

Dr. Hans-Joachim Heßler

Vizepräsident des Oberlandesgerichts München

Schriftliche Stellungnahme zu den dem Deutschen Bundestag vorliegenden Entwürfen zu einer gesetzlichen Regelung der Patientenverfügung

(Öffentliche Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags am 4. März 2009 in Berlin)

Die Stellungnahme bezieht sich auf die drei dem Deutschen Bundestag vorliegenden Entwürfe zu einer gesetzlichen Regelung der Patientenverfügung:

- Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts, BT-Drs. 16/8442 (im Folgenden: Stünker-Entwurf) samt Änderungsantrag auf Ausschussdrucksache 16(6)268;
- Entwurf eines Gesetzes zur Verankerung der Patientenverfügung im Betreuungsrecht (Patientenverfügungsgesetz – PatVerfG; im Folgenden: Bosbach-Entwurf) samt Änderungsantrag der Abgeordneten Göring-Eckardt, Dr. Terpe u.a.;
- Entwurf eines Gesetzes zur Klarstellung der Verbindlichkeit von Patientenverfügungen (Patientenverfügungsverbindlichkeitsgesetz – PVVG; im Folgenden Zöller-Entwurf).

Die Stellungnahme setzt sich - ausgehend von einer kurzen Analyse der derzeitigen Rechtslage - besonders damit auseinander, welcher der Entwürfe am besten die Selbstbestimmung des Patienten mit dem Fürsorgegedanken vereinen kann. Von diesen Maximen lassen sich nämlich alle drei Entwürfe leiten, schlagen aber je nach Gewichtung der Maximen ganz unterschiedliche Lösungsansätze vor. Die Stellungnahme soll auch die Praktikabilität der in den Entwürfen gefundenen Lösungen, vor allem im Verhältnis zwischen Vertreter des Patienten, sei es ein Bevollmächtigter oder ein gerichtlich bestellter Betreuer, und Arzt und im vormundschaftsgerichtlichen Verfahren bewerten. Zur juristischen Bewertung der Entwürfe aus verfassungsrechtlicher und betreuungsrechtlicher Sicht kann ergänzend auch weitreichend auf die schriftliche Stellungnahme von Prof. Dr. Lipp verwiesen werden.

I. Ausgangspunkt: Analyse der geltenden Rechtslage – Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung

Patientenverfügungen sind in Deutschland weit verbreitet. Erläuterungsbroschüren, Informationsschriften und Vordrucke gibt es zahlreich, sie finden reißenden Absatz. Streitfragen zur Patientenverfügung werden nicht nur in der juristischen und medizinischen Fachliteratur, sondern auch in der Tagespresse diskutiert. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17. März 2003¹ hat auch die politische Debatte über eine gesetzliche Regelung der Patientenverfügung beschleunigt. Kaum mehr überschaubar ist, was unterschiedliche parlamentarische und außerparlamentarische Gremien zu Zulässigkeit und Grenzen der Patientenverfügung erarbeitet haben. Die unterschiedlichen politischen Vorstellungen haben sich in drei Entwürfen kristallisiert, von denen der Stünker-Entwurf die Selbstbestimmung des Patienten in den Vordergrund rückt, der Bosbach-Entwurf den Fürsorgegedanken betont und der Zöller-Entwurf den dialogischen Prozess der Umsetzung einer Patientenverfügung in die Mitte rückt.

¹ BGHZ 154, 205.

Nach der geltenden Rechtslage, die sich aus höchstrichterlicher Rechtsprechung ergibt, ist eine Patientenverfügung eine schriftlich oder mündlich erklärte Willensäußerung eines einwilligungsfähigen Patienten, durch die er vorsorglich für den Fall, dass er seinen Willen so künftig nicht mehr wird äußern können, seine Einwilligung in eine bestimmte medizinische Behandlung erklärt oder verweigert. Meist wird diese Willenserklärung für den Fall einer vorgestellten künftigen Erkrankung vorgenommen.

1. Verfassungsrechtslage

Von den Grundrechten sind Art. 1 Abs. 1 GG mit der Garantie der Menschenwürde und das in Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz verankerte Selbstbestimmungsrecht des Patienten berührt. Die Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG enthält als konstitutives Element die Garantie für ein Leben in Freiheit und Subjektivität. Ein Eingriff in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung durch den Staat ist niemals zulässig. Es widerspricht der menschlichen Würde, den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen.

Das in Art. 2 Abs. 1 GG verankerte Selbstbestimmungsrecht des Patienten erfasst die leiblich-seelische Integrität auch gegenüber zu Heilzwecken vorgenommenen Eingriffen. Dabei ist der Patient frei, seine Maßstäbe zu wählen und nach ihnen zu leben und zu entscheiden. Der Arzt hat diese Entscheidungen zu respektieren, auch wenn der Patient es ablehnt, einen lebensrettenden Eingriff zu dulden. Dieses Freiheitsrecht gibt dem Schwerstkranken auch einen Anspruch, unter Beachtung seines Selbstbestimmungsrechts in Würde sterben zu dürfen.

In der verfassungsrechtlichen Diskussion wird erörtert, ob die aus der Menschenwürde und dem Selbstbestimmungsrecht abgeleitete Forderung nach Entscheidungsfreiheit über Behandlungsmöglichkeiten am Lebensende durch das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit in Art. 2 Abs. 2 GG eingeschränkt ist. Die Menschenwürde ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der oberste

Wert im grundrechtlichen Wertesystem. Kommen das Leben und die Menschenwürde in ein Konkurrenzverhältnis, gibt es keinen Vorrang für den Lebensschutz gegenüber der Menschenwürde. Zum Selbstbestimmungsrecht hat das Bundesverfassungsgericht festgehalten, der Kranke habe das volle Selbstbestimmungsrecht über seine leiblich-seelische Integrität. Es handelt sich dabei um den ureigensten Bereich der Persönlichkeit des Menschen. Der Patient dürfe seine Maßstäbe selbst wählen und nach ihnen leben und entscheiden. Die Beachtung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten sei ein wesentlicher Teil des ärztlichen Aufgabenbereichs. An diesen verfassungsrechtlichen Grundsätzen muss sich jede gesetzliche Regelung der Patientenverfügung in Deutschland messen lassen. Aus dem verfassungsrechtlichen Wertesystem lässt sich aber auch entnehmen, dass kein Anspruch auf aktive Sterbehilfe besteht. Im Gegenteil: Das Verbot aktiver Sterbehilfe durch das Strafrecht ist in Deutschland allgemein politischer und gesellschaftlicher Konsens. Änderungsvorschläge hierzu sind, anders als in den Niederlanden oder in Belgien, politisch nicht mehrheitsfähig. Dies gilt auch für Bereiche, die den Übergang zwischen erlaubter indirekter Sterbehilfe und verbotener aktiver Sterbehilfe markieren, so der ärztlich assistierte Suizid, der etwa in der Schweiz gestattet ist.

Die Patientenverfügung richtet sich als Vorsorgeinstrument für den Fall der eigenen Handlungsunfähigkeit an den zukünftig behandelnden Arzt². Sie ist wichtigste Grundlage für die Ermittlung des Patientenwillens. Sie ist zugleich Handlungsanweisung für den rechtlichen Vertreter des Patienten, der den in der Patientenverfügung niedergelegten Patientenwillen im Falle der Handlungsunfähigkeit des Patienten umzusetzen hat.³ Die Patientenverfügung tritt als Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts in ein Spannungsverhältnis zu dem ebenfalls höchstrangigen Verfassungsrechtsgut auf Leben aus Art. 2 Abs. 2 GG. Die Verfassungsrechtsslage bestimmt letztlich die einfachgesetzliche Ausgestaltung der Patientenverfügung im Zivilrecht, beeinflusst aber auch die

² MünchKomm/Schwab, BGB, 4. Aufl. 2004, § 1904 Rdnr. 20.

³ Bamberger/Roth-Spindler, BGB, 2. Auflage 2008, § 823 RdNr. 768a.

grundsätzliche Entscheidung für den Lebensschutz am Lebensende durch das Strafrecht. In den Abwägungsprozess zwischen Selbstbestimmungsrecht und Recht auf Leben fließen ethische Vorstellungen über ärztliche Behandlung oder Behandlungsabbruch am Lebensende ein.

2. Die Patientenverfügung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs
- BGHZ 154, 205

Eine gesetzliche Regelung der Patientenverfügung fehlt bislang. Es gibt also weder Formvorschriften noch gesetzliche Bestimmungen zur Bindungswirkung oder zur Reichweite einer Patientenverfügung. Auch fehlen Bestimmungen dazu, ob bei der Befolgung einer Patientenverfügung am Lebensende durch Einstellen lebenserhaltender medizinischer Maßnahmen eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts notwendig ist. Die rechtliche Situation wird vielmehr durch die höchstrichterliche Rechtsprechung geprägt. Hierzu ist an erster Stelle für das Zivilrecht der Beschluss des 12. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 17. März 2003⁴ zu nennen. Diese Entscheidung nimmt ihrerseits Bezug auf ein Urteil des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 13. September 1994⁵. Dem 12. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs lag im Wege der Divergenzvorlage nach § 28 Abs. 2 FGG die Frage vor, ob die Einwilligung des Betreuers eines selbst nicht mehr entscheidungsfähigen, irreversibel hirngeschädigten Betroffenen in den Abbruch der Ernährung mittels einer PEG-Magensonde analog § 1904 BGB der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfe. Das vorliegende Oberlandesgericht hatte für eine derartige Genehmigungsbedürftigkeit im geltenden Recht keine Rechtsgrundlage gesehen. Amts- und Landgericht hatten einen entsprechenden Antrag auf Genehmigung mangels Rechtsgrundlage zurückgewiesen. Der Patient, um dessen Patientenverfügung es ging, war nach einem Herzinfarkt ins Koma

⁴ BGHZ 154, 205.

⁵ BGHSt 40, 257.

gefallen. Er wurde seitdem über eine PEG-Sonde ernährt. Eine Kontaktaufnahme mit ihm war nicht mehr möglich. Nach zwei Monaten hatte das Vormundschaftsgericht den Sohn des Patienten als Betreuer u. a. für den Aufgabenkreis der Gesundheitsorge bestellt. Nachdem der Patient etwa 16 Monate im Koma gelegen hatte, beantragte sein Sohn als Betreuer beim Vormundschaftsgericht, die Einstellung der Ernährung über die PEG-Sonde zu genehmigen. Er verwies dabei auf eine Patientenverfügung, in der für einen derartigen Fall eine weitere künstliche Ernährung untersagt wurde.

Der Bundesgerichtshof beantwortete die vorgelegte Frage dahingehend, dass der Betreuer bei einem einwilligungsunfähigen Patienten an einen im voraus festgelegten Patientenwillen gebunden sei. Die Einwilligung in eine ärztlicherseits angebotene lebenserhaltende oder -verlängernde Behandlung könne der Betreuer nur mit Zustimmung des Vormundschaftsgerichts wirksam verweigern. Der Bundesgerichtshof hatte dabei die Entscheidungszuständigkeit des Vormundschaftsgerichts nicht aus einer analogen Anwendung des § 1904 BGB, sondern aus einem unabweisbaren Bedürfnis des Betreuungsrechts abgeleitet.⁶

2. Zweifelsfragen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Auf den ersten Blick scheint die Entscheidung des 12. Zivilsenats Klarheit über die Bindungswirkung der Patientenverfügung und die Notwendigkeit der Einschaltung des Vormundschaftsgerichts im Dissensfall zu bringen. Die Gründe des Beschlusses haben aber eine äußerst kontroverse Diskussion über sonstige Voraussetzungen der Patientenverfügung provoziert.⁷ Die Diskussion über die Entscheidung des 12. Zivilsenats entzündet sich vor allem an der Frage, ob die Entscheidung die Wirkung einer Patientenverfügung auf die Krankheitsphase

⁶ OLG Frankfurt, FamRZ 1998, 1137 und OLG Karlsruhe, FamRZ 2002, 488 hatten in diesen Fällen eine Genehmigungsbedürftigkeit analog § 1904 BGB angenommen.

⁷ *Deutsch*, Verfassungszivilrecht bei der Sterbehilfe, NJW 2003, 1567f.; *Höfling/Rixen*, Vormundschaftsgerichtliche Sterbeherrschaft?, JZ 2003, 884; *Lipp*, "Sterbehilfe" und Patientenverfügung", FamRZ 2004, 317.

unmittelbar vor dem Tod beschränkt. Der Bundesgerichtshof hat selbst zu dieser Verwirrung beigetragen. Im Leitsatz und in der Entscheidung wird darauf verwiesen, das Grundleiden müsse einen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen haben. Hinter dieser Formulierung hatte man stets die unmittelbare Sterbephase verstanden. In dieser Krankheitsphase ist eine weitere intensiv-medizinische Behandlung aber gar nicht mehr geboten. Die ärztliche Heilkunst gebietet, von da an das Behandlungsziel auf ärztliche Sterbebegleitung umzustellen. So ist es auch in den Grundsätzen der Bundesärztekammer zur Sterbebegleitung festgehalten.⁸ Kann der Arzt schon aufgrund der Grundsätze ärztlicher Heilkunst keine lebenserhaltenden Maßnahmen mehr anbieten, kann es bei Auslegung des Patientenwillens auch nicht zu einem Dissens kommen, der eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich machen würde. Widersprüchlich ist auch, dass die BGH-Entscheidung einen Komafall betraf, in dem ein irreversibel tödlicher Verlauf nach herkömmlichem Verständnis noch nicht eingetreten war.⁹ Der Zivilsenat des Bundesgerichtshofs bezieht sich zudem auf die Entscheidung des 1. Strafsenats von 1994 (sog. Kemptener Entscheidung).¹⁰ Auch in dieser Entscheidung ging es gerade nicht um einen irreversibel tödlichen Krankheitsverlauf. Vielmehr hatte der Strafsenat einen Sachverhalt zu beurteilen, bei dem der Patient sich gerade noch nicht im unmittelbaren Sterbeprozess befand. Der Strafsenat hatte für diese Fallkonstellation strenge Anforderungen an die Annahme eines erklärten oder hypothetischen Willens auf Behandlungsabbruch festgeschrieben.¹¹

Die dargestellten Widersprüche in den Entscheidungsgründen zur strafrechtlichen Entscheidung und der offenkundige Widerspruch zur

⁸ Vgl. Ziff. I der Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung; DÄBl 2004 A1298, 1299; s. hierzu *Sahm/Ritter-Sahm*, Therapie am Lebensende, BTPrax 2004, 11ff.

⁹ Der BGH hat in BGHZ 163, 195-201 seine in BGHZ 154, 205 entwickelten Grundsätze im sog. "Traunsteiner Fall" erneut auf einen Wachkomapatienten angewandt, der sich nicht in einem irreversibel tödlichen Krankheitsverlauf nach herkömmlichem Verständnis befand.

¹⁰ BGHSt 40, 257.

¹¹ *Lipp*, a.a.O., FamRZ 2004, 317, 319; *Kutzer*, Die Auseinandersetzung mit der aktiven Sterbehilfe, ZRP 2003, 213f.

zugrunde liegenden Fallkonstellation führten im Anschluss an die Entscheidung zu erheblicher Kritik in Fachpresse, Rechtswissenschaft und Tagespresse. Aus diesen Gründen sah sich die Vorsitzende des 12. Zivilsenats veranlasst, in Interviews die Entscheidung selbst zu interpretieren. Frau Dr. Hahne erklärte etwa in der FAZ vom 18. Juli 2003 zu dem in der Entscheidung verwendeten Begriff "irreversibel tödlicher Verlauf": "Voraussetzung dafür, dass künstlich lebensverlängernde Maßnahmen gegen den Willen des Patienten nicht oder nicht mehr vorgenommen werden dürfen, ist also, dass der Patient bei einem natürlichen Verlauf seiner Krankheit ohne künstliche Hilfsmittel sterben würde ... Wir meinen, dass eine Weiterbehandlung - auch aus ärztlich-ethischer Sicht - nur dort vorgenommen werden sollte, wo eine Chance besteht, dass der Patient wieder zu einer Persönlichkeit wird, die als bewusster Mensch am Leben der anderen teilnehmen kann. Wenn eine solche Chance nicht mehr besteht, befindet sich unseres Erachtens ein solcher Wachkoma-Patient in einem irreversibel tödlichen Verlauf ...".¹² Zwar ist eine nachträgliche Interpretation durch die Vorsitzende eines Senats rechtswissenschaftlich nicht beachtlich, interessant bleibt sie für die öffentliche Wirkung des Richterrechts aber gleichwohl. Umgekehrt interessiert die Öffentlichkeit kaum, dass die Ausführungen zum Krankheitsverlauf im Beschluss des Bundesgerichtshofs rechtsdogmatisch zu den obiter dicta zu zählen sind, die die Untergerichte nicht binden.¹³

Folge der Diskussion ist, dass gerade über die entscheidende Frage, ob Patientenverfügungen auch dann binden, wenn ein irreversibel tödlicher Krankheitsverlauf noch nicht vorliegt, Unklarheit besteht. Sie lässt Patienten, Ärzte, Anwälte und Vormundschaftsrichter und das Pflegepersonal im Ungewissen.

¹² vgl. *Hahne*, Zwischen Fürsorge und Selbstbestimmung, FamRZ 2003, 1619.

¹³ so *Lipp*, a.a.O., FamRZ 2004, 317, 319; *Geißendörfer/Tietze*, Sicherung der Patientenautonomie am Lebensende, BTPrax 2004, 43.

3. Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung

Zwar gibt es in Deutschland aufgrund der Rechtsprechung ein sicheres zivilrechtliches Fundament für die Beachtung der Patientenverfügung beim nicht mehr einwilligungsfähigen Patienten. Die allgemeine Verunsicherung der in die Entscheidungen am Lebensende einzubeziehenden Personen und Professionen zeigt aber, dass eine gesetzliche Regelung unerlässlich ist. Rechtstatsächliche Umfragen sowohl bei Ärzten als auch bei Juristen belegen, dass schon die Grundbegriffe im Zusammenhang mit Behandlungsabbruch und Sterbehilfe nicht beherrscht werden.¹⁴ Die Patienten verlangen nach Rechtssicherheit, wünschen vielfach auch eine Beachtung ihres Willens für den Fall irreversibler Hirnschädigungen, etwa durch Wachkoma oder bei weit fortgeschrittener Demenz.

II. Bewertung der vorliegenden Gesetzentwürfe

Für die politische Entscheidung, welcher der Gesetzentwürfe realisiert werden sollte, spielt die Bewertung eine Rolle, inwieweit Selbstbestimmung und Fürsorge am ehesten vereint werden können, ohne die nötigen Sicherungen für den Patienten außer Acht zu lassen. Die verfassungsrechtliche Grenze muss dabei stets im Blick bleiben. Wichtig erscheint auch, eine Lösung zu finden, die sich in das geltende Zivilrecht, das alle drei Entwürfe zutreffender Weise als Standort ihrer Regelung wählen, einfügt.

1. Reichweitenbeschränkung

Wie bei der Auslegung des Bundesgerichtshofs vom 17. März 2003 wird die rechtspolitische Diskussion in ganz überwiegendem Maß von

¹⁴ *Machenbach/Kirchhartz*, Zu Bedeutung und Validitätsvoraussetzungen von Patientenverfügungen, BTPrax 2005, 54; *May/Charbonnier*, Patientenorientierte Versorgung am Lebensende, in: *May/Charbonnier* (Hg.), Patientenverfügungen, Münster 2005, S. 161ff; nach einer Studie von *Borasio/Weltermann/Voltz/Reichmann/Zierz*, Einstellungen zur Patientenbetreuung in der letzten Lebensphase: Eine Umfrage bei neurologischen Chefärzten, Nervenarzt 2004, 1187ff, halten 32% der neurologischen Chefärzte in Deutschland indirekte Sterbehilfe für strafbar, 60 % haben Angst vor Rechtsfolgen beim Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen.

der Frage beherrscht, ob eine gesetzliche Regelung die Bindungswirkung der Patientenverfügung auf bestimmte Krankheitsverläufe beschränken soll. Das Spektrum der Meinungen reicht von einer Beschränkung auf irreversibel tödlichen Krankheitsverlauf in engstem Sinne bis hin zu einer gesetzlichen Regelung, in der keinerlei Reichweitenbeschränkung enthalten ist.

Wer eine Reichweitenbeschränkung fordert, beruft sich auf die Fürsorge für den hilflosen Patienten. Der Patient müsse vor eigenen Anschauungen aus weit zurückliegender Zeit geschützt werden. Angeführt wird auch, eine für die Zukunft wirkende Entscheidung könne so gar nicht getroffen werden, weil sich niemand den Verlauf einer Krankheit vorstellen könne, die er nicht selbst erlebe. Die Patientenverfügung dürfe nicht zum Türöffner für eine Forderung nach aktiver Sterbehilfe werden.¹⁵ Der Bosbach-Entwurf differenziert im Sinne einer Reichweitenbeschränkung: Nur Patientenverfügungen, die die Wirksamkeitsvoraussetzungen des § 1901b Abs. 2 BGB-E (ärztliche Aufklärung, Dokumentation des Aufklärungsgesprächs, notarielle Beurkundung, die nicht länger als fünf Jahre zurück liegt) einhalten, sind bindend, alle anderen nur, wenn eine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit vorliegt, oder „der Patient mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit trotz Ausschöpfung aller medizinischen Möglichkeiten das Bewusstsein niemals wiedererlangen wird“ (§ 1901b Abs. 3 BGB-E). Nach dem Änderungsantrag der Abgeordneten Göring-Eckart u.a. soll die zweite Alternative, die auf das endgültige Entfallen des Bewusstseins abstellt, entfallen, die Reichweitenbeschränkung also noch strikter gelten.

Diejenigen, die eine Reichweitenbeschränkung ablehnen, verweisen auf den Vorrang der Selbstbestimmung. Sie vergleichen den Fall der Patientenverfügung mit der Einwilligung des einwilligungsfähigen Patienten in eine ärztliche Heilbehandlung. Völlig unumstritten ist hier, dass jede noch so sinnvolle ärztliche Behandlung auch dann abgelehnt wer-

¹⁵ Enquete-Kommission des Deutschen Bundestags "Recht und Ethik in der modernen Medizin, Zwischenbericht, BT-Drs. 15/3700.

den kann, wenn diese Ablehnung unweigerlich zum Tode führt.¹⁶ Der Stünker-Entwurf (§1901a Abs 3 BGB-E) und der Zöller-Entwurf (§ 1901b Abs. 1 S. 1 BGB-E) verzichten diesem Gedanken folgend auf eine Reichweitenbeschränkung.

Eine Wertung der Verfassungsgrundsätze erlaubt eine Reichweitenbeschränkung im Gesetz meiner Ansicht nach kaum.¹⁷ Sie erscheint aber auch nicht notwendig, um den Patienten aus dem Fürsorgegedanken heraus zu schützen. Die Auslegung der im Bosbach-Entwurf verwendeten Definition anhand medizinischer Begrifflichkeit wird beinahe nicht zu lösende Schwierigkeiten und Gutachterstreitigkeiten nach sich ziehen. Wann verläuft eine Krankheit unheilbar tödlich? Wann wird mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit das Bewusstsein niemals wieder erlangt? Werden derartige Begriffe in einer gesetzlichen Abgrenzung verwendet, muss sich im Streitfall das Vormundschaftsgericht darüber Klarheit verschaffen und die medizinischen Begriffe juristisch ausfüllen. Hinzu kommt, dass bei irreversibel-tödlichem Verlauf der Krankheit eine Weiterbehandlung in sehr vielen Fällen medizinisch gar nicht mehr indiziert ist, also umgekehrt als ärztlicher Kunstfehler anzusehen ist (häufig: Sauerstoffgabe im Sterbeprozess, Flüssigkeitszufuhr).

Hinter der Forderung nach Reichweitenbeschränkung steht die Angst, Patientenverfügungen könnten leichtfertig verfasst, der Patient an vor Jahren in Unkenntnis verfasste Wünsche gebunden sein. Diese Problematik kann aber nicht dadurch gelöst werden, dass eine ganze Gruppe von Behandlungswünschen von vornherein aus der rechtlichen Verbindlichkeit herausgenommen wird. Vielmehr hat der Umsetzungsprozess zu klären, was der Patient für die eingetretene Situation angeordnet hat. Der Arzt ist dabei an die Regeln der ärztlichen Heilkunde, das

¹⁶ Vgl. u.a. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 5. Aufl. 2003, Rz. 16, 187; *Kutzer*, Patientenautonomie am Lebensende, *BTPrax* 2005, 50, 51; *Wagenitz*, Patientenverfügung im geltenden und im künftigen Recht, *FamRZ* 2005, 669, 670; *BGHZ* 90, 103, 105.

¹⁷ S. a. *Hufen*, Verfassungsrechtliche Grenzen des Richterrechts, *ZRP* 2003, 248, 252; *Lipp*, a.a.O., *FamRZ* 2004, 317, 319.

Berufsrecht und das Strafrecht gebunden, das die aktive Sterbehilfe in § 216 StGB verbietet. Der Patient braucht nicht zu befürchten, an eine vor Jahrzehnten verfasste Patientenverfügung zu seinem Nachteil gebunden zu sein. In jedem Fall ist vor Abbruch der ärztlichen Behandlung aufgrund eines niedergelegten Patientenwillens zu prüfen, ob die Patientenverfügung noch aktuell und auf die eingetretene Krankheitssituation anzuwenden ist. Diese Mühe der Interpretation kann rechtlchem Vertreter und behandelndem Arzt nicht abgenommen werden, umgekehrt schützt sie den Patienten vor vermeintlich voreiliger Festlegung, ohne dass verfassungsrechtlich bedenklich eine Vielzahl von Anordnungen des Patienten für bestimmte Behandlungssituationen von vorneherein durch Gesetz für unmaßgeblich erklärt werden müssten. Von einer Reichweitenbeschränkung im Gesetz sollte also wie in den Entwürfen von Stünker und Zöller vorgesehen abgesehen werden.

2. Sicherung durch Formvorschriften

Im geltenden Recht gibt es keine Formvorschriften für eine Patientenverfügung.¹⁸ Dem Gesetzgeber steht bei einer gesetzlichen Regelung die gesamte Palette von Formvorschriften zur Verfügung, soweit nicht verfassungsrechtlich etwas anderes geboten wäre. Dabei sollte aber immer im Auge bleiben, welchen Zweck Formalia für das angestrebte Ziel haben.

Der Zöller-Entwurf behandelt der geltenden Rechtslage entsprechend alle Formen der Äußerung des Patientenwillens gleich, empfiehlt aber mittels einer „Soll-Vorschrift“ Schriftlichkeit (§ 1901c BGB-E). Der Stünker-Entwurf versteht unter einer Patientenverfügung eine schriftliche Erklärung des Patienten, andere Äußerungen des Patienten sind als mutmaßlicher Wille zu berücksichtigen (§ 1901a Abs. 1 und 2 BGB-E). Der Bosbach-Entwurf enthält eine Reihe von Formalia als Wirksamkeitsvoraussetzung (ärztliche Aufklärung, notarielle Beurkundung, Fünf-

¹⁸ BGHZ 154, 205 spricht davon, dass der voraus erklärte Wille des Patienten "etwa in der Form einer sogenannten Patientenverfügung" geäußert werden kann.

Jahres-Zeitraum), will aber andere Äußerungen, die die Reichweitenbeschränkung einhalten, auch berücksichtigen (§ 1901b Abs. 2 und 3 BGB- E).

Formvorschriften haben Warn-; Klarstellungs- und Beweisfunktion, sie wollen zu fachkundiger Beratung veranlassen.¹⁹ Wer ein eher risikoreiches Geschäft abschließt, soll durch Einhaltung einer bestimmten Form davor gewarnt werden. Bedeutungsvolle Geschäfte sollen im Übrigen auch beweisbar sein. Gerne verwendet wird das Argument, wenn man schon für ein Grundstücksgeschäft notarielle Beurkundung vorsehe, müsse dies erst recht für die lebensentscheidenden Fragen eines ärztlichen Behandlungsabbruchs am Lebensende gelten. Diese Diskussion verkennt aber die grundsätzlich andere Struktur der Patientenverfügung.²⁰ Hinter der Patientenverfügung steht der sich in ihr Ausdruck verleihende Patientenwille. Der Patientenwille ist jeweils auch dann maßgeblich, wenn er nicht in einer vom Gesetz etwa vorgesehenen Form abgegeben ist. Dieser Struktur der Patientenwünsche wird der Zöller-Entwurf am ehesten gerecht, der die Willensäußerungen grundsätzlich zunächst alle gleich behandelt; auch die anderen beiden Entwürfe kommen nicht umhin, nicht den gesetzten Formalia entsprechende Willensäußerungen des Patienten in irgendeiner Weise zu berücksichtigen, weil die Nichtigkeitsfolge des § 125 BGB (Rechtsgeschäfte, die nicht der vorgeschriebenen Form genügen, sind nach allgemeinem bürgerlichen Recht nichtig) nicht passt. Dann erscheint es aber schon vom Grundsatz her nicht stimmig, zwischen verschiedenen Arten der Äußerung des Patientenwillens zu unterscheiden.

Notarielle Beurkundung erscheint verfehlt, weil damit eine nicht notwendige Hemmschwelle vor der Abfassung einer Patientenverfügung aufgebaut würde, zumal die rechtliche Beratung nicht im Mittelpunkt ei-

¹⁹ Palandt/Ellenberger; BGB, 68. Aufl. 2009, § 125 RdNr. 2 - 6; Winkler, Beurkundungsgesetz, 15. Aufl. 2003, Einl. Rdnr. 19.

²⁰ von Renesse, Die Patientenverfügung in der Diskussion, BTPrax 2005, 47 verweist darauf, dass die Patientenverfügung keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung des zivilrechtlichen Schuldrechts sei.

nes Beratungsgespräch zur Patientenverfügung stehen wird. Empfehlenswert erscheint ein ärztliches Beratungsgespräch. Zwingend vorausgesetzt sollte ein derartiges Beratungsgespräch aber schon deshalb nicht sein, weil der einwilligungsfähige Patient auch wirksam auf ein ärztliches Beratungsgespräch verzichten kann.²¹ Im Übrigen ist darauf zu verweisen, dass die allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen über Einwilligungsfähigkeit und Willensmängel (Irrtum, Täuschung, Drohung usw.) allesamt auch bei der Patientenverfügung greifen, besondere Sicherungen in dieser Hinsicht also nicht nötig sind.

3. Sicherung durch Dialog - Die Umsetzung einer Patientenverfügung

Jede Patientenverfügung bedarf in der konkreten Behandlungssituation, in der sie beachtet werden soll, der Umsetzung. Behandelnder Arzt und rechtlicher Vertreter des Patienten müssen prüfen, ob die vorausbestimmte Behandlungssituation eingetreten ist, ob der geäußerte Patientenwille noch aktuell oder möglicherweise widerrufen ist, ob Willensmängel vorliegen und der Patient bei Äußerung des Behandlungswunsches einwilligungsfähig war. Die Umsetzung der Patientenverfügung ist kein Automatismus, sondern ein dialogischer Prozess zwischen Arzt und Vertreter des Patienten, der mit der Stellung der Indikation durch den Arzt beginnt. Wenn eine Indikation für die Einleitung einer ärztlichen Behandlung oder deren Fortsetzung nicht mehr besteht, muss die Maßnahme schon aus diesem Grunde unterbleiben. Ansonsten trifft Arzt und Vertreter des Patienten, die vielfach rechtlich gebunden sind (Arztvertrag, Innenverhältnis aus der Bevollmächtigung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer, Betreuungsrecht, Strafrecht, Standesrecht), die Verpflichtung, rechtlich verbindlich die Wirksamkeit und Anwendbarkeit der Patientenverfügung zu prüfen und gegebenenfalls danach zu handeln. Eine gesetzliche Regelung sollte auch von einer verpflichtenden Einschaltung eines sog. Ethikkonsils absehen.

²¹ *Taupitz*, Gutachten für den 63. Deutschen Juristentag 2000, A 129, empfiehlt de lege ferenda, die behandlungsablehnende Patientenverfügung an das Vorliegen eines ärztlichen Beratungsgesprächs zu knüpfen; *Keilbach*, Vorsorgeregeln für Krankheit, Alter und Tod, FamRZ 2003, 969, 972; *Palandt/Sprau*, a.a.O., § 823 RdNr. 156; BGH NJW 1973, 556, 558.

Rechtlich verantwortlich sind der behandelnde Arzt auf Grund des Arztvertrags und der Bevollmächtigte aufgrund Auftrags oder der Betreuerkraft gerichtlicher Entscheidung. Sonstige nahestehende Personen, also weitere Angehörige oder das Pflegepersonal²², sind damit selbstverständlich nicht an einer Mitwirkung gehindert. Sie haben sogar eine wichtige Funktion bei der dialogischen Umsetzung des Patientenwillens und bei der Missbrauchskontrolle, weil sie sich jederzeit an das Vormundschaftsgericht wenden können. Zwischen einer solchen Mitwirkung und der rechtlichen Verantwortung ist aber streng zu unterscheiden. Die dialogische Umsetzung ist ein wirksamerer Schutz vor Übereilung, Festhalten an nicht mehr aktuellem Willen oder Bindung trotz fehlerhafter Willensbildung des Patienten als die Reichweitenbeschränkung oder die Überfrachtung mit formellen Voraussetzungen. Die dialogische Umsetzung vermag auf die einzelne Situation einzugehen und die Nachteile pauschaler Regelung zu vermeiden. So kann bei der Wertung auch berücksichtigt werden, ob sich ein Patient ärztlich beraten lassen hat. Den dialogischen Prozess der Umsetzung regelt ausdrücklich der Zöller-Entwurf in § 1901d-E, dem insoweit der Vorzug zu geben ist.

4. Sicherung durch gerichtliches Verfahren

Ähnlich umstritten wie die Frage, ob im Gesetz eine Reichweitenbeschränkung festgeschrieben werden sollte, ist de lege ferenda, ob und in welchen Fällen der Abbruch einer ärztlichen Heilbehandlung aufgrund des in der Patientenverfügung niedergelegten Patientenwillens der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf. Aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17. März 2003 leitet die gerichtliche Praxis derzeit ganz überwiegend ab, dass eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts nur in Dissensfällen notwendig ist, wenn sich also Arzt und rechtlicher Vertreter des Patienten über den Patien-

²² In der oben FN 9 zitierten Entscheidung führt der BGH aus, die Gewissensfreiheit des Pflegepersonals verleihe kein Recht, sich durch aktives Handeln über das Selbstbestimmungsrecht des durch den Betreuer vertretenen Patienten hinweg zu setzen.

tenwillen nicht einig sind. Der Gesetzgeber sollte sich bei einer Entscheidung über diese Frage die Funktion des Vormundschaftsgerichts im Entscheidungsprozess zwischen Arzt und rechtlichem Vertreter vor Augen führen. Das Betreuungsrecht kennt den Schutz des Patienten bei besonders schwerwiegenden Eingriffen, besonders Grundrechtseingriffen, in §§ 1904, 1906 BGB. Grundsätzlich ist also die Frage zu beantworten, ob die Gefährdung des Patienten mit Blick auf das Recht auf Leben durch Missbrauchsmöglichkeiten von Seiten des Arztes und des Betreuer oder Bevollmächtigten eine generelle Einschaltung des Vormundschaftsgerichts notwendig machen. Über Missbrauchsfälle ist aus der vormundschaftsgerichtlichen Praxis bislang nicht berichtet worden. Da das Vormundschaftsgericht auf Anregung von Amts wegen tätig werden muss, ist der Schutz des Patienten auch dann sichergestellt, wenn keine generelle Genehmigungsbedürftigkeit vorgesehen wird. Ist nach Ansicht einer Pflegekraft oder eines anderen Angehörigen als des rechtlichen Vertreters die Auslegung des Patientenwillens streitig, wird das Vormundschaftsgericht, für das das Amtsermittlungsprinzip gilt, über eine entsprechende Anregung hin ohnehin mit der Sache befasst werden. Das Vormundschaftsgericht muss sich dann darauf beschränken, den Patientenwillen sorgfältig zu ermitteln, es kann nicht eine eigene Wertentscheidung über Fortsetzung der Behandlung oder Abbruch an die Stelle derjenigen des Patienten setzen.²³ Grundlage wird die Patientenverfügung und der aus sonstigen Quellen zu ermittelnde Patientenwille sein, der gegebenenfalls durch Zeugen- einvernahme und unter Zuhilfenahme von sachverständigem Rat zu klären sein würde. Grundsätzlich sollte eine gesetzliche Regelung auf diesen Überlegungen aufsetzen: Das Vormundschaftsgericht sollte nur in Dissensfällen eingeschaltet werden, nur auf diese Weise kann eine Bürokratisierung des Sterbens in unseren Krankenhäusern vermieden werden. Eine entsprechende Ausgestaltung enthalten die Entwürfe von Zöller und Stünker. Der Bosbach-Entwurf sieht darüber hinaus immer dann eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung vor, wenn keine

²³ Wagenitz, a.a.O., FamRZ 2005, 669, 670f.

unheilbar tödlich verlaufende Krankheit vorliegt und der Patientenwille in einer Patientenverfügung im Sinne des Entwurfs niedergelegt ist (§ 1904 Abs. 3 BGB-E); danach wäre auch in Fällen, in denen kein Dissens in der Auslegung der Patientenverfügung besteht, eine gerichtliche Genehmigung erforderlich. Zum Schutz des Patienten erscheint eine derartige Ausweitung der Genehmigungsbedürftigkeit nicht notwendig, zumal zu befürchten wäre, dass Ärzte und Patientenvertreter "vorsichtshalber" in einer Vielzahl von Fällen von der Annahme einer unheilbar tödlich verlaufenden Krankheit absehen werden, also künftig ein Behandlungsabbruch regelmäßig nur noch mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung vorgenommen werden würde. Für den Patienten wäre dann nicht mehr Sicherheit geschaffen, die ohnehin belastende Situation für die Angehörigen aber noch verschärft.

III. Fazit

Der Vielgestaltigkeit der Situationen am Lebensende wird unter Berücksichtigung des Selbstbestimmungsrechts und der notwendigen Fürsorge für den Patienten der Zöller-Entwurf am meisten gerecht. Er zeichnet zutreffend den dialogischen Prozess der Umsetzung nach und sichert damit bei genauer Betrachtung auch in ausreichendem Maße vor sachfremden Einflüssen und Übereilung. Er wird damit den Erwartungen der Menschen gerecht, die heute bereits in Anwendung der geltenden Rechtslage Patientenverfügungen verfasst haben und deren Beachtung erwarten. Dem Zöller-Entwurf sollte deshalb aus meiner Sicht der Vorzug gegenüber den anderen beiden Entwürfen gegeben werden.