

Zur gesetzlichen Regelung der Patientenverfügung

Stellungnahme

für den
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags

zur Vorbereitung der Anhörung am 4. März 2009

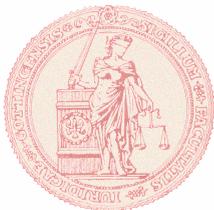
23. Februar 2009

Prof. Dr. Volker Lipp

Institut für Privat- und Prozessrecht / Zentrum für Medizinrecht

Juristische Fakultät

Georg-August-Universität Göttingen



Gliederung

A. Einleitung	4
B. Die derzeitige Rechtslage	5
I. Die Entwicklung der Rechtsprechung	5
II. Ärztliche Behandlung am Lebensende	5
1. <i>Rechtliche Struktur der ärztlichen Behandlung</i>	5
2. <i>Zur so genannten „Sterbehilfe“</i>	6
3. <i>„Passive Sterbehilfe“</i>	7
a. <i>„Hilfe im Sterben“ in der Sterbephase</i>	7
b. <i>„Hilfe zum Sterben“</i>	8
c. <i>Unklarheiten über die strafrechtlichen Grenzen der „passiven Sterbehilfe“</i>	8
d. <i>Gewissen von Arzt und Pflegepersonal als Grenze des Behandlungsverzichts?</i>	9
III. Der entscheidungsunfähige Patient und sein Vertreter	10
1. <i>Die Aufgabe des Vertreters</i>	10
2. <i>Handlungsmaßstab für den Vertreter</i>	10
3. <i>Vormundschaftliche Genehmigung</i>	11
IV. Die Patientenverfügung	12
1. <i>Formen von Patientenverfügungen und ihre rechtliche Verbindlichkeit</i>	12
2. <i>Notwendigkeit der Auslegung</i>	14
3. <i>Zukunftsbezogenheit der Patientenverfügung</i>	15
4. <i>Patientenverfügung und Vertreter</i>	16
5. <i>Bestellung eines Betreuers trotz Patientenverfügung?</i>	17
V. Fazit: Die Bedeutung der Patientenverfügung	17
C. Zu den Geszentwürfen	19
I. Notwendigkeit und Ziel einer gesetzlichen Regelung	19
1. <i>Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung</i>	19
2. <i>Ziel einer gesetzlichen Regelung</i>	20
II. Gegenstand und Ort einer gesetzlichen Regelung	20
III. „Strafrechtliche Grenze“ für den Patientenwillen	21
IV. Die Regelung der „Patientenverfügung“ in den Entwürfen	23
1. <i>Die Ausgangslage</i>	23
2. <i>Der Entwurf Stünker et al.</i>	24
a. <i>Der Entwurf</i>	24
b. <i>Regelungen des Entwurfs im Vergleich zur geltenden Rechtslage</i>	25
c. <i>Stellungnahme</i>	26
aa. <i>Grundkonzeption</i>	26
bb. <i>Vorrang des Lebensschutzes</i>	27
cc. <i>Schriftform</i>	27
dd. <i>Mutmaßlicher Widerruf</i>	28
ee. <i>Geringere Verbindlichkeit anderer Wünsche und formunwirksamer Patientenverfügungen</i>	29
ff. <i>Ermittlung des Patientenwillens</i>	29
3. <i>Der Entwurf Bosbach et al.</i>	30
a. <i>Allgemeine Konzeption</i>	30

<i>b. Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen</i>	32
<i>c. Regelungen des Entwurfs im Vergleich zur geltenden Rechtslage</i>	33
<i>d. Stellungnahme</i>	34
aa. Reichweitenbegrenzung	34
bb. Mutmaßlicher Wille und Vorrang des Lebensschutzes	34
cc. Wirksamkeitsvoraussetzungen für behandlungsbezogene Wünsche	35
dd. Schriftform	35
ee. Pflicht zur ärztlichen und rechtlichen Beratung	35
ff. Beratendes Konsil als eigenständiges Verfahren	36
gg. Unklarheiten	37
hh. Überflüssige Regelungen	37
4. Der Entwurf Zöller et al.	37
a. Der Entwurf	37
b. Regelungen des Entwurfs im Vergleich zur geltenden Rechtslage	39
c. Stellungnahme	39
5. Ergebnis	40
V. Genehmigung des Vormundschaftsgerichts	41
1. Ausgangslage	41
2. Der Entwurf Stünker et al.	41
3. Der Entwurf Bosbach et al.	42
4. Der Entwurf Zöller et al.	43
5. Stellungnahme	43
a. Funktion und Umfang der Genehmigungspflicht	43
b. Genehmigungsverfahren bei Streit um eine antizipierte Einwilligung bzw. Untersagung	44
c. Angleichung an § 1904 Abs. 1 BGB („Einwilligung in Risikomaßnahmen“)	45
d. Entscheidungsmaßstab	46
e. Genehmigungsverfahren	46
aa. Allgemeines	46
bb. Beschwerdeberechtigung	47
cc. Weitere Verfahrensregelungen des Bosbach-Entwurfs	47
f. Ergebnis	47
VI. Regelungen für Bevollmächtigte	48
1. Ausgangslage	48
2. Die Entwürfe	48
3. Stellungnahme	49
a. Form und Genehmigungspflicht	49
b. Stellung und Bindung des Bevollmächtigten	49
c. Ergebnis	49
VII. Weitere Regelungsgegenstände	50
1. Erforderlichkeit der Betreuerbestellung	50
2. Ablieferung und Unterrichtung nach § 1901a BGB	50
3. Beratung zur Patientenverfügung	51
VIII. Weitere Vorschläge	52
1. Antrag Kauch et al.	52
2. Änderungsantrag Göring-Eckardt et al.	52
3. Änderungsantrag Volkmer et al.	52
D. Ergebnis	54

A. Einleitung

Das Gutachten nimmt Stellung zu den folgenden Gesetzentwürfen bzw. Anträgen:

- *Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts* der Abgeordneten Stünker et al. (BT-Drucks. 16/8442),
- *Entwurf eines Gesetzes zur Verankerung der Patientenverfügung im Betreuungsrecht* der Abgeordneten Bosbach et al. (BT-Drucks. 16/11360),
- *Entwurf eines Gesetzes zur Klarstellung der Verbindlichkeit von Patientenverfügungen* der Abgeordneten Zöllner et al. (BT-Drucks. 16/11493),
- dem *Änderungsantrag* der Abgeordneten Göring-Eckardt et al. (Entwurf vom 21.10.2008),
- dem *Änderungsantrag* der Abgeordneten Volkmer et al. (Rechtsausschuss-Drucks. Nr. 16(6)268),
- dem Antrag *Patientenverfügungen neu regeln – Selbstbestimmungsrecht und Autonomie von nichteinwilligungsfähigen Patienten stärken* der Abgeordneten Kauch et al. (BT-Drucks. 16/397).

Eine der schwierigen Materie angemessene Einschätzung der drei vorliegenden Gesetzentwürfe und der Anträge setzt voraus, dass man sich zuerst über die Sachfragen und über die geltende Rechtslage Klarheit verschafft (dazu B.).

Auf dieser Grundlage lassen sich dann die rechtspolitischen Vorschläge im Einzelnen bewerten (dazu C.).

Abschließend werden die Ergebnisse des Gutachtens zusammengefasst (dazu D.).

B. Die derzeitige Rechtslage

I. Die Entwicklung der Rechtsprechung¹

Am Beginn der höchstrichterlichen Rechtsprechung stehen **strafgerichtliche Entscheidungen**, die den Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen auf Wunsch des Patienten („passive Sterbehilfe“)² für grundsätzlich zulässig erklärten, ebenso die ärztlich gebotene und mit Einwilligung des Patienten erfolgende Gabe von Medikamenten, die als Nebenwirkung das Leben des Patienten verkürzen („indirekte Sterbehilfe“).³ Die **Zivilgerichte** bejahten dann die Frage, ob auch ein Vertreter die Einstellung lebenserhaltender Maßnahmen verlangen kann und forderten nur in Konfliktfällen eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung.⁴ **Bedeutung** und **Tragweite** dieser Entscheidungen sind jedoch im Grundsatz wie in den Einzelheiten **umstritten**.⁵

Zunächst sollen daher die Grundlagen der ärztlichen Behandlung am Lebensende geklärt werden (dazu II.), um dann die Rolle des Vertreters (dazu III.) und die Bedeutung der Patientenverfügung (dazu IV.) nach geltendem Recht zu behandeln.

II. Ärztliche Behandlung am Lebensende

1. Rechtliche Struktur der ärztlichen Behandlung

Für die ärztliche Behandlung eines Menschen am Ende seines Lebens gilt dasselbe wie für jede andere Behandlung.⁶ Praktisch gesehen kommen Arzt und Patient nach Untersuchung und Diagnose gemeinsam zur Entscheidung, eine bestimmte Behandlung durchzuführen oder zu unterlassen. Rechtlich drückt sich die **dialogische Struktur** des Behandlungsprozesses in der Verpflichtung des Arztes aus, den Patienten kontinuierlich zu beteiligen und über die Bedeutung und Tragweite der vorgeschlagenen Schritte zu informieren. Die rechtliche Verantwortung folgt der fachlichen Kompetenz: Der Arzt verantwortet die fachgerechte Untersuchung, Diagnose sowie Indikation und hat den Patienten hierüber jeweils aufzuklären. Der Patient entscheidet auf der Grundlage seiner persönlichen Anschauungen und Präferenzen, ob er in eine bestimmte ärztliche Maßnahme einwilligt. Die Legitimation einer ärztlichen Behandlung ruht deshalb auf der **ärztlichen Indikation**, auf der **Einwilligung** des aufgeklärten Patienten und ihrer **Durchführung lege artis**.

Recht und Pflicht des Arztes zur Behandlung ergeben sich primär aus dem Behandlungsvertrag mit dem Patienten. Der **Behandlungsvertrag** bildet jedoch nur die notwendige Grundlage für eine ärztliche Behandlung, reicht aber als Legitimation für die Vielzahl der im Rahmen der Behandlung notwendigen ärztlichen Maßnahmen nicht aus. Jede ärztliche Maßnahme bedarf darüber hinaus einer **zusätzlichen Einwilligung des Patienten**, weil sie einen Eingriff in seine körperliche und seelische Integrität darstellt und seine

¹ Vgl. *Lipp*, Patientenautonomie und Lebensschutz - Zur Diskussion um eine gesetzliche Regelung der „Sterbehilfe“, 2005, 5, 11 ff.; *Taupitz*, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, Gutachten A zum 63. Deutschen Juristentag, 2000, A 12 ff.; *Verrel*, Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung Gutachten C für den 66. Deutschen Juristentag, 2006, C 13 ff.

² *BGHSt* 37, 376 (379); 40, 257 (262).

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

⁴ *BGHZ* 154 (205 ff.); dazu *Lipp*, FamRZ 2004, 317 ff.; *BGHZ* 163 (195 ff.) m. Anm. *Lipp/Nagel* Lindenmaier-Möring, kommentierte BGH-Rechtsprechung (LMK) 2006 (Beck-online Datenbank, 166262).

⁵ Überblick bei *Lipp*, Patientenautonomie (Fn. 1), 5 ff.; *Verrel*, Gutachten (Fn. 1), C 15 ff., C 34 ff.

⁶ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 6. Aufl. 2008, Rn. 15 ff., 243; *Laufs*, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2002, § 6; *Uhlenbruck*, in: Laufs/Uhlenbruck, § 52 Rn. 9; *Burchardi*, Festschrift Schreiber, 2003, 615 (617); *Borasio/Putz/Eisenmenger*, DÄBl 2003, A 2062 (2064).

Autonomie als Person betrifft. Diese Einwilligung muss vor Beginn der Maßnahme eingeholt werden und setzt eine entsprechende Aufklärung durch den Arzt voraus.⁷ Der Patient kann die Behandlung jederzeit ablehnen, also seine Einwilligung auch noch nach Beginn der Behandlung für die Zukunft widerrufen. Ein Verzicht auf den Widerruf (z.B. in einem Heimvertrag) ist wegen des Persönlichkeitsbezugs der Einwilligung ausgeschlossen.⁸

Diese rechtliche Grundstruktur der ärztlichen Behandlung missachtet, wer fragt, ob der Verzicht auf eine Behandlung oder der Abbruch einer einmal begonnenen Behandlung zulässig ist. Damit verkehrt man die Legitimationslast für eine ärztliche Behandlung in ihr Gegenteil. Denn nicht der Verzicht, sondern die **Aufnahme** der Behandlung, nicht ihr Abbruch, sondern ihre weitere **Durchführung** bedarf der Einwilligung des Patienten.⁹ Behandelt der Arzt den Patienten gegen dessen Willen, begeht er eine Körperverletzung.

Die **Patientenautonomie** ist deshalb nichts anderes als das Selbstbestimmungsrecht des Menschen über seine Person und über seine körperliche Integrität im Rahmen der ärztlichen Behandlung. Sie verleiht dem Patienten allerdings nur ein **Abwehrrecht** gegen eine vom Arzt vorgeschlagene Behandlung, verschafft ihm aber keinen Anspruch auf eine Behandlung. Es ist keine Frage der Patientenautonomie, ob z.B. eine bestimmte Behandlungsmethode von der Krankenkasse finanziert wird.¹⁰ Vor allem kann der Arzt eine Behandlung verweigern, für die keine ärztliche Indikation besteht.¹¹ Ist eine Maßnahme gar kontraindiziert, darf er sie auch nicht auf ausdrücklichen Wunsch des Patienten durchführen.¹² Hieran knüpft der **BGH** an, wenn er ausführt, dass für eine Einwilligung erst dann Raum sei, wenn der Arzt eine Behandlung „anbiete“.¹³ Damit wird deutlich, dass das Erarbeiten einer ärztlichen Indikation im konkreten Fall¹⁴ zwar im Gespräch mit dem Patienten erfolgt und erfolgen muss,¹⁵ aber letztlich in den Verantwortungsbereich des Arztes fällt.¹⁶

Auch eine **lebensverlängernde Maßnahme** ist demnach nur zulässig, wenn und solange sie ärztlich indiziert ist und ihr der gehörig aufgeklärte Patient zustimmt. Lehnt der Patient die Behandlung ab, müssen Arzt, Pflegepersonal und Klinik bzw. Pflegeheim diesem Wunsch Folge leisten. Dabei kommt es nicht darauf an, ob sich die Entscheidung des Patienten in den Augen des Arztes (oder eines anderen) als vernünftig oder unvernünftig darstellt.¹⁷

2. Zur so genannten „Sterbehilfe“

Bei der „Sterbehilfe“ ist aus tatsächlicher wie rechtlicher Sicht danach zu unterscheiden, ob es um Maßnahmen und Entscheidungen im Rahmen einer ärztlichen Behandlung geht oder ob der Tod durch andere Maßnahmen außerhalb einer ärztlichen Behandlung herbeigeführt wird.

⁷ BGHZ 29, 46 (49 ff.); BGH NJW 1980, 1333; BGH NJW 1993, 2372 (2373 f.); vgl. Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck (Fn. 6), § 61 Rn. 14 f., § 63.

⁸ BGHZ 163, 195 (199); Kohle, AcP 185 (1985), 105 (137 f.); Deutsch/Spickhoff (Fn. 6), Rn. 255, 258; Uhlenbruck/Kern, in: Laufs/Uhlenbruck (Fn. 6), § 71 Rn. 1, § 81 Rn. 7.

⁹ BGHZ 154, 205 (210 f., 212); 163, 195 (197); BGHSt 37, 376 (378); Verrel, Gutachten (Fn. 1), C 37 f.

¹⁰ Zur Verteilungsproblematik vgl. Spickhoff, NJW 2000, 2297 (2298); Taupitz, Gutachten (Fn. 1), A 25 ff.

¹¹ BGHZ 154, 205 (224); Laufs, NJW 1998, 3399 (3400); Spickhoff, NJW 2000, 2297 (2298); Taupitz, Gutachten (Fn. 1), A 23 f.

¹² OLG Karlsruhe MedR 2003, 104 ff.; OLG Düsseldorf VersR 2002, 611; OLG Köln VersR 2000, 492; Deutsch/Spickhoff (Fn. 6), Rn. 14, 199, 259.

¹³ BGHZ 154, 205 (225).

¹⁴ Spickhoff, NJW 2003, 1701 (1709); Taupitz, Gutachten (Fn. 1), A 24.

¹⁵ Borasio/Putz/Eisenmenger, DÄBl 2003, A 2062 (2064).

¹⁶ Ankermann, MedR 1999, 387 (389); Dodegge/Fritsche, NJ 2001, 176.

¹⁷ RGSt 25, 375 (378 f.); BGHSt 11, 111 (114); BGH NJW 1980, 1333 (1334); BGH NJW 1980, 2751 (2753); BGHZ 90, 103 (105 f.); BGHZ 163, 195 (197 f.); GenStA Nürnberg NStZ 2008, 343 (344).

Die so genannte „*aktive Sterbehilfe*“ ist keine Behandlungsentscheidung, sondern die außerhalb und unabhängig von einer ärztlichen Behandlung erfolgende Tötung eines Menschen auf dessen Verlangen. Sie ist nach § 216 StGB stets verboten, auch wenn sie durch einen Arzt erfolgt.

Demgegenüber betreffen die so genannte „indirekte Sterbehilfe“ und die „passive Sterbehilfe“ Behandlungsentscheidungen. Sie können daher im Rahmen der allgemeinen Legitimationsvoraussetzungen ärztlichen Handelns rechtmäßig sein.

Unter der „*indirekten Sterbehilfe*“ versteht man die Gabe von Schmerzmitteln oder anderen Medikamenten, die als Nebenwirkung das Leben des Patienten verkürzen. Sie ist nach Maßgabe der allgemeinen Legitimationsvoraussetzungen ärztlichen Handelns zulässig, d.h. wenn die Gabe der Schmerzmittel oder Medikamente medizinisch indiziert ist, der Patient u.a. über die mögliche lebensverkürzende Nebenwirkung aufgeklärt wird und der Medikamentengabe zustimmt.¹⁸

3. „*Passive Sterbehilfe*“

Unter der so genannten „passiven Sterbehilfe“ versteht man den Verzicht auf eine lebenserhaltende oder lebensrettende ärztliche Maßnahme, genauer: eine **Änderung des Behandlungsziels**, wonach an die Stelle von Lebensverlängerung und Lebenserhaltung palliativmedizinische Versorgung einschließlich pflegerischer Maßnahmen treten.¹⁹ Verzichtet wird auf bestimmte, lebenserhaltende Maßnahmen, nicht auf die Behandlung des Patienten. Insofern spricht man auch von **Behandlungsbegrenzung**.²⁰

Die Unterscheidung zwischen der „Hilfe beim Sterben“ in der unmittelbaren Sterbephase und der „Hilfe zum Sterben“ in allen anderen Fällen verweist auf die unterschiedlichen Gründe für den Verzicht auf die lebenserhaltenden Maßnahme: Im Sterbeprozess ist sie zulässig, weil es an einer ärztlichen Indikation für die lebenserhaltende Maßnahme fehlt. Hat der Sterbevorgang noch nicht eingesetzt, darf eine indizierte lebenserhaltende Maßnahme nur mit Blick auf den Willen des Patienten unterlassen oder abgebrochen werden.²¹

a. „*Hilfe im Sterben*“ in der Sterbephase

Liegt ein Patient im Sterben, ist eine lebensverlängernde Behandlung nicht mehr indiziert.²² Ihr Unterlassen bedeutet keine Tötung des Patienten. Geboten ist vielmehr ärztliche Hilfe und Begleitung im Sterbeprozess, die so genannte „Hilfe im Sterben“.²³ Diese Änderung des Behandlungsziels muss zwar nach allgemeinen Grundsätzen zwischen Arzt und Patient besprochen werden. Die Entscheidung gegen lebenserhaltende Maßnahmen beruht jedoch auf der **fehlenden ärztlichen Indikation** und nicht auf einem Widerspruch des Patienten gegen

¹⁸ BGHSt 42, 301 (305); BGHSt 46, 279 (284 f.).

¹⁹ Grundsätze der Bundesärztekammer (BÄK) zur ärztlichen Sterbebegleitung vom 30.4.2004, DÄBl 2004, A 1298, Ziff. II.

²⁰ Vgl. z.B. die Beschlüsse der strafrechtlichen Abteilung des 66. Deutschen Juristentags (DJT), Lebenserhaltende Maßnahmen und Behandlungsbegrenzung, Ziff. II.1., in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, Band II/1 Sitzungsberichte, 2006, auch abrufbar unter <http://www.djt.de> (Stand: 5.2.2009).

²¹ Vgl. BGHSt 40, 257 (260); OLG Frankfurt NJW 1998, 2747 (2748); Lipp, Patientenautonomie (Fn. 1), 16 ff.; Verrel, Gutachten (Fn. 1), C 77 ff., C 99 ff.

²² Vgl. die Grundsätze der BÄK (Fn. 19), Ziff. I, und die Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission (ZEKO) bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, DÄBl 2007, A 891, Ziff. 8 a.E.; Schreiber, Festschrift Deutsch, 1999, 773 ff.; Opderbecke/Weißbauer, MedR 1998, 395 (397); Saliger, KritV 2001, 382 (424ff.).

²³ BGHSt 40, 257 (260).

diese Maßnahmen.²⁴ Der Arzt hat hierzu die Möglichkeiten und Erfolgsaussichten der Behandlung im Verhältnis zu den mit ihr verbundenen Belastungen und Gefahren für den Patienten aus ärztlicher Sicht zu beurteilen. Er trifft jedoch keine Entscheidung darüber, ob das Leben für den Patienten noch lebenswert ist.

b. „Hilfe zum Sterben“

Hält der Arzt eine Maßnahme in der konkreten Situation für indiziert, obliegt es dem Patienten zu bestimmen, ob und wie er behandelt werden will. Lehnt er eine angebotene lebenserhaltende Maßnahme ab oder widerruft er seine Einwilligung, darf der Arzt diese Maßnahme nicht durchführen.²⁵ Stirbt der Patient deshalb, liegt darin keine Tötung, weil der Arzt gar nicht mehr behandeln darf. Es ist also kein Fall der „aktiven Sterbehilfe“, d.h. der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB). Vielmehr handelt es sich um die „Hilfe zum Sterben“ genannte Einstellung der Behandlung auf Wunsch des Patienten. Die rechtliche Zulässigkeit der „Hilfe zum Sterben“ ist also nichts anderes als die Kehrseite des Selbstbestimmungsrechts des Patienten.²⁶

c. Unklarheiten über die strafrechtlichen Grenzen der „passiven Sterbehilfe“

Der **1. Strafsenat des BGH**²⁷ hat diese Unterscheidung zwischen den beiden Fallgruppen der „passiven Sterbehilfe“ 1994 im so genannten Kemptener Fall eingeführt. Er umschreibt die Sterbephase, in der der Arzt auf lebensverlängernde Maßnahmen verzichten darf (zu ergänzen: weil sie nicht mehr indiziert sind), in Anlehnung an die damaligen Richtlinien der Bundesärztekammer zur Sterbehilfe dahingehend, dass das Grundleiden des Patienten irreversibel ist, einen tödlichen Verlauf genommen hat und der Tod in kurzer Zeit eintreten wird.²⁸ Damit grenzt der Senat die „Hilfe im Sterben“ in der Sterbephase von den Situationen ab, in denen ein Abbruch der lebenserhaltenden Behandlung nur mit Willen des Patienten zulässig ist („Hilfe zum Sterben“). Auch die „Hilfe zum Sterben“ hält der 1. Strafsenat ausdrücklich für zulässig.²⁹

„...Im vorliegenden Fall hatte der Sterbevorgang noch nicht eingesetzt. Frau E war - abgesehen von der Notwendigkeit künstlicher Ernährung – lebensfähig [...]. Eine Sterbehilfe im eigentlichen Sinn lag deshalb nicht vor. Vielmehr handelte es sich um den Abbruch einer einzelnen lebenserhaltenden Maßnahme. Auch wenn dieser Vorgang in der Literatur bereits als Sterbehilfe im weiteren Sinne („Hilfe zum Sterben“; [...]) bezeichnet wird und ein solcher Behandlungsabbruch bei entsprechendem Patientenwillen als Ausdruck seiner allgemeinen Entscheidungsfreiheit und des Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) grundsätzlich anzuerkennen ist [...], sind doch an die Annahme des mutmaßlichen Willens erhöhte Anforderungen insbesondere im Vergleich zur Sterbehilfe im eigentlichen Sinne zu stellen...“

²⁴ Empfehlungen der BÄK und der ZEKÖ (Fn. 22), Ziff. 8 a.E.; *Ankermann*, MedR 1999, 387 (389); *Lipp*, FamRZ 2004, 317 (318 f.); *Schwab*, in: Münchener Kommentar zum BGB (MünchKommBGB), 5. Aufl. 2008, § 1904 BGB Rn. 38.

²⁵ *BGHZ* 163, 195 (197 f.); vgl. auch *Wagenitz*, FamRZ 2005, 669 (671).

²⁶ *GenStA Nürnberg* NSTZ 2008, 343 (344); *Hufen*, NJW 2001, 849 (851); *Lipp*, FamRZ 2004, 317 (319).

²⁷ *BGHSt* 40, 257 (260).

²⁸ Abgedruckt in MedR 1985, 38 (unter Ziff. II.d.). Die heutigen Grundsätze der BÄK (Fn. 19), Ziff. I, beschreiben sie als „irreversibles Versagen einer oder mehrerer vitaler Funktionen, bei denen der Eintritt des Todes in kurzer Zeit zu erwarten ist“.

²⁹ *BGHSt* 40, 257 (260).

Das vom 1. Strafsenat zur Beschreibung und Abgrenzung der Sterbephase benutzte Kriterium hat der **12. Zivilsenat des BGH** in seinem Beschluss vom 17.3.2003 als objektive strafrechtliche Grenze für die Zulässigkeit der „Sterbehilfe“ missverstanden. Er meinte, ein Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen sei überhaupt nur zulässig, wenn das Grundleiden einen irreversibel tödlichen Verlauf genommen habe.³⁰ Eine solche Grenze lässt sich dem Strafrecht jedoch nicht entnehmen; sie wurde vom 1. Strafsenat auch nicht aufgestellt.³¹ Sie wäre im Übrigen ein verfassungswidriger Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, weil er dann gegen seinen Willen zwangsweise behandelt würde.³²

Der 12. Zivilsenat hat dieses unzutreffende und vielfach kritisierte obiter dictum³³ in seiner nachfolgenden Entscheidung vom 8.6.2005³⁴ **aufgegeben**. Allerdings bezeichnet er nun die strafrechtlichen Grenzen einer Sterbehilfe im weiteren Sinn („Hilfe zum Sterben“) als **„nicht hinreichend geklärt“**. Auch dies ist – wie gezeigt – unzutreffend. Eine gesetzliche Klarstellung erscheint hier notwendig, um die dringend gebotene Rechtssicherheit herzustellen.³⁵

d. Gewissen von Arzt und Pflegepersonal als Grenze des Behandlungsverzichts?

Mehrfach haben sich Ärzte und Kliniken bzw. Pflegeheime darauf berufen, sie müssten die Patientenverfügung bzw. die Anweisung des Arztes und des Vertreters nicht befolgen, weil es ihrem **Gewissen** widerspreche, auf die künstliche Ernährung mittels PEG-Sonde zu verzichten und einen Patienten verhungern zu lassen.³⁶ Dem sind einige Instanzgerichte zunächst auch gefolgt.³⁷

Dabei wird allerdings übersehen, dass es nicht um den Anspruch des Patienten auf die Durchführung einer ärztlichen Maßnahme (wie z.B. eines Schwangerschaftsabbruchs) geht, sondern um das **Vetorecht** des Patienten, die angebotene künstliche Ernährung abzulehnen.³⁸ Auch ihr Grundrecht der Gewissensfreiheit oder ihre Menschenwürde gibt Ärzten oder Pflegenden nicht das Recht, einem Patienten eine PEG-Sonde gegen dessen Willen zu legen und ihn dadurch künstlich zu ernähren.³⁹ Das gilt natürlich erst Recht für die Einrichtungen, in denen sie arbeiten. Durch die Entscheidung des 12. Zivilsenats des BGH vom 8.6.2005 ist dies mittlerweile höchstrichterlich klargestellt.⁴⁰

³⁰ BGHZ 154, 205 (214 f.).

³¹ Vgl. BGHSt 40, 257 (260 f.); Kutzer, ZRP 2003, 213 f.; zutreffend OLG Karlsruhe NJW 2004, 1882 (1883); GenStA Nürnberg NStZ 2008, 343 (344).

³² Hufen, ZRP 2003, 248 (252).

³³ Deutsch, NJW 2003, 1567; Lipp, FamRZ 2003, 756.

³⁴ BGHZ 163, 195 (200 f.).

³⁵ Vgl. zuletzt die Beschlüsse der strafrechtlichen Abteilung des 66. DJT 2006 (Fn. 20), Ziff. I.

³⁶ Vgl. den so genannten Traunsteiner Fall BGHZ 163, 195 m. Anm. Lipp/Nagel, LMK 2006 I, 32 f. (Vorinstanzen: OLG München FamRZ 2003, 557; LG Traunstein NJW-RR 2003, 221); sowie OLG München NJW-RR 2002, 811 = MedR 2003, 174.

³⁷ OLG München NJW-RR 2002, 811; OLG München FamRZ 2003, 557, und die Vorinstanz LG Traunstein NJW-RR 2003, 221.

³⁸ Vgl. BGHZ 154, 205 (224 f.); Taupitz, Gutachten (Fn. 1) A 23.

³⁹ Hufen, ZRP 2003, 248 (252).

⁴⁰ BGHZ 163, 195 (199 f.).

III. Der entscheidungsunfähige Patient und sein Vertreter

1. Die Aufgabe des Vertreters

Ist der Patient einwilligungsunfähig, kann er weder mit dem Arzt die vorgeschlagenen Maßnahmen besprechen noch über ihre Durchführung entscheiden. Die fehlende tatsächliche Fähigkeit lässt allerdings das Recht des Patienten zur Selbstbestimmung nicht entfallen.⁴¹

Ist der Patient im Vorfeld der Behandlung (z.B. vor einer Narkose) von dem behandelnden Arzt informiert und aufgeklärt worden und hat er seine Einwilligung dazu erklärt, ist sein Selbstbestimmungsrecht nach allgemeiner Ansicht gewahrt.⁴² In allen anderen Fällen muss ein **Vertreter** an Stelle des Patienten dessen Rechte wahrnehmen und die nötigen Entscheidungen treffen. Hierzu ist zunächst die vom Patienten bevollmächtigte Vertrauensperson berufen,⁴³ andernfalls hat das Vormundschaftsgericht einen Betreuer als gesetzlichen Vertreter zu bestellen. In Eilfällen kann das Vormundschaftsgericht nach §§ 1908i Abs. 1, 1846 BGB unmittelbar selbst an Stelle eines Betreuers entscheiden. Nur falls auch das zu spät käme, darf und muss der Arzt⁴⁴ auf der Grundlage einer Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) bzw., soweit es um den Eingriff in die körperliche Integrität geht, aufgrund einer mutmaßlichen Einwilligung des Patienten behandeln.⁴⁵

Hat der Patient eine Vertrauensperson bevollmächtigt, umfasst die Vollmacht i. d. R. alle Behandlungsentscheidungen. Ebenso wird das Vormundschaftsgericht einem Betreuer regelmäßig die gesamte Gesundheitsorge zuweisen. Er ist dann auch zur Entscheidung befugt, ob lebensverlängernde Maßnahmen eingeleitet oder fortgesetzt werden sollen.⁴⁶ Ein Vertreter in Gesundheitsangelegenheiten hat jedoch nicht nur die Aufgabe, einer vom Arzt vorgeschlagenen Behandlung zuzustimmen oder sie abzulehnen. Er hat darüber hinaus die Rechte und Interessen des Patienten im **gesamten Behandlungsprozess** wahrzunehmen.

2. Handlungsmaßstab für den Vertreter

Der Vertreter des Patienten ist bei der Ausübung seiner Vertretungsmacht durch das jeweilige Innenverhältnis gebunden, der Bevollmächtigte durch den Auftrag, der Betreuer durch § 1901 Abs. 2 und 3 BGB. Auch im Rahmen der Gesundheitsorge hat sich deshalb der Bevollmächtigte bzw. der Betreuer nach den **Wünschen des Patienten** zu richten. Davon dürfen sie nur abweichen, falls der Wunsch zu sterben ausnahmsweise krankheitsbedingt ist (§§ 665, 1901 Abs. 3 S. 1 BGB).⁴⁷

Kennt der Vertreter die Wünsche des Patienten nicht, muss er die Angelegenheit mit dem Patienten besprechen.⁴⁸ Nur in Eilfällen darf der Vertreter sofort entscheiden. Der Bevollmächtigte hat dann dem **mutmaßlichen Willen** des Patienten zu folgen.⁴⁹ Der mutmaßliche Wille des Patienten ist jedoch nicht mit dessen tatsächlich geäußertem Willen gleichzusetzen.⁵⁰ Es handelt sich vielmehr um einen **Entscheidungsmaßstab** für den

⁴¹ Lipp, DRiZ 2000, 231 (233 f.); Höfling, JuS 2000, 111 (113 f.); Hufen, NJW 2001, 849 (850 ff.).

⁴² Deutsch/Spickhoff (Fn. 6), Rn. 260; Wagenitz, FamRZ 2005, 669 (671).

⁴³ § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB.

⁴⁴ Zum Vorrang der Vertreterbestellung BGHZ 29, 46 (52); BGH NJW 1966, 1855 (1856); Deutsch/Spickhoff (Fn. 6), Rn. 263; Lipp, BtPrax 2002, 47 (51) m.w.N.

⁴⁵ Deutsch/Spickhoff (Fn. 6), Rn. 262 ff.

⁴⁶ BGHZ 154, 205 (214); 163, 195 (198); Schwab, in: MünchKommBGB (Fn. 24), § 1904 BGB Rn. 43.

⁴⁷ Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594 (608 ff.); Lipp, BtPrax 2002, 47 (49).

⁴⁸ § 665 BGB bzw. § 1901 Abs. 3 S. 3 BGB.

⁴⁹ Sprau, in: Palandt, BGB, 68. Aufl. 2009, § 665 BGB Rn. 3, 6; Martinek, in: Staudinger, BGB (2006), § 665 BGB Rn. 8 ff., 12 ff.

⁵⁰ Insofern zutreffend Höfling/Rixen, JZ 2003, 884 (892 f.).

Vertreter.⁵¹ Für den Betreuer ist nach § 1901 Abs. 2 BGB das vom Patienten her zu bestimmende *subjektive Wohl* maßgeblich. Danach hat der Vertreter neben den Wünschen auch die Vorstellungen des Patienten, d.h. seine Lebensentscheidungen, Wertvorstellungen und Überzeugungen zu berücksichtigen. Der Rückgriff auf die Interessen des Patienten ist ihm nur gestattet, wenn er die Wünsche und Vorstellungen des Patienten nicht feststellen kann.⁵² Trotz der unterschiedlichen gesetzlichen Formulierungen für Beauftragte einerseits und Betreuer andererseits handelt es sich demnach beim mutmaßlichen Willen und beim subjektiven Wohl des Patienten in der Sache um denselben Maßstab.⁵³ ***Der Vertreter hat sich daran zu orientieren, wie der Patient selbst entschieden hätte.***

Soweit der Vertreter nicht selbst über ausreichende Kenntnisse über die Person und die Einstellungen des Patienten verfügt (z.B. als dessen Ehegatte, Partner, Kind usw.), muss er mit *Angehörigen* und anderen, dem Patienten *nahestehenden Personen* sprechen, um die subjektiven Präferenzen und Wertvorstellungen zu ermitteln, die er benötigt, um die Entscheidung aus Sicht des Patienten treffen zu können. Recht und Pflicht dazu ergeben sich aus dem Innenverhältnis des Vertreters zum Patienten, das sie verpflichtet, nach dem mutmaßlichen Willen des Patienten zu entscheiden, d.h. für den Betreuer aus § 1901 Abs. 2 BGB, für den Bevollmächtigten aus dem Auftrag. Für den Arzt, der aufgrund einer mutmaßlichen Einwilligung behandelt, ist dies ebenfalls anerkannt.⁵⁴

Sind die individuellen Präferenzen des Patienten nicht bekannt und in der zur Verfügung stehenden Zeit auch nicht zu ermitteln, hat sich der Vertreter an den Interessen des Patienten zu orientieren. In diesem Fall wird die Antwort auf die Frage, wie sich der Patient entschieden hätte, in der Regel lauten: Er würde einer ärztlich indizierten und vom behandelnden Arzt vorgeschlagenen Maßnahme zustimmen.

3. Vormundschaftliche Genehmigung

Lange umstritten war, ob der Vertreter eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts benötigt, wenn er lebenserhaltende Maßnahmen ablehnt.⁵⁵ Der 12. Zivilsenat des BGH hat dies in seinem Beschluss vom 17.3.2003 im Grundsatz bejaht, jedoch nicht mit einer entsprechenden Anwendung des § 1904 BGB begründet, sondern aus einer Gesamtschau des Betreuungsrechts gewonnen.⁵⁶ Die danach bestehende Unsicherheit, wann eine Genehmigung des Vormundschaftsgericht eingeholt werden muss, hat der Senat in seinem Beschluss vom 8.6.2005 weitgehend geklärt:⁵⁷ Eine Genehmigung ist erst erforderlich, wenn der Arzt eine lebenserhaltende Maßnahme anbietet, weil sie aus seiner Sicht *ärztlich indiziert* ist, der Vertreter sie jedoch unter Hinweis auf den *Willen des Patienten* ablehnen möchte und der Arzt hieran zweifelt. Eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist daher nur im Falle eines Konflikts zwischen Arzt und Betreuer einzuholen, d.h. wenn sie sich über den maßgeblichen Willen des Patienten nicht einig sind. Umgekehrt ist sie nicht erforderlich, wenn Betreuer und behandelnder Arzt sich gemeinsam gegen eine lebenserhaltende Maßnahme entscheiden, weil sie überzeugt sind, dass der Patient sie nicht will.⁵⁸

⁵¹ Lipp, FamRZ 2004, 317 (322 f.).

⁵² Hahne, FamRZ 2003, 1619 (1621); Lipp, BtPrax 2002, 47 (49 f.). Diese Frage ließ BGHZ 154, 205 (218 f.) ausdrücklich offen.

⁵³ Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594 (609 f.); Lipp, FamRZ 2004, 317 (322); Lipp, Patientenautonomie (Fn. 1), 36 ff.

⁵⁴ Deutsch/Spickhoff (Fn. 6), Rn. 262.

⁵⁵ Zur Diskussion um die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung Lipp, Patientenautonomie (Fn. 1), 41 ff.

⁵⁶ BGHZ 154, 205 (219 ff.).

⁵⁷ BGHZ 163, 195 ff. m. Anm. Lipp/Nagel, LMK 2006 (Becklink 166262, Fn. 4).

⁵⁸ So schon zuvor Lipp, FamRZ 2004, 317 (322 ff.).

Die Behandlung des Patienten während des Genehmigungsverfahrens ist verfassungsrechtlich unbedenklich, weil gerade der Wille des Patienten im Streit steht.⁵⁹ Das Genehmigungserfordernis dient der *präventiven Kontrolle* des Vertreters und damit dem Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Patienten,⁶⁰ denn es gewährleistet, dass eine ärztlich indizierte lebenserhaltende Maßnahme nur mit dem Willen des Patienten eingestellt wird. Zugleich schafft die Genehmigung Rechtssicherheit für den Vertreter und andere Beteiligte.⁶¹

Der BGH hat die Genehmigung im Falle des Betreuers aus einer „Gesamtschau des Betreuungsrechts“ abgeleitet. Daher ist unklar, ob dasselbe auch für den *Bevollmächtigten* gilt, der nur durch § 1904 Abs. 2 BGB einer Genehmigungspflicht unterworfen wird. Da die angeführten Gründe für eine Genehmigung auf alle Vertreter zutreffen, dürfte für den Bevollmächtigten letztlich nichts anderes gelten. Allerdings schränkt eine Genehmigungspflicht die Handlungsmöglichkeiten des Bevollmächtigten ein. Darin liegt zugleich auch eine Beschränkung des Selbstbestimmungsrechts des Vollmachtgebers, mittels eines Bevollmächtigten zu handeln. Stützt man die Genehmigungspflicht nicht auf § 1904 BGB, sondern mit dem BGH auf eine Gesamtanalogie („Gesamtschau des Betreuungsrechts“), fehlt ihr die gesetzliche Grundlage. Mangels einer höchstrichterlichen Klärung herrscht hier daher erhebliche Unsicherheit in der Praxis.

Mit der Rechtsprechung des BGH ist ein gewisser *Wertungswiderspruch* zwischen der Genehmigungspflicht in Fällen des Verzichts auf lebenserhaltende Maßnahmen einerseits und der Genehmigungspflicht nach § 1904 BGB andererseits entstanden: § 1904 BGB verlangt eine Genehmigung schon dann, wenn die Gefahr eines schweren und länger dauernden Schadens droht.⁶² Auch hat der Wille des Patienten bzw. der Konflikt hierüber für die Genehmigungspflichtigkeit nach § 1904 BGB keine Bedeutung.

IV. Die Patientenverfügung

1. Formen von Patientenverfügungen und ihre rechtliche Verbindlichkeit

Erklärungen eines Patienten zur Behandlung werden allgemein akzeptiert, wenn sie vom Patienten im Gespräch mit dem behandelnden Arzt erklärt werden, z.B. im Vorfeld einer unter Narkose erfolgenden Behandlung.⁶³ Als „*Patientenverfügung*“ bezeichnet man derartige Erklärungen üblicherweise dann, wenn sie unabhängig von einer konkreten Behandlungssituation erfolgen.

Häufig enthält eine Patientenverfügung die Erklärung des Patienten gegenüber dem unbekanntem künftigen Arzt, er stimme bestimmten Maßnahmen zu bzw. lehne sie ab. Der Patient übt damit sein Selbstbestimmungsrecht im Hinblick auf eine künftige Behandlung aus.⁶⁴ Dieser Ansicht hat sich auch der 12. Zivilsenat des BGH⁶⁵ angeschlossen. Für eine derartige *antizipierte Einwilligung* bzw. *Ablehnung* des Patienten gelten dieselben Grundsätze wie für jede Einwilligung.⁶⁶ Sie entfaltet ihre Wirkung, wenn der Patient bei ihrer

⁵⁹ Hufen, ZRP 2003, 248 (251 f.).

⁶⁰ BGHZ 154, 205 (216 f., 223, 227).

⁶¹ BGHZ 154, 205 (218 f., 227); ebenso z.B. OLG Karlsruhe FamRZ 2002, 488 (490); Bauer, BtPrax 2002, 60 (62).

⁶² Zur Schwierigkeit, diese Voraussetzung des § 1904 Abs. 1 BGB zu bestimmen, vgl. die Nachweise bei Schwab, in: MünchKommBGB (Fn. 24), § 1904 BGB Rn. 27 ff.

⁶³ Deutsch/Spickhoff (Fn. 6), Rn. 260; Wagenitz, FamRZ 2005, 669 (671).

⁶⁴ So z.B. die Richtlinien der BÄK (Fn. 19), Ziff. IV. und V.; Empfehlungen der BÄK und der ZEKO (Fn. 22), Ziff. 1.2.; und schon die Handreichungen der BÄK für Ärzte zum Umgang mit Patientenverfügungen, DÄBl 1999, A 2720, Ziff. 1.1.; Taupitz, Gutachten (Fn. 1), A 105 ff.; Lipp, DRiZ 2000, 231 (234).

⁶⁵ BGHZ 154, 205 (210 f.).

⁶⁶ Zum Folgenden Taupitz, Gutachten (Fn. 1), A 28 ff.; Lipp, FamRZ 2004, 318 (320); Wagenitz, FamRZ 2005, 669 (671); Handreichungen der BÄK (Fn. 64), Ziff. 6.

Abfassung nicht einwilligungsunfähig war,⁶⁷ sie die konkrete Behandlungssituation erfasst und frei von Willensmängeln ist. Dafür bedarf sie keiner bestimmten Form und ist auch ohne Aufklärung durch den Arzt wirksam, weil der Patient auf diese verzichten kann. Sie bindet zwar den Arzt, nicht aber den Patienten, da sie nur solange gilt, bis er seine Erklärung ändert oder konkrete Anhaltspunkte für eine Willensänderung vorliegen.⁶⁸

Neben derartigen antizipierten Erklärungen kann eine Patientenverfügung auch konkrete, **behandlungsbezogene Wünsche** enthalten. Diese Wünsche erzeugen keine unmittelbare Rechtswirkung. Sie stellen keine Einwilligung oder Untersagung dar, sondern müssen erst von einem **Vertreter** (bzw. dem Arzt) umgesetzt werden. Das Gesetz enthält für solche Wünsche keine generellen Wirksamkeitsvoraussetzungen (z.B. Geschäfts- oder Einwilligungsfähigkeit des Betreuten oder eine Form), sondern erklärt sie in § 1901 Abs. 3 S. 1 und 2 BGB für grundsätzlich beachtlich.⁶⁹ Der Betreuer hat daher **im Einzelfall** entsprechend § 1896 Abs. 1 und 1a BGB **zu prüfen**, ob der Wunsch des Betroffenen aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer Behinderung nicht mehr eigenverantwortlich („frei“) gebildet worden ist, d.h. Ausdruck dieser psychischen Krankheit oder Behinderung ist, ob der Wunsch frei von Willensmängeln ist, und ob sich der Betreute dadurch krankheitsbedingt schädigen würde.⁷⁰ Ein behandlungsbezogener Wunsch ist daher nicht schon dann unbeachtlich, wenn der Betreute einwilligungsunfähig ist, sondern erst, wenn sich der Betreute damit gerade wegen seiner Krankheit so erheblich schädigen würde, dass die Missachtung seines Wunsches durch den Betreuer im betreuungsrechtlichen Sinne „erforderlich“, d.h. zum Schutz des Betreuten im konkreten Fall geeignet, erforderlich und angemessen ist. Daraus folgt zweierlei:

- Die antizipierte Einwilligung bzw. Untersagung bildet **einen besonderen Fall** eines behandlungsbezogenen Wunsches i.S.d. § 1901 Abs. 3 BGB. Erfüllt eine Erklärung des Patienten die rechtlichen Voraussetzungen für eine antizipierte Einwilligung bzw. Untersagung, d.h. insbesondere, ist der Patient einwilligungsfähig, ist sie nicht nur für den Arzt, sondern auch für den Betreuer verbindlich. Die so genannte „Wohlschranke“ des § 1901 Abs. 3 S. 1 BGB greift hier nicht ein, weil der Wunsch des Patienten nicht krankheitsbedingt ist.⁷¹

⁶⁷ Jeder Erwachsene ist grundsätzlich einwilligungsfähig. Die Einwilligungsfähigkeit ist jedoch ausgeschlossen, wenn er aufgrund seines psychischen Zustands nicht in der Lage ist, Bedeutung und Tragweite der zu erteilenden Einwilligung zu erkennen oder darüber zu entscheiden. Die Einwilligungsunfähigkeit ist daher ein Unwirksamkeitsgrund. In dieser Hinsicht besteht kein Unterschied zur dauernden oder vorübergehenden Geschäftsunfähigkeit nach §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 bzw. 105 Abs. 2 BGB, die sich ebenfalls auf die jeweilige Erklärung bezieht (vgl. Schwab, in: MünchKommBGB [Fn. 24], § 1904 BGB Rn. 8). Die Unterschiede zwischen Einwilligungsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit spielen daher im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle.

⁶⁸ Ebenso die Richtlinien der Bundesärztekammer (Fn. 19), Ziff. IV.; Empfehlungen der BÄK und der ZEKÖ (Fn. 22), Ziff. 1.2.; Eisenbart, Patienten-Testament und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten, 2. Aufl. 2000, 67; Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 594 (608 ff.); gegen eine mutmaßliche Änderung z.B. Taupitz, Gutachten (Fn. 1), A 115f.

⁶⁹ Vgl. BT-Drucks. 11/4528 S. 67, 133 (Geschäftsfähigkeit, Einwilligungsfähigkeit), 128, 208 (Form); BayObLG FGPrax 2002, 117 f.; BayObLG FPR 2003, 143; Diederichsen, in: Palandt (Fn. 49), § 1901 BGB Rn. 5; Schwab, in: MünchKommBGB (Fn. 24), § 1901 BGB Rn. 11.

⁷⁰ Ausführlich Lipp, Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson. Zu Funktion und Stellung der rechtlichen Betreuung im Privatrecht, 2000, S. 152 (155 ff.); zustimmend Spickhoff, AcP 208 (2008), 346 (394 f.); ähnlich Bauer, in: Heidelberger Kommentar zum Betreuungs- und Unterbringungsrecht (HK-BUR), Stand: April 1999, § 1901 BGB Rn. 43 ff.; Bienwald, in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, Betreuungsrecht, 4. Aufl. 2005, § 1901 BGB Rn. 26; Roth, in: Systematischer Praxiskommentar Betreuungsrecht, 2. Aufl. 2005, Teil D Rn. 4; Schwab, in: MünchKommBGB (Fn. 24), § 1901 BGB Rn. 14.

⁷¹ BGHZ 154, 205 (217); vgl. schon Lipp, DRiZ 2000, 231 (234); ebenso Roth, JZ 2004, 494 (495 in Fn. 14); Schmidl, ZEV 2006, 484 f.

- Selbst wenn eine Erklärung des Patienten *als antizipierte Einwilligung bzw. Untersagung* nicht verbindlich ist, weil er einwilligungsunfähig ist, ist sie *als behandlungsbezogener Wunsch* nach § 1901 Abs. 3 BGB zu beachten, solange darin keine krankheitsbedingte Selbstschädigung liegt.

Darüber hinaus kann eine Patientenverfügung auch allgemeine Wünsche, Einstellungen und Werthaltungen des Patienten *mitteilen*.⁷² *Mitteilungen* enthalten Anhaltspunkte, wie der Patient in der aktuellen Situation entschieden hätte.⁷³ Sie dienen zur Konkretisierung des mutmaßlichen Willens bzw. subjektiven Wohls des Patienten und sind daher vom Bevollmächtigten bzw. Betreuer nach den oben dargelegten Grundsätzen zu berücksichtigen.⁷⁴ Auch eine derartige Mitteilung ist an keine rechtlichen Voraussetzungen gebunden, weil sie nach der Vorstellung des Patienten keine rechtlichen Wirkungen herbeiführen soll.

Eine Patientenverfügung ist daher stets verbindlich. Den *Grad ihrer Verbindlichkeit* bestimmt der verfügende Patient selbst, indem er entweder eine Entscheidung bereits vorwegnimmt, oder Vertreter und Arzt die Entscheidung überlässt und dafür konkrete Wünsche äußert oder ihnen seine Vorstellungen und Einstellungen lediglich mitteilt.

Auch für die Patientenverfügung gelten die allgemeinen *Grenzen der Patientenautonomie*: So kann niemand einen anderen mittels einer Patientenverfügung von dem strafrechtlichen Verbot der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) freistellen oder einen Anspruch auf eine nicht indizierte oder gar kontra-indizierte ärztliche Maßnahme begründen.

2. Notwendigkeit der Auslegung

Jede Patientenverfügung bedarf der *Auslegung*.⁷⁵ Auch eine Erklärung mit scheinbar eindeutigem oder widersinnigem Wortlaut ist auszulegen. Nach § 133 BGB ist nicht allein der Text des Dokuments oder der Wortlaut der mündlichen Erklärung maßgeblich, sondern der wirkliche Wille zu erforschen. Man darf daher eine Erklärung niemals einfach wörtlich nehmen, sondern muss vielmehr stets alle bekannten, insbesondere auch die außerhalb der Erklärung liegenden Umstände berücksichtigen. Eindeutigkeit oder Sinnlosigkeit können daher erst das Ergebnis der Auslegung sein, machen sie aber nicht entbehrlich.⁷⁶

Die Auslegung ist Aufgabe derjenigen, an die sich eine Patientenverfügung richtet, d.h. des Arztes, des Vertreters oder der Angehörigen.⁷⁷ Sie dürfen dabei den Text des Dokuments oder die mündliche Äußerung nicht einfach wörtlich nehmen, sondern müssen vielmehr fragen, was der Patient damit erklären wollte (vgl. § 133 BGB). Bei dieser *Feststellung des Patientenwillens* müssen sie alle Informationen über den Patienten berücksichtigen, die ihnen bekannt geworden sind, und sich darüber hinaus, soweit möglich, weitere Informationen verschaffen. Vor diesem Hintergrund haben sie dann die Patientenverfügung auszulegen.⁷⁸

⁷² Vgl. z.B. *Sass/Kielstein*, Patientenverfügung und Betreuungsvollmacht, 2. Aufl. 2003, 50 ff., 58; *Wagenitz*, FamRZ 2005, 669 (671).

⁷³ Manche verstehen „die“ Patientenverfügung auch heute noch *generell* als ein solches Indiz, vgl. z.B. *Deutsch/Spickhoff* (Fn. 6), Rn. 696 f.

⁷⁴ Oben B. III. 2.

⁷⁵ *Diederichsen*, in: Palandt (Fn. 49), vor § 1896 BGB Rn. 9 a.E.; *Roth*, JZ 2004, 494 (498 ff.).

⁷⁶ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band 1: Allgemeiner Theil (1888), S. 155; *Singer/Benedict*, in: Staudinger, BGB (2004), § 133 BGB Rn. 9. Die Rechtsprechung formuliert z.T. abweichend, ohne aber in der Sache anders zu entscheiden, vgl. dazu *Ellenberger*, in: Palandt (Fn. 49), § 133 BGB Rn. 6.

⁷⁷ *Roth*, JZ 2004, 494 (500 ff.); ebenso die Empfehlungen der BÄK und der ZEKO (Fn. 22), Ziff. 1.2.

⁷⁸ Zu den Auslegungsgrundsätzen *Roth*, JZ 2004, 494 (499 ff.).

Die Pflicht, *nahestehende Personen* und *Angehörige* des Patienten einzubeziehen, beruht daher auf der Pflicht, den Willen des individuellen Patienten zu ermitteln.⁷⁹

Dabei geht es stets um die Feststellung, was der Patient für die *aktuelle Behandlungssituation* erklären wollte. Da er sich aktuell gerade nicht mehr äußern kann, muss man dazu auf die frühere Erklärung in der Patientenverfügung zurückgreifen. Mit anderen Worten lautet daher die Frage, was der Patient mit seiner Patientenverfügung für die jetzt anstehende Entscheidung über die ärztliche Maßnahme erklären wollte. Bei der Auslegung der Patientenverfügung ist daher insbesondere zu fragen,

- ob der Patient eine verbindliche antizipierte Erklärung abgeben oder seine Wünsche, Wertvorstellungen usw. mitteilen wollte;
- welche Situationen der Patient vor Augen hatte und regeln wollte;
- welchen Maßnahmen er zustimmen und welche er ablehnen wollte;
- wie die Patientenverfügung angesichts übersehener oder veränderter Umstände zu verstehen ist.

Die *Anwendbarkeit der Patientenverfügung* auf die aktuelle Behandlungssituation ist daher keine Frage ihrer Wirksamkeit, sondern ihrer Auslegung, d.h. der Feststellung, ob sie eine Regelung für die aktuelle Situation enthält und wenn ja, welche.

3. Zukunftsbezogenheit der Patientenverfügung

Vielfach wird argumentiert, ein Gesunder könne die Situation einer gravierenden oder lebensbedrohenden Erkrankung nicht antizipieren und deshalb auch nicht im Wege einer Patientenverfügung eine entsprechende Behandlung ablehnen.⁸⁰ Mit diesem Argument wendet man sich prinzipiell gegen die rechtliche Zulässigkeit einer antizipierten Einwilligung bzw. Ablehnung. Das geltende Recht folgt dem jedoch nicht. Es ist anerkannt, dass eine Patientenverfügung durch schlichten *Zeitablauf rechtlich nicht unwirksam* wird und dass deshalb rechtlich gesehen keine regelmäßige Bestätigung erforderlich ist.⁸¹ Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten umfasst gerade auch das Recht, es für die nahe oder fernere Zukunft auszuüben.⁸²

Jedoch ist mit der Zeit, die zwischen der Abfassung der Patientenverfügung und ihrer „Anwendung“ verstreicht, die Gefahr verbunden, dass die vorgestellte Situation nicht oder nicht wie vorhergesehen eintritt, oder die Situation zwar eintritt, sich aber die Rahmenbedingungen oder deren Bewertung durch den Patienten geändert haben. Diese Veränderungen können zum einen dazuführen, dass die Patientenverfügung schlicht *nicht anwendbar* ist, weil ihre tatsächlichen Voraussetzungen nicht vorliegen.⁸³

⁷⁹ Vgl. die Empfehlungen der BÄK und der ZEKÖ (Fn. 22), Ziff. 8.

⁸⁰ Vgl. z.B. *Conradi*, Der Arzt an den Grenzen seines Behandlungsauftrags, 2002, S. 575 ff.; in diese Richtung argumentieren z.B. auch *Spickhoff*, AcP 208 (2008), 345 (405); *Duttge*, in: Albers (Hrsg.), Patientenverfügungen, 2008, S. 185 (186 ff., 192 ff.).

⁸¹ *BGHZ* 154, 205 (210 f.); *Taupitz*, Gutachten (Fn. 1), A 106 f.; *Berger*, JZ 2000, 797 (802); *Keilbach*, FamRZ 2003, 969 (979); *Lipp*, FamRZ 2004, 317 (320).

⁸² *Taupitz*, Gutachten (Fn. 1), A 107 f.; *Roth*, JZ 2004, 494 (500).

⁸³ *BGHZ* 154, 205 (217); *Schwab*, in: MünchKommBGB (Fn. 24), § 1904 BGB Rn. 41; vgl. auch die Empfehlungen der BÄK und der ZEKÖ (Fn. 22), Ziff. 8.

Zum anderen kann sich aufgrund der veränderten Umstände die Frage erheben, ob die erklärte Einwilligung bzw. Ablehnung auch unter Berücksichtigung dieser Entwicklungen noch dem Willen des Patienten entspricht. Dadurch entfällt zwar nicht die Bindung an den in der Patientenverfügung erklärten Willen des Patienten, doch ist im Wege der *ergänzenden Auslegung* dieser Erklärung zu fragen, was der Patient gewollt hätte, wenn er auch diese Entwicklungen bedacht hätte.⁸⁴

4. Patientenverfügung und Vertreter

Der Vertreter ist an den in der Patientenverfügung geäußerten Willen des Patienten nach den oben dargelegten Grundsätzen gebunden:⁸⁵

- Die antizipierte Einwilligung bzw. Untersagung bildet *einen besonderen Fall* eines behandlungsbezogenen Wunsches i.S.d. § 1901 Abs. 3 BGB. Erfüllt eine Erklärung des Patienten die rechtlichen Voraussetzungen für eine antizipierte Einwilligung bzw. Untersagung, d.h. insbesondere, ist der Patient einwilligungsfähig, ist sie nicht nur für den Arzt, sondern auch für den Betreuer verbindlich. Die so genannte „Wohlschranke“ des § 1901 Abs. 3 S. 1 BGB greift hier nicht ein, weil der Wunsch des Patienten nicht krankheitsbedingt ist.
- Selbst wenn eine Erklärung des Patienten als antizipierte Einwilligung bzw. Untersagung nicht verbindlich ist, weil er einwilligungsunfähig ist, ist sie *als behandlungsbezogener Wunsch* nach § 1901 Abs. 3 BGB zu beachten, solange darin keine krankheitsbedingte Selbstschädigung liegt.
- Im Übrigen sind alle Äußerungen als Mitteilungen des Patienten über seine Vorstellungen, Einstellungen usw. nach § 1901 Abs. 2 BGB als Indizien zur Feststellung seines mutmaßlichen Willens heranzuziehen.

Der Wille des Patienten muss allerdings erst noch verwirklicht werden, indem z.B. Arzt und Pflegepersonal über die Patientenverfügung informiert oder zu ihrer Beachtung aufgefordert werden. Das gilt auch dann, wenn die Patientenverfügung eine antizipierte Einwilligung bzw. Untersagung einer ärztlichen Maßnahme enthält und daher insofern keine Erklärung des Vertreters gegenüber dem Arzt mehr erforderlich ist. Ist ein Vertreter vorhanden, spielt daher der Unterschied zwischen einer antizipierten Einwilligung bzw. Untersagung des Patienten und einem konkreten behandlungsbezogenen Wunsch im Hinblick auf die *Aufgabe des Vertreters* praktisch gesehen keine Rolle.⁸⁶

Der BGH beschreibt deshalb die Aufgabe des Betreuers in allen Fällen zutreffend damit, dass er „dem Willen des Betroffenen gegenüber Arzt und Pflegepersonal in eigener rechtlicher Verantwortung (...) *Ausdruck und Geltung zu verschaffen*“ hat.⁸⁷ Betreuer wie Bevollmächtigter müssen mit haftungs- und strafrechtlichen Folgen rechnen, falls sie gegen diese Verpflichtung verstoßen. Darüber hinaus kann das Vormundschaftsgericht gegenüber dem Betreuer Aufsichtsmaßnahmen ergreifen (§§ 1908i, 1837, 1908b BGB) bzw. einen Kontrollbetreuer zur Überwachung des Bevollmächtigten bestellen (§ 1896 Abs. 3 BGB) oder in Eilfällen selbst tätig werden (§§ 1908i Abs. 1 S. 1, 1846 BGB).

⁸⁴ Empfehlungen der BÄK und der ZEKÖ (Fn. 22), Ziff. 8; *Baumann/Hartmann*, DNotZ 2000, 594 (610); *Vossler*, BtPrax 2002, 240 (241); *Eisenbart* (Fn. 68), S. 67 f.; *Schöllhammer*, Die Rechtsverbindlichkeit des Patiententestaments, 1993, S. 121 f.

⁸⁵ Oben B. III. 2.

⁸⁶ Bedeutsam ist er jedoch hinsichtlich der Bindung des Vertreters, dazu oben B. III. 1.

⁸⁷ *BGHZ* 154, 205 (211); 163, 195 (198).

Im *Außenverhältnis* gegenüber dem Arzt ist dagegen die Entscheidung des Vertreters maßgeblich.⁸⁸ Ein „Durchgriff“ auf die Patientenverfügung ist dem Arzt verwehrt. Diese Bindung entfällt nach allgemeinen Grundsätzen bei einem Missbrauch der Vertretungsmacht, d.h. wenn der Vertreter sich nicht an den Willen des Patienten hält und dies für den Arzt evident ist,⁸⁹ z.B. weil er die Patientenverfügung kennt. Im Übrigen kann der Arzt stets das Vormundschaftsgericht informieren, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Betreuer den Willen des Patienten missachtet.

Nicht geklärt worden ist von der Rechtsprechung bislang, wie sich diese Bindung des Arztes an die Entscheidung des Vertreters mit der Pflicht des Arztes zur Beachtung des Patientenwillens vereinbaren lässt. Es besteht daher erhebliche Unsicherheit über die rechtlichen Grundsätze für das *Zusammenwirken* von Arzt und Vertreter *bei der Ermittlung des Patientenwillens*.⁹⁰

5. Bestellung eines Betreuers trotz Patientenverfügung?

Eine Patientenverfügung macht die Bestellung eines Betreuers in aller Regel *nicht entbehrlich*. Ein Betreuer ist zum einen für alle weiteren, nicht in der Patientenverfügung vorweggenommenen Entscheidungen erforderlich, wie z.B. für alle anderen Behandlungsentscheidungen, für die finanzielle Seite der Behandlung (gesetzliche oder private Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Beihilfe usw.) und für alle anderen personalen oder Vermögensangelegenheiten des Betroffenen. Zum anderen muss er die Patientenverfügung durchsetzen.⁹¹ Insofern ist die Bestellung eines Betreuers auch dann erforderlich i.S.d. § 1896 Abs. 2 S. 1 BGB, wenn eine wirksame und einschlägige Patientenverfügung vorliegt. *Betreuungsvermeidende Wirkung* hat daher nur eine Vorsorgevollmacht für Gesundheitsangelegenheiten.

Von der Erforderlichkeit einer Betreuerbestellung ist die Frage zu unterscheiden, welche Aufgabe der Betreuer oder Bevollmächtigte hat, wenn eine Patientenverfügung vorliegt, die wirksam und einschlägig ist.⁹² Notwendigkeit eines Vertreters (d.h. seiner Bestellung) und Notwendigkeit einer Vertreterentscheidung (d.h. der Einwilligung für die einzelne ärztliche Maßnahme) sind daher strikt voneinander zu trennen.⁹³

V. Fazit: Die Bedeutung der Patientenverfügung

Jede ärztliche Maßnahme zur Behandlung eines Patienten ruht auf den beiden Säulen ärztliche Indikation und Einwilligung des Patienten. Fehlt eine dieser beiden Legitimationsvoraussetzungen, ist diese konkrete Maßnahme unzulässig. Die Behandlung muss dann in anderer Weise und mit anderen Mitteln erfolgen. Das gilt auch für die Behandlung am Lebensende.

⁸⁸ BGHZ 163, 195 (198 f.); vgl. auch Wagenitz, FamRZ 2005, 669 (672).

⁸⁹ Lipp, Patientenautonomie (Fn. 1), 35 f.

⁹⁰ Diese Unklarheit spiegelt sich z.B. in den Empfehlungen der BÄK und der ZEKÖ (Fn. 22) wider, vgl. dort Ziff. 1.2. einerseits, Ziff. 8. andererseits.

⁹¹ Lipp, BtPrax 2002, 47 (51 f.); das übersieht z.B. Vossler, BtPrax 2002, 240 (241).

⁹² Dazu oben B. IV. 4.

⁹³ Lipp, FamRZ 2004, 317 (321). Das wird nicht immer beachtet, vgl. nur Müller, ZEV 2008, 583 (586 f.), wo beide Fragen unter der Überschrift „Notwendigkeit eines Vertreters...“ behandelt werden.

Das Problem der so genannten „Sterbehilfe“ besteht daher im Kern darin, auch bei der Behandlung am Lebensende *im Einzelfall* sorgfältig zu prüfen, ob die vorgeschlagene lebensverlängernde oder lebenserhaltende Maßnahme in der konkreten Situation *ärztlich indiziert* ist und ob der Patient ihr *zustimmt* bzw. *zustimmen würde*. Vermag sich der Patient selbst dazu nicht mehr zu äußern, kann eine Patientenverfügung über seinen Willen Auskunft geben.⁹⁴

Eine Patientenverfügung ist stets *verbindlich*. Den Umfang ihrer Verbindlichkeit bestimmt der verfügende Patient selbst, indem er entweder bereits selbst eine Entscheidung trifft, oder die Entscheidung seinem Vertreter bzw. dem Arzt überlässt, ihnen dafür konkrete Wünsche äußert, eine Richtlinie vorgibt oder seine Vorstellungen und Einstellungen mitteilt. Dass die Patientenverfügung nicht dazu geeignet ist, die Bestellung eines Betreuers zu vermeiden,⁹⁵ mindert zwar ihre Tauglichkeit als alleiniges Instrument für die private Vorsorge für Alter und Krankheit („isolierte Patientenverfügung“). Es sagt aber nichts über ihre Verbindlichkeit aus. Hier ist zu unterscheiden:

- Jede Patientenverfügung gibt Auskunft über die Vorstellungen des Patienten und ist daher als „Mitteilung über sich selbst“ bei der Feststellung des mutmaßlichen Willens des Patienten zu berücksichtigen.
- Darüber hinaus sind konkrete, behandlungsbezogene Wünsche grundsätzlich verbindlich, für den Betreuer als „Wunsch“ des Betreuten nach § 1901 Abs. 3 S. 2 BGB, für den Bevollmächtigten auf Grundlage seines Auftrags.
- Eine antizipierte Einwilligung bzw. Ablehnung ist rechtlich verbindlich, wenn sie nach den allgemeinen Grundsätzen für die Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme wirksam ist. Für den Betreuer ergibt sich das ebenfalls aus § 1901 Abs. 3 S. 2 BGB, für den Bevollmächtigten ist sie als Weisung des Vollmachtgebers nach § 665 BGB zu qualifizieren. Für den Arzt ergibt sich die Verbindlichkeit aus den allgemeinen Grundsätzen des Medizinrechts für die Einwilligung in ärztliche Maßnahmen.

Eine Patientenverfügung muss stets *ausgelegt* werden. Es ist zu fragen, was der Patient damit bezogen auf die aktuelle Behandlungssituation wirklich erklären wollte. Bei dieser Feststellung des Patientenwillens sind alle erreichbaren Informationen über den Patienten zu berücksichtigen. Dazu gehört auch die Pflicht, nahestehende Personen und Angehörige des Patienten einzubeziehen. Die Antwort einer Patientenverfügung auf die Frage nach dem Willen des Patienten ist daher nur so gut wie ihr Interpret und hängt überdies davon ab, inwieweit es gelingt, die künftige Situation mit ihr zu erfassen und zu regeln.

⁹⁴ Vgl. nur die Empfehlungen der BÄK und der ZEKO (Fn. 22), Ziff. 8.

⁹⁵ Oben B. IV. 5.

C. Zu den Gesetzentwürfen

I. Notwendigkeit und Ziel einer gesetzlichen Regelung

Eine gesetzliche Regelung der mit der Behandlung am Lebensende verbundenen Probleme wird in der Öffentlichkeit, aber auch von Fachkreisen vielfach gefordert.⁹⁶ Dieser Forderung hat sich auch der 12. Zivilsenat des BGH in seiner Entscheidung vom 17.3.2003⁹⁷ angeschlossen. Freilich begegnet man auch Skepsis.⁹⁸ Vor allem aber liegen die Vorstellungen über den Gegenstand und den Inhalt einer gesetzlichen Regelung weit auseinander. Notwendigkeit und Ziel einer gesetzlichen Regelung sind deshalb vorab klarzustellen.

1. Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung

Seit dem Beschluss des 12. Zivilsenats des BGH vom 8.6.2005 dürfen zahlreiche Fragen der Behandlungsbegrenzung („passiver Sterbehilfe“) als geklärt betrachtet werden. Unsicherheit besteht weiterhin über die so genannten „*strafrechtlichen Grenzen der Sterbehilfe*“, die der 12. Zivilsenat dort ausdrücklich als ungeklärt bezeichnet hat. Zwar beruht dies auf einer Fehlinterpretation der einschlägigen Entscheidung des 1. Strafsenats des BGH,⁹⁹ doch besteht erhebliche Rechtsunsicherheit, nicht nur unter Ärzten, sondern auch unter Juristen. Klarzustellen ist vor allem, dass auch eine lebenserhaltende Maßnahme nur dann eine zulässige Behandlung darstellt, wenn sie ärztlich indiziert ist und von der Zustimmung des Patienten getragen wird, und daher ein *Veto* des Patienten *immer beachtet werden muss*, unabhängig von Art und Stadium seiner Erkrankung.¹⁰⁰

Im Bereich der *privaten Vorsorgemöglichkeiten* existieren gesetzliche Regelungen für die Betreuungsverfügung und die Vorsorgevollmacht, die im Prinzip auch die Bindung dieser Vertreter an eine Patientenverfügung sicherstellen.¹⁰¹ Keine gesetzliche Regelung hat die Patientenverfügung im Verhältnis zum Arzt gefunden, da das Behandlungsverhältnis von Arzt und Patient insgesamt nicht gesetzlich geregelt ist, sondern von den Grundsätzen beherrscht wird, die Rechtsprechung und Rechtswissenschaft entwickelt haben. Hier hat aber die Rechtsprechung mittlerweile eine gewisse Klarheit geschaffen.¹⁰² Offen sind im Bereich der privaten Vorsorge daher weniger die grundsätzlichen Fragen, als vielmehr einzelne, für sich genommen durchaus wichtige Punkte, namentlich das *Zusammenwirken von Arzt und Vertreter* bei der Feststellung des Patientenwillens, die Genehmigungspflicht für den Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen durch einen *Bevollmächtigten* und das Verhältnis zur Genehmigungspflicht des § 1904 BGB.

⁹⁶ Vgl. nur die Beschlüsse der strafrechtlichen Abteilung des 66. DJT 2006 (Fn. 20), Ziff. I.1. und I.3.; oder der zivilrechtlichen Abteilung des 63. DJT 2000, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, Ziff. A.III.1.2., in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 63. Deutschen Juristentages, Band II/1 Sitzungsberichte, 2000.

⁹⁷ BGHZ 154, 205 (222 f.).

⁹⁸ Vgl. z.B. die Stellungnahme des Präsidenten der Bundesärztekammer, Prof. Hoppe, vom 21.1.2009 zur Bundestagsdebatte um ein Gesetz zu Patientenverfügungen, abrufbar unter www.baek.de (Stand: 5.2.2009); ebenso Hoppe/Hübner, ZRP 2008, 225 ff. Zurückhaltend auch der Bevollmächtigte des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD) bei der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union, Prälat Reimers, in einer Stellungnahme vom 18.12.2008 („Kein Gesetz um jeden Preis“), abrufbar unter www.ekd.de (Stand: 5.2.2009).

⁹⁹ BGHS 40, 257 ff.; ausführlich dazu oben B. II. 3. c.

¹⁰⁰ Dazu Verrel, Gutachten (Fn. 1), C 78 ff.

¹⁰¹ Oben B. IV. 4.

¹⁰² Oben B. IV. 4.

2. Ziel einer gesetzlichen Regelung

Sterben ist ein individuelles Geschehen. Aufgabe einer gesetzlichen Regelung, zumal im freiheitlichen Staat des Grundgesetzes, kann es daher nicht sein, dem einzelnen Menschen Vorgaben für seine letzte Lebensphase zu machen. Es muss vielmehr darum gehen, die Würde des Menschen (Art. 1 GG) und seine persönlichen religiösen, ethischen und moralischen Überzeugungen über das für ihn angemessene Sterben (Art. 2 Abs. 2 S. 1 und Art. 4 Abs. 1 GG), d.h. seine Individualität, auch in dieser Lebensphase zu sichern und zu verwirklichen.

Vielfach wird eine umfassende gesetzliche Regelung der Sterbebegleitung gefordert, die nicht nur die Patientenverfügung gesetzlich verankert, sondern auch die strafrechtlichen Fragen (potentiell) lebensverkürzender Maßnahmen umfasst und vor allem auch sozialversicherungsrechtliche und andere Maßnahmen zur Förderung der ärztlichen und pflegerischen Begleitung schwer Kranker und Sterbender umfasst.¹⁰³

Demgegenüber beschränken sich die vorliegenden Entwürfe im Wesentlichen auf eine Regelung der von der Rechtsprechung, insbesondere der des 12. Zivilsenats des BGH, aufgeworfenen bzw. noch nicht entschiedenen Fragen. Dieses Vorgehen weist den entscheidenden Vorteil auf, dass sich eine beschränkte Regelung schneller verwirklichen lässt als ein umfassendes Gesetz. Das vorrangige Ziel aller Entwürfe lautet daher, Rechtssicherheit in den klärungsbedürftigen Fragen zu schaffen. Daraus ergeben sich erste Konsequenzen:

- Das Gesetz muss die klärungsbedürftigen Fragen regeln.
- Da es kein umfassendes, sondern ein sektorales Gesetz ist, ist besonders darauf zu achten, dass es sich in den Zusammenhang der verschiedenen Rechtsgebiete einfügt und keine Wertungswidersprüche entstehen.
- Das gilt vor allem, wenn – wie die Entwürfe übereinstimmend vorschlagen – die Regelung im Betreuungsrecht erfolgen soll. Dann muss zum einen auf die widerspruchsfreie Integration in das Betreuungsrecht geachtet werden, zum anderen aber auch auf die Übereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen der ärztlichen Behandlung. Diese sind bekanntermaßen nicht gesetzlich kodifiziert, sondern von Rechtsprechung und Rechtslehre aus den Vorschriften des Zivilrechts, Strafrechts und Öffentlichen Rechts entwickelt worden.

II. Gegenstand und Ort einer gesetzlichen Regelung

Alle Entwürfe wollen die *Patientenverfügung* im Betreuungsrecht, d.h. im BGB, verankern, ihre Bedeutung für den Betreuer und den Gesundheitsbevollmächtigten, die Pflicht zur vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung und das Genehmigungsverfahren regeln. Vom Regelungsgegenstand her enthalten sie daher die notwendige zivilrechtliche Regelung.¹⁰⁴

Alle Entwürfe gehen zu Recht davon aus, dass die Patientenverfügung im *Verhältnis zum Vertreter* einen besonderen Fall der Bindung des Betreuers an den erklärten Wunsch des Betreuten nach § 1901 Abs. 3 BGB bzw. an seinen mutmaßlichen Willen nach § 1901 Abs. 2 BGB darstellt und eine derartige Regelung daher im Anschluss an diese Grundnorm des Betreuungsrechts erfolgen sollte. Die Genehmigungspflicht wird zutreffend in § 1904 BGB (*Stünker-Entwurf*, *Zöller-Entwurf*) bzw. im Anschluss daran (§ 1904a BGB-E, *Bosbach-Entwurf*) geregelt, die Verfahrensregeln im FGG entsprechend ergänzt.

¹⁰³ Vgl. nur die Beschlüsse der strafrechtlichen Abteilung des 66. DJT 2006 (Fn. 20), Ziff. I.

¹⁰⁴ Oben C. I. 1.

III. „Strafrechtliche Grenze“ für den Patientenwillen

Die umstrittene Frage nach der so genannten „*strafrechtlichen Grenze*“ für den Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen wird von keinem Entwurf durch eine Regelung im StGB gelöst, sondern soll indirekt durch die *betreuungsrechtliche Regelung* der Patientenverfügung beantwortet werden. Das ist grundsätzlich möglich, wenn dadurch bestimmte Maßnahmen und Verhaltensweisen für zulässig erklärt werden, denn dann fehlt es an einem Verbot, an das das Strafrecht mit seinen Sanktionen anknüpft.¹⁰⁵

Der *Stünker-Entwurf* und der *Zöller-Entwurf* legen ausdrücklich fest, dass der erklärte und der mutmaßliche Wille des Patienten „unabhängig von Art und Stadium der Erkrankung“ gelten und vom Vertreter zu beachten sind.¹⁰⁶ Damit sind die vom 12. Zivilsenat für das Zivil- bzw. Betreuungsrecht aufgeworfenen Zweifel¹⁰⁷ durch eine Regelung im BGB explizit beantwortet. Die vorgesehene Regelung stimmt im Übrigen mit der Rechtsprechung des BGH in Strafsachen überein¹⁰⁸ und stellt daher eine gesetzgeberische Bestätigung dieser Rechtsprechung dar. Insofern wird diese Frage damit sowohl für das Betreuungsrecht als auch für das Strafrecht einheitlich beantwortet.

Der *Bosbach-Entwurf* erkennt den Willen des einwilligungsunfähigen Patienten in abgestufter Weise an und differenziert dabei nach dem Zustand des Patienten und der Form, in der dieser Wille zum Ausdruck gebracht worden ist.¹⁰⁹ Auch dieser Regelung wird Bedeutung für das Strafrecht beigemessen, weil der zivilrechtlich erlaubte Verzicht auf eine lebenserhaltende Maßnahme nicht strafrechtlich sanktioniert sei.¹¹⁰ Das trifft zwar an sich durchaus zu, nicht aber im vorliegenden Zusammenhang, weil der Entwurf auf einer unzutreffenden Einschätzung der strafrechtlichen Rechtslage und der einschlägigen Rechtsprechung beruht. Der Entwurf nimmt an, ein Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen sei derzeit strafrechtlich nur zulässig, wenn das Grundleiden einen irreversibel tödlichen Verlauf genommen habe.¹¹¹ Dies ist, wie gezeigt, unzutreffend.¹¹² Anders als der Entwurf meint, würde er deshalb die Grenzen des Erlaubten nicht ausweiten, sondern enger ziehen. Es wäre also strafrechtlich erlaubt, was der Entwurf zivilrechtlich ausschließt. Strafbegründend kann eine derartige indirekte Regelung im BGB jedoch schon wegen Art. 103 Abs. 2 GG nicht sein. Für den strafrechtlich zulässigen Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen aufgrund des Patientenwillens schließt der Entwurf die zivilrechtlichen Instrumente ausdrücklich aus, mit deren Hilfe der Patientenwille zum Ausdruck gebracht und festgestellt werden kann. Die vorgeschlagene Regelung des *Bosbach-Entwurfs* führt daher zu einer *gespaltenen Rechtslage*, weil sie sich auf das Zivilrecht beschränkt.

Darüber hinaus sieht der *Bosbach-Entwurf* eine *Begrenzung der Reichweite* des Patientenwillens in abgestufter Form vor:¹¹³

- Die Basisversorgung kann niemals ausgeschlossen werden, selbst wenn der Wille des Patienten nach allgemeinen Grundsätzen beachtlich wäre (§ 1901b Abs. 4 S. 2 2. Hs. BGB-E).

¹⁰⁵ Vgl. die Begründung des *Bosbach-Entwurfs*, BT-Drucks. 16/11360, S. 28; *Höfling*, MedR 2006, 25 (28).

¹⁰⁶ § 1901a Abs. 3 BGB *Stünker-Entwurf*; § 1901b Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 *Zöller-Entwurf*.

¹⁰⁷ Siehe oben B. II. 3. c.

¹⁰⁸ Siehe oben B. II. 3. c.

¹⁰⁹ § 1901b Abs. 1 bis 4 BGB *Bosbach-Entwurf*; ausführlich unten C. IV. 3. b.

¹¹⁰ Begründung *Bosbach-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11360, S. 28.

¹¹¹ Begründung *Bosbach-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11360, S. 26 f.

¹¹² Oben B. II. 3. b.

¹¹³ Näher dazu unten C. IV. 3. b.

- Der mutmaßliche Patientenwille kann lebenserhaltende Maßnahmen nur bei einer unheilbaren, tödlich verlaufenden Krankheit ausschließen (§ 1904a Abs. 2 Nr. 2 BGB-E).
- Die „einfache“ (schriftliche) Patientenverfügung kann lebenserhaltende Maßnahmen nur ausschließen für den Fall einer unheilbaren, tödlich verlaufenden Krankheit oder einer dauerhaften und irreversiblen Bewusstlosigkeit (§ 1901b Abs. 3 BGB-E).
- Für alle anderen Fälle ist eine „qualifizierte“, aufgrund ärztlicher Beratung über das aktuell vorliegende Krankheitsbild und im Wege notarieller Beurkundung errichtete und ggf. aktualisierte Patientenverfügung erforderlich (§ 1901b Abs. 2 BGB-E).

Der *Änderungsantrag Göring-Eckardt* et al.¹¹⁴ will den Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen bei irreversiblen Bewusstseinsverlust im Gegensatz zum *Bosbach-Entwurf* nicht aufgrund einer „einfachen“, sondern nur aufgrund einer „qualifizierten“ Patientenverfügung zulassen.

Für die Begrenzung der Reichweite des mutmaßlichen Willens bzw. einer „einfachen“ Patientenverfügung und für die Unverbindlichkeit einer mündlichen Erklärung werden zwei Gesichtspunkte angeführt: die staatliche Schutzpflicht für das Leben des Patienten und die fehlende Gleichwertigkeit einer früheren mit einer aktuellen Erklärung des Patienten.¹¹⁵ Beide berechtigen jedoch weder den Arzt noch den Betreuer dazu, den Willen des Patienten zu missachten und ihn gegen seinen Willen zu behandeln. Verfassungs- wie betreuungsrechtlich ist eine Behandlung gegen den Willen des Patienten allenfalls dann erlaubt, wenn die Ablehnung krankheitsbedingt ist.¹¹⁶ Es kann daher nur darum gehen festzustellen, was der Patient bezogen auf die aktuell anstehende Entscheidung will. Das schließt es aus, bestimmte Formen der Willensäußerung von vorneherein die Verbindlichkeit abzusprechen (mündliche Erklärung) oder allgemein in ihrer „Reichweite“ zu beschränken („einfache“ Patientenverfügung, mutmaßlicher Wille). Das vom *Bosbach-Entwurf* und vom *Änderungsantrag Göring-Eckardt* proklamierte Ziel, die Selbstbestimmung des Patienten zu schützen, schlägt so in das Gegenteil um und wird zur Fremdbestimmung.

Fazit: Hier enthalten der *Stünker-Entwurf* und der *Zöller-Entwurf* die vorzugswürdige Lösung.

¹¹⁴ *Änderungsantrag Göring-Eckardt* et al. vom 21.10.2008 zum *Entwurf Bosbach* et al.

¹¹⁵ Begründung *Bosbach-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11360, S. 17 f., 21 f., 24 f., 26 ff., 37.

¹¹⁶ Vgl. nur *BVerfGE* 58, 208 (225); *BVerfG BtPrax* 1998, 144 (145) und § 1906 Abs. 1 BGB.

IV. Die Regelung der „Patientenverfügung“ in den Entwürfen

1. Die Ausgangslage

Die Entwürfe unterscheiden sich in dem, was sie jeweils als „Patientenverfügung“ erfassen und wie sie die Bindung des Vertreters ausgestalten. Vorab sei deshalb nochmals auf die folgenden Punkte hingewiesen:

- Jede ärztliche Maßnahme zur Behandlung eines Patienten muss ärztlich indiziert und vom Willen des Patienten getragen sein. Fehlt eine dieser beiden Legitimationsvoraussetzungen, ist diese konkrete Maßnahme unzulässig. Die Behandlung muss dann in anderer Weise und mit anderen Mitteln erfolgen.
- In der Praxis sind verschiedene Formen von Patientenverfügungen gebräuchlich, von der antizipierten Einwilligung oder Ablehnung einer ärztlichen Maßnahme über die Äußerung behandlungsbezogener Wünsche bis hin zur Mitteilung allgemeiner Wünsche und Wertvorstellungen.
- Jede Patientenverfügung ist auf die aktuelle Behandlungssituation hin auszulegen. Das Ziel der Auslegung ist die Feststellung, welchen Willen der Patient für diesen Fall erklärt hat (§ 133 BGB).
- Voraussetzungen für die rechtliche Wirksamkeit, wie z.B. ärztliche Aufklärung, Schriftform, Einwilligungsfähigkeit, Freiheit von Irrtum oder Zwang, lassen sich nur für Erklärungen aufstellen, die unmittelbar rechtliche Wirkungen im Rechtsverkehr entfalten sollen, also für die antizipierte Einwilligung oder Ablehnung.
- Im Verhältnis zum Betreuer sieht § 1901 Abs. 3 S. 1 und 2 BGB eine Bindung an die behandlungsbezogenen Wünsche des Betreuten vor. Der Gesetzgeber hat bewusst von Wirksamkeitsvoraussetzungen abgesehen und dem Betreuer die Aufgabe übertragen zu prüfen, ob der Wunsch freiverantwortlich gebildet und frei von Willensmängeln ist und ob sich der Betreute dadurch krankheitsbedingt schädigt. Im Verhältnis zum Betreuer stellt eine antizipierte Einwilligung bzw. Ablehnung daher eine spezielle Form eines verbindlichen „Wunsches“ dar.
- Die Mitteilung von allgemeinen Wünschen, Wertvorstellungen usw. erzeugt keine Rechtswirkung und kann daher auch nicht von rechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen abhängig gemacht werden. Sie ist von vorneherein als Mitteilung des Patienten über sich selbst und seine Vorstellungen gedacht und als solche vom Betreuer nach § 1901 Abs. 2 BGB als Indiz für den mutmaßlichen Willen des Betreuten zu beachten, und zwar unabhängig von der Einhaltung bestimmter Wirksamkeitsvoraussetzungen.

Vor diesem Hintergrund sind nun die Kernpunkte der jeweiligen Regelung der Patientenverfügung in den Entwürfen darzustellen.

2. Der Entwurf Stünker et al.

a. Der Entwurf

Der *Stünker-Entwurf* unterscheidet streng zwischen der antizipierten Einwilligung bzw. Untersagung des Patienten selbst (§ 1901a Abs. 1 BGB-E) und der Entscheidung des Betreuers (§ 1901a Abs. 2 BGB-E). Unter einer „**Patientenverfügung**“ versteht der Entwurf ausschließlich die antizipierte Einwilligung bzw. Untersagung einer ärztlichen Maßnahme, die noch nicht unmittelbar bevorsteht.¹¹⁷ Sie setzt Einwilligungsfähigkeit und Einhaltung der Schriftform voraus. Wenn die Patientenverfügung wirksam und anwendbar ist, bedarf es keiner Einwilligung des Betreuers; seine Aufgabe beschränkt sich auf die Prüfung und Durchsetzung der Patientenverfügung.¹¹⁸

Ein **Widerruf** ist formlos möglich, kann also auch konkludent erfolgen. Einen mutmaßlichen Widerruf aufgrund konkreter Anhaltspunkte (wie ihn § 1901 Abs. 3 S. 2 BGB vorsieht) erkennt der Entwurf nicht an. Die gegenteilige Ansicht in der Begründung¹¹⁹ findet im Entwurf keine Stütze. Eine Prüfung, ob die Patientenverfügung unabhängig von einem erklärten Widerruf noch dem aktuellen Willen des Patienten entspricht oder ob Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass er nicht mehr daran festhalten möchte, ist gerade nicht vorgesehen.

Die in der Praxis durchaus häufigen Patientenverfügungen, in denen der Patient die Entscheidung nicht selbst trifft (im Sinne einer antizipierten Einwilligung oder Untersagung), sondern die Entscheidung seinem Vertreter oder dem Arzt anvertraut, aber seine **behandlungsbezogenen Wünsche** und Vorstellungen (etwa im Sinne von Richtlinien) niederlegt, sind demgegenüber keine Patientenverfügung im Sinne des *Stünker-Entwurfs*. Sie sind Äußerungen, die ebenso wie die **Mitteilung von Werteinstellungen** etc. bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens des Patienten zu berücksichtigen sind. Dies wird in § 1901a Abs. 2 BGB-E eigens geregelt. Auch eine Patientenverfügung, die mangels Schriftform oder wegen Einwilligungsunfähigkeit unwirksam ist, ist als eine solche „Äußerung“ zu berücksichtigen.¹²⁰

§ 1901a BGB-E enthält insofern eine **abschließende Sonderregelung** hinsichtlich der Entscheidung über eine ärztliche Maßnahme. Während § 1901a Abs. 1 BGB-E die antizipierte Einwilligung bzw. Untersagung durch den Patienten selbst regelt, umfasst § 1901a Abs. 2 BGB-E alle Fälle, in denen der Betreuer über die Behandlung zu entscheiden hat. Die allgemeinen Regelungen des § 1901 Abs. 3 BGB (für „Wünsche“ zur Behandlung) und § 1901 Abs. 2 BGB (für alle anderen Mitteilungen) werden insoweit verdrängt. Die gegenteilige Ansicht in der Begründung, auf Behandlungsrichtlinien des Patienten sei weiterhin § 1901 Abs. 3 BGB anwendbar,¹²¹ wird im Zusammenhang mit § 1901a Abs. 1 BGB-E geäußert (wo sie zutrifft). Doch wird dabei übersehen, dass der Entwurf mit § 1901a Abs. 2 BGB-E alle behandlungsbezogenen Äußerungen erfasst, die keine Patientenverfügung i.S.d. Abs. 1 darstellen und bei denen daher eine Entscheidung des Betreuers über die Einwilligung erforderlich ist. § 1901a Abs. 2 BGB-E wiederholt daher nicht nur § 1901 Abs. 2 BGB, sondern verdrängt zugleich § 1901 Abs. 3 BGB. **Behandlungsbezogene Wünsche** sind daher nicht mehr grundsätzlich verbindlich (§ 1901 Abs. 3 S. 1 und 2BGB), sondern nur als Indizien für den mutmaßlichen Willen (§ 1901a Abs. 2 BGB-E) zu behandeln.

¹¹⁷ § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB *Stünker-Entwurf*.

¹¹⁸ § 1901a Abs. 1 S. 1 und 2 BGB *Stünker-Entwurf*; Begründung *Stünker-Entwurf*; BT-Drucks. 16/8442, S. 14 f.

¹¹⁹ Begründung *Stünker-Entwurf*; BT-Drucks. 16/8442, S. 14 f.

¹²⁰ Begründung *Stünker-Entwurf*; BT-Drucks. 16/8442, S. 15.

¹²¹ Begründung *Stünker-Entwurf*; BT-Drucks. 16/8442, S. 13, ähnlich S. 11.

Der *mutmaßliche Wille* des Betreuten i.S.d. § 1901a Abs. 2 BGB-E ist nach dem Verständnis des Entwurfs sein tatsächlich feststellbarer, individueller Wille, nicht ein Entscheidungsmaßstab für den Betreuer („Wie hätte der Betreute selbst entschieden?“). Für dessen Ermittlung enthält § 1901a Abs. 2 BGB-E bestimmte Vorgaben. Ist er nicht feststellbar, soll der Betreuer entsprechend dem Wohl des Betreuten entscheiden.¹²² *Unklar* bleibt, ob sich die Orientierung am Wohl des Betreuten aus § 1901a Abs. 2 BGB-E ergeben soll oder aus der allgemeinen Vorschrift des § 1901 Abs. 2 BGB. Ersteres ist mit der Grundannahme unvereinbar, der mutmaßliche Wille sei ein tatsächlich feststellbarer, individueller Wille des Betreuten (denn nur dieser wird von § 1901a Abs. 2 BGB-E geregelt). Letzteres wirft die Frage nach dem Verhältnis von § 1901a BGB-E und § 1901 BGB auf, die der Entwurf jedoch nicht beantwortet.

Zur Ermittlung des mutmaßlichen Willens sieht § 1901a Abs. 2 S. 4 BGB-E vor, dass der Betreuer nahen Angehörigen und sonstigen Vertrauenspersonen *Gelegenheit zur Äußerung* geben soll, sofern dies ohne große Verzögerung möglich ist. Der Entwurf sieht also kein obligatorisches Konsil vor, sondern ein Mittel, mit dem der Betreuer den Patientenwillen ermitteln soll („*beratendes Konsil*“). Das beruht auf der Verpflichtung des Betreuers, den Patientenwillen zu ermitteln (§ 1901a Abs. 2 S. 1 und 2 BGB-E).¹²³

Wenn ein mutmaßlicher Wille des Patienten auf die Durchführung, Nichteinleitung oder Beendigung einer ärztlichen Maßnahme nicht feststellbar ist, will der Entwurf entsprechend dem Wohl des Betreuten dem *Schutz des Lebens Vorrang* einräumen.¹²⁴ Dies wird nicht weiter begründet. Es bleibt daher offen, wie diese Aussage mit § 1901 Abs. 2 BGB zu vereinbaren ist, wonach das Wohl des Betreuten subjektiv und nicht objektiv zu verstehen ist, zumal der Entwurf an anderer Stelle in einem solchen Fall insgesamt auf § 1901 BGB verweist und objektive Entscheidungskriterien ablehnt.¹²⁵

b. Regelungen des Entwurfs im Vergleich zur geltenden Rechtslage

Gegenüber dem geltenden Recht führt der *Stünker-Entwurf* zu folgenden *Änderungen*:

- Einführung der Schriftform für die antizipierte Einwilligung bzw. Untersagung einer ärztlichen Maßnahme, sofern sie nicht unmittelbar bevorsteht.
- Der Widerruf ist zwar jederzeit formlos möglich. Anders als nach § 1901 Abs. 3 S. 2 BGB genügt es aber nicht, dass der Patient erkennbar nicht mehr an der Patientenverfügung festhalten möchte.
- Die Regelung des § 1901a Abs. 2 BGB-E verdrängt § 1901 Abs. 3 BGB. Behandlungsbezogene „Wünsche“ sind nicht mehr nach § 1901 Abs. 3 S. 2 BGB grundsätzlich verbindlich, sondern nach § 1901a Abs. 2 BGB-E nur noch als Indizien für den mutmaßlichen Willen zu behandeln.
- Dasselbe gilt für antizipierte Einwilligungen/Untersagungen, die mündlich oder von einem Einwilligungsunfähigen erklärt werden.

¹²² Begründung *Stünker-Entwurf*, BT-Drucks. 16/8442, S. 15 f., ähnlich S. 11.

¹²³ Begründung *Stünker-Entwurf*, BT-Drucks. 16/8442, S. 15 f.

¹²⁴ Begründung *Stünker-Entwurf*, BT-Drucks. 16/8442, S. 16.

¹²⁵ Begründung *Stünker-Entwurf*, BT-Drucks. 16/8442, S. 11 und 12.

Des Weiteren stellt der Entwurf klar:

- Personen, die Auskunft über den Patientenwillen geben können („beratendes Konsil“), sollen als Hilfe zur Ermittlung des Patientenwillens hinzugezogen werden.

Unklarheiten enthält der Entwurf jedoch in folgenden Punkten:

- Bedeutung und Inhalt des mutmaßlichen Willens (§ 1901a Abs. 2 BGB-E) und sein Verhältnis zu den Wünschen (§ 1901 Abs. 3 BGB) und zum subjektiv zu verstehenden Wohl des Betreuten (§ 1901 Abs. 2 BGB).
- Verhältnis von § 1901a BGB-E zur allgemeinen Regelung in § 1901 BGB

c. Stellungnahme

aa. Grundkonzeption

Der *Stünker-Entwurf* unterscheidet streng zwischen der Patientenverfügung im Sinne einer antizipierten Einwilligung bzw. Untersagung des Patienten selbst (§ 1901a Abs. 1 BGB-E) und der Entscheidung des Betreuers (§ 1901a Abs. 2 BGB-E). Wenn die Patientenverfügung wirksam und anwendbar ist, bedarf es keiner Einwilligung des Betreuers; seine Aufgabe beschränkt sich auf die Prüfung und Durchsetzung der Patientenverfügung.¹²⁶ Der Ansatz ist dogmatisch durchaus zutreffend.¹²⁷ Problematisch sind jedoch die daraus in § 1901a Abs. 2 BGB-E gezogenen Folgerungen und das dort zugrunde gelegte Verständnis des mutmaßlichen Willens des Betreuten.

Der *mutmaßliche Wille* des Betreuten i.S.d. § 1901a Abs. 2 BGB-E ist nach dem Verständnis des Entwurfs sein tatsächlich feststellbarer, individueller Wille und soll sich damit vom Wohl des Betreuten unterscheiden.

Damit *verkennt der Entwurf* die folgenden Punkte:

- Erstens ist der mutmaßliche Wille kein realer, vom Patienten geäußelter Wille, sondern ein Entscheidungsmaßstab für denjenigen, der anstelle des Patienten als Betreuer, Bevollmächtigter oder Arzt (in Eilfällen aufgrund der mutmaßlichen Einwilligung) über die Behandlung zu entscheiden hat.¹²⁸
- Zweitens existiert der behauptete Unterschied zwischen mutmaßlichem Willen und Wohl des Betreuten nicht. Der Betreuer hat nach § 1901 Abs. 2 BGB nach Maßgabe des subjektiven, aus der individuellen Sicht des Betreuten zu bestimmenden Wohls zu entscheiden, d.h. so, wie der Betreute selbst entschieden hätte, wenn er es könnte. Subjektives Wohl und mutmaßlicher Wille sind daher dasselbe.¹²⁹
- Drittens unterscheidet das Betreuungsrecht in § 1901 BGB zwischen konkreten „Wünschen“ (Abs. 3) und der allgemeinen Verpflichtung auf das subjektive „Wohl“ (Abs. 2). Im Verhältnis zum Betreuer stellt die antizipierte Einwilligung oder Untersagung eine besondere Form des behandlungsbezogenen Wunsches dar (§ 1901 Abs. 3 BGB).

¹²⁶ Begründung *Stünker-Entwurf*, BT-Drucks. 16/8442, S. 14 f.

¹²⁷ Lipp, FamRZ 2004, 317 (321).

¹²⁸ Oben B. III. 2.

¹²⁹ Oben B. III. 2.

- Weil sie keine Patientenverfügung im Sinne des Entwurfs sind, unterfallen alle behandlungsbezogenen Wünsche ebenso wie die allgemeinen, nicht auf die konkrete Behandlung bezogenen Äußerungen und Mitteilungen § 1901a Abs. 2 BGB-E mit der Folge, dass sie nur noch als Indizien für den mutmaßlichen Willen zu behandeln sind. Das führt zu erheblichen Wertungswidersprüchen mit § 1901 Abs. 3 BGB (dazu unten dd.).

§ 1901a Abs. 2 BGB-E des *Stünker-Entwurfs* ist demnach mit § 1901 Abs. 2 und 3 BGB, der Grundnorm des Betreuungsrechts, nicht vereinbar und deshalb abzulehnen.

bb. Vorrang des Lebensschutzes

Wenn ein mutmaßlicher Wille des Patienten auf die Durchführung, Nichteinleitung oder Beendigung einer ärztlichen Maßnahme nicht feststellbar ist, will der Entwurf entsprechend dem Wohl des Betreuten entscheiden und dem *Schutz des Lebens Vorrang* einräumen.¹³⁰ Damit verkennt der Entwurf sowohl die Legitimationsbedingungen der ärztlichen Behandlung als auch die Bedeutung des „Wohls“ des Betreuten.

Jede ärztliche Maßnahme bedarf der Legitimation durch die ärztliche Indikation und die Einwilligung des Patienten. Beides muss während der gesamten Behandlungsdauer vorliegen. Fehlt es daran, ist die Maßnahme unzulässig. Nicht der Verzicht, sondern die Aufnahme der Behandlung, nicht ihre Beendigung, sondern ihre weitere Durchführung ist daher legitimierungsbedürftig. Es ist daher stets zu fragen, ob der Patient der Maßnahme zustimmt und ob ihre weitere Durchführung von seinem Willen getragen wird. Der Entwurf verfehlt daher den Bezugspunkt für den Willen des Patienten, wenn er ihn auf die Nichteinleitung oder Beendigung statt auf die Behandlung bezieht.

Ist der Betreute nicht mehr in der Lage sich zu äußern und hat er auch früher keine behandlungsbezogenen Wünsche geäußert (§ 1901 Abs. 3 BGB), hat sich der Betreuer nach § 1901 Abs. 2 BGB an dem vom Patienten her zu bestimmenden *subjektiven Wohl* zu orientieren. Der Entwurf geht demgegenüber davon aus, dass das Wohl objektiv zu verstehen ist und deshalb dem Lebensschutz stets Vorrang gebührt. Er *verkennt* damit in grundlegender Weise die zentrale Norm des § 1901 Abs. 2 BGB, die bestimmt, dass sich der Betreuer daran zu orientieren hat, ob der Betreute selbst der (weiteren) Behandlung zugestimmt hätte.¹³¹

Das objektive Verständnis des Wohls des Betreuten und die darauf beruhende Ansicht vom Vorrang des Lebensschutzes ist mit § 1901 BGB unvereinbar und daher abzulehnen.

cc. Schriftform

Der *Stünker-Entwurf* erkennt nur eine schriftliche Patientenverfügung als bindend an. Damit soll der Nachweis des Inhalts der Erklärung erleichtert und der Betroffene vor übereilten oder unüberlegten Festlegungen gewarnt werden.¹³²

Problematisch ist ein Formzwang vor allem deshalb, weil die Erklärung des Patienten nur deshalb einen geringeren Grad von Verbindlichkeit haben soll, weil sie nicht formgerecht erklärt worden ist. Ist sie auf andere Weise nachgewiesen, besteht jedoch kein Grund, ihr nicht die gleiche Verbindlichkeit zuzubilligen wie einer schriftlich niedergelegten Erklärung. Gerade wenn man dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten Geltung verschaffen will,

¹³⁰ Begründung *Stünker-Entwurf*, BT-Drucks. 16/8442, S. 16.

¹³¹ Oben B. III. 2.

¹³² Begründung *Stünker-Entwurf*, BT-Drucks. 16/8442, S. 13.

dürfen keine Hürden aufgebaut werden, die nicht schon in der Sache selbst begründet sind, wie z.B. das Erfordernis der Einwilligungsfähigkeit.¹³³ Nach Ansicht aller Entwürfe soll deshalb z.B. der Widerruf formlos möglich sein. Weder das Ziel der Beweissicherheit noch der Übereilungsschutz rechtfertigen daher den Formzwang.

Im Übrigen wären mit der Einführung einer Formvorschrift weitere Probleme verbunden: Es genügt für eine im Vorfeld einer Behandlung gegenüber dem Arzt erklärte Einwilligung oder Ablehnung weiterhin, dass sie mündlich erklärt wird. Auch für den Betreuer und für den Bevollmächtigten bleiben Anweisungen des Patienten unabhängig von ihrer Form verbindlich. Die mit der Schriftform für Patientenverfügungen notwendig verbundene eingeschränkte Verbindlichkeit für nicht formgerechte Erklärungen führt deshalb zu Abgrenzungsproblemen und Wertungswidersprüchen, wie der *Stünker-Entwurf* selbst einräumt.¹³⁴ Die angeführten Beweisschwierigkeiten treten nämlich bei vielen in die Zukunft gerichteten Anweisungen an den künftigen Betreuer (Betreuungsverfügung, §§ 1897 Abs. 4 S. 3, 1901 Abs. 3 S. 2 BGB) auf, ohne dass hierfür die Einhaltung der Schriftform erforderlich ist.

Die Schriftform für Patientenverfügungen begegnet darüber hinaus gravierenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung zur Testamenterrichtung durch Behinderte¹³⁵ zwar anerkannt, dass der Gesetzgeber über die notwendige Handlungsfähigkeit hinaus grundsätzlich auch weitere Anforderungen regeln kann, doch müssen sie als Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht gerechtfertigt sein und zusätzlich auch den Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) und des Verbots der Diskriminierung Behinderter (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG) genügen. Die Einführung der Schriftform nur für Patientenverfügungen erscheint daher schon deshalb verfassungsrechtlich ausgeschlossen, weil sie die Bedeutung von Arzt und Vertreter bei ihrer Umsetzung ebenso wenig berücksichtigt wie den Umstand, dass das Gesetz in allen anderen Fällen keine Schriftform vorschreibt. Vor allem aber ist verfassungs- wie betreuungsrechtlich eine Behandlung gegen den Willen des Patienten allenfalls dann erlaubt, wenn die Ablehnung krankheitsbedingt ist.¹³⁶ Dafür spielt es keine Rolle, in welcher Form der Patientenwille ausgedrückt wird. Insofern kann eine mündliche Patientenverfügung im Ergebnis dieselbe Verbindlichkeit beanspruchen.

Ein gesetzlicher Zwang zur Schriftform erscheint letztlich auch aus praktischen Gründen kaum notwendig. Denn bereits derzeit werden die meisten Patientenverfügungen, gleich welchen Inhalts, zumeist schriftlich abgefasst. Aus Sicht der Verfasser und ihrer Berater lässt sich nämlich nur so einigermaßen sicherstellen, dass sie später auch bekannt und beachtet werden. Insofern ist das Ziel der Schriftform in aller Regel auf freiwilligem Wege bereits erreicht. Die Einführung einer gesetzlichen Pflicht ist daher nicht erforderlich.

Letztlich spricht alles dagegen, für die Patientenverfügung die Schriftform durch Gesetz vorzuschreiben.

dd. Mutmaßlicher Widerruf

Obwohl der Entwurf den Widerruf regelt, schweigt er zur Möglichkeit eines mutmaßlichen Widerrufs. Diese Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen der Einwilligung und von § 1901 Abs. 3 S. 2 BGB erläutert der Entwurf nicht. Nach der Begründung ist eine solche Abweichung möglicherweise auch gar nicht beabsichtigt. Da § 1901a BGB-E jedoch eine

¹³³ So zutreffend in anderem Zusammenhang *Roth*, JZ 2004, 494 (497).

¹³⁴ Begründung *Stünker-Entwurf*, BT-Drucks. 16/8442, S. 13.

¹³⁵ *BVerfGE* 99, 341.

¹³⁶ Vgl. nur *BVerfGE* 58, 208 (225); *BVerfG* BtPrax 1998, 144 (145); zum Betreuungsrecht § 1906 Abs. 1 BGB.

eigenständige und zudem gegenüber § 1901 BGB abschließende Regelung darstellt, **müsste eine solche Vorschrift eingefügt werden.**

ee. Geringere Verbindlichkeit anderer Wünsche und formunwirksamer Patientenverfügungen

§ 1901a BGB-E geht der allgemeinen Regelung des § 1901 Abs. 3 BGB vor. Da § 1901a Abs. 1 BGB-E jedoch aus den behandlungsbezogenen „Wünschen“, die nach § 1901 Abs. 3 BGB verbindlich sind, nur die antizipierte Einwilligung/Untersagung herausgreift, unterfallen die übrigen Wünsche ebenso wie die allgemeinen, nicht auf die konkrete Behandlung bezogenen Äußerungen und Mitteilungen § 1901a Abs. 2 BGB-E mit der Folge, dass sie nur noch als Indizien für den mutmaßlichen Willen zu behandeln sind. Dasselbe gilt für antizipierte Einwilligungen/Untersagungen, d.h. Patientenverfügungen, die mündlich erklärt werden.

Diese Regelung führt zu **Wertungswidersprüchen im Betreuungsrecht**: Erstens ist der Wille des Patienten für den Betreuer nach § 1901 Abs. 3 S. 2 und 1 BGB auch dann verbindlich, wenn er nicht formgerecht erklärt wird.¹³⁷ Er ist also bereits de lege lata mehr als das Indiz, zu dem ihn der *Stünker-Entwurf* machen will und es besteht kein Grund, hier hinter das geltende Betreuungsrecht zurückzugehen. Zweitens ist verfassungs- wie betreuungsrechtlich eine Behandlung gegen den Willen des Patienten allenfalls dann erlaubt, wenn die Ablehnung krankheitsbedingt ist.¹³⁸ Insofern kann eine mündliche Patientenverfügung im Ergebnis dieselbe Verbindlichkeit beanspruchen.

§ 1901a BGB-E des *Stünker-Entwurfs* ist demnach auch insoweit mit § 1901 BGB, der Grundnorm des Betreuungsrechts, nicht vereinbar und deshalb abzulehnen.

ff. Ermittlung des Patientenwillens

Mit dem **beratenden Konsil** in § 1901a Abs. 2 S. 4 BGB-E stellt der Entwurf dem Betreuer ein Hilfsmittel zur Verfügung, um den Patientenwillen festzustellen. Im Gegensatz zum *Bosbach-Entwurf*¹³⁹ hat das Konsil in der Gestalt des *Stünker-Entwurfs* nicht den Zweck, den Betreuer mit Hilfe eines obligatorischen Überprüfungsverfahrens zu kontrollieren. Als Hilfsmittel zur Feststellung des Patientenwillens in Zweifelsfällen ist es verfassungsrechtlich unbedenklich, da die Behandlung des Patienten in der Zwischenzeit gerade auf der Notwendigkeit beruht, den Willen des Patienten festzustellen. Die Regelung ist des Weiteren im Hinblick darauf bedeutsam, dass mit ihr die Unterrichtung der hinzugezogenen Personen über den Zustand des Patienten ausdrücklich erlaubt wird, d.h. die Offenbarung von Informationen, die der ärztlichen Schweigepflicht unterliegen.¹⁴⁰

Zu kurz greift der Entwurf, weil er die Hinzuziehung dieser Personen auf die Ermittlung des - von ihm missverstandenen und daher zu eng gefassten (s.o.) - mutmaßlichen Willens beschränkt und **keine allgemeine Regelung** vorsieht, die für jede Tätigkeit des Betreuers im Bereich der ärztlichen Behandlung des Betreuten gilt.

¹³⁷ Siehe oben B. IV. 1.

¹³⁸ Vgl. nur *BVerfGE* 58, 208 (225); *BVerfG BtPrax* 1998, 144 (145); zum Betreuungsrecht § 1906 Abs. 1 BGB.

¹³⁹ Dazu unten C. IV. 3.

¹⁴⁰ Begründung *Stünker-Entwurf*, BT-Drucks. 16/8442, S. 16.

Weiterhin beschreibt der Entwurf in § 1901a Abs. 2 BGB-E (insbes. S. 2 und 4) die Feststellung des Patientenwillens als Aufgabe des Betreuers. In der Begründung wird zwar erwähnt, dass dies auch für den Arzt hilfreich ist,¹⁴¹ doch bleibt offen, inwieweit die Feststellung des Patientenwillens auch eine *Aufgabe des Arztes* ist. Der Entwurf geht ausweislich der Begründung zwar davon aus, dass dies der Fall ist, enthält sich aber ausdrücklich einer entsprechenden Regelung, weil sie nicht ins Betreuungsrecht gehöre.¹⁴² Dass der *Entwurf* zu einer klärungsbedürftigen Frage¹⁴³ aus systematischen Gründen *schweigt*, kann jedoch kaum befriedigen, wenn man bedenkt, dass er die Problematik der Reichweitenbegrenzung ebenfalls im Betreuungsrecht (statt im Strafrecht) beantwortet.

Der Entwurf ist insoweit unvollständig.

3. Der Entwurf Bosbach et al.

a. Allgemeine Konzeption

Der *Bosbach-Entwurf* fasst unter „*Patientenverfügung*“ nicht nur die antizipierte Einwilligung oder Untersagung einer ärztlichen Maßnahme („Entscheidungen über die Einwilligung oder Nichteinwilligung“), sondern auch alle „Wünsche zur Behandlung“.¹⁴⁴ Darunter versteht der Entwurf „in allgemeiner Form gehaltene Wünsche zur medizinischen und krankenschwägerischen Behandlung“.¹⁴⁵ Sie setzt Einwilligungsfähigkeit und Einhaltung der Schriftform voraus. Ist die Patientenverfügung wirksam und trifft sie auf die aktuelle Situation zu, hat ihr der Betreuer Ausdruck und Geltung zu verschaffen. Für die *antizipierte Einwilligung* bzw. Untersagung entspricht dies, abgesehen vom Schriftformerfordernis, der geltenden Rechtslage.¹⁴⁶ Für die sonstigen *behandlungsbezogenen Wünsche* wird darüber hinaus in Abkehr von § 1901 Abs. 3 BGB nicht nur die Schriftform eingeführt, sondern auch die Einwilligungsfähigkeit verlangt.

Für den *Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen* gelten Sonderregeln (§ 1901b Abs. 2 und 3 BGB-E). Maßnahmen der *Basisversorgung* sollen nach § 1901b Abs. 4 S. 2 2. Hs. BGB-E durch eine Patientenverfügung generell nicht ausgeschlossen werden können. Diese Regelung ist zwar Teil der allgemeinen Vorschriften für Patientenverfügungen, gehört aber der Sache nach zur Behandlung am Lebensende und systematisch in diesen Zusammenhang. Dasselbe gilt für § 1904 Abs. 4 BGB-E („*beratendes Konsil*“) und für den Verzicht aufgrund einer *mutmaßlichen Einwilligung* (§ 1904 Abs. 2 Nr. 2 BGB-E). Sie sind zwar regelungstechnisch Teil der Vorschriften über die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, betreffen aber nicht die Genehmigung, sondern die Vorgaben für die Entscheidung des Betreuers¹⁴⁷ und gehören daher systematisch ebenfalls hierher (dazu sogleich unter b.).

Ein *Widerruf* ist möglich (arg. § 1901b Abs. 1 S. 2 BGB). Nach der Begründung bedarf er keiner bestimmten Form.¹⁴⁸ Das findet im Entwurf jedoch keinen Niederschlag. Es genügt auch, wie derzeit nach § 1901 Abs. 3 S. 2 BGB, dass der Betreute erkennbar nicht mehr an der Patientenverfügung festhalten will (arg. § 1901b Abs. 1 S. 2 BGB), womit in der Sache ein mutmaßlicher Widerruf anerkannt wird. Die Begründung unterscheidet freilich nicht

¹⁴¹ Begründung *Stinker-Entwurf*, BT-Drucks. 16/8442, S. 16.

¹⁴² Begründung *Stinker-Entwurf*, BT-Drucks. 16/8442, S. 12, 15.

¹⁴³ Dazu oben B. IV. 4.

¹⁴⁴ § 1901b Abs. 1 S. 1 BGB *Bosbach-Entwurf*.

¹⁴⁵ Begründung *Bosbach-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11360, S. 35.

¹⁴⁶ Oben B. IV. 1.

¹⁴⁷ Zum beratenden Konsil siehe die Begründung *Bosbach-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11360, S. 48.

¹⁴⁸ Begründung *Bosbach-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11360, S. 36.

zwischen dem Widerruf als *actus contrarius* zur Erklärung und dem mutmaßlichen Widerruf.¹⁴⁹ Entgegen der dort vertretenen Ansicht ist nur für den mutmaßlichen Widerruf der so genannte „natürliche Wille“, d.h. jede bewusste, auch nonverbale Äußerung, als Anhaltspunkt ausreichend. Für den Widerruf als Erklärung, dass die Patientenverfügung aufgehoben wird, ist hingegen die Einwilligungsfähigkeit erforderlich, d.h. der Betroffene muss in der Lage sein, die Bedeutung und Tragweite des Widerrufs zu verstehen und sich danach zu entscheiden.

Der Entwurf erklärt eine Patientenverfügung für unverbindlich, wenn sie erkennbar in *Unkenntnis* der Möglichkeiten medizinischer Behandlung oder *späterer medizinischer Entwicklungen* abgegeben wurde und anzunehmen ist, dass der Patient bei deren Kenntnis eine andere Entscheidung getroffen hätte (§ 1901b Abs. 4 S. 1 BGB-E). Damit soll ein Teilaspekt der Auslegung gesetzlich geregelt werden, obwohl die Begründung ausdrücklich feststellt, dass natürlich dasselbe auch in allen anderen Fällen gelten muss, in denen sich die Sachlage oder die persönlichen Verhältnisse erheblich geändert haben.¹⁵⁰ Das ergibt sich freilich bereits aus den anerkannten Grundsätzen der (ergänzenden) Auslegung¹⁵¹ und ist auch von der Rechtsprechung anerkannt,¹⁵² was der Entwurf durchaus einräumt.¹⁵³

Nichtigkeit ordnet der Entwurf in § 1901b Abs. 4 S. 2 BGB-E an, wenn ein Wunsch oder Entscheidung auf eine *unerlaubte Handlung* gerichtet ist oder *gegen die guten Sitten* verstößt. Auch das ergibt sich bereits aus den allgemeinen Vorschriften der §§ 134, 138 BGB bzw. den Grundsätzen für das Betreuerhandeln, wie die Begründung selbst bemerkt.¹⁵⁴ Allerdings weicht der Entwurf in der Formulierung von den vorhandenen Vorschriften ab, ohne dass dafür sachliche Gründe angeführt werden.

Der Entwurf sieht in § 1901b Abs. 5 BGB-E ein *Koppelungsverbot* vor, der eine direkte oder indirekte rechtliche Verpflichtung zur Errichtung einer Patientenverfügung ausschließt. Da die Patientenverfügung Eingriffe in die Person und die körperliche Integrität des Patienten betrifft, ergibt sich dies bereits aus den allgemeinen Grundsätzen für die Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme. Der BGH hat im so genannten Traunsteiner Fall ausdrücklich die h.M. bestätigt, dass die Einwilligung wegen ihres Persönlichkeitsbezugs weder einer vertraglichen Regelung noch einer sonstigen rechtlichen Bindung zugänglich ist.¹⁵⁵

Der Entwurf enthält in § 1901b BGB-E eine *Sonderregelung* für alle *behandlungsbezogenen Wünsche*. Damit wird die allgemeine Regelung des § 1901 Abs. 3 BGB verdrängt. Nur auf diese Weise lässt sich auch das Regelungsziel des Entwurfs erreichen, denn sonst würden Patientenverfügungen, die die Anforderungen des Entwurfs nicht erfüllen, als Wünsche über § 1901 Abs. 3 BGB Verbindlichkeit erlangen.¹⁵⁶

Mitteilungen von Wertvorstellungen usw. stellen keine Patientenverfügung dar. Sie werden nicht von der Regelung des § 1901b BGB-E erfasst, sondern unterfallen der allgemeinen Vorschrift des § 1901 BGB.¹⁵⁷ Da Mitteilungen über Wertvorstellungen etc. keine „Wünsche“ i.S.d. § 1901 Abs. 3 BGB darstellen, sind sie nach **§ 1901 Abs. 2 BGB** bei der Feststellung des mutmaßlichen Willens zu berücksichtigen.

¹⁴⁹ Vgl. Begründung *Bosbach-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11360, S. 36.

¹⁵⁰ Begründung *Bosbach-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11360, S. 44.

¹⁵¹ Roth, JZ 2004, 494 (499).

¹⁵² BGHZ 154, 205 (217).

¹⁵³ Begründung *Bosbach-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11360, S. 44.

¹⁵⁴ Begründung *Bosbach-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11360, S. 44 f.

¹⁵⁵ BGHZ 163, 195 (199).

¹⁵⁶ Der Bezug auf § 1901 BGB in der Begründung (*Bosbach-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11360, S. 43) für den Fall, dass eine Patientenverfügung wegen Fehlvorstellungen oder veränderter Umstände nach § 1901b Abs. 4 S. 1 BGB-E unverbindlich ist, zielt daher auf § 1901 Abs. 2 BGB und nicht auf § 1901 Abs. 3 BGB.

¹⁵⁷ So ausdrücklich die Begründung *Bosbach-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11360, S. 36, 43.

b. Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen

Der Entwurf enthält in § 1901b Abs. 2 und 3 BGB-E besondere Regelungen für eine Patientenverfügung, die auf den Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen gerichtet ist.

Uneingeschränkt, d.h. im eben dargestellten Umfang und ohne Differenzierung nach Art und Ausmaß der Erkrankung, ist nach § 1901b Abs. 2 BGB-E nur eine „**qualifizierte Patientenverfügung**“ verbindlich, d.h. wenn ihr eine ärztliche Beratung über das aktuell vorliegende Krankheitsbild „zeitnah“¹⁵⁸ vorausging, sie notariell beurkundet ist und die Beurkundung oder eine schriftliche Bestätigung nach erneuter ärztlicher Beratung nicht länger als 5 Jahre vor dem Verlust der Einwilligungsfähigkeit erfolgte.

Erfüllt die Patientenverfügung diese Anforderungen nicht, ist sie also eine „**einfache Patientenverfügung**“, ist der darin angeordnete Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen nach § 1901b Abs. 3 BGB-E nur verbindlich, wenn entweder eine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit vorliegt (Nr. 1) oder der Patient bewusstlos ist, sein Bewusstsein mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit niemals wieder erlangen wird und die Behandlung für diesen Zustand ausdrücklich untersagt hat (Nr. 2). Mit dem ersten Fall will der Entwurf die Fälle der infausten Prognose erfassen, die er mit den Formulierungen aus dem Beschluss des 12. Zivilsenats vom 17.3.2003 beschreibt.¹⁵⁹ Mit dem zweiten Fall sind die Fälle des Wachkomas bzw. apallischen Syndroms und schwerste Fälle der Demenz gemeint.¹⁶⁰ Dabei geht der Entwurf – zu Unrecht – davon aus, dass er mit der ersten Fallgruppe die strafrechtliche Grenze erlaubter Sterbehilfe wiedergibt, mit der zweiten Fallgruppe diese Grenze erweitert.¹⁶¹

Auf den Fall einer unheilbaren, tödlich verlaufenden Krankheit beschränkt der Entwurf den Behandlungsverzicht aufgrund des **mutmaßlichen Willens**. Das ergibt sich indirekt aus der Regelung des § 1904a Abs. 2 Nr. 2 BGB-E. Diese Vorschrift legt die Voraussetzungen fest, unter denen eine Genehmigung für den Behandlungsverzicht aufgrund des mutmaßlichen Willens des Patienten erteilt wird. Da hierfür stets eine Genehmigung erforderlich ist, enthält § 1904a Abs. 2 Nr. 2 BGB-E zugleich die Aussage, dass ein Behandlungsverzicht aufgrund des mutmaßlichen Willens überhaupt nur in diesem Fall zulässig ist.¹⁶² Inhaltlich liegt dem Entwurf das Verständnis des mutmaßlichen Willens als eines individuellen, tatsächlich feststellbaren Willens zugrunde. Sei er nicht feststellbar, habe der Schutz des Lebens Vorrang.¹⁶³

Darüber hinaus sollen Maßnahmen der **Basisversorgung** nach § 1901b Abs. 4 S. 2 2. Hs. BGB-E durch eine Patientenverfügung nicht ausgeschlossen werden können. Dafür beruft sich die Begründung auf die Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung von 2004.¹⁶⁴ Daraus ergibt sich jedoch keine derartige Beschränkung des Patientenwillens. Die Grundsätze der BÄK stellen vielmehr klar, dass Maßnahmen der Basisversorgung auch dann ärztlich indiziert sein können (und es regelmäßig auch sind), wenn eine lebensverlängernde Maßnahme als solche nicht (mehr) indiziert ist oder vom

¹⁵⁸ Die Begründung *Bosbach-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11360, S. 38, versucht damit den zeitlichen Zusammenhang mit der Errichtung zu beschreiben und geht davon aus, dass dieser in der Regel gewahrt ist, wenn nicht mehr als 3 Monate verstrichen sind.

¹⁵⁹ Begründung *Bosbach-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11360, S. 41 f.

¹⁶⁰ Begründung *Bosbach-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11360, S. 42.

¹⁶¹ Begründung *Bosbach-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11360, S. 41; dazu schon oben C. III.

¹⁶² Vgl. Begründung *Bosbach-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11360, S. 51.

¹⁶³ Begründung *Bosbach-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11360, S. 51.

¹⁶⁴ Begründung *Bosbach-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11360, S. 45.

Patienten abgelehnt wird.¹⁶⁵ Ob ein Patient auch Maßnahmen der Basisversorgung ablehnen darf und kann, wenn er sie nicht will, ist eine Rechtsfrage, die die BÄK weder entschieden hat, noch entscheiden kann. Typischerweise will ein Betroffener in bestimmten Situationen auf lebenserhaltende Maßnahmen verzichten, aber nicht die ärztliche Versorgung und Pflege insgesamt ausschließen. Ist ein derartiger Ausschluss angeordnet worden, besteht daher besonderer Anlass zu prüfen, ob das dem wirklichen Willen des Patienten entspricht (§ 133 BGB) und ob dieser Wunsch eventuell krankheitsbedingt ist. Der Entwurf will den Patienten jedoch verpflichten, Maßnahmen der Basisversorgung auch dann zu dulden, wenn er sie ausdrücklich abgelehnt hat und sein Wille nach allgemeinen Grundsätzen zu beachten wäre. Nur insoweit kommt der Vorschrift überhaupt ein Regelungsgehalt zu.

§ 1904 Abs. 4 BGB-E sieht vor, dass Arzt und Betreuer den dort genannten Personen „bei der Beratung“ über den Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen in der Regel Gelegenheit zur Äußerung zu geben haben (*„beratendes Konsil“*). Es ist zwar regelungstechnisch Teil der Vorschrift über die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, soll aber in allen Fällen des Verzichts auf lebenserhaltende Maßnahmen gelten¹⁶⁶ und gehört daher systematisch nicht zu § 1904 BGB, sondern zu 1901b Abs. 2 und 3 BGB-E. Welchen Zweck der Entwurf mit dem beratenden Konsil verbindet, wird aus der Vorschrift nicht deutlich; sie spricht nur von der „Beratung von Betreuer und behandelndem Arzt“ über den Verzicht auf eine lebenserhaltende Maßnahme. Der Begründung lässt sich jedoch entnehmen, dass das Konsil der *Feststellung des Patientenwillens* dienen und zugleich *Missbrauch vermeiden* soll und dazu als *eigenständiges Kontrollverfahren* vorgesehen wird.¹⁶⁷

c. Regelungen des Entwurfs im Vergleich zur geltenden Rechtslage

Der *Bosbach-Entwurf* regelt als „Patientenverfügung“ nicht nur die antizipierte Einwilligung bzw. Untersagung, sondern alle behandlungsbezogenen Wünsche. Er führt zu folgenden **Änderungen**:

- Die Regelung des § 1901b BGB-E verdrängt § 1901 Abs. 3 BGB. Behandlungsbezogene „Wünsche“ sind nicht mehr nach § 1901 Abs. 3 S. 2 BGB grundsätzlich verbindlich, sondern nur noch nach Maßgabe des § 1901b BGB-E. Erfüllen sie dessen Anforderungen nicht, sind sie nur noch als Indizien für den mutmaßlichen Willen (§ 1901 Abs. 2 BGB) zu behandeln.
- Einführung der Schriftform für die antizipierte Einwilligung bzw. Untersagung einer ärztlichen Maßnahme.
- Einführung der Schriftform und des Erfordernisses der Einwilligungsfähigkeit als Wirksamkeitsvoraussetzungen für alle behandlungsbezogenen Wünsche.
- Einführung der ärztlichen Beratung und der notariellen Beurkundung, sowie ggf. einer nach erneuter ärztlicher Beratung erfolgten Aktualisierung als Wirksamkeitsvoraussetzungen für eine „qualifizierte“, d.h. in ihrer Reichweite unbeschränkte Patientenverfügung (gleichermaßen für die antizipierte Einwilligung und für behandlungsbezogene Wünsche).

¹⁶⁵ Grundsätze der BÄK (Fn. 19), Präambel: „So gibt es Situationen, in denen sonst angemessene Diagnostik und Therapieverfahren nicht mehr angezeigt und Begrenzungen geboten sein können. Dann tritt palliativ-medizinische Versorgung in den Vordergrund. (...) Unabhängig von anderen Zielen der medizinischen Behandlung hat der Arzt in jedem Fall für eine Basisbetreuung zu sorgen. (...) Art und Ausmaß einer Behandlung sind gemäß der medizinischen Indikation vom Arzt zu verantworten; dies gilt auch für die künstliche Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr. **Er muss dabei den Willen des Patienten beachten**“.

¹⁶⁶ Begründung *Bosbach-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11360, S. 48.

¹⁶⁷ Begründung *Bosbach-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11360, S. 48.

- Begrenzung der Reichweite von Patientenverfügungen (d.h. gleichermaßen für die antizipierte Einwilligung und für behandlungsbezogene Wünsche) in abgestufter Form:
 - Basisversorgung kann niemals ausgeschlossen werden, selbst wenn der Wille des Patienten nach allgemeinen Grundsätzen beachtlich wäre.
 - Die „einfache“ (schriftliche) Patientenverfügung kann lebenserhaltende Maßnahmen nur ausschließen für den Fall einer unheilbaren, tödlich verlaufenden Krankheit oder einer dauerhaften und irreversiblen Bewusstlosigkeit.
 - Für alle anderen Fälle ist eine „qualifizierte“, aufgrund ärztlicher Beratung und im Wege notarieller Beurkundung errichtete und ggf. aktualisierte Patientenverfügung erforderlich.
- Pflicht für Arzt und Betreuer, bei der Entscheidung über den Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen regelmäßig den in § 68a FGG Genannten, den ihn Pflegenden und den vom Betreuten benannten Personen Gelegenheit zur Stellung zu geben („beratendes Konsil“ als eigenständiges Kontrollverfahren).
- Beschränkung des Behandlungsverzichts aufgrund des mutmaßlichen Willens auf die Fälle, in denen eine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit vorliegt.
- Im Zweifel Vorrang des Lebensschutzes.

d. Stellungnahme

aa. Reichweitenbegrenzung

Der Entwurf begrenzt die Reichweite sowohl des erklärten als auch des mutmaßlichen Patientenwillens. Hierzu ist bereits im Zusammenhang mit der so genannten „strafrechtlichen Grenze“ das Nötige gesagt. Darauf sei verwiesen.¹⁶⁸

Die Vorschläge zur Begrenzung der Reichweite des Patientenwillens sind aus den dort genannten Gründen abzulehnen.

bb. Mutmaßlicher Wille und Vorrang des Lebensschutzes

Wenn ein mutmaßlicher Wille des Patienten für den Behandlungsverzicht nicht feststellbar ist, will der Entwurf dem *Schutz des Lebens Vorrang* einräumen.¹⁶⁹ Unter dem mutmaßlichen Willen des Betreuten versteht der Entwurf dabei seinen tatsächlich feststellbaren, individuellen Willen.¹⁷⁰

Damit verkennt der Entwurf Begriff und Bedeutung des mutmaßlichen Willens, die Legitimationsbedingungen der ärztlichen Behandlung und die Subjektivität des „Wohls“ des Betreuten. Darauf wurde bereits oben bei der Erörterung des *Stünker-Entwurfs* eingegangen. Hierauf sei verwiesen.¹⁷¹

Diese Vorschläge des *Bosbach-Entwurfs* sind mit der Grundnorm des Betreuungsrechts in § 1901 BGB nicht vereinbar und deshalb abzulehnen.

¹⁶⁸ Oben C. III.

¹⁶⁹ Begründung *Bosbach-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11360, S. 51.

¹⁷⁰ Begründung *Bosbach-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11360, S. 51.

¹⁷¹ Oben C. IV. 2. c. aa.

cc. Wirksamkeitsvoraussetzungen für behandlungsbezogene Wünsche

Der Entwurf führt **Einwilligungsfähigkeit** und **Schriftform** (bzw. **ärztliche Beratung** und **notarielle Beurkundung**) als Wirksamkeitsvoraussetzungen für behandlungsbezogene Wünsche ein und erkennt sie im Übrigen nur als Indizien für den mutmaßlichen Willen an. Der Entwurf wendet sich damit völlig von dem Konzept des § 1901 Abs. 3 BGB ab und führt eine Sonderregelung für behandlungsbezogene Wünsche ein, die in eklatantem Widerspruch zu dieser Zentralnorm des Betreuungsrechts steht.

„Wünsche“ im Sinne dieser Vorschrift erklärt das Gesetz bewusst unabhängig von Geschäfts- und Einwilligungsfähigkeit und von der Form, in der sie geäußert werden, für beachtlich.¹⁷² Das beruht auf dem Grundkonzept des Betreuungsrechts, die vorhandenen Fähigkeiten des Betroffenen anzuerkennen, statt ihn mit generellen Regelungen zu bevormunden. Der Vorrang der individuellen Hilfe und Unterstützung vor schematischer Entmündigung und Entrechtung bei Alten, Kranken und Behinderten entspricht dem rechtspolitischen Konsens in Deutschland und der internationalen Menschenrechtsdiskussion.¹⁷³ Es besteht daher kein Grund, die betreuungsrechtliche Grundkonzeption des § 1901 Abs. 3 BGB punktuell, bezogen auf Behandlungswünsche aufzugeben und in den alten, allgemein kritisierten Rechtszustand vor der Jahrhundertreform des Erwachsenenschutzes durch das Betreuungsgesetz zurückzufallen.

Diese Vorschläge des *Bosbach-Entwurfs* sind mit der Grundnorm des Betreuungsrechts in § 1901 BGB nicht vereinbar und deshalb abzulehnen.

dd. Schriftform

Die Schriftform für die „einfache“, in ihrer Reichweite beschränkte Patientenverfügung ist aus den bereits beim *Stünker-Entwurf* angeführten Gründen **abzulehnen**.¹⁷⁴

ee. Pflicht zur ärztlichen und rechtlichen Beratung

Für eine qualifizierte, d.h. in ihrer Reichweite unbeschränkte Patientenverfügung verlangt der *Bosbach-Entwurf* zusätzlich eine vorherige **ärztliche Beratung über das aktuell vorliegende Krankheitsbild** und ihre **notarielle Beurkundung**. Die Beratung durch den Arzt und den Notar soll sicherstellen, dass sich der Patient der Bedeutung und Tragweite seiner Erklärung in medizinischer und rechtlicher Hinsicht bewusst ist.¹⁷⁵

Eine vorherige **Beratung durch den Arzt** kann zum einen den Patienten über seine Krankheit und die möglichen Behandlungsalternativen informieren und ihn so in die Lage versetzen, sich zu entscheiden. Zum anderen kann sie dem später behandelnden Arzt das Verständnis einer Patientenverfügung erleichtern. Unter dem erstgenannten Gesichtspunkt dient die Aufklärung der **Wahrnehmung des Selbstbestimmungsrechts** des Patienten; auf sie kann der Patient deshalb auch verzichten.¹⁷⁶ Die Aufklärung als Wirksamkeitsvoraussetzung macht die Beratung zur Pflicht und bedarf daher als Beschränkung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten der Rechtfertigung. Eine Beratungspflicht erscheint allenfalls dann sachlich sinnvoll und berechtigt, wenn der Bezug zu einer bestimmten Krankheit bereits vorhanden oder

¹⁷² Oben B. IV. 1.

¹⁷³ Vgl. nur die Empfehlung des Europarats (Recommendation R (99) 4 of the Committee of Ministers to Member States on Principles Concerning the Legal Protection of Incapable Adults) und die UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen 2006.

¹⁷⁴ Oben C. IV. 2. c. cc.

¹⁷⁵ Begründung *Bosbach-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11360, S. 27, 37 f., 40.

¹⁷⁶ Vgl. nur *Taupitz*, Gutachten (Fn. 1), A 28 ff.

absehbar ist. Die Beratungspflicht soll aber gerade auch für diejenigen gelten, die in gesunden Tagen für Unfall oder plötzlich auftretende Krankheiten vorsorgen wollen. Hier ist eine ärztliche Information über die gesundheitliche Situation und mögliche Behandlungsalternativen nur in sehr allgemeiner Form möglich, sodass eine mit der Pflicht zur Beratung verbundene generelle Beschränkung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten unter diesem Gesichtspunkt nicht als gerechtfertigt erscheint. Das gilt erst recht, wenn man die Anforderung – mit dem Entwurf - dahingehend verschärft, dass eine ärztliche Beratung **gerade über das später eingetretene Krankheitsbild** erfolgt sein muss. Damit wird die Erfüllung dieses Wirksamkeitserfordernisses praktisch nur bereits erkrankten Personen möglich sein, bei denen mögliche Komplikationen und Entwicklungen vorsehbar sind.

Die Beratungspflicht könnte somit allenfalls mit dem *Interesse des Arztes* an einer verständlichen Patientenverfügung, also dem zweiten Aspekt, gerechtfertigt werden. Auf die Interessen bzw. den Schutz des Arztes kommt es aber bei der Einwilligung generell nicht an;¹⁷⁷ entscheidend ist hier allein der Wille des Patienten.

Für die *notarielle Beurkundung* führt der *Bosbach-Entwurf* an, dass damit die Einwilligungsfähigkeit geprüft, die Bedeutung und Tragweite der Erklärung verdeutlicht und für eindeutige Formulierungen gesorgt werde.¹⁷⁸ Dies sind zwar Gründe, die eine notarielle Beurkundung in vielen Fällen durchaus empfehlenswert erscheinen lassen. Hier geht es jedoch nicht um eine Empfehlung, sondern um den gesetzlichen Zwang zur notariellen Beurkundung. Dagegen sprechen die bereits gegen die einfache Schriftform angeführten Gründe.

Die Vorschläge des *Bosbach-Entwurfs* zur Beratungspflicht sind daher abzulehnen.

ff. Beratendes Konsil als eigenständiges Verfahren

Der Entwurf sieht im Anschluss an die Enquête-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin¹⁷⁹ das beratende Konsil (§ 1904 Abs. 4 BGB-E) als eigenständiges Verfahren zur *Ermittlung des Patientenwillens* und zur *Kontrolle von Betreuer und Arzt* vor.¹⁸⁰ Der Kontrollfunktion ist es geschuldet, dass der Entwurf die Einbeziehung von Auskunftspersonen zur Feststellung des Patientenwillens nicht der pflichtgemäßen Beurteilung des Arztes und des Betreuers als den letztlich für die Behandlungsentscheidung Verantwortlichen überlässt, sondern sie verpflichtet, den dort genannten Personen stets Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Eine Ausnahme sieht der Entwurf nur vor, wenn dadurch die Entscheidung erheblich verzögert wird. Nicht im Text, sondern nur in der Begründung wird auch ein entgegenstehender Wille des Betreuten anerkannt.¹⁸¹ Der Entwurf erweist sich daher als eine abgeschwächte Variante des obligatorischen Konsils, wie es die Enquête-Kommission vorgeschlagen hat.

Das *regelmäßig obligatorische Konsil* hat zur Folge, dass der Patient für die Dauer des Konsil-Verfahrens auch dann behandelt wird, wenn dies seinem Willen widerspricht. Ein solcher Eingriff in die Patientenautonomie bedarf der Rechtfertigung und muss dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen. Die Einbeziehung weiterer Personen in den Behandlungs- bzw. Entscheidungsprozess ist vielfach sinnvoll, um die Wünsche und Vorstellungen des Patienten zu ermitteln und die Patientenverfügung auszulegen. Allerdings

¹⁷⁷ Deutsch/Spickhoff, (Fn. 6), Rn. 258.

¹⁷⁸ Begründung *Bosbach-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11360, S. 38.

¹⁷⁹ Enquête-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, Zwischenbericht Patientenverfügungen vom 13.9.2004, BT-Drs. 15/3700, S. 43.

¹⁸⁰ Begründung *Bosbach-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11360, S. 48.

¹⁸¹ Begründung *Bosbach-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11360, S. 48.

kann die Notwendigkeit, weitere Personen zu beteiligen, nur im Einzelfall beurteilt werden. Das hat die Enquête-Kommission, auf die sich der Entwurf hier u.a. bezieht, ausdrücklich betont.¹⁸² Vor allem aber ist eine Behandlung unzulässig, wenn der entgegenstehende Wille des Patienten bekannt ist. Die Verzögerung durch das Konsil ist daher nur gerechtfertigt, wenn der Wille des Patienten erst noch festgestellt werden muss.

Als *regelhaftes Kontrollverfahren*, das regelmäßig und ohne konkrete Anhaltspunkte für einen möglichen Missbrauch eingreift, begegnet es durchgreifenden Bedenken. Die regelmäßige Einschaltung eines Konsils ist daher weder praktikabel noch verfassungsrechtlich zu rechtfertigen.

Die Vorschläge des *Bosbach-Entwurfs* zum Konsil sind daher abzulehnen.

gg. Unklarheiten

Der *Bosbach-Entwurf* weist Unklarheiten über die Voraussetzungen des Widerrufs auf, weil er nicht zwischen dem Widerruf als Erklärung mit unmittelbarer Rechtswirkung und Anhaltspunkten für eine Willensänderung, d.h. für einen mutmaßlichen Widerruf unterscheidet.

hh. Überflüssige Regelungen

Darüber hinaus enthält der Entwurf zahlreiche Regelungen von *Einzelaspekten*, deren Lösungen sich aus allgemeinen Grundsätzen des Betreuungsrechts oder des Medizinrechts ergeben und in Rechtsprechung und Lehre anerkannt sind. Eine gesetzliche Regelung erscheint daher weder notwendig noch angemessen. *Nicht erforderlich* sind folgende Regelungen:

- die Unwirksamkeit bei Fehlvorstellungen oder Veränderung der Sachlage;
- die Nichtigkeit einer auf eine unerlaubte Handlung gerichteten oder gegen die guten Sitten verstoßenden Patientenverfügung;
- das Koppelungsverbot.

Diese Vorschläge sind als überflüssig abzulehnen.

4. Der Entwurf Zöller et al.

a. Der Entwurf

Der *Zöller-Entwurf* erfasst in § 1901b Abs. 1 S. 1 BGB-E als *„Patientenverfügung“* die antizipierte Einwilligung bzw. Untersagung einer ärztlichen Maßnahme („Entscheidungen über die Einwilligung oder Nichteinwilligung“) und behandlungsbezogene Wünsche („Erklärungen zur Behandlung“). Voraussetzung ist die Einwilligungsfähigkeit. Die Schriftform wird in § 1901c BGB-E als Soll-Bestimmung gefasst, ist also nicht Voraussetzung für die rechtliche Wirksamkeit der Patientenverfügung. Ist die Patientenverfügung wirksam und trifft sie auf die aktuelle Situation zu, hat ihr der Betreuer Ausdruck und Geltung zu verschaffen.¹⁸³ Das entspricht der Regelung des

¹⁸² Enquête-Kommission (Fn. 179), S. 43.

¹⁸³ § 1901b Abs. 1 S. 2 BGB *Zöller-Entwurf*.

§ 1901 Abs. 3 S. 1 BGB, die die Rechtsprechung des BGH auch auf die Patientenverfügung anwendet.¹⁸⁴

Ein **Widerruf** ist jederzeit und – wie die Patientenverfügung selbst – ohne Einhaltung einer bestimmten Form, also auch konkludent möglich. Einen mutmaßlichen Widerruf aufgrund konkreter Anhaltspunkte erkennt der Entwurf in Übereinstimmung mit § 1901 Abs. 3 S. 2 BGB ausdrücklich an.¹⁸⁵

Alle anderen **Äußerungen, die nicht behandlungsbezogen sind**, werden von § 1901b Abs. 1 BGB-E nicht erfasst. Sie sind nach § 1901 Abs. 2 BGB als Indizien für den mutmaßlichen Willen des Patienten zu berücksichtigen. In Übereinstimmung damit ordnet § 1901b Abs. 2 BGB-E an, dass frühere Äußerungen ebenfalls weiter gelten, sofern sich keine Anhaltspunkte für ihre Änderung ergeben haben, und dass der Betreuer auch dem mutmaßlichen Willen Ausdruck und Geltung zu verschaffen hat. Dem mutmaßlichen Willen kommt damit dieselbe Bedeutung zu wie dem erklärten Willen.¹⁸⁶

§ 1901b BGB-E enthält eine **besondere Regelung** hinsichtlich der Entscheidung über eine ärztliche Maßnahme. Nicht eindeutig zum Ausdruck kommt, ob diese Vorschrift die allgemeinen Regelungen des § 1901 Abs. 3 BGB (für „Wünsche“ zur Behandlung) und § 1901 Abs. 2 BGB (für alle anderen Mitteilungen und die Entscheidung nach dem subjektiven Wohl des Betreuten) ergänzt oder als abschließende Sonderregelung verdrängt. Da der Entwurf die derzeit bestehenden Zweifel an der Verbindlichkeit einer Patientenverfügung beseitigen und ihre Verbindlichkeit klarstellen will,¹⁸⁷ ist davon auszugehen, dass § 1901b BGB-E die allgemeine Vorschrift des **§ 1901 BGB nicht verdrängt**, sondern ergänzt.

§ 1901d Abs. 1 BGB-E enthält eine ausführliche Regelung für die **Ermittlung des Patientenwillens**. Sie trägt dem dialogischen Charakter der Behandlungsentscheidung Rechnung und stellt klar, dass der Arzt die Stellung der Indikation zu verantworten hat und der Betreuer stellvertretend in die Behandlung einwilligt.¹⁸⁸ Besondere Bedeutung kommt dabei **§ 1901d Abs. 1 S. 1 BGB-E** zu, der bestimmt, dass nicht nur der Betreuer, sondern auch der Arzt stets den Willen des Patienten zu berücksichtigen hat. Damit wird eine wichtige, in der Rechtsprechung, insbesondere des 12. Zivilsenats, nicht eindeutig beantwortete Frage geklärt. Denn einerseits kann der Konflikt über den Patientenwillen, an den der 12. Zivilsenat die Genehmigungspflicht anknüpft,¹⁸⁹ erst entstehen, wenn der Arzt eine diesbezügliche Prüfungskompetenz hat. Andererseits hat der Senat betont, dass im Verhältnis zum Arzt die Entscheidung des Betreuers maßgeblich und dem Arzt ein Durchgriff auf den Patientenwillen verwehrt ist.¹⁹⁰ Es ist daher unklar, inwieweit neben dem Vertreter auch der Arzt den Patientenwillen zu prüfen hat.¹⁹¹

§ 1901d Abs. 1 S. 2 BGB-E zieht die Konsequenz aus § 1901b BGB-E und verweist daher auf diese Vorschrift. Eigenständige Bedeutung kommt ihr gegenüber § 1901b BGB-E jedoch nicht zu.

¹⁸⁴ Oben B. IV. 4.

¹⁸⁵ § 1901b Abs. 1 S. 1 BGB a.E. *Zöller-Entwurf*.

¹⁸⁶ Begründung *Zöller-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11493, S. 11.

¹⁸⁷ Begründung *Zöller-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11493, S. 8 f., 11.

¹⁸⁸ Dazu oben B. III. 1.

¹⁸⁹ *BGHZ* 154, 205 (219 ff.); *BGHZ* 163, 195 ff.; dazu oben B. III. 3.

¹⁹⁰ *BGHZ* 163, 195 (198 f.); dazu oben B. IV. 4.

¹⁹¹ Dazu oben B. IV. 4.

Die Hinzuziehung von Personen, die Auskünfte über den Patienten geben und insofern bei der Ermittlung des Patientenwillens hilfreich sein können, regelt § 1901d Abs. 2 BGB-E („*beratendes Konsil*“). Die Verpflichtung des Betreuers beruht auf seiner Pflicht zur Feststellung des Willens des Betreuten, diejenige des Arztes aus seiner Pflicht als behandelnder Arzt, den Willen des Patienten festzustellen und zu beachten (§ 1901d Abs. 1 S. 1 BGB-E).¹⁹² Der Entwurf sieht *kein obligatorisches Konsil* vor, sondern ein Mittel, mit dem Arzt und Betreuer in *Zweifelsfällen* den Patientenwillen ermitteln sollen.

b. Regelungen des Entwurfs im Vergleich zur geltenden Rechtslage

Der Entwurf enthält *keine Änderungen* der Rechtslage, sondern *Klarstellungen* in den folgenden Punkten:

- Verbindlichkeit der Patientenverfügung;
- Ermittlung des Patientenwillens als gemeinsame Aufgabe von Arzt und Betreuer;
- In Zweifelsfällen Hinzuziehung von Personen, die Auskunft über den Patientenwillen geben können („beratendes Konsil“).

c. Stellungnahme

Der *Zöller-Entwurf* entspricht dem geltenden Recht und stellt die *Verbindlichkeit einer Patientenverfügung* klar. Die Schriftform wird aus praktischen Gründen empfohlen, aber nicht zur Voraussetzung für die rechtliche Wirksamkeit erhoben.¹⁹³ Nach der Konzeption des Entwurfs soll § 1901b BGB-E die allgemeine Vorschrift des § 1901 BGB nicht verdrängen, sondern ergänzen. Das kommt jedoch in der Formulierung des Gesetzentwurfs nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck. Eine Klarstellung, dass § **1901 BGB** unberührt bleibt, ist insofern geboten.

Zu begrüßen ist die *eigenständige Regelung zur Ermittlung des Patientenwillens* in § 1901d Abs. 1 BGB-E, da sie insoweit bestehende Zweifelsfragen hinsichtlich des Zusammenwirkens von Arzt und Betreuer klärt.

Mit dem *beratenden Konsil* in § 1901d Abs. 2 BGB stellt der Entwurf Betreuer und Arzt ein Hilfsmittel zur Verfügung, um den Patientenwillen *in Zweifelsfällen* festzustellen. Im Gegensatz zum *Bosbach-Entwurf* und in Übereinstimmung mit dem *Stünker-Entwurf* hat das Konsil in der Gestalt des *Zöller-Entwurfs* nicht den Zweck, Betreuer und Arzt mit Hilfe eines obligatorischen Überprüfungsverfahrens zu kontrollieren.¹⁹⁴ Als Hilfsmittel zur Feststellung des Patientenwillens in Zweifelsfällen ist es verfassungsrechtlich unbedenklich, da die Behandlung des Patienten in der Zwischenzeit gerade auf der Notwendigkeit beruht, den Willen des Patienten festzustellen. Die Regelung ist des Weiteren im Hinblick darauf bedeutsam, dass mit ihr die Unterrichtung der hinzugezogenen Personen über den Zustand des Patienten ausdrücklich erlaubt wird, d.h. die Offenbarung von Informationen, die der ärztlichen Schweigepflicht unterliegen.

Die Vorschläge des Zöller-Entwurfs klären die derzeit offenen bzw. umstrittenen Fragen in sachlich überzeugender Weise und sind mit den Strukturen des Betreuungsrechts, insbesondere mit § 1901 BGB, vereinbar.

¹⁹² Dazu oben B. IV. 2.

¹⁹³ Begründung *Zöller-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11493, S. 11.

¹⁹⁴ Die „Kontrolle des Entscheidungsprozesses“, von der die Begründung (*Zöller-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11493, S. 9) spricht, ist Folge, nicht Zweck des Konsils.

5. Ergebnis

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der *Zöller-Entwurf* die klärungsbedürftigen Fragen hinsichtlich der *Patientenverfügung und ihrer Verbindlichkeit* regelt, sich am besten in den Zusammenhang des Betreuungsrechts und des Medizinrechts einfügt und den verfassungsrechtlichen Vorgaben Rechnung trägt.

V. Genehmigung des Vormundschaftsgerichts

1. Ausgangslage

Nach der Rechtsprechung des BGH ist § 1904 BGB nur auf die Einwilligung des Betreuers in eine ärztliche Maßnahme anzuwenden. Die Ablehnung oder der Widerruf der einmal erteilten Einwilligung sind davon nicht erfasst. Für den Verzicht auf eine lebenserhaltende Maßnahme ist jedoch eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich, wenn sie der Arzt für indiziert hält und sie vorschlägt, der Betreuer sie jedoch ablehnen möchte, denn dann besteht zwischen Arzt und Vertreter ein Konflikt über den Patientenwillen.¹⁹⁵

Die Genehmigungspflicht bei einer Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme einerseits und bei einer Ablehnung unterscheiden sich daher sowohl hinsichtlich des Gefahrengrades (nach § 1904 BGB genügt auch die Gefahr eines schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schadens), als auch hinsichtlich der Bedeutung des Patientenwillens (die Genehmigungspflicht nach § 1904 BGB entfällt nicht, wenn Arzt und Betreuer sich einig sind, dass der Patient die Behandlung will).¹⁹⁶

Da der BGH die Genehmigungspflicht bei einem Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen nicht auf § 1904 BGB gestützt hat, ist auch unklar, inwieweit das dafür vorgesehene Genehmigungsverfahren auf die Genehmigung eines Behandlungsverzichts Anwendung findet.

2. Der Entwurf Stünker et al.

Der *Stünker-Entwurf* folgt im Grundsatz der Rechtsprechung des BGH und verankert die Genehmigungspflicht bei einem **Verzicht des Betreuers** auf eine ärztlich indizierte Maßnahme (Nichteinwilligung bzw. Widerruf der Einwilligung) in § 1904 Abs. 2 BGB-E. Sie entfällt, wenn Betreuer und behandelnder Arzt übereinstimmend der Auffassung sind, dass die Behandlung dem Willen des Betreuten entspricht (§ 1904 Abs. 4 BGB-E).

Von vorneherein **nicht** der Genehmigungspflicht unterfällt der Fall, in dem der Arzt aufgrund der **antizipierten Einwilligung bzw. Untersagung** des Patienten (Patientenverfügung i.S.d. Entwurfs) eine ärztliche Maßnahme durchführt oder unterlässt, denn § 1904 BGB setzt stets eine Einwilligung bzw. einen Verzicht des Betreuers voraus. Unklar bleibt, ob bei Streit über die Verbindlichkeit oder Auslegung der Patientenverfügung ein Genehmigungsverfahren durchgeführt werden muss oder zumindest durchgeführt werden kann.

Anders als der BGH sieht der Entwurf eine Genehmigung nicht nur vor, wenn durch den Behandlungsverzicht der Patient zu sterben droht, sondern bereits dann, wenn die Gefahr eines schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schadens besteht. Damit soll der Gleichlauf mit der Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme in den Fällen des § 1904 Abs. 1 BGB hergestellt werden.¹⁹⁷ Auf derselben Überlegung beruht es, dass der Entwurf die Genehmigungspflicht auch bei § 1904 Abs. 1 BGB entfallen lässt, wenn Arzt und Betreuer einig sind, dass die Einwilligung dem Willen des Patienten entspricht.¹⁹⁸

Das Genehmigungsverfahren regelt der Entwurf in Anlehnung an das bisherige Verfahren für die Genehmigung nach § 1904 BGB. Die schon bisher bei § 1904 BGB vorgeschriebene Einholung eines Sachverständigengutachtens und die Anhörung der Beteiligten wird auf den dort neu aufgenommenen Verzicht erstreckt (§ 69d Abs. 2 FGG-E). Der Entwurf führt die

¹⁹⁵ Dazu oben B. III. 3.

¹⁹⁶ Oben B. III. 3.

¹⁹⁷ Vgl. Begründung *Stünker-Entwurf*, BT-Drucks. 16/8442, S. 18.

¹⁹⁸ § 1904 Abs. 4 BGB-E umfasst auch die „Erteilung der Einwilligung“, vgl. dazu die Begründung *Stünker-Entwurf*, BT-Drucks. 16/8442, S. 19.

Gleichbehandlung von Einwilligung und Ablehnung im Genehmigungsverfahren jedoch nicht vollständig durch. Besondere Regelungen nur für den Verzicht stellen die zwingende Bestellung eines Verfahrenspflegers (§ 67 Abs. 1 S. 5 FGG-E), die Ausweitung der Beschwerdebefugnis gegen die Genehmigung auf den Kreis der nach § 69g Abs. 1 S. 1 FGG beschwerdebefugten Personen (§ 69d Abs. 1 S. 1 FGG-E) und die Regelung in § 69d Abs. 2 S. 4 FGG-E dar, wonach die Genehmigung erst 2 Wochen nach Bekanntgabe an den Betreuer und den Verfahrenspfleger wirksam wird.

Während für die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts nach § 1904 BGB bzw. für den Verzicht auf eine lebenserhaltende Maßnahme bisher § 1901 BGB den Maßstab bildet, enthält der *Stünker-Entwurf* in § 1904 Abs. 3 BGB-E eine eigene Regelung des Entscheidungsmaßstabs. Mit dem „Willen des Betreuten“ kann jedoch nur der „mutmaßliche Wille“ i.S.d. § 1901a Abs. 2 BGB-E gemeint sein,¹⁹⁹ da antizipierte Einwilligung bzw. Untersagung des Patienten (Patientenverfügung i.S.d. § 1901a Abs. 1 BGB-E) nicht der Genehmigungspflicht unterfällt. Insofern hat § 1904 Abs. 3 BGB-E keinen eigenen Regelungsgehalt, sondern stellt trotz des abweichenden Wortlauts lediglich eine Verweisung auf § 1901a Abs. 2 BGB-E dar.

3. Der Entwurf Bosbach et al.

Der *Bosbach-Entwurf* lässt § 1904 Abs. 1 BGB unberührt und führt in § 1904 Abs. 2 BGB-E die Genehmigungspflicht für den Fall ein, dass der Betreuer auf eine lebenserhaltende Maßnahme verzichtet (Nichteinwilligung oder Widerruf der Einwilligung).

Sie entfällt nur dann, wenn eine unheilbare und tödlich verlaufende Krankheit vorliegt, eine Patientenverfügung vorhanden ist und Betreuer und behandelnder Arzt übereinstimmend der Auffassung sind, dass die Entscheidung des Betreuers der („einfachen“) ²⁰⁰ Patientenverfügung entspricht (§ 1904 Abs. 3 BGB-E).

Außerhalb dieser eng umgrenzten Ausnahme ist eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung stets erforderlich, d.h. auch dann, wenn Arzt und Betreuer keinen Zweifel am Willen des Patienten haben. Das gilt, wenn zwar eine unheilbare und tödlich verlaufende Krankheit, aber keine Patientenverfügung vorliegt und es auf den mutmaßlichen Willen ankommt (§§ 1904a Abs. 2 Nr. 2 BGB-E) oder wenn zwar eine Patientenverfügung vorhanden ist, aber andere Krankheiten bzw. Krankheitsphasen vorliegen. Letzteres betrifft den Behandlungsverzicht bei irreversibler Bewusstlosigkeit aufgrund einer „einfachen“ Patientenverfügung (§§ 1901b Abs. 3 Nr. 2, 1904 Abs. 3 BGB-E) und den Behandlungsverzicht in allen anderen Situationen, in denen ein Behandlungsverzicht nur aufgrund einer „qualifizierten“ Patientenverfügung möglich ist (§§ 1901b Abs. 2, 1904 Abs. 1 BGB-E).

Das Genehmigungsverfahren regelt der Entwurf im Ausgangspunkt in Anlehnung an das bisherige Verfahren für die Genehmigung nach § 1904 BGB, führt aber zahlreiche weitergehende Anforderungen ein. Wie bei § 1904 BGB sind ein Sachverständigengutachten und die Anhörung der Beteiligten vorgeschrieben. Weitergehend wird aber bestimmt, dass der Sachverständige nicht nur im Regelfall, sondern niemals mit dem behandelnden Arzt identisch sein darf und dass er den Betreuten persönlich untersuchen muss, sowie dass kein ersuchter Richter tätig werden darf (§ 69d Abs. 2a FGG-E). Ein Verfahrenspfleger ist zwingend zu bestellen (§ 67 Abs. 1 S. 5 FGG-E), die Beschwerdebefugnis gegen die Genehmigung wird auf den Kreis der nach § 69g Abs. 1 S. 1 FGG Beschwerdebefugten mit Ausnahme der Behörde ausgeweitet (§ 69d Abs. 1a S. 1 FGG-E) und § 69a Abs. 3a FGG-E

¹⁹⁹ So auch die Begründung *Stünker-Entwurf*, BT-Drucks. 16/8442, S. 18.

²⁰⁰ Vgl. § 1901b Abs. 1 und 3 Nr. 1 BGB-E.

bestimmt, dass die Genehmigung erst 2 Wochen nach Bekanntgabe an den Betreuer und den Verfahrenspfleger wirksam wird. Zusätzlich soll die Beschwerde aufschiebende Wirkung haben (§ 69 Abs. 1a S. 2 FGG).

Während für die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts nach § 1904 BGB bzw. für den Verzicht auf eine lebenserhaltende Maßnahme bisher § 1901 BGB den Maßstab bildet, enthält der *Bosbach-Entwurf* in § 1904a BGB-E eine eigene Regelung des Entscheidungsmaßstabs für die gerichtliche Genehmigung. § 1904a Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 BGB-E wiederholen lediglich die Regelungen für die Patientenverfügung in § 1901b BGB-E und haben insofern keine eigenständige Bedeutung. Demgegenüber legt § 1904a Abs. 2 Nr. 2 BGB-E die Voraussetzungen fest, unter denen eine Genehmigung für den Behandlungsverzicht aufgrund des mutmaßlichen Willens des Patienten erteilt wird. Da hierfür stets eine Genehmigung erforderlich ist, enthält § 1904a Abs. 2 Nr. 2 BGB-E zugleich die Aussage, dass ein Behandlungsverzicht aufgrund des mutmaßlichen Willens überhaupt nur in diesem Fall zulässig ist. Auf die hiermit verbundenen Fragen wurde bereits eingegangen.²⁰¹

4. Der Entwurf Zöller et al.

Der *Zöller-Entwurf* folgt der Rechtsprechung des BGH und sieht eine Genehmigungspflicht bei einem Verzicht (Nichteinwilligung bzw. Widerruf der Einwilligung) des Betreuers auf eine lebenserhaltende Maßnahme vor, wenn Arzt und Betreuer bei der Feststellung des Patientenwillens keine Einigkeit erzielen (§ 1904 Abs. 2 BGB-E). Damit ist eine Genehmigung sowohl beim Streit um die Wirksamkeit und Auslegung einer antizipierten Einwilligung bzw. Untersagung wie bei allen anderen Konflikten über den erklärten oder mutmaßlichen Patientenwillen vorgeschrieben.

Das Genehmigungsverfahren regelt der Entwurf in Anlehnung an das bisherige Verfahren für die Genehmigung nach § 1904 BGB. Die schon bisher bei § 1904 BGB vorgeschriebene Einholung eines Sachverständigengutachtens und die Anhörung der Beteiligten wird auf den dort neu aufgenommenen Verzicht erstreckt (§ 69d Abs. 2 S. 1 FGG-E). Besondere Regelungen für den Verzicht stellen die zwingende Bestellung eines Verfahrenspflegers (§ 67 Abs. 1 S. 5 FGG-E) und die Regelung in § 69a Abs. 4 FGG-E dar, wonach die Genehmigung erst 2 Wochen nach Bekanntgabe an den Betreuer und den Verfahrenspfleger wirksam wird.

5. Stellungnahme

a. Funktion und Umfang der Genehmigungspflicht²⁰²

Die Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht dient der präventiven Kontrolle des Betreuers. Sie soll verhindern, dass der Betreuer seine Rechtsmacht missbraucht und damit dem Patienten irreparablen Schaden zufügt.

Soll eine Behandlung **durchgeführt** werden, ist bereits im Vorfeld der Behandlungsentscheidung eine gegenseitige Kontrolle von Arzt und Betreuer gewährleistet. Denn sie müssen einen Konsens über die Notwendigkeit der Behandlung und den maßgeblichen Willen des Patienten herbeiführen: Ohne Einwilligung des Betreuers kann der Arzt nicht behandeln, der Betreuer die Behandlung ohne den Arzt nicht durchführen lassen.

²⁰¹ Oben C. IV. 3. b.

²⁰² Zum Folgenden vgl. *Lipp*, Patientenautonomie (Fn. 1), 44 ff., 48 f.

Wenn allerdings der Betreuer eine Maßnahme **ablehnt**, die nach Ansicht des Arztes sowohl indiziert ist als auch dem Willen des Patienten entspricht, versagt diese Form der präventiven Kontrolle des Betreuers. Denn über das Veto entscheidet der Betreuer allein. Der Arzt darf grundsätzlich auch dann nicht behandeln, wenn er Zweifel an diesem Veto hat. In einem solchen Fall ist daher die Erzwingung einer präventiven gerichtlichen Kontrolle des Betreuers durch die Genehmigungspflicht erforderlich. Aus Sicht des Patienten und seines Selbstbestimmungsrechts ist die damit verbundene Verzögerung in der Verwirklichung seines Willens unvermeidbar, denn es ist gerade umstritten, was der Patient will. Insofern ist die Behandlung des Patienten während des Verfahrens verfassungsrechtlich unbedenklich.

Stimmen Betreuer und Arzt jedoch **überein**, hat die präventive wechselseitige Kontrolle keine Beanstandungen ergeben. Für das verbleibende Risiko des Missbrauchs genügen die auch hier eingreifenden allgemeinen Sicherungen: Jedermann (d.h. Pflegepersonal, Angehörige usw.) kann sich bei Verdacht des Missbrauchs an das Vormundschaftsgericht wenden; darüber hinaus sichern zivil- und strafrechtliche Sanktionen, dass Arzt und Betreuer ihre rechtlichen Pflichten einhalten. Eine weitergehende, regelmäßige präventive Kontrolle durch das Vormundschaftsgericht ist daher nicht geboten. In Fällen, in denen kein Zweifel am maßgeblichen Willen des Patienten besteht, ist die Durchführung eines Genehmigungsverfahrens nicht erforderlich. Der Entwurf sieht eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung und ein Genehmigungsverfahren auch dann zwingend vor, wenn Arzt und Betreuer hinsichtlich des Patientenwillens übereinstimmen. Er führt damit zu einer Behandlung des Patienten gegen dessen Willen während der Dauer des Verfahrens, obwohl sein Wille bekannt ist. Eine solche Zwangsbehandlung ist verfassungswidrig.²⁰³

Die Vorschläge des Bosbach-Entwurfs zur Genehmigungspflicht sind deshalb abzulehnen.

b. Genehmigungsverfahren bei Streit um eine antizipierte Einwilligung bzw. Untersagung

Stünker-Entwurf und *Zöller-Entwurf* gehen übereinstimmend davon aus, dass die Genehmigung nur für einen Verzicht **des Betreuers** erforderlich ist. Eine antizipierte Einwilligung bzw. Untersagung **des Patienten** unterliegt daher nicht der Genehmigungspflicht. Das ist zutreffend, denn genehmigt werden kann nur die Entscheidung des Betreuers, nicht die des Patienten.²⁰⁴

Fraglich ist, wie zu verfahren ist, wenn Arzt und Betreuer über die Wirksamkeit oder Auslegung einer solchen antizipierten Einwilligung bzw. Untersagung unterschiedlicher Meinung sind. Für diese Form des Streits um den Patientenwillen sollte das Genehmigungsverfahren ebenfalls eröffnet werden. Denn auch hier geht es um die notwendige **Feststellung des Patientenwillens**. Das ändert nichts daran, dass materiell gesehen stets nur die Erklärung des Betreuers genehmigt wird und genehmigt werden kann. In materieller Hinsicht hat die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts daher unterschiedlichen Gehalt. Stellt das Gericht fest, dass die antizipierte Einwilligung bzw. Untersagung des Patienten wirksam und einschlägig ist, hat die Genehmigung der Betreuerentscheidung (ebenso wie diese selbst) lediglich deklaratorischen Charakter. In allen anderen Fällen stellt die gerichtliche Entscheidung auch materiell eine echte Genehmigung dar.

²⁰³ Eine Zwangsbehandlung ist nur zulässig, wenn die Ablehnung der Behandlung krankheitsbedingt ist, vgl. nur *BVerfGE* 58, 208 (225f); *BVerfG BtPrax* 1998, 144 (145); vgl. auch § 1906 Abs. 1 BGB.

²⁰⁴ *Lipp*, Patientenautonomie (Fn. 1), 45 f.

Die Öffnung des Genehmigungsverfahrens für alle Konflikte über den Patientenwillen und damit die Möglichkeit einer deklaratorischen Genehmigungsentscheidung eröffnet nur der *Zöller-Entwurf*, indem er die Genehmigungspflicht unmittelbar mit an den Konflikt über den Patientenwillen knüpft (§ 1904 Abs. 2 BGB-E), wozu alle Formen gehören, in der dieser Wille Ausdruck gefunden hat (§§ 1901d, 1901b BGB-E). Aufgrund der andersartigen Regelungstechnik lässt dies der *Stünker-Entwurf* nicht zu, denn dort wird die Genehmigungspflicht an die Entscheidung des Betreuers geknüpft, während der Konsens über den Patientenwillen als Ausnahme formuliert ist.

Vorzugswürdig ist daher der Vorschlag des *Zöller-Entwurfs*.

Es wäre jedoch wünschenswert, wenn in der Begründung *klargestellt* würde, dass das Genehmigungsverfahren in allen Fällen eines Konflikts über den Patientenwillen offensteht und die Genehmigung im Falle einer wirksamen und einschlägigen antizipierten Einwilligung bzw. Untersagung (in der Terminologie des Entwurfs: „Entscheidung“ i.S.d. § 1901b Abs. 1 S. 1 BGB-E) deklaratorischen Charakter hat.

c. Angleichung an § 1904 Abs. 1 BGB („Einwilligung in Risikomaßnahmen“)

Der *Stünker-Entwurf* will die Voraussetzungen der Genehmigungspflicht für die Einwilligung in ärztliche Maßnahmen und für den Verzicht hierauf aneinander angleichen. Das erscheint zunächst einleuchtend, bedarf aber näherer Betrachtung.

So sind Sinn und Zweck der Genehmigungspflicht des § 1901 Abs. 1 BGB bis heute umstritten. Wenn der Arzt eine riskante Maßnahme für ärztlich indiziert hält und der Betreuer ihr unter Beachtung der Wünsche und Vorstellungen des Patienten (§ 1901 BGB) zustimmt, erscheint eine Genehmigungspflicht als Ausdruck generellen Misstrauens gegenüber Arzt und Betreuer.²⁰⁵ Wenn es um den Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Betreuten geht,²⁰⁶ ist die Anknüpfung der Genehmigungspflicht in § 1904 Abs. 1 BGB an das Risiko der ärztlichen Maßnahme nicht sachgerecht. Sie müsste daher zumindest auf den Konflikt über den Patientenwillen beschränkt werden.

Auch dann wird jedoch ein entscheidender Unterschied zwischen der Einwilligung in eine Risikomaßnahme und dem Verzicht auf eine lebenserhaltende Maßnahme nicht ausreichend beachtet: Bei einer Behandlungsmaßnahme müssen Arzt und Betreuer einen Konsens über die Indikation der Behandlung und den maßgeblichen Willen des Patienten herbeiführen, andernfalls kann sie nicht durchgeführt werden. Weder kann der Arzt die Behandlung alleine durchführen, noch der Betreuer sie alleine veranlassen. Das sorgt für eine gegenseitige Kontrolle im Vorfeld einer Risikobehandlung. Im Gegensatz dazu gerät der Betreute beim Verzicht auf eine lebenserhaltende Maßnahme allein durch das Veto des Betreuers in Gefahr. Die gegenseitige Kontrolle von Arzt und Betreuer greift hier nicht ein. Deshalb ist eine präventive Kontrolle durch das Vormundschaftsgericht grundsätzlich erforderlich. Damit steht die Genehmigungspflicht bei der Einwilligung in Risikobehandlungen nach § 1904 Abs. 1 BGB insgesamt in Frage.

Es ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass die Abgrenzung der nach § 1904 Abs. 1 BGB genehmigungspflichtigen Maßnahmen von den nicht genehmigungspflichtigen nicht gelungen ist und die Praxis vor viele, kaum zu lösende Anwendungsprobleme stellt.²⁰⁷ Es begegnet daher erheblichen Bedenken, wenn der *Stünker-Entwurf* die Genehmigungspflicht für den Verzicht auf ärztliche Maßnahmen über die relativ klar zu beschreibenden lebenserhaltenden

²⁰⁵ Vgl. nur *Schwab*, in: MünchKommBGB (Fn. 24), § 1904 BGB Rn. 1.

²⁰⁶ Darauf verweist BT-Drucks. 11/4528, S. 70 f., 140 f.

²⁰⁷ Überblick bei *Schwab*, in: MünchKommBGB (Fn. 24), § 1904 BGB Rn. 24 ff.

Maßnahmen hinaus auch auf die Fälle erstrecken möchte, in denen der Verzicht die Gefahr eines schweren und länger dauernden Schadens mit sich bringt (§ 1904 Abs. 2 BGB-E). Die Begründung des Entwurfs weist hier lediglich auf die Begründung zum Betreuungsgesetz hin²⁰⁸ und ignoriert die praktischen Probleme, die man seit 1992 bei dessen Anwendung festgestellt hat.

Die Genehmigungspflicht sollte daher nach dem Vorbild der Rechtsprechung des BGH nur den Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen umfassen. Die vom Stünker-Entwurf vorgeschlagene Angleichung der Genehmigungspflicht für den Verzicht auf ärztliche Maßnahmen an § 1904 Abs. 1 BGB ist demgegenüber aus grundsätzlichen und aus praktischen Gründen abzulehnen. Das entspricht dem Vorschlag des Zöller-Entwurfs.

Empfehlenswert erscheint es, die Genehmigungspflicht für die Einwilligung in Risikobehandlungen nach § 1901 Abs. 1 BGB insgesamt abzuschaffen.

d. Entscheidungsmaßstab

Sowohl der *Stünker-Entwurf* als auch der *Bosbach-Entwurf* sehen in § 1904 BGB-E bzw. § 1904a BGB-E eine besondere Regelung des gerichtlichen Entscheidungsmaßstabs vor. Das ist überflüssig, denn der Maßstab für die Entscheidung ergibt sich aus den Pflichten des Betreuers nach § 1901 BGB und nach den besonderen Vorschriften über die Patientenverfügung. Beide Entwürfe gestalten diese Verweisung zudem z.T. textlich abweichend und geben damit zu Missverständnissen Anlass.

Vorzuziehen ist deshalb die Lösung des Zöller-Entwurfs, der keine besondere Regelung des Entscheidungsmaßstabs für das Vormundschaftsgericht vorsieht.

e. Genehmigungsverfahren

aa. Allgemeines

Alle Entwürfe orientieren sich beim Genehmigungsverfahren im Grundsatz an dem bisherigen Verfahren für die Genehmigung nach § 1904 BGB. Übereinstimmend sehen sie vor, dass stets ein *Verfahrenspfleger* zu bestellen ist und die Genehmigung erst **zwei Wochen nach Bekanntgabe** an den Betreuer und den Verfahrenspfleger **wirksam** wird. Beide Änderungen gegenüber dem „normalen“ Verfahren nach § 1904 BGB erscheinen sachgerecht. Da es auf eine Patientenverfügung nur dann ankommt, wenn sich der Betreute nicht mehr selbst äußern kann, ist die Bestellung eines Verfahrenspflegers regelmäßig notwendig. Die verzögerte Wirksamkeit stellt sicher, dass ausreichend Zeit für die Einlegung eines Rechtsmittels bleibt.

Wenngleich die Entwürfe insoweit sachlich übereinstimmen, setzen sie es regelungstechnisch unterschiedlich um.

Systematisch vorzuzugswürdig ist der Zöller-Entwurf, der die grundsätzliche Geltung des Verfahrens nach § 1904 BGB in § 69d Abs. 2 FGG am einfachsten zum Ausdruck bringt, die verzögerte Wirksamkeit als eigenständigen Absatz in § 69a FGG verankert und – wie die anderen Entwürfe ebenfalls – die Notwendigkeit des Verfahrenspflegers in § 67 Abs. 1 S. 5 FGG betont.

²⁰⁸ Begründung *Stünker-Entwurf*, BT-Drucks. 16/8442, S. 18.

bb. Beschwerdeberechtigung

Sowohl der *Stünker-Entwurf* als auch der *Bosbach-Entwurf* sehen vor, dass die Beschwerdebefugnis nicht nur den nach §§ 20, 67 Abs. 2, 69 Abs. 2 FGG stets Beschwerdeberechtigten zusteht (d.h. dem Betreuten, dem Verfahrenspfleger und dem Betreuer), sondern auch den in § 69g Abs. 1 S. 1 FGG genannten Personen, d.h. dem Ehegatten, eingetragenen Lebenspartner, Verwandten und Verschwägerten. Damit sollen diejenigen, die im Verfahren Gelegenheit zur Äußerung erhalten, auch Beschwerde einlegen können.²⁰⁹ Der *Stünker-Entwurf* erstreckt die Beschwerdebefugnis der Betreuungsbehörde auch auf diesen Fall. Das überzeugt schon angesichts der Prämisse des Entwurfs nicht, denn die Behörde soll nach dem Entwurf gerade kein eigenes Anhörungsrecht bekommen.

Insgesamt überzeugt die Ausweitung der Beschwerdeberechtigung nicht, denn nach § 60g Abs. 1 S. 1 FGG sind die dort genannten Personen nur dann beschwerdeberechtigt, wenn es um eine Entscheidung gegen den Willen des Betreuten geht. Hat der Betreute die Betreuung selbst beantragt, sind sie dagegen nicht beschwerdeberechtigt. Damit soll sein Selbstbestimmungsrecht gegen die Einmischung Dritter geschützt werden.²¹⁰ Da das Vormundschaftsgericht bei der Genehmigungsentscheidung den Willen des Betreuten festzustellen hat, ist dieser Grundgedanke des § 69g Abs. 1 S. 1 FGG auch hier zu beachten. Die vom *Bosbach-Entwurf* und *Stünker-Entwurf* vorgeschlagene **Ausweitung der Beschwerdeberechtigung** ist daher **abzulehnen**.

Vorzugswürdig ist demgegenüber die Regelung des Zöller-Entwurfs.

cc. Weitere Verfahrensregelungen des *Bosbach-Entwurfs*

Der *Bosbach-Entwurf* enthält darüber hinaus weitergehende Anforderungen an das Genehmigungsverfahren, die oben bereits dargestellt worden sind. Sie stellen allesamt Sonderregeln dar, deren Notwendigkeit weder im Einzelnen sachlich weiter begründet wird, noch insgesamt überzeugt. Zusammen mit den bereits diskutierten Vorschlägen führen sie im Ergebnis zu einem sehr aufwendigen Sonderverfahren, dessen vorherrschendes Grundprinzip das Misstrauen gegen alle Beteiligten einschließlich des Gerichts zu sein scheint.

Die weitergehenden Vorschläge des *Bosbach-Entwurfs* sind daher abzulehnen.

f. Ergebnis

Hinsichtlich der Genehmigung ist der Vorschlag des *Zöller-Entwurfs* sachlich wie systematisch vorzugswürdig.

²⁰⁹ Begründung *Stünker-Entwurf*, BT-Drucks. 16/8442, S. 19 f.; Begründung *Bosbach-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11360, S. 54 f.

²¹⁰ *Sonnenfeld*, in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, *Betreuungsrecht* (Fn. 70), § 69g FGG Rn. 36 m.w.N.

VI. Regelungen für Bevollmächtigte

1. Ausgangslage

Eine Vollmacht in Gesundheitsangelegenheiten muss nach § 1904 Abs. 2 BGB schriftlich erteilt werden und „die in Abs. 1 S. 1 genannten Maßnahmen“ ausdrücklich umfassen. Es ist umstritten, ob sich dieses Ausdrücklichkeitserfordernis auf die Untersuchungen des Gesundheitszustands, Heilbehandlungen und ärztliche Eingriffe, d.h. auf medizinische Maßnahmen, oder auf die genehmigungsbedürftigen Risikomaßnahmen bezieht.²¹¹

Auch eine lebenserhaltende Maßnahme ist nur zulässig, wenn und solange ihr der Patient zustimmt. Ist der Patient einwilligungsunfähig, hat an seiner Stelle sein Bevollmächtigter für ihn über die Einwilligung in die lebenserhaltende Maßnahme zu entscheiden. Die ganz h.M. geht daher davon aus, dass eine Vollmacht zur Einwilligung in lebenserhaltende ärztliche Maßnahmen auch den Verzicht auf diese Maßnahmen umfassen kann.²¹² Ungeklärt ist, ob der Bevollmächtigte im Falle eines Konflikts mit dem Arzt über den Willen des Patienten eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einzuholen hat.²¹³

Woran sich der Bevollmächtigte bei seiner Entscheidung zu orientieren hat, wird weder durch die Vollmacht noch durch § 1904 Abs. 2 BGB festgelegt. Beides betrifft nur die Kompetenz, stellvertretend für den Betroffenen in die medizinische Maßnahme einzuwilligen. Die inhaltlichen Vorgaben für seine Entscheidung ergeben sich vielmehr aus dem Innenverhältnis zum Vollmachtgeber, d.h. aus dem so genannten Vorsorgeverhältnis, das regelmäßig ein Auftrag sein wird. Danach ist der erklärte Wille, andernfalls sein mutmaßlicher Wille ausschlaggebend. Dementsprechend beruht auch die Bindung des Bevollmächtigten auf dem Auftragsverhältnis.²¹⁴

2. Die Entwürfe

Alle Entwürfe sehen übereinstimmend die folgenden Regelungen vor:

- Die Vollmacht muss schriftlich sein und den Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen (Nichteinwilligung oder Widerruf der Einwilligung) ausdrücklich umfassen.²¹⁵
- Der Verzicht des Bevollmächtigten unterliegt in gleicher Weise der Genehmigungspflicht wie derjenige des Betreuers.²¹⁶
- Der Bevollmächtigte wird in derselben Weise an die Patientenverfügung bzw. an den mutmaßlichen Willen des Betroffenen gebunden wie der Betreuer.²¹⁷

²¹¹ Für ersteres *LG Hamburg* BtPrax 1999, 243 f. = DNotZ 2000, 220 (221 f.) m. Anm. *G. Langenfeld*; *OLG Zweibrücken* BtPrax 2002, 171 (172), wo es letztlich offen blieb; *Müller*, DNotZ 1999, 107 (112 f.); *Schwab*, in: MünchKommBGB (Fn. 24), § 1904 BGB Rn. 73 f.; *W. Zimmermann*, in: Soergel BGB, 13. Aufl. 2000, § 1904 BGB Rn. 54; für letzteres *Hoffmann*, in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann (Fn. 70), § 1904 BGB Rn. 29, 33 f.; *Bienwald*, in: Staudinger BGB (2006), § 1904 BGB Rn. 63; *Marschner*, in: Jürgens, Betreuungsrecht, 3. Aufl. 2005, § 1904 BGB Rn. 1.

²¹² *Taupitz*, Gutachten (Fn. 1), A 99 f.; *Berger*, JZ 2000, 797 (803); *Bienwald*, in: Staudinger (Fn. 211), § 1904 BGB Rn. 60; *Schwab*, in: MünchKommBGB (Fn. 24), § 1904 BGB Rn. 85; *Milzer*, MDR 2005, 1145 (1147).

²¹³ Oben B. III. 3.

²¹⁴ Oben B. III. 2.

²¹⁵ § 1904 Abs. 5 BGB *Stünker-Entwurf*; §§ 1901b Abs. 6 S. 2, 1904 Abs. 5 BGB *Bosbach-Entwurf*; § 1904 Abs. 3 BGB *Zöller-Entwurf*.

²¹⁶ § 1904 Abs. 5 BGB *Stünker-Entwurf*; § 1904 Abs. 5 BGB *Bosbach-Entwurf*; § 1904 Abs. 3 BGB *Zöller-Entwurf*.

²¹⁷ § 1901a Abs. 4 BGB *Stünker-Entwurf*; § 1901b Abs. 6 S. 1 BGB *Bosbach-Entwurf*; §§ 1901b Abs. 3, 1901d Abs. 3 BGB *Zöller-Entwurf*.

3. Stellungnahme

Im Folgenden ist nur auf die besonderen Regelungen für Bevollmächtigte einzugehen. Da alle drei Entwürfe die Stellung des Bevollmächtigten gleich ausgestalten wollen wie die des Betreuers, kann hier auf die vorhergehenden Ausführungen verwiesen werden.

a. Form und Genehmigungspflicht

Das **Formerfordernis** für die Vollmacht und die **Genehmigungspflicht für den Bevollmächtigten** sind sachlich gerechtfertigt und klären bestehende Zweifel.²¹⁸

Aus den bereits dargelegten Gründen ist der Vorschlag des Zöller-Entwurfs zur Ausgestaltung der Genehmigungspflicht vorzuziehen.²¹⁹

b. Stellung und Bindung des Bevollmächtigten

Bei den Regelungen zur Bindung des Bevollmächtigten an die Patientenverfügung bzw. den Willen oder mutmaßlichen Willen des Betroffenen ist zwischen der inhaltlichen Ausgestaltung dieser Bindung und der gleichlaufenden Regelung für Betreuer und Bevollmächtigten zu unterscheiden.

Was die inhaltliche Ausgestaltung betrifft, sind, wie dargelegt,²²⁰ die Regelungen des Zöller-Entwurfs vorzugswürdig.

Der Gleichlauf der Bindung des Bevollmächtigten mit der des Betreuers darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass die **Grundlage der Bindung** nicht das Betreuungsrecht bzw. die gesetzlichen Pflichten des Betreuers aus § 1901 BGB sind, sondern das **Vorsorgeverhältnis**, d.h. in der Regel der Auftrag des Betroffenen. Die Bindung des Bevollmächtigten hat daher ihre Grundlage in der privatautonomen Ausgestaltung dieses Vorsorgeverhältnisses. Jede Einschränkung bedarf daher der Rechtfertigung auch mit Blick auf das Recht des Betroffenen, privatautonom Vorsorge zu treffen.

Insofern sind auch aus diesem Gesichtspunkt sowohl die erheblichen Einschränkungen des Bosbach-Entwurfs als auch die weniger weit gehenden des Stünker-Entwurfs abzulehnen.

Im Ergebnis trägt nur der *Zöller-Entwurf* diesem Zusammenhang vollständig Rechnung, weil er nur die Verbindlichkeit der Patientenverfügung und des Willens des Patienten klarstellt und insoweit die sich aus dem Vorsorgeverhältnis ergebende Bindung des Bevollmächtigten an den Willen des Vollmachtgebers nicht einschränkt.

Es empfiehlt sich jedoch klarzustellen, dass die Regelungen des der Vollmacht zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses unberührt bleiben.²²¹

c. Ergebnis

Hinsichtlich der Regelungen für den Bevollmächtigten ist der Zöller-Entwurf vorzuziehen.

²¹⁸ Oben B. III. 3.

²¹⁹ Oben C. IV. 4. a.

²²⁰ Oben C. IV. 4. a.

²²¹ Auch insoweit gilt dasselbe wie beim Betreuer, wo ebenfalls klarzustellen ist, dass § 1901 BGB unberührt bleibt (oben B. III. 2. / C. VI. 1.).

VII. Weitere Regelungsgegenstände

1. Erforderlichkeit der Betreuerbestellung

Der *Bosbach-Entwurf* sieht vor, in § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB-E ausdrücklich festzuschreiben, dass eine Patientenverfügung die Erforderlichkeit einer Betreuerbestellung nicht ausschließt. Eine derartige Regelung ist überflüssig, weil die Patientenverfügung wegen ihres beschränkten Regelungsgehalts praktisch nie die Erforderlichkeit eines gesetzlichen Vertreters ausschließt, weil in aller Regel mehr Angelegenheiten zu besorgen sind als nur die Entscheidung für oder gegen eine einzelne Behandlungsmaßnahme.²²² Für den (seltenen) Fall, dass dies einmal anders ist, widerspricht eine derartige Regelung dem Grundanliegen des Betreuungsrechts, die Selbstbestimmung des Betroffenen zu achten und staatliche Eingriffe in Form der Betreuung auf das unbedingt erforderliche Maß zu beschränken.

Von der Erforderlichkeit einer Betreuerbestellung, von der hier die Rede ist, ist die Frage zu unterscheiden, welche Aufgabe der Betreuer oder Bevollmächtigte hat, wenn eine Patientenverfügung vorliegt, die wirksam und einschlägig ist.²²³ Notwendigkeit eines Vertreters (d.h. seiner Bestellung) und Notwendigkeit einer Vertreterentscheidung (d.h. der Einwilligung in die Behandlung) sind daher strikt voneinander zu trennen.²²⁴

Fazit: Der *Stünker-Entwurf* und der *Zöller-Entwurf* belassen es daher zu Recht bei der derzeitigen Regelung des § 1896 BGB. **Der Vorschlag des *Bosbach-Entwurfs* ist abzulehnen.**

2. Ablieferung und Unterrichtung nach § 1901a BGB

Im *Stünker-Entwurf* wird § 1901a BGB sachlich unverändert, aber mit *verkürzter Überschrift* zu § 1901b BGB, ohne dass dafür ein sachlicher Grund genannt wird.²²⁵

Im *Bosbach-Entwurf* wird § 1901a BGB völlig *neu gefasst*. Die Pflicht zur Ablieferung einer *Betreuungsverfügung* an das Vormundschaftsgericht in Abs. 2 entspricht dem bisherigen § 1901a S. 1 BGB.²²⁶ Sie wird um eine funktionslose Legaldefinition der Betreuungsverfügung ergänzt. Das ist überflüssig, aber unschädlich, weil sie sachlich zutreffend ist.

Auch die Regelung zur *Vollmacht* in Abs. 1 soll nach der Intention des *Bosbach-Entwurfs* der bisherigen Regelung in § 1901a S. 2 und 3 BGB sachlich entsprechen.²²⁷ Sie soll ebenfalls um eine Legaldefinition der Vorsorgevollmacht ergänzt werden. Der Entwurf selbst misst dieser Definition keine weitergehende Bedeutung zu. Sie ist jedoch nicht nur überflüssig, sondern sachlich unzutreffend und beschränkt die Unterrichtungspflicht zu Unrecht auf die von ihm definierten Vorsorgevollmachten. Der Entwurf geht davon aus, dass eine Vorsorgevollmacht eine auf den Fürsorgefall bedingte („für den Fall, dass ...“) Vollmacht ist.²²⁸ Das trifft nicht zu. Jede über den Eintritt der Einwilligungs- bzw. Geschäftsunfähigkeit hinausreichende

²²² Oben B. IV. 5.

²²³ Dazu oben B. IV. 4.

²²⁴ *Lipp*, FamRZ 2004, 317 (321). Das wird nicht immer beachtet, vgl. nur *Müller*, ZEV 2008, 583 (586 f.), wo beide Fragen unter der Überschrift „Notwendigkeit eines Vertreters...“ behandelt werden.

²²⁵ Im *Stünker-Entwurf* soll § 1901b BGB-E nur noch mit „Schriftliche Betreuungswünsche“ überschrieben werden, die „Vorsorgevollmacht“ soll entfallen.

²²⁶ Begründung *Bosbach-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11360, S. 34 f.

²²⁷ Begründung *Bosbach-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11360, S. 34.

²²⁸ Begründung *Bosbach-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11360, S. 33.

Vollmacht hat die Funktion einer Vorsorgevollmacht.²²⁹ Von der – an sich durchaus möglichen - Erteilung einer durch den Eintritt des Fürsorgefalls bedingten Vorsorgevollmacht wird aus praktischen Gründen sogar allgemein abgeraten.²³⁰ § 1901a S. 2 BGB erfasst deshalb alle Vollmachten, damit das Vormundschaftsgericht prüfen kann, ob eine Betreuung trotz der Vollmacht erforderlich ist.

Der *Zöller-Entwurf* lässt daher zu Recht die Pflicht zur Ablieferung einer Betreuungsverfügung bzw. zur Unterrichtung und zur Erteilung einer Abschrift einer Vollmacht in § 1901a BGB unverändert bestehen.

Bei einer gesetzlichen Regelung sollte § 1901a Abs. 2 S. 2 BGB auf die *Patientenverfügung* erstreckt werden. Da eine Patientenverfügung für die Tätigkeit des Betreuers Bedeutung hat, unterfällt sie an sich der Ablieferungspflicht des § 1901a S. 1 BGB.²³¹ Allerdings richtet sich die Patientenverfügung primär an den Arzt bzw. das Behandlungspersonal. Sie soll ihre Wirkung daher nicht nur im Betreuungsverfahren, sondern vor allem in diesem Zusammenhang entfalten. Eine Pflicht zu ihrer Ablieferung an das Vormundschaftsgericht ist daher widersinnig. Sinnvoll ist allein die Pflicht, das Vormundschaftsgericht über die Patientenverfügung zu unterrichten und eine Abschrift zur Verfügung zu stellen. Insofern ist die Problemlage derjenigen bei der Vorsorgevollmacht vergleichbar. Dem kann man Rechnung tragen, indem man § 1901a S. 2 und 3 BGB auf die Patientenverfügung erstreckt, wie es von der Literatur z.T. vorgeschlagen wird.

Fazit: Der Vorzug gebührt dem *Zöller-Entwurf*, der § 1901a BGB unverändert belässt. Zu erwägen ist die Klarstellung, dass § 1901a S. 2 und 3 BGB auch für die Patientenverfügung gilt.

3. Beratung zur Patientenverfügung

Der *Bosbach-Entwurf* sieht vor, in § 24c SGB V einen Anspruch auf ärztliche Beratung bei der Erstellung einer Patientenverfügung zu verankern.

Der Entwurf schafft damit die Voraussetzungen für die Beratungspflicht nach § 1901b Abs. 2 BGB-E.²³² Als Bestandteil der Beratungspflicht begegnet die Regelung den bereits dargelegten Bedenken. Ohne eine solche Beratungspflicht könnte die Regelung jedoch eine sinnvolle Förderung der in vielen Fällen sinnvollen ärztlichen Beratung darstellen.

²²⁹ BT-Drucks. 11/4528 S. 122; *Jürgens*, in: Jürgens (Fn. 211), § 1896 BGB Rn. 19; *Schwab*, in: MünchKommBGB (Fn. 24), § 1896 BGB Rn. 49.

²³⁰ Vgl. *Müller*, ZEV 2008, 583 (587).

²³¹ *Schwab*, in: MünchKommBGB (Fn. 24), § 1901a BGB Rn. 2.

²³² Begründung *Bosbach-Entwurf*, BT-Drucks. 16/11360, S. 55.

VIII. Weitere Vorschläge

1. Antrag Kauch et al.

Der *Antrag Kauch et al.*²³³ sieht eine Anerkennung *schriftlicher* Patientenverfügungen vor. Mündliche Äußerungen sollen als Indizien für den mutmaßlichen Willen dienen.

Insoweit entspricht er den Vorschlägen des *Stünker-Entwurfs* und ist aus den dargelegten Gründen *abzulehnen*.²³⁴

Des Weiteren schlägt der Antrag vor, dass die *Genehmigung* des Vormundschaftsgerichts im Fall eines Konflikts über die Auslegung einer schriftlichen Patientenverfügung sowie immer dann eingeholt werden muss, wenn keine schriftliche Patientenverfügung vorliegt.²³⁵

Dies ist ebenso *abzulehnen* wie die entsprechenden Vorschläge des *Bosbach-Entwurfs*, weil damit eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung und ein Genehmigungsverfahren auch dann zwingend vorgesehen sind, wenn es keinen Zweifel am Patientenwillen gibt.²³⁶

2. Änderungsantrag Göring-Eckardt et al.

Der *Änderungsantrag Göring-Eckardt et al.*²³⁷ will den *Bosbach-Entwurf* insoweit ändern, als der Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen bei irreversiblen Bewusstseinsverlust im Gegensatz zum Entwurf nicht aufgrund einer „einfachen“, sondern nur aufgrund einer „qualifizierten“ Patientenverfügung zugelassen werden soll.

Diese Einschränkung wurde bereits im Zusammenhang mit der „strafrechtlichen Grenze“ erörtert und ist aus den dort genannten Gründen *abzulehnen*.²³⁸

3. Änderungsantrag Volkmer et al.

Der *Änderungsantrag Volkmer et al.*²³⁹ schlägt vor, den *Stünker-Entwurf* in folgenden Punkten abzuändern:

Patientenverfügungen sollen alle behandlungsbezogenen Wünsche sein („Willensbekundungen“ im Hinblick auf medizinische oder pflegerische Maßnahmen). Für sie wird sowohl Einwilligungsfähigkeit als auch Schriftform verlangt (§ 1901a Abs. 1 S. 1 BGB-E). Verbindlich sind sie, wenn sie die konkrete Situation erfassen und „Ausdruck informierter Willensbekundung“ sind. Letzteres ist insbesondere der Fall, wenn sie nach Beratung erstellt und ihre Abfassung oder Aktualisierung nicht länger als 5 Jahre zurück liegt (§ 1901a Abs. 2 und 4 BGB-E). Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, soll – wie nach dem *Stünker-Entwurf* – der Vertreter nach dem mutmaßlichen Willen entscheiden (§ 1901a Abs. 4 BGB-E).

Der Änderungsantrag führt für alle behandlungsbezogenen Wünsche die Einwilligungsfähigkeit und die Schriftform als Wirksamkeitserfordernisse ein. Auch das Erfordernis der „Informiertheit“ wird als Voraussetzung für die Verbindlichkeit verstandene und ist daher ein Wirksamkeitserfordernis. Der Änderungsantrag führt daher zu einem *Wertungswiderspruch* zu § 1901 Abs. 3 S. 1 und 2 BGB. Wünsche

²³³ *Antrag Kauch et al.*, BT-Drucks. 16/397, S. 4.

²³⁴ Oben C. IV. 2. c. cc.

²³⁵ *Antrag Kauch et al.*, BT-Drucks. 16/397, S. 4.

²³⁶ Oben C. V. 3.

²³⁷ *Änderungsantrag Göring-Eckardt et al.* vom 21.10.2008 zum *Entwurf Bosbach et al.*

²³⁸ Oben C. III.

²³⁹ *Änderungsantrag Volkmer et al.*, Rechtsausschuss-Drucks. 16(6)268 v. 19.12.2008.

des Patienten sind für den Betreuer auch dann verbindlich, wenn diese Erfordernisse nicht eingehalten sind. Sie sind mehr als ein Indiz, zu denen sie der Antrag machen will, und es besteht kein Grund, hier hinter das geltende Betreuungsrecht zurückzugehen. Außerdem ist eine Behandlung des Patienten gegen seinen Willen allenfalls dann erlaubt, wenn die Ablehnung krankheitsbedingt ist. Der Vorschlag ist aus denselben Gründen **abzulehnen** wie die entsprechenden Vorschläge des *Stünker-* bzw. *Bosbach-Entwurfs*.²⁴⁰

Maßnahmen der Basisversorgung können nicht ausgeschlossen werden (§ 1901a Abs. 1 S. 2 BGB-E).

Dieser Vorschlag hat nur dann einen eigenständigen Regelungsgehalt, wenn er Maßnahmen gegen den Willen des Patienten ermöglicht. In diesem Fall wäre er verfassungswidrig. Andernfalls ist er überflüssig. Er ist daher ebenso wie der entsprechende Vorschlag im *Bosbach-Entwurf* in jedem Fall **abzulehnen**.²⁴¹

Die Auslegung der Patientenverfügung ist Aufgabe des Vertreters und des Arztes (§ 1901 Abs. 3 S. 1 BGB-E).

Diese Regelung entspricht im Kern dem Vorschlag des *Zöller-Entwurfs* und ist aus den dort dargelegten Gründen zu begrüßen.²⁴² Sie ist freilich zu eng gefasst, weil sie sich nur auf die Auslegung einer schriftlichen Patientenverfügung bezieht. **Vorzugswürdig ist daher der Vorschlag des Zöller-Entwurfs**, der in § 1901d BGB-E eine allgemeine Regelung enthält.

Sofern ein Vorsorgebevollmächtigter schriftlich ermächtigt ist, die Patientenverfügung zu konkretisieren, kommt seiner Einschätzung besondere Bedeutung zu (§ 1901 Abs. 3 S. 2 BGB).

Es wird nicht deutlich, welchen Inhalt diese Regelung haben soll. Wenn der Patient jemanden bevollmächtigt hat, ist der Bevollmächtigte als Vertreter des Patienten im Verhältnis zum Arzt wie zu allen anderen Personen nach Maßgabe der Vollmacht allein zur Entscheidung befugt. Insofern gilt für ihn dasselbe wie für den Betreuer.²⁴³ Er braucht daher keine besondere Befugnis zur Konkretisierung der Patientenverfügung. Der Vorschlag ist daher **unklar und überflüssig**.

²⁴⁰ Oben C. IV. 2. c. cc. / C. IV. 3. d. dd.

²⁴¹ Oben C. IV. 3. b.

²⁴² Oben C. IV. 4. a.

²⁴³ Oben B. III. 1. und 4.

D. Ergebnis

1. Auch für die Behandlung am Lebensende gelten die allgemeinen Grundsätze für die **Legitimation einer ärztlichen Maßnahme** :

Jede ärztliche Maßnahme zur Behandlung eines Patienten muss ärztlich indiziert und vom Willen des Patienten getragen sein. Fehlt eine dieser beiden Legitimationsvoraussetzungen, ist diese konkrete Maßnahme unzulässig. Die Behandlung muss dann in anderer Weise und mit anderen Mitteln erfolgen.

2. Falls der Patient seinen Willen nicht geäußert hat und nun nicht mehr selbst äußern kann, muss sein **Vertreter**, (nur) in Notfällen ggf. der Arzt, an seiner Stelle über die Durchführung der Behandlungsmaßnahme entscheiden. Maßgeblich ist dann der mutmaßliche Wille des Patienten. Der Vertreter bzw. der Arzt muss so entscheiden, wie der Patient selbst entschieden hätte. Der **mutmaßliche Wille** ist daher ein Entscheidungsmaßstab und sichert die Beachtung des Selbstbestimmungsrechts, wenn es der Patient selbst nicht mehr ausüben kann.
3. Die **Patientenverfügung** ist ein **Mittel**, um den Willen des Patienten festzustellen, wenn er sich aktuell nicht mehr selbst äußern kann. Sie ist daher als Instrument anzuerkennen, mit dessen Hilfe ein Mensch für diesen Fall Vorsorge trifft. Sie ist jedoch keine Antwort auf das Problem der so genannten „Sterbehilfe“ oder eine Garantie für ein Sterben in Würde.
4. Jede Patientenverfügung ist auf die aktuelle Behandlungssituation hin **auszulegen**. Das Ziel der Auslegung ist die Feststellung, welchen Willen der Patient für diese Behandlungssituation erklärt hat (§ 133 BGB).
5. **§ 1901 Abs. 3 S. 1 und 2 BGB** bindet den Betreuer an die **behandlungsbezogenen Wünsche** des Betreuten. Diese Bindung besteht unabhängig von der Form des Wunsches und der Einwilligung- oder Geschäftsfähigkeit des Betreuten. Auch Wünsche eines Einwilligungsunfähigen sind verbindlich, wenn sie nicht Ausdruck seiner Krankheit oder Behinderung sind und sich der Betreute dadurch schädigt. Das gilt auch für Wünsche hinsichtlich des Einsatzes **lebenserhaltender Maßnahmen**. Im Verhältnis zum Betreuer stellt eine antizipierte Einwilligung bzw. Ablehnung daher eine spezielle Form eines verbindlichen „Wunsches“ dar.
6. Die **Mitteilung von Wertvorstellungen** ist von vorneherein als Mitteilung des Patienten über sich selbst und seine Vorstellungen gedacht und als solche vom Betreuer nach **§ 1901 Abs. 2 BGB** als Indiz für den mutmaßlichen Willen des Betreuten zu beachten, und zwar unabhängig von der Einhaltung bestimmter Wirksamkeitsvoraussetzungen.

7. Eine gesetzliche Regelung ist notwendig. **Regelungsbedürftig** sind die folgenden Punkte:
 - die Verbindlichkeit des Patientenwillens unabhängig von Art und Stadium der Erkrankung (strafrechtliche Grenze bzw. Reichweite)
 - das Zusammenwirken von Arzt und Vertreter bei der Feststellung des Patientenwillens
 - Voraussetzung und Verfahren für die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung für den Fall, dass keine Einigkeit zwischen Arzt und Vertreter über den Patientenwillen besteht
 - die Erstreckung der Regelung für die Genehmigung auf den Bevollmächtigten
8. Gegen eine **Regelung im Betreuungsrecht** sprechen keine durchschlagenden Argumente. Dabei ist jedoch in besonderem Maße auf die widerspruchsfreie Integration in das Betreuungsrecht und auf die Übereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen für die ärztliche Behandlung zu achten.
9. Der Wille des Patienten ist **uneingeschränkt anzuerkennen** und vom Vertreter um- und durchzusetzen. Die Abstufungen und Begrenzungen im *Bosbach-Entwurf* missachten das Selbstbestimmungsrecht des Patienten und die verfassungs- wie betreuungsrechtlichen Vorgaben für eine Behandlung gegen den Willen des Patienten. Sie sind daher abzulehnen.
10. Eine **Regelung der Patientenverfügung** muss die Zentralnorm des **§ 1901 BGB** ergänzen, indem die Verbindlichkeit der Patientenverfügung klargestellt wird. Dabei darf aber die Geltung des § 1901 Abs. 3 BGB in keiner Weise eingeschränkt werden, denn er sichert die Beachtung der Wünsche des Betreuten unabhängig von Form und Geschäfts- oder Einwilligungsfähigkeit und verwirklicht damit das Selbstbestimmungsrecht und die Würde eines kranken und behinderten Menschen „in“ der Betreuung. Die Vorschläge im *Bosbach-Entwurf* und im *Stünker-Entwurf* schränken § 1901 BGB ein und sind abzulehnen. Der *Zöller-Entwurf* lässt § 1901 BGB dagegen unberührt und ist deshalb vorzuziehen.
11. Die Bindung des **Bevollmächtigten** an die Patientenverfügung beruht auf dem Vorsorgeverhältnis, d.h. auf dem Auftrag des Betroffenen. Die Regelung der Patientenverfügung darf daher auch die vertragliche Bindung an die Weisungen und den mutmaßlichen Willen des Auftraggebers (§ 665 BGB) nicht aufheben oder beschränken. Diese Anforderungen berücksichtigt nur der *Zöller-Entwurf*.
12. Der Patientenwille ist aus verfassungs- wie betreuungsrechtlichen Gründen stets zu beachten, unabhängig von der **Form** und der Art seines Nachweises. Die Einführung einer gesetzlichen Schriftform (*Stünker-Entwurf*) und die **Pflichtberatung** durch einen Arzt und einen Notar (*Bosbach-Entwurf*) sind daher im Einklang mit dem *Zöller-Entwurf* abzulehnen.

13. Die **Feststellung des Patientenwillens** ist gemeinsame Aufgabe von Arzt und Vertreter. Sie haben dazu alle verfügbaren Informationen heranzuziehen und sollen sich vor allem in Zweifelsfällen mit Angehörigen usw. beraten (**Konsil**). Eine gesetzliche Klarstellung ist angesichts der unklaren Aufgabe des Arztes und der Stellung der Angehörigen geboten. Der *Stünker-Entwurf* ist insofern unvollständig. Der Vorschlag des *Zöller-Entwurfs* ist vorzuziehen. Abzulehnen ist das Konsil als obligatorisches Kontrollverfahren, wie es der *Bosbach-Entwurf* vorschlägt.
14. Eine **Genehmigung des Vormundschaftsgerichts** ist nur in den vom BGH so genannten Konfliktfällen geboten, d.h. wenn es (1.) um den Verzicht auf eine lebenserhaltende Maßnahme geht und (2.) Arzt und Vertreter nicht einig sind, ob der Patient diese Maßnahme will. Eine Genehmigung ist auch beim Streit um die Auslegung einer Patientenverfügung erforderlich. Der *Stünker-Entwurf* sieht dies nicht vor, ist daher zu eng. Der *Bosbach-Entwurf* sieht eine Genehmigung auch dann vor, wenn kein Zweifel am Willen des Patienten besteht und geht damit zu weit. Vorzuziehen ist deshalb der *Zöller-Entwurf*.
15. Das **Genehmigungsverfahren** ist in Orientierung an das Verfahren nach § 1904 BGB zu regeln. Ein Verfahrenspfleger ist stets notwendig, die aufgeschobene Wirksamkeit der Genehmigung eine sinnvolle verfahrensrechtliche Sicherung. Insofern stimmen alle Vorschläge überein. Die weitergehenden Vorschläge des *Bosbach-Entwurfs* und des *Stünker-Entwurfs* sind sachlich nicht geboten und führen zu einer Überregulierung. Auch aus systematischen Gründen ist der *Zöller-Entwurf* vorzuziehen.
16. Die Genehmigungspflicht für **Bevollmächtigte** ist in demselben Umfang wie für Betreuer einzuführen. Die Bindung des Bevollmächtigten beruht aber auf dem Vorsorgeverhältnis, d.h. auf einem Vertrag mit dem Betroffenen. Sie muss daher uneingeschränkt bestehen bleiben (oben 11.). Das berücksichtigt nur der *Zöller-Entwurf*.

Die zusammenfassende Bewertung der Entwürfe und Anträge ergibt daher folgendes Bild:

17. Der *Entwurf Bosbach* et al. und der *Änderungsantrag Göring-Eckardt* et al. gehen von einer unzutreffenden Annahme über die geltende (strafrechtliche) Rechtslage aus und erkennen den Patientenwillen nur in abgestufter und eingeschränkter Weise an. Damit fallen sie hinter das geltende Recht zurück und setzen sich mit zentralen, verfassungsrechtlich verankerten Grundprinzipien des Betreuungsrechts in Widerspruch.

Die materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Beschränkungen des Patientenwillens führen dazu, dass der Patient in vielen Fällen gegen seinen Willen behandelt wird. Eine solche Zwangsbehandlung ist verfassungs- wie betreuungsrechtlich unzulässig.

Darüber hinaus begegnen zahlreiche der vorgeschlagenen Regelungen im Einzelnen erheblichen inhaltlichen Bedenken. Sie führen zudem vielfach in Wertungswidersprüche im geltenden Betreuungsrecht und bei den Grundsätzen für die ärztliche Behandlung.

Der Entwurf und der Änderungsantrag sollten daher nicht weiter verfolgt werden.

18. Der *Entwurf Stünker* et al. sowie der *Änderungsantrag Volkmer* et al. und der *Antrag Kauch* et al. verfolgen das Ziel, die Anerkennung des Patientenwillens uneingeschränkt zu sichern. Sie enthalten jedoch ebenfalls materiell-rechtliche oder verfahrensmäßige Beschränkungen, die einen Rückschritt gegenüber dem geltenden (Betreuungs-)Recht darstellen, sachlich nicht gerechtfertigt sind und zu Wertungswidersprüchen führen.

Im Einzelnen begegnen die vorgeschlagenen Regelungen vielfach erheblichen sachlichen wie systematischen Bedenken. Einige davon sind mit zentralen Strukturprinzipien des Betreuungsrechts nicht vereinbar und führen zu Verwerfungen und Wertungswidersprüchen.

Insgesamt erscheinen sie daher ungeachtet ihres prinzipiell begrüßenswerten Ansatzes als Grundlage für das weitere Gesetzgebungsverfahren nicht geeignet.

19. Der *Entwurf Zöller* et al. verfolgt dasselbe Ziel wie der *Entwurf Stünker* et al. der *Änderungsantrag Volkmer* et al. und der *Antrag Kauch* et al. Im Gegensatz zu ihnen erkennt der *Entwurf Zöller* et al. jedoch den erklärten wie den mutmaßlichen Patientenwillen uneingeschränkt an und regelt alle o.g. (Ziff. 7) klärungsbedürftigen Fragen. Die vorgeschlagenen Regelungen fügen sich ohne Wertungswidersprüche in den Zusammenhang des Betreuungsrechts ein und entsprechen den allgemeinen Grundsätzen für die ärztliche Behandlung sowie den verfassungsrechtlichen Vorgaben.

Ich empfehle daher, die weiteren Beratungen auf der Grundlage des Entwurfs Zöller et al. zu führen.