

Patientenverfügungen: Die Rolle der Juristen

RIAG RAINER BECKMANN
Giudice

I. Die gesetzliche Regelung der Patientenverfügung in Deutschland

1. Legaldefinition

Die Grundsatzaussage des Gesetzes zur Patientenverfügung lautet:

„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 Gesundheitszustandes, 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.“ (§ 1901 a Abs. 1 BGB)

Obwohl diese Vorschrift im Abschnitt „Betreuungsrecht“ des BGB angesiedelt ist, definiert sie ganz generell und unabhängig davon, ob eine Betreuung besteht oder nicht, was im Sinne des Gesetzes als Patientenverfügung zu verstehen ist (Legaldefinition). Zukunftsgerichtete Verfügungen im Bereich der Gesundheitsvorsorge, die auf die Einwilligung oder Ablehnung diagnostischer, therapeutischer oder sonstiger Eingriffe gerichtet sind, hat der Gesetzgeber damit grundsätzlich als rechtlich verbindlich anerkannt.

Die Festlegungen des Patienten sind primär vom rechtlichen Vertreter des Patienten zu beachten und durchzusetzen. Als Vertreter des Patienten werden Betreuer und Bevollmächtigte gleichbehandelt. Entsprechende Verweisungen an den entscheidenden Stellen der gesetzlichen Regelung sorgen dafür, dass den vom Patienten selbst mit Vollmacht ausgestatteten Vertreter (Bevollmächtigten) die gleichen Rechte und Pflichten in Bezug auf Patientenverfügungen treffen wie den vom Gericht eingesetzten Betreuer.¹

Von praktischer Bedeutung sind insbesondere Festlegungen, in welcher Krankheitssituation der Patient künftig bestimmte Behandlungsmaßnahmen *ablehnt*.²

¹ Vgl. § 1901a Abs. 5, 1901b Abs. 3, 1904 Abs. 5 S. 1 BGB.

² Das Österreichische Patientenverfügungsgesetz – PatVG – vom 8. Mai 2006 (öBGBI. I Nr. 55/2006) definiert als Patientenverfügung von vornherein ausschließlich „eine Willenserklärung, mit der ein Patient eine

Häufig beziehen sich solche Ablehnungserklärungen auf lebensverlängernde Maßnahmen, wie künstliche Ernährung oder Flüssigkeitszufuhr, Beatmung, Wiederbelebungsversuche u. ä. Aus diesem praktischen Zusammenhang heraus ergibt sich eine Verbindung zum Themenkreis „Sterbehilfe“. Das Unterlassen von Behandlungsmaßnahmen auf Wunsch des Patienten wird auch als „passive Sterbehilfe“ bezeichnet.³

In meinen weiteren Ausführungen soll die Situation eines solchen Behandlungsverzichts im Mittelpunkt stehen. Sie ist der Hauptanwendungsfall von Patientenverfügungen.

2. Allgemeines

a) Anwendungsbereich

Im Gesetzgebungsverfahren war diskutiert worden, ob die Festlegung eines Behandlungsverzichts in einer Patientenverfügung auf Fallgestaltungen beschränkt werden sollte, in denen der Patient an einer „irreversibel tödlich verlaufenden Grunderkrankung“ leidet.⁴ Der Gesetzgeber hat hiervon Abstand genommen und ausdrücklich klargestellt, dass Behandlungsentscheidungen in einer Patientenverfügung „unabhängig von Art und Stadium der Erkrankung“ des Betroffenen zulässig sind (§ 1901 a Abs. 3 BGB). Es macht also keinen Unterschied, ob sich der Patient in einem aussichtslosen Zustand befindet und ohnehin in kurzer Zeit sterben wird, oder ob er mit einem einfachen und ungefährlichen Eingriff gerettet werden könnte. Hat der Patient seine Einwilligung für die konkret indizierte Maßnahme in seiner Patientenverfügung verweigert, muss der Behandlungsverzicht in der gegebenen gesundheitlichen Situation beachtet werden.

b) Aufklärung/Beratung

Die gesetzlichen Bestimmungen zur Patientenverfügung enthalten keine Vorgaben zum Thema „Aufklärung“ bzw. Beratung – ganz im Gegensatz etwa zur Regelung im Österreichischen Patientenverfügungsgesetz.⁵ Obwohl eine ärztliche Beratung vor Abfassung einer Patientenverfügung generell für sinnvoll gehalten

medizinische Behandlung ablehnt“ (§ 2 Abs. 1 PatVG). Allgemein zur österreichischen Regelung: Duttge, ZfL 2006, 81 ff.

³ Vgl. BGH, ZfL 2010, S. ...

⁴ So BGHZ 154, 205, 215; *Enquete-Kommission des Dt. Bundestages*, Zwischenbericht Patientenverfügungen vom 13.09.2004, BT-Dr. 15/3700, S. 38. Befürwortend: v. Dewitz/Kirchner, MedR 2005, 138 f. Ablehnend: Beckmann, BT-Dr. 15/3700, S. 56 f. (Sondervotum zum Zwischenbericht Patientenverfügungen der Enquete-Kommission); *Nationaler Ethikrat*, Patientenverfügung – Ein Instrument der Selbstbestimmung, 2005, S. 18 f., 31; Kübler/Kübler, ZRP 2008, 239 f.; Albers, MedR 2009, 141 f. Eingehend zum Streit um die „Reichweitenbegrenzung“: W. Lange, Inhalt und Auslegung von Patientenverfügungen, 2009, S. 150 ff.

⁵ Vgl. § 5 PatVG („umfassende ärztliche Aufklärung“) und § 6 PatVG (Belehrung über die Folgen der Patientenverfügung sowie die Möglichkeit des jederzeitigen Widerrufs).

und vielfach empfohlen wird⁶, hat der Gesetzgeber nicht zu einer generellen Wirksamkeitsvoraussetzung von Patientenverfügungen gemacht. Die *Ablehnung von medizinischen Eingriffen* kann ohne vorherige Beratung erklärt werden. Der Patient muss in diesen Fällen selbst dafür Sorge tragen, dass er über die Folgen seiner Festlegungen hinreichend informiert ist, und sich darüber im Klaren sein, dass er das Risiko eines Informationsdefizits selbst zu tragen hat. In den weniger häufigen Fällen, in denen der Patient mit seiner Festlegung in einen medizinischen Eingriff im Vorhinein *einwilligen* will, ist nach den allgemeinen Grundsätzen des Medizinrechts eine ärztliche Aufklärung jedoch erforderlich.⁷

c) Widerruf

Der Widerruf einer Patientenverfügung ist jederzeit formlos möglich (vgl. § 1901 a Abs. 1 S. 3 BGB). Dabei ist allein ausschlaggebend, dass die Willensänderung „hinreichend deutlich zum Ausdruck kommt“.⁸

Solange der Patient in einwilligungsfähigem Zustand ist, stellt der Widerruf kein Problem dar. Der Patient kann die zu widerrufende Verfügung entweder insgesamt vernichten und durch eine neue ersetzen oder Änderungen in der ursprünglichen Patientenverfügung vornehmen. Auch ein mündlicher Widerruf vor Zeugen kann eindeutig sein.

Problematisch ist dagegen die Situation, wenn der Patient nur noch eingeschränkt kommunikationsfähig ist oder insgesamt als nicht mehr einwilligungsfähig bezeichnet werden muss. Schon bei eingeschränkter Äußerungsfähigkeit werden sich erhebliche Interpretationsschwierigkeiten ergeben, vor allem, wenn nonverbale Äußerungen - wie Gesten oder Gebärden - zu beurteilen sind.⁹

d) Geltungsdauer, Hinterlegung, Registrierung

Eine zeitliche Beschränkung der Gültigkeit von Patientenverfügungen besteht nicht. Alle Festlegungen gelten grundsätzlich für unbestimmte Zeit fort. Eine regelmäßige Überprüfung und Bestätigung der Patientenverfügung, wie sie z. B. im Österreichischen Patientenverfügungs-Gesetz vorgesehen ist¹⁰, ist nach deutschem Recht nicht erforderlich. Sie kann aber dennoch sinnvoll sein, wenn sich z. B. die Therapiemöglichkeiten für eine bestimmte Erkrankung ändern. Bekräftigt ein Patient seine Festlegung in solchen Fällen, ist klargestellt, dass die neuen medizini-

⁶ So heißt es z. B. in der Gesetzesbegründung: „... wird es im Regelfall wichtig und sinnvoll sein, sich vor Erstellung einer Patientenverfügung ärztlich beraten zu lassen“ (BT-Dr. 16/13314, S. 19).

⁷ Vgl. Olzen, JR 2009, 357, unter Verweis auf BT-Drs. 16/8442, S. 14 und 16/13314, S. 19 f. Eine Ausnahme hiervon kommt in Betracht, wenn der Patient auf Aufklärung verzichtet hat; vgl. BT-Drs. 16/8442, S. 14.

⁸ BT-Drs. 16/8442, S. 13.

⁹ Vgl. Meyer-Götz, FPR 2010, S. 270.

¹⁰ Eine Patientenverfügung verliert in Österreich grundsätzlich nach 5 Jahren ihre Verbindlichkeit, es sei denn, der Patient ist nicht zu einer Erneuerung der Verfügung in der Lage (vgl. § 7 PatVG).

schen Entwicklungen seine Haltung nicht verändert haben. Dies könnte zweifelhaft sein, wenn man aufgrund des Alters der Verfügung davon ausgehen muss, dass der Patient im Zeitpunkt der Abfassung seiner Verfügung gewisse therapeutische Alternativen nicht kannte.¹¹

Ebenfalls entbehrlich ist eine Hinterlegung oder Registrierung der Patientenverfügung. Auch hier greift letztlich das Prinzip der Eigenverantwortung: der Verfasser muss selbst dafür Sorge tragen, dass seine Patientenverfügung seinem rechtlichen Vertreter oder dem behandelnden Arzt bekannt ist oder im Anwendungsfall möglichst schnell bekannt wird.¹² Es empfiehlt sich, mindestens das soziale Umfeld über die Existenz einer Patientenverfügung zu informieren, damit die Wünsche des Patienten ohne große Zeitverzögerung berücksichtigt werden können.

2. Allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzungen

Der Gesetzgeber hat nur wenige formelle und personenbezogene Wirksamkeitsvoraussetzungen für Patientenverfügungen festgelegt.

a) Schriftlichkeit

Als einzige formelle Wirksamkeitsvoraussetzung nennt das Gesetz die *schriftliche* Abfassung der Patientenverfügung (vgl. § 1901a Abs. 1 BGB). Die Schriftform soll vor Übereilung sowie Missdeutung schützen und garantiert ein Mindestmaß an Authentizität, Klarstellung und Beweisbarkeit.¹³ Eine notarielle Beglaubigung oder gar Beurkundung ist nicht erforderlich.

„Schriftlich“ heißt im deutschen Recht, dass der Verfasser seine Unterschrift unter die Patientenverfügung setzen muss. Es können durchaus vorgefertigte Textbausteine oder Formulare verwendet werden. Diese sind jedoch mit der Unterschrift abzuschließen. Ist der Urheber der Patientenverfügung nicht (mehr) in der Lage, die Vollmacht zu unterschreiben, kann die Unterschrift auch durch ein Handzeichen – einzelne Buchstaben oder notfalls ein Kreuz – ersetzt werden, wenn dieses notariell beglaubigt wird (vgl. § 126 Abs. 1 BGB). Ist ein solcher Fall gegeben, muss besonders darauf geachtet werden, dass keine Zweifel an der Einwilligungsfähigkeit des Unterzeichners bestehen.

¹¹ In Österreich erklärt § 10 Abs. 1 Nr. 3 PatVG Patientenverfügungen für unwirksam, wenn „der Stand der medizinischen Wissenschaft sich im Hinblick auf den Inhalt der Patientenverfügung seit ihrer Errichtung wesentlich geändert hat.“

¹² Sinnvoll ist insoweit, dass das soziale Umfeld zumindest über die Existenz einer solchen Verfügung und deren Verwahrungsort informiert wird. Es empfiehlt sich wohl auch, bei den persönlichen Papieren eine kurze Mitteilung aufzubewahren – analog zu einem Organspendeausweis – die das rasche Auffinden der Patientenverfügung ermöglicht.

¹³ Vgl. Olzen, JR 2009, S. 356; BT-Drs. 16/8442, S. 13.

b) Einwilligungsfähigkeit

Zum Zeitpunkt der Errichtung der Patientenverfügung muss der Patient „einwilligungsfähig“ gewesen sein. Einwilligungsfähigkeit ist die natürliche Einsichts- und Steuerungsfähigkeit mit der ein Patient in der Lage ist, Art, Bedeutung, Tragweite und Risiken einer Behandlungsmaßnahme zu erfassen und seinen Willen hierauf zu bestimmen.¹⁴ Einwilligungsfähig können daher grundsätzlich schon Personen sein, die nicht volljährig sind. Andererseits kann bei Volljährigen durch krankheitsbedingte Einschränkungen – wie degenerative Prozesse im Gehirn, insb. Demenz – die Einwilligungsfähigkeit verloren gehen. Kündigung sich solche Erkrankungen an, sollte man sich möglichst frühzeitig darüber klar werden, ob eine Patientenverfügung noch erstellt werden kann.

Besteht die Gefahr, dass nachträglich die Einwilligungsfähigkeit angezweifelt werden könnte, sollte durch ein fachärztliches Gutachten die aktuelle Einwilligungsfähigkeit bestätigt werden. Diese Stellungnahme kann entweder der Verfügung beigefügt oder in den Text der Verfügung mit aufgenommen werden.

c) Volljährigkeit

Der Gesetzgeber hat zusätzlich zur Einwilligungsfähigkeit auch die Volljährigkeit des Patienten zur Voraussetzung für eine verbindliche Patientenverfügung gemacht.

Aus systematischen Gründen ist dies nachvollziehbar, da das Rechtsinstitut der Patientenverfügung im Betreuungsrecht verankert wurde und das Betreuungsrecht ohnehin nur volljährige Personen erfasst (vgl. § 1896 Abs. 1 S. 1 BGB). Da andererseits Patientenverfügungen der Sache nach eher als Ausprägung des Persönlichkeitsrechts anzusehen sind¹⁵, hätte insoweit auch eine niedrigere Altersgrenze festgesetzt werden können.¹⁶

3. Inhalt: bestimmte künftige Behandlungsmaßnahme

Welche inhaltlichen Festlegungen in einer Patientenverfügung erfolgen sollen, ist allein Sache des Patienten. Grundsätzlich kann jeder denkbare Wunsch in Bezug auf die künftige Behandlung, insbesondere auch in Bezug auf Behandlungsbegrenzungen formuliert werden. Wünsche, dass bestimmte medizinische Maßnahmen *durchgeführt* werden, sind für den Arzt aber nur verbindlich, wenn für sie eine medizinische Indikation besteht und die Maßnahmen von der Krankenversi-

¹⁴ Vgl. BT-Drs. 16/8442, S. 9.

¹⁵ Vgl. Lange, ZEV 2010, S. 537 f.

¹⁶ Bzgl. der Testierfähigkeit besteht z. B. eine Altersgrenze von 16 Jahren (vgl. § 2229 Abs. 1 BGB).

cherung gedeckt sind (oder aus eigenen Mitteln finanziert werden). Die *Ablehnung* möglicher Behandlungsmaßnahmen ist dagegen immer verbindlich, da der Arzt *nur mit Einwilligung* des Patienten körperliche Eingriffe vornehmen darf.

Entscheidend ist, dass die Verfügung *möglichst eindeutig* die gewünschte Anwendungssituation kennzeichnet. Das Gesetz spricht von Festlegungen für „bestimmte“ Untersuchungen, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe (§ 1901 a Abs. 1 S. 1 BGB). Allgemeine Aussagen wie „Ich möchte keine Apparatedizin“, „Ich möchte in Ruhe und Frieden sterben“ oder „Ich wünsche mir einen menschenwürdigen Tod“ sind nicht ausreichend. Auch die Formulierung „Wenn ich einmal dement bin, will ich keine lebenserhaltenden Maßnahmen“, soll laut Gesetzesbegründung keine unmittelbare Bindungswirkung entfalten, „weil sie keine hinreichend konkrete Behandlungsentscheidung in einer bestimmten Krankheitssituation“¹⁷ enthält. Es ist daher sinnvoll, die Beratung eines Arztes und/oder auch eines Juristen in Anspruch zu nehmen und sich über mögliche Anwendungsfälle bzw. Formulierungsvorschläge zu informieren. Solche Vorschläge gibt es z. B. in Broschüren des Bundesjustizministeriums, der Landesjustizbehörden oder in Formularen, die im Buchhandel, bei Patientenorganisationen und Hospizvereinen erhältlich sind.¹⁸

4. Prüfung und Umsetzung der Patientenverfügung

a) Voraussetzung: Vorliegen einer medizinischen Indikation

Von grundlegender Bedeutung für die medizinische Behandlung bei schwerer Krankheit oder am Lebensende ist die ärztliche Feststellung, ob eine bestimmte Maßnahme medizinisch indiziert ist oder nicht (vgl. § 1901b Abs. 1 BGB). Durch die Indikationsstellung nimmt der Arzt die entscheidende Weichenstellung für den weiteren Behandlungsverlauf vor. Liegt keine Indikation für eine bestimmte medizinische Maßnahme vor, erübrigen sich Fragen nach dem Patientenwillen.¹⁹ Auf die Durchführung nicht indizierter Maßnahmen hat der Patient keinen Anspruch.²⁰

b) Notwendigkeit der rechtlichen Stellvertretung

Da der Patient selbst nicht mehr entscheidungsfähig ist, benötigt der Arzt bei der Umsetzung einer Patientenverfügung für das weitere Vorgehen als Dialogpartner

¹⁷ BT-Drs. 16/8442, S. 15.

¹⁸ Es ist aber zu befürchten, dass zahlreiche (vor allem die nicht von offizieller Seite angebotenen) Formulare oder Formulierungshilfen dem Bestimmtheitsgebot von § 1901 a Abs. 1 S. 1 BGB nicht gerecht werden. Vgl. auch Lange, ZEV 2010, S. 542.

¹⁹ BGHZ 154, 205, 225: „Nur soweit ärztlicherseits eine lebensverlängernde oder –erhaltende Behandlung angeboten wird, ist eine Einwilligung des Betreuers [...] überhaupt erforderlich“. Vgl. ferner Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2010, S. 431; Roglmeier, FPR 2010, S. 285.

²⁰ Vgl. BT-Drs. 16/8442, S. 7; Hoppe, FPR 2010, S. 259

grundsätzlich einen rechtlichen Vertreter des Patienten.²¹ Einige Autoren meinen jedoch, dass eine rechtliche Vertretung des Patienten nicht zwingend erforderlich sei, wenn sich aus der Verfügung der Wille des Patienten als solcher klar ergebe.²²

Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen. Die gesetzliche Bestimmung, die den Dialogprozess zwischen Arzt und Patientenvertreter zur Feststellung des Patientenwillens beschreibt (§ 1901 b BGB), enthält keine Beschränkung auf „unklare“ oder „zweifelhafte“ Fälle. Das dort angeordnete Verfahren kann nur durchgeführt werden, wenn der Patient einen Vertreter hat.²³ Die bloße Existenz einer Patientenverfügung lässt auch nicht den Schluss zu, dass die aktuell anstehende Entscheidungssituation durch eine exakte Vorausverfügung des Patienten geklärt werden kann. Die Auswertung und ggf. erforderliche Interpretation der Verfügung fällt aber nicht in den Verantwortungsbereich des Arztes, sondern ist dem Bereich der rechtlichen Vertretung des Patienten zuzurechnen. Während der Arzt die Indikation festzustellen hat, ist es Sache des Patienten und seines Vertreters, in freier Selbstbestimmung darüber zu entscheiden, ob er das Behandlungsangebot annehmen will oder nicht. Die Prüfung, wie sich der Patient in seiner Vorausverfügung entschieden hat, sollte daher selbst in scheinbar „offensichtlichen“ Fällen, von einem rechtlichen Vertreter des Patienten durchgeführt werden.²⁴

c) Gespräch zwischen Patientenvertreter und Arzt; Entscheidung des Patientenvertreters

Wenn der Arzt die medizinische Indikation für eine Behandlungsmaßnahme festgestellt hat und eine schriftliche Patientenverfügung vorliegt, ist zunächst zu prüfen, ob es Hinweise für einen Widerruf der Verfügung gibt.²⁵ Ist das nicht der Fall, stellen in einem erweiterten *Dialogprozess* der rechtliche Vertreter des Patienten und der Arzt den Patientenwillen fest und prüfen, ob die Festlegungen des Patienten mit der aktuellen Lebens- und Behandlungssituation übereinstimmen (§ 1901a Abs. 1 S. 1 BGB). Hierbei soll den nahen Angehörigen und sonstigen Vertrauenspersonen²⁶ Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden (§ 1901b Abs. 2 BGB). „Soll“ bedeutet in diesem Zusammenhang, dass eine grundsätzliche Ver-

²¹ Das gilt natürlich auch, wenn der Patient nicht mehr äußerungsfähig ist und keine Patientenverfügung vorliegt.

²² Auch die Bundesärztekammer (vgl. DÄBl. 2010, S. A 879), wobei eingeräumt wird: „das Gesetz beantwortet diese Frage allerdings nicht ausdrücklich“.

²³ Vgl. Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2010, S. 433.

²⁴ Aus Sicht des behandelnden Arztes ist auch zu bedenken, dass die Gefahr der Fehlbeurteilung des Patientenwillens gänzlich zu seinen Lasten geht, wenn ein Patientenvertreter nicht vorhanden ist. Für Notwendigkeit einer Betreuerbestellung: Tamm, VuR 2010, S. 456. Diehn/Rebhan, NJW 2010, S. 329 f.; Olzen, JR 2010, S. 358.

²⁵ Vgl. Ludyga, FPR 2010, S. 269.

²⁶ Das können im Einzelfall auch Pflegekräfte sein, die oftmals – vor allem bei längeren Erkrankungen oder Pflegefällen – mehr Kontakt mit den Patienten haben, als Ärzte und Verwandte.

pflichtung zur Anhörung besteht und diese nur in begründeten Ausnahmefällen unterlassen werden darf.

Treffen die Verfügungen des Patienten auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation *nicht* zu, besteht keine unmittelbare Bindungswirkung i.S.v. § 1901 a Abs. 1 bzw. 2 BGB²⁷. Die schriftlichen Äußerungen des Patienten sind dann im Rahmen der Ermittlung der Behandlungswünsche und des mutmaßlichen Willens (§ 1901a Abs. 2 S. 1 BGB) zu berücksichtigen (s. unten II.).

Die Entscheidung, ob die Festlegung des Patienten „bestimmt“ genug ist und auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutrifft, obliegt dem Vertreter des Patienten (vgl. § 1901 a Abs. 1 S. 1, Abs. 5 BGB). Aufgrund des Gesprächs mit dem behandelnden Arzt und der Einbeziehung naher Angehöriger oder Vertrauenspersonen handelt es sich aber nicht um eine „einsame“ Entscheidung des Patientenvertreters. Das „Dialogverfahren“ stellt sicher, dass der Entscheidung eine möglichst breite Tatsachenbasis zugrunde liegt.

d) Einvernehmen zwischen Patientenvertreter und Arzt

Besteht zwischen dem Patientenvertreter und dem behandelnden Arzt Einvernehmen darüber, dass der Patient für die aktuell zu entscheidende Situation eine Festlegung getroffen hat, sind die Vorgaben des Patienten umzusetzen, ohne dass eine gerichtliche Genehmigung erforderlich ist (§ 1904 Abs. 4 BGB). Hat der Patient z. B. auf die Versorgung mit einer PEG-Sonde verzichtet, wird eine solche Form der künstlichen Ernährung nicht durchgeführt. Der Patient wird dann unter Beibehaltung anderer medizinisch indizierter Behandlungs- und Pflegemaßnahmen innerhalb von einigen Tagen an den Folgen seiner Entscheidung versterben.

II. Vorgehen bei fehlender oder mangelhafter Patientenverfügung

Der Gesetzgeber hat in den einschlägigen Vorschriften auch geregelt, nach welchen Maßstäben zu entscheiden ist, wenn keine oder eine defizitäre Patientenverfügung vorliegt:

„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

²⁷ Vgl. BT-Dr. 16/13314, S. 20: „Es kann sich nämlich die Frage stellen, ob die Erklärungen in der Patientenverfügung noch auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen. Insbesondere dann, wenn eine wesentliche Änderung der Lebensumstände oder des Gesundheitszustandes eingetreten ist, kann dies fraglich sein.“

Maßnahme nach Absatz 1 einwilligt oder sie untersagt.“ (§ 1901a Abs. 2 S. 1 BGB).

1. Behandlungswünsche

Als „Behandlungswünsche“ sind zunächst alle konkreten, auf die aktuelle Behandlungssituation bezogenen Willensäußerungen des Patienten zu werten, die *mangels Schriftform* keine unmittelbare Verbindlichkeit als Patientenverfügung beanspruchen können. Als „Behandlungswünsche“ kommen ferner alle konkreten behandlungsbezogenen mündlichen oder schriftlichen Äußerungen von *Minderjährigen* bzw. *nicht einwilligungsfähigen Personen* in Betracht, da auch diese Äußerungen dem rechtlichen Vertreter die zu treffende Entscheidung zwar der Sache nach genau vorgeben, aber die gesetzlichen Voraussetzungen einer Patientenverfügung (Volljährigkeit, Einwilligungsfähigkeit) nicht erfüllen.

Hiervon abzugrenzen sind „allgemeine Behandlungswünsche“, die keine konkrete Festlegung für die aktuelle Entscheidungssituation enthalten. Diese sind im Grunde nicht von anderen allgemeinen Äußerungen zu unterscheiden, die nach Auffassung des Gesetzgebers Anhaltspunkte für die Ermittlung des „mutmaßlichen Willens“ darstellen (vgl. § 1901a Abs. 2 S. 2 BGB).

2. Mutmaßlicher Wille

Die zweite Form der Entscheidungsgrundlage für den Patientenvertreter ist der in Literatur und Rechtsprechung bereits seit langem anerkannte, im Gesetz aber erstmals ausdrücklich erwähnte „mutmaßliche Wille“. In den Gesetzesmaterialien finden sich fast keine Hinweise dazu, was unter dem „mutmaßlichen Willen“ zu verstehen ist. Im Wesentlichen erschöpfen sich die Angaben in einer Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs²⁸.

a) Irreführende Bezeichnung

Der Begriff des „mutmaßlichen Willens“ gibt Anlass zu Missverständnissen und muss daher als irreführend bezeichnet werden. Denn tatsächlich kann es in den Fällen, in denen der Patient weder durch eine Patientenverfügung noch durch eine konkret behandlungsbezogene Äußerung *selbst* eine Entscheidung getroffen hat, der Sache nach nicht um die „Feststellung“ eines „Willens“ *des Patienten* gehen. Ein Patient, der im Zeitpunkt der Behandlung nicht mehr einwilligungsfähig ist, kann zu der anstehenden Entscheidung krankheitsbedingt keinen Willen mehr

²⁸ BGHSt. 35,246,249; 40, 257. BT-Drs. 16/8442, S. 11, 15, 19.

bilden bzw. äußern. Dennoch wird der „mutmaßliche Wille“ oftmals als Ausformung des Selbstbestimmungsrechts dargestellt.²⁹ Er erscheint als eine *dem Patienten* zuzuordnende Entscheidung, die primär aus dieser Perspektive Verbindlichkeit und Beachtung für sich in Anspruch nimmt.

In Wahrheit handelt es sich jedoch – ganz im Gegensatz zu einem vom Patienten selbst herrührenden konkreten mündlichen Behandlungswunsch – *nicht* um einen *realen Willen* des Patienten, sondern um einen Entscheidungsmaßstab für den Betreuer/Bevollmächtigten. Es geht um eine *stellvertretende* Entscheidung³⁰, die sich an den allgemeinen Auffassungen und Werthaltungen des Patienten orientieren soll.

b) „Konkrete Anhaltspunkte“

Nach dem Gesetz ist der mutmaßliche Wille „aufgrund konkreter Anhaltspunkte zu ermitteln“ (§ 1901a Abs. 2 S. 2 BGB). Diese „konkreten Anhaltspunkte“ sind nicht zu verwechseln mit konkreten, die aktuelle Behandlungssituation betreffenden Festlegungen des Patienten, da diese bereits entweder als Patientenverfügung unmittelbar verbindlich wären oder – in mündlicher Form – als Behandlungswünsche im engeren Sinne berücksichtigt werden müssten (s. o. II. 1.). Der Sache nach können daher bei der Suche nach „konkreten Anhaltspunkten“ für den „mutmaßlichen Willen“ nur Äußerungen, Überzeugungen und Wertvorstellungen berücksichtigt werden, welche die aktuelle Behandlungsentscheidung gerade *nicht direkt* betreffen. Wirklich konkrete Willensbekundungen kommen daher als Grundlage für den „mutmaßlichen Willen“ nicht in Betracht.

Unter Berücksichtigung dieser Problematik ist es ratsam, dass der Patientenvertreter etwaige Ansatzpunkte für eine bestimmte Einstellung des Betroffenen sehr sorgfältig prüft und sich darauf konzentriert, eine *echte Tatsachenbasis* für seine eigene Entscheidung zu finden. Dies dürfte jedoch bei restriktiver Vorgehensweise nicht allzu häufig zum Erfolg führen.³¹

c) Kriterien

Als maßgebliche Kriterien zur Ermittlung des „mutmaßlichen Willens“ nennt das Gesetz „insbesondere frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen, ethische oder religiöse Überzeugungen und sonstige persönliche Wertvorstellungen des Betreuten“ (§ 1901a Abs. 2 S. 3 BGB). Es greift damit die wesentlichen Kriterien

²⁹ So sieht etwa *Hufen*, den „mutmaßlichen Willen“ als von Art. 2 Abs. 1 GG geschützt an (NJW 2001, S. 852).

³⁰ So auch Hoffmann, BtPrax 2009, S. 7.

³¹ Vgl. *Wagenitz*, FamRZ 2005, S. 672: „Ein solcher individuell-mutmaßlicher Wille wird sich vielfach nicht ermitteln lassen“.

der BGH-Rechtsprechung zum „mutmaßlichen Willen“ auf.³²

„**Frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen**“, die sich nicht auf die konkrete Behandlungssituation beziehen (s.o.), bieten jedoch kaum eine feste Grundlage für die Annahme, dass sich der Betroffene in der aktuellen Situation in einer *bestimmten* Weise entscheiden würde. Solche Äußerungen können allenfalls dafür sprechen, dass sich der Betroffene mit einer gewissen *Wahrscheinlichkeit* so und nicht anders entscheiden würde.

Die „**ethische oder religiöse Überzeugung**“ dürfte als solche ebenfalls wenig zur aktuellen Entscheidungsfindung beitragen. In kaum einer Religionsgemeinschaft gibt es allgemeinverbindliche Auffassungen über die Notwendigkeit der Vornahme oder Unterlassung einzelner Behandlungsmaßnahmen. Selbst wenn solche Normen vorhanden sind, kann der Wille gerade dieses Patienten von den allgemeinen Vorstellungen seiner Religionsgemeinschaft durchaus abweichen.

„**Sonstige persönliche Wertvorstellungen**“ des Patienten können schließlich dazu beitragen, den Charakter des Patienten und seine allgemeinen Anschauungen näher zu beleuchten. In Bezug auf konkrete Behandlungsentscheidungen dürften sie aber ebenfalls kaum mehr als vage Hinweise liefern.

d) Kritische Würdigung

Es ist äußerst fraglich, ob die im Gesetz genannten Kriterien zur „Feststellung“ des „mutmaßlichen Willens“ wirklich dabei helfen, eine konkrete Behandlungsentscheidung – z. B. über die Einstellung der künstlichen Ernährung und Flüssigkeitszufuhr – in einer bestimmten Krankheitssituation zu treffen.³³ Im Grunde wird man anhand von Informationen, die sich nicht direkt auf die Behandlungssituation beziehen, allenfalls eine *Wahrscheinlichkeitsaussage* über den „mutmaßlichen Willen“ des Patienten treffen können. Ist aber ein *wahrscheinlicher* Wille ausreichend, um z. B. einem Behandlungsabbruch zuzustimmen?

In Bezug auf die umgekehrte Situation – im Falle lebensrettender Eingriffe - wird ein mögliches Verfehlen des wirklichen Willens mit dem Argument begegnet, dass der „Autonomie des Patienten“ am besten gedient sei, „wenn man die Lebensrettung zulässt, die ihm die nachträgliche Entscheidung - selbst die für den Tod - offen hält“³⁴. Bei der „mutmaßlichen Einwilligung“ in die Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen ist die *nachträgliche Entscheidung für das Leben* dagegen nicht mehr möglich. Von daher kann ein Wahrscheinlichkeitsurteil, das

³² Vgl. BT-Drs. 16/8442, S. 15.

³³ Beermann, ZFE 2009, S. 338: „Wenn es um die Feststellung des mutmaßlichen Willens des Betreuten geht, stoßen die gesetzlichen Bestimmungen an ihre Grenzen.“ Auch Laube, FPR 2010, S. 256, beurteilt die gesetzlichen Regelungen kritisch. Sie „bergen in erheblicher Weise Gefahren der Vernebelung des wahren Patientenwillens ...“.

³⁴ Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl. 2006, § 18 Rz. 24.

deutlich unterhalb der Schwelle praktischer Gewissheit („an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit“) bleibt, bei Entscheidungen über Leben und Tod nicht akzeptiert werden.

3. Bindungswirkung

Hinsichtlich der Bindungswirkung differenziert das Gesetz nicht zwischen „Behandlungswünschen“ und dem „mutmaßlichen Willen“. Eine unmittelbare Verbindlichkeit - wie bei der Patientenverfügung (§ 1901 Abs. 1 S. 2 BGB) – besteht nicht. Der Betreuer soll lediglich „auf dieser Grundlage“ eine eigene Entscheidung darüber treffen, ob er in eine ärztliche Maßnahme einwilligt oder sie untersagt (§ 1901 Abs. 2 S. 1 BGB).

a) Hohe Verbindlichkeit konkreter Behandlungswünsche

Behandlungswünsche, die nur mündlich geäußert wurden, aber eindeutige Festlegungen bezüglich einer bestimmten Behandlungsmaßnahme enthalten, können vom Patientenvertreter kaum übergangen werden. Wenn es nicht besondere Umstände gibt, die den Betreuer oder Bevollmächtigten zu einer abweichenden Entscheidung zwingen, wird der konkrete mündliche Behandlungswunsch beachtet werden müssen. Behandlungswünsche im engeren Sinn haben also eine hohe Verbindlichkeit.

b) Geringe Verbindlichkeit allgemeiner Behandlungswünsche und weiterer „Mutmaßungen“

Anders ist die Sachlage bei allgemein gehaltenen Behandlungswünschen und den „Anhaltspunkten“, die einen „mutmaßlichen Willen“ begründen sollen. Da die zu berücksichtigenden Informationen nicht die konkrete Entscheidungssituation treffen (s.o.), sind diese für den Vertreter in aller Regel wenig verbindlich.³⁵ Dem „mutmaßlichen Willen“ kann deshalb nur gefolgt werden, wenn ein besonders hohes Maß an Sicherheit über die Entscheidungspräferenz des Patienten gewonnen werden kann. Eine bloß „überwiegende“ Wahrscheinlichkeit, dass der Patient auf medizinisch indizierte lebensverlängernde Maßnahmen verzichtet hätte, sollte für einen Behandlungsabbruch nicht ausreichen.

4. Prüfung und Umsetzung

Das Verfahren zur Feststellung des „mutmaßlichen“ Patientenwillens folgt den

³⁵ Von gleicher Verbindlichkeit wie bei einer Patientenverfügung auszugehen - so *Beermann*, ZFE 2009, S. 335 – geht am Wortlaut und Sinn der gesetzlichen Regelung vorbei.

gleichen Regeln, wie der Umgang mit einer schriftlichen Patientenverfügung (vgl. § 1901 b, 1904 Abs. 4 BGB)³⁶. Das hat zur Folge, dass bei Einvernehmen zwischen behandelndem Arzt und Patientenvertreter auch Behandlungsverzichtsentscheidungen auf der Grundlage des „mutmaßlichen Willens“ keiner Genehmigung durch das BetrG bedürfen. Angesichts der unsicheren Tatsachengrundlage, auf die sich der „mutmaßliche Wille“ regelmäßig stützt, wird dieser Wegfall der gerichtlichen Kontrolle vielfach kritisiert³⁷.

III. Vorgehen ohne Anhaltspunkte für den „mutmaßlichen Willen“ des Patienten

Schließlich stellt sich die Frage, was geschehen soll, wenn ein entscheidungsunfähiger Patient weder eine Patientenverfügung verfasst oder Behandlungswünsche geäußert hat, noch ausreichende konkrete Anhaltspunkte für die Ermittlung eines mutmaßlichen Willens vorliegen³⁸. Da der Gesetzgeber sich dieser Fallgestaltung nicht angenommen hat, verbleibt es bei den bisher in Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätzen. Der 12. Zivilsenat des BGH hat eine Orientierung am „Wohl“ des Betroffenen empfohlen.³⁹ Eine Orientierung am *Wohl des Patienten* steht in Übereinstimmung mit der allgemeinen Entscheidungsmaxime des Betreuungsrechts (vgl. § 1901 Abs. 2, 3 BGB). Fehlen daher Willensäußerungen oder erkennbare Wünsche, ist eine am Wohl des Patienten orientierte Schaden-/Nutzenabwägung vorzunehmen, wobei für diese Fälle meist auf den Grundsatz „in dubio pro vita“ verwiesen wird⁴⁰.

Mangels gesetzlicher Regelung dieser Fallkonstellationen sind die oben dargestellten Verfahrensschritte (Gespräch zwischen Patientenvertreter und Arzt; ggf. Genehmigung durch das BetrG; s. o. II. 4. c) und g)) nicht direkt anwendbar. Es empfiehlt sich jedoch die gleiche Vorgehensweise. Wenn sich also nach Anhörung naher Angehöriger und sonstiger Vertrauenspersonen keine konkreten An-

³⁶ S. dazu oben, Ziff. I. 4.

³⁷ Vgl. Diehn/Rebhan, NJW 2010, S. 328. Kritisch auch Höfling, NJW 2010, S. 2852: „Gerade wegen der Fragilität der Entscheidungsbasis und des Verlusts an individueller Bestimmungs- und Vetomacht in der eigentlichen Entscheidungssituation ist die Gefahr fremdbestimmender Übergriffe erheblich intensiviert“; vgl. ferner v. Dewitz/Kirchner, MedR 2005, 141; Beermann, ZFE 2009, S. 335. Deutlich auch Laube, ZPR 2010, S. 256, der in der Genehmigungsfreiheit von Behandlungsverzichtserklärungen eine „vollkommene Abkehr vom Schutzgedanken gerichtlicher Genehmigungen“ sieht.

³⁸ Wagenitz, FamRZ 2005, 672: „Ein solcher individuell-mutmaßlicher Wille wird sich vielfach nicht ermitteln lassen“.

³⁹ Vgl. BGHZ 154, 205, 219.

⁴⁰ So auch BT-Drs. 16/8442, S. 16: „... gebietet es das hohe Rechtsgut auf Leben, entsprechend dem Wohl des Betreuten zu entscheiden und dabei dem Schutz seines Lebens Vorrang einzuräumen“; BT-Drs. 16/13314, S. 4: „Ist ein mutmaßlicher Wille nicht feststellbar, entscheidet der Betreuer nach allgemeinen Grundsätzen, also unter Berücksichtigung der Wünsche und des Wohls des Betreuten. Im Zweifel hat hier der Lebensschutz Vorrang.“ Ferner Tamm, VuR 2010, S. 455; Hoffmann, BtPrax 2009, S. 12; Olzen, JR 2009, S. 358; Spickhoff, FamRZ 2009, S. 1950; Ludyga, FPR 2010, S. 269.

haltspunkte für einen mutmaßlichen Willen des Patienten ergeben haben, ist die Frage zu stellen, ob aufgrund einer am Wohl des Patienten orientierten Abwägung ein Konsens über die weitere Behandlung erzielt werden kann. „Ist nichts über die Präferenzen des Patienten bekannt, dürfen Vertreter und Arzt davon ausgehen, dass der Patient den ärztlich indizierten Maßnahmen zustimmen würde“⁴¹. Verbleiben zwischen Patientenvertreter und Arzt Differenzen, sollte das BetrG eingeschaltet werden.

IV. Die Rolle des Betreuungsrichters

In Hinblick auf das Tagungsthema („Das richterliche Ermessen“) stellt sich schließlich die Frage, welche Rolle dem Richter in Zusammenhang mit Patientenverfügungen zukommt und welchen Spielraum er bei seinen Entscheidungen hat. Wie wir gesehen haben, ist vom Gesetzgeber eine Beteiligung des Richters selten vorgesehen: Nur wenn zwischen Arzt und dem rechtlichen Vertreter des Patienten kein Einvernehmen über den Patientenwillen hergestellt werden kann, ist das Betreuungsgericht zur Entscheidung berufen. Der Betreuungsrichter hat aber zusätzliche Aufgaben bei der Errichtung einer Betreuung und der Abwehr allgemeiner Missbrauchsgefahren.

1. Bestellung eines Betreuers

Aufgabe des BetrG ist es, für Patienten, die nicht mehr in der Lage sind, ihre Gesundheitsangelegenheiten zu besorgen, als rechtlichen Vertreter einen Betreuer zu bestellen (vgl. § 1896 Abs. 1 S. 1 BGB) – es sei denn, die rechtliche Vertretung des Patienten ist bereits durch einen Bevollmächtigten sichergestellt.

Nach den Vorgaben von § 1897 BGB kommen als Betreuer in erster Linie Personen in Betracht, die der Patient selbst benannt hat (§ 1897 Abs. 4 S. 1 BGB). Danach sind insbesondere der Ehegatte, Kinder, Eltern, Lebenspartner und sonstige Personen mit verwandtschaftlichen oder persönlichen Bindungen zu berücksichtigen (§ 1897 Abs. 5). Nur wenn keine andere geeignete Person zur Verfügung steht, soll ein so genannter „Berufsbetreuer“ eingesetzt werden (§ 1897 Abs. 6 BGB).

2. Genehmigung von Entscheidungen des Patientenvertreters

Soll eine medizinisch indizierte Maßnahme unterlassen oder eingestellt werden

⁴¹ BÄK, DÄBl. 2010, S. A 879.

und besteht zwischen dem Patientenvertreter und dem Arzt kein Einvernehmen über den Patientenwillen, ist die Entscheidung des Patientenvertreters von der Genehmigung des BetrG abhängig (§§ 1904 Abs. 1 u. 2 BGB). Entscheidungsmaßstab für die Genehmigung ist der Wille des Patienten (§ 1904 Abs. 3 BGB). Bei der Feststellung dieses Willens, der – wie oben beschrieben – häufig durch Interpretation einer Patientenverfügung oder sonstiger Äußerungen des Patienten ermittelt werden muss, hat der Richter durchaus einen Beurteilungs- und Ermessensspielraum. Ob die zur Verfügung stehenden tatsächlichen Anhaltspunkte ausreichen, um einen bestimmten Willen des Patienten festzustellen, ist die eigentliche Aufgabe des Richters. Der so erkannte Wille des Patienten ist dann aber – ohne weiteren Abwägungsspielraum – für die Entscheidung verbindlich. Wenn nach Überzeugung des Gerichts die Entscheidung des Patientenvertreters dem Willen des Patienten entspricht, hat es die Genehmigung zu erteilen.⁴² Ist der Wille des Patienten nicht ermittelbar, dann bleibt es bei dem Grundsatz, dass im Zweifel für das Leben zu entscheiden ist (s. o. III.).

3. Allgemeine Missbrauchskontrolle

Bei jedem Vertreterhandeln ist grundsätzlich die Gefahr des Missbrauchs der Vertretungsmacht gegeben, vor allem dann, wenn der Vertretene selbst zur Wahrnehmung seiner Rechte nicht mehr in der Lage ist. Es ist daher eine wichtige Aufgabe des BetrG im Wege der allgemeinen Missbrauchskontrolle das Wohl des Patienten durchzusetzen.

Das BetrG hat die Befugnis, von Amts wegen die zum Wohl des Patienten erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Diese Befugnis wird durch die gesetzlichen Bestimmungen zur Patientenverfügung nicht berührt. Jedermann - der Arzt, ein Verwandter oder eine andere Person - kann beim BetrG eine Überprüfung des Vertreterhandelns anregen.⁴³ Dies stellt eine Form der sozialen Kontrolle dar, die einerseits nicht überbewertet werden darf, andererseits aber die nur gering ausgeprägten gesetzlichen Schutzmechanismen sinnvoll ergänzt. Die Beteiligung des BetrG an der Entscheidungsfindung über einen Behandlungsverzicht hängt also in der Praxis letztlich davon ab, ob es durch die Mitteilung Dritter von problematischen Entwicklungen Kenntnis erhält.

Bestätigt sich bei der Überprüfung, dass der Wille des Patienten vom Betreuer oder Bevollmächtigten nicht oder nur unzureichend beachtet wird, kann das Gericht notfalls die Einsetzung eines „Überwachungs-“ oder „Kontrollbetreuers“ (§

⁴² Vgl. BT-Drs. 16/8442, S. 18; Olzen, JR 2009, S. 359; Schmitz, FPR 2010, S. 276.

⁴³ Darauf wird auch in den Gesetzesmaterialien deutlich hingewiesen, vgl. BT-Drs. 16/8442, S. 19, 16/13314, S. 4.

1896 Abs. 3 BGB) gegenüber einem zweifelhaft agierenden Bevollmächtigten bzw. die Entlassung eines ungeeigneter Betreuers (§ 1908b Abs. 1 BGB) verfügen.

4. Verfahren

a) Anhörung des Betroffenen

Geht es um die *Ablehnung von Behandlungsmaßnahmen* (§ 1904 Abs. 2 BGB), soll das Gericht vor der Genehmigung nach dem Wortlaut des § 298 Abs. 2 FamFG nur die „sonstigen Beteiligten“ anhören. Die fehlende Erwähnung des betroffenen Patienten selbst könnte darin begründet sein, dass nach Auffassung des Gesetzgebers ein einwilligungsunfähiger Patient, bei dem ein Behandlungsverzicht bzw. –abbruch in Betracht kommt, nicht mehr persönlich angehört werden kann.⁴⁴ Wer im Rechtssinne einwilligungsunfähig ist, kann aber durchaus noch kommunikationsfähig sein, so dass eine persönliche Anhörung durch den Richter keineswegs von vornherein sinnlos sein muss. Zugunsten eines effektiven Lebensschutzes sollte daher die persönliche Anhörung in den Fällen, in denen noch eine Kommunikation mit dem Patienten möglich ist, auch ohne ausdrücklich gesetzliche Verpflichtung erfolgen.⁴⁵ Sie verschafft dem Richter zumindest einen unmittelbaren Eindruck von dem betroffenen Patienten, was gerade bei Behandlungsverzichtsentscheidungen von Bedeutung sein kann.⁴⁶

b) Anhörung der „sonstigen Beteiligten“

Als „sonstige Beteiligte“ sollen enge Angehörige oder Vertrauenspersonen (vgl. § 274 Abs. 4 Nr. 1 FamFG) angehört werden, wenn die Beteiligung im Interesse des Patienten ist. Gerade im Falle der Willensermittlung zum Abbruch lebensverlängernder Maßnahmen wird man hiervon ausgehen müssen.⁴⁷ Diesen Personen ist daher regelmäßig („soll“) Gelegenheit zur mündlichen oder schriftlichen Äußerung zu geben.

a) Sachverständigengutachten

Vor der Genehmigung eines Behandlungsabbruch bzw. der Verweigerung einer lebensverlängernden Behandlung ist stets ein Sachverständigengutachten einzuholen, wobei der behandelnde Arzt nicht gleichzeitig der Sachverständige sein soll (§ 298 Abs. 4 FamFG). Der Inhalt des Gutachtens richtet sich nach den Erforder-

⁴⁴ Vgl. Spickhoff, FamRZ 2009, S. 1956.

⁴⁵ So auch Spickhoff, a.a.O.; Beermann, ZFE 2009, S. 337: im Sinne eines „Erst-Recht-Schlusses“ zwingend.

⁴⁶ Vgl. Laube, FPR 2010, S. 257. Schmitz hält das Verschaffen eines persönlichen Eindrucks für zwingend, vgl. FPR 2010, S. 276 f.

⁴⁷ Vgl. Beermann, ZFE 2009, S. 337.

nissen des Einzelfalls (Einwilligungsunfähigkeit des Patienten, Indikation für die vorgeschlagene, aber abgelehnte Behandlungsmaßnahme, Risiken- und Nebenwirkungen der Maßnahme, Vergleich von alternativen Behandlungsmethoden u. ä.) und ist vom Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen zu bestimmen.

b) Verfahrenspfleger

In den Verfahren nach § 1904 Abs. 2 BGB ist für den Patienten zwingend ein Verfahrenspfleger zu bestellen (§ 298 Abs. 3 FamFG), der die Wahrung der Interessen des Betroffenen im Verfahren sicherstellen soll.

5. Rechtsfolge

Das Gericht entscheidet durch Beschluss, ob die vom Patientenvertreter getroffene Entscheidung genehmigt wird oder nicht. Soweit der Beschluss die Genehmigung der Ablehnung medizinischer Maßnahmen zum Gegenstand hat (§ 1904 Abs. 2 BGB), wird er erst nach Ablauf von 2 Wochen nach der Bekanntgabe an den Betreuer/Bevollmächtigten sowie den Verfahrenspfleger wirksam (§ 287 Abs. 3 FamFG). Innerhalb dieser Frist können diese Personen das Rechtsmittel der Beschwerde einlegen (gem. § 63 Abs. 2 Nr. 2 FamFG). Auf diesem Weg kann verhindert werden, dass die unmittelbare Einstellung lebenserhaltender Maßnahmen vollendete Tatsachen schafft, bevor der Rechtsweg gegen die Entscheidung des BetrG ausgeschöpft ist. Die Beschwerde zum Landgericht liefe sonst ins Leere.⁴⁸

V. Fazit

Die gesetzliche Regelung von Patientenverfügungen hat zu einer Klärung von strittigen Fragen geführt, ändert aber nicht viel an den praktischen Problemen, die mit der Anwendung von Patientenverfügungen verbunden sind. Letztlich werden in jedem Einzelfall Abwägungs- und Kommunikationsprozesse erforderlich sein, die nicht normierbar sind und zu einem erheblichen Teil vom guten Willen und der Dialogbereitschaft der Beteiligten abhängen.⁴⁹

Da viele Patienten auch in Zukunft keine Patientenverfügung erstellen werden, stellen die gesetzlichen Bestimmungen nur die Lösung eines Teilproblems dar. In der weitaus größeren Zahl der Fälle, in denen eine verbindliche Verfügung nicht vorliegt und nach der problematischen Rechtsfigur des „mutmaßlichen Willens“ oder dem „Wohl“ des Patienten entschieden werden muss, bleiben grundsätzliche

⁴⁸ Vgl. Lange, ZEV 2010, S. 539; Beermann, ZFE 2009, S. 338.

⁴⁹ Zutreffend die Einschätzung von Olzen (JR 2009, S. 361): „Eine gewisse Rechtsunsicherheit im Einzelfall kann auch ein Gesetz ... nicht verhindern.“

Fragen der rechtlichen Bewertung ärztlicher Entscheidungen am Lebensende offen.

Wie wir gesehen haben, setzt die Gesetzgebung in Deutschland hinsichtlich der medizinischen Behandlung einwilligungsunfähiger Personen primär auf eine individuelle, privatrechtliche Lösung. Das deutsche Recht geht von der Eigeninitiative und Eigenverantwortung des Patienten aus. Juristen sind in der Regel nicht an der Entscheidungsfindung beteiligt. Nur im Konfliktfall, wenn Meinungsverschiedenheiten zwischen dem rechtlichen Vertreter des Patienten und dem behandelnden Arzt, muss das BetrG das Handeln des Patientenvertreters genehmigen. Der Richter hat damit lediglich eine subsidiäre Funktion.