



Hochschule für  
Wirtschaft und Recht Berlin  
Berlin School of Economics and Law

Fachbereich Rechtspflege

# Bindungswirkung der Patientenverfügung bei Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen §§ 1901 a, 1904 BGB

Stefanie Horn

Dagmar Zorn (Hrsg.)

Beiträge aus dem Fachbereich Rechtspflege

Nr. 01/2012

Herausgeber: Dekan Fachbereich Rechtspflege

# Bindungswirkung der Patientenverfügung bei Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen

§§ 1901 a, 1904 BGB

## Diplomarbeit

an der Hochschule für Wirtschaft und Recht in Berlin

Fachbereich Rechtspflege

### Betreuungsrecht

vorgelegt von: Stefanie Horn

Einstellungsjahr 2008

Prüfungsjahr 2011

Erstkorrektorin: Diplom-Rechtspflegerin Dagmar Zorn

Zweitkorrektorin: Professorin Susanne Sonnenfeld

vorgelegt am: 31.03.2012

## Inhaltverzeichnis

A Einleitung .....	4
B Zivilrechtliche Grundlagen .....	6
I. Eröffnung eines neuen Kommunikationsweges .....	6
II. Rückblick.....	7
1. Kemptener Entscheidung.....	8
2. Lübecker Entscheidung .....	11
3. Traunsteiner Entscheidung .....	13
III. Drittes Betreuungsrechtsänderungsgesetz.....	16
1. Ausgangslage – Probleme der alten Rechtslage.....	16
a) Verschwommene Grenzen der zulässigen Sterbehilfe .....	16
b) Wunsch nach Verbindlichkeit von Willensbekundungen.....	17
2. Verfassungsrechtliche Vorgaben .....	18
3. Eingereichte Gesetzesentwürfe .....	20
a) Gesetzesentwurf des Abgeordneten Bosbach.....	21
b) Gesetzesentwurf des Abgeordneten Zöller .....	22
c) Gesetzesentwurf des Abgeordneten Stünker .....	23
4. Aktuelle Rechtslage .....	24
a) Reichweitenbegrenzung der Verfügung .....	25
b) Errichtungsvoraussetzungen für die Patientenverfügung .....	27
aa) Wirksamkeitsvoraussetzungen .....	27
bb) Keine Wirksamkeitsvoraussetzungen .....	30
cc) Folgen bei Fehlen von Wirksamkeitsvoraussetzungen.....	31
c) Bindungswirkung der Patientenverfügung .....	32
aa) Übereinstimmung mit konkreter Lebens- und Behandlungssituation...33	
bb) Die Rolle des Betreuers/Bevollmächtigten.....	34
cc) Adressat der Patientenverfügung.....	36
dd) Natürlicher Wille und Umsetzung der Patientenverfügung .....	38
d) Widerruf der Patientenverfügung.....	38
e) Genehmigungserfordernis.....	39
aa) Voraussetzungen der Genehmigungspflicht gem. § 1904 (2) BGB .....	40
bb) Ausnahme vom Genehmigungserfordernis gem. § 1904 (4) BGB .....	42
cc) Erforderlichkeit der Betreuerbestellung .....	45
IV. Auswertung der gesammelten Erkenntnisse .....	48
1. Fehlende Festlegung des Bestimmtheitsgrades.....	48
2. Notwendigkeit der Bestellung Betreuer .....	50
3. Genehmigungspflicht im Falle des §1901a (1) BGB.....	50

C Fazit.....51

## A Einleitung

Das Selbstbestimmungsrecht des Menschen und das Recht auf körperliche Unversehrtheit sind gem. Art. 1 und 2 GG verfassungsrechtlich verankert und demnach staatlich zu gewährleisten. Die Freiheit, selbst Entscheidungen treffen zu können, ist ein überaus hohes Gut, welches es zu schützen gilt. Dem Menschen ist sein Wille auch dann zu lassen, wenn dieser unsinnig und wenig nachvollziehbar erscheint.

### **„Des Menschen Wille ist sein Himmelreich“<sup>1</sup>**

Der Ruf nach einem selbstbestimmten und menschenwürdigen Leben bis zuletzt wurde im Laufe der Menschheitsgeschichte immer lauter.<sup>2</sup> Dies ist auf viele unterschiedliche Faktoren zurückzuführen. Eine ausschlaggebende Größe stellt der technische Fortschritt dar, der in verschiedenen Bereichen die Lebensqualität des Menschen enorm verbesserte.

Der medizinische Fortschritt hat die Möglichkeit eröffnet, das menschliche Leben mit Hilfe von erstaunlichem technischen Aufwand auch bei schwersten Krankheiten bis in ein hohes Alter zu verlängern.<sup>3</sup> Lag die durchschnittliche Lebenserwartung im Jahre 1865 für Männer noch bei 34 Jahren und für Frauen bei 37 Jahren,<sup>4</sup> hat sich diese bis 2007 mit 76,9 Jahren für Männer und 82,3 Jahren für Frauen<sup>5</sup> bereits mehr als verdoppelt.

Diese Entwicklung ist der modernen Medizin und dem technischen Fortschritt geschuldet. So kann jahrelang durch modernste „Apparatemedizin“ ein Leben aufrechterhalten werden, auch wenn der menschliche Körper selbstständig nicht mehr lebensfähig wäre.<sup>6</sup> Diese Entwicklung schürt bei vielen Menschen die Angst,

---

<sup>1</sup> Karl May in: Schacht und Hütte. Blätter zur Unterhaltung und Belehrung für Berg- Hütten- und Maschinenarbeiter. 1. Jg. Nr. 4. S. 31. – Dresden: H.G. Münchmeyer (1875)

<sup>2</sup> Zwischenbericht der Enquete-Kommission vom 13.09.2004 (BT-Drucks. 15/3700 S. 5)

<sup>3</sup> Zimmermann, Rn. 376

<sup>4</sup> Ehmer, S. 34

<sup>5</sup> Pressemitteilung Nr. 304 des Statistischen Bundesamtes vom 22.08.2008, nachzulesen unter [www.destatistik.de](http://www.destatistik.de)

<sup>6</sup> Zimmermann, Rn. 376; Damrau/Zimmermann, § 1901a, Rn. 2, Uhlenbruck, NJW 1978, 566, 566

der Willkür der Ärzte und der Medizin hilflos ausgeliefert zu sein und ein nicht mehr lebenswertes Leben gegen den eigenen Willen weiterleben zu müssen.<sup>7</sup>

Angesichts der steigenden Zahlen der registrierten Patientenverfügungen war eine gesetzliche Normierung geboten.<sup>8</sup> Es sollte gewährleistet werden, dass Angehörige und Ärzte im Fall der Krankheit die getroffenen Anordnungen beachten. Dafür wurde das Institut der „Patientenverfügung“ geschaffen.<sup>9</sup> Das ist nach allgemeinem Verständnis eine individuelle schriftliche oder mündliche Willensäußerung eines entscheidungsfähigen Menschen zur zukünftigen Behandlung im Falle der eigenen Äußerungsunfähigkeit.<sup>10</sup>

Die vorliegende Diplomarbeit befasst sich mit der schrittweisen Entwicklung einer einst kaum befolgten Patientenanordnung<sup>11</sup> bis zur rechtlich verbindlichen Verfügung eines Einwilligungsunfähigen.

Mit der Einführung des „Dritte[n] Gesetz[es] zur Änderung des Betreuungsrechts“ sollte nunmehr der im Betreuungsrecht herrschende Grundsatz der Selbstbestimmung auch einwilligungsunfähiger Menschen bei allen medizinischen Behandlungen Beachtung finden.<sup>12</sup> Mit der neuen gesetzlichen Regelung zur Patientenverfügung sollte mehr Rechtssicherheit geschaffen und die Patientenautonomie gestärkt werden.<sup>13</sup>

Ob dieses Resultat tatsächlich erreicht wurde und welche Auswirkungen die Gesetzesänderung auf die Rechtspraxis hat, soll Inhalt meiner Diplomarbeit sein. Im Mittelpunkt steht dabei die zivilrechtliche Betrachtung der Patientenverfügung, wobei strafrechtliche Aspekte und Intentionen nicht komplett ausgeblendet werden können. Es soll dabei speziell auf die Problematik des Behandlungsabbruchs lebenserhaltender Maßnahmen eingegangen und die Frage beantwortet werden, ob ein Patient mit einer Patientenverfügung verbindlich für das Ende seines Lebens vorsorgen kann.

---

<sup>7</sup> Zimmermann, Rn. 376; s.a. im Gesetzesentwurf des Abgeordneten Stünker (BT-Drucks. 16/8442 S. 7), Uhlenbruck, NJW 1978, 566, 566 f., Sternberg-Lieben, NJW 1985, 2734, 2734

<sup>8</sup> Albrecht/Albrecht, Rn. 2

<sup>9</sup> Zimmermann, Rn. 376; Olzen/Metzmacher, FPR 2010, 249,249; BT-Drucks. 16/8442 S. 7

<sup>10</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 5

<sup>11</sup> Albrecht/Albrecht, Rn. 8, Olzen/Metzmacher, FPR 2010, 249, 249

<sup>12</sup> Stellungnahme der Justizministerin Sabine Leutheusser-Schnarrenberger im Vorwort zur Broschüre „Patientenverfügung“, S. 4, herausgegeben durch das Bundesministerium der Justiz

<sup>13</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 7

## B Zivilrechtliche Grundlagen

### I. Eröffnung eines neuen Kommunikationsweges

Im Artikel 1 und 2 des Grundgesetzes sind das Selbstbestimmungsrecht sowie die körperliche Unversehrtheit des Menschen verankert.<sup>14</sup> Die Bürger fordern mehr Achtung ihres Selbstbestimmungsrechts bei medizinischen Behandlungen in allen Phasen ihres Lebens.<sup>15</sup> Die fehlende Gewissheit, ob im Vorfeld getroffene Entscheidungen auch ihre Umsetzung finden, führen zur Verunsicherung.<sup>16</sup> Sollte infolge eines Unfalls oder einer Erkrankung die Entscheidungsfähigkeit verloren gehen, bedarf es eines Kommunikationsweges, der es dem Einwilligungsunfähigen ermöglicht, weiterhin ein selbstbestimmtes Leben zu führen oder es gegebenenfalls auch zu beenden. Dem einwilligungsunfähigen Patienten soll hinsichtlich einer medizinischen Behandlung oder deren Abbruch ermöglicht werden, seinen Willen kundzutun.<sup>17</sup> Die Patientenverfügung könnte als Sprachrohr des Einwilligungsunfähigen dienen. Wer tatsächlich nicht mehr in der Lage ist, seine Wünsche zu äußern, dem stehe die Patientenverfügung als angemessener Kommunikationsweg offen.<sup>18</sup>

Obwohl nach inoffiziellen Schätzungen ungefähr 8 Millionen Deutsche eine Patientenverfügung errichtet haben, gab es bislang keine gesetzliche Regelung zum Umgang mit dieser im Rechtsverkehr.<sup>19</sup> Um den Patienten mehr Sicherheit zu geben, dass die getroffenen Verfügungen auch Beachtung finden, hat sich zunächst die Rechtsprechung dieses Problems angenommen. Es wurden Voraussetzungen und Richtlinien aufgestellt, die den Umgang mit der Patientenverfügung erleichtern und mehr Rechtssicherheit schaffen sollten. Dass die entwickelten Richtlinien der ständigen Rechtsprechung nicht genügten, wird die nachfolgende Historie aufzeigen.

---

<sup>14</sup> BT-Drucks. 15/3700 S. 15

<sup>15</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 12

<sup>16</sup> BT-Drucks. 15/3700 S. 5

<sup>17</sup> Bamberger/Roth/Müller § 1901 a Rn. 2

<sup>18</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 5, 7

<sup>19</sup> Bamberger/Roth/Müller § 1901 a Rn. 2, Albrecht/Albrecht, Rn. 2

## II. Rückblick

Aus der Vergangenheit sind viele Entscheidungen bekannt, die das Selbstbestimmungsrecht des einwilligungsunfähigen Patienten stärken und auf zahlreiche Rechtsfragen eine Antwort liefern wollten. Hauptsächlich standen bei diesen Entscheidungen die Reichweite und die Bindungswirkung der Patientenverfügung sowie die Genehmigungsbedürftigkeit eines Behandlungsabbruchs im Fokus.

Es war als problematisch anzusehen, dass die Grenzen zwischen legaler passiver Sterbebegleitung und strafrechtlich verfolgter aktiver Sterbehilfe nicht klar definiert waren. Auch die Unsicherheit über Bindungswirkung einer getroffenen Verfügung und die Geltung in den verschiedenen Stadien der Erkrankungen führten zu vielen Schwierigkeiten, welche eine patientenfreundliche und dem Patientenwillen entsprechende Behandlung erschwerte.<sup>20</sup> Umstritten war zudem, inwieweit ein Behandlungsabbruch genehmigungsbedürftig und genehmigungsfähig ist.<sup>21</sup> Die unterschiedliche Beurteilung der Rechtsanwender versperrte häufig den Weg einer schnellen und leidensfreien Hilfe. Jedoch kann dieses Verhalten weder den Ärzten noch den Bevollmächtigten oder Betreuern zum Vorwurf gemacht werden. Es erscheint nachvollziehbar, dass dem Wunsch des Betroffenen nach Behandlungsabbruch aus Angst vor einer strafrechtlichen Verfolgung nicht entsprochen wurde.

Aus der Vielzahl von Entscheidungen sollen nur diejenigen erläutert werden, die auch grundsteinlegend für die Gesetzesänderung im Jahre 2009 waren. Das sind das Urteil des 1. Strafsenates des Bundesgerichtshofes aus dem Jahre 1994<sup>22</sup> sowie die Beschlüsse des Zivilsenates aus den Jahren 2003<sup>23</sup> und 2005<sup>24</sup> des Bundesgerichtshofes. Diese Entscheidungen zeigen die bedeutenden Probleme im Umgang mit der Patientenverfügung auf und waren Anstoß und Anhaltspunkt für die später folgenden Gesetzesentwürfe.

---

<sup>20</sup> BT-Drucks. 15/3700 S 19 f.

<sup>21</sup> BGH, Urteil vom 13.09.1994, NJW 1995,204 ff.; BGH, Beschluss vom 17.03.2003, DNotZ 2003, 850 m. Anm. Stoffers;

<sup>22</sup> BGH, Urteil vom 13.09.1994, NJW 1995, 204 ff.

<sup>23</sup> BGH, Beschluss vom 17.03.2003, NJW 2003, 1588 ff.

<sup>24</sup> BGH, Beschluss vom 08.06.2005, NJW 2005, 2385 ff.

## 1. Kemptener Entscheidung<sup>25</sup>

Im Jahre 1994 sollte der Strafsenat des Bundesgerichtshofes die Frage klären, ob sich der Sohn einer einwilligungsunfähigen Patientin und der behandelnde Arzt des versuchten Totschlages strafbar gemacht hatten, indem sie die Einstellung der künstlichen Ernährung forderten.

Zum Sachverhalt ist vorzutragen, dass die Patientin an einem ausgeprägten hirnrorganischen Psychosyndrom<sup>26</sup> im Rahmen einer präsenilen Demenz<sup>27</sup> litt und nach einem Herzstillstand im Jahre 1990 mit anschließender Reanimation irreversibel schwer hirngeschädigt war. Sie war ab diesem Zeitpunkt weder ansprechbar noch geh- oder stehfähig. Aufgrund fehlender Schluckfähigkeit musste die Patientin künstlich durch eine Magensonde ernährt werden. Bis 1993 trat keine Verbesserung ihres Zustandes ein, sodass der Sohn der Patientin auf Anraten des behandelnden Arztes und aufgrund einer Äußerung seiner Mutter einige Jahre zuvor, dass Sie so nicht enden wolle, in die Einstellung der Sondenernährung einwilligte. Es sollte nur noch Tee verabreicht werden, der dazu führen sollte, den Sterbeprozess der Patientin langsam und schmerzfrei eintreten zu lassen. Der zuständige Pflegedienstleiter verständigte jedoch hierüber das Vormundschaftsgericht Kempten, welches das Vorgehen durch Versagung einer Genehmigung unterbunden hat.

Nachdem das Landgericht im Ergebnis dieser Entscheidung folgte, hatte nunmehr der Strafsenat des Bundesgerichtshofes zu entscheiden.

Das Gericht hatte sodann zu differenzieren, ob bei dem vorliegenden Sachverhalt ein Straftatbestand erfüllt wurde. Der Bundesgerichtshof stellte klar, dass die aktive Sterbehilfe unabhängig von der Einwilligung des Patienten verboten ist. Unter aktiver Sterbehilfe wird das Beschleunigen des Sterbeprozesses durch aktives Eingreifen verstanden. Lediglich im Falle einer passiven Sterbehilfe wäre der Patientenwille beachtlich. Diese hingegen stellt lediglich die Beendigung einer Behandlungsmaßnahme dar, welche zum Tod des Patienten führt. Dabei müsse

---

<sup>25</sup> BGH, Urteil des 1. Strafsenat vom 13.09.1994, NJW 1995, 204 ff.

<sup>26</sup> Persönlichkeits- und Verhaltensstörung aufgrund einer Krankheit, Schädigung oder Funktionsstörung des Gehirns

<sup>27</sup> Alzheimer-Erkrankung, zunehmende Verschlechterung der kognitiven Leistungsfähigkeit

nach Auffassung des Strafsenates objektiv und mit absoluter Sicherheit die Krankheit einen tödlichen und unumkehrbaren Verlauf angenommen haben und die Todesnähe unmittelbar bevorstehen.

Der Bundesgerichtshof differenzierte in dieser Entscheidung zwischen „Hilfe zum Sterben“ und „Hilfe beim Sterben“. Die Hilfe zum Sterben könne nur zum Tragen kommen, wenn der Sterbeprozess eingetreten sei und der Tod unmittelbar bevorstehe. Das müsse objektiv und mit absoluter Sicherheit vom Arzt festgestellt werden können. Die Einstellung der künstlichen Ernährung stellte nach Auffassung des Gerichts im vorliegenden Fall eine Hilfe beim Sterben dar, da der Sterbeprozess noch nicht unmittelbar eingetreten war und der Tod im geschilderten Sachverhalt auch noch nicht bevorstand. In diesem Fall müssten folglich höhere Anforderungen an die Ermittlung des Patientenwillens gestellt werden.

Der Bundesgerichtshof trug vor, dass der Patientenwille infolge der Grundrechte der körperlichen Unversehrtheit und des Selbstbestimmungsrechts besonderen Schutzes bedürfe. Äußerungen, welche vor Jahren von der Betroffenen gemacht wurden, reichten hier nach Auffassung des Bundesgerichtshofes nicht aus, um den mutmaßlichen Patientenwillen zweifelsfrei zu ermitteln. Der Wille der Patientin hätte mehr erforscht werden müssen.

Auch in der Literatur<sup>28</sup> war es zum damaligen Zeitpunkt schon ein umstrittenes Thema. Es wurde dabei die Frage aufgeworfen, inwieweit der Arzt und auch der Bevollmächtigte an den geäußerten Willen des Betroffenen gebunden waren.<sup>29</sup> Dabei war zu untersuchen, ob der vormals geäußerte Wille auf die unmittelbare Situation passt und dementsprechend dem Willen Folge zu leisten wäre. Die grundsätzliche Bindung an den geäußerten Willen wurde beispielsweise durch *Uhlenbruck* bejaht.<sup>30</sup> Er gab jedoch zu bedenken, dass der Wille des sterbenden Patienten oftmals nicht mit dem Jahre zuvor getroffenen Willen übereinstimmt.<sup>31</sup> Deshalb sollte ein Kriterium für die Bindung der zeitliche Abstand zwischen der Äußerung und dem Eintritt der geschilderten Situation und die Häufigkeit der Äußerungswiederholungen darstellen. Hier wäre stets der Einzelfall zu beurteilen.

---

<sup>28</sup> Deutsch, NJW 1979, 1905, 1908 f., Sternberg-Lieben, NJW 1985, 2734, 2738, Uhlenbruck, NJW 1978, 566, 568f.

<sup>29</sup> Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594, 604ff.

<sup>30</sup> Uhlenbruck, NJW 1978, 566, 568f.

<sup>31</sup> Uhlenbruck, NJW 1978, 566, 568

War der Zeitliche Abstand zu groß, könne keine Verbindlichkeit für den Arzt oder den Bevollmächtigten gegeben sein.<sup>32</sup>

Eine andere Auffassung<sup>33</sup> sprach sich gegen die strikte Bindungswirkung der Verfügung aus, da die jederzeitige formlose Widerruflichkeit der Patientenverfügung gegen eine Bindungskraft spreche. *Uhlenbruck*<sup>34</sup> gab hier zu Recht zu bedenken, dass die formlose Widerruflichkeit der Willensäußerung kein Alibi für den Arzt darstellen dürfe, grundsätzlich die Verbindlichkeit einer Verfügung anzuzweifeln und infolgedessen davon abzuweichen. Diese Verfahrensweise würde den einwilligungsunfähigen Patienten anderenfalls zum bloßen Objekt einer Fremdbestimmung machen.<sup>35</sup>

Der Bundesgerichtshof stellte fest, dass im dargestellten Sachverhalt keine hinreichenden Ermittlungen angestellt wurden und somit nicht von einer mutmaßlichen Einwilligung der Patientin ausgegangen werden konnte. Somit war die Zustimmung des Sohnes in den Behandlungsabbruch unwirksam.

Des Weiteren wurde in dieser Entscheidung untersucht, inwieweit der Handelnde einem gerichtlichen Genehmigungserfordernis unterlegen hat. Es wurde durch das Gericht festgestellt, dass diese Norm nur direkt herangezogen werden kann, wenn es sich um eine aktive ärztliche Handlung handle. Im vorliegenden Fall steht jedoch eine Unterlassung im Fokus. Die unmittelbare Anwendung wurde daher verneint. Die Auslegung nach Sinn und Zweck der Norm sollte den Bundesgerichtshof jedoch zu der Überzeugung verhelfen, dass zumindest eine sinngemäße Anwendung für die Fälle des Behandlungsabbruches in Frage käme. Dies wurde damit begründet, dass wenn bereits bestimmte Behandlungseingriffe des Arztes aufgrund ihrer Gefährlichkeit der gerichtlichen Kontrolle unterliegen, erst recht eine Überprüfung bei der Beendigung der ärztlichen lebenserhaltenden Maßnahme, die mit Gewissheit zum Tode des Patienten führt, geboten sei. Ob eine analoge Anwendung tatsächlich gerechtfertigt sei, sollte in darauffolgenden Entscheidungen nochmals überdacht werden. Somit erklärte der Bundesgerichtshof die Genehmigung für den Behandlungsabbruch als erforderlich.

---

<sup>32</sup> Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594, 606 ff.

<sup>33</sup> Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594, 606 ff.; a.A. Sternberg-Lieben, NJW 1985, 2734, 2735

<sup>34</sup> Uhlenbruck, NJW 1978, 566, 569; s.a. Sternberg-Lieben, NJW 1985, 2734, 2735

<sup>35</sup> Sternberg-Lieben, NJW 1985, 2734, 2738

Diese Entscheidung sollte helfen, die Grenzen, innerhalb derer die Sterbehilfe der strafrechtlichen Verfolgung unterliegt, klar zu definieren. Fraglich bleibt, ob diese Entscheidung den Ärzten und den Beteiligten mehr Sicherheit im Umgang mit der Patientenverfügung geben hat.

## 2. Lübecker Entscheidung<sup>36</sup>

Im Jahre 2003 befasste sich erstmals ein Zivilsenat des Bundesgerichtshofes mit der Frage der Genehmigungsbedürftigkeit des Behandlungsabbruchs. Es sollte untersucht werden, inwieweit ein Behandlungsabbruch genehmigt werden muss beziehungsweise genehmigt werden kann. Gleichzeitig wurde auf die Bindungswirkung und die Reichweite der Patientenverfügung im Falle der Einwilligungsunfähigkeit des Patienten eingegangen.

Zum Krankheitsbild des Betroffenen ist vorzutragen, dass er Ende 2000 infolge eines Herzinfarktes einen hypoxischen Gehirnschaden<sup>37</sup> erlitt. Dies wirkte sich im Sinne eines apallischen Syndroms<sup>38</sup> aus. Der Betroffene konnte somit keinen Kontakt mehr mit der Außenwelt aufnehmen und seinen Willen nicht mehr kundtun. Im Jahre 2002 beantragte der gerichtlich bestellte Betreuer dann die Genehmigung zur Einstellung der Ernährung über die PEG-Sonde<sup>39</sup>, da eine Verbesserung des Gesundheitszustandes nicht mehr zu erwarten war und es dem vormals geäußerten Willen des Betroffenen entspräche.

Zudem hatte der Patient eine schriftliche Verfügung für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit getroffen, in der bestimmt wurde, dass Behandlungen, die lediglich den Fortgang des Sterbens hinauszögern, unterbleiben sollen.

Der Bundesgerichtshof hatte nunmehr zu untersuchen, ob der durch den Betreuer gewünschte Behandlungsabbruch genehmigt werden kann. Dabei wurde auf die bereits in der Kemptener Entscheidung entwickelten strafrechtlichen Kriterien

---

<sup>36</sup> BGH, Beschluss vom 17.03.2003, NJW 2003, 1588 ff.

<sup>37</sup> Schaden am Gehirn aufgrund mangelnder Sauerstoffversorgung

<sup>38</sup> Wachkomazustand bei vollständigem Verlust des Bewusstseins über sich selbst und seine Umwelt sowie die Fähigkeit der Kommunikation

<sup>39</sup> Perkutane endoskopische Gastrostomie-Sonde – künstlich durch Haut, Bauchwand und Magenwand gelegter Zugang zur künstlichen Ernährung direkt über den Magen-Darm-Trakt

zurückgegriffen. Diese Maßstäbe sollten nunmehr auch bei zivilrechtlichen Entscheidungen herangezogen werden.

Allerdings sollte in dieser Entscheidung der behandelnde Arzt die Rolle einnehmen. Wenn der Arzt eine weitere lebensverlängernde Maßnahme nicht mehr als indiziert ansieht, solle es auch auf die Einwilligung des Vertreters nicht mehr ankommen. Nur soweit der Arzt eine Weiterbehandlung für sinnvoll erachtet, komme die Patientenverfügung zum Tragen und eine Einwilligung des Vertreters sei dann überhaupt erst erforderlich. Jedoch sollte die Verfügung nur Verbindlichkeit entfalten, wenn das Grundleiden einen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen habe und der Tod unmittelbar bevorstehe oder unumgänglich sei. Erst die unmittelbare Todesnähe rechtfertigte somit den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen. Hatte die Krankheit bereits einen unumkehrbaren tödlichen Verlauf angenommen, der Sterbevorgang war jedoch noch nicht eingetreten, liege eine „Hilfe zum Sterben“ nicht vor. Diese objektive Eingrenzung der zulässigen Sterbehilfe ist strafrechtlich geboten und somit zivilrechtlich verbindlich. Also erst wenn diese Voraussetzungen vorlägen, wäre das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen zu respektieren und seinem Wunsch Folge zu leisten.

In diesem Atemzuge geht der Bundesgerichtshof gleichfalls darauf ein, inwieweit eine vormals getroffene Verfügung auch nach Eintritt der Einwilligungsunfähigkeit verbindlich zu befolgen ist. Es wurde klargestellt, dass eine frühere Willensbekundung fortwirke. Der Vertreter hätte in diesem Fall die Aufgabe, dem Willen des Betroffenen gegenüber dem Arzt und dem Pflegepersonal in eigener rechtlicher Verantwortung Ausdruck und Geltung zu verschaffen.

Des Weiteren blieb noch zu untersuchen, inwieweit diese Prozedere der gerichtlichen Kontrolle unterliegen sollte. In der Kemptener Entscheidung wurde § 1904 BGB analog herangezogen. Dieser Auffassung wollte der Zivilsenat nicht mehr folgen, da erkennbar keine planwidrige Gesetzeslücke vorläge. Vielmehr sollte die gerichtliche Kontrolle aufgrund des Schutzerfordernisses und der Fürsorge gegenüber dem Betreuer erforderlich sein. Man könnte ihm die Entscheidung gegen eine lebensverlängernde oder lebenserhaltende Maßnahme nicht abverlangen. Die Last der Entscheidung allein zu tragen, wäre dem Betreuer nicht zuzumuten. Dieser sollte demnach durch das gerichtliche Überprüfungsverfahren entlastet werden.

Die Entwicklung eines generellen Genehmigungserfordernisses im Wege der Rechtsfortbildung erschien *Stoffers*<sup>40</sup> in der Anmerkung zur Entscheidung eher dürftig begründet. Eines gerichtlichen Eingriffs bedürfte es beispielsweise in ein privatrechtliches Bevollmächtigungsverhältnis nicht, da der Staat hier nur geringe Aufsichtspflichten inne hätte.<sup>41</sup>

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Zivilsenat sehr hohe Anforderungen an die Lebensumstände des Betroffenen aufgrund der strafgerichtlichen Entscheidung aus dem Jahre 1994 gestellt hatte und die Reichweite der Verfügung damit enorm einschränkte. Diese Reichweitenbegrenzung führte folglich dazu, dass die Patientenverfügung nur in wenigen medizinischen Situationen Wirksamkeit entfalten konnte und führte in der Literatur<sup>42</sup> zu Unmut. Die eigentliche Intention und Hoffnung des Betroffenen, sein Leiden bereits vor Einsetzen des Sterbevorgangs beenden zu können, scheiterte nunmehr an dieser Entscheidung.<sup>43</sup> Die Vereinbarkeit dieses Beschlusses mit Art. 2 GG blieb fragwürdig und wurde in der Literatur kritisch begutachtet.<sup>44</sup> Die aufgeworfenen Rechtsfragen konnten bisher nicht zufriedenstellend beantwortet werden und verstärkten lediglich die Verunsicherung bei Ärzten, Betroffenen und Juristen.<sup>45</sup>

Die Forderung nach einer gesetzlichen Novellierung wurde gestellt, um mehr Rechtssicherheit im Umgang mit der Patientenverfügung und dessen Geltung in verschiedenen Stadien einer Erkrankung zu klären.<sup>46</sup>

### 3. Traunsteiner Entscheidung<sup>47</sup>

Im Jahre 2005 entschied der zwölfte Zivilsenat über die Frage, inwieweit sich das Pflegeheim dem Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen bei übereinstimmendem Verlangen des behandelnden Arztes sowie des Betreuers widersetzen kann.

---

<sup>40</sup> BGH, Beschluss vom 17.03.2003, DNotZ 2003, 850 m. Anm. Stoffers

<sup>41</sup> BGH, Beschluss vom 17.03.2003, DNotZ 2003, 850, 861 m. Anm. Stoffers

<sup>42</sup> Becker-Schwarze, FPR 2007, 52, 53; so auch: Müller, ZEV 2008, 583, 584

<sup>43</sup> Albrecht/Albrecht, Rn. 21

<sup>44</sup> Becker-Schwarze, FPR 2007, 52, 52; so auch: Albrecht/Albrecht, Rn. 96

<sup>45</sup> Höfling, NJW 2009, 2849, 2849

<sup>46</sup> Becker-Schwarze, FPR 2007, 52, 55

<sup>47</sup> BGH, Beschluss vom 08.06.2005, NJW 2005, 2385 ff.

Zum Sachverhalt ist kurz vorzutragen, dass der Betroffene infolge eines Suizidversuches im Jahre 1998 ins Wachkoma gefallen war. Der Betreute musste künstlich durch eine PEG-Sonde ernährt werden. Er befand sich im Pflegeheim und wurde dort durch das zuständige Personal versorgt. Im Jahre 2001 wurde durch den behandelnden Arzt im Einvernehmen mit dem Betreuer angeordnet, dass die künstliche Ernährung einzustellen und die Flüssigkeitszufuhr zu reduzieren ist. Das Pflegepersonal weigerte sich jedoch, dieser Anordnung nachzukommen.

Der Senat hatte nunmehr zu untersuchen, inwieweit dem Pflegepersonal ein Weigerungsrecht aus Art. 1, 2 und 4 GG zustand. Es wurde die Auffassung vertreten, dass die Gewissensfreiheit und die Menschenwürde dem Personal kein Recht verleihe, sich durch aktives Tun über das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen hinwegzusetzen und in dessen körperliche Unversehrtheit einzugreifen. Die hier verfolgten ethischen und medizinischen Vorstellungen in Anwendung auf Dritte seien nicht vom Schutzbereich des Art. 1 (1) GG erfasst. Der geschlossene Heimvertrag berechtigte nicht, die künstliche Ernährung fortzusetzen.

Hervorzuheben ist, dass nunmehr eine Konkretisierung der Entscheidung des Zivilsenates aus dem Jahre 2003 erfolgte. Bis dahin stand die Frage im Raum, wann tatsächlich eine gerichtliche Genehmigung zum Behandlungsabbruch erforderlich sei. Nunmehr sollte die vormals getroffene Entscheidung des Zivilsenates<sup>48</sup> dahingehend präzisiert werden, wann konkret der § 1904 BGB in entsprechender Anwendung herangezogen werden müsse. Demnach sollte das Gericht erst im Konfliktfall zwischen behandelndem Arzt und Betreuer berufen sein. Das war beispielsweise der Fall, wenn der Arzt die Weiterbehandlung indiziert sah, der Betreuer diese jedoch verweigerte. Eine darüberhinausgehende Zuständigkeit sah der Zivilsenat nicht, sodass wie im vorgetragenen Fall keine gerichtliche Genehmigung zur Weigerung in die Weiterbehandlung des Betroffenen durch den Betreuer erforderlich gewesen wäre.

Aufgrund des zwischenzeitlichen Versterbens des Betroffenen unterließ der Senat eine weitere rechtliche Würdigung des Sachverhalts, da dieser lediglich über die Kosten des Rechtsstreits nach übereinstimmender Erledigungserklärung zu entscheiden hatte. Somit blieben weiterhin viele Rechtsfragen offen, die den Umgang mit der Patientenverfügung hätten erleichtern können.

---

<sup>48</sup> BGH, Beschluss vom 17.03.2003, NJW 2003, 1588 ff.



### III. Drittes Betreuungsrechtsänderungsgesetz

#### 1. Ausgangslage – Probleme der alten Rechtslage

Die konkurrierenden Werte Selbstbestimmungsrecht nach Art. 1 (1), 2 GG, Recht auf Leben nach Art. 2 (2) GG und Schutz des Lebens führen zu einem Konflikt zwischen Selbstverantwortung des Patienten und fremdbestimmter Verantwortung des behandelnden Arztes und der Vertreter. Der Wunsch nach einem selbstbestimmten Leben bis zuletzt nahm immer mehr zu.<sup>49</sup> Die Abhängigkeit des Sterbeprozesses von den medizinischen Möglichkeiten lassen den Tod zu einem vom Menschen entschiedenen Ereignis werden, wobei nicht die Lebensqualität, sondern einzig und allein der Sieg über den Tod als Ziel gesehen wird.<sup>50</sup> Die Angst vor der Auslieferung an ein hoch technisiertes Gesundheitssystem wurde immer größer.<sup>51</sup> Das Instrument der Patientenverfügung bot die Möglichkeit, auch im Falle der Einwilligungsunfähigkeit seinen Willen kundzutun. Jedoch sorgten die fehlende rechtliche Absicherung sowie die widerstreitenden Gerichtsentscheidungen dazu, dass die Patientenverfügung ein stark diskutiertes Thema wurde.<sup>52</sup> Bereits der Bundesgerichtshof sprach sich in der Entscheidung aus dem Jahre 2003<sup>53</sup> für eine gesetzliche Regelung aus. Angesichts der Rechtsunsicherheit bestand ein großer gesellschaftlicher Bedarf nach Klarstellung.<sup>54</sup> Hinsichtlich der Gültigkeit, Reichweite und Bindungswirkung der Patientenverfügung bestand noch große Unsicherheit. Der Regelungsbedarf war enorm und eine gesetzliche Normierung der Patientenverfügung unerlässlich.<sup>55</sup>

#### a) Verschwommene Grenzen der zulässigen Sterbehilfe

Gem. § 216 StGB wird die Tötung auf Verlangen strafrechtlich verfolgt. Hiervon werden jedoch sowohl die Hilfe und die Begleitung im Sterbeprozess als auch die

---

<sup>49</sup> BT-Drucks. 15/3700 S. 5

<sup>50</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 7

<sup>51</sup> Zimmermann, Rn. 376; Damrau/Zimmermann, § 1901a, Rn. 2; BT-Drucks. 16/8442 S. 7

<sup>52</sup> Albrecht/Albrecht, Rn. 3, BT-Drucks. 15/3700 S. 30 f.

<sup>53</sup> BGH, Beschluss vom 17.03.2012, NJW 2003, 1588 ff.

<sup>54</sup> BT-Drucks. 15/3700 S. 5

<sup>55</sup> BT-Drucks. 15/3700 S. 21

Ablehnung von medizinischen Eingriffen streng unterschieden. Die Tötung auf Verlangen könne nicht von einem Einwilligungsunfähigen oder von einer Patientenverfügung ausgehen.<sup>56</sup> Bereits der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1994<sup>57</sup> versucht, die Grenzen zwischen Legalität und Strafbarkeit klar zu definieren. Jedoch hat die Differenzierung von „Hilfe zum Sterben“ und „Hilfe beim Sterben“ eher noch mehr Unsicherheit ausgelöst, als im Vorfeld ohnehin schon bestand. Wie bereits erörtert, wurden dabei das Krankheitsstadium und die Nähe zum Tod als Kriterien der Unterscheidung entwickelt.

Die Hilfe zum Sterben kann nur gegeben sein, wenn der Tod unumkehrbar unmittelbar bevorsteht. Der nahende Tod sollte objektiv mit absoluter Sicherheit vorliegen, um dem Wunsch des Patienten nach Behandlungsabbruch entsprechen zu können. Dies stellte die Ärzte jedoch vor eine große Herausforderung, denn welcher Arzt könnte mit absoluter Sicherheit feststellen, dass eine Genesung aussichtslos erscheine und der Tod unmittelbar bevorstehe. Nur in den seltensten Situationen ist der Arzt in der Lage, eine derart sichere Prognose zu stellen. War die unmittelbare Todesnähe nicht gegeben, konnte nur die Hilfe beim Sterben zum Tragen kommen, welche höhere Anforderungen an die Wunschäußerung des Patienten stellte.

## **b) Wunsch nach Verbindlichkeit von Willensbekundungen**

Das Streben des Menschen ist es, nach eigenen Wertvorstellungen zu leben und sein Leben bis zuletzt selbstbestimmt zu gestalten.<sup>58</sup> Dafür bedarf es Vertrauen und Gewissheit darüber, dass seine geäußerten Wünsche auch Beachtung finden. Es bedarf der Sicherheit, dass er im Falle der Einwilligungsunfähigkeit keine Zwangsbehandlungen erdulden muss und dem Gesundheitsbetrieb nicht hilflos ausgeliefert ist.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 7; so bereits Müller in ZEV 2008, 583

<sup>57</sup> BGH, Urteil vom 13.09.1994, NJW 1995, 204 ff.

<sup>58</sup> BT-Drucks. 15/3700 S. 10

<sup>59</sup> BT-Drucks. 15/3700 S. 7; BT-Drucks. 16/8442 S. 11; BGH, Beschluss vom 08.06.2005, NJW 2005, 2385

Der Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1994<sup>60</sup> zwar ausgesprochen, dass im Falle der passiven Sterbehilfe der Wille des einwilligungsunfähigen Patienten zu ermitteln ist, jedoch hat er leider unterlassen, eine Aussage dahingehend zu treffen, ob der Arzt an den Willen des Patienten gebunden wäre, läge eine Patientenverfügung vor.<sup>61</sup> Die Folgeentscheidung des Zivilsenates des Bundesgerichtshofes aus dem Jahre 2003 sprach der Patientenverfügung zwar eine Bindungswirkung zu, begrenzte diese jedoch auf die vom Strafsenat vormals definierte „Hilfe zum Sterben“. Diese Reichweitenbegrenzung führte zu Unmut, denn die Beschränkung auf die Fälle der unmittelbaren Todesnähe mache die Patientenverfügung förmlich bedeutungslos.<sup>62</sup>

Die Intention des Patienten, ein Dahinsiechen zu umgehen, scheiterte an dieser Entscheidung. Welchen Wert hätte die Patientenverfügung noch für den Einwilligungsunfähigen, wenn dem Behandlungsabbruch ohnehin erst bei unmittelbarer Todesnähe entsprochen werden würde? Ein Menschenleben kann noch jahrelang mittels Apparate erhalten werden, ohne dass unmittelbare Todesnähe besteht. Wachkomapatienten können durch Sondenernährung auf Dauer am Leben gehalten werden, ohne dass der Tod zu befürchten wäre. War es aber nicht die Intention des Verfügenden, gerade einen solchen aussichtslosen Zustand ohne große Lebensqualität zu umgehen? Der Sinn liegt doch darin, einen langen Leidensweg zu verkürzen. Ist es nicht der Wunsch eines jeden Menschen, bis zuletzt sein Leben selbstbestimmt und eigenverantwortlich zu leben? Es muss somit auch die Möglichkeit gegeben werden, verbindlich für den Fall der Einwilligungsunfähigkeit vorsorgen zu können. Die körperliche Integrität verlangt es, dass getroffene Behandlungswünsche sowie der Behandlungsabbruch, auch wenn er zum Tod führt, beachtet werden.<sup>63</sup>

## 2. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Ärztliche Maßnahmen müssen dem Selbstbestimmungsrecht des Menschen gerecht werden, sollen aber auch den Schutz des Lebens und der Gesundheit

---

<sup>60</sup> BGH, Urteil vom 13.09.1994, NJW 1995, 204 ff.

<sup>61</sup> Albrecht/Albrecht, Rn. 12

<sup>62</sup> BGH, Beschluss vom 17.03.2003, DNotZ 2003, 850 m. Anm. Stoffers

<sup>63</sup> BT-Drucks. 15/3700 S. 7

gewährleisten. Fraglich ist jedoch, in welchem Maße das Selbstbestimmungsrecht garantiert werden kann, ohne andere Rechtsgüter zu verletzen. Es ist somit zu klären, ob das Selbstbestimmungsrecht schrankenlos gewährt werden kann. Inwieweit leibliche und seelische Integrität über andere verfassungsrechtlich geschützte Güter gestellt werden können, soll die zentrale Frage sein.

Grundsätzlich hat jeder Patient ein Recht auf körperliche Unversehrtheit und somit hätte er auch das Recht, lebensverlängernde Maßnahmen abzulehnen.<sup>64</sup> In der Literatur wird die Meinung vertreten, dass die Selbstgefährdung und gar die Selbstaufgabe von Art. 2 (2), (1) i.V.m. Art. 1 (1) GG erfasst sind.<sup>65</sup> Der staatliche Lebensschutz wäre demnach nicht über den Willen des Betroffenen zu stellen. Denn der Grundgedanke des Art. 2 (2) GG schützt nicht nur das Leben, sondern umfasst auch die seelische und körperliche Integrität.<sup>66</sup> Es schafft nicht die Pflicht zur Erhaltung eines unwürdigen und erniedrigenden Lebenszustandes.<sup>67</sup> Die Selbstbestimmung und die damit einhergehende Menschenwürde sind somit laut Forderung zu achten und nicht hinter dem staatlich verbürgten Lebensschutz zurückzustellen.<sup>68</sup>

Inwieweit staatlicher Schutz zu garantieren ist, wurde eingehend in den eingereichten Gesetzesentwürfen diskutiert. Demnach sollte der Schutz aufgrund der verfassungsrechtlichen Gewährleistung nicht vollkommen ins Hintertreffen geraten. Der Staat müsse seine Schutzfunktion weiterhin ausüben.<sup>69</sup> Die eingereichten Entwürfe unterscheiden sich lediglich im Maß der gebotenen Kontrolle und inwieweit der Patient vor seinem eigenen Wunsch im Falle der Einwilligungsunfähigkeit zu schützen sei beziehungsweise der Aufklärung über die Folgen seiner Entscheidung bedürfe.

---

<sup>64</sup> Hufen, NJW 2001, 849, 851, so auch: Schumacher, FPR 2010, 474, 477

<sup>65</sup> Hufen, NJW 2001, 849, 851 f.; so auch: Damm, JZ 1998, 926, 928, Höfling, NJW 2009, 2849, 2852

<sup>66</sup> Epping/Hilgruber/Lang, Art. 2, Rn. 57

<sup>67</sup> Hufen, NJW 2001, 849, 852

<sup>68</sup> Höfling, NJW 2009, 2849, 2851, so auch: Schumacher, FPR 2010, 474, 477

<sup>69</sup> BT-Drucks. 15/3700 S. 44 f.

### 3. Eingereichte Gesetzesentwürfe

Bereits im Jahre 2004 wurden vom Bundesministerium der Justiz ein Referentenentwurf<sup>70</sup> und von der Enquete-Kommission des Bundestages ein Zwischenbericht<sup>71</sup> eingereicht. Der Zwischenbericht stellte eine Studie dar, die aufzeigen sollte, welche offenen Fragen durch die widerstreitende Rechtsprechung bestehen. Es wurden durch wissenschaftliche Untersuchungen die Bedürfnisse der Bürger ermittelt und die ethischen Auswirkungen untersucht. Die Kommission deckte durch ihren Zwischenbericht die herrschenden Missstände auf und versetzte die Regierung damit in Zugzwang. Nach den Koalitionsvereinbarungen der regierenden Parteien im Jahre 2005 sollte nunmehr feststehen, dass eine gesetzliche Regelung erfolgen muss und auch soll.<sup>72</sup> Jedoch wurde bereits im Februar 2005 der eingereichte Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz wieder zurückgezogen<sup>73</sup>, da dieser als zu „liberal“ kritisiert wurde.<sup>74</sup> Somit ließ eine gesetzliche Regelung weiterhin auf sich warten.

In der 16. Legislaturperiode wurden schlussendlich drei Gesetzesentwürfe zum Deutschen Bundestag gereicht, welche sich alle im Kern wesentlich unterschieden.<sup>75</sup> Die aus der Rechtspraxis bekannten Probleme wurden nunmehr aufgegriffen und Lösungen entwickelt. Im Mittelpunkt standen dabei die Problematiken der Reichweite der Patientenverfügung und der Bindungswirkung. Jeder einzelne Entwurf lieferte andere Lösungsmöglichkeiten und stellte unterschiedlich hohe Anforderungen an die Patientenverfügung. Reichweite und Bindungswirkung wurden jeweils von unterschiedlich strengen Voraussetzungen bestimmt. Auch die Genehmigungsbedürftigkeit wurde als zentrale Problematik diskutiert und Lösungsmöglichkeiten aufgezeigt.

---

<sup>70</sup> Referentenentwurf eines 3. Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrecht vom 01.11.2004, abgedruckt in: Zimmermann, Anhang 7

<sup>71</sup> BT-Drucks. 15/3700

<sup>72</sup> Höfling, NJW 2009, 2849, 2849

<sup>73</sup> Zimmermann, Rn. 376, Bienwald/Hoffmann, § 1901a, Rn. 3, Olzen, Metzmacher, FPR 2010, 249, 250

<sup>74</sup> Müller, ZEV 2008, 583, 584

<sup>75</sup> Olzen/Metzmacher, FPR 2010, 249, 251

**a) Gesetzesentwurf des Abgeordneten Bosbach<sup>76</sup>**

Der Gesetzesentwurf des Abgeordneten Bosbach und seinen Beratern stellte besonders hohe Anforderungen an die Patientenverfügung. Dieser Entwurf hatte den staatlichen Lebensschutz zum Leitgedanken erkoren. So sollte erst nach umfassender ärztlicher und rechtlicher Beratung sowie Beurkundung der Patientenverfügung Verbindlichkeit in jedem Stadium der Erkrankung bestehen.<sup>77</sup> Zudem könne die Verfügung nur Verbindlichkeit entfalten, wenn Sie in einem fünfjährigen Rhythmus aktualisiert würde.<sup>78</sup>

Dieser Entwurf wird von dem Gedanken dominiert, dass zwar das Selbstbestimmungsrecht gewährleistet werden müsse, dabei jedoch der verfassungsrechtliche Schutz des Lebens nicht aus den Augen verloren werden dürfe. Es wird vorgetragen, dass das Selbstbestimmungsrecht nicht schrankenlos sei. Es ist zu gewährleisten, dass keine anderen Rechte, wie die staatliche Schutzpflicht des Lebens gem. Art. 2 (2) 1 GG, als Wert der Gemeinschaft zu garantieren ist.<sup>79</sup> Die Schutzfunktion des Staates soll dadurch ausgeübt werden, dass an die Patientenverfügung höhere Anforderungen gestellt werden. Durch die ärztliche und rechtliche Beratung soll der Patient über die Möglichkeiten, die ihm die Patientenverfügung bietet, aufgeklärt und über die Folgen seiner Anordnung belehrt werden. Anscheinend kann nach der Auffassung vom Abgeordneten Bosbach nur ein aufgeklärter Patient eigenverantwortlich Entscheidungen über sein Lebensende treffen.

Auch die Formvorschrift der notariellen Beurkundung hat den Zweck, dem Verfügenden die getroffenen Anordnungen nochmals vor Augen zu führen und ihn auf die Folgen hinzuweisen. Sind die strengen Voraussetzungen erfüllt, soll die Patientenverfügung in jedem Krankheitsstadium Verbindlichkeit entfalten.<sup>80</sup> Anderenfalls kann ein Behandlungsabbruch nur erfolgen, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit das Bewusstsein niemals wieder erlangt werden kann. Hier wurden somit die vormals durch den Strafsenat des Bundesgerichtshofes im Jahre 1994 entwickelten Voraussetzungen für die Hilfe beim Sterben zugrunde

---

<sup>76</sup> BT-Drucks. 16/11360

<sup>77</sup> BT-Drucks. 16/11360 S. 14

<sup>78</sup> BT-Drucks. 16/11360 S. 14

<sup>79</sup> BT-Drucks. 16/11360 S. 11

<sup>80</sup> BT-Drucks. 16/11360 S. 14

gelegt.<sup>81</sup> Zudem sollte ein grundsätzliches Genehmigungsbedürfnis bei Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen geschaffen werden, sofern eine nicht formgerechte Patientenverfügung vorliegt. Ist eine verbindliche Patientenverfügung nach den erforderlichen Formvorschriften gegeben, sollte eine Genehmigung nur bei Uneinigkeit des behandelnden Arztes und des Bevollmächtigten erforderlich sein. Dieser Genehmigungstatbestand sollte im § 1904 BGB neu normiert werden.<sup>82</sup>

Diesem Entwurf wurde durch den Deutschen Bundestag nicht entsprochen. Das Selbstbestimmungsrecht würde durch den Gedanken der staatlichen Schutzfunktion zu sehr eingeschränkt werden.

#### **b) Gesetzesentwurf des Abgeordneten Zöller<sup>83</sup>**

Der Abgeordnete Zöller hat dem Deutschen Bundestag ebenfalls einen Gesetzesentwurf zur Abstimmung eingereicht. Dieser war im Wesen sehr vom zuvor erörterten Bosbach-Entwurf zu unterscheiden. Die Patientenverfügung sollte keiner Reichweitenbegrenzung unterliegen.<sup>84</sup> Vielmehr wurde die Kommunikation zwischen Bevollmächtigtem, Betreuer, behandelndem Arzt und nahestehenden Personen in den Fokus gestellt. Alle Beteiligten sollten dazu bewegt werden, in der Interaktion zum einem Konsens zu finden.<sup>85</sup> Dieser Entwurf verlangt die Schriftform der Patientenverfügung und eine regelmäßige Aktualisierung, aber normiert diese nur als Soll-Vorschrift, sodass ein Mangel unschädlich für die Wirksamkeit und Bindungswirkung der Verfügung sei.<sup>86</sup> Der Bevollmächtigte soll im Rahmen seiner Prüfungskompetenz dann untersuchen, ob der niedergeschriebene oder geäußerte Willen auf die dann konkret eingetretene Situation passt. Eine Genehmigung sollte hingegen nur erforderlich sein, wenn Uneinigkeit zwischen behandelndem Arzt und Bevollmächtigtem besteht.<sup>87</sup>

Aber auch dieser Gesetzesentwurf konnte bei der Abstimmung im Bundestag keine Mehrheit auf sich vereinen. Der Entwurf ist ähnlich dem Entwurf des Abgeordneten

---

<sup>81</sup> BT-Drucks. 16/11360 S. 14,15

<sup>82</sup> BT-Drucks. 16/11360 S. 24

<sup>83</sup> BT-Drucks. 16/11493

<sup>84</sup> BT-Drucks. 16/11493 S. 8, 9

<sup>85</sup> BT-Drucks. 16/11493 S. 9

<sup>86</sup> BT-Drucks. 16/11493 S. 9

<sup>87</sup> BT-Drucks. 16/11493 S. 10

Stünker. Ein Grund für die Ablehnung dieses Entwurfes könnte sein, dass der Kommunikationsgedanke und die Hinzuziehung nahestehender Personen für eine Interaktion zu weitreichend war.

Mit der zuvor jüngst getroffenen Entscheidung des Bundesgerichtshofes aus dem Jahre 2005 sollte das Mitspracherecht für Pflegeeinrichtungen und sonstigen Pflegeinstitutionen gänzlich versagt werden. Bei der Interaktionspflicht hingegen, wäre auch beispielsweise eine Pflegeeinrichtung hinzuzuziehen und in die Entscheidung mit einzubinden, da gerade das Pflegepersonal häufigen Kontakt mit den Betroffenen hat und am ehesten Verbesserungen oder Verschlechterungen einschätzen kann. Dieser Überlegung liegt ein guter Gedanke zugrunde, da die Verantwortung für eine zu treffende Entscheidung durch alle Involvierten getragen werden würde. Das Für und Wider kann in der Interaktion entsprechend abgewogen werden. Die Verantwortung über die Entscheidung würde damit nicht mehr auf den Schultern einer einzelnen Person lasten. Das war bereits die Intention des Bundesgerichtshofes in der zuvor erläuterten Entscheidung aus dem Jahre 2003<sup>88</sup> hinsichtlich der Genehmigungsbedürftigkeit des Behandlungsabbruchs. Der Bevollmächtigte solle nicht allein die Bürde seiner Entscheidung tragen müssen.

### **c) Gesetzesentwurf des Abgeordneten Stünker<sup>89</sup>**

Der Entwurf des Abgeordneten Stünker verlangte ebenfalls die Geltung der Patientenverfügung, unabhängig vom Krankheitsstadium.<sup>90</sup> Er ähnelt im Grundgedanken dem Entwurf des Abgeordneten Zöllner und verlangte gleichfalls bei schwerwiegenden Entscheidungen, die den Tod oder schwere langandauernde Schäden zur Folge haben können, die gerichtliche Genehmigung, wenn Arzt und Bevollmächtigter oder Betreuer zu keinem Konsens finden.<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> BGH, Beschluss vom 17.03.2003, NJW 2003, 1588 ff.

<sup>89</sup> BT-Drucks. 16/8442

<sup>90</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 16

<sup>91</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 18

Schlussendlich erhielt dieser Entwurf in der 3. Lesung im Deutschen Bundestag die Mehrheit der Abgeordnetenstimmen.<sup>92</sup> Demnach sollten zwei neue Vorschriften in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt und weitere Vorschriften ergänzt werden.

#### **4. Aktuelle Rechtslage**

Am 18.06.2009 stimmten schließlich 318 Abgeordnete für den Stünker-Entwurf und entschieden sich somit gegen den erhöhten staatlichen Lebensschutz, der im Entwurf des Abgeordneten Bosbach dominierte. Lediglich 232 Stimmen konnte dieser auf sich vereinen. Fünf Stimmenenthaltungen waren zu verzeichnen und auf den Zöller-Entwurf entfielen keine Stimmen.<sup>93</sup> Mit Beschluss vom 29.07.2009 hat der Bundestag schlussendlich das Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts besiegelt und das Inkrafttreten zum 01.09.2009 bestimmt.<sup>94</sup>

Der Entwurf wurde jedoch noch dahingehend korrigiert, dass die einst vorgesehenen Ergänzungen im FGG nunmehr auf das ebenfalls am 01.09.2009 in Kraft tretende FamFG umgemünzt wurden.<sup>95</sup> Zudem wurde die Begrifflichkeit des Vormundschaftsgerichts gegen das neu durch die Einführung des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit normierte Betreuungsgericht ersetzt.

Trotz der strafrechtlichen Relevanz fanden die Vorschriften zur Patientenverfügung, aufgrund des zivilrechtlichen Charakters, ihren Standort im Bürgerlichen Gesetzbuch. Um bestimmte Tendenzen in der Rechtsprechung zu bekräftigen oder zu korrigieren, wurden somit zwei neue Vorschriften (§§ 1901a, 1901b) in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt. Aus § 1901a BGB a. F. wurde nunmehr § 1901c BGB. Im § 1901a (1) 1 BGB wurde die Patientenverfügung als schriftliche Willensbekundung eines Einwilligungsfähigen legal definiert. Des Weiteren wurde der Anwendungsbereich des § 1904 BGB auf die Nichteinwilligung oder den Widerruf einer ärztlichen Maßnahme, die den Tod oder schwere Schäden des Betroffenen zur Folge haben kann, erweitert und die Genehmigungspflicht der

---

<sup>92</sup> Protokoll des Deutschen Bundestages v. 18.06.2009 (BT-Drucks. 16/227 S. 25122)

<sup>93</sup> Protokoll des Deutschen Bundestages v. 18.06.2009 (BT-Drucks. 16/227 S. 25124)

<sup>94</sup> Gesetz vom 29.07.2009 (BGBl. I 2009, S. 2286)

<sup>95</sup> Gesetz v. 29. 07. 2009 (BGBl. I 2009, S. 2286); Albrecht/Albrecht, Rn. 31

vorzunehmenden Maßnahme klarer gefasst.<sup>96</sup> Aus diesem Grund wurden drei neue Absätze (Absätze 2-4) eingefügt und § 1904 (2) BGB a.F. um die neu eingefügten Absätze ergänzt, klarer formuliert und sodann als Absatz 5 fortgeführt.<sup>97</sup>

Im Zuge der Einführung des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zum 01.09.2009 wurden die wenigen Verfahrensvorschriften zur Patientenverfügung gleich in dem neuen Gesetz mit aufgenommen. So wurde in § 287 FamFG der Absatz 3 hinzugefügt, der das Wirksamwerden eines Genehmigungsbeschlusses nach § 1904 (2) BGB zum Gegenstand hat. Des Weiteren wurden im § 298 FamFG Anhörungsrichtlinien manifestiert.<sup>98</sup>

Im Folgenden werden die neuen gesetzlichen Regelungen genauer betrachtet.

#### **a) Reichweitenbegrenzung der Verfügung**

Die Diskussion um die Frage der Reichweitenbegrenzung wurde nunmehr mit der Einführung des § 1901a (3) BGB beantwortet. Es wurde geklärt, dass es auf Art und Stadium der Erkrankung bei der Durchsetzung des Patientenwillens nicht mehr ankomme.<sup>99</sup> Demnach sei der Wille des Patienten auch dann beachtlich, wenn der Sterbevorgang noch nicht eingetreten ist. Das verfassungsrechtlich verbürgte Recht der Selbstbestimmung verlange, dass bereits im Vorfeld die Möglichkeit bestehen müsse, Entscheidungen für den Fall der Einwilligungsunfähigkeit zu treffen, die dann Durchsetzung durch den Vertreter erfahren.<sup>100</sup>

Der irreversibel tödliche Verlauf einer Erkrankung könne nicht zum Kriterium der passiven Sterbehilfe gemacht werden.<sup>101</sup> Der Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hatte im Jahre 2005 festgestellt, dass eine ärztliche Maßnahme einen Eingriff in die körperliche Integrität wäre und die Vornahme einer Behandlung gegen den erklärten Willen des Patienten eine rechtswidrige Handlung darstelle, deren Unterlassen

---

<sup>96</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 18

<sup>97</sup> Gesetz v. 29.07.2009 (BGBl. I 2009, S. 2286 f.)

<sup>98</sup> Gesetz v. 29.07.2009 (BGBl. I 2009, S. 2287)

<sup>99</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 16

<sup>100</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 16

<sup>101</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 16

verlangt werden könne.<sup>102</sup> Die zivilrechtlich unzulässige Zwangsbehandlung wäre strafrechtlich sogar als Körperverletzung zu qualifizieren.<sup>103</sup>

Die fehlende Reichweitenbegrenzung wird damit begründet, dass beispielsweise ein einwilligungsfähiger Patient ohne Weiteres auf eine Behandlung verzichten könne, auch wenn diese dessen Leben retten würde – einem Einwilligungsunfähigen könne dieses Recht nicht verwehrt werden.<sup>104</sup> An dieser Stelle werden jedoch die Stimmen der Kritiker<sup>105</sup> laut, die zu Recht zu bedenken geben, dass ein einwilligungsfähiger Patient, der mit der konkreten Situation konfrontiert wird, möglicherweise ein anderes Bewusstsein für seine Entscheidung entwickle, als ein Patient, der bereits für den Fall der Einwilligungsunfähigkeit im Vorfeld Hypothesen aufgestellt hat und für mögliche eintretende Krankheiten Behandlungswünsche äußert. Diese Bedenken sind keinesfalls von der Hand zu weisen, konnten den Gesetzgeber jedoch nicht von einer Begrenzung der Reichweite überzeugen.<sup>106</sup> Als Begründung wurde angeführt, dass die Schutzpflicht des Staates sich nicht danach richten könne, wie lang ein Mensch noch zu leben hätte. Eine im Vorfeld getroffene Entscheidung eines zu diesem Zeitpunkt gesunden Patienten sei genauso beachtlich, wie die eines Todgeweihten.<sup>107</sup>

Das Argument einer möglichen Fehleinschätzung des Arztes dürfe keine Handhabe sein, sich über den Patientenwillen hinwegsetzen zu können, da es eine sichere ärztliche Todesprognose bei einer Vielzahl von Erkrankungen nicht gebe.<sup>108</sup> Das hätte für Wachkoma- und Demenzpatienten zur Folge, dass in den meisten Fällen der Behandlungsabbruch ausgeschlossen wäre.<sup>109</sup>

Aus Sicht der Patientenautonomie ist die fehlende Reichweitenbegrenzung zu begrüßen.

---

<sup>102</sup> BGH, Beschluss vom 8. 6. 2005, NJW 2005, 2385

<sup>103</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 17

<sup>104</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 17

<sup>105</sup> bereits im Zwischenbericht der Enquete-Kommission kritisch betrachtet (BT-Drucks. 15/3700 S. 12); so auch: Höfling, NJW 2009, 2849, 2852

<sup>106</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 17

<sup>107</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 17

<sup>108</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 17

<sup>109</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 17

## b) Errichtungsvoraussetzungen für die Patientenverfügung

### aa) Wirksamkeitsvoraussetzungen

Der Gesetzgeber hat in § 1901a (1) BGB einige Tatbestandsvoraussetzungen festgelegt, die für die wirksame Errichtung einer Patientenverfügung zu erfüllen sind. So ist die Verfügung von einem einwilligungsfähigen Volljährigen schriftlich zu errichten und muss eine Entscheidung über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in eine bestimmte, noch nicht unmittelbar bevorstehende ärztliche Maßnahme enthalten.<sup>110</sup>

Die Einwilligungsfähigkeit setzt nicht die Geschäftsfähigkeit voraus, sondern die natürliche Einsichts- und Steuerungsfähigkeit, Art, Bedeutung, Tragweite und Risiken der ärztlichen Maßnahme zu erkennen und seinen Willen danach auszurichten.<sup>111</sup>

Gem. § 1901a (1) BGB ist neben der Einwilligungsfähigkeit auch die Volljährigkeit eine Voraussetzung zur wirksamen Errichtung einer Patientenverfügung. Ein Minderjähriger kann somit trotz möglicherweise vorhandener Einwilligungsfähigkeit und Erfüllung aller übrigen Voraussetzungen keine wirksame Patientenverfügung im Sinne des § 1901a (1) BGB errichten.<sup>112</sup>

Zudem ist die Verfügung schriftlich zu verfassen. Das bedeutet, dass die Form des § 126 BGB einzuhalten ist.<sup>113</sup> Eine mündliche Willensbekundung kann somit nicht vom § 1901a (1) 1 BGB erfasst sein.<sup>114</sup> Das erfordert nicht, dass die gesamte Patientenverfügung eigenhändig schriftlich abzufassen ist, sondern lediglich handschriftlich zu unterzeichnen.<sup>115</sup> Ziel der Schriftform ist es, vor übereilten oder unüberlegten Entscheidungen zu warnen, da die in der Verfügung getroffenen Entscheidungen weitreichende Konsequenzen für Gesundheit und Leben haben.<sup>116</sup> Es soll weiterhin der Klarstellung des Patientenwillens dienen, da ein Dialog zwischen Arzt und Patient nicht mehr erfolgen kann.<sup>117</sup> Müller<sup>118</sup> empfiehlt sogar die

---

<sup>110</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 13

<sup>111</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 12,13

<sup>112</sup> Palandt/Diederichsen, §1901a, Rn. 10

<sup>113</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 13

<sup>114</sup> Höfling, NJW 2009, 2849, 2850

<sup>115</sup> Palandt/Diederichsen, § 1901a, Rn. 11

<sup>116</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 13

<sup>117</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 13

notarielle Form, da in der Beurkundung gleichzeitig die Einwilligungsfähigkeit überprüft wird, die rechtliche Tragweite der Erklärung Erläuterung findet und Hilfestellungen bei der Formulierung eines juristisch eindeutigen Willens gegeben werden kann.

Inhaltliche Voraussetzung einer wirksamen Patientenverfügung ist gem. § 1901a (1) BGB das Vorhandensein einer Entscheidung über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in eine nicht unmittelbar bevorstehende ärztliche Maßnahme. Das bedeutet, dass unmittelbar bevorstehende und zeitnah durchzuführende ärztliche Maßnahmen nicht vom Begriff der Patientenverfügung erfasst sind.<sup>119</sup> Hier kann der Patient direkt seine Einwilligung oder Nichteinwilligung gegenüber dem behandelnden Arzt erklären.

Für alle anderen nicht unmittelbar bevorstehenden Eingriffe stellt sich die Frage, welche Anforderungen an den Bestimmtheitsgrad der Verfügung in Bezug auf Krankheit und Behandlung zu stellen sind. Es wird durchaus kontrovers in der Literatur diskutiert, ob das „Bestimmtheitsgebot“<sup>120</sup> eng oder weit auszulegen ist. Eine Meinung verlangt den Bestimmtheitsgrad, der auch an die Erklärung eines einwilligungsfähigen Patienten zu einer konkret in Rede stehenden Behandlung zu richten ist.<sup>121</sup> Der hohe Grad an Bestimmtheit wird damit begründet, dass der Vertreter lediglich prüfen solle, ob die derzeitige Lebenssituation mit der in der Patientenverfügung beschriebenen übereinstimmt. Es dürfe dem Vertreter keinerlei Raum für eigene Wertungen gelassen werden, da anderenfalls das Selbstbestimmungsrecht des Patienten eingeschränkt wäre.<sup>122</sup> Das bedeutet für die Patientenverfügung, dass diese nur Wirksamkeit entfalten könne, wenn bereits eine konkrete Krankheitssituation bekannt ist und im Rahmen einer ärztlichen Beratung Behandlungsmaßnahmen erörtert werden, um diese präzise in der Verfügung beschreiben zu können.<sup>123</sup> Somit sei dann anscheinend nur die gesundheitsbezogene Patientenverfügung vom Tatbestand des § 1901a (1) BGB erfasst. Diese Meinung geht sogar so weit, dass die meisten bereits errichteten Patientenverfügungen diesem Bestimmtheitsgebot nicht entsprechen und deshalb

---

<sup>118</sup> Bamberger/Roth/Müller, § 1901a, Rn. 8, Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594, 612

<sup>119</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 13

<sup>120</sup> Bamberger/Roth/Müller, § 1091a, Rn. 7

<sup>121</sup> Albrecht/Albrecht, Rn. 163

<sup>122</sup> Albrecht/Albrecht, Rn. 163

<sup>123</sup> Albrecht/Albrecht, Rn. 168

nur als Behandlungswünsche gem. §1901a (2) BGB zu berücksichtigen seien.<sup>124</sup> Kritiker<sup>125</sup> dieser Meinung geben zu bedenken, dass eine vorausschauende Verfügung, die in den Anwendungsbereich des § 1901a (1) BGB fallen soll, alle denkbaren ärztlichen Maßnahmen beinhalten müsste, was zur unnötigen Verlängerung des Verfügungstextes führen würde.

Die andere Meinung spricht sich dafür aus, das Bestimmtheitsgebot weit auszulegen.<sup>126</sup> Das Vorausnehmen seiner künftigen Biographie als Patient und den Fortschritt in der Medizin wird als kleinlich und wenig praktikabel angesehen.<sup>127</sup> Müller<sup>128</sup> vertritt sogar die Auffassung, dass die Patientenverfügung sehr wohl der Auslegung zugänglich sei und zieht hierfür den Vergleich mit der Auslegung einer Verfügung von Todes wegen heran. Wenn also sogar die subjektive Auslegung des Erblasserwillens möglich ist, müsse das auch für die Patientenverfügung gelten.<sup>129</sup> Werden zu hohe Maßstäbe an die Bestimmtheit der Verfügung gesetzt, wäre eine vorausschauende Patientenverfügung nicht mehr möglich und der Anwendungsbereich des § 1901a (1) BGB erheblich eingeschränkt.<sup>130</sup> Es solle daher genügen, wenn anhand der Erklärung des Patienten festzustellen ist, in welcher Behandlungssituation welche ärztliche Maßnahme durchzuführen ist oder zu unterbleiben hat.<sup>131</sup> Auch Schmitz<sup>132</sup> gibt zu bedenken, dass eine übertriebene Konkretisierung dazu führen könne, dass nicht aufgeführte Krankheiten und Behandlungssituationen nicht von der Verfügung erfasst sein sollen.

Dieser zweiten Meinung ist zu folgen, da es nur schwer vorstellbar erscheint, dass der Gesetzgeber mit der Einführung des § 1901a BGB allen bereits vorhandenen Patientenverfügungen die rechtliche Grundlage entziehen wollte, um sie nunmehr nur noch als Behandlungswünsche mit eingeschränkter Bindungswirkung zu qualifizieren. Zudem hat der Gesetzgeber bewusst auf eine zwingende

---

<sup>124</sup> Albrecht/Albrecht, Rn. 170

<sup>125</sup> Bamberger/Roth/Müller, § 1901a, Rn. 7, so auch Müller DNotZ 2010, 169, 180

<sup>126</sup> Palandt/Diederichsen, § 1901a, Rn. 18; so auch: Bamberger/Roth/Müller, § 1901a, Rn. 7; Müller, DNotZ 2010, 169, 181

<sup>127</sup> Palandt/Diederichsen, § 1901a, Rn. 18

<sup>128</sup> Bamberger/Roth/Müller, § 1901a, Rn. 7, so auch: Palandt/Diederichsen, § 1901a, Rn. 18, Müller, DNotZ, 2010, 169, 181

<sup>129</sup> Hoffmann, BtPrax 2009, 7, 11 f.

<sup>130</sup> Müller, DNotZ 2010, 169, 180

<sup>131</sup> Müller, DNotZ 2010, 169, 181

<sup>132</sup> Schmitz, FamFR 2009, 64, 67

vorangegangene ärztliche Beratung verzichtet,<sup>133</sup> die jedoch bei einer gesundheitsbezogenen Verfügung unumgänglich wäre.

## **bb) Keine Wirksamkeitsvoraussetzungen**

Der Gesetzgeber hat - wie zuvor erläutert - einige Voraussetzungen aufgestellt, die zur Errichtung einer wirksamen und verbindlichen Patientenverfügung erforderlich sind. Andere Tatsachen hat er zwar als förderlich für die Willensbildung angesehen, jedoch nicht ausdrücklich als Wirksamkeitsvoraussetzung für notwendig erachtet.

So ist beispielsweise die ärztliche Beratung im Vorfeld zwar wünschenswert, aber für die Errichtung einer verbindlichen Patientenverfügung nicht zwingend nötig.<sup>134</sup> Das wird damit begründet, dass der Patient bei einem unmittelbar bevorstehenden Eingriff auf die ärztliche Beratung verzichten könne, was auch für die Patientenverfügung gelten solle.<sup>135</sup> Die Beratung sei deshalb nicht zwingend erforderlich, weil der Verfügende selbst das Risiko zu tragen hätte, dass die Verfügung bei fehlender Konkretisierung keine Verbindlichkeit entfalten könne.<sup>136</sup> Im Eigeninteresse sollte er deshalb immer fachkundige Beratung in Erwägung ziehen.<sup>137</sup> Diese fehlende formale Hürde wird in der Literatur kritisiert, da gerade bei Behandlungsverzicht für eine zweifelsfreie Bildung und Niederlegung des Patientenwillens zu sorgen sei.<sup>138</sup>

Des Weiteren hat der Gesetzgeber auch Abstand vom Aktualisierungserfordernis genommen.<sup>139</sup> Die Patientenverfügung ist somit keine zeitlich befristete Erklärung.<sup>140</sup> Die Aktualisierung stelle lediglich eine Hilfe für den Vertreter sowie den behandelnden Arzt dahingehend dar, dass die Verfügung nach längerer Zeit überprüft wurde und weiterhin dem Willen des Patienten entspricht.<sup>141</sup> Daraus dürfe jedoch nicht die Schlussfolgerung gezogen werden, dass bei fehlender

---

<sup>133</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 14

<sup>134</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 14

<sup>135</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 14

<sup>136</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 14

<sup>137</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 14

<sup>138</sup> Bamberger/Roth/Müller, § 1901a, Rn. 13

<sup>139</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 14

<sup>140</sup> Bamberger/Roth/Müller, § 1901a, Rn. 15

<sup>141</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 20

Aktualisierung der Behandlungswille womöglich nicht mehr bestehe.<sup>142</sup> Besondere praktische Relevanz bekomme die Aktualisierung der Verfügung bei Änderung der persönlichen Lebensumstände, da der Wille hier nochmals überprüft, bestätigt oder gar ergänzt werden solle, um den Beweiswert einer Weitergeltung auch im Hinblick auf die nunmehr eingetretenen Lebensumstände zu bekräftigen.<sup>143</sup>

Auch die Angabe von Ort und Datum sind nicht zwingend erforderlich, um eine Patientenverfügung wirksam zu errichten.<sup>144</sup> Das Ausweisen dieser Angaben wäre lediglich förderlich, um zu klären, ob die Verfügung auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutrifft.<sup>145</sup> Ferner sind diese Angaben förderlich, um ermitteln zu können, ob zum Errichtungszeitpunkt die notwendige Einsichtsfähigkeit vorgelegen hat.

### **cc) Folgen bei Fehlen von Wirksamkeitsvoraussetzungen**

Sind die Wirksamkeitsvoraussetzungen des § 1901a (1) BGB nicht gegeben, kann die Patientenverfügung keine unmittelbare Bindungswirkung entfalten.<sup>146</sup> Vielmehr ist sie dann als Behandlungswunsch nach § 1901a (2) BGB zu werten.<sup>147</sup> Wäre also beispielsweise das Formerfordernis nicht eingehalten oder die Patientenverfügung zu allgemein formuliert, könne sie vorerst als nicht bindend erachtet werden. Nach *Spickhoff*<sup>148</sup> stünde die Willensbekundung allerdings zunächst unter dem Vorbehalt der Aktualitätsprüfung hinsichtlich des Lebens- und Behandlungssituation. Wird der Sachverhalt von der Verfügung erfasst, stehe dem Betreuer oder Bevollmächtigten jedoch kein Ermessen zu.<sup>149</sup> Im Umkehrschluss wäre daraus zu folgern, dass bei fehlender Kongruenz der Beurteilungsspielraum des § 1901a (2) BGB dem Betreuer ein Abweichen von der Verfügung ermögliche.

Dem Minderjährigen die Errichtung einer Patientenverfügung zu verwehren, wird in der Literatur im Hinblick auf die Privatautonomie gem. Art. 2 (1) i.V.m. Art. 1 GG und

---

<sup>142</sup> Bamberger/Roth/Müller, § 1901a, Rn. 15

<sup>143</sup> Bamberger/Roth/Müller, § 1901a, Rn. 15

<sup>144</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 19

<sup>145</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 20

<sup>146</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 11

<sup>147</sup> Bamberger/Roth/Müller, § 1901a, Rn. 21

<sup>148</sup> Spickhoff, FamRZ 2009, 1949, 1951

<sup>149</sup> Spickhoff, FamRZ 2009, 1949, 1951

dem Gleichheitsgrundsatz nach Art. 3 GG verfassungsrechtlich als äußerst bedenklich angesehen.<sup>150</sup> Die Schaffung einer festen Altersgrenze würde nichts über den Reifegrad des Verfügenden aussagen.<sup>151</sup> Nach der durch den Gesetzgeber vorgetragenen Definition zur Einwilligungsfähigkeit könnten auch Minderjährige einwilligungsfähig sein. Zudem wird ihnen gem. § 1901a (1) BGB die Möglichkeit verwehrt, eine Patientenverfügung zu errichten. Auch der gesetzliche Vertreter könne für sein minderjähriges Kind keine Verfügung errichten, da es sich nach *Bienwald*<sup>152</sup> um eine höchstpersönliche Erklärung handle.

Sollte ein Minderjähriger dennoch eine Patientenverfügung errichten, sei diese zumindest als Behandlungswunsch gem. § 1901a (2) BGB zu werten.<sup>153</sup> Des Weiteren wird angenommen, dass mit Eintritt der Volljährigkeit die Verfügung nachträglich Gültigkeit erlangen könne.<sup>154</sup> Dieser Auffassung ist grundsätzlich zu folgen, da auch ein Minderjähriger die Fähigkeit besitzt, bestimmte ärztliche Maßnahmen zu verstehen und dessen Folgen abzuschätzen. Es sollte ihm demnach die Möglichkeit der verbindlichen Vorsorge nicht entzogen werden. Es ist jedoch stets auf den Einzelfall abzustellen, da die Einsichtsfähigkeit meines Erachtens sowohl zum Zeitpunkt der Errichtung vorgelegen haben muss, als bei Eintritt der Volljährigkeit. Die verbindliche Vorsorge wurde nach dem Gesetzeswortlaut bewusst nur einem Volljährigen vorbehalten. Wenn also eine vormals nicht formwirksam errichtete Verfügung allein durch Eintritt der Volljährigkeit Wirksamkeit erlangen soll, müssen zu diesem Zeitpunkt auch die weiteren Voraussetzungen des § 1901 a (1) BGB erfüllt sein.

### **c) Bindungswirkung der Patientenverfügung**

Die Patientenverfügung soll Verbindlichkeit entfalten, soweit die zuvor genannten Voraussetzungen des § 1901a (1) 1 BGB erfüllt sind und der geäußerte Wunsch auf die konkret beschriebene Lebens- und Behandlungssituation zutrifft.<sup>155</sup> Sind die

---

<sup>150</sup> Bamberger/Roth/Müller, § 1901a, Rn. 11, so auch: Müller, DNotZ 2009, 169, 182, Spickhoff, FamRZ 2009, 1949, 1950

<sup>151</sup> Müller, DNotZ 2009, 169, 182

<sup>152</sup> AG Lüdinghausen, Beschluss vom 24.11.2003, FamRZ 2004, 835 m. Anm. Bienwald

<sup>153</sup> Bienwald/Hoffmann, § 1901a, Rn. 21; ebenso Spickhoff in FamRZ 2009, 1949, 1950; Beermann, FPR 2010, 252, 253

<sup>154</sup> Palandt/Diederichsen, § 1901a, Rn. 10

<sup>155</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 11

Voraussetzungen gegeben, ist es gem. § 1901a (1) 2 BGB Aufgabe des Betreuers oder des Bevollmächtigten, diesem Wunsch Ausdruck und Geltung zu verschaffen.<sup>156</sup> Die Frage, wie konkret die Lebenssituation in der Verfügung zu beschreiben ist, wurde bereits geklärt. Das Bestimmtheitsgebot ist eher weit auszulegen. Fraglich ist nur, in welchem Umfang eine weite Auslegung der Verfügung geboten ist und welche Rolle der Bevollmächtigte oder der Betreuer tatsächlich einnimmt.

#### **aa) Übereinstimmung mit konkreter Lebens- und Behandlungssituation**

Der Gesetzestext gibt dem Rechtsanwender keine Anhaltspunkte an die Hand, wie konkret die Lebens- und Behandlungssituation in der Patientenverfügung beschrieben sein muss. Das lässt Raum für Spekulationen. Der entbrannte Streit über das Maß der Bestimmtheit der Patientenverfügung wurde bereits eingehend erläutert. Die herrschende Meinung<sup>157</sup> hat sich für die eher weite Auslegung der Patientenverfügung entschieden. Fraglich ist hierbei jedoch, wann die Grenze einer weiten Auslegung überschritten ist und die Anwendung des § 1901a (2) BGB zum Tragen kommt. Ist das Bestimmtheitserfordernis in der Patientenverfügung nicht mehr gegeben, entfällt der Anwendungsbereich des § 1901a (1) BGB und die Verfügung kann keine Verbindlichkeit mehr entfalten. Dann ist die Patientenverfügung unter § 1901a (2) BGB zu subsumieren.<sup>158</sup>

Nach der herrschenden Auffassung genüge es, wenn im Wege der Auslegung festzustellen sei, in welcher Behandlungssituation welche ärztliche Maßnahme durchzuführen ist.<sup>159</sup> Dabei stellt sich jedoch die Frage, in welchem Umfang eine Auslegung erfolgen darf. Die ergänzende Auslegung nach dem hypothetischen Patientenwillen könne nach *Hoffmann*<sup>160</sup> hier keine Anwendung finden, da die Ermittlung des mutmaßlichen Willens in den Anwendungsbereich des § 1901a (2) BGB fällt. Bei der Auslegung der Patientenverfügung solle es demnach allein auf die Intention des Verfügenden ankommen. Dabei könnten vormals getroffene

---

<sup>156</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 11

<sup>157</sup> Parland/*Diederichsen*, § 1901a, Rn. 18; so auch: Bamberger/*Roth/Müller*, § 1901a, Rn. 7; Müller, DNotZ 2010, 169, 181

<sup>158</sup> Bienwald/*Hoffmann*, § 1901a, Rn. 55

<sup>159</sup> Müller, DNotZ 2010, 169, 181

<sup>160</sup> Hoffmann, BtPrax 2009, 7, 11

Äußerungen des Betroffenen als auch Gesten herangezogen werden. § 1901 a (1) BGB wäre demnach keiner objektiven Auslegung zugänglich. Nur die individuellen subjektiven Absichten des Verfügenden können bei der Auslegung Berücksichtigung finden, auf Vernunft bei objektiver Betrachtung kann es dabei nicht ankommen.<sup>161</sup> Eine darüber hinausgehende ergänzende Auslegung ist nur dem Anwendungsbereich des § 1901a (2) BGB zugänglich.<sup>162</sup>

### **bb) Die Rolle des Betreuers/Bevollmächtigten**

Im Gesetzesentwurf des Abgeordneten Stünker wird klargestellt, dass eine Einwilligung oder Nichteinwilligung vom Bevollmächtigten oder Betreuer nicht erforderlich ist, wenn die Willensäußerung in der Patientenverfügung auf die konkret eingetretene Lebenssituation zutrifft.<sup>163</sup> Dem Vertreter solle lediglich die Prüfung obliegen, ob die Verfügung der eingetretene Lebens- und Behandlungssituation entspricht. Ist das gegeben, hätte der Betroffene bereits in der Verfügung die Entscheidung über Einwilligung oder Nichteinwilligung selbst getroffen und der Vertreter wäre daran gebunden.<sup>164</sup> Wenn also die Entscheidung durch den Betroffenen selbst bindend vorweggenommen wurde, würde der Vertreter lediglich als Bote handeln.

*Müller*<sup>165</sup> kritisiert in diesem Zusammenhang die „janusköpfige Rechtsnatur“ der Patientenverfügung, indem der Gesetzgeber einerseits den behandelnden Arzt als unmittelbaren Adressaten annimmt und andererseits die Verfügung gleichzeitig als Handlungsanweisung an den Vertreter zu verstehen sei.

*Albrecht/Albrecht*<sup>166</sup> gehen sogar etwas weiter und rügen hier, dass ein Bote lediglich eine Erklärung übermittle, jedoch keine eigenen Kompetenzen inne habe. Gerade mit der Einführung der Untersuchungspflicht, ob eine frühere Festlegung auf die konkrete Lebenssituation zutrifft oder nicht, habe der Gesetzgeber dem Vertreter

---

<sup>161</sup> Hoffmann, BtPrax 2009, 7, 11

<sup>162</sup> Hoffmann, BtPrax 2009, 7, 11

<sup>163</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 14

<sup>164</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 14

<sup>165</sup> Bamberger/Roth/Müller, § 1901a, Rn. 18, so auch: Müller, DNotZ 2010, 169, 173

<sup>166</sup> Albrecht/Albrecht, Rn. 39

eine Prüfungskompetenz eingeräumt, sodass die Rolle als Bote rechtlich ausgeschlossen wäre.<sup>167</sup>

Es ist schwierig zu beurteilen, ob hier eine Botentätigkeit ausgeführt wird oder im Rahmen der Prüfungskompetenz gar die Rechtsstellung eines Vertreters verwirklicht wird. Die durch den Gesetzgeber eingeräumte Prüfungskompetenz würde dem Betreuer oder Bevollmächtigten jedoch keinen Handlungsspielraum einräumen. Der Betreuer übermittelt hier eine bereits vorformulierte Willenserklärung des Betroffenen im Hinblick auf die bevorstehende ärztliche Maßnahme. Meines Erachtens hat der Gesetzgeber dem Betreuer lediglich eine Botenstellung zugebilligt, um das Selbstbestimmungsrecht des Einwilligungsunfähigen zu stärken. Er wollte gerade nicht, dass ein Dritter den Wunsch des Patienten vereiteln könnte, indem er ihm eine Vertreterrolle zuspricht. Die Prüfungskompetenz des Betreuers überschreitet meines Erachtens die rechtliche Stellung des Boten nicht, da er lediglich formell die Voraussetzungen der Verfügung prüft, jedoch keine materiellen Entscheidungskompetenzen zugesprochen bekommt. Die vorformulierte Willenserklärung des Betroffenen wird bei Vorliegen der beschriebenen äußeren Umstände lediglich weitergegeben. Er übermittelt eine fertige fremde Willenserklärung an den Empfänger und führt ihre Wirksamkeit herbei, indem er ihren Zugang bewirkt.<sup>168</sup>

Der Meinung von *Albrecht*<sup>169</sup> ist nicht zu folgen, da die Prüfungspflicht des Betreuers keine Änderung an der Willenserklärung zulässt, sondern lediglich sicherstellt, dass der Wille auch tatsächlich erst in der gewünschten Situation Verwirklichung erfährt. Anderenfalls wäre das verfassungsrechtlich verbürgte Selbstbestimmungsrecht des Patienten verletzt und würde die Gefahr in sich bürden, dass eine Fremdenscheidung den Willen des Patienten ersetzt.<sup>170</sup> Eine eigene Entscheidungskompetenz steht dem Betreuer nicht zu, was bereits am Wortlaut des Gesetzes erkennbar ist. Nach § 1901a (1) BGB hat der Betreuer dem Willen des Patienten lediglich Geltung und Ausdruck zu verschaffen, nach § 1901a (2) BGB hingegen hat er „zu entscheiden“, ob die ärztliche Maßnahme oder deren Unterlassen vorgenommen wird.<sup>171</sup> Der Betreuer wird somit im Falle des § 1901a

---

<sup>167</sup> Albrecht/Albrecht, Rn. 38

<sup>168</sup> MüKo/Schramm, Vorbemerkung zu § 164 - § 181, Rn. 42

<sup>169</sup> Albrecht/Albrecht, Rn. 39

<sup>170</sup> Müller, DNotZ 20010, 169, 176

<sup>171</sup> Müller, DNotZ, 2010, 169, 177

BGB als Bote tätig und übermittelt lediglich die im Vorfeld autonom getroffene Entscheidung des Betroffenen.

### cc) Adressat der Patientenverfügung

Aufgrund der soeben erörterten Problematik stellt sich nunmehr die Frage, an wen die Patientenverfügung tatsächlich gerichtet ist. Hier ist zu diskutieren, ob die Verfügung direkt an den Arzt gerichtet ist und ein Vertreter folglich gar entbehrlich wäre. Nach Gesetzeswortlaut des § 1901a (1) 1 BGB prüft der Betreuer (bzw. nach § 1901a (5) BGB der Bevollmächtigte), ob die in der Verfügung beschriebene Lebenssituation mit der nunmehr eingetretenen übereinstimmt und hat ihr nach § 1901a (1) 2 BGB Ausdruck und Geltung zu verschaffen.<sup>172</sup> Ist dieser Fall eingetroffen, bedarf es keiner Einwilligung durch den Vertreter, vielmehr hat der Betroffene bereits selbst in der Verfügung seine Einwilligung oder Nichteinwilligung abgegeben.<sup>173</sup> Die herrschende Meinung geht davon aus, dass der Patient selbst bei einer im konkreten Fall einschlägigen Patientenverfügung die Einwilligung abgibt und die Verfügung unmittelbare Außenwirkung hat.<sup>174</sup> Folglich stellt sich die Frage, an wen die Verfügung tatsächlich gerichtet ist und ob es bei fehlender Benennung eines Bevollmächtigten der Bestellung eines Betreuers bedarf. Der Gesetzgeber hat hierzu keine Regelung getroffen.

Vor der Einführung des Dritten Betreuungsrechtsänderungsgesetzes wurde der Arzt als unmittelbarer Adressat der Patientenverfügung angesehen.<sup>175</sup> Soweit ein Betreuer oder Bevollmächtigter vorhanden war, stellte die Verfügung für diesen nur eine Handlungsanweisung dar.<sup>176</sup> Eine Auffassung vertritt die Meinung, dass diese Rechtslage auch nach Einführung des § 1901a BGB weitergelte.<sup>177</sup> Das Bestehen einer Betreuung sei nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit der Patientenverfügung und solle ja gerade eine Betreuung überflüssig machen.<sup>178</sup> Die Anordnung der Betreuung sei auch dann nicht zur Prüfung erforderlich, wenn die

---

<sup>172</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 11

<sup>173</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 14

<sup>174</sup> Palandt/*Diederichsen*, § 1901a, Rn. 7, Bamberger/Roth/*Müller*, § 1901a, Rn. 17;

*aA* Albrecht/*Albrecht*, Rn. 39

<sup>175</sup> BGH, Beschluss vom 8. 6. 2005, NJW 2005, 2385

<sup>176</sup> Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594, 604

<sup>177</sup> Renner, ZNotP 2009, 371, 375; Lange, ZEV 2009, 537, 539

<sup>178</sup> Palandt/*Diederichsen*, § 1901a, Rn. 15

vorweg getroffene Entscheidung des Patienten auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutrifft.<sup>179</sup> Die Patientenverfügung habe unmittelbare Außenwirkung, sodass die Bestellung eines Betreuers gar als unzulässig erachtet wird.<sup>180</sup>

Eine andere nunmehr herrschende Ansicht sieht die Mitwirkung des Betreuers oder Bevollmächtigten als erforderlich an, um zumindest die Umsetzung des Patientenwillens zu realisieren.<sup>181</sup> Einerseits wird es mit der Lage der Vorschrift im Betreuungsrecht und andererseits mit dem notwendigen Auslegungsbedarf der Patientenverfügung begründet.<sup>182</sup> Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist auch im Falle einer wirksamen Verfügung gem. §1901a (1) BGB die Existenz eines Betreuers Voraussetzung.<sup>183</sup> Bei Fehlen der Benennung eines Bevollmächtigten wird sogar die Bestellung eines Vertreters gefordert, da eine Patientenverfügung wohl nie so eindeutig formuliert sein dürfte, dass kein Auslegungsbedarf mehr bestehe.<sup>184</sup> Die Ermittlung des Patientenwillens solle nicht allein dem behandelnden Arzt überlassen werden, sondern vielmehr einer Vertrauensperson.<sup>185</sup>

Es erscheint vom Gesetzgeber eher inkonsequent, dass der Betreuer oder Bevollmächtigte einerseits weder rechtlicher Vertreter noch Adressat, aufgrund der unmittelbaren Außenwirkung der Verfügung, sein solle, andererseits sein Vorhandensein in dem Verfahren jedoch für unerlässlich erklärt wird. Es ist fraglich, ob das Rechtsinstitut des Betreuers geeignet ist, die Tätigkeit im Rahmen des Verfahrens nach § 1901a (1) BGB, in der er tatsächlich nur eine Prüfungs- und Kontrollfunktion inne hat, auszuführen. Nach § 1896 (2) 2 BGB ist ein Vertreter nur zu bestellen, wenn rechtliche Besorgungen für den Betroffenen zu tätigen sind.<sup>186</sup> Für eine bloße faktische Hilfestellung besteht nach § 1896 BGB kein Fürsorgebedürfnis im rechtlichen Sinne.<sup>187</sup>

---

<sup>179</sup> Probst, FF 2010, 144, 146

<sup>180</sup> Lange, ZEV 2009, 537, 539 ;

<sup>181</sup> Bamberger/Roth/Müller, § 1901a, Rn. 19; Albrecht/Albrecht, Rn. 39; Müller, DNotZ 2010, 169, 174, Bienwald/Hoffmann, § 1901a, Rn. 50

<sup>182</sup> Bamberger/Roth/Müller, § 1901a, Rn. 19, Müller, DNotZ 2010, 169, 174

<sup>183</sup> Müller, DNotZ 2010, 169, 174

<sup>184</sup> Bamberger/Roth/Müller, § 1901a, Rn. 19, Müller, DNotZ 2010, 169, 174; so auch in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses (BT-Drucks. 16/13314 S. 20)

<sup>185</sup> Müller, DNotZ 2010, 169, 174

<sup>186</sup> Begründung zum 1. Betreuungsrechtsänderungsgesetz (BT-Drucks. 13/7158 S. 33)

<sup>187</sup> MüKo/Schwab, § 1896, Rn. 44;

Nach dem Gesetzeswortlaut des § 1901a (1) BGB wird das Vorhandensein eines Betreuers oder Bevollmächtigten jedoch verlangt. Es erscheint auch gerechtfertigt, dem Betroffenen eine Vertrauensperson oder auch einen unbeteiligten Dritten an die Seite zu stellen, um eine eventuell notwendige Auslegung der Patientenverfügung nicht allein dem Arzt zu überlassen. Gerade im Falle des Behandlungsabbruches wäre es nicht tragbar, die Verantwortung einer einzelnen Person zu überlassen.

#### **dd) Natürlicher Wille und Umsetzung der Patientenverfügung**

Sind die Voraussetzungen der Patientenverfügung gegeben, sodass diese Verbindlichkeit entfalten kann, stellt sich die Frage, ob der vormals festgelegte Behandlungswille tatsächlich noch Umsetzung finden soll. In der Literatur<sup>188</sup> wird hier oftmals das Beispiel der schweren Demenz vorgetragen. Der Betroffene reagiere freudig auf Zuwendung und zeige insgesamt einen lebensbejahenden Zustand, sodass der derzeitige natürliche Wille auf ein Weiterleben hindeute.<sup>189</sup> Diese Lebensfreude kann auch in der bloßen Beobachtung der Umwelt gesehen werden.<sup>190</sup> Zudem wird angenommen, dass dieser Wille die Bindungswirkung der Patientenverfügung beseitige, da nunmehr die frühere Festlegung, aufgrund des entgegenstehenden natürlichen Willens, nicht mehr mit der aktuellen Lebens- und Behandlungssituation übereinstimme und die Festlegung somit auch nicht mehr zu befolgen sei.<sup>191</sup>

#### **d) Widerruf der Patientenverfügung**

Nach § 1901a (1) 3 BGB sind die Anordnungen in der Patientenverfügung jederzeit formlos widerruflich. Somit ist die Wirksamkeit des Widerrufs nicht wie die Patientenverfügung an die Schriftform gebunden. Demzufolge kann die Verfügung wirksam mündlich oder gar durch konkludentes Verhalten widerrufen werden.<sup>192</sup>

---

<sup>188</sup> Coeppicus, NJW 2011, 2085, 2089

<sup>189</sup> Coeppicus, NJW 2011, 2085, 2089

<sup>190</sup> Coeppicus, NJW 2011, 2085, 2089

<sup>191</sup> Spickhoff, FamRZ 2009, 1949, 1951

<sup>192</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 13

*Spickhoff*<sup>193</sup> meint sogar, dass die bloße Wahrscheinlichkeit, dass ein Widerruf erfolgt sein könnte, genüge. Lediglich die spekulative Annahme berechtige seines Erachtens nicht, einen Widerruf anzunehmen. Hier wird ein Verstoß gegen die „Kehrseitentheorie“ kritisiert.<sup>194</sup>

Des Weiteren bemängelt *Beermann*<sup>195</sup>, dass der Widerruf nicht von der Einwilligungsfähigkeit des Patienten abhängt. Das wird daraus geschlossen, dass die Bindungswirkung der Patientenverfügung bereits durch subjektiv-spontanes Verhalten aufgehoben werden kann.<sup>196</sup> Die mangelnde Bindung an Voraussetzungen für den Widerruf ist sicher dem zu gewährenden Lebensschutz geschuldet. Im Falle der Einwilligungsunfähigkeit oder der Schreib- und Sprechunfähigkeit muss dem Patienten die Möglichkeit des Widerrufs gegeben werden. Wie bereits die Expertenkommission im Jahre 2004 in ihrem Zwischenbericht veröffentlicht hat, werden in der Sterbephase häufig die früheren Entscheidungen nochmals überdacht.<sup>197</sup>

Die Kehrseite ist jedoch, dass das fehlende Formerfordernis meines Erachtens die Drittbestimmung begünstigt. Die Entscheidung, ob bereits durch konkludentes Handeln ein Widerruf erfolgt ist, liegt in der Beurteilung des Betreuers und des Arztes. Da es beim Behandlungsabbruch aber um eine folgenreiche Entscheidung zwischen Leben und Tod geht, ist das fehlende Formerfordernis gerechtfertigt. Dem Betroffenen muss bis zuletzt die Möglichkeit eingeräumt werden, frühere Anordnungen zu widerrufen.

### **e) Genehmigungserfordernis**

Bislang gab es keine gesetzliche Regelung, nach der beim Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen eine Genehmigung erforderlich war.<sup>198</sup> § 1904 (1) BGB a.F. regelte lediglich das Genehmigungserfordernis für aktive ärztliche Maßnahmen. Das Unterlassen einer Behandlung wurde von dem Wortlaut der Norm

---

<sup>193</sup> Spickhoff, FamRZ 2009, 1949, 1955

<sup>194</sup> Beermann, FPR 2010, 252, 254

<sup>195</sup> Beermann, FPR 2010, 252, 254, so auch: Höfling, NJW 2009, 2849, 2850 f.

<sup>196</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 14 f.

<sup>197</sup> BT-Drucks. 15/3700 S. 12

<sup>198</sup> MüKo/Schwab, §1904, Rn. 24

jedoch nicht erfasst. In der Rechtsprechung<sup>199</sup> wurde durch analoge Anwendung ein Genehmigungstatbestand bejaht. Im Jahre 2003 hat der Bundesgerichtshof sich jedoch gegen die analoge Anwendung ausgesprochen, aber im Wege der Rechtsfortbildung entschieden, dass bei Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen ebenfalls eine Genehmigung erforderlich sei, da das Gericht aufgrund der Tragweite der Maßnahme eine Kontroll- und Prüfungspflicht inne hat.<sup>200</sup> Dieser sprach sich gleichzeitig für die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung aus.

Mit der Einführung des Dritten Betreuungsrechtsänderungsgesetzes wurde auch § 1904 BGB reformiert.<sup>201</sup> § 1904 BGB erhielt drei neue Absätze. Im neuen Absatz zwei wurde nun auch explizit der Behandlungsabbruch in den Katalog der genehmigungspflichtigen Maßnahmen aufgenommen.<sup>202</sup>

Zudem gilt § 1904 BGB nunmehr nach Abs. 5 auch für Bevollmächtigte, sodass auch bei Handlungen des Bevollmächtigten eine gerichtliche Genehmigung erforderlich wäre.

### **aa) Voraussetzungen der Genehmigungspflicht gem. § 1904 (2) BGB**

Eine Genehmigungspflicht nach § 1904 (2) ist nur unter bestimmten Vorsetzungen gegeben sein. Demnach muss der Behandlungsabbruch vom Aufgabenkreis des Betreuers gedeckt und die Maßnahme ärztlich indiziert sein.<sup>203</sup> Die Voraussetzung der Todesgefahr ist beim Behandlungsabbruch unweigerlich gegeben, da der Tod ja gerade verfolgtes Ziel der Behandlung darstellt.

Es ist fraglich, ob der Behandlungsabbruch vom Aufgabenkreis der Gesundheitsfürsorge erfasst ist. Nach *Schwab*<sup>204</sup> genügt dieser Aufgabenkreis und erfordert keine weitere Konkretisierung, wie beispielsweise die Herbeiführung des Lebensendes, da anderenfalls eine Aufspaltung der Gesundheitsfürsorge zu befürchten wäre. Hier wird zu Recht angeführt, dass die Einwilligung in eine

---

<sup>199</sup> BGH, Urteil vom 13.09.1994, NJW 1995, 204 ff.

<sup>200</sup> BGH, Beschluss vom 17.03.2003, NJW 2003, 1588 ff.

<sup>201</sup> BGBl. I, S. 2287

<sup>202</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 18

<sup>203</sup> MüKo/Schwab, § 1904, Rn. 38

<sup>204</sup> MüKo/Schwab, § 1904, Rn. 39; so auch: Diehn/Rebhan, NJW 2010, 326, 329 f.; Müller, DNotZ 2010, 169, 184; aA: Lange, ZEV 2009, 537, 542

ärztliche Maßnahme nicht anders betrachtet werden dürfe als die Entscheidung zur Unterlassung einer lebensverlängernden Behandlung. Vertritt man die Gegenauffassung, wäre die Bestellung eines Betreuers für die Sterbeentscheidung erforderlich oder der Aufgabenkreis müsse von vorn herein die Entscheidung nach § 1904 (2) BGB beinhalten.<sup>205</sup>

Die gleiche Problematik wird auch hinsichtlich der Bevollmächtigung in der Vollmacht kritisiert. Das Konkretisierungserfordernis sei auch auf den Behandlungsverzicht beziehungsweise den Behandlungsabbruch anzuwenden und somit im Vollmachtstext mit aufzunehmen.<sup>206</sup> Eine andere Ansicht vertritt die Auffassung, dass die Anforderungen an die Vollmacht gleich geblieben sind, sodass sowohl der Behandlungsverzicht als auch der Abbruch erfasst sind.<sup>207</sup> Empfohlen wird jedoch, die Vollmachtserstreckung um den Verzicht und den Abbruch der Behandlung zu erweitern, um eventuelle Zweifel auszuräumen.<sup>208</sup>

Zudem muss der ärztliche Eingriff angezeigt sein, da ohne Indikation keine Behandlung stattfindet, die durch den Betreuer oder Bevollmächtigten abgelehnt oder abgebrochen werden kann.<sup>209</sup> Die medizinische Indikation ist im Gespräch zur Feststellung der Verbindlichkeit nach § 1901b BGB mit dem behandelnden Arzt zu ermitteln. Es wird durchaus der Standpunkt vertreten, dass die medizinische Indikation schon dann fehlt, wenn kein sinnvolles Therapieziel erreicht werden könne.<sup>210</sup> Somit können alle mit der Indikation im Zusammenhang stehenden Fragen nicht durch das Betreuungsgericht, sondern einzig und allein vom Arzt entschieden werden.<sup>211</sup> Fehlt es an der medizinischen Indikation, sei der Patientenwille zum Behandlungsabbruch nicht mehr festzustellen, da der Arzt in eigenverantwortlicher Entscheidung die medizinische Maßnahme unterlassen könne.<sup>212</sup>

Dieser Genehmigungstatbestand greift nur im Falle des § 1901a (2) BGB, da nach § 1904 (2) BGB nur „Entscheidungen“ des Betreuers genehmigungsbedürftig sind.<sup>213</sup>

---

<sup>205</sup> MüKo/Schwab, § 1904, Rn. 39

<sup>206</sup> Lange, ZEV 2009, 537, 542

<sup>207</sup> Diehn, FamRZ 2009, 1958, Diehn/Rebhan, NJW 2010, 326, 329

<sup>208</sup> Diehn, FamRZ 2009, 1958, 1959, so auch: Müller, DNotZ 2010, 169, 185

<sup>209</sup> Albrecht/Albrecht, Rn. 61

<sup>210</sup> Coeppicus, NJW 2011, 2085, 2088

<sup>211</sup> Albrecht/Albrecht, Rn. 61

<sup>212</sup> Coeppicus, NJW 2011, 2085, 2089

<sup>213</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 18

Wie bereits herausgearbeitet wurde, handelt der Betreuer nach § 1901a (1) BGB als Bote und übermittelt lediglich den bereits vorformulierten Willen des Betroffenen. Eine eigene Entscheidungskompetenz steht dem Betreuer oder Bevollmächtigten nur im Rahmen des § 1901a (2) BGB zu. Nach dem Wortlaut des Gesetzes wären demnach Behandlungsabbrüche, die auf § 1901a (1) BGB gestützt werden, nie genehmigungsbedürftig. Das geht auch mit der Begründung im Stünker-Entwurf konform, da ein gerichtliches Kontrollverfahren das Leiden des Patienten nicht unnötig hinauszögern dürfe.<sup>214</sup> Es würde auch dem Sinn und Zweck des § 1901a (1) BGB zuwiderlaufen, da der im Rahmen der Patientenverfügung wirksam geäußerte Wille Verbindlichkeit entfaltet. Dieser könnte auch nicht im Rahmen einer gerichtlichen Kontrolle angezweifelt werden. Zudem wäre das Selbstbestimmungsrecht des Patienten durch das Genehmigungsverfahren enorm eingeschränkt. Der Gesetzgeber könnte der Verfügung nicht einerseits Verbindlichkeit verleihen und es andererseits einem Genehmigungsverfahren unterstellen. Hier wurde der Grundgedanke der Patientenautonomie demnach vom Gesetzgeber konsequenterweise durchgezogen.

#### **bb) Ausnahme vom Genehmigungserfordernis gem. § 1904 (4) BGB**

Sollten Betreuer und behandelnder Arzt keinen Zweifel daran haben, dass der Abbruch der Maßnahme dem Patientenwillen entspricht, ist der Ausnahmetatbestand des § 1904 (4) BGB erfüllt. Die Einschaltung des Betreuungsgerichts ist nur angezeigt, wenn kein Konsens besteht.<sup>215</sup> Die Kontrolle des Gerichts, ob die Ablehnung tatsächlich dem Patientenwillen entspricht, ist somit nur bei Zweifeln am Behandlungswillen geboten. Das wird damit begründet, dass bereits durch die wechselseitige Kontrolle durch Arzt und Betreuer ausreichend Schutz gegeben sei.<sup>216</sup> Ein genereller Misstrauensverdacht entbehrt laut Gesetzgeber jeglicher Grundlage.<sup>217</sup> Sollte dennoch in einigen Einzelfällen durch missbräuchliche Zusammenarbeit Gefahr bestehen, dass Maßnahmen zum Nachteil

---

<sup>214</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 19

<sup>215</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 19

<sup>216</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 19

<sup>217</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 19

des Patientenwillens vorgenommen werden, kann jeder Dritte jederzeit eine betreuungsgerichtliche Kontrolle in Gang setzen.<sup>218</sup>

Die Entbehrlichkeit der gerichtlichen Kontrolle bei Einvernehmen zwischen Arzt und Betreuer hat den Zweck, das Leiden des Patienten durch ein oftmals durch mehrere Instanzen gehendes Verfahren unnötig hinauszuzögern.<sup>219</sup> Die stetige Erforderlichkeit einer Genehmigung würde zu massiv in das Selbstbestimmungsrecht des Patienten eingreifen und war dadurch auf ein obligates Maß an Kontrolle zu beschränken.<sup>220</sup>

Fraglich bleibt jedoch, warum der Gesetzgeber die Genehmigung nach § 1904 (4) BGB für den gesamten § 1901a BGB für entbehrlich hält, wenn doch tatsächlich im Falle des § 1901a (1) BGB gar keine Genehmigung erforderlich gewesen wäre.

Die Gesetzessystematik erscheint hier eher un schlüssig, da im Abs. 4 alle Konstellationen des § 1901a BGB erfasst sind, nach § 1904 (2) BGB jedoch nur der Fall des § 1901a (2) BGB. Sollten demnach entgegen der Ausnahmeregelung Zweifel bei Arzt und Betreuer an der Wirksamkeit des geäußerten Willens bestehen, ist aufgrund der Verweisung im § 1904 (4) BGB eine Genehmigungspflicht nach § 1904 (2) BGB gegeben. Aber wie gerade herausgearbeitet, ist die verbindliche Patientenverfügung nach § 1901a (1) BGB gar nicht vom § 1904 (2) BGB erfasst. Nun stellt sich die Frage, ob bei Zweifeln an der Verbindlichkeit der Verfügung nach § 1901a (1) BGB gar keine Genehmigung erforderlich wäre oder eine entsprechende Anwendung zum Tragen kommen solle.

*Schwab*<sup>221</sup> hält § 1904 (2) BGB hier für entsprechend anwendbar, da eine Kontrolle immer dann geboten sein soll, wenn Arzt und Betreuer unterschiedlicher Auffassungen sind.<sup>222</sup> Die Einschaltung des Betreuungsgerichts sei zum Schutz des Betroffenen erforderlich, wenn Uneinigkeit über den Behandlungswillen besteht.<sup>223</sup> Der Gesetzgeber stellt hier zwar auf die Ermittlung des „individuell-mutmaßlichen Patientenwillen[s]“<sup>224</sup> ab, eine Erweiterung auf den Fall des § 1901a (1) BGB

---

<sup>218</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 19

<sup>219</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 19

<sup>220</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 19

<sup>221</sup> MüKo/Schwab, § 1904, Rn. 43

<sup>222</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 19

<sup>223</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 19

<sup>224</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 19

erscheint aber sinnvoll.<sup>225</sup> Bei Zweifeln des Betreuers an der Maßgeblichkeit der Verfügung oder des Arztes an der Wirksamkeit oder Relevanz des geäußerten Willens wäre ebenfalls eine gerichtliche Kontrolle geboten.<sup>226</sup>

Es ist anzumerken, dass auch Meinungsverschiedenheiten zwischen Arzt und Betreuer beziehungsweise Bevollmächtigtem im Falle des § 1901a BGB denkbar wären. Sollte man eine entsprechende Anwendung des § 1904 (2) BGB bejahen, ist fraglich, welches Handeln hier tatsächlich zu genehmigen wäre. Kann die indizierte Maßnahme des Arztes der gerichtlichen Genehmigung unterworfen oder kann das Handeln des Betreuers der gerichtlichen Kontrolle im Wege eines Genehmigungsverfahrens unterstellt werden? Grundsätzlich kann das Betreuungsrecht nur die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters durch einen Genehmigungstatbestand beschränken.<sup>227</sup>

Die Handlungen eines Arztes können meines Erachtens demnach keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Aber auch hinsichtlich des Handelns des Betreuers wurde bereits festgestellt, dass dieser im Falle des § 1901a (1) BGB nicht als gesetzlicher Vertreter, sondern lediglich als Bote auftritt. Er übt somit auch keine Vertretungsmacht aus, die im Rahmen eines betreuungsgerichtlichen Genehmigungsverfahrens überprüft und beschränkt werden könnte. Meines Erachtens wäre hier lediglich eine Aufsichtspflicht des Gerichts gem. § 1908i (1) 1 i.V.m. § 1837 (2) BGB geboten, indem man möglicherweise ein pflichtwidriges Verhalten durch Gebote oder Verbote unterbindet. Doch in Anbetracht der Schwere der vorzunehmenden Maßnahme erscheint eine bloße Aufsichtspflicht als unzulängliche Kontrolle. Eine schlüssige Begründung, warum hier ein betreuungsgerichtliches Genehmigungsverfahren entsprechend heranzuziehen ist, vermag in Anbetracht der dürftigen Gesetzesbegründung und mangelhaften Wortwahl des Gesetzgebers bei der sprachlichen Ausgestaltung der Normen Schwierigkeiten bereiten.

Ein Genehmigungstatbestand könnte damit begründen werden, dass zwischen Arzt und Betreuer Uneinigkeit darüber besteht, ob § 1901a (1) BGB oder § 1901a (2) BGB einschlägig ist. Sollte demnach der Betreuer an der Verbindlichkeit der Verfügung im Sinne des § 1901a (1) BGB zweifeln, wäre 1901a (2) BGB einschlägig

---

<sup>225</sup> MüKo/Schwab, § 1904, Rn. 43

<sup>226</sup> MüKo/Schwab, § 1904, Rn. 43

<sup>227</sup> MüKo/Schwab, Vorbemerkungen zu §§ 1896 bis 1908i, Rn. 14

und somit auch eine Entscheidung als gesetzlicher Vertreter erforderlich, was einen Genehmigungstatbestand und das Tätigwerden des Gerichts rechtfertigen würde. Wird der Fall jedoch umgekehrt konstruiert, wäre die Anwendbarkeit des § 1904 (2) BGB schon wieder fragwürdig. Festzustellen ist, dass eine generelle entsprechende Anwendung nicht schlüssig begründet werden kann, aber aufgrund der schweren Folgen des Behandlungsabbruches geboten sein müsste.

Es ist zu bezweifeln, dass dem Gesetzgeber bei der Novellierung diese Fallkonstellation nicht bewusst war. Nach dem Wortlaut des § 1904 (4) BGB ist der Fall des § 1901a (1) BGB vom Ausnahmetatbestand erfasst. Kommt jedoch der Umkehrschluss des § 1904 (4) BGB zum Tragen und greift die Verweisung auf § 1904 (2) BGB, wird die Gesetzessystematik unschlüssig. Auch wenn in der Literatur mittlerweile eine entsprechende Anwendung bejaht wird, ist dringend eine Klarstellung durch den Gesetzgeber geboten.

### **cc) Erforderlichkeit der Betreuerbestellung**

Hier kommt das bereits erläuterte Problem zum Tragen, ob die Bestellung eines Betreuers erforderlich ist, wenn in der Verfügung tatsächlich kein Bevollmächtigter benannt wird. Eine Regelung hinsichtlich der Erforderlichkeit des Vorhandenseins eines Betreuers hat der Gesetzgeber leider nicht getroffen.

Eine Auffassung vertritt die Meinung, dass bei der fehlenden Benennung die Bestellung eines Betreuers weder erforderlich noch zulässig sei, da die Verfügung direkt an den Arzt gerichtet ist.<sup>228</sup> *Schwab*<sup>229</sup> erachtet die Bestellung eines Betreuers erst für erforderlich, wenn der Arzt Zweifel an der Wirksamkeit der Patientenverfügung hat.

Die andere Meinung<sup>230</sup> vertritt die Auffassung, die Bestellung eines Betreuers sei deshalb erforderlich, weil die Existenz nach dem Gesetzeswortlaut des § 1901a BGB voraussetzt wird, der Standort der Vorschrift im Betreuungsrecht es verlangt

---

<sup>228</sup> Probst, FF 2010, 144, 146; so auch: MüKo/*Schwab*, § 1904, Rn. 44

<sup>229</sup> MüKo/*Schwab*, § 1904, Rn. 44

<sup>230</sup> Bamberger/Roth/*Müller*, § 1901a, Rn. 19; Albrecht/Albrecht, Rn. 39; Müller, DNotZ 2010, 169, 174, Bienwald/*Hoffmann*, § 1901a, Rn. 50

und die Auslegungsbedürftigkeit der Verfügung diese erfordert.<sup>231</sup> Eine so schwerwiegende Entscheidung dürfe dem Arzt nicht allein überlassen bleiben.<sup>232</sup>

Da gem. § 1904 (4) BGB eine Genehmigung des Betreuungsgerichts entbehrlich sei, wenn bei Arzt und Betreuer bzw. Bevollmächtigtem Einvernehmen bestehe, wird auch in dieser Norm die Existenz eines Betreuers oder Bevollmächtigten durch den Gesetzgeber vorausgesetzt.<sup>233</sup> Die Notwendigkeit der Bestellung eines Betreuers bei fehlender Benennung eines Bevollmächtigten hat jedoch leider keine gesetzliche Regelung gefunden.

Meines Erachtens sind beide Meinungen vertretbar, da weder die Gesetzesbegründung noch der Wortlaut der Norm Anhaltspunkte dafür liefern können, dass einer Auffassung aufgrund von Unschlüssigkeit nicht gefolgt werden kann.

Nach meiner Auffassung ist bereits aufgrund der Bedeutsamkeit und der Folgeschwere des Behandlungsabbruchs das Vorhandensein eines Betreuers erforderlich. Der Deutsche Bundestag hat sich zwar in der Abstimmung am 18.06.2009<sup>234</sup> gegen den erhöhten staatlichen Lebensschutz, wie einst im Bosbach-Entwurf<sup>235</sup> vorgeschlagen, entschieden, jedoch diesem damit nicht vollkommen eine Absage erteilt.<sup>236</sup>

Zum Schutz des Lebens des Betroffenen erachte ich die Bestellung eines Betreuers bei fehlender Benennung eines Bevollmächtigten generell erforderlich. Wie bereits die Enquete-Kommission im Jahr 2004 herausgearbeitet hat, bewerten Erkrankte kurz vor der Sterbephase eine früher getroffene Entscheidung oftmals anders.<sup>237</sup>

Da der Gesetzgeber eine Aktualisierungspflicht für nicht regelungsbedürftig erachtete, erscheint die Bestellung eines Betreuers zur Überprüfung des Patientenwillens auf die Kongruenz mit der aktuellen Lebens- und Behandlungssituation notwendig. Der erforderliche Auslegungsbedarf aufgrund der

---

<sup>231</sup> Müller, DNotZ 2010, 169, 178

<sup>232</sup> BT-Drucks. 16/13314 S. 20

<sup>233</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 19

<sup>234</sup> Protokoll des Deutschen Bundestages vom 18.06.2009 (BT-Drucks. 16/227 S.25124)

<sup>235</sup> BT-Drucks. 16/11360

<sup>236</sup> BT-Drucks. 16/8442 S. 8

<sup>237</sup> BT-Drucks. 15/3700 S. 12

inkonsequenter gesetzlichen Regelung macht die Bestellung eines Betreuers, wenn auch nur zu Prüfungszwecken, notwendig.

## **IV. Auswertung der gesammelten Erkenntnisse**

Mit der Einführung des Dritten Betreuungsrechtsänderungsgesetzes wurden zwar einige Probleme der Rechtspraxis gelöst, jedoch blieben andere ungeklärt und neue Fragen wurden aufgeworfen.

Die mangelhafte Wortwahl und die lückenhafte Gesetzesbegründung erschweren dem Rechtsanwender eine schlüssige Handhabung des Verfahrens und einen problemlosen Umgang mit der Patientenverfügung. Hat man bei einer Problematik einen klaren Standpunkt bekleidet, bemerkt man bei einem Folgeproblem, dass die zuvor vertretene Auffassung nicht mehr schlüssig begründet werden kann.

In einigen Punkten hat der Gesetzgeber inkonsequent, wenn nicht sogar nachlässig gearbeitet. Es sind gesetzgeberische Maßnahmen geboten, um Rechtssicherheit herbeizuführen.

### **1. Fehlende Festlegung des Bestimmtheitsgrades**

Die fehlende Festlegung des Bestimmtheitsgebotes in der Patientenverfügung hat die Literaturmeinungen in zwei Lager gespalten. Die Inkonsequenz des Gesetzgebers hat weitreichende Folgen. Es ist fraglich, ob der Gesetzgeber das Selbstbestimmungsrecht gestärkt und gleichzeitig einen angemessenen Ausgleich zwischen Patientenautonomie und Lebensschutz geschaffen hat. Grundsätzlich hat er Vorsorge zu treffen, dass die Patientenautonomie nicht von Fremdbestimmung vereitelt wird.<sup>238</sup> Dieses Vorhaben konnte der Gesetzgeber mit der Einführung des Dritten Betreuungsrechtsänderungsgesetzes jedoch leider nicht umsetzen. Problematisch erscheint hier besonders die fehlende Beratungs- und Aktualisierungspflicht.

Zwar hat der Gesetzgeber die ärztliche Beratung und die regelmäßige Aktualisierung als empfehlenswert eingestuft, sie jedoch nicht gesetzlich normiert. Er hat damit billigend in Kauf genommen, alle bereits vorhandenen Verfügungen zu

---

<sup>238</sup> Höfling, NJW 2009, 2849, 2852

einem Behandlungswunsch in Sinne des § 1901a (2) BGB zu entwerfen,<sup>239</sup> denn es steht außer Frage, dass eine Kongruenz zwischen Patientenverfügung und der aktuellen Lebens- und Behandlungssituation nur mit fachkundiger Beratung erreicht werden kann.<sup>240</sup>

Die fehlende gesetzliche Normierung eines Bestimmtheitsgrades sowie der Beratungs- und Aktualisierungspflicht begünstigt die Fremdbestimmung am Lebensende, obwohl die eigentliche Intention des Gesetzgebers mit der Einführung des Dritten Betreuungsrechtsänderungsgesetzes die Stärkung der Patientenautonomie war. *Beermann*<sup>241</sup> bringt es mit der Aussage auf den Punkt, dass der Dialog zwischen Arzt und Betreuer, in dem Dritte über Leben und Tod entscheiden, in einem rechtsfreien Raum erfolgt. Er regt an, dass zumindest Anreize für eine ärztliche Beratung vor der Errichtung der Patientenverfügung geschaffen werden müssen. Meines Erachtens ist zur Stärkung der Patientenautonomie die Beratung und Aktualisierung unerlässlich.

Dem juristischen Laien wurde durch Fachpresse und Medien vorgespielt, dass sie verbindlich für das Lebensende durch Errichtung einer Patientenverfügung vorsorgen könnten. Die letzten Jahre seit der Einführung des Dritten Betreuungsrechtsänderungsgesetzes haben jedoch leider gezeigt, dass die Patientenverfügung nicht zwingend Verbindlichkeit entfaltet.

Es ist zumindest geboten, die Öffentlichkeit darüber zu informieren, dass bei einer nicht gesundheitsbezogenen Patientenverfügung die Verbindlichkeit angezweifelt werden kann. Die Formulierung in der Broschüre des Bundesministeriums der Justiz, die Behandlungssituationen sei „möglichst konkret“<sup>242</sup> zu beschreiben, genügt nicht dem Aufklärungsbedarf, der angesichts der Tragweite einer fehlenden Konkretisierung geboten ist. Es besteht dringender Handlungsbedarf, da anderenfalls die Einschränkung oder gar Vereitelung der Patientenautonomie droht.

---

<sup>239</sup> Beermann, FPR 2010, 252, 255

<sup>240</sup> Höfling, NJW 2009, 2849, 2852

<sup>241</sup> Beermann, FPR 2010, 252, 255

<sup>242</sup> Broschüre des Bundesministeriums der Justiz zur Patientenverfügung, S. 16

## **2. Notwendigkeit der Bestellung Betreuer**

Des Weiteren ist der Gesetzgeber gehalten, Stellung zu beziehen, ob die Bestellung eines Betreuers für das Prüfungsverfahren nach § 1901a (1) 1 BGB erforderlich ist. Im Zuge dessen wäre ebenfalls zu klären, welche Rolle der Betreuer oder der Bevollmächtigte im Rahmen des Prüfungsverfahrens bekleidet und an wen die Patientenverfügung tatsächlich gerichtet ist. Diese Fragen müssten zwangsläufig durch den Gesetzgeber beantwortet werden, wenn die Notwendigkeit der Bestellung bejaht oder verneint wird.

## **3. Genehmigungspflicht im Falle des §1901a (1) BGB**

Wie eingehend herausgearbeitet, hat der Gesetzgeber nicht eindeutig klargestellt, ob auch bei Meinungsverschiedenheiten im Falle des § 1901a (1) BGB ein Genehmigungserfordernis gegeben ist. Der Umkehrschluss des § 1904 (4) BGB verweist auf § 1904 (2) BGB und impliziert eine Genehmigungspflicht, wenn ein Dissens zwischen dem Arzt und dem Betreuer oder Bevollmächtigten besteht. Der Fall des § 1901a (1) BGB ist jedoch tatsächlich nicht vom § 1904 (2) BGB erfasst. Die Gesetzessystematik ist hier nicht schlüssig. Es ist diesbezüglich eine Klarstellung geboten, ob nach Sinn und Zweck der Norm eine entsprechende Anwendung des Genehmigungstatbestandes geboten ist. Aus der Gesetzesbegründung jedenfalls können diesbezüglich keine Rückschlüsse gezogen werden.

## C Fazit

Nunmehr soll meine eingangs gestellte Frage unter Berücksichtigung der gesammelten Erkenntnisse beantwortet werden. Kann der Patient mit einer Patientenverfügung verbindlich für das Ende seines Lebens vorsorgen? Dieser Frage kann leider nur mit der beliebten juristischen Antwort – es kommt darauf an – entgegnet werden.

Die Diplomarbeit hat dargelegt, dass die neuen gesetzlichen Regelungen noch einige Schwachstellen aufweisen. Es sind nicht nur Klarstellungen durch die Gesetzgeber ratsam, sondern auch eine Überarbeitung nach dem Wortlaut der Gesetzestexte.

Trotz der aufgezeigten Schwachstellen würde grundsätzlich die Möglichkeit bestehen, verbindlich für das Lebensende vorzusorgen. Empfehlenswert ist jedoch, im Vorfeld einen ärztlichen Rat zu Krankheitssituationen und Behandlungsmöglichkeiten einzuholen. Die Errichtung einer Patientenverfügung erscheint erst zum Zeitpunkt einer unmittelbar durch den Arzt gestellten Diagnose sinnvoll, wenn ein spezifisches Krankheitsbild erstellt und die Behandlungsmöglichkeiten erörtert wurden. In dem Falle bestünde die Möglichkeit, eine gesundheitsangepasste Verfügung zu erstellen, die im jedem Falle dem Bestimmtheitsgebot entspräche.

Die Einführung des Dritten Betreuungsrechtsänderungsgesetzes stellt ohne Frage eine innovative und richtungweisende Regelung dar, die grundsätzlich ermöglicht, Entscheidungen für den Fall der Einwilligungsunfähigkeit für das Lebensende verbindlich festzulegen.

Die aufgezeigten Lösungsmöglichkeiten der Literaturmeinungen sind weder bis zuletzt schlüssig noch befriedend. Es wäre nunmehr Aufgabe des Gesetzgebers einen schlüssigen roten Faden in das Dritte Betreuungsrechtsänderungsgesetz zu „flechten“.

## Literaturverzeichnis

### Monografien

Albrecht, Andreas/Albrecht, Elisabeth, Die Patientenverfügung, Bielefeld 2009

zitiert: Albrecht/Albrecht, Rn. ...

Ehmer, Josef, Bevölkerungsgeschichte und Historische Demographie 1800 – 2000, Enzyklopädie Deutscher Geschichte, Band 71, Oldenburg 2004

zitiert: Ehmer, Seite ...

Zimmermann, Walter, Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung für die Beratungspraxis, Berlin 2007

zitiert: Zimmermann, Seite ...

### Kommentare

Bamberger/Roth, Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 21. Edition, Stand vom 01.03.2011

zitiert: Bamberger/Roth/*Bearbeiter*, § ..., Rn. ...

Bienwald, Sonnenfeld und Hoffmann, Kommentar zum Betreuungsrecht, 5. neu bearbeitete Auflage, Bielefeld 2011

zitiert: Bienwald/*Bearbeiter*, § ..., Rn. ...

Damrau/Zimmermann, Betreuungsrecht, Kommentar zum materiellen und formellen Recht, 4. neubearbeitete Auflage, Stuttgart 2011

zitiert: Damrau/*Zimmermann*, § ..., Rn. ...

Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar zum GG, 13. Edition, Stand vom 01.01.2012

zitiert: Epping/Hillgruber/*Bearbeiter*, Art. ..., Rn. ...

Palandt, Otto, Kurzkommentar zum BGB, 71. neubearbeitete Auflage, München 2012

zitiert: Palandt/*Bearbeiter*, § ..., Rn. ...

Münchener Kommentar zum BGB, OnlineKommentar, 6. Auflage 2012

zitiert: MüKo/*Bearbeiter*, § ..., Rn. ...

### **Aufsätze**

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

Becker-Schwarze, Kathrin, Patientenautonomie aus juristischer Sicht, FPR 2007, 52 ff

Beermann, Christopher, Die Patientenverfügung, FPR 2010, 252 ff

Coeppicus, Rolf, Offene Fragen zum „Patientenverfügungsgesetz“, NJW 2011, 2085 ff.

Damm, Reinhard, Persönlichkeitsschutz und medizintechnische Entwicklung – Auf dem Weg in die persönlichkeitsrechtliche Moderne, JZ 1998, 926 ff.

Deutsch, Erwin, Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antizipierte Einwilligung des Patienten, NJW, 1979, 1905 ff.

Diehn, Thomas, Das Ausdrücklichkeitsgebot des neuen § 1904 Abs. 5 Satz 2 BGB, FamRZ 2009, 1985 ff.

Diehn, Thomas, Rebhan, Ralf, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung, NJW 2010, 326 ff.

Hoffmann, Birgit, Auslegung von Patientenverfügungen – zugleich eine Betrachtung des Gesetzentwurfs von Stünker et al. (BT-Drs. 16/8442), BtPrax 2009, 7 ff.

Höfling, Wolfgang, Das neue Patientenverfügungsgesetz, NJW 2009, 2049 ff.

Hufen, Friedhelm, in dubio pro dignitate - Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens, NJW 2001, 849 ff.

Lange, Wolfgang, Das Patientenverfügungsgesetz – Überblick und kritische Würdigung –, ZEV 2009, 537 ff.

Müller, Gabriele, Verbindlichkeit und Grenzen der Patientenverfügung – Zur Rechtslage de lege lata et de lege ferenda, ZEV 2008, 583 ff.

Müller, Gabriele, Die Patientenverfügung nach dem 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetz: alles geregelt und vieles ungeklärt, DNotZ 2010, 169 ff.

Olzen, Dirk, Metzmacher, Angela, Rechtliche Probleme der Patientenverfügung – Einleitung in das Thema, FPR 2010, 249 ff.

Probst, Martin, Patientenverfügung - gelöste und ungelöste Probleme nach der Neuregelung, FF 2010, 144 ff.

Renner, Thomas, Nur "alter Wein in neuen Schläuchen"? - Zur gesetzlichen Regelung der Patientenverfügung, ZNotP 2009, 371 ff.

Schmitz, Benedikt, Voraussetzungen und Umsetzung der Patientenverfügung nach neuem Recht: Ein dialogischer Prozess, FamFR 2009, 64 ff.

Spickhoff, Andreas, Rechtssicherheit kraft Gesetzes durch sog. Patientenverfügungen? – Zum Dritten Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts - , FamRZ 2009, 1949 ff.

Sternberg-Lieben, Detlev, Strafbarkeit des Arztes bei Verstoß gegen ein Patienten-Testament, NJW 1985, 2734 ff.

Uhlenbruck, Wilhelm, Der Patientenbrief – die privatautonome Gestaltung des Rechts auf einen menschenwürdigen Tod, NJW 1978, 566 ff.

## Impressum

Herausgeber  
Dekan Fachbereich Rechtspflege

ISBN  
978-3-943579-45-1

Auflage  
100

Druck  
HWR Berlin

Berlin Oktober 2012