

# Patientenverfügung – Der aktuelle Stand

Torsten Nölling, Karlsruhe<sup>1</sup>

Das Thema Patientenverfügung ist seit geraumer Zeit immer wieder in der gesellschaftlichen Diskussion. Im Jahre 2003 hat der BGH in einer richtungsweisenden Entscheidung Grundfragen zur Patientenverfügung beantwortet. In der Folge haben zahlreiche Stimmen eine gesetzliche Klarstellung gefordert. Ein Gesetzesentwurf des Bundesjustizministeriums vom November 2004 ist im Stadium des Referentenentwurfs stecken geblieben und wurde aufgrund der dann anstehenden vorgezogenen Bundestagswahlen nicht weiter verfolgt.

Derzeit befinden sich drei Entwürfe im Gesetzgebungsverfahren und werden vom Bundestag beraten. Ob jedoch noch in dieser Legislaturperiode über diese abgestimmt wird, ist derzeit nicht sicher. Im Folgenden sollen die unterschiedlichen Ansätze dieser Entwürfe und die geltende Rechtslage miteinander verglichen werden.

## Hintergrund

Soweit ein Rückblick möglich ist, beschäftigten sich die Menschen mit dem eigenen Sterben. Neben die Frage des Warum ist im Laufe der Zeit die Frage des Wie getreten. In Anbetracht des medizinisch-technischen, der Möglichkeiten der modernen Intensiv- und auch Palliativmedizin steht dieses Nachdenken über die Umstände des eigenen Sterbens unter anderen Rahmenbedingungen als früher.

Schwere unheilbare Krankheiten werden heute nicht mehr als unabänderliches Schicksal oder Gottes Wille verstanden. Seit der Zeit der Aufklärung möchte der moderne Mensch, wie in den anderen Bereichen seines Lebens, auch in Bezug auf sein Lebensende das Zepter bis zuletzt in der Hand halten. Das selbstbestimmte Leben, das **Selbstbestimmungsrecht**, ist ein Leitbild unserer Kultur

und wird durch das Grundgesetz geschützt.

Mit dem Vorhandensein lebensverlängernder Maßnahmen wird deshalb die Frage aufgeworfen, inwieweit das medizinisch Mögliche auch das ethisch Richtige und vor allem das vom Patienten Gewollte ist.

Diese Frage bewegt sowohl die Fachwelt als auch die Öffentlichkeit und führte zu einer Vielzahl von Stellungnahmen, Presseerklärungen und Aufsätzen. Insbesondere die Nähe des Themas Patientenverfügung zum disputträchtigen Problemkreis Sterbehilfe erhöht die Brisanz der Diskussion.

Tatsächlich existiert eine Schnittmenge. Während die reine Sterbehilfe, sprich die Betreuung des sterbenden Menschen, die nicht zu einer Lebensverkürzung führt, genauso wenig in den Regelungsbereich einer Patientenverfügung fällt wie die aktive Sterbehilfe, mithin die gezielte

Tötung eines sterbewilligen Menschen, eröffnen die Bereiche, die man als indirekte<sup>2</sup> und passive Sterbehilfe bezeichnet, Regelungsmöglichkeiten durch eine Patientenverfügung. Der Hauptanwendungsbereich für eine Patientenverfügung liegt im Bereich der passiven Sterbehilfe.

## I. Derzeitige Rechtslage

Entgegen anders lautenden Absichtsbekundungen ist es den Parla-

1 Rechtsanwalt Torsten Nölling, Kanzlei für ArztRecht, Karlsruhe

2 Unter indirekter Sterbehilfe wird die Durchführung schmerzlindernder Maßnahmen verstanden, die auf längere Sicht als Nebenfolge dazu führen können, dass der Tod des Patienten früher eintritt. Inwiefern dieses Risiko noch dem aktuellen Stand der modernen Schmerztherapie entspricht, kann an dieser Stelle nicht entschieden werden.



mentariern in Berlin bisher nicht gelungen, das Recht der Patientenverfügung in Gesetzesform zu gießen. Daraus folgt, dass der aktuelle Stand beim Thema Patientenverfügung – zumindest aus juristischer Sicht – weiterhin der Stand des Jahres 2003 ist. Im Jahre 2003 hat der Bundesgerichtshof in dem maßgebenden Beschluss vom 17.3.2003 - XII ZB 2/03 - = ArztR 2003, 298 im Wege richterlicher Rechtsfortbildung die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Verwendung und Befolgung von Patientenverfügungen aufgestellt. Diese wurden ergänzt durch den zweiten grundlegenden Beschluss vom 8.6.2005 - XII ZR 177/03 - = ArztR 2006, 181.

Das Standesrecht verpflichtet den Arzt zu behandeln, Leiden zu mindern und Leben zu schützen. Auf der anderen Seite darf der Arzt nur dann behandeln, wenn der Patient in die konkrete Behandlung – nach erfolgter Aufklärung – eingewilligt hat, die Behandlung also vom Willen des Patienten getragen wird.

Solange der Patient seinen Willen selbst bestimmen und mitteilen kann, stellt dieses Erfordernis keine große Hürde da. Anderes gilt, wenn bei dem Patienten in der konkreten Behandlungssituation keine Einwilligungsfähigkeit mehr gegeben ist. Hier kann der Patient nicht in die geplante Behandlung einwilligen. Das Dilemma, in dem sich der behandelnde Arzt befindet, ist groß. Auf der einen Seite steht das standes- und strafrechtliche Gebot, den Patienten nach bestem Wissen und Gewissen zu behandeln, dazu gehören auch lebensverlängernde Maßnahmen. Auf der anderen Seite muss sich der Arzt – ebenfalls durch Standes- und Strafrecht normiert – an dem Willen des Patienten orientieren. Ei-

ne Behandlung gegen den Willen des Patienten ist verboten.

Einen Ausweg aus dieser misslichen Lage bietet eine **Patientenverfügung**.

Die Patientenverfügung ist eine Willenserklärung zur medizinischen Behandlung für den Fall, dass keine Einwilligungsfähigkeit besteht, bzw. dass in der konkreten Situation der Wille nicht mehr aktuell geäußert werden kann.

Nach geltendem Recht bedarf es zur Erstellung einer Patientenverfügung allein der Einwilligungsfähigkeit des Verfügenden. Geschäftsfähigkeit oder Testierfähigkeit im Sinne des § 104 BGB bzw. des § 1937 BGB ist nicht erforderlich, auch wenn die gelegentlich verwendete Bezeichnung „Patiententestament“ Gegenteiliges vermuten lässt. Entscheidend ist die **Einwilligungsfähigkeit** im strafrechtlichen Sinne (§ 228 StGB). Diese setzt **natürliche Einsichts- und Steuerungsfähigkeit voraus**. Danach muss der Einwilligende die Tragweite seiner Entscheidung erfassen und seinen Willen diesbezüglich frei bestimmen können.<sup>3</sup> Das bedeutet, dass auch z.B. ein Minderjähriger oder sonstiger Geschäftsunfähiger in der Lage ist, eine wirksame Patientenverfügung zu erstellen. Andererseits besteht ebenso die Möglichkeit, dass ein Geschäftsfähiger in der konkreten Situation nicht die notwendige Einsichts- und Steuerungsfähigkeit besitzt, somit nicht einwilligungsfähig im Sinne des § 228 StGB ist und daher keine wirksame Patientenverfügung erstellen kann.

Klar abzugrenzen ist die Patientenverfügung von der **Vorsorgevollmacht**. Mit einer Vorsorgevollmacht wird nicht verfügt, was am Lebensende zu tun oder zu unterlassen ist, sondern wer medizinische oder andere Anordnungen treffen soll. Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht stehen im Idealfall also nebeneinander und ergänzen sich. Idealerweise gilt die Vorsorgevollmacht nach au-

ßen sofort. Nur im Innenverhältnis, gegenüber dem Patienten verpflichtet sich der Bevollmächtigte, erst dann von der Vollmacht Gebrauch zu machen, wenn Einwilligungsunfähigkeit vorliegt. Dadurch vermeidet man Unsicherheiten in Bezug auf die Frage der Wirksamkeit der Vorsorgevollmacht. Wenn diese nämlich explizit (nach außen) erst ab dem Zeitpunkt der Einwilligungsunfähigkeit gilt, so muss der Bevollmächtigte im Zweifelsfall (gerichtsfest) nachweisen, dass der Patient und Vollmachtgeber einwilligungsunfähig ist. Genau diese teilweise schwierige und vor allem oft langwierige Entscheidung soll aber vermieden werden.

Auch darf die Patientenverfügung nicht mit einer Betreuungsverfügung verwechselt werden. Eine **Betreuungsverfügung** beinhaltet lediglich einen Vorschlag des zu Betreuenden an das Vormundschaftsgericht für die Auswahl der Person des Betreuers. Die gesetzliche Betreuung ist der Bevollmächtigung nachrangig.

Sowohl mit einer Vorsorgevollmacht als auch mit einer Betreuungsverfügung überträgt der Patient Dritten das Recht zu entscheiden. Er begibt sich insoweit seines Selbstbestimmungsrechts.

#### **Verbindlichkeit:**

Seit dem Beschluss des 12. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 17.3.2003<sup>4</sup> ist eine vom Patienten nach oben genannten Kriterien erstellte Patientenverfügung verbindlich. Begründet wird dies vom BGH mit Artikel 1 Grundgesetz, dem Schutz der Menschenwürde. Für eine **Feststellung des mutmaßlichen Willens** des Patienten bleibt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur dann Raum, wenn ein erklärter Wille des Patienten – z.B. mit Hilfe einer Patientenverfügung – nicht festgestellt werden kann. Ist dies der Fall, ist von dem Betreuer oder dem Bevollmächtigten nach dem mutmaßlichen Willen des Pati-

3 BGH, Urteil v. 28.11.1957 - 4 Str 525/57

4 BGH, Beschluss v. 17.3.2003 - XII ZB 2/03 - = ArztR 2003, 298.

enten zu entscheiden, ob eine Behandlung abgebrochen oder fortgesetzt wird, und zwar unabhängig davon, in welchem Stadium sich die Krankheit befindet.<sup>5</sup> Soweit die Patientenverfügung eindeutig ist, ist der Betreuer bzw. Bevollmächtigte an diese gebunden.

### Strafrechtliche Konsequenzen:

Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts<sup>6</sup> brauchen weder der Arzt noch das Pflegepersonal oder der Betreuer/Bevollmächtigte für den Fall, dass sie eine Patientenverfügung befolgen, obwohl das Leben des Patienten hätte gerettet werden können, strafrechtliche Konsequenzen zu befürchten. Auch unter diesem Aspekt ist die Patientenverfügung somit als verbindlich anzusehen.

Aus dem vorstehend Ausgeführten folgt, dass **ausschließlich der Wille des Patienten** und nicht, was andere in seiner Situation tun würden oder ethisch-moralisch für richtig halten, für die Heilbehandlung und deren Abbruch nach geltendem Recht **entscheidend** ist. Der Bundesgerichtshof formuliert dies in seiner Grundsatzentscheidung vom 17.3.2003<sup>7</sup> wie folgt:

*„Ist ein Patient einwilligungsunfähig und hat sein Grundleiden einen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen, so müssen lebenserhaltende oder -verlängernde Maßnahmen unterbleiben, wenn dies seinem zuvor – etwa in Form einer sog. Patientenverfügung – geäußerten Willen entspricht. Dies folgt aus der Würde des Menschen, die es gebietet, sein in einwilligungsfähigem Zustand ausgeübtes Selbstbestimmungsrecht auch dann noch zu respektieren, wenn er zu eigenverantwortlichem Entscheiden nicht mehr in der Lage ist. Nur wenn ein solcher erklärter Wille des Patienten nicht festgestellt werden kann, beurteilt sich die Zulässigkeit solcher Maßnahmen nach dem mutmaßlichen Willen des Patienten, der dann individuell – also aus dessen Lebensentscheidungen, Wertvorstellungen und Überzeugungen – zu ermitteln ist.*

(...)

*Seine Einwilligung in eine ärztlicherseits angebotene lebenserhaltende oder -verlängernde Behandlung kann der Betreuer (...) nur mit Zustimmung des Vormundschaftsgerichts wirksam verweigern. Für eine Einwilligung des Betreuers und eine Zustimmung des Vormundschaftsgerichts ist kein Raum, wenn ärztlicherseits eine solche Behandlung oder Weiterbehandlung nicht angeboten wird – sei es dass sie von vornherein medizinisch nicht indiziert, nicht mehr sinnvoll oder aus sonstigen Gründen nicht möglich ist. Die Entscheidungszuständigkeit des Vormundschaftsgerichts ergibt sich (...) aus einem unabwiesbaren Bedürfnis des Betreuungsrechts.*

(...)

*Liegt eine solche Willensäußerung, etwa – wie hier – in Form einer sogenannten „Patientenverfügung“ vor, bindet sie als Ausdruck des fortwirkenden Selbstbestimmungsrechts, aber auch der Selbstverantwortung des Betroffenen den Betreuer; (...) Die Willensbekundung des Betroffenen für oder gegen bestimmte medizinische Maßnahmen darf deshalb vom Betreuer nicht durch einen „Rückgriff auf den mutmaßlichen Willen“ des Betroffenen „korrigiert“ werden, es sei denn, dass der Betroffene sich von seiner früheren Verfügung mit erkennbarem Widerrufswillen distanziert oder die Sachlage sich nachträglich so erheblich geändert hat, dass die frühere selbstverantwortlich getroffene Entscheidung die aktuelle Sachlage nicht umfasst.“*

Im bereits erwähnten Folgebeschluss des 12. Zivilsenats des BGH vom 8.6.2005<sup>8</sup> hat der Bundesgerichtshof weiterhin festgestellt, dass im Falle einer entgegenstehenden Auffassung des Pflegepersonals, das sich auf seine Gewissensfreiheit be ruft, für diese kein Platz ist:

*„Im übrigen [außerhalb des durch das Strafrecht vorgegebenen Rahmens] verleiht*

*die Gewissensfreiheit dem Pflegepersonal aber kein Recht, sich durch aktives Handeln über das Selbstbestimmungsrecht des (...) Klägers [Patienten] hinwegzusetzen und sei nerseits in dessen Recht auf körperliche Unversehrtheit einzugreifen.“<sup>9</sup>*

Daraus folgt, dass nach der geltenden Rechtslage das Selbstbestimmungsrecht des Patienten soweit wie möglich geachtet werden muss. Eine Fremdbestimmung, d.h. die Entscheidung einer anderen Person ohne Bindung an den Patientenwillen ist nur dann möglich, wenn der Patientenwille weder aktuell geäußert, noch aufgrund früherer Willensbekundung bekannt (Patientenverfügung) oder aufgrund sonstiger Äußerungen ermittelbar (mutmaßlicher Wille) ist. In diesem Fall ist an Stelle des nicht ermittelbaren Patientenwillens der objektive Wille zu setzen. Das bedeutet, dass nach allgemeinen gesellschaftlichen Wertvorstellungen entschieden werden muss, ob Patienten in der konkreten Situation üblicherweise mit der geplanten Behandlung einverstanden sind oder nicht.

## II. Stand des Gesetzgebungsverfahrens

Derzeit sind drei Gesetzesentwürfe in der Diskussion. Der Entwurf der Abgeordneten Stünker et al.<sup>10</sup> wurde bereits am 26.6.2008 zur ersten Beratung in den Bundestag eingebracht. Die Entwürfe der Abgeordneten Zöller et al.<sup>11</sup> und Bosbach et al.<sup>12</sup> folgten am 21.1.2009. Am 4.3.2009 hat sich der Rechtsausschuss des Bundestages mit allen drei Entwürfen befasst und dazu verschiedene Experten als Sachverständige gehört.<sup>13</sup>

5 BVerfG; Beschluss v. 2.8.2001 - 1 BvR 618/93

6 BVerfG a.a.O.

7 BGH, Beschluss v. 17.3.2003 - XII ZB 2/03 - = ArztR 2003, 298.

8 BGH Beschluss v. 8.6.2005 - XII ZR 177/03 -

= ArztR 2006, 181.

9 BGH Beschluss v. 8.6.2005 - XII ZR 177/03 -

= ArztR 2006, 181; RN 15; zitiert nach Juris.

10 BT-Drs. 16/8442.

11 BT-Drs. 16/11493.



### Änderung des BGB:

Gemeinsam ist allen drei Gesetzesentwürfen, dass sie die Patientenverfügung im Bereich des Betreuungsrechtes und somit im BGB verankern wollen. Ein eigenständiges Gesetz über die Patientenverfügung, wie dies z.B. Österreich im Jahre 2006 erlassen hat<sup>14</sup>, steht in Deutschland nicht zur Diskussion.

### Grundlegende Unterschiede:

Die drei Gesetzesentwürfe spiegeln den in Deutschland erarbeiteten Diskussionsstand der letzten Jahre wider. Auf den Punkt gebracht dreht sich die Kontroverse um die Frage Selbstbestimmung versus Fürsorge. Dabei stehen sich zwei unterschiedliche Vorstellungen über die Rolle des einzelnen Menschen in der Gesellschaft gegenüber. Auf der einen Seite steht die Überlegung, dass das Selbstbestimmungsrecht des Menschen als Ausfluss der grundrechtlich geschützten Menschenwürde auch und gerade am Lebensende Priorität genießen müsse; die Betonung liegt hier auf dem Menschen als Individuum. Dem gegenüber findet sich eine andere Gedankenschule. Nach ihr muss der Staat gerade am Lebensende seiner Fürsorgepflicht für das Leben nachkommen und dafür Sorge tragen, dass keine falschen, unumkehrbaren Entscheidungen gegen das Leben getroffen werden.

### Verbindlichkeit:

In die juristische Sprache übersetzt wird diese Kontroverse anhand der Verbindlichkeit der Patientenverfügung entschieden. Je höher die Verbindlichkeit der Patientenverfügung

ist, desto stärkeres Gewicht hat das Selbstbestimmungsrecht des Patienten. Die drei vorliegenden Gesetzesentwürfe gehen bei der Lösung dieser Kernfrage unterschiedliche Wege. Während die Entwürfe der Abgeordneten Stünker et al. und der Abgeordneten Zöllner et al. den Schwerpunkt auf das Selbstbestimmungsrecht des Patienten und somit auf einen hohen Verbindlichkeitsgrad der Patientenverfügung legen, geht der Entwurf der Abgeordneten Bosbach et al. den anderen Weg und sieht regelmäßig nur eine geringe Verbindlichkeit einer Patientenverfügung zu Gunsten eines stärkeren Fürsorgegedankens vor.

An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass eine zu starke Betonung des Fürsorgegedankens auf verfassungsrechtliche Bedenken stoßen kann. Im Ergebnis darf es nicht dazu kommen, dass ein Mensch gegen seinen Willen behandelt wird. Der in diesem Zusammenhang gerne angeführte Grundsatz in dubio pro vitae ist sicherlich richtig, allein verbieten sowohl das Grundgesetz als auch das Strafrecht eine Zwangsbehandlung. Mit Vorsicht ist auch die Berufung auf die staatliche Schutzpflicht für das Leben zu betrachten. Allein der Rechtsträger kann und darf über dieses Recht verfügen. Die Selbsttötung ist erlaubt. Unsere Rechtsordnung kennt weder eine Verpflichtung gesund zu werden noch eine Lebenspflicht. Es darf nicht dazu kommen, dass am Lebensende der Mensch seine Subjektsqualität verliert und nur noch als Fürsorge-Objekt von Seiten des Staates betrachtet wird.

### Reichweitenbegrenzung:

Eine zweite erhebliche Differenzierung, die ebenfalls auf dem oben beschriebenen Grundkonflikt beruht, findet sich bei der Frage der Reichweitenbegrenzung einer Patientenverfügung. Dabei geht es darum, ob die in einer Patientenverfügung festgelegten Anordnungen in jedem Fall

für Arzt und Betreuer verbindlich sein sollen oder ob es Situationen, Krankheiten, Krankheitsbilder oder -stadien geben kann, für die die Verbindlichkeit der Verfügung aufgehoben oder eingeschränkt ist, bzw. von weiteren besonderen Voraussetzungen abhängig ist.

Während die Entwürfe Stünker und Zöllner keine Reichweitenbegrenzung der Patientenverfügung vorsehen, somit eine ärztliche Maßnahme gegen den ablehnenden Patientenwillen nicht möglich ist, sieht der Entwurf Bosbach eine solche Reichweitenbegrenzung vor.

Nicht verwechselt werden darf diese Diskussion um eine Reichweitenbegrenzung mit dem Umstand, dass niemand zu rechtswidrigem Verhalten verpflichtet werden kann. Patientenverfügungen die vom Arzt oder Betreuer eine Handlung verlangen, die gegen das Gesetz oder die guten Sitten (§§ 134, 138 BGB) verstoßen, sind rechtswidrig und daher unwirksam. Eine Patientenverfügung die vom Arzt aktive Sterbehilfe verlangt, ist, da der Arzt bei Befolgung dieser Verfügung gegen § 216 StGB (Tötung auf Verlangen) verstoßen und sich strafbar machen würde, gemäß § 134 BGB nichtig.

### Vormundschaftsgerichtliche Entscheidung:

Hervorzuheben ist an dieser Stelle noch die unterschiedliche Beantwortung der Frage, wann eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts eingeholt werden muss. Nach den Entwürfen Stünker und Zöllner gilt der Grundsatz, dass eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts nicht erforderlich ist. Diese ist nur im Ausnahmefall, insbesondere bei einem Dissens zwischen Arzt und Betreuer bezüglich der weiteren Behandlung, vorgesehen. Der Entwurf Bosbach geht hier den gegenteiligen Weg und sieht grundsätzlich eine Entscheidung durch das Vormundschaftsgericht vor. Wenn Konsens

12 BT-Drs. 16/11360.

13 [http://www.bundestag.de/aktuell/archiv/2009/23679930\\_kw10\\_recht/index.html](http://www.bundestag.de/aktuell/archiv/2009/23679930_kw10_recht/index.html)

Hinweis zu den einzelnen Gutachten im Volltext: [http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/45\\_Patientenverfugung/04\\_Stellungnahmen/index.html](http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/45_Patientenverfugung/04_Stellungnahmen/index.html).

14 Patientenverfügungsgesetz. In Kraft getreten am 1.6.2006.



zwischen Arzt und Betreuer besteht und das Grundleiden nach ärztlicher Überzeugung einen unumkehrbaren tödlichen Verlauf genommen hat, ist auch nach diesem Entwurf eine Entscheidung durch das Vormundschaftsgericht entbehrlich.

Neben diesen grundsätzlichen Unterschieden treffen die vorliegenden Entwürfe aber auch im Detail verschiedene Regelungen. Die wichtigsten sollen anhand der Gegenüberstellung am Ende des Aufsatzes verdeutlicht werden.

#### Stellungnahme:

Eine gesetzliche Regelung ist zu begrüßen. Insbesondere erscheint es sinnvoll die bisher nur aufgrund richterlicher Rechtsfortbildung festgestellte Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts durch förmliches Parlamentsgesetz zu normieren.

Über 460 verschiedene Formulare zur Erstellung einer Patientenverfügung existieren derzeit.<sup>15</sup> Dies dürfte auf den hilfeschuchenden Patienten mindestens so abschreckend wirken wie auf den Arzt, der um Beratung gebeten wird und vor lauter Mustern Gefahr läuft, die entscheidenden Punkte aus den Augen zu verlieren. Wenn die Verabschiedung eines Gesetzes dazu führt, dass dieser Dschungel gelichtet wird, wäre schon viel gewonnen.

#### Falsche Sicherheit:

Dies darf jedoch nicht über ein grundsätzliches Problem im Bereich der Patientenverfügung hinwegtäuschen. Auch eine gesetzliche Rege-

lung ist nicht in der Lage die Abgrenzungsprobleme, die in diesem Bereich auf tatsächlicher Ebene vorhanden sind, zu lösen. Auch nach Verabschiedung eines Gesetzes muss weiterhin in jedem Einzelfall auf folgende Fragen eine Antwort gefunden werden:

- a) War der Patient zum Zeitpunkt der Erstellung der Patientenverfügung einwilligungsfähig?
- b) Ist der Patient zum Zeitpunkt der konkreten Behandlung einwilligungsunfähig?
- c) Deckt sich die vorliegende Situation mit der in der Patientenverfügung beschriebenen? Ist die Patientenverfügung also überhaupt anwendbar?<sup>16</sup>
- d) Leidet der Patient unter einer tödlichen, unheilbaren Erkrankung? Welches sind hier die relevanten Kriterien?
- e) Hat das Grundleiden einen unumkehrbar tödlichen Verlauf angenommen?

Bisher ist insbesondere der behandelnde Arzt gefragt, Antworten auf diese Fragen zu geben. Wenn nun z.B. nach dem Entwurf Bosbach vermehrt das Vormundschaftsgericht entscheiden soll, wird durch den Austausch der zur Entscheidung berufenen Personen das grundlegende Problem nicht gelöst. Dies tritt mit aller Klarheit zutage, wenn man berücksichtigt, dass z.B. der Entwurf Bosbach dann auf eine Anrufung des Gerichts verzichtet, wenn „nach ärztlicher Überzeugung eine unheilbare, tödli-

che verlaufende Krankheit vorliegt“<sup>17</sup>. Hier trägt also trotz aller Regulierung durch den Gesetzgeber im Ergebnis wieder der behandelnde Arzt die Verantwortung. Dagegen ist der Sache nach nichts einzuwenden, denn der behandelnde Arzt ist naturgemäß derjenige, der die konkrete Situation am besten kennt und einschätzen kann. Allein sollte allen Beteiligten klar sein, dass auch nach einer Kodifizierung – unabhängig davon, welcher Entwurf im Ergebnis umgesetzt wird – weiterhin der behandelnde Arzt einen Hauptteil der Verantwortung tragen wird.

Nicht ganz ohne Berechtigung wird daher der Standpunkt vertreten, dass eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts überhaupt nicht erforderlich sei.<sup>18</sup> Ob die Einschaltung des Vormundschaftsgerichts – wie vom BGH in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2003<sup>19</sup> angenommen – tatsächlich mehr Rechtssicherheit bringt, erscheint zumindest fraglich. Der BGH hat in dieser Entscheidung unter anderem Folgendes ausgeführt:

„Die medizinischen Voraussetzungen, unter denen das Recht eine vom gesetzlichen Vertreter konsenterte Sterbehilfe (auch im weiteren Sinne) gestattet, binden den Arzt ebenso wie den gesetzlichen Vertreter. Liegen sie nicht vor, ist die Sterbehilfe rechtswidrig; sie wird nicht dadurch rechtmäßig, daß der gesetzliche Vertreter in sie – und sei es auch mit Billigung des Vormundschaftsgerichts – einwilligt. Deshalb ist die Verweigerung der Einwilligung hier insoweit ebenso irrelevant wie eine etwaige Billigung dieser Verweigerung durch das Vormundschaftsgericht.“<sup>20</sup>

15 Ärzte-Zeitung v. 3./4.4.2009 S.2.

16 Die Herausforderung bei der Erstellung der Patientenverfügung liegt darin, dass die Formulierung einerseits nicht zu abstrakt sein darf (unheilbar krank), andererseits aber auch nicht zu speziell, da eine Analogie nicht zulässig ist.

17 Entwurf Bosbach § 1904 Abs. 3 BGB-E.

18 Schmidt-Recla; Voluntas et vita: Tertium non datur; MedR 2008, 181, 185.

19 BGH, Beschluss v. 17.3.2003 - XII ZB 2/03 - = ArztR 2003, 298.

20 BGH, Beschluss v. 17.3.2003 - XII ZB 2/03 - = ArztR 2003, 298. RN. 42 - zitiert nach Juris.

21 Einen guten Überblick hierzu bietet Kreß; Patientenverfügung und Selbstbestimmung in Anbetracht der Notfallmedizin, ZRP, 2009, 69ff.

22 Ärzte-Zeitung vom 3./4.4.2009 S. 2

23 So jedenfalls: <http://patientenverfuegung-jetzt.de/faq/unterstuetzer> mit einer namentlichen Aufzählung der Unterstützer.

24 So berichtet kma-online am 27.4.2009 unter Bezugnahme auf Informationen der dpa unter: [http://www.kma-online.de/nachrichten/politik/id\\_17413\\_view.html](http://www.kma-online.de/nachrichten/politik/id_17413_view.html).



**Notfallbehandlung:**

Auch auf die Frage des Umgangs mit Patientenverfügungen in Notfallsituationen bieten weder die derzeitige Rechtslage noch die vorliegenden Gesetzesentwürfe eine zufriedenstellende Antwort.<sup>21</sup> Während bei einem stationär aufgenommenen Patienten mit stabiler Situation (z.B. Wachkomapatient) unproblematisch festgestellt werden kann, ob und ggf. mit welchem Inhalt eine Patientenverfügung vorliegt, ist dies z.B. für einen Notarzt oder gar einen Rettungsassistenten oder -sanitäter, der zu einem Notfall gerufen wird, nicht möglich. Hier muss innerhalb kürzester Zeit entschieden werden, ob und wie geholfen werden kann und darf. Strafrechtlich betrachtet kann es – jedenfalls aus rein dogmatischer Sicht – zu enormen Problemen kommen. Sollte der Herzinfarktpatient in seiner Patientenverfügung vorausverfügt haben, dass er keine Wiederbelebensmaßnahmen im Falle eines Herzinfarktes wünscht und wird er

vom Nothelfer wiederbelebt, so läge in der Handlung des Nothelfers mangels wirksamer Einwilligung des Patienten gem. § 228 StGB ggf. eine vollendete Körperverletzung. Im Einzelfall wären schwierige Beweisfragen zur Frage, ob Fahrlässigkeit oder Vorsatz vorlag, zu klären.

Eine überzeugende Antwort fehlt bisher. Erwägenswert erscheint z.B. der in der Schweiz verfolgte Ansatz. Danach bietet dem Nothelfer ein ähnlich dem Organspendeausweis in der Brieftasche mitgeführter Hinweis auf das Bestehen und den Verwahrer einer Patientenverfügung zumindest in einigen der Fälle eine Lösung. Ein entsprechendes Projekt wird derzeit in Rheinland-Pfalz umgesetzt.<sup>22</sup>

**Ausblick**

Ob noch in dieser Legislaturperiode einer der oben beschriebenen Gesetzesentwürfe das Gesetzgebungsver-

fahren durchlaufen wird, ist fraglich. Sollte dies der Fall sein, kann aufgrund der gegenseitigen Nähe der Entwürfe Stünker und Zöller davon ausgegangen werden, dass sich entweder eine Kombination aus diesen beiden Entwürfen, wie von der Abgeordneten Marlies Volkmer vorgeschlagen, durchsetzen wird oder aber die Anhänger des nicht mehr weiterverfolgten Entwurfs den jeweils anderen Entwurf unterstützen werden. Ein Umschwenken dieser Abgeordneten auf den Bosbach-Entwurf erscheint hingegen unwahrscheinlich, da hier große inhaltliche Unterschiede bestehen, die auf einem abweichenden Grundverständnis beruhen. Derzeit sollen bereits über 200 Abgeordnete den Entwurf Stünker mit Ihrer Unterschrift unterstützen.<sup>23</sup> Nach aktuellen Presseberichten wird das Kabinett Mitte Mai 2009 über den weiteren Fahrplan in Sachen Patientenverfügung entscheiden.<sup>24</sup>

Stichwort	Entwurf MdB Bosbach et al. BT-Drs. 16/11360	Derzeitige Rechtslage insb. BGH XII ZB 2/03	Entwurf MdB Stünker et al. BT-Drs. 16/8442	Entwurf MdB Zöller et al. BT-Drs. 16/11493
Schriftform	Nein	Ja	Nein	Ja
Definition	Keine allgemeingültige Definition. „Eine im einwilligungsfähigen Zustand getroffene ‘antizipative’ Willensbekundung des Betroffenen“ (BGH a.a.O.) Willenserklärung zur medizinischen Behandlung für den Fall, dass keine Einwilligungsfähigkeit besteht.	Schriftliche, für den Fall der Einwilligungsunfähigkeit getroffene Festlegungen eines einwilligungsfähigen Volljährigen über die Einwilligung oder Untersagung bestimmter, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehender Untersuchungen des Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen oder ärztl. Eingriffe (§ 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB-E).	<b>Erklärungen</b> zur Behandlung und Entscheidung über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in bestimmte oder bestimmbare medizinische Maßnahmen, die eine einwilligungsfähige, natürliche Person geäußert hat (§ 1901b Abs. 1 Satz 1 BGB-E)	<b>Wünsche</b> zur Behandlung und Entscheidung über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in bestimmte oder bestimmbare medizinische Maßnahmen, die eine einwilligungsfähige Person in schriftlicher Form für den Fall ihrer Einwilligungsunfähigkeit geäußert hat (§ 1901b Abs. 1 Satz 1 BGB-E)
Verbindlichkeit	Bei Vorliegen der konkreten in der PV beschriebenen Situation und tödlichem, irreversiblen Verlauf der Krankheit	Bei Vorliegen der konkreten in der PV beschriebenen Situation	Verbindlichkeit des hinter der Willensbekundung stehenden tatsächlichen Willens	<b>Wünsche</b> sind verbindlich und grundsätzlich umzusetzen. Volle Verbindlichkeit der PV nur bei Einhaltung hoher Formvorschriften (Siehe: „Reichweite“)

Stichwort	Entwurf MdB Bosbach et al. BT-Drs. 16/11360	Derzeitige Rechtslage insb. BGH XII ZB 2/03	Entwurf MdB Stünker et al. BT-Drs. 16/8442	Entwurf MdB Zöllner et al. BT-Drs. 16/11493
<b>Widerruf</b>	Formfrei  Wohl jederzeit möglich. Es ist nicht ganz klar, ob auch zum Widerruf der Verfügung Einwilligungsfähigkeit erforderlich ist.	Jederzeit und formfrei (§ 1901a Abs. 1 S. 3 BGB-E).  Einwilligungsfähigkeit zum Zeitpunkt des Widerrufs nicht erforderlich.	Jederzeit und formfrei (§ 1901b Abs. 1 S. 1 BGB-E)  Einwilligungsfähigkeit zum Zeitpunkt des Widerrufs nicht erforderlich.	Jederzeit und formfrei (§ 1901a Abs. 1 S. 2 BGB-E)  Einwilligungsfähigkeit zum Zeitpunkt des Widerrufs nicht erforderlich.
<b>Reichweite</b>	Unbegrenzt	Unbegrenzt (1901a Abs. 3 BGB-E)  In der Gesetzesbegründung wird als Argument aufgeführt, dass kein Unterschied zwischen entscheidungsfähigen und nicht entscheidungsfähigen Patienten gemacht werden dürfe. Da jene in jeder Krankheitsphase über einen Abbruch oder eine Nichtvornahme frei entscheiden könnten, müsse dies auch im Wege der Vorabverfügung für diese gelten.	Unbegrenzt (§ 1901b Abs. 1 BGB-E)  In der Gesetzesbegründung wird eine Reichweitenbegrenzung klar abgelehnt: „Eine Reichweitenbegrenzung stellt ein Werturteil über das Leben mit Krankheit in der Endphase dar. Sie degradiert das Leben mit Krankheit in seiner Endphase als weniger schützenswert im Vergleich zu allen anderen Lebensphasen.“  Auch wäre die andernfalls erforderliche Grenzziehung, die der Arzt vorzunehmen hätte, kaum möglich.	Begrenzt (§1901b Abs. 3 BGB-E)  Maßnahmen der Basisversorgung können nicht ausgeschlossen werden. (§ 1901b Abs. 4 S. 2 BGB-E).  Der Patientenwille ist bei Abbruch oder Nichtvornahme lebenserhaltender Maßnahmen im Übrigen nur beachtlich, wenn entweder 1. die PV a) in naher zeitl. Folge zu einer entspr. ärztl. Aufklärung erfolgte, b) welche schriftl. dokumentiert ist und auf die die PV verweist, c) sie nach rechtl. Belehrung zur Niederschrift vor einem Notar errichtet wurde und d) sie nicht älter als fünf Jahre ist. (§ 1901b Abs. BGB-E) = sog. „Qualifizierte Patientenverfügung“ oder 2. a) nach ärztl. <b>Überzeugung</b> eine unheilb. tödl. verlaufende Krankheit vorliegt oder b) eine schriftl. PV für den konkreten Fall vorliegt, die nicht die Voraussetzungen des § 1901b Abs. 2 BGB-E erfüllt, der Patient ohne Bewusstsein ist <b>und</b> nach ärztl. <b>Überzeugung</b> selbiges mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit niemals wiedererlangen wird. (§1901b Abs.3 BGB-E).
<b>Grenze</b>	Wohl bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit/Strafbarkeit Dritter (Arzt etc.)	Unwirksam sind Forderungen, die den Arzt zu strafbaren Handlungen auffordern (aktive Sterbehilfe) (Gesetzesbegründung A.1.c))	Das Recht und die guten Sitten.  Bezugnahme auf §§ 134, 138, 242 BGB (Gesetzesbegründung A.II.1.4.Abs.)	„Wünsche und Entscheidungen einer PV, die auf eine unerlaubte Handlung gerichtet sind oder gegen die guten Sitten verstoßen, sind nichtig;...“ (§ 1901b Abs. 4 S. 2 BGB-E)
<b>Gültigkeitsdauer</b>	Unbegrenzt Jedoch ist zu empfehlen, in regelmäßigen Abständen eine Bestätigung vorzunehmen.	Unbegrenzt	Sollvorschrift: „Sie [die PV] soll in regelmäßigen Abständen bestätigt werden.“ (§1901c S. 2 BGB-E).	Begrenzt „Qualifizierte“ PVen (lebenserhaltende Maßnahmen) haben eine „Haltbarkeit“ von 5 Jahren (§1901b Abs. 2 S. 2 BGB-E).
<b>Entscheidungsfindung</b>		Der Betreuer prüft, ob die Festlegung in der PV auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutrifft. In diesem Fall hat		

Stichwort	Entwurf MdB Bosbach et al. BT-Drs. 16/11360	Derzeitige Rechtslage insb. BGH XII ZB 2/03	Entwurf MdB Stünker et al. BT-Drs. 16/8442	Entwurf MdB Zöllner et al. BT-Drs. 16/11493
Entscheidungsfindung	<p>Der Betreuer prüft, ob die Festlegung in der PV auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutrifft. In diesem Fall hat der Betreuer dem Willen des Betreuten Ausdruck und Geltung zu verschaffen.</p> <p>Ohne PV entscheidet der Betreuer unter Beachtung des „mutmaßlichen Willens“. Dieser ist aufgrund konkreter Anhaltspunkte zu ermitteln (BVerfG, 1 BvR 618/93; BGH a.a.O.).</p>	<p>der Betreuer dem Willen des Betreuten Ausdruck und Geltung zu verschaffen (§1901a Abs. 1 BGB-E).</p> <p>Ohne PV entscheidet der Betreuer unter Beachtung des „mutmaßlichen Willens“. Dieser ist aufgrund konkreter Anhaltspunkte zu ermitteln. Um solche Anhaltspunkte zu ermitteln, soll der Betreuer nach den Angehörigen und sonstigen Vertrauenspersonen der Betreuten Gelegenheit zu Äußerungen geben, sofern dies ohne erhebliche Verzögerungen möglich ist (§1901a Abs. 2 BGB-E).</p>	<p>Der Betreuer bzw. Bevollmächtigte hat „den Erklärungen des Patienten zur Behandlung und Entscheidung über die Einwilligung in bestimmte oder bestimmbare medizinische Maßnahmen, die eine einwilligungsfähige, natürliche Person geäußert hat (...) Ausdruck und Geltung zu verschaffen.“ (§ 1901b Abs. 1 BGB-E).</p> <p>Selbiges gilt hinsichtlich des zu ermittelnden mutmaßlichen Willens (§ 1901b Abs. 2 BGB-E).</p>	<p>„Der Betreuer hat ihnen [den Wünschen des Patienten] Geltung zu verschaffen, wenn sie auf die eingetretene Situation zutreffen, es sei denn, dass der Betreute sie widerrufen hat oder an ihnen erkennbar nicht festhalten will.“ (§ 1901b Abs. 1 S.2 BGB-E).</p> <p>Der mutmaßliche Wille findet im Gesetzestext nur im Rahmen der Genehmigung eines Behandlungsverzichts durch das Vormundschaftsgericht Erwähnung.</p>
Vormundschaftsgerichtliche Entscheidung	<p>Bei Dissens zwischen Arzt und Betreuer (Betreuer stimmt lebenserhaltenden Maßnahmen auf Vorschlag des Arztes nicht zu) entscheidet des Vormundschaftsgericht. Ohne Vorschlag des Arztes zu lebenserhaltenden Maßnahmen ist <b>kein Raum</b> für Entscheidung des Gerichts.</p>	<p>Genehmigung bei Entscheidung des Betreuers/Bevollm. in Konfliktfällen, d. h. immer dann erforderlich, wenn zwischen Arzt und Betreuer/Bevollm. unterschiedliche Auffassungen darüber bestehen, ob die Nichtbehandlung oder der Behandlungsabbruch dem Patientenwillen entspricht. - Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn die Entscheidung dem Willen des Betroffenen entspricht (§ 1904 Abs. 3 BGB-E).</p> <p>Die Einholung eines Sachverständigengutachtens ist vorgeschrieben. In Ausnahmefällen kommt auch der behandelnde Arzt als Sachverständiger in Frage. Die Genehmigung durch das Gericht wird erst nach 2 Wochen wirksam (§ 67d Abs. 2 FGG-E).</p>	<p>Genehmigung der Entscheidung des Betreuers/Bevollm. über Nichtbehandlung oder Behandlungsabbruch erforderlich, wenn ein rechtl. Behandlungsangebot vorliegt. Der Entwurf geht davon aus, dass der Arzt sein Behandlungsangebot unter Berücksichtigung der PV unterbreitet (Begründung S. 14). Das Vormundschaftsgericht soll den Patientenwillen auslegen und auf Willensmängel überprüfen (Begründung S. 14).</p> <p>Auf ein Sachverständigen-gutachten wird verzichtet. Auch hier wird die Entscheidung erst nach 2 Wochen wirksam (§ 69a Abs. 4 FGG-E).</p>	<p>Genehmigung der Entscheidung des Betreuers/Bevollm. über Nichtbehandlung oder Behandlungsabbruch erforderlich, es sei denn - das Grundleiden hat nach ärztl. Überzeugung einen unumkehrbar tödl. Verlauf angenommen und - zwischen Betreuer/Bevollm. und behandelndem Arzt besteht Einvernehmen, dass die Entscheidung dem Patientenwillen entspricht.</p> <p>Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- das Grundleiden nach ärztl. Überzeugung einen unumkehrbar tödl. Verlauf angenommen hat und die Entscheidung des Vertreters dem in der PV niedergelegten oder dem mutmaßlichen Willen des Betroffenen entspricht (§ 1904b Abs. 1 BGB-E) oder</li> <li>- der Betroffene ohne Bewusstsein ist und nach ärztl. Überzeugung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit das Bewusstsein niemals wiedererlangen wird und die Entscheidung des Vertreters dem in der PV niedergelegten Willen des Betroffenen entspricht (§ 1904b Abs. 2 BGB-E).</li> </ul> <p>Ein Gutachten von einem vom betreuenden Arzt verschiedenen Sachverständigen ist zwingend erforderlich. (§69d Abs. 2a FGG-E) Auch hier wird die Entscheidung erst nach 2 Wochen wirksam (§ 69a Abs. 3a FGG-E).</p>