



Fachbereich Rechtspflege

Die Patientenverfügung – Gesetzliche Neuregelung durch das 3. BtÄndG

Sophie Warmuth
Susanne Sonnenfeld (Hrsg.)

Beiträge aus dem Fachbereich Rechtspflege
Nr. 01/2010

Herausgeber: Dekan des Fachbereichs Rechtspflege

Gliederung

- A. Einführung
 - I. Bedeutung der Patientenverfügung
 - II. Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts
- B. Grundsatz der Patientenautonomie bei dem einwilligungsfähigen Patienten
- C. Wahrnehmung des Selbstbestimmungsrechts bei dem einwilligungsunfähigen Patienten vor Inkrafttreten des 3. BtÄndG
 - I. Die Patientenverfügung – ein antizipiert geäußerter Wille?
 - 1. Rechtliche Einordnung
 - 2. Wirksamkeitsvoraussetzungen
 - 3. Gültigkeitsdauer/Widerruf
 - 4. Verbindlichkeit der Patientenverfügung
 - a) Indizwirkung
 - b) Antizipierte Erklärung
 - c) Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 17.03.2003
 - II. Reichweitenbeschränkung
 - 1. Zeitliche Beschränkung
 - 2. Ausschluss bestimmter Patientengruppen?
 - III. Kompetenz des Stellvertreters
 - 1. Notwendigkeit einer Betreuerbestellung?
 - 2. Aufgabenkreis des Betreuers
 - 3. Auslegung der Patientenverfügung
 - 4. Verwirklichung des Patientenwillens
 - 5. Rechtslage bei Fehlen einer Patientenverfügung
 - IV. Die Problematik der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung
 - 1. Genehmigungsbedürftigkeit bei Ablehnung einer lebensverlängernden Maßnahme?
 - 2. Genehmigungserfordernis auch bei Vorliegen einer Patientenverfügung?
 - 3. Genehmigungsverfahren
 - 4. Genehmigungserfordernis bei Vorhandensein eines Bevollmächtigten?
- D. Die gesetzliche Neuregelung der Patientenverfügung nach dem 3. BtÄndG
 - I. Begriff und Errichtung der Patientenverfügung
 - 1. Verankerung im Betreuungsrecht
 - 2. Definition der Patientenverfügung

3. Wirksamkeitsvoraussetzungen
 - a) Einwilligungsfähiger Volljähriger
 - b) Einführung des Schriftformerfordernisses
 - c) Entscheidung über bestimmte ärztliche Maßnahmen
 - d) Vorherige ärztliche Aufklärung
 - e) Keine Verpflichtung zur Errichtung

- II. Gültigkeitsdauer und Widerruf der Patientenverfügung
 1. Keine notwendige Aktualisierung
 2. Widerrufbarkeit

- III. Wirkung der Patientenverfügung
 1. Verbindliche Außenwirkung?
 2. Keine Reichweitenbegrenzung

- IV. Kompetenz des Stellvertreters
 1. Rechtslage bei Vorhandensein einer wirksamen Patientenverfügung
 - a) Vertretung oder Botenstellung?
 - b) Prüfungsumfang
 - c) Gespräch zur Feststellung des Patientenwillens
 - d) Verwirklichung des Patientenwillens
 2. Rechtslage bei Fehlen einer wirksamen Patientenverfügung
 - a) Der Behandlungswunsch nach § 1901a Abs. 2 BGB
 - b) Prüfungsumfang des Vertreters
 - c) Verwirklichung des festgestellten Patientenwillens
 - d) Mutmaßlicher Wille nicht feststellbar

- V. Das betreuungsgerichtliche Genehmigungserfordernis
 1. Notwendigkeit einer gerichtlichen Genehmigung
 2. Genehmigungserfordernis auch bei Vorhandensein einer wirksamen Patientenverfügung?
 3. Genehmigungsverfahren
 4. Rechtliche Stellung des Bevollmächtigten

- E. Fazit/Ausblick

A. Einführung

I. Bedeutung der Patientenverfügung

Ein kaum fassbarer Vorfall in einem deutschen Pflegeheim: Eine 77-jährige Patientin lag fünf Jahre im Wachkoma und wurde durch eine Magensonde künstlich ernährt. Da ihre beiden Kinder sie nicht mehr leiden sehen konnten, schnitten sie den Versorgungsschlauch der Magensonde durch – auf Rat eines Rechtsanwalts, der deshalb wegen versuchten Totschlags zu neun Monaten Freiheitsstrafe verurteilt worden ist¹.

Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Betroffene erlitt eine Hirnblutung, aus der eine schwere Dauerschädigung des Gehirns (Appalisches Syndrom) resultierte. Dies ermöglichte ihr kein personales Dasein mehr. Sie war bettlägerig, schwerst pflegebedürftig, nicht ansprechbar und wurde deshalb in ein Pflegeheim verlegt. In der Zwischenzeit wurden die beiden Kinder zu Betreuern der Betroffenen bestellt.

Da eine Verbesserung ihres Gesundheitszustandes aus medizinischer Sicht nicht mehr zu erwarten war und die Betroffene in einem früheren Gespräch mit ihrer Tochter geäußert hatte, dass sie keine lebensverlängernden Maßnahmen wünsche, sprachen sich ihre Kinder für den Abbruch der lebensverlängernden Maßnahmen aus und widerriefen daher die Zustimmung zur künstlichen Ernährung. Auch der behandelnde Arzt plädierte für einen Behandlungsabbruch, da die ärztliche Indikation für eine weitere Ernährungstherapie ohnehin nicht mehr gegeben war.

Das Pflegeheim weigerte sich allerdings unter Berufung auf das Fehlen einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, dem Verlangen nachzukommen. Daher stellten die Kinder der Betroffenen auf Rat eines Rechtsanwalts die Ernährung selbst ein, nachdem das zuständige Vormundschaftsgericht seine Kontrollzuständigkeit unter Hinweis auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs als nicht gegeben ansah.

Die Kinder der Betroffenen wurden wegen Vorliegen eines Verbotsirrtums gemäß § 17 S. 1 StGB freigesprochen, da sie auf den Rat des Rechtsanwalts vertrauten. Der Rechtsanwalt wurde jedoch trotz fehlender ärztlicher Indikation für eine Weiterbehandlung und Vorhandensein einer mündlichen Patientenverfügung, die vom Gericht ausdrücklich anerkannt

¹ LG Fulda, Urteil v. 30.04.2009, 16 Js 1/08 – 1Ks.

wurde², zu einer Freiheitsstrafe verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde.

Derartige Fälle und sich widerstreitende Gerichtsurteile führten in der Praxis zu großen Unsicherheiten im Umgang mit Patientenverfügungen und machen diese zu einem viel diskutierten Thema.

Die moderne Medizin, geprägt durch den wissenschaftlichen und technischen Fortschritt, verfügt über immer mehr Möglichkeiten zur Behandlung und Lebensverlängerung auch bei schwerst kranken Patienten, für die es noch vor einem halben Jahrhundert keine Rettung mehr gegeben hätte. Dies gibt zumeist Hoffnung, bietet eine Chance für viele Betroffene und wird daher überwiegend dankbar angenommen. Doch gibt es auch Situationen, in denen es vom Patienten nicht mehr gewünscht wird, die zur Verfügung stehenden medizinischen Möglichkeiten voll in Anspruch zu nehmen.

Viele Menschen haben Angst, am Ende ihres Lebens hilflos einer ungewollten medizinischen Intensivbehandlung ausgeliefert zu sein, die auf eine physische Lebenserhaltung ausgerichtet ist, ohne Aussicht auf ein für sie noch lebenswertes und würdevolles Weiterleben zu bieten. Sie befürchten eine Leidens- und Sterbeverlängerung, indem sie mit Hilfe moderner Apparate künstlich an einem Leben festgehalten werden, das sie nicht mehr bewusst erleben können, da das Gehirn und damit das Bewusstsein des Menschen bereits irreversibel geschädigt sind. Daher wächst bei vielen Menschen das Bedürfnis, Vorsorge für einen Zeitpunkt zu treffen, in dem sie selbst zur Bildung und Äußerung eines eigenen Willens nicht mehr in der Lage sind, um ihrem Wunsch auf ein für sie „würdevolles“ Leben und Sterben Ausdruck und Geltung zu verleihen.

Auch die behandelnden Ärzte stehen oftmals vor schwierigen Entscheidungen, da sie, um eine den Wünschen und Wertevorstellungen des Patienten entsprechende Behandlung vornehmen zu können, eben diese kennen müssen. Eine Vorsorgeregelung kann deshalb insbesondere in Grenzsituationen des Lebens von enormer Bedeutung sein.

Das geltende Recht kennt in diesem Zusammenhang drei Vorsorgeinstrumente:

- Die in §§ 1896 Abs. 2 BGB, 1901c S. 2 BGB gesetzlich fixierte *Vorsorgevollmacht*, in welcher der Betroffene einen Menschen seines Vertrauens mit der Wahrnehmung seiner Interessen im Falle der eigenen Handlungsunfähigkeit bevollmächtigt und

² LG Fulda, aaO., S. 26.

zugleich die spätere Bestellung eines gerichtlich bestellten Betreuers entbehrlich macht,

- die in §§ 1897 Abs. 4 S. 3 BGB, 1901c S. 1 BGB ebenfalls gesetzlich normierte *Betreuungsverfügung*, in welcher der Betroffene eine Person mit grundsätzlich bindender Wirkung benennen kann, die das Betreuungsgericht im Falle der Notwendigkeit einer Betreuerbestellung zu seinem gesetzlichen Vertreter zu bestellen hat sowie
- die seit dem 01.09.2009 in § 1901a BGB gesetzlich geregelte *Patientenverfügung*, mit welcher der Betroffene für den Fall der späteren Äußerungsunfähigkeit die Art und Weise der Durchführung einer künftigen ärztlichen Behandlung regeln kann.

Im Rahmen dieser Arbeit wird ausschließlich auf das Instrument der Patientenverfügung eingegangen, welches insbesondere in dem letzten Jahrzehnt als Mittel zur Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten immer mehr an Bedeutung gewann und ebenso kontrovers diskutiert wurde.

II. Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts

Das Recht auf Selbstbestimmung über den eigenen Körper gehört zum Kernbereich der menschlichen Würde und Handlungsfreiheit. Es findet seine verfassungsrechtliche Grundlage sowohl in der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) als auch in der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) sowie in dem Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG)³. Es umfasst ein Recht zur Selbstgefährdung bis hin zur Selbstaufgabe⁴ und schließt damit ein Recht auf Ablehnung lebensverlängernder Maßnahmen unabhängig von der etwaigen ärztlichen Indikation ein, auch wenn dies aus medizinischer Sicht unvernünftig erscheint und zum Tode führen könnte⁵. Jede gegen den Willen des Patienten durchgeführte ärztliche Behandlung stellt nach geltendem Recht eine strafbare Körperverletzung im Sinne des § 223 StGB dar.

³ BT-Drs. 15/3700, S. 15; BT-Drs. 16/8442, S. 16; BVerfGE 52, 131 (168); Holzhauser, FamRZ 2006, 518 (519); Hufen, NJW 2001, 849 (851); Sternberg-Lieben, NJW 1985, 2734; Blandini, BWNotZ 2007, 129 (130).

⁴ Hufen, NJW 2001, 849 (851); Wagenitz, FamRZ 2005, 669 (670).

⁵ BGHZ 90, 103 (106, 111); BGH, NJW 1995, 204 (205); Wagner, in: MünchKomm, § 823 Rz. 729; Vossler, ZRP 2002, 295; Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594 (598); Laufs, NJW 1998, 3399 (3400); Dröge, BtPrax, 1998, 199.

Die Selbstbestimmung über den eigenen Körper kann auch Entscheidungen umfassen, die auf einen Zeitpunkt bezogen werden, in welchem der Betroffene selbst nicht mehr in der Lage ist, eigene Entscheidungen zu treffen oder zu bekunden⁶. Anderenfalls wäre die Selbstbestimmung entscheidend entwertet und der einzelne Patient zum Objekt ausschließlicher Fremdbestimmung degradiert. Das Instrument der Patientenverfügung ist eine derartige Form der Willensäußerung für die Zukunft. Das Selbstbestimmungsrecht ist jedoch nicht vorbehaltlos geschützt. Da der Staat zum Schutz des Lebens (Art. 2 Abs. 2 GG) verpflichtet ist⁷, kann es Beschränkungen unterliegen und in ein Spannungsverhältnis zu eben dieser Fürsorgepflicht geraten. Der Selbstbestimmung steht so der Wert des Lebens zunächst in der Vorschrift des § 216 StGB gegenüber. Sie findet danach ihre Grenze in dem Verbot der Tötung auf Verlangen, denn niemand kann eine andere Person dazu bestimmen, ihn auf sein ausdrückliches Verlangen zu töten.

Hier deutet sich bereits das zentrale Problem der konfligierenden Verfassungswerte der Selbstbestimmung auf der einen und des Lebensschutzes auf der anderen Seite an, dem insbesondere im Hinblick auf die Reichweite einer Patientenverfügung eine enorme Bedeutung beizumessen ist, so dass diese in der Vergangenheit Gegenstand äußerst kontroverser Diskussionen war.

Zwar wurde die Patientenverfügung von der Rechtsprechung dem Grunde nach anerkannt, jedoch war insbesondere deren Verbindlichkeit stark umstritten, wobei sich zwei Meinungen herausbildeten, die im Ansatz deutlich voneinander abwichen. Mit seiner höchst umstrittenen und sehr unterschiedlich interpretierten Entscheidung vom 17.03.2003⁸ hat der 12. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs einige der Rechtsfragen geklärt, gleichzeitig aber eine neue Debatte über die Grenzen zulässiger Sterbehilfe und der Reichweite einer Patientenverfügung ausgelöst, die zu neuen Unsicherheiten in der Praxis führte. Die Stimmen in der Literatur, die eine gesetzliche Klarstellung über den Umgang mit Patientenverfügungen forderten, nahmen zu⁹.

⁶ BT-Drs. 16/8442, S. 17; Bienwald, in: Staudinger, § 1896 Rz. 57; Wagenitz, FamRZ 2005, 669 (671); Hufen, NJW 2001, 849 (851).

⁷ BVerwG, NJW 1989, 2960.

⁸ BGHZ 154, 205 = NJW 2003, 1588 = FamRZ 2003, 748 = Rpfleger 2003, 354 = BtPrax 2003, 123.

⁹ vgl. Alberts, BtPrax 2003, 139 (141); Kutzer, ZRP 2003, 213 (215); Kutzer, ZRP 2008, 197; Höfling/Rixen, JZ 2003, 884 (894); Becker-Schwarze, FPR 2007, 52 (55); Stellungnahme des Vormundschaftsgerichtstags, BtPrax 2005, 60; Geißendörfer, Tietze, Simon, BtPrax 2004, 43 (44); Uhlenbruck, NJW 2003, 1710 (1712); Blandini, BWNotZ 2007, 129 (137).

Nach intensiver Diskussion und langjähriger Beratung hat der Deutsche Bundestag am 18.06.2009 in dritter Lesung eine gesetzliche Regelung zur Patientenverfügung (Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts¹⁰) verabschiedet und die Patientenverfügung nunmehr im Betreuungsrecht verankert¹¹. Dem gingen drei konkurrierende, in ihrer Konzeption sehr unterschiedliche Gesetzesentwürfe¹² sowie ein Antrag¹³ auf gänzliche Ablehnung einer Kodifikation voraus. Das 3. BtÄndG ist bereits am 01.09.2009 in Kraft getreten.

Zunächst soll die Rechtslage bei einwilligungsfähigen Patienten einer näheren Betrachtung unterzogen werden (B.). Sodann wird die bisherige Rechtslage vor dem Inkrafttreten des 3. BtÄndG unter Darstellung der besonders kontrovers diskutierten Rechtsfragen beleuchtet (C.), um ferner die vom Gesetzgeber herausgearbeitete Lösung einer kritischen Würdigung zu unterziehen (D.). Dabei wird festgestellt werden, dass der Gesetzgeber viele Probleme lösen konnte, gleichsam aber auch neue geschaffen hat. Abschließend gilt es, einen Ausblick zu geben (E.).

B. Grundsatz der Patientenautonomie bei dem einwilligungsfähigen Patienten

Aus dem verfassungsrechtlich geschützten Selbstbestimmungsrecht folgt, dass jeder medizinische Eingriff einer legitimierenden Einwilligung des entscheidungsfähigen Patienten bedarf¹⁴. Dies gilt nicht nur für die Einleitung einer Maßnahme, sondern auch für die Fortführung einer bereits begonnenen medizinischen Behandlung, so dass ein Widerruf einer vormals erteilten Einwilligung jederzeit möglich ist. Die Einwilligung bzw. die Verweigerung eben dieser sowie der Widerruf sind an keine bestimmte Form gebunden. Eine münd-

¹⁰ BGBl. I 2009, 2286.

¹¹ Gesetzesentwurf BT-Drs. 16/8442 der Abgeordneten Stünker, Kauch, et al. in der Fassung des Buchstaben a der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/13314.

¹² Gesetzesentwürfe BT-Drs. 16/8442; BT-Drs. 16/11360; BT-Drs. 16/11493.

¹³ BT-Drs. 16/13262.

¹⁴ BGH, Rpfleger 2007, 354 (355); Schwab, in: MünchKomm, §1904 Rz. 4; Hoffmann, in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, Betreuungsrecht, § 1904 Rz. 11; Wagenitz, FamRZ 2005, 669 (670); Hufen, NJW 2001, 849 (853); Lipp, FamRZ 2004, 317 (318); Hahne, FamRZ 2003, 1619 (1620); Vossler, ZRP 2002, 295; Roth, JZ 2004, 494 (495); Berger, JZ 2000, 797 (798); Deutsch, NJW 1979, 1905.

liche Erklärung durch den Patienten ist daher ausreichend. Der Patient entscheidet selbstständig unter vorheriger ärztlicher Aufklärung, ob er behandelt werden möchte (Prinzip des *informed consent*)¹⁵. Dem Arzt kommt damit kein eigenständiges Behandlungsrecht zu. Gleichwohl ergibt sich aus dem Recht auf Selbstbestimmung kein Anspruch auf eine bestimmte medizinische Behandlung, wenn es an der notwendigen ärztlichen Indikation fehlt¹⁶. Der Arzt kann damit eine an sich mögliche Behandlung verweigern, wenn er sie für nicht indiziert hält. Dies ist insbesondere für Behandlungen am Lebensende von enormer Bedeutung. Hat der Sterbeprozess bei dem Patienten bereits begonnen, ist die Durchführung lebenserhaltender Maßnahmen in der Regel nicht mehr geboten.

Was im konkreten Fall ärztlich indiziert ist, bestimmt sich nicht ausschließlich nach naturwissenschaftlichen Aspekten, sondern auch mit Hilfe von medizinethischen Überlegungen¹⁷. Die ärztliche Indikation geht damit über eine rein medizinische Indikation, bei der lediglich aus objektiv-fachlicher Sicht ermittelt wird, ob eine diagnostische oder therapeutische Maßnahme angeboten werden kann, hinaus. In ihr fließt bereits eine subjektive Analyse des jeweiligen Einzelfalles mit ein, so dass auch die psychische und soziale Verfassung des Patienten, seine Vorerfahrungen und religiösen Überzeugungen, seine Einstellung zu Leid, Sterben und Tod sowie sein individuelles Krankheitsverständnis von erheblicher Bedeutung sind¹⁸. Die ärztliche Indikation als Ausdruck der ärztlichen Fürsorgepflicht bestimmt sich somit nach dem Patientenwohl, wie es sich aus der Sicht des behandelnden Arztes darstellt. Sie darf allerdings nicht mit dem ausschließlich subjektiven Patientenwillen verwechselt werden.

Damit eine Behandlung nunmehr nach erfolgter ärztlicher Indikation durchgeführt werden kann, ist hierfür die Einwilligung des Patienten erforderlich. Grundsätzlich muss der Erklärende, um seiner abgegebenen Willenserklärung rechtliche Wirksamkeit verleihen zu können, geschäftsfähig sein. Jedoch wird die Einwilligung überwiegend nicht als rechtsgeschäftliche Willenserklärung qualifiziert, sondern als geschäftsähnliche Handlung respektive als subjektiver Realakt (Gestattung zur Vornahme einer tatsächlichen Handlung)¹⁹.

¹⁵ BT-Drs. 15/3700, S. 9; Deutsch, NJW 1979, 1905 (1907); Uhlenbruck, MedR 1992, 134; Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594 (596); Lipp, a.a.O. (318); May, BtPrax 2007, 149.

¹⁶ BGH, Rpfleger 2003, 354 (359); Lipp, FamRZ 2004, 317 (319); Verrel, JZ 1996, 224 (226); Baumann/Hartmann, a.a.O., S. 597; Laufs, NJW 1998, 3399 (3400).

¹⁷ Neitzke, in: Medizinische Indikation und Patientenwille; Behandlungsentscheidungen in der Intensivmedizin und am Lebensende, S. 54; Spickhoff, NJW 2000, 2297 (2298); Wagenitz, FamRZ 2005, 669 (670).

¹⁸ Neitzke, a.a.O., S. 58.

¹⁹ BGHZ 29, 33 (36); Müller, in: Bamberger/Roth, § 1904 Rz. 4; Holzhauser, FamRZ 2006, 518 (519).

Dementsprechend setzt sie auch nicht eine unbeschränkte Geschäftsfähigkeit voraus, sondern erfordert vielmehr die jeweils individuell festzustellende Fähigkeit, die Bedeutung und Tragweite der konkreten Behandlungsmaßnahme sowie den Grund und die Dringlichkeit der anstehenden Heilbehandlung nebst deren etwaigen Risiken und Heilungschancen selbstverantwortlich zu erfassen (sog. Einwilligungsfähigkeit im Sinne einer natürlichen Einsichts- und Steuerungsfähigkeit)²⁰. Solange der Betroffene nach diesen Kriterien in Bezug auf einen konkreten Sachverhalt als einwilligungsfähig angesehen werden kann, ist für eine stellvertretende Entscheidung, beispielsweise durch einen eingesetzten Betreuer als gesetzlichen Vertreter mit entsprechendem Aufgabenkreis oder eines Bevollmächtigten, kein Raum²¹. Die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters und die Bevollmächtigung führen zu keiner materiell-rechtlichen Doppelkompetenz. Die Einwilligungsfähigkeit kann bei demselben Patienten in verschiedenen Konstellationen durchaus unterschiedlich beantwortet werden je nach Art und Umfang der Erkrankung sowie der medizinisch indizierten Behandlung. Insoweit können im Einzelfall auch minderjährige, beschränkt geschäftsfähige Patienten ohne Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters²² oder sogar geschäftsunfähige Betroffene in Abhängigkeit der Komplexität der ärztlichen Behandlung die Einwilligung oder Verweigerung in eine konkret in Aussicht stehende medizinische Behandlung erteilen. Voraussetzung ist damit aber auch, dass der Patient das vor einer Behandlung erforderliche Aufklärungsgespräch mit dem behandelnden Arzt begreift, um auf dieser Grundlage eine Entscheidung für oder gegen eine ärztliche Behandlung treffen zu können²³. Folglich setzt eine Entscheidung des Patienten im Regelfall zunächst voraus, dass der Patient zuvor von einem fachkundigen Arzt über den ärztlichen Befund und dessen Folgen für die Gesundheit, die vorgesehenen Behandlungsmöglichkeiten und die dadurch zu erwartenden Heilungschancen sowie über die mit dem Eingriff verbundenen Risiken und Gefahren aufgeklärt worden ist. Einer ärztlichen Aufklärung bedarf es allenfalls dann nicht, wenn der einsichts-

²⁰ BT-Drs. 16/8442, S. 19; BGHZ 29, 33 (36); BGH, NJW 1964, 1177 (1178); Bienwald, in: Staudinger, § 1904 Rz. 19; Schwab, in: MünchKomm, §1904 Rz. 8f.; Palandt/Diederichsen, § 1904 Rz. 1; Uhlenbruck, MedR 1992, 134 (136); Spickhoff, NJW 2000, 2297 (2298); Vossler, ZRP 2002, 295; Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594 (598).

²¹ Müller, in: Bamberger/Roth, § 1904 Rz. 5; Bienwald, in: Staudinger, § 1904 Rz. 19; Schwab, in: MünchKomm, §1904 Rz. 6; Hoffmann, in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, Betreuungsrecht, § 1904 Rz. 35; Zimmermann, in: Soergel, § 1904 Rz. 10; Spickhoff, NJW 2000, 2297 (2300).

²² BGHZ 29, 33 (35).

²³ BayObLG, FamRZ 1990, 1154 (1155); Bienwald, in: Staudinger, § 1904 Rz. 22.

fähige Patient in Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts ausdrücklich auf diese verzichtet oder wenn er eine medizinische Maßnahme ablehnt²⁴.

Die Ablehnung eines ärztlich indizierten Eingriffs durch den einwilligungsfähigen Patienten ist jederzeit möglich. Das gilt selbst dann, wenn der medizinische Eingriff indiziert ist und seine Ablehnung als objektiv unvernünftig erscheint (vgl. Fn. 5). Gleichermäßen ist das auch für die Behandlung eines Menschen am Ende seines Lebens zu beachten. Nicht erst der Abbruch einer medizinisch indizierten Maßnahme bedarf der Einwilligung, sondern die Weiterbehandlung²⁵, die dem Willen des Patienten entsprechen muss.

Durch den Widerruf einer vormals erteilten Einwilligung wird eine weitere Behandlung unzulässig. Die Verweigerung der Einwilligung führt allerdings nicht dazu, dass der Patient seinem Schicksal allein und ohne ärztliche Versorgung überlassen bleibt. Vielmehr können dann pflegerische oder bei Ablehnung lebensverlängernder Therapien palliativmedizinische Maßnahmen an die Stelle lebensverlängernder Heilbehandlung treten. Zu dieser nicht absetzbaren Basisversorgung zählt vor allem das Stillen von Hunger und Durst auf natürlichem Wege, die Körperpflege sowie das Lindern von Schmerzen, Atemnot und Übelkeit²⁶. Ist hierfür jedoch ein ärztlicher Eingriff in die Integrität des Betroffenen notwendig, so beispielsweise bei dem Legen einer Magensonde für die künstliche Ernährung, dann bedarf auch dies einer legitimierenden Einwilligung.

Eine Sonderstellung kommt der Notfallbehandlung zu. So kann der Arzt medizinisch indizierte Maßnahmen, die keinen Aufschub dulden und deren verzögerte Durchführung durch vorheriges Einholen der Einwilligung zu einer erheblichen Gefährdung des Patienten führen würde, auch ohne ausdrückliche Einwilligung des Betroffenen vornehmen²⁷. Er behandelt dann aufgrund einer mutmaßlichen Einwilligung des Patienten.

Von der Einwilligung im Sinne einer Gestattung zur medizinischen Behandlung zu unterscheiden ist der zivilrechtliche Behandlungsvertrag. Dieser regelt das vereinbarte Honorar des behandelnden Arztes und gibt dem Patienten einen Anspruch auf Aufklärung, Beratung und Behandlung²⁸. Als Vertrag im Sinne des § 675 BGB bestimmt er sich nach den allge-

²⁴ BT-Drs. 16/8442, S. 14; Patientenautonomie am Lebensende, Ethische, rechtliche und medizinische Aspekte zur Bewertung von Patientenverfügungen, Bericht der Arbeitsgruppe vom 10. Juni 2003, S 6.

²⁵ BGH, Rpfleger 2003, 354 (355); Hufen, NJW 2001, 849 (853); Lipp, FamRZ 2004, 317 (318); Berger, JZ 2000, 797 (799).

²⁶ BT-Drs. 15/3700, S.8; BT-Drs. 16/8442, S. 29; Hufen, a.a.O. (853); Detering, JuS 1983, 418 (419).

²⁷ BT-Drs. 16/8442, S. 14; Hoffmann, in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, Betreuungsrecht, § 1904 Rz. 13; Bienwald, in: Staudinger, § 1904 Rz. 21.

²⁸ Müller, in: Bamberger/Roth, § 1904 Rz. 3.

meinen Grundsätzen über die Geschäftsfähigkeit, sodass ein unbeschränkt geschäftsfähiger Patient diesen selbst abschließen kann, wohingegen ein Minderjähriger der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters gemäß § 107 BGB bedarf²⁹, da der Behandlungsvertrag schon allein aufgrund des zu zahlenden Entgelts nicht als lediglich rechtlich vorteilhaft angesehen werden kann. Auch für den geschäftsunfähigen Patienten im Sinne des § 104 Nr. 2 BGB kann nur dessen (gesetzlicher) Vertreter im Rahmen seiner Vertretungsmacht wirksam handeln. Zu beachten ist, dass der Behandlungsvertrag allein einen medizinischen Eingriff durch den behandelnden Arzt noch nicht rechtfertigt. Vielmehr bedarf es immer einer vorherigen Einwilligung durch den einwilligungsfähigen Patienten selbst.

C. Wahrnehmung des Selbstbestimmungsrechts bei dem einwilligungsunfähigen Patienten vor Inkrafttreten des 3. BtÄndG

Weitaus problematischer gestaltet sich die Beteiligung des Betroffenen bei einer ärztlichen Behandlung, wenn er einwilligungsunfähig geworden ist.

Mit Verlust der Einwilligungsfähigkeit ist dem Patienten die Möglichkeit genommen, sein Selbstbestimmungsrecht unmittelbar auszuüben, da er zur Bildung und Artikulierung eines eigenen Willens nicht mehr in der Lage ist und dementsprechend auch eine den ärztlichen Eingriff rechtfertigende Einwilligung oder die Verweigerung in eine ärztliche Behandlung aktuell nicht erteilen kann. Ebenfalls scheidet eine vorherige Aufklärung des Patienten über die ärztlich indizierte Maßnahme aus. Doch endet sein Recht auf Selbstbestimmung damit nicht³⁰, denn dieses ist auch bei dem sterbenden Patienten zu respektieren. Vielmehr treten nun andere Kommunikationswege in den Vordergrund.

Hat der Patient im Vorfeld noch im Zustand der Einwilligungsfähigkeit keine Willensbekundung abgegeben, wie nunmehr mit ihm verfahren werden soll, so muss ein anderer die nötigen Entscheidungen anstelle des Betroffenen treffen. Hierzu ist dem Betroffenen ein gesetzlicher Vertreter in Form eines Betreuers zu bestellen, wenn nicht der Patient selbst Vor-

²⁹ BGHZ 29, 33 (37).

³⁰ BGH, NJW 1995, 204 (205); BGHSt 35, 246 (249); Lipp, FamRZ 2004, 317 (320); Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594 (599); Hufen, NJW 2001, 849 (852); Wagenitz, FamRZ 2005, 669 (671); Verrel, MedR 1999, 547.

sorge getroffen hat, indem er gemäß §§ 1896 Abs. 2 S. 2, 1901c S. 2 BGB eine Vertrauensperson mit der Wahrnehmung seiner Interessen bevollmächtigt hat.

Denkbar ist aber auch, dass der Patient zuvor im Zeitpunkt der Einwilligungsfähigkeit selbst in Form einer Patientenverfügung erklärt hat, ob er für den Fall der Entscheidungsunfähigkeit in eine künftige ärztliche Behandlung einwilligt. Fraglich und umstritten war vor Inkrafttreten des 3. BtÄndG, welche rechtliche Bedeutung einer solchen Vorausverfügung beizumessen ist, insbesondere, ob darin ein ausdrücklicher, verbindlicher Wille oder lediglich ein Indiz für den mutmaßlichen Willen des Patienten im Behandlungszeitpunkt zum Ausdruck kommt.

I. Die Patientenverfügung - ein antizipiert geäußertes Wille?

1. Rechtliche Einordnung

Der spätere Patient kann sein Recht auf Selbstbestimmung durch vorwegnehmende, erst in Zukunft Wirkungen entfaltende Willensbekundungen ausüben. In einer Patientenverfügung trifft der Betroffene eine derartige Vorauserklärung über die Frage der Zulässigkeit und Intensität seiner medizinischen Behandlung für den Fall der Äußerungs- bzw. Einwilligungsunfähigkeit losgelöst von einer konkreten, unmittelbaren Behandlungssituation. Insoweit richtet sie sich zumeist nicht an einen bestimmten Arzt, da dieser in der Regel bei Errichtung der Patientenverfügung noch nicht bekannt sein wird. Vielmehr sind Adressat alle künftig behandelnden Ärzte, Pflegekräfte und den Patienten betreuende Personen, also auch ein etwaig gerichtlich bestellter Betreuer als gesetzlicher Vertreter des Betroffenen oder eine vom Patienten bevollmächtigte Person³¹.

Überwiegend wird in einer Patientenverfügung die Ablehnung bestimmter lebensverlängernder medizinischer Maßnahmen vorsorglich für solche Situationen zum Ausdruck gebracht, die von dem Betroffenen als besonders würde- und hoffnungslos empfunden werden, da ein nach dessen Vorstellungen lebenswertes Weiterleben in der beschriebenen Situation nicht für möglich gehalten wird.

Dies ist jedoch nicht zwingend, denn so kann in einer Patientenverfügung gleichermaßen festgelegt werden, dass bestimmte ärztlich indizierte Maßnahmen durchgeführt werden sollen. Daneben waren vor der gesetzlichen Neuregelung auch Willensäußerungen, die bloße

³¹ Lipp, Patientenautonomie und Lebensschutz, § 5 S. 21.

Behandlungswünsche, Richtlinien, Einstellungen und Wertevorstellungen darstellen, vom Begriff der Patientenverfügung umfasst.³²

Sie findet jedoch dort ihre Grenzen, wo sie den gesetzlichen Rahmen der Rechtsordnung verlässt. Demnach können strafbare Handlungen, wie etwa das Verbot der Tötung auf Verlangen gemäß § 216 StGB, nicht wirksam eingefordert werden. Hier beschränkt das Strafrecht die zivilrechtliche Ausgestaltung der Patientenverfügung.

Nicht einheitlich beantwortet wurde bisher jedoch die Frage nach der Rechtsnatur der Patientenverfügung. Das Spektrum der Meinungen reichte von der Annahme einer bloßen Willensäußerung³³, Willensbekundung³⁴ oder einer geschäftsähnlichen Handlung³⁵ bis hin zu einer rechtlichen Willenserklärung³⁶. Diese Festlegung ist jedoch im Hinblick auf etwaige Wirksamkeitsvoraussetzungen für die Errichtung einer Patientenverfügung respektive den Widerruf derselben von entscheidender Bedeutung. Sähe man in der Patientenverfügung eine rechtliche Willenserklärung, so bestimmten sich die Wirksamkeitsvoraussetzungen nach dem allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, mithin nach den Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit, §§ 104 ff. BGB.

Da jedoch in einer Patientenverfügung zumeist die Ablehnung einer medizinischen Maßnahme oder der Wunsch nach Durchführung einer solchen ausgedrückt wird, betrachten viele Autoren die Patientenverfügung als vorweggenommene Einwilligung in eine ärztliche Behandlung bzw. als Ablehnung derselben. In Folge dessen stellen sie lediglich auf die Einwilligungsfähigkeit des späteren Patienten ab und statuieren diese zur Wirksamkeitsvoraussetzung.³⁷

Dem schloss sich der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes mit seiner Entscheidung vom 17.03.2003³⁸ an, indem er die Patientenverfügung als „antizipative Willensbekundung des Betroffenen“ bezeichnet, die sich als „Einwilligung in oder als Veto gegen eine bestimmte medizinische Behandlung“ darstellen kann.

³² Bauer/Klie, Patientenverfügungen/Vorsorgevollmachten – richtig beraten?, S. 84; May, BtPrax, 2007, 149 (150); Lipp, FamRZ 2004, 317 (320).

³³ Roth, JZ 2004, 494 (497).

³⁴ May, aaO. S. 150; Renesse, BtPrax 2005, 47.

³⁵ Vossler, ZRP 2002, 295.

³⁶ Patientenverfügung – Ein Instrument der Selbstbestimmung, Stellungnahme Nationaler Ethikrat, 2005, S. 16; Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594 (606), die jedoch gleichwohl bei Unwirksamkeit als Willenserklärung, die Patientenverfügung als beachtliche Willenskundgabe ansehen.

³⁷ Hoffmann, in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, Betreuungsrecht, § 1904 Rz. 60; Berger, JZ 2000, 797 (800); Wagenitz, FamRZ 2005, 669 (671); Spickhoff, NJW 2000, 2297 (2302).

³⁸ BGH Rpfleger 2003, 354 (357).

Gegen die rechtliche Gleichstellung der Patientenverfügung mit der Einwilligung in eine medizinische Behandlung bzw. Verweigerung einer solchen wurde vorgebracht, dass die Einwilligung in eine medizinische Behandlung nur dann als wirksam angesehen wird, wenn diese zeitnah erfolgt³⁹. Eine antizipative Einwilligung in einen ärztlichen Eingriff wird infolgedessen nur in engen Grenzen und bei zeitlicher Nähe zugelassen. Diese fehlt jedoch zumeist gerade bei einer Patientenverfügung, da zwischen deren Errichtung und möglichem Eintritt der in der Patientenverfügung beschriebenen Situation oftmals mehrere Jahre oder sogar Jahrzehnte liegen. Zudem ist der in einer Patientenverfügung geäußerte Wille nicht auf eine aktuelle Situation gerichtet. Da der Eintritt der beschriebenen Situation von so vielen unsicheren Faktoren abhinge, stelle sich die Patientenverfügung eher als allgemeine Anweisung dar.

2. Wirksamkeitsvoraussetzungen

Da die Patientenverfügung als solche bisher nicht gesetzlich geregelt war, gab es keine verbindlichen und allgemein gültigen Wirksamkeitsvoraussetzungen für deren Errichtung. Auch der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes äußerte sich in seiner Grundsatzentscheidung vom 17.03.2003 zu diesen nur spärlich. In der Literatur sind Wirksamkeitsvoraussetzungen nur in geringem Umfang aufgestellt worden. Zumeist wurden dieselben Grundsätze wie bei der Einwilligung in eine konkrete medizinische Behandlung herangezogen, so dass das Vorliegen der natürlichen Einsichts- und Steuerungsfähigkeit des Verfügenden im Zeitpunkt der Errichtung verlangt wurde⁴⁰. Hervorzuheben ist, dass nach der Rechtslage vor Inkrafttreten des 3. BtÄndG durchaus auch ein Minderjähriger eine Patientenverfügung hätte wirksam errichten können, wenn er denn die Fähigkeit zur Einsicht in die Bedeutung und Tragweite intensivmedizinischer Behandlungsmaßnahmen und des Unterlassens derselben im Zeitpunkt des Abfassens der Verfügung besaß⁴¹.

Weiterhin bedurfte die Patientenverfügung nach bisheriger Rechtsauffassung keiner besonderen Form⁴². Demzufolge waren auch mündliche Erklärungen des späteren Betroffenen,

³⁹ Roth, JZ 2004, 494 (496); Deutsch, NJW 1979, 1905 (1906).

⁴⁰ Hoffmann, in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, Betreuungsrecht, § 1904 Rz. 60; Berger, JZ 2000, 797 (802); Müller, ZEV 2008, 583; Spickhoff, NJW 2000, 2297 (2302).

⁴¹ Berger, aaO., S. 802; Spickhoff, aaO., S. 2302.

⁴² Palandt/Diederichsen, 68. Aufl. 2009, Einf. v. § 1896 BGB Rz. 9; Uhlenbruck, MedR 1992, 134 (138); Müller, aaO., S. 583; Roth, JZ 2004, 494 (497); Wagenitz, FamRZ 2005, 669 (671); Lipp, FamRZ 2004, 317

soweit sie hinreichend konkretisiert wurden, vom Begriff der Patientenverfügung umfasst. Gleichwohl wurde vorrangig aus Gründen der Beweisbarkeit die Einhaltung der Schriftform oder sogar die notarielle Beurkundung⁴³ empfohlen.

Bestand zu den bereits aufgezeigten Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Patientenverfügung noch weitgehende Einigkeit in der rechtlichen Literatur, ergaben sich jedoch Differenzen im Hinblick auf die Frage, ob es einer vorherigen ärztlichen Aufklärung des späteren Patienten bedurfte. Dieses Erfordernis wurde zum Teil unter Hinweis auf die Möglichkeit des Verzichts auf eine ärztlichen Aufklärung gänzlich negiert. Zudem wurde angeführt, dass die Ablehnung einer ärztlichen Behandlung auch ohne vorherige Aufklärung beachtlich sei, da es hier nicht um die Vornahme, sondern um das Unterlassen eines medizinischen Eingriffs ginge⁴⁴. Dem wurde entgegengehalten, dass nur bei einer vorherigen ärztlichen Aufklärung der später behandelnde Arzt von seinen aufgrund des Behandlungsvertrags entstehenden Aufklärungspflichten hinreichende Freistellung hinsichtlich der Risiken oder sicheren Folgen einer Nichtbehandlung erfahre, so dass zum Teil sowohl für die vorweggenommene Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme als auch für ein in der Patientenverfügung enthaltendes Behandlungsverbot die Aufklärung des Patienten verlangt wurde⁴⁵. Lag diese ärztliche Aufklärung nicht vor, so müsse sie später gegenüber dem rechtlichen Betreuer oder Bevollmächtigten nachgeholt werden. Der Patientenverfügung wurde dann jedoch nur noch Indizwirkung im Rahmen einer mutmaßlichen Einwilligung zugebilligt.

Soweit ersichtlich, sprach sich ein Großteil der Autoren für eine vorherige individuelle Aufklärung des Patienten dann aus, wenn die Patientenverfügung einen rechtfertigungsbedürftigen ärztlichen Eingriff legitimiert, mithin eine vorweggenommene Einwilligung in eine bestimmte medizinische Behandlung enthält⁴⁶.

(320); Hoffmann, aaO., Rz. 63, Berger, aaO., S. 802; Hahne, FamRZ 2003, 1619, (1620); Bericht der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“, S. 16.

⁴³ Berger, DNotZ 2000, 594 (612); Müller, ZEV 2008, 583 (588).

⁴⁴ Müller, ZEV 2008, 583; Lipp, FamRZ 2004, 317 (320).

⁴⁵ Berger, JZ 2000, 797 (801).

⁴⁶ Hoffmann, in: Bienwald, Sonnenfeld, Hoffmann, Betreuungsrecht, § 1904 Rz. 60; Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594 (607); Spickhoff, NJW 2000, 2297 (2302); Bericht der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“, S. 16; BT-Drs. 15/3700, S. 19.

3. Gültigkeitsdauer/ Widerruf

Anders als dies bei einer rechtlichen Willenserklärung möglich wäre, gab es bei der Patientenverfügung eine Diskussion über deren Gültigkeitsdauer. So wurde zum Teil vertreten, dass die niedergeschriebene Patientenverfügung in regelmäßigen Zeitabständen einer Aktualisierung durch erneute Unterschrift bzw. einer Bekräftigung bedürfe, um sie im Zeitpunkt der Einwilligungsunfähigkeit noch als beachtliche Willensäußerung des Patienten betrachten zu können⁴⁷. Durch eine regelmäßige Wiederholung werde nämlich die Aktualität und Beweiskraft einer Patientenverfügung verstärkt. Begründet wurde dies mit den Zweifeln, die sich hinsichtlich des Fortgeltungswillens des Betroffenen daraus ergeben können, dass dieser seine Erklärungen mehrere Jahre zuvor abgegeben hat und man sich – je länger die Erklärung zurückliege, umso mehr - die Frage stellen müsse, ob der Patient sie überhaupt noch gelten lassen will.

In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass die Möglichkeit des freien Widerrufs einer abgefassten Patientenverfügung einhellige Rechtsauffassung war und sich eben dieser durchaus auch formfrei vollziehen konnte⁴⁸. Es bedurfte dazu keiner sprachlichen Artikulation, so dass auch ein Zeichen oder Kopfnicken auf die entsprechende Frage genügen würde. Strittig war jedoch, ob der Betroffene, um seine Verfügung widerrufen zu können, auch *einwilligungsfähig* sein muss. Dies wurde zum Teil ohne nähere Erläuterung bejaht⁴⁹, zum Teil aber auch nicht für notwendig erachtet⁵⁰. Der Patient kann nicht an die einmal niedergeschriebene Verfügung unwiderruflich gebunden sein und somit zum „Gefangenen“ seiner eigenen Erklärungen degradiert werden, sondern muss bis zuletzt Herr seiner eigenen Entscheidungen bleiben. Dementsprechend dürfte eine vollumfängliche Gewissheit über den Geltungswillen einer Patientenverfügung des Betroffenen nie bestehen. Dies allerdings zum Anlass dafür zu nehmen, einer Patientenverfügung überhaupt nur dann Beachtung zu schenken, wenn sie regelmäßig aktualisiert wurde, ist von vielen Autoren zu Recht abge-

⁴⁷ Hartmann, NStZ 2000, 113 (116); Meier, BtPrax 1996, 161 (163).

⁴⁸ Uhlenbruck, MedR 1983, 16; Sternberg-Lieben, NJW 1985, 2734 (2735); Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594 (606); Vossler, ZRP 2002, 295 (297); Roth, JZ 2004, 494 (497); Spann, MedR 1983, 13.

⁴⁹ Hahne, FamRZ 2003, 1619 (1620); Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594 (615); Roth, JZ 2004, 494 (497).

⁵⁰ Hoffmann, in: Bienwald, Sonnenfeld, Hoffmann, Betreuungsrecht, § 1904 Rz. 79; Berger, JZ 2000, 797 (802).

lehnt worden⁵¹. Allein der oftmals lange Zeitraum zwischen Errichtung der Verfügung und Eintritt der darin beschriebenen Situation rechtfertigt noch nicht die Schlussfolgerung, dass die abgegebenen Erklärungen nicht mehr gelten sollen. Außerdem würde sich die Frage stellen, ob der Verfasser im Zeitpunkt der Aktualisierung noch einwilligungsfähig war, so dass er die getroffene Verfügung überhaupt bestätigen bzw. ändern konnte. Dennoch wurde oftmals empfohlen, die Patientenverfügung regelmäßig zu aktualisieren, denn der Aussagewert einer solchen Vorausverfügung des Betroffenen sei umso größer, je aktueller diese ist. So kann eine etwaige Zeitnähe zwischen Errichtung der Patientenverfügung und Eintritt der beschriebenen Situation ihre praktische Umsetzbarkeit entscheidend erleichtern⁵². Gänzlich abgelehnt wurde die Aktualisierung jedoch unter beachtenswerten Gründen von Milzer⁵³. Dieser verweist auf diejenigen praktisch durchaus relevanten Fälle, in denen der Betroffene, lange Zeit bevor eine in der Patientenverfügung beschriebene Situation eingetreten ist, schon geschäftsunfähig geworden ist und somit gar nicht mehr die Möglichkeit gehabt hat, ab dem Zeitpunkt der Einwilligungsunfähigkeit seine Verfügung zu bekräftigen. Für derartige Fälle stünde das Institut der Patientenverfügung entweder nach der ersten Auffassung, die einer Patientenverfassung überhaupt nur bei regelmäßiger Aktualisierung Beachtung schenken will, von vornherein nicht offen oder es würde oftmals angenommen werden können, der Patient habe sich von der eigenen Erklärung inzwischen distanziert, so dass deren Wirksamkeit unter Berufung auf die fehlende Wiederholung verneint würde.

⁵¹ Palandt/Diederichsen, 68. Aufl. 2009, Einf. v. § 1896 BGB Rz. 9; Milzer, NJW 2004, 2277; Hahne, FamRZ 2003, 1619 (1620); Lipp, FamRZ 2004, 317 (320); Müller, ZEV 2008, 583 (584); Renner, in: Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis Rz. 377.

⁵² BT-Drs. 15/3700, S. 42.

⁵³ Milzer, aaO, S. 2278.

4. Verbindlichkeit der Patientenverfügung

a) Indizwirkung

Bis zur Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofes vom 17.03.2003 wurde äußerst kontrovers diskutiert, in welchem Maße einer Patientenverfügung eine Verbindlichkeit gegenüber dem Adressaten der Willensbekundung zugesprochen werden kann und was unter dieser zu verstehen ist. Dass die Patientenverfügung nicht gänzlich unbeachtlich ist, sondern ihr eine Bedeutung zukommt, war auch vor dem Beschluss des XII. Zivilsenats allgemein anerkannt. Das Problem einer Vorausverfügung wie der Patientenverfügung ist jedoch, dass sie zumeist zu einem Zeitpunkt errichtet wird, in welchem der Betroffene noch in vollem Umfang handlungs- und entscheidungsfähig ist, ihre Relevanz sich hingegen erst entfaltet, wenn der Patient über sich selbst nicht mehr entscheiden kann. Dazwischen liegen oftmals mehrere Jahre oder sogar Jahrzehnte, sodass es fraglich erscheint, ob der Betroffene an dem früher geäußerten Willen in der nunmehr eingetretenen Behandlungssituation noch festhält⁵⁴.

Zweck dieser Deutung ist es, etwaige wesentliche Veränderungen nach Errichtung der Patientenverfügung wie die fortschreitende wissenschaftliche Entwicklung in der Medizin mit in die zu treffende Entscheidung einbeziehen zu können, da die Verfügung unter Berücksichtigung eines Wissenschaftsstands abgefasst sein könnte, der im Zeitpunkt der Heilbehandlung längst überholt ist. Die strikte Befolgung der Patientenverfügung könnte womöglich den eigentlichen Absichten des Patienten nicht mehr entsprechen.

In diesem Zusammenhang wurde weiter vorgebracht, dass die Erklärungen in der Patientenverfügung jederzeit frei widerruflich sind⁵⁵, sodass die Möglichkeit bestehe, der Betroffene könne zwischenzeitlich seine Auffassung geändert haben. Er selbst kann jedoch im Zeitpunkt der erforderlichen Behandlung nicht mehr dazu befragt werden. Demzufolge sei immer der mutmaßliche Wille des Patienten im Zeitpunkt der Entscheidung über einen medizinischen Eingriff zu erforschen.

Auch wurde zum Teil generell die Fähigkeit eines gesunden Menschen bezweifelt, für den Fall einer künftigen terminalen Erkrankung schon im Vorfeld rational Vorsorge treffen zu

⁵⁴ Detering, JuS 1983, 418 (421); Spann, MedR 1983, 13 (14); Dölling, MedR 1987, 6 (9).

⁵⁵ Detering, JuS 1983, 418 (422).

können und eingehend seine Behandlungswünsche einzuschätzen⁵⁶. Dem liegt die Annahme zugrunde, dass es dem späteren Patienten bei Gesundheit und ohne Beschwerden leichter fiele, über den eigenen Tod zu verfügen. Tritt jedoch die in der Patientenverfügung beschriebene Situation in einem späteren Zeitpunkt tatsächlich ein, so hängt der Patient womöglich doch an dem einst als würdelos empfundenen Leben. Hierbei berief sich diese Auffassung zumeist auf klinische Erfahrungen, die belegen, dass Patienten ihre in gesunden Tagen geäußerten Ansichten oftmals revidieren, wenn der beschriebene Krankheitsfall tatsächlich eingetreten ist⁵⁷.

Schließlich wurde auf die zu allgemeinen, auslegungsbedürftigen Formulierungen in vielen Patientenverfügungen verwiesen, die dazu führen, dass über die konkrete Behandlungssituation eben doch nicht treffend vorab entschieden werde⁵⁸. Dies sei auf die meist vorgefertigten Formulare zurückzuführen, die viele Betroffenen per Kreuz ausfüllen mit dem Ziel, auf eine Vielzahl möglicher Erkrankungen und Krankheitsverläufe reagieren zu können, ohne jedoch ihre eigenen Wertevorstellungen und Lebenseinstellungen mit einfließen zu lassen. Damit werde der Patientenverfügung zu viel Interpretationsspielraum gelassen und man könne ihr deshalb keine strikte Bindungswirkung zukommen lassen.

Insofern plädieren einige Autoren dafür, die Patientenverfügung lediglich als Indiz bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens zu berücksichtigen mit der Folge, dass sie den behandelnden Arzt, das Pflegepersonal und einen gesetzlichen Vertreter des Betroffenen oder eine etwaig bevollmächtigte Person nicht unmittelbar im Außenverhältnis binden konnte⁵⁹, sondern lediglich im Innenverhältnis zwischen dem einwilligungsunfähigen Patienten und seinem Stellvertreter Bedeutung erlange. Dementsprechend betrachtet diese Auffassung eine Patientenverfügung nicht als die Manifestation eines als fortgeltend gedachten, aktuellen Willens, sondern lediglich als Anhaltspunkt für einen hypothetischen Willen, den der Patient in der konkreten Situation haben würde, wenn er denn noch über sich selbst entscheiden könnte. Da somit ein aktueller Wille des Patienten in der konkreten Behandlungssituation nicht vorliege, müsse jemand anders für den Betroffenen eine Entscheidung über die Durchführung ärztlicher Maßnahmen treffen. Soweit der Patient niemanden in Form einer Vor-

⁵⁶ Schwab, in: MünchKomm, § 1904 Rz. 20; Detering, JuS 1983, 418 (421).

⁵⁷ Lipp, FamRZ 2004, 317 (320); Spann, MedR 1983, 13 (14); Riha, in: Duttge, Ärztliche Behandlung am Lebensende, S. 38.

⁵⁸ Spann, MedR 1983, 13 (15); Sternberg-Lieben, NJW 1985, 2734 (2736).

⁵⁹ Laufs, NJW 1998, 3399 (3400); Dölling, MedR 1987, 6 (9); Detering, JuS 1983, 418 (422); Spann, MedR 1983, 13 (14); Deutsch, NJW 1979, 1905 (1908, 1909).

sorgevollmacht dazu bevollmächtigt hatte, muss deshalb dem Patienten ein Betreuer durch das Gericht bestellt werden. Dieser hat die Erklärungen in einer Patientenverfügung in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter im Rahmen des § 1901 Abs. 2 und 3 BGB bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens des Betroffenen zu berücksichtigen.

§ 1901 Abs. 3 S. 1 BGB bestimmt, dass ein Betreuer den Wünschen des Betroffenen unabhängig von dessen Geschäftsfähigkeit zu entsprechen hat, soweit dies nicht dessen Wohl zuwiderläuft und dem gesetzlichen Vertreter zugemutet werden kann. Dieser – wenn auch eingeschränkte - Willensvorrang des Betroffenen gilt gemäß § 1902 Abs. 3 S. 2 BGB auch für etwaige Wünsche, die der Betroffene vor der Bestellung des Betreuers beispielsweise in einer Patientenverfügung geäußert hat. Jedoch könnte er von dem geäußerten Willen im Außenverhältnis durchaus abweichen.

b) Antizipierte Erklärung

Die Gegenauffassung sieht in der Patientenverfügung einen fortgeltend geäußerten, aktuellen Willen, dem verbindliche Außenwirkung zukommt und der als antizipierte Einwilligung direkt einen Eingriff in die körperliche Integrität legitimieren bzw. als antizipative Verweigerung einen solchen verbieten kann und so eine Weiterbehandlung rechtswidrig erscheinen lässt⁶⁰. In der Konsequenz bedarf es nach dieser Ansicht der Bestellung eines gesetzlichen Vertreters für die *Entscheidung* über die Vornahme der medizinische Maßnahme nicht, da diese Entscheidung der Patient in seiner Verfügung bereits selbst getroffen hat (§ 1896 Abs. 2 S. 1 BGB). Voraussetzung ist jedoch stets, dass die Patientenverfügung die konkrete Behandlungssituation hinreichend klar erfasst. Andernfalls bleibt die Patientenverfügung gleichwohl bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens des Patienten von zentraler Bedeutung.

Grundlage dieser Ansicht ist das verfassungsrechtlich garantierte Recht auf Selbstbestimmung des Menschen, das es in jeder Lebenssituation und somit auch in der Sterbephase zu respektieren gilt⁶¹. In einer Patientenverfügung übt der Betroffene dieses Selbstbestimmungsrecht im Hinblick auf eine künftige Behandlung aus. Seine Erklärungen gelten als

⁶⁰ AG Dülmen, FamRZ 1999, 1300; Palandt/Diederichsen, 68. Aufl. 2009, Einf. v. §1896 Rz. 9; Wagner, in: MünchKomm, 5. Aufl. 2009, § 823 Rz. 733; Berger, JZ 2000, 797 (801); Hufen, NJW 2001, 849 (851, 856); Lipp, BtPrax 2002, 47 (48); Hartmann, NStZ 2000, 113 (116); Uhlenbruck, MedR 1992, 134 (141).

⁶¹ Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594 (607); Vossler, ZRP 2002, 295 (298).

vorweggenommene Einwilligung in eine medizinische Behandlung bzw. Ablehnung derselben.

Gegen die unmittelbare Bindungswirkung spreche nicht, dass zwischen der Errichtung der Patientenverfügung und dem Eintritt der beschriebenen Situation ein möglicherweise erheblicher Zeitraum liege, denn die Erklärungen verlieren nicht durch Zeitablauf ihre Wirkung⁶². Das Selbstbestimmungsrecht wäre entscheidend entwertet, wenn man einen lediglich potentiell abweichenden Willen des Patienten im Zeitpunkt der Behandlungssituation zum Anlass nähme, die Bindungswirkung eines vormals tatsächlich geäußerten Willens, der gerade für den Fall der Einwilligungsunfähigkeit erklärt wurde, wegen eines eventuellen Anschauungswechsels zu verneinen⁶³. Allein die theoretische Möglichkeit des Widerrufs kann nicht dazu benutzt werden, diesen auch praktisch zu unterstellen. Anderenfalls würde an die Stelle von Selbstbestimmung die Fremdbestimmung durch einen Dritten gesetzt. Dieser würde wiederum seine Überzeugungen und Wertevorstellungen an die Stelle derer des Betroffenen setzen und letztlich womöglich eine Pflicht zum Weiterleben gegen den Willen des Betroffenen statuieren, indem er seine Anschauungen durchsetzt⁶⁴. Das widerspräche jedoch klar dem Grundsatz der Patientenautonomie (Art. 1, 2 GG) und liefe letztendlich auf eine Zwangsbehandlung hinaus, die mit dem Patientenwillen nicht vereinbar wäre. Der Einwand richtet sich im Ergebnis mithin gegen das rechtliche Institut der Patientenverfügung als solches und würde einer vollen Entwertung der Patientenverfügung gleichkommen.

Jedoch gesteht diese Auffassung ein, dass eine nicht hinreichend konkretisierte Patientenverfügung, die sich auslegungs- und wertungsbedürftigen Formulierungen wie etwa „unzumutbares Leiden“ oder auch „menschenunwürdiges Dasein“ bedient, keine unmittelbare Bindungswirkung entfalten kann. Der Patient trage letztendlich das Risiko einer unzureichenden bzw. ungenauen Erklärung, da diese zu Lasten der angestrebten Bindungswirkung gehe⁶⁵. Genauso ist ein etwaiger Sinneswandel zwingend zu berücksichtigen, der dazu führt, dass die Patientenverfügung nicht mehr als verbindlich angesehen werden kann⁶⁶.

⁶² Baumann/Hartmann, aaO.

⁶³ Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594 (608); Uhlenbruck, NJW 1978, 566 (569).

⁶⁴ Patientenverfügung – Ein Instrument der Selbstbestimmung, Stellungnahme Nationaler Ethikrat, 2005, S. 19.

⁶⁵ Baumann/Hartmann, aaO., S. 608.

⁶⁶ Vossler, ZRP 2002, 295 (296); Verrel, MedR 1999, 547 (548); Uhlenbruck, MedR 1992, 134 (138); Sternberg-Lieben, NJW 1985, 2734 (2736); Höfling, JuS 2000, 111 (116).

c) Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 17.03.2003

Die kontroverse Diskussion um die Verbindlichkeit einer Patientenverfügung hat der Bundesgerichtshof in seinem Beschluss vom 17.03.2003 in Form von obiter dicta weiter alteriert. Zunächst betonte der XII. Zivilsenat, dass nicht der Abbruch einer medizinischen Maßnahme, sondern die weitere Behandlung des Patienten der Einwilligung bedarf. Im Folgenden stellte er fest, dass bei Einwilligungsunfähigkeit des Patienten in dem Zeitpunkt der Maßnahme eine „Willensbekundung, mit welcher der Betroffene seine Einwilligung in die in Frage stehenden Maßnahmen und für die jetzt eingetretene Situation erklärt oder verweigert hat, [...] weiterhin – als Ausfluss seines Selbstbestimmungsrechts – fort(wirke)“⁶⁷. Liegt eine solche im einwilligungsfähigen Zustand getroffene „antizipative Willensbekundung“ des Betroffenen vor, dann „[...] bindet sie als Ausdruck des fortwirkenden Selbstbestimmungsrechts [...] den Betreuer, denn schon die Würde des Betroffenen (Art. 1 Abs. 1 GG) verlangt, dass eine von ihm eigenverantwortlich getroffene Entscheidung auch dann noch respektiert wird, wenn er die Fähigkeit zu eigenverantwortlichem Entscheiden inzwischen verloren hat“⁶⁸. Die nunmehr eingetretene Einwilligungsunfähigkeit ändere nach dem Rechtsgedanken des § 130 Abs. 2 BGB an der fortdauernden Maßgeblichkeit des früher erklärten Willens nichts. Zudem stellt der XII. Zivilsenat klar, dass der gesetzliche Vertreter bei Vorliegen einer hinreichend konkretisierten Verfügung des Patienten keine eigene Entscheidung treffe, sondern „[...] vielmehr nur eine im Voraus getroffene höchstpersönliche Entscheidung des Betroffenen um(setze)“⁶⁹.

Darin ist die grundsätzliche Anerkennung der Verbindlichkeit einer Patientenverfügung zu erblicken. Diese Bindungswirkung beschränkt sich nicht nur auf das Innenverhältnis zwischen dem Betroffenen und seinem Stellvertreter, sondern erfasst gleichzeitig auch den behandelnden Arzt und das sonstige Pflegepersonal⁷⁰. Die antizipierte Willensbekundung des Betroffenen darf deshalb auch nicht von dem gesetzlichen Vertreter durch einen Rückgriff auf den mutmaßlichen Willen des Patienten umgangen und „korrigiert“ werden. Jenes schränkt der Bundesgerichtshof allerdings dann ein, wenn sich der Betroffene von seiner

⁶⁷ BGH, Rpfleger 2003, 354 (355).

⁶⁸ BGH, aaO., S. 357.

⁶⁹ BGH, aaO., S. 356.

⁷⁰ Hahne, FamRZ 2003, 1619 (1620); Lipp, BtPrax, 2004, 18 (20); Kutzer, BtPrax 2005, 50 (51); BMJ, Eckpunkte zur Stärkung der Patientenautonomie, BtPrax 2005, 57 (58); Stoffers, DNotZ 2003, 855 (857); Perau, RNotZ 2003, 263 (264); Verrel, in: Duttge, Ärztliche Behandlung am Lebensende, S. 14.

früheren Verfügung mit erkennbarem Widerrufswillen distanzieren oder die Sachlage sich nachträglich so erheblich geändert habe, dass die Patientenverfügung nicht mehr die aktuelle Situation umfasse⁷¹.

Damit wurde vom Zivilsenat klargestellt, dass es eben keiner fortlaufenden Aktualisierung bedarf, um die Gültigkeit einer Patientenverfügung annehmen zu können.

Jedoch wurde die Entscheidung zum Teil auch anders interpretiert. So kritisierten einige Autoren die Entscheidung des Bundesgerichtshofes als „Paukenschlag der Konfusion“⁷² oder als „Justizverwaltung in Schicksalsdingen“⁷³, die sich im Hinblick auf ein etwaiges vormundschaftsgerichtliches Genehmigungserfordernis als eine aufgedrängte Gerichtsbarkeit darstelle und die verfassungsrechtlichen Grenzen des Richterrechts überschreite⁷⁴.

Zudem wurde der Beschluss des XII. Zivilsenats vereinzelt dahingehend verstanden, dass ein gerichtlich bestellter Betreuer gerade nicht strikt an eine Patientenverfügung gebunden sei, sondern dieser lediglich eine interne Bindungswirkung zukomme⁷⁵. Im Verhältnis zu Dritten müsse der Betreuer in eigener rechtlicher Verantwortung handeln und eine Entscheidung aufgrund eigener Willensbildung treffen, inwieweit er den in der Patientenverfügung geäußerten Willen des Betroffenen umsetzen möchte.⁷⁶ Dabei habe er gemäß § 1901 Abs. 3 S. 1, Abs. 2 S. 1 BGB das Wohl des Patienten zu beachten, sodass er sich sogar gegen die Befolgung des in einer Patientenverfügung ausdrücklich erklärten Willens entscheiden könnte. Begründet wurde diese Interpretation der Entscheidung unter Hinweis auf die strafrechtliche Überlegungen des Bundesgerichtshofes. Eine strafrechtliche Grenze im Hinblick auf zivilrechtliche Überlegungen gebe es nicht für Entscheidungen über sich selbst. Eine solche gelte lediglich für Handlungen und Entscheidungen, die für den Patienten von Dritten getroffen werden⁷⁷. Daher könne auch eine Patientenverfügung nicht unmittelbare Bindungswirkung entfalten, sondern erlange nur im Innenverhältnis zwischen dem Betroffenen und seinem Stellvertreter Bedeutung. Der Meinungsstreit wurde damit im Ergebnis nicht endgültig beigelegt.

⁷¹ BGH, aaO., S. 357.

⁷² Höfling/Rixen, JZ 2003, 884 (894).

⁷³ Holzhauser, FamRZ 2003, 991 (992).

⁷⁴ Hufen, ZRP 2003, 248.

⁷⁵ Alberts, BtPrax 2003, 139.

⁷⁶ Renesse, BtPrax 2005, 47 (48); Wagenitz, FamRZ 2005, 669 (674 f.).

⁷⁷ Renesse, BtPrax 2005, 47 (48).

II. Reichweitenbeschränkung

1. Zeitliche Beschränkung

Neben der grundsätzlichen Diskussion über die Verbindlichkeit einer Patientenverfügung bildete sich, verstärkt durch den Beschluss des XII. Zivilsenats, zudem das Problem der Reichweite einer Vorausverfügung des Patienten heraus. Der Bundesgerichtshof selbst begrenzte in seinem Beschluss vom 17.03.2003 die Reichweite einer Patientenverfügung auf die Fälle, in denen das Grundleiden des Betroffenen bereits einen irreversibel tödlichen Verlauf angenommen hat. Nur bei Vorliegen dieser objektiven Voraussetzung gestatte die Rechtsordnung nach Auffassung des Bundesgerichtshofes den Abbruch bzw. das Unterlassen von lebenserhaltenden Maßnahmen, ohne dass der Arzt oder der Stellvertreter des Betroffenen strafrechtliche Konsequenzen befürchten müssten. So sei die Entscheidungsmacht eines Betreuers mit der aus dem Selbstbestimmungsrecht folgenden Entscheidungsmacht des einwilligungsfähigen Patienten nicht deckungsgleich, sondern als gesetzliche Vertretungsmacht an rechtliche Vorgaben gebunden⁷⁸. Das bedeutet, dass die Macht des Betreuers im Gegensatz zum einwilligungsfähigen Patienten selbst - der jede medizinische Behandlung ablehnen kann, mag dies auch noch so unvernünftig erscheinen - nicht weiter reiche, als die Rechtsordnung dies im Rahmen der zulässigen Sterbehilfe erlaube. Der Zivilsenat stützt sich dabei auf eine Entscheidung des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofes vom 13.09.1994 (sog. „Kemptener Fall“)⁷⁹, in welcher sich der Strafsenat mit den Voraussetzungen einer zulässigen passiven Sterbehilfe auseinander zu setzen hatte. In Anlehnung an die „Richtlinien für die Sterbehilfe“ der Bundesärztekammer von 1993 definierte der 1. Strafsenat die Voraussetzungen für die Zulässigkeit passiver Sterbehilfe damit, dass das „Grundleiden eines Kranken nach ärztlicher Überzeugung unumkehrbar (irreversibel) ist, einen tödlichen Verlauf angenommen hat und der Tod in kurzer Zeit eintreten wird“⁸⁰. Sind diese Merkmale kumulativ erfüllt, spricht der Bundesgerichtshof in diesen Fällen von „Hilfe beim Sterben“, die dem Arzt den Verzicht auf lebensverlängernde Maßnahmen erlaube.

⁷⁸ BGH, Rpfleger 2003, 354 (356).

⁷⁹ BGH, NJW 1995, 204 = BGHSt 40, 257.

⁸⁰ BGH, aaO., S. 204.

In dem vom 1. Strafsenat zu entscheidenden Fall hatte der Sterbevorgang jedoch noch nicht eingesetzt, denn die Betroffene war lebensfähig⁸¹. Die Voraussetzungen für die passive Sterbehilfe waren demnach nicht gegeben. Gleichwohl erkannte der Senat das Sterbenlassen durch den Abbruch einer lebenserhaltenden Maßnahme dann an, wenn der Patient mit dem Abbruch mutmaßlich einverstanden ist, denn auch in dieser Situation sei das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu achten⁸². Die Bedeutung des Urteils vom 13.09.1994 liegt nun folglich darin, dass die zulässige Sterbehilfe über die damals geltenden Richtlinien der Bundesärztekammer hinaus in Ausnahmefällen auf Patienten erweitert wurde, bei denen das Merkmal der unmittelbaren Todesnähe noch nicht gegeben war (sog. „Hilfe zum Sterben“). Zudem stellte der Strafsenat klar, dass an den Nachweis eines solchen mutmaßlichen Einverständnisses des einwilligungsunfähigen Patienten strenge Anforderungen zu stellen sind⁸³.

In dem vom Zivilsenat zu entscheidenden Fall bedurfte es keiner Ermittlung eines mutmaßlichen Willens, da eine Patientenverfügung des Betroffenen vorlag. Auch hier hatte der Sterbevorgang des Patienten noch nicht eingesetzt. Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes folgerte nun aus der Entscheidung des Strafsenats, dass vor Einsetzen des Sterbevorgangs für das Verlangen des Betreuers, eine medizinische Behandlung einzustellen, dann kein Raum ist, wenn das Grundleiden des Betroffenen noch keinen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen hat und durch die Maßnahme das Leben des Betroffenen erhalten oder verlängert wird⁸⁴. Aus seinem Verständnis kam daher eine Verbindlichkeit der Patientenverfügung nur dann in Frage, wenn die Voraussetzungen, unter denen der 1. Strafsenat die Sterbehilfe bei entsprechendem mutmaßlichen Willen des Patienten eröffnet hatte, erfüllt seien⁸⁵. So könne das Zivilrecht nichts erlauben, was das Strafrecht verbiete.

Diese Interpretation des Kemptener Falles rief zahlreiche kritische Stellungnahmen in der Literatur hervor⁸⁶. Zunächst wurde vorgebracht, der Zivilsenat habe die Entscheidung des Strafsenats und damit die Grenzen strafrechtlich zulässiger Sterbehilfe fehl interpretiert, denn so sei durch den Strafsenat eine Einschränkung des zulässigen Behandlungsabbruchs

⁸¹ BGH, aaO., S. 204.

⁸² BGH, aaO., S. 205.

⁸³ BGH, aaO., S. 205.

⁸⁴ BGH, Rpfleger 2003, 354 (356).

⁸⁵ Holzhauser, FamRZ 2006, 518 (520).

⁸⁶ Lipp, BtPrax 2004, 18 (20); Kutzer, ZRP 2003, 213; Coepplius, Rpfleger 2004, 262 (263); Müller, ZEV 2008, 583 (584); Lipp, FamRZ 2003, 756; Höfling/Rixen, JZ 2003, 884 (891); Verrel, in: Duttge, Ärztliche Behandlung am Lebensende, S. 14.

nur für den Fall des irreversibel tödlichen Verlaufs des Grundleidens nicht aufgestellt worden. Vielmehr habe der Strafsenat bei dem Abbruch einer lebenserhaltenden Maßnahme außerhalb des Sterbeprozesses auf den ermittelbaren Willen des Patienten abgestellt⁸⁷.

Weiter wurde kritisiert, dass die Geltungsbeschränkung der Patientenverfügung auf den irreversibel tödlichen Verlauf eine grundrechtswidrige Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts darstelle⁸⁸. Das Recht auf Selbstbestimmung könne durchaus auch unvernünftig und selbstschädigend ausgeübt werden und müsse sich nicht an objektiven Kriterien messen lassen. Es sei zudem nur durch das Verbot der aktiven Sterbehilfe gemäß § 216 StGB begrenzt. Da die Selbstbestimmung des Patienten auch im Voraus ausgeübt werden kann und nicht mit Eintritt der Einwilligungsunfähigkeit wegfallen, können entsprechende Erklärungen auch in Patientenverfügungen fixiert werden, die nicht nur bei einer irreversibel tödlichen Grunderkrankung Beachtung finden müssten.

Viele Autoren störten sich auch an der vom Bundesgerichtshof übernommenen Formulierung „irreversibel tödlicher Verlauf“, da der Senat nicht erläutert, was er unter diesem versteht und wann ein Grundleiden einen solchen Zustand erreicht hat. So sei mit Verwendung dieser Begriffe bisher stets die unmittelbare Sterbephase bezeichnet worden⁸⁹. Dann ist jedoch eine medizinische Behandlung nicht mehr indiziert, sodass der Arzt eine solche gar nicht mehr anbieten wird und der eingesetzte Vertreter des Betroffenen regelmäßig auch nicht mehr in eigener rechtlicher Verantwortung den Willen des Patienten durchsetzen muss. Für Verwirrung sorgte auch, dass gerade in dem vom Bundesgerichtshof zu entscheidenden Fall der Patient bereits seit über 16 Monaten bei stabilem Zustand im Koma lag. Daher habe die Krankheit nach Auffassung vieler Autoren gerade keinen tödlichen Verlauf angenommen⁹⁰.

Jedoch wird dieser Begriff offensichtlich unterschiedlich verstanden. Die Vorsitzende des XII. Zivilsenats Hahne führte dazu in einem Rechtsgespräch mit der Frankfurter Allgemeinen Zeitung aus, dass ein tödlicher Verlauf nach Auffassung des Bundesgerichtshofes auch dann vorliege, wenn „[...] der Patient bei einem natürlichen Verlauf seiner Krankheit ohne künstliche ärztliche Hilfsmittel sterben würde“⁹¹. Wenn also keine Chance mehr bestehe,

⁸⁷ Lipp, aaO., S. 20; Kutzer, aaO., S.213.

⁸⁸ AG Siegen, NotBZ 2008, 353 (355); Coeppicus, aaO., S. 263; Albers, MedR 2009, 138 (142).

⁸⁹ Lipp, BtPrax 2004, 18 (20); Geißendörfer, Tietze, Simon, BtPrax 2004, 43 (44).

⁹⁰ u.a. Höfling/Rixen, JZ 2003, 884 (886); Meier, FGPrax, 2003, 161 (168).

⁹¹ Hahne, FAZ v. 18.07.2003, Der Patientenwille hat Vorrang – Ein Gespräch mit der VRiBGH Meo-Micaela Hahne, S. 4.

„[...] dass der Patient wieder zu einer Persönlichkeit wird, die als bewusster Mensch am Leben der anderen teilnehmen kann“, dann befinde sich „[...] ein solcher Wachkomapatient in einem irreversiblen tödlichen Verlauf“.

Dies ist dem Beschluss vom 17.03.2003 jedoch so nicht zweifelsfrei entnehmbar. Vielmehr beschreibt der Bundesgerichtshof hier nur in unzureichendem Maße die medizinischen Voraussetzungen, unter denen ein Behandlungsabbruch zulässig ist. Eine Definition des Begriffs „irreversibel tödlicher Verlauf“ findet sich im gesamten Beschluss nicht. Gleichwohl verlangt er eine letzte Sicherheit, dass die Krankheit des Patienten einen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen hat, da andernfalls die Sterbehilfe rechtswidrig wäre⁹². Dem wurde jedoch vehement entgegengehalten, dass von dem behandelnden Arzt eine derartige Prognosesicherheit schon vor Beginn des eigentlichen Sterbeprozesses gar nicht abverlangt werden könnte⁹³. In Zweifelsfällen würde daher der Patient weiterbehandelt werden müssen, was durchaus seinem ausdrücklich erklärten Willen widersprechen könnte und einer Zwangsbehandlung gleichkäme. Es ist damit festzustellen, dass für die Praxis nach wie vor große Unsicherheiten bestanden, wann auf eine vorhandene Patientenverfügung zurückgegriffen werden muss und wann dies mangels Vorliegen eines irreversibel tödlichen Verlaufs der Grunderkrankung ausscheidet.

2. Ausschluss bestimmter Patientengruppen?

Aus dem Beschluss des XII. Zivilsenats von 2003 und dessen aufgestelltem Erfordernis des irreversibel tödlichen Verlaufs der Grunderkrankung, bildete sich nunmehr die Auffassung heraus, dass bestimmte Patienten von vornherein aus dem Wirkungsbereich einer Patientenverfügung ausgeschlossen seien. So plädierte die Enquete-Kommission in ihrem Zwischenbericht vom 13.09.2004 ausdrücklich dafür, dass Verfügungen von Patienten, die sich im Zustand der Demenz oder des Wachkomas ohne zusätzliche lebensbedrohende Komplikationen befinden, außerhalb der Möglichkeiten einer Patientenverfügung liegen und deshalb ein Abbruch der lebensverlängernden Maßnahmen rechtlich nicht zulässig sei⁹⁴. Derar-

⁹² BGH, Rpfleger 2003, 354 (357).

⁹³ Kutzer, ZRP 2003, 213; Ehninger (Präsident der Dt. Gesellschaft für Hämatologie und Onkologie), FAZ v. 31.01.2005, S. 33; Höfling/Rixen, JZ 2003, 884 (887); Holzhauer, FamRZ 2006, 518 (521); Albers, MedR 2009, 138 (142); Renner, in: Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis Rz. 400.

⁹⁴ BT-Drs. 15/3700, S. 38.

tige Krankheitsbilder fallen eben gerade nicht unter ein irreversibel tödliches Grundleiden, so dass im Zweifelsfall immer für das Leben als solches zu entscheiden sei.

Diese Auffassung rekurriert damit auf die objektiv-rechtliche Verpflichtung des Staates zum Lebensschutz und rechtfertigt die Behandlung dieser Patienten mit dem Grundsatz in dubio pro vita. Demgegenüber muss in der Konsequenz das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zurücktreten. Begründet wird diese Auffassung zum einen damit, dass die Entstehung eines Klimas vermieden werden soll, in dem Druck auf ältere oder schwerkranke Menschen ausgeübt werden kann, ihr Leben mittels Patientenverfügung beenden zu lassen, um nicht als „Last“ zu gelten⁹⁵.

Darüber hinaus führt diese Auffassung das sog. „Antizipationsproblem“ an, indem es die Gleichstellung eines vorsorglichen Patientenwillens mit einem aktuellen Willen des Betroffenen in Abrede stellt. So wird zum Teil von einem möglichen „Perspektivenwechsel“ gesprochen, den einige Patienten im Lichte ihrer Krankheit zeigen und der dazu führe, dass die Betroffenen sogar einen natürlichen Lebenswillen erkennen lassen⁹⁶. Es könne daher nicht im Interesse des Staates liegen, die behandelnden Ärzte und ggf. das Pflegepersonal durch eine über den irreversibel tödlichen Verlauf hinausgehenden Bindungswirkung einer Patientenverfügung zu einem Unterlassen ärztlicher Maßnahmen zu verpflichten, die zum Tode des Patienten führt, selbst wenn dieser im Hinblick auf vitale Lebensfunktionen noch lebensfähig ist⁹⁷.

Zudem solle die Verschiebung der Grenzen zulässiger Sterbehilfe vermieden werden. Andernfalls könnte eine zu restriktive Handhabung die Vertreter der aktiven Sterbehilfe begünstigen, ihre Anschauungen weiter zu verbreiten und durchzusetzen.

Im Gegensatz dazu sprach sich die vom Bundesministerium der Justiz eingesetzte Kommission „Patientenautonomie am Lebensende“ ausdrücklich gegen eine Reichweitenbeschränkung der Patientenverfügung aus⁹⁸.

Als Ausfluss des verfassungsrechtlich garantierten Rechts auf Selbstbestimmung kann eine Entscheidung über die Vornahme oder Nichtvornahme bestimmter medizinischer Maßnahmen auch im Voraus für den Fall der eigenen Entscheidungsunfähigkeit getroffen werden. Hier wird dem vorsorglich erklärten Willen des Patienten die gleiche uneingeschränkte

⁹⁵ BT-Drs. 15/3700, S. 38.

⁹⁶ Holzhauser, FamRZ 2006, 518 (522).

⁹⁷ BT-Drs. 15/3700, S. 38.

⁹⁸ Bericht der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ vom 10.06.2004, Ethische, rechtliche und medizinische Aspekte zur Bewertung von Patientenverfügungen, S. 46.

Wirkung beigemessen wie dem Willen eines einwilligungsfähigen Betroffenen. Daher sei auch dessen Durchsetzung durch den eingesetzten Vertreter zu gewährleisten, denn der Betroffene vertraue auf die Beachtlichkeit der abgegebenen Erklärung.

Zudem wies der Vorsitzende der Kommission, Klaus Kutzer, ausdrücklich darauf hin, dass bei Einschränkung der Reichweite einer Patientenverfügung auf den irreversibel tödlichen Verlauf der Grunderkrankung große praktische Anwendungsbereiche der Patientenverfügung bis zur Bedeutungslosigkeit ausgehöhlt würden⁹⁹. Gerade solche Krankheitszustände wie Demenz und Wachkoma seien von enormer praktischer Relevanz. Schließlich verstoße eine Reichweitenbegrenzung gegen das in Art. 1, 2 GG geschützte Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper, soweit dieses Abwehrrechte gegen nicht legitimierte medizinische Eingriffe gewährleiste¹⁰⁰.

Bis zur gesetzgeberischen Klarstellung war es nun äußerst zweifelhaft, inwieweit der Patientenverfügung eines Betroffenen eine bindende Wirkung beigemessen werden konnte, wenn der Betroffene zwar als entscheidungsunfähig angesehen wurde, seine Krankheit jedoch noch nicht so weit fortgeschritten war, als dass man ihr einen irreversibel tödlichen Verlauf hätte zusprechen können, der einen Behandlungsabbruch auf der Basis der Vorausklärung des Patienten ermöglichte. Diese Entwicklung war sowohl für die Patienten und deren Vertreter als auch für die behandelnden Ärzte mehr als unbefriedigend, so dass eine Entscheidung durch den Gesetzgeber nunmehr dringend erforderlich erschien.

III. Kompetenz des Stellvertreters

Liegt eine wirksame Patientenverfügung des Betroffenen vor, so stellt sich die weitergehende Frage, wer nun legitimiert ist, den wirklichen Willen des Betroffenen zu ermitteln und diesen gegebenenfalls auch gegenüber Dritten durchzusetzen.

1. Notwendigkeit einer Betreuerbestellung?

Wird eine medizinische Behandlung erforderlich und kann der Patient infolge seiner Entscheidungsunfähigkeit eine die ärztliche Maßnahme legitimierende Einwilligung nicht erteilen, so kommt zunächst bei unvorhergesehener Behandlungsbedürftigkeit eine Rechtferti-

⁹⁹ BtPrax 2005, 50 (51).

¹⁰⁰ Kutzer, BtPrax 2005, 50 (51).

gung des Eingriffs aufgrund der sogenannten mutmaßlichen Einwilligung des Betroffenen in Betracht. An die Stelle des nicht feststellbaren aktuellen Willens des Patienten tritt dabei sein mutmaßlicher Wille. Dieser ist unter Berücksichtigung des jeweiligen Einzelfalles zu bestimmen, wobei sicherlich bei Fehlen konkreter entgegenstehender Anhaltspunkte für das Leben als solches und damit für die Weiterbehandlung entschieden wird. Diese Entscheidung kann der behandelnde Arzt für den Patienten treffen, sofern ein etwaiger Stellvertreter des Betroffenen (Vorsorgebevollmächtigter bzw. gerichtlich bestellter Betreuer) nicht erreichbar oder noch gar nicht bestellt ist.

Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn dem behandelnden Arzt das Vorhandensein eines gerichtlich bestellten Betreuers als gesetzlicher Vertreter des Betroffenen bekannt wird. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofes kann dann der Arzt nicht mehr auf den mutmaßlichen Willen des Betroffenen zurückgreifen, denn so sei mit der Bestellung des Betreuers die rechtliche Handlungsfähigkeit des Betroffenen wiederhergestellt¹⁰¹. Gleiches dürfte im Hinblick auf das Bekanntwerden einer abgefassten Vorsorgevollmacht gelten, in welcher der spätere Patient eine Person seines Vertrauens mit der Wahrnehmung seiner Interessen bevollmächtigt hat und diese ausdrücklich auch die gesundheitlichen Angelegenheiten für den Fall der eigenen Entscheidungsunfähigkeit mit umfasst¹⁰².

Fraglich ist nun, ob es der Bestellung eines Betreuers bedarf, wenn dem Arzt eine Patientenverfügung des Betroffenen bekannt wird und diese keine gleichzeitige Gesundheitsvollmacht enthält, die eine Betreuung entbehrlich machen würde. Stünde der Arzt dann eventuell sogar in der Pflicht, ein Verfahren zur Bestellung eines Betreuers bei dem zuständigen Betreuungsgericht anzuregen?

Soweit ersichtlich, hatten die Betroffenen in den von den Oberlandesgerichten und vom Bundesgerichtshof zu entscheidenden Fällen trotz Vorhandensein einer wirksamen Patientenverfügung auch jeweils einen Betreuer als gesetzlichen Vertreter (§ 1902 BGB)¹⁰³. Dies wirft die Frage auf, ob im Hinblick auf § 1896 Abs. 2 S. 1 BGB die Einrichtung einer Betreuung überhaupt rechtlich zulässig ist, wenn eine Patientenverfügung vorliegt und der Betroffene in dieser bereits seine Einwilligung bzw. Ablehnung für die in Rede stehende Maßnahme erklärt hat. In der Vorschrift des § 1896 BGB kommt das Subsidiaritätsprinzip

¹⁰¹ BGH, Rpfleger 2003, 354 (355).

¹⁰² Lipp, BtPrax 2002, 47 (52); Stolz, BtPrax 2004, 99.

¹⁰³ BGH, Rpfleger 2003, 354; OLG Frankfurt/M., FamRZ 1998, 1137; OLG Frankfurt/M., FamRZ 2002, 575; OLG Karlsruhe, FamRZ 2002, 488.

zum Ausdruck, so dass eine staatliche Fürsorge nur dann erforderlich ist, wenn ein Bedürfnis hierfür besteht.

Hierbei muss wiederum unterschieden werden, welcher Auffassung man im Hinblick auf die Bindungswirkung der Patientenverfügung folgt. Sieht man sie lediglich als Indiz für den mutmaßlichen Willen an, so liegt eine konkrete Einwilligung bzw. Verweigerung derselben vom Betroffenen noch nicht vor, so dass ein Dritter diese Entscheidung für den Patienten treffen muss. Die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters wäre damit in jedem Falle erforderlich, denn der behandelnde Arzt kann diese nicht fällen, er ist nicht gesetzlicher Vertreter des Patienten. Außerdem ist dem Betroffenen das Recht zuzubilligen, durch einen „objektiven“ Dritten vertreten zu werden, der auch das Handeln und die Auffassung des Arztes überprüfen kann. Andernfalls würden die Rechte des Patienten nicht gestärkt, sondern wären der Willensbestimmung desjenigen ausgeliefert, gegen den sie unter Umständen geltend gemacht werden müssten.

Folgt man jedoch der Auffassung des Bundesgerichtshofes und sieht die Patientenverfügung als „antizipative Willensbekundung“ an, so bedarf es keiner weiteren Entscheidung über die Weiterbehandlung durch einen gesetzlichen Vertreter, da diese der Patient bereits selbst getroffen hat. Gleichwohl wird zumeist die Einrichtung einer rechtlichen Betreuung für alle damit zusammenhängenden Erklärungen und Entscheidungen erforderlich gehalten¹⁰⁴. Beispielsweise ist zu entscheiden, in welchem Krankenhaus und durch welchen Arzt der Patient behandelt werden soll. Auch muss ein Dritter den Behandlungsvertrag abschließen¹⁰⁵. Im Ergebnis mache daher die Vorausserklärung des Patienten die Bestellung eines rechtlichen Betreuers in der Regel nicht entbehrlich. Dies ist jedoch nicht unumstritten und wird unter Hinweis auf die verbindliche Außenwirkung einer Patientenverfügung durchaus in Zweifel gezogen¹⁰⁶.

Zudem kann es vorkommen, dass dem behandelnden Arzt zwar die Existenz der Patientenverfügung bekannt ist, er sich aber an diese nicht gebunden fühlt, da er die Vorausserklärung auf den konkreten Fall bezogen nicht für anwendbar hält oder sogar ihre Gültigkeit in Zweifel zieht. Auch dann hat er die Einrichtung einer Betreuung anzuregen, damit der gerichtlich bestellte Betreuer nunmehr als gesetzlicher Vertreter des Betroffenen die Bedenken des Arztes überprüfen und den Willen des Patienten ggf. durchsetzen kann.

¹⁰⁴ Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594 (604); Berger, JZ 2000, 797 (800).

¹⁰⁵ Lipp, Patientenautonomie und Lebensschutz, § 6 S. 32.

¹⁰⁶ Albers, MedR 2009, 138 (143); Roth, JZ 2004, 494 (502); Vossler, ZRP 2002, 295 (296).

Die Notwendigkeit einer Betreuerbestellung entfällt jedoch insgesamt, wenn der Patient in gesunden Tagen eine Person seines Vertrauens mit der Wahrnehmung der Gesundheitsangelegenheiten wirksam bevollmächtigt hat und der Bevollmächtigte nunmehr von dieser Vollmacht Gebrauch macht. Wurde bereits ein gesetzlicher Vertreter für den Patienten durch das Betreuungsgericht bestellt, so hat dieses mit Bekanntwerden der Existenz einer Vorsorgevollmacht die Betreuung von Amts wegen gem. § 1908 d Abs. 1 S. 1 BGB aufzuheben.

2. Aufgabenkreis des Betreuers

Wurde auf Anregung des behandelnden Arztes oder von Angehörigen des Betroffenen ein Verfahren zur Bestellung eines Betreuers eingeleitet, so ist nunmehr zu klären, welchen Aufgabenkreis der Betreuer inne haben muss, um für die in Rede stehenden Behandlungssituationen seine Aufgaben als gesetzlicher Vertreter des Betroffenen wahrnehmen zu können.

Zum Teil wurde ausdrücklich ein Aufgabenkreis „Sterbehilfe“ verlangt, um den in der Patientenverfügung niedergelegten Willen des Betroffenen auf den Abbruch lebensverlängernder Maßnahmen auch Ausdruck und Geltung verleihen zu können¹⁰⁷.

Demgegenüber sprach sich die Gegenauffassung zu Recht lediglich für die Zuweisung der „Gesundheitssorge“ aus, die regelmäßig sowohl die Entscheidung mit einschließt, ob lebensverlängernde Maßnahmen eingeleitet oder fortgesetzt werden sollen, als auch die Durchsetzung einer dahingehenden Patientenverfügung mit einbezieht¹⁰⁸. Der Aufgabenkreis „Sorge für die Gesundheit des Betroffenen“ umfasst alle in dem Bereich der medizinischen Behandlung anstehenden Entscheidungen. Das gilt auch dann, wenn eine Wiederherstellung der Gesundheit nicht mehr zu erreichen ist. Ein möglichst weitgefächertes Aufgabenkreis, der nicht zu eng gefasst wird oder sich sogar nur auf einzelne Krankheitsbilder beschränkt, ist auch deshalb zu empfehlen, da sich die Sachlage nachträglich durchaus ändern könnte und ggf. eine Aufgabenkreiserweiterung erforderlich werden ließe. So müssen zumeist alle Behandlungssituationen vom Aufgabenkreis umfasst sein, damit der Betreuer prüfen kann, ob die Patientenverfügung noch dem Willen des Betroffenen entspricht und er

¹⁰⁷ Stackmann, MedR 2003, 490 (493); Damrau/Zimmermann, § 1904 BGB Rz. 42.

¹⁰⁸ BGH, Rpfleger 2003, 354 (356); BGH, FamRZ 2005, 1474 (1475); OLG Frankfurt/ M., FamRZ 2002, 575 (576); Zimmermann, in: Soergel, BGB, § 1904 Rz. 17; Hoffmann, in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, § 1904 BGB Rz. 183; Lipp, FamRZ 2004, 317 (321).

sie ggf. gegenüber Arzt und Pflegepersonal auch durchsetzen kann. Die Aufgabe des Betreuers ist dabei nicht nur auf die konkrete Behandlungsmaßnahme beschränkt, vielmehr hat er alle damit zusammenhängenden Maßnahmen und Entscheidungen wahrzunehmen, wie beispielsweise die Erarbeitung der Indikation und die einleitenden Untersuchungen¹⁰⁹.

3. Auslegung der Patientenverfügung

Liegt eine Patientenverfügung von dem Betroffenen vor, so ist zunächst zu ermitteln, ob der Patient eine verbindliche Erklärung abgeben wollte oder ob er lediglich seine Behandlungswünsche und Ansichten mitteilen wollte.

Grund hierfür ist das vom Patienten selbst zu tragende Risiko, dass er seine antizipierten Erklärungen womöglich nicht mehr rechtzeitig ändern kann, weil er infolge der eingetretenen Entscheidungsunfähigkeit zu keiner Willensäußerung, sei es auch nur ein Nicken oder Blinzeln, mehr fähig ist.

Diese Änderungslast trägt dem Umstand Rechnung, dass der erklärte Wille in einer Patientenverfügung solange Gültigkeit behält, bis er vom Betroffenen erkennbar widerrufen wurde¹¹⁰. Daher ist zunächst stets danach zu fragen, ob der Patient überhaupt dieses Risiko eingehen wollte. Nur wenn man dies bejaht, kann von einer rechtlichen Verbindlichkeit der Patientenverfügung gegenüber dem Vertreter des Betroffenen und dem Arzt gesprochen werden¹¹¹.

Damit bedarf in der Regel jede Patientenverfügung der Auslegung ihres Inhalts, da diese als bedeutendes Mittel der Ermittlung und Verwirklichung des wahren Willens dient. Die Auslegung ist gerade bei vorformulierten Patientenverfügungen unverzichtbar, da hier oftmals auf unbestimmte Begriffe zurückgegriffen wird, die nicht auf den Patienten als solchen zugeschnitten sind und zudem medizinische Fachausdrücke gebraucht werden, deren Bedeutung der Betroffene zum Teil nur in unzureichendem Maße kennt oder etwas anderes darunter versteht als der behandelnde Arzt¹¹². Sie ist Aufgabe derjenigen, an die sich eine Patientenverfügung richtet, in erster Linie demnach an die an der Behandlung beteiligten Ärzte

¹⁰⁹ Lipp, Patientenautonomie und Lebensschutz, § 6 S. 34.

¹¹⁰ BGH, Rpfleger 2003, 354 (355); Lipp, FamRZ 2004, 317 (320); Müller, ZEV 2008, 583 (584).

¹¹¹ Lipp, Patientenautonomie und Lebensschutz, § 5 S. 24.

¹¹² Roth, JZ 2004, 494 498).

und Pflegekräfte sowie an den Betreuer bzw. Bevollmächtigten und die Angehörigen des Betroffenen¹¹³.

Als Ergebnis sollte nach der Auslegung der Patientenverfügung konstatiert werden können, dass entweder der Patient eine antizipierende Entscheidung im Voraus selbst getroffen hat, die es nunmehr umzusetzen gilt oder bei Negieren einer solchen Erkenntnis eine stellvertretende Entscheidung durch den Vertreter des Betroffenen auf der Basis des mutmaßlichen Willens des Patienten getroffen werden kann. Den Angehörigen des Patienten kommt dabei in erster Linie eine Kontrollfunktion gegenüber dem Handeln des Vertreters zu, so dass auch sie die Patientenverfügung auslegen werden.

Bei der Interpretation des Inhalts einer Patientenverfügung ist auf die für rechtsgeschäftliche Willenserklärungen geltenden Grundsätze zurückzugreifen. Die Auslegenden dürfen sich damit nicht lediglich auf den niedergeschriebenen Text als solchen oder den Wortlaut der damaligen mündlichen Erklärung des Patienten beschränken, sondern müssen gemäß § 133 BGB nach dem wirklichen Willen des Patienten fragen, mithin, was er mit seiner Erklärung im Lichte seiner individuellen Wertvorstellungen, Lebenseinstellungen und Überzeugungen ausdrücken wollte¹¹⁴. Maßstab ist der subjektive Wille des Verfassers und nicht eine objektive Erklärungsbedeutung aus der Sichtweise des Empfängerhorizontes, da es ähnlich wie bei der Auslegung eines einseitigen Testaments nicht um den Vertrauensschutz eines Dritten geht¹¹⁵, sondern allein um die Durchsetzung des Selbstbestimmungsrechts. Dabei haben die Auslegenden auch Dritte wie beispielsweise den ehemaligen Hausarzt des Betroffenen oder Angehörige zu befragen, um so ein umfassendes Bild über die Lebenseinstellungen des Patienten zu bekommen.

Zudem bestehe auch die Möglichkeit, die Grundsätze zur sogenannten ergänzenden Auslegung der Patientenverfügung heranzuziehen¹¹⁶. Hierbei wird nach einem hypothetischen Willen des Verfassers gefragt, den dieser gehabt hätte, wenn er bestimmte Umstände, die er nicht beachtet hat bzw. die er zum Zeitpunkt des Verfassens gar nicht beachten konnte, gekannt hätte. Jedoch sollte diese Auslegungsmethode meines Erachtens eher restriktiv verwendet werden, da mit hypothetischen Überlegungen der Wille des Betroffenen leicht verfälscht werden könnte. Es könnte dem Betroffenen ein Wille unterstellt werden, den er nie

¹¹³ Hoffmann, BtPrax 2009, 7 (8); Lipp, Patientenautonomie und Lebensschutz, § 5 S. 25.

¹¹⁴ Roth, JZ 2004, 494 (499); Hoffmann, BtPrax 2009, 7 (9); Lipp, Patientenautonomie und Lebensschutz, § 5 S. 25.

¹¹⁵ Roth, JZ 2004, 494 (499).

¹¹⁶ Roth, aaO., S. 499; Hoffmann, BtPrax 2009, 7 (11).

gefasst hätte, wenn ihm die veränderten Umstände bewusst gewesen wären. Wie der Bundesgerichtshof in seinem Beschluss vom 17.03.2003 selbst feststellte, kann bei Vorliegen einer Patientenverfügung die antizipierte Erklärung nicht mehr durch Rückgriff auf den mutmaßlichen Willen korrigiert werden. Freilich ist diese Auslegungsmethode dann sinnvoll und geboten, wenn sich bedeutende Umstände wie Fortschritte im medizinischen Bereich geändert haben und diese Veränderung nach dem subjektiven Patientenwillen dazu führt, dass eine Weiterbehandlung von dem Betroffenen gewollt wäre, wenn er noch über sich selbst entscheiden könnte. Zu beachten ist jedoch, dass dann eine stellvertretende Entscheidung in jedem Falle erforderlich wird, da der Patient die veränderten Umstände gerade nicht bedacht hatte und dementsprechend eine antizipierte Erklärung für die konkreten Behandlungssituation nicht abgeben konnte.

Das Erforschen des wirklichen Willens des Patienten kann indes dann schwierig werden, wenn sich infolge zu allgemeiner, ausfüllungsbedürftiger Formulierungen in der Patientenverfügung wie der Verwendung der Begriffe „würdevolles Sterben“ oder „menschenwürdiges Weiterleben“ unterschiedliche Deutungen ergeben. Zudem ist der Auslegende leicht geneigt, seine eigenen Anschauungen an die Stelle des Patienten zu setzen, indem er seine eigenen Empfindungen mit einfließen lässt.

Als Beispiel für den Umgang mit einer unklar formulierten, mehrdeutigen Patientenverfügung sei die Entscheidung des Amtsgerichts Siegen vom 28.09.2007 angeführt¹¹⁷. Das Amtsgericht Siegen hatte sich mit einer notariell beurkundeten Patientenverfügung zu befassen, in welcher die nunmehr schwer demenzkranke Patientin festgelegt hatte, dass „[...] keine lebensverlängernden Maßnahmen ergriffen werden (sollen), wenn ein menschenwürdiges Weiterleben nicht gewährleistet ist“.

Zunächst stellt die Entscheidung klar, dass es nicht um die Beachtlichkeit der Patientenverfügung an sich ginge, da eine Patientenverfügung als antizipative Handlungsanweisung für den Betreuer bindend sei und es auch nicht auf den irreversibel tödlichen Verlauf der Grunderkrankung ankomme, da sich das Gericht der Auffassung des Bundesgerichtshofes vom 17.03.2003 unter Hinweis auf das verfassungsrechtlich verbürgte Recht auf Selbstbestimmung nicht anschloss. Vielmehr ging es dem Amtsgericht Siegen ausschließlich um den Inhalt der Patientenverfügung. Dieser war nach Auffassung des Gerichts zu allgemein gehalten und umfasste nicht die konkrete Behandlungssituation, so dass die Patientenverfügung letztendlich nicht zur Ausführung gelangen konnte.

¹¹⁷ AG Siegen, NotBZ 2008, 353.

So führte das Gericht in seiner Entscheidung an, dass der Begriff des „menschenswürdigen Weiterlebens“ eine Vielzahl von Deutungen sowie Auslegungsspielräume in Bezug auf die konkreten Umstände des Einzelfalles zulasse und sich folglich ein entsprechender Wille der Patienten auf einen Behandlungsabbruch nicht mit ausreichender Sicherheit feststellen lassen könne. Es kann damit eine Anknüpfung an den Ausfall lebenswichtiger Körperfunktionen gemeint sein, aber auch eine geistige Entwicklung in der Persönlichkeit der Patientin, die sie in ihren Entfaltungsmöglichkeiten beeinträchtigt¹¹⁸. Demnach sei nicht zweifelsfrei feststellbar, ob die jetzige Situation der Betroffenen die von ihr gemeinte Bedingung erfülle. Da auch die Ermittlung des mutmaßlichen Willens der Betroffenen zu keinem zweifelsfreien Ergebnis führte, genieße der Schutz des Lebens, solange ein ärztliches Behandlungsangebot vorliege, Vorrang.

Dies verdeutlicht eindringlich, wie bedeutend es für eine zulässige Umsetzung der in der Patientenverfügung enthaltenen Erklärungen ist, dass diese möglichst konkrete Behandlungssituationen erfassen. Anderenfalls kann auch die Auslegung der Vorausserklärung des Betroffenen nicht zu deren gewollten Durchsetzung führen.

4. Verwirklichung des Patientenwillens

Liegt eine wirksame Patientenverfügung vor, in welcher der Betroffene eine antizipierte Erklärung abgegeben hat, die zudem die konkrete Behandlungssituation umfasst, so sind der Arzt und der Stellvertreter des Patienten an diesen erklärten Willen gebunden.

Nun muss die Beachtung des Patientenwillens allerdings noch sichergestellt werden. Dazu hat der Vertreter den behandelnden Arzt über die Existenz der Patientenverfügung zu informieren und ggf. zu deren Befolgung aufzufordern¹¹⁹. Der Bundesgerichtshof beschreibt in diesem Zusammenhang die Aufgabe des Betreuers damit, dass dieser „[...] dem Willen des Betroffenen gegenüber Arzt und Pflegepersonal in eigener rechtlicher Verantwortung [...] Ausdruck und Geltung zu verschaffen“¹²⁰ habe. Entsprechendes dürfte für den Gesundheitsbevollmächtigten gelten.

Doch was genau meint der Bundesgerichtshof damit?

¹¹⁸ AG Siegen, aaO., S. 356.

¹¹⁹ Lipp, Patientenautonomie und Lebensschutz, § 6 S. 35.

¹²⁰ BGH, Rpfleger 2003, 354 (355).

Ist es Aufgabe des Vertreters, zur Verfolgung der Rechte des Patienten den zivilrechtlichen Klageweg zu beschreiten, wenn die Ärzte und das Pflegepersonal aufgrund ihrer moralischen Überzeugung sich weigern, die Behandlung außerhalb der Sterbephase abubrechen? Kann er am Ende vielleicht sogar selbst den Behandlungsabbruch vornehmen, indem er die lebenserhaltenden Apparate ausstellt? Eine Antwort, auf welche Weise der Vertreter die vom Betreuten getroffene Entscheidung durchsetzen soll, bietet der Bundesgerichtshof nicht.

Klargestellt hat das Gericht in seinem Beschluss vom 08.06.2005 allerdings, dass sich der Arzt und das Pflegepersonal nicht unter Berufung auf ihre Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 4 GG) weigern können, die Weiterbehandlung abubrechen oder an ihrer Beendigung mitzuwirken. Die Gewissensfreiheit verleihe dem Pflegepersonal kein Recht, sich durch aktives Handeln über das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen hinwegzusetzen und in das Recht des Patienten auf körperliche Unversehrtheit einzugreifen¹²¹.

Auch der abgeschlossene Heimvertrag kann dem Verlangen des Betreuers, die Weiterbehandlung abubrechen, nicht entgegengesetzt werden. Er berechtigt das Pflegepersonal nicht, medizinische Maßnahmen gegen den erklärten Willen des Patienten fortzusetzen. Eine entsprechende Klausel im Heimvertrag, die einen Behandlungsabbruch ausschließt, indem sich das Pflegeheim zu einer umfassenden Versorgung des Betroffenen verpflichtet, begründe keine Rechtspflicht des Patienten, diese geschuldeten Leistungen auch anzunehmen. So kann der Patient seine Behandlungseinwilligung jederzeit mit der Folge widerrufen, dass eine Fortsetzung der Behandlung rechtswidrig wäre. In einem derartigen Fall kommen dann Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche analog § 1004 Abs. 1 BGB, Schadensersatzansprüche gemäß § 823 Abs. 1 BGB und eventuell Schadensersatzansprüche wegen Verletzung des Behandlungs- bzw. Pflegevertrages gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 249 Abs. 1 BGB in Betracht¹²², die der Vertreter des Betroffenen in einem vor den Zivilgerichten durchzuführenden Verfahren verfolgen müsste. Diese Befugnis folgt bei dem Betreuer aus seiner Aufgabe zur Durchsetzung der Patientenverfügung und ist damit von seinem Aufgabenkreis abgedeckt¹²³.

Jedoch verwirklichen diese Ansprüche immer noch nicht den Willen des Betroffenen, in bestimmter Weise nicht mehr behandelt zu werden. Wie nunmehr verfahren werden soll,

¹²¹ BGH, FamRZ 2005, 1474 (1476).

¹²² Lipp, FamRZ 2004, 317 (324).

¹²³ Lipp, aaO., S. 324.

wenn sich das Pflegepersonal weiterhin weigert, den verlangten Behandlungsabbruch vorzunehmen, bleibt ungeklärt.

Nun kann es auch vorkommen, dass der Betreuer seiner Aufgabe zur Durchsetzung der Patientenverfügung nicht oder nur in unzureichendem Maße nachkommt. Dann besteht für das Vormundschaftsgericht die Möglichkeit, Aufsichtsmaßnahmen gemäß §§ 1908 i Abs. 1 S. 1, 1837 Abs. 1 – 3 BGB zu ergreifen. Die Missachtung der Patientenverfügung stellt ein pflichtwidriges Verhalten des Betreuers dar, da dieser gem. § 1901 Abs. 3 S. 1 BGB die Wünsche des Patienten zu beachten hat und mehr noch, an die Patientenverfügung gebunden ist. Der Betreuer kann demnach vom Vormundschaftsgericht durch die Anordnung von Geboten gemäß § 1837 Abs. 2 S. 1 BGB zur Befolgung und Durchsetzung des manifestierten Patientenwillens angehalten werden. Diese Anordnung könnte mittels Festsetzung von Zwangsgeld gem. § 1837 Abs. 3 S. 1 BGB durchgesetzt werden. Im äußersten Falle könnte der Betreuer von Amts wegen gem. § 1908 b Abs. 1 BGB entlassen und ein neuer Betreuer gemäß § 1908 c BGB bestellt werden, der dann den Patientenwillen durchzusetzen hätte.

Hat der Betroffene einen Dritten mit der Wahrnehmung seiner Angelegenheiten im gesundheitlichen Bereich bevollmächtigt und kommt dieser seiner Verpflichtung zur Durchsetzung des Patientenwillens nur ungenügend nach, so besitzt das Vormundschaftsgericht dem Bevollmächtigten gegenüber bei Kenntniserlangung keine Weisungs- oder Entlassungsbefugnis. Jedoch kommt dann zunächst die Bestellung eines Kontrollbetreuers gemäß § 1896 Abs. 3 BGB in Betracht, der ggf. die vom Betroffenen erteilte Vollmacht widerrufen könnte¹²⁴. Es könnte dann ein Betreuer mit dem Aufgabenkreis „Gesundheitspflege“ bestellt werden, da die Vorschrift des § 1896 Abs. 2 BGB dem nicht mehr entgegenstünde.

5. Rechtslage bei Fehlen einer Patientenverfügung

Liegt eine Patientenverfügung nicht vor, enthält diese nur allgemeine Anweisungen, Wertvorstellungen und keine antizipierte Erklärung oder erfasst sie nicht die konkrete Behandlungssituation, so muss der Vertreter des Betroffenen selbst über die Einwilligung in die Fortführung der lebenserhaltenden medizinischen Maßnahmen entscheiden. Gleiches gilt, wenn zwar eine wirksame Patientenverfügung vorhanden ist, dieser jedoch nur Indizwirkung für den mutmaßlichen Willen zugesprochen wird, sich Hinweise auf einen Widerrufswillen ergeben oder sich die Sachlage nachträglich so erheblich geändert hat, dass ein

¹²⁴ BayObLG, FamRZ 1994, 1550.

Festhalten an der Patientenverfügung nicht zulässig wäre, da die frühere Erklärung die aktuelle Situation nicht mehr umfasst.

Zunächst ist aber danach zu fragen, ob ein Vertreter überhaupt eine Entscheidung über die Aufnahme oder Fortführung von lebenserhaltenden Maßnahmen treffen darf oder ob dem die Höchstpersönlichkeit dieser Entscheidung entgegensteht.

Voraussetzung für eine stellvertretende Einwilligung oder Verweigerung in eine bestimmte Behandlung wäre freilich stets, dass der Patient hinsichtlich der konkreten medizinisch indizierten Maßnahme einwilligungsunfähig ist, da anderenfalls das Selbstbestimmungsrecht als Abwehrrecht gegen Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit nur von ihm selbst ausgeübt werden könnte. Die Bestellung eines Betreuers bzw. die Bevollmächtigung führt wie bereits erläutert zu keiner materiellrechtlichen Doppelkompetenz.

Ob ein Dritter eine stellvertretende Entscheidung über die Einwilligung in lebenserhaltende Maßnahmen treffen kann, wenn der Patient einwilligungsunfähig ist, war lange Zeit umstritten. Abgelehnt wurde dies zum Teil unter Hinweis auf die Höchstpersönlichkeit der Entscheidung¹²⁵. Jedoch besteht aus der Natur der Situation heraus ein Zwang zur Zulassung der Vertreterentscheidung. Jenes hat auch der Bundesgerichtshof so gesehen, da anderenfalls entweder generell ein striktes Gebot zur Durchführung lebenserhaltender Maßnahmen statuiert würde, was bei entgegenstehendem Willen des Patienten eine Zwangsbehandlung bedeuten würde oder die Entscheidung bliebe dem Arzt und/oder den nahen Angehörigen des Betroffenen überlassen. Diese Willensbestimmung durch den Arzt oder die Angehörigen würde sich jedoch aus dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht mehr legitimieren und könnte unter Umständen mit Eigeninteressen kollidieren¹²⁶. Zudem lasse sich aus der Höchstpersönlichkeit einer Entscheidung kein zwingendes Argument gegen eine Entscheidungszuständigkeit des Betreuers herleiten, denn so werde dem Betreuer vom Gesetz durchaus auch höchstpersönliche Entscheidungskompetenzen wie beispielsweise die Einwilligung in die Sterilisation (§ 1905 BGB) übertragen. Die Zuständigkeit des Arztes bleibt damit im Ergebnis auf eine Not- und Eilfallkompetenz begrenzt¹²⁷.

Eine Einwilligung des Betreuers oder des Bevollmächtigten setzt aber zwingend voraus, dass der Arzt eine Behandlung überhaupt anbietet, mithin eine medizinisch indizierte Maß-

¹²⁵ Bienwald, in: Staudinger, § 1896 Rz. 57; Zimmermann, in: Soergel, § 1904 Rz. 42; LG München I, NJW 1999, 1788 (1789); LG Augsburg, FamRZ 2000, 320 (321); Seitz, ZRP 1998, 417 (420); Deichmann, MDR 1995, 983 (985).

¹²⁶ BGH, Rpfleger 2003, 354 (356).

¹²⁷ Kern, NJW 1994, 753 (756).

nahme noch vorliegt¹²⁸. Das hat der Arzt in eigener Verantwortung zu beurteilen. Zudem muss der Betreuer oder Bevollmächtigte hinreichend im Vorfeld über Diagnose, Ziel und Alternativen der Behandlung sowie deren Verlauf und mögliche Folgen, Risiken und Nebenwirkungen aufgeklärt worden sein¹²⁹. Eine abgegebene Einwilligung ohne dieses Aufklärungsgespräch hätte keine die Behandlung legitimierende Wirkung.

Bei der Entscheidungsfindung haben sich der Betreuer gemäß § 1901 Abs. 3 S. 1 BGB und der Bevollmächtigte gemäß § 665 BGB an den erklärten Wünschen des Patienten zu orientieren und diesen grundsätzlich zu entsprechen. Um sich nach diesen richten zu können, muss der Betreuer die Wünsche kennen, so dass er die Angelegenheit zunächst mit dem Betroffenen zu besprechen hat (§ 1901 Abs. 3 S. 3 BGB). Oftmals wird dies jedoch nicht möglich sein, da sich der Patient im Stadium der Bewusstlosigkeit befindet oder aus sonstigen Gründen nicht ansprechbar ist. Dann ist sorgfältig auf nonverbale Äußerungen zu achten. Zudem hat der Vertreter Familienangehörige und weitere Bezugspersonen des Patienten nach dessen Wünsche, Wertvorstellungen und Überzeugungen zu befragen, um so eine Analyse der Gesamtpersönlichkeit fertigen zu können.

Lässt sich ein ausdrücklicher Wunsch nicht feststellen, dann ist Maßstab der stellvertretenden Entscheidung der mutmaßliche Wille des Betroffenen¹³⁰. Dieser bestimmt sich gemäß § 1901 Abs. 2 S. 1 BGB nach dem subjektiven Wohl des Betreuten. Zu diesem Wohl gehört auch die Möglichkeit, im Rahmen der Fähigkeiten des Betroffenen, sein Leben nach eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten (§ 1901 Abs. 2 S. 2 BGB). Damit hat sich der Betreuer bei seiner Entscheidung daran zu orientieren, wie der Patient selbst entscheiden würde, wenn er dazu noch in der Lage wäre. Objektive Kriterien oder Wertvorstellungen der Allgemeinheit können nicht herangezogen werden. Der mutmaßliche Wille ist vielmehr unter sorgfältiger Abwägung aller bekannten Umstände zu bestimmen. Auch eine nicht hinreichend konkrete Patientenverfügung ist mit zu berücksichtigen, denn auch sie kann Aufschluss über die Lebenseinstellung des Patienten geben¹³¹.

Zur Ermittlung des mutmaßlichen Willens sind nach Auffassung des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofes frühere mündliche und schriftliche Äußerungen des Patienten, seine

¹²⁸ BGH, Rpfleger 2003, 354 (359).

¹²⁹ Hoffmann, in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, § 1904 Rz. 73.

¹³⁰ Lipp, BtPrax 2004, 18 (19); ders., FamRZ 2004, 317 (322); Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594 (602); Vossler, ZRP 2002, 295; Berger, JZ 2000, 797 (799); Hartenbach, in: Duttge, Ärztliche Behandlung am Lebensende, S. 103.

¹³¹ Hoffmann, in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, § 1904 BGB Rz. 179.

religiöse Überzeugung, persönliche Wertvorstellungen und seine altersbedingte Lebenserwartung sowie das Erleiden von Schmerzen zu berücksichtigen¹³². Hierbei ist jedoch anzumerken, dass die letzteren beiden Kriterien nicht der Erforschung des individuellen Willens des Betroffenen dienen, sondern objektive Maßstäbe anderer an dessen Stelle setzen. Wenn man die Lebenserwartung und das Erleiden von Schmerzen bei der Prüfung mit einfließen lässt, käme man nicht umher, diese danach zu beurteilen, was allgemein als „normal“ oder „aushaltbar“ angesehen wird, wobei das Empfinden des Patienten doch ganz anders ausfallen könnte.

Da jedoch in vielen Fällen ein mutmaßlicher Wille nicht feststellbar sein wird bzw. diese Ermittlungen in Spekulationen verlaufen werden, stellt sich die Frage, wie dann verfahren werden soll.

Der erste Strafsenat des Bundesgerichtshofes stellt in diesem Fall nun doch auf allgemeine Wertvorstellungen ab, dies jedoch mit ausdrücklicher Zurückhaltung. Im Zweifel habe der Schutz des menschlichen Lebens Vorrang¹³³. Dennoch eröffnet der Bundesgerichtshof eine Abwägungsmöglichkeit, denn so soll ein Behandlungsabbruch umso eher vertretbar erscheinen, „je weniger die Wiederherstellung eines nach allgemeinen Vorstellungen menschenwürdigen Lebens zu erwarten ist und je kürzer der Tod bevorsteht“¹³⁴.

Bemerkenswert ist dabei, dass der Strafsenat trotz Fehlen eines diesbezüglichen Willens des Betroffenen noch Raum für einen zulässigen Behandlungsabbruch sieht, der in der Konsequenz zum Tode des Patienten führen würde. Dies wurde zum Teil heftig kritisiert, da in solch einem Fall das Gebot des Lebensschutzprinzips uneingeschränkte Geltung beanspruchen können müsste¹³⁵. Der XII. Zivilsenat ließ in seinem Beschluss vom 17.03.2003 diese Frage ausdrücklich offen, da sie durch das Vorliegen einer konkreten Patientenverfügung nicht entscheidungserheblich war. Dennoch lässt er Sympathien für die Zulassung eines Behandlungsabbruchs auch bei Fehlen eines diesbezüglichen Willens des Patienten erkennen, indem er als mögliche Richtschnur ein Verständnis des Wohls des Betroffenen anklingen lässt, „das einerseits eine ärztlich für sinnvoll erachtete lebenserhaltende Behandlung gebietet, andererseits aber nicht jede medizinisch-technisch mögliche Maßnahme verlangt“¹³⁶.

¹³² BGH, NJW 1995, 204 (205); Vossler, ZRP 2002, 295.

¹³³ so im Ergebnis auch LG Kleve, BtPrax 2009, 199; AG Mannheim, BtPrax 2009, 256.

¹³⁴ BGH, NJW 1995, 204 (205).

¹³⁵ Höfling/Rixen, JZ 2003, 884 (894); Laufs, NJW 1998, 3399 (3400); Höfling, JuS 2000, 111 (117).

¹³⁶ BGH, Rpfleger 2003, 354 (358).

Die stellvertretende Entscheidung eines Bevollmächtigten richtet sich nach dem der Vollmacht zugrunde liegenden Rechtsverhältnis. Auch der Bevollmächtigte hat sich an den Wünschen des Vollmachtgebers gemäß § 665 BGB zu orientieren. Eine direkte Anwendung der Vorschrift des § 1901 BGB scheidet jedoch aus¹³⁷, denn der Bevollmächtigte ist nicht gesetzlicher Vertreter des Patienten und demnach nicht den gesetzlichen Regelungen aus dem Betreuungsrecht unterworfen.

IV. Die Problematik der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung

Will der Vertreter die wirksame Patientenverfügung des Betroffenen umsetzen und die Einstellung der lebenserhaltenden Maßnahmen verlangen, so ist nunmehr zu prüfen, ob er dafür einer Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf und wenn ja, was die Rechtsgrundlage für ein derartiges Genehmigungserfordernis ist. Gleiches gilt, wenn der Vertreter beabsichtigt, bei Fehlen einer hinreichend konkreten Patientenverfügung die stellvertretende Einwilligung in die medizinisch indizierte Behandlung zu verweigern.

Das Genehmigungserfordernis und seine Rechtsgrundlage waren lange Zeit äußerst umstritten und bedurften daher einer höchstrichterlichen Entscheidung durch den XII. Zivilsenat.

1. Genehmigungsbedürftigkeit bei Ablehnung einer lebensverlängernden Maßnahme?

Zunächst war fraglich, ob das bisher geltende Betreuungsrecht in seiner Fassung vom 01.07.2005 ein derartiges Genehmigungserfordernis überhaupt vorsieht. In Betracht käme allenfalls, eine Genehmigungsbedürftigkeit aus der Vorschrift des § 1904 Abs. 1 S. 1 BGB abzuleiten. Danach bedarf die Einwilligung des Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder in einen ärztlichen Eingriff der gerichtlichen Genehmigung, wenn die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet. Gleiches gilt gemäß § 1904 Abs. 2 BGB a. F. für die Einwilligung eines Bevollmächtigten in eine derartige Maßnahme.

¹³⁷ Hoffmann, in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, § 1904 BGB Rz. 83.

Das Vorliegen dieser vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung der Einwilligung ist materiell-rechtliche Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Behandlung. Damit handelt es sich um eine sogenannte Außengenehmigung¹³⁸.

Im Unterschied zu einem Behandlungsabbruch, der auf die Herbeiführung der Todesfolge abzielt, ist diese Vorschrift seinem Wortlaut nach auf Maßnahmen anwendbar, die lebensgefährdend sein könnten, primär jedoch der Wiederherstellung der Gesundheit oder zumindest einer Verbesserung der gesundheitlichen Verfassung dienen. Zweck dieser Norm ist damit der Schutz der Gesundheit und des Lebens des Betreuten¹³⁹, so dass für den Patienten besonders gefährliche Entscheidungen zur Durchführung ärztlicher Maßnahmen an die Kontrolle des Vormundschaftsgerichts gebunden werden.

Eine unmittelbare Anwendung der Regelung in § 1904 Abs. 1 BGB auf den Behandlungsabbruch mit letalem Ausgang scheidet daher aus, darüber bestand in Literatur und Rechtsprechung auch kein Streit. Jedoch wurde sich teilweise, angeführt vom 1. Strafsenat, der im Jahre 1994 den „Kemptener Fall“ zu entscheiden hatte, für eine analoge Anwendung nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift ausgesprochen. Der Strafsenat des Bundesgerichtshofes argumentierte dabei in seiner Rechtsfortbildung mit einem „Erst-Recht-Schluss“: „Wenn schon bestimmte Heileingriffe wegen ihrer Gefährlichkeit der alleinigen Entscheidungsbefugnis des Betreuers entzogen sind, dann muß dies um so mehr für Maßnahmen gelten, die eine ärztliche Behandlung beenden sollen und mit Sicherheit binnen kurzem zum Tode des Kranken führen“¹⁴⁰.

Im Einklang mit dieser Argumentation hielten ebenfalls einige Oberlandesgerichte und Stimmen in der Literatur eine analoge Anwendung des § 1904 BGB auf den Behandlungsabbruch für geboten¹⁴¹. So sichere das Erfordernis einer Zustimmung durch das Vormundschaftsgericht im sensiblen Bereich an der Grenze zwischen Leben und Tod eine präventive Kontrolle der Entscheidung des Vertreters, die sonst lediglich auf die Fälle des Missbrauchs der Vertretungsmacht begrenzt wäre¹⁴².

¹³⁸ Müller, in: Bamberger/Roth, § 1904 Rz. 23; Zimmermann, in: Soergel, § 1904 Rz. 7.

¹³⁹ LG München, NJW 1999, 1788 (1789).

¹⁴⁰ BGH, NJW 1995, 204 (205).

¹⁴¹ OLG Frankfurt/M., FamRZ 1998, 1137; OLG Karlsruhe, FamRZ 2002, 488 (491); OLG Frankfurt/M., FamRZ 2002, 575; Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594 (602); Berger, JZ 2000, 797 (799); Spickhoff, NJW 2000, 2297 (2301), der allerdings in Erwägung zieht, dass ein vormundschaftsgerichtliches Genehmigungsverfahren bei übereinstimmender Entscheidung zwischen Arzt und Betreuer nicht notwendig und daher auf den Konfliktfall zu beschränken sei; Hufen, NJW 2001, 849 (856).

¹⁴² Coeppecus, NJW 1998, 3381 (3383); Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594 (602).

Demgegenüber wurde von der Gegenauffassung die zur Analogie erforderliche planwidrige Regelungslücke in Abrede gestellt¹⁴³. So sei dem Gesetzgeber das rechtliche Problem um die Sterbehilfe-Fälle und dem Wunsch vieler Menschen, in der letzten Lebensphase nicht sämtliche denkbaren lebensverlängernden medizinischen Möglichkeiten einzusetzen, durchaus bekannt gewesen, gleichwohl hat er dies nicht durch das Betreuungsrechtsänderungsgesetz vom 25.06.1998 in die Regelung des § 1904 BGB mit aufgenommen und die Problematik demnach bewusst keinem Genehmigungserfordernis unterworfen (sog. beredetes Schweigen). Er hätte dazu jedoch Gelegenheit gehabt, denn so war bei der Abfassung des BtÄndG die Diskussion um die Entscheidung des Bundesgerichtshofes und dessen analogen Anwendung des § 1904 BGB bereits in vollem Gange.

Darüber hinaus wurde angeführt, dass eine analoge Anwendung zumindest vergleichbare Sachverhalte voraussetze¹⁴⁴, die hiesigen Konstellationen sich jedoch wesentlich voneinander unterscheiden. Ein ärztlicher Heileingriff mit dem Risiko des Todes sei etwas völlig anderes als ein ärztlicher Eingriff mit dem Ziel des Todes, der gerade nicht der Gesundheit des Betroffenen dient, deren Schutz jedoch die Regelung des § 1904 BGB bezwecke. Beide Ziele stünden damit nicht in einem Verhältnis von „weniger“ und „mehr“.

Schließlich wurde zum Teil sogar die Notwendigkeit eines Genehmigungserfordernisses als solches in Frage gestellt¹⁴⁵. So habe ein Genehmigungsbeschluss keine rechtlich nutzbaren Ergebnisse, da letztendlich nur der Wille des Patienten die Folgen eines Behandlungsabbruchs rechtfertige, nicht jedoch der Richterspruch an sich. Zudem sei auch das Gericht vor einer Verfälschung des Patientenwillens nicht geschützt, da es bei dessen Feststellung zu meist auf die Bekundungen von Ärzten, Angehörigen oder dem Stellvertreter des Betroffenen angewiesen ist, wenn keine schriftlich abgefasste Patientenverfügung vorliegt.

Das OLG Schleswig wollte sich letztgenannter Auffassung anschließen, sah sich jedoch an den vorausgegangenen Entscheidungen des OLG Frankfurt/M. und des OLG Karlsruhe daran gehindert, so dass es die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung gemäß § 28 Abs. 2 FGG vorgelegt hat.

¹⁴³ Sonnenfeld, Sterbehilfe in gerichtlich legitimierter Selbstverantwortung des Betreuers?, S. 14; LG Augsburg, Beschluss v. 04.08.1999, 5 T 2780/99; LG München, NJW 1999, 1788 (1789); AG Hanau, BtPrax 1997, 82; Laufs, NJW 1998, 3399 (3400); Steffen, NJW 1996, 1581; Jürgens, BtPrax 1998, 159 (160); Karliczek, FamRZ 2002, 578.

¹⁴⁴ BVerfGE 18, 97; 54, 277.

¹⁴⁵ Karliczek, aaO.; Alberts, BtPrax 2003, 139; ähnlich Wagenitz, FamRZ 1998, 1256 (1257); Bienwald, FamRZ 2002, 577.

Der Bundesgerichtshof folgte nun in seinem Beschluss vom 17.03.2003 der Auffassung, wonach die *Entscheidung* des Betreuers, seine Einwilligung in lebenserhaltende oder – verlängernde Maßnahmen zu verweigern, der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf. Dies begründet er jedoch nicht mit einer analogen Anwendung des § 1904 BGB, sondern gewinnt dieses Genehmigungserfordernis im Wege der Rechtsfortbildung aus einer Gesamtschau des Betreuungsrechts¹⁴⁶.

Zunächst stellt er ausdrücklich klar, dass es für eine vormundschaftsgerichtliche Kontrolle in der hiesigen Konstellation keine Rechtsgrundlage gebe und sich auch eine analoge Anwendung des § 1904 BGB schwerlich begründen ließe. Jedoch bestehe ein unabweisbares Bedürfnis, „mit den Instrumenten dieses Rechts auch auf Fragen im Grenzbereich menschlichen Lebens und Sterbens für alle Beteiligten rechtlich verantwortbare Antworten zu finden“. Ein vormundschaftsgerichtliches Genehmigungsverfahren sei daher notwendig, um die Übereinstimmung der Entscheidung des Betreuers mit dem Patientenwillen überprüfen zu können und letztendlich das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen durch eine präventive Kontrolle zu schützen¹⁴⁷. Zugleich schaffe die gerichtliche Genehmigung Rechtssicherheit für alle Beteiligten und schütze den Betreuer, da er die Last über die Entscheidung gegen eine lebensverlängernde Behandlung des Betroffenen nicht allein tragen müsse, sondern vielmehr durch ein vormundschaftsgerichtliches Prüfungsverfahren auch im Hinblick vor dem Risiko einer abweichenden strafrechtlichen ex-post-Beurteilung entlastet werde¹⁴⁸. Diese Begründung für ein Genehmigungserfordernis hat zahlreiche kritische Stimmen erfahren.

So wurde dem Bundesgerichtshof vorgeworfen, der Patient werde durch ein Zustimmungserfordernis in seiner Selbstbestimmung verletzt. Damit handele es sich letztendlich um eine „Justizverwaltung in Schicksalsdingen“, bei welcher die Vormundschaftsrichter den „Richter über Leben und Tod“ spielen müssten¹⁴⁹.

Zudem hätte der Bundesgerichtshof näher erläutern müssen, was er unter der „Gesamtschau des Betreuungsrechts“ versteht, welcher Kriterien er sich bei deren Bestimmung bedient hat und den Nachweis des „unabwendbaren Bedürfnisses“ des Betreuungsrechts für die Entscheidungszuständigkeit des Vormundschaftsgerichts erbringen müssen¹⁵⁰. Schließlich

¹⁴⁶ BGH, Rpfleger 2003, 354 (358).

¹⁴⁷ BGH, aaO., S. 359.

¹⁴⁸ BGH, aaO., S. 360.

¹⁴⁹ Holzhauser, FamRZ 2003, 991 (992); Alberts, BtPrax 2003, 139 (140).

¹⁵⁰ Stoffers, DNotZ 2003, 855 (858).

wurde darauf hingewiesen, dass die Strafgerichte in einem strafgerichtlichen Verfahren keineswegs an die ex-ante-Entscheidung des Vormundschaftsgerichts gebunden wären, sondern dieser allenfalls Indizwirkung beigemessen werden könnte, so dass der Betreuer allein durch die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht geschützt wäre¹⁵¹.

Ausdrücklich begrüßt wurde allerdings, dass der XII. Zivilsenat in seiner Entscheidung das Genehmigungserfordernis auf die Fälle beschränkt, in denen der behandelnde Arzt eine lebenserhaltende Maßnahme für medizinisch indiziert hält und diese daher anbietet, der Betreuer seine Einwilligung hierzu jedoch verweigern möchte¹⁵². Damit können die Vormundschaftsgerichte nur in Konfliktfällen angerufen werden, mithin wenn Arzt und Betreuer über den Willen des Patienten unterschiedlicher Auffassung sind und der Arzt daher eine lebenserhaltende Maßnahme einleiten bzw. weiterführen will, der gesetzliche Vertreter dies jedoch ablehnt. Damit diene das Genehmigungserfordernis allein dem Schutz des Betroffenen und dessen Grundrechte, da sein Wille durch ein neutrales Gericht festgestellt werde. Zugleich bewahre es den Patienten vor dem Missbrauch der Entscheidungsmacht durch den Betreuer dahingehend, dass jener den Sterbewunsch aus sachfremden Interessen nur unterstellen könnte¹⁵³. Außerdem wird vermieden, dass die Vormundschaftsgerichte generell zur Kontrolle über Entscheidungen am Lebensende berufen werden; einer Aufgabe, die Ihnen im Rechtssystem nicht zukomme¹⁵⁴.

2. Genehmigungserfordernis auch bei Vorliegen einer Patientenverfügung?

Nicht eindeutig erschließt sich die Entscheidung des XII. Zivilsenats in Bezug auf die Frage, ob die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung auch bei Vorhandensein einer wirksamen und bezogen auf die aktuelle Behandlungssituation hinreichend konkreten Patientenverfügung erforderlich ist¹⁵⁵.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes wurde diesbezüglich ganz unterschiedlich interpretiert. Da sich gerade in dem vom Bundesgerichtshof zu entscheidenden Fall der Betreuer auf eine Patientenverfügung berufen hatte, wurde teilweise daraus geschlossen, dass der

¹⁵¹ Stoffers, aaO., S. 858.

¹⁵² BGH, Rpfleger 2003, 354 (360).

¹⁵³ Lipp, Patientenautonomie und Lebensschutz, § 7 S. 43.

¹⁵⁴ BGH, aaO., S. 360.

¹⁵⁵ Holzhauser, FamRZ 2006, 518 (527).

Bundesgerichtshof eine gerichtliche Genehmigung für den Behandlungsabbruch auch bei Vorliegen einer Patientenverfügung verlange¹⁵⁶.

Demgegenüber spricht sich die Gegenauffassung¹⁵⁷ dafür aus, dass nach Ansicht des Bundesgerichtshofes auch in diesem Falle das Vormundschaftsgericht nur im Konfliktfall zu einer Entscheidung berufen ist. Einen solchen Konflikt gibt es aber nicht, wenn der Patient selbst durch seine antizipierte Erklärung ausdrücklich die Verweigerung seiner Einwilligung in die angebotene medizinisch indizierte Maßnahme erklärt hat und alle Beteiligten diesem Verlangen entsprechen wollen. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn der Arzt die Patientenverfügung im Gegensatz zum Betreuer für unwirksam oder nicht hinreichend konkretisiert befindet, denn dann kommt es zum Konflikt zwischen ihm und dem Vertreter des Betroffenen. Dann spricht sich auch der Bundesgerichtshof für die Möglichkeit eines vormundschaftsgerichtlichen Verfahrens aus. Ein solches „[...] böte nicht nur den Rahmen für eine Prüfung, ob der Beteiligte den Willen des Betroffenen mit der Vorlage der von diesem getroffenen Verfügung erschöpfend ermittelt hat oder ob die Umstände des Einzelfalles weitere Erkundungen geboten erscheinen lassen. Sie eröffnete auch die Möglichkeit, für alle Beteiligten verbindlich festzustellen, dass die vom Beteiligten gewünschte Einstellung der Behandlung in der nunmehr vorliegenden Situation dem in der Verfügung zum Ausdruck gelangten Willen des Betroffenen entspricht“¹⁵⁸. Damit wird aber auch deutlich, dass Gegenstand der gerichtlichen Genehmigung in diesem Fall allein die verbindliche Feststellung des Patientenwillens sein kann und nicht die materielle Genehmigung zu einer Erklärung des gesetzlichen Vertreters. Auf diesem Wege könnte der Vertreter den Willen des Patienten schneller und einfacher verwirklichen als mit einer Klage vor dem Zivilgericht.

3. Genehmigungsverfahren

Das Genehmigungsverfahren unterliegt denselben rechtlichen Vorgaben wie das Verfahren nach § 1904 BGB¹⁵⁹. Örtlich zuständig ist das Vormundschaftsgericht, bei dem die Betreuung bereits anhängig ist (§ 65 Abs. 4 FGG). Funktionell ist das Genehmigungsverfahren gemäß §§ 3 Nr. 2 a, 14 Abs. 1 Nr. 4 RPfIG dem Richter vorbehalten, der sich vor einer Ent-

¹⁵⁶ Alberts, BtPrax, 2003, 139 (140); Hufen, ZRP 2003, 248 (251); Kutzer, ZRP 2003, 213 (214); Paehler, BtPrax 2003, 141 (143); zunächst auch Lipp, FamRZ 2003, 756.

¹⁵⁷ Lipp, Patientenautonomie und Lebensschutz, § 7 S. 45.

¹⁵⁸ BGH, Rpfleger 2003, 354 (357).

¹⁵⁹ Hoffmann, in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, § 1904 Rz. 205; Lipp, BtPrax 2004, 18 (20).

scheidung entsprechend der Vorschrift des § 69 d Abs. 1 S. 2 FGG einen persönlichen Eindruck vom Zustand des Betroffenen zu verschaffen hat. Zudem wird im Regelfall ein Sachverständigengutachten gemäß § 69 d Abs. 2 FGG einzuholen sein. Dabei sollte darauf geachtet werden, dass keine Personenidentität mit dem behandelnden Arzt besteht¹⁶⁰, da andernfalls keine neuen Erkenntnisse zu erwarten wären und zugleich der Sinn der Regelung in § 69 d Abs. 2 FGG ausgehöhlt wäre. Das Gericht hat zudem dem Ehegatten des Betroffenen, seinen Kindern und Eltern Gelegenheit zur Äußerung zu geben (§§ 69 d Abs. 2 S. 3, 68 a S. 3 FGG).

Kritisiert wurde dabei, dass sich der Bundesgerichtshof mit keinem Wort zu einer eventuell erforderlichen Bestellung eines Verfahrenspflegers äußerte¹⁶¹. Dessen Aufgabe wäre es, die Interessen des Betroffenen auch im gerichtlichen Genehmigungsverfahren zu vertreten. Der Betreuer scheidet insofern als gesetzlicher Vertreter aus, da sein Verhalten gerade überprüft werden soll. In der Tat wäre es daher wünschenswert gewesen, wenn der Bundesgerichtshof dazu Stellung genommen hätte, da er verfahrensrechtliche Überlegungen in seinem Beschluss durchaus aufgreift. Allerdings ist fraglich, ob es Aufgabe des Gerichts sein kann, sich in einem obiter dicta zu allen Verfahrensfragen eingehend zu äußern, zumal der Bundesgerichtshof durch den Verweis auf die Vorschrift des § 69 d FGG Tendenzen erkennen lässt, wonach die Verfahrensvorschriften des FGG entsprechend anzuwenden seien.

Darüber hinaus bleibt aber unklar, ob im Falle der Erteilung einer gerichtlichen Genehmigung die lebenserhaltenden Maßnahmen sofort zu unterbleiben haben oder ob angesichts der schwerwiegenden Folgen entsprechend § 1905 Abs. 2 S. 2 BGB jenes erst nach dem Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe der Entscheidung erfolgen darf, um die Einlegung etwaiger Rechtsmittel abzuwarten. Wem würde die Entscheidung zugestellt werden? – Grundsätzlich doch neben dem Betreuer dem Betroffenen als unmittelbar Beschweritem selbst. Dieser ist zwar gemäß § 66 FGG verfahrensfähig, jedoch wird er infolge seiner Entscheidungsunfähigkeit nicht dazu in der Lage sein, das zulässige Rechtsmittel selbst einzulegen, so dass es auch hier der Bestellung eines Verfahrenspflegers bedarf, an den die Genehmigung bzw. deren Verweigerung zugestellt werden müsste. Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter scheidet aus bereits oben genannten Gründen als Zustellungsadressat anstelle des Betroffenen aus.

¹⁶⁰ BGH, Rpfleger 2003, 354 (360).

¹⁶¹ Albers, BtPrax 2003, 139 (140).

Der Prüfungsumfang des Vormundschaftsgerichts beschränkt sich auf die Frage der Rechtmäßigkeit der Entscheidung des Betreuers, mithin ob der beabsichtigte Behandlungsabbruch dem wirklichen oder zumindest mutmaßlichen Willen des Betreuten entspricht¹⁶². Damit trifft es aber gerade keine Entscheidung über Leben und Tod des Patienten, denn diese hat entweder der Patient selbst getroffen oder stellvertretend für ihn sein Betreuer auf der Basis des mutmaßlichen Willens des Betroffenen.

Darüber hinaus hat das Gericht zunächst zu prüfen, ob überhaupt ein irreversibel tödlicher Verlauf der Grunderkrankung gegeben ist, denn nur dann kämen nach Auffassung des Bundesgerichtshofes ein Behandlungsabbruch und eine gerichtliche Genehmigung in Betracht. Wie der Richter des Vormundschaftsgerichts eine derartige Feststellung treffen kann, welche Kriterien er dafür heranzuziehen hat, ließ der Bundesgerichtshof bedauerlicherweise offen. Auch ist nicht geklärt, welche Kriterien sich der Richter zu bedienen hat, wenn ein Wille des Patienten überhaupt nicht festgestellt werden kann. Ob dann, wie der 1. Strafsenat es anklingen ließ, auf allgemeine Wertvorstellungen zurückgegriffen werden könnte, ob überhaupt ein Behandlungsabbruch zulässig wäre, bleibt fraglich.

Verweigert das Vormundschaftsgericht nach Abschluss der Prüfung die Erteilung der Genehmigung, so gilt dadurch zugleich die Einwilligung des Betreuers in die angebotene medizinische Maßnahme als ersetzt¹⁶³.

Bis zur Entscheidung des Vormundschaftsgerichts ist die lebenserhaltende Behandlung des Patienten bei entsprechender medizinischer Indikation auch ohne die Einwilligung des Betreuers durchzuführen¹⁶⁴. Dies beruhe entweder auf einer weiterhin geltenden Einwilligung des Patienten bzw. seines Vertreters oder bei erstmaliger Aufnahme einer Behandlung auf der mutmaßlichen Einwilligung des Betroffenen¹⁶⁵. Problematisch ist dabei jedoch, dass auch derjenige Patient zunächst weiterbehandelt wird, bei dem sich später ein Wille auf Abbruch der lebensverlängernden Maßnahmen herausstellt. Dieser Eingriff in die Integrität des Betroffenen ist jedoch notwendigerweise auf das Genehmigungsverfahren per se zurückzuführen, bei dem der Wille des Patienten erst verbindlich festzustellen ist. Eine Alternative hierzu ist damit nicht gegeben.

¹⁶² Wagenitz, FamRZ 2005, 669 (673).

¹⁶³ BGH, Rpfleger 2003, 354 (359).

¹⁶⁴ BGH, Rpfleger 2003, 354 (359).

¹⁶⁵ Lipp, Patientenautonomie und Lebensschutz, § 7 S. 42.

4. Genehmigungserfordernis bei Vorhandensein eines Bevollmächtigten?

Der Bundesgerichtshof hat das Genehmigungserfordernis nicht mit einer Analogie zu der Vorschrift des § 1904 BGB begründet, sondern aus einer Gesamtschau des Betreuungsrechts. Fraglich ist nun, ob auch ein vom Betroffenen in gesunden Tagen Bevollmächtigter einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung für den Behandlungsabbruch bedarf.

Der Bundesgerichtshof selbst äußert sich dazu nicht. Einige Stimmen in der Literatur gehen davon aus, dass sich ein derartiges Genehmigungserfordernis auch auf den Gesundheitsbevollmächtigten erstrecke¹⁶⁶. Zudem lassen sich bereits Tendenzen in der Rechtsprechung erkennen, wonach die Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofes auch auf Bevollmächtigte anzuwenden sei¹⁶⁷.

So sei einerseits die Interessenlage der Beteiligten und die Rechtsproblematik deckungsgleich. Als Begründung wird darüber hinaus die Vorschrift des § 1904 Abs. 2 BGB herangezogen, wonach auch ein Bevollmächtigter für die Einwilligung in besonders gefährliche ärztliche Maßnahmen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf. Voraussetzung ist zudem stets, dass die zugrunde liegende Vollmacht schriftlich erteilt ist und die in § 1904 Abs. 1 S. 1 BGB genannten Maßnahmen ausdrücklich umfasst.

Dabei wird jedoch verkannt, dass der Bundesgerichtshof in seiner Begründung für die Genehmigungsbedürftigkeit gerade nicht auf eine analoge Anwendung des § 1904 BGB abstellt. Außerdem leitet der Bevollmächtigte seine Rechtsmacht nicht aus einer gerichtlichen Bestellung ab, sondern allein aufgrund privatrechtlicher Beauftragung. Er ist daher von vornherein einer geringeren Aufsichtspflicht durch das Vormundschaftsgericht als der Betreuer unterworfen. Daher erscheint es vertretbar, dass ihm dieselben Vetorechte wie dem entscheidungsfähigen Patienten selbst zustehen müssten¹⁶⁸, was gegen das Erfordernis einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung spräche.

¹⁶⁶ Stolz, BtPrax 2004, 99 (100); Perau, RNotZ 2003, 263 (266); Renner, NotBZ 2003, 245; Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2003, 348 (353).

¹⁶⁷ so LG Ellwangen, Beschluss v. 07.05.2003, 1 T 33/03.

¹⁶⁸ Kutzer, ZRP 2003, 213 (216).

D. Die gesetzliche Neuregelung der Patientenverfügung nach dem 3. BtÄndG

Nach jahrelanger intensiver Diskussion um eine gesetzliche Regelung der Patientenverfügung hat der Deutsche Bundestag am 18.06.2009 in dritter Lesung den modifizierten Gesetzentwurf der Bundestagsabgeordneten Stünker et al. zu einem Dritten Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts (3. BtÄndG) auf der Basis der Beschlussempfehlung und des Berichts des Rechtsausschusses vom 08.06.2009¹⁶⁹ beschlossen. Am 10.07.2009 erteilte auch der Bundesrat seine Zustimmung, so dass das Gesetz bereits am 01.09.2009 in Kraft getreten ist.

Ziel des 3. BtÄndG ist es, durch eine gesetzliche Regelung der Patientenverfügung für alle Beteiligten mehr Rechtssicherheit zu schaffen¹⁷⁰. Zugleich soll sichergestellt werden, dass der Grundsatz auf Achtung des Selbstbestimmungsrechts in allen Lebenslagen und damit auch bei medizinischen Behandlungen von entscheidungsunfähigen Patienten am Lebensende befolgt wird.

Mit dem 3. BtÄndG werden die § 1901a und § 1901b BGB eingefügt, die u. a. explizit die Verbindlichkeit von Patientenverfügungen regeln. § 1901a BGB unterscheidet zwischen der Patientenverfügung (Abs. 1) und den sonstigen Behandlungswünschen des Patienten (Abs. 2). Der bisherige § 1901a BGB wird zu § 1901c BGB. Zudem wurde die Vorschrift des § 1904 BGB neu gefasst und damit in § 1904 Abs. 2 BGB ein Genehmigungserfordernis auch für die Nichteinwilligung respektive den Widerruf einer vormals erteilten Einwilligung kodifiziert. Schließlich fließen in § 287 FamFG und § 298 FamFG auch verfahrensrechtliche Aspekte ein, die das gerichtliche Genehmigungsverfahren nach § 1904 Abs. 2 BGB n. F. regeln.

¹⁶⁹ BT-Drs. 16/13314.

¹⁷⁰ BT-Drs. 16/8442, S. 3.

I. Begriff und Errichtung der Patientenverfügung

1. Verankerung im Betreuungsrecht

Das Rechtsinstitut der Patientenverfügung wird mit der Vorschrift des § 1901a BGB in das bürgerliche Recht, mithin im Betreuungsrecht verankert und betont damit den zivilrechtlichen Charakter dieses Rechtsgebiets. Strafrechtliche Fragen werden nicht aufgegriffen. Die gesetzgeberische Lösung beschränkt sich auf Regelungen, die die Berücksichtigung eines für den Fall der späteren Einwilligungsunfähigkeit geäußerten Behandlungswillens des Betroffenen im Verhältnis zu seinem Betreuer oder zu einem Bevollmächtigten betreffen¹⁷¹.

Dabei scheint der Gesetzgeber in den Regelungen des § 1901a und § 1901b BGB wie selbstverständlich davon auszugehen, dass ein Stellvertreter des einwilligungsunfähigen Betroffenen im Zeitpunkt der Behandlungssituation bereits vorhanden ist. Dies ist für die Praxis jedoch vielfach unbefriedigend und birgt insbesondere für den behandelnden Arzt Unsicherheiten.

Wenn nun im Einzelfall die errichtete Patientenverfügung nicht im Zusammenhang mit einer Vorsorgevollmacht oder einer Betreuungsverfügung erstellt wurde, daher auch noch kein Bevollmächtigter bzw. Betreuer existiert und nahe Angehörige des Betroffenen nicht erreichbar sind, kann dann der behandelnde Arzt allein die Vorausserklärung umsetzen? Wäre er verpflichtet, das Betreuungsgericht einzuschalten¹⁷²? Was wäre die gesetzliche Grundlage hierfür?

Jedoch wird man dem Arzt schwerlich so viel Kompetenz einräumen können, dass er allein die Patientenverfügung auslegt, den Willen des Betroffenen ermittelt und auf dieser Grundlage dann ggf. die Patientenverfügung umsetzt. In diesem Zusammenhang kann vielleicht noch nicht von einem „Interessenkonflikt“ die Rede sein, jedoch muss meines Erachtens dem Betroffenen ein „unabhängiger“ Dritter zur Seite stehen, der dessen Interessen auch gegenüber dem behandelnden Arzt wahrnimmt und ggf. durchsetzt¹⁷³. Dem kann nicht entgegen gehalten werden, dass die Bestellung eines Betreuers viel Zeit in Anspruch nehmen, die letztendlich zu Lasten des Patienten ginge. So ist es durchaus möglich und bei dringenden Maßnahmen auch üblich, den Betreuer im Eilverfahren im Wege einer einstweiligen

¹⁷¹ BT-Drs. 16/8442, S. 23.

¹⁷² so wohl Diehn/Rebhan, NJW 2010, 326 (330); Olzen, JR 2009, 354 (358).

¹⁷³ so auch Beckmann, MedR 2009, 582 (583); a. A. Renner, ZNotP 2009, 371 (375); Meyer-Götz, NJ 2009, 363 (365).

Anordnung gemäß §§ 300 ff. FamFG zu bestellen. Dabei könnte gemäß § 301 Abs. 1 S. 2 FamFG sogar zunächst auf eine vorherige Anhörung des Betroffenen sowie Bestellung eines Verfahrenspflegers verzichtet werden.

Doch muss in diesem Falle auch hinterfragt werden: Kann damit im Ergebnis die Patientenverfügung nur Wirkung gegenüber dem Betreuer respektive dem Bevollmächtigten entfalten? Ist sie damit für den Arzt etwa unbeachtlich?

Freilich wird der Arzt das Gespräch mit den Angehörigen suchen und vielfach wird einvernehmlich ein gerichtliches Betreuungsverfahren angeregt werden. Es sei in diesem Zusammenhang aber darauf hingewiesen, dass selbst nahe Angehörige nicht von Gesetzes wegen dazu ermächtigt sind, den Betroffenen zu vertreten. Das deutsche Recht kennt nur die gesetzliche Vertretung der Eltern für ihr minderjähriges Kind (§§ 1626 ff. BGB). Wie also in jedem Falle erreicht werden soll, dass dem Patienten ein rechtlicher Vertreter zukommt, darüber schweigen das Gesetz und die Gesetzesbegründung.

Teilweise wurde daher vor Verabschiedung des Gesetzes die Auffassung vertreten, das gesamte Arzt-Patienten-Verhältnis zu reformieren, darin die Bestimmungen über die Patientenverfügung aufzunehmen und diese in den allgemeinen Teil oder das Recht der Schuldverhältnisse einzuordnen¹⁷⁴. Für die systematische Einordnung im allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches spräche zumindest, dass die Patientenverfügung im Selbstbestimmungsrecht und damit im Persönlichkeitsrecht wurzelt. Ob dies allerdings genügt, um das Instrument der Patientenverfügung dem BGB AT zuzuordnen, darf bezweifelt werden¹⁷⁵. Für die Einordnung im Betreuungsrecht lässt sich zumindest anführen, dass die Patientenverfügung eine Vorsorgeregulierung des Betroffenen darstellt, die eine Betreuung für die *Entscheidung* über die Durchführung bestimmter ärztlicher Maßnahmen entbehrlich machen kann und derartige Vorsorgeinstrumente im Betreuungsrecht, mithin in §§1896 Abs. 2 BGB, 1901a BGB a.F. geregelt sind.

2. Definition der Patientenverfügung

§ 1901a Abs. 1 S. 1 BGB enthält eine Legaldefinition der Patientenverfügung. Von dem Begriff der Patientenverfügung sind demnach solche Willensbekundungen umfasst, die von einem einwilligungsfähigen Volljährigen in schriftlicher Form verfasst wurden und eine

¹⁷⁴ Patientenverfügung – Ein Instrument der Selbstbestimmung, Stellungnahme Nationaler Ethikrat, 2005, S. 35f.; Schreiber/Wendel, DRiZ 2005, 241 (242).

¹⁷⁵ so auch Holzhauser, FamRZ 2005, 518 (528).

Entscheidung über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in bestimmte, noch nicht unmittelbar bevorstehende ärztliche Maßnahmen wie Untersuchungen seines Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe enthalten.

Darin findet sich die grundsätzliche Anerkennung des Rechts eines jeden Patienten, sein verfassungsrechtlich garantiertes Recht auf Selbstbestimmung nicht nur aktuell, sondern auch durch eine erst in Zukunft Wirkungen entfaltende Verfügung auszuüben.

Im Gegensatz zu der bisherigen Rechtslage ist die gesetzliche Definition jedoch wesentlich enger gefasst. So sind von vornherein alle mündlichen Willensbekundungen nicht vom Begriff der Patientenverfügung umfasst, weil diese nicht formgerecht abgefasst wurden¹⁷⁶.

Gleiches gilt für allgemeine Richtlinien einer künftigen Behandlung und Behandlungswünsche wie beispielsweise über den Ort der Behandlung oder den behandelnden Arzt. Diese enthalten keine antizipierte Erklärung des späteren Patienten, ob er in eine bestimmte medizinische Maßnahme einwilligt.

Nach der Gesetzesbegründung sind ebenfalls alle Maßnahmen der sogenannten Basisbetreuung von den in einer Patientenverfügung zu treffenden Entscheidungen über ärztliche Maßnahmen zu unterscheiden¹⁷⁷. Zu der Basisversorgung zählt nach den Grundsätzen der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung vom 07.05.2004¹⁷⁸ eine menschenwürdige Unterbringung, Zuwendung, Körperpflege, das Lindern von Schmerzen, Atemnot und Übelkeit sowie das Stillen von Hunger und Durst auf natürlichem Wege. Für die Basisversorgung haben die behandelnden Ärzte und das Pflegepersonal nicht nur auf Verlangen, sondern in jedem Fall zu sorgen. Das bedeutet aber auch, dass auf die Basisbetreuung in einer Patientenverfügung nicht wirksam verzichtet werden kann, indem hierzu die Einwilligung ausdrücklich verweigert wird¹⁷⁹. Freilich kann einem Patienten, der sich von vornherein nicht in ärztliche Behandlung begibt, auch keine Basisbetreuung anheim fallen. Zu beachten ist zudem, dass nur solche Maßnahmen durchgeführt werden dürfen, die die körperliche Integrität des Betroffenen nicht verletzen. Daher bedürfen alle medizinischen Eingriffe, die der Aufrechterhaltung von Grundfunktionen des Organismus' dienen, wie zum Beispiel die enterale Sondenernährung, einer legitimierenden Einwilligung des Patienten bzw.

¹⁷⁶ BT-Drs. 16/8442, S. 29.

¹⁷⁷ BT-Drs. 16/8442, S. 29.

¹⁷⁸ BtPrax 2004, 146.

¹⁷⁹ Albrecht/Albrecht, Die Patientenverfügung, Rz. 77.

seines Stellvertreters und können mittels antizipierter Erklärung durch den Patienten auch im Voraus geregelt werden.

Fraglich ist jedoch, was für *pflegerische* Maßnahmen gelten soll, die über die genannte Basisbetreuung hinausgehen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes fallen sie nicht in den Anwendungsbereich einer Patientenverfügung. Derartige Tätigkeiten können dennoch Eingriffscharakter haben, sodass sie von einer legitimierenden Einwilligung gedeckt sein müssen¹⁸⁰. Da sie zumeist von einem Arzt angeordnet werden und lediglich die tatsächliche Ausübung den Pflegekräften vorbehalten bleibt, dürften sie dennoch vom Regelungskreis des § 1901a BGB erfasst sein, so dass der Betroffene auch darüber durch vorwegnehmende Erklärung eine Regelung treffen kann.

Durch die gesetzliche Formulierung „nicht unmittelbar bevorstehende“ ist schließlich klar abgegrenzt, dass Entscheidungen des einwilligungsfähigen Betroffenen, die sich auf unmittelbar bevorstehende ärztliche Maßnahmen beziehen, also solche, die konkret und zeitnah durchzuführen sind, nicht Inhalt einer Patientenverfügung sein können. Die Einwilligung in einen zeitnahen ärztlichen Eingriff wie beispielsweise einer bevorstehenden Operation kann damit nach wie vor von dem Patienten selbst in mündlicher Form erklärt werden. Dies schließt ebenfalls den Fall mit ein, dass der Behandlung eine Anästhesie vorausgeht und der Patient bei dem eigentlich legitimationsbedürftigen Eingriff nicht mehr einwilligungsfähig ist¹⁸¹.

Durch diese gesetzliche Definition in § 1901a BGB, die den Begriff der Patientenverfügung und die damit einhergehenden Wirkungen nur in einem sehr engen Rahmen zulässt, werden viele bereits verfassten Schriftstücke diesen Kriterien nicht gerecht werden, so dass es sicherlich einer dringenden Aufarbeitung in der Praxis bedarf. Zugleich wird damit zahlreichen vorgefertigten Formularen und Vordrucken der Rechtsboden entzogen, da sie zumeist gerade nicht den Anforderungen des § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB genügen¹⁸². Sie sind vielfach zu unbestimmt und enthalten gerade keine antizipierte Erklärung, sondern nur allgemeine Richtlinien für eine zukünftige Behandlung. Für derartige Erklärungen wird dann die Regelung in § 1901a Abs. 2 BGB eine zentrale Rolle spielen.

¹⁸⁰ Albrecht/Albrecht, aaO., Rz. 79.

¹⁸¹ BT-Drs. 16/8442, S. 29.

¹⁸² Müller, NotBZ 2009, 289 (290); Brosey, BtPrax 2009, 175.

3. Wirksamkeitsvoraussetzungen

Mit der Einführung des 3. BtÄndG sind erstmalig auch die Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Patientenverfügung gesetzlich normiert, die nunmehr zwingend bei der Errichtung einer Patientenverfügung zu beachten sind.

a) Einwilligungsfähiger Volljähriger

Im Unterschied zu der bisher geltenden Rechtslage vor Inkrafttreten des 3. BtÄndG eröffnet die gesetzliche Neuregelung in § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB nur dem einwilligungsfähigen *Volljährigen* die Möglichkeit, eine Patientenverfügung zu errichten.

Dies widerspricht jedoch der geltenden Rechtslage für den Fall der Einwilligung bzw. Verweigerung eben dieser in einen unmittelbar bevorstehenden ärztlichen Eingriff. So kann durchaus auch ein Minderjähriger, der die Tragweite seiner Entscheidung in ausreichendem Maße überblicken kann und Bedeutung sowie Risiken der medizinischen Maßnahme zu erfassen im Stande ist, in eine ärztliche Behandlung einwilligen oder diese Einwilligung verweigern, so dass es nicht auf die Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters ankommt.

Warum der Gesetzgeber diesen nun aus dem Anwendungsbereich einer antizipierten Einwilligung oder Verweigerung derselben herausnimmt und ihm damit die Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts verwehrt, erschließt sich nicht. Auch die Gesetzesbegründung äußert sich dazu mit keinem Wort.

Diese Beschränkung des Personenkreises ist allerdings im Hinblick auf die Patientenautonomie und dem in Art. 3 GG verfassungsrechtlich verbürgten Recht auf Gleichbehandlung äußerst problematisch, so dass teilweise von einigen Autoren eine Grundrechtsverletzung gemutmaßt wird, über die womöglich in naher Zukunft das Bundesverfassungsgericht zu entscheiden haben wird¹⁸³. In diesem Zusammenhang muss sich meines Erachtens vor Augen geführt werden: Auch der gesetzliche Vertreter könnte stellvertretend für den Minderjährigen eine Patientenverfügung nicht rechtswirksam errichten, da es sich um eine höchstpersönliche Erklärung handelt, die stellvertretungsfeindlich ist¹⁸⁴. Eine Patientenverfügung ist als antizipierte Willensbekundung mit dem aktuellen, eigenen Willen des Betroffenen

¹⁸³ Lange, ZEV 2009, 537 (543); ähnlich Müller, in: Beck'scher Online-Kommentar, § 1901a Rz. 15; Spickhoff, FamRZ 2009, 1949 (1950); kritisch auch Roglmeier, ZErB 2009, 236 (239); Renner, ZNotP 2009, 371 (377); Müller, DNotZ 2010, 169 (182).

¹⁸⁴ AG Lüdinghausen, FamRZ 2004, 835; Bienwald, FamRZ 2004, 835; Spickhoff, FamRZ 2009, 1949 (1950); so wohl auch Albrecht/Albrecht, Die Patientenverfügung, Rz. 159.

gleichzusetzen und daher „eine Erklärung des Patienten und nicht eine für den Patienten“. Insofern erscheint die Annahme einer Grundrechtsverletzung auch durchaus nachvollziehbar, da nach dem nunmehr geltenden Recht dem einwilligungsfähigen Minderjährigen jede Möglichkeit genommen wurde, eine rechtswirksame Patientenverfügung zu errichten.

Zudem werden dem Minderjährigen auch in anderen Rechtsbereichen mehr Rechte zugesprochen, beispielsweise beginnt die Testierfähigkeit mit dem 16. Lebensjahr, § 2229 Abs. 1 BGB, wenngleich ein Minderjähriger die Formvorschrift des § 2233 Abs. 1 BGB zwingend zu beachten hat.

Darüber hinaus ist meines Erachtens fraglich, inwiefern einer von einem Minderjährigen errichteten Patientenverfügung eine Bedeutung beigemessen werden kann, wenn dieser im Zeitpunkt der konkreten Behandlungssituation bereits volljährig ist. Ist die vormals unwirksame Vorauserklärung nunmehr durch Zeitablauf „geheilt“ oder unheilbar nichtig? Bei Annahme einer Unwirksamkeit, könnte diese womöglich durch eine spätere Bestätigung des inzwischen einwilligungsfähigen Volljährigen geheilt worden sein? Der Vergleich mit der Errichtung eines Testaments zeigt, dass ein Minderjähriger, der noch nicht das 16. Lebensjahr vollendet hat, gemäß § 2229 Abs. 1 BGB testierunfähig ist. Ein dennoch errichtetes Testament könnte keinerlei Wirkungen entfalten, auch eine Heilung würde mit Eintritt der Volljährigkeit nicht eintreten, so dass das Testament unwirksam bliebe¹⁸⁵.

Gilt gleiches nun auch für die Patientenverfügung eines Minderjährigen? Immerhin: Bei beiden Erklärungen handelt es sich um solche höchstpersönlicher Natur, die zudem ihre Wirkungen erst in Zukunft entfalten. Dies spräche gegen eine Heilungsmöglichkeit der vormals unwirksamen Patientenverfügung mit Eintritt der Volljährigkeit. Zumindest dürfte aber die unwirksame Patientenverfügung des Minderjährigen bei der Ermittlung seines mutmaßlichen Willens eine Beachtung finden, auf den es dann bei der Frage nach dem Behandlungsabbruch ankäme (§ 1901a Abs. 2 BGB).

Erst die Zukunft wird zeigen, inwiefern dies nur ein theoretisches Problem bleibt oder durchaus praktische Relevanz entfalten kann.

Ausdrücklich zu begrüßen ist hingegen, dass der Gesetzgeber lediglich auf die Einwilligungsfähigkeit als Wirksamkeitserfordernis abstellt, der Verfasser also nicht voll geschäftsfähig sein muss. Damit kommt es für die Errichtung einer Patientenverfügung wie bei einer Einwilligung in einen unmittelbar bevorstehenden ärztlichen Eingriff lediglich auf die natürliche Einsichts- und Steuerungsfähigkeit des Patienten an (vgl. unter B., S. 7).

¹⁸⁵ Hagena, in: MünchKomm, § 2229 Rz. 6; Litzemberger, in: Beck'scher Online-Kommentar, § 2229 Rz. 7.

Dementsprechend wird man die Patientenverfügung in ihrer Rechtsnatur auch nicht mehr als rechtliche Willenserklärung ansehen können; vielmehr handelt es sich um eine Sonderform der Einwilligung, die deren Rechtsnatur als geschäftsähnliche Handlung teilt¹⁸⁶.

b) Einführung des Schriftformerfordernisses

Eine Patientenverfügung muss gemäß § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB zwingend schriftlich niedergelegt sein, um als solche Wirksamkeit entfalten zu können. Damit sind mündliche Patientenverfügungen formnichtig (§ 125 S. 1 BGB). Gleichwohl sind sie nicht gänzlich unbeachtlich, sondern können im Rahmen des § 1901a Abs. 2 BGB bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens Bedeutung erlangen.

Die Voraussetzungen der Schriftform sind in § 126 Abs. 1 BGB geregelt. Danach muss die Patientenverfügung schriftlich als Text abgefasst sein und vom Patienten eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichen unterzeichnet werden. Unerheblich ist, wie das Schriftstück hergestellt wird – es kann eigenhändig, mit Schreibmaschine oder PC geschrieben worden sein¹⁸⁷. Die Unterschrift muss den Text räumlich abschließen, so dass Nachträge erneut zu unterzeichnen sind¹⁸⁸. Zudem muss die Namensunterschrift die Identität des Verfassers erkennen lassen, wobei eine Unterschrift mit dem Familiennamen ohne Hinzufügen des Vornamens genügt¹⁸⁹.

Die Schriftform dient nach der Gesetzesbegründung vorrangig dem Ziel, den Betroffenen im Hinblick auf die zum Teil weitreichenden Folgen für Gesundheit und Leben vor übereilten oder unüberlegten Festlegungen zu warnen¹⁹⁰. Gleichzeitig soll sie auch zur Klarstellung des vom Patienten Gewollten beitragen. Während sich der behandelnde Arzt bei einem einwilligungsfähigen Patienten im mündlichen Gespräch Klarheit über dessen Willen verschaffen kann, ist dies bei dem einwilligungsunfähigen Patienten nicht möglich, so dass der Arzt zunächst allein auf dessen schriftliche Erklärung angewiesen ist.

Daneben wird die Klärung der Frage erleichtert, ob überhaupt eine wirksame Patientenverfügung oder lediglich ein Behandlungswunsch des Patienten vorliegt. Zudem ist ein Mindestmaß an Authentizität gewährleistet.

¹⁸⁶ so wohl auch Spickhoff, FamRZ 2009, 1949 (1950).

¹⁸⁷ Palandt/Heinrichs, § 126 Rz. 2.

¹⁸⁸ Palandt/Heinrichs, § 126 Rz. 5.

¹⁸⁹ Palandt/Heinrichs, aaO., Rz. 9.

¹⁹⁰ BT-Drs. 16/8442, S. 30.

Die Kritiker des Schriftformerfordernisses wandten demgegenüber ein, dass die Patientenverfügung zugunsten einer freien und selbstbestimmten Gestaltung an keine bestimmte Form gebunden sein sollte¹⁹¹. Hohe formale und verfahrensrechtliche Hürden würden die Gefahr geringerer Motivation und Akzeptanz in sich bergen. Zudem stelle die Aufstellung von derartigen Wirksamkeitsvoraussetzungen eine Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts dar, die die Verwirklichung des Patientenwillens erschweren würde. Denn so gäbe es Patienten, die aus den unterschiedlichsten Gründen wie einer schweren Krankheit, Behinderung oder Analphabetismus nicht in der Lage sind, sich schriftlich zu äußern. Daher könnten lediglich Empfehlungen für die Errichtung einer Patientenverfügung ausgesprochen werden.

Dem ist wiederum entgegen zu halten, dass mündliche Erklärungen eine große Gefahr von Missverständnissen, Erinnerungslücken sowie Missdeutungen in sich bergen und zumeist umfangreiche Ermittlungen von dem behandelnden Arzt oder dem Stellvertreter des Betroffenen abverlangen würden. Zudem wäre die Ernsthaftigkeit solcher Erklärungen des Patienten oftmals zweifelhaft, da sie ebenso aus einer spontanen Situation heraus entstanden sein könnten wie beispielsweise einem als schockierend empfundenen Fernsehbericht. Da es sich bei den Erklärungen in einer Patientenverfügungen jedoch um Entscheidungen mit besonders weitreichenden, zumeist irreversiblen Folgen handelt, ist der Betroffene auch in besonderem Maße zu schützen, so dass die Einführung des Schriftformerfordernisses meines Erachtens durchaus sinnvoll ist. Dem Argument der Unmöglichkeit, sich der Schriftform zu bedienen, kann wiederum entgegengesetzt werden, dass es durch das Schriftformerfordernis nicht ausgeschlossen ist, eine höherwertige Form der Errichtung wie der notariellen Beurkundung, zu wählen. Dies stellt § 126 Abs. 4 BGB ausdrücklich klar. Hierbei hat der Notar die Vorschriften des §§ 22 – 25 BeurkG zu beachten, wobei je nach den Besonderheiten des Einzelfalles die Hinzuziehung eines Zeugen nötig ist, der dann die Niederschrift anstelle des Betroffenen zu unterschreiben hat (§ 25 S. 3 BeurkG).

Darüber hinaus hätte eine notarielle Beurkundung auch den Vorteil, dass sich keine späteren Zweifel über die Einwilligungsfähigkeit ergeben könnten, da der Notar gemäß § 11 Abs. 1 BeurkG etwaige Zweifel an der Geschäftsfähigkeit in der Niederschrift festhalten sollte, wobei die Vorschrift sicherlich im Fall der Errichtung einer Patientenverfügung dahingehend teleologisch reduziert werden müsste, dass es allein auf die Einwilligungsfähigkeit des Betroffenen ankommt. Gleichzeitig wäre gemäß § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG eine ein-

¹⁹¹ BT-Drs. 16/11493, S. 24; Lipp, Patientenautonomie und Lebensschutz, § 5 S. 28f.; Geißendörfer, Tietze, Simon, BtPrax 2004, 43 (45).

gehende Belehrung über die rechtliche Tragweite der abgegebenen Erklärungen gewährleistet. Die notarielle Beurkundung gleichsam zur Wirksamkeitsvoraussetzung zu statuieren, wäre jedoch eine zu hohe Hürde für die Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts gewesen und ist daher zu Recht unterblieben.

c) Entscheidung über bestimmte ärztliche Maßnahmen

Eine entscheidende Bedeutung kommt dem Tatbestandsmerkmal der Einwilligung in *bestimmte* Untersuchungen des Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe respektive deren Untersagung zu. Damit wird einerseits klargestellt, dass eine verbindliche Patientenverfügung überhaupt nur insoweit vorliegen kann, als sie eine antizipierte Erklärung enthält. Darüber hinaus wird jedoch teilweise geschlussfolgert, dass das Gesetz im Hinblick auf die Behandlungssituation und die sich daraus ergebende medizinisch indizierte Maßnahme einen Grad der Bestimmtheit verlange, der dem des einwilligungsfähigen Patienten gleich gestellt wird, wenn dieser in einer konkreten Behandlungssituation in die von dem Arzt vorgeschlagene medizinische Maßnahme einwilligt oder die Einwilligung verweigert¹⁹². Dies ergebe sich aus der Gesetzesbegründung, wonach allgemeine Richtlinien über die künftige Behandlung nicht von dem Begriff der Patientenverfügung umfasst sind, da sie gerade keine Entscheidung über die Zulässigkeit einer konkreten medizinischen Maßnahme enthalten¹⁹³.

In der Konsequenz würde dem Verfasser einer Patientenverfügung viel, vielleicht zu viel abverlangt werden. So wird es dem gesunden Menschen zumeist schwer fallen, für rein hypothetische Krankheitsbilder möglichst allumfassend eine antizipierte Entscheidung über die Zulässigkeit eventuell erforderlicher ärztlicher Behandlungen treffen zu können, zumal dies in den meisten Fällen auch eine ausführliche ärztliche Aufklärung voraussetzen würde. Wie im Folgenden aufgezeigt werden wird, ist ein derartiges Wirksamkeitserfordernis vom Gesetzgeber jedoch gerade nicht aufgestellt worden.

Dem medizinischen Laien sind die Vielzahl der komplexen Krankheitsbilder und deren Behandlungsalternativen oftmals gar nicht bekannt, so dass er auf diese nicht in ausreichendem Maße reagieren könnte. Auch dem Arzt wird es zumindest bei einem gesunden Men-

¹⁹² Albrecht/Albrecht, Die Patientenverfügung, Rz. 163; a. A. Schmitz, FamFR 2009, 64 (67); Renner, ZNotP 2009, 371 (376), der den Begriff der „bestimmten“ Medizinischen Maßnahme weiter auslegt, um den Interessen des Patienten gerecht zu werden.

¹⁹³ BT-Drs. 16/8442, S. 29.

schen ohne Anzeichen für eine möglicherweise in Zukunft eintretende Erkrankung wie bei einer genetischen Vorbelastung schwer fallen, den Patienten über alle möglichen Krankheiten zu beraten, so dass dieser eine nach den Kriterien des § 1901a BGB hinreichend bestimmte Verfügung verfassen könnte. Ob diese Auslegung der Neuregelung damit den Interessen des Patienten dient und vom Gesetzgeber beabsichtigt war, darf in Zweifel gezogen werden. Wenn man diesen strengen Maßstab tatsächlich den Anforderungen von § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB zugrunde legt, dann wäre dessen Anwendungsbereich erheblich reduziert und das Institut der wirksamen Patientenverfügung mit allen sich daraus ergebenden Wirkungen und Konsequenzen weitgehend entwertet.

Etwas anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn eine sogenannte situationsangepasste Patientenverfügung verfasst werden kann, da die Krankheit bereits eingetreten ist¹⁹⁴. Zwar mag der weitere Krankheitsverlauf auch in diesem Fall noch unsicher sein, jedoch ist die Entwicklung der Krankheit zumindest im Wesentlichen vorhersehbar, so dass hierauf mit einer Patientenverfügung entsprechend reagiert werden könnte.

Daher plädieren einige Autoren zu Recht dafür, dass es den Anforderungen an eine wirksame Patientenverfügung im Sinne des Gesetzes genügen sollte, wenn der Betroffene umschreibend festlegt, was er in bestimmten Lebens- und Behandlungssituationen will und was nicht und dafür eine bestimmte Entscheidung für oder gegen den ärztlichen Eingriff trifft¹⁹⁵.

Obwohl zumeist die Verweigerung bestimmter medizinisch indizierter Maßnahmen bei der Abfassung einer Patientenverfügung im Vordergrund stehen wird, so ist es dennoch nach dem Gesetzeswort auch möglich, in bestimmte ärztliche Behandlungen vorab seine Einwilligung zu erteilen. Dies eröffnet die Frage nach dem Wunsch vieler Menschen auf Durchführung aller denkbaren medizinischen Möglichkeiten (sogenannte „Maximaltherapie“), da sie die Einschränkung der Leistungen des Gesundheitswesens fürchten. Wäre der behandelnde Arzt bei Vorhandensein einer solchen Patientenverfügung an den antizipierten Willen in der Gestalt gebunden, dass er alle medizinischen Möglichkeiten „bis zuletzt“ durchführen müsste, auch wenn es an der notwendigen medizinischen Indikation fehlt? In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass aus der Abfassung einer Patientenverfügung dem Patienten kein Behandlungsrecht erwächst, wenn es an der notwendigen ärztlichen Indikation mangelt. Diese hat der Arzt selbstständig nach bestem Gewissen und der medizini-

¹⁹⁴ Müller, NotBZ 2009, 289 (290).

¹⁹⁵ Palandt/Diederichsen, § 1901a Rz. 18; Müller, DNotZ 2010, 169 (181).

schen Möglichkeiten zu erstellen. Eine allumfassende Behandlungspflicht des Arztes allein aufgrund der vorhandenen Patientenverfügung besteht somit nicht¹⁹⁶.

d) Vorherige ärztliche Aufklärung

Der Gesetzgeber empfiehlt zwar eine vorherige fachkundige Beratung, statuiert diese jedoch gleichsam nicht zur Wirksamkeitsvoraussetzung¹⁹⁷.

Eine Beratung vor Errichtung der Patientenverfügung sei zwar vielfach hilfreich, da sie dazu beitragen kann, die ärztlichen Maßnahmen, über die entschieden werden soll, hinreichend genau zu beschreiben sowie überhaupt in der Entscheidungsfindung Unterstützung zu erhalten.

Gleichwohl erscheint dem Gesetzgeber die Einführung einer Beratungspflicht nicht zwingend erforderlich, um konkrete Festlegungen in der Patientenverfügung zu formulieren. Zudem hänge die Wirksamkeit der Ablehnung einer ärztlichen Maßnahme ohnehin nicht von einer ärztlichen Beratung und Aufklärung ab. Dies müsse daher auch für entsprechende Entscheidungen in einer Patientenverfügung gelten. Schließlich trage der Verfasser selbst das Risiko einer fehlenden Bindungswirkung seiner Patientenverfügung aufgrund nicht hinreichend konkreter Formulierungen¹⁹⁸.

Damit wird im Ergebnis auf die „Mündigkeit“ des einzelnen Bürgers abgestellt. Es steht grundsätzlich in seinem Belieben, ob er den Rat eines Arztes vor Errichtung einer Patientenverfügung sucht oder auf eine vorherige Beratung verzichtet.

Jedoch schränkt der Gesetzgeber dieses Belieben für den Fall ein, dass in der Patientenverfügung eine antizipierte Einwilligung für bestimmte medizinische Maßnahmen erklärt wird. Die Einwilligung in eine medizinische Behandlung bedarf immer der ärztlichen Aufklärung, um wirksam zu sein, damit der Patient nicht in Unkenntnis von möglichen Heilungsmethoden zu früh den Behandlungsabbruch verlangt. Eine Ausnahme besteht allenfalls dann, wenn der Patient in Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts ausdrücklich auf die Beratung verzichtet.

Gleiches gelte nach Auffassung des Gesetzgebers auch für die vorweggenommene Einwilligung in einer Patientenverfügung: Soweit die Patientenverfügung eine antizipierte Einwil-

¹⁹⁶ BGH, Rpfleger 2003, 354 (359); Albrecht/Albrecht, Die Patientenverfügung, Rz. 175.

¹⁹⁷ BT-Drs. 16/8442, S. 31; BT-Drs. 16/13314, S. 19.

¹⁹⁸ BT-Drs. 16/8442, S. 31.

ligung in eine konkrete ärztliche Maßnahme enthält, ist diese nur bei vorheriger ärztlicher Aufklärung oder erklärtem Aufklärungsverzicht wirksam. Dies bedarf daher einer ausführlichen Dokumentation (zweckgemäß in der Patientenverfügung selbst), da anderenfalls die Patientenverfügung nur als Indiz für den mutmaßlichen Willen des Patienten zu werten wäre. Es bedürfte dann immer einer stellvertretenden Entscheidung eines Betreuers oder Bevollmächtigten über die Zulässigkeit des ärztlichen Eingriffs¹⁹⁹.

Diese gesetzgeberische Klarstellung wurde zum Teil unter Hinweis auf den Integritätsschutz (Art. 2 Abs. 2 GG) kritisiert²⁰⁰, denn so habe der Gesetzgeber Vorsorge zu treffen, dass keine fremdbestimmten Entscheidungen getroffen werden, die möglicherweise zum Tode des Betroffenen führen, ohne von dessen Willen getragen zu sein. Daher wäre es sinnvoll gewesen, wenn der Gesetzgeber die Voraussetzungen für eine Verbindlichkeit der Patientenverfügung über das Schriftformerfordernis hinaus auf eine vorherige Beratungspflicht ausgedehnt hätte. So seien die medizinischen und pflegerischen Fragen dieser Thematik viel zu kompliziert, als dass der einzelne medizinische Laie selbst ohne Beratung hierüber anwendbare Erklärungen zu formulieren imstande wäre.

Dem kann meines Erachtens entgegen gehalten werden, dass derjenige, der sich ernsthaft mit der Materie „Patientenverfügung“ und den damit zusammenhängenden Fragen auseinandersetzt, auch ärztlichen Rat aufsuchen wird, da er schnell mit einer konkreten Abfassung überfordert sein wird. Die Bestimmtheit der medizinischen Maßnahmen ist gerade Voraussetzung für die Wirksamkeit und die damit einhergehende Verbindlichkeit einer Patientenverfügung. Erreicht die Verfügung den erforderlichen hohen Grad der Bestimmtheit nicht, kann sie ohnehin keine Verbindlichkeit entfalten, so dass der Verfügung dann nur Indizwirkung beigemessen würde (§ 1901a Abs. 2 BGB). In diesem Falle müsste der Vertreter eine eigene Entscheidung treffen und hätte dabei zwingend den Behandlungswunsch oder den mutmaßlichen Willen des Patienten zu beachten (§1901a Abs. 2 S. 1 BGB). Von einer fremdbestimmten Entscheidung kann daher keine Rede sein.

Zudem ist anzumerken, dass eine zwingende vorherige Beratung zusätzliche Barrieren für die Abfassung einer Patientenverfügung aufbauen würde, die letztlich zu Lasten des Selbstbestimmungsrechts gingen.

Auch würde sich die Frage stellen, welche Einrichtungen als ausreichend „kompetent“ erachtet würden, um den Patienten bei der Errichtung einer speziell auf seine Bedürfnisse ab-

¹⁹⁹ BT-Drs. 16/8442, S. 32.

²⁰⁰ Höfling, NJW 2009, 2849 (2852); Roglmeier, ZErB 2009, 236 (238).

gestimmte Patientenverfügung sachgemäß beraten zu können. Würde etwa ein Allgemein- arzt nicht auch an seine fachlichen Grenzen stoßen, wenn er einen Patienten über seine de- generative Nervenerkrankung (Amyotrophe Lateralsklerose) und dessen Behandlungsmetho- den zu beraten hätte? Dies führt unweigerlich zu weiteren Komplikationen. Könnte etwa nur der erfahrene Klinikarzt, der jeden Tag mit Leben, Sterben und dem Tod konfrontiert wird, eine derartige Beratung erteilen? Würde man ein bestimmtes Fachgebiet verlangen müssen oder würde es auch gleichsam ausreichen, wenn andere nichtärztliche Beratungs- stellen wie beispielsweise der Notar eine derartige Beratung durchführen? Es müsste also geklärt werden, welche konkreten Anforderungen man an eine vorherige Beratung stellt. Dabei hätte man freilich den schmalen Grad zur unzulässigen Beschränkung des Selbstbe- stimmungsrechts zu beachten, denn eine zu strenge Handhabe wäre letztendlich unverhält- nismäßig und könnte die Patientenautonomie konterkarieren.

e) Keine Verpflichtung zur Errichtung

Die Regelung in § 1901a Abs. 4 BGB verdeutlicht eindringlich, dass niemand durch Aus- übung von Druck oder Zwang den Betroffenen dazu verpflichten kann, eine Patientenverfü- gung zu errichten. Eine derartige Klausel in einem Vertrag wäre gemäß § 134 BGB nichtig. Zudem wird ein zivilrechtliches Koppelungsverbot statuiert²⁰¹, denn so darf die Errichtung oder Vorlage der Patientenverfügung nicht von dem Abschluss eines Vertrages abhängig gemacht werden. Als Beispiel sei hier der Heimvertrag genannt, in dem vereinbart wurde, dass der Betroffene nur in der Einrichtung aufgenommen werde, wenn er eine Patientenver- fügung verfasst hat. Damit soll gesellschaftlichem oder individuellem Druck entgegenge- wirkt werden, der sonst zu einem Klima führen könnte, in welchem alte bzw. schwerstkran- ke Menschen sich dazu verpflichtet fühlen, ihr Leben mittels einer bestimmten Patienten- verfügung beenden zu lassen. Zudem wird das Risiko des Missbrauchs im Hinblick auf eine etwaige Ressourcenknappheit und die damit verbundene Möglichkeit zur Kostensenkung minimiert.

²⁰¹ BT-Drs. 16/13314, S. 20.

II. Gültigkeitsdauer und Widerruf der Patientenverfügung

1. Keine notwendige Aktualisierung

Der in der Literatur langjährig geführte Streit um eine etwaige Aktualisierungspflicht der abgefassten Patientenverfügung wurde vom Gesetzgeber nunmehr beendet, wobei der Pflicht zur Aktualisierung eine klare Absage erteilt wurde.

Die Gesetzesbegründung geht zu Recht davon aus, dass allein der Zeitraum zwischen der Errichtung bzw. der letzten Änderung der Patientenverfügung und dem späteren Behandlungszeitpunkt nicht die Schlussfolgerung rechtfertigt, der Patient könnte seinen Willen geändert haben, so dass die abgegebenen Erklärungen nicht mehr gelten sollen²⁰². Die Patientenverfügung verliert damit durch schlichten Zeitablauf nicht an Bedeutung. Es ist nicht Voraussetzung für ihre Beachtlichkeit, dass der Verfasser seine Unterschrift in bestimmten Zeitabständen wiederholt. So vertraut der Erklärende auf die Gültigkeit und Beachtung seiner niedergelegten Verfügung, da sie ja gerade für den Fall der Entscheidungsunfähigkeit getroffen wurde. Meines Erachtens widerspräche eine Pflicht zur Aktualisierung, die im Ergebnis bei Nichtbeachtung des Betroffenen einen „Verfall“ der Patientenverfügung bewirken würde, geradezu dem Wesen der Patientenverfügung als fortgeltend geäußertes, aktueller Wille des Patienten. Darüber hinaus würde sie Gefahren bergen: Müsste man dem Patienten, der seine Patientenverfügung in regelmäßigen Jahresabständen bestätigt hat, eine Willensänderung unterstellen, nur weil er in den letzten zwei Jahren vor Eintritt der Einwilligungsunfähigkeit seine Erklärungen nicht mehr wiederholt hat?

Zudem würde, wie die Gesetzesbegründung zu Recht betont, die Festlegung einer Aktualisierungsfrist erhebliche Probleme aufwerfen: So sind einerseits die individuellen Lebens- und Krankheitsverläufe so verschieden, dass eine notwendigerweise allgemein geltende Aktualisierungspflicht dem jeweiligen Einzelfall gar nicht gerecht werden könnte. Andererseits kämen erhebliche Rechtsunsicherheiten hinzu, da der Vertreter im Behandlungszeitpunkt immer der Prüfung unterliegen würde, ob der Betroffene bis zum Fristablauf überhaupt noch entscheidungsfähig war, um seine Verfügung bestätigen zu können²⁰³. Dies wird oftmals gar nicht möglich sein, gerade im Hinblick auf eine sehr langwierige Krankheit wie

²⁰² BT-Drs. 16/8442, S. 32.

²⁰³ BT-Drs. 16/8442, S. 32.

beispielsweise der Demenz, die von sehr unterschiedlichen Verlaufsphasen mit durchaus „wachen“ Momenten geprägt ist.

Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn sich wesentliche Änderungen der Lebensumstände oder des Gesundheitszustandes ergeben. Dann kann es durchaus fraglich sein, ob der Patient noch an dem einmal schriftlich niedergelegten Willen festhält und seine Erklärung noch auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutrifft. Für diesen Fall legt die Gesetzesbegründung dem Verfasser der Patientenverfügung daher nahe, seine getätigte Verfügung zu überprüfen und ggf. bei Bedarf zu ändern²⁰⁴. Eine Dokumentation der erfolgten Prüfung könne dann eine Hilfe für den Vertreter des Betroffenen sowie für den Arzt darstellen.

Daneben könne auch die Angabe von Zeit und Ort der Erstellung der Patientenverfügung die Beurteilung erleichtern, ob die in der Patientenverfügung enthaltenen Erklärungen noch auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen. Dies kann beispielsweise dann Bedeutung erlangen, wenn die Patientenverfügung auf einen Zeitpunkt datiert, kurz nachdem der Betroffene von seiner tödlich verlaufenden Krankheit und dessen Behandlungsmethoden in Kenntnis gesetzt wurde²⁰⁵.

Nachteile durch Verzicht auf die Aktualisierungspflicht können dem Betroffenen meines Erachtens nicht anheim fallen. Insbesondere das Argument der Weiterentwicklung der medizinischen Möglichkeiten und dem damit möglicherweise verbundenen Verlust auf Heilungschancen erweist sich als nicht stichhaltig. So muss die Patientenverfügung in der konkreten Behandlungssituation immer der aktuellen Lebens- und Behandlungssituation entsprechen, um Wirkungen entfalten zu können (§ 1901a Abs. 1 S. 1 BGB). Zudem bedarf die Patientenverfügung zumeist einer Auslegung durch den Vertreter, die auf den Einzelfall bezogen auch zu angemessenen Ergebnissen führen muss. Hierbei sind durchaus auch veränderte medizinische Behandlungsmöglichkeiten zu berücksichtigen, die dazu führen können, dass sich ein Festhalten an die in der Patientenverfügung enthaltenen Erklärungen als unhaltbar erweisen kann.

2. Widerrufbarkeit

Klargestellt hat der Gesetzgeber in § 1901 a Abs. 1 S. 3 BGB, dass ein Widerruf der Patientenverfügung jederzeit formlos möglich ist. Demzufolge kann er auch mündlich oder durch

²⁰⁴ BT-Drs. 16/13314, S. 20.

²⁰⁵ Müller, in: Beck'scher Online-Kommentar, § 1901a Rz. 19.

nonverbales Verhalten erfolgen. Voraussetzung ist nach der Gesetzesbegründung lediglich, dass die Willensänderung hinreichend deutlich zum Ausdruck kommt²⁰⁶. Obwohl die Verfügung als solche der Schriftform bedarf, gilt dies für ihren Widerruf nicht gleichermaßen. Zum Schutz des inzwischen schreibunfähig gewordenen Patienten vor einer ungewollten Bindung hat sich der Gesetzgeber daher für die formfreie Widerrufsmöglichkeit entschieden.

Die Kernfrage jedoch hat der Gesetzgeber bedauerlicherweise meines Erachtens nicht mit hinreichender Klarheit beantwortet: Muss der Betroffene, um seine Erklärungen widerrufen zu können, auch *einwilligungsfähig* sein, mithin die Einsichtsfähigkeit in die Tragweite der medizinischen Konsequenzen seiner Willensänderung besitzen?

Teilweise wird ganz selbstverständlich davon ausgegangen²⁰⁷, andererseits wird die Problematik aber auch aufgegriffen und in Zweifel gezogen²⁰⁸, war sie doch in der Vergangenheit schon Gegenstand kontroverser Diskussionen. Zumindest dürften an die Willensbekundung des Betroffenen im Behandlungszeitpunkt keine zu hohen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn es um den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen geht und der Betroffene nunmehr entgegen der Patientenverfügung eine Weiterbehandlung wünscht. So sollen deutliche Anzeichen des Patienten für einen Widerruf genügen. Allenfalls Reflexe²⁰⁹ oder eine vollständig spekulative Interpretation bestimmter Verhaltensweisen genüge zu dessen Annahme nicht²¹⁰. Andererseits sollte dabei auch beachtet werden, dass Voraussetzung für die Durchführung eines medizinischen Eingriffs eine die Behandlung legitimierende Einwilligung ist. Anderenfalls wäre die Behandlungsmaßnahme ein rechtswidriger Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten. Wenn also Unsicherheiten über die Einwilligungsfähigkeit bestehen oder feststeht, dass der Patient zur Zeit des Widerrufs einwilligungsunfähig ist, dann muss im Zweifel der Stellvertreter des Betroffenen über die Zulässigkeit der Maßnahme entscheiden und ggf. die betreuungsgerichtliche Genehmigung gemäß § 1904 BGB einholen. Bei seiner Entscheidung hat er die Wünsche des Betroffenen zu beachten – für den Betreuer folgt dies unmittelbar aus § 1901 Abs. 3 S. 1 BGB, für den Bevollmächtigten ergibt sich dies mittelbar aus § 665 BGB. Freilich ist auch hier zunächst die

²⁰⁶ BT-Drs. 16/8442, S. 30.

²⁰⁷ Albrecht/Albrecht, Die Patientenverfügung, Rz. 178.

²⁰⁸ Lange, ZEV 2009, 537 (541); Meyer-Götz, NJ 2009, 363 (366).

²⁰⁹ Olzen, JR 2009, 354 (357).

²¹⁰ Spickhoff, FamRZ 2009, 1949 (1955).

ärztliche Indikation maßgeblich. Ist eine solche nicht mehr gegeben, kann der Vertreter dem Wunsch des Betroffenen von vornherein nicht nachkommen.

Letztendlich wird die Praxis einen Weg finden müssen, wie sie mit einer nicht zweifelsfrei erkennbaren Willensänderung des Patienten umzugehen hat.

III. Wirkung der Patientenverfügung

1. Verbindliche Außenwirkung?

Mit der gesetzlichen Neuregelung wird der jahrelange insbesondere in der Literatur geführte Streit um die Verbindlichkeit der Patientenverfügung nunmehr beendet, denn so stellt § 1901a Abs. 1 S. 2 BGB zunächst ausdrücklich klar, dass der Betreuer dem Willen des Betroffenen Ausdruck und Geltung zu verschaffen hat, wenn eine wirksame Patientenverfügung nach der eingeschränkten Definition des Gesetzgebers vorliegt und diese die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation erfasst. Gleiches gilt gemäß § 1901a Abs. 5 BGB für den Bevollmächtigten entsprechend. Ein Ermessen steht dem Vertreter damit nicht zu, wenn die Voraussetzungen für die unmittelbare Bindungswirkung gegeben sind.

Der Gesetzgeber schließt sich damit der Auffassung des XII Zivilsenats vom 17.03.2003 an und erkennt die verbindliche Wirkung einer Patientenverfügung gegenüber dem Vertreter an. Hat der Betroffene durch seine Vorauserklärung bereits selbst über die anstehende medizinisch indizierte Maßnahme entschieden, ist für die Einwilligung eines Dritten kein Raum, da die Entscheidung des Patienten für den Vertreter bindend ist²¹¹. Damit ist nunmehr gesetzlich normiert, dass es sich bei einer wirksamen, auf die konkrete Behandlungssituation bezogenen Patientenverfügung nicht lediglich um ein Indiz für den mutmaßlichen Willen des Patienten handelt, sondern die Vorauserklärung als fortgeltender, aktueller Wille des Betroffenen zu betrachten ist, wenn sie nicht vormals widerrufen wurde. Daher darf die Willensbekundung des Patienten für oder gegen bestimmte medizinische Maßnahmen grundsätzlich auch nicht vom Vertreter durch einen Rückgriff auf den mutmaßlichen Willen korrigiert werden. Eine spekulative Berufung darauf, dass der Patient vielleicht in der konkreten Situation doch etwas anderes gewollt hätte, verbietet sich.

Jedoch stellt sich darüber hinausgehend nunmehr die Frage, inwieweit die Patientenverfügung den behandelnden Arzt bindet und sich an diesen als Adressaten richten kann. Wie be-

²¹¹ BT-Drs. 16/8442, S. 33; Palandt/Diederichsen, §1901a Rz. 22.

reits unter D. I. 1. erörtert, äußert sich die gesetzliche Neuregelung dazu mit keinem Wort. Wenn man jedoch mit dem Gesetzgeber davon ausgeht, dass die Patientenverfügung als vorweggenommene Einwilligung bzw. Nichteinwilligung anzusehen ist und damit unmittelbar einen medizinischen Eingriff legitimieren kann bzw. einen solchen rechtswidrig erscheinen lässt, so müsste sie sich doch auch an den behandelnden Arzt richten. Er ist letztendlich derjenige, der die gewollte Behandlung vornimmt oder die nicht gewollte Maßnahme einstellt. Diese Interpretation der verbindlichen *Außenwirkung* einer Patientenverfügung, wie sie zum Teil in der Literatur angenommen wird²¹², lässt sich jedoch meines Erachtens mit dem gesetzlichen Wortlaut in §§ 1901a, b, 1904 BGB nicht vereinbaren²¹³. Dieser räumt dem behandelnden Arzt keinerlei Kompetenz dahingehend ein, allein den Patientenwillen festzustellen, ggf. die Vorauserklärung des Betroffenen auszulegen und diese dann umzusetzen. Im Gegenteil: In den Vorschriften der § 1901a BGB und §1901 b BGB hat der Gesetzgeber ein dezidiert austariertes System entwickelt, um der Abwägung zwischen den verfassungsrechtlich garantierten Rechtsgütern der Selbstbestimmung auf der einen Seite und dem Lebensschutz auf der anderen Seite gerecht zu werden. Hierfür ist die Existenz eines Vertreters zwingend erforderlich, um das in den genannten Vorschriften gebotene Verfahren durchführen zu können. Natürlich erscheint es bei völlig eindeutigen Fällen, in denen niemand an dem Patientenwillen zweifelt, formalistisch und mit dem Patientenwillen nicht immer vereinbar, wenn zunächst ein Betreuer bestellt werden müsste, der dann den Patientenwillen nochmals festzustellen hätte. Während dieser Zeit müsste der Betroffene auch gegen seinen ausdrücklich erklärten Willen weiterbehandelt werden. Dies käme letztendlich einer Zwangsbehandlung gleich, die sich mitunter über mehrere Wochen hinziehen könnte. Allerdings sollte dabei auch beachtet werden: Wer beurteilt diese scheinbar „eindeutigen“ Fälle, in denen die Bestellung eines Betreuers nicht erforderlich sein soll? Wenn keine Angehörigen oder Freunde des Patienten bekannt sind, doch ausschließlich der Arzt. Dann nützt auch der Hinweis auf die Möglichkeit der Einschaltung des Betreuungsgerichts im Falle des Missbrauchsverdachts wenig. Bisher wurde es vermieden auf die damit zusammenhängende Problematik der Kostenersparnis und Kostensenkung einzugehen. Es ist nicht mein Anliegen, generalisierend den Krankenhäusern und Ärzten zu unterstellen, sie würden sich in Zeiten der Ressourcenknappheit womöglich leichter gegen das Leben des

²¹² Renner, ZNotP 2009, 371 (375); Meyer-Götz, NJ 2009, 363 (365); differenzierend Spickhoff, FamRZ 2009, 1949 (1953f.).

²¹³ in diesem Sinne auch: Olzen, JR 2009, 354 (358); Diehn/Rebhan, NJW 2010, 326 (329); Beckmann, MedR 2009, 582 (583); Müller, DNotZ 2010, 169 (174); Albrecht/Albrecht, Die Patientenverfügung, Rz. 110ff.

Betroffenen entscheiden, auch wenn ein Behandlungsabbruch womöglich nicht eindeutig vom Patientenwillen getragen wird. Ganz von der Hand zu weisen ist diese Gefahr jedoch nicht.

Auch wenn man daher der Patientenverfügung nach dem Wortlaut des Gesetzes, der zudem in das Betreuungsrecht eingefügt wurde, eine unmittelbare Außenwirkung nicht zukommen lassen kann, so wäre sie auch ohne zusammenhängende Abfassung einer Vorsorgevollmacht oder Betreuungsverfügung in ihrer Wirkung nicht völlig entwertet. Es müsste allerdings zunächst ein gerichtliches Verfahren zur Bestellung eines Betreuers eingeleitet werden. Nach Bestellung des Betreuers hätte dieser sich dann an den Vorgaben des §§ 1901a, b BGB zu orientieren. Aufgrund der bestehenden Unsicherheiten ist es jedoch dringend zu empfehlen, die errichtete Patientenverfügung mit einer Vorsorgevollmacht oder einer Betreuungsverfügung zu kombinieren, um diese offensichtlich unterschiedlich interpretierte Problematik umgehen zu können.

Die im Verhältnis zum Betreuer wirkende strikte Verbindlichkeit der Patientenverfügung wird für den Fall eingeschränkt, dass sich die Sachlage im Behandlungszeitpunkt bereits so erheblich geändert hat, dass die frühere selbstverantwortlich getroffene Entscheidung des Betroffenen die aktuelle Lebenssituation nicht mehr umfasst. Dann ist der Vertreter des Patienten berechtigt, von den getroffenen Festlegungen abzuweichen²¹⁴ und hat in eigener rechtlicher Verantwortung über die Zulässigkeit der angebotenen medizinischen Behandlung zu entscheiden.

Darüber hinaus wird ausdrücklich hervorgehoben, dass Festlegungen, die auf eine verbotene Tötung auf Verlangen gerichtet sind, unwirksam bleiben²¹⁵. Eine strafrechtliche Lockerung des Tötungsverbotes findet sich damit nicht.

Von dieser unmittelbaren Bindungswirkung bei einer antizipierten Vorauserklärung zu unterscheiden sind die allgemeinen Willensbekundungen des Betroffenen über die Behandlung am Lebensende sowie seine Behandlungswünsche. Derartige Anordnungen können keine verbindliche Außenwirkung entfalten, da sie schon vom Begriff der Patientenverfügung nicht umfasst sind. Gleichwohl sind sie nicht unbeachtlich, sondern im Rahmen des § 1901a Abs. 2 BGB bei der vom Vertreter zu treffenden Entscheidung über den Behandlungsabbruch oder die Weiterbehandlung auf der Basis des mutmaßlichen Willens des Betroffenen mit einzubeziehen.

²¹⁴ BT-Drs. 16/8442, S. 33.

²¹⁵ BT-Drs. 16/13314, S. 4.

Gleichermaßen kann von dem Betroffenen von vornherein festgelegt werden, dass die Patientenverfügung trotz konkreter Entscheidung nicht unmittelbar gelten solle, sondern der Vertreter immer die Entscheidung über die Behandlung zu treffen habe und welchem Ermessensspielraum er dabei unterliege²¹⁶.

2. Keine Reichweitenbegrenzung

Die Vorschrift des § 1901a Abs. 3 BGB regelt, dass es für die Beachtung und Durchsetzung der Patientenverfügung nicht auf Art und Stadium der Erkrankung ankommt. Damit hat der Gesetzgeber die rechtspolitisch so umstrittene Frage nunmehr geklärt und die vom XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes vertretene Auffassung zur Reichweitenbegrenzung der Patientenverfügung auf den irreversibel tödlichen Verlauf der Grunderkrankung aufgegeben. Insofern bilden auch die in der Vergangenheit besonders umstrittenen Konstellationen des Wachkomas und der Demenz keine Basis für den Ausschluss dieser Patienten von der Errichtung einer Patientenverfügung.

Der künftige Patient solle genauso wie der in der aktuellen Behandlungssituation entscheidungsfähige Patient ohne Rücksicht auf die Art und den Verlauf seiner Erkrankung darüber befinden können, ob und welche medizinischen Maßnahmen an ihm vorgenommen werden dürfen, wenn er nicht mehr einwilligungsfähig ist und demzufolge darüber nicht mehr selbst entscheiden kann. Dies sei als Ausfluss des verfassungsrechtlich verbürgten Selbstbestimmungsrechts anzusehen, so dass der Betroffene eine derartige Entscheidung auch bereits im Voraus treffen und von seinem Vertreter die Durchsetzung seines Willens erwarten kann²¹⁷. Anderenfalls bestünde bei einer Reichweitenbegrenzung der Patientenverfügung ein mit der Selbstbestimmung des Patienten nicht vereinbarer Behandlungszwang außerhalb der statuierten Reichweite²¹⁸. Die Beschränkung des Rechts eines jeden Patienten und seines Vertreters, eine Behandlung ablehnen zu dürfen, würde letztendlich bedeuten, dass man dem behandelnden Arzt in bestimmten Stadien einer Erkrankung außerhalb der Reichweite einer Patientenverfügung ein *eigenes Behandlungsrecht* einräumen würde²¹⁹. Dieses könnte meines Erachtens dann wohl nur aus dem Grundsatz „in dubio pro vita“ gerechtfertigt werden, wobei der Zweifel erst durch die Reichweitenbegrenzung herbeigeführt werden würde.

²¹⁶ BT-Drs. 16/8442, S. 34.

²¹⁷ BT-Drs. 16/8442, S. 37.

²¹⁸ BT-Drs. 16/8442, S. 38f.

²¹⁹ BT-Drs. 16/8442, S. 40.

Das Risiko einer strafrechtlichen Verfolgung des Arztes wegen Körperverletzung gem. § 223 StGB könnte damit jedoch nicht ausgeschlossen werden, wenn sich der behandelnde Arzt über den Patientenwillen hinwegsetzt und in die körperliche Integrität des Betroffenen eingreift.

Man würde dann geradezu einen Patienten zwingen, sich einer Behandlung zu unterziehen, der er sich mitunter ausdrücklich nicht unterziehen wollte. Zudem müsste er die mit dem Eingriff verbundenen Konsequenzen tragen, die er gerade nicht zu tragen bereit war. Auch eine vorherige ärztliche Aufklärung wäre dann bedeutungslos, da der Patient respektive sein Vertreter gar nicht über die Risiken und Heilungschancen befinden könnte, da die Entscheidung ohnehin bereits feststünde.

Der Gesetzgeber hat jedoch anders entschieden - im Ergebnis muss daher die Lebensschutzpflicht des Staates gegenüber dem Selbstbestimmungsrecht eines jeden Betroffenen zurücktreten. Genauso, wie der entscheidungsfähige Patient jedwede medizinische Behandlung ablehnen kann, mag diese Entscheidung aus objektiv fachlicher Sicht auch noch so unvernünftig sein, müsse entsprechendes auch für den inzwischen einwilligungsunfähigen Patienten gelten, der seine Auffassung und seinen Behandlungswillen zuvor in einer Patientenverfügung verbindlich festgelegt hat.

Zudem kritisiert die Gesetzesbegründung eine Reichweitenbegrenzung auch unter dem Aspekt der Unbestimmtheit der Rechtsbegriffe zur Beschreibung derselben²²⁰. So sei es äußerst zweifelhaft, ob den Ärzten und Vertretern im Einzelfall eine sichere Einschätzung möglich ist, ob der Patientenwille beachtet werden darf oder ob der Patient den ärztlichen Eingriff gegen seinen Willen erdulden muss. Eine sichere ärztliche Todesprognose trotz Behandlung dürfte bei vielen Erkrankungen gar nicht möglich sein – wenn sie im Einzelfall dennoch aufgestellt werden könnte, so würde sich doch auch die Frage stellen, ob überhaupt noch eine ärztliche Indikation der medizinischen Maßnahme gegeben ist.

Daneben wäre völlig unklar, wie der behandelnde Arzt und der Vertreter des Betroffenen zu entscheiden hätten, wenn der zwangsweise durchzuführende Eingriff selbst wiederum mit lebensgefährlichen Risiken verbunden wäre.

An der gesetzgeberischen Entscheidung wurde jedoch kritisiert, dass sie noch keine ausreichende Rechtssicherheit herstelle, da sie sich nicht mit der indirekten Sterbehilfe auseinandersetze²²¹. So verlaufe zwischen der zulässigen indirekten Sterbehilfe, bei welcher eine

²²⁰ BT-Drs. 16/8442, S. 40.

²²¹ Lange, ZEV 2009, 537 (540).

ärztlich angebotene schmerzlindernde oder bewusstseinsdämpfende Medikation bei einem tödlich erkrankten Patienten als unbeabsichtigte, aber unvermeidbare Nebenfolge möglicherweise den Todeseintritt beschleunigt²²², und der strafbaren aktiven Sterbehilfe (§ 216 StGB) nur eine hauchdünne Grenze. Diese hätte aufgezeigt werden und gleichzeitig eine Abgrenzung zum Strafrecht vorgenommen werden müssen.

In der Tat beschäftigt sich die neue gesetzliche Regelung fast ausschließlich mit zivilrechtlichen Überlegungen, strafrechtliche Aspekte werden lediglich insoweit aufgegriffen, als dass nochmals klargestellt wird, dass eine Patientenverfügung nicht die verbotene Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) legalisieren könne. Eine ausdrückliche Anpassung zwischen dem Strafrecht und dem bürgerlichem Recht erfolgte allerdings nicht. Gerade jedoch die Furcht vor strafrechtlichen Sanktionen führte in der Vergangenheit oftmals dazu, den niedergelegten Patientenwillen nicht zu beachten.

Zudem bestehen – wie der eingangs vorgestellte Beispielfall verdeutlicht – erhebliche Unsicherheiten in der Rechtsprechung auf dem Gebiet des Behandlungsabbruchs und damit zusammenhängend auch in dem Umgang mit Patientenverfügungen sowie deren Verhältnis zum Strafrecht. Darauf weist auch das Landgericht Fulda ausdrücklich hin²²³. Daher wäre es meines Erachtens wünschenswert und erforderlich gewesen, wenn sich der Gesetzgeber auch zu strafrechtlichen Überlegungen geäußert hätte und insbesondere Position dazu bezogen hätte, ob eine Tötung auf Verlangen auch durch ein Unterlassen begangen werden kann oder immer ein aktives Handeln des Täters erfordert. Daran anknüpfend stellt sich nämlich vielfach (und auch in dem vom Landgericht Fulda zu entscheidenden Fall) die Frage, inwieweit das Abstellen der lebenserhaltenden Maschinen einem aktiven Tun gleichgestellt werden kann und damit den Tatbestand des § 216 StGB erfüllt. Insoweit wird erst die zukünftige Praxis zeigen, ob sich die behandelnden Ärzte nunmehr vermehrt an die Voraussetzungen des Patienten halten und die Angst vor strafrechtlichen Sanktionen bei Befolgung der Patientenverfügung durch die Verabschiedung des 3. BtÄndG eingedämmt wurde.

²²² Schwab, in: MünchKomm, § 1904 Rz. 39.

²²³ LG Fulda, Urteil v. 30.04.2009, 16 Js 1/08 – 1Ks, S. 27.

IV. Kompetenz des Stellvertreters

1. Rechtslage bei Vorhandensein einer wirksamen Patientenverfügung

Liegt eine wirksame Patientenverfügung vor, so haben der Betreuer bzw. gemäß § 1901a Abs. 5 BGB der Bevollmächtigte zu prüfen, ob die Anordnungen in der Vorauserklärung des Betroffenen auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen (§ 1901a Abs. 1 S. 1 BGB). Ist dies der Fall, hat der Vertreter gemäß § 1901a Abs. 1 S. 2 BGB dem Patientenwillen Ausdruck und Geltung zu verschaffen.

Damit stellt der Gesetzgeber zunächst einmal klar, dass trotz Vorhandensein einer wirksamen Patientenverfügung, in welcher der Betroffene bereits eine vorweggenommene Entscheidung über die Zulässigkeit der medizinisch indizierten Behandlungsmaßnahme getroffen hat, ein Stellvertreter des Betroffenen für die Durchsetzung des Patientenwillens erforderlich sein wird.

Darüber hinaus wird dem Vertreter eine enorme Prüfungskompetenz beigemessen. So hat er die Anwendbarkeit der Patientenverfügung bezogen auf den konkreten Lebenssachverhalt und die daraus resultierende Verbindlichkeit der Vorauserklärung zu überprüfen. Die Kompetenz für diese Prüfung nach § 1901a Abs. 1 BGB liegt damit scheinbar nicht bei dem behandelnden Arzt.

Voraussetzung ist nach der Legaldefinition des § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB zudem stets, dass der Betroffene in der konkreten Behandlungssituation bereits einwilligungsunfähig ist. Anderenfalls käme es auf die vorhandene Patientenverfügung und die damit einhergehende Kompetenz des Stellvertreters gar nicht an, da dann ausschließlich der einwilligungsfähige Patient selbst der aktuellen Maßnahme nach vorangegangener ärztlicher Aufklärung zustimmen müsste.

a) Vertretung oder Botenstellung?

Da der Stellvertreter im Falle des Vorliegens einer nach der Definition des Gesetzgebers wirksamen Patientenverfügung keine eigene Entscheidung mehr über die Zulässigkeit der medizinischen Behandlung trifft, stellt sich zunächst die Frage, ob er infolge dessen lediglich die Funktion eines Boten als „Überbringer“ der Entscheidung einnimmt oder als „echter“ Vertreter des Betroffenen tätig wird.

Würde man den Stellvertreter nur als Boten ansehen, so würde sich daran anknüpfend die Frage nach der Zulässigkeit einer Betreuerbestellung stellen, denn eine rechtliche Betreuung gemäß § 1896 BGB setzt immer auch einen konkreten Handlungsbedarf für ein rechtliches Problem voraus. Der Betreuer ist gemäß § 1902 BGB gesetzlicher Vertreter des Betreuten und wird damit nicht lediglich tatsächlich tätig.

Das Wesen der Botenschaft besteht nun aber darin, dass dem Boten eigene Entscheidungen verwehrt sind, er lediglich als Übermittler fungiert und damit nur tatsächlich tätig wird, nicht jedoch rechtsgeschäftlich²²⁴. Im Falle einer wirksamen Patientenverfügung mag der Stellvertreter keine eigene Einwilligung respektive Verweigerung derselben mehr abgeben, jedoch überbringt er auch nicht lediglich die im Voraus getroffene Entscheidung des Betroffenen. Vielmehr hat er eine eigene Prüfungskompetenz und entscheidet selbst, ob die Patientenverfügung die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation umfasst, ob sie für diese Entscheidung eine Entscheidung über die anstehende ärztliche Maßnahme enthält und ob diese noch vom Willen des Betroffenen getragen ist oder zwischenzeitlich widerrufen wurde²²⁵. Deshalb geht die Kompetenz des Stellvertreters meines Erachtens weit über eine reine Botentätigkeit hinaus, so dass Betreuer und Bevollmächtigter als „echte“ Vertreter des Patienten handeln²²⁶.

b) Prüfungsumfang

Zwar bestimmt § 1901a Abs. 1 S. 2 BGB die Prüfungspflicht des Vertreters lediglich dahingehend, festzustellen, ob die in der Patientenverfügung beschriebene Situation mit der aktuellen übereinstimmt. Darüber hinaus hat er jedoch meines Erachtens zwingend auch zu prüfen, ob überhaupt eine wirksame Patientenverfügung im Sinne des Gesetzes vorliegt, da sich daran anknüpfend unterschiedliche Rechtsfolgen ergeben je nachdem, ob dies bejaht oder negiert wird. Zudem haben der Betreuer respektive der Vorsorgebevollmächtigte zusätzlich festzustellen, ob sich Ansatzpunkte für einen möglichen Widerruf der Patientenverfügung ergeben oder sich die im Behandlungszeitpunkt aktuelle Sachlage womöglich so erheblich geändert hat, dass ein verbindliches Festhalten an die Vorauserklärung zu untragbaren Ergebnissen führen würde. Rein spekulative Überlegungen können jedoch nicht dazu

²²⁴ Palandt/Heinrichs, Einf. von § 164 Rz. 11.

²²⁵ BT-Drs. 16/8442, S. 33.

²²⁶ ebenso Albrecht/Albrecht, Die Patientenverfügung, Rz. 38f; a. A. Lange, ZEV 2009, 537 (541).

führen, dass die vorweg genommene Entscheidung des Betroffenen durch Rückgriff auf dessen mutmaßlichen Willen unterlaufen wird.

Bei der Prüfung, ob die Vorauserklärung auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutrifft, stellt sich die Frage, ob die Patientenverfügung der Auslegung durch den Stellvertreter zugänglich ist. Wie bereits unter C. III. 3. (S. 35ff.) aufgeführt, dient die Auslegung grundsätzlich der Ermittlung des wahren Willens des Betroffenen, um so der abgefassten Patientenverfügung zur Durchsetzung zu verhelfen. Da jedoch der Gesetzgeber unter Patientenverfügungen lediglich solche Vorauserklärungen versteht, die eine vorweggenommene Einwilligung oder Untersagung in bestimmte medizinische Maßnahmen enthalten, könnte man argumentieren, dass gar kein Auslegungsbedürfnis bestehen dürfte. Anderenfalls befände man sich doch im Anwendungsbereich des § 1901a Abs. 2 BGB. Liegt eine Patientenverfügung im Sinne des Gesetzes vor, dann verbietet sich meines Erachtens zumindest die ergänzende Auslegung, da sie nach einem lediglich hypothetischen Willen des Verfassers fragt. Ist diese Auslegungsmethode jedoch aufgrund veränderter Umstände, die ein Festhalten an dem früher selbstverantwortlich geäußerten Willen unmöglich erscheinen lassen, geboten, so kann wiederum keine verbindliche Patientenverfügung vorliegen. Dann kann der Vertreter durchaus auch von den getroffenen Festlegungen des Patienten abweichen²²⁷. Hier zeigt sich abermals die vom Gesetzgeber eingeräumte herausragende Bedeutung des Stellvertreters.

Jedoch wird der Vertreter auch bei der Frage, ob die Patientenverfügung die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation umfasst, die Vorauserklärung ggf. auszulegen haben²²⁸. So muss sich der Vertreter davon überzeugen, dass der Patient bei seinen Anordnungen die aktuelle Situation mitbedacht und eine vorweggenommene Entscheidung über die anstehende medizinische Maßnahme getroffen hat. Hierbei kommt es nun darauf an, welche Anforderungen die Praxis und die Gerichte an die Bestimmtheit der Patientenverfügung stellen werden. Verlangt man eine präzise Verknüpfung zwischen der Behandlungsmaßnahme und der aktuellen Situation, wird für die Auslegung der Patientenverfügung kaum Raum sein.

Daneben haben der Betreuer und gleichermaßen der Bevollmächtigte zu prüfen, ob das aktuelle Verhalten des einwilligungsunfähigen Patienten konkrete Anhaltspunkte dafür bietet, dass dieser unter den nunmehr gegebenen Umständen den zuvor schriftlich geäußerten Wil-

²²⁷ BT-Drs. 16/8442, S. 33; Renner, ZNotP 2009, 371 (378).

²²⁸ BT-Drs. 16/13314, S. 20; Diehn/Rebhan, NJW 2010, 326 (327).

len nicht mehr gelten lassen will²²⁹. Derartige Anzeichen können sich nach der Gesetzesbegründung durchaus auch aus situativ spontanem Verhalten des Patienten gegenüber vorzunehmenden bzw. zu unterlassenden ärztlichen Maßnahmen ergeben. Nicht ausreichend sind jedoch lediglich reflexartige körperliche Bewegungen des Patienten, die nicht durch seinen Willen gesteuert sind. Die Abgrenzung zwischen beiden Konstellationen dürfte sich jedoch meines Erachtens in zahlreichen Fällen schwierig gestalten. Oftmals wird gar nicht feststellbar sein, ob die Abwehrreaktion des Betroffenen lediglich durch eine reflexartige Bewegung hervorgerufen wurde oder tatsächlich die Ablehnung der medizinischen Behandlung ausdrücken soll. Hier könnte sich also infolge dieses schmalen Grades eine neue Diskussion entwickeln, inwieweit die grundsätzlich verbindliche Wirkung der Patientenverfügung durch Berufung auf ein „situativ spontanes Verhalten“ des Betroffenen ausgehebelt werden kann.

Die Betonung in der Gesetzesbegründung spricht zudem dafür, dass der Gesetzgeber für den Widerruf einer Patientenverfügung die Einwilligungsfähigkeit verlangt, da er anderenfalls den Fall der situativ spontanen Reaktionen nicht ausdrücklich hätte aufführen müssen, wenn auch situationsbedingtes Verhalten des nicht mehr entscheidungsfähigen Patienten für einen Widerruf genügen würde. Letztendlich mag diese Unterscheidung jedoch keine praktischen Auswirkungen haben, da gleichermaßen beide Fallkonstellationen dazu führen, dass die vormals wirksame Patientenverfügung keine verbindliche Wirkung entfalten kann.

c) Gespräch zur Feststellung des Patientenwillens

Die Erkenntnisse, ob der Betroffene in seinen Anordnungen die nunmehr eingetretene Behandlungssituation mit bedacht hat, kann der Stellvertreter nur in Rücksprache mit den Ärzten, Pflegekräften und den Angehörigen des Patienten gewinnen. Deshalb regelt § 1901b Abs. 1 S. 2 BGB, dass der Stellvertreter zunächst mit dem behandelnden Arzt die indizierte Maßnahme unter Berücksichtigung des Patientenwillens erörtert, um auf dieser Grundlage die nach § 1901a Abs. 1 S. 2 BGB erforderliche Entscheidung treffen zu können.

Jenes setzt selbstverständlich voraus, dass überhaupt noch eine Indikation zur Weiterbehandlung gegeben ist. Insoweit bestimmt § 1901 b Abs. 1 S. 1 BGB die Prüfungspflicht des Arztes zur Klarstellung dahingehend, festzustellen, welche Maßnahmen im Hinblick auf den Gesamtzustand und die Prognose des Patienten indiziert sind. Dazu hat schon der XII.

²²⁹ BT-Drs. 16/8442, S. 33.

Zivilsenat des Bundesgerichtshofes in seinem Beschluss vom 17.03.2003 ausgeführt, dass der Arzt, gestützt auf sein Grundrecht der Berufsfreiheit und seine allgemeine Handlungsfreiheit, solche Maßnahmen verweigern kann, die medizinisch nicht mehr indiziert sind. Die medizinische Indikation begrenze insoweit den Inhalt des ärztlichen Heilauftrags²³⁰. Infolgedessen entscheidet der Arzt autonom über die Möglichkeiten einer Weiterbehandlung. Hierbei hat er nach dem Wortlaut des Gesetzes mehr eine medizinische Indikation als eine ärztliche Indikation vorzunehmen (vgl. zur Unterscheidung unter B.; S. 6f.). Den Patientenwillen hat der Arzt nicht mit einzubeziehen, sondern ausschließlich auf den Gesamtzustand und die Prognose des Patienten abzustellen²³¹. Kommt er zu dem Ergebnis, dass eine weitere Behandlung nicht mehr indiziert ist, dann ist auch eine vorweggenommene Einwilligung des Patienten bedeutungslos.

Liegt jedoch eine ärztliche Indikation in der aktuellen Behandlungssituation noch vor, dann bespricht der Arzt diese mit dem Betreuer. Gleiches gilt gemäß § 1901b Abs. 3 BGB für den Bevollmächtigten entsprechend. In diesem Dialog wird der Arzt zunächst den Vertreter über die geplanten ärztlichen Maßnahmen aufklären und auch Risiken, Heilungschancen sowie Nebenwirkungen aufzeigen. Demgegenüber wird der Stellvertreter des Betroffenen den schriftlich niedergelegten Patientenwillen für die in Rede stehende medizinische Behandlung darstellen. Auf dieser Basis werden dann Arzt und Vertreter die indizierte Maßnahme unter Berücksichtigung des Patientenwillens erörtern.

Daneben soll bei der Feststellung des Patientenwillens auch nahen Angehörigen und sonstigen Vertrauenspersonen des Betroffenen im Rahmen eines „Konsils“ gemäß § 1901b Abs. 2 BGB Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden. Dies schränkt das Gesetz lediglich für den Fall ein, dass eine dringende Entscheidung getroffen werden muss, die eine erhebliche Verzögerung nicht duldet. Eine solche Verzögerung könnte indes eintreten, wenn die Angehörigen nicht erreichbar sind oder ihre Mitwirkung verweigern. Ansonsten ist aber das Anhörungsverfahren durchzuführen und steht damit nicht im Ermessen des Vertreters²³². Zu den nahen Angehörigen zählt die Gesetzesbegründung insbesondere den Ehegatten, Lebenspartner, die Eltern, Geschwister und Kinder des Patienten²³³, wobei die Aufzählung nicht abschließend ist. Bei den sonstigen Vertrauenspersonen muss es sich nicht zwingend um verwandte Personen des Betroffenen handeln, es kommt allein auf das Vertrauensver-

²³⁰ BGH, Rpfleger 2003, 354 (359).

²³¹ BT-Drs. 16/13314, S. 20; Beckmann, MedR 2009, 582.

²³² so auch Albrecht/Albrecht, Die Patientenverfügung, Rz. 249.

²³³ BT-Drs. 16/13314, S. 20.

hältnis an, das zu dem Patienten bestand²³⁴. Damit wird auch die Einbeziehung von engen Freunden, Lebensgefährten oder Pflegekindern ermöglicht. Widerspricht allerdings die Beteiligung einzelner Personen dem erklärten Willen des Patienten, dann soll der Stellvertreter von deren Hinzuziehung absehen²³⁵. Eine Entscheidungskompetenz steht den Angehörigen und den Vertrauenspersonen jedoch nicht zu²³⁶. Ihnen wird lediglich Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben, um so den wahren Willen des Patienten aus allen möglichen Perspektiven feststellen zu können. Das kann auch in einseitiger schriftlicher Form erfolgen und muss damit nicht zwingend in einem „Gespräch“ münden²³⁷.

Die Einhaltung des vorgesehenen Anhörungsverfahrens ist auch im Hinblick auf etwaige strafrechtliche Konsequenzen dringend zu empfehlen, um das Risiko einer ex-post festgestellten Fehldeutung des Patientenwillens so weit wie möglich zu minimieren.

d) Verwirklichung des Patientenwillens

Gelangt der Vertreter auf dieser Basis nun zu dem Ergebnis, dass die in der Patientenverfügung getroffenen Festlegungen tatsächlich die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation umfassen und gibt es keine konkreten Anhaltspunkte für eine Willensänderung des Patienten, dann ist dem Patientenwillen gemäß § 1901a Abs. 1 S. 2 BGB „Ausdruck und Geltung“ zu verschaffen. Dabei stehen weder dem Arzt noch dem Vertreter ein Ermessensspielraum oder weitere Entscheidungskompetenzen zu²³⁸. Zu Verwirrungen könnte jedoch die in § 1901b Abs. 1 S. 2 BGB gewählte Formulierung führen, da sie auf eine „Entscheidung“ des Vertreters abstellt. Damit kann jedoch meines Erachtens bei Vorhandensein einer wirksamen Patientenverfügung nicht eine Entscheidung im Sinne einer Einwilligung oder Verweigerung gemeint sein, sondern vielmehr ausschließlich die Entscheidung, ob gemäß § 1901a Abs. 1 S. 2 BGB der in der Patientenverfügung geäußerte Wille nunmehr zu verwirklichen ist²³⁹.

²³⁴ BT-Drs. 16/13314, S. 20.

²³⁵ BT-Drs. 16/13314, S. 21.

²³⁶ Albrecht/Albrecht, Die Patientenverfügung, Rz. 247.

²³⁷ So auch Spickhoff, FamRZ 2009, 1949 (1952).

²³⁸ Albrecht/Albrecht, Die Patientenverfügung, Rz. 53.

²³⁹ in diesem Sinne auch Olzen, JR 2009, 354 (358); a. A. Diehn/Rebhan, NJW 2010, 326 (327f.), die sich dafür aussprechen, dass der Vertreter in jedem Falle eine eigene Entscheidung über die Zulässigkeit einer Weiterbehandlung zu treffen hat.

Bei der Beschreibung der Aufgabe des Vertreters hat der Gesetzgeber in § 1901a Abs. 1 S. 2 BGB die Formulierung des Bundesgerichtshofes übernommen²⁴⁰, ohne jedoch näher ins Detail zu gehen, was er denn darunter genau versteht. Nach der Gesetzesbegründung hat der Stellvertreter darauf zu achten, dass der Betroffene entsprechend seinem Willen behandelt wird²⁴¹.

Es bleibt aber weiterhin ungeklärt, auf welche Weise der Vertreter die Befolgung des verbindlichen Patientenwillens sicherstellen kann und muss (vgl. dazu bereits C. III. 4; S. 39f.).

2. Rechtslage bei Fehlen einer wirksamen Patientenverfügung

a) Der Behandlungswunsch nach § 1901a Abs. 2 BGB

Liegt in der aktuellen Behandlungssituation keine wirksame Patientenverfügung vor, etwa weil die Festlegungen keine Entscheidung über die Einwilligung in bestimmte ärztliche Maßnahmen enthalten, die auf die anstehende Behandlungssituation zutrifft oder die Verfügung nach dem Willen des Verfassers nicht unmittelbar gelten sollte, dann ist der Anwendungsbereich des § 1901a Abs. 2 BGB eröffnet. Danach hat der Vertreter die Behandlungswünsche oder den mutmaßlichen Willen des Betroffenen festzustellen und auf dieser Basis eine eigene Entscheidung zu treffen, ob er in die anstehende medizinische Behandlung einwilligt oder sie untersagt (§ 1901a Abs. 2 S. 1 BGB).

Damit sind all jene bereits errichteten Patientenverfügungen, die den Voraussetzungen des § 1901 a Abs. 1 BGB nicht genügen, nicht gänzlich unbeachtlich, sondern vielmehr dem „Auffangtatbestand“ des § 1901 a Abs. 2 BGB zuzuordnen.

Das Gesetz nimmt eine klare Abgrenzung zwischen der Patientenverfügung und den sonstigen Behandlungswünschen vor, so dass der Patient nicht zwingend gehalten ist, sein Selbstbestimmungsrecht in den engen Grenzen des § 1901a Abs. 1 BGB auszuüben. Ihm steht es vielmehr frei, auch allgemeine Anordnungen über die Art seiner Behandlung zu treffen, die dann im Rahmen des § 1901a Abs. 2 BGB zu berücksichtigen sind. Hierunter werden zu- meist jene Vorauserklärungen zu subsumieren sein, die sich zu unbestimmter Begriffe wie

²⁴⁰ BGH, Rpfleger 2003, 354 (355).

²⁴¹ BT-Drs. 16/8442, S. 34.

„unzweifelhaft hoffungslosem gesundheitlichen Zustand“²⁴² oder „wenn nach ärztlicher Überzeugung keine Aussicht auf Besserung besteht“ bedienen.

Gleiches gilt, wenn zwar eine konkret behandlungsbezogene frühere Äußerung des Patienten nachweisbar ist, jene jedoch nur durch mündliche Überlieferung festgestellt werden konnte.

Durch den Bezug auf die Behandlungswünsche hat der Gesetzgeber zudem klargestellt, dass die schon nach bisher geltendem Recht bestehende Bindung des Betreuers an die Wünsche des Betreten gem. § 1901 Abs. 3 BGB unangetastet bleibt²⁴³.

b) Prüfungsumfang des Vertreters

In den Fällen des § 1901a Abs. 2 BGB hat der Vertreter des Betroffenen zunächst zu prüfen, ob ein Behandlungswunsch vorliegt oder ein mutmaßlicher Behandlungswille feststellbar ist. Letzterer ist aufgrund individueller, konkreter und aussagekräftiger Anhaltspunkte zu ermitteln (§ 1901a Abs. 2 S. 2 BGB)²⁴⁴ und mit der anstehenden Behandlungssituation zu vergleichen. Bei der Ergründung des mutmaßlichen Willens sind gemäß § 1901a Abs. 2 S. 3 BGB insbesondere frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen, ethische oder religiöse Überzeugungen sowie sonstige persönliche Wertvorstellungen des Betroffenen zu berücksichtigen. Damit ist nunmehr gesetzlich normiert, dass es nicht auf allgemeine Wertvorstellungen ankommen kann, mithin objektive Kriterien nicht bei der Entscheidungsfindung heranzuziehen sind. Vielmehr ist auf den konkreten Einzelfall und die individuellen Lebenseinstellungen abzustellen und auf dieser Basis dann die Zulässigkeit der konkreten Behandlung zu beurteilen.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofes hatte in seinem Urteil vom 13.09.1994²⁴⁵ zusätzlich zu den in § 1901a Abs. 2 S. 3 BGB genannten Kriterien noch als Entscheidungsmaßstab die altersbedingte Lebenserwartung des Patienten sowie das Erleiden von Schmerzen aufgeführt. Diese Kriterien wurden jedoch in der gesetzlichen Neuregelung nicht mit aufgenommen. So sei das Schmerzempfinden eines Patienten derart subjektiv, dass es durch ei-

²⁴² Renner, in: Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, Rz. 785.

²⁴³ BT-Drs. 16/13314, S. 20.

²⁴⁴ BT-Drs. 16/8442, S. 35.

²⁴⁵ BGH, NJW 1995, 204 (205).

nen außen stehenden Dritten schwerlich beurteilt werden könne²⁴⁶ und damit für die Ermittlung des mutmaßlichen Willens ungeeignet ist. Auch die altersbedingte Lebenserwartung hilft bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens meines Erachtens nicht weiter. So kann dem Patienten wohl kaum unterstellt werden, er sei mit einem Behandlungsabbruch einverstanden, nur weil er auf ein langes erfülltes Leben zurückblicken könne. Daher ist auch dieses Kriterium zu Recht weggefallen.

Insbesondere bei schriftlich vorhandenen Behandlungswünschen des Betroffenen, die meist nur allgemeine Behandlungsziele formulieren, wird eine Auslegung dieser zumeist unumgänglich sein, um sie mit der tatsächlich eingetretenen Behandlungssituation zu vergleichen und abschätzen zu können, inwieweit die schriftlich niedergelegten Wünsche auf diese zu übertragen sind. Dabei wird der Vertreter den wahren Willen des Patienten gemäß § 133 BGB zu ergründen versuchen und herauszufinden haben, ob die Wünsche des Betroffenen auch die tatsächlich eingetretene Lage umfassen. Anderenfalls wäre der Vertreter nicht verpflichtet, diese zu verwirklichen.

Bei der Ermittlung dieser und auch des mutmaßlichen Willens werden insbesondere die Aussagen von nahen Angehörigen und sonstigen Vertrauenspersonen des Betroffenen sehr hilfreich sein. Daher ist hier der Vorschrift des § 1901b Abs. 2 BGB eine noch höhere Bedeutung beizumessen als im Falle des Vorhandenseins einer wirksamen Patientenverfügung. Namentlich ein gerichtlich bestellter Betreuer, der bisher wenig Kontakt zum Betroffenen gehabt hat und deshalb dessen Einstellung zu Leben und Sterben sowie seine persönlichen Wertvorstellungen nicht oder nur in geringem Maße kennt, wird auf die Aussagen des familiären Umfelds des Betroffenen bei seiner Entscheidungsfindung angewiesen sein²⁴⁷.

Fraglich ist nunmehr jedoch, inwieweit die Wohlschranke des § 1901 Abs. 3 S. 1 BGB zu berücksichtigen ist und zu einer Unbeachtlichkeit des Behandlungswunsches führen könnte. § 1901 Abs. 3 BGB bestimmt, dass der Betreuer grundsätzlich den Wünschen des Betreuten zu entsprechen hat. Jedoch gilt dies einschränkend nur, soweit der geäußerte Wunsch nicht dem Wohl des Betreuten zuwiderläuft und dem Betreuer zuzumuten ist.

Der Bundesgerichtshof führte dazu in seinem Urteil vom 22.07.2009²⁴⁸ aus, dass bislang in der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht geklärt sei, unter welchen Voraussetzungen

²⁴⁶ BT-Drs. 16/13314, S. 20.

²⁴⁷ Albrecht/Albrecht, Die Patientenverfügung, Rz. 54.

²⁴⁸ BGH, Urteil vom 22.07.2009, XII ZR 77/06, S. 10 ff.

sich der Betreuer in Fällen, in denen die Wünsche des Betreuten seinem objektiven Wohl widersprechen, über den Willen des Betreuten hinwegsetzen kann und muss.

Nach Auffassung des XII. Zivilsenats könne der Begriff des Wohles des Betreuten nicht losgelöst von seinen subjektiven Vorstellungen und Wünschen bestimmt werden. So gehöre gemäß § 1901 Abs. 2 S. 2 BGB zum Wohl des Betreuten auch die Möglichkeit, im Rahmen seiner Fähigkeiten sein Leben nach seinen eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten. Daher laufe ein Wunsch nicht bereits dann im Sinne des § 1901 Abs. 3 S. 1 BGB dem Wohl des Betreuten zuwider, wenn er dessen objektiven Interessen widerspreche. Vielmehr bestehe ein beachtlicher Gegensatz zwischen Wohl und Wille des Betreuten erst dann, wenn die Erfüllung der Wünsche höherrangige Rechtsgüter des Betreuten gefährden oder seine gesamte Lebens- und Versorgungssituation erheblich verschlechtern würde.

Ob dieser vom Bundesgerichtshof entwickelte letzte Grundsatz auf die hier in Rede stehende Sachlage angewandt werden kann, darf bezweifelt werden und ist meines Erachtens zu negieren.

Zunächst hatte sich der Bundesgerichtshof mit einem vermögensrechtlichen Sachverhalt auseinander zu setzen, der der hiesigen Problematik nicht annähernd gleicht. So ging es um die Frage, ob der Betreuer infolge einer Grundstücksveräußerung zum Schadensersatz verpflichtet sei. In seiner Begründung kann dem Bundesgerichtshof für die hier zu erörternde Sachlage dahingehend nicht gefolgt werden, als dass er den Schutz des Betreuten „vor sich selbst“ höher stellt als sein Recht auf Selbstbestimmung. Dies kann mit der gesetzlichen Neuregelung nicht in Einklang gebracht werden, die die Achtung des Selbstbestimmungsrechts als Kernanliegen sicherstellen will²⁴⁹. Zudem wäre die gesamte Vorschrift des § 1901a Abs. 2 BGB bis zur Bedeutungslosigkeit ausgehöhlt, wenn der Betreuer den Grenzen der objektiven Wohlschranke ausgesetzt wäre, da er dann dem Wunsch des Betreuten auf einen Behandlungsabbruch nie nachkommen könnte. Der gewünschte Behandlungsabbruch und der damit einhergehende Tod des Betroffenen ist das Höchstmaß an einer Gefährdung für den Betreuten und könnte dessen „objektiven Wohl“ wohl nie entsprechen.

Schließlich lässt sich anführen, dass schon in der Gesetzesbegründung²⁵⁰ zum Betreuungsgesetz (BtG) vom 12.09.1990 ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass der grundsätzliche Willensvorrang des Betreuten auch im Bereich der Heilbehandlung zu beachten sei. Dies habe zur Folge, dass der Betreuer den Wunsch eines nicht mehr einwilligungsfähigen

²⁴⁹ BT-Drs. 16/13314, S. 4.

²⁵⁰ BT-Drs. 11/4528 v. 11.05.1989, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige.

Patienten auch dann zu beachten habe, wenn dieser darauf gerichtet sei, in der letzten Lebensphase nicht sämtliche zur Verfügung stehenden lebensverlängernden medizinischen Möglichkeiten einzusetzen²⁵¹.

c) Verwirklichung des festgestellten Patientenwillens

Hat der Vertreter den mutmaßlichen Willen bzw. den Behandlungswunsch des Betroffenen feststellen können, ist dieser für den Vertreter genauso verbindlich wie der nach §1901a Abs. 1 BGB festgestellte Patientenwille²⁵². Dem Vertreter ist es wie bei Vorhandensein einer wirksamen Patientenverfügung untersagt, eigene Wertvorstellungen an die Stelle derer des Patienten zu setzen. Er würde pflichtwidrig handeln, wenn er sich über die festgestellten Wünsche des Patienten hinweg setzt.

Im Unterschied zu einer wirksamen Patientenverfügung hat nunmehr der Stellvertreter jedoch eine eigene Entscheidung über die Einwilligung in die indizierte Behandlungsmaßnahme zu treffen (§ 1901a Abs. 2 S. 1 BGB).

d) Mutmaßlicher Wille nicht feststellbar

Trotz der in § 1901a Abs. 2 S. 3 BGB aufgestellten Kriterien zur Ermittlung des mutmaßlichen Willens des Betroffenen wird ein solcher im Hinblick auf die angebotene medizinische Maßnahme oftmals nicht zweifelsfrei feststellbar sein. Fraglich ist nunmehr, ob die indizierte Behandlung dann durchzuführen ist und wenn ja, was die Rechtsgrundlage hierfür ist.

Diesen Streit hat der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung nunmehr dahingehend beendet, als dass er auf den Grundsatz „in dubio pro vita“ abstellt. So gebiete es das hohe Rechtsgut auf Leben, entsprechend dem Wohl des Betreuten zu entscheiden und dabei dem Schutz seines Lebens Vorrang einzuräumen²⁵³.

Jedoch bleibt meines Erachtens fraglich, ob der Lebensvorrang gerade im Hinblick auf ein möglicherweise jahrelanges Siechtum ohne Aussicht auf Besserung, aber bei stabilem Zustand dem Wohl des Betroffenen in jedem Falle entsprechen kann. Ob damit in jedem Falle auf die staatliche Verpflichtung zum Lebensschutz rekuriert werden muss, dazu hat der Gesetzgeber nicht ausreichend Position bezogen.

²⁵¹ BT-Drs. 11/4528, S. 142.

²⁵² Albrecht/Albrecht, Die Patientenverfügung, Rz. 146.

²⁵³ BT-Drs. 16/8442, S. 36.

Letztendlich verdeutlicht auch dies einmal mehr die herausragende Bedeutung einer Vorsorgeregung für das Lebensende.

V. Das betreuungsgerichtliche Genehmigungserfordernis

1. Notwendigkeit einer gerichtlichen Genehmigung

Durch die gesetzliche Neuregelung wurde auch die Vorschrift über die Notwendigkeit einer nunmehr betreuungsgerichtlichen Genehmigung erweitert. Mit Inkrafttreten des FamFG am 01.09.2009 ist das Vormundschaftsgericht insoweit durch das Betreuungsgericht ersetzt worden.

Der in Rechtsprechung und Literatur jahrelang geführte Streit um die analoge Anwendung des § 1904 Abs. 1 BGB auf den Behandlungsabbruch wurde durch die Neufassung des § 1904 BGB endgültig beigelegt. In § 1904 Abs. 2 BGB ist nunmehr gesetzlich normiert, dass die Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung des Betreuers in eine ärztliche Maßnahme grundsätzlich der Genehmigung des Betreuungsgerichts bedarf, wenn 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. Ob eine derartige Gefahr besteht, beurteilt sich nach den gleichen Maßstäben wie im Falle des § 1904 Abs. 1 BGB²⁵⁴. Dies wird bei einem Behandlungsabbruch, der zumeist mit einem für den Patienten letalen Ausgang verbunden ist, regelmäßig bejaht werden können.

Die betreuungsgerichtliche Genehmigung ist jedoch nur dann erforderlich, wenn die Maßnahme medizinisch noch angezeigt ist, mithin eine Indikation vorliegt. Dies spiegelt abermals den Vorrang der ärztlichen Indikation wider, die allein der behandelnde Arzt zu bestimmen hat und ohne die ein Vertreter ohnehin nicht zur Entscheidung berufen sein kann, ob er in eine Behandlungsmaßnahme einwilligt oder diese untersagt. Demzufolge braucht es bei Fehlen einer Indikation auch nicht einer Einschaltung des Betreuungsgerichts, das sich mit diesen Fragen nicht zu befassen hat. Vielmehr hat sich das Betreuungsgericht bei seiner Entscheidung gemäß § 1904 Abs. 3 BGB allein nach dem Patientenwillen zu richten.

²⁵⁴ BT-Drs. 16/8442, S. 43.

Die Vorschrift des § 1904 Abs. 1 BGB wurde inhaltlich nicht geändert, so dass der Betreuer einer nunmehr betreuungsgerichtlichen Genehmigung dann bedarf, wenn er seine Einwilligung in besonders riskante ärztliche Maßnahmen erteilen möchte. Eine Besonderheit besteht jedoch im Gegensatz zu § 1904 Abs. 2 BGB, denn so bestimmt § 1904 Abs. 1 S. 2 BGB, dass bei besonders eilbedürftigen Entscheidungen der Betreuer auch ohne gerichtliche Genehmigung die Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme erteilen kann, wenn andernfalls mit dem Aufschub der Maßnahme Gefahr verbunden wäre. Eine vergleichbare Regelung findet sich in § 1904 Abs. 2 BGB nicht. Demzufolge muss bei einer Nichteinwilligung bzw. einem Widerruf einer vormals erteilten Einwilligung in eine indizierte Maßnahme in jedem Falle eine Vorgehen Genehmigung eingeholt werden. Es fehlt hier an einer gesetzlich angeordneten Eilkompetenz des Vertreters. Dies ist durchaus sinnvoll, da es sich bei einem Behandlungsabbruch zumeist um eine folgenschwere Entscheidung handelt, die in der Regel nicht reversibel sein wird.

Das Gesetz gibt jedoch eine bedeutende Einschränkung der grundsätzlichen Genehmigungsbedürftigkeit in § 1904 Abs. 4 BGB. Danach ist eine gerichtliche Genehmigung nach § 1904 Abs. 1 und 2 BGB nicht erforderlich, wenn zwischen dem Betreuer und dem behandelnden Arzt Einvernehmen darüber besteht, dass die Erteilung, die Nichterteilung oder der Widerruf der Einwilligung dem nach § 1901a BGB festgestellten Willen des Betreuten entspricht.

Liegt also eine wirksame Patientenverfügung oder ein nachweisbarer Behandlungswunsch vor, dann bedarf es keiner betreuungsgerichtlichen Genehmigung, wenn sich Arzt und Vertreter über die Wirksamkeit und Anwendbarkeit einig sind.

Damit schließt sich der Gesetzgeber der Auffassung des XII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes vom 17.03.2003 an, wonach der Betreuer einer gerichtlichen Genehmigung nur im Konfliktfall bedarf, wenn sich Arzt und Betreuer nicht auf eine einvernehmliche Interpretation des erklärten Willens des Patienten im Hinblick auf die medizinische Maßnahme einigen konnten. So diene die Einschaltung des Betreuungsgerichts bei unterschiedlichen Auffassungen oder bei Zweifeln zwischen Arzt und Betreuer über den Behandlungswillen des Betroffenen zum Schutze des Betreuten der Kontrolle, ob die getroffene Entscheidung tatsächlich dem Patientenwillen entspricht²⁵⁵. Wenn jedoch der behandelnde Arzt und der Betreuer keine unterschiedlichen Auffassungen oder Zweifel am Behandlungswillen des Patienten haben, bedarf es dieses Schutzes des Betroffenen nicht und die Einschaltung des

²⁵⁵ BT-Drs. 16/8442, S. 43.

Betreuungsgerichts sei dann nicht geboten. Durch das Einvernehmen zwischen beiden Seiten werde bereits hinreichend eine wechselseitige Kontrolle der Entscheidungsfindung gesichert²⁵⁶. Die zudem oftmals angeführte Missbrauchsgefahr durch ein kollusives Zusammenwirken von Arzt und Betreuer²⁵⁷ entbehre dabei jeglicher Grundlage²⁵⁸.

So muss sich meines Erachtens vor Augen geführt werden: Die einzige Alternative wäre doch nur das Statuieren eines generellen Genehmigungserfordernisses. Dies würde jedoch zu einer regelrechten „Bürokratisierung“ am Lebensende führen, die oftmals zu keinen neuen Ergebnissen führen könnte. Letztendlich ist auch das Betreuungsgericht in hohem Maße auf die Aussagen des Arztes und des Vertreters des Betroffenen angewiesen. Zudem wird das gerichtliche Verfahren einige Zeit in Anspruch nehmen, schon allein, um den geforderten Verfahrensgrundsätzen gerecht zu werden. Dies alles würde wahrscheinlich von zahlreichen Menschen als Einschränkung ihres Selbstbestimmungsrechts empfunden werden, wenn aus ihrer Perspektive betrachtet doch immer ein Gericht an letzter Stelle „entscheiden“ würde.

Auch betont die Gesetzesbegründung zu Recht, dass jeder Dritte, sei es ein Angehöriger des Betroffenen, Krankenpfleger oder enger Freund, jederzeit bei Verdacht eines Missbrauchs das Betreuungsgericht einschalten kann und dieses bereits infolge des Amtsermittlungsgrundsatzes (§ 26 FamFG) verpflichtet wäre, einer derartigen Vermutung nachzugehen²⁵⁹. Darüber hinaus würden sich der Arzt und der Vertreter sogar der strafrechtlichen Verantwortung für ihr Handeln ausgesetzt sehen, wenn sie ihre Macht zu Lasten des Patienten missbrauchen würden. Damit kann meines Erachtens in ausreichendem Maße einer fiktiven Missbrauchsgefahr durch präventive Vorkehrungen entgegengewirkt werden.

Durch das notwendige Genehmigungserfordernis bei unterschiedlicher Auffassung zwischen Arzt und Betreuer über den Patientenwillen wird zudem die zunächst unterschätzte Stellung des Arztes deutlich. Geht das Gesetz in § 1901a Abs. 1 und 2 BGB noch davon aus, dass allein der Betreuer den Patientenwillen zu ermitteln hat und der Arzt gem. § 1901b Abs. 1 S. 1 BGB für die Stellung einer Indikation zuständig ist, so verlagert sich diese scheinbar eindeutige „Aufgabenzuweisung“ doch in § 1904 Abs. 4 BGB. Der Arzt kann nämlich eine betreuungsgerichtliche Kontrolle herbeiführen, wenn er den Patientenwillen

²⁵⁶ BT-Drs. 16/8442, S. 44.

²⁵⁷ Spickhoff, FamRZ 2009, 1949 (1957); Wagenitz, FamRZ 2005, 669 (672).

²⁵⁸ BT-Drs. 16/8442, S. 44.

²⁵⁹ BT-Drs. 16/8442, S. 44.

anders als der Betreuer interpretiert hat, indem er den vom Betreuer festgestellten Patientenwillen dissentiert.

2. Genehmigungserfordernis auch bei Vorhandensein einer wirksamen Patientenverfügung?

Die Regelungen in § 1904 Abs. 1 und 2 BGB führen ausdrücklich den Fall einer eigenen Entscheidung des Vertreters über die Durchführung einer ärztlichen Maßnahme an. Was gilt jedoch, wenn aus der Sicht des Betreuers eine wirksame Patientenverfügung vorliegt, die zudem die aktuelle Behandlungssituation umfasst?

Wie bereits erörtert, entfaltet diese nach Auffassung des Gesetzgebers eine unmittelbare Bindungswirkung gegenüber dem Vertreter, so dass es einer eigenen Entscheidung des Vertreters über die Zulässigkeit der Behandlungsmaßnahme gerade nicht mehr bedarf.

Die gerichtliche Genehmigung knüpft jedoch immer an eine Erklärung des gesetzlichen Vertreters an und nicht an eine Erklärung des Vertretenen selbst. Damit bestünde bei Vorhandensein einer Vorauserklärung, die eine vorweggenommene Entscheidung über die Einwilligung in eine bestimmte medizinische Maßnahme enthält, eigentlich kein Raum für ein gerichtliches Genehmigungserfordernis.

Jedoch kann der behandelnde Arzt in diesem Falle die Wirksamkeit der Patientenverfügung an sich in Abrede stellen oder deren Anwendbarkeit auf die aktuelle Behandlungssituation. Bei Unwirksamkeit der Patientenverfügung oder deren Nichtanwendbarkeit könnte diese keine Bindungswirkung entfalten und es käme auf die Einwilligung des Vertreters an. Demzufolge bestünde wiederum ein Dissens zwischen Arzt und Betreuer über den Patientenwillen, so dass der Weg für ein betreuungsgerichtliches Genehmigungsverfahren eröffnet wäre.

3. Genehmigungsverfahren

Sachlich ist gemäß §§ 23a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1, 23c Abs. 1 GVG i. V. m. § 271 Nr. 3 FamFG das Amtsgericht als Betreuungsgericht zuständig. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach § 272 Abs. 1 Nr. 1 FamFG. Danach ist das Gericht zuständig, bei dem die Betreuung anhängig ist. Ist eine Betreuung bisweilen nicht eingerichtet, so ist gemäß § 272 Abs. 1 Nr. 2 FamFG das Gericht zuständig, in dessen Bezirk der Betroffene seinen gewöhn-

lichen Aufenthalt hat. Funktionell entscheidet der Richter gemäß § 3 Nr. 2b RPflG i. V. m. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 RPflG.

Mit dem 3. BtÄndG wurden auch verfahrensrechtliche Aspekte für den Behandlungsabbruch in das seit dem 01.09.2009 in Kraft getretene FamFG aufgenommen.

Die Vorschrift des § 298 Abs. 1 FamFG, die im Falle des § 1904 Abs. 1 BGB Anwendung findet, ist dabei gleich „geblieben“ wie ursprünglich gefasst und bestimmt, dass vor einer gerichtlichen Genehmigung der Betroffene persönlich anzuhören ist (§ 298 Abs. 1 S. 1 FamFG). Eine Ausnahme der persönlichen Anhörungspflicht ist nur unter den Voraussetzungen des § 34 Abs. 2 FamFG gegeben, mithin wenn der Betroffene offensichtlich nicht in der Lage ist, seinen Willen kundzutun oder wenn von der Anhörung erhebliche Nachteile für die Gesundheit des Betroffenen zu besorgen wären. Daneben soll das Gericht gemäß § 298 Abs. 1 S. 2 FamFG die sonstigen Beteiligten anhören. Zudem kann der Betreute verlangen, dass das Betreuungsgericht eine ihm nahe stehende Person anzuhören hat, wenn dies ohne erhebliche Verzögerung möglich ist.

Im Falle des Behandlungsabbruchs gemäß § 1904 Abs. 2 BGB sind die Anhörungspflichten des Gerichts vor einer Entscheidung jedoch anders ausgestaltet worden. So soll das Gericht gemäß § 298 Abs. 2 FamFG vor der Genehmigung lediglich die sonstigen Beteiligten anhören. Damit sind sicherlich die nach § 1901b Abs. 2 BGB genannten Personen gemeint. Dies kann durchaus auch schriftlich erfolgen, da eine persönliche Anhörung nicht vorgeschrieben ist. Eine Pflicht zur vorherigen Anhörung des Patienten besteht jedoch ausdrücklich nicht. Jenes ist wahrscheinlich damit zu begründen, dass der nicht einwilligungsfähige Betroffene in der Regel nicht ansprechbar und damit auch nicht anhörungsfähig sein wird. Der Gesetzgeber hätte aber meines Erachtens dennoch – wie es bei der Bestellung eines Betreuers gemäß § 278 Abs. 1 S. 2 FamFG zwingend vorgeschrieben ist – anordnen können und sollen, dass das Betreuungsgericht sich vor einer Genehmigung zumindest einen persönlichen Eindruck von dem Betroffenen zu verschaffen hat, um nicht nur allein nach „Aktenlage“ zu entscheiden, sondern den Betroffenen wenigstens einmal zuvor gesehen zu haben. Die Gesetzesbegründung ging insofern noch davon aus, dass sich ein solches Erfordernis aus § 69 d Abs. 1 S. 2 FGG ergebe²⁶⁰. Mit der Einführung des FamFG ist dies jedoch offensichtlich untergegangen, jedenfalls kann dem jetzigen § 298 FamFG eine solche Regelung meines Erachtens nicht entnommen werden. Sollte der Betroffene entgegen der gesetzlichen Vorstellung im Einzelfall doch noch kommunikationsfähig sein, sei es auch nur durch ein

²⁶⁰ BT-Drs. 16/8442, S. 45.

Blinzeln, dann hätte das Gericht diesen ohnehin anzuhören, da es anderenfalls seiner Aufgabe als staatliches Wächteramt nicht genügend nachkommen würde²⁶¹.

In § 298 Abs.3 FamFG ordnet der Gesetzgeber zu Recht im Falle des § 1904 Abs. 2 BGB die stets notwendige Bestellung eines Verfahrenspflegers (§276 Abs. 1 FamFG) an, um die Rechte des Betroffenen auch während des gerichtlichen Verfahrens zu schützen (vgl. C. IV. 3., S. 51f.).

Darüber hinaus ist vor der gerichtlichen Genehmigung gemäß § 298 Abs. 4 FamFG ein Sachverständigengutachten einzuholen, wobei der Sachverständige nicht personengleich mit dem behandelnden Arzt sein soll, um eine weitere neutrale Meinung mit bei der Entscheidungsfindung berücksichtigen zu können.

Bei seiner Entscheidung hat sich das Gericht ausschließlich an dem festzustellenden Patientenwillen zu orientieren. So bestimmt § 1904 Abs. 3 BGB, dass die Genehmigung für die Einwilligung und die Nichteinwilligung gleichermaßen zu erteilen ist, wenn dies dem tatsächlichen Willen des Betreuten entspricht. Ein Ermessen steht dem Betreuungsgericht bei seiner Entscheidung nicht zu. Das Wohl des Patienten kann damit bei der Feststellung keinerlei Berücksichtigung finden. Dies verdeutlicht zugleich, dass die Auffassung des Bundesgerichtshofes in dem Bereich der Vermögenssorge²⁶², für die hier maßgebliche Gesundheitsvorsorge keine Rolle spielen kann.

Das Gericht hat seine Entscheidung in Form eines Beschlusses gemäß § 38 Abs. 1 FamFG zu treffen. Der Beschluss hat gemäß § 39 FamFG eine Rechtsbehelfsbelehrung zu enthalten. Statthaftes Rechtsmittel ist gemäß § 58 Abs. 1 FamFG die Beschwerde, die binnen einer Frist von einem Monat gemäß § 63 Abs. 1 FamFG bei dem Betreuungsgericht, dessen Beschluss angefochten werden soll, einzulegen ist.

Grundsätzlich werden die Beschlüsse in Betreuungssachen gemäß § 287 Abs. 1 FamFG mit der Bekanntgabe an den Betreuer wirksam. Im Falle des § 1904 Abs. 2 BGB bestimmt jedoch die Vorschrift des § 287 Abs. 3 FamFG, dass die erteilte Genehmigung der Nichteinwilligung oder des Widerrufs erst zwei Wochen nach Bekanntgabe an den Vertreter sowie an den Verfahrenspfleger wirksam wird. Dies sollte in der Entscheidung mit ausgesprochen werden, auch wenn es gesetzlich nicht vorgeschrieben ist. Da die zur Durchführung eines Behandlungsabbruchs gebotenen ärztlichen Handlungen in der Regel nicht reversibel sein

²⁶¹ so auch Spickhoff, FamRZ 2009, 1949 (1956).

²⁶² BGH, Urteil vom 22.07.2009, XII ZR 77/06.

werden, könne nur so ein effektiver Rechtsschutz für alle Beteiligten gewährt werden²⁶³. Diese Regelung ist ausdrücklich zu begrüßen, denn nur so kann gegen die Entscheidung die sinnvolle Einlegung eines Rechtsmittels gewahrt werden. Damit kann aber meines Erachtens auch nie von der Regelung des § 287 Abs. 2 S. 1 FamFG Gebrauch gemacht werden, wonach das Betreuungsgericht in bestimmten Ausnahmefällen die sofortige Wirksamkeit des Beschlusses anordnen kann.

4. Rechtliche Stellung des Bevollmächtigten

Der Bevollmächtigte bedarf gemäß § 1904 Abs. 5 BGB nach denselben Grundsätzen wie ein gerichtlich bestellter Betreuer der betreuungsgerichtlichen Genehmigung. Damit wird ein Gleichlauf zwischen Betreuer und dem Bevollmächtigten hergestellt. Die früher vertretene Auffassung, wonach der Betreuer einer stärkeren Kontrolle als der Bevollmächtigte unterliegen müsste, da er seine Rechtsmacht durch einen staatlichen Hoheitsakt erlangt und nicht von einer privatautonome Entscheidung ableitet, hat sich damit nicht durchgesetzt.

Eine Besonderheit ergibt sich jedoch aus § 1904 Abs. 5 S. 2 BGB. Diese Vorschrift ordnet an, dass der Bevollmächtigte nur dann zu einer Entscheidung über die Zulässigkeit einer medizinischen Maßnahme berufen ist, wenn die zugrunde liegende Vollmacht schriftlich erteilt ist und die in Rede stehenden medizinischen Maßnahmen ausdrücklich umfasst. Damit wird die schon nach dem bisherigen Recht für § 1904 Abs. 1 BGB ausschlaggebende Warnfunktion weiter ausgedehnt, denn so soll sich der Vollmachtgeber über die mit der Vollmacht zusammenhängenden weitreichenden Folgen in dem sonst höchstpersönlichen Bereich im Klaren sein und sich diese schriftlich vor Augen führen. Ausreichend wird dabei sicherlich die Bezugnahme auf die errichtete Patientenverfügung sein, damit der Bevollmächtigte über die Maßnahmen des § 1904 Abs.1 und 2 BGB eine Entscheidung zu treffen berechtigt ist²⁶⁴.

²⁶³ BT-Drs. 16/8442, S. 46.

²⁶⁴ so auch Diehn/Rebhan, NJW 2010, 326 (330).

E. Fazit/ Ausblick

In einer Pressemitteilung des BMJ vom 18.06.2009 äußerte sich die Bundesjustizministerin Brigitte Zypries zu der verabschiedeten gesetzlichen Neuregelung: „Endlich gibt es mehr Rechtsklarheit und Rechtssicherheit im Umgang mit Patientenverfügungen. Vor allem die über acht Millionen Menschen, die bereits eine Patientenverfügung haben, können sich in Zukunft darauf verlassen, dass ihr Selbstbestimmungsrecht gerade in einer Phase schwerer Krankheit beachtet wird.“

Ob diese gesetzgeberische Intention tatsächlich mit der Praxis übereinstimmen wird, bleibt abzuwarten und darf bereits in Zweifel gezogen werden.

Vor dem Hintergrund der bisher unklaren und vielfach kontrovers diskutierten Rechtslage sind die gesetzlichen Regelungen dahingehend zu begrüßen, dass sie hinsichtlich der Wirksamkeitsvoraussetzungen, der Reichweite, des Verfahrens zur Ermittlung des Patientenwillens und der gerichtlichen Kontrolle Klarstellung bieten. Insoweit ist auch der langjährige Streit um die Frage der Reichweite einer Patientenverfügung sowie der Notwendigkeit einer gerichtlichen Genehmigung nunmehr beigelegt worden. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber in §§ 1901a, 1901b BGB ein fein abgestimmtes System entwickelt, um für die Ermittlung des Patientenwillens zu einer höheren Richtigkeitsgewähr zu gelangen. Durch den Dialog zwischen Arzt und Vertreter wird gleichzeitig die gegenseitige Kontrolle gewährleistet und damit zu einer Verringerung der Missbrauchsgefahr beigetragen. Zudem wird die rechtliche Stellung des Betreuers bzw. des Bevollmächtigten erheblich aufgewertet.

Jedoch deutet sich bereits ein zentraler Konflikt an: Entfaltet die wirksame Patientenverfügung auch verbindliche Außenwirkung gegenüber dem Arzt und dem Pflegepersonal? Kann der Arzt eine nach seiner Auffassung wirksame Patientenverfügung, die zudem die aktuelle Behandlungs- und Lebenssituation umfasst, sofort umsetzen oder muss er in jedem Falle ein gerichtliches Verfahren zur Bestellung eines gesetzlichen Vertreters anregen, wenn keine Vorsorgevollmacht von dem Betroffenen erteilt wurde? Meines Erachtens wird man die gesetzliche Neuregelung dahingehend verstehen müssen, dass zur Umsetzung des vorab verfügt Patientenwillens stets die Mitwirkung eines Vertreters erforderlich ist. Dafür spricht neben dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes nicht zuletzt auch die Verankerung des Rechtsinstituts der Patientenverfügung innerhalb des Betreuungsrechts. Hier wird wahrscheinlich einmal mehr die Judikative gefordert werden, eine mit dem Gesetz zu vereinbarende abschließende Lösung zu finden.

Darüber hinaus wird eine neue Diskussion über das Bestimmtheitserfordernis des § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB entbrennen. Muss der Betroffene vorab „seine eigene Biographie als Patient voraussehen“²⁶⁵ und die zukünftige medizinische Behandlung begrifflich genau treffen, um sich mit seiner Vorauserklärung im Anwendungsbereich des § 1901a Abs. 1 BGB zu befinden? Hier hätte der Gesetzgeber in seiner Gesetzesbegründung eindeutiger Position beziehen müssen, was der Anforderung in § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB genügt und wo die Grenze zu ziehen ist.

Zudem ist zu kritisieren, dass sich der Gesetzgeber nicht mit den unmittelbar in Zusammenhang mit einer Patientenverfügung stehenden strafrechtlichen Aspekten auseinandergesetzt hat, sondern auch die Gesetzesbegründung auf eine rein zivilrechtliche Betrachtung beschränkt. So stellt sich doch gerade bei Behandlungen am Lebensende die Frage, wann die hauchdünne Grenze zum strafrechtlichen Verbot des § 216 StGB überschritten wurde und der Vertreter respektive der behandelnde Arzt sich strafrechtlichen Konsequenzen stellen müssen, wenn sie den Patientenwillen im Einzelfall falsch interpretiert haben. Ob ein betreuungsgerichtliches Genehmigungserfordernis ausreichenden Schutz bieten kann und die Strafgerichte in ihrer ex-post Beurteilung an die Genehmigung gebunden wären, kann nicht mit Sicherheit beantwortet werden.

Schließlich hätte der Gesetzgeber durchaus auch Überlegungen zu einer zentralen Registrierung von abgefassten Patientenverfügungen anstellen können. Dies könnte die Arbeit der Ärzte sowie die Umsetzung des Patientenwillens erleichtern, denn allein die Errichtung einer Patientenverfügung bietet noch keine Gewähr dafür, dass sie den behandelnden Ärzten auch bekannt wird. Hier böte sich ähnlich der zentralen Testamentskartei eine zentrale Registrierungsstelle an, die den Ärzten bei Nachfrage entsprechende Auskunft zu erteilen hätte, ob der Betroffene eine Patientenverfügung hat registrieren lassen. So existiert in Berlin bereits das „Berliner Patiententestamentsregister“ (BPTR) – allerdings eine private Einrichtung - das sich um die Verwahrung, die Pflege bei Änderungen in der Rechtsprechung, die Zustellung an den Arzt bei Eintritt der beschriebenen Situation und ggf. um die Durchsetzung kümmert. Ob eine zentrale Registrierung insbesondere im Hinblick auf den jederzeit formfrei möglichen Widerruf einer Patientenverfügung in jedem Falle sinnvoll erscheint oder letztendlich doch auch einen zu hohen (organisatorischen) Aufwand bedeuten würde, kann hier offen bleiben.

²⁶⁵ Palandt/Diederichsen, §1901a Rz. 18.

Letztendlich bestehen nach wie vor, trotz Einführung des Dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts, viele Unsicherheiten im Umgang mit Patientenverfügungen, die diese Thematik noch lange nicht ausdiskutiert erscheinen lassen und die Praxis vor neue Herausforderungen stellen werden.

Impressum

Herausgeber
Dekan des Fachbereichs Rechtspflege

ISBN
978-3-940056-59-7

Auflage
50

Druck
HWR Berlin

Berlin Juni 2010