



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Die Patientenverfügung

Ein Rechtsvergleich Österreich - England“

Verfasserin

Mag. iur. Marieluise Palzer

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2010

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer: Univ.-Prof. Dr. Helmut Ofner, LL.M.

INHALTSVERZEICHNIS

1	EINLEITUNG.....	1
2	ÖSTERREICH	5
2.1	ALLGEMEINES	5
2.2	DIE PATIENTENVERFÜGUNG.....	7
2.2.1	<i>Begriff der Patientenverfügung</i>	<i>7</i>
2.2.2	<i>Die Rechtslage in Österreich vor dem PatVG</i>	<i>10</i>
2.2.3	<i>Die aktuelle Rechtslage – Das PatVG</i>	<i>14</i>
2.2.3.1	Ziele des PatVG	16
2.2.3.2	Begriff der Heilbehandlung.....	18
2.2.3.2.1	Medizinische Maßnahmen	19
2.2.3.2.2	Pflegerische Maßnahmen	20
2.2.3.3	Gemeinsame Wirksamkeitsvoraussetzungen.....	22
2.2.3.3.1	Die Einsichts- und Urteilsfähigkeit.....	24
2.2.3.3.2	Erklärungsbewusstsein, Irrtum, List, Täuschung und Zwang	26
2.2.3.3.3	Erlaubtheit und Möglichkeit	29
2.2.3.4	Die verbindliche Patientenverfügung	31
2.2.3.4.1	Ärztliche Aufklärung	35
2.2.3.4.2	Mitwirkung von Notar, Anwalt oder Patientenvertreter.....	37
2.2.3.5	Die beachtliche Patientenverfügung.....	41
2.2.3.6	Der Widerruf.....	45
2.2.3.7	Zugang einer Patientenverfügung.....	49
2.2.3.8	Exkurs: Das Patientenverfügungsregister.....	50
2.2.3.9	Dokumentation	53
2.2.3.10	Übergangsbestimmungen	54
2.2.3.11	Gerichtliche Überprüfung	55
2.2.3.12	Ärztliche Haftung im Zusammenhang mit Patientenverfügungen.....	56
2.2.3.13	Die Patientenverfügung im Verhältnis zu Sachwalterschaft und Vorsorgevollmacht	56
2.2.3.13.1	Patientenverfügung – Sachwalterschaft	57
2.2.3.13.2	Patientenverfügung – Vorsorgevollmacht.....	58
2.2.4	<i>Wesentliche Unterschiede zwischen alter und neuer Rechtslage</i>	<i>61</i>
2.3	ENTSCHEIDUNGEN ZUR PATIENTENVERFÜGUNG	62
3	ENGLAND	63
3.1	ALLGEMEINES	63
3.1.1	<i>Das englische Rechtssystem im Überblick.....</i>	<i>64</i>
3.1.2	<i>Consent – Die Einwilligung in und Ablehnung von Heilbehandlungen im englischen Recht.....</i>	<i>65</i>
3.1.3	<i>Consent – Was tun bei einwilligungsunfähigen Patienten?.....</i>	<i>74</i>
3.2	DIE PATIENTENVERFÜGUNG – ADVANCE DECISION	76
3.2.1	Allgemeines.....	76

3.2.2	<i>Die Rechtslage vor dem Mental Capacity Act 2005</i>	77
3.2.3	<i>Der Mental Capacity Act 2005</i>	83
3.2.3.1	Die fünf Prinzipien des Mental Capacity Act 2005	88
3.2.3.2	Geistige Zurechnungsfähigkeit im englischen Recht	91
3.2.3.3	Was ist eine advance decision iSd Mental Capacity Act 2005?	103
3.2.3.3.1	Voraussetzungen und Inhalt	106
3.2.3.3.2	Voraussetzungen bei einer advance decision to refuse life-sustaining Treatment	111
3.2.3.3.3	Gültigkeit und Anwendbarkeit von advance decisions	113
3.2.3.3.4	Änderungen und Widerruf	118
3.2.3.4	Zugang einer advance decision	122
3.2.3.5	Übergangsbestimmungen	123
3.2.3.6	Court of Protection	123
3.2.3.7	Ärztliche Haftung im Zusammenhang mit advance decisions	127
3.2.3.8	Die advance decision im Verhältnis zu anderen Rechtsinstituten des Mental Capacity Act 2005	128
3.2.3.8.1	Advance decision – Lasting Powers of Attorney	129
3.2.3.8.2	Advance decision – Court-appointed deputy	130
3.3	ENTSCHEIDUNGEN ZUR ADVANCE DECISION	131
3.3.1	<i>Entscheidungen vor dem Mental Capacity Act 2005</i>	131
3.3.2	<i>Entscheidungen auf Grundlage des Mental Capacity Act 2005</i>	132
4	EXKURS: SCHOTTLAND	133
4.1	ALLGEMEINES	133
4.2	DAS SCHOTTISCHE RECHTSSYSTEM	133
4.3	DIE PATIENTENVERFÜGUNG IN SCHOTTLAND	134
4.3.1	<i>Der Adults with Incapacity (Scotland) Act 2000</i>	134
4.3.2	<i>Die Patientenverfügung</i>	135
4.4	ENTSCHEIDUNGEN	136
5	DER RECHTSVERGLEICH	137
5.1	ALLGEMEINES	137
5.2	DIE PATIENTENVERFÜGUNG IM RECHTSVERGLEICH	138
5.2.1	<i>Die gesetzliche Einbettung der Thematik</i>	138
5.2.2	<i>Definition der Patientenverfügung im österreichischen und im englischen Recht</i>	141
5.2.3	<i>Wirksamkeitsvoraussetzungen und Formvorschriften</i>	143
5.2.3.1	Einsichts- und Urteilsfähigkeit bzw geistige Zurechnungsfähigkeit	143
5.2.3.2	Formvorschriften	147
5.2.3.3	Inhalt einer Patientenverfügung bzw advance decision	151
5.2.3.4	Wirksamkeit bzw Gültigkeit und Anwendbarkeit	153
5.2.4	<i>Änderung und Widerruf</i>	156
5.2.4.1	Die Änderung	157
5.2.4.2	Der Widerruf	158
5.2.5	<i>Sonstiges</i>	160
5.2.5.1	Zugang einer Patientenverfügung bzw advance decision	160

5.2.5.2	Ärztliche Haftung in Zusammenhang mit Patientenverfügung bzw advance decision.....	162
5.2.5.3	Gerichtliche Überprüfung	163
5.2.5.4	Die Patientenverfügung bzw advance decision im Verhältnis zu anderen Rechtsinstituten.....	165
6	SCHLUSSWORT	168
	ANHANG I – PATIENTENVERFÜGUNGS-GESETZ 2006	I
	ANHANG II – AUSZÜGE AUS DEM MENTAL CAPACITY ACT 2005	VI
	ZUSAMMENFASSUNG.....	XIII
	LEBENS LAUF	XV

LITERATURVERZEICHNIS

Bücher und Kommentare

- A Working Party Report*, The Living Will – Consent to Treatment at the End of Life (1988).
- Aigner/Kletecka/Kletecka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis (2006).
- Ashton* (Hrsg), Mental Capacity Act: The new Law (2006).
- Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts (2007).
- Brazier/Cave*, Medicine, Patients and the Law⁴ (2007).
- British Medical Association* (Hrsg), Withholding and Withdrawing Life-prolonging Medical Treatment – Guidance for Decision Making³ (2007).
- Dimond*, Legal Aspects of Mental Capacity (2008).
- Francis/Johnstone*, Medical Treatment – Decisions in Law (2001).
- Grubb*, Principles of Medical Law² (2004).
- Herring*, Medical Law and Ethics² (2008).
- Hockton*, The Law of Consent to Medical Treatment (2002).
- Hope/Savulescu/Hendrick*, Medical Ethics and Law – The Core Curriculum² (2008).
- Jones*, Mental Capacity Act Manual (2005).
- Kennedy/Grubb*, Medical Law³ (2000).
- Kopetzki* (Hrsg), Antizipierte Patientenverfügungen (2000).
- Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker* (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz (2007).
- Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006).
- Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007).
- Marquand*, Introduction to Medical Law (2000).
- Mason*, Mason and McCall Smith's Law and Medical Ethics⁷ (2006).

McHale/Fox/Gunn/Wilkinson, Health Care Law: Text and Materials² (2007).

McLean/Williamson, Impairment and Disability (2007).

Memmer/Kern (Hrsg), Patientenverfügungsgesetz: Stärkung oder Schwächung der Patientenrechte? (2006).

Montgomery, Health Care Law² (2003).

Müller/Prinz, Sachwalterschaft und Alternativen (2007).

Pattinson, Medical Law & Ethics (2006).

Ploier/Petutschnigg, Die Patientenverfügung (2007).

Schabel, Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten in Österreich (2007).

Schwimann, Praxiskommentar zum ABGB³ (2005).

Stauch/Wheat/Tingle, Sourcebook on Medical Law² (2002).

Vienna Law Inauguration Lectures, Antrittsvorlesungen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien I (2008).

Young, Medically Assisted Death (2007).

Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung³ (1996).

Aufsätze

Aigner, Die Patientenverfügung – zur Entstehungsgeschichte des PatVG, FamZ 2006, 66.

Bachinger, Die Patientenverfügung – Fragen und Antworten, FamZ 2006, 79.

Barth, Die Patientenverfügung und ihre praktischen Folgen für den behandelnden Arzt, FamZ 2006, 72.

Benn-Ibler, Am Beispiel Patientenverfügung, AnwBl 2006, 305.

Berghmans/Widdershoven, Ethical perspective on Decision-making Capacity and Consent for Treatment and Research, Medicine and Law 2003, 391.

Bernat, Planungssicherheit am Lebensende? (Teil I), EF-Z 2006/23.

Bernat, Planungssicherheit am Lebensende? (Teil II), EF-Z 2006/41.

Bernat, Zwischen Autonomie und Paternalismus: die Stellung des Demenzkranken im Prozess des Selbstverlustes – ein deutsch-österreichischer Rechtsvergleich, ZfRV 2005/25.

Boyle, The Law and Incapacity Determinations: A Conflict of Governance? The Modern Law Review 2008, 433.

Christian, Patientenverfügungsregister der österreichischen Rechtsanwälte, AnwBl 2006, 496.

Christian, Patientenverfügungsregister der österreichischen Rechtsanwälte, AnwBl 2007, 5.

Engel, Verbindliche Patientenverfügungen und die Behandlung untergebrachter Personen, iFamZ 2008, 18.

Ganner, Rechtstatsächliches zu Patientenverfügung, Vorsorgevollmacht und gesetzlicher Angehörigenvertretung durch nächste Angehörige, iFamZ 2009, 150.

Gertz/Harmon/Laurie/Pradella, Developments in Medical Law in the United Kingdom in 2005 and 2006, European Journal of Health Law 2006, 143.

Halliday/Witteck, Decision-making at the End-of-life and the Incompetent Patient: a Comparative Approach, Medicine and Law 2003, 533.

Inthorn/Kletecka-Pulker, Ergebnisse der ersten Phase der Evaluationsstudie zum Patientenverfügungsgesetz, iFamZ 2008, 139.

Jud, Die Vorsorgevollmacht, AnwBl 2007, 11.

Kalchschmid, Die „Patientenverfügung“ in Europa – Ein Kurzüberblick, FamZ 2006, 90.

Kathrein, Das Patientenverfügungs-Gesetz, ÖJZ 2006, 555.

Kerschner/Lang, Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht als neue Vorsorgeinstrumente, RFG 2007/44.

Kneihs, Die Patientenverfügung als Instrument der Selbstbestimmung, juridikum 2005, 5.

Kopetzki, Einleitung und Abbruch der medizinischen Behandlung beim einwilligungsunfähigen Patienten, iFamZ 2007, 197.

Kralik/Benedikt, Patientenverfügungen, NetV 2006, 91.

Kuhn, Patientenverfügung und Aufnahmeamt, iFamZ 2007, 144.

Kunz/Gepart, Aufgaben der bei der Errichtung einer Patientenverfügung mitwirkenden Juristen – am Beispiel des Rechtsanwalts, FamZ 2006, 81.

Levy, Asserting the Right to Life – A Challenge to Medical Guidance on Withdrawing Treatment, Medicine and Law 2005, 11.

Maclean, Advance Directives, Future Selves and Decision-Making, Medical Law Review, 2006, 291.

Maclean, Advance directives and the Rocky Waters of Anticipatory Decision-making, Medical Law Review 2008, 1.

Memmer, Patientenverfügungen – Rechtslage nach dem 1. Juni 2006, FamZ 2006, 69.

Memmer, Das Patientenverfügungs-Gesetz 2006, RdM 2006/116.

Memmer, Das Patiententestament, RdM 1996, 99.

Memmer, Das Patiententestament im Alltag, RdM 1996, 167.

Michalowski, Trial and Error at the End of Life – No Harm Done? Oxford Journal of Legal Studies, 2007, 257.

Peintinger, Zum Stellenwert und zu den Aufgaben ärztlicher Aufklärung – Medizinische Beratung vor Errichtung einer Patientenverfügung, FamZ 2006, 78.

Pesendorfer/Traar, Internationale Aspekte der Patientenverfügung, iFamZ 2008, 367.

Pogacar, Wann ist eine Patientenverfügung verbindlich? Zak 2006, 223.

Röthel/Heßeler, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung im englischen Erwachsenenschutzrecht: Mental Capacity Act 2005, FamRZ 2006, 529.

Samuels, Advance decision, Medicine, Science and the Law 2008, 288.

Schauer, Selbstbestimmungsrecht in der letzten Lebensphase – Schwerpunkt: Patientenverfügung, FamZ 2006, 57.

Schauer, Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil I), ÖJZ 2007/17.

Schauer, Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil II), ÖJZ 2007/20.

Schofield, Mental Capacity Act 2005 – what do doctors know? *Medicine, Science and the Law* 2008, 113.

Gesetzestexte und Materialien

Bundesgesetz über Patientenverfügungen (**Patientenverfügungs-Gesetz** – PatVG) (NR: GP XXII RV 1299 AB 1381 S. 142. BR: AB 7518 S. 733.).

Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 – SWRÄG 2006 (NR: GP XXII RV 1420 AB 1511 S. 153. BR: AB 7566 S. 735.).

1299 der Beilagen XXII. GP – Regierungsvorlage – Materialien.

Mental Capacity Act 2005 Chapter 9.

Explanatory Notes to Mental Capacity Act 2005 Chapter 9.

Mental Capacity Act 2005 Code of Practice, 2007 (issued by the Lord Chancellor on 23 April 2007 in accordance with sections 42 and 43 of the Act).

The Adults with Incapacity (Scotland) Act 2000.

Rechtssprechung

OGH 16.7.1998, 6 Ob 144/98i.

OGH 11.09.1984, 9 Os 121/84.

Re W (a minor) (medical treatment) [1992] 4 All ER 627.

Re T (Adult: Refusal of Treatment) [1992] 4 All ER 649, CA.

Re C (Adult: Refusal of Treatment) [1994] 1 W.L.R 290.

Re AK (Medical Treatment: Consent) [2001] 1 F.L.R 129.

HE v. A Hospital Trust [2003] E.W.H.C 1017; [2003] 2 F.L.R. 408.

R (on the application of Burke) v GMC [2005] EWCA Civ 1003.

Internet

<http://www.rechtsanwaelte.at>

<http://www.leo.org>

<http://www.dict.cc>

<http://www.scotland.org/about/fact-file/government/>

<http://www.scotland.org/about/fact-file/government/scottish-parliament/>

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

aA (M)	anderer Ansicht, Auffassung (Meinung)
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
AnwBl	Anwaltsblatt
Art	Artikel
ÄrzteG	Ärztegesetz
Bd	Band
BGBI	Bundesgesetzblatt
BlgNR	Beilagennummer
BVG	Bundesverfassungsgesetz
bzw	beziehungsweise
dh	das heißt
dt	deutsch
E	Entscheidung
EF-Z	Zeitschrift für Ehe- und Familienrecht
EU	Europäische Union
exkl	exklusive
f	und der (die) folgende
FamZ	Zeitschrift für Familienrecht
ff	und die folgenden
FN	Fußnote
gem	gemäß
GP	Gesetzgebungsperiode
GuKG	Gesundheits- und Krankenpflegegesetz

hA	herrschende Ansicht (Auffassung)
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
hRsp	herrschende Rechtssprechung
id(n)F	in der (neuen) Fassung
idR	in der Regel
ieS	im engeren Sinn
iFamZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinn
KAKuG	Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz
krit	kritisch
lit	litera (Buchstabe)
Lit	Literatur
MCA	Mental Capacity Act 2005
maW	mit anderen Worten
mE	meines Erachtens
NetV	Nova & Varia Zeitschrift des Juristenverbandes
nF	neue Fassung
Nr	Nummer
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
österr	österreichisch, -e, -er, -es
PatVG	Patientenverfügungs-Gesetz

RAO	Rechtsanwaltsordnung
RdM	Recht der Medizin
RFG	Recht & Finanzen für Gemeinden
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randzahl
S	Seite
s	siehe
s	section (Englisch für Paragraph)
sog	sogenannte, -er, -es
StGB	Strafgesetzbuch
str	streitig, strittig
stRsp	ständige Rechtssprechung
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
ua	und andere(n), unter anderem
uä	und ähnliche(s)
UbG	Unterbringungsgesetz
USt	Umsatzsteuer
usw	und so weiter
uU	unter Umständen
uva	und viele andere
V	Verordnung
Z	Ziffer, Zahl
Zak	Zivilrecht aktuell
zB	zum Beispiel
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
zT	zum Teil
ZusatzProt	Zusatzprotokoll

1 EINLEITUNG

Diese Arbeit mit dem Titel „Die Patientenverfügung: Ein Rechtsvergleich Österreich – England“ beschäftigt sich eingehend mit dem komplexen Themengebiet der Patientenverfügung im österreichischen und englischen Recht einerseits, und dem Rechtsvergleich der Regelungen in diesen beiden Ländern andererseits.

Im Hinblick auf den durch eine Patientenverfügung betroffenen Bereich der Privatautonomie und die wachsende Sensibilisierung der Menschen für Problemstellungen im Zusammenhang mit Medizin und Recht, sowie dem Wunsch nach stärkerer Selbstbestimmung im Alter und Krankheitsfall, ist diese Thematik von großer praktischer Bedeutung und Wichtigkeit.¹ In Europa existieren Patientenverfügungen in vielen Ländern der EU und die Zahl ist im Steigen begriffen.² Mit der wachsenden Bedeutung des Medizinrechts und der stetigen Entwicklung, der es unterworfen ist, sowie der Überalterung der Gesellschaft, handelt es sich hier um einen Rechtsbereich, in dem noch viel Potential für Entfaltung und Fortschritt gegeben ist und dessen Bedeutung weiter zunehmen wird. Hier kann der Jurist noch viel bewirken und auch die Rechtssprechung wird gefordert sein, da mit der stetigen Fortentwicklung der medizinischen Wissenschaft auch immer neue Probleme und neue, immer komplexere Sachverhalte einhergehen werden, für die man Lösungen finden muss. Daher ist der Patientenverfügung m.A. nach, besonderes Augenmerk zu widmen.

Nicht nur aus rechtlicher Sicht ist die Patientenverfügung interessant, denn auch die ethischen Debatten, die in diesem Bereich eine große Rolle spielen, sind einer stetigen Veränderung unterworfen. Nicht zuletzt dadurch, weil das Weltbild und damit auch die Weltanschauung der Menschen ständiger Wandlung unterliegen und der Einfluss verschiedener religiöser Ansichten sich ändert, aber auch der stetige Fortschritt der Wissenschaft die Ethik und unsere Ansichten beeinflusst, zumal sich dadurch neue Möglichkeiten, gerade im Bereich der Lebenserhaltung³, ergeben.

¹ Bernat etwa hat sich in seinem Aufsatz *Bernat, Zwischen Autonomie und Paternalismus: die Stellung des Demenzkranken im Prozess des Selbstverlustes – ein deutsch-österreichischer Rechtsvergleich*, ZfRV 2005/25, mit u.a. diesem Thema im Rechtsvergleich Österreich – Deutschland nach der alten Rechtslage auseinander gesetzt und dabei besonders das sog. „Patiententestament“ hervorgehoben.

² *Kalchschmid*, Die „Patientenverfügung“ in Europa – Ein Kurzüberblick, FamZ 2006, 90.

³ Viele Fragen, die sich heute in der Medizin stellen, stellen sich nur deshalb, weil gewisse Dinge, wie etwa lebenserhaltende Maßnahmen durch eine Herz-Lungen-Maschine, überhaupt erst durch den medizinischen Fortschritt möglich gemacht wurden.

Umso lohnender ist auch die Auseinandersetzung mit so heiklen und diffizilen Themen wie der Patientenverfügung, aus denen man vielleicht Schlüsse und Erkenntnisse für andere komplizierte Bereiche des Medizinrechts ziehen kann.

In Österreich war die Patientenverfügung bis zum Inkrafttreten des Patientenverfügungs-Gesetz 2006⁴ in ihrer Existenz als solche grundsätzlich anerkannt, dh es stand jedem Rechtssubjekt frei eine solche Verfügung zu errichten, sie hatte aber bis vor kurzem keinen direkten Eingang in die Gesetzgebung gefunden. Deshalb war sie nach den allgemeinen Regeln des Gesetzes zu beurteilen, was in letzter Konsequenz nicht zufriedenstellend war und sogar zu unerwünschten Ergebnissen führen konnte. Da es dem Gesetzgeber aber ein Anliegen war genaue Regelungen für diesen heiklen Bereich festzuschreiben, wurde ein Gesetzesvorschlag ausgearbeitet. Erst nach mehrfachen Änderungen und Überarbeitungen trat schließlich mit 01.06.2006 in Österreich das PatVG⁵ in Kraft, welches nunmehr die Errichtung, Wirksamkeit und Widerruf von Patientenverfügungen normiert. Im Blickpunkt dieser Arbeit wird die Patientenverfügung vor und nach dem Gesetz stehen, unter Betrachtung der daraus entstandenen Änderungen.

England hat noch vor Österreich die Nachfrage nach einer gesetzlichen Regelung der Patientenverfügung einer Lösung zugeführt und zwar im Rahmen einer erstmaligen gesetzlichen Regelung betreffend den Umgang mit Menschen, die geistig nicht mehr zurechnungsfähig sind. In dem aus dieser Reform resultierenden *Mental Capacity Act 2005*⁶ wird unter anderem auch dem Thema Patientenverfügung Rechnung getragen. Schon zuvor war die Patientenverfügung von den Gerichten im Rahmen des *common law* anerkannt und für zulässig erklärt worden. Die gesetzliche Regelung im Rahmen des MCA stellt somit im Kern eine Kodifizierung der durch das *common law* ausgearbeiteten Regeln dar. Allerdings trat der Teil des *Acts*, der sich mit der Patientenverfügung beschäftigt, erst Ende 2007⁷ in Kraft. Eine eingehende Beschäftigung mit dem MCA und den darin enthaltenen Regelungen, die für das Thema Patientenverfügung relevant sind, ist ebenfalls Gegenstand dieser Arbeit.

⁴ PatVG BGBl I 2006/055.

⁵ So lautet die offizielle Abkürzung.

⁶ *Mental Capacity Act 2005 Chapter 9*; fortan mit der Abkürzung MCA bezeichnet.

⁷ Im Oktober 2007.

Vorrangig geht es beim Thema Patientenverfügung darum, was Inhalt einer solchen Verfügung werden kann und darf und wie eine solche Verfügung – gültig – zustande kommen und wirksam werden kann. Dazu gehören etwa die Fragen, welche Voraussetzungen für deren Gültigkeit notwendig sind, für welchen Zeitraum und welche Bereiche sie gelten soll und wie die Möglichkeit der Änderung bzw des Widerrufs einer solchen Patientenverfügung aussieht. Ziel dieser Arbeit ist es, die Rechtslage in beiden Ländern möglichst umfassend darzustellen. Es soll für beide Themenkreise die Rechtslage vor und nach In-Kraft-Treten des Gesetzes vorgestellt werden, um tiefere Einblicke in den Wandel dieser Rechtsinstitute, sofern vorhanden, gewinnen zu können. Dies wird für die jeweiligen Länder in Form von Länderberichten veranschaulicht, die in weiterer Folge auch die Grundlage für die rechtsvergleichende Arbeit darstellen. Das Augenmerk dieser Arbeit liegt dabei auf Österreich und England⁸. Nordirland hat eine eigene Gesetzgebung, welche im Rahmen dieser Arbeit nicht berücksichtigt wird. Allerdings wird es einen kurzen Exkurs in die schottische Rechtsordnung geben, welche ebenfalls eigenständig ist und somit von der englischen gerade in dieser Frage abweicht. Auch die Republik Irland wird nicht behandelt, da dies ebenfalls über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen und letztlich den Rechtsvergleich unübersichtlich machen würde. Außerdem ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass England als „Mutterland“ idR Vorbildwirkung hat und damit der englischen Gesetzgebung daher das Hauptaugenmerk zu schenken ist. Anschließend sollen diese beiden Länderberichte im Rahmen eines Rechtsvergleichs miteinander verglichen werden. Im Zuge dessen werden auch die Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen und den Rechtskreisen selbst hervorgehoben werden.

Zur Gliederung dieser Arbeit ist anzumerken, dass zuerst die Rechtslage in Österreich untersucht wird. Dann wird die englische Rechtslage bearbeitet, um im Anschluss den Rechtsvergleich dieser beiden Länder durchzuführen. Da Österreich einem anderen Rechtskreis angehört als England, ist davon auszugehen, dass die Ergebnisse divergieren werden, da schon der Zugang ein anderer ist, was vor allem an den anders gearteten Voraussetzungen, die aufgrund des anderen Rechtssystem⁹ gegeben sind, liegt. Das bedeutet

⁸ Das englische Gesetz betreffend Patientenverfügungen gilt für England und Wales. Schottland und Nordirland wären hier gesondert zu betrachten. Der Einfachheit halber wird aber nur von England gesprochen, auch, wenn England und Wales gemeint sind.

⁹ Nämlich des *common law system*.

jedoch nicht, dass die beiden Rechtsordnungen nicht auch zu ähnlichen oder sogar gleichen Ergebnissen kommen können. Aufgrund der unterschiedlichen Ansätzen, aber vor allem völlig verschiedenen Rechtstraditionen, wird eine rechtsvergleichende Betrachtung der Problemlösung hier von besonderem Interesse sein. Diese kann nämlich wiederum hilfreiche Denkanstöße und somit neue Betrachtungsweisen für eigene Lösungen bieten.

2 ÖSTERREICH

2.1 Allgemeines

In den vergangenen Jahren hat das Medizinrecht – damit sind sämtliche Rechtsbereiche, wie etwa das Schadenersatzrecht, das Sozialversicherungsrecht, oder etwa das Krankenanstaltenrecht gemeint – weltweit, aber auch in Österreich, das sich dieser Entwicklung nicht entziehen kann, immer mehr an Bedeutung gewonnen und ist verstärkt in das Bewusstsein der Menschen vorgedrungen. Insbesondere ist hier an Themenbereiche wie die Arzthaftung im Bereich des Kunstfehlers, aber auch der Behandlung ohne Einwilligung, die Einwilligung Minderjähriger in die Heilbehandlung, die Sterbehilfe, der Schwangerschaftsabbruch, die Problemstellungen rund um *wrongful birth* und *wrongful life* und eben die Patientenverfügung¹⁰ zu denken, die auch von den Medien regelmäßig aufgegriffen werden und aufgrund der rechtlichen, ethischen und moralischen Implikationen, die sie in sich tragen, Stoff für Debatten liefern.

Mit der Bedeutungssteigerung dieses Rechtsbereichs geht auch eine Steigerung des Bedarfs an Regelungen und Lösungen einher, der durch den rasch wachsenden wissenschaftlichen Fortschritt kontinuierlich steigt bzw sich immer wieder mit neuen, komplexeren Fragen konfrontiert sieht. Die Komplexität der Fragestellungen wird nicht zuletzt durch die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (OGH) in medizinrechtlichen Fällen belegt.

Kein anderes Rechtsgebiet trägt vermutlich so viele vielschichtige rechtliche, ethische, moralische und religiöse Fragen und Probleme in sich wie das Medizinrecht und in kaum einem Rechtsgebiet divergieren die Meinungen und Ansichten so stark wie hier. Und kaum sonst wo steht man gleichzeitig Neuerung derart zurückhaltend und kritisch gegenüber, eine Tatsache, die nicht zuletzt stark historisch geprägt ist, gerade in Österreich, aber auch bei unseren deutschen Nachbarn. Bei einer solchen Thematik ist ein übergreifender politischer und gesellschaftlicher Konsens nur schwer zu finden.¹¹ Denn hier geht es in allen Fragen um das Höchste uns bekannte Rechtsgut: das Leben und die körperliche Unversehrtheit. Das zeigt sich auch ganz besonders stark bei der Patientenverfügung, da dort in einem Teil der Fälle die Ablehnung einer Behandlung den Tod des Patienten bedeutet. Letztlich bewegt sich die

¹⁰ Früher, aber inzwischen nicht mehr zeitgemäß und terminologisch auch unrichtig, oft als Patiententestament bezeichnet.

¹¹ Kathrein, Das Patientenverfügungs-Gesetz, ÖJZ 2006, 555 (556).

Patientenverfügung in einem Spannungsfeld von Interessen.¹² Und da es hier auch eine hohe Gefahr des Missbrauchs gibt, man denke hier an präsumtive Erben vermögender Kranker oder Institutionen, die durch den Wegfall der Verpflichtung zur kostenintensiven Betreuung entlastet werden¹³, muss an diesen Themenbereich mit besonderer Vorsicht und Sensibilität, aber auch dem notwendigen Respekt und einer gewissen Portion Mut herangegangen werden.

Das Rechtsinstitut der Patientenverfügung ist im Laufe der letzten 15 Jahre in Österreich zunehmend in den Mittelpunkt der gesundheits- und rechtspolitischen Diskussion über den Stellenwert der Patientenautonomie gerückt.¹⁴ Da die bisherige Rechtslage unbefriedigend und dadurch auch die Rechtssicherheit nicht in einem ausreichenden Maße gewährleistet war¹⁵, sah der Gesetzgeber in diesem Bereich Handlungsbedarf und schuf daher nach langen Umwegen das PatVG. Ob dieses eine gute Lösung darstellt und alle Aspekte dieser heiklen Materie in ihrer Komplexität gebührend berücksichtigt, wird im Weiteren erörtert werden. Jedenfalls, soviel darf vorweg gesagt werden, ist es ein Anfang, ein Fuß in der Tür, der in Zukunft weiteren Möglichkeiten und Regelungen den Weg bereiten kann und wird, und in jedem Fall eine Lösung, die der bisherigen Rechtslage, nämlich dem Fehlen einer gesetzlichen Regelung, vorzuziehen ist.

Zumindest die rechtlichen Fragen betreffend Patientenverfügungen wurden nun mit dem PatVG beantwortet. Betrachtet man das PatVG und das darin zum Ausdruck gebrachte Selbstbestimmungsrecht des Patienten, so kann man mit Fug und Recht behaupten, dass durch dieses Gesetz ein neuer Höhepunkt im Bereich der Selbstbestimmung erreicht wurde. Noch nie zuvor war es dem Patienten mit einem solchen Ausmaß an Rechtssicherheit möglich selbstbestimmte Weisungen zu geben, die auch über den Verlust der Einsichts- und Urteilsfähigkeit hinaus wirken. Gleichzeitig dürfte der Gesetzgeber aber leider Angst vor seiner eigenen Courage bekommen haben, und hat sich daher bei der Frage des Widerrufs ein Hintertürchen offen gelassen, das letztlich den Sinn dieses Gesetzes und die daraus

¹² Schauer, Selbstbestimmungsrecht in der letzten Lebensphase – Schwerpunkt: Patientenverfügung, FamZ 2006, 57.

¹³ Kathrein, ÖJZ 2006, 555 (556).

¹⁴ Kathrein, ÖJZ 2006, 555.

¹⁵ Kathrein, ÖJZ 2006, 555 (559).

resultierende Selbstbestimmung untergräbt, was wiederum auch die Rechtssicherheit torpediert.

Ziel dieses Hauptkapitels ist es das PatVG selbst und seine Einbindung in das Gesamtgefüge, wobei hier vor allem an das Sachwalterrecht und die Vorsorgevollmacht zu denken ist, näher darzustellen und im Zuge dessen seine Stärken, sowie auch seine Schwächen darzulegen und neue Denkanstöße zu geben. Auch die alte Rechtslage wird kurz und überblicksmäßig dargestellt und die wichtigsten Neuerungen und Veränderungen durch das Inkrafttreten des PatVG hervorgehoben, um die Unterschiede deutlich machen zu können.

Anzumerken ist noch, dass im Rahmen dieser Arbeit der Errichter einer Patientenverfügung der Einfachheit halber immer als „Patient“¹⁶ bezeichnet wird, auch wenn das Gesetz nicht vorsieht, dass man bereits erkrankt, also Patient, sein muss, um eine Patientenverfügung zu errichten. Eine Patientenverfügung kann vom körperlichen Gesundheitszustand unabhängig verfasst werden, dh sowohl als Vorsorge bei Fortschritt einer bereits vorhandenen Erkrankung sowie auch als Vorsichtsmaßnahme und Ausdruck bestimmter Überzeugungen bei vollkommen gesunden Personen.

2.2 Die Patientenverfügung

2.2.1 Begriff der Patientenverfügung

Zunächst muss erläutert werden, was unter dem Begriff Patientenverfügung zu verstehen ist. Dafür gibt es in der bereits vorhandenen Literatur verschiedene Definitionen, wie etwa folgende: „Eine Patientenverfügung ist eine schriftliche Willenserklärung, durch die eine Person festlegen kann, welche medizinischen Maßnahmen an ihr nicht vorgenommen werden dürfen, für den Fall, dass sie nicht mehr einsichts-, urteils- oder äußerungsfähig sein sollte.“¹⁷ Diese Definition beschreibt auch die Patientenverfügung im österreichischen Recht nach der neuen Rechtslage. Abgesehen vom Kriterium der Schriftlichkeit, passt sie aber auch auf die alte Rechtslage.

¹⁶ Wie dies auch im PatVG selbst geschieht.

¹⁷ Ploier/Petutschnigg, Die Patientenverfügung (2007) 13.

Sehr allgemein und ohne Rücksicht auf die derzeit in Österreich geltende Rechtslage betrachtet, handelt es sich bei einer Patientenverfügung um eine einseitige Willenserklärung, die schriftlich oder mündlich¹⁸, ausdrücklich oder konkludent, erfolgen kann, und mit welcher der Patient für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit im Vorhinein in bestimmte Behandlungen einwilligt oder diese ausschließt. Für die österreichische Rechtslage bedeutet das zusammengefasst, dass ein Patient eine Patientenverfügung für Situationen verfassen, dh medizinische Behandlungen im Voraus ablehnen, kann, in denen er selbst nicht mehr in der Lage ist eine Entscheidung zu treffen¹⁹. Gründe für die zu einem späteren Zeitpunkt fehlende Einwilligungsfähigkeit kann es viele geben, wie etwa Altersdemenz, Bewusstlosigkeit oder Koma.

Auch der OGH erläutert in seiner Entscheidung zum „Psychiatrischen Testament“²⁰ was man im Allgemeinen unter einer Patientenverfügung – dort noch mit der alten Bezeichnung „Patiententestament“ versehen – zu verstehen hat, und findet, die damalige Literatur zitierend, eine übereinstimmende Definition. Sinn und Zweck der Patientenverfügung ist es, dass mit dieser der Patient für jene Fälle vorsorgen kann, in denen nicht mehr selbst dazu in der Lage ist eine Behandlung abzulehnen.

Man muss dabei zwischen der Patientenverfügung iwS und der Patientenverfügung ieS unterscheiden. Bei der Patientenverfügung iwS handelt es sich um einen Überbegriff, der alle Voraussetzungen umfasst, welche die medizinische Behandlung betreffen, also sowohl Patientenverfügungen ieS, sowie auch andere Regelungen, wie etwa den Widerspruch gegen die postmortale Organentnahme.²¹ Patientenverfügungen ieS wiederum ist eine Erklärung, die zeitlich vor der aktuellen Entscheidungssituation abgegeben wird und in der für den Fall eines bestimmten Krankheitsstadiums Wünsche für eine Behandlung (in Österreich: Ablehnung einer Behandlung) zum Ausdruck gebracht werden.²² Nicht von Bedeutung ist, ob der Betroffene im Zeitpunkt des Verfassens der Patientenverfügung bereits erkrankt ist oder nicht.

¹⁸ Nach den Formvorschriften des PatVG nunmehr nicht mehr möglich, da Schriftlichkeit zwingend verlangt wird.

¹⁹ Ploier/Petutschnigg, Die Patientenverfügung 13.

²⁰ OGH 16.7.1998, 6 Ob 144/98i.

²¹ Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis (2006) 298.

²² Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis 298.

In Österreich – das gilt sowohl für die alte Rechtslage, als auch für das PatVG – kann man im Rahmen einer Patientenverfügung nur Heilbehandlungen für einen späteren Zeitpunkt ablehnen, nicht aber in solche im Voraus einwilligen. Man kann somit sagen, dass in Österreich nur negativ definierte, nämlich ablehnende, Patientenverfügungen erlaubt sind.

Rechtlich ist die Patientenverfügung als ein wichtiges Mittel zur Durchsetzung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten zu sehen.²³ Das erklärt sich daraus, dass dem (erklärten) Willen des Patienten im Behandlungsgeschehen eine entscheidende Bedeutung zukommt, unabhängig davon, ob er die Einwilligung in die Behandlung oder die Verweigerung einer solchen in einem unmittelbaren zeitlichen Kontext mit der Behandlung abgibt oder schon vorweg. Während die Einwilligung in die Heilbehandlung oder die Verweigerung einer solchen jedoch beim einsichts- und urteilsfähigen Erwachsenen rechtlich vollkommen unproblematisch ist und hier auch nicht näher zu interessieren hat, verhält es sich mit einer vorab gegebenen Erklärung, häufig in der Literatur auch als „antizipierte“ Erklärung bezeichnet, anders. Denn hier stellen sich dem Betrachter einige Fragen hinsichtlich der rechtlichen Qualifikation dieser Erklärung. Das fängt etwa schon bei der Frage an, ob eine solche Vorabklärung für den Arzt denn überhaupt verbindlich ist, oder ob es sich hier nur um ein Hilfsmittel zur Erforschung des mutmaßlichen Patientenwillens handelt. Diese Fragen werden zu einem späteren Zeitpunkt in dieser Arbeit näher erörtert.

In diesem Bereich hat gerade das PatVG für den Patienten eine Möglichkeit geschaffen, seinen Willen bereits vorab in einer solchen Form zu äußern, dass dieser von den behandelnden Ärzten zu respektieren ist, und sie in weiterer Folge auch diesem entsprechend zu handeln haben. Dadurch wird das Selbstbestimmungsrecht des (erwachsenen) Patienten deutlich gestärkt, da es somit um eine Facette erweitert wird.

Aus zivil- und strafrechtlicher Sicht ist die rechtsgültige Einwilligung in oder Ablehnung einer Heilbehandlung von großer Bedeutung. Jede Heilbehandlung bringt nämlich unweigerlich einen Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten mit sich, was das Tatbild der Körperverletzung iSd §§ 1325 ABGB erfüllt²⁴, aber auch jenes der §§ 83ff StGB, wenn der Patient nicht vorher in die Heilbehandlung eingewilligt hat. Daraus ergeben sich uU in weiterer Folge Schadenersatzansprüche gegen den behandelnden Arzt, auch wenn dieser lege artis behandelt hat, die Aufklärung aber unzureichend war. Handelt der Arzt ohne

²³ Kathrein, ÖJZ 2006, 555.

²⁴ Ploier/Petutschnigg, Die Patientenverfügung 14.

Einwilligung des Patienten, so verwirklicht er außerdem den Tatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung iSd § 110 StGB.²⁵ Ein Behandlungsfehler des Arztes hingegen verwirklicht entweder das Delikt der fahrlässigen Körperverletzung gem § 88 StGB oder der fahrlässigen Tötung gem § 80 StGB.

Es ist dem einsichts- und urteilsfähigen Patienten selbst überlassen in medizinische Maßnahmen einzuwilligen oder aber solche abzulehnen²⁶, wobei diese Ablehnung eben auch im Voraus durch eine Patientenverfügung erfolgen kann. Das Recht des Patienten auf Selbstbestimmung, das sich etwa aus § 16 ABGB, § 110 StGB und auch aus zahlreichen anderen Regelungen ableiten lässt, verpflichtet den Arzt dazu, den Patienten vor einer Behandlung umfassend aufzuklären und im Anschluss daran dessen „informierte Einwilligung“²⁷, auch bekannt als so genannter „informed consent“, einzuholen. Die Einwilligung des Patienten ist aber nur nach umfassender Aufklärung durch den behandelnden Arzt tatsächlich rechtswirksam. Die Entscheidung, die der einsichts- und urteilsfähige Patient trifft, sei sie annehmend oder ablehnend formuliert, ist für den behandelnden Arzt verbindlich, und zwar auch dann, wenn dieser eine andere Meinung vertritt und/oder die Entscheidung in Folge den Tod des Patienten bedeutet. Die Patientenautonomie begrenzt somit die ärztliche Behandlungspflicht.²⁸

2.2.2 Die Rechtslage in Österreich vor dem PatVG

Bis zum Inkrafttreten des PatVG verhielt es sich in Österreich so, dass Patientenverfügungen im österreichischen Recht grundsätzlich zwar gesetzlich anerkannt wurden, Patienten also die Möglichkeit hatten eine Patientenverfügung zu errichten, nicht aber im Detail ausdrücklich gesetzlich geregelt waren, und daher hinsichtlich ihrer Form und Wirksamkeit nach den geltenden gesetzlichen Bestimmungen beurteilt wurden. Dh die Patientenverfügung war zwar seit jeher anerkannt, aber über ihre rechtliche Wirksamkeit bestand lange Zeit keine Einigkeit.²⁹ Dies führte in weiterer Folge dazu, dass nur wenige das Rechtsinstitut der

²⁵ Ploier/Petutschnigg, Die Patientenverfügung 15.

²⁶ 1299 BlgNR 22. GP 2.

²⁷ 1299 BlgNR 22. GP 2.

²⁸ 1299 BlgNR 22. GP 2.

²⁹ Kopetzki, Einleitung und Abbruch der medizinischen Behandlung beim einwilligungsunfähigen Patienten, iFamZ 2007, 197 (199); vgl dazu außerdem Kopetzki (Hrsg), Antizipierte Patientenverfügungen (2000).

Patientenverfügung nutzten und eine solche errichteten, da die damit verbundene Rechtsunsicherheit zu groß war.³⁰

Betreffend die Rechtslage vor dem Inkrafttreten des PatVG und die zu diesem Zeitpunkt bereits bestehende Anerkennung der Patientenverfügung als solche, ist § 10 Abs 1 Z 7 KAKuG aF³¹ hervorzuheben, der besagt, dass „durch die Landesregierung sind die Krankenanstalten zu verpflichten: bei der Führung der Krankengeschichte Verfügungen des Pflégling, durch die dieser erst für den Fall des Verlustes seiner Handlungsfähigkeit das Unterbleiben bestimmter Behandlungsmethoden wünscht, zu dokumentieren, um darauf bei allfälligen künftigen medizinischen Entscheidungen Bedacht nehmen zu können“. Nur an dieser Stelle war eine Erwähnung der Patientenverfügung im Rahmen eines Gesetzes zu finden. Nach dem Wortlaut waren dabei alle Voraussetzungen gemeint, unabhängig davon, ob sie auf eine terminale Situation ausgerichtet sind oder nicht.³² Diese Regelung hat ihre Grundlage in einer bereits lange andauernden Diskussion über die Patientenrechte. Schon in den Gesetzesmaterialien zur KAG-Novelle, BGBl 1993/801 wurde ausgeführt, dass in der Diskussion rund um die Patientenrechte immer wieder die Forderung erhoben wurde, Patienten die Möglichkeit zu geben für Phasen eines Fortschreitens ihrer Erkrankung, in denen sie vielleicht nicht mehr in der Lage sind, einen Willen zu bilden oder diesen zu artikulieren, die Anwendung bestimmter Behandlungsmethoden auszuschließen.³³ Die Regelung, die dieser Forderung Rechnung tragen sollte, nämlich § 10 Abs 1 Z7 KAKuG aF, war allerdings sehr verhalten und bewusst so formuliert, dass sie eine Bindungswirkung der behandelnden Ärzte ausschloss.³⁴ Die behandelnden Ärzte waren verpflichtet das Wissen über solche Erklärungen des Patienten in ihre Behandlungsentscheidung einfließen zu lassen, aber sie waren nicht zwingend daran gebunden dem ausdrücklichen Wunsch des Patienten zu folgen. Es entstand also keine rechtliche Verbindlichkeit sich an die vom Patienten geäußerten Wünsche zu halten.

Doch nicht nur in das KAKuG fand die Patientenverfügung Eingang, sondern auch in die „Vereinbarung(en) zur Sicherstellung der Patientenrechte“, die sogenannte „Patientencharta“,

³⁰ Dazu aM *Kneihs*, Die Patientenverfügung als Instrument der Selbstbestimmung, *juridikum* 2005, 5.

³¹ Das In-Kraft-Treten des PatVG machte eine neue Fassung des § 10 KAKuG notwendig.

³² *Memmer*, Das Patiententestament, *RdM* 1996, 99 (102).

³³ *Aigner*, Die Patientenverfügung – Zur Entstehungsgeschichte des PatVG, *FamZ* 2006, 66.

³⁴ *Aigner*, *FamZ* 2006, 66.

die zwischen dem Bund und mittlerweile allen Ländern abgeschlossen wurde. Artikel 18 der Patientencharta besagt nämlich, dass „Patientinnen und Patienten das Recht haben, 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 Eingriffen soweit wie möglich darauf Bedacht genommen werden kann“. Allerdings sagen die Erläuterungen der RV vor, dass die Erklärung ab Eintritt der Handlungsunfähigkeit ihre Rechtswirksamkeit verliert.³⁵ Auch bei dieser Bestimmung handelt es sich, ebenso wie bei §10 Abs 1 Z 7 KAKuG aF, um eine „Kann-Bestimmung“.³⁶

In beiden Fällen war der Gesetzgeber vor allem darum bemüht, dass Selbstbestimmungsrecht des Patienten im Einklang mit den strafrechtlichen Verboten der Tötung auf Verlangen und der Mitwirkung am Selbstmord zu bringen.³⁷

Der OGH selbst hatte diese Frage auch nicht lösen können. In seiner Entscheidung zum sog „Psychiatrischen Testaments“ konnte er gar nicht erst näher auf die Zulässigkeit und die möglichen Inhalte einer solchen Verfügung eingehen.³⁸ Warum dies nicht möglich war, lässt sich am besten mit dem Leitsatz dieser Entscheidung beschreiben, bei dem sich der OGH auf Kopetzki beruft: „Die Handlungsfähigkeit des Patienten muss jedenfalls im Erklärungszeitpunkt, das heißt bei Abfassung und Fertigung seines ‚Psychiatrischen Testaments‘ vorliegen“.³⁹ Im vorliegenden Fall war diese Handlungsfähigkeit des Patienten jedoch zu diesem Zeitpunkt nicht mehr gegeben, weshalb der OGH nicht dazu kam sich mit der Zulässigkeit des „psychiatrischen Testaments“ an sich auseinanderzusetzen. Anzumerken ist, dass sich aus dem Kontext der Entscheidung der Schluss ziehen lässt, dass der OGH unter der Handlungsunfähigkeit die auch nach § 36 Abs 1 UbG maßgebliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit verstanden hat.⁴⁰

Nur wer eine, am Zeithorizont gemessen, sehr aktuelle, auf einen bestimmten Anlassfall bezogene Patientenverfügung hatte, hatte eine Chance darauf, dass sie auch beachtet und in

³⁵ 1824 BlgNR 20. GP 13.

³⁶ Aigner, FamZ 2006, 66 (67).

³⁷ Aigner, FamZ 2006, 66 (67).

³⁸ OGH 16.7.1998, 6Ob 144/98i.

³⁹ OGH 16.7.1998, 6Ob 144/98i.

⁴⁰ Kathrein, ÖJZ 2006, 555 (557).

weiterer Folge umgesetzt wurde, da in einem solchen Fall aufgrund der Deutlichkeit keine Auslegungsprobleme zu erwarten waren⁴¹. Hier ist als Beispiel für einen Anlassfall etwa an einen unheilbar an Krebs erkrankten Patienten zu denken, der verfügt, dass, wenn er nicht mehr einsichts- und urteilsfähig ist, für den Fall einer Erkrankung an einer Lungenentzündung keine Antibiotikatherapie mehr durchgeführt oder er bei Herzstillstand nicht wieder reanimiert werden soll und dieser Fall dann beispielsweise innerhalb eines Jahres nach Formulierung der Patientenverfügung auch eintritt.

Die Zeugen Jehovas errichteten schon vor dem PatVG Patientenverfügungen, in denen sie die Behandlung mit Blut bzw Blutderivaten ausdrücklich ausschlossen.⁴² Da die Behandlung ausreichend eindeutig beschrieben war, wurden diese Patientenverfügungen als verbindlich anerkannt und von den Ärzten entsprechend gehandelt.

Ein Beispiel für eine nach alter Rechtslage unbeachtliche Patientenverfügung wäre hingegen etwa, wenn jemand eine Verfügung verfasst, die besagt, dass er für den Fall eines Herzstillstandes nicht reanimiert werden möchte, die Begleitumstände eines solchen Eintrittsfalles aber nicht näher darlegt. Wenn diese Person dann zehn Jahre später etwa einen schweren Verkehrsunfall hat, und einen Herzstillstand erleidet, so wird man ungeachtet der Verfügung reanimieren, und zwar deshalb, weil die Verfügung und das Ereignis in keinem zeitlichen und/oder inhaltlichen Zusammenhang stehen.

Aus Vorsicht vor möglichen Haftungsfällen und der oft mit Patientenverfügungen Hand in Hand gehenden Entscheidung über Leben und Tod bzw die schwere Gesundheitsschädigung eines Menschen wurde den von Patienten außerhalb der oben angeführten Möglichkeiten errichteten Patientenverfügungen im Zweifelsfall kaum oder gar keine Beachtung geschenkt. Meist dienten sie nur mittelbar als Hilfsmittel zur Ermittlung des wahren Patientenwillens. Unmittelbare Wirkung wurde ihnen jedoch nur in seltensten Fällen zugeacht.

Es lässt sich abschließend also sagen, dass durch die bisherige Rechtslage zwar „die Grundlage für die Errichtung und den Umgang mit Patientenverfügungen“⁴³ gegeben waren,

⁴¹ Vgl Kathrein, ÖJZ 2006, 555 (557), der in seinem Aufsatz ebenfalls die Auslegungsproblematik undeutlicher Patientenverfügungen anspricht.

⁴² Ploier/Petutschnigg, Die Patientenverfügung 57.

⁴³ Kathrein, ÖJZ 2006, 555 (558).

aber durch das Fehlen detaillierter Regelungen einiges im Unklaren geblieben ist, was weiters dazu geführt hat, dass die Patientenverfügung in der Praxis bedeutungslos war.⁴⁴

2.2.3 Die aktuelle Rechtslage – Das PatVG

Mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetz über Patientenverfügungen, Patientenverfügungsgesetz oder kurz PatVG⁴⁵ am 01.06.2006⁴⁶ wurde nunmehr eine gesetzliche Grundlage eigens für die Patientenverfügung geschaffen, die – zumindest in weiten Teilen – dem bis zu diesem Zeitpunkt bestandenen Regelungsbedarf Rechnung trägt. Das Bundesgesetz über Patientenverfügungen regelt die Voraussetzungen und die Wirksamkeit von Patientenverfügungen.⁴⁷

Inwieweit dem Regelungsbedarf tatsächlich genüge getan wird, wird sich jedoch erst weisen müssen. Gewisse Probleme sind natürlich für den Betrachter bereits jetzt zu erkennen. Ob der Gesetzgeber es aber für notwendig hält diese einer baldigen Verbesserung zuzuführen, sei dahingestellt. Die erste Zwischenbilanz gibt es nach drei Jahren. Dies ist der im Gesetz vereinbarte Zeitraum, nachdem die Ressorts Bericht legen sollen.

Die Ergebnisse der ersten Phase dieser Evaluationsstudie zum PatVG liegen zu diesem Zeitpunkt bereits vor. Diese zeigen, dass die Patienten die Patientenverfügung weniger als Instrument zur Selbstbestimmung nutzen, sondern damit versuchen auf der Basis ihrer eigenen Erfahrungen mit dem System Medizin die eigene soziale Rolle für die letzte Lebensphase fortzusetzen.⁴⁸ Während die eine Gruppe die Patientenverfügung als Abwehrinstrument gegen ärztliche Überversorgung⁴⁹ ansieht, versucht die zweite Gruppe sich

⁴⁴ Nähere Ausführungen zu Form und Inhalt eines Patiententestaments vgl etwa *Memmer*, Das Patiententestament im Alltag, RdM 1996, 167.

⁴⁵ Das PatVG wurde am 29.03.2006 im Nationalrat verabschiedet und passierte am 23.04.2006 den Bundesrat, die Kundmachung im BGBl. Nr. I 55/2006 erfolgte am 08.05.2006.

⁴⁶ Gem § 18 PatVG.

⁴⁷ *Kathrein*, ÖJZ 2006, 555.

⁴⁸ *Inthorn/Kletecka-Pulker*, Ergebnisse der ersten Phase der Evaluationsstudie zum Patientenverfügungsgesetz, iFamZ 2008, 139.

⁴⁹ Diese Gruppe geht laut der Evaluationsstudie von einem schlechten Arzt-Patienten-Verhältnis aus und möchte in der Regel verhindern unnötig an Schläuchen künstlich am Leben erhalten zu werden; vgl *Inthorn/Kletecka-Pulker*, iFamZ, 2008, 139.

mit Hilfe der Patientenverfügung abzusichern⁵⁰ und die dritte Gruppe interpretiert sie als ein Formular zum guten, menschenwürdigen Sterben.⁵¹

Im Überblick lässt sich über das PatVG sagen, dass es, aufgeteilt auf fünf Abschnitte, aus insgesamt neunzehn Paragraphen besteht. Die Abschnitte regeln die Bereiche „Allgemeine Bestimmungen“, „Verbindliche Patientenverfügung“, „Beachtliche Patientenverfügung“, „Gemeinsame Bestimmungen“ und „Schlussbestimmungen“.

In den Materialien finden den Inhalt betreffend vor allem folgende vom PatVG geregelten Belange schon im Vorblatt besondere Erwähnung: die allgemeinen Gültigkeitserfordernisse für eine Patientenverfügung, die besonderen Voraussetzungen einer Patientenverfügung, die Gültigkeitsdauer einer solchen verbindlichen Patientenverfügung, die Beachtlichkeit anderer Patientenverfügungen bei der Ermittlung des Willens des Patienten und der Schutz vor dem Missbrauch solcher Instrumente.⁵²

Anzumerken ist an dieser Stelle noch, dass der Begriff der Patientenverfügung nach der Legaldefinition des § 2 Abs 1 PatVG ein enger Patientenverfügungsbegriff ist, der den Anwendungsbereich auf Willenserklärungen einschränkt, mit denen Patienten medizinische Behandlungen ablehnen.⁵³ Hier wurde die Patientenverfügung dogmatisch korrekt – auf ein Vetorecht des Patienten eingeschränkt, denn die Ablehnung einer medizinischen Maßnahme ist dem einsichts- und urteilsfähigen Patienten immer erlaubt, auch wenn die Ablehnung seinen Tod zur Folge hat, weshalb es auch dem Patienten im Rahmen einer Patientenverfügung im Voraus erlaubt ist zu bestimmen, welche Behandlungen er ablehnt.⁵⁴ Eine Reichweitenbeschränkung der Patientenverfügung auf die Phase des Lebensendes⁵⁵ sieht das PatVG dabei nicht vor.

⁵⁰ Vgl. *Inthorn/Kletecka-Pulker*, iFamZ 2008, 139; dort wird beschrieben, dass die Patientenverfügung von dieser Gruppe als kommunikativer Platzhalter gesehen wird, der die eigene Rolle gegenüber Ärzten und Angehörigen stellvertretend wahrnehmen soll.

⁵¹ *Inthorn/Kletecka-Pulker*, iFamZ 2008, 139.

⁵² 1299 BlgNR 22. GP 1.

⁵³ *Memmer in Aigner/Kletečka/Kletecka-Pulker/Memmer* (Hrsg.), Handbuch Medizinrecht für die Praxis 299.

⁵⁴ *Memmer*, Das Patientenverfügungs-Gesetz 2006, RdM 2006/116.

⁵⁵ *König in Barth/Ganner* (Hrsg.), Handbuch des Sachwalters (2007) 373.

Auf Grund der Beschränkung von Patientenverfügungen im Rahmen des PatVG auf Behandlungsablehnungen ist anzumerken, dass dadurch die Frage, wie mit Behandlungsanordnungen umzugehen ist, nicht gelöst wurde.⁵⁶

2.2.3.1 Ziele des PatVG

Wie schon oben ausführlich aufgezeigt, war die alte Rechtslage für alle Beteiligten mehr als unbefriedigend und führte zur Verunsicherung sowohl der Patienten als auch der behandelnden Ärzte, und somit in weitere Folge zu einer Nichtnutzung der Möglichkeit einer Patientenverfügung. Dies hatte eine Schwächung des Selbstbestimmungsrechtes des Einzelnen zur Folge. Denn – und diese Frage kann man durchaus klar und deutlich stellen – wer macht sich schon die Mühe eine fundierte Patientenverfügung zu erstellen, wenn doch immer eine Unsicherheit bleibt, ob diese im Fall des Falles überhaupt beachtet wird? Damit soll aber nicht gemeint sein, dass sich die Menschen, gerade wenn es eine Art Anlassfall gibt, nicht trotzdem Gedanken zu diesem Thema machen. Jedoch sind die Auseinandersetzung mit dieser Thematik und die tatsächliche Errichtung einer Patientenverfügung immer noch zwei verschiedene Dinge.

Mit dem PatVG soll daher „dieses Rechtsgebiet eindeutig und transparent geregelt werden“⁵⁷. Nunmehr gibt es klare Vorgaben an Inhalt, Form, Wirksamkeit und Widerruf einer Patientenverfügung, was im Vergleich zur alten Rechtslage eben das gewünschte und gewollte höhere Maß an Transparenz und, vor allem, Rechtssicherheit schafft. Wie auch im Vorblatt der Regierungsvorlage erwähnt, sollen dadurch sowohl für den Patienten, als auch für den behandelnden Arzt und andere Beteiligte die Folgen einer Patientenverfügung klarer erkennbar, und damit abschätzbar, sein.⁵⁸ Dies ist m.A. nach auch über weite Strecken gut gelungen, da alte Probleme wie etwa die Frage der Verbindlichkeit oder Geltungsdauer durch das PatVG eindeutig gelöst werden. Somit lässt sich als eines der wichtigsten Ziele des

⁵⁶ Memmer, RdM 2006/116; Memmer verweist darauf, dass es in der Praxis auf die Formulierung, wie der Wunsch geäußert wird, ankommen wird.

⁵⁷ 1299 BlgNR 22. GP 1.

⁵⁸ Krit hier Memmer in Memmer/Kern (Hrsg), Patientenverfügungsgesetz: Stärkung oder Schwächung der Patientenrechte? (2006) 33; Memmer merkt an, dass die Gültigkeitserfordernisse bereits vorhanden waren, aber nun durch das PatVG in Erinnerung gerufen bzw dem Nichtjuristen in einem konkreten Zusammenhang genannt werden.

PatVG die Förderung der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit festhalten. Dass Bedarf bestand „Klarheit in dieses kontrovers beurteilte Rechtsgebiet zu bringen“⁵⁹ liegt auf der Hand und wurde auch schon eingehend erläutert. Diese Rechtssicherheit kommt auf der einen Seite dem Patienten zugute, der durch das neugeschaffene Gesetz erstmals eindeutige gesetzliche Vorgaben für das Verfassen einer Patientenverfügung erhält, und zwar solcherart, dass die Patientenverfügung nun nicht mehr vom behandelnden Arzt nur zu beachten, sondern auch verbindlich zu befolgen ist. Andererseits birgt die neugewonnene Transparenz auch Vorteile für den Arzt und andere an der Behandlung beteiligte Personen im Umgang mit Patientenverfügungen, da sie nun mehr dem Willen des Patienten ohne die drohenden Haftungsfragen, insbesondere bei Nichtbehandlung, Folge leisten können.

Jedoch ist das Ziel mit der Möglichkeit der Errichtung einer Patientenverfügung auch das Recht auf Selbstbestimmung des Patienten zu stärken, nämlich eben für jene Fälle, wo dieser selbst nicht mehr einsichts-, urteils- oder äusserungsfähig ist, mA nach das wichtigste überhaupt. Durch das Selbstbestimmungsrecht liegt es in der Hand des Patienten darüber zu bestimmen, welcher Eingriff an seinem Körper vorgenommen werden darf und welcher nicht.⁶⁰ Da er aber eine solche Entscheidung nur treffen kann, solange er einsichts- und urteilsfähig ist, bestand Bedarf an einem Instrument, das den Patienten diese Entscheidungen im Voraus treffen lässt, aber gültig und anwendbar wird, wenn die Einsichts- und Urteilsfähigkeit, und damit auch die Entscheidungsfähigkeit, nicht mehr gegeben ist. Ob das PatVG diese Selbstbestimmung jedoch auf die bestmögliche Art und Weise unterstützt, soll ua im Rahmen dieser Arbeit ermittelt werden.

Aus diesen Schlussfolgerungen lässt sich auch gleich ein weiteres Ziel des PatVG ableiten, nämlich das einer einheitlichen Vorgabe, eines einheitlichen Rahmens⁶¹, hinsichtlich der Voraussetzungen und Folgen einer solchen antizipierten Willenserklärung. Dies erleichtert den Umgang mit Patientenverfügungen im Alltagsgeschehen. Trotz dieser einheitlichen Vorgaben lässt das PatVG aber auch einen Spielraum für die besonderen Umstände des Einzelfalls. Diese Einbettung der Patientenverfügung in den allgemeinen rechtlichen Rahmen ist ein weiterer Beitrag zur Förderung der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit in diesem Rechtsbereich.

⁵⁹ Kathrein, ÖJZ 2006, 555 (559).

⁶⁰ Ploier/Petutschnigg, Die Patientenverfügung 15.

⁶¹ Kathrein, ÖJZ 2006, 555 (559).

Ein weiteres Ziel des PatVG liegt auch darin, dass es sicherstellen möchte, dass der Patient eine – wenn auch uU als unvernünftig erachtete – Willenentscheidung treffen kann, die auf zutreffenden und vollständigen Informationen beruht. Es geht also darum uninformierte und unreflektierte Entscheidungen des Patienten zu vermeiden. Daher sieht das PatVG auch „erhöhte materielle und formelle Anforderungen an verbindliche Erklärungen“⁶² vor. Die Patientenautonomie soll durch das PatVG gestärkt werden, und ein Schritt in diese Richtung ist, dass der Patient eine informierte und reflektierte Entscheidung treffen kann.

Als abschließendes Ziel des PatVG lässt sich der Schutz vor dem Missbrauch solcher Erklärungen nennen, denn „die Errichtung einer Patientenverfügung soll stets im Ermessen des Patienten liegen und nicht durch äußere Zwänge beeinflusst werden“⁶³.“ Diesem Ziel wird durch die Unwirksamkeit gem § 10⁶⁴, bzw durch Verwaltungsstrafen gem § 15⁶⁵ in den „Gemeinsamen Bestimmungen“ des PatVG, Rechnung getragen. Gem § 15 darf nämlich der Zugang zu Behandlungs-, Pflege- und Betreuungseinrichtungen bzw der Erhalt von Behandlungs-, Pflege- und Betreuungsleistungen nicht mit der Errichtung einer Patientenverfügung verknüpf sein.⁶⁶

2.2.3.2 Begriff der Heilbehandlung

Um bestimmen zu können, was genau ein Patient im Rahmen einer Patientenverfügung ablehnen darf, muss der Begriff der Heilbehandlung näher definiert bzw andere Maßnahmen, die nicht abgelehnt werden können, von diesem abgegrenzt werden. Im Wesentlichen unterscheidet man zwischen zwei Gruppen, nämlich den medizinischen Maßnahmen

⁶² Kathrein, ÖJZ 2006, 555 (559).

⁶³ Kathrein, ÖJZ 2006, 555 (559f).

⁶⁴ § 10 Pat VG besagt im Wortlaut: „Eine Patientenverfügung ist unwirksam, wenn 1. sie nicht frei und ernstlich erklärt oder durch Irrtum, List, Täuschung oder psychischen oder psychischen Zwang veranlasst wurde, 2. ihr Inhalt strafrechtlich nicht zulässig ist, oder 3. der Stand der medizinischen Wissenschaft sich im Hinblick auf den Inhalt der Patientenverfügung seit ihrer Errichtung wesentlich geändert hat“.

⁶⁵ § 15 Pat VG besagt im Wortlaut: „Wer den Zugang zu Einrichtungen der Behandlung, Pflege oder Betreuung oder den Erhalt solcher Leistungen davon abhängig macht, dass eine Patientenverfügung errichtet oder dies unterlassen wird, begeht, sofern die Tat nicht mit gerichtlicher Strafe bedroht ist, eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafen bis zu 25 000 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 50 000 Euro, zu bestrafen“.

⁶⁶ Kuhn, Patientenverfügung und Aufnahmeflicht, iFamZ 2007, 144.

einerseits und den pflegerischen Maßnahmen andererseits. Beide werden unten näher dargestellt.

2.2.3.2.1 Medizinische Maßnahmen

Nach der Rechtsprechung des OGH sind vom Begriff der Heilbehandlung alle Behandlungen erfasst, die einem diagnostischen, therapeutischen, prophylaktischen oder schmerzlindernden Zweck dienen.⁶⁷ Dieser Begriff umfasst alle Behandlungen, die aufgrund einer medizinischen Indikation vorgenommen werden, um Krankheiten, Leiden, Körperschäden, körperliche Beschwerden oder seelische Störungen zu erkennen, zu heilen oder zu lindern.⁶⁸ Außerdem müssen es Maßnahmen sein, die entweder von einem Arzt selbst vorgenommen oder nach ärztlicher Anordnung durchgeführt werden.⁶⁹ Alle Maßnahmen, die diesem Begriff entsprechen, können von einem Patienten im Rahmen einer Patientenverfügung ausgeschlossen werden.

Eine Heilbehandlung muss auch immer medizinisch indiziert sein. Das ist dann der Fall, wenn unter Abwägung aller Faktoren die Anwendung einer bestimmten Behandlung in einem Krankheitsfall sinnvoll ist. Der geplante Eingriff muss also das beste bzw. uU einzige Mittel sein, um entweder das Leben des Patienten zu retten oder eine Verbesserung des Gesundheitszustands oder des Wohlbefindens zu bewirken.⁷⁰

Der näheren Definierung von medizinischen Maßnahmen ist vorwegzunehmen, dass gem § 2 ÄrzteG⁷¹ nur Ärzte zur Ausübung der Medizin berufen sind. Allerdings können gem PatVG

⁶⁷ OGH 11.09.1984, 9 Os 121/84.

⁶⁸ Ploier/Petutschnigg, Die Patientenverfügung 21.

⁶⁹ Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis 299.

⁷⁰ Ploier/Petutschnigg, Die Patientenverfügung 22.

⁷¹ ÄrzteG 1998 BGBl I 1998/196; § 2 ÄrzteG: „(1) Der Arzt ist zur Ausübung der Medizin berufen.

(2) Die Ausübung des ärztlichen Berufes umfasst jede auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen begründete Tätigkeit, die unmittelbar am Menschen oder mittelbar für den Menschen ausgeführt wird, insbesondere

1. die Untersuchung auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen von körperlichen und psychischen Krankheiten oder Störungen, von Behinderungen oder Missbildungen oder Anomalien, die krankhafter Natur sind;
2. die Beurteilung von in Z1 angeführten Zuständen bei Verwendung medizinisch-diagnostischer Hilfsmittel;
3. die Behandlung solcher Zustände (Z1);
4. die Vornahme operativer Eingriffe einschließlich der Entnahme oder Infusion von Blut;

nicht nur Maßnahmen ausgeschlossen werden, die nur von einem Arzt vorgenommen werden dürfen, sondern auch solche, die vom Gesundheits- und Krankenpflegepersonal nach ärztlicher Anordnung vorgenommen werden dürfen.⁷² Entscheidend, um etwas als medizinische Maßnahme einstufen zu können, ist also, dass die Anordnungsbefugnis beim behandelnden Arzt liegt, während das Pflegepersonal nur eine Durchführungsbefugnis für die Anordnung hat. Dieser Bereich, in dem das Pflegepersonal auf Anweisung des Arztes medizinische Maßnahmen vornehmen darf, wird gem § 15 GuKG⁷³ als sog mitverantwortlicher Tätigkeitsbereich⁷⁴ bezeichnet. Darunter fallen Tätigkeiten wie etwa die Verabreichung von Arzneimitteln, die Vorbereitung und Verabreichung von subkutanen, intramuskulären und intravenösen Injektionen, die Vorbereitung und der Anschluss von Infusionen bei liegendem Gefäßzugang, ausgenommen Transfusionen, die Blutentnahme aus der Vene und den Kapillaren, das Setzen von transurethralen Blasenkathetern zur Harnableitung, Instillation und Spülung, die Durchführung von Darmeinläufen und das Legen von Magensonden.

Wie anhand der aufgezählten Tätigkeiten des mitverantwortlichen Tätigkeitsbereichs anschaulich dargestellt wird, kann jede Maßnahme ausgeschlossen werden, die mit einem direkten Eingriff in die körperliche Integrität verbunden ist.⁷⁵

2.2.3.2.2 Pflegerische Maßnahmen

Im Gegensatz zu medizinischen Maßnahmen können Maßnahmen der Pflege nicht im Rahmen einer Patientenverfügung ausgeschlossen werden. Sie fallen nämlich nicht unter den Begriff der Heilbehandlung.

5. die Vorbeugung von Erkrankungen;

6. die Geburtshilfe sowie die Anwendung von Maßnahmen der medizinischen Fortpflanzungshilfe;

7. die Verordnung von Heilmitteln, Heilbehelfen und medizinisch diagnostischen Hilfsmitteln;

8. die Vornahme von Leichenöffnungen;

(3) Jeder zur selbständigen Ausübung des Berufes berechtigte Arzt ist befugt, ärztliche Zeugnisse auszustellen und ärztliche Gutachten zu erstatten.“

⁷² Ploier/Petutschnigg, Die Patientenverfügung 46.

⁷³ GuKG BGBl I 1997/108.

⁷⁴ Ploier/Petutschnigg, Die Patientenverfügung 46.

⁷⁵ Ploier/Petutschnigg, Die Patientenverfügung 46.

Unter dem Begriff der pflegerischen Maßnahme fallen zum einen die Tätigkeiten des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege gem § 11 GuKG⁷⁶, und zum anderen die Tätigkeiten des Pflegepersonals.⁷⁷ Der Tätigkeitsbereich des gehobenen Dienstes wird wiederum in den eigenverantwortlichen, den bereits dargestellten mitverantwortlichen und den interdisziplinären Tätigkeitsbereich unterteilt.

Nicht ausgeschlossen werden kann im Rahmen einer Patientenverfügung der eigenverantwortliche Tätigkeitsbereich gem § 14 GuKG und dieser Bereich umfasst insbesondere die Erhebung der Pflegebedürfnisse und des Grades der Pflegeabhängigkeit der Patienten oder Klienten sowie die Feststellung und Beurteilung der zur Deckung dieser Bedürfnisse zur Verfügung stehenden Ressourcen (Pflegeanamnese), die Feststellung der Pflegebedürfnisse (Pflegediagnostik), die Planung der Pflege und die Festlegung von pflegerischen Zielen und Entscheidungen über zu treffende pflegerische Maßnahmen (Pflegeplanung). Keinesfalls im Rahmen einer Patientenverfügung ausgeschlossen werden kann die Grundversorgung mit Nahrung und Flüssigkeit, die solange sie manuell erfolgt als pflegerische Maßnahme einzustufen ist.⁷⁸ Erst wenn diese Grundversorgung nicht mehr manuell sondern über Fremdkörper, deren Einsetzung mit chirurgischen Eingriffen verbunden ist, erfolgt, handelt es sich dabei um eine medizinische Maßnahme, die man im Rahmen einer Patientenverfügung ablehnen kann. Auch Maßnahmen die der Hygiene gelten, wie etwa das Waschen oder Wickeln eines Patienten, können nicht ausgeschlossen werden, da sie ebenfalls als pflegerische Maßnahme zu qualifizieren sind.

⁷⁶ § 11 GuKG: „(1) Der gehobene Dienst für gesundheits- und Krankenpflege ist der pflegerische Teil der gesundheitsfördernden, präventiven, diagnostischen, therapeutischen und rehabilitativen Maßnahmen zur Erhaltung oder Wiederherstellung der Gesundheit und zur Verhütung von Krankheiten.

(2) Er umfasst die Pflege und Betreuung von Menschen aller Altersstufen bei körperlichen und psychischen Erkrankungen, die Pflege und Betreuung behinderter Menschen, Schwerkranker und Sterbender sowie die pflegerische Mitwirkung an der Rehabilitation, der primären Gesundheitsversorgung, der Förderung der Gesundheit und der Verhütung von Krankheiten im intra- und extramuralen Bereich.

(3) Die in Abs 2 angeführten Tätigkeiten beinhalten auch die Mitarbeit bei diagnostischen und therapeutischen Verrichtungen auf ärztliche Anordnung.“

⁷⁷ Ploier/Petutschnigg, Die Patientenverfügung 47.

⁷⁸ Bachinger, Die Patientenverfügung – Fragen und Antworten, FamZ 2006, 79.

2.2.3.3 Gemeinsame Wirksamkeitsvoraussetzungen

Im Anwendungsbereich des PatVG wird in § 1 Abs 1 festgehalten, dass in diesem Gesetz die Voraussetzungen und die Wirksamkeit von Patientenverfügungen geregelt sind. Der Begriff der Wirksamkeit wird im Gesetz selbst nicht näher definiert⁷⁹, damit ist aber die rechtliche Relevanz von Patientenverfügungen für den Arzt und andere am Behandlungsgeschehen beteiligte Personen oder Stellen gemeint.⁸⁰ Eine nach dem Gesetz wirksame Verfügung kann entweder verbindlich oder beachtlich sein.⁸¹ Die Wirksamkeit der Patientenverfügung ergibt sich aus der Erfüllung der Voraussetzungen, denn wenn etwa der Patient über relevante medizinische Informationen irrt, dann erfüllt seine Verfügung nicht die Voraussetzungen und ist somit als unwirksam anzusehen.

Das PatVG sieht mehrere Voraussetzungen vor, welche kumulativ vorliegen müssen, damit eine Patientenverfügung überhaupt zustande kommt. Außerdem kann man die Wirksamkeitsvoraussetzungen nach der Errichtung zum einen – beachtlich oder verbindliche Patientenverfügung – und der aufrechten Geltung zum anderen trennen.⁸²

Eine Patientenverfügung ist nur dann eine Patientenverfügung iSd PatVG, wenn darin medizinische Behandlungen abgelehnt werden⁸³, wobei diese erst im Zeitpunkt des Verlustes der Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Patienten wirksam wird. Zusätzlich regelt § 11, was noch Inhalt einer Patientenverfügung werden kann. Andere Erklärungen bzw Wünsche, die im Rahmen einer Patientenverfügung abgeben bzw geäußert werden, sind nach allgemeinen Vorschriften zu beurteilen, wobei etwa das Äußern von Wünschen der Wirksamkeit der Patientenverfügung nicht entgegen steht. Maßnahmen im Bereich der Pflege unterliegen, wie bereits oben dargelegt, nicht dem Anwendungsbereich dieses Gesetzes, dh der Patient kann nicht die Grundversorgung mit Nahrung und Flüssigkeit, welche Teil der Pflege ist, ausschließen.⁸⁴ Das Legen einer PEG-Sonde⁸⁵, wie ebenfalls bereits oben ausgeführt, welche

⁷⁹ In § 2, der sich mit den Begrifflichkeiten des PatVG auseinandersetzt, werden nur die Begriffe „Patientenverfügung“ und „Patient“ erläutert.

⁸⁰ Kathrein, ÖJZ 2006, 555 (560).

⁸¹ Kathrein, ÖJZ 2006, 555 (560).

⁸² Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis 302.

⁸³ § 2 Abs 1 PatVG.

⁸⁴ 1299 BlgNR 22. GP 5.

⁸⁵ PEG steht für Perkutane endoskopische Gastrostomie.

ebenfalls der Versorgung mit Nahrung dient, kann im Rahmen einer Patientenverfügung abgelehnt werden, da hierfür ein medizinischer Eingriff notwendig und sie somit nicht den pflegerischen Maßnahmen zuzurechnen ist. Diese Zuordnung wurde auch in der Lit bereits überzeugend nachgewiesen.⁸⁶

Wie in § 3 Satz 1 normiert, ist das Errichten einer Patientenverfügung ein höchstpersönliches Recht, dh nur der Patient selbst kann im Voraus eine medizinische Behandlung ablehnen, nicht aber ein gesetzlicher oder frei gewählter Vertreter.⁸⁷ Ebenso können Angehörige für den Patienten keine Patientenverfügung errichten.⁸⁸ Personen, die unter Sachwalterschaft stehen, können eine Patientenverfügung errichten, wenn sie die konkrete Situation begreifen und ihren Willen danach bestimmen können, dh wenn sie im Zeitpunkt der Errichtung einsichts- und urteilsfähig sind.⁸⁹ Unproblematisch ist eine „Botenfunktion“ eines Vertreters, wie etwa das Überbringen der Patientenverfügung an den behandelnden Arzt. Die Höchstpersönlichkeit dient dazu die Entscheidungsfreiheit und damit auch die Selbstbestimmung des Patienten⁹⁰ weiter zu fördern.

Außerdem muss der Patient, um eine wirksame Patientenverfügung errichten zu können, gem § 3 Satz 2 im Zeitpunkt der Errichtung selbiger einsicht- und urteilsfähig sein. Der Begriff und Umfang der Einsichts- und Urteilsfähigkeit wird unten noch näher ausgeführt.

In § 10 PatVG sind Wirksamkeitsvoraussetzungen normiert, die sowohl für verbindliche als auch für beachtliche Patientenverfügungen gelten. Wenn auch nur eine dieser Voraussetzungen nicht vorliegt, so darf die Patientenverfügung bei der Behandlung nicht beachtet werden.⁹¹ Folgende Wirksamkeitsvoraussetzungen sind in § 10 PatVG erwähnt: die Patientenverfügung muss frei und ernstlich erklärt und nicht durch Irrtum, List, Täuschung

⁸⁶ Memmer, RdM 2006/116; krit hierzu Bernat in Bernat, Planungssicherheit am Lebensende? (Teil II), EF-Z 2006/41, der sich von der ErläutRV ein Klarstellung gewünscht hätte, ob nur die manuelle Fütterung oder auch die künstliche Ernährung als Grundversorgung mit Nahrung und Flüssigkeit angesehen wird, weil ohne künstliche Ernährung als möglicher Inhalt einer Patientenverfügung deren Bedeutung im klinischen Alltag völlig verloren gehen würde.

⁸⁷ Kathrein, ÖJZ 2006, 555 (561).

⁸⁸ Bachinger, FamZ 2006, 79.

⁸⁹ Bachinger, FamZ 2006, 79.

⁹⁰ Kathrein, ÖJZ 2006, 555 (561).

⁹¹ 1299 BlgNR 22. GP 9.

oder physischen oder psychischen Zwang veranlasst worden sein, der Inhalt muss strafrechtlich zulässig sein und sie darf noch nicht vom Patienten widerrufen worden sein. Außerdem verliert die Patientenverfügung ihre Wirksamkeit, wenn sich der Stand der medizinischen Wissenschaft derart wesentlich ändert, dass diese Änderung noch nicht vom Aufklärungsgespräch umfasst worden sein konnte und in weiterer Folge daher nicht mehr eindeutig ist, ob die Patientenverfügung aufgrund der geänderten Umstände noch dem Willen des Patienten entspricht. Wichtig ist, dass nicht schon jede Änderung im Stand der medizinischen Wissenschaft an sich umfasst ist, da das zu weit führen würde, sondern nur substantielle Änderungen, die annehmen lassen, dass der Patient bei deren Kenntnis anders entschieden hätte. Hier wird wiederum ein allgemeiner vertragsrechtlicher Rechtsgedanke übernommen⁹², nämlich der der *clausula rebus sic stantibus*.

Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang aber, dass der Verlust der Einsichts- und Urteilsfähigkeit nicht eben zur Unwirksamkeit der Patientenverfügung führt⁹³.

Mit Wirksamkeit ist hier immer die Wirksamkeit einer Patientenverfügung in Österreich selbst gemeint. Neben der Wirksamkeit in Österreich stellt sich aber mitunter auch die Frage wie es mit der Wirksamkeit einer einem anderen Staat errichteten Patientenverfügung für die Anwendung selbiger in Österreich aussieht. Kollisionsrechtliche Betrachtungen enthält diese Arbeit nicht, es haben sich jedoch andere mit dieser Thematik auseinandergesetzt⁹⁴.

Der in § 10 Abs 2 normierte Widerruf ist, als wichtigstes Instrument der Unwirksamkeit, unten gesondert zu behandeln.

2.2.3.3.1 Die Einsichts- und Urteilsfähigkeit

Um überhaupt eine wirksame Patientenverfügung errichten zu können, muss der Patient im Zeitpunkt der Errichtung derselben einsichts- und urteilsfähig sein.⁹⁵ Er muss also in der Lage

⁹² Kathrein, ÖJZ 2006, 555 (562).

⁹³ Das PatVG lässt daran keinen Zweifeln mehr, zur alten, und damit überholten Fassung vgl die Ausführungen zu Art 18 der Patientencharta.

⁹⁴ Vgl Ofner in Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz (2007) 185ff und Pesendorfer/Traar, Internationale Aspekte der Patientenverfügung, iFamZ 2008, 367.

⁹⁵ § 3 Satz 2 PatVG.

sein, Grund und Bedeutung der von ihm abgelehnten Behandlung einzusehen, und darüber hinaus einen Willen nach dieser Einsicht bestimmen zu können.⁹⁶ Dem entsprechend muss der Patient also hinsichtlich der Diagnose, der Behandlungsmöglichkeiten und ihrer Alternativen sowie Risiken und Chancen den Wert der von seiner Entscheidung umfassten Güter und Interessen erfassen und sein Verhalten danach ausrichten können.⁹⁷ Der Patient muss in der Lage sein, Grund und Tragweite der Vornahme, sowie der Unterlassung medizinischer Maßnahmen einzusehen, das sog kognitive Element, und seinen Willen nach dieser Einsicht zu bestimmen, das sog voluntative Element.⁹⁸ Bloß „unvernünftige“ Entscheidungen, die dem objektiven Wohl des Patienten widersprechen, und bei anderen auf Unverständnis stoßen, reichen aber nicht aus, um dem Patienten die Einsichts- und Urteilsfähigkeit absprechen zu können. Sie können jedoch Anlass für eine nähere Prüfung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Patienten geben.⁹⁹

Volljährigkeit ist dabei keine Voraussetzung um eine wirksame Patientenverfügung errichten zu können, denn es geht nicht um das Alter einer Person sondern um das „Verstehenkönnen“. Bei volljährigen Personen ist jedoch, außer gegenteilige Gründe sind erwiesen, von der Einsichts- und Urteilsfähigkeit auszugehen.¹⁰⁰ Auch Minderjährige können eine Patientenverfügung errichten, denn das PatVG schließt dies nicht aus. In Anlehnung an § 146c ABGB ist davon auszugehen, dass ein mündiger Minderjähriger die notwendige Einsichts- und Urteilsfähigkeit besitzt, sie wird bei ihm also schon vermutet, kann aber auch schon früher gegeben sein.¹⁰¹ Diesbezüglich hat der Gesetzgeber neuerlich die schematischen Altergrenzen im ABGB – entgegen den allgemeinen Normen betreffend Geschäftsfähigkeit – durchbrochen.¹⁰² Ein einsichts- und urteilsfähiger mündiger Minderjähriger kann also eine wirksame Patientenverfügung errichten. Die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ist, wie oben bereits dargelegt, nicht von Nöten, gleichzeitig kann der gesetzliche Vertreter nicht die Zustimmung des einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen ersetzen, wenn dieser die Einwilligung in eine Patientenverfügung verweigert.

⁹⁶ Kathrein, ÖJZ 2006, 555 (561).

⁹⁷ 1299 BlgNR 22. GP 5.

⁹⁸ Memmer in Aigner/Kletečka/Kletecka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis 303.

⁹⁹ Pesendorfer in Barth/Ganner (Hrsg), Handbuch des Sachwalters 413.

¹⁰⁰ Memmer in Aigner/Kletečka/Kletecka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis 313.

¹⁰¹ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 58.

¹⁰² Kletečka-Pulker in Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz 85.

Auch ein bereits bestellter Sachwalter steht der Errichtungen einer Patientenverfügung nicht entgegen und diese kann ohne dessen Zustimmung und Genehmigung errichtet werden.¹⁰³

Relevanter Zeitpunkt für die Beurteilung der Selbstbestimmungsfähigkeit sind die Zeitpunkte der ärztlichen Aufklärung und der Errichtung vor Notar, Anwalt oder Patientenvertreter.¹⁰⁴

2.2.3.3.2 *Erklärungsbewusstsein, Irrtum, List, Täuschung und Zwang*

Willensmängel – Irrtum, List, Täuschung oder physischer oder psychischer Zwang – können der Wirksamkeit einer an sich verbindlichen Patientenverfügung im Weg stehen. Das PatVG hat hier einige allgemeine Regelungen der §§ 869ff ABGB über die „wahre Einwilligung“ beim Zustandekommen von Verträgen übernommen.¹⁰⁵ Da der Patient hier mit dem erkennbaren Willen handeln muss, eine gültige Verfügung errichten zu wollen, lässt sich daraus ableiten, dass Scherzerklärungen und andere nicht ernst gemeinte Erklärungen von Seiten des Patienten ohne rechtliche Bedeutung sind.¹⁰⁶

Die Patientenverfügung muss frei und ernstlich erklärt worden sein, um wirksam zustande kommen zu können.¹⁰⁷ Frei ist die Erklärung des Patienten dann, wenn keine Willensmängel vorliegen, und sie ist ernstlich, wenn der Patient mit dem erkennbaren Willen handelt eine gültige Verfügung treffen zu wollen.¹⁰⁸ Auf die einzelnen Willensmängel ist in der Folge näher einzugehen.

Neben der Tatsache, dass die Patientenverfügung frei und ernstlich erklärt werden muss, darf der Errichter im Errichtungszeitpunkt auch keinem Irrtum unterliegen. Unterliegt er nämlich bei der Errichtung einem Irrtum, so ist die Patientenverfügung unwirksam. Unter Irrtum ist die unzutreffende Vorstellung von der Wirklichkeit zu verstehen, wobei dabei die falsche Vorstellung der mangelnden gleichzusetzen ist.¹⁰⁹ Der Irrtum kann in Form eines Erklärungs-, Inhalts- oder Motivirrtums auftreten.

¹⁰³ 1299 BlgNR 22. GP 5.

¹⁰⁴ Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis 303.

¹⁰⁵ Kathrein, ÖJZ 2006, 555 (562).

¹⁰⁶ Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis 303f.

¹⁰⁷ 1299 BlgNR 22. GP 9.

¹⁰⁸ Vgl 1299 BlgNR 22. GP 9.

¹⁰⁹ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³ 147.

Ein Erklärungsirrtum liegt dann vor, wenn der Erklärende meint, etwas anderes zu erklären als er wirklich erklärt, oder wenn ihm die Erklärung gar nicht als solche bewusst ist.¹¹⁰ Ein solcher Erklärungsirrtum würde etwa dann vorliegen, wenn der Patient irrtümlich eine Patientenverfügung unterschrieben hat, in dem Glauben es handle sich dabei um etwas anderes. Dieser Irrtum wird in der Praxis wohl kaum relevant sein, da er durch die verpflichtende ärztliche und juristische Aufklärung im Rahmen der Errichtung einer Patientenverfügung eigentlich gar nicht auftreten kann.

Um einen Inhaltsirrtum handelt es sich dann, wenn der Erklärende zwar die richtige Vorstellung von seiner Äußerung hat, nämlich, dass er eine Patientenverfügung errichtet, aber über den Inhalt selbiger irrt.¹¹¹ Als Beispiel wären hier etwa die Ablehnung der falschen Behandlung oder der Irrtum über die Konsequenzen seiner Patientenverfügung zu nennen.

Als drittes gibt es noch den Motivirrtum, der sich auf Punkte bezieht, die außerhalb des Inhaltes der Patientenverfügung liegen, da gemäß Definition ein Motivirrtum ein solcher Irrtum ist, der sich auf Punkte die außerhalb des Geschäftsinhalts liegen bezieht¹¹², also der Erklärende über seine Beweggründe, die ihn zu dieser Erklärung veranlasst habe irrt. Ein sehr passendes Beispiel wäre hier, wenn der Patient die Patientenverfügung nur errichtet, weil er von Gesetzes wegen dazu glaubt verpflichtet zu sein oder durch die Nichterrichtung Einbußen, wie zB schlechtere medizinische Versorgung, in Kauf nehmen muss.

Weitere Willensmängel sind das Zustandekommen einer Patientenverfügung unter List Täuschung oder psychischem oder physischen Zwang. Kommt eine Patientenverfügung unter einer dieser Voraussetzungen zustande, so ist sie ebenfalls unwirksam.

Unter List ist die bewusste Täuschung des Errichtenden zu verstehen, dh der Patient wird vorsätzlich durch die Vorspiegelung falscher Tatsachen zur Willensäußerung bewogen.¹¹³ Dazu zählt neben der aktiven Irreführung, auch, wenn es verhindert wird, dass der Errichter Kenntnis des wahren Sachverhalts oder bewusst verschwiegener Umstände erhält. Täuschung ist die Irreführung über Tatsachen, wodurch in weiterer Folge der Getäuschte zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung veranlasst wird.¹¹⁴

¹¹⁰ *Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I*¹³ 149.

¹¹¹ *Pesendorfer in Barth/Ganner (Hrsg), Handbuch des Sachwalters* 414.

¹¹² *Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I*¹³ 151.

¹¹³ *Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I*¹³ 166.

¹¹⁴ *Pesendorfer in Barth/Ganner (Hrsg), Handbuch des Sachwalters* 415.

Gerade dem Zwang ist im Rahmen der Erörterung der Willensmängel besonderes Augenmerk zu schenken, da hier ein besonders großes Missbrauchspotential besteht. Hier besteht die Gefahr, dass auf den Patienten finanzieller oder gesellschaftlicher Druck ausgeübt wird und er somit in der Errichtung seiner Patientenverfügung nicht mehr frei ist. Bei Zwang sind der physische und der psychische Zwang zu unterscheiden. Physischer Zwang liegt jedenfalls dann vor, wenn der Tatbestand des § 105 Abs 1 StGB¹¹⁵ durch Gewaltanwendung erfüllt ist.¹¹⁶ Unter psychischem Zwang ist jedenfalls eine gefährliche Drohung im strafrechtlichen Sinne gem § 74 Abs 1 Z 5 StGB¹¹⁷ zu verstehen.¹¹⁸ Diese Form des Zwangs kann insbesondere durch Drohung jemanden im Stich zu lassen oder gesellschaftlichen oder finanziellen Druck ausgeübt werden.

Es wird jedoch vielfach für den behandelnden Arzt und andere beteiligte Personen nicht erkennbar sein, ob ein Willensmangel vorliegt. Eine Verpflichtung zur Nachforschung von Seiten des Arztes gibt es nicht. Der behandelnde Arzt darf allerdings dann nicht die Patientenverfügung befolgen, wenn ihm bekannt ist, dass diese unter Zwang zustande gekommen ist oder an einem sonstigen Willensmangel wie etwa Irrtum, List oder Täuschung leidet¹¹⁹. Grundsätzlich ist jedoch anzunehmen, dass Willensmängel aufgrund der strengen Errichtungsvorschriften nur sehr selten auftreten werden.

¹¹⁵ § 105 Abs 1 StGB besagt: „Wer einen anderen mit Gewalt oder durch gefährliche Drohung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu bestrafen.“

¹¹⁶ *Pesendorfer in Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalters 415.

¹¹⁷ § 74 Abs 1 Z 5 StGB: gefährliche Drohung: eine Drohung mit einer Verletzung an Körper, Freiheit, Ehre oder Vermögen, die geeignet ist, dem Bedrohten mit Rücksicht auf die Verhältnisse und seine persönliche Beschaffenheit oder die Wichtigkeit des angedrohten Übels begründete Besorgnisse einzuflößen, ohne Unterschied, ob das angedrohte Übel gegen den Bedrohten selbst, gegen dessen Angehörige oder gegen andere unter seinen Schutz gestellte oder ihm persönlich nahestehende Personen gerichtet ist.“

¹¹⁸ *Pesendorfer in Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalters 415.

¹¹⁹ *Barth*, Die Patientenverfügung und ihre praktischen Folgen für den behandelnden Arzt, *FamZ* 2006, 72 (74).

2.2.3.3.3 Erlaubtheit und Möglichkeit

Im Vorfeld zum PatVG gab es Stimmen, die befürchteten, dass durch das neue Gesetz die aktive Sterbehilfe in Österreich legalisiert bzw der Schutz des menschlichen Leben ganz allgemein untergraben werden und dadurch nicht mehr umfassend gewährleistet sein könnte. Diese Sorgen haben sich jedoch als vollkommen unbegründet erwiesen, weil das PatVG in § 10 Abs 1 Z 2 ausdrücklich festlegt, dass nur solche Verfügungen getroffen werden können, die strafrechtlich auch erlaubt sind¹²⁰, womit die strafrechtliche Zulässigkeit als eine Wirksamkeitsvoraussetzung festgelegt wird. Das PatVG ist dabei in den allgemeinen zivil- und strafrechtlichen Rahmen eingebunden.¹²¹ Auch der Arzt kann über das Instrument der Patientenverfügung nicht zur Mitwirkung an Selbstmord oder Tötung auf Verlangen verhalten werden.¹²² Durch das PatVG bleiben also einige straf-, aber auch zivilrechtliche Bereiche unberührt. Das stellen auch die Materialien ausdrücklich klar. Denn das menschliche Leben ist durch die österreichische Rechtsordnung einem besonderen Schutz unterworfen und gilt als das höchste Rechtsgut.¹²³

Dazu ist anzumerken, dass Patientenverfügungen häufig inhaltlich über reine Behandlungsverbote hinausgehen, der Patient also gewissermaßen die Gelegenheit nützt noch tiefere Einblicke in seine Behandlungswünsche und seine diesbezüglichen Willen zu geben. Dazu gehört die aktive Einflussnahme, wie etwa der Wunsch nach aktiver direkter Sterbehilfe. Die Bestimmungen zur Patientenverfügung lassen das Verbot der aktiven direkten Sterbehilfe unberührt, weshalb der Patient im Rahmen seiner Patientenverfügung auch nichts rechtlich Verbotenes¹²⁴ vom Arzt verlangen kann. Legt ein Patient also in einer Patientenverfügung den Wunsch nach aktiver direkter Sterbehilfe fest, so ist dieser Wunsch für den Arzt nicht bindend.¹²⁵ Die Wirksamkeit des erlaubten Inhalts der Patientenverfügung wird davon aber nicht berührt. Darin ist ein klares Bekenntnis des österreichischen Gesetzgeber gegen die aktive direkte Sterbehilfe zu sehen, mit dem Befürchtungen, dass das

¹²⁰ Ploier/Petutschnigg, Die Patientenverfügung 50.

¹²¹ Memmer in Aigner/Kletečka/Kletecka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis 304.

¹²² Pesendorfer in Barth/Ganner (Hrsg), Handbuch des Sachwalters 417.

¹²³ Ploier/Petutschnigg, Die Patientenverfügung 50.

¹²⁴ Vgl § 879 ABGB, die Unwirksamkeit gilt daher auch für andere gesetzliche Verbote oder Verstöße gegen die guten Sitten.

¹²⁵ 1299 BlgNR 22. GP 9.

PatVG sich als eine Einbruchsstelle für die Legalisierung der aktiven Sterbehilfe erweisen würde, eine klare Absage erteilt wurde.¹²⁶

Die aktive Sterbehilfe, also das „Tun“ ist nach wie vor verboten, wobei dieses Verbot sich auf die direkte aktive Sterbehilfe, also ein Tun, das auf die Tötung eines Menschen abzielt, die meist den Tatbeständen von Mord, Tötung auf Verlangen und Mitwirkung am Selbstmord entspricht, bezieht. Die indirekte aktive Sterbehilfe, dh die bewusst in Kauf genommene Lebensverkürzung eines Patienten im Rahmen der Schmerzlinderung in Form der Medikamentengabe, ist hingegen zulässig. Allerdings auch nur dann, wenn die Verabreichung von Schmerzmitteln als Maßnahme zur Linderung des Leidens auch medizinisch indiziert ist und nach den Regeln der Wissenschaft durchgeführt wird¹²⁷, da andernfalls wiederum eine unzulässige direkte aktive Sterbehilfe vorläge. Hier ist für die Straffreiheit wesentlich, dass Art und Dosierung des Arzneimittels medizinisch indiziert sind und die Verabreichung lege artis erfolgt.¹²⁸ Ein entsprechend geäußelter Wunsch zu Durchführung direkter aktiver Sterbehilfe im Rahmen einer Patientenverfügung ist nicht beachtlich.¹²⁹ Die Straftatbestände „Tötung auf Verlangen“ und Mithilfe zum Selbstmord“ bleiben unverändert bestehen.

Kurz zu erläutern ist hier auch noch, dass passive Sterbehilfe, im Gegensatz zur aktiven, immer straffrei ist und daher auch Gegenstand einer Patientenverfügung sein kann.¹³⁰ Die passive Sterbehilfe zeichnet sich, wie ihr Name schon sagt durch ein Unterlassen aus, wobei hier nicht nur das Unterlassen einer Behandlung an sich erfasst ist, sondern auch der Behandlungsabbruch. Dies scheint auf den ersten Blick eigenartig und stößt gerade bei den Ärzten auf Unverständnis, da der Behandlungsabbruch sich gerade durch eine aktive Handlung auszeichnet, es ist aber juristisch eindeutig, dass das Unterlassen einer bereits begonnenen Behandlung als Unterlassung zu qualifizieren ist. Dazu ist anzumerken, dass die österreichische Rechtsordnung keinen Grundsatz der unbedingten Lebenserhaltung kennt¹³¹, was soweit führt, dass ein Behandlungsabbruch durch die behandelnden Ärzte auch ohne entsprechende Anordnung, sogar bei ausdrücklichem Weiterbehandlungswunsch des Patienten, vorgenommen werden kann. Allerdings ist es für einen solchen Behandlungsabbruch Voraussetzung, dass sich der Patient bereits in einer solchen

¹²⁶ Memmer in Aigner/Kletečka/Kletecka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis 304.

¹²⁷ Ploier/Petutschnigg, Die Patientenverfügung 52.

¹²⁸ Ploier/Petutschnigg, Die Patientenverfügung 52.

¹²⁹ 1299 BlgNR 22. GP 1.

¹³⁰ Ploier/Petutschnigg, Die Patientenverfügung 54.

¹³¹ Ploier/Petutschnigg, Die Patientenverfügung 53.

Lebensphase befindet, in der der Tod unaufhaltsam ist und dieser auch mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit durch keine medizinische Heilbehandlung aufgehalten werden kann.¹³²

2.2.3.4 Die verbindliche Patientenverfügung

Das PatVG kennt zwei Arten der Patientenverfügung, nämlich die verbindliche, welcher auch dieses Unterkapitel gewidmet ist, und die beachtliche, welche weiter unten in dieser Arbeit behandelt wird.

Vorauszuschicken ist, dass die Unterteilung der Patientenverfügung in die beiden oben genannten Kategorien als ausgesprochen sinn- und zweckhaft anzusehen ist, da somit verschiedenen Bedürfnissen beider am Geschehen beteiligten Parteien Rechnung getragen werden kann und auch jenen Patientenverfügungen, die nicht verbindlich sind, eine Existenzberechtigung gegeben wird.

Auf die Frage, ob verbindlichen Patientenverfügungen bei der Behandlung von Patienten, die aufgrund einer psychischen Erkrankung untergebracht sind, zu befolgen sind, wird im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen.¹³³

Die verbindliche Patientenverfügung ist im zweiten Abschnitt des PatVG geregelt. Dabei regelt § 4 PatVG den Inhalt und § 5 PatVG die Aufklärung, die im Rahmen einer verbindlichen Patientenverfügung zu erfolgen hat. In § 6 wird dann in weiterer Folge die Errichtung einer verbindlichen Patientenverfügung normiert und in § 7 die Frage der Erneuerung.

Wirksam zustande kommt eine verbindliche Patientenverfügung nicht schon dann, wenn ihr Inhalt gesetzlich erlaubt ist und den allgemeinen Regeln für Willenserklärungen entspricht¹³⁴, sondern sie ist an strenge formelle und inhaltliche Voraussetzungen¹³⁵ geknüpft und ist nur dann verbindlich, wenn die im PatVG aufgezählten Voraussetzung und Formerfordernisse auch erfüllt sind und sie außerdem nicht unwirksam ist. Sind diese Voraussetzungen erfüllt,

¹³² Ploier/Petutschnigg, Die Patientenverfügung 53.

¹³³ Vgl. Engel, Verbindliche Patientenverfügungen und die Behandlung untergebrachter Personen, iFamZ 2008, 18.

¹³⁴ Bernat in Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz 64.

¹³⁵ 1299 BlgNR 22. GP 4.

so hat der Arzt der Patientenverfügung zu entsprechen, ist also zwingend an sie gebunden, da er andernfalls den Tatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung iSd § 110 StGB erfüllen und sich auch zivilrechtlich haftbar machen würde. Eine verbindliche Patientenverfügung ist nämlich wie eine aktuelle Behandlungsverweigerung eines Einsicht- und Urteilsfähigen zu qualifizieren.¹³⁶ Dabei hat der Arzt nicht nur abgelehnte Behandlungen nicht vorzunehmen, sondern er hat auch bereits begonnene Behandlungen abubrechen. Allerdings resultiert daraus keine Pflicht des behandelnden Arztes bereits vorgenommene Behandlungen wieder rückgängig zu machen.¹³⁷

Um eine verbindliche Patientenverfügung zu errichten, reicht die Absichtserklärung des Patienten eine solche errichten zu wollen alleine nicht aus¹³⁸ um sie verbindlich zu machen. Es ist neben den inhaltlichen Voraussetzungen zuerst einmal die umfassende Aufklärung durch einen Arzt und die „Information über Wesen und Folgen der Patientenverfügung für die medizinischen Behandlung“ nötig¹³⁹, sowie die ausreichend konkrete Beschreibung der abgelehnten medizinischen Behandlungen. Anschließend muss die verbindliche Patientenverfügung vor einem Rechtsanwalt, Notar oder rechtskundigen Mitarbeiter der Patientenanwaltschaft schriftlich und unter Angabe des Datums errichtet werden. Hier ist das Ineinandergreifen von ärztlicher und rechtlicher Beratung notwendig, um eine Balance zwischen der ärztlichen Pflicht Leben zu erhalten und zu retten einerseits und dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten andererseits zu finden.¹⁴⁰ Ab Errichtungsdatum ist die Patientenverfügung dann fünf Jahre lang gültig, außer der Errichter selbst hat eine kürzere Frist festgesetzt. Dies führt jedoch dazu, dass eine Person, die mit einer Patientenverfügung vorsorgen möchte, bis zu ihrem Tod eine Vielzahl von Patientenverfügungen errichten muss für deren Errichtung sie auch entsprechend bezahlen muss.¹⁴¹

¹³⁶ Memmer, Patientenverfügungen – Rechtslage nach dem 1. Juni 2006, FamZ 2006, 69 (71).

¹³⁷ Pesendorfer in Barth/Ganner (Hrsg), Handbuch des Sachwalters 376.

¹³⁸ Kletečka-Pulker in Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz 87.

¹³⁹ PatVG BGBl I 2006/5.

¹⁴⁰ Benn-Ibler, Am Beispiel Patientenverfügung, AnwBl 2006, 305.

¹⁴¹ Kritisch hierzu Bernat in Bernat, Planungssicherheit am Lebensende? (Teil I), EF-Z 2006/23; seiner Ansicht nach stößt dies sowohl an die Grenzen des verfassungsrechtlich zu beachtenden Sachlichkeitsgebots gem Art 7 B-VG als auch an die Grenzen von Art 8 Abs 1 EMRK.

Diese Voraussetzungen einer verbindlichen Patientenverfügung scheinen nach Ergebnissen der ersten Phase der Evaluationsstudie zum PatVG allerdings zu einer Hürde des Zugangs zu werden, da die Errichtenden bisher vor allem gut situierte und gebildete Personen sind.¹⁴²

Grundsätzlich muss der Arzt beurteilen, ob eine verbindliche oder bloß eine beachtliche Patientenverfügung vorliegt, wobei es hier hinsichtlich der gebotenen Sorgfalt auch auf die zur Verfügung stehende Zeit ankommt.¹⁴³ Wenn trotz der sorgfältigen Prüfung Zweifel bestehen bleiben, ist zunächst von der bloßen Beachtlichkeit der Patientenverfügung auszugehen, dh der behandelnde Arzt muss dringende medizinische Maßnahmen vornehmen und die Bestellung eines Sachwalters anregen bzw die Entscheidung eines schon bestellten Vertreters einholen.¹⁴⁴

Die inhaltlichen Voraussetzungen der Patientenverfügung sind in § 4 PatVG geregelt, der besagt: „In einer verbindlichen Patientenverfügung müssen die medizinischen Behandlungen, die Gegenstand der Ablehnung sind, konkret beschrieben sein oder eindeutig aus dem Gesamtzusammenhang der Verfügung hervorgehen. Aus der Patientenverfügung muss zudem hervorgehen, dass der Patient die Folgen der Patientenverfügung zutreffend einschätzt.“ Inhaltlich muss eine verbindliche Patientenverfügung jene medizinischen Behandlungen, die vom Patienten abgelehnt werden, konkret, also eindeutig und nachvollziehbar¹⁴⁵, aber nicht detailliert, umschreiben, wobei es als ausreichend anzusehen ist, wenn aus dem Gesamtzusammenhang der Patientenverfügung hervorgeht, welche medizinischen Behandlungen abgelehnt werden¹⁴⁶, da die Patientenverfügung nur gerade dann verbindlich sein kann, wenn die angenommene Situation der später tatsächlich eintretenden gleichkommt¹⁴⁷. Sind die Erklärungen zu allgemein formuliert, wie etwa die Aussage „ich möchte nicht reanimiert werden“ ohne Angabe in welchem Zusammenhang diese gemeint ist, so ist dies als zu unbestimmt und nicht ausreichend anzusehen. Solche Erklärungen können dann nur als Indiz und Richtschnur¹⁴⁸ für die Ermittlung des wahren Patientenwillens dienen.

¹⁴² *Inthorn/Kletečka-Pulker*, iFamZ 2008, 139 (140).

¹⁴³ *Pesendorfer* in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalters 377.

¹⁴⁴ *Pesendorfer* in *Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalters 377.

¹⁴⁵ *Kathrein*, ÖJZ 2006, 555 (563).

¹⁴⁶ 1299 BlgNR 22. GP 6.

¹⁴⁷ *Kletečka-Pulker* in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker* (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz 87.

¹⁴⁸ *Kathrein*, ÖJZ 2006, 555 (563).

Außerdem sieht § 4 Satz 2 PatVG vor, dass aus der verbindlichen Patientenverfügung selbst hervorgehen muss, dass der Patient die medizinischen Folgen der von ihm abgegebenen Erklärung zutreffend einschätzt.¹⁴⁹ Dies ist auch vom Arzt in der Patientenverfügung selbst darzulegen.¹⁵⁰ Damit soll dem unüberlegten Ablehnen von Behandlungen entgegengewirkt werden, da einer der Zwecke des PatVG gerade darin liegt, sicherzustellen, dass der Patient eine wohlüberlegte und ernsthafte Entscheidung trifft.¹⁵¹

In der expliziten Anerkennung verbindlicher Patientenverfügungen liegt auch die vermutlich wesentlichste Neuerung¹⁵² durch das PatVG. Denn erstmals ist die Verbindlichkeit und damit ihre bindende Wirkung gegenüber dem behandelnden Arzt bzw Pflegepersonal gesetzlich festgehalten, was dazu führt, dass eine solche Patientenverfügung nicht mehr nur Hilfestellung zur Ermittlung des wahren Patientenwillens ist, sondern den wahren Patientenwillen bereits verbindlich wiedergibt. Das erleichtert auch die Aufgabe der Ärzte, die nun bei Nichtbehandlung bei Vorliegen einer verbindlichen Patientenverfügung rechtlich abgesichert sind und somit keinen Drahtseilakt mehr vollbringen müssen. Das Vorhandensein einer gültigen verbindlichen Patientenverfügung hat in weiterer Folge die Konsequenz, dass die Bestellung eines Sachwalters für die von der Patientenverfügung abgedeckten Behandlungen und Untersuchungen unterbleiben kann bzw ein bereits bestellter Sachwalter zu diesen Angelegenheiten nicht mehr hinzugezogen werden muss. Auch das Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 (SWRÄG 2006) nennt die Patientenverfügung ausdrücklich als eine die Sachwalterbestellung vermeidende Selbstvorsorge des Patienten.¹⁵³ Es steht den beteiligten Personen allerdings frei, bei Zweifeln über die Erfüllung der Voraussetzungen beim zuständigen PflEGschaftsgericht die Bestellung eines Sachwalters nach § 273 Abs 1 ABGB anzuregen oder einen für diesen Patienten eventuell schon bestellten Sachwalter beizuziehen.¹⁵⁴

Krit ist aber anzumerken, dass aufgrund der vielen formalen Anforderungen leicht Fehler passieren können, die in weiterer Folge dazu führen, dass ein Patient, der eigentlich eine verbindliche Patientenverfügung errichten wollte, nur einer beachtliche errichtet. Außerdem

¹⁴⁹ Kathrein, ÖJZ 2006, 555 (563).

¹⁵⁰ 1299 BlgNR 22. GP 6.

¹⁵¹ 1299 BlgNR 22. GP 6.

¹⁵² Kathrein, ÖJZ 2006, 555 (563).

¹⁵³ Barth, FamZ 2006, 72 (73).

¹⁵⁴ Kathrein, ÖJZ 2006, 555 (563).

entstehen dem Patienten durch die – unten nähere erläuterte – ärztliche und rechtliche Aufklärung Kosten, die sich außerdem uU wiederholen. Nämlich dann, wenn der Patient nach Ablauf der fünf Jahre die Patientenverfügung erneuert. Bei der Erneuerung muss der Patient, will er denn eine verbindliche Patientenverfügung errichten, wiederum eine ärztliche und eine rechtliche Aufklärung in Anspruch nehmen. Während die Sinnhaftigkeit einer neuerlichen ärztlichen Aufklärung aufgrund der ständigen Weiterentwicklungen im Bereich der Medizin außer Frage stellt, ist die erneute rechtliche Aufklärung durchaus kritisch zu betrachten, da hier für den Patienten uU unnötige Zusatzkosten entstehen. Da sich jedoch auch das Recht ändern kann, ist die erneute rechtliche Aufklärung mA nach vertretbar.¹⁵⁵

Die Patientenverfügung verliert aber nicht nur durch Zeitablauf ihre Wirksamkeit, sondern auch dann, wenn sich seit dem Zeitpunkt der Errichtung oder letzten Erneuerung der Stand der medizinischen Wissenschaft wesentlich geändert hat. Dies ist in § 10 Abs 1 Z 3 geregelt. Wichtig dabei ist, dass die Änderungen „wesentlich“ sein müssen, dh so bedeutend, dass anzunehmen ist, dass der Patient die Behandlung unter diesen Umständen nicht abgelehnt hätte.¹⁵⁶ Es führt also nicht jeder medizinische Fortschritt an sich schon zur Unwirksamkeit einer Patientenverfügung, sondern nur substanzielle Änderungen des medizinischen Erkenntnisstands in dem von der Patientenverfügung erfassten Bereich.¹⁵⁷ Bezieht sich der Patient aber auf mögliche Änderungen des Stands der medizinischen Wissenschaft und schließt eine bestimmte Behandlung aus, so bleibt die Patientenverfügung weiterhin wirksam.

2.2.3.4.1 Ärztliche Aufklärung

Eine zwingende Voraussetzung für eine verbindliche Patientenverfügung ist die ärztliche Aufklärung. Die umfassende ärztliche Aufklärung ist in § 5 PatVG normiert, der im Wortlaut besagt: „Der Errichtung einer verbindlichen Patientenverfügung muss eine umfassende ärztliche Aufklärung einschließlich einer Information über Wesen und Folgen der Patientenverfügung für die medizinische Behandlung vorangehen. Der aufklärende Arzt hat die Vornahme der Aufklärung und das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Patienten unter Angabe seines Namens und seiner Anschrift durch eigenhändige Unterschrift

¹⁵⁵ aM Schabel, Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten in Österreich (2007) 144.

¹⁵⁶ Kathrein, ÖJZ 2006, 555 (562).

¹⁵⁷ Kathrein, ÖJZ 2006, 555 (562).

zu dokumentieren und dabei auch darzulegen, dass und aus welchen Gründen der Patient die Folgen der Patientenverfügung zutreffend einschätzt, etwa weil sie sich auf eine Behandlung bezieht, die mit einer früheren oder aktuellen Krankheit des Patienten oder eines nahen Angehörigen zusammenhängt.“ Diese Aufklärung ist auch zu dokumentieren, wobei diese Dokumentation wohl der Patientenverfügung beizufügen sein wird.¹⁵⁸ Außerdem kann der Patient auf diese Aufklärung, will er denn eine verbindliche Patientenverfügung errichten, nicht verzichten.¹⁵⁹ Die Intention hinter der ärztlichen Aufklärung ist, dass der Patient alle Informationen erhalten muss, die Grundlage seiner Entscheidung sind, um sein Selbstbestimmungsrecht in Anspruch nehmen¹⁶⁰ und eine wohl erwogene und reflektierte Verfügung¹⁶¹ treffen zu können, wie dies bei allen Aufklärungsgesprächen vor Diagnosemaßnahmen oder Heilbehandlungen der Fall ist, wo der Patient sich durch die Aufklärung ein gut informiertes Bild der Situation machen kann und dann, und nur dann, seinen „informed consent“, also seine Zustimmung geben kann. Genau darum geht es auch hier: eine informierte Entscheidung des Patienten. Maßgebend für Umfang und Intensität der Aufklärung sind hier die von der Lehre und Rechtsprechung entwickelten haftungsrechtlichen Grundsätze zur ärztlichen Aufklärung.¹⁶² Die Vorteile, die eine ärztliche Aufklärung mit sich bringt und der qualitativ hochwertige Beratungsprozess widersprechen der Kritik von einem „unzumutbaren Aufklärungszwang“.¹⁶³

Die Aufklärung muss so erfolgen, dass sie auch einem medizinischen Laien verständlich ist. Außerdem muss der aufklärende Arzt die Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Patienten prüfen und deren Vorliegen, sowie das erfolgte Aufklärungsgespräch auf der Patientenverfügung selbst oder einer dieser angeschlossenen Urkunde mit Unterschrift und Anschrift bestätigen. Wie bereits erwähnt, muss aus der Patientenverfügung auch hervorgehen, dass der Patient die medizinischen Folgen der von ihm abgegebenen Erklärung zutreffend einschätzt¹⁶⁴, was vom Arzt ebenfalls bei dieser Gelegenheit darzulegen ist¹⁶⁵. Die zutreffende Einschätzung der

¹⁵⁸ Kralik/Benedikt, Patientenverfügungen, NetV 2006, 91.

¹⁵⁹ 1299 BlgNR 22. GP 6.

¹⁶⁰ 1299 BlgNR 22. GP 6.

¹⁶¹ Kathrein, ÖJZ 2006, 555 (564).

¹⁶² Kathrein, ÖJZ 2006, 555 (564).

¹⁶³ Vgl. Peintinger, Zum Stellenwert und zu den Aufgaben ärztlicher Aufklärung – Medizinische Beratung vor Errichtung einer Patientenverfügung, FamZ 2006, 78 (81).

¹⁶⁴ Kathrein, ÖJZ 2006, 555 (564).

¹⁶⁵ Kathrein, ÖJZ 2006, 555 (564).

Folgen kann sich aber auch aus anderen Gründen als der ärztlichen Aufklärung ergeben¹⁶⁶, wobei als Beispiele hier Erfahrungen im beruflichen Alltag oder privaten Umfeld, etwa bei nahen Angehörigen, zu nennen sind.

Was der Gesetzgeber nicht geregelt hat, ist die Frage, welche Qualifikation der aufklärende Arzt haben muss. Das Gesetz trifft darüber keine wie auch immer geartete Aussage. Dem Patienten ist es also frei gestellt, welchen Arzt bzw Facharzt er aufsucht. Allerdings wird idR der niedergelassene Hausarzt des Patienten, dh ein Arzt für Allgemeinmedizin, in Betracht kommen, wenn Fachwissen benötigt wird jedoch der jeweilige Facharzt.¹⁶⁷ Auch keine Klärung erhält die Frage, ob der aufklärende und der behandelnde Arzt ein und dieselbe Person sein können bzw dürfen, da das Gesetz keine diesbezügliche „Gewaltenteilung“ vorsieht.¹⁶⁸

2.2.3.4.2 Mitwirkung von Notar, Anwalt oder Patientenvertreter

§ 6 PatVG enthält die Formerfordernisse, die eingehalten werden müssen, damit eine verbindliche Patientenverfügung überhaupt zustande kommen kann: „(1) Eine Patientenverfügung ist verbindlich, wenn sie schriftlich unter Angabe des Datums vor einem Rechtsanwalt, einem Notar oder einem rechtskundigen Mitarbeiter der Patientenvertretungen (§ 11e Kranken- und Kuranstaltengesetz, BGBl. Nr. 1/1957) errichtet worden ist und der Patient über die Folgen der Patientenverfügung sowie die Möglichkeit des jederzeitigen Widerrufs belehrt worden ist. (2) Der Rechtsanwalt, Notar oder rechtskundige Mitarbeiter der Patientenvertretungen hat die Vornahme dieser Belehrung in der Patientenverfügung unter Angabe seines Namens und seiner Anschrift durch eigenhändige Unterschrift zu dokumentieren.“ Diese Formvoraussetzungen dienen der Schaffung möglichst klarer Verhältnisse, stoßen aber durchwegs auch auf Kritik¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Kletečka-Pulker in Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz 88.

¹⁶⁷ Bachinger, FamZ 2006, 79.

¹⁶⁸ Kathrein, ÖJZ 2006, 555 (564).

¹⁶⁹ Aigner in Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz 79.

Wer als mitwirkender Jurist an der Errichtung einer Patientenverfügung beteiligt sein kann, ist in § 6 Abs 1 PatVG hinreichend bestimmt. Das durch die Errichtung einer Patientenverfügung anfallende Honorar hat der Patient dabei aus seinem eigenen Vermögen zu bezahlen.¹⁷⁰

Vorrangigste Pflicht des an der Errichtung der Patientenverfügung mitwirkenden Juristen ist die Feststellung der Identität des Patienten, da eine Patientenverfügung höchstpersönlich zu errichten ist und diese nur auf diesem Wege einwandfrei festgestellt werden kann. Dabei hat die Überprüfung der Identität anhand eines amtlichen Lichtbildausweises gem § 55 NO und §10 Abs 4 RAO idF BGBl I 2006/93 zu erfolgen, und, wenn sich daraus Zweifel ergeben, sind weitere Bescheinigungsmittel wie Zeugen oder Urkunden zur Identitätsfeststellung heranzuziehen.¹⁷¹

Außerdem muss sich der Notar, Rechtsanwalt oder Patientenvertreter vergewissern, dass der Patient die für die Errichtung einer Patientenverfügung notwendige Einsichts- und Urteilsfähigkeit besitzt, wobei er sich selbst ein Bild machen muss und sich nicht blind auf die Beurteilung des aufklärenden Arztes verlassen darf.¹⁷² Wie aber hat der rechtskundige Mitwirkende vorzugehen, wenn ihm Zweifel an der Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Patienten kommen? In erster Linie ist an eine Befragung des Patienten zu denken, die weiteren Aufschluss geben kann, uU kann aber auch die Rücksprache mit dem behandelnden Arzt notwendig und auch zumutbar sein.¹⁷³ Nachforschungen müssen aber von Seiten des Notar, Rechtsanwalts oder Patientenvertreter keine angestellt werden. Kommt er zu dem Ergebnis, dass der Patient nicht einsichts- und urteilsfähig ist, dann darf keine Patientenverfügung errichtet werden.

Durch die Erfordernis, die Patientenverfügung vor einem Rechtsanwalt, Notar oder rechtskundigen Mitarbeiter der Patientenanwaltschaft zu errichten, also die zwingende Beiziehung einer rechtskundigen Person¹⁷⁴, soll insbesondere sichergestellt werden, dass die Verfügung in ihrer Formulierung auch verständlich ist und den Anforderungen des Gesetzesentwurfes entspricht¹⁷⁵, was in weiterer Folge hilft Auslegungsschwierigkeiten zu vermeiden. Denn der mitwirkende Jurist hat zu überprüfen, ob die Patientenverfügung frei

¹⁷⁰ Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis 313.

¹⁷¹ Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis 310.

¹⁷² Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis 310.

¹⁷³ Etwa bei Bettlägerigen oder Kranken; vgl Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis 310.

¹⁷⁴ Kathrein, ÖJZ 2006, 555 (564).

¹⁷⁵ 1299 BlgNR 22. GP 7.

und ernstlich erklärt wurde und dieser auch nicht Irrtum, List, Täuschung oder Zwang zugrunde liegen. Kurz gesagt, hat der Jurist die wahre Einwilligung des Errichters in die Verfügung zu überprüfen.

Der mitwirkende Jurist hat eine Rechtsbelehrung vorzunehmen, in welcher er den Patienten über die rechtlichen Auswirkungen seiner verbindlichen Vorabklärung zu informieren hat.¹⁷⁶ Dazu zählen verschiedene Punkte, wie etwa die Aufklärung darüber, dass die verbindliche Patientenverfügung nach dem Verlust der Einsichts- und Urteilsfähigkeit unbegrenzt gültig ist, dass bei einer verbindlichen Patientenverfügung der behandelnde Arzt die abgelehnten medizinischen Maßnahmen zu unterlassen hat, auch wenn dies den Tod des Patienten nach sich zieht, oder dass wesentliche Änderungen in der medizinischen Wissenschaft dazu führen können, dass die Patientenverfügung ihre Verbindlichkeit verliert. Zusammengefasst kann man sagen, dass der mitwirkende Notar, Rechtsanwalt oder Patientenvertreter über die rechtlichen Konsequenzen und Zusammenhänge des PatVG aufzuklären hat, wobei bei der Aufklärung auf die Erfordernisse und Bedürfnisse im Einzelfall, dh Intelligenz, Bildung, Sprachkenntnisse usw einzugehen ist. Da es sich bei § 6 PatVG um eine zwingende Vorschrift handelt, kann die Belehrungspflicht nicht entfallen, egal aus welchem Grund dies vom Patienten gewünscht ist, dh eine Minimalbelehrung muss immer erfolgen.¹⁷⁷ Die Patientenverfügung selbst, also das Dokument, kann bereits vorformuliert sein¹⁷⁸, es kann aber die Erstellung einer Patientenverfügung auch vom Patienten beim Rechtsanwalt oder Notar in Auftrag gegeben worden sein, wobei der Beauftragte dann auch die Textverantwortlichkeit mit allen haftungsrechtlichen Folgen trägt.¹⁷⁹

Die Verfügung ist natürlich vom Patienten selbst zu unterschreiben, ist er dazu aber, etwa aufgrund körperlicher Gebrechen, nicht in der Lage, so reicht ein gerichtliches oder notariell beglaubigtes oder vor zwei Personen gesetztes „Handzeichen“¹⁸⁰ aus.¹⁸¹

¹⁷⁶ Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis, 311.

¹⁷⁷ Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis 312.

¹⁷⁸ Dh vor dem Zeitpunkt der förmlichen Errichtung entworfen.

¹⁷⁹ Bernat in Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz 65.

¹⁸⁰ Vorstellbar wären hier etwa drei handschriftliche Kreuze oä.

¹⁸¹ Memmer in Kletečka-Pulker in Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz 89.

Des Weiteren ist die Partei über den jederzeitigen formlosen und unbegründeten Widerruf der Patientenverfügung, auch nach Verlust der Einsichts- und Urteilsfähigkeit¹⁸², zu belehren. Dazu gehört auch die Belehrung darüber, dass der Widerruf dem behandelnden Arzt zugehen muss, um wirksam zu sein, und dass im Fall eines Widerrufs auch bei Vertrauenspersonen hinterlegte Kopien zu vernichten sind.¹⁸³ Die Vornahme dieser Belehrung ist vom rechtskundigen Errichter in der Urkunde durch Unterschrift und Angabe des Namens und der Anschrift zu bestätigen.¹⁸⁴ Dabei ist die Verfügung schriftlich zu errichten und zu datieren, wobei gerade das Datum eine zwingende Formvoraussetzung einer verbindlichen Patientenverfügung darstellt, da eine nicht datierte die Rechtsfolge nach sich zieht nicht verbindlich zu sein.

Diese Formvorschrift ergibt sich aus der in § 7 PatVG normierten beschränkten Dauer der Verbindlichkeit¹⁸⁵ von Patientenverfügungen, der folgendes besagt: „(1) Eine Patientenverfügung verliert nach Ablauf von fünf Jahren ab der Errichtung ihre Verbindlichkeit, sofern der Patient nicht eine kürzere Frist bestimmt hat. Sie kann unter Einhaltung der Formerfordernisse der § 6 nach entsprechender ärztlicher Aufklärung erneuert werden; damit beginnt die Frist von fünf Jahren neu zu laufen. (2) Einer Erneuerung ist gleichzuhalten, wenn einzelne Inhalte der Patientenverfügung nachträglich geändert werden. Dabei sind die Bestimmungen über die Errichtung einer verbindlichen Patientenverfügung entsprechend anzuwenden. Mit jeder nachträglichen Änderung beginnt die in Abs 1 genannte Frist für die gesamte Patientenverfügung neu zu laufen. (3) Eine Patientenverfügung verliert nicht ihre Verbindlichkeit, solange sie der Patient mangels Einsichts-, Urteils- oder Äußerungsfähigkeit nicht erneuern kann.“ Darin ist die Gültigkeit von Patienten auf maximal fünf Jahre beschränkt, ein kürzerer Geltungszeitraum kann aber vom Patienten bestimmt werden.¹⁸⁶ Nicht möglich ist hingegen die Vereinbarung einer längeren Gültigkeit als die vom Gesetz festgelegten fünf Jahre. Nicht verloren geht die Verbindlichkeit allerdings gem § 7 Abs 3 PatVG nach Ablauf der Frist dann, wenn der Patient noch vor Ablauf seine Einsichts- und Urteilsfähigkeit oder aber seine Äußerungsfähigkeit verliert. In diesem Fall kommt es zu

¹⁸² Näheres dazu siehe Kapitel 1.2.3.7

¹⁸³ Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis 312.

¹⁸⁴ Kathrein, ÖJZ 2006, 555 (564).

¹⁸⁵ Kathrein, ÖJZ 2006, 555 (564).

¹⁸⁶ Sollte dies gewünscht sein, so ist es ratsam den kürzeren Geltungszeitraum schriftlich in der Patientenverfügung selbst festzuhalten.

einer Prolongierung der Wirksamkeit bis der Patient wieder einsichts- und urteils- bzw. äuerungsfähig¹⁸⁷ ist.

Zusammengefasst sind die Aufgaben des mitwirkenden Juristen eine Belehrungsfunktion, Textverantwortlichkeit, Beglaubigungsfunktion und Bestätigung über die erfolgte Belehrung des verfügenden Patienten.¹⁸⁸

Nach Ablauf der fünf Jahre muss eine Patientenverfügung, um verbindlich zu bleiben, erneuert werden. Dabei müssen wiederum eine ärztliche Aufklärung und die Errichtung vor einer der drei oben genannten rechtskundigen Personen erfolgen, wobei nach erfolgter Aufklärung ein Verweis auf die bestehende Patientenverfügung reicht. Wenn sich nicht maßgebliche Umstände geändert haben, kann also die bereits bestehende Verfügung durch Zusatz erneuert werden. Die Erneuerung kann vor, aber auch nach Ablauf der Patientenverfügung erfolgen¹⁸⁹, wobei dann schon damit die fünfjährige Frist oder eine allenfalls kürzere Frist neu zu laufen beginnt.

Auch mit jeder nachträglichen Änderung, die an der Patientenverfügung vorgenommen wird, beginnt die Frist neu zu laufen. Verliert der Patient aber seine Einsichts- und Urteilsfähigkeit, so verliert die Patientenverfügung ihre Verbindlichkeit solange nicht bis der Patient seine Einsichts- und Urteilsfähigkeit allenfalls wiedererlangt. Dies lässt sich schon daraus erklären, dass die Patientenverfügung gerade in jenen Fällen greifen soll, in denen der Patient selbst sich nicht äußern kann. Ein Wirksamkeitsverlust der Patientenverfügung genau während dieses Zeitraumes würde dem Sinn und Zweck der Patientenverfügung widersprechen.

2.2.3.5 Die beachtliche Patientenverfügung

Da der Gesetzgeber verhindern wollte, dass jede Patientenverfügung, die nicht den Voraussetzungen des § 4 PatVG entspricht, vollkommen bedeutungslos wird, sowie um dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten Rechnung zu tragen¹⁹⁰ und den Übergang für vor dem

¹⁸⁷ Kathrein, ÖJZ 2006, 555 (564).

¹⁸⁸ Kunz/Gepart, Aufgaben der bei der Errichtung einer Patientenverfügung mitwirkenden Juristen – am Beispiel des Rechtsanwalts, FamZ 2006, 81 (82).

¹⁸⁹ Kathrein, ÖJZ 2006, 555 (565).

¹⁹⁰ Ploier/Petutschnigg, Die Patientenverfügung 38.

01.06.2006 errichteten Patientenverfügungen zu erleichtern, hat er in den §§ 8 und 9 PatVG, dem dritten Abschnitt des PatVG, die beachtliche Patientenverfügung festgelegt.

Jede Patientenverfügung, die nicht den im Gesetz vorgegebenen Voraussetzungen für eine verbindliche Patientenverfügung entspricht – es genügt schon das Fehlen eines einzigen Formerfordernisses einer verbindlichen Patientenverfügung – ist somit nach dem Willen des Gesetzgebers zuerst einmal eine beachtliche Patientenverfügung. Diese ist in § 8 PatVG geregelt, der besagt: „Eine Patientenverfügung, die nicht alle Voraussetzungen der §§ 4 bis 7 erfüllt, ist dennoch für die Ermittlung des Willens des Patienten beachtlich.“

Bei einer beachtlichen Patientenverfügung handelt es sich um eine Willenserklärung des einsichts- und urteilsfähigen Patienten mit der er erkennbar mehr oder weniger konkret bestimmte medizinische Behandlungen ablehnt und die dann wirksam sein soll, wenn er im Zeitpunkt der Behandlung nicht einsichts- und urteilsfähig oder äusserungsfähig ist und die zumindest eine Voraussetzung der verbindlichen Patientenverfügung nicht erfüllt.¹⁹¹ Auch wenn eine beachtliche Patientenverfügung nicht alle Voraussetzung einer verbindlichen zu erfüllen braucht¹⁹², so gibt es doch allgemeine Voraussetzungen, die auch sie erfüllen muss, um überhaupt als (beachtliche) Patientenverfügung zu gelten. Erfüllt sie nur eine dieser allgemeinen Voraussetzungen nicht, so liegt überhaupt keine Patientenverfügung iSd PatVG vor. Diese allgemeinen Voraussetzungen sind, dass sie höchstpersönlich erklärt worden sein muss und nicht gem § 10 PatVG unwirksam sein darf. Im Gegensatz zur verbindlichen Patientenverfügung unterliegt die beachtliche Patientenverfügung keinerlei Formvorschriften, es herrscht also Formfreiheit. Es kann sich dabei ebenso um eine mündliche Äußerung, wie um geschriebene Erklärungen bis hin zu Videoaufnahmen des Errichters handeln. Schriftlichkeit ist aber nicht desto trotz, schon allein aus Beweisgründen, ratsam.

Beachtlich ist eine Patientenverfügung auch dann, wenn im Gegensatz zur verbindlichen, keine ärztliche oder juristische Aufklärung vor der Errichtung selbiger erfolgt ist und es gibt für sie auch keine zeitliche Begrenzung.¹⁹³ Sie kann also uU auch noch acht Jahre nach ihrer Errichtung beachtlich sein, während die verbindliche Patientenverfügung in ihrer

¹⁹¹ Pesendorfer in Barth/Ganner (Hrsg), Handbuch des Sachwalters 404f.

¹⁹² Theoretisch muss sie keine einzige für eine verbindliche Patientenverfügung zwingende Voraussetzung erfüllen, je mehr sie aber erfüllt, um so beachtlicher ist sie und so wahrscheinlicher ist es, dass dieser Patientenverfügung entsprechend gehandelt wird.

¹⁹³ Pesendorfer in Barth/Ganner (Hrsg), Handbuch des Sachwalters 405.

Verbindlichkeit jedenfalls auf maximal fünf Jahre beschränkt ist. Allerdings verliert die beachtliche Patientenverfügung natürlich mit zunehmendem „Alter“ an Indizwirkung für den natürlichen Willen des Patienten.¹⁹⁴

Eine beachtliche Patientenverfügung bindet den behandelnden Arzt und andere am Behandlungsgeschehen beteiligte Personen nicht idS, dass sie jedenfalls zu befolgen ist.¹⁹⁵ Dh sie müssen nicht jedenfalls zwingend danach handeln, müssen diese aber sehr wohl zumindest zur Ermittlung des mutmaßlichen Patientenwillens heranziehen.

Außerdem muss bei Vorliegen einer beachtlichen Patientenverfügung idR ein Vertreter die Entscheidung bezüglich der Behandlung treffen, während, wie bereits oben ausgeführt, bei Vorhandensein einer verbindlichen Patientenverfügung nicht einmal ein Sachwalter bestellt werden darf und auch kein Vertreter ein, wie auch immer geartetes, Entscheidungsrecht hat. Eine Ausnahme von der Entscheidungsbefugnis eines Vertreters besteht nur dann, wenn in der beachtlichen Patientenverfügung der informierte und reflektierte Wille des Patienten eindeutig feststellbar ist, wobei man dann von einer „qualifiziert beachtlichen“ Patientenverfügung sprechen kann.¹⁹⁶ Ist allerdings Gefahr im Verzug und kann die Frage der Beachtlichkeit nicht gelöst werden, ist jedenfalls vom behandelnden Arzt mit den medizinischen Maßnahmen zu beginnen.

Beispiele für eine qualifiziert beachtliche Patientenverfügung wäre etwa eine erst kürzlich abgelaufene verbindliche Patientenverfügung, die noch nicht erneuert wurde, oder eine mündliche Erklärung, die nach umfassender ärztlicher Aufklärung und kurz vor Verlust der Einsichts- und Urteilsfähigkeit geäußert wurde, sowie eine von einem Arzt oder Juristen ohne ärztliche bzw juristische Aufklärung verfasste Patientenverfügung.¹⁹⁷

Wie sehr eine beachtliche Patientenverfügung aber dazu beitragen kann, den mutmaßlichen Patientenwillen zu ermitteln, hängt wiederum stark von Inhalt und Genauigkeit der Patientenverfügung ab. Dieser Bereich ist in § 9 PatVG normiert, der wie folgt lautet: „Eine beachtliche Patientenverfügung ist bei der Ermittlung des Patientenwillens umso mehr zu beachten, je eher sie die Voraussetzungen einer verbindlichen Patientenverfügung erfüllt.

¹⁹⁴ *Pesendorfer in Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalters 405.

¹⁹⁵ *Kathrein*, ÖJZ 2006, 555 (565).

¹⁹⁶ *Barth*, FamZ 2006, 72 (75).

¹⁹⁷ *Pesendorfer in Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Sachwalters 411.

Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, inwieweit der Patient die Krankheitssituation, auf die sich die Patientenverfügung bezieht, sowie deren Folgen im Errichtungszeitpunkt einschätzen konnte, wie konkret die medizinischen Behandlungen, die Gegenstand der Ablehnung sind, beschrieben sind, wie umfassend eine der Errichtung vorangegangene ärztliche Aufklärung war, inwieweit die Verfügung von den Formvorschriften für eine verbindliche Patientenverfügung abweicht, wie häufig die Patientenverfügung erneuert wurde und wie lange die letzte Erneuerung zurückliegt.“ Grundsätzlich kann man vereinfacht sagen: je mehr Voraussetzungen einer verbindlichen Patientenverfügung erfüllt sind bzw je neuer sie ist, dh je mehr sie dem Idealtyp der verbindlichen Patientenverfügung entspricht¹⁹⁸, desto gewichtiger ist die beachtliche Patientenverfügung für die Ermittlung des mutmaßlichen Patientenwillens. Dabei kommt es vor allem auf die Einschätzung der Krankheitssituation durch den Patienten, die richtige Folgeneinschätzung, wie konkret die Beschreibung der abgelehnten Behandlungen ist, die ärztliche Aufklärung, die Form der Patientenverfügung, sowie die Häufigkeit der Erneuerung bzw den Zeitraum seit der letzten Erneuerung an.¹⁹⁹ Lässt sich also der Wille des Patienten eindeutig ermitteln, so muss, wie auch bereits weiter oben dargelegt, der Arzt diesen auch befolgen.²⁰⁰

Kritisch äußert sich hierzu Bernat, der die Auffassung vertritt, dass es geboten ist jede Patientenverfügung – unabhängig von ihrer Errichtungsform – hinsichtlich ihrer Verbindlichkeit nach ihrem Inhalt und nicht nach ihrer Form zu beurteilen, zumal ua der Inhalt des im PatVG verankerten Aufklärungsgespräches seiner Ansicht nach völlig unklar ist.²⁰¹ Denn er sieht die Gefahr, dass die Ärzte mehr Augenmerk auf die Form als auf den tatsächlichen Inhalt einer Patientenverfügung legen werden.²⁰² Aus seiner Sicht bestehen daher verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Annahme, dass eine beachtliche Patientenverfügung einen geringeren Status als eine verbindliche Patientenverfügung hat.²⁰³

Was darf man sich unter der Ermittlung des mutmaßlichen Patientenwillens vorstellen? Zur Ermittlung des mutmaßlichen Patientenwillens sind alle Ressourcen heranzuziehen, die dabei hilfreich sein können. Dazu gehören eben eine beachtliche Patientenverfügung, frühere

¹⁹⁸ Kralik/Benedikt, NetV 2006, 91.

¹⁹⁹ Pesendorfer in Barth/Ganner (Hrsg), Handbuch des Sachwalters 405.

²⁰⁰ Kathrein, ÖJZ 2006, 555 (565).

²⁰¹ Krit Bernat, EF-Z 2006/23.

²⁰² Bernat, EF-Z 2006/23.

²⁰³ Bernat, EF-Z 2006/23.

Äußerungen des Patienten, sowie Aussagen von Freunden und Familie. Letzteres ist allerdings immer unter Vorbehalt zu betrachten, da auch die eigene Familie einem nicht immer wohl gesonnen ist und es gerade dort, wo es etwa um viel Geld geht, sehr schnell mit der Liebe vorbei sein kann.

Zu ermitteln ist der mutmaßliche Wille des Patienten von dessen Vertreter. In diesen Ermittlungsprozess sind auch subjektive Komponenten mit einzubeziehen, wie etwa die religiöse und weltanschauliche Überzeugung, Äußerungen zu medizinischen Angelegenheiten, Mitteilungen an Vertrauenspersonen und persönliche Wertvorstellungen des Patienten.²⁰⁴ Ergibt diese Ermittlung, dass der Patient im Zeitpunkt der Willensäußerung einsichts- und urteilsfähig war, eine informierte Entscheidung getroffen hat, die Entscheidung nach wie vor seinen Willen wiedergibt und keine Anzeichen von Willensmängeln oder einem Widerruf bestehen, dann muss der Vertreter seine Zustimmung zu den in der beachtlichen Patientenverfügung beschriebenen medizinischen Maßnahmen ablehnen bzw der Arzt, wenn für ihn die Voraussetzungen offenkundig erfüllt sind, die beachtliche Patientenverfügung direkt befolgen.²⁰⁵

Duldet die Sache keinerlei Aufschub, weil Gefahr im Verzug ist und ein zeitlicher Aufschub der Entscheidung Gesundheit oder Leben des Patienten gefährden würde, dann liegt die Entscheidung bei dem behandelnden Arzt. In der Regel wird in einem solchen Fall, in dem Zweifel an der vorliegenden Patientenverfügung bestehen, ein Arzt nach dem Grundsatz des *favor vitae* die medizinische Maßnahme vornehmen.

Eine zusätzliche „Variante“ der beachtlichen Patientenverfügung ist die Errichtung einer verbindlichen Patientenverfügung, die vom Patienten aber ausdrücklich als beachtliche bezeichnet wird, womit der Patient seinen Willen kundtut, aber dem Arzt die Letztentscheidung einräumt.²⁰⁶

2.2.3.6 Der Widerruf

Wer eine Patientenverfügung errichtet ist deswegen noch nicht zwingend für die Dauer von fünf Jahren an sie gebunden. Nicht nur die Frage der Errichtung einer Patientenverfügung

²⁰⁴ Ploier/Petutschnigg, Die Patientenverfügung 42.

²⁰⁵ Pesendorfer in Barth/Ganner (Hrsg), Handbuch des Sachwalters 410.

²⁰⁶ Ploier/Petutschnigg, Die Patientenverfügung 39.

muss wohl überlegt sein, auch die Frage nach dem Widerruf einer solchen ist wichtig, da zwischen Errichtung und wirksam werden der Patientenverfügung Umstände an den Tag treten oder sich verändern können, die dazu führen, dass der Errichter seine Patientenverfügung in dieser Form nicht mehr beibehalten möchte. Sollten solche Umstände eintreten, ist es entscheidend, dass der Patient sich über seine Widerrufsmöglichkeiten im Klaren ist. Um dies zu gewährleisten, muss er, wie oben bereits dargelegt, über die Möglichkeiten des Widerrufs umfassend aufgeklärt werden, wobei diese Aufklärung durch Unterschrift des an der Errichtung der Patientenverfügung mitwirkenden Juristen zu bestätigen ist.

Die Patientenverfügung kann vom Patienten jederzeit widerrufen werden. Der Widerruf selbst ist in § 10 Abs 2 PatVG geregelt, der besagt: „Eine Patientenverfügung verliert ihre Wirksamkeit, wenn sie der Patient selbst widerruft oder zu erkennen gibt, dass sie nicht mehr wirksam sein soll“. Anders aber als die Errichtung ist der Widerruf nicht an Formvorschriften gebunden, sondern kann formfrei geschehen und ist nicht empfangsbedürftig. Außerdem muss der Patient keinerlei Gründe für seinen Widerruf angeben.

Widerruft also ein Patient seine Patientenverfügung ausdrücklich oder auch konkludent iSd § 863 ABGB²⁰⁷, so gibt er damit zu erkennen, dass diese nicht mehr wirksam sein soll. Ein Beispiel des ausdrücklichen Widerrufs wäre etwa eine mündliche oder schriftliche Erklärung des Patienten, dass er die bestehende Patientenverfügung widerruft. Konkludent ist der Widerruf etwa dann, wenn der Patient die Patientenverfügung zerreißt. Muss der Patient die Verfügung selbst widerrufen, oder genügt es, wenn die Verwandten darlegen, dass der Patient den Widerruf deutlich zu erkennen gegeben hat? Während bei der Errichtung die Höchstpersönlichkeit vom Gesetzgeber ausdrücklich verlangt wird, ist er hier weniger direkt. Das Gesetz besagt nur, dass „der Patient selbst“ die Verfügung widerruft. Aus diesem „selbst“ kann aber ein höchstpersönlicher Widerruf abgeleitet werden, was vom Gesetzgeber wohl auch so gedacht war. In der Lit wird aber sehr wohl vertreten, dass der Patient auch einem Vertreter eine Widerrufsbefugnis einräumen kann, da damit keine Gefahr für sein Leben verbunden sei.²⁰⁸ Dazu ist anzumerken, dass mM ein Abweichen von einem höchstpersönlichen Widerrufsrecht die Patientenverfügung weiter schwächen würde, und damit das Selbstbestimmungsrecht. Denn während es zwar sehr selbstbestimmt anmuten mag,

²⁰⁷ Kathrein, ÖJZ 2006, 555 (562).

²⁰⁸ Vgl Pesendorfer in Barth/Ganner (Hrsg), Handbuch des Sachwalters 423.

wenn man eine Person bestimmt, die für einen widerrufen darf, so hat man doch die tatsächliche Behandlungsentscheidung nicht mehr im Griff. Dies würde nach mA auch den Grundlagen der Ablehnung von oder Einwilligungen in Heilbehandlungen durch eine einsichts- und urteilsfähig Person widersprechen. Auch dass keine Gefahr für Leib und Leben damit verbunden sei, wenn man einem Dritten ein Widerspruchsrecht einräumt, kann nicht einfach so stengelassen werden. Denn jede Heilbehandlung birgt auch immer ein Risiko.

Der interessanteste Aspekt des Widerrufs ist aber nicht seine Formfreiheit, die im Widerspruch zu den strengen Formvorschriften bei der Errichtung steht, sondern die Tatsache, dass der Patient im Zeitpunkt des Widerrufs nicht mehr einsichts- und urteilsfähig sein muss²⁰⁹, denn § 10 Abs 2 nennt das nicht als Wirksamkeitsvoraussetzung für einen Widerruf. Eine solche Lösung ist dem österreichischen Recht systemfremd, da nach den allgemeinen Bestimmungen der Widerruf einer Willenserklärung derselben geistigen Kapazität bedarf wie die Errichtung selbiger.²¹⁰ Dieses „Schlupfloch“ ist vom Gesetzgeber aber bewusst so gewollt, wie sich aus den Materialien leicht erkennen lässt, wo sogar der Verweis zu finden ist, dass diese Regelung von den allgemeinen Regeln abweicht. Allerdings werden in den Materialien keine Gründe für diese – wohl rechtspolitische – Entscheidung genannt. Anzunehmen ist aber, dass der Gesetzgeber dem Patienten ein tatsächlich jederzeitiges Widerrufsrecht einräumen wollte. Im Ergebnis führt diese Lösung dazu, dass, wenn gerade jene Situation eingetreten ist, für die die Patientenverfügung überhaupt errichtet wurde und in der sie wirksam wird, nämlich der Verlust der Einsichts- und Urteilsfähigkeit, der Patient die Verfügung immer noch widerrufen kann. Überzogen formuliert könnte man hier sagen, dass so der Patient nicht einmal vor sich selbst geschützt ist.

Die Lit vertritt die Ansicht, dass der Patient im Zeitpunkt des Widerrufs sehr wohl einsichts- und urteilsfähig sein muss, mit der Begründung, dass nur, weil die Einsichts- und Urteilsfähigkeit nicht in § 10 Abs 2 PatVG ausdrücklich als Wirksamkeitsvoraussetzung angeführt ist, dies nicht bedeutet, dass sie nicht gegeben sein muss, da hier die für die Willenserklärungen gültigen allgemeinen Regeln eingreifen.²¹¹ Memmer vertritt dabei die Ansicht, dass bei einer im Einzelfall anzustellenden Prüfung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit die Schwelle der Selbstbestimmungsfähigkeit in Bezug auf den Widerruf sehr

²⁰⁹ 1299 BlgNR 22. GP 9.

²¹⁰ Vgl § 718.

²¹¹ Vgl Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis, 317.

niedrig anzusetzen ist, da der Wunsch zu leben gegen hohe Anforderungen an die kognitiven Leistungen sowie die Kommunikationsfähigkeit des Patienten sprechen würde.²¹² Ist jedoch davon auszugehen, dass der Patient über keinerlei voluntative oder kognitive Fähigkeiten mehr verfügt, also den Gebrauch der Vernunft in keinsten Weise mehr hat, ist nicht mehr davon auszugehen, dass dann die Patientenverfügung noch wirksam widerrufen werden kann.²¹³

Bestehen Unsicherheiten bei der Frage des Widerrufs, ist im Zweifelsfall aber im Sinne des *favor vitae* zu entscheiden. Jedoch wurde die Frage des Widerrufs auch in der Evaluationsstudie zum PatVG thematisiert und hier befürchten die Patienten eine Willkür der Ärzte, da sie, etwa bei Deutung von Handzeichen als Widerruf, der Deutungsmacht der Ärzte in einer solchen Situation ausgesetzt sind, was keinesfalls erwünscht ist.²¹⁴

Einem Widerruf gleichzusetzen ist es, wenn der Patient zu erkennen gibt, dass die Entscheidung nicht mehr wirksam sein soll, wobei fraglich ist, wie ein nicht mehr einsichts- und urteilsfähiger Patient das zu erkennen geben kann.²¹⁵ In der Lit wird diese Lösung als eine Art Vetorecht des Einwilligungsunfähigen bezeichnet²¹⁶, und es hat zur Folge, dass der nicht mehr einsichts- und urteilsfähige Patient seinen Lebenswillen äußern und damit die Patientenverfügung außer Kraft setzen kann.

Unklar bleibt, welche Anforderungen an das Verhalten des Patienten zu stellen sind. Im Gesetz bzw den Materialien wird dieses Problem keiner Lösung zugeführt und die Lit eratur hat diesbezüglich keine einheitliche Linie gefunden. Man wird diese Frage aber immer nach den Umständen des Einzelfalles lösen müssen. Im Zweifel wird man jedenfalls, wie dies auch sonst im Sinne des PatVG ist, im Sinne des *favor vitae* entscheiden müssen. Dabei ist allerdings sicherzustellen, dass es dadurch nicht zu einer Aushöhlung des Patientenwillens kommt, denn die Willensänderung darf ohne beweisbare Anzeichen nicht unterstellt werden.²¹⁷

²¹² Memmer in Aigner/Kletečka/Kletecka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis, 317.

²¹³ Vgl Ploier/Petutschnigg, Die Patientenverfügung 37.

²¹⁴ Inthorn/Kletecka-Pulker, iFamZ, 2008, 139 (141).

²¹⁵ Memmer in Aigner/Kletečka/Kletecka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis, 318.

²¹⁶ Vgl Pesendorfer in Barth/Ganner (Hrsg), Handbuch des Sachwalters 423.

²¹⁷ Memmer in Aigner/Kletečka/Kletecka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis 318.

2.2.3.7 Zugang einer Patientenverfügung

Damit ein Arzt entsprechend der vom Patienten errichteten Patientenverfügung handeln kann, muss ihm die Patientenverfügung zur Kenntnis gelangt, also zugegangen, sein. Aber wie sieht das in der Praxis tatsächlich aus? Muss der Arzt nach der Patientenverfügung fragen bzw gar Nachforschungen anstellen? Oder liegt es allein in der Verantwortung des Patienten dafür zu sorgen, dass der behandelnde Arzt die Patientenverfügung erhält? Dieses Unterkapitel soll die Fragen beleuchten, die sich in diesem Zusammenhang stellen.

Eine Patientenverfügung gilt dann dem Empfänger als zugegangen, wenn sie in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist. Unter „in den Machtbereich gelangt“ ist zu verstehen, dass der Empfänger sich unter normalen Umständen vom Inhalt der Patientenverfügung Kenntnis verschaffen kann und Störungen nur noch in seiner Sphäre oder bei der Übermittlung möglich sind.²¹⁸ Hier handelt es sich um die sog Empfangstheorie. Die Möglichkeit zur Kenntnisnahme des Empfängers ist dabei ausreichend. Der Patient als Absender trägt dabei das Verlust- oder Verspätungsrisiko.²¹⁹ Eine absichtliche Zugangsvereitelung durch den Empfänger, etwa durch Verweigerung der Annahme, führt aber zur Fiktion des Zugangs.²²⁰ Beispiele, wann eine Patientenverfügung in den Machtbereich des Empfängers gelangt, ist zB das Beilegen der Verfügung selbst oder der Hinweis ihrer Existenz bei den Personalpapieren des Patienten.

Die Empfangstheorie führt letztlich dazu, dass den Arzt bzw die Krankenanstalt keine besondere Verpflichtung trifft außerhalb nach der Patientenverfügung zu suchen. Es besteht also weder eine direkte Nachforschungspflicht des Arztes noch eine persönliche Holpflicht.

Es gibt verschiedene Möglichkeiten, wie die Patientenverfügung den behandelnden Ärzten bekannt gemacht werden, dh der Patient seine Bringschuld erfüllen kann. Zum einen empfiehlt es sich, dass er die Patientenverfügung bei seinen persönlichen Unterlagen verwahrt. Außerdem sollte man Vertrauenspersonen von der Patientenverfügung und ihrem Aufenthaltsort erzählen, wobei mit Vertrauensperson solche Personen gemeint sind, die in Abwesenheit des Patienten auch Zugang zu seinen Dokumenten haben und die Patientenverfügung tatsächlich beschaffen können. Eine Kopie der Patientenverfügung kann

²¹⁸ Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis 324.

²¹⁹ Pesendorfer in Barth/Ganner (Hrsg), Handbuch des Sachwalters 430.

²²⁰ Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis 324.

natürlich auch direkt bei der Vertrauensperson hinterlegt werden. Auch in einem Pflegeheim kann man, wenn man dort seinen Lebensabend verbringt, die Patientenverfügung hinterlegen. Selbes gilt für Rechtsanwalt oder Notar. Jedenfalls empfiehlt es sich ein Hinweiskärtchen bei sich zu tragen²²¹, auf dem vermerkt ist, dass es eine Patientenverfügung gibt und das eine Vertrauensperson inklusive deren Kontaktdaten nennt, die von diesem Umstand Kenntnis hat. Eine weitere Möglichkeit die Patientenverfügung dem behandelnden Arzt zur Kenntnis zu bringen ist das Patientenverfügungsregister, das unten noch näher dargestellt wird. Das PatVG sieht jedoch in § 12 vor, dass die medizinische Notfallversorgung jedenfalls durchzuführen ist, sofern der mit der Suche nach einer Patientenverfügung verbundene Zeitaufwand das Leben oder die Gesundheit des Patienten ernstlich gefährdet.²²²

2.2.3.8 Exkurs: Das Patientenverfügungsregister

Hier wird im Anschluss noch kurz die praktische Seite von Patientenverfügungen beleuchtet, und zwar konkret die Problemstellung, wie das Krankenhaus bzw der behandelnde Arzt herausfinden kann, ob der Patient eine Patientenverfügung errichtet hat bzw welchen Inhalts diese, soweit vorhanden, ist. Denn im Notfall ist es wichtig, dass der behandelnde Arzt Kenntnis von einer bestehenden Patientenverfügung und deren Inhalt erlangt, um entsprechend handeln zu können. Das Errichten einer Patientenverfügung ist für sich allein ein sehr wichtiger Schritt, aber von Seiten der praktischen Anwendung betrachtet noch nicht genug. Da der Durchschnittspatient wohl kaum seine Patientenverfügung immer bei sich trägt, muss ein anderer Weg gefunden werden, um auf das Vorhandensein einer Patientenverfügung hinzuweisen. Da es kein einheitliches, gesetzlich vorgeschriebenes Register in Österreich gibt, in welches eine Patientenverfügung verpflichtend eingetragen werden muss, mussten andere Maßnahmen ergriffen werden.

Um den Zugang zu errichteten Patientenverfügungen zu erleichtern, wurde ein Patientenverfügungsregister der österreichischen Rechtsanwälte errichtet, das nunmehr seit Ende August 2006 über den Login-Bereich von www.rechtsanwaelte.at zugänglich ist.²²³ Die

²²¹ Die Patientenverfügung selbst immer bei sich zu tragen, erscheint unpraktikabel; vgl *Memmer* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis 325.

²²² *Pogacar*, Wann ist eine Patientenverfügung verbindlich? *Zak* 2006, 223 (225).

²²³ *Christian*, Patientenverfügungsregister der österreichischen Rechtsanwälte, *AnwBl* 2007, 5.

österreichische Rechtsanwaltskammer hat sich aufgrund des in Kraft getretenen PatVG zur Einrichtung dieses Registers entschlossen.²²⁴ Bis etwa Ende 2006 wurden dort bereits mehr als 70²²⁵ Patientenverfügungen registriert. Mit Stand 27.03.2009 sind nunmehr 1.270 Patientenverfügungen, differenziert, nach beachtlichen und verbindlichen, registriert.²²⁶ Dieser Register bietet nicht nur die Möglichkeit die Errichtung einer Patientenverfügung durch den zuständigen Rechtsanwalt zu registrieren, sondern ermöglicht inzwischen auch die eingescannte Abbildung der Verfügung zu speichern²²⁷. Auf diesem Weg kann ein abfragendes Krankenhaus direkt auf die Patientenverfügung selbst zu greifen und dadurch Kenntnis von ihrem Inhalt erlangen, wodurch bei Gefahr im Verzug eine möglicher Zeitverlust, der vielleicht sogar entscheidend sein kann, unter Umständen verhindert werden kann. Die Abfrage selbst können nur Ärzte in Krankenanstalten durch Eingabe eines Passwortes sowie Vor-, Zuname und Geburtsdatum des Patienten vornehmen, während niedergelassene Ärzte nicht berechtigt sind.²²⁸

Anzumerken ist an dieser Stelle noch, dass die Registrierung der Patientenverfügung mit Kosten in der Höhe von EUR 17,- pro Registrierung, zuzüglich USt, verursacht, für die Abbildung der eingescannten Patientenverfügung entstehen aber keine weiteren Kosten.²²⁹ Aufgenommen in das Register werden Name, Anschrift, Rechnungsdatum, Ende der Verbindlichkeit, Art der Patientenverfügung, sowie Kontaktdaten des aufklärenden Arztes und der Hinterlegungsort, wobei Änderungen, aber auch die Löschung der Patientenverfügung kostenlos sind.²³⁰ Für den Fall, dass ein Patient seine Verfügung widerruft, so ist im Register umgehend eine Löschung vorzunehmen.²³¹

Anzumerken ist abschließend noch, dass es sich bei diesem Register um das erste dieser Art in Österreich handelt und darin auch allgemeine Daten des Patienten, wie etwa das

²²⁴ Christian, Patientenverfügungsregister der österreichischen Rechtsanwälte, AnwBl 2006, 496.

²²⁵ Christian, AnwBl 2007, 5.

²²⁶ Ganner, Rechtstatsächliches zu Patientenverfügung, Vorsorgevollmacht und gesetzlicher Angehörigenvertretung durch nächste Angehörige, iFamZ 2009, 150 (152).

²²⁷ Christian, AnwBl 2007, 5.

²²⁸ Ganner, iFamZ 2009, 150 (152).

²²⁹ Christian, AnwBl 2007, 5.

²³⁰ Ganner, iFamZ 2009, 150 (152).

²³¹ Christian, AnwBl 2007, 5.

Errichtungsdatum der Patientenverfügung, die Dauer deren Gültigkeit, sowie die Kontaktdaten des aufklärenden Arztes eingetragen werden.²³²

Neben dem Patientenverfügungsregister der österreichischen Rechtsanwaltschaft gibt es noch ein weiteres Register, nämlich das Patientenverfügungsregister der österreichischen Notariatskammer (ÖNK), abgekürzt PatVR, das mit 01.07.2007 in Betrieb genommen wurde und bei dem seit Dezember 2007 auch eine Kooperation mit dem Österreichischen Roten Kreuz (ÖRK) besteht.²³³ Der Abruf der Patientenverfügung erfolgt in diesem Fall über Anruf einer Mehrwertnummer, ein Service²³⁴, dass dreihundertfünfundsechzig Tage im Jahr vierundzwanzig Stunden am Tag zur Verfügung steht, bei dem das geschulte Personal des ÖRK die bestehende Patientenverfügung innerhalb weniger Minuten an das Krankenhaus oder den behandelnden Arzt weitergibt.²³⁵ Allerdings verhält es sich so, dass das PatVR nur Krankenanstalten, aber keinen niedergelassenen Ärzten zur Verfügung steht. Gespeichert werden hier Name, Geburtsdatum, dass der Patient eine Patientenverfügung errichtet hat, sowie auf Wunsch der Verwahrungsort der Urkunde.²³⁶

Mit 31.03.2009 waren etwa 23% aller österreichischen Krankenanstalten für die Nutzung des PatVR angemeldet, also abfrageberechtigt, und 2.161 Patientenverfügungen registriert.²³⁷ Wie auch bei dem Patientenverfügungsregister der österreichischen Rechtsanwaltschaft einfällt hier eine Registrierungsgebühr von EUR 17,- (exkl USt), mit der auch Änderungen abgegolten sind, so wie Löschung und Widerruf.

Weiters besteht für den Patienten die Möglichkeit sich eine Hinweiskarte auf die Errichtung der Patientenverfügung ausstellen zu lassen.²³⁸ Diese Hinweiskarte ist dazu gedacht, dass der Patient diese immer bei sich trägt, damit man im Notfall einerseits Kenntnis von der Existenz einer Patientenverfügung erlangen kann und andererseits auch deren Inhalt eingesehen werden kann. Die Hinweiskarte kann der interessierte Patient bei der österreichischen Rechtsanwaltskammer bestellen, wobei dafür Kosten in der Höhe von EUR 0,35,- entstehen.

²³² <http://www.rechtsanwaelte.at/www/getFile.php?id=813&nav=1>.

²³³ Ganner, iFamZ 2009, 150 (151).

²³⁴ Die Krankenanstalt muss dieses Service beantragen, um es nutzen zu können.

²³⁵ Ganner, iFamZ 2009, 150 (151).

²³⁶ Ganner, iFamZ 2009, 150 (151).

²³⁷ Ganner, iFamZ 2009, 150 (151).

²³⁸ Christian, AnwBl 2007, 5 (6).

In den beiden in Österreich bestehenden Patientenverfügungsregistern sind derzeit über 3.400 Patientenverfügungen registriert, womit man durchaus sagen kann, dass dieses Rechtsinstitut von der Bevölkerung aufgenommen wird.²³⁹ Über die tatsächliche Gesamtzahl an Patientenverfügungen in Österreich, beachtlich und verbindlich, kann jedoch aufgrund des Fehlens eines einheitlichen Registers und der fehlenden gesetzlichen Verpflichtung eine Patientenverfügung in dieses einzutragen nur spekuliert werden. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass es bei einem Gesetz mit so stark ausgeprägten Formalkriterien verwundert, dass nicht auch gleichzeitig ein einheitliches Register mit verpflichtender Eintragung in ebendieses geschaffen wurde. Die Schaffung eines einheitlichen Registers wäre im Sinne der Übersichtlichkeit und Vereinfachung, sowie der Steigerung der Rechtssicherheit sowohl aus Sicht der Patienten als auch der Ärzte sinnvoll und wünschenswert. So könnte es etwa sinnvoll sein, künftig die Patientenverfügung in die e-card zu integrieren.²⁴⁰

2.2.3.9 Dokumentation

Gerade im Medizinrecht spielt die Frage der Dokumentation eine große Rolle, da sie in Beweisfragen sehr oft ausschlaggebend ist. So ist die Verpflichtung die Krankengeschichte zu dokumentieren im KAKuG und ÄrzteG festgehalten.

Sowie für die Krankengeschichte an sich eine Dokumentationspflicht besteht, gibt es eine solche auch für Patientenverfügung, sozusagen als Teil der Krankenakte. Rechtliche Regelung findet diese Dokumentationspflicht der Patientenverfügung sowohl durch das KAKuG und das ÄrzteG als auch durch das PatVG.

§ 14 PatVG besagt in seinem Abs 1, dass der aufklärende und der behandelnde Arzt Patientenverfügungen in die Krankengeschichte oder, wenn sie außerhalb einer Krankenanstalt errichtet wurden, in die ärztliche Dokumentation aufzunehmen hat. Diese Regelung richtet sich also sowohl an den aufklärenden als auch an den behandelnden Arzt. Der aufklärende Arzt hat die Patientenverfügung gem § 14 PatVG und gem § 51 ÄrzteG in die ärztliche Dokumentation aufzunehmen.²⁴¹ Wird die Patientenverfügung in einer

²³⁹ Ganner, iFamZ 2009, 150 (152).

²⁴⁰ Kerschner/Lang, Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht als neue Vorsorgeinstrumente, RFG 2007/44 (176).

²⁴¹ König in Barth/Ganner (Hrsg), Handbuch des Sachwalters 444.

Krankenanstalt errichtet oder dort dem behandelnden Arzt zur Kenntnis gebracht, so muss die Patientenverfügung gem § 10 Abs 1 Z 7 KAKuG in die Krankengeschichte aufgenommen werden. Zu dieser Verpflichtung des Arztes gibt es ein korrespondierendes Recht des Patienten²⁴², denn jeder Patient kann gem Art 18 der Patientencharta verlangen, dass seine, mitgebrachte oder gerade eben errichtete, Patientenverfügung der Krankengeschichte beigelegt wird. Dabei genügt jeweils eine Kopie der Patientenverfügung.²⁴³

Natürlich sind auch mündlich erfolgte Behandlungswünsche des Patienten, die während eines Arztbesuches oder eines Aufenthalts in einer Krankenanstalt geäußert werden, in die Krankengeschichte einzutragen, da deren Dokumentation für künftige Situationen von Relevanz sein kann, etwa um den mutmaßlichen Patientenwillen zu ermitteln.²⁴⁴

2.2.3.10 Übergangsbestimmungen

Das PatVG hat der alten Rechtslage Rechnung getragen und fest gelegt, wie nunmehr mit Patientenverfügung umzugehen ist, die bereits vor dem 01.06.2006, also dem Inkrafttredatum des PatVG, errichtet wurden. Das Gesetz hat diesbezüglich in § 18 eine eindeutige Regelung getroffen: „Dieses Bundesgesetz tritt mit dem auf den Monat der Kundmachung folgenden Monatsersten in Kraft. Patientenverfügungen, die zu diesem Zeitpunkt bereits errichtet sind, sind hinsichtlich ihrer Wirksamkeit nach diesem Bundesgesetz zu beurteilen.“

Daraus ergibt sich, dass sämtliche bereits vor dem 1.6.2006 errichtete Patientenverfügungen anhand des PatVG zu überprüfen sind.²⁴⁵ Dies bedeutet, dass eine solche Patientenverfügung allen im PatVG normierten Voraussetzungen für eine verbindliche Patientenverfügung entsprechen muss, um selbst auch verbindlich zu sein. Andernfalls wäre sie nur eine beachtliche Patientenverfügung nach dem PatVG.

Da kaum eine Patientenverfügung mit den Voraussetzungen übereinstimmen wird, die vom Gesetz vorgegeben werden, da wohl kaum jemand eine umfassende ärztliche und juristische Aufklärung durchführen haben lassen wird, werden so gut wie alle „alten“

²⁴² Memmer in Aigner/Kletečka/Kletecka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis, 327.

²⁴³ 1299 BlgNR 22. GP 10.

²⁴⁴ Memmer in Aigner/Kletečka/Kletecka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis, 328.

²⁴⁵ Ploier/Petutschnigg, Die Patientenverfügung 58.

Patientenverfügungen als beachtliche Patientenverfügungen iSd der §§ 8 und 9 zu betrachten sein.

2.2.3.11 Gerichtliche Überprüfung

Da nicht jede Patientenverfügung für die, die damit konfrontiert sind, ohne Zweifel und offene Fragen sein kann, gibt es die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung der Patientenverfügung. Eine gerichtliche Überprüfung wird vor allem dort angestrebt werden, wo es Zweifel an den Verbindlichkeitsvoraussetzungen gibt oder ein wesentlicher medizinischer Fortschritt nicht in der Patientenverfügung berücksichtigt wird. Die Vorgangsweise dabei sieht so aus, dass vom behandelnden Arzt, aber auch von Angehörigen, das PflEGschaftsgericht anzurufen und eine Sachwalterbestellung gem § 273 Abs 1 ABGB anzuregen ist. Vorab muss dann vom Gericht geprüft werden, ob eine verbindliche Patientenverfügung besteht, da das Bestehen einer solchen der Bestellung eines Sachwalters bzw der Erweiterung des Wirkungskreises eines bereits bestellten Sachwalters für die darin abgedeckten Bereiche entgegensteht (siehe Ausführungen zum Spannungsverhältnis Patientenverfügung – Sachwalterschaft weiter unten). Kommt das Gericht also zu der Auffassung, dass die Patientenverfügung verbindlich ist, dann darf kein Sachwalter bestellt werden und die abgelehnte Maßnahme ist aufgrund der Feststellung der Verbindlichkeit vom behandelnden Arzt zu unterlassen.²⁴⁶ Stellt das Gericht fest, dass die Patientenverfügung nicht verbindlich ist, so ist ein Sachwalter zu bestellen, dessen Aufgabe es dann ist den mutmaßlichen Willen des Patienten zu ermitteln und eine Entscheidung betreffend der Behandlung des Betroffenen zu treffen.

Eine Überprüfung der Patientenverfügung ist auch dort notwendig, wo eine beachtliche Patientenverfügung vorliegt, aus der sich der Wille des Patienten in Bezug auf die vorzunehmende medizinische Maßnahme nicht eindeutig ergibt. Dabei hat das Gericht als Vorfrage die beachtliche Patientenverfügung zu beurteilen. Kommt das Gericht zu dem Schluss, dass ein Sachwalter zu bestellen ist, so hat dieser, die beachtliche Patientenverfügung seiner Entscheidungsfindung zugrunde zu legen.

Anzumerken ist hier zum Abschluss noch, dass ohne Zustimmung des PflEGschaftsgerichts der Sachwalter selbst aber niemals in eine Behandlung einwilligen oder sie ablehnen kann, die mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit des

²⁴⁶ Ploier/Petutschnigg, Die Patientenverfügung 133.

Patienten verbunden ist. In solchen Fällen muss also der Sachwalter das Pflegerschaftsgericht anrufen.

2.2.3.12 Ärztliche Haftung im Zusammenhang mit Patientenverfügungen

Für den Arzt können sich im Zusammenhang mit Patientenverfügungen Haftungsfragen sowohl aus dem strafrechtlichen als auch aus dem zivilrechtlichen Bereich ergeben. Zum einen dann, wenn der behandelnde Arzt einer verbindlichen Patientenverfügung zuwiderhandelt, also den Patienten gegen seinen Willen behandelt. Zum anderen dann, wenn ein Arzt gemäß einer Patientenverfügung, die er für verbindlich hält, handelt und sich die Patientenverfügung im Anschluss als bloß beachtlich entpuppt.

Handelt der behandelnde Arzt einer verbindlichen Patientenverfügung zuwider, so handelt es sich um einen Fall der eigenmächtigen Heilbehandlung gem § 110 StGB, dh der Arzt handelt ohne Einwilligung des Patienten. In diesem Fall haftet der Arzt für die durch die Nichteinhaltung der Patientenverfügung entstandenen Schäden, wie etwa Pflegekosten oder Schmerzensgeld.

Hält sich der Arzt an die vermeintlich verbindliche Patientenverfügung und der Patient erleidet dadurch gesundheitliche Schäden oder verstirbt, dann liegt eine Körperverletzung bzw fahrlässige Tötung durch Unterlassung vor. Dadurch entstehende Schäden, wie etwa Schmerzensgeld oder Pflegekosten, können im Rahmen des Schadenersatzes geltend gemacht werden. Im Zweifel wird ein Arzt aber in einem solchen Fall den Patienten im Sinne des favor vitae aber behandeln, wozu er auch, wenn Zweifel an der Verbindlichkeit der Patientenverfügung bestehen, verpflichtet ist.

2.2.3.13 Die Patientenverfügung im Verhältnis zu Sachwalterschaft und Vorsorgevollmacht

Nicht nur die Patientenverfügung setzt sich mit der Frage der Selbstbestimmung bei Alter und Krankheit auseinander. Auch die Sachwalterschaft und die Vorsorgevollmacht sind in diesem Bereich sehr stark vertreten. Bei der Sachwalterschaft soll durch Bestellung Dritter für das Wohl des Patienten bzw behinderten Menschen gesorgt werden, wobei die Bestellung nicht

selbstbestimmt ist. Die Vorsorgevollmacht gibt der betroffenen Person selbst die Möglichkeit weitestgehend Einfluss auf die künftige Vertretung auszuüben.²⁴⁷

Die Patientenverfügung teilt sich in ihrem Wirkungskreis Berührungspunkte mit diesen beiden Rechtsinstituten. Dort, wo eine verbindliche Patientenverfügung besteht, stellt sich die Frage wie mit Sachwalter oder Vorsorgebevollmächtigtem umzugehen ist bzw ob ein Sachwalter überhaupt zu bestellen ist und wie die Patientenverfügung im Verhältnis zur Vorsorgevollmacht steht.

Vorab ist anzumerken, dass für einen nicht mehr einsichts- und urteilsfähigen Patienten in der Regel ein Sachwalter bestellt wird zu dessen Wirkungskreis, so der Bedarf aufgrund des Geisteszustandes des Besachwalteten besteht, auch die Zustimmung zu medizinischen Maßnahmen gehört. Gibt es eine Vorsorgevollmacht, die die Zustimmung zu medizinischen Maßnahmen ausdrücklich erfasst, ist die Bestellung eines Sachwalters dafür überflüssig.

Hier wird im Weiteren erörtert, wie bei der Konkurrenz von Patientenverfügung – Sachwalterschaft und Patientenverfügung – Vorsorgevollmacht vorzugehen ist, und welches Rechtsinstitut aus welchen Gründen Vorrang hat.

2.2.3.13.1 Patientenverfügung – Sachwalterschaft

Die Sachwalterschaft ist als erster Schritt zu einem modernen Recht zu Schutz der Persönlichkeit von Menschen zu verstehen, wobei die Patientenverfügung in diesem Zusammenhang eine weitere Säule darstellt.²⁴⁸ In Österreich wurde das Sachwalterrecht mit dem Sachwalterrechts-Änderungsgesetz (SWRÄG 2006) zum ersten Mal grundlegend reformiert und diese Neuerung nehmen auch auf die Patientenverfügung bedacht. Als eines der Merkmale des SWRÄG 2006 ist, die Stärkung der Selbstbestimmung der behinderten Person zu nennen, welches durch die Patientenverfügung und die Vorsorgevollmacht besonders deutlich zum Ausdruck kommt, die der Bestellung eines Sachwalters entgegenwirken sollen.²⁴⁹

Ist für den betroffenen Patienten bereits ein Sachwalter bestellt, dessen Wirkungsbereich auch die Zustimmung zu medizinischen Maßnahmen umfasst, so ist der Sachwalter an die

²⁴⁷ Jud, Die Vorsorgevollmacht, AnwBl 2007, 11.

²⁴⁸ Schauer, Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil I), ÖJZ 2007/17 (173).

²⁴⁹ Schauer, ÖJZ 2007/17 (175).

verbindliche Patientenverfügung gebunden und kann keine gegenteilige Entscheidung fällen. Da es sich bei der Patientenverfügung nämlich um eine selbstbestimmte Alternative handelt, geht sie als solche der Sachwalterschaft vor.²⁵⁰ Vielmehr hat er, wenn er selbst Kenntnis von der Patientenverfügung hat, den behandelnden Arzt und das Pflegepersonal bzw das Gericht darüber zu informieren und die Verfügung selbst oder eine Kopie auszufolgen.²⁵¹ Eine Missachtung des antizipierten Willens des besachwalteten Patienten kann für den Sachwalter straf- und zivilrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

Muss erst ein Sachwalter bestellt werden, so darf dieser bei Vorhandensein einer wirksamen verbindlichen Patientenverfügung nicht für diesen Bereich bestellt werden. Ist durch eine verbindliche Patientenverfügung für die Besorgung der Angelegenheiten der behinderten Person ausreichend vorgesorgt, dann darf gem § 268 Abs 2 ABGB kein Sachwalter bestellt werden. Diese Erweiterung der Subsidiarität der Sachwalterschaft wurde mit dem SWRÄG 2006 eingeführt.²⁵²

2.2.3.13.2 Patientenverfügung – Vorsorgevollmacht

Die Vorsorgevollmacht wurde erst mit dem SWRÄG 2006 in Österreich gesetzlich verankert und hat zum Ziel, zur Reduktion der Sachwalterschaftsbestellungen beizutragen. Es handelt sich dabei um kein vollkommen eigenständiges Rechtsinstitut, da sie nur einen Anwendungsfall der zivilrechtlichen Vollmacht darstellt.²⁵³ Zu unterscheiden sind die einfache und die qualifizierte Vorsorgevollmacht. Die einfache Vorsorgevollmacht stellt den Normalfall dieses Rechtsinstituts dar, die qualifizierte umfasst die in § 284f Abs 3 ABGB genannten Sonderfälle, zu denen ua die Einwilligung in Heilbehandlungen, die gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden sind.²⁵⁴

In der Konkurrenz der selbstbestimmten Alternativen geht die verbindliche Patientenverfügung der Vorsorgevollmacht vor. Für den Vorsorgebevollmächtigten hat eine

²⁵⁰ Müller/Prinz, Sachwalterschaft und Alternativen (2007) 134.

²⁵¹ Pesendorfer in Barth/Ganner (Hrsg), Handbuch des Sachwalters 378f.

²⁵² Vgl Schauer, ÖJZ 2007/17 (176).

²⁵³ Schauer, Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil II), ÖJZ 2007/20 (218).

²⁵⁴ Schauer, ÖJZ 2007/20 (218).

verbindliche Patientenverfügung des Vollmachtsgebers dann Bedeutung, wenn die Vollmacht Zustimmung zu medizinischen Maßnahmen umfasst und in diesem Fall ist auch der Vorsorgebevollmächtigte an die verbindliche Patientenverfügung gebunden und darf keine gegenteiligen Entscheidungen treffen. Denn eine Vorsorgevollmacht kann Eingriffe betreffen, die gem § 284f Abs 3 iVm §283 Abs 2 gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Gesundheit oder der Persönlichkeit verbunden sind.²⁵⁵

Auch der Vorsorgebevollmächtigte muss dem Willen des Vollmachtsgebers entsprechend handeln und dem behandelnden Arzt Kenntnis von einer bestehenden verbindlichen Patientenverfügung beschaffen. Auch hier würde eine allfällige Zuwiderhandlung neben strafrechtlichen Konsequenzen auch zu einer zivilrechtlichen Haftung des Vorsorgebevollmächtigten führen.

Im Rahmen des Verhältnisses zwischen Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht stellt sich die Frage, inwieweit bei Bestehen einer verbindlichen Patientenverfügung die nachträgliche Errichtung einer Vorsorgevollmacht, die sich mit der Patientenverfügung überschneidet, als Widerruf der Patientenverfügung gem § 10 Abs 2 Fall 2²⁵⁶ zu qualifizieren ist. Hier ist an eine analoge Anwendung des Widerrufs einer letztwilligen Verfügung durch Errichtung einer neuen letztwilligen Verfügung zu denken²⁵⁷. Jedoch muss man sich vor Augen führen, dass es sich bei der Patientenverfügung und der Vorsorgevollmacht um zwei verschiedene Rechtsinstitute handelt, worin mE ein nicht unwesentlicher Unterschied zur letztwilligen Verfügung besteht²⁵⁸. Folgt man dieser Argumentationslinie der analogen Anwendung, so stellt die Errichtung einer sich mit der bestehenden Patientenverfügung überschneidenden Vorsorgevollmacht einen Widerruf selbiger dar, insoweit sie nicht Bedacht bzw Bezug auf die Patientenverfügung nimmt. Die Vorsorgevollmacht würde etwa dann Bezug auf die Patientenverfügung nehmen, wenn darin ausdrücklich festgehalten werden würde, dass die in der Patientenverfügung abgelehnten medizinischen Maßnahmen nicht von der Vorsorgevollmacht erfasst sind und die Patientenverfügung in diesem Bereich weiterhin ihre Gültigkeit behält. In diesem Zusammenhang sieht es die Verfasserin es als unabdingbar ab,

²⁵⁵ Pesendorfer in Barth/Ganner (Hrsg), Handbuch des Sachwalters 379.

²⁵⁶ „Oder zu erkennen gibt, dass sie nicht mehr wirksam sein soll.“

²⁵⁷ Vgl Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 510f.

²⁵⁸ Dort wird eine neue letztwillige Verfügung errichtet, wodurch die alte widerrufen wird, jedoch handelt es sich immer um dasselbe Rechtsinstitut.

dass, sollte diese Argumentationslinie zur hL werden, im Rahmen der Rechtsbelehrung durch den an der Errichtung der Patientenverfügung mitwirkenden Juristen über diese Form des Widerrufs aufgeklärt werden muss. Denn es ist davon auszugehen, dass sich der rechtsunkundige Patient dieser Problematik nicht bewusst ist.

ME nach ist jedoch in der Errichtung einer Vorsorgevollmacht als eines von der Patientenverfügung verschiedenen Rechtsinstituts kein Widerruf der Patientenverfügung zu sehen. Anders als bei der letztwilligen Verfügung, wo mit der Neuerrichtung auch eine „Neuverteilung“ entschieden wird, ergänzen die Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung einander in ihrer jeweiligen Funktion. Schon aus § 284h Abs 1 ABGB lässt sich zudem entnehmen, dass sich der Vorsorgebevollmächtigte an die Patientenverfügung zu halten hat, soweit sie Angelegenheiten erfasst, die auch von der Vorsorgevollmacht umfasst sind.²⁵⁹ Im Gegensatz zum Sachwalterrecht wird hier jedoch die Patientenverfügung nicht ausdrücklich erwähnt. Außerdem ist mE die Patientenverfügung aufgrund ihrer inhaltlich konkreteren Ausgestaltung²⁶⁰ das Rechtsinstitut mit der stärker ausgeprägten Selbstbestimmung²⁶¹, weshalb sie daher Vorrang vor der Vorsorgevollmacht genießt. Dies bedeutet zusammenfassend, dass die Errichtung einer Vorsorgevollmacht, die sich mit der Patientenverfügung überschneidet, mE nicht als Widerruf der Patientenverfügung zu qualifizieren ist, sondern die Vorsorgevollmacht gewissermaßen eine Ergänzung darstellt und im Geltungsbereich der Patientenverfügung ihr keine Wirksamkeit zukommt. Wie bereits weiter oben dargelegt, ist es jedoch anzuraten im Rahmen der Errichtung des jeweiligen Rechtsinstituts im Rahmen der Rechtsbelehrung auf dieses Spannungsverhältnis hinzuweisen und im jeweiligen Dokument die im Bezug darauf bestehenden eigenen Wünsche schriftlich festzuhalten.

Abschließend ist festzuhalten, dass bei nachträglicher Errichtung einer Patientenverfügung diese in ihrem Wirkungsbereich aufgrund der oben dargelegten Gründe einer bereits bestehenden Vorsorgevollmacht vorzuziehen hat.

²⁵⁹ Vgl. Weitzenböck in Schwimann³ (Ergänzungsband 2007) § 284h Rz 2.

²⁶⁰ Ablehnung einzelner näher bestimmter medizinischer Maßnahmen.

²⁶¹ Das beide Rechtsinstitute die Selbstbestimmung grundsätzlich sehr stark fördern steht hier außer Diskussion.

2.2.4 Wesentliche Unterschiede zwischen alter und neuer Rechtslage

Grundsätzlich blieb die „Idee“ einer Patientenverfügung schon vor dem PatVG der heutigen Lösung gleich, da auch nach der neuen Rechtslage nur die Ablehnung medizinischer Behandlungen vorgesehen ist. Die Darstellungen der alten und der neuen Rechtslage betreffend Patientenverfügungen zeigen deutlich, dass der wesentlichste Unterschied letztlich in der Vorgabe von zwingenden Formvorschriften der Patientenverfügung und der damit einhergehenden Rechtssicherheit für Arzt und Patienten liegt, indem klargestellt wird, welche Voraussetzungen eine Patientenverfügung zu erfüllen hat, um verbindlich zu sein. Diese Voraussetzungen stellen klare Richtlinien dar, die es dem Einzelnen erleichtern, die Thematik Patientenverfügung besser zu überblicken. Zum einen gewährt die zeitliche Beschränkung die Gewissheit, dass man nicht unendlich an seine Entscheidung gebunden ist, andererseits zwingt sie einen, so denn man eine verbindliche Patientenverfügung haben möchte, sich regelmäßig mit dieser auseinanderzusetzen und die Entscheidung zu reflektieren. Auch die ärztliche und die juristische Aufklärung führen dazu, dass man sich vor Errichtung einer verbindlichen Patientenverfügung zwar intensiv mit dem Thema und allen daraus resultierenden Konsequenzen auseinandersetzen muss, dann aber auch die Gewissheit haben kann, eine wohlüberlegte Entscheidung getroffen zu haben.

Erst durch das PatVG gibt es für den behandelnden Patienten die Sicherheit, dass seine Patientenverfügung, wenn sie den Voraussetzungen für eine verbindliche entspricht, auch umgesetzt wird. Gleichzeitig kann der Patient auch durch Errichtung einer „nur“ beachtlichen Patientenverfügung, seinen Willen kundtun, die endgültige Entscheidung aber sozusagen „auslagern“. Und der Arzt sieht sich bei verbindlichen Patientenverfügungen nicht mehr mit unlösbaren Haftungs- und Auslegungsfragen konfrontiert, die nach der alten Rechtslage immer dazu geführt haben, dass der vom Patienten im Voraus geäußerte Wille missachtet wurde.

Formvorschriften, wie sie das PatVG für verbindliche Patientenverfügungen verlangt, gab es nach der alten Rechtslage keine, woraus sich auch zumeist eine Unsicherheit der behandelnden Ärzte ergab, die sich nicht sicher sein konnten, ob die Äußerungen des Patienten auch so gemeint waren, aber auch eine Unsicherheit des Patienten, der befürchten musste, dass seinen Wünschen nicht Rechnung getragen wird.

Schlussendlich ist aber anzumerken, dass der Gesetzgeber das „Projekt Patientenverfügung“ zwar mutig begonnen, aber leider nicht mit demselben Mut bis zum Ende durchgezogen hat.

So groß schien wohl letztlich die Angst vor der Endgültigkeit dieser Patientenverfügung, dass der Gesetzgeber sich entschieden hat den Widerruf einer solchen so weit zu gestalten, dass letzten Endes vermutlich weiterhin auch die wenigsten verbindlichen Patientenverfügung Bestand haben werden.

2.3 Entscheidungen zur Patientenverfügung

Auch das Thema Patientenverfügung kann die Gerichte beschäftigen. Leider gibt es jedoch zur Thematik der Patientenverfügung nur eine höchstgerichtliche Entscheidung. Für die weitere Erörterung der Thematik Patientenverfügung ist diese Entscheidung allerdings völlig unbrauchbar, und daher auch nur am Rande zu erwähnen, da sie sich zum einen auf die alte Rechtslage vor dem PatVG bezieht und sie außerdem für die Problematik der Patientenverfügung auch wenig ergiebig und noch weniger richtungweisend ist, da sie sich gar nicht erst mit der Frage der Wirksamkeit einer Patientenverfügung auseinandersetzt.

Aktuelle höchstgerichtliche Entscheidungen aufgrund des PatVG gibt es aufgrund des verhältnismäßig kurzen Zeitraumes, den das PatVG erst in Kraft ist, noch keine. Inwieweit es solche geben wird, es also in diesem Bereich zu Streitfällen kommen kann und wird, ist derzeit nicht abzusehen.

3 ENGLAND

3.1 Allgemeines

Als kurze Einleitung vorweg muss der Begriff „England“ bzw dessen räumlich erfasstes Gebiet näher erläutert werden, um etwaige Verwirrungen zur Rechtslage in Großbritannien allgemein zu verhindern. Wenn von England bzw England und Wales gesprochen wird, dann geht daraus hervor, dass damit ebendiese Bereiche der britischen Inseln gemeint sind. In der Regel gibt es eine Rechtslage für England und Wales, hier in Folge immer nur mit „England“ bezeichnet, eine Rechtslage für Schottland, dass seit Ende der neunziger Jahre sein eigenes Parlament hat, und eine für Nordirland, welches zu Großbritannien gehört und für das, auch aufgrund der besonderen Umstände, immer schon eigene Regeln gegolten haben. Zusammengefasst betrachtet, bedeutet dies, dass es für Großbritannien in der Regel für eine Angelegenheit drei – uU voneinander abweichende – gesetzliche Regelungen geben kann. Anzumerken ist noch, dass das Vereinigte Königreich nicht nur aus den bereits erläuterten Bereichen besteht, sondern es auch noch – als Überbleibsel der britischen Kolonialzeit – andere Länder gibt, in denen die Königin von England offizielles Oberhaupt, wenn auch nur mehr mit repräsentativen Charakter, ist. Überseeterritorien des Vereinigten Königreichs, wie etwa Australien oder Kanada, aber auch Malta und Gibraltar, werden im Rahmen dieser Arbeit außer Acht gelassen, da ihre Bedeutung für das Gesamtgefüge als gering anzusehen ist und Territorien wie Kanada ohnehin eine eigene Gesetzgebung haben, deren zusätzliche Behandlung den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde. Deshalb finden nur England und Wales, für die beide der im Rahmen dieser Dissertation bearbeitete *Mental Capacity Act 2005*²⁶² (MCA) gilt, und Schottland²⁶³ Eingang in diese Arbeit. Nordirland hat eine gewisse Sonderstellung, weshalb die Verfasserin auch hier aus Rücksicht auf den Umfang der Arbeit davon Abstand nimmt die dortige Rechtslage zu erörtern. Auch ein Exkurs in die eigenständige Republik Irland muss daher leider entfallen.

Während sowohl Österreich, ua aus unseren jüngeren Geschichte heraus, das Thema Patientenverfügung, sowie auch andere in diesem Kontext stehende Themen, eher zögerlich und restriktiv angegangen ist, und auch immer noch angeht, so kann man England hier wohl

²⁶² Mental Capacity Act 2005 Chapter 9.

²⁶³ In einem kurzen, überblickshaften Exkurs.

so etwas wie eine Vorreiterrolle zusprechen. Nicht umsonst ist England neben den Niederlanden einer der fortschrittlichsten und mutigsten Staaten, wenn es um das Aufgreifen²⁶⁴ rechtlicher Tabuthemen wie zB die Sterbehilfe geht. Schon an diesem gänzlich anderen Zugang zu solchen Themen kann man sehr schon die unterschiedlichen Rechtskreise, aber auch die unterschiedlichen Denkweisen erkennen.

So hatte England schon lange eine eindeutige gesetzliche Regelung für ein mit der Vorsorgevollmacht hierzulande vergleichbares Rechtsinstitut, und zwar den Enduring Powers of Attorney Act 1985. Auch im Rahmen der Patientenverfügung wurde bereits 2005 der bis Ende 2007 in Kraft tretende MCA beschlossen, in den auch in weiterer Folge die Regelungen über Enduring Powers of Attorney novelliert und eingegliedert wurden. Die Patientenverfügung ist in England schon seit langem als Rechtsinstitut anerkannt, und zwar im Rahmen des Richterrechts, das das historische Kernstück eines jeden *common law* Systems steht. Gerichte haben in ihren Entscheidungen fortlaufend Patientenverfügungen als wirksam bestätigt, soweit sie gewissen Voraussetzungen folgen. Der *Mental Capacity Act 2005* hat die Patientenverfügung vom *common law* ins *statutory law*, also grob übersetzt vom Gewohnheitsrecht ins kodifizierte Recht, übertragen, also eine gesetzliche Grundlage dafür geschaffen. Näheres dazu weiter unten.

3.1.1 Das englische Rechtssystem im Überblick

Beim Großkapitel über die Rechtslage in England ist vorausschickend noch einmal festzuhalten, dass es sich bei der hier zu erörternden Rechtsordnung um einen ganz anderen Rechtskreis handelt als den Österreich gegenständlichen, nämlich um den angelsächsischen Rechtskreis, der sich durch das *common law* auszeichnet, das im Gegensatz zu dem bei uns vorherrschenden *civil law* steht. Somit bewegen wir uns nun in „fremdem“, vielleicht manchmal für uns befremdlichem Raum, da uns hier das im österreichischen Jusstudium erlernte nur sehr bedingt weiterhelfen kann.

Das englische Rechtssystem ist, im Gegensatz zu unserem, ein sogenanntes *case law system*, in der Regel als *common law system* bezeichnet. Man spricht auch ganz allgemein vom *common law*. Unter einem solchen *common law system* versteht man eine Rechtsordnung,

²⁶⁴ Aufgreifen bedeute in diesem Zusammenhang aber nicht zwangsläufig ein positives Beantworten dieser Fragen.

deren wichtigste Grundlage nicht Gesetze, sondern gerichtliche Entscheidungen, sog *precedents*, sind. Andere Staaten mit einem *common law system* sind etwa Irland, die USA, Kanada und andere Commonwealth Staaten, die in der Vergangenheit das englische *common law system* übernommen haben. Das *common law system* steht im Gegensatz zu dem in Europa vorherrschenden *civil law system*, ein Überbegriff für die kontinentaleuropäischen Rechtssysteme.²⁶⁵ Dieser Unterschied ist in verschiedenen Denkweisen der beiden Rechtskreise begründet, denn während im deutschen Rechtskreis das scholastische Denken vorherrscht, geht es im *common law* um das forensische Vorgehen am konkreten Fall. Das bedeutet natürlich nicht, dass eine solche Rechtsordnung keine Gesetze kennt, sondern nur, dass Gesetze hier nicht alleine ausschlaggebend sind, sondern dass Entscheidungen – anderes als bei uns – Gesetzen gegenüber gleichwertig sind. Neben Gesetzen, die in der jüngeren Vergangenheit immer stärker an Bedeutung gewonnen haben, sind richterliche Entscheidungen in England die wichtigste Grundlage zur juristischen Beurteilung von Sachverhalten. Immer noch gibt es viele Bereiche, denen keinerlei gesetzliche Regelung widerfahren ist, sondern wo es ausschließlich Entscheidungen dazu gibt, die wiederum die Grundlage für neue Entscheidungen bilden. Das bedeutet in anderen Worten, dass während in Österreich durch Auslegung von Normen die Entscheidung eines Rechtsfalles ermittelt wird, in England dies durch die bereits erwähnten *precedents*, also Präzedenzfälle, geschieht. Auch bedeutet das, dass Gerichtsentscheidungen einen höheren Stellenwert als bei uns haben, da sie direkt für spätere Entscheidungen als Entscheidungsgrundlage herangezogen werden und nur schwer wieder geändert werden können

3.1.2 Consent – Die Einwilligung in und Ablehnung von Heilbehandlungen im englischen Recht

Um die Thematik der *advance decision* im englischen Recht besser zu verstehen, ist es unumgänglich sich zuerst mit der Einwilligung in die Heilbehandlung bzw der Ablehnung einer solchen im Allgemeinen auseinander zu setzen, um einen Einblick in das englische *medical law* zu bekommen. *Law of consent* ist über weite Strecken *common law*, also aus gerichtlichen Entscheidungen heraus entwickeltes Recht ohne Grundlage in einem Gesetz. Allerdings sind einige Bereiche durch den *Mental Health Act 1983* abgedeckt und andere wurden nunmehr durch den MCA kodifiziert. Auch der *Children Act 1989* und der *Family*

²⁶⁵ *Slapper/Kelly, The English Legal System*⁹ (2009) 3.

Law Reform Act 1969, die vor allem Bereiche rund um die Einwilligung in die Heilbehandlung von Kindern betreffen, spielen hier hinein.

Der Rechtsbereich des sog *law of consent*, der sich mit der Einwilligung in und Ablehnung von Heilbehandlungen beschäftigt, ist einer der wichtigsten Bereiche im Medizinrecht²⁶⁶, da mit der Einwilligung die Rechtmäßigkeit der Heilbehandlung steht und fällt.

Bevor ein Arzt einen Patienten überhaupt behandeln darf, benötigt er dessen Zustimmung. Dies resultiert aus der strengen moralischen Überzeugung, dass jeder ein Recht auf Selbstbestimmung in Bezug auf seinen Körper hat.²⁶⁷ Erst die Einwilligung in die Heilbehandlung macht diese rechtmäßig und sie muss bei jeder Art der Behandlung, egal wie klein²⁶⁸, erteilt werden. Rechtmäßig ist eine Behandlung also nur, wenn der Arzt die Einwilligung des geistig zurechnungsfähigen Patienten dazu hat. Dazu muss als erster Schritt im Einwilligungsprozess die geistige Zurechnungsfähigkeit des Patienten ermittelt werden, die jedoch in den meisten Fällen kein Problem darstellen wird.²⁶⁹ Neben der Einwilligung des geistig zurechnungsfähigen Patienten gibt es aber noch andere Gründe, warum eine Heilbehandlung rechtmäßig sein kann, nämlich dann, wenn die Einwilligung von einer Person erteilt wurde, die ermächtigt ist diese für den Patienten zu erteilen, wie das etwa Eltern für ihre Kinder sind, oder wenn sie durch Notwendigkeit gerechtfertigt ist, etwa bei einem bewusstlosen Patienten, der bei einem Autounfall schwer verletzt wurde. Liegt keiner der drei Gründe vor, so ist die Behandlung eines Patienten ohne seine Einwilligung unrechtmäßig.²⁷⁰

Der geistig zurechnungsfähige Patient kann aber auch eine Behandlung ablehnen, selbst wenn es sich dabei um lebenserhaltende Maßnahmen handelt, wie etwa eine Bluttransfusion. Im Fall *Re T*²⁷¹ sagte Lord Donaldson MR „*an adult patient who...suffers from no mental incapacity has an absolute right to choose whether to consent to medical treatment, to refuse it or to choose one rather than another of the treatments being offered...This right of choice is*

²⁶⁶ Grubb, *Principles of Medical Law*² (2004) 131.

²⁶⁷ Mason, *Mason and McCall Smith's Law and Medical Ethics*⁷ (2006) 349.

²⁶⁸ Etwa das Verabreichen einer Zeckenimpfung.

²⁶⁹ Marquand, *Introduction to Medical Law* (2000) 27; vgl dazu auch Berghmans/Widdershoven, *Ethical perspective on Decision-making Capacity and Consent for Treatment and Research*, *Medicine and Law* 2003, 391.

²⁷⁰ Herring, *Medical Law and Ethics*² (2008) 134.

²⁷¹ *Re T (Adult: Refusal of Treatment)* [1992] 4 All ER 649, CA.

not limited to decisions which others might regard as sensible. It exists notwithstanding that the reasons for making the choice are rational, irrational, unknown or even non-existent”.

Die Ablehnung der Behandlung kann gegenwärtig für eine konkrete Behandlung erfolgen, sie kann aber auch in Form einer *advance decision* im Voraus abgelehnt werden. Die Ablehnung einer Heilbehandlung durch eine *advance decision* wird im Rahmen dieser Arbeit zu einem späteren Zeitpunkt noch ausführlich dargestellt.

Natürlich bestehen aber auch Ausnahmen, wo eine Ablehnung der Heilbehandlung nicht möglich ist. Dazu zählen etwa Kinder, bei denen Eltern oder das Gericht die Ablehnung einer Heilbehandlung aufheben können, Personen die aufgrund einer geistigen Störung behandelt und deswegen gem dem *Mental Health Act 1983* untergebracht sind oder aber aufgrund der öffentlichen Ordnung²⁷².

Der Ablehnung einer Heilbehandlung gleichzusetzen ist der Widerruf der Einwilligung, welcher aber nur durch einen geistig zurechnungsfähigen Patienten erfolgen kann. Allerdings gibt es zu dieser Konstellation keinen relevanten Fall, der sich mit dieser Fragestellung auseinandergesetzt hat.

Lehnt der Patient die Behandlung ab, so verwirklicht der Arzt, wenn er trotzdem behandelt, strafrechtliche (*battery*) und zivilrechtliche (*battery* oder *negligence*) Tatbestände.²⁷³ Im strafrechtlichen Sinn ist das Behandeln eines Patienten ohne seine Zustimmung *battery*, also Körperverletzung. Zivilrechtlich handelt es sich bei der Behandlung eines Patienten ohne dessen Zustimmung um *tort*, also ein zivilrechtliches Delikt, dass Schadenersatzansprüche nach sich ziehen kann. Während die strafrechtliche Verfolgung eher die Ausnahme darstellt, ist es sehr wahrscheinlich, dass der Patient in einem solchen Fall Schadenersatz geltend macht.

Konkret muss man bei beim Schadenersatz *tort of battery* und *tort of negligence* unterscheiden. Der wesentliche Unterschied liegt darin, dass bei *tort of battery* der Patient der Behandlung nie zugestimmt hat, also die Einwilligung fehlt oder ungültig ist, während bei es bei *tort of negligence* darum geht, dass der Arzt die von ihm verlangte Sorgfaltspflicht²⁷⁴ in irgendeiner Weise verletzt, also fahrlässig gehandelt hat, in dem er etwa dem Patienten keine

²⁷² Etwa bei ansteckenden Krankheiten oder Seuchen.

²⁷³ Herring, Medical Law and Ethics² 133.

²⁷⁴ Im englischen mit dem Ausdruck *duty of care* bezeichnet.

ausreichenden Informationen über die geplante Behandlung zukommen hat lassen bzw diese ungenau oder falsch dargestellt hat.²⁷⁵

Die Einwilligung kann auf verschiedene Arten erfolgen. Ausdrückliche Einwilligung ist ebenso möglich, wie konkludente, wenn sich der Patient etwa bereitwillig dem Arzt zu Behandlung „präsentiert“.²⁷⁶ Die ausdrückliche Einwilligung kann dabei schriftlich, was aus Beweisgründen ratsam, aber nicht Voraussetzung für eine gültige Einwilligung ist, oder mündlich erfolgen. Keine Einwilligung des Patienten zur Heilbehandlung ist notwendig, wenn es sich um einen Notfall handelt und der Patient bewusstlos oder nicht geistig zurechnungsfähig ist. Hier greift das oben erwähnte Prinzip der Notwendigkeit, das sowohl im Straf- als auch im Zivilrecht bekannt ist, wenn die Heilbehandlung der Lebensrettung oder Verbesserung des Gesundheitszustandes dient. Allerdings könnte man im Fall eines Patienten, der bewusstlos ins Krankenhaus eingeliefert wird, auch argumentieren, dass es sich sehr wohl um eine Heilbehandlung mit Einwilligung des Patienten handelt, nämlich eine Form der konkludenten Einwilligung dahingehend, dass der Patient, wäre er bei Bewusstsein, wollen würde, dass sein Leben gerettet wird.²⁷⁷ Dieses Argument ist allerdings ein rein fiktionales und in der Regel werden solche Eingriffe, wie im obigen Beispiel dargelegt, über die Notwendigkeit gelöst und auch begründet. Wichtig ist hier aber, dass die Rechtfertigung der Notwenigkeit nur tatsächliche notwendige Behandlungen abdeckt, aber keine die über das notwendige Maß hinausgehen. Darüber hinausgehende medizinische Maßnahmen sind folglich dadurch nicht gerechtfertigt.

Um aber überhaupt in eine Heilbehandlung einwilligen zu können, müssen gewisse Voraussetzungen erfüllt sein. Der Patient muss über ausreichende Verständnis, also geistige Zurechnungsfähigkeit, verfügen, im englischen Recht als *mental capacity* bezeichnet, um die Entscheidung treffen zu können, er muss ausreichende Informationen über die vorgeschlagene Behandlung, der er zustimmt, erhalten haben und muss der Behandlung aus freiem Willen zustimmen, ohne Zwang oder ungebührliche Beeinflussung.²⁷⁸

²⁷⁵ Herring, Medical Law and Ethics² 135.

²⁷⁶ Mason, Law and Medical Ethics⁷ 350.

²⁷⁷ Mason, Law and Medical Ethics⁷ 350f.

²⁷⁸ Stauch/Wheat/Tingle, Sourcebook on Medical Law² (2002) 119.

Der Patient muss verstehen, worum es bei der vorgeschlagenen medizinischen Maßnahme geht. Diese geistige Fähigkeit wird benötigt, damit der Patient überhaupt wirksam einwilligen kann. Er muss verstehen, was zu verstehen von Rechts wegen von ihm verlangt wird.²⁷⁹ Eine Einwilligung ohne, dass der Patient überhaupt die Grundzüge versteht, ist unwirksam und eine erfolgte Heilbehandlung wäre unter den Tatbestand der Körperverletzung (*battery*) zu subsumieren. Die geistige Fähigkeit die Natur der vorgeschlagenen Heilbehandlung zu verstehen richtet sich nicht nach Alter²⁸⁰ oder Status. Kinder und Personen, die an psychischen Krankheiten leiden sind nicht automatisch geistig unzurechnungsfähig. Vielmehr wird grundsätzlich angenommen, dass jeder Erwachsene²⁸¹ die geistige Fähigkeit hat in Heilbehandlungen einzuwilligen oder diese abzulehnen. Dasselbe gilt für Kinder über sechzehn.²⁸² Diese Annahme wurde auch im MCA in s 1 (2) kodifiziert. Wichtig ist, dass der Patient versteht worum es geht, um eine Entscheidung zu treffen, er muss aber keine vernünftige oder reife Entscheidung treffen.²⁸³ Diesen Grundsatz hat auch der MCA in s 1(4) übernommen, wo festgehalten wird, dass eine Person nicht als geistig unzurechnungsfähig betrachtet und in weiterer Folge behandelt werden darf, nur weil sie eine unvernünftige Entscheidung trifft. Grundsätzlich gilt außerdem, dass die geistige Fähigkeit Art und Umfang der vorgeschlagenen Heilbehandlung zu verstehen im Verhältnis mit der vorgeschlagenen Heilbehandlung stehen muss.²⁸⁴ Je schwerwiegender der Eingriff und somit die damit verbundene Entscheidung, desto größer muss die geistige Fähigkeit Art und Umfang der vorgeschlagenen Heilbehandlung zu verstehen sein.

Bestehen Zweifel, dass der Patient die notwendige geistige Zurechnungsfähigkeit besitzt, die zulässt, dass er die vorgeschlagene Behandlung versteht, so wurde diese bis zum MCA mit einem von den Gerichten entwickelten dreistufigen Test überprüft. Thorpe J hielt in *Re C (Adult: Refusal of Medical Treatment)*²⁸⁵ fest, dass ein Patient erstens die relevanten Informationen verstehen und behalten können muss, zweitens diese glauben muss und drittens

²⁷⁹ Grubb, Principles of Medical Law² 161.

²⁸⁰ Auch Kinder können wirksam in eine Heilbehandlung einwilligen, wenn sie *Gillick-competent*, benannt nach der relevanten Entscheidung *Gillick v West Norfolk and Wisbech AHA* [1987] AC 112; [1985] 3 All ER 402, HL sind.

²⁸¹ Damit ist jede Person über 18 Jahre gemeint.

²⁸² Eingeführt durch s 8 Family Reform Act 1969.

²⁸³ Grubb, Principles of Medical Law² 164.

²⁸⁴ Hockton, The Law of Consent to Medical Treatment (2002) 6.

²⁸⁵ *Re C (Adult: Refusal of Medical Treatment)* [1994] 1 All ER 819.

diese abwägen können muss, um so zu einer Entscheidung zu kommen; dieser Test wurde in weiterer Folge auch von anderen Gerichte angewendet.²⁸⁶

Im Fall *Re C (Adult: Refusal of Treatment)*, aus dem heraus der dreistufige Test entstand mit dem die geistige Fähigkeit des Patienten Art und Umfang der Heilbehandlung zu verstehen beurteilt werden kann, ging es um einen ältern Mann, bei dem paranoide Schizophrenie diagnostiziert war. Dieser Mann befand sich seit 30 Jahren in der Spezialklinik Broadmoor für geistig abnorme Rechtsbrecher, nach dem er seine Freundin ermordet hatte. Seine Geisteskrankheit führte ua dazu, dass er glaubte ein großartiger Arzt zu sein, dem es immer gelang seine Patienten zu heilen und er war außerdem der Meinung verletzte Gliedmaße heilen zu können. Infolge einer Beinverletzung 1993 wurde festgestellt, dass er an Wundbrand litt, und dass, wenn der Fuß nicht amputiert werden würde, der Patient mit 85%iger Wahrscheinlichkeit sterben würde. Der Patient war gegen die Amputation und rief in dieser Sache auch das Gericht an, um eine einstweilige Verfügung zu erlangen, die den Ärzten untersagte jetzt oder zu irgendeiner Zeit in der Zukunft sein Bein zu amputieren. Trotz der erwiesenen Geisteskrankheit sah das Gericht den Patienten als geistig zurechnungsfähig an, da es die Meinung vertrat, dass er zwar durch die Schizophrenie geistig eingeschränkt war, davon aber seine geistige Zurechnungsfähigkeit in Bezug auf diese konkrete medizinische Maßnahme nicht beeinträchtigt wurde, weshalb die Ärzte sich seiner Behandlungsablehnung beugen mussten. Anzumerken ist hier noch, dass der Patient nach weiterer medizinischer Behandlung, aber eben keiner Amputation, überlebte.²⁸⁷ Die Einwilligung in die Heilbehandlung ist immer notwendig, solange der Patient die geistige Fähigkeit dazu besitzt, auch wenn er an einer psychischen Störung leidet, wie dieser Fall deutlich zeigt.

Durch den MCA wurde gesetzlich festgeschrieben, wann eine Person nicht geistig zurechnungsfähig ist. S 3 (1) des Act besagt, dass eine Person nicht in der Lage dazu ist selbständig und für sich selbst eine Entscheidung zu treffen, wenn sie die relevanten Informationen nicht verstehen kann, die Informationen nicht behalten kann, diese Informationen nicht als Teil des Entscheidungsprozesses gegeneinander abwägen kann oder ihre Entscheidung nicht kommunizieren kann. Im Wesentlichen wurde also das bereits vorhandenen *common law* kodifiziert. Gründe für die mangelnde geistige

²⁸⁶ Grubb, Principles of Medical Law² 163.

²⁸⁷ Stauch/Wheat/Tingle, Sourcebook on Medical Law² 121f; die Zusammenfassung des Falles ist diesem Buch entnommen.

Zurechnungsfähigkeit können etwa Altersdemenz, psychische Störungen, ausgeprägte Lernschwierigkeiten oder Nachwirkungen von Gehirnschäden sein.

Wie mit Personen umzugehen ist, die nicht in der Lage sind selbst in eine Heilbehandlung einzuwilligen ist weiter unten als Vorfrage zur *advance decision* zu erläutern.

Neben der geistigen Fähigkeit die vorgeschlagene Behandlung zu verstehen, muss der Patient auch ausreichende Informationen darüber erhalten. In der Regel wird er diese Informationen vom behandelnden Arzt bekommen. Beispiele für eine fehlende Einwilligung wären etwa, wenn der Patient die vorgeschlagene Behandlung falsch interpretiert, der Arzt über den Gesundheitszustand des Patienten irrt oder gar bewusst Informationen zurückhält. In all diesen Fällen wäre die Einwilligung des Patienten unwirksam, da er nicht ausreichend über die vorgeschlagene Behandlung informiert war.²⁸⁸ Die Doktrin des *informed consent*, die besagt, dass ein Patient nur dann eine wirksame Einwilligung in eine Heilbehandlung geben kann, wenn er alle für diese Entscheidung relevanten Informationen erhalten hat, kennt das englische Recht nicht, weshalb die Aussage „*the patient's consent must be informed*“ keine geglückte Formulierung ist und oft zu Missverständnissen führt.²⁸⁹ Für die gültige Einwilligung in die Heilbehandlung genügt im englischen Recht, dass der Patient die Behandlung und deren Art und Umfang in Grundzügen verstanden hat.²⁹⁰ Tut er dies nicht, weil er falsche oder inadäquate Informationen erhalten hat, so liegt keine Einwilligung vor, da die Einwilligung im englischen Recht *real*²⁹¹, also echt sein muss. In einem solchen Fall hat der Arzt eine Körperverletzung, *tort of battery*, begangen.

Hat der Patient zwar die Art und Umfang der Behandlung verstanden, wurde aber nicht ausreichend über die Risiken aufgeklärt, so wird deswegen die Einwilligung nicht unwirksam, der Patient kann dann aber im Rahmen des *tort of negligence* gegen den Arzt vorgehen, da dann uU ein *breach of duty*, also die Verletzung einer Sorgfaltspflicht vorliegt. Diese Fallkonstellation ist auch in der Praxis die relevantere. Die Verletzung der Sorgfaltspflicht kann in verschiedenen Formen auftreten. Zum einen kann der behandelnde Arzt eine Sorgfaltspflicht verletzen, wenn er nicht ausreichend über die Risiken der vorgeschlagenen Heilbehandlung informiert hat. Wesentlich ist, dass der Arzt gegenüber dem Patienten eine

²⁸⁸ Herring, Medical Law and Ethics² 142.

²⁸⁹ Grubb, Principles of Medical Law² 171.

²⁹⁰ Herring, Medical Law and Ethics² 142, bezugnehmend auf *Chatterton v Gerson* [1981] 1 All ER.

²⁹¹ Grubb, Principles of Medical Law² 171.

Sorgfaltspflicht hatte, der vom Gesetz her vorgeschriebene Standard nicht eingehalten wurde und dem Patienten daraus ein Schaden entstand.²⁹² Der Grundsatz bei Fahrlässigkeit im Zusammenhang mit Heilbehandlungen ist, dass ein Arzt dann nicht fahrlässig handelt, wenn er im Einklang mit einer von einem „*responsible body of medical men skilled in that particular art*“ als ordentlich akzeptierten Vorgehensweise handelt.²⁹³ Dieser Grundsatz ist als Bolam-Test bekannt und wurde in dem Fall *Bolam v Friern Hospital Management Committee*²⁹⁴ entwickelt. Auch wenn nur eine Minderheit unter der Ärzteschaft dieselbe Ansicht vertritt wie der behandelnde Arzt, ist das Verhalten des Arztes nicht fahrlässig.

Der führende Fall, der sich mit der Thematik der unzureichenden Information über eine Heilbehandlung auseinandersetzt, ist *Sidaway v Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital*²⁹⁵. In diesem Fall unterzog sich die Klägerin einer Operation, um einen eingeklemmten Nerv freizulegen, wobei ihr Rückenmark verletzt wurde, sodass sie fortan gelähmt war. Sie brachte Klage (*tort of negligence*) auf der Grundlage ein, dass ihr die Risiken der Operation nicht erklärt wurden, nicht dass der Eingriff nicht *lege artis* durchgeführt worden wäre. Sachverständige sagten im Verfahren aus, dass es einige Neurochirurgen es für vertretbar gehalten hätten, nicht über das Risiko einer Lähmung zu informieren. Die Klägerin war mit ihrer Klage nicht erfolgreich, da zwei der Richter im Einklang mit anderen Fahrlässigkeitsfällen argumentierten, dass ein Arzt dann nicht fahrlässig handelt, wenn er im Einklang mit einem *respectable body of medical opinion* (Bolam-Test) handelt, was hier laut Sachverständigem der Fall war. Aber auch die anderen beiden Richter entschieden zum einen, dass die Informationen ausreichend waren und es die Aufgabe der Klägerin gewesen wäre nachzufragen, und zum anderen, dass es im Ermessen des Arztes liegt, dem Patienten Informationen vorzuenthalten, wenn diese eine zu große Belastung, wie es eben das Risiko einer Lähmung wäre, für den Patienten darstellen würde.²⁹⁶

Als dritten und letzten Punkt für die Wirksamkeit einer Einwilligung muss diese aus freiem Willen geschehen.²⁹⁷ Dieses Problem kann sich dann ergeben, wenn der Patient im Zeitpunkt

²⁹² Hope/Savulescu/Hendrick, Medical Ethics and Law – The Core Curriculum² (2008) 49.

²⁹³ Hope/Savulescu/Hendrick, Medical Ethics and Law – The Core Curriculum² 72.

²⁹⁴ *Bolam v Friern Hospital Management Committee* [1957] 1 WLR 582.

²⁹⁵ *Sidaway v Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital* [1984] 1 All ER 1081, CA.

²⁹⁶ Herring, Medical Law and Ethics² 149; die Zusammenfassung des Falles ist diesem Buch entnommen.

²⁹⁷ Grubb, Principles of Medical Law² 202.

der Entscheidungsfindung dem Einfluss Dritter ausgesetzt ist.²⁹⁸ Der führende Fall hier ist der bereits oben kurz erwähnte Fall *Re T*²⁹⁹. In dem Fall ging es um eine schwangere Frau, die nach einem Autounfall ins Krankenhaus eingeliefert wurde. Die Mutter der Patientin war Zeugin Jehovas, die Patientin selbst jedoch nicht. Kurz nachdem ihre Mutter sie besucht hatte, informierte die Patientin die behandelnden Ärzte darüber, dass sie keine Bluttransfusion wolle und fragte nach alternativen Behandlungsmethoden, die es in diesem Fall auch gab. Bevor sie von ihrem Kind per Kaiserschnitt entbunden werden sollte, unterschrieb sie, dass sie keine Bluttransfusionen haben wolle, wobei ihr aber nicht erklärt wurde, dass eine solche notwendig sein könnte, um ihr Leben zu retten oder schwerwiegende gesundheitliche Beeinträchtigungen zu verhindern. Nach der Totgeburt ihres Kindes verschlechterte sich der Gesundheitszustand der Patientin und der Richter in erster Instanz gab eine Erklärung ab, dass es rechtmäßig wäre, der Patientin eine Bluttransfusion zu verabreichen, da ihre Erklärung nicht aus freiem Willen heraus geschah. Hier wurde angenommen, dass die Mutter als gläubige Zeugin Jehovas in dem Gespräch mit ihrer Tochter ungebührlichen Einfluss auf diese genommen hatte, so dass die Tochter in weiterer Folge die Bluttransfusion verweigert hatte.³⁰⁰ Geschieht die Einwilligung nicht aus freiem Willen, so liegt keine wirksame Einwilligung vor. Allerdings tritt diese Problemstellung selten auf und es ist sehr schwierig zu beweisen, dass eine anscheinende Einwilligung aufgrund von Zwang (*coercion*) oder ungebührlichem Einfluss (*undue influence*) gegeben wurde.³⁰¹

Die Beweislast, dass es keine Einwilligung zur Heilbehandlung gegeben wurde, obliegt dem Patienten und nicht dem behandelnden Arzt. Der Schaden, um den es hier geht, ist nicht, dass die Heilbehandlung nicht lege artis durchgeführt wurde, denn diese kann auch völlig einwandfrei sein, sondern dass die Heilbehandlung eben ohne die Einwilligung des Patienten erfolgt ist. Der Patient muss nachweisen, dass er, wenn er richtig informiert worden wäre, nicht in die Heilbehandlung eingewilligt hätte.³⁰²

²⁹⁸ Hockton, The Law of Consent to Medical Treatment 7.

²⁹⁹ *Re T (Adult: Refusal of Treatment)* [1992] 4 All ER 649, CA.

³⁰⁰ *Stauch/Wheat/Tingle*, Sourcebook on Medical Law² 134f; die Zusammenfassung des Falles ist diesem Buch entnommen.

³⁰¹ *Herring*, Medical Law and Ethics² 143.

³⁰² *Grubb*, Principles of Medical Law² 197.

3.1.3 Consent – Was tun bei einwilligungsunfähigen Patienten?

Bisher wurde beleuchtet, wie das Recht in Bezug auf die Einwilligung in oder die Ablehnung von Heilbehandlungen durch jene Personen aussieht, die die geistige Fähigkeit dazu besitzen. Damit ist aber nur eine Gruppe von Patienten abgedeckt. Wie ist zu verfahren, wenn der Patient selbst nicht dazu in der Lage ist über die Heilbehandlung zu entscheiden, etwa weil es sich bei dem Patienten um ein Kind oder einen Erwachsenen handelt, dem die geistige Fähigkeit dazu aufgrund einer Beeinträchtigung wie zB Alzheimer oder einer psychischen Störung fehlt? Da für Kinder, grob verallgemeinert und mit wenig Rücksicht auf Details³⁰³, aber dennoch akkurat, in der Regel die Eltern die Entscheidung treffen, sind diese hier nicht von weiterem Interesse. Das Hauptaugenmerk gilt Erwachsenen, die nicht für sich selbst entscheiden können und der Rechtslage dazu, sowohl vor, als auch nach dem MCA.

Ohne Einwilligung konnten bisher und können auch weiterhin nur Personen behandelt werden, die wegen einer psychischen Krankheit auf Grundlage des *Mental Health Act 1983* unfreiwillig untergebracht sind, wobei sich die Behandlung ohne Einwilligung auch nur auf Behandlungen eben jener psychischen Störung bezieht deretwegen sie untergebracht werden.³⁰⁴ Für andere Behandlungen konnte bis zum MCA nur der Patient selbst wirksam einwilligen. War dieser dazu aber nicht mehr in der Lage, so entstand eine Lücke. Und zwar deshalb, weil das *common law* die rechtliche Befähigung Dritter, wie etwa Ehegatte oder Verwandte oder auch das Gericht, für den Patienten zuzustimmen oder abzulehnen, nicht anerkannte.³⁰⁵ Zu früheren Zeiten wurde diese Lücke durch das *parens patriae* Prinzip³⁰⁶ geschlossen, wodurch der Staat durch die Gerichte für den nicht geistig zurechnungsfähigen Patienten einer Heilbehandlung zustimmen oder sie ablehnen konnte.³⁰⁷ Durch die Einführung des *Mental Health Act 1959* aber, der dazu dienen sollte die Selbstbestimmung von Personen mit psychischen Krankheiten soweit wie möglich zu gewährleisten, wurde dieses Prinzip in

³⁰³ Sonderfälle wie etwa gerichtliche Intervention wie oft bei Zeugen Jehovas der Fall, die auch für ihre Kinder keine Bluttransfusionen wollen, werden hier nicht näher beleuchtet, da dies den Rahmen der Arbeit sprengen und zu weit führen würde, da Kinder unter 16 auch nicht Gegenstand des Mental Capacity Acts sind.

³⁰⁴ *Mason, Law and Medical Ethics*⁷ 360.

³⁰⁵ *Grubb, Principles of Medical Law*² 254.

³⁰⁶ Die Engländer übersetzen diesen Begriff als “*parent of the country*”.

³⁰⁷ *Mason, Law and Medical Ethics*⁷ 360f.

England und Wales³⁰⁸ abgeschafft und führte dazu, dass niemand anderer mehr die Entscheidung für den Patienten treffen konnte.³⁰⁹

Die einzige Möglichkeit, die verblieb um über eine Heilbehandlung zu „entscheiden“, war dass ein Gericht zwar nicht über die Behandlung per Urteil entscheiden, aber im Wege einer Erklärung sich zur Recht- oder Unrechtmäßigkeit einer Behandlung äußern konnte.³¹⁰ Das Gericht wurde vor allem dann aufgesucht, wenn Uneinigkeit über die vorzunehmende Behandlung bestand, aber insbesondere bei schwerwiegenden Fällen, wie etwa das Abschalten lebenserhaltender Apparate bei Patienten, die sich im Wachkoma befinden oder vorzunehmende Sterilisationen bei geistig unzurechnungsfähigen Personen. Außerdem kam hier auch wieder das oben erwähnte Prinzip der Notwendigkeit zum Tragen, da dieses eine Heilbehandlung an einer geistig unzurechnungsfähigen Person trotz fehlender Einwilligung rechtmäßig macht, wenn der Arzt nicht entgegen bekannter Wünsche des Patienten handelt.³¹¹ Die Behandlung musste außerdem im besten Interesse des geistig unzurechnungsfähigen Patienten geschehen, da nur dann eine Behandlung rechtmäßig ist.³¹²

Nunmehr wird die Behandlung geistig nicht zurechnungsfähiger Personen durch den MCA geregelt. Der MCA schließt die durch das *common law* vorhanden gewesene Lücke insofern als nun Dritte für den geistig nicht zurechnungsfähigen Patienten eine Entscheidung treffen können. Stellt sich heraus, dass ein Patient geistig unzurechnungsfähig ist, so sind in der Folge einige Vorfragen zu klären. Nämlich, ob der Patient eine wirksame *advance decision* oder eine *lasting powers of attorney* (LPA) errichtet hat oder für ihn bereits vom Gericht ein *deputy* bestellt wurde.³¹³ Diese drei Rechtsinstitute haben Vorrang vor der Entscheidung eines Dritten. Gibt es keine der drei genannten Maßnahmen, dann stellt sich in weiterer Folge die Frage, ob die Heilbehandlung im besten Interesse (*best interest*) des Patienten ist.³¹⁴ Ist das der Fall so können für den Einwilligungsunfähigen Dritte entscheiden. Näheres zum MCA wird weiter unten ausgeführt.

³⁰⁸ In einigen anderen Staaten, die ihr Rechtssystem vom *common law* herleiten, wie etwa Australien oder Canada, gibt es dieses Prinzip noch.

³⁰⁹ *Mason, Law and Medical Ethics*⁷ 361.

³¹⁰ *Grubb, Principles of Medical Law*² 254.

³¹¹ *Grubb, Principles of Medical Law*² 255.

³¹² *Montgomery, Health Care Law*² (2003) 240.

³¹³ *Herring, Medical Law and Ethics*² 157.

³¹⁴ *Herring, Medical Law and Ethics*² 158.

Abschließend ist als kurze Ergänzung noch anzumerken, dass es Dinge gibt, in die kein Dritter einwilligen kann und die somit vom MCA nicht erfasst sind, da es sich dabei um höchstpersönliche Rechte handelt. Dazu gehörten, wie in s 27 aufgezählt, die Ehe oder Lebenspartnerschaft, sexuelle Beziehungen, Scheidung nach zweijähriger Trennung, Auflösung einer Lebenspartnerschaft, Freigeben eines Kindes zur Adoption oder einen Adoptionsantrag, Erfüllung elterlicher Pflichten in Angelegenheiten die nicht im Zusammenhang mit Eigentum des Kindes stehen und Einwilligungen unter dem *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*.

3.2 Die Patientenverfügung – Advance Decision

3.2.1 Allgemeines

Die Patientenverfügung wird im englischen Sprachgebrauch als *advance decision*, *advance directive* oder *living will*, manchmal sogar ganz allgemein gehalten als *anticipatory decision*, bezeichnet. Anzumerken ist, dass der MCA sich für die Bezeichnung *advance decision* für Vorausverfügungen über die Ablehnung medizinischer Maßnahmen entschieden hat, und daher im Rahmen dieser Arbeit, auch wenn die alte Rechtslage erläutert wird, in der dieser Begriff an sich nicht verwendet wurde³¹⁵, nur dieser Begriff verwendet wird, um Verwirrung durch die Verwendung zu vieler Bezeichnungen zu vermeiden. Noch im Jahr 2005 hat die Law Commission in ihrem Bericht den Begriff *advance refusal* verwendet, da man annahm, dass es ausschließlich um Behandlungsablehnung gehen würde, aber anhand des Falles *Burke v GMC*³¹⁶ musste auch die Möglichkeit einer *advance decision* mit der eine Behandlung verlangt wird bedacht werden.³¹⁷ Daher wurde schlussendlich auch der Begriff der *advance decision* gewählt, obwohl sie letztlich doch nur die Behandlungsablehnung umfasst.

³¹⁵ Am häufigsten wird im Zusammenhang mit der alten Rechtslage der Begriff *advance directive* verwendet, gefolgt von *living will*.

³¹⁶ *R (on the application of Burke) v GMC* [2005] EWCA Civ 1003.

³¹⁷ *Dimond*, Legal Aspects of Mental Capacity (2008) 194.

Die Definition einer *advance decision*, sowohl nach alter als auch nach neuer Rechtslage, wird in den jeweiligen Kapiteln dazu erfolgen, weshalb auf sie an dieser Stelle nicht näher eingegangen wird.³¹⁸

3.2.2 Die Rechtslage vor dem Mental Capacity Act 2005

Dieses Kapitel soll nur einen kurzen Überblick über die alte Rechtslage im Zusammenhang mit Patientenverfügungen und ihre Bedeutung für den MCA, der in vielen Bereichen eine Kodifikation des bis dahin geltenden *common law* darstellt, liefern. Dies soll die Entwicklung, die die Patientenverfügung in England durchlebt hat, in Grundzügen darstellen.³¹⁹

Schon vor dem MCA haben sich natürlich Patienten dazu entschlossen, im Voraus eine Heilbehandlung abzulehnen, also eine *advance decision* zu errichten. Aufgrund des *common law* wurde die Frage, in wieweit eine *advance decision* für die behandelnden Ärzte rechtlich verbindlich ist, im Rahmen von gerichtlichen Entscheidungen überprüft, die sich entweder mit der Ablehnung von Heilbehandlungen im Voraus, aber auch mit der Ablehnung von Heilbehandlungen durch Erwachsene an sich beschäftigten, welche ihrerseits wieder richtungweisend für spätere Entscheidungen waren. Ein entsprechendes Gesetz, dass die *advance decisions* regelte, gab es bis zum MCA nicht.

Eingangs werden die Fälle kurz vorgestellt, die sich mit der Frage einer *advance decision* beschäftigen. Eine der wegweisenden Entscheidungen zum Thema *advance decision* ist die bereits oben näher dargestellte Entscheidung *Re C (Adult: Refusal of Treatment)*³²⁰. Abgesehen davon, dass die Entscheidung *Re C* der erste englische Fall ist bei dem eine *advance decision* als wirksam durchgesetzt wurde, ist sie auch deswegen von so großem Interesse, weil hier zum ersten Mal deutlich wurde, dass die Gerichte bereit sind das Selbstbestimmungsrecht des Patienten voranzustellen, und zwar auch dann, wenn das den Tod dieser Person bedeuten

³¹⁸ Rechtsphilosophische Ausführungen zur Fragen rund um die *advance decision* vgl. Maclean, *Advance Directives, Future Selves and Decision-Making*, *Medical Law Review*, 2006, 291.

³¹⁹ Weiterführend gibt es verschiedene Gruppen, die Bücher zu diesem Thema veröffentlicht haben; vgl. etwa *A Working Party Report, The Living Will – Consent to Treatment at the End of Life* (1988).

³²⁰ *Re C (Adult: Refusal of Medical Treatment)* [1994] 1 All ER 819.

könnte, der anderenfalls vermieden hätte werden können.³²¹ Maclean beschreibt diese Entscheidung als eine solche, die man als sehr ausdrucksstarkes Zeichen für das Selbstbestimmungsrechts des Einzelnen sehen könnte, merkt aber an, dass Zyniker auch sagen könnte, dass das Leben von C aufgrund seiner Vorgeschichte keinen großen Wert oder Nutzen für die Gesellschaft hat, weshalb seine Entscheidung für niemand eine Auswirkung hat und er daher frei – und auch unvernünftig – entscheiden könne.³²²

Eine weitere relevante, aber ebenfalls bereits ausführlich dargestellte Entscheidung ist *Re T (Adult: Refusal of Treatment)*³²³, wo gegen die *advance decision* entschieden wurde, da diese nach Ansicht des Gerichts durch unzulässige Beeinflussung durch die Mutter der Patientin, ihres Zeichens Zeugin Jehovas, zustande gekommen war.

Ähnlich war die Entscheidung *HE v. A Hospital Trust*³²⁴, bei der es um eine 24jährige Zeugin Jehovas ging, ursprünglich als Muslimin geboren und erzogen, welche eine lebensrettende Bluttransfusion benötigte. Diese junge Frau hatte jedoch im Vorfeld eine schriftliche *advance decision*³²⁵ verfasst, in der sie eine solche Bluttransfusion „unter allen Umständen“ ablehnte. Noch kurz vor ihrem Krankenhausaufenthalt hatte sie aber zu ihrem Bruder und ihrer Tante gesagt, dass sie nicht sterben wolle. Außerdem machte ihr Vater geltend, dass seine Tochter seit längerem mit einem Muslimen verlobt wäre, und unter der Bedingung, dass sie sich wieder dem muslimischen Glauben zuwendet, vor zwei Monaten der Familie mitgeteilt hatte, dass sie ihren Verlobten heiraten und seinen Glauben annehmen werde, seit mehreren Monaten keine Treffen der Zeugen Jehovas besucht hätte, obwohl sie dies zuvor immer regelmäßig getan habe, und dass sie in all der Zeit, die sie vor der Operation im Krankenhaus war³²⁶, die *advance decision* nie erwähnt hatte. Das Argument auf Seiten des Vaters war, dass die *advance decision* vor dem Glaubenswechsel seiner Tochter verfasst wurde und sich seither die Umstände geändert hätten, weshalb die *advance decision* nicht mehr anwendbar sei. Die Mutter der Patientin wiederum, selbst Zeugin Jehovas, bestand darauf, dass entsprechend der *advance decision* gehandelt werde, trotz des hohen Risikos für ihre Tochter

³²¹ Maclean, Advance directives and the rocky waters of anticipatory decision-making, Med.L.Rev. 2008, 1 (5).

³²² Maclean, Med.L.Rev. 2008, 1 (5).

³²³ *Re T (Adult: Refusal of Treatment)* [1992] 4 All ER 649, CA.

³²⁴ *HE v. A Hospital Trust* [2003] E.W.H.C 1017; [2003] 2 F.L.R. 408.

³²⁵ Die *advance decision* selbst enthielt ua eine Klausel, dass sie nur schriftlich widerrufen werden könne.

³²⁶ Die Patientin befand sich vor dem Eingriff zwei Tage lang im Krankenhaus.

die Behandlungen ohne Bluttransfusion nicht zu überleben. Das Gericht kam zu dem Schluss, dass es beträchtliche Zweifel an der Gültigkeit und Anwendbarkeit der *advance decision* gebe.³²⁷ In diesem Sinn wurde vom Gericht dann auch entschieden, obwohl die *advance decision* nur zwei Jahre alt war und die Patientin keinerlei Anstrengungen unternommen hatte, diese zu widerrufen. Hier ist in die Entscheidung die *advance decision*, der doch eine starke Aussagekraft nicht gänzlich abzusprechen ist, aufzuheben vermutlich auch die Überlegung mit eingeflossen, dass die Patientin jung ist und ihr ganzes Leben noch vor sich hat, wobei die von ihrem Vater erhobenen Zweifel eine Möglichkeit präsentierten, ihre unvernünftige Entscheidung zu umgehen.³²⁸

Insgesamt wurden nur in zwei Fällen *advance decisions* als wirksam und anwendbar anerkannt, wobei einer davon der oben besprochene Fall *Re C* ist und der andere *Re AK*³²⁹, bei dem es um eine *advance decision* geht, die ein Patient nur durch blinzeln kommuniziert hat.³³⁰ Der Patient, ein 19jähriger Mann, litt an einer neuro-muskulären Krankheit, weshalb er künstlich beatmet werden musste. Sein Zustand hatte sich bereits soweit verschlechtert, dass er nur noch durch Bewegungen eines Augenlides kommunizieren konnte. Auf diesem Wege verlangte er von den Ärzten, dass diese zwei Wochen nach Verlust seiner Kommunikationsfähigkeit das Beatmungsgerät entfernen sollten. Dabei war er sich bewusst, dass diese Maßnahme seinen Tod zur Folge haben würde. In weiterer Folge verlangten die Ärzte die Klarstellung des Gerichts, dass das Befolgen dieser Vorausverfügung rechtmäßig wäre. Hier führte das Gericht aus, dass der Patient geistig zurechnungsfähig und die *advance decision* gültig und anwendbar war bzw. daran keine Zweifel bestünden.

In allen anderen Fällen wurde der *advance decision* – aus verschiedenen Gründen wie etwa mangelnde geistige Zurechnungsfähigkeit oder Veränderung der äußeren Umstände – ihre Wirksamkeit abgesprochen, auch wenn die Gerichte das Selbstbestimmungsrecht immer wieder betonten und hervorhoben.

³²⁷ *HE v. A Hospital Trust* [2003] E.W.H.C 1017; [2003] 2 F.L.R. 408, at [50].

³²⁸ *Maclean*, Med.L.Rev. 2008, 1 (7).

³²⁹ *Re AK (Medical Treatment: Consent)* [2001] 1 F.L.R. 129.

³³⁰ *Maclean*, Med.L.Rev. 2008, 1 (8).

Das Höchstgericht hat im Fall *HE v. A Hospital Trust*³³¹, der vor In-Kraft-Treten des MCA entschieden wurde und in dem es um die Ablehnung von Bluttransfusionen geht, bestätigt, dass eine Vorausverfügung eines Patienten, mit der eine medizinische Behandlung abgelehnt wird, gültig und verbindlich bleibt, auch wenn der Patient seine geistige Zurechnungsfähigkeit verliert.³³² Neben dieser Entscheidung gab es auch andere Entscheidungen, die die Wirksamkeit einer *advance decision* nach Verlust der geistigen Zurechnungsfähigkeit des Errichters grundsätzlich bejahten. Ein Richter im Fall *Re AK*³³³, Hughes J., sagte sogar, dass das Recht in diesem Bereich so eindeutig sei, dass es eigentlich keiner weiteren Erklärung bedarf.

Wenn hier von *advance decisions* die Rede ist, dann sind immer nur solche gemeint, die eine Behandlung ablehnen, denn auch nur solche wurden und werden vom englischen Recht anerkannt. Warum das so ist, lässt sich leicht erklären. Das *common law* sieht nicht vor, dass ein Patient eine Behandlung verlangen kann³³⁴, womit eine Vorausverfügung mit der dies getan wird bzw der Teil der das Verlangen nach einer Behandlung enthält, nicht rechtsverbindlich ist. Solcherart geäußerte Wünsche können aber zu Hilfe genommen werden, wenn zu bestimmen ist, ob eine Heilbehandlung im besten Interesse des Patienten ist. Im Gegensatz dazu ist es dem geistig zurechnungsfähigen Patienten aber immer freigestellt eine Behandlung, egal aus welchen Gründen abzulehnen.³³⁵ Im Einklang mit dieser Rechtsansicht kann ein geistig zurechnungsfähiger Patient eine Heilbehandlung auch im Voraus rechtsverbindlich ablehnen, deren Rechtsverbindlichkeit auch dann weiter bestehen bleibt, wenn der Patient seine geistige Zurechnungsfähigkeit verliert.³³⁶ Dass die *advance decision* ihre Rechtskraft nach Verlust der geistigen Zurechnungsfähigkeit des Patienten nicht verliert, lässt sich aus allgemeinen Prinzipien ableiten, denn eine Einwilligung, die vor einer Operation gegeben wurde, wird durch die Narkose, die einen Zustand hervorruft, in welchem der Patient

³³¹ *HE v. A Hospital Trust* [2003] E.W.H.C 1017; [2003] 2 F.L.R. 408.

³³² Explanatory Notes to *Mental Capacity Act 2005* Chapter 9, 84.

³³³ *Re AK (Medical Treatment: Consent)* [2001] 1 F.L.R 129.

³³⁴ Der aufsehenerregendste Fall dazu in den letzten Jahren war *R (on the application of Burke) v GMC* [2005] EWCA Civ 1003 durch den die Rechtsunverbindlichkeit von Behandlungsverlangen klargestellt wurde; in der ersten Instanz entschied das Gericht ua noch, dass von einem Patienten geäußerte Behandlungswünsche befolgt werden müssen, vgl dazu Levy, *Asserting the Right to Life – A Challenge to Medical Guidance on Withdrawing Treatment*, *Medicine and Law* 2005, 11.

³³⁵ Siehe dazu Kapitel 3.1.2.

³³⁶ *Grubb*, *Principles of Medical Law*² 257.

ebenfalls nicht geistig zurechnungsfähig ist, auch nicht ungültig.³³⁷ Und ebenso wird eine Ablehnung des Patienten durch Verlust der geistigen Zurechnungsfähigkeit allein nicht unwirksam, sondern bleibt bestehen.

Die oben näher dargestellten Fälle zeigen die klare Akzeptanz der Gerichte, zumindest in der Theorie, wenn es um *advance decisions* geht. Allerdings ist eine *advance decision* immer nur dann gültig und anwendbar, wenn einige, vom *common law* herausgearbeitete Voraussetzungen vorliegen. Um eine gültige und anwendbare *advance decision* zu errichten, muss der Patient im Zeitpunkt der Errichtung geistig zurechnungsfähig sein, keiner ungebührlichen Beeinflussung unterliegen, ausreichend über die abgelehnte Heilbehandlung informiert sein, und die Umstände unter denen die *advance decision* wirksam sein soll näher definieren.³³⁸ Die ersten drei genannten Voraussetzungen decken sich mit den Voraussetzungen bei einer „regulären“ Einwilligung in bzw. Ablehnung von Heilbehandlungen.

Die erste Voraussetzung bedarf keiner näheren Erläuterung, da bereits ausführlich über Einwilligung in und Ablehnung von Heilbehandlungen und die Voraussetzung der geistigen Zurechnungsfähigkeit für diese geschrieben wurde. Hier ergeben sich in der Regel auch kaum Probleme, da beim Gros der Fälle kein Zweifel über die geistige Zurechnungsfähigkeit bestehen wird.

Auch die Problematik der ungebührlichen Beeinflussung durch Dritte wurde bereits dargelegt und muss nicht näherer erörtert werden.

Schwieriger ist da schon die dritte Voraussetzung, die verlangt, dass der Patient ausreichend informiert ist. So wie es keine Doktrin des „*informed consent*“ gibt, so gibt es ebenso keine Doktrin des „*informed refusal*“, aber der *Court of Appeal* hielt in *Re T* fest, dass die Ablehnung einer Heilbehandlung nur wirksam ist, wenn der Patient die abgelehnte Behandlung zumindest in Grundzügen verstanden hat.³³⁹

Die Frage, ob der Patient die abgelehnte Behandlung zumindest in Grundzügen verstanden hat, leitet direkt in die vierte Voraussetzung über, nämlich dahingehend, dass wenn der Patient sich nicht über die Risiken bzw Alternativen im Klaren ist, die Ablehnung vielleicht nicht auf die Umstände, unter denen sie zum Tragen kommen soll angewendet werden kann,

³³⁷ *Montgomery*, Health Care Law² 471.

³³⁸ *Kennedy/Grubb*, Medical Law³ (2000) 2037.

³³⁹ *Kennedy/Grubb*, Medical Law³ 2037.

etwa dann, wenn daraus der – vom Patienten nicht antizipierte – Tod folgen würde.³⁴⁰ Damit erweist sich dieses vierte Element als eine Art trojanisches Pferd mit dem es den Gerichten möglich ist, das angebliche Bekenntnis des Rechts zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu untergraben.³⁴¹

In *HE v. A Hospital Trust* führt der zuständige Richter in einer Kurzzusammenfassung das geltende Recht vor dem MCA aus und hält dabei fest, dass es keine formalen Voraussetzungen bei *advance decisions* gibt, unter der besonderen Erwähnung, dass Schriftlichkeit nicht erforderlich ist, es keine besonderen Vorschriften für den Widerruf einer *advance decision* gibt, und das auch solche Vorschriften, wenn sie vom Patienten selbst in der eigenen *advance decision* festgehalten werden, unwirksam sind.³⁴² Die *advance decision* kann schriftlich, aber auch mündlich errichtet werden. Hier ist der Errichter aufgrund der fehlenden Formvorschriften frei, wie er eine *advance decision* errichten möchte. Es ist aber ratsam, schon alleine aus Beweisgründen und um sicher gehen zu können, dass die eigenen Wünsche berücksichtigt werden, eine schriftliche *advance decision* zu errichten und nach Möglichkeit sogar dem behandelnden Arzt bzw praktischen Arzt eine Kopie davon zukommen zu lassen.³⁴³ Auch für den Widerruf gibt es keine Formvorschriften. Die *advance decision* ist schon von Natur aus widerrufbar, weshalb jede Bedingung in einer *advance decision*, die dazu dient sie unwiderrufbar zu machen oder formelle Hürden für den Widerruf aufzustellen, rechtsunwirksam ist.³⁴⁴ Zu der Problemstellung, ob eine *advance decision* auch noch nach Verlust der geistigen Zurechnungsfähigkeit widerrufen werden kann, hat sich das *common law* nicht geäußert. Anzunehmen ist aber, in Einklang mit den Prinzipien des *common law*, das der Patient im Zeitpunkt des Widerrufs geistig zurechnungsfähig sein muss. Die Beweislast im Rahmen einer *advance decision* liegt bei denen, die ihre Existenz und Wirksamkeit festgestellt haben wollen und auftretende Zweifel führen immer zu einer Lösung die auf die Aufrechterhaltung des Lebens abzielt.³⁴⁵

³⁴⁰ *Francis/Johnstone*, Medical Treatment – Decisions in Law (2001) 22.

³⁴¹ *Kennedy/Grubb*, Medical Law³ 2037.

³⁴² *HE v. A Hospital Trust* [2003] E.W.H.C 1017; [2003] 2 F.L.R. 408, at [46].

³⁴³ *Francis/Johnstone*, Medical Treatment 23.

³⁴⁴ *Grubb*, Principles of Medical Law² 259.

³⁴⁵ *Grubb*, Principles of Medical Law² 257.

Allgemein lässt sich in den Entscheidungen zu *advance decisions* ein Trend dahingehend erkennen, dass *advance decisions*, die einen Patienten betreffen, dessen Leben von den Richtern als „lebenswert“ eingestuft wird, etwa weil er noch jung ist, eher aufgehoben werden, etwa mit der Begründung, dass Zweifel vorliegen oder weil der Patient für nicht geistig zurechnungsfähig erklärt wird, als *advance decisions* von Patienten, deren Leben von Richtern als „nicht (so) lebenswert“ eingestuft wird.³⁴⁶ Dieser Trend lässt sich aber nicht nur aus Entscheidungen betreffend *advance decisions* herauslesen, sondern ist auch in Entscheidungen zu erkennen, die sich mit aktueller Behandlungsablehnung beschäftigen. Grundsätze, die im Rahmen solcher Fälle ausgearbeitet werden, haben wiederum auch Einfluss auf Fälle, die sich mit dem Thema der *advance decision* beschäftigen.

Zusammenfassend ist zur alten Rechtslage zu sagen, dass sie eine gute Grundlage bietet, nach der der Einzelne seine *advance decision* verfassen kann, sei es nun mündlich oder schriftlich, die Gerichte aber gleichzeitig sehr viel Ermessensspielraum haben, auch aufgrund dieses freien, von nur sehr wenigen Wirksamkeitsvoraussetzungen geprägten Systems, und daher den *advance decisions* in letzter Konsequenz sehr oft die Wirksamkeit abgesprochen wird. Rechtssicherheit für die Beteiligten³⁴⁷ war demnach meines Erachtens nur sehr bedingt gegeben.

3.2.3 Der Mental Capacity Act 2005

Dem MCA vorangegangen sind gute zehn Jahre, in denen um ein neues Gesetz gerungen wurde, da schon vor längerer Zeit offensichtlich wurde, dass es im Bereich des Umgangs mit geistig zurechnungsunfähigen Personen eine Gesetzeslücke gibt, die es zu schließen galt. Denn es gab, wie oben bereits ausführlicher dargestellt, bis zum MCA keine Regelungen, sei es in Form von *common law* oder Gesetzen, die festlegten, wer für eine erwachsene Person entscheiden darf, die nicht mehr in der Lage dazu ist für sich selbst zu entscheiden.

³⁴⁶ Siehe die kritischen Ausführungen in *Maclean*, *Med.L.Rev.* 2008 die von der Autorin zwar anerkannt, aber nicht vollinhaltlich geteilt werden.

³⁴⁷ Dh sowohl für den Patienten selbst, als auch die Ärzte bzw das medizinische Personal.

Schon im Jahr 1989 wurde von der *Law Society* in einem Arbeitspapier³⁴⁸ dieses Problem zur Debatte gestellt.³⁴⁹ Daraufhin wurde die *Law Commission of England & Wales* vom Parlament eingesetzt, um Vorschläge zu erarbeiten, wie das Recht in diesem Bereich verbessert werden könnte. 1995 brachte die *Law Commission* dann ein Papier³⁵⁰ heraus, das Vorschläge für eine neue Gesetzgebung im Bereich der geistigen Zurechnungsfähigkeit beinhaltete. Erst im Jahr 1997 nahm die neue Labor Regierung das Projekt wieder auf, das von der konservativen Regierung zuvor aufgrund einer Negativkampagne der *Daily Mail* fallen gelassen worden war. Am 27. Juni 2003 veröffentlichte die Regierung einen Entwurf der *Mental Incapacity Bill*, welche von einem *Joint Committee*³⁵¹ beider Häuser³⁵² zu prüfen war.³⁵³ Dieses veröffentlichte seine Antwort im November 2003 und in Folge wurden einige Änderungen, unter anderem die Änderung des Namens von *Mental Incapacity Bill* hin zu *Mental Capacity Bill*, vorgenommen. Im Jahr 2005 wurde schließlich und endlich der MCA im Parlament verabschiedet und hat am 07. April 2005 die königliche Zustimmung³⁵⁴ erhalten. 2007 trat der MCA dann schrittweise in Kraft, die letzten Teile, darunter auch der Abschnitt betreffend die Patientenverfügung, traten im Oktober 2007 in Kraft.³⁵⁵ Mit dem MCA gibt es nunmehr einen klaren rechtlichen Rahmen, der vorgibt, wie Entscheidungen von bzw für Personen getroffen werden sollen, über deren geistige Zurechnungsfähigkeit Entscheidungen zu treffen Zweifel bestehen.³⁵⁶ Der MCA kodifiziert, ergänzt und ersetzt die bestehenden Regeln des *common law* in diesem Bereich.³⁵⁷ Denn im Gegensatz zu den Vorschlägen der *Law Commission* baut der MCA auf dem bestehenden *common law* auf.³⁵⁸

³⁴⁸ Decision-making and Mental Incapacity: A Discussion Document, Memorandum by the Law Society's Mental Health Sub-Committee, January 1989.

³⁴⁹ Ashton (Hrsg), Mental Capacity Act: The new Law (2006) 34.

³⁵⁰ Law Commission, Mental Incapacity, No. 231, 1995.

³⁵¹ Ein *Joint Committee* ist ein ausgewähltes Gremium dem sowohl Angehörige aus dem Ober- als auch dem Unterhaus angehören; http://en.wikipedia.org/wiki/Joint_committee.

³⁵² House of Commons and House of Lords.

³⁵³ Ashton (Hrsg), Mental Capacity Act: The new Law 46f

³⁵⁴ Sog „*Royal Assent*“ durch Queen Elizabeth II.

³⁵⁵ Es wurde eine Umfrage unter Ärzten durchgeführt um festzustellen, ob sie sich der Änderungen durch den MCA bewusst sind. Dabei stellte sich heraus, dass die Wissenslücken derzeit noch sehr groß sind; vgl dazu Schofield, Mental Capacity Act 2005 – what do doctors know? *Medicine, Science and the Law* 2008, 113.

³⁵⁶ Ashton (Hrsg), Mental Capacity Act: The new Law 55.

³⁵⁷ Pattinson, *Medical Law & Ethics* (2006) 140.

³⁵⁸ McHale/Fox/Gunn/Wilkinson, *Health Care Law: Text and Materials*² (2007) 1082.

Der MCA erhält den grundsätzlichen Zugang durch das *common law* aufrecht, welcher den sog *best interest* zum Fokus hat.³⁵⁹

Ergänzend zum MCA selbst gibt es die *Explanatory Notes*³⁶⁰, die zur Erläuterung des Gesetzestextes dienen, sowie einen *Code of Practice*, eine Art Handbuch, das als Leitfaden des MCA gedacht ist, um bei einem solch komplexen Gesetz den Laien die Handhabung zu erleichtern. Der *Code of Practice* ist im MCA verpflichtet vorgesehen, und zwar in den s 42 und 43. S 42 besagt, dass „(1) *The Lord Chancellor must prepare and issue one or more codes of practice (a) for the guidance of persons assessing whether a person has capacity in relation to any matter, (b) for the guidance of persons acting in connection with the care or treatment of another person, (c) for the guidance of donees of lasting powers of attorney, (d) for the guidance of deputies appointed by the court, (e) for the guidance of persons carrying out research in reliance on any provision made by or under this Act, (f) for the guidance of independent mental capacity advocates, (g) with respect to the provisions of sections 24 to 26, and (h) with respect to such other matters concerned with this Act as he thinks fit. (2) The Lord Chancellor may from time to time revise a code*“. Es ist also Aufgabe des Lord Chancellor³⁶¹ den *Code of Practice* herauszugeben.

S 43 nennt die Schritte, die nötig sind, bevor der *Code of Practice* veröffentlicht werden kann. Dazu muss der *Lord Chancellor* im Einklang mit s 43 (1) jeden, den er für geeignet hält konsultieren bevor er den *Code* vorbereitet oder überarbeitet. Weiters muss der Entwurf dem Parlament vorgelegt werden, wobei der *Code* nach 40 Tagen in Kraft tritt, wenn nicht das Ober-³⁶² oder Unterhaus³⁶³ sich dagegen aussprechen. Erst dann darf der *Code* veröffentlicht werden.³⁶⁴ Die Veröffentlichung des *Codes* muss in einer solchen Art und Weise erfolgen, die geeignet ist den *Code* den betroffenen Personen zur Kenntnis zu bringen.³⁶⁵ Das kann auch

³⁵⁹ Gertz/Harmon/Laurie/Pradella, *Developments in Medical Law in the United Kingdom in 2005 and 2006*, *European Journal of Health Law* 2006, 143 (144).

³⁶⁰ Diese sind mit unseren Materialien vergleichbar und haben die Funktion, die Hintergründe des Gesetzes bzw der einzelnen Paragraphen näher zu erläutern.

³⁶¹ Dies ist die englische politische Bezeichnung für den Justizminister bzw die Justizministerin.

³⁶² *House of Lords*.

³⁶³ *House of Commons*.

³⁶⁴ *Mental Capacity Act 2005*, s 43 (2).

³⁶⁵ *Mental Capacity Act 2005*, s 43 (3).

bedeuten, dass getrennte *Codes* für verschiedenen Bereiche oder gerichtet an verschiedenen Personen angefertigt werden.³⁶⁶

Beim *Code of Practice* handelt es sich nicht um ein Gesetz, sondern es soll eine praktische Leitlinie darstellen, die den MCA unterstützt, da er vermitteln soll wie die alltägliche Handhabung des MCA gedacht ist und Beispiele liefert. Er richtet sich an Personen, die die geistige Zurechnungsfähigkeit Dritter feststellen müssen, Personen, die im Zusammenhang mit der Pflege oder Behandlung geistig nicht zurechnungsfähiger Personen betraut sind, Bevollmächtigte einer LPA, *deputies*, die vom Gericht bestellt wurden, Personen, die an geistig unzurechnungsfähigen Personen forschen und *Independent Mental Capacity Advocates* (IMCAs).³⁶⁷ Für bestimmte Personengruppen besteht eine Pflicht im Einklang mit dem *Code* zu handeln. Diese Pflicht bezieht sich darauf, dass diese Personengruppen den *Code of Practice* beachten müssen, eine rechtliche Verbindlichkeit danach zu handeln gibt es allerdings nicht, da er einen Leitfaden und kein weiteres Gesetz, dass wiederum Formalkriterien schafft, darstellt. Er umschreibt ihre Verantwortlichkeiten, wenn sie Entscheidungen für eine Person treffen, die sich in ihrer Pflege befindet oder für diese Person handeln.³⁶⁸ Werden aber relevante Vorschläge des *Codes* nicht befolgt, so müssen diese Personengruppen, die der MCA betrifft gute Gründe nennen können, warum sie abweichend gehandelt haben.³⁶⁹ Ein Nichtbefolgen des *Codes* kann in ein Verfahren vor Gericht als Frage miteinbezogen werden, wenn es dem Gericht relevant erscheint.³⁷⁰ Haftung für ein Zuwiderhandeln gegen den *Code* an sich gibt es nicht, sehr wohl aber kann daraus die Haftung im Zusammenhang mit dem Verstoße gegen ein anderes Gesetz oder eine Pflicht des *common law* entstehen.³⁷¹ Zu den Personengruppen die sich an den *Code* zu halten haben, gehören *attorneys*³⁷², *deputies*³⁷³, IMCAs³⁷⁴, jemand, der Forschung im Einklang mit den Vorgaben des MCA durchführt, medizinisches Personal, Sozialarbeiter und andere Personen,

³⁶⁶ Ashton (Hrsg), Mental Capacity Act: The new Law 61.

³⁶⁷ Ashton (Hrsg), Mental Capacity Act: The new Law 58.

³⁶⁸ Code of Practice, 1.

³⁶⁹ Code of Practice, 1.

³⁷⁰ Mental Capacity Act 2005, s 42 (5).

³⁷¹ Ashton (Hrsg), Mental Capacity Act: The new Law 59f.

³⁷² Solche, die im Rahmen von Lasting Powers of Attorney (LPA) bestellt wurden und auch in dieser Funktion handeln.

³⁷³ Diese werden vom Court of Protection bestellt.

³⁷⁴ *Independent Mental Capacity Advocates*.

die mit der Pflege von geistig unzurechnungsfähigen Personen betraut sind, wie etwa Heimpflegekräfte oder andere im Haushalt angestellte Personen.³⁷⁵ Diese Aufzählung ist nicht abschließend, sondern soll nur einen Überblick geben, denn der MCA wendet sich, sehr allgemein gesprochen, an jeden, der mit Personen zu tun hat, denen die geistige Zurechnungsfähigkeit fehlt, wozu etwa auch Familienangehörige der betroffenen Person zu zählen sind.

Die Patientenverfügung wurde im Rahmen des MCA in England erstmals gesetzlich verankert und ist in den s 24 – 26 des *Acts* als *advance decision to refuse treatment* geregelt. Der MCA regelt aber nicht nur die Patientenverfügung allein, sondern auch andere Rechtsinstitute, darunter ua die Vorsorgevollmacht. Diese ist aber in England keineswegs eine neues Rechtsinstitut, noch wird sie im MCA erstmalig gesetzlich geregelt, denn die Vorsorgevollmacht war bisher durch den *Enduring Powers of Attorney Act 1985* geregelt, findet aber nun im MCA eine umfassende Neuregelung, die in weiterer Folge den *Enduring Powers of Attorney Act 1985* außer Kraft setzt. Außerdem wurden durch den MCA sog *deputies* eingeführt, die vom Gericht für eine geistig unzurechnungsfähige Person bestellt werden, um für diese entscheiden zu können. Außerdem wurde auch ein neuer *Court of Protection* eingeführt, der für Angelegenheiten des MCA zuständig ist.

Ziel der Regelung von *advance decisions* im MCA war einerseits deren gesetzliche Festschreibung und andererseits das Bedürfnis nach Klarstellung der derzeitigen Regeln des *common law*.³⁷⁶ Das soll, ebenso wie das PatVG in Österreich, Rechtssicherheit für den Einzelnen bringen und einen Rahmen bieten, in dem man wirksame *advance decisions* errichten kann. Inwieweit dieser Schritt geglückt ist, ist im Rahmen der Betrachtung zu beurteilen. Vorweg nehmen kann man an dieser Stelle, dass der englische Gesetzgeber einen anderen Zugang zu diesem Thema gewählt hat als der österreichische, auch weil der Weg durch das *common law* schon in eine bestimmte Richtung geebnet war, die es galt festzuschreiben und zu konkretisieren.

Anders als in Österreich hat die *advance decision* also kein eigenes Gesetz erhalten, sondern muss sich eines mit anderen Rechtsinstituten „teilen“. Warum aber ist das so? Die Einbettung in den MCA gemeinsam mit *lasting powers of attorney*, also mit Rechtsinstituten, die in etwa mit Sachwalterschaft und Vorsorgevollmacht vergleichbar sind, ergibt sich eben daraus, dass

³⁷⁵ Code of Practice, 2.

³⁷⁶ Explanatory Notes to *Mental Capacity Act 2005* Chapter 9, 84.

dieser schlüssig und umfassend eine vorhanden Lücke ausfüllen soll. Und die *advance decision* ist ein Teil dieser Lücke, die es zu füllen galt.

3.2.3.1 Die fünf Prinzipien des Mental Capacity Act 2005

Der MCA fußt auf fünf Prinzipien, die in s 1 dargelegt sind. Diese fünf Prinzipien repräsentieren die Werte, die diesem Gesetz zugrunde gelegt wurden. Ihr Zweck ist es jene Menschen, denen die geistige Zurechnungsfähigkeit fehlt, zu schützen und sie dabei zu unterstützen so gut es geht in den Entscheidungsprozess mit einbezogen zu werden, um zu verhindern, das solche Menschen in ihrem Leben und ihren Entscheidungen zu sehr eingeschränkt und kontrolliert werden.³⁷⁷ Die Implementierung dieser Prinzipien wurde von vielen Seiten, sowohl freiwilligen und professionellen Organisationen, die mit Personen, denen die geistige Zurechnungsfähigkeit fehlt, zu tun haben, als auch MPs³⁷⁸, begrüßt.³⁷⁹ Vorgeschlagen wurde die Sinnhaftigkeit eines solchen Statements zu Beginn des Gesetzes vom *Joint Committee*, da dieses die Meinung vertrat, dass dies eine wichtige Hilfestellung für Gerichte aber auch Laien bei der Abwägung schwieriger Entscheidungen sein könne.³⁸⁰ Die Stellung dieser *section* ist dergestalt, dass Entscheidungen und Handlungen, die im Einklang mit dem MCA getroffen oder durchgeführt werden, anhand dieser fünf Prinzipien zu messen sind, die als Maßstab für Entscheidungsträger dienen.³⁸¹

1 The Principles

(1) The following principles apply for the purposes of this Act.

(2) A person must be assumed to have capacity unless it is established that he lacks capacity.

(3) A person is not to be treated as unable to make a decision unless all practicable steps to help him to do so have been taken without success.

(4) A person is not to be treated as unable to make a decision merely because he makes an unwise decision.

³⁷⁷ Code of Practice, 20.

³⁷⁸ Abkürzung für *Member of Parliament*, also Abgeordnete.

³⁷⁹ Ashton (Hrsg), *Mental Capacity Act: The new Law* 63f.

³⁸⁰ Jones, *Mental Capacity Act Manual* (2005) 9-9.

³⁸¹ Jones, *Mental Capacity Act Manual* 9-9.

(5) *An act done, or decision made, under this Act for or on behalf of a person who lacks capacity must be done, or made, in his best interests.*

(6) *Before the act is done, or the decision made, regard must be had to whether the purpose for which it is needed can be as effectively achieved in a way that is less restrictive of the person's rights and freedom of action.*

Das erste Prinzip besagt, dass bis zu dem Zeitpunkt, zu dem das Gegenteil erwiesen ist, angenommen werden muss, dass eine Person geistig zurechnungsfähig ist. Es gibt im Gesetz also eine Vermutung der geistigen Zurechnungsfähigkeit. Damit soll festgehalten werden, dass jeder Mensch das Recht hat seine eigenen Entscheidungen zu treffen, außer eben wenn die nötige geistige Zurechnungsfähigkeit fehlt. Dabei handelt es sich um ein Grundprinzip des *common law*, das seit vielen Jahren existiert und das jetzt im MCA festgehalten wurde.³⁸² Dabei geht es um die geistige Zurechnungsfähigkeit eine bestimmte Entscheidung zu einem relevanten Zeitpunkt selbst treffen zu können.³⁸³ Eine Person iSd MCA ist jeder, der sechzehn und älter ist.³⁸⁴ Die Annahme der geistigen Zurechnungsfähigkeit kann nur dann aufgehoben werden, wenn bei der betroffenen Person tatsächlich die fehlende geistige Zurechnungsfähigkeit festgestellt wird, eine bestimmte Entscheidung zu einem relevanten Zeitpunkt eben nicht selbst entscheiden zu können.³⁸⁵ Die Beweislast, zu beweisen, dass eine bestimmte Person nicht die notwendige geistige Zurechnungsfähigkeit besitzt, obliegt der Person, die daran Zweifel äußert.³⁸⁶

Dazu wird im zweiten Prinzip als weiterer Schritt festgehalten, dass eine Person nicht als unfähig eine Entscheidung zu treffen behandelt werden darf, solange nicht alle möglichen Schritte unternommen wurden um diese Person bei der Entscheidungsfindung zu unterstützen, wobei die Verwendung des Wortes *practical* statt dem ursprünglich vorgesehenen *reasonable* den Betreuungspersonen einen viel höhere Pflicht auferlegt den Betroffenen bestmöglich bei der selbständigen Entscheidungsfindung zu unterstützen.³⁸⁷ Erst wenn all diese Schritte gescheitert sind, darf die Person als geistig unzurechnungsfähig angesehen und die

³⁸² Code of Practice, 21.

³⁸³ Ashton (Hrsg), Mental Capacity Act: The new Law 65.

³⁸⁴ Mental Capacity Act 2005, s 2 (5).

³⁸⁵ Jones, Mental Capacity Act Manual 9-9.

³⁸⁶ Dimond, Legal Aspects of Mental Capacity 28; Jones, Mental Capacity Act Manual 9-9.

³⁸⁷ Dimond, Legal Aspects of Mental Capacity 29.

Entscheidung für die Person von einem Ermächtigten³⁸⁸ getroffen werden. Dabei werden die benötigte Unterstützung und die Art derselben von Fall zu Fall variieren, entsprechend den Bedürfnissen und Umständen des Betroffenen. So kann es zB hilfreich sein einer Person die Informationen über einen längeren Zeitraum zukommen zu lassen, damit sie diese besser verarbeiten bzw verinnerlichen kann, was wiederum das tatsächliche Verständnis erhöht.³⁸⁹ Während alle durchführbaren Schritte gesetzt werden müssen, um die Person dabei zu unterstützen selbst eine Entscheidung treffen lassen zu können, so muss zugleich von den unterstützenden Personen Bedacht darauf genommen werden, dass sie den Betroffenen nicht ungebührlich in seiner Entscheidungsfindung beeinflussen.³⁹⁰ In Notfallsituationen reicht es jedoch aus den Betroffenen über die Geschehnisse, sprich Behandlungen, zu informieren und ihm zu erklären, warum diese notwendig sind.³⁹¹ Eine Entscheidungsfindung muss da also nicht erst abgewartet werden.

Das dritte Prinzip ist, dass jemand nicht als entscheidungsunfähig behandelt werden darf, nur weil er eine unvernünftige Entscheidung trifft. Es drückt also das Recht auf unvernünftige Entscheidungen aus, das seit mindestens 1850 im *common law* besteht³⁹². Denn eine geistig zurechnungsfähige Person kann und darf Entscheidungen treffen, die nicht ihrem besten Interesse entsprechen, wie das zB auch bei *advance decisions* der Fall sein kann.³⁹³ Damit soll festgehalten werden, dass jeder seine eigenen Werte und Vorstellungen hat, und eine Entscheidung schon nicht deswegen falsch ist, weil jemand anderer meint es besser zu wissen. Unterschiedliche Personen treffen unterschiedliche Entscheidungen, weil sie den Dingen unter Einbeziehung ihrer eigenen Werte und Vorlieben unterschiedlich viel Gewicht beimessen.³⁹⁴ Grund zur Sorge besteht dann, wenn jemand wiederholt unvernünftige Entscheidungen trifft, vor allem dann, wenn diese ihn selbst gefährden, etwa weil Ausgaben getätigt werden, die nicht der finanziellen Situation der Person entsprechen.

Als viertes Prinzip gilt der Grundsatz, dass eine Entscheidung, die im Rahmen dieses Gesetzes für jemanden getroffen wird, oder eine Handlung, die als Konsequenz daraus

³⁸⁸ Etwa ein *attorney* im Rahmen einer LPA, ein *court-appointed deputy*, aber auch das medizinische Personal kann Entscheidungen für einen nicht mehr einsichts- und urteilsfähigen Patienten treffen.

³⁸⁹ *Jones*, Mental Capacity Act Manual 9-9.

³⁹⁰ *Jones*, Mental Capacity Act Manual 9-10.

³⁹¹ Code of Practice, 24.

³⁹² *Ashton* (Hrsg), Mental Capacity Act: The new Law 67; *Bird v Luckie* (1850) 8 Hare 301.

³⁹³ *Dimond*, Legal Aspects of Mental Capacity 29.

³⁹⁴ *Ashton* (Hrsg), Mental Capacity Act: The new Law 66f.

getätigt wird, im Wohle, im englischen mit *best interest* beschrieben, des Patienten sein muss. Das trifft auch auf Handlungen zu, die für einen Patienten gesetzt werden. Das Wohl des Patienten hängt immer vom Einzelfall und den Umständen ab. *Best interest* ist ein Prinzip, das es ebenfalls schon im *common law* gab und das auch dort bereits eine zentrale Rolle spielte und nunmehr durch den MCA gesetzlich verankert wurde.³⁹⁵ Das Prinzip des *best interest* ist in s 4 des MCA ausführlich dargelegt. Immer wenn einer *advance decision* Folge geleistet wird, kommt das Prinzip des *best interest* nicht zur Anwendung, da die *advance decision* die selbst gewählte Entscheidung eines Erwachsenen im Besitz von *mental capacity* darstellt³⁹⁶, und es dort nicht von Relevanz ist, ob dieses selbst getroffene Entscheidung auch dem *best interest* entspricht, da dieses Prinzip nur dann von Bedeutung ist, wenn Dritte eine Entscheidung treffen.

Als fünftes und letztes Prinzip gilt, dass, wenn immer möglich, das gelindeste Mittel angewendet werden muss. Es geht darum, bei den Entscheidungen immer nach dem Mittel zu suchen, das den Patienten am wenigsten einschränkt. Das ist vor allem dann wichtig, wenn es mehrere Möglichkeiten zur Auswahl gibt. Das fünfte Prinzip darf in seiner Ausführung aber nicht dem vierten widersprechen, sondern vorrangig ist immer das Wohl, weshalb auch eine Entscheidung getroffen werden kann, die zwar nicht das gelindeste Mittel ist, aber vielmehr dem Wohl des Patienten entspricht als dies das gelindeste Mittel täte.³⁹⁷

3.2.3.2 Geistige Zurechnungsfähigkeit im englischen Recht

Vorweg ist kurz die Begriffsverwendung zu erläutern. Da es keine eindeutige Übersetzung für *mental capacity* gibt, die mit unserer Rechtsterminologie zusammenpassen würde, und außerdem hervorgehoben werden soll, dass es sich um eine andere Rechtsordnung, die zur österreichischen verschieden ist, handelt, muss man sich an dieser Stelle überlegen, mit welchem deutschen Begriff wir *mental capacity* am besten und treffendsten beschreiben können. Hier hat die Verfasserin auf die Übersetzung aus dem Wörterbuch³⁹⁸ zurückgegriffen und daher den Begriff „geistige Zurechnungsfähigkeit“ für *mental capacity* verwendet. Eine

³⁹⁵ Ashton (Hrsg), Mental Capacity Act: The new Law 69.

³⁹⁶ Code of Practice, 169.

³⁹⁷ Code of Practice, 27.

³⁹⁸ www.leo.org; wir mit der Nebenbezeichnung [law] angeführt.

andere, von verschiedenen Wörterbüchern³⁹⁹ verwendete Übersetzung, nämlich „Fassungskraft“ erscheint hingegen zu unscharf.

Wer eine *advance decision* errichten möchte, muss nach englischem Recht *mental capacity* besitzen, um dies tun zu können, da diese eine der wenigen Wirksamkeitsvoraussetzungen einer *advance decision* darstellt. Aber auch für alle anderen Belange des MCA ist die geistige Zurechnungsfähigkeit der betroffenen Person von Bedeutung. Daher muss definiert werden, was im Rahmen des MCA unter *mental capacity* zu verstehen ist bzw wann eine Person eben nicht mehr im Besitz selbiger ist.

Vorauszuschicken ist auch, dass die *mental capacity* beim Großteil jener, die eine *advance decision* errichten möchten, nicht zur Debatte stehen wird und auch bei denen, wo eine gewissen Einschränkung der *mental capacity* für gewisse Entscheidungen vorliegen mag, trotzdem noch ausreichend *mental capacity* vorhanden sein kann, um eine *advance decision* zu errichten.⁴⁰⁰ Für manche wird das hingegen nicht so deutlich sein, da sich bei ihnen nicht eindeutig feststellen lässt, ob sie geistig zurechnungsfähig sind.

Das Fehlen einer klaren gesetzlichen Definition von geistiger Zurechnungsfähigkeit (oder dem Fehlen selbiger) hat bisher für Verwirrung und auch Schwierigkeiten bei allen Beteiligten geführt, gerade wenn es darum ging festzustellen, ob eine Person nun im Besitz ausreichender geistiger Zurechnungsfähigkeit ist oder nicht.⁴⁰¹

Immanent ist dem MCA, dass bevor man entscheidet, ob jemand *mental capacity* besitzt oder nicht, alle notwendigen und möglichen Schritte zu unternehmen sind, damit die betroffene Person selbst die Entscheidung treffen kann, wobei diese Schritte in einer solchen Art und Weise getroffen werden müssen, die den Umständen des jeweiligen Einzelfalles entsprechen.⁴⁰² Dies lässt sich aus der Vermutung der geistigen Zurechnungsfähigkeit in s 1 (2) ableiten. Wie kann man nun jemandem helfen für sich selbst eine Entscheidung zu treffen? Der *Code of Practice* legt dafür einige Richtlinien aus, die von konkreten Fallbeispielen unterstützt werden. Die wichtigsten Punkte, um jemandem dabei zu helfen eine Entscheidung zu treffen sind: die relevanten Informationen bereitstellen, diese in einer angemessenen Art

³⁹⁹ www.leo.org; www.dict.cc.

⁴⁰⁰ Code of Practice, 161.

⁴⁰¹ Ashton (Hrsg), Mental Capacity Act: The new Law 71.

⁴⁰² Code of Practice. 29.

und Weise zu kommunizieren, ein zwangloses und beruhigendes Umfeld schaffen und die Person unterstützen. Dabei kommt es aber auch auf den Einzelfall, die zu treffende Entscheidung und die Zeit, in der die Entscheidung zu treffen ist, an.⁴⁰³

Dem Betroffenen die relevanten Informationen zukommen zu lassen ist wichtiger Bestandteil jeder Entscheidungsfindung. Der MCA kann aber nicht festlegen, was in jedem einzelnen Fall die für die Entscheidung wesentlichen Informationen sind, weshalb der *Code of Practice* auch hierfür Richtlinien und Hilfsmittel bereit hält. Dazu gehört, dass man sich Zeit nimmt, die wichtigen Informationen ausführlich zu erklären, gleichzeitig aber nicht mehr ins Detail zu gehen, als für die betroffene Person notwendig ist, da dies uU nur Verwirrung stiften könnte, außerdem sind die Folgen der Entscheidung zu erläutern, ebenso wie die Auswirkungen, die diese auf den Betroffenen und sein Umfeld haben können.⁴⁰⁴

Dabei ist es uU wichtig, eine auf den Einzelfall abgestimmte Kommunikationsform zu wählen, einfache Sprache zu benutzen, kulturelle, ethische oder religiöse Faktoren mit einzubeziehen und die Information so aufzubereiten – in „Häppchen“ – dass es für den Betroffenen möglichst einfach ist sie zu verstehen.⁴⁰⁵ Diese Aufzählung ist nicht als abschließend zu verstehen, sondern zeigt einige der wesentlichen Hilfsmittel auf.

In medizinischen Notfallsituationen sind diese Richtlinien nicht anzuwenden, da es in der Regel dem Wohl des Betroffenen widerspricht die Behandlung hinauszuzögern, während man ihn versucht bei der Entscheidungsfindung zu unterstützen, da dies in den meisten Fällen zu langwierig und damit mit Gefahr für Gesundheit oder sogar Leben verbunden wäre. Aber auch in solchen Fällen soll von Seiten des medizinischen Personals zumindest versucht werden, mit der betroffenen Person zu kommunizieren und sie über die Vorgänge am laufenden zu halten.⁴⁰⁶

*Mental capacity is the ability to make a decision.*⁴⁰⁷ Mit diesem kurzen Satz wird dargelegt, was *mental capacity* in seiner Grundbedeutung eigentlich heißt. Dieser Begriff beinhaltet nämlich die Fähigkeit Entscheidungen des täglichen Lebens, genauso wie schwerwiegendere, treffen zu können, aber auch Entscheidungen, die rechtliche Folgen haben können, wie etwa

⁴⁰³ Code of Practice, 30.

⁴⁰⁴ Code of Practice, 32.

⁴⁰⁵ Code of Practice, 32f.

⁴⁰⁶ Code of Practice, 31.

⁴⁰⁷ Code of Practice, 41.

eine Behandlungseinwilligung oder das Abschließen eines Vertrages.⁴⁰⁸ Die Entscheidung treffen kann man dann, ganz allgemein formuliert und ohne näher ins Detail zu gehen, wenn man in der Lage ist die Informationen zu dieser Entscheidung zu verstehen, sie verarbeiten und sie abwägen kann.

Der MCA beschreibt den Begriff der *mental capacity* in s 2 (1), der die Überschrift „*People who lack capacity*“ trägt, wie folgt: „*For the purposes of this Act, a person lacks capacity in relation to a matter if at the material time he is unable to make a decision for himself in relation to the matter because of an impairment of, or a disturbance in the functioning of, the mind or brain.*”

Dieser Paragraph definiert im Rahmen des MCA eine Person, die nicht mehr im Besitz ihrer geistigen Zurechnungsfähigkeit ist, wobei die Definition des *common law* betreffend die notwendige geistige Zurechnungsfähigkeit ein Testament zu errichten oder zu heiraten davon nicht betroffen ist.⁴⁰⁹ S 2 (1) sagt, dass die geistige Zurechnungsfähigkeit einerseits entscheidungsabhängig, also nicht generell, ist und andererseits, dass eine Störung bzw Beeinträchtigung des Geistes oder des Gehirns vorliegen muss aufgrund derer der Betroffene nicht in der Lage ist eine Entscheidung zu treffen. Gründe, warum jemand die *mental capacity* eines anderen in Frage stellt, gibt es einige. Als Beispiele wären hier etwa das Verhalten oder die Umstände der betroffenen Person, die von Dritten geäußerten Bedenken oder eine bereits bestehende Diagnose eines Krankheitsbildes, dass Einwirkung auf die *mental capacity* hat, zu nennen.⁴¹⁰ Der Grund für die Unfähigkeit eine Entscheidung zu treffen muss in einer Beeinträchtigung oder Störung des Geistes oder des Gehirns liegen, und die Überprüfung, ob eine solche vorliegt wird als sog „*diagnostic test*“ bezeichnet.⁴¹¹ Oder umgekehrt gesagt, jemandem fehlt *mental capacity*, der eine solche Beeinträchtigung hat und aufgrund dieser Beeinträchtigung nicht in der Lage ist eine Entscheidung zu treffen.⁴¹² Unter die Beschreibung „*impairment of, or a disturbance in the functioning of, the brain or mind*“ fallen eine Vielzahl an Zuständen und Krankheitsbildern, die dazu führen können, dass die betroffene Person nicht mehr in der Lage ist für sich selbst zu entscheiden, wobei manche dieser Krankheitsbilder bedeuten, dass die Person nie im Besitz geistigen

⁴⁰⁸ Code of Practice, 41.

⁴⁰⁹ Jones, Mental Capacity Act Manual 9-12.

⁴¹⁰ Code of Practice, 52f.

⁴¹¹ Explanatory Notes to *Mental Capacity Act 2005* Chapter 9, 22.

⁴¹² Code of Practice, 42.

Zurechnungsfähigkeit war, während in anderen Fällen der Betroffene seine bereits vorhandene geistige Zurechnungsfähigkeit – zeitlich begrenzt oder aber auch für immer – verloren hat.⁴¹³ Unter diese Bezeichnung der Beeinträchtigung lassen sich einige Probleme, wie etwa psychische Krankheiten, Lernschwäche, Demenz⁴¹⁴ oder Hirnschäden⁴¹⁵, subsumieren. Diese Voraussetzungen einer „*cognitive disability*“ sind weniger strikt als die Voraussetzung einer „*mental disorder*“, wie es sie im *Mental Health Act 1983* gibt, und beinhaltet auch vorübergehende Beeinträchtigungen, die etwa durch Schmerz oder Schock entstehen können.⁴¹⁶

S 2 (2) stellt dazu klar, dass es nicht von Bedeutung ist, ob diese Störung oder Beeinträchtigung dauerhaft oder nur vorübergehend ist. Dabei wird das Augenmerk auf den Zeitpunkt gelegt, in dem die Entscheidung zu treffen ist, und auf die Angelegenheit, um die es konkret geht, nicht aber auf eine theoretische Fähigkeit allgemein Entscheidungen treffen zu können.⁴¹⁷ Allerdings sollte eine Entscheidung hinausgezögert werden, wenn die geistige Zurechnungsfähigkeit der Person wiederkommen könnte und eine solche Verzögerung nicht dem besten Interesse der betroffenen Person widerspricht.⁴¹⁸ Zusammengefasst ist mit dem Begriff „*a person who lacks capacity*“ immer *a person who lacks capacity to make a particular decision or take a particular action for themselves at the time the decision or action needs to be taken*⁴¹⁹ gemeint, dh eine Person, die für eine aktuell anstehende Frage keine Entscheidung treffen kann. Die *mental capacity* in der Vergangenheit sowie die voraussichtliche *mental capacity* in der Zukunft bzw darüber bestehende Prognosen sind hier für den Begriff nicht relevant. Daraus folgt, dass eine Person dann keine *mental capacity* iSd MCA hat, auch wenn der Verlust derselben nur teilweise, vorübergehend oder schwankend, dh einmal ausgeprägter, dann wieder abgeschwächer⁴²⁰, ist, wenn sie in dem relevanten

⁴¹³ Jones, Mental Capacity Act Manual 9-12.

⁴¹⁴ Als Paradebeispiel unserer Zeit ist hier sicher die Alzheimerkrankheit zu nennen, aber auch fortschreitende Altersdemenz führt natürlich dazu, dass die geistige Zurechnungsfähigkeit verloren geht.

⁴¹⁵ Etwa in Folge eines schweren Autounfalls.

⁴¹⁶ Pattinson, Medical Law & Ethics 140; zum Konflikt zwischen MCA und Mental Health Act 2007 vgl Boyle, The Law and Incapacity Determinations: A Conflict of Governance? The Modern Law Review, 2008, 433.

⁴¹⁷ Explanatory Notes to *Mental Capacity Act 2005* Chapter 9, 21.

⁴¹⁸ Jones, Mental Capacity Act Manual 9-12.

⁴¹⁹ Code of Practice, 3

⁴²⁰ Klassisches Beispiel hierfür – und auch vom *Code of Practice* angeführt – ist jemand, der unter manischer Depression leidet, wo der Zustand der Entscheidungsfähigkeit und besonders der Abwärfähigkeit stark schwanken kann.

Moment eine Entscheidung nicht treffen kann. Es kann auch sein, dass einer Person zwar *mental capacity* für eine, etwa die Einwilligung in eine schwerwiegende medizinische Maßnahme, nicht aber unbedingt auch für eine andere Sache, etwa alltägliche Angelegenheiten und Geschäfte, fehlen kann.⁴²¹

Außerdem hält das Gesetz in s 2 (3) fest, dass *a lack of mental capacity cannot be established merely by reference to a person's age or appearance, or a condition of his, or an aspect of his behaviour, which might lead others to make unjustified assumptions about his capacity*. Der Gesetzgeber möchte hiermit Diskriminierungen und ungerechtfertigte Annahmen aufgrund der Erscheinung, aber auch aufgrund von Krankheitsbildern vermeiden, da beide keine zwingenden Gründe für eine fehlende geistige Zurechnungsfähigkeit sein müssen. Der MCA verwendet in diesem Zusammenhang den Ausdruck *appearance*, weil dieser Begriff alle Aspekte des Aussehens einer Person, wie etwa Narben, äußerliche Erscheinungen durch Behinderungen, Hautfarbe und Körperschmuck, abdeckt.⁴²² Auch der Ausdruck *condition* ist bewusst weit gefasst und beinhaltet körperliche Behinderungen, Lernschwierigkeiten und -behinderungen, altersbedingte Krankheiten, sowie vorübergehende Zustände, wie etwa Trunkenheit oder Bewusstlosigkeit.⁴²³

In Klarstellung und Ergänzung von (3) besagt (4) weiters, dass die Frage, ob einer Person *mental capacity* fehlt, im Rahmen dieses Gesetzes und unter Abwägung der Wahrscheinlichkeiten zu beantworten ist. Dieses Prinzip wird als „*principle of equal consideration*“ bezeichnet⁴²⁴, und soll dazu beitragen, dass Eindrücke, die aufgrund solcher Vorurteile entstehen, nicht in die Entscheidung über das Vorhandensein von *mental capacity* einfließen sollen. Als Beispiel beschreiben die *Explanatory Notes*, dass man nicht annehmen darf, dass nur weil eine Person unter einer Lernschwäche leidet, diese Person per se nicht in der Lage ist darüber zu entscheiden, wo sie wohnen möchte.

Wird diagnostiziert, dass der betroffenen Person tatsächlich *mental capacity* fehlt, dann führt dies dazu, dass diese Person bestimmte Entscheidungen nicht mehr treffen darf, insbesondere dann, wenn Dritte zu dem Schluss kommen, dass die Entscheidung nicht zum Wohle des Betroffenen ist.⁴²⁵ In weiterer Folge besagt Section 2 (5), dass ein Dritter, der Entscheidungen

⁴²¹ Explanatory Notes to *Mental Capacity Act 2005* Chapter 9, 21.

⁴²² Code of Practice, 43.

⁴²³ Code of Practice, 43

⁴²⁴ Explanatory Notes to *Mental Capacity Act 2005* Chapter 9, 23

⁴²⁵ Code of Practice, 52.

im Rahmen des MCA für eine geistig unzurechnungsfähige Person trifft oder in ihrem Namen Handlungen setzt, dies nicht für Personen tun darf, die das sechzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Das liegt daran, dass sechzehn- und siebzehnjährige zwar das Recht haben selbst in Heilbehandlungen einzuwilligen⁴²⁶, es aber richterlich entschieden wurde, dass nach *common law* die Möglichkeit besteht die Ablehnung einer Heilbehandlung eines sechzehn- oder siebzehnjährigen aufzuheben, wenn von der Ablehnung lebenserhaltende Maßnahmen betroffen sind, und diese Behandlung in seinem besten Interesse ist⁴²⁷. Im Gegensatz dazu können solche Entscheidungen, wenn sie von einer geistig zurechnungsfähigen Person, die achtzehn Jahre oder älter ist, getroffen werden, nicht aufgehoben werden, woraus sich auch erklärt, warum eine *advance decision* auch nur von einer Person errichtet werden kann, die achtzehn Jahre oder älter ist.⁴²⁸ Der Gesetzgeber verfolgte immer die Absicht, dass der MCA nur auf Erwachsene, die nicht mehr im Besitz ausreichender geistiger Zurechnungsfähigkeit sind, anwendbar ist, da Rechtsfragen rund um Obhut und Wohlergehen von Kindern und Jugendlichen in den Bereich des *Children Act 1989* fallen.⁴²⁹

Section 3 Abs 1 besagt: „*For the purposes of section 2⁴³⁰, a person is unable to make a decision for himself if he is unable (a) to understand the information relevant to the decision, (b) to retain that information, (c) to use or weight that information as part of the process of making the decision, or (d) to communicate his decision (whether by talking, using sign language or any other means).*”

Damit legt dieser Absatz fest, wann, dh unter welchen Umständen, eine Person nicht mehr in der Lage ist selbständig eine Entscheidung zu treffen. Damit soll ein Test geschaffen werden, der Dritte dabei unterstützt abzuschätzen und zu bemessen, ob die betroffene Person in der Lage ist eine Entscheidung zu treffen oder nicht, wobei es sich dabei um einen „funktionalen“ Test handelt, der das Hauptaugenmerk auf den Entscheidungsfindungsprozess legt.⁴³¹

Diese zweite Stufe⁴³² setzt sich dann mit der Frage auseinander, ob diese Beeinträchtigung oder Störung dazu führt, dass die Person im Entscheidungszeitpunkt nicht in der Lage ist eine

⁴²⁶ Das bedeutet in weiterer Folge, dass sie auch das Recht haben die Heilbehandlung abzulehnen.

⁴²⁷ *Re W (a minor) (medical treatment)* [1992] 4 All ER 627.

⁴²⁸ *Dimond*, Legal Aspects of Mental Capacity 35.

⁴²⁹ *Ashton* (Hrsg), Mental Capacity Act: The new Law 74.

⁴³⁰ Vgl die vorangegangenen besprochenen s 2 des *Mental Capacity Act 2005*,

⁴³¹ Explanatory Notes to *Mental Capacity Act 2005* Chapter 9, 26.

⁴³² Die erste Stufe ist der “*diagnostic test*”.

Entscheidung zu treffen. Diesbezüglich der Entscheidungsunfähigkeit werden in section 3 (1) lit a – d vier Gründe dargelegt. Die ersten drei Gründe, nämlich das Nichtverstehen der für die Entscheidung relevanten Informationen, das Merken solcher Informationen und das Anwenden bzw Abwägen solcher Informationen als Teil des Entscheidungsprozesses, wird, der Ansicht der *Explanatory Notes*⁴³³ folgend, auf die meisten Fälle zutreffen.

Nunmehr sind die ersten drei Gründe, an denen die selbständige Entscheidung einer Person scheitern kann, hier näher zu beleuchten.

Lit a nennt den ersten Grund, nämlich die Problematik, dass die betroffene Person die entscheidungsrelevanten Gründe nicht versteht. Als Zusatz dazu führt (4) aus, dass „*the information relevant to a decision includes information about the reasonably foreseeable consequences of (a) deciding on way or another, or (b) failing to make the decision*” und erweitert somit das Spektrum an Informationen, dass der Betroffenen verstehen muss, um selbst die Entscheidung treffen zu können. Das Problem des Verständnisses der entscheidungsrelevanten Informationen ist durchaus schwierig, da es wichtig ist, dass man das Verstehen und Begreifen einer Person erst dann beurteilen kann und darf, wenn diese die relevanten Informationen erhalten hat, wobei schnelle oder unzureichende Erklärungen nicht ausreichen und Teil der wesentlichen Informationen die Natur der Entscheidung, die Gründe, warum diese Entscheidung notwendig ist und die Auswirkungen einer zustimmenden, ablehnenden oder gar keiner Entscheidung sind.⁴³⁴ Informationen, die für die Entscheidung relevant sind, müssen Art der infrage stehenden Entscheidung, den Zweck selbiger und ihre Auswirkungen enthalten.⁴³⁵ Dabei ist die Schwelle des Verstehens recht niedrig angesetzt, da einfache Sprache und eine sehr allgemeine Darstellung ausreichen, ein Verstehen sämtlicher Details also nicht von Nöten ist, was wiederum dem Wunsch des Gesetzgebers entspricht zu ermöglichen, dass die Menschen möglichst viele Entscheidungen selbst treffen können.⁴³⁶ Dort, wo es um Entscheidung im Zusammenhang mit medizinischen Maßnahmen geht, ist eine allgemeine Darstellung der Art des Eingriffs, sowie dessen mögliche Folgen ausreichend.⁴³⁷ Diese Auffassung stimmt mit der der Aufklärung bei Heilbehandlungen im *common law* überein.

⁴³³ Explanatory Notes to Mental Capacity Act 2005 Chapter 9, 26.

⁴³⁴ Code of Practice, 46.

⁴³⁵ Ashton (Hrsg), Mental Capacity Act: The new Law 76.

⁴³⁶ Ashton (Hrsg), Mental Capacity Act: The new Law 76.

⁴³⁷ Jones, Mental Capacity Act Manual 9-17.

Lit b führt den zweiten Grund an, der dem selbständigen Entscheiden des Betroffenen entgegenstehen kann, nämlich die Fähigkeit die erhaltenen Informationen auch zu behalten. Das Merken und Behalten von Informationen bedeutet für die Frage der *mental capacity*, dass die betroffene Person sich die Informationen lange genug merken können muss, um eine wirksame Entscheidung treffen zu können, was auch, je nach Entscheidung, ein kürzerer Zeitraum sein kann.⁴³⁸ Dazu sagt (3) klar, dass *“the fact that a person is able to retain the information relevant to a decision for a short period only does not prevent him from being regarded as able to make the decision”*. Wer sich Informationen nur über einen kurzen Zeitraum merken kann, ist deswegen nicht schon automatisch als geistig unzurechnungsfähig einzustufen. Letztlich muss die Person die Informationen nur lange genug behalten können, um eine gültige Entscheidung treffen zu können, womit es nur von der zu treffenden Entscheidung abhängig ist, wie lange der Betroffene sich die Informationen merken können muss.⁴³⁹

Zum Abschluss nennt lit c den dritten relevanten Grund, aus dem heraus es unmöglich sein kann, dass eine selbständige Entscheidung getroffen werden kann. Lit c beschreibt die Notwendigkeit, dass der Betroffene die Informationen als Teil des Entscheidungsprozesses abwägen können muss. Das ist deswegen so wichtig, da es Personen gibt, die zwar in der Lage sind Informationen aufzunehmen und zu verstehen, diese aber aufgrund ihres Zustandes nicht verwerten können.⁴⁴⁰

Der vierte im Gesetz in lit d angeführte Grund, besagt, dass eine selbständige Entscheidung dann nicht möglich ist, wenn der Betroffene diese nicht kommunizieren kann, wobei es sich hier um eine Art „Auffangkategorie“ handelt, die nur auf eine geringe Anzahl von Fällen anwendbar ist, da dies nur Personen betrifft, die keine Entscheidung treffen können, weil sie in keiner Weise⁴⁴¹ kommunizieren können, wie etwa Personen die am sog Locked-in-

⁴³⁸ Code of Practice, 47.

⁴³⁹ Ashton (Hrsg), Mental Capacity Act: The new Law 77.

⁴⁴⁰ Code of Practice, 48; als Beispiel nennt der *of Practice* Personen mit Essstörungen, die zwar die Implikationen verstehen, die die Nahrungsverweigerung mit sich bringt, die aber aufgrund des inneren Zwanges trotzdem nicht essen können.

⁴⁴¹ Also auch nicht durch andere Kommunikationsformen als Sprechen, wie etwa, Schreiben oder Zeichensprache.

Syndrom⁴⁴² leiden, die sich in einem Koma befinden oder bewusstlos sind, und die aufgrund dieser Kommunikationsunfähigkeit als entscheidungsunfähig⁴⁴³ eingestuft werden (müssen).⁴⁴⁴ Diese zweite Stufe ist allerdings erst anwendbar, wenn alle Möglichkeiten im Rahmen von Stufe eins ausgeschöpft wurden, also die Hilfestellungen an die betroffene Person, um eine Entscheidung treffen zu können, nicht erfolgreich waren.⁴⁴⁵

In Ergänzung zu (1) sagt (2) noch: „*A person is not to be regarded as unable to understand the information relevant to a decision if he is able to understand an explanation of it given to him in a way that is appropriate to his circumstances (using simple language, visual aids or any other means).*”

Zusammengefasst gesagt, erfolgt die Überprüfung der geistigen Zurechnungsfähigkeit im Rahmen eines zweistufigen Tests⁴⁴⁶. Ein vergleichbarer Test war schon im *common law* vorhanden, wo seine Anwendung in der Entscheidung *Re C* umfassend dargelegt wurde⁴⁴⁷, der weiter oben bereits näher dargestellt wurde, und erlangt nun durch den MCA Gesetzesrang. Stufe eins stellt die oben erläuterte Frage, ob bei der betroffenen Person eine Beeinträchtigung oder Störung des Geistes oder des Gehirns vorliegt, die deren Funktionalität und Leistungsfähigkeit beeinträchtigt. Erst wenn eine Person aufgrund der in s 2 dargelegten Bestimmungen den sog „*diagnostic test*“⁴⁴⁸ erfüllt – also eine Störung vorliegt, die die fehlende geistige Zurechnungsfähigkeit eine Entscheidung zu treffen nahelegt – wird mit den Vorgaben der s 3 bewertet, ob die Person die notwendige Kompetenz hat, die fragliche Entscheidung zu treffen.⁴⁴⁹ Wird schon der Test in s 2 nicht erfüllt, so kann im Rahmen des

⁴⁴² Dabei handelt es sich um Personen, die meist in Besitz ihrer geistigen Fähigkeiten sind, aber aufgrund einer fast vollständigen Lähmung nur sehr eingeschränkt – durch Blinzeln, da das meist die einzig verbleibende Beweglichkeit darstellt – bis gar nicht mit ihrer Umwelt kommunizieren können.

⁴⁴³ Dort wo noch ein Rest an Kommunikationsmöglichkeiten vorhanden ist, ist diese Person nicht unter § 3 Abs 1 lit d des Mental Capacity Act 2005 einzuordnen.

⁴⁴⁴ Explanatory Notes to Mental Capacity Act 2005 Chapter 9, 27.

⁴⁴⁵ Code of Practice, 45.

⁴⁴⁶ Code of Practice, 44f.

⁴⁴⁷ *Brazier/Cave, Medicine, Patients and the Law*⁴ (2007) 126.

⁴⁴⁸ Explanatory Notes to *Mental Capacity Act 2005* Chapter 9, 22.

⁴⁴⁹ *Jones, Mental Capacity Act Manual* 9-12.

MCA keine fehlende geistige Zurechnungsfähigkeit festgestellt werden⁴⁵⁰, da die Bewertung nach s 3 überhaupt erst nach positiver Bewertung von s 2 erfolgen kann.

Dieser zweistufige Test führt dazu, dass eine Person nicht schon aufgrund einer bestimmten Krankheit oder Beeinträchtigung für alle künftigen Entscheidungen als geistig unzurechnungsfähig eingestuft werden kann, sondern die geistige Zurechnungsfähigkeit von Personen, die irgendeine Art von geistiger Beeinträchtigung haben, in Bezug auf jede zu treffende Entscheidung zu bewerten ist.⁴⁵¹ Der Gesetzgeber wollte auf diesem Weg außerdem verhindern, dass eine zu große Anzahl an Personen – schon allein wegen unvernünftiger oder unüblicher Entscheidungen – als geistig unzurechnungsfähig angesehen werden würde, wenn keine Hemmschwelle, nach der erst eine „*mental disability*“⁴⁵² vorhanden sein muss bevor die geistige Zurechnungsfähigkeit beurteilt werden kann, im Gesetz vorhanden ist.⁴⁵³

Im Einklang mit dem bereits weiter oben angeführten funktionalen Zugang wird es von der zu treffenden Entscheidung abhängen, wer die geistige Zurechnungsfähigkeit des Betroffenen beurteilt.⁴⁵⁴ Dies ist bei täglichen Entscheidungen, jene Person, die mit der Pflege des Betroffenen betraut ist. Dort, wo es um die Einwilligung in medizinische Maßnahmen geht, liegt es bei dem Arzt, der die Behandlung vorschlägt, zu beurteilen, ob der Patient die notwendige geistige Zurechnungsfähigkeit besitzt, um in die Behandlung einzuwilligen, geht es um rechtliche Angelegenheiten, so obliegt die Beurteilung dem betrauten Anwalt.⁴⁵⁵ Es kann natürlich sein, dass es die Umstände erfordern, dass zur Beurteilung der *mental capacity* ein Fachmann herangezogen wird, was zB dann der Fall sein kann, wenn die zu treffende Entscheidung kompliziert ist oder schwerwiegende Konsequenzen hat, ein Dritter die fehlende *mental capacity* feststellt und die betroffene Person diese Entscheidung anfecht oder die betreuenden Personen und Familienmitglieder sich nicht einigen können.⁴⁵⁶ Das sind nur einige Beispiele. Fachmann, im englischen *professional*, ist hier ein weiter Begriff, denn das

⁴⁵⁰ Jones, Mental Capacity Act Manual 9-12.

⁴⁵¹ Ashton (Hrsg), Mental Capacity Act: The new Law 72; sog „*functional approach*“.

⁴⁵² Die Bezeichnung „*mental disability*“ wird vom Gesetz selbst nicht verwendet, sondern der MCA umschreibt diesen Begriff mit „*an impairment of, or a disturbance in the functionin of, the mind or brain*“, da dadurch eine Vielzahl an Zuständen abgedeckt werden kann.

⁴⁵³ Ashton (Hrsg), Mental Capacity Act: The new Law 73.

⁴⁵⁴ Ashton (Hrsg), Mental Capacity Act: The new Law 81.

⁴⁵⁵ Ashton (Hrsg), Mental Capacity Act: The new Law 81.

⁴⁵⁶ Code of Practice, 59f.

kann genauso der Allgemeinmediziner sein, wie ein Spezialist, wenn der Betroffenen unter einer besonderen Krankheit leidet, und er muss in jedem Fall eine gründliche Untersuchung durchführen und darf keine Meinung abgeben, bevor er diese Untersuchung nicht durchgeführt hat.⁴⁵⁷ Grundsätzlich gilt: je schwerwiegender die zu treffende Entscheidung, desto formaler muss die Beurteilung der geistigen Zurechnungsfähigkeit ausfallen.

Bei Entscheidungen, die die Pflege oder Behandlung der betroffenen Person betreffen, muss der Beurteilende „*reasonable belief*“ über die fehlende *mental capacity* haben. Die Personen, die mit der Beurteilung der *mental capacity* beauftragt sind, sind vor Haftungsfragen geschützt, wenn sie eben gute Gründe haben, das Vorliegen der *mental capacity* zu verneinen.⁴⁵⁸ Um aber zu diesem „*reasonable belief*“ zu gelangen, müssen sie aber zuerst „*reasonable steps*“ vornehmen um die Entscheidungsunfähigkeit der betroffenen Person feststellen zu können, wobei es sich dabei nicht um einen formalen Prozess handelt, wie etwa die Heranziehung eines Professionisten um die *mental capacity* zu beurteilen, sondern sie bestimmen sich nach den Umständen des Einzelfalles und der Dringlichkeit der jeweiligen Situation.⁴⁵⁹

Die geistige Zurechnungsfähigkeit als Wirksamkeitsvoraussetzung einer *advance decision* wird in der Regel erst ex post beurteilt werden, nämlich dann, wenn die *advance decision* tatsächlich zum Tragen kommen soll. Überhaupt werden sich in den meisten Fällen nur dort Zweifel an der geistigen Zurechnungsfähigkeit auftun, wo es jemanden gibt, der die *advance decision* selbst anzweifelt, weil er mit ihren Konsequenzen, wie etwa dem möglichen Tod des Patienten, nicht einverstanden ist. Wenn man auf Nummer sicher gehen möchte, dann sollte man sich die *mental capacity*, etwa durch ein ärztliches Gutachten, nachweisen lassen. Das kann vor allem in jenen Fällen von Bedeutung sein, wo mit einer Anfechtung der *advance decision* zu rechnen ist. Nie außer Acht lassen darf man, dass sich die *mental capacity* jederzeit ändern kann, dh dass sie sich verschlechtern, aber auch verbessern kann, und das die *mental capacity* im Zeitpunkt der Errichtung für die Beurteilung der *advance decision* von Bedeutung ist. Die dargelegten Grundsätze, wie etwa das immer von der Annahme auszugehen ist, dass die betroffene Person im Besitz von *mental capacity* ist, außer es liegen

⁴⁵⁷ Code of Practice, 59.

⁴⁵⁸ Code of Practice, 55.

⁴⁵⁹ Code of Practice, 55f.

gute Gründe für eine gegenteilige Annahme vor, trifft natürlich auch in Bezug auf *advance decisions* zu.

3.2.3.3 Was ist eine *advance decision* iSd *Mental Capacity Act 2005*?

Oftmals verhält es sich so, dass eine erwachsene Person an ihrem Lebensende – aber nicht nur dort – nicht mehr im Besitz ihrer geistigen Zurechnungsfähigkeit ist und es für diese Personen sehr wichtig ist, ob sie sich auf im Zustand der geistigen Zurechnungsfähigkeit getroffenen Voraussetzungen verlassen kann.⁴⁶⁰ Eine *advance decision* stellt einen Teilaspekt der Selbstbestimmung jedes erwachsenen und geistig zurechnungsfähigen Menschen dar.⁴⁶¹ Wie schon eingangs erwähnt, wird sie in den *sections* 24 – 26 des MCA gesetzlich geregelt und schon die Überschrift dieses Abschnitts mit dem Titel „*advance decision to refuse treatment*“ fasst im Kern zusammen, worum es hier geht. Dabei behandelt s 24 die *advance decision* im Allgemeinen⁴⁶², s 25 geht auf die Frage der Gültigkeit und Anwendbarkeit von *advance decisions* ein, wovon auch *advance decisions to refuse life-sustaining treatment* erfasst sind⁴⁶³ und s 26 setzt sich mit den Auswirkungen einer *advance decision* auseinander⁴⁶⁴.

Um eine *advance decision* zu definieren, ist es ratsam als ersten Schritt ihre gesetzliche Definition zu betrachten. Der MCA beschreibt in Section 24 (1) im genauen Wortlaut eine *advance decision* wie folgt: „*Advance decision means a decision made by a person (P)*⁴⁶⁵ *after he has reached 18 and when he has capacity to do so, that if (a) at a later time an in such circumstances as he may specify, a special treatment is proposed to be carried out or continued by a person providing health care for him, and (b) at that time he lacks capacity to consent to the carrying out or continuation of the treatment, the specified treatment is not to be carried out or continued.*”

⁴⁶⁰ Young, *Medically Assisted Death* (2007) 155.

⁴⁶¹ Ashton (Hrsg), *Mental Capacity Act: The new Law* 199.

⁴⁶² Der Titel dieser *section* lautet: „*Advance decision to refuse treatment: general*”.

⁴⁶³ Der Titel dieser *section* lautet: „*Validity and applicability of advance decisions*”.

⁴⁶⁴ Der Titel dieser *section* lautet: „*Effect of advance decisions*”.

⁴⁶⁵ Mit dem Buchstaben „P“ wird im *Mental Capacity Act 2005* das englische Wort „*person*“ abgekürzt, mit dem der Errichter einer *advance decision* gemeint ist.

Wie auch in den Materialien angemerkt⁴⁶⁶, werden die wesentlichen Eigenschaften einer *advance decision* in diesem Absatz zusammengefasst. Diese im Gesetz verankerte Definition von *advance decisions* erlaubt nur „negative“ Entscheidungen, also eine Behandlungsablehnung.⁴⁶⁷ Konkret handelt sich dabei um eine Behandlungsablehnung⁴⁶⁸ im Voraus durch eine Person, die 18 Jahre oder älter und geistig zurechnungsfähig ist, für den Fall, dass der Betroffene im Zeitpunkt, in dem er eben diese Entscheidung treffen muss, nicht mehr im Besitz geistiger Zurechnungsfähigkeit ist, unter der Voraussetzungen, dass die in der *advance decision* vorgeschriebenen Umstände zutreffen.

Eines der Grundprinzipien des Rechts ist es, dass Patienten das Recht haben Behandlungen zuzustimmen oder sie abzulehnen.⁴⁶⁹ Dies gilt jedoch nur dann, wenn sie auch geistig zurechnungsfähig sind. Aus diesem Grundprinzip leitet sich in weiterer Folge auch die *advance decision* ab, da die Gerichte auch das Recht des Patienten anerkannten im Voraus Behandlungen abzulehnen, und dass diese Ablehnung auch nach Verlust der geistigen Zurechnungsfähigkeit des Patienten ihre Gültigkeit behält, auch wenn dies den Tod des Patienten zur Folge hat. Zum allerersten Mal mussten sich die Richter im Rahmen von *Re C (Adult: Refusal of Medical Treatment)* mit der Rechtsgültigkeit von *advance decisions* auseinander setzen.⁴⁷⁰ In weiteren Entscheidungen⁴⁷¹ wurden die Kriterien ausgearbeitet, die vorliegen müssen, damit eine *advance decision* gültig ist. Damit wurde im *common law* einer gültigen und anwendbaren *advance decision* dieselbe Rechtskraft zuerkannt wie einer aktuellen Entscheidung.⁴⁷²

Zu betonen ist, dass mit einer *advance decision* nur Behandlungen abgelehnt werden können, wobei die Behandlung, die abgelehnt wird, sowie die Umstände, wann diese Ablehnung anzuwenden ist, zu spezifizieren sind.⁴⁷³ Niemand hat das Recht bestimmte Behandlungen zu

⁴⁶⁶ Explanatory Notes to *Mental Capacity Act 2005* Chapter 9, 85.

⁴⁶⁷ Herring, *Medical Law and Ethics*² 158.

⁴⁶⁸ Wichtig ist, dass hier, wie auch im österreichischen Recht, die Behandlungseinwilligung im Voraus nicht gültiger Inhalt einer *advance decision* sein kann.

⁴⁶⁹ Code of Practice, 159.

⁴⁷⁰ Jones, *Mental Capacity Act Manual* 9-62.

⁴⁷¹ *Re AK (Medical Treatment: Consent)* [2001] 1 F.L.R. 129; *HE v. A Hospital Trust* [2003] E.W.H.C 1017; [2003] 2 F.L.R. 408.

⁴⁷² Code of Practice, 160.

⁴⁷³ Ashton (Hrsg), *Mental Capacity Act: The new Law* 200.

verlangen, auch nicht im Rahmen einer *advance decision*.⁴⁷⁴ Denn das Verabreichen von Behandlungen fällt in die Sorgfaltspflicht des Arztes, die er dem Patienten gegenüber zu erfüllen hat, da der Arzt von Rechts wegen die Pflicht hat im besten Interesse bzw Wohle des Patienten zu handeln.⁴⁷⁵ Wird im Rahmen einer *advance decision* eine bestimmte Behandlung verlangt, so ist diesem Verlangen keine Rechtskraft zuzumessen. Jedoch kann es als Wunsch des Patienten in die Abwägungen im Rahmen des *best interest* einfließen. Außerdem besteht die Möglichkeit ein sogenanntes *advance statement* zu errichten, in dem man Wünsche oder Vorlieben festhält⁴⁷⁶, und zwar nicht nur in Bezug auf medizinische Behandlungen, sondern auf das Wohlbefinden im Allgemeinen. Dieses *advance statement* ist zu berücksichtigen, wenn es nicht im Widerspruch zu dem Wohl des Patienten steht.

Es ist jedem Einzelnen überlassen, ob er eine *advance decision* verfassen möchte oder nicht. Jeder hat das Recht dazu, egal ob bereits eine Krankheit vorhanden ist, die zu dieser Entscheidung veranlasst, oder ob man vollkommen gesund ist, umgekehrt gibt es aber auch keine rechtliche Verpflichtung dies zu tun.⁴⁷⁷ Eine gültige und anwendbare *advance decision* hat Rechtskraft und muss vom medizinischen Personal befolgt werden, da anderenfalls strafrechtliche Verfolgung bzw zivilrechtliche Haftung droht.

Das Prinzip des *best interest* ist bei *advance decisions* nicht mehr anwendbar, da der Patient seine *best interests* durch Errichten der *advance decision* bereits festgelegt hat.⁴⁷⁸ S 5 (1) MCA besagt, dass “*if a person (“D”) does an act in connection with the care or treatment of another person (“P”), the act is one to which this section applies if (a) before doing the act, D takes reasonable steps to establish whether P lacks capacity in relation to the matter in question, and (b) when doing the act, D reasonably believes (i) that P lacks capacity in relation o the matter, and (ii) that it will be in P’s best interest for the act to be done”*”.

Durch eine gültige und anwendbare *advance decision* kann ein Arzt nicht mehr die ihm durch s 5 eingeräumte Möglichkeit, nämlich eine Behandlung, die er dem Wohl des Patienten entsprechend für die bestmögliche hält, durchzuführen.⁴⁷⁹

⁴⁷⁴ Code of Practice, 161.

⁴⁷⁵ *Samuels*, Advance decision, *Medicine, Science and the Law* 2008, 288 (289).

⁴⁷⁶ Code of Practice, 161.

⁴⁷⁷ Code of Practice, 160

⁴⁷⁸ *Jones*, Mental Capacity Act Manual 9-63.

⁴⁷⁹ Code of Practice, 168.

Abschließend ist hier noch zu erwähnen, dass die *sections*, welche sich mit der *advance decision* beschäftigen, im Rahmen der *Mental Capacity Bill*⁴⁸⁰ die umstrittensten und somit auch am meist debattierten waren, da die Befürchtung bestand, dass dadurch Euthanasie in England legalisiert werden würde.⁴⁸¹ Aufgrund dieser Befürchtungen wurden im Rahmen des Gesetzes Sicherheitsvorkehrungen, allen voran s 4 (5)⁴⁸², getroffen, um klarzustellen, dass das Gesetz in *favor vitae* ist, auch wenn es im MCA selbst keine ausdrückliche Vermutung dessen im Zusammenhang mit *advance decisions* gibt⁴⁸³. Eine Legalisierung von Euthanasie ist durch das Gesetz nicht erfolgt, weshalb diese aktive Sterbehilfe in England nach wie vor verboten ist. Es ist hier anzumerken, dass Fragen zu Thema Sterbehilfe in England zu demselben Ergebnis wie in Österreich kommen⁴⁸⁴.

3.2.3.3.1 Voraussetzungen und Inhalt

Um eine gültige und anwendbare *advance decision* errichten zu können, müssen die vom MCA vorgegebenen Voraussetzungen erfüllt werden, die in s 24 und 25 MCA festgehalten sind.⁴⁸⁵ Allerdings gibt es nicht sehr viele zwingende Voraussetzungen, womit die Hürde eine *advance decision* zu errichten nicht sehr hoch ist⁴⁸⁶. Als Ergänzung zu diesen wenigen Voraussetzungen bietet jedoch der *Code of Practice* Richtlinien an, die dem Errichter als Hilfestellung dahingehen dienen sollen, was in einer *advance decision* enthalten sein soll, um ihre Wirksamkeit bestmöglich gewährleisten zu können. Mit diesen Richtlinien wird vor allem Rechtssicherheit für den Errichter selbst angestrebt, da er drauf vertrauen darf, dass ein Befolgen selbiger dazu führt, dass die von ihm errichtete *advance decision* gültig und anwendbar ist. Deshalb ist es auch ratsam, die vom *Code of Practice* vorgegebenen Richtlinien zu befolgen, es gibt aber keine rechtliche Verbindlichkeit dies zu tun.

⁴⁸⁰ Dabei handelt es sich um den Gesetzesentwurf zum MCA.

⁴⁸¹ Dimond, Legal Aspects of Mental Capacity 193.

⁴⁸² “Where the determination relates to life-sustaining treatment he must not, in considering whether the treatment is in the best interests of the person concerned, be motivated by a desire to bring about his death.”

⁴⁸³ Herring, Medical Law and Ethics² 159.

⁴⁸⁴ Auch in England ist die passive Sterbehilfe erlaubt; vgl dazu etwa Halliday/Witteck, Decision-making at the End-of-life and the Incompetent Patient: a Comparative Approach, Medicine and Law 2003, 533.

⁴⁸⁵ Ashton (Hrsg), Mental Capacity Act: The new Law 200.

⁴⁸⁶ Abgesehen von den ebenfalls in s 25 MCA geregelten Voraussetzungen bei „*advance decisions to refuse life-sustaining treatment*“, deren gesonderte Voraussetzungen weiter unten noch ausführlich besprochen werden.

Eine *advance decision* kann nach s 24 (1) MCA nur errichten, wer einerseits das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat und andererseits im Errichtungszeitpunkt geistig zurechnungsfähig ist. Wie bereits oben andiskutiert, kann eine Person unter achtzehn keine *advance decision* errichten, obwohl der MCA an sich für Personen ab sechzehn gilt, da hier die Möglichkeit durch den obsorgetragenden Elternteil bzw das Gericht besteht eine Behandlungsablehnung aufzuheben, wenn sie dem Wohl des Minderjährigen widerspricht. Davon abgesehen wirft die Voraussetzung der Volljährigkeit keine Fragen auf.

S 24 (1) MCA normiert außerdem die Voraussetzung der geistigen Zurechnungsfähigkeit und der *Code of Practice* greift sie zur Verdeutlichung⁴⁸⁷ nochmals auf, wobei erneut hervorzuheben ist, dass der behandelnde Arzt von der geistigen Zurechnungsfähigkeit auszugehen hat⁴⁸⁸, wenn nichts vorliegt, was Gegenteiliges vermuten lassen würde. Wie die geistige Zurechnungsfähigkeit im englischen Recht im Einzelnen aussieht, wurde bereits weiter oben ausführlich dargelegt. Ein Verfahren, mit dem die geistige Zurechnungsfähigkeit im Zeitpunkt der Errichtung nachgewiesen werden muss, sieht der MCA nicht vor.⁴⁸⁹ Weiters wird in (1) festgehalten, dass es bei einer *advance decision* nur um Behandlungsablehnung geht. Die damit einhergehende Problematik betreffend Behandlungswünsche wurde bereits erläutert.

Formvorschriften sieht der MCA für *advance decisions* nicht vor, womit die Art der Errichtung, etwa mündlich oder schriftlich, grundsätzlich dem Patienten überlassen ist. Auch eine ärztliche Aufklärung und rechtliche Beratung vor Errichtung der *advance decision* sieht der MCA nicht vor⁴⁹⁰, beides wird aber vom *Code of Practice*⁴⁹¹ zumindest angeraten, da es den Betroffenen hilft, eine klarere Entscheidung treffen und die Konsequenzen besser abwägen zu können. Angeraten wird in diesem Zusammenhang auch, künftige Umstände nach Möglichkeit in die *advance decision* mit einfließen zu lassen. Dabei ist natürlich klar, dass niemand weiß, was die Zukunft bringt, aber es gibt Bereiche, wo diese Vorwegnahme geänderter Umstände durchaus Sinn macht. Das beste Beispiel ist hier, dass es ratsam ist, als Frau eine mögliche Schwangerschaft und die daraus resultierenden Konsequenzen in der

⁴⁸⁷ Code of Practice, 160.

⁴⁸⁸ In Einklang mit dem ersten Grundprinzip des MCA, welches besagt, dass immer von der geistigen Zurechnungsfähigkeit des Betroffenen auszugehen ist; vgl Kapitel dazu.

⁴⁸⁹ Jones, Mental Capacity Act Manual 9-64.

⁴⁹⁰ Jones, Mental Capacity Act Manual 9-64.

⁴⁹¹ Siehe Code of Practice, 163f.

advance decision zu berücksichtigen, da man vielleicht gar nicht mehr möchte, dass die *advance decision* im Falle einer Schwangerschaft anwendbar ist. All diese hier genannten Beispiele müssen aber nicht zwingend befolgt werden, um eine gültige *advance decision* zu verfassen.

Verfasst der Patient seine *advance decision* schriftlich, wobei er sie dabei nicht als solche bezeichnen muss⁴⁹², so hat diese natürlich aufgrund der vorlegbaren Urkunde höhere Beweiskraft⁴⁹³ als eine mündlich errichtete. Für die schriftlich errichtete *advance decision* gibt es keine Standardform, da der Inhalt auch stark von den Wünschen und den Umständen der betroffenen Person abhängt.⁴⁹⁴ Der *Code of Practice* enthält jedoch eine Liste jener Informationen, die ratsamer Weise in einer *advance decision* enthalten sein sollen.⁴⁹⁵ Zum einen sollte eine *advance decision* immer alle relevanten Daten des Errichters enthalten, wie etwa Name, Anschrift, Geburtsdatum und besondere Merkmale. Auch der Name des Hausarztes sollte in eine *advance decision* inkludiert werden. Wichtig ist, dass das Dokument ein Statement enthält, dass die *advance decision* angewendet werden soll, wenn der Errichter die *mental capacity* verliert, und ein Statement welche Behandlungen unter welchen Umständen abgelehnt werden. Außerdem sollte das Dokument mit dem Datum der Errichtung versehen werden und vom Errichter unterschrieben sein. Gibt es einen Zeugen, so soll auch dieser unterfertigen, wobei dem Zeugen nicht die Rolle zukommt, die *mental capacity* des Errichters zu bezeugen, sondern nur seine höchstpersönliche Unterschrift. Des Weiteren gibt es Vorlagen⁴⁹⁶, nach deren Vorbild man seine *advance decision* errichten kann. Letztlich ist es wichtig, dass für den behandelnden Arzt die Wünsche des Patienten, sowie die abgelehnten Behandlungen und die Umstände, in denen die *advance decision* anwendbar sein soll, klar erkennbar sind.⁴⁹⁷

Bei einer mündlich errichteten *advance decision* gibt es keine Vorlagen, und sie ist wesentlich schwerer nachzuweisen, weshalb medizinisches Personal überlegen muss, ob eine mündliche

⁴⁹² Jones, Mental Capacity Act Manual 9-63.

⁴⁹³ Um diese weiter zu erhöhen ist es außerdem ratsam anderen von der *advance decision* zu erzählen und diesen Personen auch mitzuteilen, wo sie aufbewahrt wird, damit sie in einem Notfall schnell auffindbar ist.

⁴⁹⁴ Code of Practice,

⁴⁹⁵ Vgl Code of Practice, 164.

⁴⁹⁶ Diese Vorlagen gab es auch schon vor dem MCA, vorgeschlagen von verschiedenen Stellen und für verschiedene Bereiche, wie etwa psychische Störungen, aber etwa auch HIV-Infektionen.

⁴⁹⁷ Dimond, Legal Aspects of Mental Capacity 196.

advance decision überhaupt existiert, und wenn ja, ob sie gültig und anwendbar ist.⁴⁹⁸ Ratsam ist es jedenfalls eine mündliche *advance decision* in die Krankenakte des Errichters aufzunehmen⁴⁹⁹, um spätere Unsicherheiten weitgehend vermeiden zu können, wobei Details wie die abgelehnten Behandlungen und die damit einhergehenden Umstände, die Entscheidung, dass diese *advance decision* wirksam werden soll, wenn der Patient die *mental capacity* verliert, wer bei dieser Aufzeichnung anwesend war und die Art und Weise wie sie von der *advance decision* erfahren haben, bei den Aufzeichnungen vermerkt werden sollten.⁵⁰⁰ Nur weil die Möglichkeit besteht eine mündliche *advance decision* zu errichten, bedeutet dies aber nicht, dass deswegen jede nebenbei getätigte Aussage schon eine *advance decision* darstellt.

Neben nur sehr eingeschränkten Formvorschriften für die Errichtung einer *advance decision* hat sich der englische Gesetzgeber auch gegen eine Registrierung entschieden.⁵⁰¹

Inhaltlich schreibt der MCA in s 24 (1)(a) fest, dass in der *advance decision* Behandlung und Umstände näher bestimmt sein müssen unter denen eine solche, für den Fall des Verlustes der geistigen Zurechnungsfähigkeit, wirksam und anwendbar werden soll. Die Behandlungen, die abgelehnt werden, müssen genau bezeichnet sein, wobei aber die allgemeine Aussage nicht behandelt zu werden an sich nicht ausreichend ist⁵⁰². Dazu bestimmt s 24 (2), dass dabei keine Fachausdrücke verwendet werden müssen, sondern Laiensprache ausreicht, wie etwa „tummy“ statt „stomach“⁵⁰³, die abgelehnte Behandlung aber klar erkennbar sein muss. Es ist ein wichtiges Detail, dass der Patient nicht die medizinische Fachsprache verwenden muss, kann jedoch zugleich zu Unklarheiten führen, was genau der Patient durch seine *advance decision* abdecken wollte.⁵⁰⁴

Eine weite Definition des Behandlungsbegriffs findet sich in s 64 (1) MCA, die besagt ‚*“treatment” includes a diagnostic or other procedure*‘. Der MCA selbst unterscheidet

⁴⁹⁸ Code of Practice, 165.

⁴⁹⁹ Vor allem dann, wenn diese vor dem behandelnden Arzt oder anderem Krankenhauspersonal errichtet wird.

⁵⁰⁰ Vgl Code of Practice, 165.

⁵⁰¹ Röthel/Heßeler, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung im englischen Erwachsenenschutzrecht: Mental Capacity Act 2005, FamRZ 2006, 529 (530).

⁵⁰² Code of Practice, 163.

⁵⁰³ Explanatory Notes to *Mental Capacity Act 2005* Chapter 9, 85.

⁵⁰⁴ Dimond, Legal Aspects of Mental Capacity 195.

zwischen „*treatment*“ und „*care*“.⁵⁰⁵ Mit einer *advance decision* können ausschließlich medizinische Maßnahmen abgelehnt werden. Maßnahmen der Pflege, wie etwa Körperhygiene, Essens- und Flüssigkeitszufuhr über den Mund und Unterbringung können mit einer *advance decision* hingegen nicht abgelehnt werden.⁵⁰⁶ Künstliche Ernährung und Flüssigkeitszufuhr⁵⁰⁷ werden als medizinische Behandlung anerkannt, da sie über Schläuche und nicht über den Mund zugeführt und klinisch überwacht werden müssen.⁵⁰⁸ Da sie somit eine medizinische Maßnahme darstellen, können sie durch eine *advance decision* abgelehnt werden, was bei Beachtung selbiger in weiterer Folge in der Regel zum Tod des Patienten führt.⁵⁰⁹

Es können sowohl Behandlungen für „körperliche“ Krankheiten als auch für psychische Störungen abgelehnt werden. Jedoch können *advance decisions* mit denen eine Behandlung psychischer Störungen abgelehnt wird, im Gegensatz zu „regulären“ *advance decisions* außer Kraft gesetzt werden, und zwar dann, wenn der Betroffene gem dem *Mental Health Act 1983* in einer Krankenanstalt festgehalten wird und dieser gem Teil 4 dieses *Act* zwangsbehandelt werden kann.⁵¹⁰ Diese Ausnahme betrifft ausschließlich die Behandlungsablehnungen betreffend psychische Störungen. Werden in derselben *advance decision* auch andere Behandlungen abgelehnt, so sind diese durch den *Mental Health Act 1983* nicht betroffen und gelten weiterhin.⁵¹¹

Werden nicht alle Voraussetzungen erfüllt, so ist keine gültige *advance decision* zustande gekommen, womit diese keinerlei Rechtskraft hat und somit nicht anwendbar ist. Dies bedeutet für den Patienten in weiterer Folge, dass die von ihm abgelehnte Behandlung maximal als geäußelter Wunsch im Rahmen der Abwägung der besten Interessen berücksichtigt werden kann.

⁵⁰⁵ Jones, Mental Capacity Act Manual 9-66.

⁵⁰⁶ Code of Practice, 167.

⁵⁰⁷ Im englischen *artificial nutrition and hydration* (AHN), bei uns als PEG-Sonde bekannt.

⁵⁰⁸ Code of Practice, 166.

⁵⁰⁹ Code of Practice, 167.

⁵¹⁰ Code of Practice, 169.

⁵¹¹ Code of Practice, 169.

3.2.3.3.2 Voraussetzungen bei einer *advance decision to refuse life-sustaining Treatment*

Während der MCA in Bezug auf allgemeine *advance decisions* im Wesentlichen den Vorgaben des *common law* folgt, und es somit kaum zwingende Voraussetzungen gibt um eine gültige *advance decision* zu errichten, so hat der Gesetzgeber bei *advance decisions*, die die Ablehnung von lebenserhaltenden Maßnahmen betreffen⁵¹², Formvorschriften eingeführt, die, um eine gültige *advance decision to refuse life-sustaining treatment* errichten zu können, eingehalten werden müssen. Das soll eine erhöhte Rechtssicherheit – für alle beteiligten Seiten – mit sich bringen, zwingt aber insbesondere den Errichter sich konkreter mit seiner *advance decision to refuse life-sustaining treatment* und der von ihm abgelehnten Behandlung auseinander zu setzen.

Der MCA definiert in s 4 (10), was unter *life-sustaining treatment* zu verstehen ist: „*Life-sustaining treatment means treatment which in the view of a person providing health care for the person concerned is necessary to sustain life.*“ Diese Entscheidung, was darunter zu verstehen ist, wird jedoch nicht nur von der Art der Behandlung abhängen, sondern auch von den Umständen in denen sie verabreicht wird, da zB Antibiotika in manchen Situationen lebenserhaltend sein können, während sie auch bei nicht lebensbedrohlichen Krankheiten eingesetzt werden können.⁵¹³

Wiederum müssen alle vom MCA vorgegebenen Voraussetzungen zwingend erfüllt werden, um eine wirksame *advance decision to refuse life-sustaining treatment* errichten zu können. Ist das nicht der Fall kommt keine wirksame *advance decision to refuse life-sustaining treatment* zustande. Vorausschickend ist noch anzumerken, warum die Absätze (5) und (6) eingeführt wurde: „*They are aimed at tipping the balance of advance decisions even further in favor of preserving life*“⁵¹⁴. Dadurch soll verhindert werden, dass eine Person aufgrund einer *advance decision* keine adäquate Behandlung bekommt, weil sie nicht wusste, dass es sich um eine lebensbedrohliche Situation handeln könnte.⁵¹⁵

S 25 (5) sagt, wann eine *advance decision to refuse life-sustaining treatment* anwendbar ist: „*An advance decision is not applicable to life-sustaining treatment unless the decision is*

⁵¹² *Advance decision to refuse life-sustaining treatment.*

⁵¹³ Code of Practice, 166.

⁵¹⁴ So formuliert vom Parliamentary Under-Secretary of State; *Hansard*, HL Vol.668, col.1486.

⁵¹⁵ *Dimond*, Legal Aspects of Mental Capacity 199.

verified by a statement by P⁵¹⁶ to the effect that it is to apply to that treatment even if the life is at risk, and the decision and statement comply with subsection (6)."

Wichtig ist, dass eine *advance decision to refuse life-sustaining treatment*, wie in s 25 (5) verlangt, die klare Aussage enthält, dass sie gerade auch dann anzuwenden ist, wenn das Leben des Errichters in Gefahr ist. Dadurch, dass der Patient diesen Beisatz „*even if the life is at risk*“ beifügen muss, damit die *advance decision to refuse life-sustaining treatment* gültig ist, kann die Problematik umgangen werden, dass manche Behandlungen manchmal als lebenserhaltend anzusehen sind, manchmal eben aber auch nicht. Der Begriff „*life*“ in (5) erfasst auch das Leben eines ungeborenen Kindes.⁵¹⁷ Es soll eine Abgrenzung zu jenen *advance decisions* geben sein, die ebenfalls diese Voraussetzungen erfüllen.

(6) normiert dann in weiterer Folge die Voraussetzungen für eine *advance decision to refuse life-sustaining treatment*: „*A decision or statement complies with this subsection only if (a) it is in writing, (b) it is signed by P or by another person in P's presence and by P's direction, (c) the signature is made or acknowledged by P in the presence of a witness, and (d) the witness signs it, or acknowledges his signature, in P's presence.*“

Die *advance decision to refuse life-sustaining treatment* unterliegt somit der Formvorschrift der Schriftlichkeit. Eine mündliche *advance decision* ist in diesem Fall nicht ausreichend, und wäre daher ungültig und nicht anwendbar. Kann der Errichter selbst nicht schreiben oder ist nicht in der Lage dazu, so kann jemand anderer für ihn den Text verfassen. In weiterer Folge muss der Errichter eigenhändig unterschreiben. Ist er dazu nicht in der Lage, kann er jemanden anweisen für ihn zu unterschreiben. Der Errichter muss die *advance decision to refuse life-sustaining treatment* außerdem in Gegenwart eines Zeugen unterschreiben oder unterschreiben lassen. Der Zeuge muss dann in weiterer Folge die *advance decision to refuse life-sustaining treatment* in Gegenwart des Errichters unterschreiben.

Eine vorangehende ärztliche Aufklärung ist auch bei der *advance decision to refuse life-sustaining treatment* nicht verpflichtend, wird aber vom *Code of Practice* ausdrücklich empfohlen, da im Rahmen der ärztlichen Aufklärung klargestellt werden kann, wann es sich etwa um lebenserhaltende Maßnahmen handelt und welche Konsequenzen deren Ablehnung nach sich zieht.

Darin besteht eine entscheidende Neuerung des *common law*. Diese ist zu begrüßen, da sich dadurch der Patient mit der Konsequenz auseinandersetzen muss, die eine *advance decision*

⁵¹⁶ Damit ist der Patient bzw Errichter gemeint.

⁵¹⁷ Jones, Mental Capacity Act Manual 9-70.

haben kann. Dadurch werden außerdem klare Verhältnisse geschaffen. Im Ergebnis bedeutet das, dass eine *advance decision*, die diesen Voraussetzungen nicht entspricht, nie zum Einsatz kommt, wenn das Leben des Patienten in Gefahr ist.

3.2.3.3.3 Gültigkeit und Anwendbarkeit von *advance decisions*

Entscheidet sich der Patient eine *advance decision* zu errichten und tut dies auch tatsächlich, so muss im Anwendungsfall geprüft werden, ob die *advance decision* gültig und anwendbar ist. Nur wenn diese beiden Voraussetzungen bejaht werden können, ist eine *advance decision* auch tatsächlich zu befolgen. Eine Voraussetzung alleine genügt allerdings nicht, um der *advance decision* entsprechend zu handeln. Wann eine *advance decision* wirksam und wann sie anwendbar ist, wird nunmehr näher erörtert.

Geregelt wird die Gültigkeit und Anwendbarkeit von *advance decisions* in s 25 (1) bis (4). In (1) wird die Haftung der behandelten Person angesprochen: „*An advance decision does not affect the liability which a person may incur for carrying out or continuing a treatment in relation to P unless the decision is at the material time (a) valid, and (b) applicable to the treatment*“. Für den Arzt, der weiß, dass sein inzwischen geistig nicht mehr zurechnungsfähiger Patient eine *advance decision* errichtet hat, gehört es zu den wichtigsten Dingen zu wissen, ob diese gültig und anwendbar ist oder nicht.⁵¹⁸ Damit wird festgehalten, dass jemand, der einen Patienten mit einer *advance decision* behandelt, nicht dafür haftbar gemacht werden kann, dass er den Patienten behandelt, außer die *advance decision* war gültig und anwendbar.⁵¹⁹ Weiß der behandelnde Arzt von der *advance decision*, so kann er den Patienten nur dann behandeln, wenn er zu dem Schluss kommt, dass diese ungültig und/oder nicht anwendbar ist. Andernfalls hat er sie zu befolgen.

In weiterer Folge wird in (2) definiert, wann eine *advance decision* ungültig ist: „*An advance decision is not valid if P (a) has withdrawn the decision at a time when he had the capacity to do so, (b) has, under a lasting power of attorney created after the advance decision was made, conferred authority on the donee (or, if more than one, any of them) to give or refuse consent to the treatment to which the advance decision relates, or (c) has done anything else clearly inconsistent with the advance decision remaining his fixed decision*“. Ungültig ist eine

⁵¹⁸ Dimond, Legal Aspects of Mental Capacity 197.

⁵¹⁹ Jones, Mental Capacity Act Manual 9-68.

advance decision somit dann, wenn sie vom Errichter widerrufen wurde, als dieser geistig noch dazu in der Lage war, wenn eine LPA, die sich auch auf die in der *advance decision* beschriebenen Behandlungen bezieht, zu einem späteren Zeitpunkt als die *advance decision* errichtet wurde, oder die Person sich im Widerspruch zu der von ihr errichteten *advance decision* verhält.⁵²⁰ Eine *advance decision* ist gem lit a ungültig, wenn sie vom Patienten widerrufen wird. Auf die Problematik des Widerrufs selbst wird im nächsten Subkapitel näher eingegangen. Zu lit b ist anzumerken, dass es ratsam wäre die *advance decision* bei Errichtung einer solchen LPA zu widerrufen, da das Risiko besteht, dass der behandelnde Arzt nicht über die LPA informiert ist.⁵²¹ Lit c bezieht sich darauf, dass ein solches widersprüchliches Verhalten auf einen Sinneswandel hindeutet, wie das etwa im Fall *HE v A Hospital NHS Trust* der Fall war.⁵²²

Der MCA sieht keine zeitliche Befristung als Gültigkeitsvoraussetzung einer *advance decision* vor, weder bei der allgemeinen noch bei jener, mit der lebenserhaltende Maßnahmen abgelehnt werden. Es wird jedoch angeraten sich in regelmäßigen Abständen mit der *advance decision* auseinanderzusetzen und diese gegebenenfalls anzupassen oder zu erneuern.⁵²³ Nur weil eine *advance decision* älteren Datums ist, ist diese deshalb nicht automatisch ungültig, die regelmäßige Überprüfung derselben erhöht aber die Wahrscheinlichkeit, dass diese als gültig angesehen wird, da dadurch Veränderungen im Leben des Betroffenen berücksichtigt werden. Denn Ansichten und Meinungen können sich mit der Zeit ändern.

Zu unterscheiden von der Gültigkeit der *advance decision* ist ihre Anwendbarkeit. Sie ist daher gesondert zu beurteilen. Ergänzend zum Gesetz legt der *Code of Practice* Richtlinien fest, wann eine *advance decision* als anwendbar zu sehen ist.

In s 25 (3) des MCA wird der erste und wichtigste Grund genannt, wann eine *advance decision* nicht anwendbar ist: „*An advance decision is not applicable to the treatment in question if at the material time P has capacity to give or refuse consent to it*“. Eine der Grundvoraussetzungen für die Anwendbarkeit einer *advance decision* ist, dass der Patient die geistige Zurechnungsfähigkeit verliert. Solange der Patient geistig zurechnungsfähig ist und

⁵²⁰ Code of Practice, 170.

⁵²¹ Jones, Mental Capacity Act Manual 9-69.

⁵²² Jones, Mental Capacity Act Manual 9-69.

⁵²³ Code of Practice, 167.

sich artikulieren kann, gelten die aktuellen Äußerungen des Patienten.⁵²⁴ Die *advance decision* wird nämlich erst mit dem Verlust der *mental capacity* anwendbar.

Anschließend normiert (4) weitere Gründe, die einer Anwendbarkeit der *advance decision* entgegen stehen: “An *advance decision* is not applicable to the treatment in question if (a) that treatment is not the treatment specified in the *advance decision*, (b) any circumstances specified in the *advance decision* are absent, or (c) there are reasonable grounds for believing that circumstances exist which P did not anticipate at the time of the *advance decision* and which would have affected his decision had he anticipated them”. Zu allererst muss die *advance decision* zu der vorgeschlagenen medizinischen Behandlung passen. Das ist dann nicht der Fall, wenn die vorgeschlagene Behandlung nicht der Behandlung in der *advance decision* entspricht.⁵²⁵ ISd lit a ist es nicht ausreichend, wenn ein Patient nur verfügt, nicht behandelt werden zu wollen, da dies zu allgemein gehalten ist und keine bestimmte Behandlung spezifiziert. Außerdem muss die *advance decision*, um anwendbar zu sein, auf die gegenständliche Situation und die derzeitigen Umstände passen. Dies trifft nicht zu, wenn die Umstände nicht jenen in der *advance decision* entsprechen.⁵²⁶ Auch lit c zielt darauf ab, dass die *advance decision*, die Umstände, in denen sie gelten soll, möglichst genau zu beschreiben ist. Des Weiteren ist die *advance decision* nicht anwendbar, wenn es gute Gründe gibt anzunehmen, dass sich die Umstände derart geändert haben⁵²⁷, dass dies die Entscheidung der betroffenen Person, hätte sie davon Kenntnis erlangt, im Zeitpunkt der Errichtung wesentlich beeinflusst hätte.⁵²⁸ In diesem Zusammenhang wird deshalb auch angeraten sich vor der Errichtung der *advance decision* einer ärztlichen Aufklärung bzw. medizinischen Beratung zu unterziehen.⁵²⁹ Allerdings muss gesagt werden, dass s 25 (4) lit c sehr vage gehalten ist, denn hier stellt sich die Frage, ob eine Hochzeit oder die Geburt eines Kindes bereits ein Verhalten darstellt, dass nicht mehr im Einklang mit der ursprünglichen *advance decision* steht.⁵³⁰ Bei lit c besteht die Annahme, dass dieser Satz sehr oft herangezogen werden wird, um damit die Ungültigkeit einer *advance decision* zu begründen,

⁵²⁴ Code of Practice, 171.

⁵²⁵ Code of Practice, 171.

⁵²⁶ Code of Practice, 171.

⁵²⁷ Als Beispiel ist hier etwa die Schwangerschaft bei einer Frau zu nennen, wo die Möglichkeit einer solchen in der eigentlichen *advance decision* keine Berücksichtigung gefunden hatte.

⁵²⁸ Code of Practice, 171.

⁵²⁹ Code of Practice, 163.

⁵³⁰ Herring, Medical Law and Ethics² 159.

da kaum ein Patient in der Lage sein wird, die exakten Umständen vorherzusehen, in denen er sich nach Verlust der geistigen Zurechnungsfähigkeit befindet.⁵³¹ Auch die Frage, ob ein Verhalten des Patienten nach Verlust der geistigen Zurechnungsfähigkeit ein mit der *advance decision* im Widerspruch stehendes Verhalten darstellen kann, ist nicht eindeutig gelöst.⁵³²

Wenn also zu entscheiden ist, ob die *advance decision* auf die vorgeschlagene Behandlung anzuwenden ist, müssen verschiedene Überlegungen angestellt werden. Diese Überlegungen betreffen die Frage, wie alt die *advance decision* eigentlich ist und ob es in der Zwischenzeit Änderungen im Leben des Patienten gegeben hat, die die Gültigkeit der *advance decision* beeinflussen könnten⁵³³ bzw ob es wesentliche Entwicklungen in der Wissenschaft gab, die der Patient nicht vorhergesehen hat.⁵³⁴

Kommt man zu dem Ergebnis, dass die gegenständliche *advance decision* gültig und anwendbar ist, gilt s 26 (1), der besagt, dass „*if P has made an advance decision which is (a) valid, and (b) applicable to a treatment, the decision has effect as if he had made it, and had had capacity to make it, at the time when the question arises whether the treatment should be carried out or continued*“. In einem solchen Fall hat die *advance decision* die gleiche Wertigkeit, wie eine Entscheidung, die im Besitz der geistigen Zurechnungsfähigkeit zu der Zeit getroffen wird, in der sich die Frage stellt.

Außerdem besagt s 26 (2), dass „*a person does not incur liability for carrying out or continuing the treatment unless, at the time, he is satisfied that an advance decision exists which is valid and applicable to the treatment*“. Damit wird die Haftung für den Behandelnden ausgeschlossen, der die *advance decision* für ungültig bzw nicht anwendbar halt und deswegen eine Behandlung durchführt.⁵³⁵ Führt er aber die Behandlung trotz Wissen über eine gültige und anwendbare *advance decision* durch, dann ist er jedenfalls zivilrechtlich – *trespass to the person* – und unter bestimmten Umständen auch strafrechtlich – *assault and battery* – haftbar.⁵³⁶ Der Begriff *satisfied* bedeutet in diesem Zusammenhang, dass der

⁵³¹ Jones, Mental Capacity Act Manual 9-70.

⁵³² Herring, Medical Law and Ethics² 159.

⁵³³ Auch hier wiederum das Beispiel der nicht antizipierten Schwangerschaft.

⁵³⁴ Code of Practice, 171.

⁵³⁵ Jones, Mental Capacity Act Manual 9-71.

⁵³⁶ Dimond, Legal Aspects of Mental Capacity 200

behandelnde Arzt die Behandlung durchführen kann, wenn er echte Zweifel an der Existenz einer gültigen und anwendbaren *advance decision* hat, sonst jedoch nicht.⁵³⁷

Gleichzeitig gibt aber gem s 26 (3), dass “*a person does not incur liability for the consequences of withholding or withdrawing a treatment from P if, at the time, he reasonably believes that an advance decision exists which is valid and applicable to the treatment*”. Dadurch wird der Behandelnde geschützt, der im Glauben an eine gültige und anwendbare *advance decision* die Behandlung nicht durchführt oder abbricht, solange er angemessene Gründe hat dieser zu glauben.⁵³⁸ Der Begriff „*reasonable believes*“ stellt einen objektiven Standard dar, was bedeutet, dass dieser „*believe*“ durch Beweise unterstützt sein muss.⁵³⁹ Interessant ist hier, dass bei diesen beiden Situationen unterschiedliche Standards angesetzt werden, nämlich zum einen *satisfaction* und zum anderen *reasonable belief*.⁵⁴⁰ Der höhere Standard in s 26 (2), nämlich *satisfaction*, erscheint insofern passend als eine gültige und anwendbare *advance decision* die selbe Wirkung entfaltet wie eine Behandlungsablehnung durch einen geistig zurechnungsfähigen Patienten und das Zuwiderhandeln gegen eine solche Ablehnung würde daher *battery* darstellen.⁵⁴¹

Der MCA sieht keine Verpflichtung der behandelnden Ärzte vor nachzuforschen, ob es eine wirksame *advance decision* gibt, da dies als zu beschwerlich für das medizinische Personal befunden wurde.⁵⁴² Erlangt der Arzt, in dessen Zuständigkeitsbereich die Durchführung der abgelehnten Behandlung liegt, aber Kenntnis von einer *advance decision*, so obliegt ihm die Verantwortung zu beurteilen, ob die *advance decision* gültig und anwendbar ist.⁵⁴³ Der Arzt muss nach seiner sachverständigen Beurteilung abwägen, ob eine *advance decision* unter den gegebenen Umständen anwendbar ist.⁵⁴⁴

Ist die *advance decision* nicht gültig oder nicht anwendbar, und kann daher nicht befolgt werden, so kommt ihr trotzdem eine gewisse Funktion zu. Sie fließt dann nämlich, als

⁵³⁷ Jones, Mental Capacity Act Manual 9-71.

⁵³⁸ Jones, Mental Capacity Act Manual 9-71.

⁵³⁹ Jones, Mental Capacity Act Manual 9-72.

⁵⁴⁰ Hope/Savulescu/Hendrick, Medical Ethics and Law – The Core Curriculum² 90.

⁵⁴¹ Hope/Savulescu/Hendrick, Medical Ethics and Law – The Core Curriculum² 90.

⁵⁴² Herring, Medical Law and Ethics² 159.

⁵⁴³ Jones, Mental Capacity Act Manual 9-71.

⁵⁴⁴ British Medical Association (Hrsg), Withholding and Withdrawing Life-prolonging Medical Treatment – Guidance for Decision Making³ (2007) 54.

Ausdruck des Patientenwunsches, in die Beurteilung mit ein, was dem *best interest* des Patienten entspricht.⁵⁴⁵ Die Ungültigkeit bzw die Nichtanwendbarkeit der *advance decision* führt außerdem nicht automatisch dazu, dass die in der *advance decision* beschriebene abgelehnte medizinische Maßnahme angewendet werden kann und soll, denn in so einem Fall muss immer der *best interest* des Patienten ermittelt werden, und diese medizinische Maßnahme entspricht diesem uU nicht.⁵⁴⁶

In Notfällen verhält es sich so, dass der Arzt den Patienten zu behandeln hat⁵⁴⁷, und die Notfallbehandlung auch nicht zugunsten einer Suche nach einer *advance decision* zu verzögern ist, vor allem dann nicht, wenn es keinerlei Hinweise auf die Existenz einer solchen gibt.⁵⁴⁸ Steht fest, dass es eine relevante *advance decision* gibt, so ist diese schnellstmöglich auf ihre Gültigkeit und Anwendbarkeit hin zu überprüfen.⁵⁴⁹ Ist die *advance decision* gültig und anwendbar, dann ist eine weitere Behandlung, die der *advance decision* widerspricht nicht fortzusetzen.⁵⁵⁰

In Streitfragen betreffend die Gültig- und Anwendbarkeit einer *advance decision* ist der *Court of Protection* anzurufen, der auch darüber entscheidet. Näheres dazu findet sich in einem eigenen Subkapitel zum *Court of Protection*.

3.2.3.3.4 Änderungen und Widerruf

Neben der Errichtung einer *advance decision* ist es wichtig sich mit der Thematik der Änderung bzw Widerrufs einer solchen auseinanderzusetzen, da sich auch hier die Frage nach Formvorschriften bzw Voraussetzungen stellt. Es muss den Betroffenen offen stehen, ihre Meinung zu ändern, da sich üblicherweise mit dem Alter bzw Veränderung der persönlichen Umstände die Ansichten und Einstellungen ändern.⁵⁵¹ Im Weiteren wird zuerst die Änderung einer *advance decision* und in Folge der Widerruf näher dargestellt.

⁵⁴⁵ Code of Practice, 172.

⁵⁴⁶ Code of Practice, 172.

⁵⁴⁷ Hier greift bei der Form der medizinischen Behandlung wieder das Prinzip des *best interest*.

⁵⁴⁸ Code of Practice, 174.

⁵⁴⁹ Code of Practice, 174.

⁵⁵⁰ Vgl s 25 (1).

⁵⁵¹ *Brazier/Cave, Medicine, Patients and the Law*⁴ 143.

Zu der Frage von Änderungen an einer bereits bestehenden *advance decision* sagt der MCA in s 24 (3), dass “*P may withdraw or alter an advance decision at any time when he has the capacity to do so*”. Nach dem Gesetz können Änderungen also jederzeit erfolgen, aber nur solange der Patient *mental capacity* hat. Es gibt keine bestimmte Vorgehensweise, die dazu befolgt werden muss. Änderungen an einer bereits bestehenden *advance decision* unterliegen ebenfalls keinen Formvorschriften. Änderungen können daher mündlich oder schriftlich erfolgen, unabhängig von der Form der zugrundeliegenden *advance decision*.⁵⁵² Soll die *advance decision* in eine *advance decision to refuse life-sustaining treatment* geändert werden, müssen bei der Änderung die zwingenden Formvorschriften für die Errichtung einer solchen speziellen *advance decision* eingehalten werden.⁵⁵³ Auch die Änderung einer *advance decision to refuse life-sustaining treatment* selbst muss den Formvorschriften einer *advance decision to refuse life-sustaining treatment* entsprechen.⁵⁵⁴

Wie im österreichischen Recht, ist auch im englischen Recht die Frage des Widerrufs von besonderem Interesse, denn gerade hier tendiert der Gesetzgeber, wie schon im österreichischen Recht aufgezeigt, gerne dazu sich eine „Hintertür“ offen zu lassen, um unter dem Deckmantel der Selbstbestimmung doch noch einen Weg zu finden grundsätzlich unerwünschte Folgen, wie die Gesundheitsschädigung oder sogar den Tod eines Patienten hintanzuhalten. Dabei stellt sich die Frage, in welcher Form der Widerruf erfolgen und ob der Patient zu diesem Zeitpunkt noch im Besitz der geistigen Zurechnungsfähigkeit sein muss.

Grundsätzlich normiert s 24 (3) des MCA das „*P may withdraw or alter an advance decision at any time when he has capacity to do so*“. Es steht dem Patient somit frei nicht nur jederzeit die *advance decision* zu ändern, sondern auch zu widerrufen. In Abs 4 ergänzt er noch durch die Worte “*a withdrawal (including partial withdrawal) need not be in writing*“, dass für den Widerruf, ebenso wie auch für die Errichtung, einer *advance decision*, keine Formvorschriften gelten, dieser also völlig formfrei erfolgen kann. Das bedeutet, dass der Widerruf mündlich oder schriftlich, aber auch durch Zerreißen der Originalurkunde erfolgen kann, wobei es außerdem ratsam ist, jeden den man von der *advance decision* in Kenntnis gesetzt hat auch

⁵⁵² Code of Practice, 168; eine mündliche *advance decision* kann daher schriftlich geändert werden und vice versa.

⁵⁵³ Code of Practice, 168.

⁵⁵⁴ Dimond, Legal Aspects of Mental Capacity 199.

über deren Widerruf in Kenntnis zu setzen.⁵⁵⁵ Auch zeitlich sind dem Widerruf keine Grenzen gesetzt, er kann, wenn der Patient geistig zurechnungsfähig ist, auch noch auf dem Weg in den OP oder kurz vor Gabe des Narkosemittels erfolgen, wobei dem medizinischen Personal anzuraten ist einen solchen Widerruf, der in der Regel mündlich erfolgen wird, schriftlich in der Krankenakte festzuhalten.⁵⁵⁶

Soweit so eindeutig könnte man jetzt vielleicht sagen, denn der Gesetzgeber verlangt nach dem Wortlaut des Gesetzes⁵⁵⁷, dass der Patient beim Widerruf noch im Besitz der entsprechenden geistigen Zurechnungsfähigkeit sein muss. Das lässt sich damit begründen, dass eine Person, wenn sie die *advance decision* widerrufen will, eine dementsprechend bewusste Entscheidung treffen muss, und um eben diese Entscheidung treffen zu können, muss sie geistig zurechnungsfähig sein.⁵⁵⁸ Daraus würde sich in weiterer Folge ergeben, dass eine *advance decision* ab dem Zeitpunkt des Verlustes der geistigen Zurechnungsfähigkeit des Errichters nicht mehr widerrufbar wäre. Das wiederum würde dazu führen, dass die *advance decision* auch gegen den Willen des nicht mehr geistig zurechnungsfähigen Patienten, umgesetzt werden müsste.⁵⁵⁹ Dies wäre eine konsequente Lösung in Bezug auf dieses Rechtsinstitut, wie sie in Österreich nicht stattgefunden hat. Da der Wortlaut hier klar ist, kommt man zu dem Ergebnis, dass der Widerruf einer *advance decision* nach dem englischen Recht nur dann erfolgen kann, wenn der Patient noch im Besitz der notwendigen geistigen Zurechnungsfähigkeit ist.

Es sind jedoch Überlegungen anzustellen, die die Angelegenheit mitunter in einem differenzierteren Licht erscheinen lassen. In der Lit wird argumentiert, dass es für die Errichtung der *advance decision* eines höheren Ausmaßes an geistiger Zurechnungsfähigkeit bedarf als für den Widerruf.⁵⁶⁰ Schon der *Court of Appeal* hat sich zur geistigen Zurechnungsfähigkeit dergestalt geäußert, dass die jeweils benötigte geistige Zurechnungsfähigkeit variieren kann, und zwar entsprechend der Schwere der Entscheidung.⁵⁶¹ Da eine Behandlungsablehnung in der Regel schwerere Konsequenzen⁵⁶²

⁵⁵⁵ Code of Practice, 167.

⁵⁵⁶ Code of Practice, 168.

⁵⁵⁷ S 24 (3) „...when he has the capacity to do so“.

⁵⁵⁸ Maclean, Med.L.Rev. 2008, 1 (19).

⁵⁵⁹ Maclean, Med.L.Rev. 2008, 1 (19); im Gegensatz zum österreichischen Recht, wo auch der nicht mehr einsichts- und urteilsfähige Patient eine Patientenverfügung widerrufen kann.

⁵⁶⁰ Maclean, Med.L.Rev. 2008, 1 (19).

⁵⁶¹ *Re T (Adult: Refusal of Treatment)* [1993] Fam. 95 at 113.

nach sich zieht als die Entscheidung für eine Behandlung, muss auch die geistige Zurechnungsfähigkeit im Zeitpunkt der Ablehnung größer sein, als im Zeitpunkt des Widerrufs dieser Ablehnung.⁵⁶³ Diese Argumentation einer abgeschwächten geistigen Zurechnungsfähigkeit steht jedoch nicht der Notwendigkeit einer geistigen Zurechnungsfähigkeit an sich bei Widerruf entgegen. Es schwächt nur die Stärke der geistigen Zurechnungsfähigkeit ab, jedoch fällt sie deswegen nicht zur Gänze weg und wird obsolet. Dieser Argumentationslinie folgend ist daher mA eine konsequente Lösung betreffend des Widerrufs gefunden worden.

Außerdem hat das Gesetz trotz der vermeintlichen Klarheit in Wahrheit Unklarheit in Bezug auf das Verhältnis geistige Zurechnungsfähigkeit – Widerrufsrecht geschaffen. Denn während in s 24 (3) die geistige Zurechnungsfähigkeit vom Gesetz verlangt wird, findet sie bei einem der Gründe für die Ungültigkeit, der ähnlich einem Widerruf ist, keine Erwähnung. S 25 (2) (c) MCA besagt, dass die *advance decision* dann nicht gültig sein soll, wenn „*P has done anything else clearly inconsistent with the advance decision remaining his fixed decision*“.⁵⁶⁴ Hier wird die geistige Zurechnungsfähigkeit nicht einmal erwähnt und auch die *Explanatory Notes* geben keine Auskunft darüber, ob sie vorhanden sein muss oder nicht, wenn der Patient eine Handlung oder ein Verhalten setzt, dass sich im Widerspruch mit der *advance decision* befindet und das daher zu deren Unwirksamkeit führt, sondern nennen als Beispiel nur eine Person mit beginnendem Verlust der geistiger Zurechnungsfähigkeit⁵⁶⁵, deren inkonsistente Handlung die *advance decision* ungültig werden lässt. Daher lässt sich auch argumentieren⁵⁶⁶, dass dieser Absatz auch auf das Verhalten nicht mehr geistig zurechnungsfähiger Personen anzuwenden ist. Gleichzeitig könnte man hier aber auch das Argument ins Feld führen, dass s 25 (2) (c) im Lichte von s 24 (3) zu interpretieren ist. Hätte dies so sein sollen, dann hätte der

⁵⁶² Etwa schwere Gesundheitsschädigung, Lebensverkürzung oder sogar Tod des Patienten, wenn keine medizinischen Maßnahmen getroffen werden.

⁵⁶³ Maclean, Med.L.Rev. 2008, 1 (20).

⁵⁶⁴ Vgl Kapitel zur Gültigkeit und Anwendbarkeit einer *advance decision*.

⁵⁶⁵ Da wie erläutert aber verschiedene Stufen der geistigen Zurechnungsfähigkeit möglich sind, ist dieses Beispiel in den Explanatory Notes nicht ausreichend, um Rückschlüsse auf die Anwendbarkeit bei gänzlichem Verlust der geistigen Zurechnungsfähigkeit ziehen zu können. Grundsätzlich vorstellbar ist, dass ein einer *advance decision* widersprechendes Verhalten sowohl von geistig zurechnungsfähigen Personen, etwa bei einem im Widerspruch zur *advance decision* stehenden Lebenswandel, als auch von geistig unzurechnungsfähigen Personen gesetzt werden kann.

⁵⁶⁶ Maclean, Med.L.Rev. 2008, 1 (20).

Gesetzgeber dies aber in s 25 (2)(c) klarstellen können, wogegen dieser sich offensichtlich entschlossen hat. Das unterstützende Argument für diese Lücke ist die Ausdrücklichkeit der geistigen Zurechnungsfähigkeit in s 24 (3) und das Fehlen selbiger in s 25 (2)(c).⁵⁶⁷

Kommt man zu dem Ergebnis, dass diese Interpretation korrekt ist, und auch der geistig unzurechnungsfähige Patient seine *advance decision* durch widersprüchliches Verhalten auch nach Verlust der geistigen Zurechnungsfähigkeit widerrufen kann, so hat auch der englische Gesetzgeber mE inkonsequent gehandelt und sich entschlossen eine Schwächung der Selbstbestimmung zum vermeintlichen Wohle des Patienten in Kauf zu nehmen. Argumentiert man aber, dass ein in Widerruf mit der *advance decision* stehendes Verhalten ohnehin nur solange gesetzt werden kann, solange die geistige Zurechnungsfähigkeit vorhanden ist, da danach gesetztes Verhalten nicht mehr als Verhalten der eigentlichen Person verstanden werden kann, so ergibt sich ein stimmiges Gesamtbild, dass einen Widerruf nur bei vorhandener geistiger Zurechnungsfähigkeit erfolgen kann.

Anzufügen ist, dass es sich mA bei dem der *advance decision* widersprechenden Verhalten um ein Verhalten handeln muss, dass vor Verlust der geistigen Zurechnungsfähigkeit gesetzt wurde. Dafür spricht einerseits der Verweis der *Explanatory Notes*⁵⁶⁸ auf die Entscheidung *HE v. A Hospital Trust*⁵⁶⁹, da im Falle dieser Entscheidung das der *advance decision* widersprechende Verhalten gesetzt wurde als sich die Patientin im Besitz ihrer geistigen Zurechnungsfähigkeit befand. Sollte auch Verhalten im Zeitpunkt der nicht mehr vorhandenen Zurechnungsfähigkeit berücksichtigt werden, so hätte der Gesetzgeber, da es nicht ausdrücklich im Gesetzestext steht, hier darauf Bezug nehmen können. Außerdem ist s 25 (2) c mE so zu interpretieren, dass damit das Verhalten einer geistig zurechnungsfähigen Person gemeint ist. Es wird jedoch an den Gerichten und der Lit liegen auf diese Frage eine schlüssige und zufriedenstellende Antwort zu finden.

3.2.3.4 Zugang einer *advance decision*

Bei einer *advance decision* stellt sich natürlich die Frage, wie die behandelnden Ärzte davon Kenntnis erlangen, dh ob sie verpflichtet sind, nach der *advance decision* zu suchen oder ob es am Patienten liegt dafür zu sorgen, dass die Ärzte Kenntnis davon erlangen.

⁵⁶⁷ Maclean, Med.L.Rev. 2008, 1 (20).

⁵⁶⁸ Explanatory Notes to *Mental Capacity Act 2005* Chapter 9, 87.

⁵⁶⁹ *HE v. A Hospital Trust* [2003] E.W.H.C 1017; [2003] 2 F.L.R. 408.

Es liegt in der Verantwortung des Errichters, dass die *advance decision* dem medizinischen Personal zur Kenntnis gebracht wird, wobei es da verschiedene Möglichkeiten gibt, wie etwa die *advance decision* der Krankenakte beizulegen oder eine Karte mit sich zu führen, die festhält, dass man eine *advance decision* errichtet hat.⁵⁷⁰ Es gibt jedoch keine Verpflichtung von Seiten der Ärzte nach einer möglichen *advance decision* zu suchen.

Erlangt jedoch der Arzt Kenntnis von ihr, so hat er, ist sie gültig und anwendbar, nach ihr zu handeln.

3.2.3.5 Übergangsbestimmungen

Wenn ein neues Gesetz in Kraft tritt, stellt sich die Frage, was mit jenen *advance decisions* geschieht, die vor den MCA errichtet wurden bzw wie sie zu behandeln sind.

Advance decisions, die vor dem Inkrafttreten des MCA errichtet wurden, können nach wie vor gültig und anwendbar sein, wenn sie den Normen des MCA entsprechen.⁵⁷¹ Da sich bei den Formvorschriften und Wirksamkeitsvoraussetzungen durch den MCA wenig bis gar nichts geändert hat, kann man annehmen, dass ein Großteil der alten *advance decisions* bestehen bleiben kann. Dennoch ist es ratsam das neue Gesetz als Anstoß zu nehmen eine bereits bestehende *advance decision* wieder zur Hand zu nehmen, zu überdenken und gegebenenfalls zu überarbeiten.

Nicht bestehen bleiben können demnach *advance decisions*, die sich mit *life-sustaining treatment* auseinandersetzen, da hier der Gesetzgeber erhöhte Formvorschriften eingeführt hat, die kaum eine vor Inkrafttreten des MCA errichtete *advance decision* erfüllen wird.

3.2.3.6 Court of Protection

Mit dem MCA wurde ua mit s 45 des MCA auch ein neuer *Court of Protection* eingerichtet. Dabei handelt es sich um ein Gericht, das sich ausschließlich mit den Angelegenheiten des MCA, also allen Angelegenheiten rund um die Thematik betreffend *mental capacity* von Erwachsenen, befasst. Dieses Gericht ersetzt den alten *Court of Protection*, dessen Zuständigkeit sich auf Eigentum und Finanzangelegenheiten bei Personen mit fehlender geistiger Zurechnungsfähigkeit beschränkte.⁵⁷² In Angelegenheiten der *mental capacity*

⁵⁷⁰ Code of Practice, 169.

⁵⁷¹ Code of Practice, 172.

⁵⁷² Code of Practice, 138.

musste bisher immer der *High Court* angerufen werden, da die anderen Gerichte nicht die Ermächtigung hatten darüber zu entscheiden.⁵⁷³ Der neue *Court of Protection* hat ein weiter gefasstes Feld an Zuständigkeiten, da die medizinische Betreuung und das Wohlergehen von Personen zu den bisherigen Zuständigkeiten hinzugekommen sind. Bei dem neuen *Court of Protection* handelt es sich um einen sog „*superior court of record*“⁵⁷⁴, der die Möglichkeit hat selbst *precedents*⁵⁷⁵ zu schaffen. Außerdem hat er dieselben Befugnisse, Rechte, Privilegien und Amtsgewalt wie der *High Court*.⁵⁷⁶

In den meisten Angelegenheiten des MCA sollten die fünf Grundprinzipien des MCA und die in Kapitel 5 und 6 des *Code of Practice* dargelegten Anleitungen⁵⁷⁷ ausreichend sein, um der betroffenen Person zu helfen, oder um in deren *best interest* Entscheidungen zu treffen bzw um Unstimmigkeiten, die es in Bezug darauf geben kann, beseitigen zu können ohne ein Gericht einschalten zu müssen.⁵⁷⁸ Trotz all dieser Richtlinien und Hilfestellungen durch den MCA und den *Code of Practice* kann es aber trotzdem Fälle geben, in denen es notwendig ist den *Court of Protection* anzurufen. Dies kann insbesondere dann notwendig sein, wenn etwa besonders schwierige Entscheidungen anstehen, Unstimmigkeiten auf keine andere Art und Weise gelöst werden können, oder bei Fällen, wo laufend Entscheidungen in Hinsicht auf das Wohlergehen der betroffenen Person, die nicht mehr selbst in der Lage dazu ist für sich zu entscheiden, getroffen werden müssen.⁵⁷⁹

Allerdings gibt es auch Angelegenheiten bei denen üblicherweise immer das Gericht angerufen wird, um einen Gerichtsbeschluss zu erwirken. Dabei handelt es sich um finanzielle Angelegenheiten und Fragen und Probleme im Zusammenhang mit vorhandenem Grundbesitz, wobei jene Fälle davon ausgenommen sind, wo es sich beim Einkommen

⁵⁷³ Ashton (Hrsg), *Mental Capacity: The new Law* 159.

⁵⁷⁴ § 45 Abs 1 *Mental Capacity Act* 2005.

⁵⁷⁵ *Precedents*, auf Deutsch Präzedenzfälle, sind richterliche Entscheidungen, die für spätere Fälle richtungsweisend und bindend sind.

⁵⁷⁶ *Code of Practice*, 138.

⁵⁷⁷ Kapitel 5 setzt sich mit der Frage nach dem *best interest* auseinander, während Kapitel 6 sich dem Problem widmet, wie Pflegekräfte, bzw allgemein Personen, die den Betroffenen unterstützen – auf welche Weise auch immer –, geschützt sind.

⁵⁷⁸ *Code of Practice*, 139.

⁵⁷⁹ *Code of Practice*, 139.

ausschließlich um staatliche Unterstützung handelt, und jene, wo ein *attorney* im Rahmen von LPA bestellt wurde, der sich um diese Angelegenheiten kümmert.⁵⁸⁰

Einen Antrag an das Gericht kann jede beliebige Person stellen. Wer das ist, wird von den Umständen abhängen. Das können Familienmitglieder sein, in Fragen der medizinischen Betreuung auch der NHS Trust, sogar der Betroffene selbst, wenn er etwa die Entscheidung, dass er nicht im Besitz von *mental capacity* ist, anfechten möchte. Dabei ist der Betroffene nur in der letztgenannten Variante auch jedenfalls Partei in dem Verfahren, während in allen anderen Fällen das Gericht darüber entscheidet, ob der Betroffene Parteistellung hat oder nicht.⁵⁸¹

Um einen Antrag einbringen zu können, muss der Antragsteller gem s 50 (2) grundsätzlich zuerst die Genehmigung beim *Court of Protection* einholen, allerdings gibt es zu dieser Regel einige Ausnahmen, die in § 50 MCA normiert sind.⁵⁸² S 50 (1) besagt, dass „*no permission is required for an application to the court for the exercise of its powers under this Act (a) by a person who lacks, or is alleged to lack, capacity, (b) if such a person has not reached 18, by anyone with parental responsibility for him, (c) by the donor or a donee of a lasting power of attorney to which the application relates, (d) by a deputy appointed by the court for a person to whom the application relates, or (e) by a person named in an existing order of the court, if the application relates to the order.*“ Dort, wo der *Court of Protection* erst seine Genehmigung zur Antragsstellung erteilen muss, muss das Gericht folgende Punkte überlegen: das Verhältnis bzw die Verbindung des Antragstellers zur betroffenen Person, die Gründe für den Antrag, ob ein Gerichtsbeschluss dem Betroffenen zugute kommt, und ob dieser Nutzen nicht auch auf anderem Wege möglich ist.⁵⁸³

Eine der wichtigsten Befugnisse⁵⁸⁴ des *Court of Protection* ist es, dass er Feststellungen betreffend der *mental capacity* einzelner Personen machen kann, also darüber entscheidet, ob jemand noch selbst in der Lage ist eine Entscheidung zu treffen oder nicht. Trifft er Entscheidungen für Personen, die nicht mehr im Besitz ihrer geistigen Zurechnungsfähigkeit sind und daher eine bestimmte Entscheidung nicht mehr selbst treffen können, so hat er in

⁵⁸⁰ Code of Practice, 139.

⁵⁸¹ Code of Practice, 140.

⁵⁸² Code of Practice, 140.

⁵⁸³ Code of Practice, 141.

⁵⁸⁴ Und gleichzeitig auch eine der wichtigsten Neuerungen.

ihrem *best interest* zu entscheiden.⁵⁸⁵ Allgemein dargestellt, hat der *Court of Protection* die Möglichkeit Feststellungen, Entscheidungen und Beschlüsse zu Fragen der finanziellen Angelegenheiten und des Wohlergehens von Personen zu fällen, denen die nötige *mental capacity* fehlt dies selbst zu tun. Außerdem kann er *deputies* bestellen, die dann für die betroffene Person die Entscheidungen treffen, wobei er diese, wenn sie sich nicht angemessen verhalten auch wieder ihres Amtes entheben kann. Auch einen *attorney*, der seinen Pflichten nicht nachkommt, kann er des Amtes entheben, da Fälle betreffend LPA ebenfalls in seinen Kompetenzbereich fallen.⁵⁸⁶

Auch für Fragen betreffend *advance decisions* ist der *Court of Protection* zuständig. S 26 (4) besagt dazu, dass „*the court may make a declaration as to whether an advance decision (a) exists; (b) is valid; (c) is applicable to a treatment*“. In Ergänzung dazu sagt s 26 (5) „*nothing in an apparent advance decision stops a person – (a) providing life-sustaining treatment, or (b) doing any act he reasonably believes to be necessary to prevent a serious deterioration in P’s condition, while a decision as respects any relevant issue is sought from the court*“. Dort, wo es Zweifel oder Uneinigkeiten betreffend der Existenz, Gültigkeit, oder Anwendbarkeit der *advance decision* gibt, kann also der *Court of Protection* Entscheidungen fällen.⁵⁸⁷ Als Beispiel hierfür ist etwa an Meinungsverschiedenheiten zwischen Verwandten und behandelnden Ärzten zu denken, ob es sich bei mündlichen Äußerungen des Patienten tatsächlich um eine *advance decision* handelt oder die Frage, ob der Patient im Zeitpunkt der Errichtung die notwendige geistige Zurechnungsfähigkeit besessen hat.⁵⁸⁸ Er kann entscheiden, ob eine *advance decision* gültig oder auf die vorgeschlagene Behandlung anwendbar ist.⁵⁸⁹ Der *Court of Protection* hat die Möglichkeit sich zu Fragen der Existenz, Wirksamkeit und Anwendbarkeit von *advance decisions* zu äußern, er hat jedoch nicht die Möglichkeit eine wirksame und anwendbare *advance decision* außer Kraft zu setzen.⁵⁹⁰ Bestehen Zweifel betreffend einer *advance decision* und wird deswegen der *Court of Protection* angerufen, so können, bis eine Entscheidung gefällt wird, lebenserhaltende Maßnahmen bzw Maßnahmen, die eine deutliche Verschlechterung des Gesundheitszustandes

⁵⁸⁵ Code of Practice, 138.

⁵⁸⁶ Ashton (Hrsg), Mental Capacity: The new Law 169.

⁵⁸⁷ Code of Practice, 177.

⁵⁸⁸ Dimond, Legal Aspects of Mental Capacity 202.

⁵⁸⁹ Dimond, Legal Aspects of Mental Capacity 201f.

⁵⁹⁰ Code of Practice, 168.

des Patienten verhindern, weiter vorgenommen werden. Außerdem sind beim *Court of Protection* Notfallsverfahren möglich, deren Service vierundzwanzig Stunden am Tag verfügbar ist.⁵⁹¹

In jenen Fällen, in denen sich ernsthafte Zweifel an einer *advance decision* ergeben haben und die auf keine andere Weise gelöst werden können, muss der *Court of Protection* angerufen werden. Dort kann man dann um eine Feststellung des Gerichtes ansuchen.⁵⁹²

3.2.3.7 Ärztliche Haftung im Zusammenhang mit *advance decisions*

Rund um eine *advance decision* ergeben sich natürlich auch Haftungsfragen, insbesondere für den behandelnden Arzt bzw das medizinische Personal. Dieses Unterkapitel fasst die bereits gewonnenen Ergebnisse zur Frage der ärztlichen Haftung im Zusammenhang mit *advance decision* noch einmal gebündelt und übersichtlich dar.⁵⁹³

Grundsätzlich muss ein Arzt bei einer gültigen und anwendbaren *advance decision* den Patienten im Einklang mit dieser behandeln. Das bedeutet in weiterer Folge, dass er die in der *advance decision* abgelehnten Behandlungen nicht durchführen darf bzw abbrechen muss, sollte er bereits mit der Behandlung begonnen haben⁵⁹⁴. Handelt der Arzt nicht der *advance decision* entsprechend, so kann dies rechtliche Folgen nach sich ziehen, und zwar konkret zivilrechtlichen Schadenersatz wegen Körperverletzung sowie strafrechtliche Verfolgung wegen Körperverletzung.⁵⁹⁵

Allerdings sind die behandelnden Ärzte bzw das medizinische Personal dann vor Haftungsfragen geschützt, wenn sie nichts von der *advance decision* wussten, oder nicht überzeugt sind, dass die *advance decision* für die konkrete Behandlung unter den konkreten Umständen gültig und anwendbar ist.⁵⁹⁶ Das bedeutet, dass wenn berechtigte Zweifel an der

⁵⁹¹ Dimond, Legal Aspects of Mental Capacity 202.

⁵⁹² Code of Practice, 175.

⁵⁹³ Eingehend mit diesem Thema beschäftigt sich dieser Artikel: Michalowski, Trial and Error at the End of Life – No Harm Done? Oxford Journal of Legal Studies, 2007, 257.

⁵⁹⁴ Etwa weil zum Zeitpunkt des Behandlungsbeginns die Existenz der *advance decision* nicht bekannt war oder es Zweifel an der Gültigkeit oder Anwendbarkeit dieser gab.

⁵⁹⁵ Code of Practice, 174.

⁵⁹⁶ Code of Practice, 1745.

advance decision bestehen⁵⁹⁷, eine weitere Behandlung – die nicht im Einklang mit der *advance decision* steht – zulässig ist und diese keine Haftung aus eigenmächtiger Heilbehandlung auslöst. Dies ist in s 26 (2) des MCA festgehalten.

Umgekehrt sind die behandelnden Ärzte und das medizinische Personal gem s 26 (3) vor Haftungsfragen geschützt, wenn sie aufgrund einer *advance decision*, die sie aus guten Gründen für gültig und anwendbar halten, nicht behandeln und sich diese dann in weiterer Folge, als ungültig oder unanwendbar entpuppt.⁵⁹⁸ Wichtig ist hier jedoch, dass sie in der Lage sein müssen, die guten Gründe, die sie an die Gültigkeit und Anwendbarkeit haben glauben lassen, zu beweisen.⁵⁹⁹ Können sie das nicht, so kann es sehr wohl zu einer Haftung der beteiligten Personen kommen.

Zweifel an der *advance decision* können sich aus verschiedenen Situationen ergeben, wie etwa Uneinigkeit zwischen den Verwandten und dem medizinischen Personal in Bezug auf die Existenz einer mündlichen *advance decision* oder Zweifel an der *mental capacity* des Patienten im Zeitpunkt der Errichtung, aber auch Anhaltspunkte für deutliche Veränderungen im Verhalten des Errichters vor Verlust der *mental capacity* können eine Meinungsänderung indizieren.⁶⁰⁰

3.2.3.8 Die *advance decision* im Verhältnis zu anderen Rechtsinstituten des Mental Capacity Act 2005

Der MCA enthält unterschiedliche Rechtsinstitute, die sich mit fehlender *mental capacity* auseinandersetzen. Schon allein deshalb kann die *advance decision* nicht isoliert betrachtet werden, sondern es muss auch das Zusammenspiel mit den anderen Rechtsinstituten beleuchtet werden. Da eine wirksame und anwendbare *advance decision* dieselbe Rechtskraft wie eine Entscheidung eines Patienten mit *mental capacity* hat, hat sie auch Auswirkungen auf andere Rechtsinstitute des MCA. Diese Auswirkung gehen sogar soweit, dass sie die Wirkung der anderen Rechtsinstitute aufheben kann. Diese Verhältnismäßigkeiten sollen im Weiteren näher dargestellt werden.

⁵⁹⁷ Diese Zweifel können sich auf Existenz, Gültigkeit, oder Anwendbarkeit beziehen.

⁵⁹⁸ Code of Practice, 175.

⁵⁹⁹ Code of Practice, 175.

⁶⁰⁰ Code of Practice, 175.

3.2.3.8.1 Advance decision – Lasting Powers of Attorney

Die Lasting Power of Attorney (LPA) ist, wie bereits oben erwähnt, ebenfalls im MCA geregelt, und zwar in Section 9 – 14. S 9 (1) besagt: „*A lasting power of attorney is a power of attorney under which the donor („P“) confers on the donee (or donees) authority to make decisions about all or any of the following (a) P’s personal welfare or specified matters concerning P’s personal welfare, and (b) P’s property and affairs or specified matters concerning P’s property and affairs, and which includes authority to make such decisions in circumstances where P no longer has capacity*“. Dabei müssen die Voraussetzungen von s 10 eingehalten werden, wie etwa, dass der *donee*, also der Bevollmächtigte mindestens achtzehn sein muss.

Viele Menschen errichten neben bzw statt einer *advance decision* eine LPA, da durch diese mehr Bereiche abgedeckt werden können, als durch eine *advance decision*. Bei LPA überträgt der Errichter einem Dritten die Vollmacht für ihn zu handeln und zu entscheiden und sie tritt in Kraft, wenn der Errichter (*donor*) seine *mental capacity* verliert.⁶⁰¹ Der Bevollmächtigte (*attorney* oder *donee* genannt) kann in Angelegenheiten betreffend Eigentum und tägliche Geschäfte, aber auch Pflege und Einwilligung in medizinische Heilbehandlungen für den Bevollmächtigenden einschreiten.⁶⁰²

Hat die betroffene Person sowohl eine LPA eingerichtet, als auch eine *advance decision* errichtet, dann gibt die zeitliche Abfolge der Errichtung Auskunft darüber, welches der beiden Rechtsinstitute Vorrang hat.

Wenn der Betroffene die LPA vor der *advance decision* errichtet hat, so geht die *advance decision* vor, dh der *attorney* kann nicht mehr in medizinische Maßnahmen einwilligen, die bereits im Rahmen der *advance decision* abgelehnt wurden.⁶⁰³ Wurde die LPA erst nach der *advance decision* errichtet, so hat erstere Vorrang, wenn der Errichter darin dem *attorney* die Befugnis gibt über die in der *advance decision* abgehandelten medizinischen Maßnahmen Entscheidungen zu treffen.⁶⁰⁴ Tut er das nicht, bleibt auch die zeitlich früher errichtete *advance decision* vorrangig.

⁶⁰¹ Code of Practice, 115.

⁶⁰² Code of Practice, 115.

⁶⁰³ Code of Practice, 168.

⁶⁰⁴ Code of Practice, 168.

Ob der Patient grundsätzlich lieber eine *advance decision* errichtet und damit selbst darüber entscheidet, welche Behandlungen wann nicht vorgenommen werden sollen, oder eine LPA bei der ein ausgewählter Dritter für ihn entscheidet, ist ihm selbst überlassen. Es gibt keine gesetzliche Verpflichtung das eine oder das andere zu errichten

3.2.3.8.2 *Advance decision – Court-appointed deputy*

Ein *court-appointed deputy* ist jemand, der vom *Court of Protection* für jemanden bestellt wird, der nicht mehr im Besitz seiner *mental capacity* ist und für den er künftig Entscheidungen trifft. Er kann dabei nur solche Entscheidungen treffen, die zu treffen er auch vom Gericht befähigt ist. Ein *deputy* wird zumeist dann bestellt, wenn nicht nur eine Entscheidung zu treffen ist, sondern fortlaufend welche anfallen.⁶⁰⁵ Bei nur einer Entscheidung würde diese vom Gericht getroffen werden, ist aber davon auszugehen, dass der Betroffene weiterhin nicht im Besitz seiner *mental capacity* sein wird, wäre es impraktikabel für jede Entscheidung das Gericht einzeln anrufen zu müssen. Als *deputy* muss gem s 19 (1) „(a) an individual who has reached 18, or (b) as respects powers in relation to property and affairs, an individual who has reached 18 or a trust corporation” bestellt werden. Außerdem darf gem s 19 (5) niemand ohne seine Zustimmung zum *deputy* bestellt werden. Weitere Voraussetzungen gibt es nicht, es wird aber angeraten, dass niemand bestellt werden soll, bei dem es aufgrund seiner sonstigen Tätigkeiten zu Interessenskonflikten kommen könnte.⁶⁰⁶ In der Regel werden Familienangehörige zum *deputy* bestellt, es kann aber auch ein Außenstehender bestellt werden, wenn dies aufgrund von besonders komplizierten Sachverhalten notwendig ist.⁶⁰⁷ Außerdem kann das Gericht gem s 19 (4) “two or more deputies to act (a) jointly, (b) jointly and severally, or (c) jointly in respect of some matters and jointly and severally in respect of others” bestellen.

⁶⁰⁵ Code of Practice, 146.

⁶⁰⁶ Der Code of Practice nennt hier als Beispiel bezahlte Pflegekräfte, wobei auch hier bei besonderen Umständen Ausnahmen gemacht werden können.

⁶⁰⁷ Code of Practice, 147.

Wird für den Betroffenen vom Gericht ein *deputy* ernannt, so kann dieser niemals seine Einwilligung zu medizinischen Maßnahmen geben, die von der betroffenen Person bereits im Rahmen einer wirksamen und anwendbaren *advance decision* abgelehnt wurden.⁶⁰⁸

3.3 Entscheidungen zur Advance Decision

Im englischen Recht spielen richterliche Entscheidungen noch eine wesentlich größere Rolle als im österreichischen Recht, da sie in vielen Bereichen das Recht repräsentieren, zumal es vielfach keine niedergeschriebenen Gesetze gibt, wie auch schon eingangs in der Einführung zum *common law system* erläutert wurde.

Da es in England *advance decisions* bereits im Rahmen des *common law* gab, welche letztlich durch den MCA gesetzlich verankert wurden, gibt es sowohl Entscheidungen vor Inkrafttreten des MCA und, in Zukunft, auch solche, die danach gefällt wurden. Das gibt hier die Möglichkeit besonders deutlich zu vergleichen, was, wenn überhaupt, sich anhand des Gesetzes in diesem Bereich geändert hat.

3.3.1 Entscheidungen vor dem Mental Capacity Act 2005

Vor Inkrafttreten des MCA wurde die damals geltende Rechtslage durch die Richtersprüche definiert, die besagten, wann einer *advance decision* welche Bedeutung und vor allem auch Wirksamkeit zukommt. Sie waren also die Grundlage, um die Rechtslage betreffend *advance decisions* beleuchten zu können, wobei einer der wichtigsten und vor allem aktuellsten Entscheidungen in diesem Zusammenhang *HE vs Hospital NHS Trust* (2003) EWHC 1017 (Fam) ist.

Alle relevanten und wegweisenden Entscheidungen zur alten Rechtslage wurden bereits im Unterkapitel zu Rechtslage vor dem MCA vorgestellt und besprochen, weshalb eine neuerliche Aufzählung hier unterbleiben kann, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden

⁶⁰⁸ Code of Practice, 168.

3.3.2 Entscheidungen auf Grundlage des Mental Capacity Act 2005

Entscheidungen sind in jeder Rechtsordnung von größter Wichtigkeit und hohem Interesse, besonders aber in England als *common law system*. Da der MCA erst im Laufe des Jahres schrittweise 2007 in Kraft getreten ist, der letzte Teil und darunter auch die *advance decision* erst im Oktober 2007, gibt es derzeit dazu noch keine Fälle, die uns bei der Auslegung des Gesetzes behilflich sein könnten.

Für grundlegende Prinzipien des *common law* ist an dieser Stelle auf die Entscheidungen vor dem Inkrafttreten des MCA zu verweisen, die die Rechtslage in Bezug auf *advance decisions* ausführlich darlegen. Diese Prinzipien wurden durch den MCA gesetzlich festgeschrieben und bleiben somit erhalten. Aufgabe der Gerichte wird es in Zukunft sein, dort, wo der MCA Fragen offen lässt, oder Unklarheiten bestehen, diese anzusprechen und durch ihre Entscheidungen das Recht weiterzuentwickeln. Die Richtung wurde also durch die Gerichte vorgegeben, vom Gesetzgeber übernommen und weitergeführt und nun darf man gespannt sein, in welcher Weise die Gerichte noch offene Frage beantwortet werden und das Recht in diesem Bereich weiterentwickelt wird.

4 EXKURS: SCHOTTLAND

4.1 Allgemeines

Da Schottland und England teilweise gemeinsame Gesetzgebung haben, sind das schottische Recht im Allgemeinen und die Patientenverfügung in Schottland im speziellen gesondert zu betrachten. Um zu zeigen, dass nicht überall das Bedürfnis besteht, die Patientenverfügung gesetzlich zu regeln, wird als kleinen Exkurs Schottland eingefügt und kurz skizziert wie dort mit der Thematik Patientenverfügung verfahren wird.

Dieser Überblick soll auch dazu dienen, die Unterschiede zwischen England und Schottland hervorzuheben, nämlich dass zwei zusammengehörende Länder, die aber doch in manchen Bereichen getrennt sind, nicht unbedingt dieselbe Lösung für dasselbe Problem finden müssen und unterschiedliche Wege gehen können.

4.2 Das schottische Rechtssystem

Auch die Schotten haben, ebenso wie die Engländer, ein *common law system*, und zwar eines das dem englischen sehr ähnlich ist und es gehört daher auch dem angelsächsischen Rechtskreis des *common law* an. Das ergibt sich bereits aus der Geschichte der Britischen Inseln, da Schottland Teil des Vereinigen Königreichs von Großbritannien ist.

Schottland hat seit dem Jahr 1999 ein eigenes Parlament⁶⁰⁹. Außerdem hat es eine eigene Regierung⁶¹⁰, die aus den Mitgliedern jener Parteien mit den meisten Sitzen im schottischen Parlament besteht und sich um jene Agenden kümmert, die ihr von England übertragen wurden⁶¹¹. Bei der schottischen Regierung handelt es sich um „*a devolved administration for Scotland, dealing with all devolved issues independently of the UK government*“⁶¹². Agenden wie Außenpolitik, Verteidigung und nationale Sicherheit sowie die Sozialversicherung bleiben aber in London bei der englischen Regierung⁶¹³.

⁶⁰⁹ <http://www.scotland.org/about/fact-file/government/scottish-parliament/>.

⁶¹⁰ Ein sog *local body*.

⁶¹¹ Die Definition für die Übertragung lautet wie folgt: „*Devolution is the delegation of power from a central government to local bodies.*“; vgl dazu <http://www.scotland.org/about/fact-file/government/>.

⁶¹² <http://www.scotland.org/about/fact-file/government/>;

⁶¹³ Diese ist das sog *central government*.

Während in einigen Bereichen die Gesetzgebung daher nach wie vor von London ausgeht, so gibt es andere Bereiche, in denen Schottland autonom ist und eigene Gesetze erlassen kann. Ein Beispiel dafür ist Gegenstand dieser Abhandlung.

4.3 Die Patientenverfügung in Schottland

4.3.1 Der Adults with Incapacity (Scotland) Act 2000

Wie auch in England herrschte in Schottland lange Zeit eine Lücke betreffend des Umgangs mit Menschen, die nicht mehr in der Lage sind selbst zu entscheiden. Auch hier gab es nur das *common law* und dieses hatte, wie auch in England, keine befriedigenden Antworten auf zahlreiche Fragen. Während sich der Prozess bis zur Realisierung des MCA in England als langwieriges und mühevolleres Unterfangen darstellte, konnte Schottland die gesetzliche Lücke rund um die Thematik betreffend Erwachsener, die nicht in der Lage sind für sich selbst zu entscheiden, schon deutlich früher schließen. Aufgrund der übertragenen Befugnisse, handelt es sich hier um einen Bereich, in dem Schottland selbständig Gesetze erlassen kann und wo umgekehrt auch die englischen Gesetze keine Rechtskraft haben.

Die Schotten haben lange vor den Engländern ein eigenes Gesetz erlassen. Der *Adults with Incapacity (Scotland) Act 2000* (AWI Act) wurde am 29.3.2000 im schottischen Parlament beschlossen und erhielt am 9.5.2000 den sog *Royal Assent*, also die königliche Zustimmung und trat 2003 schrittweise in Kraft. Dieser AWI Act folgte Empfehlungen der schottischen *Law Commission* und wurde als wichtige und dringend benötigte Reform des Rechts allgemein sehr begrüßt.⁶¹⁴ Sinn und Ziel dieses Acts ist es die Rechte und Interessen jener Erwachsenen in Schottland zu vertreten, die nicht in der Lage sind dies selbst zu tun „by reason of mental disorder or inability to communicate“.⁶¹⁵ Dieses Unvermögen seine eigenen Interessen zu vertreten wird in s 1 (6) AWI Act definiert.

Durch diesen Act können Dritte für die geschäfts- bzw einsichts- und urteilsunfähige Person Entscheidungen treffen. Erfasst davon sind Entscheidungen betreffend den Besitz und finanzielle Angelegenheiten, sowie medizinische Heilbehandlungen und Forschung.⁶¹⁶ Diese

⁶¹⁴ Ashton (Hrsg), *Mental Capacity: The new Law* 44f.

⁶¹⁵ Hope/Savulescu/Hendrick, *Medical Ethics and Law – The Core Curriculum*² 87.

⁶¹⁶ Hope/Savulescu/Hendrick, *Medical Ethics and Law – The Core Curriculum*² 87.

Entscheidungen müssen dieser Person zu Gute kommen, die Wünsche der betroffenen Person und seiner engsten Verwandten oder Betreuer berücksichtigen, die Freiheit des Betroffenen so wenig wie irgendwie möglich einschränken⁶¹⁷ und die betroffene Person dazu ermutigen die vorhandenen Fähigkeiten zu nutzen oder neue zu entwickeln.⁶¹⁸ Erwachsen ist gem s 1 (6) AWI Act jemand, der das Alter von 16 Jahren erreicht hat.

Zusätzlich gibt im AWI Act selbst Bestimmungen, sowie als Ergänzung dazu einen *Code of Practice*, wo Hilfestellungen zum Gesetz selbst gegeben und praxisnahe Informationen für jene Personen und Organisationen, denen durch den AWI Act Funktionen verliehen werden, angeboten werden.⁶¹⁹

4.3.2 Die Patientenverfügung

Nachdem überblicksmäßig die schottische Gesetzgebung zum Thema *mental capacity/incapacity* dargestellt wurde, stellt sich nun die Frage, was für eine Lösung Schottland für den Bereich der *advance decision* gefunden hat.

Die *advance decision* wird im Adults with Incapacity (Scotland) Act 2000 keiner Lösung zugeführt, da sich der AWI Act nicht direkt mit der *advance decision to refuse treatment* auseinandersetzt⁶²⁰. Der AWI Act hält jedoch fest, dass die gegenwärtigen sowie auch die früheren Wünsche des Patienten, wenn Handlungsbedarf besteht, zu berücksichtigen sind.⁶²¹

Die einzige Art von *advance decisions* in Schottland die gesetzlich geregelt sind, sind jene im Bereich der Behandlung von psychischen Störungen.⁶²² Allerdings finden *advance decisions* im *Code of Practice*, der als Ergänzung des AWI Act herausgegeben wurde, Erwähnung. Dieser besagt, dass sie „*potentially binding*“ sind und führt weiters aus, dass eine sachkundig errichtete *advance decision* ein starkes Indiz für die Wünsche des Patienten ist.⁶²³ Um jedoch die Sachkundigkeit und Gültigkeit einer solchen *advance decision* beurteilen zu können,

⁶¹⁷ Gem s 1 (3) des AWI Act.

⁶¹⁸ Ashton (Hrsg), Mental Capacity: The new Law 45.

⁶¹⁹ Ashton (Hrsg), Mental Capacity: The new Law 45.

⁶²⁰ Hope/Savulescu/Hendrick, Medical Ethics and Law – The Core Curriculum² 91.

⁶²¹ Hope/Savulescu/Hendrick, Medical Ethics and Law – The Core Curriculum² 91.

⁶²² British Medical Association (Hrsg), Withholding and Withdrawing Life-prolonging Medical Treatment – Guidance for Decision Making³ 64.

⁶²³ British Medical Association (Hrsg), Withholding and Withdrawing Life-prolonging Medical Treatment – Guidance for Decision Making³ 64f.

müssen mehrere Faktoren, wie etwa das Alter der *advance decision*, ihre Bedeutung für die Situation und damit verbundenen medizinische Bedürfnisse, ein eventueller Einfluss einer fortschreitenden Krankheit, die diese *advance decision* beeinflusst hat und die aktuellen Wünsche und Bedürfnisse des Patienten berücksichtigt werden.⁶²⁴ Aus den Aussagen des *Code of Practice*, aber auch der Bedeutung, die dem AWI Act als Gesetzgebung, die es sich zum Ziel macht die Wünsche des Einzelnen zu respektieren, innewohnt, lässt sich daher der Schluss ziehen, dass eine sachkundige *advance decision* eines geistig zurechnungsfähigen Patienten für die behandelnden Ärzte verbindlich wäre.⁶²⁵ In jedem Fall wird über *advance decisions* in Schottland weiter nach dem bisher entwickelten *common law*, das in seinem Ursprung in England entstanden ist, entschieden.⁶²⁶

4.4 Entscheidungen

Dort wo es in Schottland um *advance decisions* geht, sind, wie bisher auch in England und Wales, die Gerichte dazu aufgerufen, darüber zu entscheiden, wie weiter vorzugehen ist. Anzunehmen ist, dass die schottischen Gerichte in ihrer Rechtssprechung ähnlich den englischen entscheiden würden, da sie auch in Fällen, wo es um die Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen ging ähnlich entschieden haben wie die englischen Gerichte. Bisher wurden zur Frage der *advance decision* von den schottischen Gerichten keine relevanten Fälle bearbeitet bzw entsprechende Entscheidungen getroffen.⁶²⁷ Solange die nicht geschehen ist, lässt sich jedoch nicht mit Sicherheit sagen, wie ihr rechtlicher Status aussehen wird.⁶²⁸ Somit gibt es leider keine Entscheidungen, die man näher beleuchten oder besprechen könnte.

⁶²⁴ *British Medical Association (Hrsg), Withholding and Withdrawing Life-prolonging Medical Treatment – Guidance for Decision Making*³ 65.

⁶²⁵ *British Medical Association (Hrsg), Withholding and Withdrawing Life-prolonging Medical Treatment – Guidance for Decision Making*³ 65.

⁶²⁶ *McLean/Williamson, Impairment and Disability* (2007) 148.

⁶²⁷ *British Medical Association (Hrsg), Withholding and Withdrawing Life-prolonging Medical Treatment – Guidance for Decision Making*³ 64.

⁶²⁸ *British Medical Association (Hrsg), Withholding and Withdrawing Life-prolonging Medical Treatment – Guidance for Decision Making*³ 65.

5 DER RECHTSVERGLEICH

5.1 Allgemeines

Das vielleicht wichtigste Kapitel einer rechtsvergleichenden Arbeit – der tatsächliche Rechtsvergleich – bildet den Abschluss dieser Darstellung. Die Vorstufe zum Rechtsvergleich, nämlich die gesonderte Betrachtung des österreichischen und des englischen Rechts zum Thema der Patientenverfügung bzw *advance decision* ist bereits ausführlich in den vorangegangenen Kapiteln erfolgt. Die dort gewonnenen Ergebnisse werden im Rahmen des Rechtsvergleichs nochmals kurz dargestellt und in weiterer Folge einander gegenüber gestellt. Aus dieser Gegenüberstellung sollen sodann Erkenntnisse über die Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen gewonnen, sowie Ursachen, worin die Gründe für diese Unterschiede liegen, herausgearbeitet werden.

Zuvor soll noch kurz der Rechtsvergleich an sich, sowie der methodische Vergleichsansatz erläutert werden. Wie auch alle anderen Wissenschaften kann sich die Rechtswissenschaft nicht allein auf die innerhalb der nationalen Grenzen gewonnenen Erkenntnisse stützen.⁶²⁹ Unter Rechtsvergleichung versteht man das Bemühen, durch empirischen Vergleich verschiedener Rechtsordnungen Unterschiede und Gemeinsamkeiten zu ermitteln und diese auf ihre Begründung hin zu untersuchen.⁶³⁰ Bei der Betrachtung geht man dabei von der Annahme aus, dass das Recht nicht ein von der gesellschaftlichen Entwicklung völlig unabhängiges Phänomen darstellt, sondern lediglich „Mittel der sozialen Organisation und Steuerung“ ist, weshalb natürlich entsprechend der unterschiedlichen sozialen Verhältnisse auch sehr unterschiedliche Rechtsordnungen entstanden sind.⁶³¹ Daraus folgt weiters auch, dass es niemals zweckmäßig ist konkrete Normen zu vergleichen, sondern bestimmte Regelungsbereiche und deren rechtliche Lösung. Das Prinzip der Funktionalität ist das methodische Grundprinzip der gesamten Rechtsvergleichung.⁶³²

⁶²⁹ Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung³ (1996) 13.

⁶³⁰ Ofner in *Vienna Law Inauguration Lectures*, Antrittsvorlesungen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien I (2008) 55.

⁶³¹ Ofner in *Vienna Law Inauguration Lectures*, Antrittsvorlesungen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien I 55f.

⁶³² Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung³ 33.

Die Ausgangsfrage, die man sich hier bei diesem Rechtsvergleich stellen muss, könnte also lauten: welche Maßnahmen ergreifen das österreichische und das englische Recht zur Stärkung des Selbstbestimmungsrechtes von Patienten in Hinblick auf den Verlust der geistigen Zurechnungsfähigkeit?

5.2 Die Patientenverfügung im Rechtsvergleich

5.2.1 Die gesetzliche Einbettung der Thematik

In Österreich steht das PatVG als Gesetz für sich⁶³³, und ist aufgrund der Rechtsnatur der Patientenverfügung dem Bereich des Zivilrechts zuzurechnen. Denn es handelt sich bei der Patientenverfügung um eine einseitige Willenserklärung, mit der medizinische Maßnahmen für einen späteren Zeitpunkt, zu dem die Einsichts- und Urteilsfähigkeit nicht mehr gegeben ist, abgelehnt werden können. Das PatVG behandelt dazu ausschließlich das Rechtsinstitut der Patientenverfügung. Rechtsinstitute wie die Sachwalterschaft oder die Vorsorgevollmacht sind in Österreich im ABGB geregelt. Auf sie ist im Zusammenhang mit einer verbindlichen Patientenverfügung aber immer Bedacht zu nehmen.

In England sind die Regelungen betreffend die *advance decisions* in ein neu geschaffenes Gesetz, nämlich den MCA, eingegliedert. Dieses Gesetz hat den Umgang mit geistig nicht mehr zurechnungsfähigen Personen und wer für diese entscheiden darf zum Thema und beschäftigt sich mit allen dazugehörigen Bereichen. So sind neben der *advance decision* auch jene Rechtsinstitute, die mit unserer Sachwalterschaft und unserer Vorsorgevollmacht vergleichbar sind, im MCA geregelt.

Die Qualifizierung der *advance decision* ist aufgrund des gänzlich anderen Systems⁶³⁴, in das sie eingebettet ist, schwierig. Auch hier handelt es sich aber um eine Problematik, die aufgrund ihrer Natur dem Bereich des Zivilrechts⁶³⁵ zuzuordnen ist, wobei sie ebenfalls als einseitige Willenserklärung zu qualifizieren ist, mit der Heilbehandlungen im Voraus abgelehnt werden können und die ihre Wirksamkeit dann entfaltet, wenn der Patient seine geistige Zurechnungsfähigkeit verliert.

⁶³³ Die Regelungen rund um die Patientenverfügung wurden also nicht in ein bestehendes Gesetz, etwa das ABGB hineingepresst, sondern es ist ein eigenständiges Gesetz.

⁶³⁴ Im Vergleich zu Österreich.

⁶³⁵ *Civil Law*.

Bei der Einbettung der Thematik zeigt sich bereits der erste Unterschied zwischen Österreich und England. Während in Österreich die Patientenverfügung im Rahmen des PatVG geregelt wurde, einem eigenen Gesetz, dass ausschließlich der Patientenverfügung Rechnung trägt, ist sie in England in ein Gesetz eingebettet, dass der allgemeinen Problematik des Verlustes der geistigen Zurechnungsfähigkeit und dem Umgang damit gewidmet ist, dem MCA. Dieser Unterschied lässt sich aber sehr leicht erklären und ist, wenn man die Hintergründe kennt, nachvollziehbar.

In Österreich war die Patientenverfügung lange Zeit nicht gesetzlich geregelt, jedoch dem Grunde nach anerkannt. Zwar fand sie auf die eine oder andere Weise Erwähnung im Gesetz⁶³⁶, klare Regelungen etwa zu Wirksamkeit, Formvorschriften oder Widerruf gab es aber nicht und in der Lit gingen bisweilen die Meinungen deutlich auseinander⁶³⁷. Als der Gesetzgeber den Bedarf erkannte diesen Bereich gesetzlich zu regeln, entschloss er sich für ein eigenes Gesetz, da eine Eingliederung ins ABGB wohl schwierig und auch nicht zweckdienlich⁶³⁸ gewesen wäre, zumal sich das Gesetz nicht nur auf den Kompetenztatbestand „Zivilrecht“, sondern auch auf den Kompetenztatbestand „Gesundheitswesen“ stützt⁶³⁹. Außerdem handelte es sich um die gesetzliche Regelung eines einzelnen Rechtsinstituts, dass bisher in kein Gesetz Eingang gefunden hatte⁶⁴⁰. Daraus ergab sich in logischer Folge, dass die Patientenverfügung in einem eigenständigen, dem Rechtsbereich des Zivilrechts zugeordneten Gesetz normiert werden würde. Das Gesetz selbst umfasst neunzehn Paragraphen, die auf fünf Abschnitte aufgeteilt sind, welche die Bereiche „Allgemeine Bestimmungen“, „Verbindliche Patientenverfügung“, „Beachtliche Patientenverfügung“, „Gemeinsame Bestimmungen“ und „Schlussbestimmungen“ behandeln. Darin trifft der Gesetzgeber genaue Regelungen über die Ausformungen, Voraussetzung uä

⁶³⁶ Vgl § 10 Abs 1 Z7 KAKuG aF.

⁶³⁷ Vgl die Darstellung der verschiedenen Meinungen in *Memmer*, RdM 1996, 99.

⁶³⁸ Die Eingliederung der Vorsorgevollmacht in das ABGB hingegen erscheint wesentlich logischer, da sie in einem wesentlich engeren Zusammenhang mit der Sachwalterschaft steht, als dies bei der Patientenverfügung der Fall ist.

⁶³⁹ 1299 BlgNR 22. GP 4.

⁶⁴⁰ Abgesehen von der Erwähnung in § 10 Abs 1 Z7 KAKuG aF; eine Eingliederung der Patientenverfügung in das KAKuG wäre jedoch nicht passend gewesen, zumal es einerseits seitens der Kompetenztatbestände dort ebenfalls nicht gut aufgehoben gewesen wäre, da es sich beim KAKuG um öffentliches Recht handelt, und andererseits weil sich ja nicht nur Krankenanstalten mit Patientenverfügungen auseinanderzusetzen haben.

von Patientenverfügungen. Es handelt sich hier um ein verhältnismäßig kurzes, eigenständiges Gesetz.

In England hingegen war die *advance decision* im *common law* anerkannt und es war im Rahmen dessen auch eine Liste an gültigen und durch das *common law* herausgearbeiteten Rechtsregeln⁶⁴¹ erstellt worden, welche sich insbesondere mit Voraussetzungen und Widerruf einer *advance decision* auseinandersetzt. Gleichzeitig kamen die Gerichte in der Praxis jedoch selten zu dem Ergebnis, dass eine *advance decision* tatsächlich gültig und wirksam war.⁶⁴² Jedoch gab es, wie den gerichtlichen Entscheidungen und der Lit zu entnehmen ist, eine Lücke im Bezug auf den Umgang mit geistig nicht mehr zurechnungsfähigen Menschen im Allgemeinen. Denn durch den Wandel⁶⁴³, den das englische Recht im Laufe der Jahre durchlaufen hatte, blieb, bei allen Änderungen und Neuerungen, die Frage bestehen, wer für eine geistig nicht mehr zurechnungsfähige Person entscheiden darf. Und darauf gab es auch bis zum Inkrafttreten des MCA keine Antwort. Aufgrund dieser Lücke sah der Gesetzgeber Handlungsbedarf und ließ ein Gesetz erarbeiten, dessen Entstehung rund fünfzehn Jahre gedauert hat. Mit dem MCA sollte nunmehr diese Lücke im englischen Recht geschlossen werden. Dieses Gesetz regelt dabei ua Rechtsinstitute wie die Sachwalterschaft oder die Vorsorgevollmacht⁶⁴⁴. Dabei wurde auch die *advance decision* einer gesetzlichen Regelung zugeführt, da sie thematisch sehr gut in diesen Gesamtkomplex passt und die gesetzliche Regelung die Rechtssicherheit für den Einzelnen erhöht⁶⁴⁵. Im Wesentlichen wurde bei der Kodifizierung der *advance decision* die durch das *common law* erarbeiteten Regeln gesetzlich verankert und vertieft. Dabei umfasst die Kodifizierung der *advance decision* selbst nur drei – längere – Paragraphen, die sich im zweiten Drittel des Gesetzes befinden.

⁶⁴¹ Vgl *HE v. A Hospital Trust* [2003] E.W.H.C 1017; [2003] 2 F.L.R. 408.

⁶⁴² Siehe das Kapitel zur Rechtslage vor dem *Mental Capacity Act 2005*.

⁶⁴³ Der Staat hatte seine „Beschützerfunktion“ verloren, die es ihm in früherer Zeit ermöglicht hatte für den geistig Unzurechnungsfähigen zu entscheiden.

⁶⁴⁴ *Court deputies* und *Lasting Powers of Attorney*; letzteres hatte ursprünglich ein eigenes Gesetz, den *Enduring Powers of Attorney Act 1985*, wurde aber, aus naheliegenden Gründen, ebenfalls in den MCA eingegliedert und im Zuge dessen auch reformiert und erweitert.

⁶⁴⁵ Im Gegensatz zum *common law*, wo vorangegangene Gerichtsentscheidungen als Grundlage für die nächste Entscheidung gelten, es aber keine festgeschriebenen Normen gibt, an denen sich der Einzelne orientieren kann.

Dieser erste Unterschied zwischen der Patientenverfügung in Österreich und der *advance decision* in England ist kein inhaltlicher⁶⁴⁶, sondern ausschließlich ein formaler, der den Inhalt der Regelungen selbst nicht berührt. Was sich jedoch anhand der Betrachtung der Anzahl an Paragraphen, die die Patientenverfügung bzw *advance decision* behandeln, zeigt, ist, dass die österreichische Lösung mehr Raum benötigt, um diese Thematik zu regeln. Warum das so ist, muss zu einem späteren Zeitpunkt im Einzelnen näher betrachtet werden. Es spricht jedoch – ohne hier etwas vorweg nehmen zu wollen – einiges für eine komplexere Regelung der Patientenverfügung.

Ein inhaltlicher Rechtsvergleich lässt sich aus diesen Erkenntnissen allein noch nicht ableiten, dennoch erachtet es die Verfasserin für wichtig und interessant schon diese Unterschiede aufzuzeigen, da sie veranschaulichen, wie „neue“ Rechtsinstitute in die bereits bestehende Rechtsordnung eingegliedert werden können. Außerdem kann man gerade hier sehr gut erkennen, wie stark andere rechtspolitische Wünsche und Bedürfnisse des Gesetzgebers beeinflussen, wie und wo eine bestimmte Angelegenheit geregelt wird⁶⁴⁷.

5.2.2 Definition der Patientenverfügung im österreichischen und im englischen Recht

Der Begriff der Patientenverfügung bzw *advance decision* iWS definiert eine Vorausverfügung, mit der Willenserklärungen in Form von Behandlungswünschen⁶⁴⁸ abgegeben werden, für den Zeitpunkt, in dem der Patient nicht mehr für sich selbst entscheiden kann. Er definiert, aber nicht, ob es sich um Behandlungsanweisungen und -ablehnungen oder nur um Behandlungsablehnungen handelt. Es liegt nun in der Hand des Gesetzgebers, ob er im Gesetz einen weiten⁶⁴⁹ oder einen engen⁶⁵⁰ Patientenverfügungsbegriff festlegt. Aufgrund dieser Ausgestaltung kann die gesetzliche Ausgestaltung der Patientenverfügung in verschiedenen Ländern auch unterschiedlich ausfallen.

⁶⁴⁶ Inhaltliche Unterschiede werden erst im Anschluss behandelt.

⁶⁴⁷ Wie zuvor auch bei der LPA dargelegt.

⁶⁴⁸ Davon sind positive Behandlungsanweisungen ebenso erfasst wie Behandlungsablehnungen; vgl *Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis 298, 299.

⁶⁴⁹ Dh Behandlungsablehnungen und positive Behandlungsanweisungen bzw –wünsche.

⁶⁵⁰ Dh ausschließlich Behandlungsablehnungen.

Der österreichische Gesetzgeber hat sich im Rahmen des PatVG für einen engen Patientenverfügungsbegriff⁶⁵¹ entschieden, dh er lässt im Rahmen einer Patientenverfügung ausschließlich Behandlungsablehnungen als gültig und wirksam zu. Dieser enge Patientenverfügungsbegriff ist auch in § 2 Abs 1 PatVG normiert worden. Damit wurde die vor dem PatVG bestehende Unsicherheit, was Inhalt einer Patientenverfügung werden darf, beseitigt. Denn nach der alten Rechtslage gab es keine Anhaltspunkte, wie weit eine Patientenverfügung gehen konnte und welche Folgen es zB hat, wenn der Patient sich vorab eine bestimmte Behandlung wünscht.⁶⁵² Trotzdem dürfen aber auch positive Behandlungswünsche weiter in einer Patientenverfügung vermerkt werden. Es kommt ihnen zwar keinerlei Verbindlichkeit zu, sie stellen jedoch einen wichtigen Hinweis auf das mutmaßliche Patienteninteresse dar. Und sie berühren die Wirksamkeit der restlichen Patientenverfügung nicht.

Die Entscheidung für einen engen Patientenverfügungsbegriff lässt sich dadurch begründen, dass der Patient nach geltendem Recht ohnehin kein Recht auf Therapiewahl hat und somit dieser Bereich der Privatautonomie auch durch das PatVG und die Wahl des engen Patientenverfügungsbegriffs weiterhin eingeschränkt bleibt.

Auch der englische Gesetzgeber hat sich letztlich für einen engen Patientenverfügungsbegriff⁶⁵³ entschieden. Dieser geht schon aus der Überschrift des Abschnittes hervor, der sich mit der *advance decision* beschäftigt. Er lautet „*advance decision to refuse treatment*“ und sagt damit eigentlich schon alles. Gesetzlich normiert ist dieser Begriff in s 24 (1) MCA.

Noch während der Entstehung des Gesetzes selbst hatte der Gesetzgeber die Problematik erkannt, dass auch positive Behandlungswünsche von einer *advance decision* erfasst sein können⁶⁵⁴, weshalb auch der relativ weite Begriff der *advance decision* gewählt wurde, zumal die *Law Commission* ursprünglich den Begriff der *advance refusal* verwendete⁶⁵⁵. Dennoch kam der englische Gesetzgeber zu dem Schluss, dass positive Behandlungswünsche nicht

⁶⁵¹ Zur näheren Definition der Patientenverfügung siehe Kapitel zu dem Begriff der Patientenverfügung in Österreich.

⁶⁵² 1299 BlgNR 22. GP 2.

⁶⁵³ Zur näheren Definition der *advance decision* siehe das Kapitel zur Frage, was eine *advance decision* ist.

⁶⁵⁴ Vgl *R (on the application of Burke) v GMC* [2005] EWCA Civ 1003.

⁶⁵⁵ Siehe dazu die Ausführungen im Kapitel zur Rechtslage vor dem *Mental Capacity Act 2005*.

verbindlich sind⁶⁵⁶ und auch nicht als gültiger und wirksamer Teil einer *advance decision* bestehen können. Werden Behandlungswünsche in eine *advance decision* inkludiert, dann haben sie ebenso wie im österreichischen Recht nur Indizwirkung für den mutmaßlichen Patientenwillen. Warum sich der englische Gesetzgeber für einen engen Patientenverfügungsbegriff entschlossen hat, ist aufgrund der Entscheidung *Burke v GMC* und der geltenden Rechtslage vor dem MCA, die die *advance decision* bereits als Maßnahme zur Behandlungsablehnung im Voraus definiert hatte, nachvollziehbar.

Abschließend lässt sich hier sagen, dass die Definition des Patientenverfügungsbegriffes in Österreich und England ident ausgestaltet ist, da beide Rechtsordnungen eine enge Definition für ihr Gesetz gewählt haben, also ausschließlich die Ablehnung von Heilbehandlungen als Inhalt einer wirksamen Patientenverfügung zulassen. Damit gleichen sich die Patientenverfügung in Österreich und die *advance decision* in England zumindest einmal inhaltlich. Dies sagt jedoch nichts über die weitere Ausgestaltung bzw Formvorschriften aus. Anzunehmen ist, dass die meisten Gesetzgeber einen engen Patientenverfügungsbegriff definieren und somit nur Ablehnungen von Heilbehandlungen als rechtlich verbindlichen Inhalt einer Patientenverfügung akzeptieren.

5.2.3 Wirksamkeitsvoraussetzungen und Formvorschriften

5.2.3.1 Einsichts- und Urteilsfähigkeit bzw geistige Zurechnungsfähigkeit

Die Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Errichters einer Patientenverfügung im Zeitpunkt der Errichtung stellt eine wesentliche Wirksamkeitsvoraussetzung einer Patientenverfügung im österreichischen Recht dar. Denn nur wer diese Voraussetzung auch erfüllt kann eine gültige und wirksame Patientenverfügung errichten.

Hier soll untersucht werden, ob das englische Recht eine ähnliche bzw vergleichbare Voraussetzung kennt wie das österreichische und wie diese ausgestaltet ist bzw wo die Unterschiede zwischen den beiden Rechtsordnungen liegen.

⁶⁵⁶ Vgl wiederum *R (on the application of Burke) v GMC* [2005] EWCA Civ 1003.

Der österreichische Gesetzgeber verlangt vom Errichter einer Patientenverfügung im Zeitpunkt der Errichtung den Besitz von Einsichts- und Urteilsfähigkeit⁶⁵⁷. Darunter ist zu verstehen, dass der Patient Grund und Tragweite einer Heilbehandlung, sowie Unterlassung selbiger begreifen und nach diesem Begreifen seinen Willen bestimmen können muss. Geschäftsfähigkeit muss jedoch keine mehr gegeben sein, da die Einsichts- und Urteilsfähigkeit weiter ausgestaltet ist. Denn auch zB der Besachwaltete kann für gewisse Agenden⁶⁵⁸ noch die notwendige Einsichts- und Urteilsfähigkeit besitzen, wenn er die Geschäftsfähigkeit schon längst verloren hat. Die Einsichts- und Urteilsfähigkeit kann außerdem schon vor Erreichen der Volljährigkeit bestehen⁶⁵⁹.

Nur wenn die Einsichts- und Urteilsfähigkeit unzweifelhaft gegeben ist, kann eine wirksame und verbindliche Patientenverfügung errichtet werden. Ein nicht mehr einsichts- und urteilsfähiger Patient kann daher keine Patientenverfügung errichten. Durch die Vorgaben des PatVG muss schon im Zeitpunkt der Errichtung der aufklärende Arzt die Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Patienten feststellen und hat diese auch durch seine eigenhändige Unterschrift zu bestätigen.⁶⁶⁰ Auch der Rechtsanwalt, Notar oder rechtskundige Mitarbeiter der Patientenvertretungen hat sich zu davon zu überzeugen, dass der Patient die für die Errichtung einer Patientenverfügung notwendige Einsichts- und Urteilsfähigkeit besitzt.⁶⁶¹ Vorstellbar ist allerdings, dass ein nicht mehr einsichts- und urteilsfähiger Patient eine beachtliche Patientenverfügung errichtet⁶⁶². Hier wäre dann, so denn im Rahmen der Errichtung keine Überprüfung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit stattgefunden hat, erst in dem Zeitpunkt, in dem auf die Patientenverfügung als Hinweise auf den mutmaßlichen Patientenwillen zurückgegriffen wird, das Vorhandensein der Einsichts- und Urteilsfähigkeit im Errichtungszeitpunkt zu hinterfragen.

⁶⁵⁷ Hier handelt es sich um dem im österreichischen Recht verwendeten Begriff für die geistige Kapazität, die bei dem Errichter vorhanden sein muss, um eine gültige Patientenverfügung zu errichten; vgl das Kapitel zur Einsichts- und Urteilsfähigkeit.

⁶⁵⁸ Eben ua die Errichtung einer Patientenverfügung.

⁶⁵⁹ Vgl dazu § 146c ABGB.

⁶⁶⁰ Vgl § 5 PatVG.

⁶⁶¹ Memmer in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis 310.

⁶⁶² Da dazu keine ärztliche und juristische Aufklärung notwendig ist, kann die Errichtung einer solchen Verfügung an sich nicht verhindert werden.

Das englische Recht kennt die sog geistige Zurechnungsfähigkeit⁶⁶³ als Wirksamkeitsvoraussetzung für die Errichtung einer gültigen und wirksamen *advance decision*. Die geistige Zurechnungsfähigkeit definiert sich jedoch etwas anders als die Einsichts- und Urteilsfähigkeit im österreichischen Recht. Denn der MCA sieht vor, dass möglichst umfassende Hilfestellung an den Betroffenen zu leisten ist, die es ihm ermöglicht selbst zu entscheiden, bevor man die geistige Zurechnungsfähigkeit tatsächlich verneint. Grundsätzlich versteht der englische Gesetzgeber unter *mental capacity* die Fähigkeit eine Entscheidung zu treffen, und zwar ist damit die Fähigkeit gemeint, zu dem bestimmten Zeitpunkt zu dem sich eine Frage stellt auch in der Lage zu sein diese zu entscheiden. In der Lage dazu ist ein Patient immer dann, wenn keine Beeinträchtigung des Geistes oder des Gehirns vorliegt, die den Patienten daran hindert die Informationen zu verstehen, sich zu merken und sie abzuwägen bzw anzuwenden. Um eine *advance decision* im Einklang mit dem MCA zu errichten, muss der Patient im Zeitpunkt der Errichtung seine geistige Zurechnungsfähigkeit nicht nachweisen oder durch ein ärztliches Attest bestätigen lassen, wobei es ihm jedoch freigestellt ist, dies freiwillig zu tun, um sich bzw die *advance decision* besser abzusichern⁶⁶⁴. Im englischen Recht wird die geistige Zurechnungsfähigkeit des Errichters einer *advance decision* erst ex post beurteilt, nämlich in jenem Zeitpunkt, in dem die *advance decision* tatsächlich auch zum Tragen kommen soll. Und das auch nur dann, wenn jemand Zweifel an der *advance decision* anmeldet und den *Court of Protection* in dieser Sache anruft.

Vergleicht man diese beiden in ihrer jeweiligen Rechtsordnung sehr wesentlichen Voraussetzungen einer Patientenverfügung bzw *advance decision*, so kommt man zu dem Ergebnis, dass sie sich stark ähneln. Insbesondere für die österreichische Rechtsordnung ist diese Wirkungsvoraussetzung unabdingbar. Der wesentliche Unterschied besteht hier nur im Prüfungszeitpunkt, da nach dem PatVG die Einsichts- und Urteilsfähigkeit bereits im Errichtungszeitpunkt einer Überprüfung standhalten muss. Nach dem englischen Recht wird

⁶⁶³ Wörterbuchgetreue Übersetzung des Begriffs *mental capacity*, der im englischen Recht verwendet wird für die geistige Kapazität, die bei dem Errichter vorhanden sein muss, um eine gültige *advance decision* zu errichten; vgl das Kapitel zur geistigen Zurechnungsfähigkeit im englischen Recht; nähere Ausführung vgl das Kapitel über die geistige Zurechnungsfähigkeit im englischen Recht.

⁶⁶⁴ Etwa weil der Betroffene weiß, dass er Verwandte hat, die die *advance decision*, zB aus religiösen Gründen, anzweifeln werden und er dem vorbeugen möchte.

die geistige Zurechnungsfähigkeit jedoch erst in jenem Zeitpunkt Thema⁶⁶⁵, in dem die *advance decision* angewendet werden soll. Im Ergebnis bedeutet dies, dass nach österreichischem Recht nur solche Personen eine Patientenverfügung errichten können, deren Einsichts- und Urteilsfähigkeit von Dritten⁶⁶⁶ im Zeitpunkt der Errichtung überprüft und bestätigt wurden, während in England keine derartige Kontrolle bei der Errichtung erfolgt.

Dieser Unterschied ergibt sich im wesentlichen aus den – in nächsten Subkapitel näher zu erörternden – strengeren Formvorschriften im österreichischen Recht, nach denen für einen verbindliche Patientenverfügung eine ärztliche Aufklärung zwingend notwendig ist. Im Rahmen dieser ärztlichen Aufklärung hat auch die Beurteilung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Errichters zu erfolgen, die im Weiteren bei der ebenfalls zwingend vorgesehenen juristischen Aufklärung zu evaluieren ist. Durch diese Schranken gelingt es dem österreichischen Gesetzgeber sicherzustellen, dass nur derjenige eine verbindliche Patientenverfügung errichten kann, dem von Arzt und juristischem Berater auch die geistige Befähigung dazu attestiert wird. Da der englische Gesetzgeber bei der *advance decision* keine bzw. schwächer ausgestaltete Formvorschriften vorsieht, kann er die Prüfung der geistigen Zurechnungsfähigkeit nicht schon bei der Errichtung der *advance decision* gewährleisten. Die Gründe für die Unterschiede zwischen den Formvorschriften zu erläutern würde an dieser Stelle zu weit gehen und ist Thema des nächsten Subkapitels.

Anzumerken ist hier jedoch, dass aus Gründen der Rechtssicherheit für den behandelnden Arzt, das österreichische Modell vorteilhafter ist, da er sich bei der Anwendung der Patientenverfügung bzw. *advance decision* nicht mehr mit der Frage beschäftigen muss, ob der Patient im Zeitpunkt der Errichtung Einsichts- und urteilsfähig bzw. geistig zurechnungsfähig gewesen ist, sondern sich auf das wesentliche, nämlich die vom Patienten abgelehnten medizinischen Maßnahmen kümmern kann, ohne sich Sorgen in Bezug auf Haftungsfragen aus diesem Zusammenhang machen zu müssen. Auch wenn das Argument betreffend die Rechtssicherheit für den Arzt hier das offensichtlichste und vordergründigste zu sein scheint, so darf man doch auch nicht außer Acht lassen, dass es auch die Rechtssicherheit für den einzelnen Patienten erhöht, da dieser sich durch die vor Errichtung erfolgte Überprüfung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit keine Sorgen darüber machen braucht, dass dieses im Nachhinein einfach so angezweifelt und aufgrund dessen die Patientenverfügung unwirksam

⁶⁶⁵ Und nur gegebenen Falls, dh wenn Zweifel bestehen, überprüft.

⁶⁶⁶ Aufklärender Arzt und Rechtsanwalt bzw. Notar oder rechtskundiger Mitarbeiter der Patientenvertretungen.

werden kann. Aus diesen Gründen lässt sich die Schlussfolgerung ziehen, dass die Überprüfung der geistigen Zurechnungsfähigkeit im Voraus auch für den englischen Gesetzgeber eine interessante Möglichkeit wäre, die die Rechtssicherheit erhöhen, jedoch zugegebenermaßen auch die Flexibilität des einzelnen bei Errichtung der *advance decision* einschränken würde. Eine Implementierung einer solchen Vorschrift wäre wohl aber nur in Verbindung mit einer zwingenden ärztlichen Aufklärung vor Errichtung der *advance decision* sinnvoll und dadurch jedoch wieder mit Auflagen, die dem *common law* eher fremd sind, verbunden.

5.2.3.2 Formvorschriften

Hier soll verglichen werden, welcher Formvorschriften und sonstigen Voraussetzungen es im österreichischen und im englischen Recht bedarf, um eine gültige und wirksame Patientenverfügung bzw. *advance decision* zu errichten. Dabei sollen die Unterschiede zwischen den beiden Rechtsordnungen, die gerade in diesem Bereich sehr deutlich sind, näher herausgearbeitet werden.

Das PatVG unterscheidet zwei Arten der Patientenverfügung, nämlich die Verbindliche und die Beachtliche. Zwingende Formvorschriften gibt es jedoch nur für die verbindliche Patientenverfügung, weshalb dieser hier auch das Hauptaugenmerk geschenkt wird.

Das Gesetz sieht für die Errichtung einer verbindlichen Patientenverfügung zwingende Formvorschriften vor. Diese sind die schriftliche Errichtung vor einem Rechtsanwalt, Notar oder rechtskundigen Mitarbeiter der Patientenvertretungen, die Aufklärung durch einen Arzt und die Befristung der Patientenverfügung durch Angabe des Errichtungsdatums auf fünf Jahre. Nur wenn all diese Formvorschriften erfüllt sind, ist die Patientenverfügung gültig und anwendbar.

Die beachtliche Patientenverfügung wiederum muss keinen Formvorschriften genügen.

Während das österreichische Recht zwei Arten von Patientenverfügungen⁶⁶⁷ kennt, sieht das englische Recht eine etwas andere Unterteilung seiner *advance decisions* vor. Es gibt einerseits „normale“ *advance decisions* für die keine Formvorschriften gelten. Diese können daher formfrei, dh schriftlich, aber auch mündlich, sowie mit oder ohne ärztlicher und

⁶⁶⁷ Die verbindliche und die beachtliche Patientenverfügung; vgl dazu die jeweiligen Kapitel darüber.

juristischer Aufklärung, errichtet werden. Andererseits gibt es aber auch die in § 25 normierte *advance decision to refuse life-sustaining treatment*, bei der der Gesetzgeber sehr wohl Formvorschriften vorsieht. Hier verlangt er nämlich zum einen die Schriftlichkeit der *advance decision*, wenn diese gültig sein soll, zum anderen verlangt er, dass in der *advance decision* selbst vom Errichter festgehalten werden muss, dass diese auch dann anwendbar sein soll, wenn dadurch sein Leben in Gefahr ist. Außerdem muss die *advance decision* vom Patienten selbst oder einem Dritten in Anwesenheit und nach Anweisung des Patienten unterschrieben werden, was wiederum in Anwesenheit eines Zeugen zu geschehen hat, der durch Unterschrift seine Zeugenschaft belegen muss. Eine juristische bzw ärztliche Aufklärung ist aber auch bei dieser Art der *advance decision* nicht zwingend vorgesehen.

Vergleicht man die Formvorschriften in Österreich und England, so zeigt sich hier der bisher deutlichste Unterschied zwischen den beiden Rechtsordnungen. In Österreich ist die Patientenverfügung, egal für welche Situation sie verfasst wurde, sei sie nun lebensbedrohend oder nicht, in ihrer Verbindlichkeit immer an zwingende Formvorschriften gebunden. Nur wenn diese auch erfüllt sind, kann sie überhaupt wirksam sein. Dennoch sind die Formvorschriften in Österreich wesentlich strenger ausformuliert als in England bei *advance decisions to refuse life-sustaining treatment*. In England gibt es nur dort zwingend einzuhaltende Formvorschriften, wenn durch die Patientenverfügung das Leben des Patienten in Gefahr ist. Hier ist kritisch anzumerken, dass es für den errichtenden Patienten womöglich nicht immer ersichtlich ist, wann eine Behandlung, die er ablehnt vielleicht auch eine Lebenserhaltende sein kann, weshalb man Patienten in England, raten müsste, im Zweifel immer eine *advance decision to refuse life-sustaining treatment* zu errichten, damit alle Bereiche abgedeckt sind, sofern der Patient bereit ist den Tod durch Unterbleiben einer Behandlung in Kauf zu nehmen.

Der wesentlichste Unterschied in den Formvorschriften stellt die Begrenzung der Gültigkeit einer verbindlichen Patientenverfügung in Österreich auf fünf Jahre dar. Diese Frist beginnt mit Unterfertigung der Patientenverfügung, der ein Datum beigefügt sein muss, zu laufen. Eine solche zeitliche Begrenzung, sei es bei der „normalen“ oder der *advance decision to refuse life-sustaining treatment* ist dem englischen Gesetzgeber gänzlich fremd. Es wird zwar im *Code of Practice* angeraten, die *advance decision* regelmäßig zu durchdenken und gegebenenfalls zu erneuern, sowie eine schriftliche *advance decision* mit dem

Errichtungsdatum zu versehen⁶⁶⁸, dabei handelt es sich jedoch nur um Richtlinien, die nicht rechtlich verbindlich sind, sondern eine Art Hilfsfunktion inne haben. Während also in Österreich eine Patientenverfügung, die älter ist als fünf Jahre, ihre Gültigkeit verliert und deshalb nicht mehr anwendbar ist, kann eine *advance decision* in England theoretisch auch nach zwanzig Jahren noch gültig und damit anwendbar sein.⁶⁶⁹

Die Unterschiede zwischen den beiden Rechtsordnungen lassen sich zum einen daher erklären, dass es in Österreich, als das PatVG geschaffen wurde, einen großen Bedarf gab, durch dieses Gesetz Rechtssicherheit im Bereich der Patientenverfügung zu schaffen, die nach der alten Rechtslage und den damit verbundenen Unsicherheiten⁶⁷⁰ nicht gegeben war. Der Gesetzgeber war daher bemüht, diesen Rechtsbereich eindeutig und transparent zu regeln, um damit klarzustellen, in welcher Form und mit welchem Inhalt eine verbindliche Patientenverfügung errichtet werden kann und wie lange sie gültig sein soll.⁶⁷¹ Damit sind die strengen Formvoraussetzungen der §§ 5 und 6 als Antwort des Gesetzgeber auf die zuvor herrschenden unklaren Zustände zu verstehen. In England hingegen war die *advance decision* im Prinzip bereits durch das *common law* in ausreichendem Maße geregelt. Die Regelung der *advance decision* im Rahmen des MCA stellt daher weitgehend nur eine Kodifizierung der bereits bestehenden Rechtsvorschriften dar. Trotzdem ist auch dem englischen Gesetzgeber der Wunsch nach mehr Rechtssicherheit nicht abzusprechen, hat er doch die *advance decision to refuse life-sustaining treatment* geschaffen und für diese sehr wohl klare Formvorschriften verfügt.

Eine weitere Erklärung für die Unterschiede zwischen den beiden Rechtsordnungen könnte darin liegen, dass während sich der österreichische Gesetzgeber viele Gedanken um die Beseitigung möglicher Unsicherheiten rund um die Patientenverfügung gemacht und sie deshalb besonders „sicher“ ausgestaltet hat, der englische Gesetzgeber hierzu keinen Anlass sah. Dieser Unterschied lässt sich aus den unterschiedlichen Ansätzen dieser beiden Rechtskreise erklären. Das *common law* geht aufgrund seiner Ausgestaltung anders auf

⁶⁶⁸ Code of Practice, 167.

⁶⁶⁹ Die Formulierung „theoretisch“ bezieht sich hier darauf, dass sich in zwanzig Jahren sehr vieles ändern kann, wie etwa der medizinische Standard, weshalb so alte *advance decisions* in der Regel wohl nicht mehr gültig und anwendbar sein werden.

⁶⁷⁰ Diese Unsicherheiten bezogen sich auf verschiedene Bereiche wie etwa Form, aber auch Inhalt einer Patientenverfügung.

⁶⁷¹ 1299 BlgNR 22. GP 1.

Probleme zu bzw hat einen anderen Ansatz mit ihnen umzugehen. Das englische Recht erscheint hier liberaler und hat anscheinend mehr Vertrauen in die Fähigkeit seiner Rechtssubjekte, ihre Angelegenheiten ohne ein zu großes Maß an Vorschriften „von oben“ zu regeln. Aufgrund dieser Rechtstradition, die vor allem aus richterlichen Entscheidungen gewachsen ist und kaum Formvorschriften bzw Normen kennt⁶⁷², ist es nachvollziehbar, dass auch die Formvorschriften bei einer *advance decision* nicht als notwendig angesehen werden. Und auch bei der *advance decision to refuse life-sustaining treatment* gibt es zwar Formvorschriften, aber diese verblassen beinahe gegenüber den strengen Vorschriften, die der österreichische Gesetzgeber für Patientenverfügungen, unabhängig davon, ob diese den Tod des Patienten zur Folge haben oder nicht, vorgesehen hat.

Anzumerken ist, dass aus Sicht der Autorin der österreichische Gesetzgeber durch Implementierung strenger Formvorschriften für eine verbindliche Patientenverfügung die für sich richtige Lösung gefunden hat, da somit mit den Unsicherheiten der alten Rechtslage aufgeräumt werden konnte und der Patient, aber auch der Arzt, weiß, woran er ist. Eine Kodifizierung der Patientenverfügung ohne Formvorschriften hätte mit hoher Wahrscheinlichkeit wiederum zu Diskussionen geführt und verstärkt Auslegungsfragen aufgeworfen.

Beim englischen Gesetzgeber bestand dieser Bedarf nicht zwingend, da die Unklarheiten weitgehend bereits durch das *common law* beseitigt worden waren. Unklarheiten, die es noch in Bezug auf *advance decisions* gegeben hat, die den Tod des Patienten zur Folge haben könnten, wurden durch s 25 ausgemerzt. Außerdem bietet der *Code of Practice* ergänzende Hilfestellung. Eine strengere Regelung hinsichtlich der Formvorschriften bei „normalen“ *advance decisions* hätten, im Lichte des *common law*, eine Überreglementierung bedeutet. Einzig die Frage nach der Sinnhaftigkeit einer ärztlichen und juristischen Aufklärung im englischen Recht bleibt offen. Im Subkapitel zur rechtsvergleichenden Betrachtung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit wurde bereits angerissen, dass die ärztliche Aufklärung vor Errichtung einer *advance decision* sinnvoll sein könnte, da somit die geistige Zurechnungsfähigkeit im Zeitpunkt der Errichtung schon bei der Errichtung und nicht erst im Zeitpunkt der Anwendung der *advance decision* beurteilt werden könnte und somit gewisse Probleme umgangen werden könnten.

⁶⁷² Vgl etwa Grundbuchsrecht in England.

5.2.3.3 Inhalt einer Patientenverfügung bzw *advance decision*

Auch damit, was Inhalt einer Patientenverfügung bzw *advance decision* werden kann, hat sich der Gesetzgeber auseinandergesetzt. Der wesentlichste Punkt dazu wurde bereits weiter oben besprochen, nämlich der die sowohl vom österreichischen als auch vom englischen Gesetzgeber gewählte negative Patientenverfügungsbegriff, dem zu Folge nur Behandlungsablehnungen einen gültigen Inhalt einer Patientenverfügung bzw *advance decision* darstellen. Neben der Festlegung auf den negativen Patientenverfügungsbegriff gibt es jedoch auch noch andere Fragen betreffen den Inhalt einer Patientenverfügung bzw *advance decision*, die es zu beleuchten gilt.

In Österreich hat der Gesetzgeber sich in § 4 mit dem Inhalt einer Patientenverfügung auseinandergesetzt.⁶⁷³ Darin wird festgelegt, dass die medizinischen Behandlungen, welche im Rahmen einer Patientenverfügung abgelehnt werden, konkret beschrieben oder eindeutig aus dem Gesamtzusammenhang hervorgehen müssen. Außerdem muss aus der Patientenverfügung hervorgehen, dass der Patient die Folgen der Verfügung zutreffend einschätzt. Die allgemeine Formulierung etwa, dass der Patient nicht wiederbelebt werden möchte, ist in dieser Form also nicht ausreichend.

Außerdem können mit einer Patientenverfügung nur medizinische, nicht aber pflegerische Maßnahmen abgelehnt werden, was gerade in der Praxis von großer Bedeutung⁶⁷⁴ ist. Auf die Grundversorgung mit Nahrung und Flüssigkeit, solange diese manuell erfolgt, kann der Patient daher im Rahmen einer Patientenverfügung nicht verzichten, da es sich hierbei um eine pflegerische Maßnahme handelt. Die künstliche Ernährung als medizinische Maßnahme kann jedoch sehr wohl Inhalt einer Patientenverfügung werden.

Außerdem muss die Patientenverfügung erlaubt und möglich sein. Dieser Punkt ist wichtig, da der Gesetzgeber hiermit sicherstellen wollte, dass strafrechtliche Aspekte der Sterbehilfe durch die Patientenverfügung nicht berührt werden.

Auch der englischen Gesetzgeber hat in s 24 festgeschrieben, wie es um den Inhalt einer *advance decision* bestellt sein muss.⁶⁷⁵ Hier ist vorgesehen, dass die Umstände und die Behandlung näher bezeichnet bzw bestimmt sein müssen und nicht allgemein gehalten sein

⁶⁷³ Nähere Ausführungen vgl das Kapitel zur verbindlichen Patientenverfügung.

⁶⁷⁴ Stichwort PEG-Sonde.

⁶⁷⁵ Nähere Ausführungen vgl das Kapitel zur Voraussetzungen und Inhalt einer *advance decision*.

dürfen, jedoch betont der Gesetzgeber im Gesetzestext selbst, dass die Verwendung von Laienausdrücken dieser Konkretisierung nicht im Wege steht.

Außerdem kann der Patient, den Regeln des MCA folgend, nur auf medizinische Maßnahmen (*treatment*) und nicht auf Pflege (*care*) verzichten. Körperhygiene, sowie Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr über den Mund, die in den Bereich der Pflege fallen, können vom Patienten daher im Rahmen einer *advance decision* nicht abgelehnt werden, während das bei der künstlichen Ernährung⁶⁷⁶, die als medizinische Maßnahme gewertet wird, sehr wohl möglich ist.

Aktive Sterbehilfe darf nach dem MCA nicht Inhalt einer *advance decision* sein, da sie weiterhin verboten ist und dieser Bereich auch durch den MCA nicht abgeändert wird.

Vergleicht man die Anforderungen, die in Österreich und England in Bezug auf den Inhalt einer Patientenverfügung bzw *advance decision* gestellt werden, so kommt man zu dem Ergebnis, dass die Gesetzgeber sehr ähnliche Vorstellungen vom Inhalt einer Patientenverfügung bzw *advance decision* verwirklicht haben. Der Grundtenor des Inhalts war in beiden Rechtsordnungen durch die Definition eines negativen Patientenverfügungsbegriffs vorgegeben. Denn nur die Ablehnung von medizinischen Maßnahmen kann überhaupt Inhalt einer Patientenverfügung bzw *advance decision* werden. Parallelen sind auch dahingehend zu sehen, dass in beiden Gesetzen verlangt wird, dass die abgelehnte medizinische Maßnahme ausreichend konkret beschrieben bzw bestimmbar ist. Damit wird vollkommen allgemein gehalten Patientenverfügungen bzw *advance decisions*, die etwa besagen „ich möchte unter keinen Umständen wiederbelebt werden“, sowohl in Österreich als auch in England ein Riegel vorgeschoben.

Auf die negative Definition der Patientenverfügung bzw *advance decision*, der letztlich den Kern des Inhalts bietet, muss hier in diesem Zusammenhang nicht näher eingegangen werden.⁶⁷⁷ Warum beide Gesetzgeber wollen, dass die abgelehnten medizinischen Maßnahmen konkret beschrieben sein müssen, soll an dieser Stelle jedoch noch näher betrachtet werden. In Österreich lässt sich das Bedürfnis dieser konkreten Beschreibung mit dem Bedarf die Rechtssicherheit von Patienten und Ärzten zu erhöhen erklären, da durch die konkrete Beschreibung Auslegungsfehler, wenn schon nicht vermieden, so doch drastisch

⁶⁷⁶ Hier ist zB an die PEG-Sonde zu denken.

⁶⁷⁷ Ausführliche Erläuterungen dazu vgl das rechtsvergleichende Kapitel über die Definition des Patientenverfügungsbegriffs.

eingeschränkt werden. In Verbindung mit der bei Errichtung der Patientenverfügung erfolgten ärztlichen Aufklärung einerseits und der gesetzlichen Festsetzung was Inhalt einer Patientenverfügung sein kann andererseits, ist eben für den behandelnden Arzt schneller ersichtlich, was genau vom Patienten nicht gewollt ist. Außerdem ist der Patient hierdurch gezwungen, sich intensiv mit seiner Patientenverfügung und dem, was er für einen späteren Lebensabend für sich möchte, oder eben gerade nicht möchte, auseinanderzusetzen. Diese Reflexion wäre bei allgemein gehaltenen Patientenverfügungen wohl in der Regel nicht gegeben.

Dem englischen Gesetzgeber unterstellt die Autorin an dieser Stelle ähnliche Beweggründe wie dem österreichischen. Auch hier soll sich einerseits der Patient mit seiner Entscheidung auseinandersetzen müssen, aber eben auch der Arzt klarer mitgeteilt bekommen, was genau vom Patienten nicht gewünscht ist.

5.2.3.4 Wirksamkeit bzw Gültigkeit und Anwendbarkeit

Beide hier behandelten Rechtsordnungen haben Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit eine Patientenverfügung bzw *advance decision* wirksam und anwendbar ist. Diese Wirksamkeit von Patientenverfügungen bzw *advance decisions* soll hier verglichen werden.

In Österreich müssen neben den oben bereits erläuterten Formvorschriften und der Einsichts- und Urteilsfähigkeit noch andere Voraussetzungen erfüllt sein, damit die Patientenverfügung wirksam und anwendbar ist. Zu allererst muss der Errichter frei und ernstlich die Patientenverfügung erklären, damit diese wirksam sein kann, dh er muss ein Erklärungsbewusstsein haben. Scherzerklärungen oder andere nicht ernstgemeinte Erklärungen des Patienten haben keine rechtliche Wirkung. Es dürfen beim Errichter der Patientenverfügung außerdem keine Willensmängel vorliegen, da diese der Wirksamkeit der Patientenverfügung entgegenstehen. Zu diesen Willensmängeln gehören Irrtum, List, Täuschung sowie psychischer bzw physischer Zwang, die in § 10 geregelt sind.⁶⁷⁸ Außerdem darf die Patientenverfügung nicht widerrufen worden sein.⁶⁷⁹

Wie schon vor dem MCA in der Entscheidung *Re T (Adult: Refusal of Treatment)* [1992] 4 All ER 649, CA deutlich gezeigt, steht der Wirksamkeit einer *advance decision* entgegen,

⁶⁷⁸ Näheres dazu vgl Kapitel über Erklärungsbewusstsein, Irrtum, list Täuschung und Zwang.

⁶⁷⁹ Vgl Kapitel 2.2.3.6.

wenn diese nicht aus freiem Willen errichtet wurde, sondern der Errichter sie unter Zwang oder Druck, gleich ob dieser physischer oder psychischer Art ist, errichtet hat.⁶⁸⁰ Dies ist zwar in keinem der Paragraphen, die die *advance decision* behandeln erwähnt und findet auch in der aktuellen Literatur zur *advance decision* keine Behandlung⁶⁸¹, dennoch ist davon auszugehen, dass dieser Grundsatz, der durchaus als allgemeiner Grundsatz gesehen werden kann, nach wie vor gültig ist. In der Regel wird eine solche Frage, wenn Zweifel an der Art der Entstehung der *advance decision* bestehen, aber dem *Court of Protection* vorgelegt und von diesem beantwortet werden.

Die Gültigkeit von *advance decisions* ist in s 25 (2) lit a bis c geregelt und hängt direkt mit anderen in diesem Rechtsvergleich besprochenen Bereichen zusammen. Zum einen ist eine *advance decision* nämlich dann nicht gültig, wenn sie vom geistig zurechnungsfähigen Patienten widerrufen wurde. Außerdem verliert eine *advance decision* ihre Gültigkeit, wenn der Patient nach Errichtung der *advance decision* eine LPA einrichten darf, mit der er die Entscheidung über medizinische Maßnahmen, die in der *advance decision* beschrieben sind, dem Bevollmächtigten überträgt. Außerdem ist eine *advance decision* dann ungültig, wenn der Patient ein Verhalten setzt, welches mit dem Inhalt der *advance decision* in eindeutigem Widerspruch steht.

Die Anwendbarkeit von *advance decisions* ist ebenfalls in s 25 geregelt. Zum einen ist gem s 25 (3) eine *advance decision* schon dann nicht anwendbar, wenn der Patient geistig zurechnungsfähig ist und daher die Entscheidung selbst treffen kann. Weiters ist eine *advance decision* gem s 25 (4) lit a nicht anwendbar, wenn es sich bei der Behandlung nicht um die in der *advance decision* spezifizierte Behandlung handelt. Außerdem kennt der MCA noch zwei weitere Gründe, warum eine *advance decision* nicht anwendbar sein kann. Gem s 25 (4) lit b ist dies dann der Fall, wenn Umstände die in der *advance decision* spezifiziert sind fehlen, oder wenn gem s 25 (4) lit c es gute Gründe gibt, dass Umstände vorliegen, die der Patient selbst im Zeitpunkt der Errichtung nicht vorausgesehen hat, die aber, wenn er sie vorausgesehen hätte, seine Entscheidung beeinflusst hätten. Für *advance decisions to refuse life-sustaining treatment* gibt es noch weitere Gründe, warum diese gegebenenfalls nicht anwendbar sein können. Gem s 25 (5) lit a und b können *advance decisions to refuse life-sustaining treatment* nur dann anwendbar sein, wenn der Patient klargestellt hat, dass sie auch

⁶⁸⁰ Vgl *Grubb*, Principles of Medical Law² 202.

⁶⁸¹ Dies dürfte vor allem daran liegen, dass die aktuelle Literatur sich fast ausschließlich mit dem Gesetzestext des MCA selbst beschäftigt und andere Problemstellungen kaum erwähnt.

dann gelten soll, wenn dadurch sein Leben in Gefahr ist, und wenn die *advance decision* die in s 25 (6) normierten Voraussetzungen erfüllt.

Im Ergebnis hat eine *advance decision* gem s 26 (1) bei Erfüllung aller Voraussetzungen Wirkung wie eine Entscheidung einer geistig zurechnungsfähigen Person in einem zeitnahen Verhältnis zu der fraglichen Behandlung, wenn sie gültig und anwendbar auf die Behandlung ist.

Dieser Bereich lässt sich nicht so leicht vergleichen, wie die vorangegangenen. Allerdings kann man hier gut erkennen, wie unterschiedlich der Aufbau der Regelungen betreffend Patientenverfügungen bzw *advance decisions* ist. Denn viele Punkte, wie Irrtum, List, Täuschung und Zwang, die im PatVG eingehend geregelt sind, finden im MCA keine direkte Erwähnung. Es entsteht weiters der Eindruck, dass viele Wirksamkeitsvoraussetzungen im PatVG bei der jeweiligen Art der Patientenverfügung selbst geregelt sind⁶⁸², während der MCA in s 25 alle Gründe betreffend Gültigkeit und Anwendbarkeit für *advance decisions* gemeinsam normiert⁶⁸³.

Auch die Schwerpunkte sind verschieden. Während das PatVG vor allem auf Formvorschriften setzt, die die Wirksamkeit einer Patientenverfügung bestimmen, beschreibt der MCA in s 25 eigene Punkte, die nicht eingetreten sein dürfen, soll denn die *advance decision* gültig und wirksam sein. Während das PatVG die Anforderungen an eine Patientenverfügung meist positiv formuliert⁶⁸⁴, verwendet der MCA also zumeist eine negative Formulierung⁶⁸⁵.

Hier scheint es dienlich, diese Bereiche getrennt voneinander zu vergleichen. Der im PatVG ausdrücklich geregelte Bereich betreffend Irrtum, List, Zwang und Täuschung und die Ergebnisse, die die Autorin zu dieser Thematik aus der englischen Literatur gewonnen hat, kommen im Wesentlichen zu demselben Ergebnis, nämlich, dass eine Patientenverfügung bzw *advance decision* ein höchstpersönliches Recht ist, und dass sie nur verbindlich sein bzw ihr Gültigkeit und Anwendbarkeit nur eingeräumt werden können, wenn sie vom Patienten ohne ungebührliche äußere Einflüsse errichtet wurde. Während, wie bereits erwähnt, der österreichische Gesetzgeber es für notwendig befunden hat, dies im PatVG ausdrücklich

⁶⁸² Mit Ausnahme der Einsichts- und Urteilsfähigkeit und Irrtum, List, Täuschung und Zwang.

⁶⁸³ Ebenfalls mit Ausnahme der geistigen Zurechnungsfähigkeit, die bereit in s 24 als Voraussetzung genannt ist.

⁶⁸⁴ Etwa zB „eine Patientenverfügung ist verbindlich, wenn...“.

⁶⁸⁵ Etwa zB „an *advance decision* is not valid if...“.

festzuhalten, fehlt eine solche Normierung im MCA. Es lassen sich die diesbezüglichen rechtlichen Grundsätze jedoch aus dem *common law* ableiten, da einerseits die im Rahmen vorangegangener Entscheidungen zur *advance decision* entwickelten Rechtsgrundsätze als weiterhin gültig angesehen werden können und andererseits diese Lücke durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze zu schließen wäre, zu denen dieser Bereich zu zählen ist.

Allgemein lässt sich hier außerdem anmerken, dass es sich dabei um grundsätzliche Regelungen in beiden Rechtsordnungen handelt, die nicht nur im Bereich der Patientenverfügung und *advance decision* von Bedeutung sind, womit sie eine übergeordnete Rolle spielen.

Die Regelungen, die der MCA betreffend Gültigkeit und Anwendbarkeit von *advance decisions* vorsieht, sind weitgehend Punkte, die im PatVG eher im Bereich des Inhalts bzw. des Widerrufs, behandelt werden, weshalb sie auch im Rahmen dieses Rechtsvergleichs in dem entsprechenden Subkapitel thematisiert wurden, auch zum englischen Recht. Der englische Gesetzgeber hat sie in einer negativ formulierten Form nochmals im Gesetz erwähnt, um klarzustellen, dass das Fehlen einer bestimmten Voraussetzung zur Ungültigkeit bzw. Nichtanwendbarkeit einer *advance decision* führt. Als Beispiel hierfür ist etwa der Widerruf anzuführen, der in s 24 (3) geregelt ist, zu dem aber in s 25 (2) lit a klargestellt wird, dass wenn eben die *advance decision* widerrufen wurde, sie dadurch ungültig wird. Ähnliches gilt für die inhaltlichen Voraussetzungen einer *advance decision*, deren Fehlen sie eben nicht anwendbar macht.

Trotz der Unterschiede, wie die Patientenverfügung bzw. *advance decision* geregelt ist, und der unterschiedlichen Gewichtung gewisser Bereiche⁶⁸⁶ kommt man in diesem Bereich doch zu dem Ergebnis, dass die Grundhaltung ident ist. Dies lässt sich nicht zu letzt aus der bereits weiter oben dargelegten Tatsache erklären, dass hier allgemeine Rechtsgrundsätze eine Rolle spielen.

5.2.4 Änderung und Widerruf

Wer eine Patientenverfügung bzw. *advance decision* errichtet, der möchte auch wissen, ob und wie er diese ändern bzw. widerrufen kann. Denn es ist dem Einzelnen unbenommen, seine Meinung ändern zu können und nicht für immer an eine einmal getätigte Willenserklärung

⁶⁸⁶ Das PatVG etwa legt deutlich mehr Wert und Betonung auf Formvorschriften, während der MCA die Gültigkeit und Anwendbarkeit stärker von anderen Voraussetzungen abhängig macht.

gebunden zu sein. Deshalb sollen in diesem Subkapitel die Änderung und der Widerruf – getrennt voneinander – rechtsvergleichend betrachtet werden.

5.2.4.1 Die Änderung

In Österreich kann eine Patientenverfügung jederzeit vom Errichter geändert werden, solange er die dafür notwendig Einsichts- und Urteilsfähigkeit besitzt. Um eine verbindliche Patientenverfügung zu ändern, müssen auch bei der Änderung die Formvorschriften für die Errichtung einer verbindlichen Patientenverfügung eingehalten werden, da dies einer Neuerrichtung gleichkommt. Für Änderungen an einer beachtlichen Patientenverfügung gibt es keine Formvorschriften, da es schon für die Errichtung einer beachtlichen Patientenverfügung selbst keine gibt.

In England verhält es sich so, dass eine Änderung der *advance decision* ebenfalls jederzeit abänderbar ist. Da es hier bei „regulären“ *advance decisions* bei der Errichtung keine Formvorschriften gibt, gibt es auch keine für die Änderungen⁶⁸⁷. Ausnahme dazu stellt die *advance decision to refuse life-sustaining treatment* dar, da es hier für die Errichtung selbiger vom Gesetz vorgegebene Formvorschriften gibt, die es auch bei Änderungen einzuhalten gilt⁶⁸⁸.

Vergleicht man die Möglichkeiten einer Abänderung der Patientenverfügung bzw. *advance decision* in Österreich und England, dann sieht man deutlich, dass es hier kaum Unterschiede gibt, denn in beiden Rechtsordnungen ist es dem Patienten möglich die Patientenverfügung bzw. *advance decision* jederzeit zu ändern. Der einzige Unterschied besteht letztlich darin, dass der Patient nach dem österreichischen Recht sich auch bei der Änderung einer verbindlichen Patientenverfügung an die Errichtungsvorschriften halten muss, während dem Patienten in England bei der Änderung einer „normalen“ *advance decision* keine solchen „Hürden“ im Wege stehen, bei der Änderung einer *advance decision to refuse life-sustaining treatment* jedoch schon.

Beide Rechtsordnungen handeln hier im Einklang mit ihrem System, da sie für die Änderung einer Patientenverfügung bzw. *advance decision* dieselben Formvorschriften beachten müssen,

⁶⁸⁷ Vgl s 24 (5), der festhält, dass die Änderung einer *advance decision* nicht schriftlich erfolgen muss.

⁶⁸⁸ Auch darauf wird in s 24 (5) ausdrücklich hingewiesen.

wie bei der Errichtung der Patientenverfügung selbst. Weitere Erkenntnisse lassen sich aus diesem Bereich der Patientenverfügung bzw. *advance decision* jedoch nicht schließen, da hier wiederum die Erläuterungen zum Rechtsvergleich zwischen den Formvorschriften in Österreich und England von Relevanz wären, die bereits weiter oben ausführlich abgehandelt wurden.

5.2.4.2 Der Widerruf

Etwas schwieriger verhält es sich mit dem Widerruf einer Patientenverfügung. Grundsätzlich kann ein Patient, der die nötige Einsichts- und Urteilsfähigkeit besitzt, gem § 10 Abs 2 PatVG seine Patientenverfügung jederzeit widerrufen. Da jedoch § 10 Abs 2 PatVG die Einsichts- und Urteilsfähigkeit für den Widerruf nicht verlangt wird und die Materialien sogar ausdrücklich sagen, dass der Patient dafür nicht mehr einsichts- und urteilsfähig sein muss, kommt man zu dem Ergebnis, dass der Errichter einer Patientenverfügung diese jederzeit und unabhängig von seinem Geisteszustand widerrufen kann. Dabei ist der Patient an keinerlei Formvorschriften – im Gegensatz zur Errichtung – gebunden. Der Widerruf kann also mündlich oder schriftlich und sowohl ausdrücklich, als auch schlüssig erfolgen.⁶⁸⁹

Auch der Widerruf ist nach dem englischen Recht jederzeit und formfrei⁶⁹⁰ möglich, wenn der Patient *capacity* hat⁶⁹¹. Das ist aber nur ein Teilaspekt, denn s 25 (2) lit c, der besagt, dass eine *advance decision* ua dann ungültig ist, wenn sich der Patient eindeutig im Widerspruch zu ihr verhält. Dies ist im Grunde einem Widerruf gleichzusetzen, jedoch geht der Gesetzgeber hier nicht darauf ein, wie es um den geistigen Zustand des Patienten bestellt sein muss, während er das beim Widerruf in s 24 (3) und 25 (2) lit a ausdrücklich im Gesetz festhält. Folgt man den Ausführungen der Autorin⁶⁹², dann kann der Widerruf an sich nur bei vorhandener geistiger Zurechnungsfähigkeit erfolgen, ebenso wie ein Widerruf durch ein der *advance decision* widersprechendes Verhalten. Damit ist der Widerruf gleichwertig mit der Errichtung einer *advance decision*. Diesem Ergebnis ist hinzuzufügen, dass die Lit argumentiert, dass die *mental capacity* bei Errichtung einer *advance decision* stärker

⁶⁸⁹ Vgl Kapitel zum Widerruf im österreichischen Recht.

⁶⁹⁰ Vgl s 24 (4), der klar besagt, dass ein Widerruf nicht schriftlich erfolgen muss.

⁶⁹¹ Vgl s 24 (3) MCA.

⁶⁹² Vgl Kapitel zum Widerruf im englischen Recht.

ausgeprägt sein muss, als bei Widerruf selbiger, was dem Ergebnis aber wiederum nicht schadet, solange geistige Zurechnungsfähigkeit an sich vorhanden sein muss.

Im Vergleich zwischen Österreich und England kann man hier gut sehen, dass es Abweichungen gibt. Parallelen gibt es dahingehen, dass der Widerruf in beiden Rechtsordnungen formfrei ist, eine Lösung, die dem Grunde nach dem Gedanken Rechnung trägt, dass der Patient jederzeit seine Meinung ändern können muss und nicht durch formale Hürden daran gehindert werden soll. Unterschiede gibt es bei der Einsichts- und Urteilsfähigkeit bzw geistigen Zurechnungsfähigkeit im Zeitpunkt des Widerrufs. Nach dem österreichischen Recht muss die Einsichts- und Urteilsfähigkeit im Zeitpunkt des formfreien Widerrufs gar nicht, oder zumindest nur in einem deutlich geringeren Ausmaß bzw gar nicht vorhanden sein⁶⁹³ während das englische Recht den Widerruf nur zulässt, wenn der Patient im Zeitpunkt des Widerrufs im Besitz der geistigen Zurechnungsfähigkeit⁶⁹⁴ ist. Gerade im österreichischen Recht steht dies in einem eklatanten Widerspruch zu den strengen Voraussetzungen und Formvorschriften, die bei der Errichtung einer verbindlichen Patientenverfügung einzuhalten sind.

Des Weiteren mutet diese Aufweichung in Österreich sehr seltsam an, da eine der Hauptbestrebungen einer Kodifizierung der Patientenverfügung bzw *advance decision* gerade die Stärkung des Selbstbestimmungsrechtes des Einzelnen ist. Genau diese wird jedoch auf diesem Wege wieder untergraben, zumindest wenn man es streng nach den Regeln des Rechts und des Systems, in das dieses eingebettet ist, betrachtet. Andererseits: kann man als gesunder, funktionierender Mensch wirklich wissen, dass man mit Alzheimer⁶⁹⁵ nicht leben kann und will? Kann es nicht sein, dass man – natürlich nach Verlust der Einsichts- und Urteilsfähigkeit bzw geistigen Zurechnungsfähigkeit – trotzdem in der Situation selbst dann ein zufriedenes, ja lebenswertes Leben führt? Und kann es dann nicht sein, dass man sehr wohl eine Behandlung möchte, die man vorher noch, als all das unvorstellbar war, abgelehnt hat? Es gibt in der Lit, sowohl in Österreich als auch in England, jene, die diese Meinung vertreten, aber auch jene, die anderer Meinung sind. Die Wahrheit ist, dass es darauf keine allgemein gültige Antwort gibt, da wir nicht wissen, wie wir uns einmal fühlen werden, wenn ein solcher Zustand eingetreten ist. Jedoch muss man sich fragen, ob es uns, die wir außen

⁶⁹³ Stichwort „natürlicher Wille“.

⁶⁹⁴ Wenn auch uU mit gewissen Abstufungen.

⁶⁹⁵ Diese Krankheit ist nur eines der möglichen Beispiele in diesem Zusammenhang.

stehen, zusteht, darüber zu entscheiden? Hier muss man mA nach die Problematik des Widerrufs differenziert betrachten. Die Verfasserin selbst hat sich in der Auseinandersetzung mit der Lit zu diesem Thema viele Gedanken gemacht und vertritt die Ansicht, dass beide Seiten ihre Berechtigung haben, da die jeweiligen Argumente und Ansätze schlüssig sind. Festzuhalten ist aber, dass der österreichische Gesetzgeber inkonsequent gehandelt hat und mit der von ihm durch das Gesetz herbeigeführten Lösung die angestrebte Selbstbestimmung untergräbt.⁶⁹⁶ Der englische Gesetzgeber hat im Gegensatz dazu das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen besser gewahrt, da er seiner Linie treu bleibt. Denn mE verhält es sich so, dass man eine Patientenverfügung oder *advance decision* gerade deswegen errichtet, um für den Zeitpunkt der nicht mehr vorhandenen Einsichts- und Urteilsfähigkeit bzw fehlenden geistigen Zurechnungsfähigkeit vorzusorgen, weshalb ein Widerruf ohne Einsichts- und Urteilsfähigkeit bzw geistige Zurechnungsfähigkeit das Gesamtkonzept untergräbt, zumal man sich nicht mehr darauf verlassen kann, weil später einmal eine Äußerung als Widerruf verstanden werden kann, auch wenn der Patient selbst gar nicht mehr die Fähigkeit besitzt, eine solche Entscheidung zu treffen.

5.2.5 Sonstiges

Neben den wesentlichen Punkten, die das Wesen einer Patientenverfügung bzw *advance decision* ausmachen, gibt es auch eine Reihe von weiteren Punkten, deren Betrachtung für diesen Rechtsvergleich von Interesse ist. Diese Punkte werden in diesem Subkapitel zusammengefasst und erörtert.

5.2.5.1 Zugang einer Patientenverfügung bzw advance decision

Da es sich sowohl bei der Patientenverfügung als auch der *advance decision* um eine einseitige Willenserklärung handelt, stellt sich die Frage, wie Dritte, insbesondere die behandelnden Ärzte und das medizinische Personal von der Patientenverfügung bzw *advance decision* Kenntnis erlangen. Dieser Bereich soll hier rechtsvergleichend untersucht werden, um herauszufinden, ob hier – wesentliche – Unterschiede bestehen.

⁶⁹⁶ *Ofner in Vienna Law Inauguration Lectures*, Antrittsvorlesungen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien I 65.

In Österreich verhält es sich so, dass die Patientenverfügung in den Machtbereich des Empfängers gelangen muss und er sich sohin unter normalen Umständen Kenntnis von der Patientenverfügung verschaffen kann. Es handelt sich hierbei um die sog Empfangstheorie. Eine etwaiges Verlust- oder Verspätungsrisiko trägt hierbei der Absender, also der Patient selbst. Jedoch kann der Adressat die Annahme nicht bewusst vereiteln. Im Ergebnis führt die Empfangstheorie dazu, dass die Krankenanstalt bzw den behandelnden Arzt keine direkte Nachforschungs- und somit auch keine Holpflicht hat. Möglichkeiten wie der Patient gewährleisten kann, dass der behandelnde Arzt von der bestehenden Patientenverfügung erfährt, wäre etwa die Eintragung der Verfügung in einen Patientenverfügungsregister, die Verständigung naher Angehöriger von der Existenz einer solchen Verfügung, Hinterlegung der Patientenverfügung bei einer Vertrauensperson oder das Tragen einer Hinweiskarte, die über das Vorhandensein der Patientenverfügung aufklärt. All dies ist nicht im PatVG selbst vermerkt, sondern es gelten die allgemeinen Regeln des ABGB.⁶⁹⁷

Auch der MCA sagt nicht direkt etwas über den Zugang von *advance decisions*, der *Code of Practice* jedoch schon. Darin ist festgehalten, dass es in der Verantwortung des Patienten selbst liegt, dafür zu sorgen, dass die behandelnden Ärzte bzw das medizinische Personal von der *advance decision* Kenntnis erlangen. Eine Verpflichtung des Arztes nach der *advance decision* zu suchen gibt es demnach nicht. Als Wege, sicherzustellen, dass der behandelnde Arzt von der Patientenverfügung erfährt, zählt der *Code of Practice* das Vermerken der *advance decision* in der Krankenakte, das Informieren nahestehender Personen über die Existenz der *advance decision* oder das Tragen einer Hinweiskarte.⁶⁹⁸

Vergleicht man hier die beiden Rechtsordnungen miteinander, dann fällt sofort auf, dass hier Parallelen vorliegen. In beiden Rechtsordnungen liegt es in der Verantwortung des Patienten dem Arzt Kenntnis über die Patientenverfügung bzw *advance decision* zu verschaffen und es gibt auch jeweils keine Nachforschungspflicht des Arztes. Die dahinter liegende Rason ist mM nach, dass die Gesetzgeber vermeiden wollten, dass so möglichst wenig Aufwand bzw Unannehmlichkeiten für die Krankenanstalten bzw die behandelnden Ärzte entstehen. Dies ist mehr als nachvollziehbar, denn würde man den Ärzten eine entsprechende

⁶⁹⁷ Vgl § 862a ABGB.

⁶⁹⁸ Code of Practice, 169.

Nachforschungspflicht auferlegen, so würde dies die Ressourcen der Krankenanstalten bzw behandelnden Ärzte in einem kaum abschätzbaren Maße binden⁶⁹⁹. Da die Errichtung einer Patientenverfügung bzw *advance decision* eine Stärkung des Selbstbestimmungsrechtes darstellt, ist es nur logisch, wenn es auch dem Patienten überlassen bleibt dafür zu sorgen, dass der behandelnde Arzt von dieser weiß, weil es im Interesse des Patienten selbst liegt, dass sie befolgt wird.

Im Ergebnis lässt sich daher aus der rechtsvergleichenden Betrachtung nur schließen, dass die Ziele der beiden Gesetzgeber hier vergleichbar sind, weshalb sie auch zu demselben Ergebnis kommen.

5.2.5.2 Ärztliche Haftung in Zusammenhang mit Patientenverfügung bzw advance decision

Im Zusammenhang mit Patientenverfügungen bzw *advance decision* treten natürlich auch Fragen betreffend die ärztlich Haftung auf, etwa bei Zuwiderhandeln gegen eine verbindliche Patientenverfügung bzw dem im Einklang mit einer *advance decision* handeln, die sich im Anschluss als nicht gültig oder anwendbar entpuppt. Diese Frage der ärztlichen Haftung soll an dieser Stelle einer rechtsvergleichenden Betrachtung unterzogen werden, wobei es sich dabei nur um einen kurzen Überblick über die Thematik handelt.

In Österreich verhält es sich so, dass ein Arzt, der einen Patienten trotz gültiger verbindlicher Patientenverfügung behandelt, dh zu behandeln beginnt oder ein bereits begonnene Behandlung fortsetzt, eine eigenmächtige Heilbehandlung begeht, was wiederum straf- und zivilrechtliche Konsequenzen nach sich zieht.

Behandelt ein Arzt einen Patienten nicht, da er der Meinung ist, dass eine gültige und verbindliche Patientenverfügung vorliegt, dies aber nicht zutrifft und der Patient dadurch gesundheitliche Schäden nimmt oder gar stirbt, so können sich daraus ebenfalls straf- und zivilrechtliche Konsequenzen daraus ergeben, da dann uU eine fahrlässige Körperverletzung bzw Tötung vorliegen kann, wenn der Arzt Zweifel hätte haben müssen bzw keine guten Gründe vorgelegen haben, warum er an die Gültigkeit und Verbindlichkeit der Patientenverfügung hätte glauben sollen.

⁶⁹⁹ Da ohne überhaupt einen Hinweis auf das Bestehen einer Patientenverfügung bzw *advance decision* zu haben – und auch dann, wenn man einen hat –, die Suche nach einer solchen der sprichwörtlichen Suche nach der Nadel im Heuhaufen ausarten könnte, was unzumutbar wäre.

Der englische Gesetzgeber hat in dem Abschnitt betreffend die *advance decision* festgehalten, wie die haftungsrechtlichen Konsequenzen im Zusammenhang mit *advance decisions* aussehen. Grundsätzlich haftet der Arzt, wenn er einer gültigen und anwendbaren *advance decision* zuwiderhandelt bzw es verabsäumt eine begonnene Behandlung, die im Widerspruch zu der *advance decision* steht, abzubrechen. Konkret sind die Folgen hier straf- und zivilrechtlicher Natur und wenden sich gegen das Delikt der Körperverletzung. Die Haftung, die sich aus diesem Zusammenhang ergibt, ist in s 25 (1) geregelt. Wusste der behandelnde Arzt bzw das medizinische Personal aber nichts von einer *advance decision* oder waren von deren Gültigkeit bzw Anwendbarkeit nicht überzeugt, dann sind sie gem s 26 (2) vor Haftungsfragen geschützt. Halten sie eine *advance decision* aus guten Gründen für gültig und anwendbar und behandeln den Patienten, dann sind sie, wenn sich die *advance decision* als ungültig bzw nicht anwendbar entpuppt vor Haftungsfragen gem s 26 (3) geschützt.

Im Rechtsvergleich zeigt sich hier, dass beide Rechtsordnungen haftungsrechtliche Konsequenzen für den behandelnden Arzt im Falle eines Zuwiderhandelns, in welche Richtung auch immer, vorsehen.

In beiden Rechtsordnungen muss der Arzt mit haftungsrechtlichen Konsequenzen rechnen, wenn er trotz gültiger und anwendbarer Patientenverfügung bzw *advance decision*, die darin abgelehnten Behandlungen durch- oder fortführt. Die ist notwendig, damit ein Arzt nicht einfach aufgrund seiner eigenen moralischen, ethischen oder religiösen Überzeugungen eine Patientenverfügung bzw *advance decision* missachten kann. Möchte ein Arzt nicht gegen seine Überzeugungen handeln, so steht es ihm frei, die Behandlung des Patienten abzulehnen. Er darf aber deswegen nicht gegen die ausdrücklichen Wünsche eines Patienten handeln. Das hier die beiden Rechtsordnungen im Wesentlichen zu demselben Ergebnis kommen, ist nicht weiter verwunderlich.

5.2.5.3 Gerichtliche Überprüfung

Gibt es Zweifel oder Unklarheiten betreffend einer Patientenverfügung bzw *advance decision*, dann ist das Gericht anzurufen, um darüber zu entscheiden. Es handelt sich hier jedoch nur um eine kurz gehaltene und sehr oberflächliche Betrachtung dieser Thematik. Näher in die

Tiefen des Verfahrensrechts in Österreich und England einzudringen, würde hier den Rahmen der Arbeit sprengen und wäre überdies unzweckmäßig.

Nach dem österreichischen Recht ist das zuständige Pflegschaftsgericht anzurufen und eine Sachwalterbestellung gem §273 Abs 1 ABGB anzuregen. Dabei muss dann vom Gericht vorab überprüft werden, ob es sich bei der vorgelegten Patientenverfügung um eine verbindliche Patientenverfügung iSd §§ 4 – 7 PatVG handelt. Kommt das Gericht dabei zu der Auffassung, dass es sich um eine verbindliche Patientenverfügung handelt, dann darf kein Sachwalter für den von der Patientenverfügung abgedeckten Bereich bestellt werden. Eine gültige verbindliche Patientenverfügung kann vom Gericht außerdem nicht beseitigt werden

Nach dem MCA ist bei Zweifeln bzw Unklarheiten betreffend eine *advance decision*, etwa ob sie gültig oder ob sie anwendbar ist, der eigens geschaffene neue *Court of Protection* anzurufen. Der Court of Protection hat dann darüber zu entscheiden, ob eine *advance decision* gültig bzw anwendbar ist, jedoch kann er eine gültige und anwendbare *advance decision* nicht außer Kraft setzen.

Vergleicht man hier die österreichische und die englische Rechtsordnung, so erkennt man, dass in beiden Rechtsordnungen eine Instanz vorhanden ist bzw geschaffen wurde, die befugt ist, sich mit Fragen betreffend Patientenverfügungen bzw *advance decisions* auseinanderzusetzen und diese hinsichtlich ihrer Gültigkeit und Anwendbarkeit beurteilen darf. Während in Österreich eine solche Angelegenheit den normalen Gerichtsweg geht und daher ein Bezirksgericht in Außerstreitsachen damit befasst wäre, hat der englische Gesetzgeber im MCA ein eigenes Gericht geschaffen, das sich ausschließlich mit Belangen des MCA auseinandersetzt.

Beide Rechtsordnungen können über die Verbindlichkeit von Patientenverfügungen bzw Gültigkeit und Anwendbarkeit von *advance decisions* entscheiden. In beiden Rechtsordnungen darf das Gericht jedoch, so es zu diesem Ergebnis kommt, eine gültige und anwendbare verbindliche Patientenverfügung bzw gültige und anwendbare *advance decision* nicht außer Kraft setzen. Damit wird konsequent die Stärkung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten, das eines der Hauptziele der Patientenverfügung bzw *advance decision* darstellt, weitergeführt. Dritte können somit nicht gegen eine verbindliche Patientenverfügung bzw gültige und anwendbare *advance decision* vorgehen. Damit möchte man Interventionen von nahen Angehörigen, die mit der Entscheidung des Patienten oder aber dem Ausgang

dieser Entscheidung nicht einverstanden sind hintanhalten und dem Selbstbestimmungsrecht einen klaren Vorrang einräumen.

Die Ziele, die durch das Verfahrensrecht in Österreich wie in England erreicht werden sollen, sind einander im Grunde sehr ähnlich. Die Ausführung unterscheidet sich jedoch notwendigerweise schon allein aufgrund der grundsätzlichen Unterschiede der beiden Rechtssysteme. Wichtigster Punkt ist aber in beiden Rechtsordnungen, dass die jeweiligen Gerichte eine verbindliche Patientenverfügung bzw eine gültige und anwendbare *advance decision* nicht außer Kraft setzen können.

5.2.5.4 Die Patientenverfügung bzw advance decision im Verhältnis zu anderen Rechtsinstituten

Sowohl im österreichischen als auch im englischen Recht gibt es andere Rechtsinstitute, die funktional der Patientenverfügung bzw *advance decision* ähnlich sind, mit hinein. Dabei handelt es vor allem um die Sachwalterschaft bzw *court-appointed deputy* und die Vorsorgevollmacht bzw *lasting powers of attorney* (LPA).

Im österreichischen Recht verhält es sich so, dass dort, wo der Patient bereits eine verbindliche Patientenverfügung errichtet hat, für diesen Bereich kein Sachwalter mehr bestellt werden kann, da die Patientenverfügung nach dem Grundsatz des Selbstbestimmungsrechts der Sachwalterschaft vorgeht. Ist der Sachwalter bereits bestellt und umfasst sein Wirkungsbereich auch medizinische Maßnahmen, dann ist jener Bereich, der von einer verbindlichen Patientenverfügung abgedeckt wird, davon ausgenommen.

Auch bei der Vorsorgevollmacht, die medizinische Maßnahmen umfasst⁷⁰⁰, geht die verbindliche Patientenverfügung nach dem Grundsatz des Selbstbestimmungsrechts der Vorsorgevollmacht vor und der Vorsorgebevollmächtigte ist an die Patientenverfügung gebunden.

Das Pendant zur Sachwalterschaft im englischen Recht, der *court-appointed deputy*, hat Nachrang hinter einer gültigen und anwendbaren *advance decision*, dh ein bestellter *deputy*

⁷⁰⁰ Ist dies gar nicht der Fall, dann stellt sich die Frage der Konkurrenz zwischen den beiden Rechtsinstituten überhaupt nicht.

kann niemals in eine medizinische Maßnahme einwilligen, die bereits durch eine *advance decision* abgelehnt wurde.

Bei der LPA verhält es sich im Verhältnis zur *advance decision* so, dass die zeitliche Abfolge der Errichtung gewisse Auskunft darüber gibt, welches Rechtsinstitut jeweils Vorrang hat. Wurde die *advance decision* also zuerst errichtet, so geht diese vor und umgekehrt, wenn der Errichter das auch so verfügt. Wird in einer später errichteten LPA die Frage der medizinischen Maßnahmen aber gar nicht Teil des Inhalts, so behält die *advance decision* weiterhin ihre Gültigkeit.

Im Rechtsvergleich sieht man hier nur geringfügige Unterschiede darin, wie sich die einzelnen Rechtsinstitute zu einander verhalten. Bei der Sachwalterschaft bzw *court-appointed deputy* kommen beide Rechtsordnungen zu demselben Ergebnis, nämlich dass die Patientenverfügung bzw *advance decision* hat. Dieses Ergebnis unterstützt die von der Patientenverfügung bzw *advance decision* angestrebte Stärkung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten, da dem selbstbestimmteren der beiden Rechtsinstitute Vorrang vor dem anderen eingeräumt wird. Da die Sachwalterschaft bzw der *court-appointed deputy* keine selbstbestimmten Maßnahmen bei fehlender Einsichts- und Urteilsfähigkeit bzw *mental capacity* sind und erst bei Bedarf, dh nach Eintritt des Verlustes der Einsichts- und Urteilsfähigkeit bzw *mental capacity*, eingerichtet werden, kann der Patient selbst hier in diesem Zusammenhang im Voraus gar nichts selbst verfügen. Daher hat hier dann auch die selbstbestimmte Patientenverfügung bzw *advance decision* den logischen Vorrang zu haben.

Aber während im österreichischen Recht die Patientenverfügung aufgrund ihres höheren Selbstbestimmungsgrades immer Vorrang vor den anderen Rechtsinstituten genießt, unabhängig vom Zeitpunkt ihrer Errichtung, ist in England gerade bei der LPA auch der Errichtungszeitpunkt wesentlich, um bestimmen zu können, welches Rechtsinstitut hier Vorrang hat. Hintergedanken des englischen Gesetzgebers war wohl hier, dass jemand der bereits eine LPA errichtet hat und sie anschließend dazu entscheidet eine *advance decision* zu errichten, klar in Kauf nimmt, dass die selbstbestimmtere *advance decision* die LPA verdrängt, während andersherum die LPA die *advance decision* nur dann verdrängt, wenn der Patient ausdrücklich dem Bevollmächtigten die Möglichkeit einräumt, über bereits in einer *advance decision* verfügte medizinische Maßnahmen zu verfügen, weil auch hier der Gesetzgeber wohl davon ausgeht, dass der Patient im Grunde immer möchte, dass das selbstbestimmtere Rechtsinstitut Vorrang hat. Jedoch stellt der Gesetzgeber hiermit auch klar, dass wenn der Patient sich nach der Errichtung einer *advance decision* bewusst für eine

anderes Rechtsinstitut entscheidet, dass auch den in der *advance decision* geregelten Bereich beinhalten soll, dieses andere Rechtsinstitut Vorrang hat.

Im Ergebnis kann man hier sagen, dass beide Gesetzgeber bemüht waren, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu stärken, weshalb sie der Patientenverfügung bzw. *advance decision* als am stärksten selbstbestimmtes Rechtsinstitut unter all jenen, die die fehlende Einsichts- und Urteilsfähigkeit bzw. *mental capacity* zur Grundlage haben, eine Vorrangstellung eingeräumt haben. Damit haben sie auch das für das jeweilige Gesetz gesteckte Ziel der Stärkung des Selbstbestimmungsrechts des Einzelnen verwirklicht.

6 SCHLUSSWORT

Die gesetzliche Verankerung der Patientenverfügung im österreichischen Recht erachtet die Verfasserin persönlich für einen wichtigen und richtigen Schritt, der nicht mehr hätte aufgeschoben werden dürfen.

Die größte Problematik ist, nach Ansicht der Verfasserin, die Möglichkeit des Widerrufs der Patientenverfügung durch den Betroffenen nach Verlust der Einsichts- und Urteilsfähigkeit. Hier verhält sich der Gesetzgeber wie auch schon im Rahmen der Arbeit aufgezeigt inkonsequent, und zwar insofern als er die Willensbildung zur Abfassung einer Patientenverfügung strengen Voraussetzungen unterwirft, deren Widerruf aber auch jemandem gestattet, der gar keinen freien Willen mehr bilden kann, weil ihm bereits die Kapazitäten zu einer umfassenden Meinungsbildung fehlen. Damit wird das Rechtsinstitut der Patientenverfügung vom Gesetzgeber ad absurdum geführt.

Es handelt sich um ein „Schlupfloch“ des Gesetzgebers, bei dem er deutlich von den als Ziel definierten Rechtsgrundsätzen abweicht, und die widrigen Folgen einer verbindlichen Patientenverfügung, nämlich Verschlechterung des Gesundheitszustandes oder sogar Tod des Patienten abwendet, wenn sich auch nur der leiseste Zweifel bei den Beteiligten rührt.

Es ist zudem festzuhalten, dass, auch wenn das Gesetz viele Fragen einer Lösung zuführt, es dennoch auch neue Rechtsfragen und Probleme aufwirft. ME nach ist dies aber in Zeiten einer in vielerlei Hinsicht sehr schnelllebigen Gesellschaft nicht weiter verwunderlich, da einerseits in gewissen Bereichen der Regelungsbedarf – mehr oder weniger schnell – steigt und andererseits das Öfteren eine fast schon „Überreglementierung“ des Gesetzgebers zu vermuten ist. Und werden zu viele Gesetze erlassen, so kann es leider passieren, dass sich in der Anwendung zwischen den einzelnen Gesetzen, die miteinander in Zusammenhang stehen⁷⁰¹, Probleme und Ungereimtheiten ergeben, die es aufzulösen gilt. Ein gutes Beispiel dafür bietet die weiter oben angeführte Problematik rund um die Qualifizierung als Widerruf einer Patientenverfügung bei Errichtung einer Vorsorgevollmacht.

Für die Verfasserin persönlich sehr interessant, lehrreich und lohnend war die Auseinandersetzung mit dem englischen Recht, da diese die Unterschiede der Rechtskreise sehr deutlich aufgezeigt hat und dazu beigetragen hat den Horizont zu erweitern und die

⁷⁰¹ Da ist in diesem Bereich insbesondere an das Sachwalterrecht und die dazugehörige Vorsorgevollmacht zu denken.

Kenntnisse der englischen Rechtssprache weiter zu schulen und zu vertiefen. Zu bemerken ist, dass Großbritannien eine wesentlich liberalere Grundeinstellung hat als Österreich – eine Tatsache, die nicht zuletzt sehr stark durch die neuere Geschichte Österreichs geprägt ist, die aber auch mitunter aus den unterschiedlichen Rechtsordnungen heraus erklärt werden kann. In all diesem Liberalismus findet sich trotzdem immer wieder eine gewisse Engstirnigkeit wieder, wie etwa an jenen Gerichtsentscheidungen zur *advance decision* zu sehen ist, wo der Eindruck entsteht, dass hier im Hintergrund letztlich der Lebenswert der Patienten gewertet wurde, um über Wirksamkeit oder Unwirksamkeit einer *advance decision* zu entscheiden. Dies erscheint in den Augen der Verfasserin sehr fragwürdig.

Tatsache ist aber, dass England in vielen Bereichen mit der Thematisierung, sei es im Rahmen von Gerichtsentscheidungen oder Gesetzesentwürfen, sehr häufig einen Schritt voraus ist. Dies sieht man etwa in Fällen zur Sterbehilfe, die immer wieder vor Gericht gebracht werden⁷⁰². Dies gilt im Grunde auch für die *advance decision*, die durch das *case law system* schon lange Anerkennung gefunden und Konkretisierung erfahren hat. Und sie wurde in England bereits ein Jahr vor uns gesetzlich geregelt, auch wenn sie erst später als bei uns tatsächlich in Kraft getreten ist. Alleine aufgrund dieser Vorreiterrolle erachtet die Verfasserin den Blick nach England als eine gute Idee, um sich Anregungen zu holen.

Das lange und intensive Auseinandersetzen mit der Thematik der Patientenverfügung war für die Verfasserin – auch persönlich – sehr aufschlussreich. Denn jeder von uns hat sich vermutlich schon einmal, wenn vielleicht auch nicht für sich selbst, so doch etwa für nahe Angehörige, Gedanken darüber gemacht, wie mit künftigen Entscheidungen im medizinischen Bereich zu verfahren ist oder ist ganz allgemein vor medizinischen (Behandlungs-)Fragen gestanden, die mit der Patientenverfügung in Zusammenhang stehen. Und genau an dieser Stelle greift dieses Rechtsinstitut ein und bietet uns die Möglichkeit schon im Vorfeld für uns zu entscheiden, was wir – im Falle einer Patientenverfügung – nicht wollen. Und auch wenn man sich dagegen entscheidet eine solche Verfügung zu errichten, so hält die Verfasserin dennoch auch die rein gedankliche Auseinandersetzung mit diesem Thema für ausgesprochen wichtig. Denn egal, ob man sich für oder gegen die Errichtung einer Patientenverfügung entscheidet, ist bereits die Auseinandersetzung mit der Thematik an sich und die darauffolgende Entscheidung für einen der Wege, für einen Ausdruck der

⁷⁰² Aktuell gibt es zu diesem Thema wieder eine Debatte in England, in die sich auch der bekannte Fantasy-Autor Terry Pratchett, der an Alzheimer leidet, für die Sterbehilfe stark macht.

Selbstbestimmung zu erachten, auch wenn dessen Bedeutung durch den Inneren Ablauf mitunter nicht nach außen dringt und daher nicht auf diese Art und Weise wahrgenommen wird. Gerade Personen mit langsam voranschreitenden oder chronischen Krankheiten, für die dieses Thema daher uU präsenter sein wird, werden in diesem Rechtsinstitut ein nützliches Hilfsmittel für den Ausdruck des eigenen Willens und die Stärkung des Selbstbestimmungsrechts finden, die auch nach außen getragen werden kann.

ANHANG I – PATIENTENVERFÜGUNGS-GESETZ 2006

Gesamte Rechtsvorschrift für Patientenverfügungs-Gesetz, Fassung vom 29.07.2010

Langtitel

Bundesgesetz über Patientenverfügungen (Patientenverfügungs-Gesetz - PatVG)

(NR: GP XXII RV 1299 AB 1381 S. 142. BR: AB 7518 S. 733.)

StF: BGBl. I Nr. 55/2006

Text

1. Abschnitt

Allgemeine Bestimmungen

Anwendungsbereich

§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz regelt die Voraussetzungen und die Wirksamkeit von Patientenverfügungen.

(2) Eine Patientenverfügung kann verbindlich oder für die Ermittlung des Patientenwillens beachtlich sein.

Begriffe

§ 2. (1) Eine Patientenverfügung im Sinn dieses Bundesgesetzes ist eine Willenserklärung, mit der ein Patient eine medizinische Behandlung ablehnt und die dann wirksam werden soll, wenn er im Zeitpunkt der Behandlung nicht einsichts-, urteils- oder äuerungsfähig ist.

(2) Patient im Sinn dieses Bundesgesetzes ist eine Person, die eine Patientenverfügung errichtet, gleichgültig, ob sie im Zeitpunkt der Errichtung erkrankt ist oder nicht.

Höchstpersönliches Recht, Fähigkeit der Person

§ 3. Eine Patientenverfügung kann nur höchstpersönlich errichtet werden. Der Patient muss bei Errichtung einer Patientenverfügung einsichts- und urteilsfähig sein.

2. Abschnitt

Verbindliche Patientenverfügung

Inhalt

§ 4. In einer verbindlichen Patientenverfügung müssen die medizinischen Behandlungen, die Gegenstand der Ablehnung sind, konkret beschrieben sein oder eindeutig aus dem Gesamtzusammenhang der Verfügung hervorgehen. Aus der Patientenverfügung muss zudem hervorgehen, dass der Patient die Folgen der Patientenverfügung zutreffend einschätzt.

Aufklärung

§ 5. Der Errichtung einer verbindlichen Patientenverfügung muss eine umfassende ärztliche Aufklärung einschließlich einer Information über Wesen und Folgen der Patientenverfügung für die medizinische Behandlung vorangehen. Der aufklärende Arzt hat die Vornahme der Aufklärung und das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Patienten unter Angabe seines Namens und seiner Anschrift durch eigenhändige Unterschrift zu dokumentieren und dabei auch darzulegen, dass und aus welchen Gründen der Patient die Folgen der Patientenverfügung zutreffend einschätzt, etwa weil sie sich auf eine Behandlung bezieht, die mit einer früheren oder aktuellen Krankheit des Patienten oder eines nahen Angehörigen zusammenhängt.

Errichtung

§ 6. (1) Eine Patientenverfügung ist verbindlich, wenn sie schriftlich unter Angabe des Datums vor einem Rechtsanwalt, einem Notar oder einem rechtskundigen Mitarbeiter der Patientenvertretungen (§ 11e Kranken- und Kuranstaltengesetz, BGBl. Nr. 1/1957) errichtet worden ist und der Patient über die Folgen der Patientenverfügung sowie die Möglichkeit des jederzeitigen Widerrufs belehrt worden ist.

(2) Der Rechtsanwalt, Notar oder rechtskundige Mitarbeiter der Patientenvertretungen hat die Vornahme dieser Belehrung in der Patientenverfügung unter Angabe seines Namens und seiner Anschrift durch eigenhändige Unterschrift zu dokumentieren.

Erneuerung

§ 7. (1) Eine Patientenverfügung verliert nach Ablauf von fünf Jahren ab der Errichtung ihre Verbindlichkeit, sofern der Patient nicht eine kürzere Frist bestimmt hat. Sie kann unter Einhaltung der Formerfordernisse des § 6 nach entsprechender ärztlicher Aufklärung erneuert werden; damit beginnt die Frist von fünf Jahren neu zu laufen.

(2) Einer Erneuerung ist es gleichzuhalten, wenn einzelne Inhalte der Patientenverfügung nachträglich geändert werden. Dabei sind die Bestimmungen über die Errichtung einer verbindlichen Patientenverfügung entsprechend anzuwenden. Mit jeder nachträglichen Änderung beginnt die in Abs. 1 genannte Frist für die gesamte Patientenverfügung neu zu laufen.

(3) Eine Patientenverfügung verliert nicht ihre Verbindlichkeit, solange sie der Patient mangels Einsichts-, Urteils- oder Äußerungsfähigkeit nicht erneuern kann.

3. Abschnitt

Beachtliche Patientenverfügung

Voraussetzungen

§ 8. Eine Patientenverfügung, die nicht alle Voraussetzungen der §§ 4 bis 7 erfüllt, ist dennoch für die Ermittlung des Willens des Patienten beachtlich.

Beachtung der Patientenverfügung

§ 9. Eine beachtliche Patientenverfügung ist bei der Ermittlung des Patientenwillens umso mehr zu beachten, je eher sie die Voraussetzungen einer verbindlichen Patientenverfügung erfüllt. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, inwieweit der Patient die Krankheitssituation, auf die sich die Patientenverfügung bezieht, sowie deren Folgen im Errichtungszeitpunkt einschätzen konnte, wie konkret die medizinischen Behandlungen, die Gegenstand der Ablehnung sind, beschrieben sind, wie umfassend eine der Errichtung vorangegangene ärztliche Aufklärung war, inwieweit die Verfügung von den Formvorschriften für eine verbindliche Patientenverfügung abweicht, wie häufig die Patientenverfügung erneuert wurde und wie lange die letzte Erneuerung zurückliegt.

4. Abschnitt

Gemeinsame Bestimmungen

Unwirksamkeit

§ 10. (1) Eine Patientenverfügung ist unwirksam, wenn

1. sie nicht frei und ernstlich erklärt oder durch Irrtum, List, Täuschung oder physischen oder psychischen Zwang veranlasst wurde,
2. ihr Inhalt strafrechtlich nicht zulässig ist oder

3. der Stand der medizinischen Wissenschaft sich im Hinblick auf den Inhalt der Patientenverfügung seit ihrer Errichtung wesentlich geändert hat.

(2) Eine Patientenverfügung verliert ihre Wirksamkeit, wenn sie der Patient selbst widerruft oder zu erkennen gibt, dass sie nicht mehr wirksam sein soll.

Sonstige Inhalte

§ 11. Der Wirksamkeit einer Patientenverfügung steht es nicht entgegen, dass darin weitere Anmerkungen des Patienten, insbesondere die Benennung einer konkreten Vertrauensperson, die Ablehnung des Kontakts zu einer bestimmten Person oder die Verpflichtung zur Information einer bestimmten Person, enthalten sind.

Notfälle

§ 12. Dieses Bundesgesetz lässt medizinische Notfallversorgung unberührt, sofern der mit der Suche nach einer Patientenverfügung verbundene Zeitaufwand das Leben oder die Gesundheit des Patienten ernstlich gefährdet.

Pflichten des Patienten

§ 13. Der Patient kann durch eine Patientenverfügung die ihm allenfalls aufgrund besonderer Rechtsvorschriften auferlegten Pflichten, sich einer Behandlung zu unterziehen, nicht einschränken.

Dokumentation

§ 14. (1) Der aufklärende und der behandelnde Arzt haben Patientenverfügungen in die Krankengeschichte oder, wenn sie außerhalb einer Krankenanstalt errichtet wurden, in die ärztliche Dokumentation aufzunehmen.

(2) Stellt ein Arzt im Zuge der Aufklärung nach § 5 fest, dass der Patient nicht über die zur Errichtung einer Patientenverfügung erforderlichen Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügt, so hat er dies, gegebenenfalls im Rahmen der Krankengeschichte, zu dokumentieren.

Verwaltungsstrafbestimmung zum Schutz vor Missbrauch

§ 15. Wer den Zugang zu Einrichtungen der Behandlung, Pflege oder Betreuung oder den Erhalt solcher Leistungen davon abhängig macht, dass eine Patientenverfügung errichtet oder dies unterlassen wird, begeht, sofern die Tat nicht mit gerichtlicher Strafe bedroht ist, eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 25 000 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 50 000 Euro, zu bestrafen.

5. Abschnitt

Schlussbestimmungen

Personenbezogene Bezeichnungen

§ 16. Bei allen personenbezogenen Bezeichnungen gilt die gewählte Form für beide Geschlechter.

Verweisungen

§ 17. Soweit in diesem Bundesgesetz auf andere Bundesgesetze verwiesen wird, sind diese in ihrer jeweils geltenden Fassung anzuwenden.

In-Kraft-Treten

§ 18. Dieses Bundesgesetz tritt mit dem auf den Monat seiner Kundmachung folgenden Monatsersten in Kraft. Patientenverfügungen, die zu diesem Zeitpunkt bereits errichtet sind, sind hinsichtlich ihrer Wirksamkeit nach diesem Bundesgesetz zu beurteilen.

Vollziehung

§ 19. Mit der Vollziehung dieses Bundesgesetzes ist die Bundesministerin für Gesundheit und Frauen im Einvernehmen mit der Bundesministerin für Justiz betraut.

ANHANG II – AUSZÜGE AUS DEM MENTAL CAPACITY ACT 2005

The principles

1 The principles

- (1) The following principles apply for the purposes of this Act.
- (2) A person must be assumed to have capacity unless it is established that he lacks capacity.
- (3) A person is not to be treated as unable to make a decision unless all practicable steps to help him to do so have been taken without success.
- (4) A person is not to be treated as unable to make a decision merely because he makes an unwise decision.
- (5) An act done, or decision made, under this Act for or on behalf of a person who lacks capacity must be done, or made, in his best interests.
- (6) Before the act is done, or the decision is made, regard must be had to whether the purpose for which it is needed can be as effectively achieved in a way that is less restrictive of the person's rights and freedom of action.

Preliminary

2 People who lack capacity

- (1) For the purposes of this Act, a person lacks capacity in relation to a matter if at the material time he is unable to make a decision for himself in relation to the matter because of an impairment of, or a disturbance in the functioning of, the mind or brain.
- (2) It does not matter whether the impairment or disturbance is permanent or temporary.
- (3) A lack of capacity cannot be established merely by reference to—
 - (a) a person's age or appearance, or
 - (b) a condition of his, or an aspect of his behaviour, which might lead others to make unjustified assumptions about his capacity.
- (4) In proceedings under this Act or any other enactment, any question whether a person lacks capacity within the meaning of this Act must be decided on the balance of probabilities.
- (5) No power which a person ("D") may exercise under this Act—

- (a) in relation to a person who lacks capacity, or
 - (b) where D reasonably thinks that a person lacks capacity,
- is exercisable in relation to a person under 16.
- (6) Subsection (5) is subject to section 18(3).

3 Inability to make decisions

(1) For the purposes of section 2, a person is unable to make a decision for himself if he is unable—

- (a) to understand the information relevant to the decision,
- (b) to retain that information,
- (c) to use or weigh that information as part of the process of making the decision, or
- (d) to communicate his decision (whether by talking, using sign language or any other means).

(2) A person is not to be regarded as unable to understand the information relevant to a decision if he is able to understand an explanation of it given to him in a way that is appropriate to his circumstances (using simple language, visual aids or any other means).

(3) The fact that a person is able to retain the information relevant to a decision for a short period only does not prevent him from being regarded as able to make the decision.

(4) The information relevant to a decision includes information about the reasonably foreseeable consequences of—

- (a) deciding one way or another, or
- (b) failing to make the decision.

4 Best interests

(1) In determining for the purposes of this Act what is in a person's best interests, the person making the determination must not make it merely on the basis of—

- (a) the person's age or appearance, or
- (b) a condition of his, or an aspect of his behaviour, which might lead others to make unjustified assumptions about what might be in his best interests.

(2) The person making the determination must consider all the relevant circumstances and, in particular, take the following steps.

(3) He must consider—

(a) whether it is likely that the person will at some time have capacity in relation to the matter in question, and

(b) if it appears likely that he will, when that is likely to be.

(4) He must, so far as reasonably practicable, permit and encourage the person to participate, or to improve his ability to participate, as fully as possible in any act done for him and any decision affecting him.

(5) Where the determination relates to life-sustaining treatment he must not, in considering whether the treatment is in the best interests of the person concerned, be motivated by a desire to bring about his death.

(6) He must consider, so far as is reasonably ascertainable—

(a) the person's past and present wishes and feelings (and, in particular, any relevant written statement made by him when he had capacity),

(b) the beliefs and values that would be likely to influence his decision if he had capacity, and

(c) the other factors that he would be likely to consider if he were able to do so.

(7) He must take into account, if it is practicable and appropriate to consult them, the views of—

(a) anyone named by the person as someone to be consulted on the matter in question or on matters of that kind,

(b) anyone engaged in caring for the person or interested in his welfare,

(c) any donee of a lasting power of attorney granted by the person, and

(d) any deputy appointed for the person by the court,

as to what would be in the person's best interests and, in particular, as to the matters mentioned in subsection (6).

(8) The duties imposed by subsections (1) to (7) also apply in relation to the exercise of any powers which—

(a) are exercisable under a lasting power of attorney, or

(b) are exercisable by a person under this Act where he reasonably believes that another person lacks capacity.

(9) In the case of an act done, or a decision made, by a person other than the court, there is sufficient compliance with this section if (having complied with the requirements of subsections (1) to (7)) he reasonably believes that what he does or decides is in the best interests of the person concerned.

(10) “Life-sustaining treatment” means treatment which in the view of a person providing health care for the person concerned is necessary to sustain life.

(11) “Relevant circumstances” are those—

(a) of which the person making the determination is aware, and

(b) which it would be reasonable to regard as relevant.

5 Acts in connection with care or treatment

(1) If a person (“D”) does an act in connection with the care or treatment of another person (“P”), the act is one to which this section applies if—

(a) before doing the act, D takes reasonable steps to establish whether P lacks capacity in relation to the matter in question, and

(b) when doing the act, D reasonably believes—

(i) that P lacks capacity in relation to the matter, and

(ii) that it will be in P’s best interests for the act to be done.

(2) D does not incur any liability in relation to the act that he would not have incurred if P—

(a) had had capacity to consent in relation to the matter, and

(b) had consented to D’s doing the act.

(3) Nothing in this section excludes a person’s civil liability for loss or damage, or his criminal liability, resulting from his negligence in doing the act.

(4) Nothing in this section affects the operation of sections 24 to 26 (advance decisions to refuse treatment).

Advance decisions to refuse treatment

24 Advance decisions to refuse treatment: general

(1) “Advance decision” means a decision made by a person (“P”), after he has reached 18 and when he has capacity to do so, that if—

(a) at a later time and in such circumstances as he may specify, a specified treatment is proposed to be carried out or continued by a person providing health care for him, and

(b) at that time he lacks capacity to consent to the carrying out or continuation of the treatment,

the specified treatment is not to be carried out or continued.

(2) For the purposes of subsection (1)(a), a decision may be regarded as specifying a treatment or circumstances even though expressed in layman’s terms.

(3) P may withdraw or alter an advance decision at any time when he has capacity to do so.

(4) A withdrawal (including a partial withdrawal) need not be in writing.

(5) An alteration of an advance decision need not be in writing (unless section 25(5) applies in relation to the decision resulting from the alteration).

25 Validity and applicability of advance decisions

(1) An advance decision does not affect the liability which a person may incur for carrying out or continuing a treatment in relation to P unless the decision is at the material time—

(a) valid, and

(b) applicable to the treatment.

(2) An advance decision is not valid if P—

(a) has withdrawn the decision at a time when he had capacity to do so,

(b) has, under a lasting power of attorney created after the advance decision was made, conferred authority on the donee (or, if more than one, any of them) to give or refuse consent to the treatment to which the advance decision relates, or

(c) has done anything else clearly inconsistent with the advance decision remaining his fixed decision.

(3) An advance decision is not applicable to the treatment in question if at the material time P has capacity to give or refuse consent to it.

(4) An advance decision is not applicable to the treatment in question if—

(a) that treatment is not the treatment specified in the advance decision,

(b) any circumstances specified in the advance decision are absent, or

(c) there are reasonable grounds for believing that circumstances exist which P did not anticipate at the time of the advance decision and which would have affected his decision had he anticipated them.

(5) An advance decision is not applicable to life-sustaining treatment unless—

(a) the decision is verified by a statement by P to the effect that it is to apply to that treatment even if life is at risk, and

(b) the decision and statement comply with subsection (6).

(6) A decision or statement complies with this subsection only if—

(a) it is in writing,

(b) it is signed by P or by another person in P's presence and by P's direction,

(c) the signature is made or acknowledged by P in the presence of a witness, and

(d) the witness signs it, or acknowledges his signature, in P's presence.

(7) The existence of any lasting power of attorney other than one of a description mentioned in subsection (2)(b) does not prevent the advance decision from being regarded as valid and applicable.

26 Effect of advance decisions

(1) If P has made an advance decision which is—

(a) valid, and

(b) applicable to a treatment,

the decision has effect as if he had made it, and had had capacity to make it, at the time when the question arises whether the treatment should be carried out or continued.

(2) A person does not incur liability for carrying out or continuing the treatment unless, at the time, he is satisfied that an advance decision exists which is valid and applicable to the treatment.

(3) A person does not incur liability for the consequences of withholding or withdrawing a treatment from P if, at the time, he reasonably believes that an advance decision exists which is valid and applicable to the treatment.

(4) The court may make a declaration as to whether an advance decision—

(a) exists;

(b) is valid;

(c) is applicable to a treatment.

(5) Nothing in an apparent advance decision stops a person—

(a) providing life-sustaining treatment, or

(b) doing any act he reasonably believes to be necessary to prevent a serious deterioration in P's condition,

while a decision as respects any relevant issue is sought from the court.

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der Patientenverfügung in Österreich und der *advance decision* in England. In Österreich ist die Patientenverfügung im Patientenverfügungs-Gesetz 2006 gesetzlich geregelt. In England findet die *advance decision*, neben anderen Rechtsinstituten, ihre Regelung im *Mental Capacity Act 2005*, und zwar in den *sections 24* bis *26*.

Im Rahmen dieser Arbeit wird dieses Rechtsinstitut in zwei Länderteilen, die sich im ersten und zweiten Hauptkapitel wiederfinden, näher dargestellt. Kernpunkt dieser Darstellung sind die Wirksamkeitsvoraussetzungen, hier im Besonderen die Frage der Einsichts- und Urteilsfähigkeit, eventuell erforderliche Formvoraussetzungen und Befristungen, und der Widerruf. Zusätzlich wird auch auf die ärztliche Haftung in diesem Zusammenhang sowie auf das Zusammenspiel mit Sachwalterschaft und Vorsorgevollmacht eingegangen. Aber auch Vorüberlegungen und die Entstehung werden, insbesondere im Länderteil zur *advance decision*, behandelt. Insgesamt dienen die beiden Länderteile dazu die Patientenverfügung bzw *advance decision* vertiefend darzustellen, sowie Probleme und allenfalls Widersprüche aufzuzeigen. Um den Ländervergleich abzurunden gibt es noch einen kurzen Exkurs ins schottische Recht und dessen Zugang zum Thema Patientenverfügung.

Im Anschluss der Darstellung werden im Rahmen des fünften Hauptkapitels die Patientenverfügung und die *advance decision* einander in einem rechtsvergleichenden Kapitel gegenübergestellt. Dies dient der Ermittlung der Ähnlichkeiten und Unterschiede. Darin zeigt sich, dass die Patientenverfügung und die *advance decision* im Kern einander sehr ähneln, da mit beiden medizinische Maßnahmen nur abgelehnt, nicht aber verlangt, werden können und beide erst nach Verlust der Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Patienten ihre Wirksamkeit erlangen. Jedoch zeigen sich bei der Ausgestaltung große Unterschiede. Denn die Patientenverfügung in Österreich unterliegt strengen Formvorschriften, zumal vor Errichtung eine medizinische Aufklärung zu erfolgen hat und die Errichtung selbst vor einem Anwalt, Notar oder Rechtskundigem Mitarbeiter der Patientenanwaltschaft mit dazugehöriger Rechtsbelehrung zu erfolgen hat und sie mit maximal fünf Jahren befristet ist. In England ist die Errichtung hingegen, abgesehen von der Spezialform der *advance decision to refuse life-sustaining treatment*, formfrei und auch ein Arzt bzw Anwalt müssen nicht herangezogen

werden. Einzig im Rahmen des *Code of Practice* gibt es – unverbindliche – Richtlinien, die bei der Errichtung einer *advance decision* helfen sollen. Ebenso gibt es keine zeitliche Befristung. Aus diesem Vergleich, der nie ein reiner Normenvergleich sein kann, sondern im Sinne des Prinzips der Funktionalität immer ein Vergleich von Regelungsbereichen und deren rechtliche Lösungen sein muss, lassen sich die unterschiedlichen Ansätze der beiden Rechtsordnungen, die auch verschiedenen Rechtskreisen angehören, erkennen.

Im Schlusswort zieht die Verfasserin abschließend noch ein persönliches Fazit.

LEBENS LAUF

Persönliche Daten

Name	Mag. Marieluise Palzer
Staatsbürgerschaft	Österreich

Ausbildung

Seit 2004	Doktoratsstudium Jänner 2009 - Forschungsaufenthalt in London im Rahmen der Dissertation
2000 – 2004	Studium der Rechtswissenschaften an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien
2000	Matura

Berufliche Erfahrungen

Seit 2005	Assistentin an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung, Abteilung für Rechtsvergleichung, Einheitsrecht und IPR; Dienstzugeteilt bei Univ.-Prof. Mag. Dr. Helmut Ofner, LL.M. Schwerpunkte: Zivilrecht, Medizinrecht, englisches Recht, Rechtsvergleichung und IPR
2005	Gerichtspraktikum (OLG-Sprengel Wien)
2002	Rechtshörerin am Bezirksgericht Tamsweg, Salzburg

Sprachen

Englisch	ausgezeichnet
Französisch	4 Jahre/Maturaniveau