

# Handreichungen zu Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht.

*Dr. jur. Peter Holtappels und Dr. med. Hans-Joachim Lehmann*

**Zusammenfassung:** Die Diskussionen der letzten Jahre um die Sterbehilfe haben bei der Erstellung und Verwendung von Patientenverfügungen und Vorsorgevollmachten Unsicherheiten geschaffen. Sie sollten durch das 3. Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechtes vom 29.7.2009 geklärt werden. Das ist weitgehend misslungen. Bei der Formulierung des Gesetzes wurde deutlich, dass manchen Medizinern juristische Denkstrukturen auch dann nicht immer eingängig sind, wenn sie sich juristischer Terminologie bedienen und dass manche der mit der Materie befassten Juristen den rechten Zugang zu den höchst diffizilen Entscheidungsstrukturen der Mediziner im Grenzbereich der Palliativmedizin auch noch nicht gefunden haben. Die Verfasser stellen die derzeitige Rechtslage mit dem Ziel dar, dem praktizierenden Arzt, dem Pflegepersonal, den Patienten und deren Angehörigen Klarheit über ihre derzeitige rechtliche Position zu verschaffen. Dr. med. Lehmann leitet seit 10 Jahren die Palliativstation im Asklepios Westklinikum Hamburg als deren leitender Oberarzt. Dr. jur. Holtappels hat ihn dabei begleitet und ist Mitglied des Vorstandes des Berufsverbandes der Palliativmediziner in Westfalen-Lippe e.V.

**Stichworte: Patientenverfügung, Vorsorgevollmacht, Muster**

## A. Die Grundlagen der Diskussion um die Patientenverfügung.

### I. Die ethischen Grundlagen

Am Beginn dieser Erläuterung steht die Verlautbarung der Bundesärztekammer zur Sterbebegleitung in der Neufassung vom 21.1.2011 mit der diese ihre bereits 1979 erstmalig veröffentlichten standesethischen Grundsätze zur Behandlung sterbender Menschen nochmals verdeutlicht hat. Sie hat sie dreifach wie folgt präzisiert:

- 1. Bei Patienten, die sich zwar noch nicht im Sterben befinden, aber nach ärztlicher Erkenntnis aller Voraussicht nach in absehbarer Zeit sterben werden, ist eine Änderung des Behandlungszieles geboten, wenn lebenserhaltende Maßnahmen Leiden nur verlängern würden oder die Änderung des Behandlungsziels dem Willen des Patienten entspricht. An die Stelle von Lebensverlängerung und Lebenserhaltung tritt dann die palliativmedizinische Versorgung einschließlich pflegerischer Maßnahmen.*
- 2. Der Arzt ist verpflichtet, Sterbenden, d. h. Kranken oder Verletzten mit irreversiblen Versagen einer oder mehrerer vitaler Funktionen, bei denen der Eintritt des Todes in kurzer Zeit zu erwarten ist, so zu helfen, dass sie menschenwürdig sterben können. Die Hilfe besteht in palliativmedizinischer Versorgung und damit auch in Beistand und*

*Sorge für die Basisbetreuung. Dazu gehören nicht immer Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr, da sie für Sterbende eine schwere Belastung darstellen können. Jedoch müssen Hunger und Durst als subjektive Empfindungen gestillt werden. Maßnahmen, die den Todeseintritt nur verzögern, sollen unterlassen oder beendet werden. Bei Sterbenden kann die Linderung des Leidens so im Vordergrund stehen, dass eine möglicherweise dadurch bedingte unvermeidbare Lebensverkürzung hingenommen werden darf.*

Sowie schließlich

- 3. Patienten mit schwersten zerebralen Schädigungen und kognitiven Funktionsstörungen haben, wie alle Patienten, ein Recht auf Behandlung, Pflege und Zuwendung. Art und Ausmaß ihrer Behandlung sind gemäß der medizinischen Indikation vom Arzt zu verantworten; eine anhaltende Bewusstseinsbeeinträchtigung allein rechtfertigt nicht den Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen. Soweit bei diesen Patienten eine Situation eintritt, wie unter 1. und 2. beschrieben, gelten die dort dargelegten Grundsätze.<sup>1</sup>*

Der revidierte Text entspricht dem Fortschritt in Wissenschaft und Praxis<sup>2</sup>, sowie den Intentionen der WHO und der diesen zugrunde liegenden Erkenntnis, dass Palliative Care so früh wie irgend möglich einsetzen soll, um deren Ziel, das Sterben in Würde, gewährleisten zu können.<sup>3</sup>

## **II. Die verfassungsrechtlichen Grundlagen**

1. Wie wir in unserem Aufsatz zum „Recht des sterbenden Menschen“ im Einzelnen begründet haben, hat jeder Palliativpatient ein Grundrecht auf ein Sterben in Würde. Er hat mithin einen Anspruch, als Mensch in der von ihm gewünschten Umgebung in seinem Dasein bis zuletzt wahrgenommen und angenommen zu werden. Da Art. 1/I, aus dem dieses Grundrecht stammt, unmittelbar geltendes Recht ist, ist jeder Rechtsakt, der diesem Anspruch entgegensteht, unwirksam.<sup>4</sup>
2. Das BVerfG hat zudem bereits am 25.7.1975 judiziert: *Die Standesethik steht nicht isoliert neben dem Recht. Sie wirkt allenthalben und ständig in die rechtlichen Beziehungen des Arztes zum Patienten hinein. Was die Standesethik vom Arzte fordert, übernimmt das Recht weithin zugleich als rechtliche Pflicht. Weit mehr als sonst in den sozialen Beziehungen des Menschen fließt im ärztlichen Berufsbereich das Ethische mit dem Rechtlichen zusammen<sup>5</sup>.* Die von der Bundesärztekammer dekretierten Postulate der

<sup>1</sup> Deutsches Ärzteblatt Jg. 108 | Heft 7 | 18. Februar 2011. Sie werden nachfolgend „die Grundsätze“ genannt. Zur Geschichte der Verlautbarungen der Bundesärztekammer Kantianis (Palliativmedizin als Sterbebegleitung nach deutschem und griechischem Recht 2005) S. 85 ff.

<sup>2</sup> Borasio, „Wie, wann und wo dürfen wir sterben? Das ärztliche Menschenbild am Lebensende zwischen Autonomie und Fürsorge“ Antrittsvorlesung im AudiMax der LMU am 28.11.2006, zu These II.

<sup>3</sup> Sepulveda C et al. Palliative Care: The World Health Organization's Global Perspective. JPSM 2002; 24: 91-96

<sup>4</sup> Holtappels/Lehmann „Das Recht des sterbenden Menschen“ auf dieser website.

<sup>5</sup> BVerfG. NJW79/1925/ 1930

Standesethik zur palliativmedizinischen Betreuung von Patienten sind für die Ärzte also zugleich geltendes Recht. Diese sind also ethisch und zugleich rechtlich verpflichtet, dem Menschen auch während seines Sterbens ein Leben in Würde zu ermöglichen.<sup>6</sup>

## B. Die bisherige Diskussion über die Patientenverfügung und die Vorsorgevollmacht.

Aus der Fülle der Veröffentlichungen zu dem Thema seien hier nur die folgenden erwähnt:

1. Die Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz hat in ihrem Bericht Sterbehilfe und Sterbebegleitung vom 23.4.2004 die von ihr auf 182 Seiten geschilderten Erkenntnisse in 25 Thesen zusammengefasst.<sup>7</sup>
2. Der im Auftrag des BJM erstellte Bericht der Arbeitsgruppe Patientenautonomie am Lebensende ist am 10.6.2004 vorgestellt worden.<sup>8</sup> Er befasst sich lediglich mit der Patientenverfügung und enthält dazu auf 69 Seiten Thesen, auf 15 Seiten Textbausteine nebst zwei Beispielen für eine solche Verfügung und Vorschläge zur Änderung des Betreuungsrechtes und des § 216 StGB.
3. Sodann ist der Zwischenbericht der Enquete Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin – Patientenverfügungen – vom 13.9.2004 zu erwähnen.<sup>9</sup> Er enthält eine nahezu vollständige Darstellung des seinerzeitigen Diskussionsstandes, begründete Vorschläge zur Änderung des BGB und des StGB sowie interessante Sondervoten auf 72 Seiten.
4. Die Enquete Kommission hat am 29.6.2005 einen Bericht zur Verbesserung von Palliativmedizin und Hospizarbeit vorgelegt<sup>10</sup>, der den Sachstand hervorragend schildert.
5. Hinzuweisen ist des weiteren auf den grundlegenden Aufsatz von Weber zur Patientenverfügung.<sup>11</sup>
6. Sodann bedarf der Erwähnung, dass die EKD<sup>12</sup> vier ethische Regeln zu der Patientenverfügung und der Nationale Ethikrat<sup>13</sup> im Juni 2005 eine Stellungnahme dazu vorgelegt hat.

6 Das war noch im Jahre 2002 nicht allgemein akzeptiert, wie sich aus einer in diesem Jahr von der Deutschen Gesellschaft für Palliativmedizin durchgeführten Befragung ergibt. Dazu Müller-Busch et al. und Borasio in Zpalliativmed. 2003/67 und 75 ff.

7 ([www.justiz.rlp.de/ministerium/bioethik/Berichte/No. 7](http://www.justiz.rlp.de/ministerium/bioethik/Berichte/No.7)) Nachfolgend als „BEK-Thesen“ zitiert. Die Begründungen dazu und die abweichenden Voten sind lesenswert.

8 [www.bmj.bund.de/media/archive/695.pdf](http://www.bmj.bund.de/media/archive/695.pdf) hier als „Thesen der Kutzerkommission“ zitiert.

9 Drucksache 15/3700 des Deutschen Bundestages, nachfolgend als „Enquete Kommission“ zitiert. Zu verweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf den Schlussbericht der Enquete Kommission Recht und Ethik der modernen Medizin aus dem Jahre 2002 (Sache 2/2002). Dieser wird nachfolgend als „Enquete Kommission 2002“ zitiert. (<http://www.dgpalliativmedizin.de/downloads>)

10 Drucksache 15/5858 Zwischenbericht der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin Verbesserung der Versorgung Schwerstkranker und Sterbender in Deutschland durch Palliativmedizin und Hospizarbeit. (<http://www.dgpalliativmedizin.de/downloads>)

11 Arzt Recht 8/2004 300 ff.

12 Sterben hat seine Zeit, EKD Texte 80, 2005, <http://www.ekd.de/EKD-Texte/44613.html>

13 „Patientenverfügung –Ein Instrument der Selbstbestimmung“ <http://www.ethikrat.org/stellungnahmen/stellungnahmen.html>

7. In den Diskussionen um Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht war die Tatsache, dass es sich hierbei primär um juristische Phänomene handelt, zeitweilig aus dem Fokus der Betrachtungen geraten. Dies wieder korrigiert und dabei eine umfassende rechtliche Würdigung nebst einem Vorschlag zur Ergänzung des StGB und zur Einführung eines Sterbebegleitungsgesetzes vorgelegt zu haben, ist das Verdienst des im November 2005 von den „Alternativ – Professoren“ vorgelegten Alternativ-Entwurfes Sterbegleitung (AE-StB).<sup>14</sup>
8. Dem folgte ein tiefschürfender Aufsatz von Duttge, mit dem dieser darlegte, dass sich die Diskussion um die Patientenverfügung auf dem Holzwege befand.<sup>15</sup>
9. Borasio hat die Diskussion weiter vertieft<sup>16</sup> und schließlich hat die Bundesärztekammer am 30.3.2007 „Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis“ veröffentlicht,<sup>17</sup> die die Grundsätze zur Sterbegleitung vom 7.5.2004 ergänzen sollen. Wiederum war es Duttge, der auf juristische Fehler in den Empfehlungen hinwies.<sup>18</sup>
10. Ihnen folgte eine Stellungnahme des 110 Deutschen Ärztetages mit der gefordert wird, „die Patientenverfügung ausdrücklich in das Betreuungsrecht einzuführen und die Bestimmungen zur Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bei ärztlichen Maßnahmen, § 1904 BGB, klar und eindeutig zu fassen.“<sup>19</sup>
11. Zu erwähnen sind schließlich die „Göttinger Thesen zur gesetzlichen Regelung des Umgangs mit Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht“ vom 11.2.2006<sup>20</sup>, der „Lahrer Kodex“ vom 7.9.2007<sup>21</sup> und schließlich ein weiterer grundlegender Aufsatz von Duttge.<sup>22</sup>
12. Nach dem Erlass des 3. Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechtes vom 29.7.2009 legte das Ehepaar Albrecht eine umfassende und im Detail präzise Kommentierung der neuen Vorschriften vor.<sup>23</sup> Der Erfurter Notar Thomas Renner vertrat in seinem Aufsatz zu den neuen Regelungen der Patientenverfügung dagegen bereits teilweise abweichende Ansichten.<sup>24</sup> Borasio, Heßler und Wiesing haben sich 2009 zu dem „Patientenverfügungsgesetz“ geäußert.<sup>25</sup> Das BJM hat im Januar 2010 unter dem

14 Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA) Heft 10, 152. Jahrgang, 2005, Seiten 553-624

15 „Zu rechtlichen Problematik von Patientenverfügungen“ in Intensiv- und Notfallbehandlung Jg 30, Nr. 4/2005, S. 171 -179

16 FAZ 19.1.2007, Deutsches Ärzteblatt 104, Ausgabe 5 vom 02.02.2007, Seite A-224; S; „Selbstbestimmung im Dialog“ in einer gleichnamigen Schrift der Heinrich Böll Stiftung, 2008

17 Deutsches Ärzteblatt 104, Ausgabe 13 vom 30.03.2007, Seite A-891 (nachfolgend „die Empfehlungen“ genannt)

18 „Patientenverfügungen unter ärztlicher Deutungshoheit?“ In Intensivmedizin und Notfallmedizin 2010, S. 1–4

19 Deutsches Ärzteblatt 104, Ausgabe 21 vom 25.05.2007, Seite A-1509

20 Neitzke et al. Ethik Med 18(2) :192-4

21 www.boell.de 22 Gunnar Duttge: „Preis der Freiheit. Reichweite und Grenzen individueller Selbstbestimmung zwischen Leben und Tod“, 2. Auflage, Thüngersheim/Frankfurt am Main 2006

22 Gunnar Duttge: „Preis der Freiheit. Reichweite und Grenzen individueller Selbstbestimmung zwischen Leben und Tod“, 2. Auflage, Thüngersheim/Frankfurt am Main 2006

23 Albrecht/Albrecht Patientenverfügung, 2009

24 Nur „alter Wein in neuen Schläuchen“ – Zur gesetzlichen Regelung der Patientenverfügung in ZNotP10/2009 S. 371ff

25 Deutsches Ärzteblatt 2009;106(40); A1952-7. Allerdings mit für Borasio ganz ungewöhnlich unpräzisen Äußerungen zur Rechtslage.

Titel „Patientenverfügung Leiden – Krankheit – Sterben. Wie bestimme ich, was medizinisch unternommen werden soll, wenn ich entscheidungsunfähig bin?“ eine Schrift herausgegeben, die eine Weiterentwicklung des unter 2 genannten Berichtes der Kutzerkommission darstellt, (nachfolgend als „Kutzerkommission 2“ bezeichnet) und schließlich veröffentlichten May und Brokmann einen gedankenreichen Aufsatz zu dem Thema „Medizinische und medizinethische Grundlagen der Vorsorgemöglichkeiten.“<sup>26</sup>

13. Im Frühjahr 2010 präsentierte de Ridder seine Schrift „wie wollen wir sterben? Ein ärztliches Plädoyer für eine neue Sterbekultur in Zeiten der Höchstleistungsmedizin“ vor. Er legte damit ein neues Fundament für die Diskussionen um die Entscheidungen am Lebensende. Wiederum war es Borasio, der die Diskussion vertiefte, indem er sie von den Einschränkungen des wissenschaftlichen Diskurses befreite und auf die Probleme in der Praxis der Sterbebegleitung hinwies.<sup>27</sup>
14. Die Bundesärztekammer hat am 30.6.2013 „Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis“ und – als dessen Anlage – ein „Arbeitspapier zum Verhältnis von Patientenverfügung und Organspendeerklärung“ herausgegeben. (Deutsches Ärzteblatt | Jg. 110 | Heft 33–34 | 19. August 2013) In diesen Dokumenten schildert sie die Rechtslage wie hier.

### C. Die bisherige Rechtslage.

Mit dem 3. Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechtes vom 29.7.2009 hat der Gesetzgeber das Recht der Patientenverfügung grundlegend geändert. Um das zu verdeutlichen, werden hier eingangs die Grundsätze des bisherigen Rechtes kurz rekapituliert: Bei der Patientenverfügung handelte es sich nach bisherigem Verständnis um die Willenserklärung eines Menschen, mit der dieser das Ziel und die Art seiner ärztlichen und pflegerischen Behandlung insbesondere für den Fall bestimmen wollte, dass er einwilligungsunfähig werden würde.<sup>28</sup> Dies sollte mit rechtsverbindlicher Wirkung für den ihn dann behandelnden Arzt und das dann tätige Pflegepersonal geschehen.<sup>29</sup> Diesen Adressaten musste die Patienten-

<sup>26</sup> Anaesthesist 2010.59:118-125

<sup>27</sup> Borasio „Über das Sterben“ 2011

<sup>28</sup> In den Grundsätzen heißt es (V.): Eine Patientenverfügung sei eine Willensäußerung eines einwilligungsfähigen Patienten zur zukünftigen Behandlung für den Fall der Äußerungsunfähigkeit. Bei der Enquete Kommission heißt es: Sinn und Zweck von Patientenverfügungen ist es, für Situationen der Einwilligungsunfähigkeit oder der Nichterkennbarkeit des natürlichen Willens zukünftige Entscheidungssituationen möglichst konkret vorherzusehen und vorab eine eindeutige Entscheidung zu treffen. (3.3.1) Nach den Empfehlungen handelt es sich um eine individuelle, schriftliche oder mündliche, formfreie Willenserklärung eines entscheidungsfähigen Menschen zur zukünftigen Behandlung im Fall der eigenen Einwilligungsunfähigkeit. (a.a.O. sub I.2.) Ähnlich auch Heßler in seiner Stellungnahme: Nach der geltenden Rechtslage, die sich aus höchstrichterlicher Rechtsprechung ergibt, ist eine Patientenverfügung ist eine schriftlich oder mündlich erklärte Willensäußerung eines einwilligungsfähigen Patienten, durch die er vorsorglich für den Fall, dass er seinen Willen so künftig nicht mehr äußern können, seine Einwilligung in eine bestimmte medizinische Behandlung erklärt oder verweigert. (a.a.O. S. 3).

<sup>29</sup> In den Grundsätzen heißt es dazu unter IV.: Bei einwilligungsunfähigen Patienten ist die in einer Patientenverfügung zum Ausdruck gebrachte Ablehnung einer Behandlung für den Arzt bindend, sofern die konkrete Situation derjenigen entspricht, die der Patient in der Verfügung beschrieben hat und keine Anhaltspunkte für eine nachträgliche Willensänderung erkennbar sind. So auch Weber a.a.O. S. 307 ff, der AE–StB (S. 15) und die Empfehlungen a.a.O. A-894, sowie die Stellungnahmen von Lipp, (S. 13) und Heßler (S. 3)

verfügung deshalb zugehen, d.h. in ihren Einflussbereich geraten. Erst damit war sie als Rechtsgeschäft zustande gekommen. Rechtlich typisiert handelte es sich bei der Patientenverfügung um eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die ein einseitiges Rechtsgeschäft begründete, auf das die einschlägigen Vorschriften des BGB anzuwenden waren (§§ 130ff BGB). Es bestand weitgehende Einigkeit darüber, dass man die Patientenverfügung inhaltlich als die vorweggenommene Einwilligung des Patienten in die für seine zukünftige Versorgung indizierten, therapeutischen Maßnahmen oder deren Verweigerung zu qualifizieren habe.<sup>30</sup> Angesichts dieser Einbettung in die rechtliche Systematik des BGB konnte kein Zweifel daran bestehen, dass die Patientenverfügung für deren Adressaten, d.h. den zukünftig behandelnden Arzt und/oder das Pflegepersonal den Willen des Patienten manifestierte und deshalb für diese verbindlich war, soweit sie auf den von dem behandelnden Arzt vorgefundenen Befund zutraf.<sup>31</sup>

## D. Die durch das 3. Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechtes vom 29.7.2009 geschaffene neue Rechtslage.

### I. Geschichte des Gesetzes

Verschiedene Gruppierungen von Abgeordneten des Deutschen Bundestages legten im Jahr 2008 Entwürfe zur Abänderung des BGB vor, die der Regelung des Rechtes der Patientenverfügung dienen sollten.<sup>32</sup> Eine ganze Reihe von medizinischen und juristischen Sachverständigen hat sodann zu diesen Entwürfen in einer Anhörung vor dem Bundestag Stellung bezogen.<sup>33</sup> Mit dem 3. Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechtes vom 29.7.2009 verabschiedete der Bundestag schließlich einen modifizierten „Stünkerentwurf“. Dieses Gesetz trat nach dessen Art. 3 am 1.9.2009 in Kraft.

### II. Die Neuerungen

Das Gesetz fügte dem Recht der Betreuung im BGB zwei neue Vorschriften hinzu

30 So Anderheiden „Leben, Sterben, Patientenverfügungen“ in „Ambulante Palliativmedizin als Bedingung einer ars moriendi.“ 2008. S. 133. Die Enquete Kommission vertrat noch die Ansicht, der Hauptanwendungsfall von Patientenverfügungen bestehe in der Verweigerung von Einwilligungen in unerwünschte Maßnahmen (a.a.O. 3.3.1.) Die Verfasser sind dagegen mit Borasio („Selbstbestimmung im Dialog“ in der gleichnamigen Schrift der Heinrich Böll Stiftung 2008, S. 19 ff) der Ansicht, es müsse überall erreichbar sein, dass während der Sterbephase – auch mittels der Patientenverfügung oder eines Behandlungswunsches – ein Klima des Vertrauens zwischen dem Patienten und den behandelnden Ärzten und Mitgliedern des Pflegeteams vorherrsche. Müller-Busch will zwischen drei Arten von Patientenverfügungen unterscheiden: Der rechtswirksamen und verbindlichen Willensbekundung, dem rechtsverpflichtenden Handlungsauftrag und dem verbindlichen Hinweis auf Werte. („Respektierung und Förderung von Autonomie aus palliativmedizinischer Sicht“ in „Selbstbestimmung im Dialog“ Heinrich Böll Stiftung 2008, S. 13). Das mag unter palliativmedizinischen Gesichtspunkten sinnvoll sein, unter juristischen ist es das schon deshalb nicht, weil der Gesetzgeber bereits ein Jahr später anders entschieden hat.

31 Dazu vertiefend Doering-Striening „Die Patientenverfügung und ihr Adressat“ [www.rue94.de](http://www.rue94.de)

32 Die Gesetzesvorlagen der Abgeordneten Bosbach/Röspel et al.; Stünker et al. und Zöllner et al. (nachfolgend als „Bosbach“ bzw. „Stünker“ bzw. „Zöllner Entwurf“ bezeichnet) finden sich auf der website des DGP (<http://www.dgpalliativmedizin.de/downloads>) und werden hier entsprechend zitiert.

33 Die schriftlichen Erklärungen der Sachverständigen finden sich ebenfalls auf der website der DGP und werden hinfort – verbunden mit dem Namen des Verfassers -als „Stellungnahme“ bezeichnet.

34 Außerdem wurden die §§ 287 und 298 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) geändert bzw. ergänzt.

35 Renner nennt sie die „qualifizierte“ Patientenverfügung (a.a.O. S. 373)

36 Borasio et al meinen, das neue Gesetz sage im Text nichts über die Verbindlichkeit der Patientenverfügung. (a.a.O 1953) Das ist schlicht falsch.

(§§ 1901a und 1901b) und fasst eine (§ 1904) neu.<sup>34</sup> Diese enthalten nunmehr drei grundsätzliche Neuerungen:

- Zum einen teilte der Gesetzgeber die Patientenverfügungen – und zwar auch die bisherigen – in zwei Klassen: Die eigentliche Patientenverfügung<sup>35</sup> und die Behandlungswünsche des Patienten. Für die Patientenverfügung ordnete er die Verbindlichkeit des Willens des Patienten an (§ 1901a/IBGB)<sup>36</sup>, dem Behandlungswunsch des Patienten maß er jedoch nur noch die Bedeutung einer Grundlage für die Willensbildung des Vertreters zu (1901a/II BGB).<sup>37</sup>
- Für die Patientenverfügung schuf er die folgende Legaldefinition: *Hat ein einwilligungsfähiger Volljähriger für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit schriftlich festgelegt, ob er in bestimmte, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen seines Gesundheitszustands, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe einwilligt oder sie untersagt (Patientenverfügung), prüft der Betreuer, ob diese Festlegungen auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen. Ist dies der Fall, hat der Betreuer dem Willen des Betreuten Ausdruck und Geltung zu verschaffen.*“ (§ 1901a/I BGB)
- Sodann ordnete er in beiden Vorschriften an, dass für jeden Fall der Einwilligungsunfähigkeit eines Patienten der entscheidende Gesprächspartner des behandelnden Arztes der Vertreter des Patienten, d.h. der von ihm beauftragte Bevollmächtigte oder der vom Betreuungsgericht bestellte Betreuer (§ 1901a/V BGB) sein solle.

Die ersten Unstimmigkeiten der neuen Regelung ergeben sich schon aus deren Einbettung in das Betreuungsrecht<sup>38</sup>. Hier gilt der Grundsatz der Erforderlichkeit (§ 1896/II BGB), dem das BVerfG. grundsätzliche Bedeutung beimisst.<sup>39</sup> Nun ist es – wie die Vergangenheit lehrt – offensichtlich keineswegs erforderlich, für jeden nicht mehr einwilligungsfähigen Patienten einen Betreuer zu bestellen, wenn er selber einen Bevollmächtigten nicht ernannt hat. Der derzeitige Wortlaut der eingefügten Vorschriften stellt also eine Verletzung dieses Grundsatzes und damit einen Widerspruch des Gesetzes in sich selber dar, wenn man unterstellt, die eingefügten bzw. umformulierten Vorschriften seien Bestandteil des Betreuungsrechtes<sup>40</sup>. Vorstellbar ist allerdings auch, der Gesetzgeber habe mit ihnen eine separate Materie regeln wollen. Dafür spricht, dass die Legaldefinition der Patientenverfügung in § 1901a/I BGB erkennbar auch anwendbar sein soll, wenn eine Betreuung gemäß § 1896/I BGB nicht angeordnet worden ist. Dann aber diktieren die neuen Vorschriften bei exakter Auslegung, dass für jeden nicht mehr einwilligungsfähigen Patienten ein Betreuer zu bestellen ist, wenn er selber einen Bevollmächtigten nicht ernannt hat. Wir wagen die Prognose, dass die Betreuungsgerichte das nicht werden leisten können.

37 Dazu Beckmann „Wünsche und Mutmaßungen, Entscheidungen des Patientenvertreters wenn keine Patientenverfügung vorliegt.“ In Familie, Partnerschaft, Recht 6/2010 S. 278 ff.

38 Renner hält das für einen „Geburtsfehler“ des Gesetzes.

39 Dazu BVerfG, 1 BvL 28/97 vom 23.6.1999, Absatz-Nr. 24, [http://www.bverfg.de/entscheidungen/lk19990623\\_1bv1002897.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/lk19990623_1bv1002897.html)

40 So May, Brokmann, wenn sie postulieren, ein Betreuer dürfe nur bestellt werden, wenn die Voraussetzungen des § 1896/I BGB vorlägen (a.a.O. 118).

41 Albrecht/Albrecht meinen, hier handele es sich um ein redaktionelles Versehen des Gesetzgebers. (RN 79).

Bei einer schulmäßig korrekten Interpretation des § 1901a/I BGB kommt man zu einer weiteren Unstimmigkeit: Der Gesetzgeber hat in den Tatbestand dieser Vorschrift nur ärztliche Tätigkeiten aufgenommen. Daraus müsste man folgern, er habe pflegerische Eingriffe als Gegenstand einer Patientenverfügung ausschließen wollen.<sup>41</sup>

Wie immer ist es die Rechtsprechung, die diese Mängel zu korrigieren haben wird.

## E. Die Patientenverfügung neuen Rechtes

### I. Die tatbestandlichen Voraussetzungen der Patientenverfügung.

1. Eine Patientenverfügung liegt nach dem Wortlaut ihrer Legaldefinition nur noch vor, wenn die ärztlichen, therapeutischen Maßnahmen, die der Patient in seiner Patientenverfügung bestimmt festgelegt und in die er antizipiert eingewilligt oder die er abgelehnt hat, nach dem Befund (die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation), den der behandelnde Arzt bei der Versorgung des nunmehr einwilligungsunfähigen Patienten erhebt, indiziert sind.<sup>42</sup> Ist der Vertreter des Patienten der Ansicht, eine Verfügung des Patienten entspreche dieser strikten Vorgabe, so hat er ihr Ausdruck und Geltung zu verschaffen.<sup>43</sup> Anderenfalls kann sie ihm als Behandlungswunsch nur noch als Grundlage für seine Entscheidung dienen, ob er in therapeutische Maßnahmen einwilligen will, die der behandelnde Arzt für indiziert hält (§ 1901a/II BGB).
2. Neu an dieser Rechtslage ist nicht, dass die in der Patientenverfügung bestimmten therapeutischen Maßnahmen zu dem vom Arzt erhobenen Befund passen müssen. Das hat schon immer gegolten. Neu ist, dass über diese Vorfrage nunmehr der Vertreter bestimmt. Albrecht/Albrecht sind der Ansicht, der Wille des Patienten werde mithin bei der Patientenverfügung neuen Rechtes von dem Vertreter konkretisiert, validiert und dem Arzt kundgetan, von einer unmittelbaren Bindung an den Willen des Patienten könne nicht die Rede sein<sup>44</sup>. Renner vertritt die Ansicht, der Vertreter treffe keine eigene Entscheidung, diese habe der Patient in seiner Patientenverfügung bereits getroffen.<sup>45</sup> Beides ist richtig. Es handelt sich um zwei Entscheidungen: Der Vertreter hat zu prüfen, ob die unter 1. beschriebenen Tatbestandsvoraussetzungen des § 1901a/I BGB erfüllt sind, der Patient hat bereits entschieden, in welche indizierte, therapeutische Maßnahme er einwilligen will oder nicht.

42 Wie hier Renner (a.a.O. S. 373), May, Brokmann (a.a.O. 120) und die Begründung des Gesetzes: Enthält die schriftliche Patientenverfügung eine Entscheidung über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in bestimmte Untersuchungen des Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe, die auf die konkret eingetretene Lebens- und Behandlungssituation zutrifft, ist eine Einwilligung des Betreuers in die anstehende ärztliche Behandlung nicht erforderlich, da der Betreute diese Entscheidung bereits selbst getroffen hat und diese für den Betreuer bindend ist. (BT Drs. 16/8442 und 16/13314)

43 Das BJM führt dazu in Kutzerkommission 2 aus Die Ärztin oder der Arzt muss eine derart verbindliche Patientenverfügung beachten, auch wenn keine Vertreterin oder kein Vertreter bestellt ist. Die Missachtung des Patientenwillens kann als Körperverletzung strafbar sein. (a.a.O 1.5.) Angesichts des Wortlautes des oben zitierten § 1901a/I BGB ist der erste Teil des Satzes jedenfalls nicht hinreichend präzise, der zweite Teil aber ist rundweg falsch. Die Missachtung des Parteiwillens lässt sich unter den Tatbestand des § 223 StGB nicht subsumieren.

44 A.a.O. RN 143

45 A.a.O. S 375

## II. Wirksamkeit und Form der Patientenverfügung neuen Rechts.

1. Nach ihrer Legaldefinition wird die Patientenverfügung in Zukunft nur für den Fall der Einwilligungsunfähigkeit des Patienten abgegeben. Wie bisher kann sie jedoch auch für den Fall abgegeben werden, dass der Patient nicht moribund ist. Den darüber geführten akademischen Streit um die „Begrenzung der Reichweite“ hat der Gesetzgeber entschieden.<sup>46</sup> Er war in der Praxis unbedeutend und ist es noch: Eine Patientenverfügung wurde und wird üblicherweise für den Fall getroffen, dass der Verfasser nach ärztlicher Erkenntnis aller Voraussicht nach in absehbarer Zeit sterben wird.
2. Ein einseitiges Rechtsgeschäft ist uneingeschränkt wirksam nur, wenn die ihm zugrundeliegende Willenserklärung von einer Person abgegeben worden ist, die zum Zeitpunkt der Abgabe uneingeschränkt geschäftsfähig war<sup>47</sup>. Das BGB unterstellt grundsätzlich allen Menschen deren uneingeschränkte Geschäftsfähigkeit, es sei denn, es habe sie für geschäftsunfähig oder eingeschränkt geschäftsfähig erklärt.<sup>48</sup> In Abweichung von diesen Grundsätzen wurde bis zum Erlass des 3. Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechtes am 29.7.2009 allgemein die Ansicht vertreten, es genüge für die Rechtswirksamkeit einer Patientenverfügung, dass die diese abgebende Person einwilligungsfähig sei.<sup>49</sup> Da es sich dabei um eine antizipierte Einwilligung zu einer von einem Arzt mit seinem Eingriff ausgeführten Körperverletzung handelte, lag die Schlussfolgerung nahe, sie den gleichen Erfordernissen zu unterwerfen, wie sie für die in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit dem Eingriff erteilte Einwilligung des Patienten gelten. Voraussetzung für die Wirksamkeit dieser Einwilligung aber ist, dass der Einwilligende eine Verstandesreife erreicht hat, die es ihm ermöglicht, die Tragweite seiner Entscheidung zu übersehen, was sodann als Einwilligungsfähigkeit Eingang in den Sprachgebrauch fand. Da auch Minderjährige offensichtlich derart einwilligungsfähig sein können, wurden bis zum 01.09.2009 Patientenverfügungen auch dann als uneingeschränkt rechtswirksam

46 Dazu die Darstellung bei Weber a.a.O. S. 307 ff Für die Beschränkung waren: Der „Bosbach Entwurf“; die Enquete Kommission unter 2.3.; Winkler „Den Willen der Patienten respektieren, ohne die Grenzen zur aktiven Sterbehilfe zu verletzen“ in „Selbstbestimmung im Dialog“ Heinrich Böll Stiftung 2008, S. 32 ff; die Kutzerkommission (These III/1/b). Gegenteiliger Ansicht waren: Der AE – StB der die Reichweitenbegrenzung für medizinisch wie juristisch unhaltbar hielt (a.a.O. S.18), und Borasio („Wie, wann und wo dürfen wir sterben? These VII und in „Selbstbestimmung im Dialog“); Lipp in seiner Stellungnahme (S.15) und schließlich der 110 Deutsche Ärztetag in seiner Stellungnahme (a.a.O. sub 2).

47 Es ist in der juristischen Literatur streitig, ob eine Patientenverfügung als abgegeben gelten kann, wenn sie in der Schublade“ bleibt und damit dem behandelnden Arzt, an den sie gerichtet ist, noch nicht zugegangen ist. (Vergl unten 4). Diese völlig theoretische Streitigkeit ist jedenfalls nicht relevant, wenn der Patient seine Patientenverfügung einer Person mit dem Auftrag aushändigt, sie dem behandelnden Arzt vorzulegen. Selbst wenn das nicht geschieht, dürfte die Verfügung den wirklichen Willen des Patienten eindeutig darstellen und schon deshalb für den Vertreter und den behandelnden Arzt als Betreuungswunsch verbindlich sein. (Britz und Hartmann in DnotZ. 2001/271 ff)

48 Geschäftsunfähig ist, wer das siebte Lebensjahr noch nicht vollendet hat oder sich in einem die freie Willensbildung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, es sei denn dieser sei seiner Natur nach nur vorübergehend (§ 104 BGB), Beschränkt geschäftsfähig ist der Minderjährige zwischen dem vollendeten 7. und 18. Lebensjahr.

49 BEK (These 4); Kutzerkommission (These III.1.a und 3.a.); Enquete Kommission (2.3.1.); Weber (a.a.O. S. 311); Empfehlungen (a.a.O. sub 4.) und die Stellungnahme von Lipp (S. 13); Vergl auch die Zitate in FN 27.

50 In der medizinethischen Diskussion wird lebhaft über die von der Enquete Kommission aufgeworfene Frage gestritten, welche rechtliche Konsequenz sich aus der Tatsache ergebe, dass der Patient bei der Abgabe seiner Patientenverfügung die Umstände zum Zeitpunkt ihrer Verwirklichung nicht gekannt haben könne. (Enquete Kommission in 2.3).

51 Siehe Heßler in seiner Stellungnahme, Wortlaut in FN 28.

angesehen, wenn sie von Minderjährigen abgegeben worden waren, vorausgesetzt, diese waren zum Zeitpunkt der Abgabe der Verfügung nicht unfähig, die Tragweite ihrer Entscheidung zu übersehen.<sup>50</sup> Bei dieser allgemein anerkannten Rechtslage<sup>51</sup> handelte es sich um Gewohnheitsrecht, das sich „contra legem“ entwickelt hatte. Diesem begegneten zwar schon immer auch sachliche Bedenken, doch kommt es darauf nicht mehr an, denn der Gesetzgeber hat mit der Legaldefinition des Begriffes der Patientenverfügung in § 1901a/I BGB ohne jeden Zweifel angeordnet, dass sie wirksam nur von einem Volljährigen abgegeben werden könne. Diese aber sind grundsätzlich uneingeschränkt geschäftsfähig. Der „einwilligungsfähige Volljährige“ ist im Rahmen der Lehre von der Geschäftsfähigkeit ein untauglicher Begriff.<sup>52</sup>

3. Hat der Arzt – im Einklang mit der bisherigen Rechtslage – einwilligungsfähigen Minderjährigen erklärt, sie könnten eine rechtswirksame Patientenverfügung abfassen, so sollte er ihnen nunmehr raten, diese nach Vollendung des 18. Lebensjahres nochmals datiert zu unterschreiben, was das Manko heilt.
4. Jede einseitige, empfangsbedürftige, rechtsgeschäftliche Willenserklärung, mithin auch die Patientenverfügung, entfaltet ihre Wirksamkeit gegenüber dem Adressaten, sobald sie diesem zugeht, d.h. in deren Einflussbereich gerät. Erst dann ist sie als Rechtsgeschäft endgültig zustande gekommen. Unklar ist nach neuem Recht jedoch, wer der Adressat der Patientenverfügung sei. Der Vertreter, der ihr Ausdruck und Geltung verschaffen soll oder der Arzt, in dessen Therapievorschlag eingewilligt werden soll oder die Pflegekraft, die der Einwilligung in ihre Pflegemaßnahme harrt? Der Gesetzgeber hat auch dieses Problem übersehen.<sup>53</sup> Albrecht/Albrecht sind der Ansicht, der Vertreter des Patienten sei immer der Adressat, weil er vom Gesetzgeber beauftragt sei, die Anwendbarkeit der Verfügung zu prüfen und sie gegebenenfalls durchzusetzen.<sup>54</sup> Das klingt überzeugend, übersieht jedoch zweierlei: Zum einen, dass der Patient bei natürlicher Betrachtungsweise den Arzt als den Adressaten seiner Willensäußerung ansieht,<sup>55</sup> sodann, dass nur dieser – und gegebenenfalls die Pflegekraft – fachlich in der Lage ist, sie zu verstehen, ausulegen und auszuführen. Wir sind deshalb der Ansicht, der behandelnde Arzt sei – wie bisher – Adressat der Patientenverfügung. Endgültig klären wird das die Rechtsprechung.

52 Albrecht/Albrecht (a.a.O. RN 153) halten den Sinn der Einfügung des Terminus für „dunkel“. Zweifelhaft ist zudem, ob der Gesetzgeber den Rechtszustand überhaupt ändern wollte. In der Begründung des Stürkerentwurfes, auf dem die Neufassung des Gesetzestextes beruht, taucht der Begriff des „einwilligungsfähigen Volljährigen“ eingangs des § 1901a/I zwar auf, jedoch kein Hinweis darauf, dass die Verfasser die Rechtslage ändern wollten. Im Zöllnerentwurf war mit der Definition: einwilligungsfähige, natürliche Person kein Zweifel daran gelassen worden, dass die Verfasser die Rechtslage nicht ändern wollten. May hat das Problem in seiner Stellungnahme gesehen und darauf verwiesen, dass mit der Formulierung des Stürkerentwurfes Minderjährigen das Rechtsinstrument der Patientenverfügung nicht mehr zur Verfügung stehe (S. 7). Die Begründung des Gesetzes stellt nur auf die Einwilligungsfähigkeit ab (Bt-Drs. 16/8442 und 16/13314). Den Verfassern der Schrift des BJM (Kutzerkommission 2) ist der Begriff des einwilligungsfähigen Volljährigen offenbar so peinlich, dass sie nur vom Volljährigen schreiben. (a.a.O. 1.1.)

53 Das BJM meint das Problem dadurch umgehen zu können, dass es formuliert, die Patientenverfügung richte sich in erster Linie an den Arzt, könne sich aber auch an den Vertreter richten. (Kutzerkommission 2 sub 1.1.)

54 A.a.O., RN 108 ff. So auch Duttge in „Patientenverfügungen unter ärztlicher Deutungshoheit?“

55 So wohl auch das BJM in Kutzerkommission 2 unter 1.4. und 1.5

56 NJW 2003/1588/1591. So auch Thesen 1, 3 und 4 der BEK und II.3.g. der Kutzerkommission sowie die Enquete Kommission (2.3.1. a. E)

57 So auch BEK These 4; Milzer in NJW 2004/2277ff; der AE-Stb (a.a.O. S. 15) und die Stellungnahme des 110. Deutschen Ärztetages (a.a.O. sub 2). So grundsätzlich auch Weber (a.a.O. S. 304), später meint er jedoch, der rasche medizintechnische Wandel könne die „Gültigkeitsdauer“ einer Patientenverfügung beschränken. (a.a.O. S. 314). Das ist jedoch eine Frage des Inhaltes der Verfügung. Wie hier Albrecht/Albrecht RN 80ff.

5. Auf die Wirksamkeit des mit der Willenserklärung begründeten Rechtsgeschäftes ist es ohne Einfluss, ob der Erklärende nach deren Abgabe stirbt oder geschäftsunfähig wird. (§ 130/II BGB). Der BGH begründet diese fortdauernde Rechtswirksamkeit auch mit der Würde des Menschen, die die Respektierung seiner eigenverantwortlichen Entscheidung verlange.<sup>56</sup> Die wirksam abgegebene Patientenverfügung bedarf deshalb keiner Wiederholung oder Bestätigung,<sup>57</sup> sie „verfällt“ auch nicht wie häufig irrigerweise angenommen wird. Gleichwohl sollte der Patient sie – wie sein Testament – in regelmäßigen Abständen darauf überprüfen, ob ihr Inhalt noch seinem Willen entspricht.
  
6. Grundsätzlich kann ein wirksam begründetes, einseitiges Rechtsgeschäft, auf dessen Fortbestand der Adressat ja vertraut, nicht ohne weiteres widerrufen werden. Für die Patientenverfügung gilt jedoch anderes. Sie ist gemäß § 1901a/I/3 BGB jederzeit widerruf- oder abänderbar. Der Widerruf ist zudem an keine Form gebunden. Ein derartiger Widerruf kann deshalb in vielerlei Weise geäußert werden, so zum Beispiel durch Kopfschütteln des geschwächten Patienten oder durch eine schriftliche Änderung der Patientenverfügung.<sup>58</sup> Er muss aber immer als eindeutige Willenserklärung gegenüber dem Adressaten erfolgen. Auf dieser Voraussetzung ist – trotz der Unklarheit über die Person des richtigen Adressaten – auch zu bestehen, weil anders nicht aufzuklären ist, ob eine Patientenverfügung noch besteht.<sup>59</sup> Bis zur – möglicherweise – anderweitigen Klärung durch die Rechtsprechung hat der Widerspruch nach der hier vertretenen Ansicht wie bisher also dem behandelnden Arzt gegenüber zu erfolgen. Das Widerrufsrecht geht nicht auf die gesetzlichen Vertreter des Erklärenden den Betreuer oder Bevollmächtigten – über, diese sind gemäß § 1901a BGB vielmehr ausdrücklich an den in einer Patientenverfügung geäußerten Willen oder den mutmaßlichen Willen des Patienten gebunden und können derartige Erklärungen zudem nur abgeben, wenn sie dazu ausdrücklich schriftlich bevollmächtigt worden sind (1904/V BGB).
  
7. Die Patientenverfügung unterlag bis zum 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetz keiner Formvorschrift. Auch die mündlich abgegebene Patientenverfügung wurde als wirksam erachtet<sup>60</sup>, wenngleich sie in der Praxis nahezu nie vorkam. Wie sich aus der Legaldefinition des Begriffes in § 1901a/I/1 BGB ergibt, unterliegt sie ab dem 1.9.2009 jedoch der Schriftform.<sup>61</sup> Gemäß § 126/I BGB muss sie deshalb von ihrem

<sup>58</sup> Auch Albrecht/Albrecht halten eine formlose Abänderung für unzulässig (a.a.O. RN 180).

<sup>59</sup> Diese Einschränkung der Wirksamkeit des Widerrufs übersehen Albrecht/Albrecht, wenn sie meinen, der Vertreter müsse bei der Prüfung von Wirksamkeit und rechtlicher Qualifikation einer Patientenverfügung immer auch prüfen, ob diese nicht in der Zwischenzeit widerrufen worden sei. (a.a.O. RN 179)

<sup>60</sup> So auch Thesen III.2.a. der Kutzerkommission und 4 der BEK sowie die Enquete Kommission (a.a.O.)

<sup>61</sup> Lipp hält das Erfordernis der Schriftform für verfassungswidrig. 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. Stellungnahme S. 28. Wir sind uns sicher, dass eine Verfassungsbeschwerde mit dieser Begründung die Hürde der Annahme durch das BVerfG nicht überwinden würde.

Aussteller eigenhändig unterschrieben worden sein. Entspricht eine nach dem 1.9.2009 vorgelegte Patientenverfügung dieser Form nicht, so ist sie gemäß § 125 BGB nichtig. Mündlich abgegebene Patientenverfügungen sollten also schleunigst vom Verfasser schriftlich dargelegt und persönlich unterschrieben werden, sonst mutieren sie gemäß § 1901a/II BGB zu Behandlungswünschen, wenn sie das – ihres unbestimmten Inhaltes wegen – nicht schon sind.

8. Die vom Gesetzgeber angeordnete Existenz eines Vertreters des Patienten enthebt den behandelnden Arzt nicht von seiner Pflicht, die Patientenverfügung anhand der hier geschilderten Kriterien selbstständig auf ihre Wirksamkeit zu prüfen und ihren Inhalt festzustellen. Daraus ergibt sich, dass er in der Versorgung des Patienten fortfahren darf und muss, bis ein Betreuer bestellt ist.
9. Das BJM hat in Kutzerkommission 2 erklärt: *Handelt es sich bei den in einer Patientenverfügung genannten ärztlichen Maßnahmen um einen Eingriff in die körperliche Integrität (beispielsweise eine Operation), ist die Einwilligung nur wirksam, wenn ihr eine ärztliche Aufklärung vorausgegangen ist, es sei denn, Sie haben auf eine solche Aufklärung verzichtet. Aus der Patientenverfügung soll sich ergeben, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind.*<sup>62</sup> Diese Ausführungen finden im Gesetz keinerlei Grundlage.

### III. Bestimmung des Inhaltes der Patientenverfügung durch Auslegung, Ermittlung des mutmaßlichen Willens des Patienten.

1. Ist der Inhalt einer Patientenverfügung mehrdeutig, so hatte nach bisher geltendem Recht der Arzt als ihr Adressat sie nach den allgemeinen, im BGB normierten Grundsätzen (§ 133 ff. BGB) auszulegen, d.h. ihren für den angetroffenen Befund rechtlich maßgebenden Sinn zu ermitteln.<sup>63</sup> Fraglich ist durch die Gesetzesänderung schon geworden, ob eine Mehrdeutigkeit der Erklärung des Patienten dazu führt, dass diese nicht mehr als hinreichend bestimmt gilt, um sie als Patientenverfügung qualifizieren zu können. Weiter ist unklar geworden, ob der Gesetzgeber mit § 1901b/II BGB die Auslegung durch das darin beschriebene Konsil ersetzen wollte. Albrecht/Albrecht entnehmen der Vorschrift, es sei der Vertreter, der in eigener Vollmacht die Patientenverfügung zu „interpretieren“ habe, um sie sodann im Konsil zu beraten<sup>64</sup>, wobei das Konsil die Auslegung nicht ersetzen, sondern bei der Ermittlung des Willens des

62 Kutzerkommission 2 unter 1.5.

63 Hierzu die Stellungnahme von Lipp (S. 14): Jede Patientenverfügung bedarf der Auslegung. 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. Die Auslegung ist Aufgabe derjenigen, an die sich eine Patientenverfügung richtet

64 A.a.O RN 51 ff. So auch die Begründung des Gesetzes in Bt-Drs. 16/13314 zu § 1901b BGB. So auch Duttge in „Patientenverfügungen unter ärztlicher Deutungshoheit.“

65 So auch Borasio et al a.a.O S. 1952

Patienten hilfreich sein solle.<sup>65</sup> Da der Zweck jeder Auslegung die Ermittlung des Willens des Erklärenden ist, halten sie die Auslegung also weiterhin für erforderlich. Sie übersehen aber, dass zu einer Auslegung der Anordnung einer therapeutischen Maßnahme nur ein Arzt oder eine Pflegekraft in der Lage ist, nicht aber ein medizinischer Laie, die die Vertreter und die Mitglieder des Konsils üblicherweise sind. Es ist vielmehr der Arzt oder die Pflegekraft, die alleine fachlich in der Lage sind, sie zu verstehen, in den medizinischen Kontext einzuordnen, sie auszulegen und schließlich durchzuführen. Ist die Patientenverfügung also zwar bestimmt aber nicht eindeutig, so haben nach der hier vertretenen Ansicht der Arzt oder die Pflegekraft deren Inhalt zu ermitteln. Bestätigt die Rechtsprechung diese Ansicht, so ist nach der vom Gesetz (§ 133 BGB) vorgeschriebene Methode der Auslegung maßgebend, wie der Arzt oder die Pflegekraft die Erklärung nach Treu und Glauben verstehen müssen. Es kommt also ausschließlich auf ihren „Empfängerhorizont“ an. Bei der Auslegung haben sie zudem nur solche Umstände zu berücksichtigen, die ihnen zum Zeitpunkt des Zugangs der Patientenverfügung erkennbar waren. Das BGB geht davon aus, dass der durch die Auslegung der Willenserklärung ermittelte Inhalt derselben dem Willen des Erklärenden entspricht.<sup>66</sup> Nach der erfolgten Auslegung ist die Patientenverfügung in dem dadurch ermittelten Wortlaut für den Arzt, die Pflegekraft und den Vertreter<sup>67</sup> verbindlich. Sind der Arzt oder die Pflegekraft dagegen trotz ihrer Bemühungen um die Auslegung der Patientenverfügung nicht in der Lage, aus derselben Festlegungen zu entnehmen, die auf die aktuelle Lebens- oder Behandlungssituation zutreffen, so ist die Patientenverfügung auf den Fall nicht anwendbar und von ihm/ihr insoweit außer Betracht zu lassen, sie mutiert wiederum zum Behandlungswunsch.

2. In diesem Fall sowie für den, dass eine Patientenverfügung oder ein Behandlungswunsch für einen nicht mehr einwilligungsfähigen Patienten nicht vorliegt, hat der Vertreter gemäß § 1901a/II/1 BGB den „wirklichen“ oder „hypothetischen“ oder „mutmaßlichen“ Willen des Patienten als Vorbereitung für die Beratung im Konsil zu ermitteln. Die Erfahrung lehrt, dass dieses Bemühen ebenso zeitaufwendig wie selten von Erfolg gekrönt ist, weil es entscheidend darauf ankommt, Beweismittel für diesen Willen des Patienten zu finden<sup>68</sup>. Die Vorstellungen des Vertreters oder des behandelnden Arztes von dem mutmaßlichen Willen des Patienten sind dabei unbeachtlich.<sup>69</sup> Anhaltspunkte für den mutmaßlichen Willen können sich aus mündlichen oder schrift-

66 Hier wird deutlich, dass sich die Willenserklärung, sobald sie dem Empfänger zugeht, „verselbstständigt“. Ihre Verbindlichkeit ist vom Willen des Erklärenden unabhängig geworden. Die Rechtsordnung mutet ihm – aus Gründen der Rechtssicherheit zwingend – zu, die Willenserklärung zu widerrufen, sofern er seine Intentionen geändert hat. Das übersehen Jox et al in „Verbindlichkeit der Patientenverfügung im Urteil ihrer Verfasser (Ethik Med. 2009 1: 21 – 31)

67 So auch Albrecht/Albrecht a.a.O. RN 53

68 Vergl. These 5 der BEK und die Enquete Kommission in 3.3.1. Zu den mit der Ermittlung des wahren Willens verbundenen praktischen Schwierigkeiten vergl. insbesondere Jox in Ethik Med 2004 16:401/406 ff; Stackmann in NJW 2003/1568 ff sowie die Thesen 8 und 9 der BEK und Brysch in FAZ vom 30.8.2004 Was ist der mutmassliche Wille.

69 Wie wir von Jox (a.a.O. S.407) wissen, pflegten Ärzte solange sie den mutmaßlichen Willen des Patienten zu erforschen hatten, häufig ihren eignen Willen für den des Patienten zu halten. Das wird für Vertreter auch gelten.

70 BGHSt 40/257 ff.) RN 21, so auch OLG München vom 26.4.2006 -3 U 1776/06

71 BGHSt a.a.O. RN 11

lichen Äußerungen des Patienten, seinen ethischen oder religiösen Überzeugungen oder sonstigen persönlichen Wertvorstellungen ergeben. (§ 1901a/II/2 BGB) Gibt es solche Anhaltspunkte als Beweismittel, so sind gleichwohl an deren tatsächliche Voraussetzungen wie an die Folgerungen daraus auf den Willen des Patienten zum Zeitpunkt der anstehenden therapeutischen Entscheidung – auf den es alleine ankommt<sup>70</sup> – strenge Anforderungen zu stellen.<sup>71</sup> Ein reiner Beweis von Hörensagen dürfte solchen Ansprüchen nicht genügen, der Beweis bedarf vielmehr gemäß § 1901a/II BGB „konkreter Anhaltspunkte“<sup>72</sup>. Gibt es keine Beweismittel oder sind diese nicht ausreichend, so haben sich der Vertreter und der behandelnde Arzt die Frage zu stellen, ob der Patient bei objektiver Beurteilung aller bekannten Umstände in die indizierte therapeutische Maßnahme eingewilligt hätte, wenn er denn dazu in der Lage gewesen wäre.<sup>73</sup> Dabei rekurren sie auf allgemeine Wertvorstellungen und dazu gehört insbesondere das Grundrecht des Patienten auf ein Sterben in Würde. Diesem Grundrecht zur Geltung zu verhelfen, ist das Ziel der Palliativmedizin, weshalb alle Beteiligten – auch im möglicherweise anschließenden Konsil (§ 1901b/II BGB) – davon ausgehen dürfen, eine palliativmedizinische Therapie entspreche dem mutmaßlichen Willen des Palliativpatienten.

#### IV. Indikation, Widerspruch zwischen Patientenverfügung und Indikation, Verbot der Verpflichtung zur Abgabe einer Patientenverfügung und Konsil.

1. Der Gesetzgeber hat gemeint, in § 1901b/I/1 BGB eine für die medizinische Praxis geradezu axiomatische Norm nochmals zum Ausdruck bringen zu sollen, dass nämlich alleine der behandelnde Arzt das Prärogativ besitzt, die Indikation zu stellen.<sup>74</sup> Im zweiten Satz der Vorschrift heißt es, der behandelnde Arzt „erörtere“ die indizierte therapeutische Maßnahme sodann mit dem Vertreter, um gemeinsam festzustellen, ob sie auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation des Patienten zutrefte. Diese Vorschrift ist – bei objektiver Betrachtung – nur anwendbar, wenn es mehrere indizierte optionale Therapien gibt, denn nur dann hat der Vertreter ein Wahlrecht, weil der Patient es hätte, wenn er denn einwilligungsfähig wäre<sup>75</sup>. Andererseits kann sie aber auch förderlich sein, um mögliche Unstimmigkeiten zwischen dem behandelnden Arzt und dem Vertreter über die von dem Arzt vorgeschlagene, indizierte Maßnahme bereits im Keime zu ersticken und somit die Anrufung des Betreuungsgerichtes überflüssig zu machen.

72 In der Begründung des Gesetzes heißt es: „Zur Feststellung des mutmaßlichen Willens bedarf es individueller, konkreter, aussagekräftiger Anhaltspunkte.“ BT Drs.: 16/8442 und 16/13314.

73 BGHSt a.a.O. RN 22; Laufs in Handbuch des Arztrechts 3. Auflage 2002 § 64 RN 12, beide allerdings unter der Vorstellung, der Arzt sei damit betraut.

74 Borasio et al. beanstanden, das Gesetz lasse offen, wie ein Dissens über die Indikation gelöst werden solle. Wie unter Medizinern üblich, durch das Konsil unter Fachleuten!.

75 So auch Albrecht/Albrecht RN 245ff.

2. Wie auch immer man das zwischen dem Patienten und dem ihn behandelnden Arzt entstehende Rechtsverhältnis qualifiziert, besteht doch vollständige Einigkeit darüber, dass jeder Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Patienten grundsätzlich dessen Einwilligung, d.h. vorheriger Zustimmung bedarf. In der Stellungnahme des 110. Deutschen Ärztetages heißt es dazu: *Für die Ärzteschaft steht außer Frage, dass jede medizinische Behandlung unter Wahrung der Menschenwürde und unter Achtung der Persönlichkeit, des Willens und der Rechte der Patienten, insbesondere des Selbstbestimmungsrechts, zu erfolgen hat. Dies gilt in gleichem Maße für im Voraus geäußerte Willensbekundungen eines Patienten.*<sup>76</sup> Das gilt auch für die Aufrechterhaltung eines solchen Eingriffs. Enthält die Patientenverfügung Anordnungen, die dem behandelnden Arzt die (weitere) Anwendung einer bestimmten indizierten Therapie untersagen, so haben der Vertreter wie der Arzt dem darin zum Ausdruck gebrachten Therapieverzicht nach der derzeit ganz herrschenden Meinung auch zu entsprechen, wenn dieser medizinisch sinnlos ist, ja sogar, wenn er zwangsläufig zum Tode führt.<sup>77</sup> Jede Zuwiderhandlung stellt nach derzeitigem Recht eine vorsätzliche Körperverletzung des Arztes und für den Vertreter eine Beihilfe dazu dar!<sup>78</sup>

Für die Anordnung von bestimmten therapeutischen Maßnahmen, wie für den Verzicht darauf, gilt jedoch einschränkend, dass kein Arzt und kein Mitglied des Pflorgeteams durch eine Patientenverfügung gezwungen werden kann, an Maßnahmen mitzuwirken, die seinem Gewissen widersprechen.<sup>79</sup>

3. Mit dem § 1901a/IV BGB dekretiert der Gesetzgeber nunmehr, niemand dürfe zur Errichtung einer Patientenverfügung verpflichtet werden und deren Errichtung oder Vorlage dürfe nicht zur Bedingung eines Vertragsabschlusses gemacht werden. Wenn der Gesetzgeber hätte unterbinden wollen, dass jemand zur Abgabe oder Vorlage einer Patientenverfügung eines bestimmten Inhaltes gezwungen werden könne, wäre dem uneingeschränkt beizupflichten. Eine derartige Verpflichtung wäre aber als direkter Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Verfügenden ohnehin rechtswidrig. Die bloße vertragliche Verpflichtung zur Errichtung oder Vorlage einer Patientenverfügung für unwirksam zu erklären, ist jedoch unsinnig. Es liegt im wohlbegründeten Interesse sowohl jedes schwerkranken Patienten wie auch der ihn zur Pflege und Behandlung aufnehmenden Institution, dass der Patient vor der Aufnahme schriftlich festgelegt hat,

<sup>76</sup> a.a.O. sub 1

<sup>77</sup> BverfGE 58/208 Abs. 43: „Es steht unter der Herrschaft des Grundgesetzes in der Regel jedermann frei, Hilfe zurückzuweisen, sofern dadurch nicht Rechtsgüter anderer oder der Allgemeinheit in Mitleidenschaft gezogen werden.“ So auch der Nationale Ethikrat in seiner Stellungnahme zu „Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende“ aus dem Jahre 2006, ([www.ethikrat.org/stellungnahmen/pdf/Stellungnahme\\_Selbstbestimmung\\_und\\_Fuersorge\\_am\\_Lebensende](http://www.ethikrat.org/stellungnahmen/pdf/Stellungnahme_Selbstbestimmung_und_Fuersorge_am_Lebensende)), unter 5.1. 2.: „Aus der Patientenautonomie folgt das Recht zur Ablehnung oder zum Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen, selbst wenn diese aus medizinischer Sicht geboten wären und die Verweigerung oder der Abbruch nach „objektiven“ Maßstäben schlicht als unvernünftig gelten müsste. Dieser Schutz vor unerwünschten Heilbehandlungen richtet sich auch gegen den Arzt, dem kein durch seinen Beruf begründetes Recht auf Heilbehandlung zusteht.“. So auch May Brokmann, a.a.O. 121)

<sup>78</sup> So mit Nachdruck der Generalstaatsanwalt in Nürnberg in seiner Verfügung vom 15.1.2008 (AZ: Gz 4 Berl. 144/07), das BverfGE a.a.O und der Nationale Ethikrat a.a.O unter 5.1.3. Der Frage, ob diese dogmatische Festlegung immer zutrifft, wird anderen Orts nachgegangen werden.

<sup>79</sup> Im einzelnen begründet vom OLG München in NJW 2003/1743/1745 und insoweit vom BGH in dessen Beschluss vom 8.6.2005 (XII ZR 177/03) bestätigt. Wie hier auch die Kutzerkommission in These II.2.5

wie er während seiner letzten Tage leben wolle. Nur mit diesem Wissen kann die Institution nämlich ihrer Fürsorgepflicht optimal nachkommen. Nur diese Angaben entbinden sie zudem von der Mühsal der Erforschung des mutmaßlichen Willens des Patienten. Dazu nach Kräften beizutragen, dürfte nicht nur eine moralische Pflicht des Patienten sein. Diese Vorschrift wird in Altenheimen, Pflegeanstalten, Krankenhäusern und bei der ambulanten Palliativpflege zudem dadurch unterlaufen werden, dass die mit der Pflege betrauten Personen den Patienten nach seiner Aufnahme zu dessen Behandlungswünschen befragen, diese schriftlich protokollieren und das Protokoll von dem Patienten unterschreiben lassen. Um eine Patientenverfügung handelt es sich zwar nicht, weil die Unterschrift nicht vom Verfasser stammt (§ 126 BGB) aber der Behandlungswunsch des späteren Patienten ist außerhalb jeden Zweifels festgehalten worden. Den endgültigen Inhalt des § 1901a/IV BGB wird die Rechtsprechung zu klären haben.

4. Bei seinen Feststellungen zum Willen des einwilligungsunfähigen Patienten soll dessen Vertreter die nahen Angehörigen oder sonstigen Vertrauenspersonen hinzuziehen (§ 1901b/II BGB). Albrecht/Albrecht meinen, der Gesetzgeber habe eine Pflicht des Vertreters begründet, dieses Konsil durchzuführen, von der auch der Patient ihn nicht in der Patientenverfügung befreien könne.<sup>80</sup> Dafür findet sich weder im Gesetz noch in dessen Begründung eine Stütze. Die Begründung geht davon aus, in diesem Konsil solle im Dialog der Beteiligten der Wille des Patienten oder sein mutmaßlicher Wille ergründet und Auslegung betrieben werden.<sup>81</sup> Übersehen hat der Gesetzgeber dabei aber, dass es sinnlos ist, Gespräche der Vertreter mit dem behandelnden Arzt vorzuschreiben, ohne dass dieser von seiner Schweigepflicht entbunden wird. Zu deren rechtlicher Bedeutung hat das BVerfG in seinem Beschluss vom 6.6.2006 ausgeführt: *Angaben eines Arztes über Anamnese, Diagnose und therapeutische Maßnahmen betreffen zwar nicht die unantastbare Intimsphäre, wohl aber den privaten Bereich des Patienten. Damit nehmen sie teil an dem Schutz, den das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG dem Einzelnen vor dem Zugriff der öffentlichen Gewalt gewährt. Zwar müssen Eingriffe in das Recht aus Art. 2 Abs. 1 GG im überwiegenden Allgemeininteresse hingenommen werden. Solche Beschränkungen bedürfen aber einer gesetzlichen Grundlage, aus der sich die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkungen klar und für den Bürger erkennbar ergeben und die damit dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit entspricht.*<sup>82</sup> Eine solche Norm in das BGB einzuführen, hat der Gesetzgeber versäumt. Der Patient vermag seinen behandelnden Arzt mittels seiner Vorsorgevollmacht oder Patientenverfügung zwar weiterhin von der Schweigepflicht gegenüber Dritten zu befreien. Auch ist der Vertreter befugt, den Arzt von seiner Schweigepflicht zu entbinden. Für den Bevollmächtigten gilt jedoch, dass

80 A.a.O. RN 249 ff.

81 Durch die Einbeziehung des genannten Personenkreises sowohl bei der Auslegung der Patientenverfügung als auch bei der Ermittlung von Behandlungswünschen oder des mutmaßlichen Willens des Betroffenen wird die Entscheidungspraxis für den Betreuer und den behandelnden Arzt auf eine fundierte Grundlage gestellt. A.a.O.

82 BVerfG, 2 BvR 1349/05 Absätze 32 und 38([http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20060606\\_html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20060606_html))

dieser an eine Einschränkung dieses Rechtes durch den Patienten gebunden ist. Nachdem der Gesetzgeber diesem nunmehr offenbart hat, dass sein Wille jedenfalls nicht mehr unmittelbar gilt, und sein Gesundheitszustand zum Gegenstand von Diskussionen zwischen ihm möglicherweise unbekanntem Dritten in einem Konsil werden soll, wird er sich zu einer derart weitgehenden Befreiung nicht mehr bereitfinden, sondern diese auf seinen Bevollmächtigten beschränken. An diese Einschränkung ist der Arzt gebunden. Damit dürfte der Gesetzgeber seine Intentionen für das Konsil des § 1901b/II BGB verfehlt haben. Gleichwohl kann ein „Konsil“ zwischen dem behandelnden Arzt, den Angehörigen und den sonstigen Vertrauenspersonen des Patienten außerordentlich sinnvoll sein: Einerseits gebietet dem Arzt nämlich seine Fürsorgepflicht gegenüber den Angehörigen des nicht mehr einwilligungsfähigen Patienten, deren Sorgen mit Empathie zu begegnen und – in diesem Rahmen – auch mit Ihnen gemeinsam zu diskutieren, zumal dies zur psychischen Entlastung der Vertreter des Patienten und seiner Angehörigen erfahrungsgemäß wesentlich beiträgt. Andererseits kann das Konsil auch dazu dienen, die Angaben des Bevollmächtigten über die Wünsche des Patienten zu verifizieren. Drei zwingende rechtliche Festlegungen sollte der Arzt in dem Konsil aber nicht zur Diskussion stellen:

1. Dass die Indikation nur er in eigener Verantwortung stellt und
2. dass er von Rechts wegen gezwungen ist, eine nicht mehr indizierte therapeutische Maßnahme abubrechen und schließlich
3. dass er der Schweigepflicht unterliegt.

## V. Inhalt der Patientenverfügung

1. Wie jede Willenserklärung mit der ein Mensch es unternimmt, seinen Willen zu artikulieren, um sich und andere rechtlich zu binden, soll der Inhalt der Patientenverfügung möglichst eindeutig sein. Das ist in der Regel der Fall, wenn ihr Verfasser sich darauf konzentriert, in ihr zu schildern, wie er in seinem letzten Lebensabschnitt leben will und sich enthält, aufzuzählen, was er dann **nicht** erleben will. Mit dieser Formulierung seines positiven Willens umgeht er auch eine Klippe, die viele Autoren umtreibt, dass nämlich der „aktuelle“ Wille des Verfügenden von dem in der Patientenverfügung geäußerten abweichen könne. Abgesehen davon dass Formulierungen „in die Zukunft“ dieses Risiko naturgemäß immer enthalten, ist es minimiert, wenn die Verfügung den natürlichen Wunsch artikuliert, in Würde zu sterben, weil es keinen Menschen gibt, der das nicht will. Jede darauf gerichtete Verfügung des Patienten entspricht mithin der aktuellen Lebens- und Behandlungssituation.

83 So zum Beispiel die von der Kutzerkommission in deren Versatzstücken genutzten termini: Gehirnschädigung oder Symptombehandlung. Aber auch die Empfehlungen (a.a.O.sub 2.1. ff.) Gemildert in den Textbausteinen von Kutzerkommission 2.

2. Zu berücksichtigen ist, dass die Patientenverfügung in aller Regel von einem medizinischen Laien verfasst wird, sich aber an Fachleute aus dem medizinischen Bereich richtet. Es ist ihrem Verfasser deshalb dringend davon abzuraten, sich einer Terminologie zu bedienen, die er für medizinische Fachsprache hält.<sup>83</sup> Hat er seine in der Patientenverfügung enthaltenen Anweisungen nämlich falsch formuliert, so wird schon der Vertreter jedenfalls aber der behandelnde Arzt sie als Patientenverfügung nicht akzeptieren können, weil sie die aktuelle „Lebens- und Behandlungssituation“ (§ 1901a/I BGB) eben nicht trifft. Sie kann dann nur noch als Behandlungswunsch in der Auslegung durch den Vertreter Anwendung finden (1901a/II BGB).
3. Ein Formulierungsvorschlag für eine Patientenverfügung findet sich auf dieser website unter Förderverein/Patientenverfügung. Dieser Vorschlag geht davon aus, es sei der Wille des Patienten, dem Sterbeprozess grundsätzlich seinen natürlichen Verlauf zu lassen. Er unterstellt, die behandelnden Ärzte und das Pflegepersonal wüssten, was Sterben in Würde bedeutet.<sup>84</sup> Er geht – mit der BEK<sup>85</sup> und der BÄK<sup>86</sup> – schließlich davon aus, es verstoße gegen die rechtlichen wie ethischen ärztlichen Pflichten, einem Patienten eine wirksame schmerzlindernde Behandlung zu verweigern. Der Vorschlag enthält de facto also eine Beschreibung palliativ-medizinischer Therapie, die bei infauster Diagnose ausschließlich anzuwenden der behandelnde Arzt ohnehin rechtlich wie ethisch verpflichtet ist. Sie trifft die aktuelle Lebens – und Behandlungssituation des Palliativpatienten also immer. Der Entwurf enthält schließlich Bitten, also Behandlungswünsche des Verfügenden. Diese sollen – wie sich aus ihrem Wortlaut ergibt – keine Rechtspflichten des behandelnden Arztes oder des Pflegepersonals begründen, sondern ihnen wie den Vertretern als Richtschnur dienen.<sup>87</sup>
4. Für den Fall eines eingetretenen Komas oder schweren Demenz wird vorgeschlagen, bei dem Vorliegen definierter, ärztlicher Feststellungen eine Gruppe zu bilden, die aus den behandelnden Ärzten, einem Neurologen, den pflegenden Personen und der Bevollmächtigten/dem Betreuer des Patienten besteht. Diese Gruppe muss einstimmig der Ansicht sein, die Fortsetzung seiner Behandlung bringe dem Patienten keinen Nutzen mehr. Dann ist sie nach seinem Willen abzubrechen. Dieser Vorschlag erlaubt laufende Anpassung an die Fortentwicklung in den Behandlungsmethoden komatöser und schwer dementer Patienten und vermeidet einen Konflikt mit dem Gewissen von

84 Eine gute Formulierung findet sich bei der Enquete Kommission, wo es heißt: In Würde zu sterben heißt, als Mensch in der von ihm gewünschten Umgebung in seinem Dasein bis zuletzt wahrgenommen und angenommen zu werden. (2.2.)

85 These 13

86 Siehe oben unter A/I.

87 Stellungnahme Lipp S. 13

88 Die BEK hält in These 19 eine Vertreterentscheidung für zulässig, wenn sie auf dem mutmaßlichen Willen des Patienten fußt und ein weiterer unabhängiger Arzt keine Chance einer Remission sieht. Dem wird widersprochen. Dieses Entscheidungsgremium ist dem Patienten und seinen Lebensumständen zu fern, um eine derartig weitreichende Entscheidung für ihn fällen zu dürfen.

89 „Zwischen Nahrungsverweigerung und Zwangsernährung – zum Umgang mit künstlicher Ernährung und Flüssigkeitssubstitution am Lebensende“ in Z Allg Med 2004; 80: 1-5.. Dazu auch Holtappels „Juristische Aspekte der Ernährung von Palliativpatienten in [www.palliativ-rissen.de/downloads](http://www.palliativ-rissen.de/downloads)

Ärzten und pflegenden Personen.<sup>88</sup> Diese Verfügung sollte in das Dokument jedoch nur nach Rücksprache mit dem behandelnden Hausarzt aufgenommen werden, um dem Verfügenden Klarheit über das verbliebene Restrisiko zu verschaffen.

5. Der Formulierungsvorschlag enthält bewusst keine Aussage zur künstlichen Ernährung von Palliativpatienten. Dazu hat Schindler sich bereits 2004 umfassend geäußert<sup>89</sup> und damit die ethisch-rechtlichen Verpflichtungen des Arztes aus der Verlautbarung der Bundesärztekammer zur Sterbebegleitung vom 7.5.2004 konkretisiert. de Ridder<sup>90</sup> und Borasio<sup>91</sup> haben diesen Prozess weiter vorangetrieben. Danach gilt nunmehr folgendes: 1. Sterbende leiden nur selten an Hunger oder Durst, der die Anlage einer PEG – Sonde rechtfertigen würde und 2. Das Durstgefühl des Sterbenden wird von der Trockenheit der Mundschleimhäute verursacht und hängt nicht von der Menge der zugeführten Flüssigkeit ab und 3. Die Anlage einer PEG Sonde ist bei terminal Kranken oder Sterbenden nur in wenigen Ausnahmefällen indiziert. Infusionen nutzen in der Regel offenbar nichts, sondern schaden wahrscheinlich<sup>92</sup>. Angesichts dieser Sachlage sollte der Patient die Art und Menge der Flüssigkeitszufuhr seinem behandelnden Arzt im Vertrauen darauf überlassen, dieser werde das richtige Maß finden und ihm damit auch insoweit im Sterbeprozess ein Leben in Würde ermöglichen.
6. Eine Delegation aller Entscheidungen über die in der Sterbephase zu treffenden oder zu unterlassenden Maßnahmen durch eine Patientenverfügung auf Dritte ist unzulässig, weil es sich bei diesen Entscheidungen um höchstpersönliche handelt, in denen sich das Selbstbestimmungsrecht des Menschen manifestiert, dessen Respektierung die Rechtsverbindlichkeit der Patientenverfügung begründet.<sup>93</sup>
7. Wer bereit ist, seine Organe nach seinem Tode zu spenden, sollte dies auf seiner Patientenverfügung vermerken.
8. Im Hamburger Westen sind Patientenverfügungen dieses Typs seit mehr als 10 Jahren in Gebrauch. Ihr Text ist mehrfach der medizinischen Entwicklung angepasst worden. Schwierigkeiten in ihrer Handhabung sind nicht bekannt geworden. Ihr Grundgedanke ist einfach: Wenn es an's Sterben geht, vertraue Deinem behandelnden Arzt. Er ist verpflichtet, Dich nach palliativmedizinischen Grundsätzen im Sterben zu begleiten. Eine bessere medizinische Betreuung gibt es in dieser Situation nicht. Eine zusätzliche

90 „Wollen sie etwa, dass Ihr Vater verhungert? Sinn und Unsinn künstlicher Ernährung am Lebensende.“ ASUP 2-09 S. 48ff.

91 „Über das Sterben“, S.107 ff

92 Borasio a.a.O. S. 114 und in „Selbstbestimmung im Dialog“ S. 25, so auch de Ridder a.a.O

93 BGH NJW 2003/1588/1591 und AE–StB. S.12.ff.) Die Kutzerkommission (These III.1.c.) hält eine solche Delegation gleichwohl für zulässig. So auch Brysch a.a.O.

94 Dazu weiter unter G.

95 Die von der der Ärztekammer und Kassenärztlichen Vereinigung Westfalen-Lippe entwickelten Formulare sind bei dieser (48147 Münster, Gartenstr. 210 – 214, Tel.: 0251 929-9000) gegen einen selbstadressierten frankierten Rückumschlag erhältlich.

Umfassende Aufklärung findet sich in der Schrift des bayrischen Staatsministerium der Justiz „Vorsorge für Unfall Krankheit Alter durch Vollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung“ in

[http://www.verwaltung.bayern.de/egovportlets/view/Anlage/1928142/Vorsorge%20f%FCr%](http://www.verwaltung.bayern.de/egovportlets/view/Anlage/1928142/Vorsorge%20f%FCr%20)

96 Siehe oben E/IV/2

Vorsorgevollmacht ist jedoch dringend empfohlen.<sup>94</sup> Wer meint, seine Anweisungen an seine medizinischen Betreuer für den Sterbefall präziser formulieren zu sollen, kann dazu mehrere gute Vorlagen finden.<sup>95</sup> Ihnen allen ist jedoch eins gemeinsam: Sie sollten unter keinen Umständen ohne ärztlichen Beistand ausgefüllt werden.

9. Bei Abfassung der Patientenverfügung ist aus den oben dargelegten Gründen<sup>96</sup> auf die Befindlichkeit der behandelnden Ärzte und des Pflegepersonals angemessen Rücksicht zu nehmen.

## F. Behandlungswunsch

### I. Tatbestandliche Voraussetzungen des Behandlungswunsches.

§ 1901a/II/1 BGB lautet: *Liegt keine Patientenverfügung vor oder treffen die Festlegungen einer Patientenverfügung nicht auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zu, hat der Betreuer die Behandlungswünsche oder den mutmaßlichen Willen des Betreuten festzustellen und auf dieser Grundlage zu entscheiden, ob er in eine ärztliche Maßnahme nach Absatz 1 einwilligt oder sie untersagt.*

### II. Wirksamkeitsvoraussetzungen des Behandlungswunsches

Solche Voraussetzungen gibt es nicht. Behandlungswünsche des Patienten können in jeder Form und Facon zur Kenntnis des Vertreters kommen. Er entscheidet auf solcher Grundlage darüber, ob er in indizierte therapeutische Maßnahmen am Patienten einwilligt oder nicht.

### III. Konsequenzen

1. Somit ist jede Willenserklärung eines Menschen, die nicht unter die oben dargestellten<sup>97</sup> Tatbestandsmerkmale des § 1901a/I BGB fällt, jedoch seine ärztliche oder pflegerische Behandlung für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit betrifft, ein Behandlungswunsch im Sinne des Gesetzes. Die Bedeutung solcher Behandlungswünsche erschöpft sich gemäß § 1901a/II/1 BGB darin, dass sie die Grundlage für die Entscheidung des Vertreters über dessen Einwilligung oder deren Verweigerung in eine indizierte ärztliche Maßnahme des behandelnden Arztes am Patienten bilden. Solange er sich in diesem Rahmen hält, entscheidet er also nach seinem Willen und in eigener Macht.
2. Vergegenwärtigt man sich nun noch, dass der Vertreter auch die für die Anwendbarkeit der Patientenverfügung entscheidende Vorfrage zu beantworten hat, ob die ärztlichen, therapeutischen Maßnahmen, die der Patient in seiner Patientenverfügung beschrieben hat, auf den Befund zutreffen, den der behandelnde Arzt bei der Versorgung des nunmehr einwilligungsunfähigen Patienten antrifft, so ist offensichtlich, dass es auf dessen Willen nicht mehr primär ankommt. Dieser ist durch die Gesetzgeber de facto

97 Siehe unter D/II und E/I/1

teilentmündigt worden. Hier muss an die Verlautbarung der Bundesjustizministerin Zypries vom 18.6.2009 erinnert werden, in der es heißt: *Endlich gibt es mehr Rechtsklarheit und Rechtssicherheit im Umgang mit Patientenverfügungen. Vor allem die über 8 Millionen Menschen, die bereits eine Patientenverfügung haben, können sich in Zukunft darauf verlassen, dass ihr Selbstbestimmungsrecht gerade in einer Phase schwerer Krankheit beachtet wird. Ich freue mich sehr, dass es nach jahrelangem Ringen gelungen ist, die Patientenverfügung gesetzlich zu verankern und damit die berechtigten Erwartungen von Millionen Bürgerinnen und Bürgern zu erfüllen. Alle Beteiligten brauchen klare Vorgaben und verlässliche Regelungen, wenn sie über ärztliche Eingriffe bei Menschen entscheiden müssen, die ihren Willen nicht mehr selbst äußern können. Oberstes Gebot ist dabei die Achtung des Patientenwillens.*<sup>98</sup> Nach der neuen Rechtslage gilt dieser jedoch nur noch mittelbar. Der Gesetzgeber hat einen „Zwischenmeister mit Entscheidungsbefugnis“ zwischen den Patienten und den behandelnden Arzt geschoben. Ob es dabei bleibt, wird die Rechtsprechung zu klären haben.

3. Wie schnell sich ein Vertreter verleiten lassen kann, seine Befugnisse zu überschreiten, zeigt eine Passage aus Albrecht/Albrecht: *Bei der Untersuchung, ob die Patientenverfügung auch auf die tatsächliche Lebenssituation passt, hat er (der Vertreter) aber die Aufgabe zu fragen, ob z.B. ein radikaler Behandlungsabbruch bei einer durchaus vorübergehenden schweren Erkrankung wirklich dem Willen des Patienten entspricht oder ob er diese Situation nicht bedacht hat und vielleicht bei jeder schweren Erkrankung von unabwendbarem Siechtum ausgegangen ist. Hier wird der vernünftige Vertreter als retardierendes Element tätig, der sich zumindest einem Automatismus der Patientenverfügung in den Weg stellen wird.*<sup>99</sup> Wie oben dargestellt, hat der Vertreter eingangs seiner Betreuung des Patienten zu prüfen, ob es sich bei der ihm präsentierten schriftlichen Willenserklärung desselben um eine Patientenverfügung handelt. Dabei hat er lediglich zu prüfen, ob die in der Willenserklärung beschriebenen ärztlichen, therapeutischen Maßnahmen auf den Befund zutreffen, den der behandelnde Arzt bei der Versorgung des nunmehr einwilligungsunfähigen Patienten antrifft. Ist das der Fall, so liegt eine Patientenverfügung vor, deren Sinnhaftigkeit jedoch nicht seiner Prüfung unterliegt. Kommt er dagegen bei seiner Eingangsprüfung zu der Überzeugung, er habe es mit einem Behandlungswunsch zu tun, so hat er diesen seiner Entscheidung

98 BMJ Newsletter presse@bmj.bund.de und Vorwort von Kutzerkommission 2.

99 A.a.O. RN 266

100 Siehe oben FN 77

über die Einwilligung zugrunde zu legen. Bei beiden Entscheidungen wird der Vertreter die Grundrechte des Patienten strikt zu beachten haben. Dazu gehört – wie oben dargelegt – sein Recht einen Therapieabbruch auch gegen medizinischen Sachverstand zu verlangen<sup>100</sup>. Rechtlich wie medizinisch unausgebildete Vertreter taugen nicht als „retardierende Momente“ für die Entwicklung von Ethik und Recht der Palliativmedizin!

## G. Die Vorsorgevollmacht

### I. Notwendigkeit und Art der Bestellung eines Bevollmächtigten.

1. de Ridder formuliert zutreffend: *Die natürliche Alternative zur Abfassung einer Patientenverfügung besteht darin, auf sie zu verzichten.*<sup>101</sup> Auf jeden Fall aber sollte jeder, der sich mit seinem Sterben beschäftigt und dafür Vorsorge treffen will, mit einer ihm vertrauten Person vereinbaren, dass diese ihn in seinen letzten Tagen begleitet und dafür Sorge trägt, dass seine medizinische und pflegerische Versorgung seinen Wünschen entspricht.
2. Diese Vereinbarung enthält einen Auftrag des Patienten (§§ 662ff BGB) an die ihm vertraute Person (den „Bevollmächtigten“), den diese annimmt. Die Vollmacht des Bevollmächtigten wird im Innenverhältnis im Auftrag festgelegt und im Außenverhältnis in der Vorsorgevollmacht manifestiert. Der Betreuer wird gemäß § 1896/I BGB vom Betreuungsgericht bestellt. Seine Vollmachten ergeben sich im Innenverhältnis aus § 1901/I und II BGB und werden im Außenverhältnis in der Bestallungsurkunde manifestiert.
3. Der Bevollmächtigte sollte – wie ein vom Gericht ernannter Betreuer (§1902 BGB) – die Stellung eines gesetzlichen Vertreters erhalten. Das ist der Fall, wenn er bevollmächtigt wird, den Bevollmächtigten in allen Angelegenheiten vollen Umfanges zu vertreten, in denen eine Vertretung rechtlich zulässig ist, ihm also eine Generalvollmacht erteilt wird.

### II. Zweck und Form der Vollmacht

1. Mit der Vorsorgevollmacht erteilt ein geschäftsfähiger<sup>102</sup> Volljähriger einer anderen natürlichen Person seines Vertrauens eine umfassende Vollmacht. Diese sollte insbesondere für den Fall erteilt werden, dass der Vollmachtgeber auf Grund einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung nicht mehr in der Lage oder nicht mehr willens ist, seine Angelegenheiten selber zu besorgen. Zweck dieser Vollmacht ist

101 „wie wollen wir sterben? Ein ärztliches Plädoyer für eine neue Sterbekultur in Zeiten der Höchstleistungsmedizin“ S. 210

102 LG Stuttgart FamRZ 94/1417 Diederichsen in Palandt 63 Aufl. Einf. 7 vor § 1896 BGB und die Empfehlungen (a.a.O sub 4).

Die BEK lässt für die Wirksamkeit der Vorsorgevollmacht die Einwilligungsfähigkeit genügen. (Erläuterungen zu These 7 – S. 49) Damit wäre auch ein Minderjähriger berechtigt, Generalvollmachten zu erteilen. Das widerspricht § 107 BGB.

103 Das ließe sich allerdings auch durch eine Betreuungsverfügung regeln. Ein allerdings etwas umständlicherer Weg.

104 Falsch wiederum die BEK, wenn sie in These 7 formuliert: Die Bevollmächtigung bedarf der Schriftform und bleibt bis zum formfrei möglichen Widerruf wirksam.

allerdings auch, gemäß §1896/II/2 BGB zu vermeiden, dass das Vormundschaftsgericht in solchem Fall die Betreuung durch eine Person anordnet, die dem derart behinderten Volljährigen fremd ist.<sup>103</sup>

2. Die Vorsorgevollmacht ist für ihre Wirksamkeit grundsätzlich nicht an eine Form gebunden.<sup>104</sup> Schon aus praktischen Gründen sollte sie aber jedenfalls schriftlich abgefasst werden. Hinzu kommt, dass das Gesetz (§§ 1904/V;1906/V BGB) Schriftform und einen bestimmten Wortlaut vorschreibt, wenn der Bevollmächtigte wirksam bevollmächtigt werden soll, in bestimmte ärztliche Maßnahmen an dem Betreuten oder in den Entzug seiner Freiheit in Betreuungseinrichtungen einzuwilligen, oder seine Einwilligung zu versagen oder zu widerrufen.

### **III. Inhalt der Vorsorgevollmacht.**

1. Ein Formulierungsvorschlag für Vorsorgevollmachten findet sich auf dieser website unter Förderverein/Vorsorgevollmacht. Er enthält in seinem ersten Absatz eine uneingeschränkte Generalvollmacht für den Bevollmächtigten, der deshalb das uneingeschränkte Vertrauen des Vollmachtgebers genießen sollte. Damit wird die notwendige gesetzliche Vertretung des Vollmachtgebers geschaffen. Steht eine derartige Person nicht zur Verfügung, so schlagen wir vor, zwei Bevollmächtigte zu ernennen. Jeder der beiden Bevollmächtigten soll dann grundsätzlich bevollmächtigt sein, für den Vollmachtgeber Erklärungen abzugeben. Für Willenserklärungen, die dem Vollmachtgeber außerordentlich wesentlich sind, soll die Generalvollmacht jedoch vorschreiben, dass diese wirksam nur von beiden Bevollmächtigten gemeinsam abgegeben werden können. Damit soll der Vollmachtgeber insbesondere davor geschützt werden, dass er auf Grund eines Irrtums in der Person einer Bevollmächtigten um sein Vermögen gebracht wird. Außerdem soll damit die Bestellung eines Betreuers zur Überwachung des Bevollmächtigten abgewendet werden. Bei der individuellen Formulierung der Generalvollmacht ist darauf zu achten, dass die gemeinsame Vertretung wirklich bei allen Maßnahmen vorgeschrieben wird, deren Auswirkungen dem Vollmachtgeber elementar wichtig sind.
2. Für den Fall, dass einer oder beide Bevollmächtigten fortfallen, können eine oder mehrere Ersatzbevollmächtigte bestimmt werden.
3. Die vorgeschlagene Vorsorgevollmacht bindet den Bevollmächtigten schließlich an die Patientenverfügung des Vollmachtgebers. Er hat für ihre Durchsetzung Sorge zu tragen (§§ 1901a/I/2;1901b/III BGB).

<sup>105</sup> Ehninger in „Wer stirbt wann“ FAZ 31.1.2005

4. Es hat sich zwar in der Praxis herausgestellt, dass die Kombination aus Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung die optimale Vorsorge darstellt, die der um seine medizinische Versorgung in seinen letzten Tagen besorgte Bürger treffen kann.<sup>105</sup> Wer nach den Ausführungen zur neuen Gestaltung des Rechtes der Patientenverfügung jedoch das Vertrauen in dieselbe verloren hat, kann auf sie verzichten. Das gilt nicht für die Vorsorgevollmacht!

## H. Die Betreuung

### I. Grundsätze des Betreuungsrechtes

1. Das zuständige Vormundschaftsgericht ordnet die Betreuung durch Beschluss an, wenn es davon erfährt, dass ein Volljähriger auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung ganz oder teilweise nicht in der Lage ist, seine Angelegenheit zu besorgen (§ 1896/I BGB).<sup>106</sup> Den Umfang der Vollmacht des Betreuers bestimmt das Gericht per Beschluss. In seinem durch den Beschluss bestimmten Aufgabenbereich ist der Betreuer gesetzlicher Vertreter des Betreuten.
2. Schlägt der Betreute eine Person als Betreuer vor, so ist diesem Wunsch zu entsprechen. Fehlt es an einem solchen Vorschlag, so ist bei der Auswahl des Betreuers durch das Vormundschaftsgericht auf die verwandtschaftlichen und sonstigen persönlichen Bindungen des Betreuten Rücksicht zu nehmen (§§ 1897, 1901 BGB).<sup>107</sup>
3. Eine Betreuung darf nur angeordnet werden, wenn sie erforderlich ist (§ 1896/II/1 BGB Grundsatz der Erforderlichkeit). Sie ist nicht erforderlich, soweit die Angelegenheiten der volljährigen, betroffenen Person durch einen von ihr Bevollmächtigten ebenso gut wie durch einen Betreuer wahrgenommen werden können (§ 1896/II/2 BGB, Grundsatz der Subsidiarität). Das Vormundschaftsgericht kann die Vollmacht des von ihm bestellten Betreuers auf von ihm definierte Aufgabenbereiche beschränken (§ 1896/II BGB). Es hat auch die Möglichkeit, einen Betreuer mit der Aufgabe einzusetzen, den Bevollmächtigten zu überwachen oder sogar die Vollmacht zu kündigen (§ 1896/III BGB).
4. Die Vormundschaftsgerichte bestellen häufig Betreuer, die diese Tätigkeit beruflich ausüben. Unabhängig von der Frage nach der Qualifikation solcher Betreuer und deren Motivation ist entscheidend für den Entschluss, dem im Einzelfall vorzubeugen,

<sup>106</sup> Ärzte regen deshalb die Betreuung ihrer Patienten an, sie beantragen sie nicht.

<sup>107</sup> Auf Vorlage des Bundesrates hat der Bundestag über eine Änderung des Betreuungsrechtes beraten, mit der nicht getrennt lebenden Eheleuten für den Fall eine gesetzliche Vertretungsmacht erteilt werden sollte, dass eine anderweitige Verfügung nicht vorliege, und mit der die Kosten reduziert werden sollten. Der Gesetzesentwurf (BT-Drucksache 15/2494) findet sich unter <http://dip.bundestag.de/btd/15/024/1502494.pdf>. Er ist der Ablehnung durch den Vormundschaftsgerichtstag verfallen. (<http://vgt-ev.de/Themen/Stellungnahmen/Re/0402.pdf>.)

<sup>108</sup> Diese Praxis der Vormundschaftsgerichte dürfte zudem nicht immer mit § 1897/VI BGB in Einklang stehen. Die Vorschrift schreibt vor, dass die Betreuung einem Berufsbetreuer nur übertragen werden darf, wenn ein geeigneter ehrenamtlicher Betreuer nicht zur Verfügung steht. Es steht zu erwarten, dass diese Vorschrift in der Neufassung des Betreuungsrechtes erheblich verschärft werden wird, da die den Justizkassen durch die Betreuung entstandenen Kosten in den letzten Jahren explodiert sind.

jedoch, dass derartige Personen dem Patienten fremd sind, er aber sicherstellen will, dass seine Angelegenheiten in seiner letzten Lebensphase von einer Person wahrgenommen werden, die ihm und die mit seinen Lebensgewohnheiten vertraut ist.<sup>108</sup>

5. Wegen der Bestellung von Betreuern für nicht mehr einwilligungsfähige Patienten gemäß §§ 1901a ff BGB wird auf die Ausführungen oben unter E – G verwiesen.

## J. Mitwirkung des Vormundschaftsgerichtes.

1. Weder die Frage, ob das Grundleiden eines Patienten einen irreversibel tödlichen Verlauf angenommen hat (infauste Diagnose), noch die, ob in dieser Situation eine lebensverlängernde oder – erhaltende Behandlung medizinisch indiziert ist, kann nach geltendem Recht<sup>109</sup> zum Gegenstand eines vormundschaftsgerichtlichen Verfahrens erhoben werden.<sup>110</sup>
2. Ein Verlangen des Bevollmächtigten oder Betreuers lebensverlängernde oder lebenserhaltende Maßnahmen zu einem Zeitpunkt abzubrechen, in dem das Grundleiden des Patienten noch keinen irreversibel tödlichen Verlauf angenommen hat, ist rechtlich unzulässig, weil das zwar der Patient selber, nicht aber sein Bevollmächtigter oder Betreuer begehren darf.<sup>111</sup>
3. Hält der behandelnde Arzt lebensverlängernde oder lebenserhaltende Maßnahmen **nicht** für geboten, weil sie nach seiner Ansicht medizinisch nicht indiziert sind, so bedarf es weder einer Zustimmung des Bevollmächtigten oder Betreuers noch der des Vormundschaftsgerichtes. Das folgt schon aus der Tatsache, dass ein nicht indizierter ärztlicher Eingriff immer eine Körperverletzung und der Einwilligung des Patienten oder seines gesetzlichen Vertreters gar nicht zugänglich ist.<sup>112</sup>
4. Hält der behandelnde Arzt eine therapeutische Maßnahme für indiziert, so bedarf der Bevollmächtigte oder der Betreuer des Palliativpatienten gemäß § 1904/I BGB der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes für die Erteilung seiner Einwilligung, wenn durch eine derartige Maßnahme die Gefahr, dass der Palliativpatient in ihrer Folge stirbt, begründet werden kann. Bei einem Palliativpatienten ein eher theoretischer Fall.
5. Wollen Betreuer oder Bevollmächtigter medizinischen Maßnahmen, die der behandelnde Arzt für indiziert hält, widersprechen oder eine dazu erteilte Genehmigung widerrufen, so bedürfen sie dazu der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes

109 Der AE-Stb und andere schlagen erhebliche Änderungen vor. (a.a.O. S 19.ff.)

110 BGH NJW 2003/1588/1593ff.

111 BGH a.a.O S.1590

112 So auch BGH a.a.O. S.1593, und die Empfehlungen (a.a.O A-896). A.A jedoch Duttge in „Einseitige („objektive“) Begrenzung ärztlicher Lebenserhaltung? – Ein zentrales Kapitel zum Verhältnis von Recht und Medizin“ in NSTz 2006/479

(1904/II BGB). Das gilt jedoch gemäß § 1904/IV BGB nicht, wenn sich behandelnder Arzt und der Betreuer oder Bevollmächtigte darüber einig sind, dass der Widerspruch oder Widerruf dem Willen oder mutmaßlichen Willen des Patienten entspricht.<sup>113</sup>

6. Besteht solche Einigkeit zwischen Arzt und Betreuer oder Bevollmächtigtem nicht, so hat das Vormundschaftsgericht dem Willen oder mutmaßlichen Willen des Patienten gleichwohl durch Erteilung einer Genehmigung zu entsprechen. (1904/III BGB).<sup>114</sup>

Hamburg, den 15.11.2013

Für die Verfasser:

*Rechtsanwalt Dr. Peter Holtappels*

peter@holtappels.de

<sup>113</sup> Zu dessen Ermittlung siehe oben E/III/2

<sup>114</sup> Verletzt ein Vormundschaftsrichter diese Bindung, so macht er sich – wie der Generalstaatsanwalt in Nürnberg kürzlich Anlass hatte, einem Vormundschaftsrichter zu attestieren – möglicherweise strafbar. (Gz 4 Berl 144/07 Die Verfügung ist nicht veröffentlicht, liegt uns aber vor)