Volker Lipp

Patientenautonomie und Lebensschutz

Zur Diskussion um eine gesetzliche Regelung der „Sterbehilfe“

Universitätsdrucke Göttingen

Volker Lipp

Patientenautonomie und Lebensschutz

erschienen in der Reihe der Universitätsdrucke
des Universitätsverlages Göttingen 2005

Volker Lipp

Patientenautonomie und Lebensschutz

Zur Diskussion um eine gesetzliche Regelung der „Sterbehilfe“

Universitätsdrucke Göttingen
2005

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http//dnb.ddb.de> abrufbar..

Anschrift des Autors
Prof. Dr. Volker Lipp
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozeßrecht und Rechtsvergleichung
Georg-August-Universität Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 6
37073 Göttingen

© Alle Rechte vorbehalten, Universitätsverlag Göttingen 2005

ISBN 3-930457-74-1

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen 1

Vorwort 3

§ 1 Die aktuelle Diskussion 5

§ 2 Die grundlegende Fragestellung 10

§ 3 Ärztliche Behandlung am Lebensende:
Hilfe im Sterben und Hilfe zum Sterben 11
I. Rechtliche Struktur der ärztlichen Behandlung 11
II. „Hilfe im Sterben“ und „Hilfe zum Sterben“ 13
III. Rechtspolitische Vorschläge 16

§ 4 Der einwilligungsunfähige Patient 19

§ 5 Die Patientenverfügung 21
I. Erscheinungsformen der Patientenverfügung 21
II. Rechtliche Verbindlichkeit der verschiedenen Formen von Patientenverfügungen 22
III. Notwendigkeit der Auslegung 24
IV. Rechtspolitische Vorschläge 25
1. Regelungsgegenstand und Begriffe 25
2. „Reichweite der Patientenverfügung“ 27
3. Form und Aufklärung 27

§ 6 Patientenverfügung und Vertreter des Patienten 32
I. Bestellung eines Betreuers trotz Patientenverfügung? 32
II. Beteiligung eines Vertreters an der Behandlung? 33
III. Bedeutung der Patientenverfügung für den Vertreter 35
IV. Mutmaßlicher Wille und subjektives Wohl des Patienten 36
V. Rechtspolitische Vorschläge 39

§ 7 Die Problematik der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung 41
I. Genehmigungserfordernis für die Ablehnung einer lebenserhaltenden Maßnahme? 41
II. Genehmigungserfordernis auch bei einer Patientenverfügung? 44

III. Rechtspolitische Vorschläge 47
1. Konsil und vormundschaftsgerichtliche Genehmigung 47
2. Behandlungsverzicht durch einen Bevollmächtigten 49
3. Ausgestaltung der Genehmigung 50

§ 8 Die Durchsetzung der Patientenverfügung 53

§ 9 Ausblick 55

Quellen- und Literaturverzeichnis 57
Literatur 57
Ärztliche Richtlinien 63
Berichte und Gesetzgebungsvorschläge 63

Anhang: Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz 65

Abkürzungen

EK	Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“ des Deutschen Bundestages: Zwischenbericht „Patientenverfügungen“ vom 13.09.2004
Ku-Kom bzw. –KK	Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ des Bundesjustizministeriums („Kutzer-Kommission“): Bericht „Patientenautonomie am Lebensende. Ethische, rechtliche und medizinische Aspekte zur Bewertung von Patientenverfügungen“ vom 10.06.2004
RefE	Bundesministerium der Justiz: Referentenentwurf eines 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetzes vom 01.11.2004
RPf	Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz: Bericht „Sterbehilfe und Sterbebegleitung“ vom 23.04.2004
VormG	Vormundschaftsgericht

Im übrigen werden die üblichen Abkürzungen nach *Kirchner/Butz*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 5. Aufl., Berlin 2003 verwendet.

Vorwort

Aus der schlichten, ethisch oder religiös motivierten Forderung nach einem menschenwürdigen Sterben ist eine Fülle schwieriger Rechtsprobleme entstanden, um deren Lösung in Praxis, Wissenschaft und Gesetzgebung intensiv gerungen wird. Bei der „Sterbehilfe" gerät in den Augen vieler das Recht des Patienten, sich für oder gegen eine Behandlung zu entscheiden, in Konflikt mit der Pflicht des Staates zum Lebensschutz und mit dem Heilauftrag des Arztes.

Die Debatte um Patientenautonomie und Lebensschutz hat inzwischen eine neue, rechtspolitische Dimension erreicht. Anfang November 2004 hat das Bundesjustizministerium den Referentenentwurf für ein 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetz vorgelegt, das zentrale Fragen der „Sterbehilfe" erstmals gesetzlich regeln soll. Dieser Entwurf wird mit seiner Begründung im Anhang dokumentiert, da er bislang nur im Internet zugänglich ist. Er unterscheidet sich sowohl im Grundsätzlichen als auch in Einzelheiten erheblich von den Vorschlägen, die die Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin" des Deutschen Bundestags im September 2004 veröffentlicht hat.

In der nun anhebenden rechtspolitischen Diskussion wird man allerdings nur dann zu tragfähigen Lösungen kommen, wenn man sich zuvor Klarheit verschafft hat, worum es bei der „Sterbehilfe" in der Sache geht und welche Regelungen das derzeit geltende Recht bereithält. Erst dann wird es gelingen, ein größeres Maß an Rechtssicherheit in der für zahlreiche Menschen existenziellen Frage der ärztlichen Behandlung am Lebensende zu schaffen.

Die hier vorgelegte Schrift verfolgt daher ein zweifaches Anliegen: Sie analysiert erstens das geltende Recht der „Sterbehilfe“ und setzt sich zweitens auf dieser Grundlage mit den aktuellen Gesetzgebungsvorschlägen auseinander. Dabei haben mich meine Mitarbeiter am Lehrstuhl mit großem Einsatz unterstützt. Ihnen sei daher an dieser Stelle ausdrücklich gedankt. Verbleibende Fehler und Irrtümer habe ich allein zu verantworten.

Göttingen, im Januar 2005 Volker Lipp

§ 1 Die aktuelle Diskussion

In der Diskussion um die so genannte „Sterbehilfe“ ist mittlerweile ein zentraler Gesichtspunkt allgemein anerkannt: Die grundrechtlich geschützte Patientenautonomie umfasst auch das Recht, sich für oder gegen eine ärztliche Behandlung zu entscheiden[1]. Jedoch sind Bedeutung und Tragweite der Patientenautonomie für den Verzicht oder die Einstellung lebenserhaltender ärztlicher Maßnahmen heftig umstritten.

Bereits vor geraumer Zeit haben die Strafgerichte die Einstellung lebenserhaltender Maßnahmen auf Wunsch des Patienten („passive Sterbehilfe“)[2] für grundsätzlich zulässig erklärt, ebenso die medizinisch gebotene und mit Einwilligung des Patienten erfolgende Gabe von Schmerzmitteln oder anderen Medikamenten, die als Nebenwirkung das Leben des Patienten verkürzen („indirekte Sterbehilfe“)[3]. Danach konzentrierte sich die Diskussion darauf, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen ein Vertreter die Einstellung lebenserhaltender Maßnahmen verlangen kann, und auf welche Weise jemand Vorsorge bezüglich der ärztlichen Behandlung treffen kann, etwa durch Patientenverfügungen oder Vorsorgevollmachten[4].

---

1 Vgl. nur *Taupitz*, Gutachten, A 11; *Lipp*, DRiZ 2000, 231 ff.; *Spickhoff*, NJW 2000, 2297 ff.; *Berger*, JZ 2000, 797 ff.; zum grundrechtlichen Schutz der Patientenautonomie: *BVerfGE* 52, 131 (168, 173 ff.); 91, 1 (29 ff.); *Hufen*, NJW 2001, 849 (851 ff.); zur Anerkennung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten im Zivil- und Strafrecht vgl. nur *RGZ* 68, 431 (433 ff.); *BGHZ* 29, 46 (49, 54); 106, 391 (397 f.); *RGSt* 25, 375 (381 ff.); 11, 111 (114); 32, 366 (378). Kritisch aber z.B. *Duttge*, 6 ff.

2 *BGHSt* 37, 376 (379); 40, 257 (259 ff.).

3 *BGHSt* 42, 301 (305); 46, 279 (284 f.).

4 Ausführlich *Taupitz*, Gutachten, 96 ff. m.w.N.; *Lipp*, FamRZ 2004, 317 ff.; vgl. auch *Keilbach*, FamRZ 2003, 969 ff.; *Vossler*, BtPrax 2002, 240 ff.

Hierzu sind in den letzten Jahren gleich mehrere obergerichtliche Entscheidungen ergangen, die Bewegung in die Debatte gebracht und nunmehr auch den Gesetzgeber auf den Plan gerufen haben.

Gegenstand gleich zweier Verfahren war der Fall einer *Zeugin Jehovas*. Sie hatte vorsorglich sowohl bei der Aufnahme ins Krankenhaus als auch in einer früher verfassten Patientenverfügung erklärt, sie lehne eine Bluttransfusion ab. Als wegen einer Komplikation überraschend eine Bluttransfusion notwendig wurde, bestellte das Vormundschaftsgericht (im Folgenden: VormG) ihren Ehemann zum Betreuer der bewusstlosen Patientin. Dieser war kein Mitglied der Zeugen Jehovas und stimmte der Bluttransfusion zu. Die Verlängerung der Betreuung lehnte das VormG ab, weil es mittlerweile erfahren hatte, dass ein Bevollmächtigter vorhanden war. Die *Beschwerde gegen die Betreuerbestellung* blieb wegen Erledigung ohne Erfolg. Das BVerfG nahm die hiergegen eingelegte Verfassungsbeschwerde mangels Erfolgsaussicht nicht an. Das VormG habe die Grundrechte der Patientin nicht verletzt, weil es die Vollmacht nicht gekannt habe. Außerdem sei es um eine Entscheidung über Leben und Tod gegangen[5]. Die *Schmerzensgeldklage* gegen die Klinik und die behandelnden Ärzte wies das OLG München Anfang 2002 ebenfalls ab[6]. Die Patientenverfügung sei nicht verbindlich, maßgeblich sei vielmehr die Entscheidung des Ehemanns als Betreuer. Jedenfalls seien die Beklagten im Hinblick auf ihre Gewissensentscheidung entschuldigt, auch habe die Patientin keinen Schaden erlitten.

Ein anderer Zivilsenat des OLG München wies mit Urteil vom 13.2.2003 eine von einem Betreuer erhobene *Klage gegen das Pflegeheim* ab, der in Übereinstimmung mit dem Arzt verlangte, die künstliche Ernährung des im Koma liegenden Patienten einzustellen („Traunsteiner Fall“)[7]. Das gelte selbst dann, wenn das VormG dies genehmigt habe. Der Heimvertrag verpflichte das Heim zur Lebenserhaltung und nicht zu einer Mitwirkung bei der Sterbehilfe. Auch hätten die Pflegekräfte und das Heim das Recht, diese Mitwirkung aus Gewissensgründen zu verweigern. Der BGH hatte hiergegen die Revisi-

---

5 *BVerfG* (3. Kammer des 1. Senats) NJW 2002, 206. Der Fall ereignete sich 1992.

6 *OLG München* NJW-RR 2002, 811 = MedR 2003, 174.

7 *OLG München* FamRZ 2003, 557; Vorinstanz *LG Traunstein* NJW-RR 2003, 221.

on zugelassen[8], der Patient ist jedoch mittlerweile verstorben. Mit einer höchstrichterlichen Klärung ist daher nicht mehr zu rechnen.

Das medizinrechtliche Schrifttum kommentierte diese Entscheidungen überwiegend kritisch, weil dadurch die Patientenautonomie ausgehöhlt werde[9]. Noch heftigere Kritik erntete allerdings der 12. Zivilsenat des BGH mit seinem Beschluss vom 17.3.2003[10]. Es war das erste Mal, dass der BGH über den Antrag eines Betreuers entscheiden musste, die Einstellung der künstlichen Ernährung eines Komapatienten *vormundschaftsgerichtlich zu genehmigen*.

Amtsgericht und Landgericht hatten diesen Antrag abgelehnt, weil es dafür im geltenden Recht keine Rechtsgrundlage gebe. Insbesondere könne § 1904 BGB nicht analog angewandt werden. Das OLG Schleswig sah es ebenso, legte die Sache aber wegen der anderslautenden Entscheidungen der Oberlandesgerichte Frankfurt[11] und Karlsruhe[12] dem BGH vor[13]. Der BGH entschied, dass das Betreuungsrecht ein solches Genehmigungsverfahren in bestimmten Fällen vorsehe, und verwies die Sache zur Durchführung dieses Verfahrens an das Amtsgericht zurück. Bei dieser Gelegenheit äußerte er sich in Form von obiter dicta[14] u.a. auch zur Zulässigkeit der Einstellung lebenserhaltender Maßnahmen durch den Betreuer sowie zur Verbindlichkeit einer Patientenverfügung. Zur Begründung seines Antrags hatte sich der Betreuer nämlich auf die einschlägige Patientenverfügung berufen.

Der Beschluss rief sehr gegensätzliche Reaktionen in der Fachöffentlichkeit hervor. Manche sehen dadurch Rechtssicherheit für Patienten, deren Vertreter und Ärzte geschaffen[15] und die Rolle des

---

8 *BGH*, Beschluss v. 24.9.2003 - XII ZR 177/03.

9 *Uhlenbruck*, NJW 2003, 1710 (1711 f.); *Bender*, MedR 2003, 179 f.; *Heßler*, MedR 2003, 13 ff.; *Rossbruch*, PflR 2003, 166 ff.; eher zustimmend dagegen *Spickhoff*, NJW 2003, 1701 (1709).

10 *BGHZ* 154, 205 ff. = FamRZ 2003, 748 ff. = BtPrax 2003, 123 ff. = NJW 2003, 1588 ff. = JZ 2003, 732 ff.

11 *OLG Frankfurt* FamRZ 1998, 1137; 2002, 575.

12 *OLG Karlsruhe* FamRZ 2002, 488.

13 *OLG Schleswig* FamRZ 2003, 554 = NJW-RR 2003, 435.

14 Entscheidungsgegenstand war allein die Frage, ob das geltende Recht ein solches Genehmigungsverfahren überhaupt kennt und das VormG daher verpflichtet ist, es auf Antrag des Betreuers durchzuführen, vgl. *Lipp*, FamRZ 2003, 756; *Deutsch*, NJW 2003, 1567.

15 *Strätling/Sedemund-Adib/Bax/Scharf/Fieber/Schmucker*, Entscheidungen, 44.

VormG geklärt[16]. Andere bezeichnen den Beschluss als „Paukenschlag der Konfusion“[17], der eine unpraktikable[18] „Justizverwaltung in Schicksalsdingen“[19] einführe und die verfassungsrechtlichen Grenzen des Richterrechts überschreite[20]. Ähnlich widersprüchlich sind auch die Einschätzungen, welcher Stellenwert künftig einer Patientenverfügung zukommt[21].

Vor diesem Hintergrund setzte die Bundesjustizministerin die Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ ein und beauftragte sie zu untersuchen, ob zur Sicherung der Patientenautonomie am Lebensende gesetzliche Regelungen erforderlich sind. Der Bericht dieser nach ihrem Vorsitzenden benannten „Kutzer-Kommission“ wurde am 10.06.2004 veröffentlicht[22] und ist Grundlage für den Referentenentwurf eines 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetzes vom 1.11.2004[23]. Parallel dazu erarbeiteten die Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz[24] und die Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“ des Bundestags[25] ausführliche Berichte zum Problemkreis der „Sterbehilfe“.

Die „Kutzer-Kommission“ und der Referentenentwurf treten für eine möglichst weitgehende Anerkennung von Patientenverfügungen ein und wollen die Genehmigung durch das VormG für Bevollmächtigte abschaffen und für Betreuer auf Konfliktfälle beschränken. Damit stimmt die rheinland-pfälzische Bioethik-Kommission weitge-

---

16 *Deutsch*, NJW 2003, 1567 f.

17 *Höfling/Rixen*, JZ 2003, 884 (894).

18 *Paehler*, BtPrax 2003, 141 ff.

19 *Holzhauer*, FamRZ 2003, 991 (992); ähnlich *Kutzer*, ZRP 2003, 213 ff.: Vormundschaftsrichter als Schicksalsbeamter; kritisch auch *Paehler*, BtPrax 2003, 141 (143).

20 *Hufen*, ZRP 2003, 248 ff.; *Höfling/Rixen*, JZ 2003, 884 (893 f.).

21 Positiv z.B. *Borasio/Putz/Eisenmenger*, DÄBl. 2003, A 2062 ff.; *Perau*, RNotZ 2003, 263 (264); kritisch dagegen *Bienwald*, MDR 2003, 694 (695); *Kutzer*, ZRP 2003, 213 f.; *Rossbruch*, PflR 2003, 254 (255); *Spickhoff*, JZ 2003, 739 (741); *Uhlenbruck*, NJW 2003, 1710; *Verrel*, NStZ 2003, 449 (451); vgl. zum Ganzen auch *Lipp*, BtPrax 2004, 18 ff.; *Roth*, JZ 2004, 494 ff.

22 AG „Patientenautonomie am Lebensende“ des BMJ („Kutzer-Kommission“), Bericht vom 10.6.2004.

23 Der Referentenentwurf ist im Anhang abgedruckt. Zum Referentenentwurf vgl. die Pressemitteilung des BMJ vom 5.11.2004, abrufbar unter (Stand 1.1.2005) http://www.bmj.bund.de/media/archive/791.pdf.

24 Bericht „Sterbehilfe und Sterbebegleitung“ vom 23.4.2004.

25 Zwischenbericht „Patientenverfügungen“ vom 13.9.2004, BT-Drucks. 15/3700.

hend überein. Sie will jedoch die Genehmigung für Bevollmächtigte beibehalten. Demgegenüber vertritt die Enquete-Kommission des Bundestags insgesamt eine wesentlich restriktivere Position. Die rechtspolitische Debatte ist mittlerweile in vollem Gange[26].

Hierbei wird jedoch nicht immer sorgfältig genug zwischen der Analyse des geltenden Rechts einerseits und den rechtspolitischen Vorschlägen zur Änderung des geltenden Rechts andererseits unterschieden. Insbesondere das Verfassungsrecht wird gern bemüht, um rechtspolitische Ziele als geltendes (Verfassungs-)Recht darzustellen und ihnen damit die Dignität der Verfassung zu verleihen[27]. Will man sich in der ausufernden Diskussion um die „Sterbehilfe" der gegenwärtigen Rechtslage vergewissern, muss man sich deshalb zuerst mit den Grundfragen der ärztlichen Behandlung am Ende des menschlichen Lebens befassen[28]. Erst wenn man hier Klarheit gewonnen hat, lassen sich die rechtspolitischen Vorschläge bewerten.

---

26 Die vorstehend genannten Berichte und Entwürfe und weitere Stellungnahmen sind zusammengestellt auf http://www.aem-online.de/aemaktuell/patientenautonomie.htm (Stand: 1.1.2005).

27 Vgl. die Berufung auf den – angeblichen – Grundsatz „in dubio pro vita" bei *EK*, 37; *Storr*, MedR 2002, 436 (441), oder die Abwägung zwischen Lebensschutz und Selbstbestimmungsrecht bei *EK*, 38 ff.; *Duttge*, 7, 9; *Stackmann*, MedR 2003, 490 (491 f.); dagegen zutreffend *Hufen*, NJW 2001, 849 (851 ff.); *RPf*, 9, 27 ff.

28 Ebenso *Taupitz*, Gutachten, 10 ff.; *Spickhoff*, NJW 2000, 2297 ff.; *Berger*, JZ 2000, 797 ff.

§ 2 Die grundlegende Fragestellung

Die rechtlichen Grundlagen und Grenzen zulässiger „Sterbehilfe" sind lange Zeit unter dem Gesichtspunkt der Strafbarkeit des Arztes diskutiert worden. Für die ärztliche Behandlung und Versorgung des Patienten am Ende seines Lebens enthält das Strafrecht jedoch nur punktuelle Vorgaben. „Sterbehilfe" ist daher im Kern eine Frage des Zivilrechts, der rechtlichen Grundlagen ärztlicher Behandlung und damit der – auch grundrechtlich geschützten – Patientenautonomie[29].

Die ärztliche Behandlung am Ende des menschlichen Lebens ist umso problematischer geworden, je mehr der medizinische Fortschritt die Möglichkeit eröffnet hat, das Leben des Patienten zu erhalten und zu verlängern. Daraus erwächst zugleich die *Notwendigkeit zu entscheiden*, ob und inwieweit die Errungenschaften der modernen Medizin für die Behandlung des Patienten im konkreten Fall genutzt werden sollen. Die Rechtsordnung muss deshalb festlegen,

1. *wer* diese Entscheidung treffen kann[30];
2. *nach welchem Maßstab* sie getroffen werden muss[31] und
3. wie diese Entscheidung ggf. *um- und durchgesetzt* werden kann.

---

29 Vgl. die Nachweise oben Fn. 1, vgl. auch *RPf*, 27 ff.

30 Diese Frage ist angesichts der auch grundrechtlich verbürgten Patientenautonomie vorrangig, vgl. *Lipp*, DRiZ 2000, 231; *Taupitz*, Gutachten, A 11.

31 Darauf konzentriert sich die strafrechtliche Diskussion, weil für die Strafbarkeit des Arztes die Rechtfertigung des Behandlungsabbruchs aufgrund des Willens des Patienten ausschlaggebend sei, vgl. *Otto*, ZfL 2002, 42 ff.; *Verrel*, NStZ 2003, 449 (452 f.).

§ 3 Ärztliche Behandlung am Lebensende: Hilfe im Sterben und Hilfe zum Sterben

I. Rechtliche Struktur der ärztlichen Behandlung

Für die Versorgung und Behandlung eines Menschen am Ende seines Lebens gilt dasselbe wie für jede andere ärztliche Behandlung. Praktisch gesehen kommen Arzt und Patient nach Untersuchung und Diagnose gemeinsam zur Entscheidung, eine bestimmte Behandlung durchzuführen oder zu unterlassen[32]. Rechtlich spiegelt sich die *dialogische Struktur* des Behandlungsprozesses in der Verpflichtung des Arztes wider, den Patienten an diesem Prozess kontinuierlich zu beteiligen und über die Bedeutung und Tragweite der vorgeschlagenen Schritte zu informieren[33]. Aus der fachlichen Kompetenz des Arztes folgt die rechtliche Abgrenzung der *Verantwortungsbereiche*: Der Arzt trägt die Verantwortung für die fachgerechte Untersuchung, Diagnose und Indikation für oder gegen eine bestimmte Behandlung und hat den Patienten hierüber jeweils aufzuklären. Der Patient entscheidet dann eigenständig, ob er in eine bestimmte ärztliche Maßnahme, sei es zur Untersuchung oder zur Behandlung, einwilligt oder ob er diese ablehnt[34].

Daraus folgt, dass der Arzt *kein* eigenständiges Behandlungsrecht hat. Recht und Pflicht zur Behandlung ergeben sich allein aus dem Auftrag des Patienten. Jede ärztliche Maßnahme bedarf darüber hinaus der gesonderten Einwilligung des Patienten, weil damit das

---

32 *Burchardi*, Festschrift Schreiber, 615 (617); *Borasio/Putz/Eisenmenger*, DÄBl. 2003, A 2062 (2064).

33 *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 16, 187; *Uhlenbruck/Laufs*, in: Laufs/Uhlenbruck, § 52 Rn. 9; *Taupitz*, Gutachten, A 12 ff.; *Lipp*, FamRZ 2004, 317 (318); *RefE*, 7.

34 Vgl. nur die Nachweise in Fn. 33.

Selbstbestimmungsrecht des Patienten über seine Person betroffen ist. Diese Einwilligung muss vor Beginn der Maßnahme eingeholt werden und setzt eine entsprechende Aufklärung durch den Arzt voraus[35]. Widerruft der Patient seine Zustimmung, wird die weitere Behandlung unzulässig.

Die rechtliche Grundstruktur der ärztlichen Behandlung missachten all diejenigen, die fragen, ob der *Abbruch* der Behandlung zulässig ist[36]. Sie verkehren damit die Legitimationslast für eine ärztliche Behandlung in ihr Gegenteil. Denn nicht der Verzicht, sondern die Aufnahme der Behandlung, nicht ihr Abbruch, sondern ihre weitere Durchführung bedürfen der Einwilligung des Patienten[37]. Auch eine *lebensverlängernde Maßnahme* ist nur zulässig, wenn und solange ihr der Patient zustimmt. Lehnt der Patient die Behandlung ab, müssen Arzt, Pflegepersonal und Klinik bzw. Pflegeheim dem Folge leisten. Dabei kommt es *nicht* darauf an, ob sich die Entscheidung des Patienten in den Augen des Arztes (oder eines anderen) als vernünftig oder unvernünftig darstellt[38]. Behandelt er den Patienten gegen dessen Willen, begeht er eine Körperverletzung.

Die Ablehnung der Behandlung ist dabei jederzeit möglich, kann also auch nach Beginn der Behandlung erfolgen. Ein vertraglicher Verzicht auf den Widerruf einer einmal erteilten Einwilligung ist wegen ihres Persönlichkeitsbezugs ausgeschlossen[39]. Das verkennt das OLG München im Traunsteiner Fall, wenn es den vom Patienten bzw. Betreuer gewünschten Abbruch der künstlichen Ernährung wegen des Heimvertrages für unbeachtlich hält[40].

---

35 *BGHZ* 29, 46 (49 ff.); *BGH* NJW 1980, 1333; *BGH* NJW 1993, 2372 (2373 f.); vgl. dazu ausführlich *Voll*, 7 ff.; *Laufs*, in: Laufs/Uhlenbruck, § 61 Rn. 14 f., § 63.

36 Vgl. z.B. *EK*, 37; *Dutge*, 9, 53.

37 *BGHZ* 154, 205 (210 f., 212); *BGHSt* 37, 376 (378); *Lipp*, BtPrax 2002, 47, und FamRZ 2004, 317 (318); *Hufen*, NJW 2001, 849 (850); *Taupitz*, Gutachten, A 18, 44; *RPf*, 28; unzutreffend daher der Ansatz bei *Stackmann*, MedR 2003, 490 (492); *Storr*, MedR 2002, 436 (438), die zwischen Lebensschutz und Selbstbestimmungsrecht abwägen.

38 *RGSt* 25, 375 (378 f.); *BGHSt* 11, 111 (114); *BGH* NJW 1980, 1333 (1334); *BGH* NJW 1980, 2751 (2753); *BGHZ* 90, 103 (105 f.); *Lipp*, Freiheit und Fürsorge, 60 ff.

39 *Kohte*, AcP 185 (1985), 105 (137 f.); *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 197; *Uhlenbruck/Kern*, in: Laufs/Uhlenbruck, § 71 Rn. 1, § 81 Rn. 7.

40 *OLG München* FamRZ 2003, 557 (558).

Allerdings verleiht die Patientenautonomie dem Patienten nur ein *Abwehrrecht* gegen eine vom Arzt vorgeschlagene Behandlung, verschafft ihm aber keinen Anspruch auf eine bestimmte Behandlung. Es ist keine Frage der Patientenautonomie, sondern der allgemeinen Rahmenbedingungen der Behandlung, ob z.B. eine bestimmte Behandlungsmethode von der Krankenkasse finanziert wird oder ob sie in dem Krankenhaus, in dem der Patient liegt, überhaupt verfügbar ist[41]. Vor allem kann der Arzt eine an sich mögliche Behandlung verweigern, für die *keine medizinische Indikation* besteht[42]. Ist eine Maßnahme gar kontraindiziert, darf er sie unter keinen Umständen durchführen, und zwar auch nicht auf ausdrücklichen Wunsch des Patienten[43].

An diesen Zusammenhang von tatsächlicher Verfügbarkeit einer bestimmter Maßnahme, ihrer medizinischen Indikation und der Einwilligung des Patienten knüpft der 12. Zivilsenat des BGH an, wenn er ausführt, dass für eine Einwilligung (im Fall des BGH: des Betreuers als gesetzlichem Vertreter des Patienten) erst dann Raum sei, wenn der Arzt eine Behandlung „anbiete"[44]. Damit wird deutlich, dass die Konkretisierung des medizinischen Korridors[45] bzw. das Erarbeiten einer medizinischen Indikation im konkreten Fall[46] zwar im Gespräch mit dem Patienten erfolgt[47], aber letztlich allein in den Verantwortungsbereich des Arztes fällt[48].

II. „Hilfe im Sterben" und „Hilfe zum Sterben"

Liegt ein Patient im Sterben, hat also der *Sterbeprozess* bereits begonnen, ist eine lebensverlängernde Behandlung (z.B. mit den Mitteln der

---

41 Zur Verteilungsproblematik vgl. *Spickhoff*, NJW 2000, 2297 (2298); *Taupitz*, Gutachten, A 25 ff.

42 *Laufs*, NJW 1998, 3399 (3400); *Schöne-Seiffert*, Referat, K 53, 57; *Spickhoff*, NJW 2000, 2297 (2298); *Taupitz*, Gutachten, A 23 f.; *Heyers*, 29 ff.

43 *OLG Karlsruhe* MedR 2003, 104 ff.; *OLG Düsseldorf* VersR 2002, 611; *OLG Köln* VersR 2000, 492; *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 12.

44 *BGHZ* 154, 205 (225).

45 *Taupitz*, Gutachten, A 24.

46 *Spickhoff*, NJW 2003, 1701 (1709).

47 *Borasio/Putz/Eisenmenger*, DÄBl 2003, A 2062 (2064).

48 *Ankermann*, MedR 1999, 387 (389); *Dodegge/Fritsche*, NJ 2001, 176.

Intensivmedizin) nicht mehr indiziert[49]. Ihr Unterlassen bedeutet keine Tötung des Patienten durch den Arzt. Geboten ist vielmehr ärztliche Hilfe und Begleitung im Sterbeprozess, die so genannte „Hilfe im Sterben“[50]. Diese Änderung des Behandlungsziels muss zwar nach allgemeinen Grundsätzen zwischen Arzt und Patient besprochen werden. Die Entscheidung gegen lebenserhaltende Maßnahmen beruht jedoch auf der vom Arzt festgestellten und verantworteten fehlenden medizinischen Indikation, nicht auf einem Widerspruch des Patienten gegen diese Maßnahmen[51]. Da es hierbei um *generelle* Aussagen über den medizinischen Wert einer Behandlung geht, liegt darin keine unzulässige Bewertung des *individuellen* Lebens der Patienten durch den Arzt[52].

Hält der Arzt dagegen eine Maßnahme aus medizinischer Sicht für indiziert, obliegt es dem Patienten zu bestimmen, *ob*, *wie lange* und *in welcher Weise* er behandelt und versorgt werden will. Lehnt der Patient eine angebotene lebenserhaltende Maßnahme ab, oder widerruft er seine früher erteilte Einwilligung, darf der Arzt diese Maßnahme nicht durchführen. Stirbt deshalb der Patient, liegt darin *keine* Tötung durch den Arzt, weil der Arzt gar nicht mehr behandeln *darf*. Es ist also kein Fall der „aktiven Sterbehilfe“, d.h. der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB). Vielmehr handelt es sich um die „Hilfe zum Sterben“ genannte Einstellung der Behandlung auf Wunsch des Patienten. Die rechtliche Zulässigkeit der „Hilfe zum Sterben“ ist also nichts anderes als die Kehrseite des Selbstbestimmungsrechts des Patienten[53].

Die Unterscheidung zwischen „passiver Sterbehilfe“ als „Hilfe beim Sterben“ in der unmittelbaren Sterbephase und der „Hilfe zum

---

49 Vgl. die Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung vom 30.4.2004, Ziff. I.; *Schreiber*, Festschrift Deutsch, 773 ff.; zu dieser „objektiven“ Grenze der Behandlungspflicht auch *Opderbecke/Weißauer*, MedR 1998, 395 (397); *Saliger*, KritV 2001, 382 ff.

50 *BGHSt* 40, 257 (260).

51 *Ankermann*, MedR 1999, 387 (389); *Lipp*, in: Passive Sterbehilfe, 37 (52 f.); Münch-Komm/*Schwab*, § 1904 BGB Rn. 38.

52 Die Bedeutung der medizinischen Indikation übersieht die Kritik von *Duttge*, 50.

53 Zum Vorstehenden ausführlich *Lipp,* in: Passive Sterbehilfe, 41 f.; *Hufen*, NJW 2001, 849 (851); ebenso *RPf*, 31.

Sterben“ in allen anderen Fällen[54] verweist demnach auf die unterschiedlichen Gründe für die Einstellung der lebenserhaltenden Maßnahmen: Im Sterbeprozess ist sie zulässig, weil es an einer medizinischen Indikation fehlt, hat der Sterbevorgang noch nicht eingesetzt, darf eine indizierte lebenserhaltende Maßnahme nur mit Willen des Patienten unterlassen oder abgebrochen werden.

Der 1. Strafsenat des BGH hat darauf bereits 1994 in dem so genannten Kemptener Fall hingewiesen. Er hat dort die Sterbephase, in der der Arzt auf lebensverlängernde Maßnahmen verzichten darf (zu ergänzen: weil sie nicht mehr indiziert sind), in Anlehnung an die damaligen Richtlinien der Bundesärztekammer zur Sterbehilfe dahingehend umschrieben, dass das Grundleiden des Patienten irreversibel ist, einen tödlichen Verlauf genommen hat und der Tod in kurzer Zeit eintreten wird[55]. Damit sollte die Sterbephase von den Situationen abgegrenzt werden, in denen ein Abbruch der lebenserhaltenden Behandlung nur mit Willen des Patienten zulässig ist („Hilfe zum Sterben“).

Dieses Abgrenzungskriterium hat der 12. Zivilsenat des BGH in seinem Beschluss vom 17.3.2003 als objektive strafrechtliche Grenze für die Zulässigkeit der Sterbehilfe missverstanden: Lägen diese Voraussetzungen nicht vor, sei die Einstellung der lebenserhaltenden Maßnahme rechtswidrig[56]. Eine solche Grenze existiert jedoch nicht; sie wurde vom 1. Strafsenat auch nicht aufgestellt[57]. Das wird jedoch selbst von Kritikern der Entscheidung des 12. Zivilsenats nicht immer erkannt[58]. Eine derartige objektive Beschränkung des zulässigen Verzichts auf eine (weitere) Behandlung wäre im übrigen ein verfassungswidriger Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Patienten,

---

54 Vgl. *BGHSt* 40, 257 (260) und ihm folgend das *OLG Frankfurt* NJW 1998, 2747 (2748).

55 *BGHSt* 40, 257 (260), unter Hinweis auf die (damaligen) Richtlinien der Bundesärztekammer für die Sterbehilfe, Ziff. II.d., MedR 1985, 38. Die heutigen Grundsätze der Bundesärztekammer, Ziff. I, beschreiben sie als „irreversibles Versagen einer oder mehrerer vitaler Funktionen, bei denen der Eintritt des Todes in kurzer Zeit zu erwarten ist“.

56 *BGHZ* 154, 205 (214 ff.).

57 Vgl. *BGHSt* 40, 257 (260 f.); *Kutzer*, ZRP 2003, 213 f.; ebenso die in der nachfolgenden Fn. Genannten; anders dagegen *EK*, 20 („Ausnahmefall“); *Duttge*, 45 ff., 52 f.

58 Vgl. *Höfling/Rixen*, JZ 2003, 884 (885 ff.); *Spickhoff*, JZ 2003, 739 (740 f.); *Strätling/Sedemund-Adib/Bax/Scharf/Fieber/Schmucker*, Entscheidungen, 16 ff.; *Verrel*, NStZ 2003, 449 (451).

weil er dann gegen seinen Willen zwangsweise behandelt würde[59]. Der Patient hat das Recht, jede lebenserhaltende Maßnahme abzulehnen. Die Aussage des 12. Zivilsenats, „Sterbehilfe" sei nur im Falle eines „irreversibel tödlich verlaufenden Grundleidens" zulässig, ist daher unzutreffend[60]. Als obiter dictum[61] bindet es freilich die Rechtspraxis nicht. Es braucht deshalb nicht relativiert[62], sondern sollte bei nächster Gelegenheit vom Senat selbst aufgegeben werden[63].

III. Rechtspolitische Vorschläge

Die Enquete-Kommission des Bundestags möchte am restriktiven Verständnis des 12. Zivilsenats festhalten[64] und schlägt vor, den Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen auf Fälle zu beschränken, in denen das Grundleiden irreversibel ist und trotz medizinischer Behandlung zum Tode führen wird. Demente und Wachkomapatienten müssen nach Ansicht der Enquete-Kommission des Bundestags in jedem Fall behandelt werden[65], auch wenn sie zuvor formgerecht erklärt haben, in diesem Fall bestimmte Maßnahmen (z.B. Ernährung mittels PEG-Sonde) abzulehnen[66]. Entsprechendes soll gelten, wenn der Wille des Patienten in anderer Weise nachgewiesen ist[67].

Dies wird von den beiden anderen Berichten sowie vom Referentenentwurf abgelehnt[68]. Die „Kutzer-Kommission" möchte durch eine Ergänzung des § 216 StGB ausdrücklich klarstellen, dass ein

---

59 *Hufen*, ZRP 2003, 248 (252).

60 *Kutzer*, ZRP 2003, 213 f.; *Lipp*, FamRZ 2003, 756.

61 Dazu oben Fn. 14.

62 Vgl. die Versuche einer „weiten" Interpretation bei *Bühler/Stolz*, FamRZ 2003, 1622 f.; oder die Beschränkung auf Fälle, in denen kein Wille des Patienten feststellbar ist, bei *Hahne*, FamRZ 2003, 1619 (1620 f.).

63 Z.B. indem man den „irreversibel tödlichen Verlauf des Grundleidens" dahingehend versteht, dass die Krankheit ohne Behandlung zum Tod führt (so *Hahne* im Interview in der FAZ v. 18.7.2003). Diese Voraussetzung ist nämlich stets erfüllt, wenn es um die Ablehnung einer *lebenserhaltenden* ärztlichen Maßnahme und damit um „Sterbehilfe" geht (*Taupitz*, Diskussionsbeitrag, Sitzung des Nationalen Ethikrats v. 11.6.2003, S. 17).

64 *EK*, 20, 38 f.

65 *EK*, 38.

66 § 1901b III BGB-EK.

67 § 1901b IV 2 BGB-EK.

68 *RefE*, 18 f.; *RPf*, 74 ff.; *Ku-Kom*, 7, 9.

Verzicht auf eine lebenserhaltende Behandlung oder ihr Abbruch auch außerhalb der Sterbephase möglich ist. Der Referentenentwurf übernimmt diesen Vorschlag in der Sache, beschränkt sich aber auf eine indirekte Regelung. Der Betreuer soll auch dann an die Patientenverfügung gebunden sein, wenn die Grunderkrankung noch keinen irreversibel tödlichen Verlauf genommen hat[69]. Rechtssystematisch gehört eine solche klarstellende Regelung allerdings in das Strafrecht.

Gegen eine solche klarstellende Ergänzung des StGB wird z.T. eingewandt, damit werde das Tor zur „aktiven Sterbehilfe" geöffnet. Ähnlich argumentiert die Enquete-Kommission des Bundestags, wenn sie die von ihr vorgeschlagene Beschränkung des Behandlungsverzichts bzw. -abbruchs mit dem Schutz vor Missbrauch begründet[70]. Das „Dammbruchargument" und der Schutz vor Missbrauch sind zudem Gesichtspunkte, die das strafbewehrte Verbot der Tötung auf Verlangen nach § 216 StGB tragen und erst recht gegen jede andere Form der „aktiven Sterbehilfe" sprechen[71]. Sie haben deshalb in der Diskussion besonderes Gewicht.

Der auf diese Argumente gestützte Einwand gegen eine Regelung der „passiven Sterbehilfe" verkennt jedoch den prinzipiellen Unterschied in der rechtlichen Bewertung der verbotenen „aktiven Sterbehilfe" einerseits und der nach geltendem Recht zulässigen „passiven Sterbehilfe" andererseits. Nur bei der „aktiven Sterbehilfe" geht es um die Tötung eines Menschen durch einen anderen. § 216 StGB verbietet sie auch dann, wenn das Opfer seine Tötung verlangt. Diese Vorschrift beschränkt zwar die Freiheit, einen anderen zu töten. Sie berührt jedoch nicht das Selbstbestimmungsrecht über die eigene Person, d.h. das Recht, einen Eingriff in die eigene Person abzulehnen. Deshalb ist das Verbot jeder Form der „aktiven Sterbehilfe" mit dem Interesse der Allgemeinheit an einem effektiven Schutz vor Missbrauch verfassungsrechtlich gerechtfertigt[72]. Bei der „passiven Sterbehilfe" geht es dagegen um die Legitimation eines ärztlichen Eingriffs. Die Grenzen ärztlicher Behandlung werden durch die ärzt-

---

69 § 1901a II 2 BGB-RefE und die Begründung dazu, vgl. *RefE*, 18.

70 *EK*, 38; vgl. auch *Duttge*, 47 ff.

71 *EK*, 15; *EGMR* NJW 2002, 2851 ff. (Pretty / Vereinigtes Königreich); *Hufen*, NJW 2001, 849 (955).

72 Vgl. die Nachweise in Fn. 71.

liche Indikation und durch die Einwilligung des Patienten, d.h. durch die Patientenautonomie, bestimmt. „Passive Sterbehilfe“ ist deshalb nur ein anderer Ausdruck dafür, dass die Legitimationsvoraussetzungen für eine (weitere) lebenserhaltende Behandlung im konkreten Fall fehlen[73]. Würde man das Veto des Patienten in bestimmten Fällen für unbeachtlich erklären, wie das u.a. die Enquete-Kommission des Bundestags vorschlägt, liefe das auf eine Zwangsbehandlung des Patienten hinaus, der der Behandlung widersprochen hat[74]. Eine derartige Zwangsbehandlung ist verfassungsrechtlich nur zulässig, wenn die Ablehnung der Behandlung ihrerseits krankheitsbedingt ist[75] und damit auf demselben Grund beruht, der die Fähigkeit des Patienten zur eigenverantwortlichen Entscheidung ausschließt. Die von der Enquete-Kommission des Bundestags herangezogene objektivrechtliche Pflicht des Staates zum Lebensschutz[76] rechtfertigt es deshalb nicht, den Patientenwillen in bestimmten Fällen für unbeachtlich zu erklären.

Im übrigen besteht nicht nur die Pflicht des Staates zum Lebensschutz, sondern ebenso zum Schutz der übrigen Grundrechte des Patienten und vor allem zum Schutz seiner Menschenwürde (Art. 1 I GG). Die staatliche Rechtsordnung hat deshalb dafür Sorge zu tragen, dass die Menschenwürde und die Grundrechte des einzelnen auch im Rahmen der Behandlung am Lebensende verwirklicht werden[77]. Sie darf die Rechte des Patienten aber nicht aus Furcht vor einem möglichen Missbrauch von vornherein und generell beschränken.

---

73 Dazu oben § 3 II.

74 Vgl. nur *RefE*, 19; *RPf*, 30 f.; und die Sondervoten in *EK*, 57, 62, 68.

75 *BVerfGE* 58, 208 (225); *BVerfG* BtPrax 1998, 144 (145).

76 *EK*, 15, 38.

77 Dazu grundsätzlich *Lipp*, Freiheit und Fürsorge, 125 ff., 141 ff.

§ 4 Der einwilligungsunfähige Patient

Problematisch wird die Beteiligung des Patienten am Behandlungsprozess, wenn er einwilligungsunfähig ist. Der Arzt kann dann weder die Diagnose mit dem Patienten besprechen, noch ihn über die Möglichkeiten einer Behandlung aufklären. Der Patient selbst fällt dann als Partner des Arztes im Behandlungsprozess aus. Vor allem aber kann der Patient seine Entscheidung über Ob, Wie und Dauer der Behandlung nicht mehr selbst treffen. Die fehlende *tatsächliche* Fähigkeit zur Selbstbestimmung lässt allerdings das *Recht* des Patienten zur Selbstbestimmung nicht entfallen[78]. Das Recht des Patienten zur Teilnahme am Behandlungsprozess bleibt daher ebenso bestehen wie sein Recht, einer vorgeschlagenen Untersuchungs- oder Behandlungsmaßnahme zuzustimmen oder sie abzulehnen. Der Patient kann dieses Recht jedoch nicht mehr selbständig ausüben.

In dieser Situation sind zwei Möglichkeiten denkbar: Entweder hat der Patient selbst schon zuvor, d.h. bevor er einwilligungsunfähig wurde, erklärt, ob er den nunmehr vom Arzt vorgeschlagenen Maßnahmen zustimmt, oder der Patient hat sich dazu nicht geäußert. Im zweiten Fall muss ein anderer an Stelle des Patienten die nötigen Entscheidungen treffen. Hierzu ist in erster Linie die vom Patienten bestimmte Vertrauensperson berufen, sei es der Arzt[79] oder ein Bevollmächtigter, andernfalls der Betreuer als gesetzlicher Vertreter[80]. Erst wenn in einem Notfall noch nicht einmal eine Eilentscheidung des an Stelle eines Betreuer tretenden VormG nach § 1846 BGB

---

78 *Höfling*, JuS 2000, 111 (113 f.); *Hufen*, NJW 2001, 849 (850 ff.); *Lipp*, DRiZ 2000, 231 (233 f.).

79 *Ku-Kom*, 15. Diese Möglichkeit wird häufig übersehen.

80 § 1896 II 2 BGB legt den Vorrang des Bevollmächtigten fest.

herbeigeführt werden kann, darf und muss der Arzt, *zusätzlich* zu seiner Aufgabe als behandelnder Arzt und ohne vom Patienten dazu berufen zu sein, auch die Rolle des Wahrers des Patienteninteresses übernehmen[81]. Sein Handeln ist dann nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) bzw., soweit es um den Eingriff in die körperliche Integrität geht, aufgrund einer mutmaßlichen Einwilligung des Patienten gerechtfertigt[82].

---

81 Zum Vorrang der Vertreterbestellung *BGHZ* 29, 46 (52); *BGH* NJW 1966, 1855 (1856); *Lipp*, BtPrax 2002, 47 (51) m.w.N.

82 *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 83.

§ 5 Die Patientenverfügung

Für die stellvertretende Erklärung eines Bevollmächtigten oder Betreuers, oder für eine Notfallentscheidung des Arztes ist aber nur Raum, wenn der Patient selbst nichts erklärt hat. Die vorrangige Frage ist daher, inwieweit jemand schon im Vorfeld das Ob und Wie seiner späteren Behandlung festlegen kann. Hierüber wird derzeit rechtspolitisch heftig debattiert[83]. Bevor wir uns dieser Debatte zuwenden, soll jedoch erst einmal geklärt werden, worum es in der Sache geht.

I. Erscheinungsformen der Patientenverfügung

Vorausverfügungen werden allgemein akzeptiert, wenn sie vom Patienten im Gespräch mit dem ihn später behandelnden Arzt erklärt werden, also beispielsweise im Vorfeld einer unter Narkose erfolgenden Behandlung[84]. Als „*Patientenverfügung*" bezeichnet man eine Vorauserklärung typischerweise jedoch erst dann, wenn sie unabhängig von einer konkreten Behandlungssituation erfolgt. Sie richtet sich deshalb meist auch nicht an einen bestimmten einzelnen Arzt, den der Patient bereits kennt, sondern ganz generell an alle Ärzte, Pflegekräfte usw., die den Patienten künftig einmal behandeln werden. Die Patientenverfügung ist, mit anderen Worten, typischerweise eine allgemeine *Erklärung*, die an einen noch unbestimmten Adressaten gerichtet ist. Wer sie abgibt, will *dem jeweiligen Arzt* gegenüber erklären,

---

83 Siehe oben § 1.

84 *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 199.

er stimme bestimmten Maßnahmen zu bzw. wesentlich häufiger, er lehne sie ab[85].

Allerdings stellt die eben skizzierte Form nur eine unter vielen Erscheinungsformen „der" Patientenverfügung dar. Neben derartigen *antizipierten Erklärungen* werden auch Dokumente als Patientenverfügungen bezeichnet, in denen jemand seine *Wünsche, Einstellungen und Werthaltungen* darlegt, die dann in der konkreten Behandlungssituation erst konkretisiert werden müssen[86].

II. Rechtliche Verbindlichkeit der verschiedenen Formen von Patientenverfügungen

In letzterem Fall enthält die Patientenverfügung keine verbindliche Erklärung des Patienten für seine spätere Behandlung, sondern Mitteilungen über seine Wünsche und Vorstellungen, die als *Indizien* darüber Auskunft geben, wie er in der aktuellen Situation entschieden hätte (mutmaßlicher Wille)[87]. In dieser Situation muss dann jedoch erst eine andere Person, d.h. ein Vertreter, der Arzt oder ein Angehöriger, den mutmaßlichen Willen des Patienten feststellen und umsetzen. Eine solche *„narrative" Patientenverfügung* ist von vorneherein als Mitteilung des Patienten über sich selbst und seine Vorstellungen gedacht und *als solche* zu beachten, d.h. als Information und Indiz für andere (Vertreter, Arzt usw.) bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens des Patienten. Für den Betreuer legen das §§ 1901 III 1 und 2, 1901a BGB bzw. § 1901 II BGB ausdrücklich fest, und zwar unabhängig von der Einhaltung bestimmter Wirksamkeitsvoraussetzungen[88].

Zunehmend hat sich jedoch die Einsicht durchgesetzt, dass eine Patientenverfügung auch mehr enthalten kann als bloße Indizien für

---

85 *Taupitz*, Gutachten, A 105 f. m.w.N.; *Schwab*, Festschrift Henrich, 511 (516 f., 529 f.).

86 Vgl. z.B. *Sass/Kielstein*, 50 ff., 58; *Ku-Kom*, 15.

87 Viele verstehen „die" Patientenverfügung *generell* als ein solches Indiz, vgl. z.B. *Spann*, MedR 1983, 13 ff.; *Laufs*, NJW 1997, 1609 (1616); *ders.*, NJW 1998, 3399 (3400); *Spickhoff*, NJW 2000, 2297 (2301 f.); *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 513 ff.; *Roxin*, § 13 Rn. 66.

88 Vgl. BT-Drucks. 11/4528, S. 67, 133; Palandt/*Diederichsen*, § 1901 BGB Rn. 5; Münch-Komm/*Schwab*, § 1901 BGB Rn. 11; Erman/*Holzhauer*, § 1901 BGB Rn. 10; Bamberger-Roth/*Müller*, § 1901 BGB Rn. 4.

den mutmaßlichen Willen des Patienten: Sie kann eine eigene *Erklärung des Patienten* enthalten, mit der er sein Selbstbestimmungsrecht im Hinblick auf eine künftige Behandlung ausübt[89]. Dieser Ansicht hat sich mit dem obiter dictum des 12. Zivilsenats[90] nun auch der BGH angeschlossen. Eine derartige Patientenverfügung stellt eine vorweggenommene Einwilligung bzw. Ablehnung des Patienten dar, für die dieselben Grundsätze gelten wie für jede andere Einwilligung. Sie ist damit eine an den Arzt gerichtete Erklärung, die keiner bestimmten Form bedarf und auch ohne Aufklärung durch den Arzt wirksam ist, weil der Patient darauf verzichtet hat[91]. Sie bindet zwar den Arzt, nicht aber den Patienten selbst, kann also jederzeit widerrufen oder geändert werden. Eine derartige Patientenverfügung gilt demnach solange, bis der Patient seine Erklärung selbst ändert[92]. Sie darf daher nicht mit dem spekulativen Argument unterlaufen werden, dass der Patient vielleicht etwas anderes gewollt haben könnte[93]. Ihre rechtliche Verbindlichkeit endet vielmehr erst dann, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine Willensänderung des Patienten vorliegen[94].

Diese Grundsätze für eine antizipierte Einwilligung bzw. Ablehnung ergeben sich aus den allgemein anerkannten Regeln, die für die Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme und für deren Ablehnung gelten. Sie gelten deshalb unabhängig davon, wie man die umstrittene Frage nach der Rechtsnatur der Einwilligung beantwortet[95].

---

89 So z.B. die Grundsätze der Bundesärztekammer, Ziff. IV. und V.; vgl. schon die Handreichungen der BÄK für Ärzte zum Umgang mit Patientenverfügungen, DÄBl. 1999, A 2720, Ziff. 1.1.; ebenso *RPf*, 35 ff.; *Taupitz*, Gutachten, A 105 ff.; *Lipp*, DRiZ 2000, 231 (234); Palandt/*Diederichsen*, vor § 1896 BGB Rn. 9; *Eisenbart*, 47 ff.; *Röver*, 79 ff.; *Schaffer*, BtPrax 2003, 143 (146 f.); aus medizinethischer Sicht *May,* 185 ff.; im Ergebnis ähnlich, wenngleich weiterhin auf den mutmaßlichen Willen abstellend, *Schreiber*, Festschrift Deutsch, 773 (782).

90 *BGHZ* 154, 205 (210 f.); zum Charakter der Aussage als obiter dictum oben Fn. 14.

91 Vgl. *Taupitz*, Gutachten, A 28 ff.

92 Dazu *Lipp*, in: Passive Sterbehilfe, 43 f.; ebenso die Handreichungen der BÄK für Ärzte zum Umgang mit Patientenverfügungen, DÄBl. 1999, A 2720, Ziff. 6.

93 *Taupitz*, Gutachten, A 41, 106 ff.

94 Ebenso die Grundsätze der Bundesärztekammer, Ziff. IV.; *Eisenbart*, 67; *Baumann/Hartmann*, DNotZ 2000, 594 (608 ff.); *Ku-Kom*, 17 (etwas anders allerdings S. 8, zu Recht kritisch deshalb an dieser Stelle *Müller-Busch* in Fn. 1); weitergehend z.B. *Taupitz*, Gutachten, A 115, der eine Erklärung des Patienten verlangt.

95 *Roth*, JZ 2004, 494 (497 f. mit Fn. 53); Erman/*Holzhauer*, § 1901a BGB Rn. 6 f.; anders z.B. *Duttge*, 14 ff.

III. Notwendigkeit der Auslegung

Übt der Patient sein Selbstbestimmungsrecht aus und erklärt im Voraus sein Einverständnis oder seine Ablehnung, ist das zugleich mit der Last der Selbstverantwortung verbunden[96]. Wie bei jeder anderen Einwilligung in eine Behandlung oder bei deren Ablehnung trägt der Patient auch bei einer Erklärung in Gestalt einer Patientenverfügung das Risiko, dass er sie nicht mehr rechtzeitig ändern kann[97]. Dieses Risiko beruht allerdings weder auf einer Selbstbindung des Patienten, noch auf dem Verkehrsschutz zugunsten des Arztes oder anderer Adressaten[98]. Die Rechtsordnung kennt bei der Einwilligung weder das eine noch das andere[99]. Die Änderungslast ist vielmehr Folge des Umstands, dass ein einmal erklärter Wille des Patienten Geltung und Beachtung verlangt, bis der Patient selbst seinen Willen für andere erkennbar ändert[100] bzw., falls er dazu nicht mehr in der Lage ist, konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass er seinen Willen geändert hätte[101].

Bevor man also danach fragt, ob die Patientenverfügung die anstehende Behandlungssituation erfasst oder ob der Patient seinen erklärten Willen geändert hat, ist daher stets zu prüfen, ob er dieses Risiko überhaupt eingehen und eine an Arzt und Pflegepersonal gerichtete verbindliche Erklärung (z.B. durch Gebrauch eines Formulars für eine Patientenverfügung[102]) abgeben oder ob er (z.B. im Gespräch mit Angehörigen oder Freunden) lediglich seine Wünsche und Ansichten mitteilen wollte[103]. Wollte er jedoch eine verbindliche Anweisung erteilen, ist sie für den vorgesehenen Fall rechtlich bindend.

Jede Patientenverfügung bedarf daher der *Auslegung*, d.h. der Feststellung ihres Inhalts dahingehend, ob der Patient eine verbindliche

---

96 *Taupitz*, Gutachten, A 13.

97 Darauf weist hin *Diederichsen*, Festschrift Schreiber, 635 (648).

98 So aber *Diederichsen*, Festschrift Schreiber, 635 (648).

99 Vgl. *Kohte*, AcP 185 (1985), 105 (137 ff.); *Baumann/Hartmann*, DNotZ 2000, 594 (607); *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 197; *Roth*, JZ 2004, 494 (496 f.).

100 *Roth*, JZ 2004, 494 (497); *Lipp*, FamRZ 2004, 317 (320); *EK*, 18. Die Notwendigkeit, dass der Wille des Patienten geäußert worden bzw. erkennbar ist, betont zu Recht *RPf*, 35.

101 Vgl. dazu die Nachweise bei Fn. 94.

102 Zu kritisch gegenüber Formularen deshalb *Roth*, JZ 2004, 494 (498).

103 Vgl. die Handreichungen der BÄK zum Umgang mit Patientenverfügungen, DÄBl. 1999, A 2720, Ziff. 1.1. und 3.3.; *Verrel*, MedR 1999, 547 (548 f.).

Erklärung abgeben wollte, für welche Fälle sie gedacht ist und welche Anweisungen der Patient hierfür gegeben hat[104]. Diese Auslegung ist Aufgabe derjenigen, an die sich eine Patientenverfügung richtet, d.h. der an einer Behandlung beteiligten Ärzte und Pflegekräfte, aber auch des Vertreters des Patienten oder seiner Angehörigen[105]. Sie dürfen sich dabei nicht auf den Text des Dokuments oder auf die mündliche Äußerung als solche beschränken, d.h. sie dürfen die Patientenverfügung nicht einfach wörtlich nehmen. Sie müssen vielmehr danach fragen, was der Patient damit erklären wollte. Bei dieser *Feststellung des Patientenwillens* müssen sie alle Informationen über den Patienten berücksichtigen, die ihnen bekannt geworden sind, und sich darüber hinaus, soweit dies in der konkreten Situation möglich ist, weitere Informationen verschaffen. Vor diesem Hintergrund haben sie dann die Patientenverfügung auszulegen[106]. Enthält ein Dokument neben der antizipierten Erklärung der Einwilligung in bestimmte Maßnahmen oder ihrer Ablehnung auch Mitteilungen über persönliche Wertvorstellungen, Lebenseinstellungen usw., sind diese als Auslegungshilfe deshalb ebenso heranzuziehen wie die Auskünfte von Angehörigen oder des Hausarztes[107].

IV. Rechtspolitische Vorschläge

1. Regelungsgegenstand und Begriffe

In der aktuellen Debatte wird nicht ausreichend beachtet, dass für antizipierte Erklärungen des Patienten, mit denen er vorweg in ärztliche Maßnahmen einwilligt oder sie ablehnt, andere rechtliche Grundsätze gelten und aus sachlichen Gründen auch gelten müssen als für die Mitteilung von Wünschen, Wertvorstellungen o.ä..

Voraussetzungen für die rechtliche Wirksamkeit, wie z.B. ärztliche Aufklärung, Schriftform, Einwilligungsfähigkeit, Freiheit von Irrtum oder Zwang, lassen sich überhaupt nur für Erklärungen aufstellen, die

---

104 Zur Notwendigkeit der Auslegung Palandt/*Diederichsen*, vor § 1896 BGB Rn. 9; *Röver*, 162; *Roth*, JZ 2004, 494 (498 ff.); *EK*, 18.

105 *Roth*, JZ 2004, 494 (500 ff.).

106 Zu den Auslegungsgrundsätzen *Roth*, JZ 2004, 494 (499 ff.).

107 Vgl. *Ku-Kom*, 23 f.

unmittelbar rechtliche Wirkungen entfalten sollen, also für die antizipierte Einwilligung oder Ablehnung. Demgegenüber erzeugt die Mitteilung von Wünschen, Wertvorstellungen o.ä. keine unmittelbare Rechtswirkung und kann daher auch nicht von rechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen abhängig gemacht werden. Sie ist von vorneherein als Mitteilung des Patienten über sich selbst und seine Vorstellungen gedacht und *als solche* bei der Auslegung der Patientenverfügung oder bei der stellvertretenden Behandlungsentscheidung des Betreuers nach §§ 1901 III 1 und 2, 1901a BGB bzw. § 1901 II BGB zu beachten, und zwar unabhängig von der Einhaltung bestimmter Wirksamkeitsvoraussetzungen[108].

Der Referentenentwurf und die „Kutzer-Kommission" gehen zunächst zutreffend davon aus, dass zwischen der Erklärung einer antizipierten Einwilligung bzw. Ablehnung einerseits und der Mitteilung von Wünschen, Wertvorstellungen usw. andererseits zu unterscheiden ist[109]. Der Referentenentwurf trifft jedoch mit § 1901a I BGB-RefE eine allgemeine Regelung für alle „Willensäußerungen", die er als Oberbegriff für beide Formen begreift. Die dort angeordneten Wirkungen (Fortwirkung bei Einwilligungsunfähigkeit und Geltung bis zum Widerruf) können jedoch nur die antizipierte Einwilligung und Ablehnung betreffen, nicht aber die bloße Mitteilung von Wünschen etc. Einem ähnlichen Missverständnis unterliegt die rheinland-pfälzische Bioethik-Kommission in ihrer These 2[110]. Die vom Referentenentwurf vorgeschlagene Regelung ist daher zu weit gefasst.

Des weiteren ist die in § 1901a II 1 BGB-RefE bzw. § 1901b I 1 BGB-KK normierte Pflicht des Betreuers, den – wiederum als Oberbegriff für beide Formen verstandenen – „Willen" des Betroffenen zu beachten, für die Wünsche, Wertvorstellungen etc. bereits in §§ 1901 II und III, 1901a BGB geregelt. Eine Änderung dieser Regelungen ist weder ratsam noch beabsichtigt. Auch in diesem Punkt sind die Entwürfe daher zu weit gefasst.

---

108 Vgl. BT-Drucks. 11/4528, S. 67, 133; Palandt/*Diederichsen*, § 1901 BGB Rn. 5; Münch-Komm/*Schwab*, § 1901 BGB Rn. 11; Erman/*Holzhauer*, § 1901 BGB Rn. 10; Bamberger-Roth/*Müller*, § 1901 BGB Rn. 4.

109 *RefE*, 17 f.; *Ku-Kom*, 15 f.

110 *RPf*, 35 f.

Die Regelungsaufgabe betrifft demnach allein die Erklärungen einer antizipierten Einwilligung bzw. Ablehnung, die Referentenentwurf und „Kutzer-Kommission“ zusammenfassend „Entscheidungen“ nennen. Hierauf sollte sich der Gesetzgeber denn auch beschränken.

Die Enquete-Kommission des Bundestags schlägt von vorneherein nur eine Regelung der antizipierten Einwilligung bzw. Ablehnung vor[111]. Auch hier ist die Terminologie jedoch missglückt. Gemeint sind mit dem „Wunsch“ nach bestimmten medizinischen Maßnahmen in § 1901b BGB-EK gerade nicht die „Wünsche“ der §§ 1901 III, 1901a BGB, sondern etwas ganz anderes, nämlich die antizipierte Einwilligung bzw. Ablehnung.

2. „Reichweite der Patientenverfügung“

Einer der großen Streitpunkte in der gegenwärtigen Debatte betrifft die sogenannte „Reichweite der Patientenverfügung“. Die Enquete-Kommission des Bundestags schlägt vor, sie für alle Formen der Patientenverfügung auf die Fälle zu beschränken, in denen das Grundleiden irreversibel ist und trotz medizinischer Behandlung nach ärztlicher Erkenntnis zum Tode führen wird[112]. Der Referentenentwurf lehnt eine solche Einschränkung ausdrücklich ab[113]. Der Sache nach geht es jedoch nicht um die Reichweite der Patientenverfügung, sondern um die allgemeinere Frage, ob der Patient auch außerhalb der Sterbephase auf lebenserhaltende Maßnahmen verzichten kann. Dazu ist bereits das Nötige gesagt worden[114].

3. Form und Aufklärung

Allgemein wird empfohlen, eine Patientenverfügung schriftlich abzufassen und sich davor sowohl von einem Arzt aufklären als auch rechtlich beraten zu lassen und aus letzterem Grund die notarielle Beurkundung zu wählen. Insoweit stimmen alle Berichte und der Referentenentwurf überein[115].

---

111 *EK*, 45.
112 § 1901b III und IV 2 BGB-EK.
113 § 1901a II 2 BGB-RefE.
114 Siehe oben § 3 II und III.
115 *Ku-Kom*, 16; *EK*, 40 ff.; *RPf*, 42 f.; *RefE*, 16 f.

Seit langem wird darüber diskutiert, ob de lege ferenda die rechtliche Wirksamkeit einer „Patientenverfügung" von der Aufklärung durch einen Arzt und der Einhaltung einer bestimmten Form abhängig gemacht werden soll[116]. Wie bereits dargelegt, ist dies überhaupt nur für *antizipierte Erklärungen* der Einwilligung in die Behandlung oder ihrer Ablehnung denkbar[117]. Während die „Kutzer-Kommission" und der Referentenentwurf keine derartigen Voraussetzungen einführen wollen, schlagen die rheinland-pfälzische Bioethik-Kommission und die Enquete-Kommission des Bundestags die Einführung der Schriftform vor, die rheinland-pfälzische Bioethik-Kommission verlangt zusätzlich die Aufklärung über die Folgen der getroffenen Entscheidung, die nicht notwendig durch den Arzt erfolgen muss [118]. Mit der Schriftform sollen der Nachweis der Ernstlichkeit und des Inhalts erleichtert werden[119]. Die Aufklärung soll sicherstellen, dass sich der Patient der Bedeutung und Tragweite seiner Erklärung bewusst ist[120]. Andere Erklärungen sollen als Indiz für den mutmaßlichen Willen dienen[121].

a. Form

Problematisch an der *Schriftform* ist vor allem, dass die antizipierte Einwilligung bzw. Ablehnung des Patienten nur deshalb einen geringeren Grad von Verbindlichkeit haben soll, weil sie nicht formgerecht erklärt worden ist. Ist der Patientenwille auf andere Weise nachgewiesen, gibt es jedoch keinen Grund, ihm nicht die gleiche Verbindlichkeit zuzubilligen wie der schriftlich niedergelegten Erklärung. Gerade wenn man dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten zur Geltung verhelfen will, dürfen keine zusätzlichen Hürden aufgebaut werden, die nicht schon in der Sache selbst begründet sind, wie z.B. das Erfordernis der Einwilligungsfähigkeit[122]. Auch nach Vorstellung der Enquete-Kommission des Bundestags soll deshalb z.B. der Widerruf

---

116 *Taupitz*, Gutachten, A 111 ff., A 118 f.; *May/Geißendörfer*, in: Passive Sterbehilfe, 25 ff.

117 Oben § 5 IV.1.

118 § 1901b I 1 BGB-EK; *RPf*, 42 f.

119 *EK*, 40 f.; vgl. auch *RPf*, 42 f.

120 *RPf*, 42 f.

121 § 1901b IV 1 BGB-EK; *RPf*, 43.

122 So zutreffend in anderem Zusammenhang *Roth*, JZ 2004, 494 (497). Schwer vereinbar ist es, wenn man dies zwar anerkennt, aber gleichwohl Schriftform verlangt, so z.B. *RPf*, 39, 43.

formlos möglich bleiben[123]. Das Ziel der Beweissicherheit rechtfertigt also die Schriftform nicht.

Im übrigen sind mit der Schriftform weitere Probleme verbunden. Es genügt für eine im Vorfeld einer Behandlung gegenüber dem Arzt erklärte Einwilligung oder Ablehnung weiterhin, dass sie mündlich erklärt wird. Auch für den Betreuer und für den Bevollmächtigten bleiben Anweisungen des Patienten unabhängig von ihrer Form verbindlich[124]. Die mit der Schriftform für Patientenverfügungen notwendig verbundene eingeschränkte Verbindlichkeit für nicht formgerechte Erklärungen führt deshalb zu Abgrenzungsproblemen und Wertungswidersprüchen. Die von der Enquete-Kommission des Bundestags und der rheinland-pfälzischen Bioethik-Kommission als Argument für den Formzwang angeführten Beweisschwierigkeiten treten nämlich bei vielen in die Zukunft gerichteten Anweisungen an den künftigen Betreuer (Betreuungsverfügung, § 1901a BGB) oder Bevollmächtigten (§ 665 BGB) auf, ohne dass hierfür die Einhaltung der Schriftform erforderlich ist.

Letztlich spricht daher alles für die *Formfreiheit* auch der antizipierten Einwilligung bzw. Ablehnung und damit für die Lösung von Referentenentwurf und „Kutzer-Kommission". Praktisch gesehen dürfte es sich ohnehin um ein Scheinproblem handeln, denn die meisten Patientenverfügungen, gleich welchen Inhalts, werden zumindest schriftlich abgefaßt. Aus Sicht der Verfasser und ihrer Berater läßt sich nämlich nur so einigermaßen sicherstellen, dass sie später auch bekannt und beachtet werden.

b. Aufklärung

Eine vorherige *Aufklärung* kann zweierlei erreichen: Zum einen kann sie, wie jede ärztliche Aufklärung, den Patienten über seine Krankheit und die möglichen Behandlungsalternativen informieren und ihn so in die Lage versetzen, sich zu entscheiden. Zum anderen kann sie dem später behandelnden Arzt das Verständnis einer Patientenverfügung erleichtern[125].

---

123 *EK*, 42 f.

124 Siehe unten § 6 III.

125 *RPf*, 42 f., nennt zwar beide Aspekte, unterscheidet sie aber nicht deutlich.

Unter dem erstgenannten Gesichtspunkt dient die Aufklärung der *Wahrnehmung des Selbstbestimmungsrechts* des Patienten; auf sie kann der Patient deshalb auch verzichten[126]. Die Aufklärung als Wirksamkeitsvoraussetzung macht die Beratung zur Pflicht und bedarf daher als Beschränkung des mit dem Verzicht auf Aufklärung ausgeübten Selbstbestimmungsrechts des Patienten der Rechtfertigung.

Eine solche Beratungspflicht erscheint sachlich sinnvoll und deshalb gerechtfertigt, wenn die Beratung durch einen Arzt erfolgt und der Bezug zu einer bestimmten Krankheit bereits vorhanden oder absehbar ist, z.B. im frühen Stadium chronisch verlaufender Erkrankungen. Die Pflicht würde aber auch für diejenigen gelten, die in gesunden Tagen für Unfall oder plötzlich auftretende Krankheiten vorsorgen wollen, und damit für den Regelfall der Patientenverfügung. Hier ist eine ärztliche Information über die gesundheitliche Situation und mögliche Behandlungsalternativen nur in sehr allgemeiner Form möglich.

Eine Beratung durch andere Personen, wie z.B. durch Mitarbeiter von Hospizvereinen, durch Seelsorger, Rechtsberater usw., mag in vielen Fällen ebenfalls sinnvoll sein. Welche sachkundige Unterstützung für die Erstellung einer Patientenverfügung erforderlich ist, hängt jedoch vom Einzelfall ab, eine generelle Aussage lässt sich daher noch weniger treffen.

Eine abstrakte Pflicht zur Beratung, unabhängig durch wen die Beratung erfolgt, wie sie die rheinland-pfälzische Bioethik-Kommission vorschlägt, überlässt die Auswahl des Beraters dem Betroffenen. Sie vermag deshalb nicht einmal sicherzustellen, dass die im jeweiligen Fall sachlich gebotene Aufklärung überhaupt erfolgt. Daher erscheint insgesamt jedwede Form einer Beratungspflicht, die mit der Sanktion verbunden ist, dass der Patientenwille bei ihrer Nichtbeachtung eine geringere Verbindlichkeit hat, vom Interesse des Patienten her gesehen sachlich nicht geboten und daher unverhältnismäßig.

Die Beratungspflicht könnte daher allenfalls mit dem *Interesse des Arztes* an einer verständlichen Patientenverfügung, also dem zweiten Aspekt, gerechtfertigt werden. Auf die Interessen bzw. den Schutz

---

[126] Vgl. nur *Taupitz*, Gutachten, A 28 ff.

des Arztes kommt es aber bei der Einwilligung generell nicht an[127]; entscheidend ist vielmehr allein der Wille des Patienten. Wenn der Patient auf eine ärztliche oder rechtliche Beratung verzichtet, nimmt er zwar das Risiko in Kauf, dass der Arzt seine Erklärung missversteht. Das rechtfertigt es jedoch nicht, seiner Erklärung nur einen geringeren Grad an Verbindlichkeit zuzubilligen.

Somit erweist sich der von Referentenentwurf, „Kutzer-Kommission" und Enquete-Kommission des Bundestags eingeschlagene Weg als vorzugswürdig, eine ärztliche bzw. rechtliche Beratung bei der Errichtung einer Patientenverfügung zwar zu empfehlen, sie aber nicht zur Voraussetzung ihrer rechtlichen Verbindlichkeit zu erheben.

[127] Siehe oben § 5 II.

§ 6 Patientenverfügung und Vertreter des Patienten

In allen eingangs geschilderten Fällen lag nicht nur eine Patientenverfügung vor[128], sondern die Patienten hatten auch jeweils einen Betreuer als gesetzlichen Vertreter (§ 1902 BGB). Das wirft zwei Fragen auf: *Erstens*, ob das VormG einen Betreuer überhaupt bestellen darf, und *zweitens*, ob ein Betreuer oder ein Bevollmächtigter an der Behandlung beteiligt werden muss, wenn der Patient eine Patientenverfügung verfasst hat.

I. Bestellung eines Betreuers trotz Patientenverfügung?

Hat der Patient in einer Patientenverfügung seine Einwilligung bzw. seine Ablehnung bereits *erklärt*, ist die Bestellung eines Betreuers insoweit nicht erforderlich (§ 1896 II 2 BGB). Notwendig bleibt die Betreuung jedoch für alle anderen, nicht in der Patientenverfügung vorweggenommenen Erklärungen und Entscheidungen, also z.B. für die Entscheidung, in welchem Krankenhaus und von welchem Arzt der Patient behandelt werden soll, für die vermögensrechtliche Seite der Behandlung usw.[129] Die Patientenverfügung macht daher die

---

[128] Vgl. *BVerfG* NJW 2002, 206; *BGHZ* 154, 205; zum Traunsteiner Fall *LG Traunstein* NJW-RR 2003, 221; *Putz*, Die Schwester/Der Pfleger 2003, 226 (227). Allerdings wird der Inhalt der Patientenverfügung nicht mitgeteilt. Es ist daher offen, ob sie eine eigene Erklärung des Patienten enthält. Das Berufungsurteil des *OLG München* FamRZ 2003, 557 ff. erwähnt die Patientenverfügung nicht.

[129] *Lipp,* BtPrax 2002, 47 (51 f.); *Diederichsen*, Festschrift Schreiber, 648 mit Fn. 88. Das übersieht z.B. *Vossler*, BtPrax 2002, 240(241).

Bestellung eines Betreuers in den meisten Fällen auch dann nicht entbehrlich, wenn sie eine in der konkreten Behandlungssituation einschlägige antizipierte Einwilligung oder Ablehnung des Patienten enthält[130].

Notwendig wird die Bestellung eines Betreuers auch für die Erklärung der Einwilligung selbst, wenn der Arzt die Patientenverfügung und die darin enthaltenen antizipierten Erklärungen zwar kennt, aber Zweifel an ihrer Gültigkeit oder Anwendbarkeit hat und sich deshalb nicht an diese Erklärung des Patienten halten will. Erweisen sich diese Bedenken als berechtigt, muss ein Vertreter des Patienten über die Einwilligung in die Behandlung entscheiden. Meint der Arzt, dass der Patient seine Ansicht geändert hat, muss er daher beim VormG die Bestellung eines Betreuers anregen. In Eilfällen kann das VormG nach § 1846 BGB selbst entscheiden. Nur falls auch dies zu spät käme, darf der Arzt die von ihm für notwendig erachtete Maßnahme – freilich auf sein Risiko – sofort durchführen[131].

II. Beteiligung eines Vertreters an der Behandlung?

Hat der Patient eine Vertrauensperson formgerecht (§ 1904 II BGB) bevollmächtigt, wird diese Vollmacht in aller Regel alle Behandlungsentscheidungen umfassen. Ebenso wird das VormG einem Betreuer regelmäßig die Gesundheitssorge zuweisen, ohne die in der Patientenverfügung genannten Fälle hiervon auszuschließen. Der Aufgabenkreis der Gesundheitssorge wird demnach regelmäßig sowohl die Entscheidung einschließen, ob lebensverlängernde Maßnahmen eingeleitet oder fortgesetzt werden sollen,[132] als auch die Durchsetzung einer entsprechenden Patientenverfügung.

Das geschieht nicht nur aus praktischen Gründen, sondern ist im Falle der Bestellung eines Betreuers auch mit dem Erforderlichkeits-

---

130 Zu pauschal daher *EK*, 44: Ein Betreuer sei stets zu bestellen.

131 *Lipp*, in: Passive Sterbehilfe, 54 f.; *Taupitz*, Gutachten, A 120.

132 *BGHZ* 154, 205 (214); *Diederichsen*, Festschrift Schreiber, 646; MünchKomm/*Schwab*, § 1904 BGB Rn. 38. Es geht daher nicht um einen Aufgabenkreis „Sterbehilfe“, wie manche meinen, vgl. z.B. *Damrau/Zimmermann*, § 1904 BGB Rn. 42; *Stackmann*, MedR 2003, 490 (493 f.).

grundsatz des § 1896 II 1 BGB vereinbar. Wie der Traunsteiner Fall zeigt, müssen diese Behandlungssituationen vom Aufgabenkreis des Betreuers umfasst sein, damit er prüfen kann, ob die Patientenverfügung noch dem Willen des Patienten entspricht, und damit er sie dann ggf. gegenüber Arzt, Pflegepersonal, Klinik oder Pflegeheim durchsetzen kann.

Ein Vertreter in Gesundheitsangelegenheiten hat jedoch nicht nur die Aufgabe, einer vom Arzt vorgeschlagenen Behandlung zuzustimmen oder sie abzulehnen. Er hat darüber hinaus die Rechte und Interessen des Patienten im gesamten Behandlungsprozess wahrzunehmen, also bereits bei der einleitenden Untersuchung und Diagnose sowie bei der Erarbeitung der Indikation. Dementsprechend ist er von Anfang an am Behandlungsprozess zu beteiligen, und zwar auch dann, wenn eine Patientenverfügung vorliegt.

Teilweise wird der Vertreter jedoch generell für ungeeignet gehalten, den Willen und die Interessen des Patienten sachgerecht wahrzunehmen[133]. Abgesehen davon, dass pauschales Misstrauen hier ebenso wenig angebracht ist wie blindes Vertrauen, führt jedenfalls kein Weg daran vorbei, dass eine andere Person anstelle des einwilligungsunfähigen oder gar bewusstlosen Patienten dessen Rechte und Interessen im Behandlungsprozess wahrnehmen muss. Die Frage lautet daher nicht, *ob* jemand den Patienten vertreten soll, sondern *wer*. Wenn es keinen besonderen Vertreter des Patienten gäbe, bliebe allein der Arzt. Damit würden jedoch die Rechte des Patienten nicht gestärkt, sondern der Einsicht desjenigen überantwortet, gegen den sie u.U. geltend gemacht werden müssten. Für die Regelungen des geltenden Rechts, die für die Bestellung eines besonderen Vertreters Sorge tragen, sprechen daher die besseren Gründe[134].

---

133 Statt vieler vgl. *Duttge*, 40 ff., insbes. 41 („trügerische Hoffnung, dass der Vertreter sich an den Willen des Patienten halte").

134 Zum Vorstehenden ausführlich *Lipp*, Freiheit und Fürsorge, 48 ff.

III. Bedeutung der Patientenverfügung für den Vertreter

Macht eine Patientenverfügung auch die Beteiligung eines Vertreters am Behandlungsprozess nicht entbehrlich, so ist doch jedenfalls dessen stellvertretende *Erklärung* über die Fortführung oder den Abbruch der lebenserhaltenden Maßnahme nicht erforderlich. Diese Erklärung hat bereits der Patient selbst mit seiner Patientenverfügung abgegeben. Nicht nur der Arzt, sondern auch der Vertreter ist daher uneingeschränkt an den in einer Patientenverfügung erklärten Willen des Patienten gebunden. Für den Bevollmächtigten ergibt sich dies bereits aus § 665 BGB[135], für den Betreuer hat dies der BGH jüngst ausdrücklich klargestellt[136]. Die sogenannten „Wohlschranke" des § 1901 III 1 BGB greift hier also nicht ein[137].

Dieser Wille des Patienten muss allerdings erst noch verwirklicht werden, indem z.B. Arzt und Pflegepersonal über die Patientenverfügung informiert oder zu ihrer Beachtung aufgefordert werden[138]. Der BGH beschreibt deshalb die Aufgabe des Betreuers zutreffend damit, dass er „dem Willen des Betroffenen gegenüber Arzt und Pflegepersonal in eigener rechtlicher Verantwortung (…) Ausdruck und Geltung zu verschaffen" hat[139]. Entsprechendes gilt für den Bevollmächtigten, der die Patientenverfügung als Weisung des Patienten umzusetzen hat[140]. Dementsprechend müssen Betreuer wie Bevollmächtigter mit haftungs- und strafrechtlichen Folgen rechnen, falls sie gegen diese Verpflichtung verstoßen. Darüber hinaus kann das VormG gegenüber dem Betreuer Aufsichtsmaßnahmen ergreifen (§§ 1908i, 1837, 1908b BGB).

In der Missachtung der Patientenverfügung der Zeugin Jehovas sowohl durch den Ehemann als Betreuer als auch durch die Ärzte

---

135 Vgl. Bamberger-Roth/*Czub*, § 665 BGB Rn. 1.

136 *BGHZ* 154, 205 (217); vgl. *Schwab*, Festschrift Henrich, 517 f.; *Bienwald*, MDR 2003, 694; *Baumann/Hartmann*, DNotZ 2000, 594 (609 f.).

137 *Lipp*, DRiZ 2000, 231 (234); i.E. ebenso *Roth*, JZ 2004, 494 (495 in Fn. 14 a.E.); Erman/*Holzhauer*, § 1901 BGB Rn. 12a.

138 Vgl. dazu aus klinischer Sicht *Strätling/Sedemund-Adib/Bax/Scharf/Fieber/Schmucker*, Entscheidungen, 28 ff.

139 *BGHZ* 154, 205 (211).

140 Zur Weisung vgl. nur Palandt/*Sprau*, § 665 BGB Rn. 1 f.; Bamberger-Roth/*Czub*, § 665 BGB Rn. 1.

liegt daher die eigentliche Problematik dieses Falles. Falls der Betreuer keine Anhaltspunkte für eine Willensänderung der Patientin hatte (vgl. § 1901 III 2 BGB)[141], handelte er pflichtwidrig, als er der Bluttransfusion zustimmte. Da die Ärzte die Patientenverfügung kannten, war für sie diese Pflichtwidrigkeit offensichtlich. Sie durften sich daher auf die Vertretungsmacht des Ehemanns nicht verlassen[142] und behandelten die Patientin somit gegen deren erklärten Willen[143].

IV. Mutmaßlicher Wille und subjektives Wohl des Patienten

Fehlt es an einer Erklärung des Patienten gegenüber dem Arzt, etwa weil die Patientenverfügung keine antizipierte Erklärung über die vorgesehene Maßnahme enthält, sondern nur allgemeine Wünsche oder Wertvorstellungen mitteilt, muss der Vertreter selbst über die Einwilligung in die Aufnahme oder Fortführung der lebenserhaltenden Maßnahme entscheiden. Dabei haben sich der Bevollmächtigte nach § 665 BGB, der Betreuer gemäß § 1901 III BGB nach den *Wünschen des Patienten* zu richten**.** Davon dürfen sie nur abweichen, falls der Wunsch zu sterben ausnahmsweise krankheitsbedingt ist[144]. Kennt der Vertreter die Wünsche des Patienten nicht, muss er die Angelegenheit mit dem Patienten besprechen, um ihm die Möglichkeit zur Selbstbestimmung zu erhalten[145].

---

141 Zu dieser Problematik *Lipp*, DRiZ 2000, 231 (234 mit Fn. 36); *Schwab*, Festschrift Henrich, 517 f.

142 Nach den für einen Missbrauch der gesetzlichen Vertretungsmacht geltenden Regeln, vgl. MünchKomm/*Schwab*, § 1901 BGB Rn. 20; *Lipp*, Freiheit und Fürsorge, 184 ff., 187 f. Das übersieht das *OLG München* MedR 2003, 174 (178).

143 Die Entscheidung des Betreuers war jedoch nicht Gegenstand des Verfahrens vor den Vormundschaftsgerichten und damit auch nicht der Verfassungsbeschwerde. Das obiter dictum des *BVerfG* NJW 2002, 206 (207) ist gleichwohl i.E. zutreffend, weil der Betreuer kein an die Grundrechte gebundener Hoheitsträger ist (dazu *Lipp*, Freiheit und Fürsorge, 118 ff.). Das übersieht die *EK*, 15, 37, wenn sie daraus ableitet, die Reichweite einer Patientenverfügung könne eingeschränkt werden.

144 § 665 S. 1 BGB (Abweichung von der Weisung im Interesse des Auftraggebers) bzw. § 1901 III 1 BGB (Wohl des Betreuten); näher dazu *Baumann/Hartmann*, DNotZ 2000, 594 (608 ff.); *Lipp*, BtPrax 2002, 47 (49) m.w.N.

145 § 665 BGB bzw. § 1901 III 3 BGB.

Nur wenn die Maßnahme dringend ist und nicht aufgeschoben werden kann, darf der Vertreter sofort entscheiden. Für den Bevollmächtigten ist dann nach § 665 BGB der *mutmaßliche Wille* des Patienten maßgeblich[146]. Gleiches gilt bei der Notfallbehandlung für den Arzt[147]. Der mutmaßliche Wille des Patienten ist deshalb nicht mit dessen tatsächlich geäußertem Willen gleichzusetzen[148]. Es handelt sich vielmehr um einen *Entscheidungsmaßstab* für den Bevollmächtigten bzw. für den Arzt, wenn sie anstelle des Patienten zu entscheiden haben[149].

Für den Betreuer nennt § 1901 II BGB als Ziel und Maßstab seines Handelns das vom Patienten her zu bestimmende, also das *subjektive Wohl*. Danach hat der Vertreter neben den Wünschen auch die Vorstellungen des Patienten, d.h. seine Lebensentscheidungen, Wertvorstellungen und Überzeugungen zu berücksichtigen. Soweit er sie nicht kennt, hat er ggf. Familienangehörige und andere Bezugspersonen danach zu fragen. Der Rückgriff auf die Interessenlage des Patienten ist ihm nur gestattet, wenn er die Wünsche und Vorstellungen des Patienten nicht feststellen kann[150].

Trotz der unterschiedlichen gesetzlichen Formulierungen für Beauftragte bzw. Bevollmächtigte einerseits und Betreuer andererseits handelt es sich demnach beim *mutmaßlichen Willen* und beim *subjektiven Wohl* des Patienten der Sache nach um dasselbe: um einen *Entscheidungsmaßstab* für denjenigen, der anstelle des Patienten treuhänderisch dessen Selbstbestimmungsrecht ausübt [151]. Der Vertreter hat sich daran zu orientieren, wie der Patient selbst entschieden hätte, d.h. an dessen (subjektiven) Wünschen und Vorstellungen und an dessen (objektiven) Interessen, nicht aber an den Wertvorstellungen der

---

146 Palandt/*Sprau*, § 665 BGB Rn. 7; Bamberger-Roth/*Czub*, § 665 BGB Rn. 12.

147 Vgl. nur *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 83.

148 Insofern zutreffend *Höfling/Rixen*, JZ 2003, 884 (892 f.); *Duttge*, 53 ff.

149 *RPf*, 51 ff.; *Lipp*, FamRZ 2004, 317 (321 f.).

150 Dazu *Hahne*, FamRZ 2003, 1619 (1621); *Lipp*, BtPrax 2002, 47 (49 f.); BtKomm/*Roth*, 2003, Teil D Rn. 11, der trotz § 1901 II und III BGB allein auf das objektive Wohl abstellt. Der *BGH* ließ ausdrücklich offen, wie hier zu entscheiden sei, *BGHZ* 154, 205 (218 f.).

151 *Baumann/Hartmann*, DNotZ 2000, 504 (609 f.); vgl. auch *RPf*, 51 ff., wo allerdings nicht stets sorgfältig genug zwischen dem mutmaßlichen Willen als Entscheidungsmaßstab und der mutmaßlichen Einwilligung als Rechtfertigungsgrund für das ärztliche Handeln in Notfällen unterschieden wird (dazu sogleich im Text).

Allgemeinheit, wie der BGH zu Recht betont[152]. Auch „narrative" oder nicht hinreichend konkrete Patientenverfügungen, die keine antizipierte Erklärung über die konkrete Behandlung gegenüber dem Arzt darstellen, sind daher vom Vertreter des Patienten bei seiner Entscheidung zu beachten, weil sie die subjektiven Wünsche und Vorstellungen des Patienten dokumentieren[153].

Die Orientierung am mutmaßlichen Willen des Patienten wird zum Teil heftig kritisiert[154], bei näherer Betrachtung jedoch zu Unrecht. Mangels einer antizipierten Erklärung des Patienten kann sich sein Vertreter nur an dessen Wünschen und an seinem subjektiv verstandenen Wohl orientieren, wie es § 1901 II und III BGB für den Betreuer bzw. § 665 BGB für den Bevollmächtigten vorschreiben. Die einzige Alternative dazu wäre eine Orientierung am *rein objektiv* verstandenen Wohl im Sinne einer Ausschöpfung aller medizinisch indizierten Maßnahmen. Diese Alternative hat der Gesetzgeber ausdrücklich abgelehnt und statt dessen die Regelung der § 1901 II und III BGB eingeführt, um dem Betreuten ein größtmögliches Maß an Selbstbestimmung auch „innerhalb" einer Betreuung zu ermöglichen und damit den verfassungsrechtlichen Vorgaben zu genügen[155]. Die Kritik am mutmaßlichen Willen des Patienten ist daher in der Sache nicht gerechtfertigt. Soweit sie sich jedoch gegen die *mutmaßliche Einwilligung* als Rechtfertigungsgrund für das Handeln des *Arztes* richtet[156], macht sie eindringlich klar, warum ein solches Handeln ohne Einschaltung eines Vertreters nur in Notfällen infrage kommen kann[157].

Mutmaßlicher Wille und subjektives Wohl des Patienten sind daher letztlich ein- und dasselbe. Sie drücken die Verpflichtung des Vertreters aus, *aus Sicht des Patienten* zu entscheiden. Sind die individuellen Wünsche und Präferenzen des Patienten weder bekannt noch zu ermitteln, kann sich der Vertreter nur an den Interessen des Patienten orientieren. Bei seiner Entscheidung, ob eine (weitere) lebenserhaltende

---

152 *BGHZ* 154, 205 (218 f.); ebenso *OLG Karlsruhe* FamRZ 2002, 488 (490, 492); *RPf*, 51 ff., gegen *BGHSt* 40, 257 (263).

153 *Röver*, 116; *Schwab*, Festschrift Henrich, 518.

154 Vgl. nur *Höfling/Rixen*, JZ 2003, 884 (892 f.); *Duttge*, 53 ff.

155 Vgl. BT-Drucks. 11/4528, S. 67, 133; MünchKomm/*Schwab*, § 1901 BGB Rn. 10; *Lipp*, Freiheit und Fürsorge, 17 f., 149 ff.

156 Vgl. *Höfling/Rixen*, JZ 2003, 884 (892 nach Fn. 106) und *Höfling*, JuS 2000, 111 (116).

157 Dazu oben § 4.

Behandlung im Interesse des Patienten liegt, muß der Vertreter dessen erkennbare Interessen abwägen. Auch hier ist allerdings kein Raum für die Regel „in dubio pro vita", denn angesichts der Menschenwürdegarantie und ihres Primats kann eine solche Regel nur lauten: „in dubio pro dignitate"[158].

V. Rechtspolitische Vorschläge

In der rechtspolitischen Debatte ist im Ausgangspunkt allgemein anerkannt, dass der Betreuer eine wirksame *antizipierte Erklärung* des Patienten „durchzusetzen" bzw. „umzusetzen" hat. Alle Gesetzgebungsvorschläge enthalten eine dahingehende Regelung[159].

Andererseits sind *Wünsche*, *Wertvorstellungen* usw. des Patienten bereits vom geltenden Betreuungsrecht in §§ 1901 II und III, 1901a BGB erfasst. Insofern sind § 1901a I und II 1 BGB-RefE bzw. § 1901b I 1 BGB-KK zu weit formuliert; eine gesetzliche Regelung sollte auf die antizipierte *Erklärung* beschränkt werden[160].

Erheblichen Bedenken begegnet der Entwurf der Enquete-Kommission des Bundestags. § 1901b IV BGB-EK legt die Indizwirkung einer nicht formgültig errichteten Patientenverfügung für die Ermittlung des mutmaßlichen Willens fest[161]. Darüber hinaus enthält § 1901b V BGB-EK einen allgemeinen Vorbehalt zugunsten des Wohls und des Lebensschutzes des Betreuten sowohl für die Umsetzung einer formgültigen antizipierten Einwilligung bzw. Ablehnung als auch für die Befolgung einer mündlichen Erklärung, der die Enquete-Kommission des Bundestags nur Indizwirkung beimisst.

Beide Regelungen würden zu erheblichen Wertungswidersprüchen im Betreuungsrecht führen. *Erstens* ist der Wille des Patienten für den Betreuer oder Bevollmächtigen nach §§ 1901 III 1, 1901a BGB bzw. § 665 BGB auch dann verbindlich, wenn er nicht formgerecht erklärt wird[162]. Er ist also bereits de lege lata mehr als das Indiz, zu

---

158 *RPf*, 54 f.; *Hufen*, NJW 2001, 849 ff.

159 § 1901a II 1 BGB-RefE, § 1901b I 3 BGB-KK, § 1901b II BGB-EK; ebenso These 6 *RPf*, 44 f.

160 Dazu oben § 5 IV.1.

161 Ebenso *RPf*, 43.

162 Siehe oben § 6 III.

dem ihn die Enquete-Kommission des Bundestags machen will. Es besteht kein Grund, hier hinter das geltende Recht zurückzufallen. *Zweitens* findet die Wohlschranke des § 1901 III 1 BGB bei einer antizipierten Einwilligung oder Ablehnung keine Anwendung[163]; der Entwurf würde sie erst einführen. *Drittens* liegt dem das Verständnis eines objektiven Wohls zugrunde, das mit dem subjektiv gefassten Wohl des § 1901 II BGB unvereinbar ist[164]. *Viertens* ist verfassungs- wie betreuungsrechtlich eine Behandlung gegen den Willen des Patienten allenfalls dann erlaubt, wenn die Ablehnung krankheitsbedingt ist[165]. Der Vorrang des (objektiven) Wohls und vor allem der des Lebensschutzes ist daher in der vorgesehenen Form insgesamt abzulehnen.

---

163 Siehe oben § 6 III.

164 Siehe oben § 6 IV. a.E.

165 Vgl. nur *BVerfGE* 58, 208 (225); *BVerfG* BtPrax 1998, 144 (145); ausführlich dazu MünchKomm/*Schwab*, § 1904 BGB Rn. 18.

§ 7 Die Problematik der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung

Damit stellt sich die weitere Frage, ob der Vertreter die Patientenverfügung ohne weiteres selbst umsetzen kann oder ob er dafür eine Genehmigung des VormG benötigt, wenn er lebenserhaltende Maßnahmen wie z.B. die künstliche Ernährung des Komapatienten über eine PEG-Sonde ablehnt oder ihre Einstellung verlangt.

I. Genehmigungserfordernis für die Ablehnung einer lebenserhaltenden Maßnahme?

Heftig umstritten ist dabei zunächst, ob das geltende Betreuungsrecht eine solche Genehmigung durch das VormG überhaupt vorsieht. Dies hatten mehrere Oberlandesgerichte im Einklang mit dem 1. Strafsenat des BGH entsprechend § 1904 I BGB bejaht[166]. Demgegenüber hielten dies zahlreiche Untergerichte und auch das OLG Schleswig für ausgeschlossen, weil es dafür an einer Rechtsgrundlage fehle[167]. Der 12. Zivilsenat des BGH hat daraufhin auf Vorlage des OLG Schleswig entschieden, dass in bestimmten Fällen eine Genehmigung durch das VormG erforderlich ist. Dies begründet er jedoch nicht mit einer entsprechenden Anwendung des § 1904 BGB, son-

---

166 *BGHSt* 40, 257 (261 f.); *OLG Frankfurt a.M.* NJW 1998, 2747 (2748) und FamRZ 2002, 577 (578); *OLG Karlsruhe* FamRZ 2002, 488 (491); ebenso z.B. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 511; *Saliger*, KritV 81 (1998), 118 (122 ff.); *Taupitz*, Gutachten, A 87; *Fröschle*, JZ 2000, 72 (79 f.); *Heyers*, 251 ff.; *Lipp*, in: Passive Sterbehilfe, 49 ff.

167 *OLG Schleswig* FamRZ 2003, 554 ff.; ebenso z.B. *Alberts*, BtPrax 2003, 139 ff.; *Schwab*, Festschrift Henrich, 523 f.

dern gewinnt das Genehmigungserfordernis im Wege der Rechtsfortbildung[168].

Aus diesem unterschiedlichen methodischen Weg ergeben sich jedoch *keine Unterschiede in der Sache*, weder in der sachlichen Begründung des Genehmigungserfordernisses noch in dessen praktischen Folgen[169]: Eine Genehmigung des VormG ist erst erforderlich, wenn der Vertreter die Entscheidung über die lebenserhaltende Maßnahme trifft, d.h. der Arzt sie anbietet, weil sie aus seiner Sicht möglich und geboten ist, der Vertreter sie jedoch ablehnen möchte[170]. Die Genehmigung ist eine Außengenehmigung, d.h. Voraussetzung für die Wirksamkeit der Entscheidung des Vertreters. Bis zur Genehmigung darf der Arzt deshalb die lebenserhaltende Maßnahme durchführen[171]. Dies beruht entweder auf einer weiterhin geltenden, weil nicht widerrufenen früheren Einwilligung oder, z.B. wenn die Behandlung erstmals aufgenommen werden soll, auf der mutmaßlichen Einwilligung des Patienten bzw. einer Entscheidung des VormG nach § 1846 BGB, weil der Betreuer an einer Entscheidung gehindert ist[172]. Die Ansicht des BGH, dies ergebe sich bereits aus der Genehmigungspflicht[173], erspart dem VormG lediglich eine besondere Anordnung zu Beginn des Genehmigungsverfahrens.

Das Genehmigungserfordernis dient – wie § 1904 BGB[174] – der *präventiven Kontrolle* des Vertreters und damit dem Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Patienten[175]. Zugleich schafft die Genehmigung

---

168 *BGHZ* 154, 205 (219 ff.).

169 Letzteres sieht der 12. Zivilsenat ebenso – weshalb keine Anfrage beim 1. Strafsenat gem. § 132 II, III 1 GVG erfolgte, vgl. *BGHZ* 154, 205 (228 f.). Die methodischen Fragen können deshalb im vorliegenden Zusammenhang dahinstehen; vgl. dazu z.B. *Hufen*, ZRP 2003, 248 f.

170 *BGHZ* 154, 205 (225 f.); *Lipp*, in: Passive Sterbehilfe, 52 f.

171 *BGHZ* 154, 205 (225 f.).

172 Siehe z.B. *Wagenitz/Engers*, FamRZ 1998, 1256 (1257); *Steffen*, NJW 1996, 1581; *Fröschle*, JZ 2000, 72 (80).

173 *BGHZ* 154, 205 (225 f.).

174 *OLG Karlsruhe* FamRZ 2002, 488 (491); *OLG Frankfurt* a.M. FamRZ 2002, 577 (578); *Lipp*, in: Passive Sterbehilfe, 49 ff.; *Saliger*, JuS 1999, 16 (18); *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 512.

175 *BGHZ* 154, 205 (216 f., 223, 227). Das dort neben dem Selbstbestimmungsrecht genannte Grundrecht auf Leben und die Menschenwürde haben keine eigenständige Bedeutung, denn sie gewährleisten ebenfalls die Selbstbestimmung des Patienten über seine Behandlung am Lebensende, vgl. *Hufen*, NJW 2001, 849 (851 f.); *Höfling*, JuS 2000, 111 (114).

Rechtssicherheit für den Vertreter und die anderen Beteiligten, namentlich für den Arzt und das Pflegepersonal[176]. Das Genehmigungsverfahren unterliegt denselben Regeln wie die Genehmigung nach § 1904 BGB[177]: Zuständig ist der Richter (§ 14 I Nr. 4 RPflG), der sich vom Zustand des Betroffenen einen persönlichen Eindruck zu verschaffen (§ 69d I 2 FGG) und ein Sachverständigengutachten einzuholen hat (§ 69d II FGG). Das VormG hat dabei allein die *Rechtmäßigkeit* der Entscheidung des Vertreters zu prüfen, also insbesondere, ob die weitere Behandlung dem erklärten oder mutmaßlichen Willen des Patienten (noch) entspricht[178].

Das Genehmigungserfordernis beschränkt allein die Rechtsmacht des Vertreters. Es ist daher *kein Eingriff* in das Grundrecht des Patienten auf Leben oder in sein Selbstbestimmungsrecht[179]. Vielmehr dient es dem Schutz des Patienten und seiner Grundrechte durch ein Verfahren, in dem der Wille des Patienten durch ein neutrales Gericht festgestellt wird[180]. Es gewährleistet damit, dass eine medizinisch indizierte lebenserhaltende Maßnahme nur mit dem Willen des Patienten eingestellt wird. Damit schützt es ihn zugleich davor, dass der Vertreter seine Entscheidungsbefugnis über Leben und Tod missbraucht, indem dem Patienten z.B. ein Sterbewunsch nur unterstellt und eine lebenserhaltende Maßnahme aus sachfremden Gründen vorenthalten wird.

Verfassungsrechtlich problematisch ist jedoch, dass auch derjenige Patient während des Genehmigungsverfahrens (weiter-)behandelt wird, bei dem sich später herausstellt, dass er die Behandlung ablehnt. Dieser *Eingriff in seine Patientenautonomie* ist notwendig mit dem obligatorischen Genehmigungsverfahren verbunden. Er wird allerdings gerechtfertigt durch die Notwendigkeit, den vom Vertreter zunächst nur behaupteten Willen des Patienten in einem gerichtlichen Verfah-

---

176 *BGHZ* 154, 205 (218 f.: Arzt, Pflegepersonal, 227: Betreuer); ebenso z.B. *OLG Karlsruhe* FamRZ 2002, 488 (490); *Bauer*, BtPrax 2002, 60 (62).

177 Zum folgenden *BGHZ* 154, 205 (224 ff.).

178 *BGHZ* 154, 205 (225 f.); ebenso *OLG Karlsruhe* FamRZ 2002, 488 (491); *Lipp*, in: Passive Sterbehilfe , 52; *Taupitz*, Gutachten, A 90 f.; *Fröschle*, JZ 2000, 72 (79 f.).

179 So aber z.B. *Alberts*, BtPrax 2003, 139 (140); *Karliczek*, FamRZ 2002, 578 (579); *Storr*, MedR 2002, 436 (439).

180 *BGHZ* 154, 205 (223); ebenso *OLG Frankfurt* FamRZ 2002, 575 (577); *Saliger*, KritV 1998, 118 (125, 134); *Taupitz*, Gutachten, A 82 f.; *Lipp*, in: Passive Sterbehilfe, 52 f.

ren festzustellen, wenn gerade diese Behauptung (z.B. vom Arzt) bestritten wird[181].

Der BGH hat die Genehmigung im Falle des Betreuers nicht aus § 1904 BGB abgeleitet, sondern aus einer „Gesamtschau des Betreuungsrechts". Demzufolge ist unklar, ob dasselbe auch für den Bevollmächtigten gilt, der nur durch § 1904 II BGB einer Genehmigungspflicht bei Behandlungsentscheidungen unterworfen wird. Da die Lösung des BGH auf eine analoge Anwendung des § 1904 BGB hinausläuft und die angeführten Gründe für eine Genehmigung auch dann Geltung beanspruchen, wenn ein Bevollmächtigter den Patienten vertritt, dürfte für den Bevollmächtigten letztlich nichts anderes gelten.

II. Genehmigungserfordernis auch bei einer Patientenverfügung?

Problematisch ist des Weiteren die Frage, ob eine Genehmigung auch dann erforderlich ist, wenn eine *Patientenverfügung* vorliegt. Hat der Patient darin seinen Willen schon erklärt, erscheint ein Genehmigungsverfahren zu dessen Feststellung entbehrlich[182]. Da sich der Betreuer im Fall des BGH auf eine derartige Patientenverfügung berufen hatte, versteht man die Entscheidung vielfach dahingehend, dass der BGH die Genehmigung auch bei einer Patientenverfügung verlange[183]. Hiergegen richtet sich denn auch ein großer Teil der Kritik[184]. Die genauere Betrachtung zeigt, dass der Beschluss in diesem Punkt wesentlich differenzierter, wenngleich sehr unklar formuliert ist.

Der BGH stellt zunächst fest, dass der Betreuer an eine Patientenverfügung gebunden ist. Danach führt er aus, das Genehmigungsverfahren eröffne die *Möglichkeit* der Feststellung, dass die gewünschte

---

181 *Hufen*, ZRP 2003, 248 (251 f.); diese Rechtfertigung übersieht *Alberts*, BtPrax 2003, 139 (140).

182 *Lipp*, FamRZ 2003, 756; *Hufen*, ZRP 2003, 248 (251 f.).

183 *Hufen*, ZRP 2003, 248 (250 f.); *Kutzer*, ZRP 2003, 213 f.; *Paehler*, BtPrax 2003, 141 (143); *Rossbruch*, PflR 2003, 254 (255 f.); *Alberts*, BtPrax 2003, 139 (140). Auch ich habe den Beschluss zunächst in dieser Weise verstanden (*Lipp*, FamRZ 2003, 756).

184 Vgl. die Nachweise in Fn. 21. Der 2. Kritikpunkt ist die Beschränkung der Sterbehilfe auf die Fälle eines „irreversibel tödlich verlaufenden Grundleidens" (dazu oben § 3 II.).

Einstellung der Behandlung dem in der Patientenverfügung niedergelegten Willen des Patienten entspreche. Das VormG müsse dann die Einstellung der Behandlung genehmigen[185]. Abschließend heißt es allgemein, der Genehmigungsvorbehalt sei auf Konfliktfälle beschränkt, in denen der Betreuer die vom Arzt angebotene Behandlung ablehne[186].

Akzeptiert der Arzt seinerseits die Patientenverfügung als verbindliche Erklärung des Patienten über die von ihm an sich für geboten erachtete Behandlung, liegt der vom BGH vorausgesetzte Konfliktfall zwischen Arzt und Vertreter eindeutig nicht vor. Da der Patient seinen Willen bereits erklärt hat und niemand Zweifel an dessen Geltung äußert, ist eine Genehmigung weder aus rechtlichen noch aus praktischen Gründen erforderlich[187]. Gleiches gilt, wenn zwar keine antizipierte Erklärung des Patienten vorliegt, Arzt und Vertreter jedoch darin übereinstimmen, dass der Patient der lebenserhaltenden Maßnahme nicht zugestimmt hätte. Auch hier fehlt es an einem Konflikt über den letztlich entscheidenden mutmaßlichen Willen des Patienten[188]. Damit besteht kein Grund, der die vorläufige Behandlung während eines Genehmigungsverfahrens rechtfertigen würde. Ein Genehmigungserfordernis wäre in diesem Fall ein verfassungswidriger Eingriff in die Patientenautonomie, weil es zwangsläufig eine Behandlung gegen den Willen des Patienten während der Dauer des Genehmigungsverfahrens zur Folge hat[189].

Hält der Arzt die Patientenverfügung dagegen – anders als der Vertreter – für unwirksam oder für nicht einschlägig, dann kommt es zum *Konflikt*. Damit wird ein Verfahren erforderlich und die damit verbundene Verzögerung in der Verwirklichung des Patientenwillens unvermeidbar. Die Behandlung des Patienten während des Verfah-

---

185 *BGHZ* 154, 205 (218).

186 *BGHZ* 154, 205 (227).

187 *Lipp*, FamRZ 2003, 756; *Strätling/Sedemund-Adib/Bax/Scharf/Fieber/Schmucker*, Entscheidungen, 27; *Hahne*, FamRZ 2003, 1619 (1622); vgl. schon *Scheffen*, ZRP 2000, 313 (315); kritisch demgegenüber *Verrel*, NStZ 2003, 449 (450).

188 *Stackmann*, MedR 2003, 490 (496 unter c.). Im Traunsteiner Fall stand der Wille des Patienten außer Streit (*LG Traunstein*, NJW-RR 2003, 221), wurde also auch von Pflegepersonal und Heim nicht bezweifelt. Eine Genehmigung des VormG war deshalb entbehrlich.

189 *Hufen*, ZRP 2003, 248 (251 f.); *Alberts*, BtPrax 2003, 139 (140).

rens ist verfassungsrechtlich unbedenklich[190], weil gerade der Wille des Patienten im Streit ist. Dem BGH ist deshalb darin zuzustimmen, dass hier ein *Genehmigungsverfahren* erforderlich und auf Antrag des Vertreters einzuleiten ist[191].

Hat der Patient selbst die lebenserhaltende Maßnahme im Wege einer *antizipierten Erklärung* abgelehnt und versucht der Vertreter lediglich, diese Erklärung durchzusetzen, ist für eine materielle Genehmigungspflicht jedoch kein Raum[192]. Der Vertreter ruft hier das VormG nur deshalb an, weil er eine Chance sieht, den Willen des Patienten auf diesem Weg schneller und einfacher zu verwirklichen als mit einer Klage vor den allgemeinen Zivilgerichten[193]. Der Unterschied zwischen der auch hier bestehenden *Möglichkeit* eines Genehmigungsverfahrens und der abzulehnenden *Pflicht* des Betreuers, eine Genehmigung einzuholen, wird bedeutsam, wenn der Vertreter die antizipierte Erklärung auf andere Weise durchzusetzen versucht. Wäre eine Genehmigung zwingend vorgeschrieben, würde der Vertreter sowohl pflichtwidrig als auch ohne Vertretungsmacht handeln, wenn er etwa eine Unterlassungsklage vor den Zivilgerichten erhebt.

Der BGH musste zu diesen Fragen nicht Stellung nehmen, da er nur darüber zu entscheiden hatte, ob auf Antrag des Vertreters ein Verfahren einzuleiten ist[194]. Angesichts der zahlreichen obiter dicta erscheint es verständlich, wenn gerade diesem Schweigen Bedeutung beigemessen und dem BGH – letztlich zu Unrecht – zugeschrieben wird, er halte eine Genehmigung auch bei einer vom Vertreter befolgten Patientenverfügung generell für erforderlich.

---

190 *Hufen*, ZRP 2003, 248 (251 f.).

191 *BGHZ* 154, 205 (210, 227); *Borasio/Putz/Eisenmenger*, DÄBl. 2003, A 2062 (2064); *Hahne*, FamRZ 2003, 1619 (1621 f.).

192 Das VormG kann nur die Erklärung des Betreuers genehmigen, nicht die des Patienten; vgl. auch *Höfling/Rixen*, JZ 2003, 884 (891 f.); *Lipp*, FamRZ 2003, 756.

193 Dazu sogleich § 8.

194 Vgl. *BGHZ* 154, 205 (210, 227).

III. Rechtspolitische Vorschläge

1. Konsil und vormundschaftsgerichtliche Genehmigung

Angesichts der verbreiteten Unsicherheit in allen Fragen, die die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung für einen Verzicht auf (weitere) lebenserhaltende Maßnahmen betreffen, stellen alle aktuellen Gesetzgebungsvorschläge diese Problematik in den Mittelpunkt. Sie knüpfen dabei an die Grundstruktur der ärztlichen Behandlung an und setzen voraus, dass der Arzt eine (weitere) lebenserhaltende Maßnahme für indiziert hält und sie vorschlägt, der Vertreter des Patienten sie jedoch ablehnt[195]. Die Unterschiede liegen darin, in welchen Fällen eine Genehmigung des VormG für erforderlich gehalten wird.

Die Enquete-Kommission des Bundestags verlangt in allen Fällen zunächst die Einschaltung eines Konsils aus Arzt, Betreuer, Pflegedienst und Angehörigem und danach zusätzlich die Genehmigung des VormG. Gleiches soll für den Bevollmächtigten gelten[196]. Die Beratung im Konsil soll die umfassende Berücksichtigung aller verfügbaren Informationen und vorhandenen Ansichten sicherstellen[197], die zwingende Einschaltung des VormG die Missbrauchsgefahr bannen[198].

Der Preis für diese umfassende Absicherung liegt auf der Hand: Für die Dauer des Verfahrens wird der Patient auch dann behandelt, wenn dies seinem Willen widerspricht. Dieser Eingriff in die grundrechtlich geschützte Patientenautonomie bedarf der Rechtfertigung und muss dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen. Hierfür kommt es u.a. darauf an, ob andere Mittel vorhanden sind, um die mit dem obligatorischen Konsil und der generellen Einschaltung des VormG verfolgten Ziele zu erreichen.

Die Einbeziehung weiterer Personen (z.B. früherer behandelnder Ärzte, des Pflegedienstes oder der Angehörigen) in den Behandlungsprozess und in die Vorbereitung der Entscheidung über die lebensverlängernde Maßnahme ist vielfach sinnvoll, um die Wünsche

---

195 Ausdrücklich § 1901b III und IV BGB-EK. § 1904 BGB-RefE bzw. § 1904 BGB-KK beruhen ebenfalls auf diesem Verständnis, vgl. *RefE*, 20, 22; *Ku-Kom*, 46.

196 §§ 1901b VI-VIII BGB-EK. Für eine generelle Genehmigungspflicht, aber ohne die Einschaltung eines Konsils z.B. *Duttge*, 26 ff., 44.

197 *EK*, 43 f.

198 *EK*, 44 f.; ebenso *Duttge*, 26 ff.

und Vorstellungen des Patienten zu ermitteln, und wird auch praktiziert. Allerdings kann die Notwendigkeit, weitere Personen zu beteiligen, nur im Einzelfall beurteilt werden, wie die Enquete-Kommission des Bundestags selbst ausdrücklich feststellt[199]. Ein *obligatorisches Konsil* würde jedoch die Verwirklichung des Willens des Patienten auch in den Fällen verzögern, in denen seine Einschaltung weder erforderlich noch sinnvoll ist, um diesen Willen zu ermitteln und umzusetzen. Angesichts der Vielgestaltigkeit der Fälle ist daher die von der Enquete-Kommission des Bundestags vorgeschlagene zwingende Einschaltung eines Konsils weder praktikabel[200] noch verfassungsrechtlich zu rechtfertigen.

Die obligatorische Genehmigung durch das VormG dient der *präventiven Kontrolle* des Betreuers. Sie soll verhindern, dass der Betreuer seine Rechtsmacht missbraucht und damit dem Patienten irreparablen Schaden zufügt. Nach der Vorstellung der Enquete-Kommission des Bundestags ist dieser Schutz nur mit einer *umfassenden Genehmigungspflicht* gewährleistet[201]. Demgegenüber ist daran zu erinnern, dass die Notwendigkeit eines Konsenses zwischen Arzt und Betreuer über die Notwendigkeit der Behandlung und den maßgeblichen Willen des Patienten bereits regelmäßig eine wechselseitige präventive Kontrolle im Vorfeld der Behandlungsentscheidung gewährleistet[202].

Wenn allerdings der Betreuer eine Maßnahme *ablehnt*, die nach Ansicht des Arztes sowohl indiziert ist als auch dem Willen des Patienten entspricht, versagt diese Form der präventiven Kontrolle. Denn gegen das Veto des Betreuers darf der Arzt grundsätzlich nicht behandeln. In einem solchen Konflikt zwischen Arzt und Betreuer hinsichtlich des erklärten oder des mutmaßlichen Willens des Patienten ist daher die Erzwingung einer präventiven Kontrolle durch die Genehmigungspflicht erforderlich. Aus Sicht des Patienten und seines Selbstbestimmungsrechts ist die damit verbundene Verzögerung in der Verwirklichung seines Willens unvermeidbar, denn es ist gerade umstritten, was der Patient will. Insofern ist die Behandlung des Patienten während des Verfahrens verfassungsrechtlich unbedenklich.

---

199 *EK*, 43; ebenso *RefE*, 21.
200 *RefE*, 21.
201 *EK*, 44 f.; ebenso *Duttge*, 26 ff.
202 So auch *RefE*, 23.

Stimmen Betreuer und Arzt jedoch überein, hat die im Erfordernis des Einvernehmens liegende präventive wechselseitige Kontrolle keine Beanstandungen ergeben. Für das danach noch verbleibende allgemeine Risiko des Missbrauchs genügen die auch hier eingreifenden allgemeinen Sicherungen. Jedermann kann sich bei Verdacht des Missbrauchs an das VormG wenden, das notfalls mit einer einstweiligen Anordnung die vorläufige Weiterbehandlung anordnen kann. Darüber hinaus sichern zivil- und strafrechtliche Sanktionen, dass Arzt und Betreuer ihre rechtlichen Pflichten einhalten[203]. Eine nochmalige präventive Kontrolle durch das VormG ist daher nicht erforderlich. Eine Genehmigungspflicht führt hier zu einer nicht zu rechtfertigenden Zwangsbehandlung des Patienten; sie ist deshalb verfassungswidrig[204].

Demnach ist die von der Enquete-Kommission des Bundestags vorgeschlagene umfassende Genehmigungspflicht abzulehnen. Vorzugswürdig ist die vom Referentenentwurf, der „Kutzer-Kommission" und der rheinland-pfälzischen Bioethik-Kommission vorgeschlagene Beschränkung auf Konfliktfälle, in denen Arzt und Betreuer kein Einvernehmen über den Willen des Patienten herstellen können[205].

2. Behandlungsverzicht durch einen Bevollmächtigten

Im Gegensatz zu Enquete-Kommission des Bundestags und rheinland-pfälzischer Bioethik-Kommission, die entsprechend dem bisherigen § 1904 II BGB für eine Gleichbehandlung von Betreuer und Bevollmächtigtem eintreten[206], schlagen der Referentenentwurf und die „Kutzer-Kommission" vor, den Bevollmächtigen keiner präventiven Kontrolle durch das VormG zu unterwerfen[207]. Die Form des § 1904 II BGB wollen jedoch alle Entwürfe beibehalten[208].

Der Verzicht auf eine präventive Kontrolle des Bevollmächtigten, wenn dieser eine lebenserhaltende Maßnahme ablehnt, die der Arzt

---

203 Zum Vorstehenden nur *RefE*, 23; *RPf*, 58 ff.

204 Eine Zwangsbehandlung ist nur zulässig, wenn die Ablehnung der Behandlung krankheitsbedingt ist, vgl. nur BVerfGE 58, 208 (225); BtPrax 1998, 144 (145); vgl. auch § 7 II.

205 § 1904 III BGB-RefE, § 1904 III BGB-KK; *RPf*, 58 ff.

206 § 1901b VIII 1 BGB-EK; *RPf*, 60.

207 § 1901a IV 2 BGB-RefE, § 1901b V 2 BGB-KK.

208 § 1901a IV 1 BGB-RefE, § 1901b V 1 BGB-KK, § 1901b VIII 2 BGB-EK; *RPf*, 60.

für indiziert hält und die aus seiner Sicht dem Willen des Patienten entspricht, ist nur gerechtfertigt, wenn der Patient selbst auf diese Form der Kontrolle verzichtet hat[209]. Insofern kommt dem Erfordernis, dass der Vollmachtgeber die Befugnis zum Verzicht auf eine lebenserhaltende Behandlung *ausdrücklich* und *schriftlich* erteilen muss (§ 1904 II BGB bzw. § 1904 IV BGB-RefE bzw. § 1904 V BGB-KK), besondere Bedeutung zu[210]. Bestehen bleibt darüber hinaus die unverzichtbare allgemeine Missbrauchskontrolle durch das VormG, das von jedermann angerufen werden und entweder einen Vollmachts- bzw. Kontrollbetreuer einsetzen (§ 1896 III BGB) oder in Eilfällen selbst tätig werden kann (§§ 1908i I 1, 1846 BGB)[211].

Letztlich bestehen gegen die Abschaffung der Genehmigungspflicht für Bevollmächtigte daher keine durchschlagenden Bedenken. Es bleibt allein die pragmatische Frage, ob man das Vertrauen in die Vorsorgevollmacht nicht besser dadurch fördert, indem man auch dem Bevollmächtigten im Konfliktfall den Weg zum VormG eröffnet, wie das die rheinland-pfälzische Bioethik-Kommission vorschlägt[212].

3. Ausgestaltung der Genehmigung

Trotz gleichem Regelungsziel unterscheiden sich die Vorschläge von Referentenentwurf und „Kutzer-Kommission" in ihrer Ausgestaltung. § 1904 III BGB-KK läßt die Genehmigungspflicht entfallen, wenn Einvernehmen darüber besteht, dass die geplante Entscheidung für oder gegen die Maßnahme dem „Willen" des Patienten entspricht[213]. Der von der „Kutzer-Kommission" gewählte Begriff des „Willens" umfasst auch den erklärten Willen, d.h. die antizipierte Einwilligung oder Ablehnung[214]. Sie wird damit ebenfalls von dem Genehmigungserfordernis ausgenommen, wenn sich Arzt und Betreuer über deren Bedeutung einig sind. Sind sie es nicht, scheint zunächst eine Genehmigung erforderlich zu sein, da kein Ausnahmetatbestand vorliegt. Allerdings zeigt § 1904 IV 5 BGB-KK, dass hier

---

209 *RefE*, 24; *Ku-Kom*, 49 f.
210 Ebenso *RPf*, 60.
211 *RefE*, 24; *Ku-Kom*, 49 f. Damit erledigen sich die Bedenken der *RPf*, 60.
212 *RPf*, 60.
213 Ebenso These 10 *RPf*, 56.
214 So ausdrücklich These 10 *RPf*, 56.

keine materielle Genehmigungspflicht angenommen wird. Das VormG hat das Verfahren mit einem Negativattest abzuschließen und festzustellen, dass es seiner Genehmigung nicht bedarf.

Dies ist zutreffend, denn für eine Genehmigung ist kein Raum, wenn der Patient selbst bereits die Einwilligung erklärt oder verweigert hat. Genehmigt werden kann nur die Entscheidung des Vertreters, nicht die des Patienten selbst. Besteht Streit darüber, ob eine Patientenverfügung eine antizipierte Erklärung des Patienten enthält oder nur Auskunft über seine Wünsche etc. gibt, kann zwar ein Genehmigungsverfahren eingeleitet werden. Stellt sich jedoch heraus, dass tatsächlich eine antizipierte Erklärung des Patienten vorliegt und diese wirksam und einschlägig ist, muss das VormG ein Negativattest erteilen[215]. Die Regelung des § 1904 III BGB-KK ist daher insoweit missverständlich, als man ihr eine Genehmigungspflicht für antizipierte Erklärungen entnehmen könnte, soweit die Ausnahme des § 1904 III BGB-KK nicht eingreift.

Vorzugswürdig ist deshalb der im übrigen gleichlautende Vorschlag des Referentenentwurfs, der in § 1904 III BGB-RefE nur auf das Einvernehmen über den „mutmaßlichen Willen" des Patienten abstellt. Der Referentenentwurf führt damit den Gedanken konsequent durch, dass bei einer antizipierten Einwilligung bzw. Ablehnung des Patienten keine Behandlungsentscheidung des Betreuers mehr möglich und erforderlich ist[216]. Sie liegt daher von vorneherein außerhalb des Anwendungsbereichs des § 1904 BGB, der eine Einwilligung bzw. Ablehnung des Betreuers voraussetzt. Es wäre jedoch angesichts der Unsicherheit im Gefolge der Entscheidung des 12. Zivilsenats vom 17.3.2004 wünschenswert, wenn in der Begründung klargestellt würde, dass dies *erstens* der Einleitung eines Genehmigungsverfahrens bei einem Streit über die Wirksamkeit bzw. Anwendbarkeit einer antizipierten Erklärung des Patienten nicht entgegensteht, und *zweitens* das VormG ggf. ein Negativattest zu erteilen hat[217].

Zu begrüßen ist auch, dass der Referentenentwurf im Gegensatz zur „Kutzer-Kommission"[218] und zur Enquete-Kommission des

---

[215] Dazu oben § 7 II.
[216] *RefE*, 17.
[217] Dazu oben § 7 II.
[218] § 1904 III 1-4 BGB-KK.

Bundestags[219] auf eine besondere Regelung des gerichtlichen Entscheidungsmaßstabs verzichtet. Hat der Patient selbst nicht bereits im Wege einer antizipierten Erklärung in die Maßnahme eingewilligt oder sie abgelehnt, ist der allgemeine Maßstab des § 1901 II und III BGB anzuwenden. Hiermit ist sowohl die von der „Kutzer-Kommission" und der Enquete-Kommission des Bundestags vorgesehene allgemeine Regelung „in dubio pro vita" als auch das damit nahegelegte objektive Verständnis des Patientenwohls unvereinbar. Der Gesetzgeber des Betreuungsrechts hat das Wohl des Betreuten in § 1901 II und III BGB ausdrücklich subjektiviert[220]. Es besteht kein Grund, auch nur für eine bestimmte Konstellation dahinter zurückzufallen[221].

[219] § 1901b V BGB-EK.
[220] Vgl. nur MünchKomm/*Schwab*, § 1901 BGB Rn. 10.
[221] Siehe oben § 6 IV. und V.

§ 8 Die Durchsetzung der Patientenverfügung

Der Traunsteiner Fall zeigt, dass das vormundschaftsgerichtliche Genehmigungsverfahren kein Königsweg zur Durchsetzung einer Patientenverfügung ist. Auch wenn das VormG bestätigt, dass die Patientenverfügung maßgeblich ist, werden dadurch Arzt und Pflegepersonal, Klinik und Pflegeheim nicht gerichtlich verpflichtet, z.B. die künstliche Ernährung durch eine PEG-Sonde zu unterlassen[222]. Mit anderen Worten: Die Entscheidung des VormG verschafft dem Patienten bzw. dem Vertreter *keinen vollstreckbaren Titel* gegenüber Arzt, Pflegepersonal, Klinik oder Pflegeheim. Dazu muss der Vertreter die Rechte des Patienten vor den *allgemeinen Zivilgerichten* verfolgen[223]. Seine Befugnis hierzu folgt aus der Befugnis zur Durchsetzung der Patientenverfügung, ist also ebenfalls Bestandteil des die fragliche Behandlung umfassenden Aufgabenkreises (Betreuer) bzw. der Vollmacht[224]. Eine Genehmigung ist nach dem eben Gesagten nur erforderlich, wenn ein Konflikt hinsichtlich des letztlich allein maßgeblichen Willens des Patienten besteht. Streiten die Parteien – wie im Traunsteiner Fall[225] – nicht über den Willen des Patienten, sondern

---

222 Insoweit zutreffend *OLG München* FamRZ 2003, 557 (559).

223 Eine ärztliche Maßnahme gegen den Willen des Patienten verletzt seinen Körper bzw. sein allgemeines Persönlichkeitsrecht und begründet neben den quasinegatorischen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen analog § 1004 I BGB und deliktischen Schadensersatzansprüchen nach § 823 I BGB auch Schadensersatzansprüche wegen Verletzung des Behandlungs- bzw. Pflege- oder Heimvertrags gem. §§ 280 I, 241 II, 249 I BGB, vgl. zur Arzthaftung nur *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 122 ff. (allgemein), 265 ff. (bei unwirksamer Einwilligung).

224 Ähnlich *Höfling/Rixen*, JZ 2003, 884 (890 f.).

225 Oben Fn. 188.

über andere Fragen, ist das Genehmigungsverfahren deshalb nicht vorgreiflich[226].

Sowohl im Schmerzensgeldprozess der Zeugin Jehovas als auch im Traunsteiner Fall hatten sich die beklagten Ärzte und die Klinik bzw. das Pflegeheim darauf berufen, sie müssten die Patientenverfügung bzw. die Anweisung des Betreuers nicht befolgen, weil es ihrem *Gewissen* widerspreche, einen Patienten verhungern zu lassen. Die Gerichte sind dem gefolgt[227]. Dabei wird übersehen, dass es nicht um den Anspruch des Patienten auf die Durchführung einer ärztlichen Maßnahme (wie z.B. eines Schwangerschaftsabbruchs) geht, sondern um das Vetorecht des Patienten, die angebotene künstliche Ernährung abzulehnen[228]. Auch das Grundrecht der Gewissensfreiheit oder ihre Menschenwürde gibt Ärzten, Pflegenden oder den Einrichtungen, in denen sie arbeiten, kein Recht auf die künstliche Ernährung eines Patienten mittels einer PEG-Sonde gegen dessen Willen[229].

Nachdem die Revision gegen die Entscheidung des OLG München im Traunsteiner Fall zwar angenommen wurde[230], der Patient jedoch mittlerweile verstorben ist, ist mit einer Klärung dieser Fragen durch den BGH vorerst nicht zu rechnen.

---

226 Insoweit zutreffend *OLG München* FamRZ 2003, 557 (559).

227 *OLG München* NJW-RR 2002, 811 – Zeugin Jehovas; *OLG München* FamRZ 2003, 557 – Traunsteiner Fall; Vorinstanz *LG Traunstein* NJW-RR 2003, 221.

228 Vgl. *BGHZ* 154, 205 (224 f.); *Taupitz*, A 23; und oben § 3 I.

229 *Hufen*, ZRP 2003, 248 (252).

230 Beschluss v. 24.9.2003 - XII ZR 177/03.

§ 9 Ausblick

Viele Fragen, die im Rahmen der „Sterbehilfe"-Debatte erörtert werden, haben bereits im geltenden Recht eine sachlich angemessene und praktikable Regelung gefunden, wie hier im einzelnen dargelegt wurde. Der oft erhobene Ruf nach dem Gesetzgeber dürfte gleichwohl nicht ganz unbegründet sein, zeigen doch empirische Untersuchungen ein hohes Maß an Unsicherheit nicht nur in der Ärzteschaft[231], sondern auch bei den Vormundschaftsgerichten[232]. Auch der 12. Zivilsenat des BGH hat in seinem Beschluss vom 17.3.2003 eine gesetzliche Regelung als wünschenswert bezeichnet[233].

Wohin die aktuelle rechtspolitische Diskussion letztlich führen wird, lässt sich heute, an ihrem Anfang, allerdings nicht abschätzen. Wohin sie führen sollte, ist dagegen klar geworden: Zu einem Gesetz auf der Basis des Referentenentwurfs, der dessen insgesamt begrüßenswerte Vorschläge in der Sache übernimmt und einzelne, im Vorstehenden erörterte Schwachstellen bereinigt. Damit könnte die geltende Rechtslage in wünschenswerter Weise klargestellt und durch den Wegfall der Genehmigungspflicht für Bevollmächtigte in behutsamer Weise fortentwickelt werden.

---

231 Vgl. z.B. *Strätling/Scharf/Eisenbart/Schmucker*, Regelungsbedarf, 74 ff.
232 Vgl. z.B. *Simon/Tietze/Nickel/Lipp/van Oorschot*, MedR 2004, 303 ff.
233 *BGHZ* 154, 205 (223).

Quellen- und Literaturverzeichnis

Literatur

Alberts, Hermann: Betreuung und Patientenautonomie, BtPrax 2003, S. 139 ff.

Ankermann, Ernst: Verlängerung sinnlos gewordenen Lebens?, MedR 1999, S. 387 ff.

Bamberger, Heinz Georg / Roth, Herbert: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Heinz Georg Bamberger, Herbert Roth, Band 3: §§ 1297-2385 BGB, München 2003, zitiert: Bamberger-Roth/*Bearbeiter*

Bauer, Axel: Juristische Argumentationslinien und die Funktion der Justiz im Rahmen der Sterbehilfedebatte, BtPrax 2002, S. 60 ff.

Baumann, Wolfgang / Hartmann, Christian: Die zivilrechtliche Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens aus der Sicht der notariellen Praxis, DNotZ 2000, S. 594 ff.

Bender, Albrecht W. : Anmerkung zum Urteil des OLG München vom 31.01.2002 – 1 U 4705/98: Zur Arzthaftung bei Vornahme von Bluttransfusionen trotz ausdrücklicher Ablehnung in einer Patientenverfügung, MedR 2003, S. 179 f.

Berger, Christian: Privatrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Sicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens, JZ 2000, S. 797 ff.

Bienwald, Werner: Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 17.03.2003, MDR 2003, S. 694 ff.

Borasio, Gian Domenico / Putz, Wolfgang / Eisenmenger, Wolfgang: Verbindlichkeit von Patientenverfügungen gestärkt, DÄBl. 2003, A 2062 ff.

BtKomm: Siehe Dodegge/Roth.

Bühler, Ernst / Stolz, Konrad: Wann hat ein „Grundleiden“ einen „irreversiblen tödlichen Verlauf“ angenommen? – Zur Entscheidung des BGH vom 17.03.2003, FamRZ 2003, S. 1622 f.

Burchardi, Hilmar : Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht bei Krankenhausaufnahme?, in: Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie. Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003, hrsg. von Knut Amelung, Werner Beulke, Hans Lilie, Henning Rosenau, Hinrich Rüping, Gabriele Wolfslast, Heidelberg 2003, S. 615 ff.

Damrau, Jürgen / Zimmermann, Walter: Betreuungsrecht: Kommentar zum materiellen und formellen Recht, 3. Aufl., Stuttgart 2001

Deutsch, Erwin: Verfassungszivilrecht bei der Sterbehilfe, NJW 2003, S. 1567 f.

Deutsch, Erwin / Spickhoff, Andreas: Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht, 5. Aufl., Heidelberg, Berlin 2003

Diederichsen, Uwe: Bemerkungen zu Tod und rechtlicher Betreuung, in: Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie. Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003, hrsg. von Knut Amelung, Werner Beulke, Hans Lilie, Henning Rosenau, Hinrich Rüping, Gabriele Wolfslast, Heidelberg 2003, S. 635 ff.

Dodegge, Georg / Fritsche, Ingo: Zur Rechtslage bei der Entscheidung über den Abbruch medizinischer Behandlungen, NJ 2001, S. 176 ff.

Dodegge, Georg / Roth, Andreas: Betreuungsrecht. Systematischer Praxiskommentar, Köln 2003, zitiert: BtKomm/*Bearbeiter*

Duttge, Gunnar: Preis der Freiheit. Zum Abschlussbericht der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“, Thüngersheim, Frankfurt am Main 2004

Eisenbart, Bettina: Patienten-Testament und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten: Alternativen zur Verwirklichung der Selbstbestimmung im Vorfeld des Todes, 2. Aufl., Baden-Baden 2000

Erman: Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar, hrsg. von Harm P. Westermann, 11. Aufl., Münster, Köln 2004, Band II: §§ 854-2385 BGB, zitiert: Erman/*Bearbeiter*

Fröschle, Tobias: Maximen des Betreuerhandelns und die Beendigung lebenserhaltender Eingriffe, JZ 2000, S. 72 ff.

Hahne, Meo-Michaela: Zwischen Fürsorge und Selbstbestimmung: Über die Grenzen der Patientenautonomie und Patientenverfügung, FamRZ 2003, S. 1619 ff.

Hahne, Meo-Michaela: Interview in der FAZ vom 18.07.2003.

Heßler, Gerhard: Das Ende des Selbstbestimmungsrechts, MedR 2003, S. 13 ff.

Heyers, Johannes: Passive Sterbehilfe bei entscheidungsunfähigen Patienten und das Betreuungsrecht, Berlin 2001

Höfling, Wolfram / Rixen, Stephan: Vormundschaftsgerichtliche Sterbeherrschaft?, JZ 2003, S. 884 ff.

Höfling, Wolfram: „Sterbehilfe“ zwischen Selbstbestimmung und Integritätsschutz, JuS 2000, S. 111 ff.

Holzhauer, Heinz: Justizverwaltung in Schicksalsdingen, Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 17.03.2003, FamRZ 2003, S. 991 ff.

Hufen, Friedhelm: Verfassungsrechtliche Grenzen des Richterrechts, ZRP 2003, S. 248 ff.

Hufen, Friedhelm: In dubio pro dignitate, NJW 2001, S. 849 ff.

Karliczek, Ernst: Anmerkung zum Beschluss des OLG Frankfurt a.M. vom 20.11.2001 – 20 W 419/01, FamRZ 2002, S. 578 f.

Keilbach, Heinz: Vorsorgeregelungen zur Wahrung der Selbstbestimmung bei Krankheit, im Alter und am Lebensende, FamRZ 2003, S. 969 ff.

Kohte, Wolfhard: Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 185 (1985), S. 105 ff.

Kutzer, Klaus: Der Vormundschaftsrichter als „Schicksalsbeamter“, ZRP 2003, S. 213 ff.

Laufs, Adolf: Zivilrichter über Leben und Tod, NJW 1998, S. 3399 ff.

Laufs, Adolf: Entwicklungslinien des Medizinrechts, NJW 1997, S. 1609 ff.

Laufs, Adolf / Uhlenbruck, Wilhelm: Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., München 2002 zitiert: *Bearbeiter*, in: Laufs/Uhlenbruck

Lipp, Volker: „Sterbehilfe“ und Patientenverfügung, FamRZ 2004, S. 317 ff.

Lipp, Volker: Die Entscheidung des BGH zur „Sterbehilfe“ – Konsequenzen und Bedeutung für die Praxis, BtPrax 2004, S. 18 ff.

Lipp, Volker: Anmerkung zum Beschluss des BGH v. 17.03.2003, XII ZB 2/03, FamRZ 2003, S. 756.

Lipp, Volker: Privatautonomie und Sterbehilfe, BtPrax 2002, S. 47 ff.

Lipp, Volker: Stellvertretende Entscheidungen bei „passiver Sterbehilfe“, in: Passive Sterbehilfe: besteht gesetzlicher Regelungsbedarf? Impulse aus einem Expertengespräch der Akademie für Ethik in der Medizin e.V., hrsg. von Arnd T. May, Sylke E. Geißendörfer, Alfred Simon, Meinolfus Strätling, Münster, Hamburg, London 2002, S. 37 ff., zitiert: *Lipp*, in: Passive Sterbehilfe

Lipp, Volker: Patientenautonomie, Sterbehilfe und Betreuung, DRiZ 2000, S. 231 ff.

Lipp, Volker: Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson. Zu Funktion und Stellung der rechtlichen Betreuung im Privatrecht, Tübingen 2000, zitiert: *Lipp*, Freiheit und Fürsorge

May, Arnd T.: Autonomie und Fremdbestimmung bei medizinischen Entscheidungen für Nichteinwilligungsfähige, 2. Aufl., Münster, Hamburg, London 2001

May, Arnd T. / Geißendörfer, Sylke E.: Durch welche (gesetzlichen) Maßnahmen kann die Rechtssicherheit für Patienten und Ärzte im Hinblick auf Patientenverfügungen und Vorsorgevollmachten erhöht werden?, in: Passive Sterbehilfe: besteht gesetzlicher Regelungsbedarf? Impulse aus einem Expertengespräch der Akademie für Ethik in der Medizin e.V., hrsg. von Arnd T. May, Sylke E. Geißendörfer, Alfred Simon, Meinolfus Strätling, Münster, Hamburg, London 2002, S. 25 ff., zitiert: *May/Geißendörfer*, in: Passive Sterbehilfe

Münchener Kommentar: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Kurt Rebmann, Franz-Jürgen Säcker, Band 8: Familienrecht II (§§ 1589-1921 BGB), 4. Aufl., München 2002

Opderbecke, Hans Wolfgang / Weißauer, Walther: Ein Vorschlag für Leitlinien – Grenzen der intensivmedizinischen Behandlungspflicht, MedR 1998, S. 395 ff.

Otto, Harro: Sterbehilfe und Patientenautonomie, ZfL 2002, S. 42 ff.

Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar, bearb. von Peter Bassenge, Gerd Brudermüller, Uwe Diederichsen, Wolfgang Edenhofer, Helmut Heinrichs, Andreas Heldrich, Hans Putzo, Hartwig Sprau, Heinz Thomas, Walter Weidenkaff, 64. Aufl., München 2005, zitiert: Palandt/*Bearbeiter*

Paehler, Hans: Recht und Gefühl, BtPrax 2003, S. 141 ff.

Perau, Guido: Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 17.03.2003, RNotZ 2003, S. 263 ff.

Putz, Wolfgang: Formulare zu „Patientenverfügung“ und „Vorsorgevollmacht“, Die Schwester/Der Pfleger 2003, S. 226 ff.

Rossbruch, Robert: Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 17.03.2003, PflR 2003, S. 254 ff.

Rossbruch, Robert: Anmerkung zum Beschluss des OLG München vom 13.02.2003, PflR 2003, S. 166 ff.

Roth, Andreas: Die Verbindlichkeit der Patientenverfügung und der Schutz des Selbstbestimmungsrechts, JZ 2004, S. 494 ff.

Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., München 1997

Röver, Julia: Einflussmöglichkeiten des Patienten im Vorfeld medizinischer Behandlung, Frankfurt a.M., Berlin, Bern, New York, Paris, Wien 1997

Saliger, Frank: Sterbehilfe ohne Strafrecht? Eine Bestimmung des Anwendungsbereichs von Sterbehilfe als Grundstein für ein interdisziplinäres Sterbehilferecht, KritV 2001, S. 382 ff.

Saliger, Frank: Sterbehilfe mit staatlicher Genehmigung – OLG Frankfurt a.M., NJW 1998, 2747, JuS 1999, S. 16 ff.

Saliger, Frank: Sterbehilfe nach Verfahren. Betreuungs- und strafrechtliche Überlegungen im Anschluss an BGHSt 40, 257, KritV 1998, S. 118 ff.

Sass, Hans-Martin / Kielstein, Rita: Patientenverfügung und Betreuungsvollmacht, Münster, Hamburg, London, 2001

Schaffer, Wolfgang: Patientenautonomie am Ende des Lebens, BtPrax 2003, S. 143 ff.

Scheffen, Erika: Zivilrechtliche Neuregelung der passiven Sterbehilfe und Sterbebegleitung, ZRP 2000, S. 313 ff.

Schöne-Seiffert, Bettina: Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, Referat auf dem 63. Deutschen Juristentag, In: Verhandlungen des 63. DJT, Band II/1, München 2000, K 41 ff.

Schreiber, Hans-Ludwig: Ein neuer Entwurf für eine Richtlinie der Bundesärztekammer zur Sterbehilfe, in: Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag, hrsg. von Hans-Jürgen Ahrens, Christian von Bar, Gerfried Fischer, Andreas Spickhoff, Jochen Taupitz, Köln 1999, S. 773 ff.

Schwab, Dieter: Stellvertretung bei der Einwilligung in die medizinische Behandlung, in: Festschrift für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag, hrsg. von Peter Gottwald, Erik Jayme, Dieter Schwab, Bielefeld 2000, S. 511 ff.

Simon, Alfred / Tietze, Andrea / Nickel, Nicole / Lipp, Volker / van Oorschot, Birgitt: Einstellungen deutscher Vormundschaftsrichterinnen und -richter zu medizinischen Entscheidungen und Maßnahmen am Lebensende: erste Ergebnisse einer bundesweiten Befragung, MedR 2004, S. 303 ff.

Spann, Wolfgang: Das „Patiententestament“, MedR 1983, S. 13 ff.

Spickhoff, Andreas: Die Entwicklung des Arztrechts 2002/2003, NJW 2003, S. 1701 ff.

Spickhoff, Andreas: Anmerkung zum Beschluss des BGH v. 17.03.2003 (XII ZB 2/03): Bindungskraft von sog. Patientenverfügungen und Einschaltung eines Vormundschaftsgerichts beim Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen, JZ 2003, S. 732 ff.

Spickhoff, Andreas: Die Patientenautonomie am Lebensende – Ende der Patientenautonomie?, NJW 2000, S. 2297 ff.

Stackmann, Nikolaus: Rechtliche Probleme der Behandlung Schwerkranker und Sterbender, MedR 2003, S. 490 ff.

Steffen, Erich: Noch einmal: Selbstverantwortetes Sterben?, NJW 1996, S. 1581.

Storr, Stefan: Der rechtliche Rahmen für die Entscheidung zum Therapieabbruch, MedR 2002, S. 436 ff.

Strätling, Meinolfus / Sedemund-Adib, Beate / Bax, Sönke / Scharf, V. E. / Fieber, Ulrich / Schmucker, Peter: Entscheidungen am Lebensende in Deutschland, Sonderveröffentlichung zu BtPrax 5/2003, abrufbar unter (Stand: 1.1.2005) www.bundesanzeiger.de/old/zeitschri/btprax/komm_bgh.pdf, zitiert: *Strätling/Sedemund-Adib/Bax/Scharf/ Fieber/Schmucker*, Entscheidungen

Strätling, Meinolfus / Scharf, V. E. / Eisenbart, Bettina / Schmucker, Peter: Besteht gesetzlicher Regelungsbedarf zur „passiven" Sterbehilfe? Empirische Datenlage lässt zivil- und standesrechtliche Klarstellungen rechtspolitisch und ethisch sinnvoll erscheinen. in: Passive Sterbehilfe: besteht gesetzlicher Regelungsbedarf? Impulse aus einem Expertengespräch der Akademie für Ethik in der Medizin e.V., hrsg. von Arnd T. May/Sylke E. Geißendörfer/Alfred Simon/Meinolfus Strätling, Münster, Hamburg, London 2002, S. 59 ff., zitiert: *Strätling/Scharf/Eisenbart/Schmucker*, Regelungsbedarf

Taupitz, Jochen: Diskussionsbeitrag Protokoll der Sitzung des Nationalen Ethikrats vom 11.06.2003, S. 17, abrufbar unter (Stand: 1.1.2005) http://www.ethikrat.org/texte/pdf/Forum_Patient_2003-06-11_Protokoll.pdf

Taupitz, Jochen: Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, Gutachten A zum 63. Deutschen Juristentag, In: Verhandlungen des 63. DJT, Band I, München 2000, zitiert: *Taupitz*, Gutachten

Uhlenbruck, Wilhelm: Bedenkliche Aushöhlung der Patientenrechte durch die Gerichte, NJW 2003, S. 1710 ff.

Verrel, Torsten: Mehr Fragen als Antworten: Besprechung des BGH-Beschlusses vom 17.03.2003, NStZ 2003, S. 449 ff.

Verrel, Torsten: Zivilrechtliche Vorsorge ist besser als strafrechtliche Kontrolle. Zum Stellenwert von Patientenverfügung, Betreuungsverfügung, Vorsorgevollmacht und vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung, MedR 1999, S. 547 ff.

Voll, Doris: Die Einwilligung im Arztrecht, Frankfurt a.M., Berlin, Bern, New York, Paris, Wien 1996

Vossler, Norbert: Verwirklichung der Patientenautonomie am Ende des Lebens durch Patientenverfügungen00, BtPrax 2002, S. 240 ff.

Wagenitz, Thomas /: Engers, Martin: Anmerkung zum Beschluss des OLG Frankfurt a.M. vom 15.07.1998 – 20 W 224/98, FamRZ 1998 , S. 1256 f.

Ärztliche Richtlinien

Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung vom 30.04.2004, DÄBl. 2004, A 1298.

Handreichungen der Bundesärztekammer für Ärzte zum Umgang mit Patientenverfügungen, DÄBl. 1999, A 2720.

Richtlinien der Bundesärztekammer für die Sterbehilfe, MedR 1985, S. 38.

Berichte und Gesetzgebungsvorschläge

Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ des Bundesjustizministeriums („Kutzer-Kommission“): Bericht „Patientenautonomie am Lebensende. Ethische, rechtliche und medizinische Aspekte zur Bewertung von Patientenverfügungen“ vom 10.06.2004, abrufbar unter (Stand: 1.1.2005) http://www.bmj.bund.de/media/archive/695.pdf, zitiert in den Fn. als *Ku-Kom* bzw. bei §§-Angaben als -KK.

Bioethik Kommission des Landes Rheinland-Pfalz: Bericht „Sterbehilfe und Sterbebegleitung“ vom 23.04.2004. Online unter: www.justiz.rlp.de → Ministerium → Bioethik (Stand: 01.01. 2005), zitiert in den Fn. als *RPf* bzw. bei §§-Angaben als –RPf.

Bundesministerium der Justiz: Referentenentwurf eines 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetzes vom 01.11.2004. Der Entwurf ist mit Begründung im Anhang abgedruckt. Online unter: http://www.aem-online.de/main.htm, http://www.skm.bistum-trier.de/reform/betraend3.pdf (Stand: 01.01.2005), zitiert in den Fn. als *RefE* bzw. bei §§-Angaben als –RefE.

Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin" des Deutschen Bundestages: Zwischenbericht „Patientenverfügungen" vom 13.09.2004, BT-Drucks. 15/3700, zitiert in den Fn. als *EK* bzw. bei §§-Angaben als –EK.

Anhang: Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz

Entwurf eines 3. Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts

A. Problem und Ziel

Fragen der Ausgestaltung, der Verbindlichkeit und der Notwendigkeit von Vorgaben für Patientenverfügungen werden seit einigen Jahrzehnten rechtspolitisch diskutiert. Seit Ende der 90er Jahre werden Patientenverfügungen zunehmend anerkannt. Mit seinem Beschluss vom 17. März 2003 hat der XII. Zivilsenat des BGH (XII ZB 2/03) die Verbindlichkeit einer Patientenverfügung bestätigt und im Wege der Rechtsfortbildung entschieden, dass ein Betreuer in eine Beendigung ärztlich angebotener lebensverlängernder Maßnahmen nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einwilligen kann. Der Bundesgerichtshof hält eine gesetzliche Regelung zur vormundschaftsgerichtlichen Prüfungszuständigkeit für das Verlangen eines Betreuers nach Abbruch lebenserhaltener Maßnahmen für wünschenswert. In der Praxis ist weiterhin unklar, inwiefern auch für Bevollmächtigte das Erfordernis einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung gelten soll.

Der Gesetzentwurf führt das Rechtsinstitut der Patientenverfügung in das bürgerliche Recht ein und regelt die Genehmigungsbedürftigkeit von Entscheidungen des Betreuers über die Nichteinwilligung oder den Widerruf von Einwilligungen in ärztliche Maßnahmen. Der Schutz des Betroffenen wird durch verfahrensrechtliche Regelungen ergänzt.

B. Lösung

Der Entwurf sieht vor:

- Die Patientenverfügung wird als Rechtsinstitut im Betreuungsrecht verankert.
- Betreuer und Bevollmächtigter haben den in einer Patientenverfügung geäußerten Willen des Betreuten zu beachten und vom Betreuten getroffene Entscheidungen durchzusetzen, soweit dies zumutbar ist.
- Die Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung des Betreuers in ärztliche Maßnahmen bedürfen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, wenn die Maßnahme medizinisch angezeigt ist und die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund des Unterbleibens oder des Abbruchs der Maßnahme stirbt oder einen

schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet und zwischen Betreuer und Arzt kein Einvernehmen darüber besteht, dass die Entscheidung dem mutmaßlichen Willen des Patienten entspricht.

- Der Schutz des Betroffenen wird durch verfahrensrechtliche Regelungen sichergestellt.

C. Alternativen

Keine

D. Finanzielle Auswirkungen auf die öffentlichen Haushalte

Die Erweiterung der Genehmigungsbedürftigkeit von Betreuerentscheidungen bei ärztlichen Maßnahmen kann zu zusätzlichen Verfahren vorrangig bei den Gerichten der Länder führen. Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang dadurch Mehrkosten für Bund und Länder entstehen, ist nicht abschätzbar, da repräsentative Daten über den Umfang der Entscheidungen von Betreuern über die Nichteinwilligung oder den Widerruf von Einwilligungen in ärztliche Maßnahmen fehlen.

E. Sonstige Kosten

Für die Wirtschaft, insbesondere für kleinere und mittlere Unternehmen, entstehen keine Kosten. Auswirkungen des Gesetzes auf Einzelpreise, auf das Preisniveau und insbesondere das Verbraucherpreisniveau sind nicht zu erwarten.

Entwurf eines 3. Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts

vom ...

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1
Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch Artikel 4 Abs. 34 des Gesetzes vom 5. Mai 2004 (BGBl. I S. 718), wird wie folgt geändert:

1. In der Inhaltsübersicht wird die Angabe zu § 1901a durch folgende Angaben ersetzt:

„§ 1901a Patientenverfügung
§ 1901b Schriftliche Betreuungswünsche“ .

2. Nach § 1901 wird folgender § 1901a eingefügt:

„§ 1901a Patientenverfügungen

(1) Eine Patientenverfügung, in der der Betreute seinen Willen zu Untersuchungen seines Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen oder ärztlichen Eingriffen für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit geäußert hat, gilt bei Einwilligungsunfähigkeit fort, falls keine konkreten Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Betreute die Patientenverfügung widerrufen hat.

(2) Der Betreuer hat den in einer Patientenverfügung geäußerten Willen des Betreuten zu beachten und die darin vom Betreuten getroffenen Entscheidungen durchzusetzen, soweit ihm dies zumutbar ist. Das gilt auch dann, wenn eine Erkrankung noch keinen tödlichen Verlauf genommen hat. Eine vom Betreuten getroffene Entscheidung liegt vor, wenn die Patientenverfügung eine Einwilligung oder Nichteinwilligung in bestimmte Untersuchungen des Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe enthält, die auf die konkrete Situation zutrifft.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten auch für Bevollmächtigte.“

3. Der bisherige § 1901a wird § 1901b.

4. § 1904 wird wie folgt gefasst:

„§ 1904 Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bei ärztlichen Maßnahmen

(1) Die Einwilligung des Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, wenn die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet. Ohne die Genehmigung darf die Maßnahme nur durchgeführt werden, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist.

(2) Die Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung des Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, wenn die Maßnahme medizinisch angezeigt ist und die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund des Unterbleibens oder des Abbruchs der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet.

(3) Eine Genehmigung nach Absatz 1 und 2 ist nicht erforderlich, wenn zwischen Betreuer und Arzt Einvernehmen darüber besteht, dass die Erteilung, die Nichterteilung oder der Widerruf der Einwilligung dem mutmaßlichen Willen des Patienten entspricht.

(4) Ein Bevollmächtigter kann in eine der in Absatz 1 Satz 1 oder Absatz 2 genannten Maßnahmen nur einwilligen, sie verweigern oder die Einwilligung widerrufen, wenn die Vollmacht diese Maßnahmen ausdrücklich umfasst und schriftlich erteilt ist. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist nicht erforderlich.“

Artikel 2

Änderung des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 315-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 12b des Gesetzes vom 24. August 2004 (BGBl I S. 2198, wird wie folgt geändert:

1. § 67 Abs. 1 Satz 5 wird wie folgt gefasst:

   „Die Bestellung ist stets erforderlich, wenn Gegenstand des Verfahrens die Genehmigung einer Einwilligung des Betreuers in eine Sterilisation (§1905 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) oder die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach Maßgabe des § 1904 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist.“

2. § 69d Abs. 2 wird wie folgt gefasst:

   „(2) Vor der Entscheidung über eine Genehmigung nach § 1904 Abs. 1 und 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs hat das Gericht das Gutachten eines Sachverständigen einzuholen. Sachverständiger und ausführender Arzt sollen nicht personengleich sein. § 68a Satz 3 und 4 gilt entsprechend. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach § 1904 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs wird erst zwei Wochen nach Bekanntgabe an den Betreuer sowie an den Verfahrenspfleger wirksam.“

3. § 69g Abs. 1 Satz 1 wird wie folgt gefasst:

   „Die Beschwerde gegen die Bestellung eines Betreuers von Amts wegen, die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts, die Entscheidung, durch die die Bestellung eines Betreuers oder die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts abgelehnt wird und die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts über die Genehmigung bei ärztlichen Maßnahmen gemäß § 1904 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, steht unbeschadet des § 20 dem Ehegatten des Betroffenen, dem Lebenspartner des Betroffenen, denjenigen, die mit dem Betroffenen in gerader Linie verwandt oder verschwägert, in der Seitenlinie bis zum dritten Grad verwandt sind, sowie der zuständigen Behörde zu.“

Artikel 3

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am ... (*Tag nach der Verkündung*) in Kraft.

Begründung

A. Allgemeines

1. Die Ausgangslage

Grundfragen der ärztlichen Behandlung am Lebensende sind problematisch geworden, seitdem der medizinische Fortschritt zunehmende Möglichkeiten eröffnet, das Leben von Patienten auch bei schwersten Krankheitszuständen und im hohen Lebensalter oftmals mit erheblichem technischen Aufwand zu verlängern. Die zunehmende Abhängigkeit des Sterbeprozesses von den medizinischen Gegebenheiten lassen den Tod längst nicht mehr nur als schicksalhaftes Ereignis erscheinen, sondern als Ergebnis einer von Menschen getroffenen Entscheidung. Auch bei Krankheitszuständen, bei denen der Patient noch vor nicht allzu vielen Jahren verstarb, kann ein Weiterfunktionieren des Organismus aufrecht erhalten werden. Viele Menschen verbinden mit diesen medizinischen Möglichkeiten nicht nur größere Erwartungen, sondern auch Befürchtungen vor einer Übertherapie insbesondere im Hinblick auf eine Sterbens- und Leidensverlängerung. Zu der Angst vor dem eigenen Tod ist die Angst hinzugetreten, ohne Möglichkeit der Einflussnahme einem hochtechnisierten und unpersönlichen Gesundheitsbetrieb ausgeliefert zu sein, in dem der Sieg über den Tod ungeachtet der Qualität des erhaltenen Lebens als Ziel definiert wird.

Für die medizinische Behandlung eines Menschen gilt, wie in jeder Lebensphase auch am Lebensende, dass der Patient entscheidet, ob er ärztliche Hilfe in Anspruch nehmen will, der Arzt die Verantwortung für eine fachgerechte Untersuchung, Diagnose und Indikation für oder gegen eine bestimmte Behandlung trägt und den Patienten hierüber aufklärt und der Patient letztendlich eigenständig entscheidet, ob er in die Behandlung einwilligt oder diese ablehnt. Aus dem verfassungsrechtlich geschützten Selbstbestimmungsrecht des Menschen folgt, dass weder die Krankheit noch der ärztliche Heilauftrag ein eigenständiges Behandlungsrecht des Arztes begründen. Für die Rechtmäßigkeit eines ärztlichen Eingriffs ist vielmehr die Einwilligung des Patienten erforderlich. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Entscheidung des Patienten aus medizinischer Sicht als vernünftig oder unvernünftig anzusehen ist. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des für das Arzthaftungsrecht zuständigen VI. Zivilsenats des BGH, dass die Wahrung der persönlichen Entscheidungsfreiheit des Patienten nicht durch das begrenzt werden darf, was aus ärztlicher oder objektiver Sicht erforderlich oder sinnvoll wäre (z.B. Urteil v. 18.3.2003, VI ZR 266/02). Deshalb muss

die Einwilligung des Patienten vor Beginn der Behandlung eingeholt werden. In Notfällen, in denen weder der Patientenwille bekannt noch ein Vertreter vorhanden ist und die Behandlung keinen Aufschub duldet, kann der Arzt bis zu Abwendung des Notfalls medizinisch indizierte Behandlungen durchführen. Erteilt der Patient seine Einwilligung nicht oder widerruft er seine Einwilligung, ist eine Behandlung oder Weiterbehandlung rechtswidrig und kann als Körperverletzung strafrechtliche Sanktionen nach sich ziehen sowie Schadensersatzansprüche begründen. Andererseits verleiht das Selbstbestimmungsrecht dem Patienten keinen Anspruch auf eine medizinische Behandlung, die aus ärztlicher Sicht nicht indiziert oder gar kontraindiziert ist.

Fragen der ärztlichen Indikation einer Behandlung und der Einwilligung des Patienten sind daher im Zusammenhang zu sehen. Für Behandlungen am Lebensende ist dies von besonderer Bedeutung: Hat bei einem Patienten der Sterbeprozess bereits eingesetzt, sind lebensverlängernde intensivmedizinische Behandlungen in der Regel nicht mehr indiziert; die Behandlung besteht dann aus Hilfe und Begleitung im Sterbeprozess. Hat der Sterbeprozess dagegen noch nicht eingesetzt und ist eine lebenserhaltende Behandlung aus ärztlicher Sicht (noch) indiziert, entscheidet der Patient mit seiner Einwilligung oder Nichteinwilligung darüber, ob die Behandlung rechtmäßig ist.

Die Kommunikation zwischen Arzt und Patient ist dabei in jeder Phase der Behandlung bedeutsam. Der Wille des Patienten kann zum einen die Art der indizierten Therapie beeinflussen und ist zum anderen entscheidend dafür, ob die Therapie durchgeführt werden darf oder nicht. Ist der Patient krankheitsbedingt nicht in der Lage, in der aktuellen Situation zu entscheiden, muss die Rechtsordnung klare Maßstäbe bereithalten, wer in einer solchen Situation eine Entscheidung treffen kann, an welchen Maßstäben sie sich ausrichten muss und wie diese Entscheidung gegebenenfalls umgesetzt werden kann.

Patientenverfügungen, in denen für den Fall der Entscheidungsunfähigkeit vorsorglich Festlegungen zur Durchführung oder Unterlassung bestimmter medizinischer Maßnahmen in bestimmten Situationen getroffen werden, haben als Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts zunehmende Bedeutung erlangt. Eine Emnid-Umfrage aus dem Jahr 2000 ergab, dass 81% der Befragten für den Fall ihrer Entscheidungsunfähigkeit vorsorgen wollen. Nach einer Schätzung der Deutschen Hospiz Stiftung aus dem Jahr 2003 haben bereits ca. 7 Mio Menschen eine Patientenverfügung verfasst. Verunsicherungen bestehen in der Praxis insbesondere zur Ausgestaltung und Verbindlichkeit einer Patientenverfügung.

Fragen der Ausgestaltung, der Verbindlichkeit und der Notwendigkeit von Vorgaben für Patientenverfügungen werden seit einigen Jahrzehnten rechtspolitisch diskutiert. Während Befürworter der Patientenverfügung die strikte Beachtung des in der Patientenverfügung niedergelegten Willens fordern, vertreten die Gegner solch vorsorgender Verfügungen die Ansicht, dass eine Patientenverfügung allenfalls als Anhaltspunkt für die Bestimmung des mutmaßlichen Patientenwillens anzusehen sei. Seit Ende der 90er Jahre werden Patientenverfügungen zunehmend anerkannt. Mit seinem Beschluss vom 17. März 2003 hat der XII. Zivilsenat des BGH (XII ZB 2/03) schließlich die Verbindlichkeit des in einer Patientenverfügung geäußerten Willens bestätigt. Die Grundsätze der Bundesärztekammer zum Umgang mit Patientenverfügungen (1999) und zur ärztlichen Sterbebegleitung (2004) gehen davon aus, dass der Arzt an den in einer Patientenverfügung geäußerten Willen gebunden ist, wenn die anstehende Behandlungssituation derjenigen entspricht, die der Patient in der Verfügung beschrieben hat und keine Anhaltspunkte für eine nachträgliche Willensänderung erkennbar sind.

2. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Regelungen zu Heilbehandlungen und anderen ärztlichen Maßnahmen müssen dem Selbstbestimmungsrecht des Menschen gerecht werden und dem Schutz des Lebens und der Gesundheit des Menschen dienen.

Das Selbstbestimmungsrecht des Menschen findet sowohl in Artikel 2 Abs. 2 GG (Recht auf körperliche Unversehrtheit) als auch in Artikel 2 Abs. 1 i.V.m. Artikel 1 Abs. 1 GG (allgemeines Persönlichkeitsrecht) seine Grundlage. Es schließt das Recht zur Selbstgefährdung bis hin zur Selbstaufgabe und damit auch auf Ablehnung lebensverlängernder und gesundheitserhaltender Maßnahmen unabhängig von der ärztlichen Indikation der Behandlung ein:

> „Das Erfordernis der Einwilligung auch zu diagnostischen, zu vorbeugenden und zu Heileingriffen hat seine normative Wurzel in den grundlegenden Verfassungsprinzipien, die zu Achtung und Schutz der Würde und der Freiheit des Menschen und seines Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit verpflichten, Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs.1, 2 Satz 1 GG. (...) Die Bestimmung über seine leiblich-seelische Integrität gehört zum ureigensten Bereich der Personalität des Menschen. In diesem Bereich ist er aus der Sicht des Grundgesetzes frei, seine Maßstäbe zu wählen und nach ihnen zu leben und zu entscheiden. Eben diese Freiheit zur Selbstbestimmung wird – auch gegenüber der normativen Regelung ärztlicher Eingriffe zu Heilzwecken – durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG besonders hervorgehoben und verbürgt. Denn auch der zu Heilzwecken vorgenommene Eingriff tastet die leibliche und gegebenenfalls auch seelische Integrität des Menschen an“ (vgl. BVerfGE 52, 131 ff., 173, 175 – abw. Meinung).

Zum Recht auf Selbstbestimmung gehört auch, Entscheidungen für die Zeit zu treffen, in denen man etwa nach einem Unfall oder bei schwerer Krankheit nicht mehr entscheidungsfähig ist. Das Selbstbestimmungsrecht wäre entwertet, wenn es Festlegungen für zukünftige Konfliktlagen, in denen der Patient aktuell nicht mehr entscheiden kann, nicht umfassen würde. Zu solchen Festlegungen gehören die Bestimmung einer Person, die anstelle des Patienten entscheiden soll (Vorsorgevollmacht), sowie konkrete Behandlungswünsche, die in einer Patientenverfügung genannt sind. Ist ein in einer Patientenverfügung zum Ausdruck kommender Wille in der Behandlungssituation noch aktuell, bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Patientenverfügung durch äußeren Druck oder aufgrund eines Irrtums zustande gekommen ist und steht fest, dass der Patient bei Abfassung der Verfügung gerade die Konfliktlage, die nun zu entscheiden ist, im Auge hatte, muss sein Selbstbestimmungsrecht in gleicher Weise wie bei einer aktuell getroffenen Entscheidung respektiert werden; dann darf der Patientenverfügung die Beachtlichkeit nicht abgesprochen werden.

Dies gilt nicht nur dann, wenn ein Mensch bereits im Sterben liegt und die vom Patienten abgelehnte Heilbehandlung nur noch den Eintritt des Todes hinauszögern könnte. Der Mensch hat während seines gesamten Lebens Anspruch auf Achtung seines Selbstbestimmungsrechts. Er darf eine Heilbehandlung auch dann ablehnen, wenn sie seine ohne Behandlung zum Tode führende Krankheit besiegen oder den Eintritt des Todes weit hinausschieben könnte.

Da sich der nicht mehr einwilligungsfähige Patient in der Regel nicht mehr äußern kann, ist ein Verfahren erforderlich, in dem über die Vornahme ärztlicher Maßnahmen entschieden wird. Dieses Verfahren hat soweit wie möglich die Durchsetzung des zu einem früheren Zeitpunkt geäußerten Patientenwillens zu sichern. Gleichzeitig muss es die sich aus Artikel 2 Abs. 2 GG ergebende Pflicht des Staates, das Leben und die körperliche Unversehrtheit des Menschen zu schützen, umsetzen. Dies bedeutet keinen Widerspruch. Vielmehr trägt ein Verfahren, das auf eine sorgfältige Ermittlung des Patientenwillens gerichtet ist, auch dafür Sorge, dass das Leben geschützt und eine Heilbehandlung nicht deshalb unterlassen wird, weil eine Patientenverfügung falsch ausgelegt wird, eine nicht mehr aktuelle Patientenverfügung der Entscheidung zugrunde gelegt wird oder eine Willensäußerung beachtet wird, die nicht aus freien Stücken abgegeben worden ist.

3. Geltendes Recht

Patientenverfügungen enthalten Willensbekundungen zu gewünschten oder abgelehnten ärztlichen Behandlungen für den Fall der Entscheidungsunfähigkeit des Verfassers und rich-

ten sich vorrangig an den behandelnden Arzt. Sie sind aber auch maßgeblich für das Handeln eines Vertreters. Die Patientenverfügung ist bislang nicht gesetzlich verankert.

Die allgemeinen Grundsätze des Arztrechts sind auf der Grundlage gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung anerkannt. Bei den allgemeinen Fragen der Einwilligung des Betroffenen in Untersuchungen des Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen und ärztliche Eingriffe geht der Entwurf vom geltenden Recht aus, wie es sich in gefestigter Rechtsprechung herausgebildet hat . Hierzu wird auf die Ausführungen zur Begründung des Entwurfs des Betreuungsgesetzes verwiesen (BT- Drs. 11/4528 S. 71f. , 140).

Das geltende Betreuungsrecht geht von einem grundsätzlichen Willensvorrang des Betreuten auch im Bereich der Heilbehandlung aus. Ist der Betreute einwilligungsfähig, trifft er selbst die Entscheidung darüber, ob er in eine Behandlung einwilligt oder nicht. Kann der Betreute nicht selbst entscheiden, hat der Betreuer den Wünschen des Betreuten zu entsprechen, soweit dies dessen subjektivem Wohl nicht widerspricht und dem Betreuer zuzumuten ist. Das hat zur Folge, „dass der Betreuer den Wunsch des nicht einwilligungsfähigen Betreuten auch dann zu beachten hat, wenn dieser darauf gerichtet ist, in der letzten Lebensphase nicht sämtliche denkbaren lebens-, aber auch schmerzverlängernden medizinischen Möglichkeiten einzusetzen“ (BT- Drs. 11/4528 S. 141, 142).

Bis zu dem Beschluss des XII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 17. März 2003 war in der Rechtsprechung umstritten, ob eine Einwilligung des Betreuers erforderlich ist, wenn in einer Patientenverfügung eine auf die Behandlungssituation bezogene Entscheidung des Patienten getroffen wurde, und ob eine Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung des Betreuers in die Durchführung lebenserhaltender Maßnahmen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf.

Der XII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs hat die Verbindlichkeit einer Patientenverfügung bestätigt und im Wege der Rechtsfortbildung entschieden, dass ein Betreuer in eine Beendigung ärztlich angebotener lebensverlängernder Maßnahmen nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einwilligen kann. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs bietet ein solches vormundschaftsgerichtliches Verfahren einen geeigneten Rahmen für die Prüfung, ob der Betreuer den in der Patientenverfügung geäußerten Willen des Betroffenen erschöpfend ermittelt hat und um für alle Beteiligten verbindlich festzustellen, dass eine vom Betreuer gewünschte Einstellung der Behandlung in der vorliegenden Situation auch dem in der Patientenverfügung zum Ausdruck gebrachten Willen des Betroffenen entspricht. Der Bundesgerichtshof hält eine gesetzliche Regelung zur vormundschaftsgerichtlichen Prü-

fungszuständigkeit für das Verlangen eines Betreuers nach Abbruch lebenserhaltener Maßnahmen für wünschenswert. In der Praxis ist weiterhin unklar, inwiefern auch für Bevollmächtigte das Erfordernis einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung gelten soll.

Die mit dem Beschluss ebenfalls aufgeworfenen Fragen der Reichweite und Bindungswirkung einer Patientenverfügung für die behandelnden Ärztinnen und Ärzte, Betreuerinnen und Betreuer und Vorsorgebevollmächtigten machen eine gesetzliche Regelung zu einigen von der Rechtsprechung nicht eindeutig oder unterschiedlich gelösten praktisch besonders bedeutsamen Fragen erforderlich. Das betrifft insbesondere die Erforderlichkeit einer Vertreterentscheidung bei Vorliegen einer Patientenverfügung, die Bindung des Vertreters an den Patientenwillen und die Erforderlichkeit einer Zustimmung des Vormundschaftsgerichts zu Vertreterentscheidungen bei der Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen.

Gesetzliche Regelungen zu Patientenverfügungen werden auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur, vom 63. Deutschen Juristentag (2000), in einem vom Bundesministerium für Gesundheit in Auftrag gegebenen Gutachten der Akademie für Ethik in der Medizin (2001) sowie von der Enquete- Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“ des Deutschen Bundestages (2004) gefordert.

4. Die Lösung des Entwurfs

Der Entwurf beschränkt sich auf Regelungen, die die Berücksichtigung des Behandlungswillens des Betreuten im Verhältnis zu dem Betreuer betreffen. Er sieht vor, die Patientenverfügung als Rechtsinstitut im Betreuungsrecht zu verankern. Zudem wird festgelegt,

- wer bei aktueller Entscheidungsunfähigkeit des Betroffenen die Entscheidung über die Durchführung und die Fortdauer einer ärztlichen Behandlung treffen kann,
- von wem eine vom Betroffenen in einer Patientenverfügung getroffene Entscheidung gegebenenfalls durchgesetzt werden soll und
- wann das Vormundschaftsgericht eingeschaltet werden muss.

Der Entwurf schließt sich der Auffassung des Bundesgerichtshofs zur Verbindlichkeit einer Patientenverfügung an. Tritt eine in der Patientenverfügung beschriebene Situation ein und fehlen konkrete Anhaltspunkte dafür, dass der Betroffene seine Entscheidung geändert hat, ist die Entscheidung eines Vertreters nicht notwendig. Es ist dann seine Aufgabe, den Patientenwillen durchzusetzen. Das hat auch der Bundesgerichtshof so gesehen,.

Der Entwurf differenziert für die Beachtlichkeit des in einer Patientenverfügung geäußerten Willens nicht nach dem Stadium einer Erkrankung. Ebenso wie der entscheidungsfähige Patient ohne Rücksicht auf die Schwere und das Stadium seiner Krankheit selbst entscheiden kann, welche ärztlichen Behandlungen an ihm vorgenommen werden dürfen, kann auch in einer Patientenverfügung im Voraus eine solche Entscheidung getroffen werden.

Die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts zur Überprüfung von Entscheidungen des Betreuers bei Untersuchungen des Gesundheitszustands, einer Heilbehandlung oder einem ärztlichen Eingriff wird für die Fälle geregelt, in denen die Gefahr besteht, dass der Betroffene im Falle des Unterbleibens oder des Abbruchs der Maßnahme stirbt oder einen schweren oder länger andauernden gesundheitlichen Schaden erleidet und zwischen behandelndem Arzt und Betreuer unterschiedliche Auffassungen über den Patientenwillen bestehen. Die Stellung eines von dem Betroffenen Bevollmächtigten wird gestärkt und von einer Genehmigungsbedürftigkeit seiner Entscheidungen abgesehen. Die jedermann zustehende Möglichkeit der Anrufung des Vormundschaftsgerichts zur Missbrauchskontrolle bleibt unberührt.

5. Haltung der Landesjustizverwaltungen und der beteiligten Fachkreise und Verbände

....

6. Kosten

Durch die Erweiterung der Genehmigungsbedürftigkeit von Betreuerentscheidungen bei ärztlichen Maßnahmen sind zusätzliche Verfahren bei den Gerichten zu erwarten, die zu Mehrkosten für Bund und Länder führen werden. Der Umfang ist nicht abschätzbar, da repräsentative Daten über den Umfang der Entscheidungen von Betreuern über die Nichteinwilligung oder den Widerruf von Einwilligungen in ärztliche Maßnahmen fehlen. Kostenbelastungen für die Wirtschaft sowie Auswirkungen des Gesetzes auf Einzelpreise, auf das Preisniveau und insbesondere das Verbraucherpreisniveau sind nicht zu erwarten.

7. Gesetzgebungszuständigkeit

Die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes folgt aus Artikel 74 Abs. 1 Nr. 1 des Grundgesetzes (Bürgerliches Recht, gerichtliches Verfahren). Eine bundesrechtliche Regelung ist im Sinne von Art. 72 Abs. 2 GG zur Wahrung der Rechtseinheit erforderlich, da andernfalls eine Rechtszersplitterung zu befürchten wäre, die im Interesse sowohl des Bundes als auch der Länder nicht hingenommen werden kann. Eine isolierte landesrechtliche Teilregelung eines kleinen Teilbereichs des ansonsten bundesweit einheitlichen Betreuungsrechts führte zu

erheblichen Rechtsunsicherheiten, die im Interesse des Bundes und der Länder nicht hingenommen werden kann..

B. Einzelbegründung

Zu Artikel 1 (Änderungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs)

Zu Nummer 1 (Einfügung von § 1901a BGB)

§ 1901a Abs. 1 BGB führt das Rechtsinstitut der Patientenverfügung als Willensäußerung zu medizinischen Maßnahmen für den Fall der Einwilligungsunfähigkeit in das bürgerliche Recht ein und legt fest, dass diese Willensäußerungen auch nach Eintritt der Einwilligungsunfähigkeit fortgelten, sofern keine Anhaltspunkte für einen Widerruf der Patientenverfügung vorliegen. Das Recht jedes Menschen auf Selbstbestimmung gebietet es dabei, den in einer Patientenverfügung im Voraus geäußerten Willen eines Menschen ebenso zu achten wie den Willen eines aktuell einwilligungsfähigen Menschen.

Durch die Fortgeltung einer nicht widerrufenen Willensäußerung nach eingetretener Einwilligungsunfähigkeit wird das Recht eines entscheidungsfähigen Patienten anerkannt, sein Selbstbestimmungsrecht durch eine vorausschauende Verfügung auszuüben, ohne dass damit Aussagen dazu getroffen werden können, welche Wirkungen diese Fortgeltung bezogen auf eine in der Zukunft konkret anstehende medizinische Maßnahme entfaltet.

Auch die in zeitlicher Nähe zu einem mit einer Anästhesie verbundenen ärztlichen Eingriff erklärte Einwilligung des Patienten ist streng genommen eine Patientenverfügung, da der durch die Einwilligung legitimierte ärztliche Eingriff erst vorgenommen wird, wenn der Patient anästhesiebedingt nicht mehr einwilligungsfähig ist. Dennoch werden solche Einwilligungen wegen der Zeitnähe und Bezogenheit auf eine konkrete ärztliche Maßnahme in der Regel als „aktuelle Einwilligungen“ bezeichnet. Dabei ist unstrittig, dass auch bei solchen zeitnahen und auf einen konkreten Eingriff bezogenen Einwilligungen jederzeit, d.h. bis zum Wirksamwerden der Anästhesie, ein Widerruf möglich sein muss, der dem Eingriff die Legitimation entzieht und beachtet werden muss. Häufig wird jedoch von einer Patientenverfügung und nicht von einer „aktuellen Nichteinwilligung“ gesprochen, wenn ein Patient in eine konkrete ärztliche Maßnahme nicht einwilligt und zeitnah dazu gerade wegen des nicht durchgeführten Eingriffs seine Einwilligungsfähigkeit verliert; beispielsweise wenn ein Dialysepatient nach mehreren Dialysen weitere Dialysebehandlungen ablehnt.

Bereits diese Beispiele zeigen, dass die Fortgeltung einer Patientenverfügung lediglich die Voraussetzung für die nur im Einzelfall zu treffende Beurteilung ist, ob die Willensäußerung als vorweg genommene Einwilligung oder Nichteinwilligung in eine später anstehende medizinische Behandlung oder lediglich als Indiz für den auf eine spätere Behandlungssituation bezogenen mutmaßlichen Willen anzusehen ist. Die Fortgeltung des in einer Patientenverfügung geäußerten Willens über den Zustand der Einwilligungsfähigkeit des Verfassers hinaus erkennt damit zunächst nur ausdrücklich die Möglichkeit vorausschauend selbstbindender Willensäußerungen an. Das bezieht sich auch auf Willensäußerungen, denen die Beachtung und Durchsetzung von vorn herein zu versagen ist, weil sie die Grenzen zulässiger Selbstbestimmung überschreiten, etwa weil sie ein Tötungsverlangen beinhalten.

Der Entwurf sieht bewusst davon ab, Formvorschriften als Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Patientenverfügung festzulegen:

Ob Willensäußerungen in einer Patientenverfügung zu beachten und durchzusetzen sind, kann nicht von einer bestimmten Form abhängig gemacht werden. Das würde der Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen nicht gerecht. Weder dürften Formmängel zu einer Unbeachtlichkeit der Willensäußerung führen, noch wäre es zu rechtfertigen, trotz einer eindeutig nachweisbaren, konkreten und situationsbezogenen, aber mit einen Formmangel behafteten Willensäußerung anstelle einer autonomen Entscheidung des Betroffenen eine Vertreterentscheidung zu fordern. Deshalb wäre es nicht zu rechtfertigen, mit einem Formmangel behaftete Patientenverfügungen als formnichtig und damit unbeachtlich anzusehen. Zudem müssen Änderungen und der Widerruf einer Patientenverfügung jederzeit möglich sein und dürfen nicht durch Formerfordernisse erschwert werden.

Die Form einer Patientenverfügung ist auch nicht entscheidend dafür, ob der Inhalt der Verfügung als vorweggenommene Einwilligung oder Nichteinwilligung in eine ärztliche oder begleitende Maßnahme anzusehen oder lediglich als Indiz für den mutmaßlichen Patientenwillen zu werten ist. Auch darüber bestimmt allein der nachweisbare Verfügungsinhalt bezogen auf die anstehende Behandlungssituation. Ungeachtet der mit der Einführung von Formvorschriften im Übrigen verbundenen Probleme würden Formvorschriften eine Scheinsicherheit hervorrufen, mit der Einhaltung einer bestimmten Form die Gewähr für die Beachtlichkeit und Durchsetzbarkeit des Verfügungsinhaltes geben zu können.

Ob eine Patientenverfügung in schriftlicher oder mündlicher Form erstellt wurde, ist vielmehr eine Frage des Nachweises des Verfügungsinhaltes (Zeugen- oder Urkundenbeweis). Das gilt in gleicher Weise für die Erstellung einer Patientenverfügung wie für deren Änderung und

einen Widerruf. Auch ohne Abhängigkeit der Wirksamkeit einer Patientenverfügung von einer bestimmten Form ist die schriftliche Form deshalb sowohl bei der Abfassung als auch der Änderung oder dem Widerruf einer Patientenverfügung empfehlenswert. Davon gehen auch die in der Praxis vielfältig angebotenen Informationen, Handreichungen und Muster für Patientenverfügungen aus.

In Absatz 2 wird klargestellt, dass der Betreuer den in einer Patientenverfügung geäußerten Willen des Betreuten

- zu beachten hat,
- vom Betreuten in der Patientenverfügung bereits getroffene Entscheidungen über die Durchführung oder Verweigerung bestimmter ärztlicher Maßnahmen durchzusetzen hat,
- die Beachtung und Durchsetzung des in der Patientenverfügung geäußerten Willens nur nur erfolgen kann, soweit es dem Betreuer zumutbar ist.

Der Betreuer hat die Patientenverfügung unabhängig davon zu beachten, ob in der Patientenverfügung auf die konkrete Behandlungssituation bezogene Festlegungen getroffen wurden oder lediglich allgemeine Behandlungswünsche geäußert wurden. Wurden in der Patientenverfügung keine auf die konkrete Behandlungssituation bezogenen Festlegungen getroffen, ist es Aufgabe des Betreuers, an Stelle des Betreuten über die Einwilligung in eine medizinische oder pflegerische Behandlung zu entscheiden. In diesem Fall ist die Patientenverfügung als ein Indiz zur Ermittlung des mutmaßlichen Patientenwillens heranzuziehen, auf dessen Grundlage der Betreuer über seine Einwilligung oder Nichteinwilligung in eine bestimmte Behandlung des Betreuten entscheidet. Zudem können in einer Patientenverfügung auch weitergehende Wünsche für den Krankheitsfall geäußert werden, zum Beispiel hinsichtlich der Behandlung in einem bestimmten Krankenhaus oder durch einen bestimmten Arzt oder hinsichtlich des Beistandes durch bestimmte nahestehende Personen oder Vertreter einer Glaubensgemeinschaft. Auch solche Wünsche hat der Betreuer zu beachten.

Hat der Patient in seiner Patientenverfügung bereits Entscheidungen zu medizinischen Maßnahmen getroffen, ist eine Einwilligung des Betreuers in die anstehende ärztliche Behandlung nicht erforderlich, da der Betreute diese Entscheidung bereits selbst getroffen hat. Nach Absatz 2 Satz 3 liegt eine solche Entscheidung vor, wenn die Patientenverfügung eine Einwilligung oder Nichteinwilligung in bestimmte Untersuchungen des Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe enthält, die ausdrücklich oder nach Auslegung der Patientenverfügung auf die konkrete Entscheidungssituation anwendbar sind. Aufgabe des Betreuers ist es in diesen Fällen, für die Durchsetzung der vom Betreuten getroffenen Entscheidung Sorge zu tragen, ihr – wie es in dem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom

17. März 2003 heißt – „Ausdruck und Geltung zu verschaffen“. Diese gesetzliche Klarzustellung ist erforderlich, weil Rechtslehre und Rechtsprechung auch Patientenverfügungen, welche die konkrete Behandlungssituation betreffen, zum Teil nur als ein Indiz bei der Ermittlung des im Zeitpunkt der Behandlung anzunehmenden mutmaßlichen Patientenwillens werten und eine Einwilligung des Betreuers in die ärztliche Behandlung fordern, obwohl der (betreute) Patient diese Entscheidung bereits selbst getroffen hat. Dies wird dem das Betreuungsrecht prägenden Grundsatz der Erforderlichkeit nicht gerecht.

Eine Beachtung und Durchsetzung des Patientenwillens ist dem Betreuer nach Absatz 2 Satz 1 nicht zuzumuten, wenn nicht oder nur unter unverhältnismäßigem Aufwand zu beseitigende örtliche, finanzielle oder versorgungstechnische Hindernisse entgegenstehen oder wenn der Patientenwille auf ein gesetzlich oder arztrechtlich verbotenes Tun gerichtet ist. Letzteres ist der Fall, wenn um aktive Sterbehilfe oder um eine ärztliche Maßnahme gebeten wird, die mit dem Berufsethos des Arztes, insbesondere wegen Missachtung der ärztlichen Indikation, nicht vereinbar ist. Sieht sich der Betreuer durch seine persönlichen, ethischen oder religiösen Auffassungen an der Beachtung und Durchsetzung des Willens des Betreuten gehindert, sind diese Auffassungen zu achten, führen aber nicht zur Unzumutbarkeit der Beachtung und Durchsetzung des Patientenwillens. Der Betreuer hat dann die Möglichkeit und - im Hinblick auf die Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Betreuten - die Verpflichtung, beim Vormundschaftsgericht die Bestellung eines Ergänzungsbetreuers anzuregen (§1899 BGB) oder gegebenenfalls seine Entlassung zu verlangen (§1908b Abs. 2 BGB). Entsprechende Anregungen können auch von jedem Dritten an das Vormundschaftsgericht herangetragen werden.

§ 1901a Abs. 2 Satz 2 BGB stellt klar, dass die Verpflichtungen nach Satz 1 unabhängig davon bestehen, ob die Grunderkrankung des Betreuten bereits einen irreversibel tödlichen Verlauf angenommen hat. Entgegen der Auffassung des Bundesgerichtshofs im Beschluss vom 17. März 2003 kann für das Verlangen des Betreuers, eine medizinische indizierte Behandlung nicht durchzuführen oder einzustellen, auch dann Raum sein, wenn das Grundleiden des Betroffenen noch keinen irreversibel tödlichen Verlauf angenommen hat und durch die Behandlung das Leben des Betroffenen erhalten oder verlängert werden könnte. Ebenso wie der in der aktuellen Situation entscheidungsfähige Patient ohne Rücksicht auf die Art und den Verlauf seiner Erkrankung selbst darüber befinden kann, ob und ggf. welche ärztlichen Maßnahmen an ihm vorgenommen werden dürfen, ist es Ausfluss seines verfassungsrechtlich verbürgten Selbstbestimmungsrechts, eine solche Entscheidung auch im Voraus für den Fall seiner Entscheidungsunfähigkeit treffen und von seinem Vertreter die Durchsetzung seines Willens erwarten zu können.

Das steht auch im Einklang mit dem Beschluss des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 13. September 1994 (BGHSt 40, 257) :
Nach dieser Entscheidung ist der Wille des Patienten für die Beurteilung der Zulässigkeit einer ärztlichen Behandlung oder Maßnahme auch dann maßgebend, wenn der Sterbevorgang noch nicht eingesetzt hat. Der Abbruch einer lebenserhaltenden Maßnahme ist danach bei entsprechendem Patientenwillen als Ausdruck der allgemeinen Entscheidungsfreiheit und des Rechts auf körperliche Unversehrtheit grundsätzlich zulässig. Für den Fall, dass kein ausdrücklich erklärter Wille in Bezug auf die ärztliche Behandlung oder Maßnahme vorliegt, ist der mutmaßliche Wille des Patienten zu ermitteln, wie er sich nach sorgfältiger Abwägung aller Umstände darstellt. Frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen sind bei Ermittlung des mutmaßlichen Patientenwillens zu berücksichtigen. Das Kriterium des unumkehrbar tödlichen Verlaufs des Grundleidens für die Beachtlichkeit des Patientenwillens wird in dieser Entscheidung nicht aufgestellt.

Nicht gefolgt werden kann deshalb auch den Empfehlungen des Zwischenberichts der Enquete- Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“, nach denen die Wirksamkeit einer Patientenverfügung mit Willensäußerungen zum Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen nicht nur davon abhängen soll, dass ein irreversibler Verlauf des Grundleidens vorliegt, sondern auch, dass dieses Grundleiden trotz medizinischer Behandlung nach ärztlicher Erkenntnis zum Tode führen wird. Damit bestünde ein mit dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen nicht zu vereinbarender Behandlungszwang außerhalb der empfohlenen Reichweite sowohl bei entgegenstehenden schriftlichen oder mündlichen situationsbezogenen Willensäußerungen als auch bei festgestellten konkreten Anhaltspunkten für einen entgegenstehenden mutmaßlichen Patientenwillen. Ist das Grundleiden irreversibel und führt auch eine denkbare medizinische Behandlung zum Tode, wird oft schon die ärztliche Indikation der Maßnahme zweifelhaft sein. Eine sichere ärztliche Todesprognose trotz Behandlung wird zudem beispielsweise bei vielen Krebserkrankungen, Organversagen (Niere, Herz) nicht möglich sein. Für den Fall einer eintretenden Einwilligungsunfähigkeit wären dann bei einwilligungsunfähigen Patienten im Gegensatz zu einwilligungsfähigen Patienten beispielsweise Chemotherapien, Dialysen, Transplantationen und andere Operationen zwangsweise durchzuführen. Für demente und komatöse Betroffene hätte das zur Folge, dass sie in jedem Fall zwangsweise zu ernähren, zu beatmen, mit Flüssigkeit zu versorgen, an Herz-Lungen-Maschinen anzuschließen wären, und darüber hinaus, dass Begleitkomplikationen, die nicht von vornherein lebensbedrohlich sind, auch gegen den Willen des Patienten zu behandeln wären. So wird beispielsweise nicht selten festgelegt, dass bei begleitend zum Grundleiden eintretende Lungenentzündungen, Hirnblutungen und ähnlichem keine kurative

Therapie erfolgen soll, sondern das Therapieziel hin zu einer ausschließlich palliativmedizinischen Zielsetzung geändert werden soll.

Würde sich der behandelnde Arzt in diesen Konstellationen über den Patientenwillen hinwegsetzen, wie dies nach Auffassung der Enquete-Kommission offenbar geboten erscheint, könnte nicht einmal das Risiko strafrechtlicher Verfolgung des Arztes ausgeschlossen werden. Zumindest invasive Behandlungsmethoden bedürfen grundsätzlich der wirksamen Einwilligung durch den Patienten, um nicht als Körperverletzung gewertet zu werden.

Zu Nummer 2 (§ 1901b BGB)

Es handelt sich um eine Folgeänderung der Einfügung eines neuen § 1901a BGB.

Zu Nummer 3 (Änderung von § 1904 BGB)

Zu § 1904 BGB

Bisher fehlt eine gesetzliche Regelung dazu, ob und ggf. wann eine Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung des Betreuers in ärztlich indizierte Maßnahmen einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf, wenn die begründete Gefahr besteht, dass das Unterbleiben oder der Abbruch der Maßnahme dazu führt, dass der Betreute stirbt oder einen schweren und länger andauernden gesundheitlichen Schaden erleidet. Lebenserhaltende Maßnahmen können u.a. eine Operation, die künstliche Flüssigkeits- und Nahrungszufuhr, die z.B. durch die Speiseröhre (Magensonde) oder Bauchdecke (PEG) in den Magen oder intravenös gegeben wird, die maschinelle Beatmung, die Dialyse, die Bekämpfung einer zusätzlich auftretenden Krankheit (Lungenentzündung, Infektion u.a.) sowie Maßnahmen der Reanimation sein.

§ 1904 BGB ist in der geltenden Fassung auf diese Fälle weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar. Die Regelung bezieht sich auf Einwilligungen in ärztliche Maßnahmen, die darauf gerichtet sind, dem Betreuten Leben und Gesundheit zu erhalten, aber das Risiko des tödlichen Misslingens mit sich bringen. Dagegen tritt bei dem Unterlassen oder dem Abbruch lebenserhaltender oder anderer zur Erhaltung der Gesundheit erforderlicher Maßnahmen der Tod oder ein schwerer und länger andauernder gesundheitlicher Schaden des Betreuten als Folge des Behandlungsverzichts krankheitsbedingt ein. Der XII. Zivilsenat des

Bundesgerichtshofs hat in seinem Beschluss vom 17. März 2003 im Wege der Rechtsfortbildung entschieden, dass der Betreuer das Vormundschaftsgericht nur in solchen Konfliktfällen einschalten muss, in denen er die Einwilligung in eine ärztlicherseits angebotene lebenserhaltende Maßnahme verweigert, und hat dem Gesetzgeber insoweit eine gesetzliche Regelung nahegelegt.

Mit der Neuregelung wird § 1904 BGB insgesamt klarer gefasst. Der Anwendungsbereich wird erweitert, indem die grundsätzlich zustimmungspflichtigen Entscheidungen des Betreuers auf die Fälle erstreckt werden, in denen die Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung des Betreuers zum Tod oder zu schweren und länger andauernden Schäden des Betreuten führen kann. Von der Zustimmungspflicht ausgenommen werden die Entscheidungen des Betreuers nur in den Fällen, in denen zwischen Arzt und Betreuer übereinstimmende Auffassungen über den konkret behandlungsbezogenen mutmaßlichen Patientenwillen bestehen. Die Stellung des Bevollmächtigten wird gestärkt und unbeschadet einer Einschaltung des Vormundschaftsgerichts im Wege der Missbrauchskontrolle von einer Genehmigungsbedürftigkeit seiner Entscheidungen abgesehen.

Der Entwurf sieht bewusst davon ab, die Umsetzung der in einer Patientenverfügung getroffenen Festlegungen von der vorherigen Beratung durch eins Ethik-Konsil abhängig zu machen. Das stellt nicht in Frage, dass es sinnvoll sein kann, dass sich sowohl der behandelnde Arzt als auch der Betreuer bei ihrer Entscheidungsfindung mit Dritten beraten. Das können sowohl Angehörige, andere dem Patienten nahestehende Personen, Vertreter des Behandlungsteams oder früher behandelnde Ärzte, wie der Hausarzt, sein. Die Einbeziehung welcher Personen im Einzelfall sinnvoll sein kann, entzieht sich jedoch einer gesetzlichen Regelung. Zudem ist auch bei Beratungen mit Dritten der Wille des Patienten zur Weitergabe persönlicher krankheitsrelevanter Daten zu achten.

Gegen eine Pflicht zur Beratung des behandelnden Arztes und des gesetzlichen Vertreters mit Dritten spricht zudem, dass Dritten keine Entscheidungsverantwortung bei der Beachtung und Umsetzung des Patientenwillens obliegt. Zudem kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Verknüpfung einer konsiliarischen Beratung mit dem Verfahren zur Umsetzung einer Patientenverfügung Fragen nach der Legimitation der Mitglieder des Konsils, nach deren fachlicher Qualifikation, ihrer Unabhängigkeit sowie auch der Überprüfbarkeit und Transparenz der Konsilentscheidung aufwirft und dass eine damit erforderlich werdende Institutionalisierung von konsiliarischen Gremien in den betroffenen medizinischen Institutionen an Kapazitätsgrenzen stoßen dürfte. Das gilt umso mehr, als eine konsiliarische Beratung nicht nur – wie von der Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“ empfohlen

- zur Ermittlung des Patientenwillens bei einem festgelegten Behandlungsverzicht sinnvoll sein kann, sondern auch bei Forderungen nach Ausschöpfung aller medizinischen Möglichkeiten sowie bei einer vorweggenommenen Einwilligung in besonders riskante Operationen.

Zu § 1904 Abs. 1 BGB

§ 1904 Abs. 1 bleibt unverändert.

Zu § 1904 Abs. 2 BGB

§ 1904 Abs. 2 BGB regelt die Zustimmungsbedürftigkeit von Entscheidungen des Betreuers, mit denen die Einwilligung in bestimmte medizinisch angezeigte Maßnahmen entsprechend dem mutmaßlichen Willen des Betreuten nicht erteilt oder eine früher erteilte Einwilligung widerrufen werden soll. Erfasst sind Entscheidungen des Betreuers über die Nichteinwilligung oder den Widerruf der Einwilligung, wenn das Unterbleiben oder der Abbruch der Maßnahme die begründete Gefahr des Todes oder des Eintritts schwerer undlänger andauernder Schäden des Betreuten in sich birgt. Ob eine solche begründete Gefahr besteht, beurteilt sich nach den gleichen Maßstäben wie nach Absatz 1 (vgl. BT- Drs. 11/4528 S. 140-142). Soweit ein dringendes Bedürfnis für ein unverzügliches Einschreiten des Gerichts besteht, welches ein Abwarten bis zur endgültigen Entscheidung nicht gestattet, können vorläufige Anordnungen nach allgemeinen Grundsätzen ergehen (Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 15.Auflage, § 19 Rdnr. 30). Für Anordnungen des Beschwerdegerichts findet § 24 Abs. 3 FGG Anwendung."

Zu § 1904 Abs. 3 BGB

Von der nach Absatz 1 und 2 grundsätzlich bestehenden Genehmigungspflicht sollen Betreuerentscheidungen nur dann befreit sein, wenn sowohl der Arzt als auch der Betreuer keinen Zweifel daran haben, dass die Entscheidung des Betreuers über die Einwilligung, die Nichteinwilligung oder den Widerruf der Einwilligung dem mutmaßlichen Patientenwillen entspricht. Die Pflicht, dieses Einvernehmen zu dokumentieren, ergibt sich aus dem ärztlichen Berufsrecht (vgl. insoweit die standesrechtlichen Vorschriften, unter anderem in § 10 der Musterberufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte).

Zur Feststellung des mutmaßlichen Willens bedarf es individueller, konkreter, aussagekräftiger Anhaltspunkte. Als solche hat der Bundesgerichtshof (vgl. BGHSt 35, 246, 249; 40, 257)

frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen des Patienten, seine religiöse Überzeugung, seine sonstigen persönlichen Wertvorstellungen, seine altersbedingte Lebenserwartung oder das Erleiden von Schmerzen angenommen. In der konkreten Situation der Ermittlung des mutmaßlichen Willens sind Aussagen von Vertrauenspersonen, Angehörigen und Zeugen hilfreich. Kann ein auf die Durchführung, die Nichteinleitung oder die Beendigung einer ärztlichen Maßnahme gerichteter Wille des Betreuten nicht festgestellt werden, gebietet es das hohe Rechtsgut auf Leben, entsprechend dem Wohl des Betreuten zu entscheiden und dabei dem Schutz seines Lebens Vorrang einzuräumen.

Während bei unterschiedlichen Auffassungen des behandelnden Arztes und des Betreuers über den Behandlungswillen des Betreuten die Einschaltung des Vormundschaftsgerichts zum Schutz des Betreuten der Kontrolle dient, ob die Entscheidung des Betreuers über die Einwilligung nach Absatz 1 und über die Verweigerung oder den Widerruf der Einwilligung nach Absatz 2 tatsächlich dem ermittelten mutmaßlichen Patientenwillen entspricht, ist eine Einschaltung des Vormundschaftsgerichts zur Überprüfung der Betreuerentscheidung nicht geboten, wenn weder Arzt noch Betreuer Zweifel an dem mutmaßlichen Behandlungswillen des Betreuten haben. Zum einen sichert in diesen Fällen bereits der erforderliche Konsens zwischen behandelndem Arzt und Betreuer, dass eine wechselseitige Kontrolle der Entscheidungsfindung stattfindet. Zum anderen entbehrt ein generalisierender Missbrauchsverdacht gegen den behandelnden Arzt und den Betreuer jeder Grundlage. Einer dennoch in Ausnahmefällen nicht gänzlich auszuschließenden Missbrauchsgefahr durch rechtsmissbräuchliches Zusammenwirken von behandelndem Arzt und Betreuer zum Nachteil des Betreuten wird dadurch wirksam begegnet, dass jeder Dritte, sei es ein Angehöriger, ein Mitglied des Behandlungsteams oder eine andere dem Patienten nahestehende Person, aufgrund des Amtermittlungsprinzips im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit jederzeit eine vormundschaftsgerichtliche Kontrolle der Betreuerentscheidung in Gang setzen kann. Außerdem geht auch von Strafrecht eine wirksame Prävention aus; denn bei zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkten für ein sachfremdes oder gar kollusives Zusammenwirken müssen Arzt und Betreuer mit einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren wegen eines Körperverletzungs- oder gar Tötungsdelikts rechnen.

Liegt kein Verdacht auf einen Missbrauch vor, soll die Umsetzung des Patientenwillens zudem nicht durch ein - sich ggf. durch mehrere Instanzen hinziehendes- vormundschaftsgerichtliches Verfahren belastet werden, das die Durchsetzung des Patientenwillens erheblich verzögert, da für die Dauer des Verfahrens die in Rede stehenden Maßnahmen in der Regel zunächst nicht eingeleitet werden können oder eingeleitet oder fortgeführt werden müssten

und damit massiv in das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen eingegriffen wird. Das gilt sowohl für die Einwilligung des Betreuers in eine Maßnahme nach § 1904 Abs. 1 als auch die Nichteinwilligung oder den Widerruf der Einwilligung nach Absatz 2.

Zu § 1904 Abs. 4 BGB

§ 1904 Abs. 4 BGB regelt die Zustimmungsbedürftigkeit entsprechender Entscheidungen des Bevollmächtigten. Der XII. Zivilsenat des BGH hat die Genehmigungsbedürftigkeit von Entscheidungen des Betreuers aus einem „unabweisbaren Bedürfnis des Betreuungsrechts“ abgeleitet. Während dem Betreuer seine Vertretungsmacht durch einen staatlichen Akt verliehen wird, beruht die Vertretungsmacht des Bevollmächtigten auf einem privatrechtlichen Vertretungsauftrag. Die Erteilung von Vorsorgevollmachten ist nach ganz allgemeiner Auffassung zu fördern und die Stellung des Bevollmächtigten zu stärken. Der Patient soll daher die Einschaltung des Vormundschaftsgerichts vermeiden können, wenn er eine von ihm ausgewählte Person ausdrücklich und schriftlich ermächtigt, auch über ärztliche Maßnahmen nach Absatz 1 oder 2 zu entscheiden.

Entscheidungen eines durch staatlichen Akt bestellten Betreuers in existentiellen Angelegenheiten des Betreuten sind damit durch die Einführung von Genehmigungserfordernissen umfassender zu kontrollieren als Entscheidungen eines Bevollmächtigten, den der Patient in Ausübung seiner grundrechtlich gewährleisteten Privatautonomie selbst beauftragt hat. Die jedermann zustehende Möglichkeit, das Vormundschaftsgericht zur Missbrauchskontrolle anzurufen und anzuregen, einen Betreuer zur Kontrolle des Bevollmächtigten (§ 1896 Abs. 3 BGB) einzusetzen, wird von der vorgeschlagenen Regelung nicht berührt. Daher unterliegen Entscheidungen eines Bevollmächtigten ebenfalls einer Kontrolle durch das Vormundschaftsgericht, wenn beispielsweise der Arzt, Mitglieder des Behandlungsteams oder Angehörige der Auffassung sind, dass der Bevollmächtigte nicht im Sinne des Vollmachtgebers handelt.

Zu Artikel 2 (Änderung des Gesetzes über die Freiwillige Gerichtsbarkeit)

Zu Nummer 1 (Änderung von § 67 Abs. 1 Satz 5 FGG)

§ 67 will den Schutz der Rechte des Betroffenen stärken und die Wahrung seiner Belange im Verfahren gewährleisten. Unter Berücksichtigung der Bedeutung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts in den Fällen des § 1904 Abs. 2 BGB wird in Abs. 1 Satz 5 der Vorschrift die Bestellung eines Verfahrenspflegers zwingend vorgeschrieben.

Zu Nummer 2 (Änderung von § 69d Abs. 2 FGG)

§ 69d regelt, welche besonderen Verfahrensvorschriften bei der Erteilung von vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungen zu beachten sind.
In Absatz 2 sind im Einzelnen die Ermittlungen für eine Genehmigung nach § 1904 BGB geregelt, an denen auch unter Berücksichtigung der geänderten Fassung der Vorschrift festgehalten wird. Das Gericht hat danach ein Sachverständigengutachten einzuholen sowie die Beteiligten nach Maßgabe des § 68a Satz 3 und – bei entsprechenden Anhaltspunkten – nach Satz 4 anzuhören. Dass sich das Gericht im Übrigen von dem Betroffenen selbst einen Eindruck zu verschaffen hat, folgt aus § 69d Abs. 1 Satz 2.

Die Änderungen in Absatz 2 Satz 1 sind daher notwendige verfahrensrechtliche Folgeänderungen.

In Absatz 2 Satz 3 wird von dem allgemeinen Grundsatz in Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, wonach die Verfügung des Gerichts mit Bekanntgabe an den jeweiligen Beteiligten wirksam wird, insofern abgewichen, als die Wirksamkeit der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach § 1904 Abs. 2 BGB-E erst zwei Wochen nach Bekanntgabe an den Betreuer sowie den Verfahrenspfleger eintritt. Da die bei einer Genehmigung des Gerichts in den Abbruch oder die Nichteinleitung lebenserhaltener oder -verlängernder Maßnahmen gebotenen ärztlichen Handlungen regelmäßig nicht reversibel sind, kann nur so ein effektiver Rechtsschutz für die am Verfahren formell und materiell Beteiligten gewährleistet werden.

Zu Nummer 3 (Änderung von § 69g Abs. 1 Satz 1 FGG)

Allgemein regelt § 20 die Befugnis zur Einlegung der Beschwerde. § 69g Abs. 1 enthält, ebenso wie Abs. 2, eine Sonderregelung, die den Kreis der Beschwerdeberechtigten in bestimmten Fällen ergänzt. Um dem Genehmigungserfordernis nach § 1904 Abs. 2 BGB-E auch verfahrensrechtlich die angemessene Bedeutung zukommen zu lassen und um den notwendigen „Gleichklang“ zu § 69d herzustellen, ist § 69g Abs. 1 Satz 1 um diese Fallkonstellation erweitert worden.

Zu Artikel 3 (Inkrafttreten)

Das Gesetz soll so schnell wie möglich in Kraft treten, um die Rechtssicherheit für die beteiligten Patienten, Betreuer, Bevollmächtigte, aber auch Ärzte zu erhöhen.

Die rechtlichen Grundsätze für die „Sterbehilfe“ sind seit langem in Wissenschaft, Praxis und Rechtsprechung umstritten. Ende 2004 haben das Bundesjustizministerium und die Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“ des Bundestags Gesetzentwürfe vorgelegt, die sich in zentralen Fragen erheblich unterscheiden. Erfolgreich wird ein Gesetz nur sein, wenn man sich zuvor Klarheit verschafft, worum es bei der „Sterbehilfe“ geht und wie die geltende Rechtslage ist. Volker Lipp untersucht deshalb eingehend das geltende Recht der „Sterbehilfe“ und setzt sich auf dieser Grundlage mit den aktuellen Gesetzgebungsvorschlägen detailliert auseinander.

GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT
GÖTTINGEN

ISBN 3-930457-74-1

Universitätsdrucke Göttingen