenderen Persönlichkeitsschutz und gestattet demnach auch die antizipativ geäußerte Selbstbestimmung im Medizinbereich.

• Heute wird die „*Patientenverfügung*“ – in anderen Ländern oft mehr als in Österreich – häufig mit einer *Vorsorgevollmacht* gekoppelt. Dabei wird mit der inhaltlichen Anordnung (durch eine „*Patientenverfügung*“) mittels *Vorsorgevollmacht* auch ein Adressat bestimmt, der für die Befolgung der getroffenen Anordnungen sorgen soll. Auf diese Weise soll durch den noch im Zustand vollen Bewusstseins und voller Zurechnungsfähigkeit bevollmächtigten Vertreter dem geäußerten Willen Nachdruck verliehen werden. – Wie das antike griechische Rechtsinstitut des Testamentsvollstreckers (das auch noch das dtBGB kennt; §§ 2197 ff) für die Befolgung eines letzten Willens/Testaments im Erbrecht sorgte, dient die *Vorsorgevollmacht* der Durchsetzung der dem Testament nachempfundenen *Patientenverfügung*; mag diese auch weder ein Rechtsgeschäft, noch ein Testament sein.

In einem Testament oder Kodizill, das ist eine letztwillige Erklärung ohne Erbeinsetzung, kann demnach eine *Vorsorgevollmacht* erteilt werden. – Anregungen aus den §§ 2197–2228 dtBGB erscheinen denkbar: So kann nach § 2198 dtBGB die Bestimmung eines Testamentsvollstreckers auch durch einen Dritten erfolgen. Nach § 2197 Abs 1 dtBGB kann ein Erblasser durch Testament „einen oder mehrere Testamentsvollstrecker ernennen“; und nach Abs 2 für den Fall, „dass der ernannte Testamentsvollstrecker vor oder nach der Annahme des Amtes wegfällt, einen anderen ... ernennen“. Nach § 2200 dtBGB kann auch das Nachlassgericht einen Testamentsvollstrecker ernennen. Und § 2201 dtBGB regelt die Unwirksamkeit der Ernennung; zB bei Geschäftsunfähigkeit oder bei Beschränkung der Geschäftsfähigkeit durch einen Betreuer (in Österreich: Sachwalter; §§ 273 ff ABGB). § 2202 dtBGB statuiert ua, dass der Testamentsvollstrecker das „Amt“ annehmen muss, wozu er nicht verpflichtet ist; eine beherzigenswerte Anordnung. § 2203 dtBGB ordnet lapidar, aber klar an: „Der Testamentsvollstrecker hat die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen.“ § 2210 dtBGB kennt eine – freilich für unsere Zwecke zu lange – dreißigjährige Frist für Dauervollstreckung; mit angemessen verkürzter Frist kann die Regel dagegen als Vorbild dienen. Die §§ 2212 f dtBGB räumen dem Testamentsvollstrecker ein Prozessführungsrecht ein; aktiv und passiv. Nach § 2226 kann der Testamentsvollstrecker „das Amt jederzeit kündigen“ und § 2220 leg cit erklärt bestimmte Vorschriften zu zwingendem Recht. Auch eine „Entlassung“ des Testamentsvollstreckers durch das (Nachlass) Gericht erscheint möglich. Und § 2219 dtBGB regelt die Haftung von Testamentsvollstreckern.

3. Der mutmaßliche Patientenwille

Es erscheint in diesem Zusammenhang aber nötig, auch noch einen weiteren Punkt anzusprechen: den des mutmaßlichen Patientenwillens. Auch diese Frage kann klar beantwortet werden.

Grundsätzlich gilt, dass der rechtsrelevante Wille auf verschiedene Weise erklärt werden kann. Das österreichische ABGB regelt dies grundsätzlich in § 863. Der Wille kann danach „ausdrücklich“ (durch Worte und allgemein angenommene Zeichen), aber auch „schlüssig“ (konklu-

dent) und ausnahmsweise auch „stillschweigend“ erklärt werden. Die Textierung des § 863 ABGB ist zudem auf alle Willenserklärungen und nicht etwa nur rechtsgeschäftliche anzuwenden. Das führt zum Ergebnis, dass auch auf *Patientenverfügungen* grundsätzlich dieses weite Verständnis des § 863 ABGB anzulegen ist. Hier erscheint aber für allfällige legistische Vorschläge, und natürlich erst recht ohne gesetzliche Regelung Vorsicht geboten. Denn ein generelles Berücksichtigen des mutmaßlichen Patientenwillens führte sehr leicht zu großer Rechtsunsicherheit und endlosem Streit, weshalb überlegt werden könnte, im Rahmen nationaler Gesetzgebungen ausdrückliche *Patientenverfügungen* als wünschenswert zu erachten und nur einen sehr schmalen Bereich schlüssiger Willenserklärungen zuzulassen. Als Beispiel für den schlüssigen oder stillschweigenden Bereich sei angeführt, dass ein Angehöriger der Zeugen Jehovas verunglückt und im Rahmen der nötigen Operation eine Bluttransfusion gebraucht wird. In diesen Fällen ist auch ohne vorliegende ausdrückliche *Patientenverfügung* auf eine herkömmliche Bluttransfusion möglichst zu verzichten und eine medizinische Ersatzlösung zu treffen. Ein Gesetzgebungsakt im hier untersuchten Themenbereich sollte unseres Erachtens eine einfache, klare und leicht handhabbare Lösungen wählen. – Das bedeutet unseres Erachtens grundsätzlich, wenigstens einfache Schriftform.⁸

II. Zu Begriff und Inhalt von „*Patientenverfügungen*“⁹

In der Folge sollen begriffliche Klärungen und inhaltliche Voraussetzungen der *Patientenverfügung* geklärt werden, zumal gerade im rechtlichen Bereich manche Unklarheit schon begriffliche und vor allem dogmatischen Wurzeln hat.

1. Begriffliche Klärungen

Unter *Patientenverfügung* wird eine (Voraus) Verfügung verstanden, in der eine Person begehrt:

- im Falle einer künftigen und an sich unmittelbar zum Tode führenden Erkrankung oder Verletzung oder
- im Stadium einer irreversiblen schweren Dauerschädigung des Gehirns oder
- des dauernden Ausfalls lebenswichtiger Körperfunktionen

auf bestimmte oder alle künstlichen lebensverlängernden medizinischen Maßnahmen zu verzichten und dabei alle Möglichkeiten der Schmerzlinderung, ungeachtet etwaiger lebensverkürzender Folgen, zu nutzen.

Unter einer *Patientenverfügung* wird danach eine geäußerte (Willens) Erklärung mit Kundgebungszweck verstanden, welche erst künftig – nämlich bei Eintritt eines der beschriebenen Umstände – ihre volle Wirkung erzielen soll. Rechtlich handelt es sich um eine einseitige – aber nicht wie oft behauptet, eine empfangsbedürftige – Willenserklärung. Sie teilt vielmehr mit dem Testament

⁸ Zur Schriftform und ihren verschiedenen Arten: Barta, *Zivilrecht* (2004) 955 ff.

⁹ Vgl. Kopetzki (Hrsg), *Antizipierte Patientenverfügungen* (2000).

die rechtliche Qualität, dass sie schon mit Niederschrift wirksam wird. Der Unterschied liegt darin,¹⁰ – Das Wirksamwerden der Willenserklärung „Patientenverfügung“ hängt vielmehr vom Eintreten zweier Bedingungen ab:

- (1) dem aussichtslosen Verlauf einer Krankheit oder einer anderen Körperschädigung, die unmittelbar den Sterbeprozess einleiten und die
- (2) die eigene Urteilsfähigkeit beeinträchtigen oder ausschließen (kann).

2. Inhaltliche Voraussetzungen

Mit einer Patientenverfügung wird im Voraus die Zustimmung zu bestimmten medizinischen Maßnahmen verweigert, die bloß der Verlängerung des Sterbevorgangs dienen. Natürlich können beim Beurteilen dieser Voraussetzungen immer wieder Zweifelsfälle auftreten, aber viele Fälle sind klar entscheidbar. Es erscheint uns daher nicht zielführend, wegen der nicht zu vermeidenden Zweifelsfälle, das ganz (junge) Rechtsinstitut zu verdammen. Das Rechtsinstitut der Patientenverfügung erscheint vielmehr in hohem Maße tauglich, die Selbstbestimmung und damit der Patientenautonomie zu stärken und medizinische Bevormundung in Grenzen zu halten. – Auf der anderen Seite muss klargestellt werden, dass in einem echten Zweifelsfall im Sinne einer lebenserhaltenden Maßnahme zu entscheiden ist; *Zweifelsregel pro vita*. Das erscheint uns auch legislativ empfehlenswert.

Die Patientenverfügung wird auch als *Patiententestament*, *Letztverfügung*, *Patientenbrief* und im angloamerikanischen Rechtskreis als „*living will*“ bezeichnet.¹¹ In der Praxis hat sich weithin der Begriff der Patientenverfügung durchgesetzt. – Eine Sonderform der Patientenverfügung stellt das so genannte „*Psychiatrische Testament*“ dar, in welchem im Voraus bestimmte in der Psychiatrie gehandhabte Behandlungsformen – etwa Elektroschockbehandlungen oder das Verabreichen bestimmter Medikamente (zB von Neuroleptika) – abgelehnt werden.¹² Das Erstellen eines psychiatrischen Testa-

¹⁰ Zugang bedeutet rechts(geschäfts) technisch, dass die Erklärung so in den Machtbereich des Anerkürten/Adressaten gelangen muss, dass dieser sich von ihr Kenntnis verschaffen kann; dazu Barta, Zivilrecht (2004) 275 ff.

¹¹ Vgl Zülicke, Zur Praxis von Patientenverfügungen in den USA, WMW 1997, 139.

¹² Zum „psychiatrischen Testament“ hat das Landesgericht Innsbruck (EvBl 1999/21) ein vom OGH bestätigtes Urteil gefällt, das wichtige Feststellungen trifft, die auch für die Patientenverfügung von Bedeutung sind. Der Leitsatz dieser Entscheidung lautet: „§ 10 Abs 1 Z 7 KAG (§§ 21, 865 ABGB; § 2 UbG) – Zur Bindungswirkung des ‚Patiententestaments‘ und des vergleichbaren ‚Psychiatrischen Testaments‘ – Das ‚psychiatrische Testament‘ hat in der österreichischen Rechtsordnung keine eigenständige Regelung erfahren. Der Patient lehnt durch eine antizipierte Willenserklärung bestimmte Behandlungsmethoden der Psychiatrie (zB Elektroschockbehandlungen, Verabreichung von Neuroleptika) ab und will damit eine rechtswirksame Verfügung über ärztliche Behandlungsmaßnahmen für den Fall treffen, dass er später seine Entscheidungsfähigkeit verliert. Er übt sein Selbstbestimmungsrecht somit in einem der Behandlung vorgelagerten Zeitpunkt aus und wahrt es gegen die sonst eintretende Fremdbestimmung Dritter. Die Hand-

ments ist eine wesentliche Strategie im Umgang mit den Problemen von Zwangsmaßnahmen in der Psychiatrie.¹³

Der Hauptinhalt von Patientenverfügungen liegt im Verzicht auf lebensverlängernde medizinische Behandlungsmethoden und in der Anordnung einer optimalen Schmerzbekämpfung. – Neben derartigen *allgemeinen Anliegen*, die meist in vorgedruckten Mustern/Vorlagen formuliert werden, können in Patientenverfügungen auch *individuelle Anliegen* aufgenommen werden; etwa die Bitte zu Hause, in einem Hospiz oder in einem bestimmten Heim in Ruhe sterben zu können. Auch das Anliegen der Sterbebegleitung, eine religiös motivierte Verweigerung einer medizinisch vielleicht indizierten Bluttransfusion oder ein Widerspruch zur postmortalen Organentnahme können in Patientenverfügungen erklärt werden.

3. Abgrenzung zur Sterbehilfe

In Patientenverfügungen geht es unter Umständen auch um die Frage der *Sterbehilfe*. Die Gültigkeit einer getroffenen Patientenverfügung richtet sich diesbezüglich aber danach, um welche Art von Sterbehilfe es sich handelt.¹⁴ – In der Literatur wird einerseits zwischen aktiver und passiver Sterbehilfe, direkter und indirekter Sterbehilfe andererseits unterschieden.

Sterbehilfe im weitesten Sinn ist jedes aktive oder passive Verhalten, das zu einem menschenwürdigen Sterben beiträgt. Die Gültigkeit getroffener Patientenverfügungen richtet sich danach, um welche Art von Sterbehilfe es sich handelt.¹⁵ In der *Literatur* wird einerseits zwischen aktiver und passiver Sterbehilfe sowie direkter und indirekter Sterbehilfe unterschieden. Unter *aktiver Sterbehilfe* wird die absichtliche und aktive Beschleunigung des Todes eintritts verstanden. Werden ärztliche Maßnahmen in der Absicht gesetzt, das Leben von Patienten/innen zu verkürzen, spricht man von *direkter Sterbehilfe*. Direkte aktive Sterbehilfe ist in Österreich nach hA immer rechtswidrig, auch wenn sie ausschließlich zum Zweck der Abkürzung eines qualvollen Sterbens geleistet wird. Bei der rechtswidrigen aktiven direkten Sterbehilfe handelt es sich somit um *Handlungen mit lebensbeendender Wirkung*. – Das Recht auf Leben steht somit nicht zur freien Verfügung. Das Verabreichen eines Medikaments in tödlicher Dosis bei infauster Prognose auf Wunsch des Patienten erfüllt daher den strafrechtlichen Tatbestand der Tötung auf Verlangen; § 77 öStGB. Geschieht dies ohne Verlangen des Patienten, kommt § 75 öStGB (Mord) in Betracht.

lungsfähigkeit des Patienten muss aber dabei jedenfalls im Erklärungszeitpunkt, also bei Abfassung und Fertigung seines ‚Psychiatrischen Testaments‘, vorliegen. – Eine allgemeine Vermutung zugunsten der Handlungsfähigkeit des Patienten zum Zeitpunkt der Abfassung und Fertigung des ‚Psychiatrischen Testaments‘ besteht zumindest dann nicht, wenn er längere Zeit psychisch erkrankt war und die ihm nunmehr krankheitsbedingt fehlende Einsichts- und Urteilsfähigkeit realistischerweise auch schon früher gefehlt haben könnte. In einer solchen Situation wird die Entscheidung des behandelnden Arztes aus Gründen der ganz unterschiedlich gewichteten Haftungsfolgen zugunsten der Behandlung ausfallen müssen.“

¹³ Amering/Denk/Griengl/Sibitz/Stastny (2000) 152 ff.

¹⁴ Bernat (1996) 195 ff.

¹⁵ Bernat (1996) 195 ff.

Auch die Beihilfe und Mitwirkung zum Selbstmord ist strafbar; § 78 öStGB.

Die *indirekte Sterbehilfe* dagegen dient ausschließlich der Linderung unerträglicher Schmerzen unheilbar Kranker, wobei das Risiko einer möglichen Lebensverkürzung in Kauf genommen wird. Indirekte Sterbehilfe liegt daher vor, wenn zur Schmerzlinderung Medikamente eingesetzt werden, welche als Nebenwirkung die Lebensdauer herabsetzen können. Das Hauptziel der Behandlung liegt dabei in der Schmerzlinderung und nicht im Beschleunigen des Todesintritts. Die indirekte Sterbehilfe wird allgemein als zulässig anerkannt.

Unter *passiver Sterbehilfe* ist der Abbruch oder die Nichtaufnahme einer für die Lebenserhaltung notwendigen Behandlung zu verstehen. Es wird darauf verzichtet, Vorkehrungen zu ergreifen, die den Todesintritt hinauszögern könnten. Zu denken ist an Maßnahmen wie künstliche Wasser- und Nahrungszufuhr, Sauerstoffzufuhr, künstliche Beatmung, Medikation, Bluttransfer und Dialyse. Bei der passiven Sterbehilfe handelt es sich um ein eigentliches Sterbenlassen; der natürliche Todesablauf wird nicht aufgehalten. Auch diese Form der Sterbehilfe bildet kein strafbares Verhalten. Die direkte und indirekte passive Sterbehilfe ist nicht strafbar. Der Verzicht auf lebensverlängernde Maßnahmen ist aber nur insofern zulässig, als die Krankheit irreversibel oder die *traumatische Gesundheitsschädigung infaust* verläuft und der Tod absehbar ist. Nicht beachtet werden muss daher ein in einer Patientenverfügung verlangter Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen dann, wenn der Zustand des Patienten nach allgemeiner Erfahrung die Wiederkehr der zwischenmenschlichen Kommunikation und das Wiedererstarken des Lebenswillen erwarten lässt.

Der in Patientenverfügungen formulierte Wunsch nach „*Hilfe im Sterben*“ in diesem Sinne ist auch in Österreich rechtlich zulässig. So sind die Nichtaufnahme einer Behandlung, der stufenweise Behandlungsabbau, das Nichtweiterführen einer begonnenen Therapie oder das Verabreichen schmerzlindernder Medikamente nicht strafbar.¹⁶ Handlungen mit lebensverkürzender Wirkung – wie beispielsweise das Verabreichen schmerzlindernder Medikamente zur Bekämpfung unerträglicher Schmerzen – sind nach herrschender Auffassung erlaubt.¹⁷ Ärzte/innen sind danach nicht verpflichtet, Leben um jeden Preis zu verlängern. Die direkte und indirekte passive Sterbehilfe ist nicht strafbar.¹⁸ In Österreich existiert keine Rechtspflicht das Leben sterbender Patienten/innen mit allen Mitteln zu verlängern. Der Verzicht auf lebensverlängernde Maßnahmen ist aber nur dann zulässig, wenn die Krankheit irreversibel oder die traumatische Schädigung infaust verläuft und der Tod absehbar ist.

III. Die Form der Patientenverfügung

Die Patientenverfügung unterliegt in Österreich rechtlich keiner bestimmten Formvorschrift.¹⁹ Das ergibt sich einfach daraus, dass keine Norm existiert, die eine Form-

vorschrift statuiert.²⁰ Patienten/innen können daher sowohl schriftlich, als auch mündlich ihren Wunsch kundtun.²¹ Das Beiziehen von Zeugen oder eine notarielle Beglaubigung der Unterschrift ist rechtlich also nicht notwendig, aber für die spätere Beweisbarkeit unter Umständen nützlich. Der Beweisbarkeit der gültig getroffenen Verfügung dient auch die oben erwähnte „Vorsorgevollmacht“, zumal ein solcher Schritt in der Regel mit dem/der Bevollmächtigten abgesprochen wird. Allein das muss nicht unbedingt der Fall sein. Eine Vorsorgevollmacht kann aber auch ohne eingeholte Zustimmung des/r Bevollmächtigten und ohne deren/dessen Wissen erteilt werden, was deshalb hingenommen werden kann, weil die Vollmacht nur ein rechtliches Können, nicht dagegen ein Müssen beinhaltet. Eine erteilte Vollmacht verpflichtet Bevollmächtigte nicht.²²

- Die Geschäftsfähigkeit des Verfassers einer Patientenverfügung bei Errichtung kann gegebenenfalls auch durch Zeugen (Vertrauenspersonen) bekundet werden. – Es ist Sache des Betroffenen, die angeordnete Patientenverfügung kundzutun. Ohne gesetzliche Regelung besteht hier aber ein großer Unsicherheitsfaktor, weshalb im Falle einer gesetzlichen Regelung eine zentrale Registrierung zu befürworten ist, um für die nötige Rechtsicherheit, das heißt hier Erkennbarkeit und Abrufbarkeit von Verfügungen zu sorgen. Das vereinfacht die Durchsetzbarkeit und erleichtert die Kenntnisnahme durch ärztliches und nicht-ärztliches Personal. – Eine mit der Registrierung verbundene Missbrauchsgefahr entsteht dagegen unseres Erachtens kaum.

- Mündlich formulierte Patientenverfügungen sind durch die behandelnden Ärzte/innen in der Krankengeschichte festzuhalten; das verlangt bereits § 10 Abs 1 Z 7 KAKuG bspw iVm § 15 Abs 1 lit g Tir-KAG. Patientenverfügungen werden aber in aller Regel schriftlich abgefasst. In der Praxis werden zunehmend vorgedruckte Formulare mit mehreren Auswahlvorschlägen verwendet, bei denen entweder das Gewünschte angestrichen oder als Lückentext eingefügt werden kann. Vorgesdruckte Erklärungen und Formulare haben den Vorteil, dass sie die anvisierten Situationen und Wünsche mit einem medizinisch und rechtlich eindeutig(er) em Wortschatz umschreiben, als dies Patienten/innen ohne Fachkenntnisse tun können. Von Nachteil ist dabei, dass Formulierungen verwendet werden, die nicht in allen Teilen Ausdruck der persönlichen Willensbildung sind oder die unreflektiert übernommen werden. Daher ist unter Umständen die eigenhändige Errichtung anstelle der erlaubten Verwendung eines Patientenverfügungsformulars vorzuziehen.²³ – Sinnvoll wären kombinierte Erklärungen, die die Vorteile beider Möglichkeiten kumulieren: Vordruck und eigenhändiger Text.

IV. Dokumentationspflicht

Nach § 10 Abs 1 Z 7 KAKuG, BGBl 1993/801 iVm den Landesausführungsgesetzen haben in Österreich die

¹⁶ Memmer (1997) 135.

¹⁷ Moos in WK, Rz 20 zu Vorbem. zu §§ 75–79.

¹⁸ Memmer (1996a) 102.

¹⁹ Memmer (1996b) 167.

²⁰ Allgemein zur Formpflicht: Barta (2004) Zivilrecht, 502 ff und <http://zivilrecht.uibk.ac.at/buch/>

²¹ Memmer (1996b) 167.

²² Vgl den oben gemachten Hinweis auf § 2202 dtBGB, der sein „Amt“ annehmen muss.

²³ Schöllhammer (1993) 77.

Träger der Krankenanstalten beim Führen von Krankengeschichten Verfügungen von Patienten/innen zu dokumentieren, durch die diese erst für den Fall des Verlustes ihrer Handlungsfähigkeit das Unterbleiben bestimmter Behandlungsmethoden wünschen, um darauf bei allfälligen künftigen medizinischen Entscheidungen Bedacht nehmen zu können. Patientenverfügungen sind in der *Krankengeschichte* zu dokumentieren. Der Gesetzgeber hat somit für Patienten/innen in Krankenanstalten die Möglichkeit geschaffen, bestimmte Behandlungsmethoden im Vorhinein abzulehnen. Eine ausdrückliche Bindungswirkung für behandelnde Ärzte ergibt sich danach aus § 10 Abs 1 Z 7 KAKuG iVm den Ausführungsgesetzen der Länder aber nicht. Ein Bindungswille kann sich aber aus dem Behandlungsvertrag ergeben; sei es, dass eine Verfügung schon bei Abschluss des Behandlungsvertrags dessen Bestandteil ist, sei es, dass sie nachträglich zum Vertragsbestandteil gemacht wird. Da es sich bei Patientenverfügungen um einseitige Willenserklärungen handelt, braucht eine solche Erklärung auch nicht die Zustimmung der anderen Seite. – Eine normative Klarstellung dieser Frage im Rahmen einer gesetzlichen Regelung erschiene aber zielführend, zumal diese Fragen von Medizinern häufig nicht verstanden werden. Der dokumentierte Patientenwille stellt auch eine Rechtsvermutung für die konkrete Behandlung dar. Praktiziert wurde diese Lösung bereits bisher im Rahmen des Blutaustausches von Patienten/innen, die als Zeugen Jehovas religiös den Einsatz von Blutkonserven ablehnen.

Das Erwähnen der Patientenverfügung in § 10 Abs 1 Z 7 KAKuG zeigt ein weiteres Manko der österreichischen Rechtslage auf, die in anderen Ländern bei einer Regelung möglichst vermieden (und in Österreich behoben) werden sollte. Diese Regelung betrifft nämlich aufgrund ihrer Situierung im KAKuG nur Patientenverfügungen, die in öffentlichen Krankenanstalten Eingang in die Krankengeschichte finden. Für Allgemeinmediziner und Fachärzte gilt aber das KAKuG nicht. Und in das neue ÄrzteG 1998 wurde keine analoge Regelung aufgenommen. – Wir vertreten jedoch die Ansicht, dass eine unterschiedliche Behandlung nicht beabsichtigt war und daher § 10 Abs 1 Z 7 KAKuG analog auf Allgemeinmediziner und Fachärzte anzuwenden ist, zumal der tragende Gedanke – hier, wie dort – das Selbstbestimmungsrecht von Patienten/innen ist. Ein Nachholen des Versäumten im Ärztegesetz erscheint aber ratsam. Die schon derzeit analoge Anwendung des § 10 Abs 1 Z 7 KAKuG rechtfertigt sich auch daraus, dass interessenmässig gleichgelagerte Situationen auch im allgemeinmedizinischen und fachärztlichen Bereich vorkommen. Ein Respektieren des Selbstbestimmungsrechts von Patienten/innen im einen, nicht dagegen im anderen Bereich erschiene nicht zielführend.

V. Jederzeitige Verfügbarkeit der Patientenverfügung

Damit eine Patientenverfügung ihre vorsorgende Funktion auch wirklich erfüllen kann, muss sie rechtzeitig bekannt werden, was einen einfachen Zugang voraussetzt. Damit steht und fällt unser Rechtsinstitut. Deshalb wird bereits empfohlen, eine gleichlautende Patientenverfü-

gung mit den persönlichen Dokumenten bei sich zu tragen und bei der stationären Aufnahme in der Krankengeschichte zu deponieren.²⁴ – Empfehlenswerter erscheint es uns aber, weitere Ausfertigungen des Dokuments bei Vertrauenspersonen und insbesondere einem/r Vorsorgebevollmächtigten zu hinterlegen.²⁵ Als derartige Vertrauenspersonen kommen Freunde, nahe Verwandte, überhaupt Angehörige, aber auch der Hausarzt in Betracht. Bei einer nationalen gesetzlichen Regelung ist aber zu überlegen, ob nicht eine *zentrale Registrierung* geschaffen werden soll. Dies nicht in dem Sinne, dass sie Gültigkeitserfordernis ist, sondern sie sollte bloß als Angebot existieren. In Österreich böte sich beispielsweise eine Verbindung mit dem nunmehr gesetzlich neu geschaffenen Widerspruchsregister für Organentnahmen an.²⁶ Gegen zentrale Registrierungen lässt sich allerdings – das geschieht auch häufig – einwenden, dass solche Einrichtungen der Missbrauchsgefahr ausgesetzt sind. Das ist richtig, dennoch erhöht eine Registrierung auf der anderen Seite sowohl die Rechtssicherheit und zwar für Patienten und behandelnde Mediziner und schafft darüber hinaus eine größere Wahrscheinlichkeit, dass derartige Verfügungen erkannt und auch beachtet werden können. In diesem Kontext ist ferner zu bedenken, dass es sich in den Fällen, in denen eine Patientenverfügung zur Anwendung gelangen soll, häufig um existentielle Situationen handelt, in denen rasch gehandelt werden muss, was eine zentrale Registrierungsstelle „garantieren“ würde. Natürlich müsste bei der Errichtung einer zentralen Registrierung ein effizienter Datenschutz geschaffen werden. Bekannt gewordene Fälle, wie jener dass durch unrechtmäßige Einsichtnahme in das Widerspruchsregister durch behandelnde Ärzte Patienten/innen in der Folge eine Organzuteilung verwehrt wurde, müssen natürlich unter allen Umständen vermieden werden. Die Gefahr des „gläsernen Menschen“ besteht bei jeder Registrierung.

VI. Sollen für das Erstellen einer Patientenverfügung Altersgrenzen gelten?

In Österreich wurde im Rahmen der KindschaftsrechtsänderungsG-Novelle 2001, BGBl I 2000/135 ein neuer § 146c in das ABGB eingefügt. Er sieht vor, dass bereits Minderjährige, insbesondere ab Vollendung des 14. Lebensjahres, die Einwilligung in eine ärztliche Behandlung selbst geben können. – Diese Lösung sollte grundsätzlich auch für eine allfällige gesetzliche Regelung der Patientenverfügung gelten.

In diesem Zusammenhang eröffnen sich allerdings Fragen, deren Beantwortung nicht schematisch getroffen werden kann und die im Falle einer Normierung zu bedenken sind. In manchen Ländern – beispielsweise Dänemark – gilt nämlich die Volljährigkeitsgrenze auch als Grenze für die autonome Selbstbestimmung in wichtigen medizinischen Entscheidungen wie beispielsweise für das Errichten einer Patientenverfügung. – Weithin einheitliche

²⁴ Memmer (1996b) 169.

²⁵ Diese Praxis spielt bei eigenhändigen Testamenten eine Rolle.

²⁶ Eine gesetzliche Regelung des Widerspruchsregisters ist aber erst geplant.

Regeln für Europa wären wünschenswert, zumal allein der intensive Reiseverkehr immer wieder eine grenzüberschreitende Anwendung von Patientenverfügungen verlangt. Auf die Ausführungen zum Internationalen Privatrecht in Punkt A I wird verwiesen.

VII. Zur Wirkungsdauer der Patientenverfügung

Voraussetzung einer wirksamen Patientenverfügung ist die Fähigkeit des/r Verfassers/in, die Bedeutung und Tragweite eines Behandlungsabbruchs oder einer Behandlungsfortsetzung und ihrer Gestaltung im Zeitpunkt des Erstellens der Verfügung zu erkennen. Diese Fähigkeit fehlt Geschäftsunfähigen. Die Ausführungen in Punkt VI. haben aber gezeigt, dass für Minderjährige beschränkte Geschäftsfähigkeit genügt. Dasselbe gilt für die Stellvertretung und die Vorsorgevollmacht. – Ein Aktualisieren der Patientenverfügung in regelmäßigen Abständen durch ein Erneuern des Datums und der eigenhändigen Unterschrift ist empfehlenswert, um keine Zweifel an der (nach wie vor bestehenden) Aktualität schriftlicher Voraussetzungen aufkommen zu lassen. In den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage der KAKuG-Novelle, BGBl 1993/801 wurde nämlich ausgeführt, dass „Äußerungen einer Person, die diese vor Eintritt des Verlustes ihrer Handlungsfähigkeit abgibt zeitlich nicht unbeschränkt verbindlich sind“; EB zu Art I Z 27 (§ 10 Abs 1 Z 7 und 8) der RV. Dieser Ansicht ist aber nicht zu folgen, und diese Meinung ist für Rechtsanwender auch nicht verbindlich.²⁷ Gesetzesmaterialien kommt keine gesetzliche Kraft zu. Deshalb wird immer wieder die Ansicht vertreten, dass Patientenverfügungen innerhalb von 2 bis 5 Jahren verlängert/erneuert werden müssen, um ihre Gültigkeit zu bewahren.²⁸ – Legistisch empfiehlt es sich nicht, die Gültigkeitsdauer von Patientenverfügungen zeitlich zu beschränken; überlegenswert erscheint es uns aber nach dem Vorbild des § 578 ABGB (eigenhändiges Testament) im Gesetz die Formel aufzunehmen, dass es „ratsam“ sei, Patientenverfügungen möglichst zu aktualisieren.²⁹

Grundsätzlich bleibt festzuhalten, dass eine einmal rechtswirksam abgegebene Vorausverfügung nicht durch bloßen Zeitablauf ungültig wird, sondern nur dann ihre Wirksamkeit verliert, wenn Patienten/innen mündlich oder schriftlich, ausdrücklich, konkludent oder stillschweigend (§ 863 ABGB) von ihrer ursprünglichen Entscheidung abgehen oder – wenn dies nicht mehr möglich ist – eine solche Situation anzunehmen ist. – Bei lange zurückliegenden Patientenverfügungen können jedoch Zweifel entstehen, ob der Verfasser bis zum Verlust seiner Handlungsfähigkeit an seiner Erklärung festgehalten hat. Theo Mayer-Maly³⁰ erinnert in diesem Zusammenhang an eine Ulpianstelle (Digesten 24,1, 32,3 und ebendort 34,4, 4), wo ausgeführt wird: „ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum“; dh: Wandelbar ist das Wollen/der Wille eines Sterbenden bis zum äußersten

²⁷ So auch *Kopetzki*, in: *Kopetzki* (Hrsg), Antizipierte Patientenverfügungen (2000) 44 f.

²⁸ So beispielsweise *Memmer* (1996b) 169. – Derartigen Meinungen ist aber nicht zu folgen.

²⁹ Das bedeutete, eine sog. soft law-Regel zu schaffen.

³⁰ *Rechtsphilosophie* 38 f (2001).

Ende seines Lebens. Das legt es nahe, eine *clausula rebus sic stantibus* zu befürworten, wie sie sich – wenngleich in anderem Umfeld – in § 936 ABGB³¹ findet.

Aus diesem Grund empfiehlt es sich beispielsweise vor einer stationären Aufnahme in eine Krankenanstalt, die Patientenverfügung (mit Datum und Unterschrift) zu erneuern. *Memmer* empfiehlt (aaO), dass Patienten/innen bei der stationären Aufnahme von Ärzten über die Möglichkeit der Abänderung oder des Widerrufs aufgeklärt werden sollten. Das erscheint auch als Möglichkeit für eine gesetzliche Regelung, wobei uns eine Beschränkung auf ärztliches Personal als zu eng erscheint. Warum soll das nicht auch eine Krankenschwester oder ein Pfleger tun können?

Die Patientenverfügung kann – wie eine erteilte Vollmacht – jederzeit zur Gänze und ohne Angabe von Gründen widerrufen werden.³² Neben einer ausdrücklichen Erklärung, genügt aber auch schlüssiges Verhalten. Das klare Kopfnicken oder Kopfschütteln eines/r Patienten/in auf eine entsprechende Frage von Ärzten oder sonstigem Krankenhauspersonal genügt ebenso. Die Bitte eines Patienten, ihn nicht sterben zu lassen, stellt dagegen wenigstens einen wirksamen schlüssigen Widerruf einer Patientenverfügung dar. – Das Patientenrecht, eine Behandlung abzulehnen, beinhaltet auf der anderen Seite die ärztliche Pflicht, Patienten/innen über die Sinnhaftigkeit einer solchen Entscheidung aufzuklären.

VIII. Zur Diskussion um die Rechtswirkungen von Patientenverfügungen (in Österreich)

1. Zur „Verbindlichkeit“ von Patientenverfügungen

Die Frage, ob und inwieweit Patientenverfügungen verbindlich sind, ist derzeit nicht ausdiskutiert und teilweise noch umstritten.³³ So wird die Ansicht vertreten, Patientenverfügungen seien zwar als ein Indiz für den aktuellen Patientenwillen anzusehen, nicht aber als absolut verbindlich zu bewerten. Dies wird damit begründet, dass Patientenverfügungen zu einer konkreten Behandlung im Vorhinein kaum Stellung beziehen und häufig nur mit allgemeinen Umschreibungen eine konkrete Behandlung ablehnen können. Gegen eine bindende Wirkung wird auch die Möglichkeit des Widerrufs von Patientenverfügungen und mangelnde ärztliche Aufklärung über die (künftige) Situation Todkranker angeführt.³⁴ Beide Argumente überzeugen nicht. Auch die jederzeitige Widerrufbarkeit von Testamenten macht diese nicht ungültig; und auf die ärztliche Aufklärung kann verzichtet werden. Zur Ausübung des Selbstbestimmungsrechts im untersuchten

³¹ Der einschlägige Passus des § 936 ABGB lautet: „... ist nur dann verbindlich, wenn sowohl ..., und die Umstände inzwischen nicht dergestalt verändert worden sind, dass dadurch der ausdrücklich bestimmte, oder aus den Umständen hervorleuchtende Zweck vereitelt, oder das Zutrauen des einen oder anderen Teils verloren wird. ...“

³² So etwa auch für Deutschland *Uhlenbruck* (1978) 569. – Die entsprechende Norm für Österreich enthält § 1020 ABGB.

³³ Dazu ausführlich *Memmer*, in: *Kopetzki* (Hrsg), Antizipierte Patientenverfügungen (2000) 9 ff sowie *Kneihls* (2000) 61.

³⁴ *Sternberg-Lieben* (1985) 2735 mwH.

Bereich mag eine vorherige ärztliche Aufklärung nützlich sein, Gültigkeitsvoraussetzung ist sie aber nicht. Eine fehlende ärztliche Aufklärung beim Abfassen einer Patientenverfügung führe – so wird eingewandt – dazu, dass Patienten/innen in Unkenntnis aller Umstände, lebensverlängernde Maßnahmen ablehnen und das Verabreichen schmerzlindernder Medikamente anordnen.³⁵ Es sei aber wiederholt, dass die Gültigkeit einer Patientenverfügung nicht von einer vorherigen ärztlichen Aufklärung abhängt. – Die aufgeworfenen Fragen und Divergenzen zeigen aber, dass hier eine wohlüberlegte gesetzliche Regelung Zweifel beseitigen und für größere Rechtssicherheit sorgen kann.

2. Pro und Kontra

Es wird aber auch die Meinung vertreten, dass Patientenverfügungen bindend sind.³⁶ Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten beinhalte auch das Recht, ärztliche Maßnahmen abzulehnen. Das künstliche Erhalten oder Verlängern des Lebens dürfe Patienten/innen nicht aufgezungen werden.³⁷ Daraus folge, dass Ärzte/innen Voraussetzungen von Patienten/innen, die lebensverlängernde Maßnahmen ablehnen oder den Einsatz schmerzlindernder Mittel anordnen, grundsätzlich zu beachten haben. Der spätere Verlust der Handlungsfähigkeit (nach gültiger Errichtung) habe keinesfalls die Ungültigkeit des Patientenwillens zur Folge. Die fehlende ärztliche Aufklärung vor Errichtung eines Patiententestaments sei ebenfalls kein Beweis gegen die Rechtsverbindlichkeit einer Patientenverfügung.³⁸ Auch bei der Verwendung vorformulierter Patientenverfügungen liege kein Aufklärungsmangel vor, da Patienten/innen sich vor Unterzeichnung eines derartigen Formulars bewusst mit dem eigenen Sterben auseinandersetzen und idR auch über Vorinformationen über ihre Krankheit verfügten. – Diesen Ausführungen pflichten wir grundsätzlich bei, Einschränkungen erscheinen jedoch nötig: Uns sind nämlich Fälle bekannt, dass Formularverfügungen an Bewohner von Altersheimen verteilt wurden und diese ohne Aufklärung und Auseinandersetzung von Bewohnern/innen unterschrieben wurden. – Das zeigt, dass eine Überprüfung der formal getroffenen Entscheidung im Ernstfall durchaus sinnvoll ist und dass darunter das Selbstbestimmungsrecht nicht leiden muss. In derartigen Fällen besteht vielmehr die Gefahr, dass Patientenverfügungen anderen Interessen dienen, als denen von ihnen Betroffenen.

Eingewandt wurde auch, dass – wie bei der Einwilligung in die ärztliche Behandlung – Patienten/innen rechtswirksam auf eine vorhergehende ärztliche Aufklärung verzichten können, ohne dass dies zur Unwirksamkeit der Patientenverfügung führe. Aus diesem Grund sei auch die ärztliche Aufklärung nachrangig, da keine Heilung mehr erreicht werden könne. Die Einstellung zum Sterben und zur Würde des Menschen bei ärztlichen Behandlungsabläufen gewinne in einer derartigen Situation gegenüber

medizinischen Detailkenntnissen an Bedeutung. Das Wissen über die Unausweichlichkeit der zum Tode führenden Krankheit genüge.³⁹ Patienten/innen verzichteten beim Errichten einer Patientenverfügung auf eine persönliche Aufklärung durch den behandelnden Arzt.⁴⁰ Es sei jedoch empfehlenswert, sich vorher mit seinem Vertrauensarzt zu besprechen. – Viele Patientenverfügungsvordrucke enthalten daher die ausdrückliche Erklärung, dass die Behandlungsanweisung nach sorgsamer Überlegung und vorheriger ärztlicher Aufklärung über die medizinische Situation erfolgt sei.⁴¹ Die Gültigkeit von Patientenverfügungen vom Nachweis einer erfolgten vorherigen ärztlichen Aufklärung abhängig machen zu wollen, wäre auch insofern problematisch, weil die Abgabe einer solchen Erklärung oft nur schwer überprüft werden kann und Schriftlichkeit das Verfahren zu umständlich machen würde.

3. Priorität des Patienten/innenwillens

Ob im Einzelfall eine Bindung des Arztes an eine Patientenverfügung anzunehmen ist oder nicht, muss unserer Ansicht nach anhand objektiver Kriterien geprüft werden. Die Patientenverfügung ist beispielsweise nach Memmer⁴² jedenfalls dann verbindlich, wenn sie zu einem Zeitpunkt errichtet wurde, als Patienten/innen schwer erkrankt oder die tödliche Erkrankung bereits ihren Lauf genommen hatte. Zu respektieren sind Patientenverfügungen aber auch dann, wenn Patienten/innen von einem Arzt aufgeklärt wurden und die Patientenverfügung den Ärzten zur Kenntnis gelangt ist, etwa weil sie in der Krankengeschichte festgehalten wurde. In der Praxis wird die Entscheidung, eine Patientenverfügung zu errichten, oft von einer realistischen medizinischen Einschätzung und Information abhängen, weil wohl nur in seltenen Fällen eine verlässliche Einschätzung des medizinischen Zustands durch Laien möglich sein wird. – Eine gewisse Parallelität, wenn auch keine völlige Identität mit den Voraussetzungen der ärztlichen Aufklärungspflicht im Rahmen medizinischer Behandlungen erscheint aber gegeben. Im Falle einer gesetzlichen Regelung wäre an eine soft law-Regelung wie in § 578 ABGB zu denken, wo für die gültige Errichtung eines eigenhändigen Testaments die „Beisetzung des Tages, des Jahres, und des Ortes ... zwar nicht [für] notwendig [erachtet wird], aber zur Vermeidung der Streitigkeiten [für] ratsam“.

Zu vermeiden ist eine Position, nach der die Entscheidung über die Sinnhaftigkeit einer Patientenverfügung allein von medizinischer Seite getroffen wird. Wir wissen nämlich nur zu gut, dass der Tod noch immer für viele Mediziner nicht nur eine menschliche Notwendigkeit, sondern auch als eine Niederlage der Medizin angesehen wird, die oft sogar unbewusst abgewehrt wird. Dabei bleibt leicht der autonome – zweifellos vorrangige – Patientenwille auf der Strecke. Auch ein Gesetzgeber, der diese Frage regeln will, wird daher um die grundsätzliche Vorrangigkeit des Patientenwillens nicht herumkommen, will er das Problem ernsthaft einer Lösung zuführen.

³⁵ Memmer (1996a) 104 ff.

³⁶ Lachmann, AnwBl 1991, 76; Memmer (1996a) 104.

³⁷ So auch Moos in WK § 110 StGB Rz 29 für das Strafrecht.

³⁸ Memmer (1996a) 105.

³⁹ Memmer (1996a) 105.

⁴⁰ Schöllhammer (1993) 81, 84 ff.

⁴¹ Schöllhammer (1993) 77.

⁴² (1996a) 106.

Das Beiziehen von Vertrauenspersonen und Zeugen, eine notarielle oder gerichtliche Beglaubigung der Unterschrift oder das Errichten der Patientenverfügung knapp vor der Entscheidungssituation sprechen unseres Erachtens jedenfalls für ihre Verbindlichkeit. – Ob eine Patientenverfügung verbindlich ist oder nur eine Indizfunktion erfüllt, ist für die ärztliche Verantwortung allerdings von entscheidender Bedeutung. Ist die Patientenverfügung verbindlich, entlastet sie die Ärzte von Vorwürfen, sie hätten nicht alles versucht, um das verlöschende Leben noch für einige Zeit zu erhalten. Die Patientenverfügung soll, will sie den Praxistest bestehen, auch für Ärzte/innen eine echte Entscheidungshilfe im schwierigen Grenzbe- reich zwischen Leben und Tod darstellen. Patientenverfü- gungen dienen somit auch der Klärung des Arzt-Patient- und zugleich des Arzt-Angehörigen-Verhältnisses. Nicht alle Fragen dieses schwierigen Themas erscheinen derzeit schon gelöst. Wünschenswert erschiene daher eine behut- same, aber grundsätzliche Klärung durch den Gesetzge- ber, mag ein solcher Schritt auch bis zu einem gewissen Grad Neuland betreten. Dies würde die Rechtssicherheit und damit die Verbreitung dieses jungen Rechtsinstituts fördern.

Eine realistische Möglichkeit, die legislativen Schritte in Europa abzustimmen besteht derzeit aber nicht. So wird es wohl zunächst höchstens nationale Regelungen geben, denen aber durchaus Beispielswirkung zukommen kann. Versucht werden könnte allenfalls eine Initiative des Europarates, der ja bereits auch in Fragen der biomedizi- nischen Ethik tätig geworden ist.⁴³

B. Rechtsvergleich

In der Folge geben wir einen kurzen Überblick über die Rechtslage in einigen Ländern Europas. Aufgrund des vorangestellten ersten Teils dieses Beitrags in dessen Mit- telpunkt die Rechtslage in Österreich steht, dieser Teil fungiert als „Allgemeiner Teil“, beschränken wir uns hier vornehmlich auf das Erwähnen gesetzlicher Charakteris- tika in den Vergleichsländern. Erwähnt werden soll noch, dass Untersuchungen wie die unsere durch besseres Ver- gleichsmaterial an Aussagekraft gewinnen können. Rechtstatsächliche Untersuchungen könnten manche Fra- ge besser erfassen und beleuchten.⁴⁴ – Erwähnt sei ferner, dass die Auseinandersetzung mit dem deutschen Rechts- bereich auch insoferne ausführlicher erfolgt, weil die deutsche Rechtsprechung und weithin auch das deutsche Schrifttum auch ohne gesetzliche Regelung, die zentrale Weichenstellung unserer Untersuchung klar erkannt hat. Daran sind andere Rechtsordnungen zu messen.

Wir beginnen unseren rechtsvergleichenden Über- blick mit der Rechtslage in Deutschland (I), setzen mit der

⁴³ Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin bestimmt in Art 9, dass Wünsche eines im Zeitpunkt der Be- handlungsmaßnahme nicht äußerungsfähigen Patienten, die dies- er in Bezug auf eine medizinische Behandlung im Voraus ausgedrückt hat, zu berücksichtigen sind; dazu *Kopetzki*, in: *Kopetzki* (Hrsg), *Antizipierte Patientenverfügungen* (2000) 49 ff.

⁴⁴ Für die gesamte Untersuchung erschiene es ratsam, auf diesen ersten einen zweiten Schritt zu setzen, und zwischen- durch (durch verbesserte Kontakte) genaueres Material zu Tage zu fördern.

Schweiz (II) fort und wenden uns in der Folge kurz – d.h. nur Details betreffend – den Rechtsordnungen Italiens (III), der Niederlande (IV), Englands (V), Griechenlands (VI), Spaniens (VII) und Schwedens (VIII) zu. Daneben findet sich ein punktuell Heranziehen der Rechts- situation in einzelnen Ländern, deren Rechtslage uns zur Kenntnis gelangt ist.

I. Deutschland – „Patientenverfügung“

1. Keine gesetzliche Regelung

Auch Deutschland besitzt keine gesetzliche Regelung. Anders als in Österreich existiert bislang nicht einmal eine gesetzliche Erwähnung der Patientenverfügung.⁴⁵ Die feh- lende gesetzliche Regelung führte verständlicherweise dazu, dass keine einhellige Rechtsmeinung existiert. Rechtsprechung und Schrifttum gehen getrennte Wege. – Die gegenwärtige Situation wird vergrößert dargestellt.

2. Rechtshandlung oder Rechtsgeschäft?

Während der deutsche Bundesgerichtshof bereits früh in einer Entscheidung aus dem Jahre 1958 (5.12.1958, BGHZ 7, 198, insb 207) klarstellte, dass für ihn die Ein- willigung in die medizinische Behandlung kein Rechtsge- schäft, sondern „eine Gestattung oder Ermächtigung zur Vornahme tatsächlicher Handlungen“ im Rahmen der menschlichen Selbstbestimmung sei, vertritt ein Teil der deutschen Lehre – wie in Österreich – die Meinung, es handle sich dabei um eine rechtsgeschäftliche Willens- erklärung. Das ist insofern nicht verwunderlich, weil Deutschland als Hochburg der europäischen Rechtsge- schäftslehre anzusehen ist und schon die deutsche Zivil- rechtskodifikation von 1900, das BGB, die Rechtsge- schäftslehre ins Zentrum gestellt hat, was für diesen Be- reich verdienstvoll war.

Der rechtlichen Qualifikation der Einwilligung in die ärztliche Behandlung kommt insofern große Bedeutung zu, als ihr Verständnis zweifellos als Vorbild für die Pati- entenverfügung und andere medizinisch relevante Erklä- rungen von Patienten/innen dient. Zum Beispiel ist hier auch an die österreichische Widerspruchserklärung zu er- innern, der in Deutschland, das im Transplantationswesen eine andere Lösung vertritt, die Einwilligung zur Trans- plantation entspricht. Auch diese Erklärungen sind keine rechtsgeschäftlichen, sondern bloße Willenserklärungen im Rahmen der Selbstbestimmung von Patienten/innen. Von Bedeutung ist die Abklärung dieser Rechtsfrage aber auch für das Verständnis der Einwilligungen Minderjähri- ger in eine medizinische Behandlung.⁴⁶

Der deutsche BGH hielt auch in seiner späteren Judi- katur am erwähnten Verständnis der Einwilligung von Patienten in die medizinische Behandlung fest. Der Ge- richtshof betont nunmehr auch, dass es sich bei derartigen Erklärungen zwar um eine Willenserklärung, nicht aber um eine solche rechtsgeschäftlicher Art handle. Das er- scheint uns sachgerecht und kann als Grundlage einer künftigen europäischen, aber auch nationaler Gesetzge- bungen dienen.

⁴⁵ *Meran* (2000) 94 mwH.

⁴⁶ Für Österreich wurde diese Frage, wie oben ausgeführt, durch den Gesetzgeber iS der Meinung des dtBGH entschieden.

3. *Voluntas aegroti suprema lex*

Man sollte sich aber darüber im Klaren sein, dass es sich hier um eine legistische Weichenstellung handelt, die knapp so formuliert werden kann:

Der in der Patientenverfügung zum Ausdruck gebrachte gültige Wille eines/r Verfügenden ist zwar eine rechtlich relevante Willenserklärung, juristisch gesehen aber kein Rechtsgeschäft. Diese Willenserklärung stellt vielmehr einen höchstpersönlichen Akt der menschlichen Selbstbestimmung dar, dem auch volle rechtliche Bedeutung zukommt. – Der latinisierte Grundsatz „*voluntas aegroti suprema lex*“ bringt das unserer Ansicht zutreffend zum Ausdruck. Dieser wichtige Grundgedanke entspricht übrigens inhaltlich dem us-amerikanischen „Patient Self Determination Act“ aus dem Jahre 1990, einem Bundesgesetz, das ebenfalls die Patientenautonomie höher bewertet als ein medizinisches Fürsorgeprinzip.

Das Willensprinzip von Patienten/innen ist also auch hier ernst zu nehmen, wenngleich immer sicherzustellen ist, dass es sich um den aktuellen Willen Betroffener handelt. – Hier ist sowohl rechtlich wie medizinisch sehr sorgfältig vorzugehen und dies spricht dafür, schriftlich abgegebene oder auch nur mündlich erklärte Patientenverfügungen immer wieder zu erneuern; sie aber nur für eine bestimmte Zeit mit der Möglichkeit der Verlängerung gültig sein zu lassen wäre zu rigide. Überlegenswert erscheint es uns aber, eine solche Möglichkeit (als besonders der Rechtssicherheit dienliche Alternative) zu eröffnen, die auch für Ärzte eine Befolgungspflicht (höheren Grades) bedeuten könnte. Als diskutabler Verlängerungs-Zeitrahmen erscheint uns – wie ausgeführt – eine Dauer von drei bis fünf Jahren angemessen. Das Rechtsdenken geht mit künftigen Entwicklungen, die niemand kennt und hinreichend sicher vorhersagen kann, generell sehr vorsichtig um; wo immer das Recht mit zukünftigen Entwicklungen zu tun hat. Eine solche Lösung erscheint uns als tragbarer Kompromiss zwischen Patientenselbstbestimmung und Medizin.

Das rechtliche Verständnis der Patientenverfügung als zwar rechtlich beachtliche Willenserklärung, nicht aber als Rechtsgeschäft hat auch zur Folge, dass die Patientenverfügung keinesfalls als letztwillige oder testamentarische Verfügung betrachtet werden kann. Es handelt sich bei der Patientenverfügung zwar um eine so genannte „Rechtshandlung“ im Sinne einer rechtlich relevanten Willenserklärung, nicht aber um ein „Rechtsgeschäft“ im rechtsgeschäftstechnischen Sinn.⁴⁷ Das hat zur rechtsdogmatischen Konsequenz, dass die Regelung für Rechtsgeschäfte, wenn man sie braucht, zwar nicht unmittelbar, aber doch analog herangezogen werden können. Auch diese Konsequenz besitzt praktische Bedeutung, worauf im Anschluss eingegangen wird.

4. *Stellvertretung und Patientenverfügung*

Der „*Stellvertreter in Gesundheitsangelegenheiten*“ („*durable power of attorney in healthcare*“) ist berechtigt, Gesundheitsentscheidungen im Namen von Patienten/innen eigenständig zu treffen. Diese Möglichkeit hatte ihre Rechtsgrundlage in § 1896 Abs 2 dtBGB. Sofern der

Patient eine Vorsorgevollmacht verfasst hatte, durfte das Gericht auch keinen Betreuer (Sachwalter) bestellen. Am 1.1.1999 verabschiedete aber der Deutsche Bundestag das Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechtes, wonach nunmehr bei Maßnahmen nach §§ 1904, 1906 BGB die Zustimmung des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist. Damit ist die Vorsorgevollmacht in Gesundheitsangelegenheiten für das deutsche Recht weitgehend obsolet geworden. Für die Praxis ist nur noch die *Betreuungsverfügung* (Sachwalterbestellung) relevant. Die Bedeutung der Betreuungsverfügung liegt darin, dass Patienten/innen deren Betreuer selbst bestimmen können. Ohne eine solche Betreuungsverfügung bestellt das Vormundschaftsgericht nach § 1897 Abs 1 dtBGB eine natürliche Person oder einen Verein, die geeignet sind, in dem gerichtlich bestimmten Aufgabenkreis die Angelegenheiten des/r Betreuten zu besorgen und ihn/sie hierbei im erforderlichen Umfang persönlich zu betreuen. Der Betreuer hat aber nach § 1904 dtBGB bei lebensverlängernden Maßnahmen stets eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung einzuholen.⁴⁸

Die europäische Praxis koppelt, wie erwähnt, mittlerweile häufig – offenbar nach us-amerikanischem Vorbild – Vorsorgevollmachten mit Patientenverfügungen, um auch dann adäquat medizinische oder sonst nötige Entscheidungen treffen zu können, wenn der/die Verfügende selbst nicht mehr in der Lage ist, dies zu tun. Der als Patient Verfügende erteilt dabei dem/r Bevollmächtigten die Vollmacht, für ihn in einer lebensbedrohenden Situation, die zum Verlust der eigenen Entscheidungsfähigkeit führen kann, eine angemessene Entscheidung zu treffen.⁴⁹

Es gibt aber auch Rechtsordnungen, die eine Stellvertretung im untersuchten Bereich ablehnen, weil sie der Meinung sind, dass Entscheidungen über medizinische Fragen ab einer bestimmten Reichweite höchstpersönlicher Natur sind, und solche Fragen keinen Stellvertretungsakt zulassen. Man muss dazu anmerken, dass schon das römische Recht so genannte *actus legitimi* kannte, die keine Vertretung gestatten. Die Bandbreite unterschiedlicher Meinungen in den einzelnen nationalen Rechtsordnungen erscheint diesbezüglich groß.

Grundsätzlich ist dazu zu sagen, dass vieles dafür spricht – freilich unter Einhaltung klarer rechtlicher Kautelen – Vorsorgevollmachten und damit Stellvertretung auch in diesem sensiblen Bereich zuzulassen, mag damit auch (wie übrigens in jedem Fall einer Patientenverfügung) ein gewisses Missbrauchsrisiko einhergehen. Aber grundsätzlich muss das Selbstbestimmungsrecht des Menschen höher eingestuft werden, als eine altüberkommene, legistisch-paternalistische Bevormundung. Auch diese Gefahr lässt es angeraten erscheinen, das Recht der Patientenverfügung gesetzlich zu regeln. Die Ernsthaftigkeit und das Weitreichende einer solchen Erklärung verlangt unseres Erachtens danach. Das dient ganz allgemein der Rechtssicherheit, aber insbesondere auch denjenigen, die verfügen, denn die Ernsthaftigkeit dieser Willenserklärung wird dadurch vor Augen geführt. – Aufgrund der fehlenden gesetzlichen Regelung besteht derzeit auch in

⁴⁸ Meran (2000) 96.

⁴⁹ Dazu Memmer, in: Kopetzki (Hrsg), Antizipierte Patientenverfügungen (2000) 19 ff mwH.

⁴⁷ Zur Unterscheidung: Barta, Zivilrecht (2004) 286.

Deutschland keine Formpflicht, wenngleich in der Literatur häufig angeraten wird, schriftliche Erklärungen abzugeben.

Dazu ist noch anzumerken: Die (Vorsorge) Vollmacht wird als Instrument der Stellvertretung eingesetzt. Hier ist in aller Knappheit darauf hinzuweisen, dass die Vollmacht nach unserer Ansicht sowohl ein rechtsgeschäftliches, als auch ein auf bloße Rechtshandlungen gerichtetes Instrument darstellt. Das bedeutet, dass auch im Bereich der Patientenverfügungen die Möglichkeit der Verwendung von Vollmachten – hier so genannter Vorsorgevollmachten – besteht. Wichtig ist dieses Ergebnis insofern, als damit klargestellt wird, dass man sich auch dann im Bereich der Patientenverfügungen des praktischen Mittels der Vorsorgevollmacht bedienen kann, wenn man die Patientenverfügung nicht als Rechtsgeschäft versteht. – Ein solches Verständnis zeigt zudem, dass der privatrechtlich so bedeutende Begriff der Privatautonomie neben dem (Kern) Bereich der Rechtsgeschäfte, auch den der Rechtshandlungen mitumfasst.

Im Vordergrund dieses Verständnisses steht aber nicht – wie im rechtsgeschäftlichen Bereich – die dogmatische Frage der Reichweite eines Rechtsfolgewillens, sondern der in Ausübung des Selbstbestimmungsrechts erklärte Patientenwille, einen bestimmten medizinischen Erfolg, auf bestimmte Weise herbeizuführen oder einen medizinischen oder pflegerischen Eingriff überhaupt zu unterlassen.

II. Schweiz⁵⁰ – „Patientenanordnung“ oder „Patientenanweisung“

Auch die Schweiz kennt derzeit keine spezielle gesetzliche Bundesregelung der Patientenverfügung⁵¹, kann aber wie das österreichische Privatrecht auf eine allgemeine zivilrechtliche Regelung des Persönlichkeitsrechts in den Artikeln 27 und 28 ZGB zurückgreifen. Auch das Schweizerische Recht schützt grundsätzlich die Selbstbestimmung und Verfügungsfreiheit des Menschen im Rahmen des (allgemeinen) Persönlichkeitsrechtsschutzes; Art 27 ZGB. Diese Bestimmung kennt keine Einschränkung auf Rechtsgeschäfte.⁵¹

In der schweizerischen Lehre wird allgemein davon ausgegangen, dass dem Einzelnen die Freiheit zukommt, über Art und Zeitpunkt der Beendigung seines eigenen Lebens zu befinden.⁵² Dieses Recht wird aus der in der Bundesverfassung in Art. 10 Abs 2 gewährleisteten persönlichen Freiheit abgeleitet. Zudem wird es aus dem in der Schweizer Bundesverfassung, in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II) garantierten Recht auf Achtung des Privatlebens abgeleitet.⁵³ Das Recht auf den eigenen Tod ergibt sich aber auch ganz allgemein aus dem Recht auf Achtung der Menschenwürde. In der Schweiz ist die Beihilfe zum Suizid straflos,

es sei denn, der Hilfeleistende handelt aus selbstsüchtigen Beweggründen; Art 115 SchwStGB, Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord. Die Vertreter von Sterbehilfeorganisationen, welche dem/r Suizidenten die nötigen Mittel verschaffen oder ihm die erforderlichen Anweisungen erteilen, damit dieser selbst seinem Leben ein Ende setzen kann, begehen somit keine strafbare Handlung. Von dem Recht, den Freitod zu wählen, ist allerdings das Recht auf Sterbehilfe gegenüber dem Staat und den Mitmenschen abzugrenzen. Ein Anspruch des Sterbewilligen, dass ihm Beihilfe bei einer Selbsttötung geleistet wird, oder ein Anspruch auf aktive Sterbehilfe, wenn er sich außerstande sieht, selber seinem Leben ein Ende zu bereiten besteht nicht. – Diese Regeln erscheinen vorbildlich.

Die Patientenverfügung wird jedoch in einigen kantonalen Gesundheitsgesetzen der Schweiz anerkannt; z.B. Wallis. Nach diesen kantonalen Vorschriften müssen „Patientenverfügungen“ schriftlich angeordnet werden. Interessant erscheint, dass die Schweiz terminologisch den Begriff der Patientenverfügung ablehnt und statt dessen von *Patientenanordnung* oder *Patientenanweisung* spricht. Das erscheint insofern berechtigt, als der Begriff „Verfügung“ (in der Schweiz wie bei uns) vornehmlich eine sachenrechtliche Konnotation besitzt und eine Disposition über Sachenrechte beinhaltet; nämlich die Begründung, Aufhebung oder Abänderung dinglicher Rechte. Es erscheint in der Tat bedenkenswert, im Hinblick auf eine möglichst europagerechte Aufbereitung unseres Rechtsinstituts, nach einem neuen, unbelasteten Begriff zu suchen. – *Stellvertretung* im untersuchten Bereich wird auch in der Schweiz für zulässig erachtet, zumal das Schrifttum dazu neigt, die Patientenanordnung (wie im deutschen Schrifttum) eher als Rechtsgeschäft zu qualifizieren.

Patientenverfügungen, welche Patienten/innen früher als Urteilsfähige abgefasst haben und in denen sie den Verzicht auf lebensverlängernde Maßnahmen erklären, sind nach Schweizer Rechtslage zu respektieren.⁵⁴ Nach den „medizinisch-ethischen Richtlinien für die ärztliche Betreuung sterbender und zerebral schwerst geschädigter Patienten“⁵⁵ ist eine Patientenverfügung, die Patienten/innen in einem früheren Zeitpunkt als Urteilsfähige abgefasst haben, verbindlich. Unbeachtlich sind nur jene Patientenverfügungen, die dem Arzt ein rechtswidriges Verhalten zumuten oder den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen verlangen, obwohl der Zustand des Patienten nach allgemeiner Erfahrung die Wiederkehr der zwischenmenschlichen Kommunikation und das Wiedererstarren des Lebenswillens erwarten lässt.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Rechtslage in der Schweiz sich als sehr patientenanordnungsfreundlich darstellt. Die Verbindlichkeit der Patientenanordnung ist grundsätzlich außer Streit gestellt und die Ausnahmen davon sind klar umschrieben. Das dient dem in diesem Bereich besonders wichtigen Gedanken der Rechtssicherheit. Das Selbstbestimmungsrecht von Patienten/innen erscheint in hohem Maße gewährleistet.

⁵⁰ Steffen/Guillod, in: Taupitz (Hrsg), 229 ff.

⁵¹ Vgl Reusser, Patientenwille und Sterbebeistand. Eine zivilrechtliche Beurteilung der Patientenverfügung (1994) und Steffen/Guillod, aaO 234.

⁵² Baumgarten, The Right to Die?; Dissertation Basel/Bern (1998).

⁵³ Art 13 Abs 1 BV; Art 8 EMRK; Art 17 UNO-Pakt II.

⁵⁴ Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften, Medizinisch-ethische Richtlinien für die ärztliche Betreuung sterbender und zerebral schwerst geschädigter Patienten vom 24. Februar 1995 (Richtlinien SAMW).

⁵⁵ Die Richtlinien sind abgedruckt in NJW 1996, 767 ff.

III. Italien⁵⁶ – „testamento biologico“

Auch Italien kennt keine gesetzliche Bestimmung, wengleich das „testamento biologico“ ebenfalls eine gewisse Verbreitung besitzt und Erklärungsmuster dafür existieren. Reflektiert werden unseres Wissens vornehmlich aber praktische Anlassfälle und medizinische Anwendungsbereiche der Patientenverfügung; zB das Ablehnen einer künstlichen Ernährung durch das Legen von PEG-Sonden. Kaum reflektiert wird dagegen unseres Wissens die rechtliche Einordnung von Patientenverfügungen, so dass wir dazu auch keine verlässlichen Aussagen treffen können. Italien gehört aber zu jenen Ländern, die der Stellvertretung in derartigen Fragen skeptisch gegenüberstehen, was wohl auch rechtshistorisch zu verstehen ist. Art 5 des italienischen Codice Civile referiert noch den Standpunkt Ulpianus und damit des klassischen römischen Rechts: *Dominus membrorum suorum nemo videtur*. – Die Anwendung dieses römischrechtlichen Satzes auf unsere Frage erscheint uns aber nicht zielführend, zumal er auch nicht den Kern des hier behandelten Problems trifft; Stichwort: Selbstbestimmung.

IV. Niederlande⁵⁷ – „wilsbeschikking“

Die Niederlande respektieren Patientenverfügungen grundsätzlich. Das holländische Recht kennt auch keine Grundlagen für eine Zwangsbehandlung. – Detaillierte Kriterien für unsere Frage konnten wir aber nicht finden. Holland kennt aber in Art 450 Section 3 des Act on Medical contract eine gesetzliche Regelung der Patientenverfügung, die aber keine besonderen Formerfordernisse für derartige Erklärungen vorsieht; verlangt wird Name, Datum und Unterschrift, also die Einhaltung einfacher Schriftform. Der Behandler kann aber eine solche Erklärung unbeachtet lassen, wenn er Zweifel an der Zurechnungsfähigkeit des Erklärenden zum Zeitpunkt der Erklärung hegt oder die Erklärung schon sehr lange (?) zurückliegt. Dies eröffnet unseres Erachtens einen (zu) großen Ermessensspielraum und führt zu großer Rechtsunsicherheit. Allenfalls werden auch Verwandte und Angehörige befragt, was zielführend erscheint. – Vorsorgevollmachten sind gesetzlich ebenfalls anerkannt und haben das Wohl von Patienten/innen zu fördern.

V. England⁵⁸ – „living will“

Eine breite Anerkennung und praktische Handhabung hat der „living will“ in England erfahren. Er wird als rechtsverbindliches Dokument von angesehenen Vereinigungen anerkannt, etwa der British Medical Association, the Royal College of Nursing, the General Medical Council oder the Law Society und dem Age Concern. Es existieren bereits Vereinigungen, die beim Abfassen eines living will unterstützen.

Rechtsprechung und Schrifttum stellen – unseres Erachtens sachgemäß – auf vier Kriterien ab:⁵⁹

1. *Zurechnungsfähigkeit* des Patienten im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung;
2. dass der Patient aufgeklärt wurde über Art und Weise der Maßnahmen und deren Folgen und die *später eingetretene Situation* bedacht hat;
3. dass der Patient die *Konsequenzen* der Behandlungsablehnung *akzeptiert* und
4. dass der Patient die *Entscheidung unbeeinflusst* getroffen hat.

Stellvertreterentscheidungen durch einen benannten Gesundheitsbetreuer sind weder durch gesetzliche Regelungen noch Präzedenzfälle anerkannt. In England gibt es daher keine Möglichkeit, eine Person des Vertrauens im Voraus zu bestimmen, die im Falle einer fehlenden Entscheidungsfähigkeit rechtlich gültige Entscheidungen über medizinische Versorgung treffen können.⁶⁰

Auf dieser Grundlage wurden sogar Gesetzesvorschläge unterbreitet, die aber bislang nicht beschlossen wurden; Banakas, aaO 598 ff. – Minderjährige bedürfen, wenn sie eine medizinische Behandlung ablehnen wollen der gerichtlichen Zustimmung; Banakas, aaO 614 f.

VI. Griechenland⁶¹

Ein Beispiel dafür, dass das Nichtregeln der Patientenverfügung rechtsdogmatische Verwirrungen zur Folge hat, bietet Griechenland. Dort wird die Einwilligung in die ärztliche Behandlung nicht als Rechtsgeschäft verstanden, was unseres Erachtens zutreffend erscheint. Die Patientenverfügung, die unseres Erachtens dogmatisch analog oder entsprechend zu behandeln ist, wird aber als Quasi-Rechtsgeschäft eingestuft. Damit können jedenfalls die Rechtsgeschäfts-Regeln analog herangezogen werden und auch Stellvertretung und damit die Vorsorgevollmacht erscheinen rechtlich möglich. Der Unterschied zu Deutschland und Österreich ist demnach vornehmlich ein begrifflicher. Was in Deutschland (BGH) und Österreich als „Rechtshandlung“ verstanden wird, wird in Griechenland als Quasi-Rechtsgeschäft angesehen. In beiden Fällen können aber gewisse Regeln für Rechtsgeschäfte analog zur Anwendung gelangen. Die weitgehende Übereinstimmung mit dem deutschen Rechtskreis rührt geschichtlich daher, dass Griechenland das dtBGB als Zivilrechtskodifikation übernommen hat, was auch in der Zeit danach eine gewisse Orientierungsabhängigkeit hat bestehen lassen. – Eine europäische Rechtssetzung hätte danach – das lehrt uns das griechische Beispiel – auch für eine begriffliche Klarstellung und Vereinheitlichung Sorge zu tragen.

VII. Spanien⁶²

Auch Spanien besitzt keine gesetzliche Regelung der Patientenverfügung. Patientenverfügungen werden aber von der Praxis und dem Schrifttum – trotz beachtlicher

⁶⁰ Meran, in: *Kopetzki* (Hrsg), Antizipierte Patientenverfügungen (2000) 94.

⁶¹ Vgl dazu *Rokas/Siganidis*, in: *Taupitz* (Hrsg), Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens, 659 ff.

⁶² Vgl dazu *Romeo-Casabona/Emaldi-Cirón*, in: *Taupitz* (Hrsg), Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens, 529 ff.

⁵⁶ *Patti*, in: *Taupitz* (Hrsg), 675 ff.

⁵⁷ *Markenstein*, in: *Taupitz* (Hrsg), 741 ff.

⁵⁸ *Banakas*, in: *Taupitz* (Hrsg), 583 ff.

⁵⁹ Vgl auch *Memmer*, in: *Kopetzki* (Hrsg), Antizipierte Patientenverfügungen (2000) 93 f.

Gegenmeinungen – grundsätzlich akzeptiert, wenn die Vorausverfügung von einem handlungsfähigen Patienten gültig erklärt wurde und darüber hinaus der Inhalt der Erklärung nicht gesetzwidrig ist. Die grundsätzliche Anerkennung der Patientenverfügung in Spanien erscheint somit gegeben. – Auch die Bestellung eines Vertreters im Rahmen einer Vorsorgevollmacht wird anerkannt. Manches deutet darauf hin, dass die Patientenverfügung in Spanien rechtsdogmatisch als ein Rechtsgeschäft betrachtet wird, ohne dass die damit einhergehenden Fragen reflektiert wurden und werden. – Nach den allgemeinen zivilrechtlichen Voraussetzungen Spaniens können auch Minderjährige solche Erklärungen abgeben.

VIII. Schweden⁶³ – „life-testament“

Der rechtliche Zugang zum „life-testament“ in Schweden ist der, dass betont wird, dass zurechnungsfähige Patienten stets eine medizinische Behandlung ablehnen können. Bei Vorausverfügungen ist man aber eher zurückhaltender und fragt nach dem „gegenwärtigen“ Willen des Patienten, weil sich der Wille rasch ändern kann und von den Umständen des Einzelfalles abhängt. Der National Social Welfare Avard betont aber, dass der antizipierte Wille eines Patienten zu akzeptieren sei, wobei beachtet werden müsse, dass der geäußerte Wille nicht zu lange zurück liegt. Eine gesetzliche Bindung stellt das aber nicht dar, sondern nur eine Entscheidungshilfe für „Behandler“. – Besondere Details werden offenbar nicht diskutiert. Eine gesetzliche Regelung fehlt.

C. Resümee für nationale oder europaweite Regelungen – Punktation

Welches Resümee lässt sich aus dem aufbereiteten Material ziehen? – In aller Kürze meinen wir, dass folgende Punkte im Rahmen der künftigen Entwicklung der „Patientenverfügung“, insbesondere aber bei einer nationalen oder internationalen Rechtsetzung berücksichtigt werden sollten:

1. Eine *gesetzliche Regelung* ist wünschenswert. Begleitend wäre ein nicht unter Zeitdruck stehender Diskurs zu führen.

2. Der Gesetzgeber sollte auch *begrifflich vorsorgen* und allfällige Synonyma anbieten; zB Patientenverfügung, Patientenbrief, Letztverfügung, Patientenanzahlung oder living will. Denn eine klare begriffliche Benennung – unter der man sich auch etwas vorstellen kann und die keine falschen Assoziationen weckt – ist wünschenswert. – Vermieden werden sollte daher unseres Erachtens der Begriff Patiententestament, der rechtlich falsche Assoziationen nährt.

3. Legistisch wäre auch darauf hinzuweisen, dass die *Patientenverfügung nur innerhalb des rechtlich zulässigen Rahmens* einer nationalen Rechtsordnung möglich ist. Untersagt beispielsweise eine Rechtsordnung die aktive Sterbehilfe, kann diese Anordnung selbstverständlich auch nicht durch eine Patientenverfügung umgangen werden. Jede Patientenverfügung muss demnach rechtmäßig,

das heißt im Rahmen des rechtlich Zulässigen erfolgen und darf in diesem Sinne auch nicht sittenwidrig sein; vgl. die Anordnung des § 879 ABGB. Deutschland, die Schweiz und andere Länder kennen vergleichbare Bestimmungen.

4. Eine gesetzliche Regelung sollte auch *formliberal* und *inhaltlich* möglichst *offen* sein, um die Gefahr zu vermeiden, dass Patientenverfügungen aus Form- oder sonstigen Gründen ungültig sind. – Geht es doch darum, den Willen von Menschen in einer schwierigen Lebens- und gesundheitlichen Lage – oft handelt es sich um das letzte Stück des menschlichen Lebens, zu respektieren. – Das *Selbstbestimmungsrecht* von Patienten/innen ist in all seinen Facetten ernst zu nehmen. Mag das für Gesellschaften mitunter auch mühevoll sein! Es ist daher abzulehnen, dass einer gültigen Errichtung und auch der Verbindlichkeit einer Patientenverfügung eine (adäquate) ärztliche Aufklärung vorausgehen hat. Das mag in manchem Fall wünschenswert sein, stellt aber keine Gültigkeitsvoraussetzung dar. Es ist daher auch nicht unbedingt nötig den Arzt zu benennen, der eine solche Aufklärung erteilt hat. Ratsam ist es aber oft.

5. Die Erklärung sollte daher grundsätzlich sowohl *mündlich*, als auch *schriftlich* möglich und gültig sein. – Dennoch sollte der nationale oder internationale Gesetzgeber die einfache *Schriftform als ratsam und wünschenswert* (nach dem Vorbild des § 578 ABGB) bezeichnen. Eine Datierung wäre danach wünschenswert (siehe § 578 ABGB), sollte aber wie bei Testamenten keine Gültigkeitsvoraussetzung sein. Das gilt sowohl für die in einer schwierigen Situation abgegebene Verfügung, als auch für sogenannte antizipierte Patientenverfügungen; für letztere sogar in besonderer Weise. Eine Differenzierung der Formvorschriften in Bezug auf diese beiden Gruppen von Erklärungen erscheint sogar erwägenswert. Überlegenswert erschiene es, ob nicht im Falle der Abgabe einer mündlichen Patientenverfügung, der Dokumentierende unter seinen Aufzeichnungen auch seine Unterschrift zu setzen hat, was auch den medizinischen Dokumentationsstandards entspräche. Wählt jemand für sich weitergehende Formerfordernisse, bleibt dies selbstverständlich unbenommen; z.B. gerichtliche oder notarielle Beglaubigung der Unterschrift.

6. Inhaltlich kann eine Patientenverfügung sowohl Anordnungen eines *Tuns* (z.B. von schmerzlindernden Maßnahmen) als auch ein *Unterlassen* bestimmter (grundsätzlich möglicher) Maßnahmen vor Behandlungen umfassen.

7. Legistisch-normativ wären die Ratschläge des Gesetzgebers in die (Rechts)Form von *soft-law* zu kleiden. Dabei sollte der Gesetzgeber seine Anordnungen, wie schon Platon in den „Nomoi“ so schön und eindringlich ausgeführt hat, „mehr um zu raten, als zu befehlen“ erteilen.

8. Die vergleichsweise herangezogenen Rechtsordnungen stimmen weitgehend darin überein, dass *Patientenverfügungen, die lange zurück liegen* insofern problematisch sind, als sich mittlerweile der Patientenwille geändert haben kann. Es ist daher legistisch dafür vorzusorgen, dass in der konkreten Anwendungssituation der aktuelle Patientenwille hinterfragt wird, wobei eine (widerlegbare) Rechtsvermutung die Gültigkeit der getroffenen Verfügung anordnen könnte. Legistisch könnte das Hinterfragen des

⁶³ Vgl dazu Westerhäll, in: Taupitz (Hrsg), 877, insbesondere 926 ff.

Patientenwillens dadurch geschehen, dass die Erklärung, so sie schriftlich abgegeben wurde, verlängert wird und wenn die Verfügung nur mündlich erklärt wurde, wenigstens eine mündliche Erneuerung erfolgen sollte. Überdacht werden sollte zudem, ob mündlich abgegebene Erklärungen nur dann gültig sein sollen, wenn ihr Erklärungsgehalt auch im konkreten Anlassfall ohne jeden Zweifel noch als bestehend angenommen werden kann. – Als Vorsichtsmaßnahme könnte dafür, das wird aber nicht in allen Ländern gleich entschieden werden, ein *Zeitraumen von drei bis fünf Jahren* gewählt werden. Eine von vornherein begrenzte Wirkungsdauer, nach der die abgefasste Patientenverfügung nach dem Ablauf von beispielsweise drei oder fünf Jahren ihre Gültigkeit verliert, sollte unseres Erachtens aber besser unterbleiben.

9. Klarzustellen wäre ferner, dass die Patientenverfügung *jederzeit widerrufen* werden kann; und dies ohne eine Angabe von Gründen. Auch hier müsste für eine angemessene Publizität gesorgt werden.

10. Klarzustellen wäre auch, dass die Patientenverfügung eine *verbindliche Anordnung des/r Patienten/in* darstellt. – Zu wählen wäre dabei – wie angedeutet – der Weg über eine Rechtsvermutung und zwar eine so genannte *praesumptio iuris* (nicht dagegen eine *praesumptio iuris ac de iure*), also eine widerlegbare Rechtsvermutung. Das ließe die Möglichkeit offen, in concreto den Nachweis erbringen zu können, dass sich der Patientenwille nach Abgabe der ursprünglichen Erklärung geändert hat. Erhärtet sich aber die Vermutung, dass sich der Patientenwille geändert hat, liegt also ein echter Zweifelsfall vor, ist im Sinne einer lebenserhaltenden Maßnahme zu entscheiden; *in dubio pro vita*. Ziel der Auslegung einer Patientenverfügung muss es daher stets sein, den Patientenwillen festzustellen und nicht andere Gründe vorzuschieben. Das gilt auch gegenüber Angehörigen, deren Reaktionen oft schwierige Situationen heraufbeschwören.

11. Grundsätzlich sollte die *Patientenverfügung* rechtsdogmatisch wie die Einwilligung in die medizinische Behandlung als *höchstpersönliche Willenserklärung* (in Ausübung des Selbstbestimmungsrechtes) und nicht als rechtsgeschäftliche Willenserklärung verstanden werden. – Im Falle einer europäischen Regelung der Patientenverfügung könnte dadurch „harmonisierend“ auch auf andere medizinisch- und gesundheitsrechtliche Fragestellungen eingewirkt werden.

12. Übereinstimmung mit der Einwilligung von Patienten/innen in die medizinische Behandlung wäre auch hinsichtlich des Alters zu suchen. Es sollte daher im Sinne des § 146c ABGB (siehe oben A. VI.) die Erklärung von Patientenverfügungen grundsätzlich ab 14 Jahren möglich sein, wobei wie in der erwähnten Norm eine Kontrolle der Erklärung durch die Eltern/Erziehungsberechtigten und allenfalls das Gericht vorzusehen wäre.

13. Sinnvoll erscheint es uns auch, die Patientenverfügung durch die Möglichkeit des Erteilens einer so genannten „*Vorsorgevollmacht*“ mit zusätzlicher Effizienz auszustatten; an die oben erwähnten Vorbilder im Bereich des dtBGB für den Testamentsvollstrecker wird erinnert. Ist es doch ein beruhigender und psychologisch durchaus nachvollziehbarer Gedanke, zu wissen, dass ein Mensch, dem man voll vertraut, nach seinem bestem Wissen und Gewissen eine derart existentielle Entscheidung treffen kann.

14. Der Gesetzgeber könnte und sollte wohl auch den Rat erteilen, dass die Patientenverfügung national registriert wird. Für eine sichere *Registrierung* wäre gesetzlich zu sorgen. – Der Gesetzgeber sollte aber unseres Erachtens nicht so weit gehen, die Gültigkeit von Patientenverfügungen von ihrer Registrierung von vornherein abhängig zu machen; das mag allenfalls einem späteren Schritt vorbehalten bleiben.

15. In medizinrechtlichen Gesetzen, etwa dem Gesetz für die öffentlichen und privaten Krankenanstalten (in Österreich beispielsweise dem KAKuG sowie den Landesausführungsgesetzen) und den Berufsgesetzen für Ärzte (in Österreich derzeit das ÄrzteG 1998) wäre allenfalls eine *Aufklärungspflicht* und eine *Verschwiegenheitspflicht* festzulegen. – Eine Aufklärungspflicht sollte Krankenanstalten und Ärzte aber nur treffen, wenn der Patient vor einer medizinischen Situation steht, deren Ausgang ungewiss ist, zB vor einer schweren Operation.

Entscheidet sich der/die PatientIn in einem solchen Fall für eine Patientenverfügung wäre dies in der *Krankengeschichte* angemessen zu vermerken. Ein solcher Vermerk ist trotz einer beispielsweise möglichen zentralen Registrierung sinnvoll, weil dadurch das unmittelbare Naheverhältnis in der Arzt-Patient-Beziehung gefördert und dem Subsidiaritätsprinzip Rechnung getragen wird.

16. Ein *europäischer Regelungsvorschlag* (etwa im Rahmen des Europarates) könnte in seinem legislatischen Kerngehalt von den praktikablen, klaren und relativ sicher überprüfbaren Kriterien für den *englischen „living will“* (siehe oben B.V.) ausgehen und darüber hinaus weitere Zusatzregeln anbieten. Auf diese Weise könnte wenigstens der zentrale Bereich der Patientenverfügung europaweit vereinheitlicht werden. – Rechtstatsächliche Erhebungen hätten einem solchen Vorhaben vorauszugehen.

Literatur

- Amering/Denk/Griengl/Sibitz/Stastny (2000) Das Patiententestament aus der Sicht der Psychiatrie, in: Kopetzki (Hrsg), Antizipierte Patientenverfügungen
- Banakas (2000) Country Report England, in: Taupitz (Hrsg), Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens
- Barta (2004) Zivilrecht – Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken; PDF-Ansicht: <http://zivilrecht.uibk.ac.at/buch/>
- Barta/Kalchschmid/Kopetzki (Hrsg) (1999) Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts (Wien)
- Bernat (1996) Die rechtlichen Grenzen der Sterbehilfe, gezeigt am Beispiel der amyotrophalen Laterosklerose, WMW 146: 195 ff
- Bernat (2000) Das Patiententestament – Rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Überlegungen zum Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung, in: Kopetzki (Hrsg), Antizipierte Patientenverfügungen
- Dural (2000) Landesbericht Türkei, in: Taupitz (Hrsg), Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens
- Kalchschmid/Barta, Rechtspolitische Überlegungen zur Organtransplantation. Plädoyer für ein Transplantationsgesetz, in: Barta/Kalchschmid/Kopetzki (Hrsg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts 13 ff
- Kneihls (2000) Zur Verbindlichkeit von Patientenverfügungen, in: Kopetzki (Hrsg), Antizipierte Patientenverfügungen

- Kohlhofer (2000) Das Patiententestament aus der Sicht der Zeugen Jehovas, in: Kopetzki (Hrsg), Antizipierte Patientenverfügungen
- Kopetzki (Hrsg), (2000) Antizipierte Patientenverfügungen, „Patiententestament“ und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten (Wien)
- Kopetzki (2000) Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte antizipierter Patientenverfügungen, in: Kopetzki (Hrsg), Antizipierte Patientenverfügungen
- Lachmann (1991) Zur Bindungswirkung des „Patiententestaments“, AnwBl 53: 74 ff
- Leukauf/Steininger (1992) § 75 StGB Rz 8, in: Kommentar zum Strafgesetzbuch (Eisenstadt³)
- Markenstein (2000) Country Report The Netherlands, in: Taupitz (Hrsg), Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens
- Mayer-Maly (2001) Rechtsphilosophie (Wien)
- Memmer (1996a) Das Patiententestament, RdM, 99 ff
- Memmer (1996b) Das Patiententestament im Alltag, RdM, 167 ff
- Memmer (1997) Patientenverfügungen im österreichischen Recht, WMW 6: 135 ff
- Memmer (2000) Patiententestament und Stellvertreter in Gesundheitsangelegenheiten, in: Kopetzki (Hrsg), Antizipierte Patientenverfügungen
- Meran (2000) Ethische und rechtliche Aspekte von Patientenverfügungen: ein Vergleich zwischen England und Deutschland, in: Kopetzki (Hrsg), Antizipierte Patientenverfügungen 89 ff
- Moos (1984) §§ 75–79 StGB, in: Foregger/Nowakowski, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 22. Lfg. (Wien)
- Patti (2000) Landesbericht Italien, in: Taupitz (Hrsg), Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens
- Rokas/Siganidis (2000) Landesbericht Griechenland, in: Taupitz (Hrsg), Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens
- Romeo-Casabona/Emaldi-Ciri6n (2000) Country Report Spain, in: Taupitz (Hrsg), Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens
- Sch6llhammer (1993) Die Rechtsverbindlichkeit des Patiententestaments (Berlin)
- Reusser (1994) Patientenwille und Sterbebeistand (Zürich)
- Shapira (2000) Country Report Israel, in: Taupitz (Hrsg), Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens 691 ff
- Steffen/Guillod (2000) Landesbericht Schweiz, in: Taupitz (Hrsg), Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens
- Sternberg-Lieben (1985) Strafbarkeit des Arztes bei Verstoß gegen ein Patiententestament, NJW, 2734
- Taupitz (Hrsg) (2000) Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens – Eine internationale Dokumentation – (Berlin)
- Uhlenbruck (1978) Der Patientenbrief – die privatautonome Gestaltung des Rechtes auf einen menschenwürdigen Tod, NJW, 566 ff
- Westerhäll (2000) Country Report Sweden, in: Taupitz (Hrsg), Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens
- Zülicke (1997) Zur Praxis von Patientenverfügungen in den USA, WMW 6: 139 ff

Korrespondenz: Prof. Dr. Heinz Barta, Institut für Zivilrecht der Universität Innsbruck, Innrain 52, 6020 Innsbruck, Österreich, E-mail: heinz.barta@uibk.ac.at