

IV. ALEMANIA

En sus dos primeros artículos la Ley Fundamental alemana garantiza la dignidad humana y el principio de autonomía de la voluntad de la persona.

En función de estos principios, y dejando de lado la eutanasia activa, que se encuentra proscrita por el propio Código penal alemán, todo tratamiento médico del paciente terminal, que es donde se plantean los problemas morales relacionados con dichos preceptos, necesita contar con su consentimiento, tanto si se trata de aplicar un determinado tratamiento, como para continuar uno ya iniciado.

El problema se agrava cuando dicho paciente no está en condiciones de manifestar su voluntad por sí mismo y en todo momento, en caso de enfermedad terminal. Para estos casos se regulan varias figuras: el poder preventivo (*Vorsorgevollmacht*), la figura del representante o el nombramiento de un asistente, figuras que pueden ser determinadas previamente por el propio paciente, o por un tribunal en los casos en que éste no haya tomado las precauciones oportunas; todo ello bajo la condición de respetar la facultad de autodeterminación del paciente a la hora de someterse a un tratamiento.

El nombramiento de un asistente para un paciente, en definitiva su representante legal, requiere una audiencia con el interesado y con otros familiares; requiere asimismo un dictamen médico, y siempre para el caso exclusivo de que el paciente no pueda manifestar su voluntad. El nombramiento de este asistente ha sido avalado por el propio Tribunal Supremo alemán.

Cabe igualmente la posibilidad de dar una instrucción determinada al asistente (*Betreuungsverfügung*), o disposición de última voluntad relacionada con su situación terminal. Con esta figura se excluye la necesidad de que su nombramiento se haga

por medio de un tribunal. Dicha instrucción no tiene más limitaciones que la de velar por el bienestar del otorgante. Desde finales de los años 90 viene siendo admitida la obligatoriedad de respetar las instrucciones previas.

La Sentencias del Tribunal Supremo han confirmado el 17 de marzo de 2003 y el 8 de junio de 2005 la importancia del derecho de autodeterminación en prescripciones facultativas médicas y la obligatoriedad de las instrucciones previas del paciente.

Cabe finalmente la actuación combinada de cualquiera de los medios anteriores.

Con objeto de avanzar en el estudio y análisis de la materia, en el año 2004 se crearon las siguientes instituciones:

- Grupo de trabajo constituido por el Ministerio federal de Justicia.
- Comisión de Bioética del Estado Federal de Renania del Norte Palatinado.
- Comisión de Investigación «Ética y Derecho en la medicina moderna» del Bundestag alemán.

Posteriormente presentaron sus informes sobre instrucciones previas y sus propuestas jurídicas. Comprobaron entre otras cosas hasta qué punto es necesario que las mismas tengan base jurídica y propusieron la necesidad de legislar sobre la asistencia al paciente.

También el Colegio de Médicos federal y su Comisión de Ética parten de la obligatoriedad legal para los médicos y la necesidad de atender la voluntad del paciente en caso de que éste no disponga de capacidad para decidir respecto de actuaciones médicas que les afecten.

IV.1. LEY FUNDAMENTAL DE BONN DE 1949

I. DERECHOS FUNDAMENTALES

Artículo 1 [*Protección de la dignidad humana, vinculación del poder estatal a los derechos fundamentales*]

(1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.

(2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

(3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los

poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.

Artículo 2 [*Libertad de acción, libertad de la persona*]

(1) Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otra ni atente contra el orden constitucional o la ley moral.

(2) Toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley.

IV.2. LEGISLACIÓN

Código Penal

§ 216 Tötung auf Verlangen

(1) Ist jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden, so ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen.

(2) Der Versuch ist strafbar.

§ 216. Homicidio a petición

(1) Si alguien ha pedido a otro que lo mate por medio de

expresa y seria petición, será castigado con prisión de seis meses a cinco años.

(2) *La tentativa es punible.*

§ 129 Öffentliche Beglaubigung

(1) Ist durch Gesetz für eine Erklärung öffentliche Beglaubigung vorgeschrieben, so muss die Erklärung schriftlich abgefasst und die Unterschrift des Erklärenden von einem Notar beglaubigt werden. Wird die Erklärung von dem Aussteller mittels Handzeichens unterzeichnet, so ist die im § 126 Abs. 1 vorgeschriebene Beglaubigung des Handzeichens erforderlich und genügend.

(2) Die öffentliche Beglaubigung wird durch die notarielle Beurkundung der Erklärung ersetzt.

Código civil

§ 1901 Umfang der Betreuung, Pflichten des Betreuers

(4) Innerhalb seines Aufgabenkreises hat der Betreuer dazu beizutragen, dass Möglichkeiten genutzt werden, die Krankheit oder Behinderung des Betreuten zu beseitigen, zu bessern, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder ihre Folgen zu mildern. Wird die Betreuung berufsmäßig geführt, hat der Betreuer in geeigneten Fällen auf Anordnung des Gerichts zu Beginn der Betreuung einen Betreuungsplan zu erstellen. In dem Betreuungsplan sind die Ziele der Betreuung und die zu ihrer Erreichung zu ergreifenden Maßnahmen darzustellen.

§ 1904 Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bei ärztlichen Maßnahmen

(1) Die Einwilligung des Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, wenn die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet. Ohne die Genehmigung darf die Maßnahme nur durchgeführt werden, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist.

(2) Absatz 1 gilt auch für die Einwilligung eines Bevollmächtigten. Sie ist nur wirksam, wenn die Vollmacht schriftlich erteilt ist und die in Absatz 1 Satz 1 genannten Maßnahmen ausdrücklich umfasst.

IV.3. DOCUMENTACIÓN PARLAMENTARIA

Pregunta de un diputado en el Bundestag al Ministro de Sanidad sobre las instrucciones previas
Contestación el 31.03.2008

Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts
Proposición de ley presentada por varios diputados al Bundestag
Proyecto de una Tercera Ley de Modificación del Derecho de Asistencia

Antrag der verschiedenen Abgeordneten Renate Künast, ...und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Leben am Lebensende – Bessere Rahmenbedingungen für Schwerkranke und Sterbende schaffen
Moción de varios diputados y del grupo parlamentario Bündnis 90/ Die Grünen para enfermos terminales y muy graves
Vivir al final de la vida - Mejora de las condiciones marco

Antrag der verschiedenen Abgeordneten Eberhard Gienger, ...und der Fraktion der SPD
Einrichtung eines Parlamentarischen Beirats zu Fragen der Ethik insbesondere in den Lebenswissenschaften (Ethikbeirat)
Moción de varios diputados y del grupo parlamentario SPD
Creación de un Consejo parlamentario para las cuestiones de ética, especialmente en lo referente a la vida

Antrag der verschiedenen Abgeordneten Michael Kauch, ... und der Fraktion der FDP
Patientenverfügungen neu regeln – Selbstbestimmungsrecht und Autonomie von nichteinwilligungsfähigen Patienten stärken
Moción de varios diputados y del grupo parlamentario FDP
Nueva regulación de las instrucciones previas del paciente- Fortalecer el derecho de autodeterminación y autonomía de los pacientes no capacitados para dar el consentimiento

Pregunta de un diputado en el Bundestag al Ministro de Sanidad sobre las instrucciones previas

Contestación el 31.03.2008

14. Abgeordneter Josef Philip Winkler
(BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN)

Trifft es zu, dass die Hinterlegung von Patientenverfügungen je nach Bundesland unterschiedlich geregelt ist, und wenn ja, trifft die folgende Auflistung aus der Zeitschrift „Humanes Leben – Humanes Sterben“ (1/2008) zu:

„Liegt im Ermessen der Vormundschaftsgerichte bzw. Notariate: Baden-Württemberg,

Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz

Nicht möglich: Bayern, Berlin, Hamburg, Schleswig-Holst-

ein Möglich: Bremen, Hessen, Niedersachsen Möglich, Verwahrungspflicht: Sachsen, Sachsen- Anhalt, Thüringen
Keine Richtlinie vorhanden: Brandenburg, Saarland»?

Antwort der Bundesministerin Brigitte Zypries vom 31. März 2008

Spezielle Regelungen zur Hinterlegung von Patientenverfügungen sind der Bundesregierung nicht bekannt. In einigen Ländern können aber bei den Amtsgerichten Betreuungsverfügungen hinterlegt werden, so beispielsweise in Baden-Württemberg (in Württemberg bei den Notariaten) und Sachsen. In diesen Fällen kann es dann auch zur Hinterlegung einer Patientenverfügung kommen, wenn diese integrierter Bestandteil einer Betreuungsverfügung ist. Außerdem gibt es die Möglichkeit, Vorsorgevollmachten und damit verbundene Betreuungs oder Patientenverfügungen beim Zentralen Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer registrieren zu lassen. Eine Hinterlegung ist beim Zentralen Vorsorgeregister nicht möglich. Nach den Erkenntnissen der Bundesregierung beruht die genannte Auflistung in der Zeitschrift „Humanes Leben – Humanes Sterben“ auf einer Umfrage der Deutschen Gesellschaft für Humanes Sterben e. V. bei den Landesjustizverwaltungen.

Proposición de ley presentada por varios diputados al Bundestag

Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts
Proyecto de una Tercera Ley de Modificación del Derecho de Asistencia

Deutscher Bundestag Drucksache 16/8442
16. Wahlperiode 06. 03. 2008
16^a Legislatura 06.03.08

Gesetzentwurf der Abgeordneten Joachim Stünker, Michael Kauch, Dr. Lukrezia **Jochimsen**, Jerzy Montag, Dr. Karl Ad-dicks, Kerstin Andreae, Ingrid Arndt-Brauer, Rainer Arnold, Sabine Bätzing, Daniel Bahr (Münster), Doris Barnett, Dr. Hans-Peter Bartels, Sören Bartol, Dr. Dietmar Bartsch, Marieluise Beck (Bremen), Uwe Karl Beckmeyer, Birgitt Bender, Klaus Uwe Benneter, Dr. Axel Berg, Ute Berg, Petra Bierwirth, Karin Binder, Dr. Lothar Bisky, Heidrun Bluhm, Clemens Bollen, Gerd Friedrich Bollmann, Alexander Bonde, Bernhard Brinkmann (Hildesheim), Rainer Brüderle, Angelika Brunkhorst, Edelgard Bulmahn, Dr. Martina Bunge, Ulla Burchardt, Mar-

tin Burkert, Marion Caspers-Merk, Roland Claus, Dr. Peter Danckert, Ekin Deligöz, Patrick Döring, Dr. Carl-Christian Dressel, Dr. Thea Dückert, Garrelt Duin, Mechthild Dyckmans, Sebastian Edathy, Siegmund Ehrmann, Dr. Uschi Eid, Dr. Dagmar Enkelmann, Petra Ernstberger, Jörg van Essen, Karin Evers-Meyer, Annette Faße, Hans-Josef Fell, Elke Ferner, Ulrike Flach, Gabriele Fograscher, Rainer Fornahl Gabriele Frechen, Dagmar Freitag, Paul Friedhoff, Horst Friedrich (Bayreuth), Kai Gehring, Dr. Edmund Peter Geisen, Dr. Wolfgang Gerhardt, Iris Gleicke, Günter Gloser, Hans-Michael Goldman, Diana Golze, Renate Gradistanac, Angelika Graf (Rosenheim), Dieter Grasedieck, Monika Griefahn, Kerstin Griese, Gabriele Groneberg, Wolfgang Grotthaus, Miriam Gruß, Joachim Günther (Plauen), Dr. Gregor Gysi, Hans-Joachim Hacker, Bettina Hagedorn, Anja Hajduk, Alfred Hartenbach, Nina Hauer, Heinz-Peter Hausteil, Dr. Barbara Hendricks, Bettina Herlitzius, Stephan Hilsberg, Priska Hinz (Herborn), Bärbel Höhn, Dr. Barbara Höll, Iris Hoffmann (Wismar), Birgit Homburger, Klaas Hübner, Christel Humme, Johannes Kahrs, Dr. h. c. Susanne Kastner, Ulrich Kelber, Hellmut Königshaus, Fritz Rudolf Körper, Dr. Bärbel Kofler, Walter Kolbow, Gudrun Kopp, Jürgen Koppelin, Sylvia Kotting-Uhl, Rolf Kramer, Anette Kramme, Nicolette Kressl, Volker Kröning Dr. Hans-Ulrich Krüger, Jürgen Kucharczyk, Helga Kühn-Mengel, Dr. Uwe Küster, Ute Kumpf, Katrin Kunert, Oskar Lafontaine, Christine Lambrecht, Christian Lange (Backnang), Sibylle Laurischk, Harald Leibrecht, Ina Lenke, Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, Markus Löning, Gabriele Lösekrug-Moeller, Dr. Gesine Löttsch, Nicole Maisch, Caren Marks, Katja Mast, Ulrich Maurer, Horst Meierhofer, Dorothee Menzner, Ulrike Merten, Dr. Matthias Miersch, Kornelia Möller, Jan Mücke, Detlef Müller (Chemnitz), Kerstin Müller (Köln), Burkhardt Müller-Sönksen, Gesine Multhaupt, Kersten Naumann, Wolfgang Neskovic, Dirk Niebel, Thomas Oppermann, Holger Ortel, Hans-Joachim Otto (Frankfurt), Dr. Norman Paech, Detlef Parr, Gisela Piltz, Johannes Pflug, Joachim Poß, Christoph Pries, Mechthild Rawert, Steffen Reiche (Cottbus), Maik Reichel, Dr. Carola Reimann, Christel Riemann-Hanewinkel, Jörg Rohde, Karin Roth (Esslingen), Ortwin Runde, Krista Sager, Frank Schäffler, Elisabeth Scharfenberg, Christine Scheel, Bernd Scheelen, Irmingard Schewe-Gerigk, Marianne Schieder, Dr. Konrad Schily, Ulla Schmidt (Aachen), Olaf Scholz, Dr. Herbert Schui, Swen Schulz (Spandau), Marina Schuster, Dr. Angelica Schwall-Düren, Dr. Martin Schwanholz, Rolf Schwanitz, Rita Schwarzelühr-Sutter, Dr. Petra Sitte, Dr. Hermann Otto Solms, Dr. Margrit Spielmann, Frank Spieth, Dr. Max Stadler, Rainer Steenblock, Dieter Steinecke, Dr. Rainer Stinner, Rolf Stöckel, Silke Stokar von Neuforn, Christoph Strässer, Hans-Christian Ströbele, Dr. Peter Struck, Joerg Tauss, Jella Teuchner, Franz Thönnnes, Florian Toncar, Hedi Wegener, Petra Weis, Dr. Rainer Wend, Lydia Westrich, Dr. Margrit Wetzel, Andrea Wicklein, Dr. Dieter Wiefelspütz, Wolfgang Wieland, Hartfrid Wolff (Rems-Murr), Heidi Wright, Jörn Wunderlich, Martin Zeil, Sabine Zimmermann, Manfred Helmut Zöllmer, Brigitte Zypries.

**ENTWURF EINES DRITTEN GESETZES ZUR
ÄNDERUNG DES BETREUUNGSRECHTS
PROYECTO DE UNA TERCERA LEY DE
MODIFICACIÓN DEL DERECHO DE ASISTENCIA**

A. Problem

Viele Menschen wollen die Gewissheit haben, dass sie über die Art und Weise ihrer medizinischen Behandlung selbst bestimmen können, wenn sie infolge einer Krankheit oder eines Unfalles ihre Entscheidungsfähigkeit verloren haben. In ers-

ter Linie ist es dazu wichtig, alle verfügbaren Kommunikationswege und Vorsorgemöglichkeiten zu nutzen. Dazu dient die Vorsorgevollmacht, mit der ein Bevollmächtigter beauftragt wird, im Sinne des Betroffenen zu handeln. Weiterhin ist ein vertrauensvolles Gespräch mit dem Arzt und nahestehenden Personen sinnvoll. Zudem ist vor allem mit der Patientenverfügung ein solcher Kommunikationsweg eröffnet. Dieser wird von den Bürgerinnen und Bürgern zunehmend genutzt.

Die Patientenverfügung ist deshalb bereits jetzt in der Praxis von großer Bedeutung für die Verwirklichung des in Artikel 1 und 2 des Grundgesetzes verankerten Selbstbestimmungsrechts jedes Menschen. Fragen der rechtlichen Verbindlichkeit und des Umganges mit Patientenverfügungen werden seit einigen Jahrzehnten intensiv diskutiert.

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat mit seinen Beschlüssen vom 17. März 2003 (BGHZ 154, 205) und vom 8. Juni 2005 (BGHZ 163, 195) die Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts bei ärztlichen Maßnahmen und die Verbindlichkeit einer Patientenverfügung bestätigt. Auch die Bundesärztekammer geht in ihren Grundsätzen zur Sterbebegleitung vom 7. Mai 2004 sowie in ihren Empfehlungen zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung vom 27. März 2007 von der Verbindlichkeit einer Patientenverfügung für Ärztinnen und Ärzte und der Beachtung des Patientenwillens auch nach eingetretener Einwilligungsunfähigkeit bei allen medizinischen Behandlungen aus.

Dennoch besteht in der Praxis zum Teil noch Verunsicherung im Umgang mit Patientenverfügungen. Das betrifft insbesondere ihre Bindungswirkung und Geltung in allen Stadien einer Erkrankung. Bürgerinnen und Bürger fordern die Achtung ihrer Würde und ihres Selbstbestimmungsrechts bei ärztlichen Behandlungen in allen Lebensphasen. Zudem fehlt bislang eine gesetzliche Regelung, wann besonders schwerwiegende Entscheidungen eines Betreuers oder Bevollmächtigten vom Vormundschaftsgericht genehmigt werden müssen. Es besteht also dringender gesetzlicher Handlungsbedarf.

Ziel des Gesetzentwurfs ist es, durch eine gesetzliche Regelung der Patientenverfügung für alle Beteiligten mehr Rechtssicherheit zu schaffen. Es soll sichergestellt werden, dass der das Betreuungsrecht prägende Grundsatz der Achtung des Selbstbestimmungsrechts entscheidungsunfähiger Menschen auch bei medizinischen Behandlungen beachtet wird.

B. Lösung

Der Entwurf sieht vor:

- Das Rechtsinstitut Patientenverfügung wird im Betreuungsrecht verankert und die Schriftform als Wirksamkeitsvoraussetzung eingeführt.

- Die Aufgaben eines Betreuers oder Bevollmächtigten beim Umgang mit einer Patientenverfügung und bei Feststellung des Patientenwillens werden geregelt und dabei klargestellt, dass der Wille des Betroffenen unabhängig von Art und Stadium der Erkrankung zu beachten ist.

- Festlegungen in einer Patientenverfügung, die auf eine verbotene Tötung auf Verlangen gerichtet sind, bleiben unwirksam.

- Besonders schwerwiegende Entscheidungen eines Betreuers oder Bevollmächtigten über die Einwilligung, Nichteinwilligung oder den Widerruf der Einwilligung in ärztliche Maßnahmen bedürfen bei Zweifeln über den Patientenwillen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

- Der Schutz des Betroffenen wird durch verfahrensrechtliche Regelungen sichergestellt.

C. Alternativen

Keine. Ohne eine gesetzliche Regelung würden die in der Praxis beim Umgang mit Patientenverfügungen bestehenden

Unsicherheiten fortbestehen. Eine gesetzliche Regelung, die den Willen des Betroffenen in bestimmten Stadien einer Erkrankung für unbeachtlich erklärt und anstelle des Entscheidungsrechts des Betroffenen oder seines Vertreters den ärztlichen Befund zum Maßstab für die Zulässigkeit der Durchführung einer ärztlichen Maßnahme erhebt („Reichweitenbegrenzung“), würde den Kranken zwingen, sich medizinischen Eingriffen zu unterwerfen, die gegen seinen Willen und ungeachtet damit verbundener gesundheitlicher Risiken durchzuführen wären. Das wäre ein erheblicher Rückschritt gegenüber der geltenden Rechtslage und würde massiven rechtlichen Bedenken begegnen.

D. Finanzielle Auswirkungen auf die öffentlichen Haushalt

Die vorgeschlagene Regelung zur Genehmigungsbedürftigkeit von Entscheidungen eines Betreuers entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs seit dem Jahr 2003 und hat bislang nicht zu einem Anstieg der Genehmigungsverfahren geführt. Vor diesem Hintergrund ist auch durch die Erweiterung der Genehmigungsbedürftigkeit von Entscheidungen des Bevollmächtigten bei bestimmten ärztlichen Maßnahmen nicht mit einer substantiierbaren Kostensteigerung zu rechnen.

E. Sonstige Kosten

Keine Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts vom ...

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1 Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. In der Inhaltsübersicht wird die Angabe zu § 1901a durch folgende Angaben ersetzt:

„§ 1901a Patientenverfügung

§ 1901b Schriftliche Betreuungswünsche».

2. Nach § 1901 wird folgender § 1901a eingefügt:

„§ 1901a Patientenverfügung

(1) 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. Eine Patientenverfügung kann jederzeit formlos widerrufen werden.

(2) Liegt keine Patientenverfügung vor oder treffen die Festlegungen einer Patientenverfügung nicht auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zu, hat der Betreuer unter Beachtung des mutmaßlichen Willens des Betreuten zu entscheiden, ob er in eine ärztliche Maßnahme nach Absatz 1 einwilligt oder sie untersagt. Der mutmaßliche Wille ist aufgrund konkreter Anhaltspunkte zu ermitteln. Zu berücksichtigen sind insbesondere frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen, ethische oder religiöse Überzeugungen, sonstige persönliche Wertvorstellungen und das Schmerzempfinden des Betreuten. Um solche Anhaltspunkte zu ermitteln, soll der Betreuer nahen Angehörigen und sonstigen Vertrauenspersonen des Betreuten Gelegenheit zur Äußerung geben, sofern dies ohne erhebliche Verzögerung möglich ist.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten unabhängig von Art und Stadium einer Erkrankung des Betreuten.

(4) Die Absätze 1 bis 3 gelten auch für Bevollmächtigte.»

3. Der bisherige § 1901a wird § 1901b.

4. § 1904 wird wie folgt gefasst:

„§ 1904 Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bei ärztlichen Maßnahmen

(1) Die Einwilligung des Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, wenn die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet. Ohne die Genehmigung darf die Maßnahme nur durchgeführt werden, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist.

(2) Die Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung des Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, wenn die Maßnahme medizinisch angezeigt ist und die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund des Unterbleibens oder des Abbruchs der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet.

(3) Die Genehmigung nach Absatz 1 und 2 ist zu erteilen, wenn die Einwilligung, die Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung dem Willen des Betreuten entspricht.

(4) Eine Genehmigung nach Absatz 1 und 2 ist nicht erforderlich, wenn zwischen Betreuer und behandelndem Arzt Einvernehmen darüber besteht, dass die Erteilung, die Nichterteilung oder der Widerruf der Einwilligung dem Willen des Betreuten entspricht.

(5) Die Absätze 1 bis 4 gelten auch für einen Bevollmächtigten. Er kann in eine der in Absatz 1 Satz 1 oder Absatz 2 genannten Maßnahmen nur einwilligen, nicht einwilligen oder die Einwilligung widerrufen, wenn die Vollmacht diese Maßnahmen ausdrücklich umfasst und schriftlich erteilt ist.»

Artikel 2

Änderung des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 315-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. § 67 Abs. 1 Satz 5 wird wie folgt gefasst:

„Die Bestellung ist stets erforderlich, wenn Gegenstand des Verfahrens die Genehmigung einer Einwilligung des Betreuers in eine Sterilisation (§1905 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) oder die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach Maßgabe des § 1904 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist.»

2. § 69d Abs. 2 wird wie folgt gefasst:

„(2) Vor der Entscheidung über eine Genehmigung nach § 1904 Abs. 1 und 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs hat das Gericht das Gutachten eines Sachverständigen einzuholen. Sachverständiger und ausführender Arzt sollen in der Regel nicht personengleich sein. § 68a Satz 3 und 4 gilt entsprechend. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach § 1904 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs wird erst zwei Wochen nach Bekanntgabe an den Betreuer oder Bevollmächtigten sowie an den Verfahrenspfleger wirksam.»

3. § 69g Abs. 1 Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„Die Beschwerde gegen die Bestellung eines Betreuers von Amts wegen, die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts, die Entscheidung, durch die die Bestellung eines Betreuers oder die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts abgelehnt wird, und die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts über die Genehmigung bei ärztlichen Maßnahmen gemäß § 1904 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs steht unbeschadet des § 20 dem Ehegatten des Betroffenen, dem Lebenspartner des Betroffenen, denjenigen, die mit dem Betroffenen in gerader Linie verwandt oder verschwägert, in der Seitenlinie bis zum dritten Grad verwandt sind sowie der zuständigen Behörde zu.»

Artikel 3 Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am Tage nach der Verkündung in Kraft.
Berlin, den 6. März 2008

Begründung A. Allgemeines

1. Ausgangslage

a) Problem

Moderne Möglichkeiten der Krankheitsbehandlung, Lebensrettung und Lebensverlängerung werden von vielen Menschen dankbar angenommen, da sie ihnen die Lebenszeit verlängern. Eine umfassende Palliativmedizin sichert auch bis ans ebensende eine größtmögliche Lebensqualität.

Die zunehmende Abhängigkeit des Sterbeprozesses von den medizinischen Möglichkeiten lassen den Tod längst nicht mehr nur als schicksalhafter Ereignis erscheinen, sondern als Ergebnis einer von Menschen getroffenen Entscheidung. Auch bei Krankheitszuständen, bei denen der Patient noch vor nicht allzu vielen Jahren verstarb, kann ein Weiterfunktionieren des Organismus aufrechterhalten werden. Viele Menschen verbinden mit diesen medizinischen Möglichkeiten nicht nur größere Erwartungen, sondern auch Befürchtungen vor einer Übertherapie, insbesondere im Hinblick auf eine Sterbens- und Leidensverlängerung. Zu der Angst vor dem eigenen Tod ist die Angst hinzugekommen, ohne Möglichkeit der Einflussnahme einem hoch technisierten und unpersönlichen Gesundheitsbetrieb ausgeliefert zu sein, in dem der Sieg über den Tod ungeachtet der Qualität des erhaltenen Lebens als Ziel definiert wird. Eine individuelle, an den Wünschen und Werten des Patienten orientierte Behandlung nimmt den Patienten mit all seinen Nöten und Sorgen wahr. Das ist eine wesentliche Grundlage für das Vertrauensverhältnis zwischen dem Arzt und dem Patienten, das bei schweren Krankheiten und am Lebensende besonders bedeutsam ist. Obwohl Ärzte ihren Patienten zur Seite stehen und sie ausführlich beraten, kann eine medizinische Maßnahme vom Patienten nicht oder nicht mehr gewünscht sein. Auch Ärzte stehen oft vor schwierigen Entscheidungen. Die Wünsche und Wertvorstellungen des Patienten zu kennen, um eine daran ausgerichtete Behandlung zu ermöglichen, ist deshalb sowohl für die Ärzte als auch die Patienten gerade bei schwersten Erkrankungen und in Grenzsituationen des Lebens von großer Bedeutung. Kann der Patient in der konkreten Situation nicht mehr gefragt werden, weil er wegen seiner Krankheit nicht mehr in der Lage ist, sich einen Willen zu bilden, müssen andere Kommunikationswege genutzt werden. Neben der Vorsorgevollmacht ist die Patientenverfügung dafür ein geeignetes Instrument. Ärzte, Patienten, ihre Angehörigen und ihre rechtlichen Vertreter brauchen Klarheit im Umgang mit Patientenverfügungen, die in der Praxis nicht immer gegeben ist.

b) Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit ärztlicher Eingriffe

Für die medizinische Behandlung eines Menschen gilt, wie in jeder Lebensphase auch am Lebensende, dass der Patient entscheidet, ob er ärztliche Hilfe in Anspruch nehmen will. Der Arzt trägt die Verantwortung für eine fachgerechte Untersuchung, Diagnose und Indikation für oder gegen eine bestimmte Behandlung und klärt den Patienten hierüber auf. Auf dieser Grundlage entscheidet der Patient eigenständig, ob er in die Behandlung einwilligt. Die Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme bedarf immer der ärztlichen Aufklärung, es sei denn, dass der Patient darauf ausdrücklich verzichtet hat. Die Ablehnung einer ärztlichen Maßnahme ist unabhängig von einer ärztlichen Aufklärung wirksam.

Aus dem verfassungsrechtlich geschützten Selbstbestimmungsrecht des Menschen folgt, dass weder die Krankheit noch der ärztliche Heilauftrag ein eigenständiges Behandlungsrecht des Arztes begründen. Für die Rechtmäßigkeit eines ärztlichen Eingriffs ist vielmehr die Einwilligung des Patienten erforderlich. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Entscheidung des Patienten aus medizinischer Sicht als vernünftig oder unvernünftig anzusehen ist. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des für das Arzthaftungsrecht zuständigen

VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, dass die Wahrung der persönlichen Entscheidungsfreiheit des Patienten nicht durch das begrenzt werden darf, was aus ärztlicher oder objektiver Sicht erforderlich oder sinnvoll wäre (z.B. Urteil v. 18. März 2003, NJW 2003, 1862f.). Deshalb muss die Einwilligung des Patienten vor Beginn der Behandlung eingeholt werden.

In Notfällen, in denen weder der Patientenwille bekannt noch ein Vertreter vorhanden ist und die Behandlung keinen Aufschub duldet, kann der Arzt medizinisch indizierte Behandlungen bis zur Abwendung des Notfalls durchführen. Erteilt der Patient seine Einwilligung nicht oder widerruft er seine Einwilligung, ist eine Behandlung oder Weiterbehandlung rechtswidrig. Sie kann als Körperverletzung strafrechtliche Sanktionen nach sich ziehen sowie Schadensersatzansprüche begründen. Andererseits verleiht das Selbstbestimmungsrecht dem Patienten keinen Anspruch auf eine medizinische Behandlung, die aus ärztlicher Sicht nicht indiziert ist.

Fragen der ärztlichen Indikation einer Behandlung und der Einwilligung des Patienten sind daher im Zusammenhang zu sehen. Für Behandlungen am Lebensende ist dies von besonderer Bedeutung: Hat bei einem Patienten der Sterbeprozess bereits eingesetzt, sind lebensverlängernde Behandlungen in der Regel nicht mehr medizinisch indiziert; die Behandlung besteht dann aus Hilfe und Begleitung im Sterbeprozess. Hat der Sterbeprozess dagegen noch nicht eingesetzt und ist eine lebenserhaltende Behandlung aus ärztlicher Sicht (noch) indiziert, entscheidet der Patient mit seiner Einwilligung oder Nichteinwilligung darüber, ob die Behandlung vorgenommen werden darf.

c) Beibehaltung der strafrechtlichen Grenzen zulässiger Sterbehilfe

Sowohl die Hilfe und Begleitung im Sterbeprozess als auch das Recht, einen medizinischen Eingriff ablehnen zu können, sind streng von einer Tötung auf Verlangen zu unterscheiden, die zu Recht nach § 216 des Strafgesetzbuchs verboten ist. Das gilt selbstverständlich auch für Festlegungen in einer Patientenverfügung: Eine nach § 216 des Strafgesetzbuchs verbotene Tötung auf Verlangen kann weder von einem einwilligungsfähigen Patienten noch in einer Patientenverfügung wirksam gefordert werden. Die Nichteinwilligung oder der Widerruf einer zuvor erklärten Einwilligung in eine ärztliche Behandlung sind als rechtsgeschäftsähnliche Handlungen zu qualifi-

zieren (BGH NJW 80, 1903). Sie sind als solche den rechtlichen Grenzen unterworfen, die für alle Willenserklärungen gelten. Dies gilt insbesondere für gesetzliche Verbote (§ 134 BGB). Die Rechtsordnung bildet in ihren Teilbereichen Zivil- und Strafrecht eine Einheit, bei der die Teilbereiche aufeinander einwirken. Deshalb kann der Patient vom Arzt keine strafbare Handlung verlangen.

Die Kommunikation zwischen Arzt und Patient ist gerade angesichts der Komplexität moderner Behandlungsmöglichkeiten in jeder Phase der Behandlung bedeutsam. Der Wille des Patienten kann zum einen die Art der indizierten Therapie beeinflussen und ist zum anderen entscheidend dafür, ob die Therapie durchgeführt werden darf oder nicht. Ist der Patient krankheitsbedingt nicht in der Lage, in der aktuellen Situation zu entscheiden, muss die Rechtsordnung klare Maßstäbe bereithalten, wer in einer solchen Situation eine Entscheidung treffen kann, an welchen Maßstäben diese auszurichten ist und wie diese Entscheidung gegebenenfalls umgesetzt werden kann.

d) Vorsorge durch eine Patientenverfügung

Patientenverfügungen, in denen für den Fall der Entscheidungsunfähigkeit vorsorglich Festlegungen zur Durchführung oder Unterlassung bestimmter medizinischer Maßnahmen in bestimmten Situationen getroffen werden, haben als Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts zunehmende Bedeutung erlangt. Eine Emnid-Umfrage aus dem Jahr 2000 ergab, dass 81% der Befragten für den Fall ihrer Entscheidungsunfähigkeit vorsorgen wollen. Nach einer Schätzung der Deutschen Hospiz Stiftung aus dem Jahr 2005 haben bereits ca. 8,6 Mio Menschen eine Patientenverfügung verfasst. Verunsicherungen bestehen in der Praxis insbesondere hinsichtlich der Ausgestaltung und Verbindlichkeit.

Fragen der Ausgestaltung, der Verbindlichkeit und der Notwendigkeit von Vorgaben für Patientenverfügungen werden seit einigen Jahrzehnten rechtspolitisch diskutiert. Während Befürworter der Patientenverfügung die strikte Beachtung des in der Patientenverfügung niedergelegten Willens fordern, vertreten die Gegner solcher vorsorgender Verfügungen die Ansicht, dass eine Patientenverfügung nur als Anhaltspunkt für die Bestimmung des mutmaßlichen Patientenwillens anzusehen sei. Seit Ende der 90er Jahre werden Patientenverfügungen aber zunehmend anerkannt. Mit seinem Beschluss vom 17. März 2003 hat der XII. Zivilsenat des BGH (BGHZ 154, 205) schließlich die Verbindlichkeit des in einer Patientenverfügung geäußerten Willens bestätigt. Die Grundsätze und Empfehlungen der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung (2004) und zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung (2007) gehen gleichfalls von der Verbindlichkeit einer Patientenverfügung aus. Der Arzt ist an den in einer Patientenverfügung geäußerten Willen gebunden, wenn die anstehende Behandlungssituation derjenigen entspricht, die der Patient in der Verfügung beschrieben hat und keine Anhaltspunkte für eine nachträgliche Willensänderung erkennbar sind.

2. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Regelungen zu Heilbehandlungen und anderen ärztlichen Maßnahmen müssen dem Selbstbestimmungsrecht des Menschen gerecht werden und dem Schutz des Lebens und der Gesundheit des Menschen dienen.

Das Selbstbestimmungsrecht des Menschen findet seine Grundlage sowohl in Artikel 2 Abs. 2 des Grundgesetzes (Recht auf körperliche Unversehrtheit) als auch in Artikel 2 Abs. 1 i.V.m. Artikel 1 Abs. 1 des Grundgesetzes (allgemeines Persönlichkeitsrecht). Es schließt das Recht zur Selbstgefährdung bis hin zur Selbstaufgabe und damit auch auf Ablehnung lebensverlängernder Maßnahmen unabhängig von der ärztlichen Indikation der Behandlung ein:

„Das Erfordernis der Einwilligung auch zu diagnostischen, zu vorbeugenden und zu Heileingriffen hat seine normative Wurzel in den grundlegenden Verfassungsprinzipien, die zu Achtung und Schutz der Würde und der Freiheit des Menschen und seines Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit verpflichten, Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs.1, 2 Satz 1 GG. (...) Die Bestimmung über seine leiblich-seelische Integrität gehört zum ureigensten Bereich der Persönlichkeit des Menschen. In diesem Bereich ist er aus der Sicht des Grundgesetzes frei, seine Maßstäbe zu wählen und nach ihnen zu leben und zu entscheiden. Eben diese Freiheit zur Selbstbestimmung wird – auch gegenüber der normativen Regelung ärztlicher Eingriffe zu Heilzwecken – durch Art. 2 Abs.2 Satz 1 GG besonders hervorgehoben und verbürgt. Denn auch der zu Heilzwecken vorgenommene Eingriff tastet die leibliche und gegebenenfalls auch seelische Integrität des Menschen an» (vgl. BVerfGE 52, 131 ff., 173, 175 – abw. Meinung).

Zum Recht auf Selbstbestimmung gehört auch, Entscheidungen für die Zeit zu treffen, in denen man etwa nach einem Unfall oder bei schwerer Krankheit nicht mehr entscheidungsfähig ist. Das Selbstbestimmungsrecht wäre entscheidend entwertet, wenn es Festlegungen für zukünftige Konfliktlagen, in denen der Patient aktuell nicht mehr entscheiden kann, nicht umfassen würde. Zu solchen Festlegungen gehören die Bestimmung einer Person, die anstelle des Patienten entscheiden soll (Vorsorgevollmacht), sowie konkrete Behandlungsentscheidungen, die in einer Patientenverfügung genannt sind.

Das Selbstbestimmungsrecht endet nicht mit dem Verlust der Einwilligungsfähigkeit. Entscheidungen, die im Zustand der Einwilligungsfähigkeit getroffen werden, entfalten ihre Bindungswirkung auch über den Verlust der Einwilligungsfähigkeit hinaus. Ein in einer Patientenverfügung zum Ausdruck kommender Wille ist wie bei einer aktuellen Entscheidung bindend, wenn- der Verfasser Festlegungen gerade für diejenige Lebens- und Behandlungssituation getroffen hat, die nun zu entscheiden ist, - der Wille nicht auf ein Verhalten gerichtet ist, das einem gesetzlichen Verbot unterliegt,

- der Wille in der Behandlungssituation noch aktuell ist und
- keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Patientenverfügung durch äußeren Druck oder aufgrund eines Irrtums zustande gekommen ist.

Dies gilt nicht nur dann, wenn ein Mensch bereits im Sterben liegt und die vom Patienten abgelehnte Heilbehandlung nur noch den Eintritt des Todes hinauszögern könnte. Der Mensch hat während seines gesamten Lebens Anspruch auf Achtung seines Selbstbestimmungsrechts. Er darf eine Heilbehandlung auch dann ablehnen, wenn sie eine ohne Behandlung zum Tode führende Krankheit besiegen oder den Eintritt des Todes weit hinausschieben könnte (vgl. auch Einzelbegründung zu § 1901a Absatz 3 BGB-E).

Das Selbstbestimmungsrecht gilt aber nicht schrankenlos. Die Rechtsordnung verbietet die Tötung menschlichen Lebens. Der Staat ist zum Schutz des Lebens verpflichtet. Damit ist die Tötung auf Verlangen – und nichts anderes ist die sogenannte aktive Sterbehilfe -verboten. Davon strikt zu unterscheiden ist die Ablehnung einer medizinischen Maßnahme oder die Untersagung ihrer Fortführung in einer Patientenverfügung. Die Achtung dieses Willens in Form des Unterlassens einer Behandlung, einschließlich ihres Abbruchs, ist in diesen Fällen weder verboten noch ethisch zu missbilligen, weil die einen Eingriff legitimierende Einwilligung des Betroffenen gerade fehlt. Der Staat hat in diesen Fällen weder das Recht noch die Pflicht zum Schutze des Menschen vor sich selbst. Jeder Mensch hat dem Staat gegenüber zwar ein Lebensrecht, jedoch keine Lebenspflicht.

Die strafrechtliche Rechtsprechung zieht die Grenze zwischen strafbarer Tötung auf Verlangen und den zulässigen Formen der Sterbehilfe unter Wahrung des Lebensschutzes wie

des Selbstbestimmungsrechts des Patienten. Sie stützt sich dabei maßgeblich auf dessen geäußerten oder mutmaßlichen Willen. Die gesetzliche Regelung der Patientenverfügung verschiebt diese Grenze nicht, sondern klärt die Beachtung des Selbstbestimmungsrechts bei solchen Verfügungen.

Da sich der nicht mehr einwilligungsfähige Patient in der Regel nicht mehr äußern kann, ist ein Dialog zwischen den an der Behandlung Beteiligten erforderlich, in dem über die Vornahme ärztlicher Maßnahmen entschieden wird. Dieser Prozess hat soweit wie möglich die Durchsetzung des zu einem früheren Zeitpunkt geäußerten Patientenwillens zu sichern.

Gleichzeitig muss er die sich aus Artikel 2 Abs. 2 des Grundgesetzes ergebende Pflicht des Staates umsetzen, das Leben und die körperliche Unversehrtheit des Menschen zu schützen. Dies bedeutet keinen Widerspruch. Die staatlichen Verpflichtungen richten sich nicht gegen den Menschen und seine selbstbestimmte Entscheidung, auch wenn diese sich gegen lebensverlängernde oder gesundheitserhaltende Maßnahmen richtet. Vielmehr gewährleisten der Dialog zwischen den an der Behandlung Beteiligten und im Konfliktfall das vormundschaftsgerichtliche Verfahren, dass der Patientenwille sorgfältig ermittelt wird. Damit wird dafür Sorge getragen, dass das Leben geschützt und eine Heilbehandlung nicht deshalb unterlassen wird, weil eine Patientenverfügung nicht der aktuellen Lebens- und Behandlungssituation entspricht, eine nicht mehr aktuelle Patientenverfügung der Entscheidung zugrunde gelegt oder eine Willensäußerung beachtet wird, die nicht aus freien Stücken abgegeben worden ist.

3. Geltendes Recht

Patientenverfügungen enthalten Entscheidungen über gewünschte oder abgelehnte ärztliche Maßnahmen für den Fall der Entscheidungsunfähigkeit des Verfassers. Sie richten sich an alle am Behandlungsprozess Beteiligten und sind damit auch maßgeblich für das Handeln eines Vertreters zur Wahrnehmung der dem Betroffenen zustehenden Rechte. Die Patientenverfügung ist bislang nicht gesetzlich verankert.

a) Behandlungsgrundsätze

Das Selbstbestimmungsrecht des Menschen ist seit der Aufklärung ein hohes Gut. Respekt vor der Autonomie des Patienten gilt – unabhängig von der jeweiligen Begründung – als zentrales medizinethisches Prinzip. Teilbereiche der Selbstbestimmung des Patienten in der Medizin sind u.a. Vertraulichkeit, Einwilligung nach Aufklärung, das Recht auf Information und Wahrhaftigkeit durch den Arzt. Dazu gehört auch die Entscheidungsfreiheit des Patienten gegen eine Behandlung, um einem Krankheitsgeschehen bis zum Tod mit palliativmedizinischer Begleitung seinen Lauf zu lassen. Das Recht des Patienten, sich für eine solche Änderung des Therapieziels auszusprechen, muss deshalb respektiert werden.

Die allgemeinen Grundsätze des Arztrechts sind auf der Grundlage gefestigter öchstrichterlicher Rechtsprechung anerkannt. Bei den allgemeinen Fragen der Einwilligung des Betroffenen in Untersuchungen des Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen und ärztliche Eingriffe geht der Entwurf vom geltenden Recht aus, wie es sich in gefestigter Rechtsprechung herausgebildet hat. Hierzu wird auf die Begründung des Entwurfs des Betreuungsgesetzes (BT- Drs. 11/4528 S. 71f.) verwiesen, in der u. a. ausgeführt wird, dass nach geltendem Recht eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder ein ärztlicher Eingriff nur mit Einwilligung des Betroffenen vorgenommen werden darf.

Weiter heißt es dort: „Das gilt auch dann, wenn eine Maßnahme nicht mit einem Eingriff in die körperliche Integrität verbunden ist, da sie jedenfalls das allgemeine Persönlichkeits-

recht des Betroffenen berührt. Im Gegensatz zum Abschluss des zivilrechtlichen Behandlungsvertrages kommt es für die Wirksamkeit der Einwilligung nicht auf die Geschäftsfähigkeit des Betroffenen an, sondern auf die natürliche Einsichts- und Steuerungsfähigkeit. Einwilligungsfähig ist danach, wer Art, Bedeutung und Tragweite – auch die Risiken – der Maßnahme zu erfassen und seinen Willen hiernach zu bestimmen vermag.»

Bei der Frage der Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme kommt es stets auf die konkrete einzelne Maßnahme an. Ob der Arzt zu dem Eingriff befugt ist, hängt damit davon ab, ob der Patient in eine konkrete ärztliche Maßnahme einwilligt. Gleiches gilt für die Ablehnung der Durchführung oder Weiterführung einzelner konkreter ärztlicher Maßnahmen. Hat ein Patient zunächst seine Zustimmung in eine ärztliche Behandlung erteilt, steht es ihm jederzeit frei, seine einmal gegebene Zustimmung zu widerrufen. Mit einem Widerruf nimmt der Patient nicht nur seine zuvor gegebene Einwilligung zurück, sondern lehnt damit auch eine Weiterbehandlung ab. Ebenso wie die Weigerung, sich behandeln zu lassen, nicht auf ihre Vernünftigkeit hin zu prüfen ist, ist auch der Widerruf einer Einwilligung ohne Angabe von Gründen oder unter Angabe von unvernünftigen Gründen möglich. Eine Behandlungsablehnung bedeutet aber nicht, dass der Patient vollkommen von jeder Behandlung und Pflege ausgeschlossen und seinem Schicksal überlassen wird. Lehnt der Patient beispielsweise eine lebenserhaltende Therapie ab, tritt die palliativ-medizinische und pflegerische Versorgung in den Vordergrund.

Die Tatsache, dass ein Arzt mit Zustimmung des Patienten zunächst dessen Behandlung übernommen hat, rechtfertigt eine Behandlung ohne oder gar gegen den Willen des einwilligungsfähigen Patienten nicht. Im Behandlungsrecht ergibt sich dies weder aus der Pflichtenstellung des Arztes für die hochrangigen Lebensgüter Leben und Gesundheit noch aus der Tatsache, dass sich der Patient in der Obhut des Arztes befindet. Zwar können diese Aspekte eine Garantenstellung des Arztes begründen, sie erweitern aber Behandlungsbefugnis oder Handlungspflichten bezogen auf einen konkreten ärztlichen Eingriff nicht. Ebenso wenig rechtfertigt allein der Abschluss eines Behandlungsvertrages als solcher nicht einen körperlichen Eingriff. Zwischen dem Behandlungsvertrag (der z.B. bei Aufnahme in ein Krankenhaus abgeschlossen wird) und der Einwilligung in einen konkreten körperlichen Eingriff muss schon deshalb unterschieden werden, weil der Behandlungsvertrag zu einem Zeitpunkt geschlossen werden kann, in dem eine für die Rechtmäßigkeit des körperlichen Eingriffs erforderliche Einwilligung des Patienten noch gar nicht erfolgt ist. Zudem setzt der Abschluss des Behandlungsvertrages Geschäftsfähigkeit voraus.

Nur wenn eine Einwilligung des Betroffenen bzw. des Betreuers oder Bevollmächtigten in den ärztlichen Eingriff gegeben ist, hat der Arzt ein Behandlungsrecht, von dem er Gebrauch machen muss, weil er ansonsten die Pflichten verletzt, die sich aus dem Behandlungsvertrag und aus seiner Garantenstellung ergeben. Eine im Vorfeld einer ärztlichen Behandlung gegenüber dem Arzt erklärte Einwilligung oder Nichteinwilligung ist an keine zwingende Form gebunden, auch mündliche Willensbekundungen sind daher wirksam. Eine wirksame Einwilligung, nicht aber die Ablehnung einer Behandlung, setzt zudem eine so umfassende und rechtzeitige Aufklärung des Patienten voraus, dass dieser aufgrund seiner persönlichen Fähigkeiten in der Lage ist, Art, Umfang und Tragweite der Maßnahme und der damit verbundenen gesundheitlichen Risiken zu ermessen und sich entsprechend zu entscheiden.

Der aufklärende Arzt muss mit dem behandelnden Arzt nicht identisch sein. Umfang und Zeitpunkt der Aufklärung richten sich dabei auch nach der Schwere und der Dringlichkeit des Eingriffs. Die Einwilligung ist auch wirksam, wenn der Patient auf die ärztliche Aufklärung verzichtet hat.

Bei der Auslegung einer Einwilligung in eine ärztliche Behandlung ist auf die für Willenserklärungen geltenden Regelungen zurückzugreifen (BGH, NJW 1992, 1558, 1559; NJW 1980, 1903; Zipf, FS Bockelmann, 1979, 585). Gleiches gilt für die Auslegung einer Erklärung über die Nichteinwilligung oder den Widerruf einer einmal erteilten Einwilligung.

b) Wille des Betreuten als Maßstab

Das geltende Betreuungsrecht geht von einem grundsätzlichen Willensvorrang des Betreuten auch im Bereich der Heilbehandlung aus. Ist der Betreute einwilligungsfähig, trifft er selbst die Entscheidung darüber, ob er in eine Behandlung einwilligt oder nicht. Auch wenn ein Betreuer mit dem Aufgabenkreis „Gesundheitspflege“ bestellt wurde (zum Beispiel, weil der Betreute nicht mehr in der Lage ist, einen Behandlungsvertrag abzuschließen), ist in diesem Fall allein die Entscheidung des Betreuten maßgebend dafür, ob die Behandlung durchgeführt werden darf oder nicht.

Ist der Betreute dagegen nicht einwilligungsfähig, kann der Betreuer als gesetzlicher Vertreter trotz der Höchstpersönlichkeit der Entscheidung grundsätzlich für den Betreuten in eine ärztliche Maßnahme einwilligen. Das ist erforderlich, damit nichteinwilligungsfähige Betreute nicht von einwilligungsbedürftigen ärztlichen Maßnahmen ausgeschlossen werden.

Anderenfalls würde ihre gesundheitliche Versorgung und damit letztlich ihr Wohl an ihrer mangelnden Einsichts- oder Urteilsfähigkeit scheitern. In diesen Fällen hat der Betreuer aber den Wünschen des einwilligungsunfähigen Betreuten zu entsprechen, soweit dies dessen subjektivem Wohl nicht widerspricht und dem Betreuer zuzumuten ist. Das hat zur Folge, „dass der Betreuer den Wunsch des nicht einwilligungsfähigen Betreuten auch dann zu beachten hat, wenn dieser darauf gerichtet ist, in der letzten Lebensphase nicht sämtliche denkbaren lebens-, aber auch schmerzverlängernden medizinischen Möglichkeiten einzusetzen“ (BT-Drs. 11/4528 S. 142). Ein generelles Behandlungsverbot gegen den natürlichen Willen nicht einwilligungsfähiger Betreuer sieht das geltende Recht nicht vor, um zu verhindern, dass ein Betreuer keine ärztliche Behandlung erhält, weil er „aufgrund seiner psychischen Krankheit oder geistigen oder seelischen Behinderung seine Behandlungsbedürftigkeit nicht erkennen kann und eine Behandlung deshalb ablehnt (...). So soll eine lebensnotwendige Operation eines Betreuten nicht daran scheitern, dass dieser sich krankheitsbedingt hiergegen wehrt, weil er der Auffassung ist, man wolle ihn durch die Operation ermorden“ (BT-Drs. 11/4528 S. 72). In solchen Fällen einer krankheitsbedingten Behandlungsuneinsichtigkeit kann der Betreuer auch entgegen natürlicher und gegen die Behandlung gerichteter Willensäußerungen des Betreuten in die Behandlung einwilligen; ausgenommen ist aber die Einwilligung in eine Sterilisation gegen den Willen des Betreuten (§ 1905 Abs. 1 Nr. 1 BGB).

c) Erfordernis der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht

Eine Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht ist nach § 1904 Abs. 1 BGB erforderlich, wenn der Betreute einwilligungsunfähig ist und der Betreuer seine Einwilligung in besonders gesundheits- oder lebensgefährdende ärztliche Maßnahmen erklären will.

Dagegen gibt es bislang keine gesetzliche Regelung über die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, wenn der Betreuer in die Durchführung solcher besonders folgenschweren Maßnahmen nicht einwilligt oder die Einwilligung widerruft.

Bis zu dem Beschluss des XII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 17. März 2003 (BGHZ 154, 205) war in der Rechtsprechung umstritten, ob die Regelung des § 1901 Abs.

1 BGB analog auf diese Fälle angewandt werden darf. Mit diesem Beschluss hat der Bundesgerichtshof die analoge Anwendbarkeit der Regelung des § 1901 Abs. 1 BGB verneint. Er hat aber im Wege der Rechtsfortbildung entschieden, dass ein Betreuer in eine Beendigung ärztlich angebotener lebensverlängernder Maßnahmen nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einwilligen kann. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs bietet ein solches vormundschaftsgerichtliches Verfahren einen geeigneten Rahmen für die Prüfung, ob der Betreuer den in der Patientenverfügung geäußerten Willen des Betroffenen erschöpfend ermittelt hat und um für alle Beteiligten verbindlich festzustellen, dass eine vom Betreuer gewünschte Einstellung der Behandlung in der vorliegenden Situation auch dem Willen des Betroffenen entspricht. Gleichwohl hält der Bundesgerichtshof eine gesetzliche Regelung zur vormundschaftsgerichtlichen Prüfungszuständigkeit für das Verlangen eines Betreuers nach Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen für wünschenswert. Vom Bundesgerichtshof nicht entschieden wurde die Frage, inwiefern auch für einen Bevollmächtigten das Erfordernis einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung gelten soll.

Die mit dem Beschluss ebenfalls aufgeworfenen Fragen der Reichweite und Bindungswirkung einer Patientenverfügung für die behandelnden Ärztinnen und Ärzte, Betreuerinnen und Betreuer und Vorsorgebevollmächtigten machen eine gesetzliche Regelung zu einigen von der Rechtsprechung nicht eindeutig oder unterschiedlich gelösten praktisch besonders bedeutsamen Fragen erforderlich. Das betrifft insbesondere die Erforderlichkeit einer Vertreterentscheidung bei Vorliegen einer Patientenverfügung und die Bindung des Vertreters an den Patientenwillen in allen Stadien einer Erkrankung.

d) Forderungen nach einer gesetzlichen Regelung der Patientenverfügung

Gesetzliche Regelungen zur Patientenverfügung wurden in der rechtswissenschaftlichen Literatur, vom 63. Deutschen Juristentag (Verhandlungen des Dreiundsechzigsten Deutschen Juristentages, München 2000), in einem vom Bundesministerium für Gesundheit in Auftrag gegebenen Gutachten der Akademie für Ethik in der Medizin (Möglichkeiten einer standardisierten Patientenverfügung, LIT Verlag 2002), von einer interdisziplinären Arbeitsgruppe der Akademie für Ethik in der Medizin (Passive und indirekte Sterbehilfe. Eine praxisorientierte Analyse des Regelungsbedarfs gesetzlicher Rahmenbedingungen in Deutschland, Göttingen 2003 und Göttinger Thesen 2006), der Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz (Ministerium der Justiz Rheinland-Pfalz 2004), der interdisziplinären Arbeitsgruppe des Bundesjustizministeriums (Bundesministerium der Justiz 2004), im Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“ des Deutschen Bundestages (2004; BT-Drs. 15/3700), in der Stellungnahme des Nationalen Ethikrates (Patientenverfügung - ein Instrument der Selbstbestimmung; Nationaler Ethikrat 2005) und vom 66. Deutschen Juristentag (Verhandlungen des Sechsendsechzigsten Deutschen Juristentages, München 2006) gefordert.

4. Die Lösung des Entwurfs

Der Entwurf sieht vor, die Patientenverfügung als Rechtsinstitut im Betreuungsrecht zu verankern. Er beschränkt sich daher auf Regelungen, die die Berücksichtigung eines für den Fall der späteren Einwilligungsunfähigkeit geäußerten Behandlungswillens des Betreuten im Verhältnis zum Betreuer oder zu einem Bevollmächtigten betreffen.

Zudem wird festgelegt, - wer bei aktueller Entscheidungsunfähigkeit des Betroffenen die Entscheidung über die Durch-

führung und die Fortdauer einer ärztlichen Behandlung treffen kann, - wer einer vom Betroffenen in einer Patientenverfügung getroffenen Entscheidung gegebenenfalls Ausdruck und Geltung verschaffen soll und - wann die Entscheidung eines Betreuers oder Bevollmächtigten vom Vormundschaftsgericht genehmigt werden muss.

a) Bindungswirkung einer Patientenverfügung

Der Entwurf schließt sich der Auffassung des Bundesgerichtshofs zur Verbindlichkeit einer Patientenverfügung an. Tritt eine in der Patientenverfügung beschriebene Situation ein, ist es Aufgabe des Betreuers oder Bevollmächtigten zu prüfen, ob die Festlegungen in der Patientenverfügung auf die konkrete Lebens- und Behandlungssituation des Betroffenen zutreffen. Ist das der Fall und gibt es keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass der Betroffene seine Entscheidung geändert hat, ist es Aufgabe des Betreuers, dem Behandlungswillen des Betroffenen Ausdruck und Geltung zu verschaffen. Das hat auch der Bundesgerichtshof so gesehen. Zugleich ist es auch Aufgabe des Arztes und weiterer an der Behandlung beteiligter Personen, als Adressaten der Patientenverfügung den Behandlungswillen des Patienten genau zu prüfen (vgl. Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung, 2007). Als zusätzliches Erfordernis für eine solche unmittelbare Bindungswirkung des in einer Patientenverfügung geäußerten Behandlungswillens fordert der Entwurf, dass die Willensbekundung schriftlich vorliegt.

Liegen nicht sämtliche dieser Voraussetzungen vor, hat die Patientenverfügung keine unmittelbare Bindungswirkung. Dann bedarf es immer einer Entscheidung des Betreuers über die Einwilligung in die anstehende ärztliche Maßnahme, die unter Berücksichtigung des individuell-mutmaßlichen Willens des Betreuten zu treffen ist. Zur Feststellung dieses individuell-mutmaßlichen Willens bedarf es konkreter Anhaltspunkte, die - entsprechend den in gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aufgestellten Kriterien - ausdrücklich im Gesetz genannt werden (vgl. BGHSt 35, 246, 249; 40, 257). Zudem soll der Betreuer Vertrauenspersonen des Betroffenen - in der Regel werden das die Angehörigen sein - Gelegenheit zur Äußerung geben, bevor er seine Entscheidung trifft. Durch den Dialog mit den Angehörigen und Vertrauten des Betroffenen und gegebenenfalls dem Pflegeteam wird die Entscheidung des Betreuers und auch des behandelnden Arztes auf eine umfassende Grundlage gestellt.

Ergibt diese Prüfung, dass auch ein mutmaßlicher Wille des Betroffenen für oder gegen die Behandlung nicht feststellbar ist, entscheidet der Betreuer nach allgemeinen Grundsätzen (vgl. unter 3.b), also unter Berücksichtigung der Wünsche und des Wohls des Betreuten.

Dies gilt in gleicher Weise auch für einen Bevollmächtigten. Jederzeit können die in diesen Dialog einbezogenen Personen, aber auch jeder Dritte beim Vormundschaftsgericht eine Überprüfung anregen, wenn sie befürchten, dass der Vertreter nicht im Sinne des Betroffenen entscheiden will. Zudem wird zum Schutz des Betroffenen eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der Entscheidung des Vertreters eingeführt, wenn Arzt und Vertreter unterschiedliche Auffassungen darüber haben, welche Entscheidung dem Willen des Betroffenen entspricht.

b) Fürsorge und Selbstbestimmung in allen Lebensphasen

Der Entwurf stellt klar, dass für die Beachtlichkeit des festgestellten Patientenwillens nicht nach Art und Stadium einer Erkrankung differenziert werden darf. Nur so kann erreicht werden, dass Fürsorge und Selbstbestimmung einander ergänzen können. Fürsorge durch den rechtlichen Vertreter, die behan-

delnden Ärzte und Pflegekräfte anzunehmen, schließt für viele Menschen das Vertrauen und die Gewissheit ein, auch nach krankheitsbedingtem Verlust der Entscheidungsfähigkeit als Mensch mit eigenen Wertvorstellungen und Wünschen sowie der Bereitschaft, Behandlungsrisiken zu tragen, ernst genommen zu werden. Auch schwerstkranke Menschen müssen die Gewissheit haben können, dass ihnen einerseits medizinisch sinnvolle Maßnahmen nicht vorenthalten werden und sie andererseits keine Zwangsbehandlungen erdulden müssen.

Ebenso wie der entscheidungsfähige Patient ohne Rücksicht auf die Art und das Stadium seiner Krankheit selbst über die Zulässigkeit einer ärztlichen Maßnahme entscheiden kann, erfordert der das Betreuungsrecht prägende Grundsatz der Selbstbestimmung, dass auch der festgestellte Wille des entscheidungsunfähigen Betroffenen in allen Lebensphasen zu beachten ist. Der Entwurf schließt sich damit den Forderungen an, die unter anderem vom 63. und 66. Deutschen Juristentag, dem Nationalen Ethikrat, der interdisziplinären Arbeitsgruppe der Akademie für Ethik in der Medizin und der Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz (siehe unter 3.d) erhoben wurden.

Der Entwurf verkennt dabei nicht, dass es im Einzelfall schwierig oder auch unmöglich sein kann, den Behandlungswillen eines entscheidungsunfähigen Patienten festzustellen. Keine gesetzliche Regelung wird den Beteiligten die im Einzelfall sehr schwer zu treffenden Entscheidungen abnehmen können. Es kann aber keine gesetzgeberische Lösung sein, deshalb an die Stelle der Entscheidungshoheit des Patienten „objektive« Entscheidungskriterien - wie den ärztlichen Befund über Art oder Stadium einer Erkrankung - zu setzen. Es kommt vielmehr darauf an, im Zusammenwirken zwischen Arzt und Vertreter verantwortungsvoll zu prüfen, welche Behandlungsentscheidung im Sinne des Betroffenen zu treffen ist. Dafür gilt es, alle verfügbaren Kommunikationswege zur Ermittlung des Patientenwillens zu nutzen. Von herausragender Bedeutung ist dabei die vom Betroffenen selbst verfasste und unterzeichnete Patientenverfügung, die seinen Willen zum Ausdruck bringt. Zudem ist der Betreuer oder Bevollmächtigte im Behandlungsprozess Kommunikationspartner für den Arzt. Nicht gerechtfertigt ist es dagegen, den festgestellten Behandlungswillen eines entscheidungsunfähigen gewordenen Kranken zu übergehen und stattdessen den ärztlichen Befund zum Entscheidungsmaßstab für die Zulässigkeit der Durchführung ärztlicher Eingriffe zu erheben.

c) Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht

Bislang besteht keine gesetzliche Regelung, nach der das Vormundschaftsgericht vorab Entscheidungen des Betreuers genehmigen müsste, wenn die Gefahr besteht, dass der Betroffene im Falle des Unterbleibens oder des Abbruchs der Maßnahme stirbt oder einen schweren oder länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet. Der Entwurf erweitert das gesetzliche Genehmigungserfordernis auf solche Entscheidungen des Betreuers, wenn zwischen behandelndem Arzt und Betreuer unterschiedliche Auffassungen über den Patientenwillen bestehen. Auch Entscheidungen eines vom Betroffenen Bevollmächtigten bedürfen in gleicher Weise wie die Entscheidungen eines Betreuers der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.

Zudem bleibt es bei der Regelung des geltenden Rechts, dass jedermann das Vormundschaftsgericht anrufen kann, um bei befürchtigtem Missbrauchsverdacht eine gerichtliche Kontrolle der Entscheidung des Betreuers in Gang zu setzen.

5. Kosten

Die gesetzliche Regelung zur Genehmigungsbedürftigkeit von Entscheidungen eines Betreuers entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs seit dem Jahr 2003 und hat bislang nicht zu einem Anstieg der Genehmigungsverfahren

geführt. Vor diesem Hintergrund ist auch durch die Erweiterung der Genehmigungsbedürftigkeit von Entscheidungen des Bevollmächtigten bei bestimmten ärztlichen Maßnahmen nicht mit einer erheblichen Kostensteigerung zu rechnen. Kostenbelastungen für die Wirtschaft sowie Auswirkungen des Gesetzes auf Einzelpreise, auf das Preisniveau und insbesondere das Verbraucherpreisniveau sind nicht zu erwarten.

6. Gesetzgebungszuständigkeit

Die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes folgt aus Artikel 74 Abs. 1 Nr. 1 des Grundgesetzes (Bürgerliches Recht, gerichtliches Verfahren).

B. Einzelbegründung

Zu Artikel 1 (Änderungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs)

Zu Nummer 1 (Änderung der Inhaltsübersicht)

In die Inhaltsübersicht wird der neu in das BGB eingefügte § 1901 a eingestellt.

Zu Nummer 2 (Einfügung von § 1901a BGB)

Zu Absatz 1 § 1901a Absatz 1 BGB-E führt das Rechtsinstitut der Patientenverfügung in das bürgerliche Recht ein. Als Patientenverfügungen werden schriftliche Willensbekundungen eines einwilligungsfähigen Volljährigen mit Entscheidungen über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in noch nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen seines Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe für den Fall der späteren Einwilligungsunfähigkeit bezeichnet. Damit wird das Recht eines entscheidungsfähigen Patienten anerkannt, sein Selbstbestimmungsrecht nicht nur aktuell, sondern auch durch eine in der Zukunft wirkende vorausschauende Verfügung auszuüben.

Ebenso wie bei einer aktuell erklärten Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme kommt es auch für die Wirksamkeit der Festlegungen in einer Patientenverfügung nicht auf die Geschäftsfähigkeit sondern auf die Einwilligungsfähigkeit des Betroffenen an, da einwilligungsbedürftige ärztliche Maßnahmen in besonderem Maße in die Rechte des Betroffenen eingreifen. Ausreichend ist die natürliche Einsichts- und Steuerungsfähigkeit.

Als einwilligungsfähig ist der Betroffene anzusehen, wenn er Art, Bedeutung, Tragweite und auch die Risiken der Maßnahme zu erfassen und seinen Willen hiernach zu bestimmen vermag (vgl. unter A. 3).

a) Begriff der Patientenverfügung

Nach der Definition der Patientenverfügung in § 1901a Absatz 1 BGB-E ist es erforderlich, dass die Willensbekundung - von einem einwilligungsfähigen Volljährigen verfasst wurde,

- in schriftlicher Form vorliegt und
- eine Entscheidung über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in eine bestimmte, noch nicht unmittelbar bevorstehende ärztliche Maßnahme enthält.

Daher sind einige Willensbekundungen im Zusammenhang mit einer zukünftigen ärztlichen Behandlung vom Begriff der Patientenverfügung von vornherein nicht umfasst:

Nicht umfasst sind allgemeine Richtlinien für eine künftige Behandlung (zum Beispiel: „Wenn ich einmal sehr krank und nicht mehr in der Lage bin, ein für mich erträgliches umweltbezogenes Leben zu führen, möchte ich würdevoll sterben dürfen.«) oder Behandlungswünsche, wie zum Beispiel über die Art und Weise oder den Ort der Behandlung (z.B. „Ich

möchte von Herrn Dr. X im Krankenhaus Y behandelt werden«). Sie enthalten keine vorweg genommenen Entscheidungen über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in eine bestimmte, noch nicht unmittelbar bevorstehende ärztliche Maßnahme. Solche allgemeinen Richtlinien sind gleichwohl nicht unbeachtlich. Der Betreuer ist bereits nach geltendem Recht gehalten, diese Wünsche nach § 1901 Abs. 3 BGB unter Berücksichtigung des Wohls des Betreuten (z.B. Dr. X führt eine schonende neue Operationsmethode nicht durch) zu beachten.

Nicht umfasst sind auch konkrete und situationsbezogene mündliche Willensbekundungen über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in eine bestimmte, noch nicht unmittelbar bevorstehende ärztliche Maßnahme. Sie sind keine Patientenverfügungen, weil sie nicht in schriftlicher Form vorliegen.

Nicht vom Begriff der Patientenverfügung erfasst sind auch solche Entscheidungen des einwilligungsfähigen Betroffenen, die sich auf unmittelbar bevorstehende, also konkret und zeitnah durchzuführende ärztliche Maßnahmen beziehen. So kann beispielsweise die zeitnahe Einwilligung in einen mit einer Anästhesie verbundenen ärztlichen Eingriff nach wie vor auch mündlich erklärt werden. Sie bleibt auch dann wirksam, wenn der durch die Einwilligung legitimierte ärztliche Eingriff erst vorgenommen wird, wenn der Patient durch gegebenenfalls vor dem Eingriff verabreichte Beruhigungsmittel oder anästhesiebedingt nicht mehr einwilligungsfähig ist (z.B. mündliche Einwilligung in eine Operation am Vortag des Eingriffs).

Von den in einer Patientenverfügung getroffenen Entscheidungen über ärztliche Maßnahmen zu unterscheiden sind auch Maßnahmen der so genannten Basisbetreuung. Für diese haben Arzt und Pflegepersonal in jedem Fall zu sorgen. Dazu gehören nach den Grundsätzen der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung vom 7. Mai 2004 u. a. eine menschenwürdige Unterbringung, Zuwendung, Körperpflege, das Lindern von Schmerzen, Atemnot und Übelkeit sowie das Stillen von Hunger und Durst auf natürlichem Wege. Sind zur Ermöglichung oder Aufrechterhaltung von Grundfunktionen des Organismus wie Atmung, Ernährung und Ausscheidung jedoch ärztliche Eingriffe erforderlich, ist hierfür wie für jeden anderen ärztlichen Eingriff die Einwilligung des Patienten erforderlich. In der medizinischen Wissenschaft und Praxis wurde von internationalen Gremien die Frage der Einstufung medizinischer Ernährungsmaßnahmen (wie die enterale Sondenernährung und die intravenöse Ernährung) dahingehend beantwortet, dass diese als Therapie gelten und insofern hinsichtlich der Indikationsstellung für die Einleitung und Beendigung anderer Therapieformen gleichgestellt sind.

b) Schriftform

Die Voraussetzungen der Schriftform sind in § 126 BGB geregelt. Die Schriftform als Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Patientenverfügung hat vorrangig das Ziel, die Betroffenen vor übereilten oder unüberlegten Festlegungen zu warnen. Das erscheint im

Hinblick auf die zum Teil weitreichenden Folgen der in einer Patientenverfügung getroffenen Festlegungen für Gesundheit und Leben der Betroffenen erforderlich. Zudem kann das Formerfordernis auch zur Klarstellung des von dem Betroffenen Gewollten beitragen.

Während sich der behandelnde Arzt mit einem einwilligungsfähigen Patienten im Dialog Klarheit über dessen auch mündlich abgegebene Erklärung verschaffen kann, ist dies mit einem nicht einwilligungsfähigen Patienten nicht möglich. Deshalb wird bewusst in Kauf genommen, dass gewisse Wertungswidersprüche dadurch entstehen, dass aktuelle Einwilligungen oder Nichteinwilligungen in ärztliche Maßnahmen (z.B. wegen einer am nächsten Tage anstehenden Operation) keiner Form bedürfen.

c) Widerruf

In § 1901 Abs. 1 Satz 3 BGB-E wird ausdrücklich klargestellt, dass eine Patientenverfügung jederzeit formlos widerrufen werden kann. Zwar muss die für die anstehende Behandlung maßgebende Festlegung in der Patientenverfügung in schriftlicher Form vorliegen; dennoch ist der Widerruf der Patientenverfügung jederzeit ohne Formerfordernisse wirksam. Die Aufhebung eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts ist vorbehaltlich anderslautender gesetzlicher Regelungen (z.B. §§ 2290 Abs. 2, 2351 BGB) vom Zweck des Formzwanges nicht umfasst. Zur Klarstellung wird darauf jedoch ausdrücklich hingewiesen. Der Widerruf der Patientenverfügung kann daher beispielsweise auch mündlich oder durch nonverbales Verhalten erfolgen; erforderlich ist nur, dass die Willensänderung hinreichend deutlich zum Ausdruck kommt.

Wurden behandlungsrelevante Festlegungen in einer schriftlichen Patientenverfügung durch den einwilligungsfähigen Betroffenen im Nachhinein nicht in schriftlicher Form, also z. B. mündlich, abgeändert oder widerrufen, bedarf es in der konkreten Behandlungssituation immer einer Entscheidung der Betreuers oder Bevollmächtigten des Betroffenen (z.B. mündliche Änderung der schriftlichen Festlegungen zur künstlichen Ernährung, wenn über das Legen einer PEG- Sonde zu entscheiden ist).

d) Beratung und Aktualisierung der Patientenverfügung

Sowohl eine fachkundige Beratung als auch eine regelmäßige oder beim Auftauchen von schweren Krankheiten erfolgende Aktualisierung der Patientenverfügung sind sehr zu empfehlen. Eine Verknüpfung von Beratung und Aktualisierung mit der Wirksamkeit oder der Verbindlichkeit einer Patientenverfügung ist aber nicht gerechtfertigt.

Die Einführung einer Beratungspflicht erscheint nicht nötig, um tatsächlich konkrete Festlegungen in der Patientenverfügung zu erreichen. Es kann durchaus in der Absicht des Verfassers liegen, lediglich allgemeine Richtlinien für künftige medizinische Behandlungen festzuhalten, die dann als Indiz für den mutmaßlichen Patientenwillen vom Vertreter zu berücksichtigen sind.

Verzichtet der Verfasser auf eine fachkundige Beratung, trägt er das Risiko einer fehlenden Bindungswirkung seiner Patientenverfügung aufgrund nicht hinreichend konkreter Formulierungen. So kann die Formulierung „wenn keine Aussicht auf Besserung im Sinne eines für mich erträglichen und umweltbezogenen Lebens besteht, möchte ich keine lebensverlängernden Maßnahmen...» nach der Regelung von § 1901a Abs. 1 BGB-E von vornherein nicht unmittelbar bindend sein, da es an der Festlegung bestimmter ärztlicher Maßnahmen und an einer konkreten Beschreibung der Anwendungssituation fehlt. Darauf wird auch in den Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis vom 30. März 2007 hingewiesen: Patienten sind danach häufig erst durch eine fachkundige Beratung in der Lage, Formulierungen zu finden, die geeignet sind, ihre persönlichen Vorstellungen hinreichend nachvollziehbar und umsetzbar niederzulegen.

Zum anderen hängt die Wirksamkeit der Ablehnung einer ärztlichen Maßnahme nicht von einer ärztlichen Beratung und Aufklärung ab. Dies muss auch für entsprechende Entscheidungen in einer Patientenverfügung gelten. Dagegen bedarf die Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme immer der ärztlichen Aufklärung um wirksam zu sein, es sei denn, dass der Patient darauf ausdrücklich verzichtet hat. Auch das muss auch für Festlegungen in einer Patientenverfügung gelten: Soweit eine Patientenverfügung eine Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme enthält, ist diese nur wirksam mit vorangegangener

ärztlicher Aufklärung oder bei erklärtem Aufklärungsverzicht. Enthält eine Patientenverfügung keinen ausdrücklich erklärten Verzicht auf eine ärztliche Aufklärung, ist die Patientenverfügung in diesen Fällen nur als Indiz für den mutmaßlichen Willen zu werten. Es bedarf dann immer einer Entscheidung des Betreuers oder des Bevollmächtigten über die Zulässigkeit des ärztlichen Eingriffs.

Eine Aktualisierungspflicht als Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Patientenverfügung sieht der Entwurf nicht vor, weil allein der Zeitraum zwischen der Errichtung oder der letzten Änderung oder Bestätigung der Patientenverfügung und dem Behandlungszeitpunkt nicht die Schlussfolgerung rechtfertigt, dass die abgegebenen Erklärungen nicht mehr gelten sollen.

Die Festlegung einer bestimmten Aktualisierungsfrist, würde dagegen erhebliche Probleme aufwerfen:

- Zum einen sind individuelle Lebens- und Krankheitsverläufe so verschieden, dass eine notwendigerweise allgemein geltende Aktualisierungsfrist im Einzelfall nicht wesentlich weiterhelfen würde. Der zeitliche Abstand im Leben eines Menschen, der in jungen Jahren eine Patientenverfügung verfasst und kurze Zeit darauf im Beruf steht und familiäre Pflichten übernimmt, kann sich gänzlich anders beurteilen als der gleiche Zeitraum im Leben eines sehr viel älteren Menschen, der auf ein erfülltes Leben und auf Erfahrungen im Umgang mit verschiedenen Krankheiten zurückblicken kann.

- Hinzu kämen erhebliche Rechtsunsicherheiten, weil zum Zeitpunkt der Behandlung immer geprüft werden müsste, ob der Verfasser bis zum Fristablauf noch entscheidungsfähig war, um seine Patientenverfügung bestätigen oder aktualisieren zu können. Davon hinge die Wirksamkeit der getroffenen Festlegungen ab. Betrachtet man beispielsweise den oft jahrelangen Verlauf einer Demenz mit ganz unterschiedlichen Verlaufsphasen, wird sich rückwirkend in vielen Fällen nicht mehr beurteilen lassen, ob der Verfasser vor Fristablauf noch einwilligungsfähig war oder nicht.

Auch ohne eine Aktualisierungspflicht muss natürlich immer und insbesondere bei größeren Abständen zwischen der Errichtung oder letzten Bestätigung der Patientenverfügung und dem Behandlungszeitpunkt sorgfältig geprüft werden, ob der Verfasser zwischenzeitlich seine Festlegungen durch einen jederzeit und formlos möglichen Widerruf zurückgenommen oder geändert hat.

Der Entwurf schreibt aus den genannten Gründen keine Pflicht zur ärztlichen oder anderen fachkundigen Beratung oder zu einer regelmäßigen Aktualisierung der Patientenverfügung als Wirksamkeitsvoraussetzung fest.

e) Bindungswirkung der Patientenverfügung

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. Diese gesetzliche Klarstellung ist erforderlich, weil zum Teil Rechtslehre und Rechtsprechung auch Patientenverfügungen, welche die konkrete Behandlungssituation betreffen, nur als ein Indiz für den Patientenwillen ansehen.

Das wird dem das Betreuungsrecht prägenden Grundsatz der Erforderlichkeit nicht gerecht.

Dennoch hat der Betreuer auch in diesen Fällen eine wichtige Aufgabe: Er hat in diesen Fällen nach § 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB-E zu prüfen, ob die Patientenverfügung auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutrifft, ob sie für diese Situation eine Entscheidung über die anstehende ärztliche

Maßnahme enthält und ob sie noch dem Willen des Patienten entspricht. Diese Prüfung umfasst alle Gesichtspunkte, die sich aus der aktuellen Lebens- und Behandlungssituation des Betroffenen ergeben. Das schließt auch die Prüfung ein, ob das aktuelle Verhalten des nicht mehr entscheidungsfähigen Patienten konkrete Anhaltspunkte dafür zeigt, dass er unter den gegebenen Umständen den zuvor schriftlich geäußerten Willen nicht mehr gelten lassen will und ob der Betroffene bei seinen Festlegungen diese Lebenssituation mitbedacht hat. Solche konkreten Anhaltspunkte können sich z.B. aus situativ spontanem Verhalten des Patienten gegenüber vorzunehmenden oder zu unterlassenden ärztlichen Maßnahmen, nicht jedoch bei unwillkürlichen, rein körperlichen Reflexen ergeben. Diese Prüfung kann insbesondere bei Demenzerkrankungen von Bedeutung sein. Der Dialog zwischen Arzt und Pflegeteam einerseits und Betreuer bzw. Bevollmächtigtem und den Angehörigen andererseits gewinnt in solchen Situationen eine entscheidende Bedeutung.

Ergibt diese Prüfung, dass sich die Sachlage nachträglich so erheblich geändert hat, dass die frühere selbstverantwortlich getroffene Entscheidung eben diese aktuelle Lebenssituation nicht umfasst, kann der Betreuer von den getroffenen Festlegungen abweichen. In allen anderen Fällen ist mit dem Bundesgerichtshof (Beschluss des XII. Zivilsenats vom 17. März 2003, aaO.) daran festzuhalten, dass die Willensbekundung des Betroffenen für oder gegen bestimmte medizinische Maßnahmen vom Betreuer nicht durch einen Rückgriff auf den mutmaßlichen Willen des Betroffenen korrigiert werden darf. Es muss vermieden werden, dass die in eigenverantwortlichem Zustand getroffene Entscheidung unter spekulativer Berufung darauf unterlaufen wird, dass der Patient vielleicht in der konkreten Situation doch etwas anderes gewollt hätte.

Der häufig diskutierte Fall eines offensichtlich lebensfrohen Demenzkranken, der an einer Lungenentzündung erkrankt und in seiner Patientenverfügung festgelegt hat, „Wenn ich einmal dement bin, will ich keine lebenserhaltenden Maßnahmen“, ist davon jedoch zu unterscheiden. Solche Äußerungen können von vornherein keine unmittelbare Bindungswirkung haben, weil sie keine hinreichend konkrete Behandlungsentscheidung in einer bestimmten Krankheitsituation enthalten (siehe auch Ausführungen zum Begriff der Patientenverfügung unter a). Sie geben für sich allein keinen Aufschluss darüber, ob beispielsweise eine Behandlung mit Antibiotika erfolgen soll oder nicht. Deshalb können derart allgemeine Willensbekundungen nur als ein Indiz in die vom Betreuer oder Bevollmächtigten vorzunehmende Prüfung des mutmaßlichen Willens einbezogen werden (siehe Ausführungen zu § 1901a Absatz 2 BGB-E).

Hat sich der Betreuer dagegen von der Einschlägigkeit und Wirksamkeit der Patientenverfügung überzeugt, achtet er darauf, dass der Betroffene entsprechend seinem Willen behandelt wird. Hat der Patient die Entscheidung bereits selbst getroffen, ist es daher Aufgabe des Betreuers, dieser Entscheidung – wie es in dem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 17. März 2003 (aaO) heißt – „Ausdruck und Geltung zu verschaffen“. Darüber hinaus bleibt die Tätigkeit eines Betreuers in diesen Fällen weiterhin notwendig für alle anderen in der Patientenverfügung nicht vorweg getroffenen Erklärungen und Entscheidungen. Das betrifft z.B. die Auswahl des Arztes oder Krankenhauses sowie die vermögensrechtliche Seite der Behandlung.

Selbstverständlich kann in der Verfügung aber auch festgelegt werden, dass die Patientenverfügung trotz konkreter Entscheidungen nicht unmittelbar gelten soll, sondern der Bevollmächtigte oder Betreuer immer die Entscheidung über die Behandlung zu treffen hat, und welchen Ermessensspielraum er bei seiner Entscheidung hat.

Im Entwurf nicht ausdrücklich zu regeln war die Aufgabe des Arztes und weiterer an der Behandlung beteiligter Perso-

nen (zum Beispiel dem Pflegepersonal), im Rahmen ihrer Verantwortung zu prüfen, ob und welchen Behandlungswillen der Patient geäußert hat, ob er eine Entscheidung über die anstehende Behandlung getroffen hat oder ob es dafür der Entscheidung des Betreuers oder Bevollmächtigten bedarf. In den Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis vom 30. März 2007 wird aber ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Adressat der Patientenverfügung jede an der Behandlung und Betreuung beteiligte Person sein kann, die entsprechend ihrer Verantwortung in die vorzunehmenden Prüfungen eingebunden ist.

Zu Absatz 2 § 1901a Abs. 2 BGB-E regelt die Aufgaben des Betreuers in den Fällen, in denen die Patientenverfügung keine Entscheidungen über die Einwilligung in bestimmte ärztliche Maßnahmen enthält, die auf die anstehende konkrete Behandlungssituation zutreffen. Das kann der Fall sein, wenn - Festlegungen in einer schriftlichen Patientenverfügung nicht auf die anstehende konkrete Lebens- und Behandlungssituation zutreffen, - die Willensbekundung nicht schriftlich vorliegt, unabhängig davon, ob die mündlich oder in anderer Weise geäußerten Entscheidungen über die Einwilligung in eine Behandlung auf die konkrete Behandlungssituation zutreffen; das gilt sowohl, wenn die Willensbekundung nicht schriftlich abgefasst wurde als auch, wenn behandlungsrelevante schriftliche Willensbekundungen später mündlich ganz oder teilweise abgeändert oder widerrufen wurden, oder - in der Patientenverfügung festgelegt wurde, dass die Verfügung nicht unmittelbar gelten soll, sondern der Bevollmächtigte oder Betreuer die Entscheidung über die Behandlung zu treffen hat.

In diesen Fällen ist es Aufgabe des Betreuers zu prüfen, ob zumindest ein mutmaßlicher Behandlungswille des Betreuten feststellbar ist, und unter Beachtung dieses Willens an Stelle des Betreuten über die Einwilligung in eine medizinische oder pflegerische Behandlung zu entscheiden, also auch dann, wenn eine konkret behandlungsbezogene frühere mündliche Äußerung des Betreuten vorliegt.

Zur Feststellung des mutmaßlichen Willens bedarf es individueller, konkreter, aussagekräftiger Anhaltspunkte. Als solche hat der Bundesgerichtshof (vgl. BGHSt 35, 246, 249; 40, 257) insbesondere frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen des Patienten, seine religiöse Überzeugung, seine sonstigen persönlichen Wertvorstellungen, seine altersbedingte Lebenserwartung oder das Erleiden von Schmerzen angenommen. Der Entwurf greift in § 1901a Abs. 2 Satz 2 BGB-E die wesentlichen Kriterien dieser Rechtsprechung zur Ermittlung des mutmaßlichen Willens auf.

In der konkreten Situation der Ermittlung des mutmaßlichen Willens sind insbesondere Aussagen von nahen Angehörigen und Vertrauenspersonen hilfreich. Deshalb soll der Betreuer diesen in § 1901a Abs. 2 Satz 3 BGB-E genannten Personen Gelegenheit zur Äußerung geben, wenn dies ohne erhebliche zeitliche Verzögerung möglich ist. Die Entscheidung des Betreuers und auch des behandelnden Arztes wird damit auf eine umfassendere Grundlage gestellt.

Nahe Angehörige sind neben engen Verwandten (Kinder, Eltern) und Ehegatten oder Lebenspartnern, bei denen es allein auf das Bestehen der familienrechtlichen Verbindung ankommt, alle diejenigen Angehörigen, die in einem tatsächlichen Näheverhältnis zu dem Betroffenen stehen. Der Grad der Verwandtschaft oder Schwägerschaft ist insoweit unerheblich. Zudem sollen Vertrauenspersonen des Betroffenen einbezogen werden. Damit wird auch eine Einbeziehung beispielsweise von Pflegekindern, Pflegeeltern oder Lebensgefährten, aber auch engen Freunden oder Seelsorgern ermöglicht. Der Betreuer soll Erkenntnisse dieser nahe stehenden Personen nutzen, um seine Entscheidung auf eine fundierte

Grundlage zu stellen. Auch die Entscheidung des behandelnden Arztes wird dadurch erleichtert.

Ob erhebliche zeitliche Verzögerungen vorliegen, die der Einholung von Äußerungen entgegenstehen, ist in Abhängigkeit von der Dringlichkeit des vorzunehmenden Eingriffs, der Notwendigkeit aufwändiger Personen- oder Anschriftenermittlungen und der Erreichbarkeit der genannten Personen zu beurteilen. Zudem sollte der Betreuer von der Beteiligung einzelner Personen absehen, wenn dies dem erklärten oder erkennbaren Willen des Betroffenen widerspricht. Er hat bei Beratungen mit Dritten auch den Willen des Patienten zur Weitergabe persönlicher krankheitsrelevanter Daten zu achten.

Kann ein auf die Durchführung, die Nichteinleitung oder die Beendigung einer ärztlichen Maßnahme gerichteter Wille des Betreuten auch nach Ausschöpfung aller verfügbaren Erkenntnisse nicht festgestellt werden, gebietet es das hohe Rechtsgut auf Leben, entsprechend dem Wohl des Betreuten zu entscheiden und dabei dem Schutz seines Lebens Vorrang einzuräumen.

Zu Absatz 3

a) Beachtung in jedem Krankheitsstadium § 1901a Abs. 3 BGB-E stellt klar, dass es für die Beachtung und Durchsetzung des Patientenwillens nicht auf Art und Stadium der Erkrankung ankommt. Ebenso wie der in der aktuellen Situation entscheidungsfähige Patient ohne Rücksicht auf die Art und den Verlauf seiner Erkrankung selbst darüber befinden kann, ob und ggf. welche ärztlichen Maßnahmen an ihm vorgenommen werden dürfen, ist es Ausfluss seines verfassungsrechtlich verbürgten Selbstbestimmungsrechts, eine solche Entscheidung auch im Voraus für den Fall seiner Entscheidungsunfähigkeit treffen und von seinem Vertreter die Durchsetzung seines Willens erwarten zu können.

Das steht auch im Einklang mit dem Beschluss des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 13. September 1994 (BGHSt 40, 257):

Nach dieser Entscheidung (sogenannte Kempten-Entscheidung) ist der Wille des Patienten für die Beurteilung der Zulässigkeit einer ärztlichen Behandlung oder Maßnahme auch dann maßgebend, wenn der Sterbevorgang noch nicht eingesetzt hat. Der Abbruch einer lebenserhaltenden Maßnahme ist danach bei entsprechendem Patientenwillen als Ausdruck der allgemeinen Entscheidungsfreiheit und des Rechts auf körperliche Unversehrtheit grundsätzlich zulässig - passive Sterbehilfe im weiteren Sinne. Für den Fall, dass kein ausdrücklich erklärter Wille in Bezug auf die ärztliche Behandlung oder Maßnahme vorliegt, ist der mutmaßliche Wille des Patienten zu ermitteln, wie er sich nach sorgfältiger Abwägung aller Umstände darstellt. Frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen sind bei Ermittlung des mutmaßlichen Patientenwillens zu berücksichtigen.

Im konkreten Fall - in dem keine Patientenverfügung vorlag und es um die Einstellung der künstlichen Ernährung bei einer Demenzpatientin ging - haben diese Vorgaben dazu geführt, dass die beiden Angeklagten aufgrund des festgestellten mutmaßlichen, auf einen Behandlungsabbruch gerichteten Willens der Patientin freigesprochen wurden (vgl. die nach Zurückverweisung durch BGHSt 40, 257 notwendig gewordene erneute Entscheidung des LG Kempten - 2 KS 13 Js 12155/93).

Das Kriterium des unumkehrbar tödlichen Verlaufs des Grundleidens für die Beachtlichkeit des Patientenwillens wird in der Entscheidung des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs nicht aufgestellt. Soweit der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs (BGHZ 154, 205) die Entscheidung insoweit anders interpretiert hat, handelt es sich nach vorherrschender Ansicht in der strafrechtlichen Literatur um ein Missverständnis (vgl. nur Verrel, Gutachten zum 66. Deutschen Juristentag 2006, C

43: „Fehlinterpretation von BGHSt 40, 257“; Höfling/Rixen JZ 2003, 891, 894: „fehlerhaft rezipiert“; Salinger, MedR 2004, 237, 240: „das Kemptener Urteil in sein Gegenteil verkehrend“; Kutzer, FPR 2004, 683, 686: Strafsenat hat „eine solche starre Grenze nicht gefordert“; Holzhauser, ZPR 2004, 41, 42: Abkehr von Kemptener Urteil; im Ergebnis ebenso Tröndle/Fischer, StGB 54. Aufl., vor § 211 Rn. 27; Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl., vor § 211 Rn. 8; Otto, NJW 2006, 2217; Ingelfinger, JZ 2006, 821, 828; Spickhoff, JZ 2003, 739, 740). Diese Einschätzung wird dadurch bestätigt, dass von Seiten der Strafsenate des BGH nach der Kempten-Entscheidung in einem späteren Urteil aus dem Jahr 2001 (Entscheidung des 5. Senats vom 7. Februar 2001) nochmals ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass dem Gesichtspunkt der Patientenautonomie eine „ständig zunehmende Bedeutung“ beigemessen werde (BGHSt 46, 279, 284).

Im Übrigen hat der XII. Zivilsenat des BGH in seinem nachfolgenden Beschluss vom 8. Juni 2005 (BGHZ 163, 195) nunmehr selbst zumindest mittelbar zu erkennen

gegeben, dass das Recht des Patienten, Behandlungen abzulehnen, nicht vom Stadium seiner Erkrankung abhängt:

„Die mit Hilfe einer Magensonde durchgeführte künstliche Ernährung ist ein Eingriff in die körperliche Integrität, der deshalb der Einwilligung des Patienten bedarf (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 154, 205 = FamRZ 2003, 748, 750). Eine gegen den erklärten Willen des Patienten durchgeführte künstliche Ernährung ist folglich eine rechtswidrige Handlung, deren Unterlassung der Patient analog § 1004 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 823 Abs. 1 BGB verlangen kann. Dies gilt auch dann, wenn die begehrte Unterlassung - wie hier - zum Tode des Patienten führen würde. Das Recht des Patienten zur Bestimmung über seinen Körper macht Zwangsbehandlungen, auch wenn sie lebenserhaltend wirken, unzulässig (Senatsbeschluss aaO 751).“

Zu ergänzen ist, dass eine solche Zwangsbehandlung nicht nur nach zivilrechtlichen Gesichtspunkten unzulässig wäre, sondern auch strafrechtlich grundsätzlich als Körperverletzung einzustufen wäre.

b) Mehrheitsmeinung der Enquete-Kommission

Nicht gefolgt werden kann deshalb auch den Empfehlungen des Zwischenberichts der Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“ (BT-Drs. 15/3700), nach denen die Wirksamkeit einer Patientenverfügung mit Willensäußerungen zum Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen davon abhängen soll, dass ein irreversibler Verlauf des Grundleidens vorliegt und dieses Grundleiden trotz medizinischer Behandlung nach ärztlicher Erkenntnis zum Tode führen wird. Damit bestünde ein mit dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen nicht zu vereinbarenden Behandlungszwang außerhalb der empfohlenen „Reichweite“ sowohl bei entgegenstehenden schriftlichen oder mündlichen situationsbezogenen Willensäußerungen als auch bei festgestellten konkreten Anhaltspunkten für einen entgegenstehenden mutmaßlichen Patientenwillen.

Es ist anerkannt - auch von der Enquete-Kommission - dass jeder Mensch das Recht hat, über die Zulässigkeit von Eingriffen in seine körperliche Integrität selbst zu bestimmen, ärztliche Behandlungen also abzulehnen, und zwar auch dann, wenn sie lebensrettend sein können. Damit ist fraglich, warum einem Menschen dieses Recht genommen werden darf, sobald er entscheidungsunfähig geworden ist und an einer Krankheit außerhalb der „Reichweite“ leidet, seine Auffassung und seinen Behandlungswillen zuvor aber in einer Patientenverfügung mitgeteilt hat. Die dafür angeführte Begründung - dass der Mensch in existenziellen Situationen häufig anders entscheidet, als er das zuvor vorausgesehen hätte - überzeugt nicht: Dasselbe müsste dann für Situationen gelten, in denen die

Krankheit einen unumkehrbar tödlichen Verlauf genommen hat, eine medizinische Behandlung aber noch indiziert ist. Wenn jemand weiß, dass eine bestimmte Behandlung sein Leben verlängern, wenn auch den Tod nicht längerfristig besiegen kann, steht er vor einer ähnlichen existenziellen Entscheidung. Die Schutzpflicht des Staates für das Leben richtet sich nicht danach, wie lange ein Mensch noch zu leben hat. Wenn jemand nicht zum Ausdruck gebracht hat, dass er eine bestimmte Behandlung nicht wünscht, muss das Leben eines „dem Tode Geweihten« im Grundsatz genauso geschützt werden wie das Leben eines Menschen, der keine zwingend zum alsbaldigen Tode führende Krankheit hat.

Auch dem Vertreter würde damit das Entscheidungsrecht über die Zulässigkeit eines ärztlichen Eingriffs außerhalb der festgelegten Reichweite genommen. Bereits nach geltendem Recht ist aber nicht der ärztliche Befund sondern der individuell-mutmaßliche Wille des Patienten Entscheidungsmaßstab für die Vertreterentscheidung. Für den Bevollmächtigten ergibt sich dies aus § 665 BGB, für den Betreuer aus § 1901 Abs. 2 und 3 BGB, wonach Maßstab des Betreuerhandelns das subjektive Wohl des Betreuten ist. Der Vertreter muss deshalb aus der Sicht des Betroffenen entscheiden. Er darf gerade nicht seine eigenen Vorstellungen oder die Vorstellungen der Allgemeinheit der allein den ärztlichen Befund zur Grundlage seiner Entscheidung machen. Das hat der Gesetzgeber durch die geltenden Regelungen des Betreuungsrechts (§ 1901 Abs. 2 und 3 BGB) gerade abgelehnt, um einem rechtlich betreuten Menschen ein größtmögliches Maß an Selbstbestimmung zu erhalten und damit auch den verfassungsrechtlichen Vorgaben zu genügen.

Beschränkt man das Recht des Patienten und seines Vertreters, eine Behandlung abzulehnen, auf bestimmte Stadien einer Erkrankung, bedeutet das letztlich, dass dem Arzt neben seiner Verantwortung für die fachgerechte Untersuchung, Diagnose und Indikation auch ein eigenständiges Behandlungsrecht eingeräumt wird. Bejaht man eine Behandlungspflicht außerhalb einer bestimmten „Reichweite« des Patientenwillens, zwingt man den Patienten nicht nur, sich einem medizinischen Eingriff zu unterziehen, dem er sich nicht unterziehen will, sondern man zwingt ihn auch, die Risiken dieses Eingriffs zu tragen, die er nicht tragen will. Auch eine ärztliche Aufklärung des Vertreters verlore ihren Sinn, weil auch ihm das Recht genommen würde, nach Abwägung der Chancen und Risiken des Eingriffs eine Entscheidung für oder gegen die Behandlung des Betreuten zu treffen.

Das jeder Entscheidung für oder gegen einen ärztlichen Eingriff innewohnende Risiko kann durch eine Missachtung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten nicht vermieden werden: Es gibt Fälle mit schlechter Prognose, die sich unerwartet zum Guten wenden und umgekehrt Fälle mit guten Aussichten auf Heilung oder Besserung, die sich unerwartet zum Schlechten wenden. Das Risiko einer möglichen Fehleinschätzung darf deshalb nicht als Argument dafür benutzt werden, sich über den Patientenwillen hinwegzusetzen. Die Abwägung zwischen Chancen und Risiken eines Eingriffs und die darauf basierende Behandlungsentscheidung muss deshalb demjenigen überlassen bleiben, der die Risiken der Entscheidung zu tragen hat - dem Patienten selbst oder seinem Vertreter, der den festgestellten Behandlungswillen des Betroffenen respektiert.

Neben diesen grundsätzlichen Bedenken ist es äußerst zweifelhaft, ob mit den unbestimmten Rechtsbegriffen zur Beschreibung der „Reichweitenbegrenzung« den Ärzten und Vertretern eine sichere Einschätzung möglich ist, ob der Patientenwille beachtet werden darf oder ob der Patient den Eingriff gegen seinen Willen erdulden muss. Wenn feststellbar wäre, dass das Grundleiden irreversibel ist und trotz einer denkbaren medizinischen Behandlung zum Tode führte, wird zudem oft schon die ärztliche Indikation der Maßnahme zweifelhaft sein. Eine sichere ärztliche Todesprognose trotz Behandlung dürfte bei vielen Er-

krankungen nicht möglich sein. Für den Fall einer eintretenden Einwilligungsunfähigkeit wären dann im Gegensatz zu einwilligungsfähigen Patienten beispielsweise Chemotherapien, Dialysen, Transplantationen und andere Operationen zwangsweise durchzuführen. Völlig unklar wäre, wie Arzt und Betreuer zu entscheiden hätten, wenn der zwangsweise durchzuführende Eingriff selbst mit lebens- oder erheblich gesundheitsgefährdenden Risiken und Nebenwirkungen (z.B. schwere Operationen, Transplantationen, Amputationen) verbunden ist.

Für demente und komatöse Betroffene hätte das zur Folge, dass sie in jedem Fall zwangsweise zu ernähren, zu beatmen, mit Flüssigkeit zu versorgen, an Herz-Lungen-Maschinen anzuschließen wären, und darüber hinaus, dass Begleitkomplikationen, die nicht von vornherein lebensbedrohlich sind, auch gegen den Willen des Patienten zu behandeln wären. So wird beispielsweise nicht selten festgelegt, dass bei begleitend zum Grundeiden eintretende Lungenentzündungen, Hirnblutungen und ähnlichem keine kurative Therapie erfolgen soll, sondern das Therapieziel hin zu einer ausschließlich palliativmedizinischen Zielsetzung geändert werden soll.

Würde sich der behandelnde Arzt in diesen Konstellationen über den Patientenwillen hinwegsetzen, wie dies nach Auffassung der Enquete-Kommission offenbar geboten erscheint, könnte nicht einmal das Risiko strafrechtlicher Verfolgung des Arztes ausgeschlossen werden. Zumindest invasive Behandlungsmethoden bedürfen grundsätzlich der wirksamen Einwilligung durch den Patienten, um nicht als Körperverletzung gewertet zu werden.

Zutreffend wird deshalb auch in den Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis vom 30. März 2007 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass weder die Autonomie noch die Gewissensfreiheit den Arzt zu Eingriffen in die körperliche Integrität eines Menschen oder deren Fortsetzung berechtigen, die von dessen erklärter oder mutmaßlicher Einwilligung nicht oder nicht mehr getragen werden.

Zu Absatz 4

§ 1901a Abs. 4 BGB-E stellt klar, dass die Aufgaben eines Bevollmächtigten bei der Beachtung und Durchsetzung einer Patientenverfügung denen eines Betreuers entsprechen.

Zu Nummer 3 (§ 1901b BGB)

Es handelt sich um eine Folgeänderung der Einfügung eines neuen § 1901a BGB.

Zu Nummer 4 (Änderung von § 1904 BGB)

a) Regelungsbedarf

Bisher fehlt eine gesetzliche Regelung dazu, ob und ggf. wann eine Nichteinwilligung oder ein Widerruf der Einwilligung des Betreuers in ärztlich indizierte Maßnahmen einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf, wenn die begründete Gefahr besteht, dass das Unterbleiben oder der Abbruch der Maßnahme dazu führt, dass der Betreute stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet. Das können u.a. eine Operation, die künstliche Flüssigkeits- und Nahrungszufuhr, die z.B. durch die Speiseröhre (Magensonde) oder Bauchdecke (PEG) in den Magen oder intravenös gegeben wird, die maschinelle Beatmung, die Dialyse, die Bekämpfung einer zusätzlich auftretenden Krankheit (Lungenentzündung, Infektion u.a.) sowie Maßnahmen der Reanimation sein.

§ 1904 BGB ist in der geltenden Fassung auf diese Fälle weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar. Die Regelung bezieht sich auf Einwilligungen in ärztliche Maßnahmen, die darauf gerichtet sind, dem Betreuten Leben und Gesundheit zu erhalten, aber das Risiko des tödlichen Misslingens mit sich bringen. Dagegen tritt bei dem Unterlassen oder dem Ab-

bruch lebenserhaltender oder anderer zur Erhaltung der Gesundheit erforderlicher Maßnahmen der Tod oder ein schwerer und länger dauernder

gesundheitlicher Schaden des Betreuten als Folge des Behandlungsverzichts krankheitsbedingt ein. Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in seinem Beschluss vom 17. März 2003 (aaO) im Wege der Rechtsfortbildung entschieden, dass der Betreuer das Vormundschaftsgericht auch in solchen Konfliktfällen einschalten muss, in denen er die Einwilligung in eine ärztlicherseits angebotene lebenserhaltende Maßnahme nicht erteilt, und hat dem Gesetzgeber insoweit eine gesetzliche Regelung nahegelegt.

Mit der Neuregelung wird § 1904 BGB insgesamt klarer gefasst. Der Anwendungsbereich wird erweitert, indem die grundsätzlich genehmigungspflichtigen Entscheidungen des Betreuers auf die Fälle erweitert werden, in denen die Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung des Betreuers zum Tod oder zu schweren und länger andauernden Schäden des Betreuten führen kann. Von der Genehmigungspflicht ausgenommen werden die Entscheidungen des Betreuers nur in den Fällen, in denen zwischen Arzt und Betreuer übereinstimmende Auffassungen über den konkret behandlungsbezogenen individuellmutmaßlichen Patientenwillen bestehen.

Zu Absatz 1

§ 1904 Abs. 1 BGB bleibt unverändert.

Zu Absatz 2

§ 1904 Abs. 2 BGB-E regelt die Genehmigungspflicht von Entscheidungen des Betreuers, wenn dieser in bestimmte medizinisch angezeigte Maßnahmen entsprechend dem mutmaßlichen Willen des Betreuten nicht einwilligen oder eine früher erteilte Einwilligung widerrufen will. Erfasst sind Entscheidungen des Betreuers über die Nichteinwilligung oder den Widerruf der Einwilligung, wenn das Unterbleiben oder der Abbruch der Maßnahme die begründete Gefahr des Todes oder des Eintritts schwerer und länger dauernder Schäden des Betreuten in sich birgt. Ob eine solche begründete Gefahr besteht, beurteilt sich nach den gleichen Maßstäben wie nach Absatz 1 (vgl. BT- Drs. 11/4528 S. 140-142). Soweit ein dringendes Bedürfnis für ein unverzügliches Einschreiten des Gerichts besteht, welches ein Abwarten bis zur endgültigen Entscheidung nicht gestattet, können vorläufige Anordnungen nach allgemeinen Grundsätzen ergehen (Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 15. Auflage, § 19 Rdnr. 30). Für Anordnungen des Beschwerdegerichts findet § 24 Abs. 3 FGG Anwendung.

Zu Absatz 3

Absatz 3 regelt, dass das Vormundschaftsgericht bei der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Erteilung der Einwilligung nach Absatz 1 und über die Nichterteilung oder den Widerruf der Einwilligung nach Absatz 2 die Entscheidung des Betreuers zum Schutz des Betreuten dahingehend zu überprüfen hat, ob diese Entscheidung tatsächlich dem ermittelten individuell-mutmaßlichen Patientenwillen entspricht. Die für die Feststellung des mutmaßlichen Willens in § 1901a Abs. 2 BGB-E genannten Anhaltspunkte sind auch für die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts heranzuziehen. Das Vormundschaftsgericht hat die Genehmigung zu erteilen, wenn die Entscheidung des Betreuers dem Patientenwillen entspricht.

Zu Absatz 4

Die Entscheidung des Betreuers bedarf keiner Genehmigung, wenn Arzt und Betreuer

keinen Zweifel daran haben, dass die Entscheidung über die Einwilligung, die Nichteinwilligung oder den Widerruf der Einwilligung dem Patientenwillen entspricht. Die Pflicht, dieses

Einvernehmen zu dokumentieren, ergibt sich aus dem ärztlichen Berufsrecht (vgl. insoweit die standesrechtlichen Vorschriften, unter anderem in § 10 der Musterberufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte).

Bei unterschiedlichen Auffassungen oder bei Zweifeln des behandelnden Arztes und des Betreuers über den Behandlungswillen des Betreuten dient die Einschaltung des Vormundschaftsgerichts zum Schutz des Betreuten der Kontrolle, ob die Entscheidung des Betreuers über die Einwilligung nach Absatz 1 und über die Ablehnung oder den Widerruf der Einwilligung nach Absatz 2 tatsächlich dem ermittelten individuell- mutmaßlichen Patientenwillen entspricht. Dagegen ist eine Einschaltung des Vormundschaftsgerichts zur Überprüfung der Betreuerentscheidung nicht geboten, wenn Arzt und Betreuer keine Zweifel am Behandlungswillen des Betreuten haben: Zum einen sichert in diesen Fällen bereits das erforderliche Einvernehmen zwischen behandelndem Arzt und Betreuer, dass eine wechselseitige Kontrolle der Entscheidungsfindung stattfindet. Zum anderen entbehrt ein generalisierender Missbrauchsverdacht gegen den behandelnden Arzt und den Betreuer jeder Grundlage. Einer dennoch in Ausnahmefällen nicht gänzlich auszuschließenden Missbrauchsgefahr durch rechtsmissbräuchliches Zusammenwirken von behandelndem Arzt und Betreuer zum Nachteil des Betreuten wird dadurch wirksam begegnet, dass jeder Dritte, insbesondere der Ehegatte, Lebenspartner, Verwandte oder benannte Vertrauenspersonen, aufgrund des Amtsermittlungsprinzips im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit jederzeit eine vormundschaftsgerichtliche Kontrolle der Betreuerentscheidung in Gang setzen kann.

Außerdem geht auch vom Strafrecht eine wirksame Prävention aus; denn bei zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkten für ein sachfremdes oder gar kollusives Zusammenwirken müssen Arzt und Betreuer mit einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren wegen eines Körperverletzungs- oder gar Tötungsdelikts rechnen.

Liegt kein Verdacht auf einen Missbrauch vor, soll die Umsetzung des Patientenwillens aber nicht durch ein - sich ggf. durch mehrere Instanzen hinziehendes - vormundschaftsgerichtliches Verfahren belastet werden. Die Durchsetzung des Patientenwillens würde erheblich verzögert oder gar unmöglich gemacht, da für die Dauer des Verfahrens die in Rede stehenden Maßnahmen in der Regel zunächst nicht eingeleitet werden können oder eingeleitet oder fortgeführt werden müssten und damit massiv in das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen eingegriffen würde. Das gilt sowohl für die Einwilligung des Betreuers in eine Maßnahme nach § 1904 Absatz 1 als auch die Nichteinwilligung oder den Widerruf der Einwilligung nach Absatz 2.

Zu Absatz 5

§ 1904 Abs. 5 BGB-E regelt die Zustimmungspflichtigkeit entsprechender Entscheidungen des Bevollmächtigten. Voraussetzung für die Entscheidung eines Bevollmächtigten ist zunächst, dass die Vollmacht schriftlich erteilt wurde und Entscheidungen nach Absatz 1 und 2 ausdrücklich umfasst sind. Dies ist nach geltendem Recht bereits Voraussetzung für die Einwilligung in ärztliche Maßnahmen, die mit erheblicher Gesundheits- oder Lebensgefahr für den Betroffenen verbunden sind und wird nunmehr auf die Nichteinwilligung oder den Widerruf einer Einwilligung in derartige Maßnahmen erstreckt. Ebenso wie die Entscheidungen eines Betreuers bedürfen auch die Entscheidungen eines Bevollmächtigten der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, wenn zwischen Bevollmächtigtem und Arzt unterschiedliche Auffassungen oder Zweifel über den Behandlungswillen des Betreuten bestehen. Wie im geltenden Recht bleibt es damit bei einer gleichen „Kontrolldichte“ für Betreuer und Bevollmächtigten.

Zu Artikel 2 (Änderung des Gesetzes über die Freiwillige Gerichtsbarkeit)

Zu Nummer 1 (Änderung von § 67 Abs. 1 Satz 5 FGG)

§ 67 will den Schutz der Rechte des Betroffenen stärken und die Wahrung seiner Belange im Verfahren gewährleisten. Unter Berücksichtigung der Bedeutung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts in den Fällen des § 1904 Abs. 2 BGB wird in Absatz 1 Satz 5 der Vorschrift die Bestellung eines Verfassungspflegers zwingend vorgeschrieben.

Zu Nummer 2 (Änderung von § 69d Absatz 2 FGG)

§ 69d regelt, welche besonderen Verfahrensvorschriften bei der Erteilung von vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungen zu beachten sind. In Absatz 2 sind im Einzelnen die Ermittlungen für eine Genehmigung nach § 1904 BGB geregelt, an denen auch unter Berücksichtigung der geänderten Fassung der Vorschrift festgehalten wird. Das Gericht hat danach ein Sachverständigen Gutachten einzuholen sowie die Beteiligten nach Maßgabe des § 68a Satz 3 und – bei entsprechenden Anhaltspunkten – nach Satz 4 anzuhören. Dass sich das Gericht im Übrigen von dem Betroffenen selbst einen Eindruck zu verschaffen hat, folgt aus § 69d Absatz 1 Satz 2.

Die Änderungen in Absatz 2 Satz 1 sind daher notwendige verfahrensrechtliche Folgeänderungen.

In Absatz 2 Satz 4 wird von dem allgemeinen Grundsatz in Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, wonach die Verfügung des Gerichts mit Bekanntgabe an den jeweiligen Beteiligten wirksam wird, insofern abgewichen, als die Wirksamkeit der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach § 1904 Abs. 2 BGB-E erst zwei Wochen nach Bekanntgabe an den Betreuer oder Bevollmächtigten sowie den Verfassungspfleger eintritt. Da die bei einer Genehmigung des Gerichts in den Abbruch oder die Nichteinleitung lebenserhaltender oder -verlängernder Maßnahmen gebotenen ärztlichen Handlungen regelmäßig nicht reversibel sind, kann nur so ein effektiver Rechtsschutz für die am Verfahren formell und materiell Beteiligten gewährleistet werden.

Zu Nummer 3 (Änderung von § 69g Abs. 1 Satz 1 FGG)

Allgemein regelt § 20 die Befugnis zur Einlegung der Beschwerde. § 69g Absatz 1 enthält ebenso wie Absatz 2 eine Sonderregelung, die den Kreis der Beschwerdeberechtigten in bestimmten Fällen ergänzt. Um dem Genehmigungserfordernis nach § 1904 Abs. 2 BGB-E auch verfahrensrechtlich die angemessene Bedeutung zukommen zu lassen und um den notwendigen „Gleichklang“ zu § 69d herzustellen, ist § 69g Abs. 1 Satz 1 um diese Fallkonstellation erweitert worden.

Zu Artikel 3 (Inkrafttreten)

Das Gesetz soll so schnell wie möglich in Kraft treten, um die Rechtssicherheit für die beteiligten Patienten, Betreuer, Bevollmächtigten, aber auch Ärzte zu erhöhen.

Moción de varios diputados y del grupo parlamentario Bündnis 90/Die Grünen

16ª Legislatura 25.04.07

Vivir al final de la vida – Establecimiento de mejores condiciones marco para los enfermos terminales y los enfermos graves

Antrag

der Abgeordneten Renate Künast, Birgitt Bender, Katrin Göring-Eckardt, Markus Kurth, Jerzy Montag, Dr. Reinhard Loske, Irmingard Schewe-Gerick, Elisabeth Scharfen-

berg, Dr. Harald Terpe, Josef Philip Winkler, Kerstin Andreae, Volker Beck (Köln), Cornelia Behm, Ekin Deligöz, Dr. Thea Dückert, Dr. Uschi Eid, Kai Gehring, Britta Haßelmann, Priska Hinz (Herborn), Monika Lazar, Christine Scheel und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Leben am Lebensende – Bessere Rahmenbedingungen für Schwerkranken und Sterbende schaffen

Deutscher Bundestag Drucksache 16/5134 16. Wahlperiode 25. 04. 2007

Der Bundestag wolle beschließen:

I. Der Deutsche Bundestag stellt fest:

In Deutschland findet derzeit eine intensive Debatte darüber statt, wie ein Lebensende in Würde und Selbstbestimmung ermöglicht und gestärkt werden kann. Diese Debatte ist ein Schritt zur Enttabuisierung des Themas Sterben und Tod in unserer Gesellschaft.

Im Vordergrund der derzeit geführten politischen Debatte steht die Frage, ob und wenn ja, wie mit einer Gesetzesänderung rechtliche Unsicherheiten im Umgang mit Festlegungen und Entscheidungen von Patienten und Patientinnen für den Fall einer Nichteinwilligungsfähigkeit (Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen) behoben werden können.

Durch die Diskussion um Patientenverfügungen zeigt sich aber auch, dass die Versorgung und Begleitung von Schwerkranken und Sterbenden wesentlich mehr Problembereiche und Aspekte berührt als die Angst vor der Abhängigkeit von Apparaten ohne begründete Aussicht auf Besserung im Falle der Nichteinwilligungsfähigkeit. Immer mehr Menschen sprechen sich in Umfragen für eine gesetzliche Zulassung der aktiven Sterbehilfe aus. Nach den Gründen gefragt, nennen sie vor allem die konkreten Bedingungen, unter denen Schwerkranken und Sterbende in unserer Gesellschaft leben. Nur einem kleinen Teil der Bevölkerung sind die Möglichkeiten der Palliativmedizin bekannt und die Arbeit der Hospizbewegung vertraut. Viele Menschen haben Angst davor,

- in einem Krankenhaus oder Pflegeheim sterben zu müssen und nicht zu Hause,
- durch eine schwere Erkrankung mittellos und sozial isoliert zu werden,
- Angehörigen zur Last zu fallen – sowohl durch die direkte Pflege als auch durch die entstehenden Kosten der Pflege,
- zunehmend abhängig von der Hilfe anderer zu werden,
- dem pflegerischen und medizinischen Personal in Heimen oder Kliniken lästig zu sein,
- Schmerzen zu haben, die nicht ausreichend gelindert werden (können),
- dass die Entscheidung gegen den Einsatz einer medizinischen Therapie mit Geräten missachtet wird,
- dass eine Therapie oder auch eine ambulante Pflege nicht bezahlt wird, auch wenn diese die Situationen verbessern würde.

Zwar mögen manche dieser Sorgen sachlich unbegründet sein, dennoch müssen wir akzeptieren, dass es sie gibt. Diese Ängste vieler Menschen vor Fremdbestimmung, Einsamkeit und Schmerzen am Ende des Lebens zeigen: Eine rechtliche Regelung für den Umgang mit Patientenverfügungen ist wichtig zur Stärkung der Selbstbestimmungsrechte von Schwerkranken und Sterbenden. Sie berührt jedoch nur einen kleinen Teil der angesprochenen Probleme, unter anderem weil sie ausschließlich die Sicherung des Selbstbestimmungsrechts der Patientin und des Patienten für den Fall der Nichteinwilligungsfähigkeit regelt.

Der Wunsch, im Fall einer schweren Krankheit vorzeitig sterben zu wollen, kann nicht losgelöst betrachtet werden von der öffentlichen Diskussion über Missstände in unserem Gesundheits- und Pflegesystem und über den dort diskutierten und bestehenden Kostendruck. Auch unser gesellschaftlicher Umgang mit Sterben und Tod hat die Furcht vor einem fremdbestimmten und unwürdigen Sterben befördert. Die Mehrheit der Bevölkerung möchte im Kreise naher Bezugspersonen und in ihrem vertrauten Lebensumfeld sterben. Tatsächlich verbringen jedoch 90 Prozent aller schwerkranken und sterbenden Menschen, zumindest im städtischen Raum, ihre letzte Lebensphase oft ohne Beistand in Kliniken und Pflegeheimen. So ist die Verantwortung für die Begleitung Schwerkranker und Sterbender von den Familien hauptsächlich auf das Personal stationärer Gesundheits- und Pflegeeinrichtungen übergegangen. Verbunden mit dem medizintechnischen Fortschritt, der den Prozess des Sterbens verändert hat, hat diese Entwicklung dafür gesorgt, dass die Angst vor Abhängigkeit und Fremdbestimmung bei schwerer Krankheit wächst. Die Tatsache, dass die Auseinandersetzung mit den Themen Krankheit, Sterben und Tod, also eine „Ars moriendi« im Sinne einer Kultur des Sterbens, weitestgehend aus dem Alltag verschwunden ist, kommt erschwerend hinzu.

All diese Faktoren verdeutlichen, wie notwendig es ist, eine gesamtgesellschaftliche Position zur Sterbebegleitung zu entwickeln. Wir brauchen eine vorsorgende, vorausschauende Versorgung, die sich an den individuellen Wünschen und Bedürfnissen, aber auch an den Wertvorstellungen der Patienten und ihrer Angehörigen orientiert. Das Ziel der Versorgung von Schwerkranken und Sterbenden muss sein, die Leiden zu lindern und die Lebensqualität zu verbessern. Für die Politik ergibt sich daraus dringender Handlungsbedarf in unterschiedlichen Feldern, um eine Versorgungsstruktur zu befördern, die den sterbenden Menschen und seine Bezugspersonen konsequent in den Mittelpunkt stellt mit dem Ziel bestmögliche Lebensqualität bis zum Lebensende zu garantieren.

II. Vor diesem Hintergrund fordert der Deutsche Bundestag die Bundesregierung auf,

1. sich bei Verhandlungen mit Ländern und Kommunen zur geplanten Reform der Pflegeversicherung dafür einzusetzen, dass die pflegerische Infrastruktur hinsichtlich der individuellen Bedarfslage am Lebensende verbessert wird, insbesondere mit dem Ziel einer stärkeren Vernetzung, Koordination und Kooperation aller relevanten Akteure sowie der festen Verankerung von Case-Management-Strukturen;

2. sich bei Verhandlungen mit Ländern und Kommunen zur geplanten Reform der Pflegeversicherung dafür einzusetzen, dass auch die Pflege Schwerkranker mit hohem Versorgungsbedarf in der eigenen Häuslichkeit abgesichert ist – hierzu gehört die Schaffung von Vorsorgestrukturen im Sinne von „high tech home care«, so dass neben der Vorhaltung speziell ausgebildeten Pflegepersonals auch ein schneller und unproblematischer Zugang zu technischen Apparaturen und Hilfsmitteln gewährleistet werden kann;

3. eine Aufklärungskampagne zu starten, in der über die Möglichkeiten der Palliativversorgung und Hospizarbeit sowie über die rechtlichen Voraussetzungen im Rahmen der Versorgung von Schwerkranken und Sterbenden umfassend informiert wird;

4. sich dafür einzusetzen, dass für die im Rahmen der Sterbebegleitung auftretenden ethischen Fragestellungen Strukturen geschaffen werden, die die Diskussion und das Abwägen aller Beteiligten über die erforderliche Behandlung und Begleitung von Schwerkranken oder Sterbenden unterstützen;

5. bei der Umsetzung der beschlossenen Verbesserungen zur Palliativmedizin dafür Sorge zu tragen, dass sowohl bei der

ambulanten wie stationären Versorgung von Schwerkranken und Sterbenden eine Schmerztherapie, die den Betroffenen einen schmerzfreien, aber dabei bewussten Abschied aus dem Leben ermöglicht, integraler Bestandteil wird;

6. sich dafür einzusetzen, dass die Palliativmedizin und -pflege zu einem expliziten Pflichtlehr- und Prüfungsfach des Medizinstudiums sowie auch im Curriculum bei der Ausbildung für die Berufe in der Krankenpflege deutlich aufgewertet werden;

7. sich dafür einzusetzen, dass menschenwürdige Sterbebegleitung ein zu berücksichtigender Faktor bei der Zertifizierung von Pflegeeinrichtungen wird;

8. Vorschläge dafür zu entwickeln, wie die Beratung von Betroffenen und Angehörigen hinsichtlich der Unsicherheiten im Zusammenhang der Pflege von Schwerkranken und Sterbenden sowie hinsichtlich der rechtlichen Fragen wie zum Beispiel zur Abfassung von Patienten- und Vorsorgevollmachten sichergestellt werden kann. Hierfür sollten nicht nur Beratungsstellen mit „Komm-Struktur« vorgehalten werden, sondern auch zugehende Beratung ermöglicht werden;

9. Vorschläge zur Verbesserung der Situation für die betreuenden Bezugspersonen sowie ehrenamtlich tätige Hospizgruppen zu erarbeiten wie zum Beispiel für Hilfsangebote zur psychischen und seelischen Entlastung von betreuenden Bezugspersonen;

10. gesetzliche Regelungen vorzuschlagen, mit denen die Vereinbarkeit von Pflege und Beruf ermöglicht wird, indem das bestehende Teilzeitgesetz vereinfacht und eine vorübergehende unbezahlte Freistellung (Pflegezeit) mit Rechtsanspruch auf Rückkehr zum Arbeitsplatz sowie Kündigungsschutz eingeführt werden;

11. Änderungsvorschläge vorzulegen, durch die der Eigenfinanzierungsanteil aller stationären Hospize in § 39a des Fünften Buches Sozialgesetzbuch (SGB V) auf maximal 5 Prozent begrenzt werden;

12. sich bei den Ländern bei den anstehenden Reformen des Heimrechts dafür einzusetzen, dass die besondere Stellung stationärer Hospize in den jeweiligen Gesetzen berücksichtigt wird (palliativpflegerische Versorgungsstrukturen, individuelle und familiäre Umgebung, psychosoziale und spirituelle Begleitung);

13. einen Forschungsschwerpunkt „Palliativ- und Hospizversorgung« im Gesundheitsforschungsprogramm des Bundesministeriums für Bildung und Forschung einzurichten;

14. einen jährlichen Bericht über die Entwicklung der Versorgungsstrukturen für schwerkranken und sterbende Menschen vorzulegen, so dass auf Grundlage der dort ermittelten Daten und Sachstände dieser Versorgungsbereich qualitativ und quantitativ ausgebaut und optimiert werden kann.

Berlin, den 25. April 2007

Renate Künast, Fritz Kuhn und Fraktion

Begründung

Die Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin des Deutschen Bundestages hat in ihrem Bericht zur Palliativmedizin und Hospizarbeit in der letzten Wahlperiode gefordert (Bundestagsdrucksache 15/5858), die ambulante Palliativ- und Hospizarbeit sowie die Rahmenbedingungen für ein würdevolles Lebensende in stationären Institutionen zu verbessern. Dazu gehören unter anderem die Stärkung des Patientenrechts auf eine bedarfsgerechte Palliativversorgung sowie eine Verbesserung der Finanzierung der Palliativ- und Hospizversorgung.

Es wurden bereits erste Schritte unternommen, um Möglichkeiten für ein Sterben in der Häuslichkeit und im Kreis der

Familie zu schaffen und zu verbessern. Wir begrüßen, dass mit der letzten Gesundheitsreform die gesetzliche Grundlage für die Einrichtung von ambulanten Palliativ-Care-Teams geschaffen wurde.

Als problematisch erweist sich in diesem Kontext jedoch Viererlei.

Erstens können zunehmend weniger Menschen auf familiäre Unterstützung bei Pflegebedürftigkeit oder im Sterbefall zurückgreifen, beispielsweise weil sie kinderlos sind oder weil die Kinder nicht am selben Wohnort leben.

Zweitens zerbrechen häusliche Pflegearrangements oft schon weit im Vorfeld einer Sterbebegleitung. Dies begründet sich dadurch, dass die ambulanten Versorgungsstrukturen den Bedürfnissen der Pflegebedürftigen und ihrer Bezugspersonen nicht entsprechen.

Drittens sind die nahen Bezugspersonen in der Regel auf ein Sterben ihrer Angehörigen in der Häuslichkeit nicht vorbereitet. Ohne ihre Bereitschaft, die Pflege eines nahe stehenden sterbenden Menschen zu übernehmen, ist eine häusliche Sterbebegleitung bei den bestehenden ambulanten Versorgungsstrukturen in Deutschland kaum möglich. Die Pflege Sterbender findet kaum noch in den Familien statt, damit fehlt auch die Auseinandersetzung mit den dazugehörigen Themen Krankheit, Sterben und Tod. Zudem sind sterbende Menschen und auch die, die sie pflegen, häufig von gesellschaftlicher Ausgrenzung und sozialer Isolation betroffen.

Viertens haben Berufstätige zusätzliche Probleme, Erwerbsarbeit und Pflege bzw. Erwerbsarbeit und die Sterbebegleitung von Angehörigen und Personen, zu denen ein besonderes Näheverhältnis besteht, zu vereinbaren. Das bestehende Teilzeitgesetz ist dabei nur sehr eingeschränkt hilfreich und eine vorübergehende unbezahlte Freistellung (Pflegezeit) fehlt völlig.

Daher sollte, gerade bei der häuslichen Sterbebegleitung, der Blick sowohl auf die Verbesserung der Versorgung der Schwerkranken und sterbenden Menschen als auch auf die Personen, die Verantwortung für einen nahe stehenden sterbenden Menschen übernehmen, gerichtet werden.

Trotz durchaus begrüßenswerter Ansätze, die ambulante Versorgung zu stärken, ist davon auszugehen, dass die Versorgung Schwerkranker und Sterbender auch in Zukunft überwiegend in Krankenhäusern, Pflegeheimen oder Hospizen stattfinden wird.

Die Qualität von Kliniken wird heute vor allem an der Heilungsquote gemessen. Doch auch der Umgang mit Sterbenden ist bei der Beurteilung von Qualität von Kliniken von hoher Bedeutung. Speziell in Krankenhäusern, die zumeist auf Kuration und nicht auf Palliation ausgerichtet sind, benötigen wir ein Umdenken. Das Sterben eines Menschen darf nicht länger vordergründig mit beruflichem Versagen von Ärztinnen und Ärzten sowie Pflegenden assoziiert werden. Auch und vor allem in Kliniken bestehen im Rahmen der interdisziplinären Zusammenarbeit zwischen den unterschiedlichen Akteuren große Defizite. Die Bezugspersonen des sterbenden Menschen und/oder ehrenamtliche Hospizgruppen werden zu wenig einbezogen. Die Aufgabe des Krankenhauses muss sein, Verantwortung für eine adäquate Weiterversorgung des sterbenden Menschen im Sinne einer optimierten Überleitung zu übernehmen.

Die Versorgung sterbender Menschen und die Begleitung ihrer Bezugspersonen erfordern ein hohes Maß an fachlichem Wissen und Können. Vielfach jedoch gibt es hierzulande noch immer erhebliche Mängel innerhalb der primär in die Versorgung involvierten Akteurinnen und Akteure aus Medizin und Pflege. Neben der Weiterentwicklung einer effizienten Schmerztherapie ist die Weiterentwicklung der spezialisierten Palliativ-Pflege erforderlich. Des weiteren müssen Fachkräf-

te aus den Bereichen Medizin, Pflege und Soziales in ihrer Gesprächsführung und Kommunikationsfähigkeit, in der Aufklärung, Beratung und Begleitung der Betroffenen und ihrer Bezugspersonen geschult werden, um auf deren Ängste und Sorgen, aber auch auf deren (Informations-)Bedürfnisse sensibel und adäquat reagieren zu können.

Die Hospizbewegung in Deutschland hat in den letzten Jahrzehnten Beachtliches für die Versorgung sterbender Menschen erreicht. So entstanden in relativ kurzer Zeit bundesweit stationäre Hospize und im ambulanten Bereich bildeten sich Hospizgruppen heraus. Dennoch gibt es Mängel. Die Ausstattung mit stationären Hospizen ist im gesamten Bundesgebiet sehr unterschiedlich und zumeist hinsichtlich des Bevölkerungsbedarfs nicht ausreichend. Über den § 39a SGB V wurde zwar eine Rahmenvereinbarung über die Versorgung in stationären Hospizen ausgehandelt; diese aber muss keine flächendeckende Versorgung sicherstellen. Der Hauptteil der Finanzierung für einen sterbenden Erwachsenen im Hospiz setzt sich derzeit aus Leistungen der Kranken- und Pflegeversicherung, Eigenanteilen des Betroffenen und mindestens 10 Prozent Spendenaufkommen des Hospizträgers zusammen. Diese Art der Finanzierung birgt zwei Probleme. Zum einen ergibt sich durch den zu erbringenden Eigenanteil ein wirtschaftliches Kalkulationsrisiko, besonders vor dem Hintergrund, dass das Spendenaufkommen in der Bundesrepublik Deutschland in den letzten Jahren auch für Hospizeinrichtungen deutlich zurückgegangen ist. Um das wirtschaftliche Kalkulationsrisiko abzusenken, sollte darum der Spendenanteil abgesenkt werden. Bessere Rahmenbedingungen für den unproblematischen Zugang von ambulant tätigen Hospizgruppen in stationäre Einrichtungen müssen geschaffen werden.

Weiterhin besteht dringender Aufklärungs- und Beratungsbedarf. Heute fehlt häufig die Aufklärung über den zu erwartenden Krankheits- und Behandlungsverlauf in den unterschiedlichen Stadien des Sterbeprozesses und über den Umgang mit möglichen Krisensituationen. Es gibt zu wenig Wissen über die Möglichkeiten der ambulanten Versorgung und darüber, welche Form sich im Individualfall eignet.

Eine andere Form von Beratung bezieht sich auf Hinweise hinsichtlich der Möglichkeiten der Palliativversorgung und Hospizarbeit sowie der rechtlichen Möglichkeiten, mit denen Menschen ihr Recht auf Selbstbestimmung im Rahmen der Versorgung am Lebensende sicherstellen können. Vielen Menschen ist nicht bewusst, dass alle medizinischen Eingriffe nur nach einer Einwilligung zulässig und ohne Einwilligung strafbar sind. Weitgehend unbekannt ist auch, dass es über eine Vorsorgevollmacht möglich ist, die Gesundheitsfürsorge in die Hände einer persönlich bekannten und vertrauten Person zu legen. Zudem kommt es auch im Umgang mit Vorsorgevollmachten oftmals in der Praxis zu Problemen, entweder weil sie von Ärzten oder Pflegepersonal – auch aus Angst vor vermeintlichen rechtlichen Konsequenzen – nicht anerkannt werden oder weil es den Bevollmächtigten an Wissen fehlt, wie sie sich gegenüber Ärzten und Pflegepersonal durchsetzen können.

Moción de varios diputados del Bundestag y del grupo parlamentario del SPD

16ª Legislatura 25. 04. 2007

Creación de un Consejo parlamentario para las cuestiones de ética, especialmente en lo referente a la vida

Deutscher Bundestag Drucksache 16/5128 16. Wahlperiode 25. 04. 2007

Antrag

der Abgeordneten Eberhard Gienger, Ilse Aigner, Michael Kretschmer, Katherina Reiche (Potsdam), Dorothee Bär,

Ernst-Reinhard Beck (Reutlingen), Ingrid Fischbach, Axel E. Fischer (Karlsruhe-Land), Marcus Grübel, Monika Grütters, Anette Hübinger, Hartmut Koschyk, Johann-Henrich Krummacker, Carsten Müller (Braunschweig), Michaela Noll, Dr. Norbert Röttgen, Uwe Schummer, Marcus Weinberg, Volker Kauder, Dr. Peter Ramsauer und der Fraktion der CDU/CSU sowie der Abgeordneten René Röspel, Jörg Tauss, Nicolette Kressl, Willi Brase, Ulla Burchardt, Dieter Grasedieck, Klaus Hagemann, Lothar Mark, Gesine Mulhaupt, Thomas Oppermann, Dr. Ernst Dieter Rossmann, Renate Schmidt (Nürnberg), Heinz Schmitt (Landau), Olaf Scholz, Swen Schulz (Spandau), Dr. Peter Struck und der Fraktion der SPD

Einrichtung eines Parlamentarischen Beirats zu Fragen der Ethik insbesondere in den Lebenswissenschaften (Ethikbeirat)

Creación de un Consejo parlamentario para las cuestiones de ética, especialmente en lo referente a la vida

Der Bundestag wolle beschließen:

I. Der Deutsche Bundestag stellt fest:

Die rasante Entwicklung in Naturwissenschaften und Medizin wirft immer wieder neue ethische Fragen auf, die nur auf der Grundlage eines umfassenden gesellschaftlichen und politischen Diskurses beantwortet werden können.

Der Deutsche Bundestag hat sich dieser Aufgabe in den beiden vergangenen Wahlperioden mit den Enquete-Kommissionen „Recht und Ethik der modernen Medizin“ und „Ethik und Recht der modernen Medizin“ gestellt. Aus deren intensiven Beratungen ist eine Reihe von Berichten und Zwischenberichten über medizin- und bioethische Themen von grundlegender Bedeutung wie Palliativmedizin, Patientenverfügungen, Präimplantationsdiagnostik und Stammzellforschung hervorgegangen. Diese Berichte haben die bioethische Diskussion nicht nur gebündelt und zur parlamentarischen Entscheidung vorbereitet, sondern auch vielfältige Anregungen für den öffentlichen Diskurs geliefert.

Mit dem Deutschen Ethikrat wird durch das vorliegende Ethikratgesetz (Gesetz zur Einrichtung des Deutschen Ethikrates – EthRG) in der Nachfolge des Nationalen Ethikrates in der laufenden Wahlperiode ein Ethikberatungsgremium zu Fragen der Ethik insbesondere in den Lebenswissenschaften entsprechend § 2 EthRG eingerichtet, das große Sachkompetenz in sich vereinigen und Parlament und Regierung beraten soll. Dieses Gremium soll ergänzt werden durch ein parlamentarisches Begleitgremium, das die Verzahnung und Zusammenführung von ethischer Sachkompetenz und parlamentarischer Arbeit gewährleistet. Die Zuständigkeiten der parlamentarischen Fachausschüsse bleiben unberührt.

Der Deutsche Bundestag wolle beschließen:

1. Der Deutsche Bundestag richtet einen parlamentarischen Beirat zu Fragen der Ethik insbesondere in den Lebenswissenschaften ein (Ethikbeirat).
2. Der Ethikbeirat setzt sich aus neun ordentlichen und neun stellvertretenden Mitgliedern zusammen. Die Fraktion der CDU/CSU entsendet je drei ordentliche und drei stellvertretende Mitglieder, die Fraktion der SPD entsendet je drei ordentliche und drei stellvertretende Mitglieder, die Fraktionen der FDP je ein ordentliches und ein stellvertretendes Mitglied, die Fraktion DIE LINKE je ein ordentliches und ein stellvertretendes Mitglied und die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN je ein ordentliches und ein stellvertretendes Mitglied.

3. Für den Ethikbeirat gelten die die Ausschüsse betreffenden Regelungen der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages. Im Blick auf die Regelung des Artikels 43 des Grundgesetzes geht der Deutsche Bundestag davon aus, dass auf Wunsch des Ethikbeirates jeweils ein Mitglied der Bundesregierung an den Beratungen teilnimmt.
4. Der Ethikbeirat ist mit der parlamentarischen Begleitung und Unterstützung der Debatten des Deutschen Ethikrates betraut. Auf Wunsch des Ethikbeirates können Mitglieder des Deutschen Ethikrates an den Beratungen des Ethikbeirates teilnehmen.
5. Der Ethikbeirat begleitet einschlägige Gesetzgebungsprozesse auf nationaler und europäischer Ebene in Zusammenarbeit mit den parlamentarischen Gremien.
6. Der Ethikbeirat leitet nach den Regelungen der Geschäftsordnung dem Deutschen Ethikrat Aufträge des Deutschen Bundestages nach § 2 Abs. 3 EthRG zu und nimmt die dem Deutschen Bundestag zugeleiteten Stellungnahmen entgegen.
7. Der Ethikbeirat nimmt entsprechend den Regelungen der Geschäftsordnung die dem Deutschen Bundestag zugeleiteten Berichte nach § 2 Abs. 4 EthRG entgegen.
8. Der Ethikbeirat berät die Stellungnahmen und Berichte des Deutschen Ethikrates und bereitet den parlamentarischen Diskurs in den parlamentarischen Gremien vor. Zu seinen Aufgaben gehört nicht, hierzu Anhörungen durchzuführen, inhaltliche Empfehlungen abzugeben oder inhaltliche Beschlüsse zu fassen.
9. Der Ethikbeirat lässt sich in regelmäßigen Abständen vom Deutschen Ethikrat über den Fortgang der Arbeit sowie die Ergebnisse seiner Sitzungen informieren.
10. Der Ethikbeirat legt dem Deutschen Bundestag mindestens alle zwei Jahre einen Bericht über seine Arbeit vor. Berlin, den 25. April 2007

Volker Kauder, Dr. Peter Ramsauer und Fraktion Dr. Peter Struck und Fraktion

Moción de varios diputados y del grupo parlamentario FDP

16ª Legislatura 18.01.06

Deutscher Bundestag Drucksache 16/397 16. Wahlperiode 18. 01. 2006

Antrag

der Abgeordneten Michael Kauch, Dr. Max Stadler, Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, Hans-Michael Goldmann, Daniel Bahr (Münster), Jens Ackermann, Dr. Karl Adicks, Christian Ahrendt, Rainer Brüderle, Angelika Brunkhorst, Ernst Burgbacher, Patrick Döring, Mechtild Dyckmans, Jörg van Essen, Ulrike Flach, Otto Fricke, Paul K. Friedhoff, Horst Friedrich (Bayreuth), Dr. Edmund Peter Geisen, Miriam Gruß, Heinz-Peter Haustein, Dr. Heinrich L. Kolb, Gudrun Kopp, Jürgen Koppelin, Heinz Lanfermann, Sibylle Laurischk, Harald Leibrecht, Patrick Meinhardt, Burkhardt Müller-Sönksen, Hans-Joachim Otto (Frankfurt), Detlef Parr, Gisela Piltz, Jörg Rohde, Frank Schäffler, Dr. Hermann Otto Solms, Dr. Rainer Stinner, Carl-Ludwig Thiele, Christoph Waitz, Dr. Claudia Winterstein, Hartfrid Wolff (Rems-Murr), Martin Zeil, Dr. Wolfgang Gerhardt und der Fraktion der FDP

Patientenverfügungen neu regeln – Selbstbestimmungsrecht und Autonomie von nichteinwilligungsfähigen Patienten stärken

Nueva regulación de las instrucciones previas del paciente-Fortalecer el derecho de autodeterminación y autonomía de los pacientes no capacitados para dar el consentimiento

Der Bundestag wolle beschließen:

I. Der Deutsche Bundestag stellt fest:

Viele Menschen machen sich Sorgen darüber, was mit ihnen passiert, wenn sie – in welchem Alter auch immer – durch Erkrankung oder Behinderung nicht mehr in der Lage sind, wichtige rechtliche oder medizinische Entscheidungen für sich selbst zu treffen. Patientenverfügungen ermöglichen es, im Voraus für eine mögliche spätere Behandlungssituation Entscheidungen über gewünschte und nicht gewünschte medizinische Behandlungen zu treffen. Das betrifft insbesondere – aber nicht nur – Behandlungssituationen am Lebensende. Daneben sind Vorsorgevollmachten ein wichtiges Instrument, einen rechtlichen Vertreter u. a. zur Entscheidung über medizinische Behandlungen zu benennen. Politisch entscheidend ist es, niemanden zu Patientenverfügungen oder Vorsorgevollmachten zu drängen, allerdings die Verfügungen derjenigen zu achten und durchzusetzen, die solche Entscheidungen für die Zukunft treffen wollen. Dies ist eine Kernfrage selbstbestimmten und menschenwürdigen Lebens bis zuletzt.

Umfragen zeigen, dass acht bis 14 Prozent der Bürgerinnen und Bürger eine Patientenverfügung verfasst haben. In der Bürgerschaft herrscht weiterhin mangelnde Information über die Möglichkeiten der rechtlichen Gestaltung einer Patientenverfügung – trotz annähernd 200 verschiedenen Leitfäden und Musterverfügungen, die von staatlichen und privaten Institutionen angeboten werden. Viele Befragte befürchteten, dass sich Ärzte nicht an die Verfügung halten. Etwa ein Drittel der Befragten ist der irrigen Ansicht, Angehörige könnten ohne Weiteres für sie entscheiden.

Eine uneinheitliche Rechtsprechung mit sich widersprechenden Entscheidungen über die Bindungswirkung von Patientenverfügungen bzw. über die Reichweite der in ihr verfügten Entscheidungen hat zudem Rechtsunsicherheit geschaffen. Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 7. Februar 1984 (VI ZR 174/82) ausgeführt, dass das Selbstbestimmungsrecht des Patienten auch eine Entschließung, die aus medizinischen Gründen unvertretbar erscheine, schütze. Später hat er mit Urteil vom 13. September 1994 (I StR 357/94) entschieden, dass bei einem unheilbar erkrankten, nicht mehr entscheidungsfähigen Patienten der Abbruch einer ärztlichen Behandlung oder Maßnahme ausnahmsweise auch dann zulässig sein soll, wenn die Voraussetzungen der damaligen von der Bundesärztekammer verabschiedeten Richtlinien für die Sterbehilfe nicht vorliegen, weil der Sterbevorgang noch nicht eingesetzt hat. Abweichend davon hat der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 17. März 2003 (XII ZB 2/03) entschieden, dass lebensverlängernde Maßnahmen dann zu unterbleiben haben, wenn das dem früher erklärten Willen eines jetzt einwilligungsunfähigen Patienten entspreche. Betreuer von Koma-Patienten müssten aber die Zustimmung des Vormundschaftsgerichts einholen, wenn sie in die Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen einwilligen wollten. Der Bundesgerichtshof führt in seiner Entscheidung weiter aus, dass lebenserhaltende oder -verlängernde Maßnahmen zu unterbleiben haben, wenn ein Patient einwilligungsunfähig ist und sein Grundleiden einen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen hat und dies seinem in einer Patientenverfügung festgehaltenen Willen entspreche. Insbesondere das Abstellen auf einen „irreversibel tödli-

chen Verlauf» ist vielfach kritisiert worden. Hierin wird nicht nur ein medizinisch untaugliches Kriterium, sondern auch eine unzulässige Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten gesehen.

In einem aktuellen Beschluss aus dem Jahr 2005 hat sich der Bundesgerichtshof eindeutig gegen Zwangsbehandlungen ausgesprochen. Der Bundesgerichtshof führte aus, dass eine gegen den erklärten Willen des Patienten durchgeführte künstliche Ernährung eine rechtswidrige Handlung sei, deren Unterlassung der Patient auch dann verlangen könne, wenn die begehrte Unterlassung zum Tode des Patienten führen könnte. Das Recht des Patienten zur Bestimmung über seinen Körper mache Zwangsbehandlungen, auch wenn sie lebenserhaltend wirken, unzulässig (BGH v. 8. Juni 2005, XII ZR 177/03).

Insbesondere die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17. März 2003 macht gesetzliche Klarstellungen zur Bindungswirkung von Patientenverfügungen dringend erforderlich.

Der Nationale Ethikrat hat im Juni 2005 in einer Stellungnahme empfohlen, Voraussetzungen und Reichweite einer Patientenverfügung im Interesse der Rechtssicherheit gesetzlich zu regeln. Der Nationale Ethikrat ist dabei überwiegend der Auffassung, dass die Reichweite und Verbindlichkeit der Patientenverfügung nicht auf bestimmte Phasen der Erkrankung beschränkt werden sollten.

Auch Bundespräsident Horst Köhler hat sich im Oktober 2005 öffentlich für eine gesetzliche Regelung zu Patientenverfügungen ausgesprochen. Der Bundespräsident betonte, dass jeder Mensch das Recht habe, in jeder Phase seines Lebens selbst zu entscheiden, ob und welchen lebensverlängernden Maßnahmen er sich unterziehe.

Aus rechtlicher und medizinethischer Sicht gilt gleichermaßen:

Das Recht zur Selbstbestimmung über den eigenen Körper gehört zum Kernbereich der durch das Grundgesetz geschützten Würde und Freiheit des Menschen. Selbstbestimmung ist der Kern der Menschenwürde. Die Menschenwürde ist das einzige absolute und damit uneingeschränkt geltende Recht. Das Selbstbestimmungsrecht wird ausgeübt durch Willensäußerung des entscheidungsfähigen Menschen. Es umfasst aber gerade auch das Recht, die Selbstbestimmung durch erst in der Zukunft relevante Festlegungen auszuüben.

Lebenserhaltende Maßnahmen sind wie alle ärztlichen Eingriffe grundsätzlich nur zulässig, wenn der einsichtsfähige Betroffene in diese Maßnahmen einwilligt. Andernfalls drohen dem behandelnden Arzt strafrechtliche Konsequenzen. Das deutsche Recht stellt das Selbstbestimmungsrecht des Menschen über seinen Körper höher als die Schutzpflichten anderer für sein Leben. Nicht eine Therapiebegrenzung durch Willenserklärung des Einzelnen ist zu legitimieren, sondern die Behandlung durch den Arzt. Nicht in der Unterlassung der Behandlung liegt der Eingriff, sondern in deren ungerechtfertigter oder nicht gewünschter Fortsetzung. Es gibt keine Fürsorgepflicht des Arztes gegen den rechtlich wirksam erklärten Willen des Patienten. Auch die aus ärztlicher Sicht unvernünftige Entscheidung des Patienten ist zu respektieren. Ausdrücklich können auch Wiederbelebungsmaßnahmen im Rahmen der Notfallmedizin durch Patientenverfügung ausgeschlossen werden. Eine Begrenzung der Reichweite etwa auf infauste Prognosen (absehbar und trotz Behandlung zum Tode führend), Nähe zum Todeszeitpunkt oder risikoreiche bzw. schwer belastende Eingriffe wird daher abgelehnt.

Der Regelungsgehalt von Patientenverfügungen ist jedoch nicht beschränkt auf Behandlungsbegrenzungen. Auch bestimmte Behandlungswünsche und Therapieoptionen können verfügt werden. Lediglich Maßnahmen der Basispflege (hygienische Maßnahmen, Stillen von Hunger und Durst ohne Eingriff in den Körper) dürfen unter dem Gesichtspunkt der Menschenwürde durch Patientenverfügung nicht ausgeschlossen werden.

Der Umgang mit Patientenverfügungen in der Praxis hat gezeigt, dass bei einem vormals mündlich geäußerten Willen oft Beweis- und Auslegungsschwierigkeiten in der konkreten Entscheidungssituation bestehen. Betreuer, Bevollmächtigte, Angehörige, Ärzte und das Pflegepersonal können so in große Konfliktsituationen geraten. Eine Patientenverfügung sollte deshalb grundsätzlich schriftlich abgefasst werden.

Eine zwischenzeitlich eingetretene Einwilligungsunfähigkeit steht der Wirksamkeit der Patientenverfügung nicht entgegen. Die Bindungswirkung eines vormals geäußerten Willens kann aber nur dann zweifelsfrei garantiert werden, wenn die Willenserklärung auslegungsfähig und auf einen konkreten Behandlungsfall subsumierbar ist. Es muss streng geprüft werden, ob der vormals geäußerte Wille dem tatsächlichen Willen des Patienten in der aktuellen Situation entspricht. Das betrifft insbesondere Fälle des so genannten Wechsels der personalen Identität wie zum Beispiel bei schwerer Demenz. Dabei sind eindeutige nonverbale Äußerungen von Lebensfreude und Lebenswillen zu berücksichtigen.

Je konkreter, detaillierter, umfassender und aktueller die Patientenverfügung abgefasst ist, desto klarer wird sie einen Beurteilungsspielraum des für die Entscheidung zuständigen Dritten eingrenzen. Die Patientenverfügung ist für den Arzt bindend, wenn sie auf die aktuelle Situation anwendbar ist. Die Bindungswirkung des Patientenwillens darf nicht durch Rückgriff auf den mutmaßlichen Willen korrigiert werden, es sei denn, dass die bzw. der Betroffene seine frühere Verfügung widerrufen hat oder die Umstände sich inzwischen so erheblich geändert haben, dass die frühere selbstverantwortlich getroffene Entscheidung die aktuelle Situation nicht mehr erfasst. Bleiben Zweifel, ob der Patient von zutreffenden Vorstellungen über das medizinische Geschehen ausgegangen ist, so kann seine Willenserklärung dem Arzt Orientierungshilfe sein. Nur wenn keine Patientenverfügung vorliegt, kommt ein Handeln entsprechend dem vormals mündlich geäußerten Willen oder entsprechend dem mutmaßlichen Willen des Patienten in Betracht.

Die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts sollte beschränkt werden. Das Vormundschaftsgericht darf nur in Konfliktfällen entscheiden. Dies entspricht auch der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH v. 8. Juni 2005, XII ZR 177/03). Ein Konfliktfall liegt vor, wenn zwischen dem Betreuer bzw. Bevollmächtigten, dem Arzt, dem Pflegepersonal und nahen Angehörigen Uneinigkeit über die Auslegung des konkreten Patientenwillens besteht. Kann der Patientenwillen jedoch zweifelsfrei nachgewiesen werden, besteht für die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts kein Raum. Das Vormundschaftsgericht sollte regelmäßig prüfen, wenn der Patient seine Willenserklärung nicht schriftlich verfasst hat. In Zweifelsfragen muss zugunsten des Lebensschutzes entschieden werden.

II. Der Deutsche Bundestag fordert die Bundesregierung daher auf,

a) einen Gesetzentwurf vorzulegen, der die notwendigen Klarstellungen zur Bindungswirkung von Patientenverfügungen

gen vornimmt. Der Gesetzentwurf sollte insbesondere folgende Regelungen enthalten:

1. Patientenverfügungen im Sinne des Gesetzes sind schriftlich zu verfassen. Sie können jederzeit auch mündlich widerrufen werden. Mündliche Willenserklärungen sind Grundlage für die Erforschung des mutmaßlichen Willens des Patienten, nach dem sich die Zustimmung oder Ablehnung von Behandlungsangeboten bei Fehlen einer schriftlichen Patientenverfügung zu richten hat.

2. Der in einer Patientenverfügung niedergelegte Wille des Patienten ist gegenüber jedermann, insbesondere gegenüber Arzt, Betreuer und Bevollmächtigtem, bindend. Dem niedergelegten Willen ist zu folgen, wenn die eingetretene Situation und der Behandlungswunsch hinreichend konkret beschrieben sind. Davon kann nur abgewichen werden, wenn offensichtliche Anzeichen für eine Willensänderung vorhanden sind oder die Verfügung dem Patienten zum Zeitpunkt der möglichen Therapiebegrenzung personal nicht mehr oder nicht mehr voll zuzurechnen ist.

3. Therapiewünsche, Therapiebegrenzung und Therapieverbote durch Patientenverfügung sind für jeden Zeitpunkt eines Krankheitsverlaufs möglich. Zwangsbehandlungen sind vor dem Hintergrund von Menschenwürde und Selbstbestimmungsrecht auch bei nicht einwilligungsfähigen Personen auszuschließen.

4. Das Betreuungsrecht soll so geändert werden, dass bei Vorliegen einer schriftlichen Patientenverfügung die Zustimmung zu einem risikoreichen medizinischen Eingriff, zu Therapiebegrenzung und Therapieabbruch grundsätzlich ohne Anrufung des Vormundschaftsgerichts erfolgen kann. Eine vom behandelnden Arzt angebotene Behandlung kann begrenzt oder abgelehnt werden, wenn Arzt und Betreuer bzw. Bevollmächtigter nach Anhörung des behandelnden Pflorgeteams und der nächsten Angehörigen feststellen, dass die Patientenverfügung hinreichend konkret auf die vorliegende Situation anwendbar ist, offensichtliche Willensänderungen nicht vorliegen und die Verfügung dem Patienten in Bezug auf die aktuelle Therapiebegrenzung personal zurechenbar ist.

5. Nur im Konfliktfall zwischen behandelndem Arzt, Betreuer bzw. Bevollmächtigtem, behandelnden Pflegenden und nächsten Angehörigen ist das Vormundschaftsgericht einzuschalten. Regelmäßig prüft das Vormundschaftsgericht, wenn keine schriftliche Patientenverfügung vorliegt;

b) eine Informationskampagne zu starten, die folgende Elemente haben soll:

1. Empfehlungen zur Abfassung von Patientenverfügungen: Es wird empfohlen, Patientenverfügungen nach Beratung über typische Krankheitsverläufe und Behandlungsmöglichkeiten zu verfassen, sie mit einer Vorsorgevollmacht zu verbinden sowie regelmäßig auf Übereinstimmung mit dem aktuellen Willen zu überprüfen und neu zu unterzeichnen.

2. Informationen über Möglichkeiten der Palliativmedizin: Wichtig ist es, Kenntnisse über die heutigen Behandlungsmöglichkeiten der leid- und schmerzmindernden Medizin zu vermitteln, damit Patientenverfügungen vor dem Hintergrund eines hohen Informationsstandes verfasst werden.

Berlin, den 13. Dezember 2005

IV.4. JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Federal Supremo de 8 de junio de 2005 sobre el «Caso Traunsteiner»
Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 08.06.2005 zum «Traunsteiner Fall»
 (BGHZ 163, 195)

Sentencia del Tribunal Federal Supremo de 17 de marzo de 2003 sobre el caso „Lübecker»
Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 17.03.2003 zum «Lübecker Fall»
 (BGHZ 154, 205)

• **Sentencia del Tribunal Federal Supremo de 8 de junio de 2005 sobre el «Caso Traunsteiner»**
Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 08.06.2005 zum «Traunsteiner Fall»
 (BGHZ 163, 195)

BUNDESGERICHTSHOF
 BESCHLUSS XII ZR 177/03

Vom 8. Juni 2005

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB §§ 1004 Abs. 1 Satz 2, 1896, 1901, 1904; ZPO § 91 a

a) Verlangt der Betreuer in Übereinstimmung mit dem behandelnden Arzt, daß die künstliche Ernährung des betreuten einwilligungsunfähigen Patienten eingestellt wird, so kann das Pflegeheim diesem Verlangen jedenfalls nicht den Heimvertrag entgegensetzen. Auch die Gewissensfreiheit des Pflegepersonals rechtfertigt für sich genommen die Fortsetzung der künstlichen Ernährung in einem solchen Fall nicht (im Anschluß an BGHZ 154, 205).

b) Hat sich der Rechtsstreit durch den Tod des Patienten erledigt, rechtfertigt der Umstand, daß die strafrechtlichen Grenzen einer Sterbehilfe im weiteren Sinn («Hilfe zum Sterben») bislang nicht hinreichend geklärt erscheinen, eine gegenseitige Kostenaufhebung nach § 91 a ZPO.

BGH, Beschluß vom 8. Juni 2005 - XII ZR 177/03 - OLG München LG Traunstein

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 8. Juni 2005 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne und die Richter Sprick, Weber-Monecke,

Prof. Dr. Wagenitz und Dose
 beschlossen:

Die Kosten des Rechtsstreits werden gegeneinander aufgehoben.

Gründe:

I.

Der ursprüngliche Kläger (im folgenden: der Kläger) hatte, vertreten durch seinen Vater als Betreuer, von der Beklagten verlangt, seine künstliche Ernährung einzustellen, um ihn sterben zu lassen.

Der Kläger litt seit einem Suizidversuch am 19. Juli 1998 an einem apallischen Syndrom im Sinne eines Wachkomas. Er befand sich seit dem 10. September 1998 aufgrund eines von seinem Betreuer für ihn abgeschlossenen Heimvertrags im Pflegeheim A. der Beklagten. Dort wurde er von dem niedergelassenen Arzt Dr. S. behandelt und vom Pflegepersonal der Beklagten mittels einer - bereits vor der Aufnahme in das Heim eingebrachten - PEG-Sonde künstlich ernährt.

Am 14. Dezember 2001 ordnete Dr. S. im Einvernehmen mit dem Betreuer an, die künstliche Ernährung einzustellen und die Zuführung von Flüssigkeit über die Magensonde zu reduzieren. Über die Magensonde seien nur noch 500 ml kalorienfreie Flüssigkeit pro Tag zuzuführen, denen im einzelnen bezeichnete Medikamente beizufügen seien. Dem Kläger solle ein Vernebler vor den Mund gebracht werden. Es sollten eine intensive Mundpflege durchgeführt und ein Schmerzplaster aufgeklebt werden.

Die Beklagte lehnte die Durchführung dieser Anordnung, bei deren Befolgung der Kläger binnen (maximal) acht bis zehn Tagen an einer Nierenvergiftung sterben würde, u.a. mit der Begründung ab, ihre Pflegekräfte weigerten sich, der ärztlichen Anordnung nachzukommen.

Mit seiner Klage hatte der Kläger von der Beklagten begehrt, seine künstliche Ernährung in jeglicher Form zu unterlassen; außerdem hatte er von der Beklagten verlangt, die Anordnung des Dr. S. sowie sämtliche weiteren, ihn betreffenden palliativmedizinischen Anordnungen des Verantwortlich behandelnden Arztes, insbesondere zur Durstverhinderung und im Rahmen der

Schmerztherapie, durchzuführen. Landgericht und Oberlandesgericht wiesen die Klage ab (Urteile veröffentlicht in NJW-RR 2003, 221 und NJW 2003, 1744).

Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgte der Kläger sein erstinstanzliches Begehren weiter.

Der Kläger ist am 26. März 2004 verstorben. Die Parteien haben den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt und wechselseitig Kostenanträge gestellt.

II.

Gemäß § 91 a ZPO hat der Senat nur noch über die Kosten des Rechtsstreits zu befinden. Diese Entscheidung hat zwar den bisherigen Sach- und Streitstand zu berücksichtigen. Sie erfolgt aber zugleich auch nach billigem Ermessen.

Der Senat kann sich deshalb auf eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten der Klage beschränken und darauf verzichten, alle für den Ausgang des Rechtsstreits bedeutsamen Rechtsfragen zu überprüfen (BGHZ 67, 343, 345; BVerfG NJW 1993, 1060, 1061; Zöller/Vollkommer ZPO 25. Aufl. § 91 a Rdn. 24). Nach dem Ergebnis dieser summarischen Prüfung waren die Kosten des Rechtsstreits gegeneinander aufzuheben.

1. Entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts war das Unterlassungsbegehren des Klägers nicht schon deshalb unbegründet, weil der mit der Beklagten geschlossene Heimvertrag einem solchen Verlangen entgegenstand oder weil die Beklagte sich auf «ein aus ihren verfassungsmäßigen Rechten abzuleitendes Verweigerungsrecht» berufen konnte.

a) Die mit Hilfe einer Magensonde durchgeführte künstliche Ernährung ist ein Eingriff in die körperliche Integrität, der deshalb der Einwilligung des Patienten bedarf (vgl. Senatsbeschluß BGHZ 154, 205 = FamRZ 2003, 748, 750).

Eine gegen den erklärten Willen des Patienten durchgeführte künstliche Ernährung ist folglich eine rechtswidrige Handlung, deren Unterlassung der Patient analog § 1004 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 823 Abs. 1 BGB verlangen kann. Dies gilt auch dann, wenn die begehrte Unterlassung - wie hier - zum Tode des Patienten führen würde. Das Recht des Patienten zur Bestimmung über seinen Körper macht Zwangsbehandlungen, auch wenn sie lebenserhaltend wirken, unzulässig (Senatsbeschluß aaO 751).

b) Die künstliche Ernährung des Klägers widersprach dem vom Betreuer als wirklicher oder mutmaßlicher Wille des Klägers geäußerten Willen.

aa) Der Vater des Klägers war in den Aufgabenkreisen, für die er zum Betreuer des Klägers bestellt worden war, dessen gesetzlicher Vertreter (§ 1902 BGB). Zu den ihm übertragenen Aufgabenkreisen, die u.a. die «Sorge für die Gesundheit und die Vertretung gegenüber Dritten» umfaßten, gehörte auch die Entscheidung, ob und inwieweit in die körperliche Integrität des Klägers eingegriffen werden darf. Der Betreuer hat dem Willen des Klägers in eigener rechtlicher Verantwortung und nach Maßgabe des § 1901 BGB Geltung zu verschaffen (Senatsbeschluß aaO 750). Seine Anordnung, die weitere künstliche Ernährung des Klägers zu unterlassen, war deshalb gegenüber der Beklagten und ihrem Pflegepersonal bindend. Eine eigene Prüfungscompetenz, ob und inwieweit die getroffene Entscheidung der von § 1901 Abs. 2 bis 4 BGB normierten

Pflichtenbindung gerecht wird, stand der Beklagten nicht zu; sie ist insoweit - wie jeder andere Dritte auch - auf die Möglichkeit beschränkt, beim Vormundschaftsgericht eine Überprüfung des Betreuerhandelns mit dem Ziel Aufsichtsrechtlicher Maßnahmen nach § 1908 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 1837 Abs. 1 bis 3, § 1836 BGB anzuregen.

bb) Die Weigerung des Betreuers, in eine weitere künstliche Ernährung des Klägers durch die Beklagte einzuwilligen, bedurfte im vorliegenden Fall auch keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.

Wie der Senat (aaO 754) dargelegt hat, ist das Vormundschaftsgericht nur dann zu einer Entscheidung berufen, wenn der einen einwilligungsunfähigen Patienten behandelnde Arzt eine lebenserhaltende oder -verlängernde Maßnahme für medizinisch geboten oder vertretbar verachtet und sie deshalb «anbietet» und der Betreuer sich diesem Angebot verweigert. Ein solcher, die Kontrollzuständigkeit des Vormundschaftsgerichts auslösender Konflikt bestand hier nicht. Der Betreuer und der behandelnde Arzt hatten sich übereinstimmend gegen eine weitere künstliche Ernährung des Klägers entschieden. Das Beharren der Beklagten, die künstliche Ernährung entgegen der ärztlichen Anordnung fortzusetzen, begründete keine dem Widerstreit von ärztlicher Empfehlung und Betreueranordnung vergleichbare Konfliktsituation.

c) Der mit dem Kläger geschlossene Heimvertrag berechtigt die Beklagten nicht, die künstliche Ernährung des Klägers gegen seinen - durch seinen Betreuer verbindlich geäußerten - Willen fortzusetzen. Das vom Betreuer wahrgenommene Recht des Klägers zur Bestimmung über den eigenen Körper ist einem antizipierten Verzicht nicht zugänglich (Kohte AcP 185 (1985) 105, 137 f.; Deutsch/Spickhoff Medizinrecht 5. Aufl. Rdn. 197; Uhlenbruck/Kern in Laufs/Uhlenbruck Handbuch des Arztrechts 3. Aufl. § 71 Rdn. 1, § 81 Rdn. 7).

Eine einmal erteilte Einwilligung in einen Eingriff in die körperliche Integrität kann bis zu dessen Vornahme jederzeit widerrufen werden (BGH Urteil vom 18. März 1980 - VI ZR 115/78 - NJW 1980, 1903; MünchKomm/Wagner BGB 4. Aufl. § 823 Rdn. 673); ebenso kann der Fortsetzung einer Dauerbehandlung jederzeit widersprochen werden. Selbst wenn, wie das Oberlandesgericht meint, die Parteien mit dem Heimvertrag das Recht des Klägers auf Selbstbestimmung einschränken oder doch die Grenzen dieses Rechts bindend festlegen wollten, konnten sie eine solche Einschränkung oder Bindung jedenfalls rechtswirksam nicht vereinbaren. Der Widerruf einer mit dem Abschluß des Heimvertrags erteilten Einwilligung des Klägers in seine künstliche Ernährung wurde durch den Heimvertrag folglich nicht gehindert. Ohne Belang ist auch, ob sich die Beklagte in dem Heimvertrag zu einer auch die künstliche Ernährung des Klägers umfassenden Versorgung verpflichtet hatte. Denn eine solche Leistungspflicht begründete jedenfalls keine Rechtspflicht des Klägers, die von der Beklagten verschuldete Leistung anzunehmen; erst recht schuf sie keine Befugnis der Beklagten, die Annahme dieser Leistung gegen den Willen des Klägers zu erzwingen.

d) Entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts stand der Beklagten gegenüber dem Unterlassungsbegehren des Klägers auch kein Verweigerungsrecht zu, das sich aus den in Art. 1, 2 und 4 GG verbürgten Rechten der Beklagten oder ihrer Pflegekräfte ableiten ließe. Zwar sind die Pflegekräfte der Beklagten auch in ihrer beruflichen Tätigkeit Träger der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG). Das bedeutet jedoch nicht, daß damit auch ihre ethischen oder medizinischen Vorstellungen vom Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG umfaßt sind oder mit dem verlangten Unterlassen in diesen Schutzbereich eingegriffen würde (vgl. Hufen in einer nicht veröffentlichten Gutacht-

lichen Stellungnahme zu der angefochtenen Entscheidung; zum Maßstab für einen Eingriff in die Menschenwürde vgl. etwa BVerfGE 30, 1, 26). Ein Verstoß gegen Art. 2 GG ist nicht ersichtlich; insbesondere fand das Selbstbestimmungsrecht der Pflegekräfte am entgegenstehenden Willen des Klägers bzw. des für ihn handelnden Betreuers - also an den «Rechten anderer» (Art. 2 Abs. 1 GG) - ihre Grenze. Die Frage, ob das Verlangen des Klägers die Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) des Pflegepersonals berührt, kann letztlich dahinstehen. Soweit das Strafrecht die künstliche Ernährung eines willensunfähigen Patienten gebietet (vgl. dazu unter 2.), bedarf es eines Rückgriffs auf Art. 4 Abs. 1 GG nicht; niemand darf zu unerlaubten Handlungen gezwungen werden. Im übrigen verleiht die Gewissensfreiheit dem Pflegepersonal aber kein Recht, sich durch aktives Handeln über das Selbstbestimmungsrecht des durch seinen Betreuer vertretenen Klägers hinwegzusetzen und seinerseits in dessen Recht auf körperliche Unversehrtheit einzugreifen (Hufen NJW 2001, 849, 853). Darin liegt auch der Unterschied zur Normsituation des § 12 Abs. 1 Schwangerschaftskonfliktgesetz, auf den sich das Oberlandesgericht zu Unrecht beruft: Danach ist zwar niemand verpflichtet, an einem Schwangerschaftsabbruch mitzuwirken. Die Vorschrift berechtigt aber auch niemanden, durch positives Tun in die Rechte Dritter einzugreifen, um Abtreibungen zu verhindern.

2. Das Oberlandesgericht hat - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - nicht geprüft, ob möglicherweise strafrechtliche Verbote die Beklagte bzw. Deren Organe oder Personal hinderten, dem Unterlassungsverlangen des Klägers nachzukommen. Die strafrechtlichen Grenzen einer Sterbehilfe im weiteren Sinn («Hilfe zum Sterben», vgl. im einzelnen BGHSt 40, 257), auf die das klägerische Verlangen zielt, erscheinen dem Senat bislang nicht hinreichend geklärt (zum Meinungsstand etwa: Zwischenbericht der Enquete-Kommission des Deutschen Bundestags, Ethik und Recht der modernen Medizin. Patientenverfügungen, BT-Drucks. 15/3700 S. 37 ff., 45). Sie sind jedoch für die Entscheidung des vorliegenden Falles von Bedeutung; denn die Beklagte kann nicht zivilrechtlich zu einem Verhalten verurteilt werden, mit dem die Organe und Beschäftigten der Beklagten Gefahr laufen, sich zu den Geboten des Strafrechts in Widerspruch zu setzen. Das vorliegende Verfahren bietet - im Hinblick auf die hier allein zu treffende Kostenentscheidung - keinen geeigneten Rahmen, die Frage nach diesen Grenzen abschließend zu beantworten. Der Ausgang des vorliegenden Rechtsstreits war danach letztlich ungewiß. Dem trägt die beiderseitige Kostenlast Rechnung.

Hahne Sprick Weber-Monecke
Wagenitz Dose

- **Sentencia del Tribunal Federal Supremo de 17 de marzo de 2003 sobre el caso „Lübecker»**
Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 17.03.2003 zum «Lübecker Fall»
(BGHZ 154, 205)

BUNDESGERICHTSHOF
BESCHLUSS XII ZB 2/03
Vom 17. März 2003
in der Betreuungssache
Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGB §§ 1896, 1901, 1904

a) Ist ein Patient einwilligungsunfähig und hat sein Grund-
leiden einen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen, so
müssen lebenserhaltende oder -verlängernde Maßnahmen un-
terbleiben, 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.

b) Ist für einen Patienten ein Betreuer bestellt, so hat dieser dem Patientenwillen gegenüber Arzt und Pflegepersonal in eigener rechtlicher Verantwortung und nach Maßgabe des § 1901 BGB Ausdruck und Geltung zu verschaffen. Seine Einwilligung in eine ärztlicherseits angebotene lebenserhaltende oder -verlängernde Behandlung kann der Betreuer jedoch 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 nicht aus einer analogen Anwendung des § 1904 BGB, sondern aus einem unabweisbaren Bedürfnis des Betreuungsrechts.

c) Zu den Voraussetzungen richterlicher Rechtsfortbildung. BGH, Beschluß vom 17. März 2003 - XII ZB 2/03 - OLG Schleswig AG Lübeck

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 17. März 2003 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne und die Richter Sprick, Weber-Monecke, Prof. Dr. Wagenitz und Dr. Ahlt beschlossen:

Auf die weitere Beschwerde des Betreuers werden die Beschlüsse des Amtsgerichts Lübeck vom 30. Mai 2002 und des Landgerichts Lübeck vom 25. Juni 2002 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Behandlung und Entscheidung an das Amtsgericht zurückverwiesen.

Gründe:

I.

Der Betroffene erlitt am 29. November 2000 infolge eines Myocardinfarktes einen hypoxischen Gehirnschaden im Sinne eines apallischen Syndroms. Seither wird er über eine PEG-Sonde ernährt; eine Kontaktaufnahme mit ihm ist nicht möglich.

Auf Anregung der Klinik, in welcher der Betroffene behandelt wurde, bestellte das Amtsgericht mit Beschluß vom 18. Januar 2001 den Sohn des Betroffenen - den Beteiligten - u.a. für die Aufgabenkreise «Sorge für die Gesundheit des Betroffenen, ... Vertretung gegenüber Behörden ... und Einrichtungen (z.B. Heimen) ...» zum Betreuer; die Betreuung wurde mit Beschluß vom

18. Dezember 2001 verlängert.

Am 8. April 2002 hat der Beteiligte beim Amtsgericht «die Einstellung der Ernährung über die PEG-Sonde» für seinen Vater beantragt, da eine Besserung des Zustandes seines Vaters nicht zu erwarten sei und die Einstellung dem früher geäußerten Wunsch seines Vaters entspreche.

Der Beteiligte verweist hierzu auf eine maschinenschriftliche und vom Betroffenen handschriftlich unter Angabe von Ort und Datum unterzeichnete Verfügung mit folgendem Wortlaut: «Verfügung Für den Fall, daß ich zu einer Entschei-

dung nicht mehr fähig bin, verfüge ich: Im Fall meiner irreversiblen Bewußtlosigkeit, schwerster Dauerschäden meines Gehirns oder des dauernden Ausfalls lebenswichtiger Funktionen meines Körpers oder im Endstadium einer zum Tode führenden Krankheit, wenn die Behandlung nur noch dazu führen würde, den Vorgang des Sterbens zu verlängern, will ich:

- keine Intensivbehandlung,
- Einstellung der Ernährung,
- nur angst- oder schmerzlindernde Maßnahmen, wenn nötig,
- keine künstliche Beatmung,
- keine Bluttransfusionen,
- keine Organtransplantation,
- keinen Anschluß an eine Herz-Lungen-Maschine.

Meine Vertrauenspersonen sind ... (es folgen die Namen und Adressen der Ehefrau sowie des Sohnes und der Tochter).

Diese Verfügung wurde bei klarem Verstand und in voller Kenntnis der Rechtslage unterzeichnet.

Lübeck, den 27. November 1998, H. S. «

Die Ehefrau und die Tochter des Betroffenen haben erklärt, mit dem Antrag des Beteiligten einverstanden zu sein und ihn voll zu unterstützen.

Das Amtsgericht hat den Antrag abgelehnt, da er keine Rechtsgrundlage habe. Die hiergegen gerichtete Beschwerde hat das Landgericht zurückgewiesen.

Die weitere Beschwerde des Beteiligten möchte das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht zurückweisen. Es sieht sich daran durch die Beschlüsse des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 15. Juli 1998 - 20 W 224/98 - FamRZ 1998, 1137 und vom 20. November 2001 - 20 W 419/01 - FamRZ 2002, 575 sowie des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 29. Oktober 2001 - 19 Wx 21/01 - FamRZ 2002, 488 gehindert. In diesen Entscheidungen haben die Oberlandesgerichte ausgesprochen, daß die Einwilligung des Betreuers eines selbst nicht mehr entscheidungsfähigen, irreversibel hirngeschädigten Betroffenen in den Abbruch der Ernährung mittels einer PEG-Magensonde anlog § 1904 BGB der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf.

Das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht ist demgegenüber der Ansicht, daß die Einwilligung des Betreuers in einem solchen Fall nicht genehmigungsbedürftig sei; es hat deshalb die Sache gemäß § 28 Abs. 2 FGG dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

II.

Die Vorlage ist zulässig. Aus dem Vorlagebeschluß ergibt sich, daß das vorlegende Oberlandesgericht zu einer anderen als der von ihm beabsichtigten Entscheidung gelangen würde, wenn es sich der abweichenden Ansicht der Oberlandesgerichte Frankfurt und Karlsruhe anschloße, und daß es nach seiner Ansicht für die zu treffende Entscheidung auf die streitige Rechtsfrage ankommt. An diese Ansicht ist der Senat - soweit die Zulässigkeit der Vorlage in Frage steht - gebunden (Senatsbeschluß BGHZ 121, 305, 308). Das vorlegende Gericht geht - insoweit in Übereinstimmung mit den Oberlandesgerichten Frankfurt und Karlsruhe - davon aus, daß für den Behandlungsabbruch bei nicht einwilligungsfähigen Patienten die Bestellung eines Betreuers und dessen Einwilligung erforderlich ist. Die Einwilligung in den Behandlungsabbruch sei nicht höchstpersönlich; denn ohne Betreuer ließe sich das dem nicht einwilligungsfähigen Betroffenen zustehende Selbstbestimmungsrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG in Bezug auf die aktuelle Beendigung der Behandlung rechtlich nicht verwirklichen. Die Einwilligung unterfalle auch dem Aufgabenkreis «Gesundheitsfürsorge», der alle im Bereich der medizinischen Behandlung anstehenden Entscheidungen umfasse, und zwar auch dann, wenn eine Wiederherstellung der Gesundheit nicht mehr zu erreichen sei.

Für eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung dieser Einwilligung fehle es - entgegen der Auffassung der Oberlandesgerichte Frankfurt und Karlsruhe - allerdings an einer rechtlichen Grundlage: Eine Analogie zu § 1904 BGB scheitere, da eine «planwidrige Unvollständigkeit» des Gesetzes nicht vorliege. Es sei davon auszugehen, daß der Gesetzgeber mit dem Betreuungsgesetz das gesamte Betreuungsrecht geregelt habe. Dabei habe er, wie sich aus den Materialien ergebe, auch den Fall des zum Tode führenden Abbruchs einer lebenserhaltenden Maßnahme bei einem einwilligungsunfähigen Betreuten bedacht. Gleichwohl habe er davon abgesehen, diesen Fall in den «Kanon» der ausnahmsweise einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürftigen Maßnahmen aufzunehmen.

Jedenfalls sei § 1904 Abs. 1 BGB nicht geeignet, eine Gesetzeslücke zu begründen oder zu schließen; denn die dort geregelten Tatbestände seien wertungsmäßig dem hier zu behandelnden Fall des Behandlungsabbruchs nicht gleich. So gehe es bei der nach § 1904 Abs. 1 BGB genehmigungsbedürftigen Einwilligung des Betreuers um ärztliche Maßnahmen, die unter Abwägung der Risiken darauf gerichtet seien, die Gesundheit des Betroffenen wiederherzustellen; die Genehmigung der Einwilligung zu einem Behandlungsabbruch würde dagegen auf die Lebensbeendigung des Betroffenen abzielen. Beide Ziele stünden nicht in einem Verhältnis von «weniger» und «mehr»; vielmehr habe die absichtliche Lebensbeendigung eine andere Qualität, die auch einer besonderen rechtlichen Würdigung und Behandlung bedürfe. Außerdem regule § 1904 Abs. 1 BGB die Genehmigung der Einwilligung in ein ärztliches Tun, während bei der Genehmigung der Einwilligung in den Behandlungsabbruch ein ärztliches Unterlassen im Vordergrund stehe. Genau genommen gehe es hier nicht um eine Einwilligung des Betreuers in eine medizinische Maßnahme, sondern um den Widerruf oder die Verweigerung einer solchen Einwilligung; diese seien aber nach § 1904 BGB gerade genehmigungsfrei.

Selbst wenn aber eine Gesetzeslücke anzunehmen wäre, so wäre eine Ergänzung durch Gerichte ausgeschlossen, weil die staatliche Mitwirkung bei einem auf Lebensbeendigung eines Menschen gerichteten Verhalten so wesentlich sei, daß sie einer Regelung durch den Gesetzgeber bedürfte. Dies gelte insbesondere für die Frage, ob ein Sachverständigengutachten einzuholen sei und ob, wie es der Bundesgerichtshof formuliert habe, dann, wenn sich bei der Prüfung Umstände für die Feststellung des individuellen mutmaßlichen Willens des Betreuten nicht finden ließen, auf «Kriterien zurückgegriffen werden»

müsse, die «allgemeinen Wertvorstellungen» entsprächen. Solche «Kriterien» dürften geeignet sein, die Meinung zu fördern, im Vormundschaftsrichter «den Richter über Leben und Tod» zu sehen oder «den Schritt in eine andere Republik» befürchten zu lassen. Ferner machte ein möglicherweise religiös oder sonst ethisch beeinflusstes «Kriterium» die Entscheidung des gesetzlichen - und damit unentrinnbaren - Richters unberechenbar.

III.

Da die Voraussetzungen für eine Vorlage nach § 28 Abs. 2 FGG erfüllt sind, hat der beschließende Senat gemäß § 28 Abs. 3 FGG anstelle des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts über die weitere Beschwerde zu entscheiden.

1. Die weitere Beschwerde ist nach § 27 Abs. 1 FGG statthaft; der Beteiligte ist gemäß § 20 Abs. 1 FGG auch beschwerdeberechtigt.

2. Das Rechtsmittel ist auch begründet. Der Beteiligte hat beantragt, die künstliche Ernährung des Betroffenen einzustellen. Damit möchte er erreichen, daß das Vormundschaftsgericht seiner Entscheidung, nicht länger in die künstliche Ernährung des Betroffenen einzuwilligen, zustimmt. Die Vorinstanzen haben es zu Unrecht abgelehnt, in der Sache tätig zu werden.

a) Die gegen eine weitere künstliche Ernährung des Betroffenen gerichtete Entscheidung des Beteiligten ist nicht schon deshalb einer Zustimmung des Vormundschaftsgerichts entzogen, weil sie sich rechtlich als ein Unterlassen darstellt.

Die Beibehaltung einer Magensonde und die mit ihrer Hilfe ermöglichte künstliche Ernährung sind fortdauernde Eingriffe in die körperliche Integrität des Patienten (Hufen NJW 2001, 849, 853 m.w.N.). Solche Eingriffe bedürfen - ebenso wie das ursprüngliche Legen der Sonde - grundsätzlich der Einwilligung des Patienten. Ist der Patient im Zeitpunkt der Maßnahme nicht einwilligungsfähig, so gilt: Eine frühere Willensbekundung, mit welcher der Patient seine

Einwilligung in Maßnahmen der in Frage stehenden Art für eine Situation, wie sie jetzt eingetreten ist, erklärt oder verweigert hat, wirkt, falls der Patient sie nicht widerrufen hat, fort (V. Lipp in May et al. Passive Sterbehilfe 2002, 37, 43 und Fn. 37 m.w.N.; Taupitz Verhandlungen des 63. DJT 2000 Gutachten A 41); die inzwischen eingetretene Einwilligungsunfähigkeit ändert nach dem Rechtsgedanken des § 130 Abs. 2 BGB an der fortdauernden Maßgeblichkeit des früher erklärten Willens nichts. Ist eine solche frühere Willensbekundung nicht bekannt, beurteilt sich die Zulässigkeit der Maßnahme, falls unaufschiebbar, nach dem mutmaßlichen Willen des Patienten, bis für diesen ein Betreuer bestellt ist (MünchKomm/Schwab BGB 4. Aufl. § 1904, 38).

Ist - wie hier - für den einwilligungsunfähigen Patienten ein Betreuer bestellt und erreichbar, vermag der mutmaßliche Patientenwille allein einen Eingriff in die persönliche Integrität des Patienten nicht länger zu rechtfertigen (Taupitz aaO A 71). Mit der Bestellung des Betreuers ist die rechtliche Handlungsfähigkeit des Betroffenen wiederhergestellt; Arzt und Pflegepersonal können deshalb nicht mehr unmittelbar auf den Willen des einwilligungsunfähigen Patienten «durchgreifen» (Taupitz aaO A 70 f.). Eine Willensbekundung, mit welcher der Betroffene seine Einwilligung in die in Frage stehenden Maßnahmen und für die jetzt eingetretene Situation erklärt oder verweigert hat, wirkt weiterhin - als Ausfluß seines Selbstbestimmungsrechts - fort. Als gesetzlicher Vertreter hat der Betreuer die exklusive Aufgabe, dem Willen des Betroffenen gegenüber Arzt und Pflegepersonal in eigener rechtlicher Verantwortung und nach Maßgabe des § 1901 BGB Ausdruck und Geltung zu verschaffen.

Daraus ergibt sich für den vorliegenden Fall: Die Beibehaltung der Sonde und die Fortführung der über sie ermöglichten künstlichen Ernährung bedürfen, da eine Einwilligung des Betroffenen nicht vorliegt, der Einwilligung des Beteiligten. Mit dem Verlangen, diese Behandlung nicht fortzusetzen, hat der Beteiligte die erforderliche Einwilligung verweigert. Ob der Beteiligte früher zumindest konkludent in die Behandlung eingewilligt hat und sich das Verlangen nach Abbruch der Behandlung deshalb (auch) als Widerruf dieser Einwilligung darstellt, mag dahinstehen. Bereits das Unterlassen der erforderlichen Einwilligungserklärung kann - für sich genommen - auf seine Rechtmäßigkeit hin überprüft werden; es ist damit einer vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung nicht schon per se entzogen.

Soweit in der Literatur nur der Widerruf einer einmal erteilten Einwilligung, nicht aber die erstmalige Verweigerung der Einwilligung (Fröschle JZ 2000, 72, 80: «nullum») als «an sich» genehmigungsfähig angesehen wird, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Denn das Unterlassen des Betreuers, in eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung einzuwilligen, kann nicht anders beurteilt werden als das Unterlassen, in die Weiterbehandlung einzuwilligen.

Zwar liegt im zweiten Fall unter Umständen auch ein aktives Handeln - nämlich der Widerruf einer zuvor erteilten Einwilligung - vor. Die Abgrenzung ist jedoch - etwa im Hinblick auf die Frage, ob eine Einwilligung vom Betreuer konkludent

erteilt worden ist oder ob eine einmal erteilte Einwilligung die in Frage stehenden Maßnahmen für die jetzt eingetretene Situation noch abdeckt - fließend; sie rechtfertigt jedenfalls keine rechtliche Differenzierung. Wollte man

nur den Widerruf einem vormundschaftsgerichtlichen Kontrollvorbehalt unterstellen, bestünde im übrigen die Gefahr, daß von lebenserhaltenden Maßnahmen nur noch zögerlich Gebrauch gemacht wird, um deren späteren - an die vormundschaftsgerichtliche Kontrolle gebundenen - Abbruch zu vermeiden; der mit dem Kontrollvorbehalt (auch) verfolgte Lebensschutz würde in sein Gegenteil verkehrt.

Auch kann ein Kontrollerfordernis nach Auffassung des Senats sinnvoll nicht davon abhängig gemacht werden, ob der Betreuer die Erteilung der Einwilligung in eine medizinische Behandlung nur schlechthin unterlassen oder ob er seine Einwilligung verweigert und damit aktiv gehandelt hat (so aber wohl - jedenfalls für die analoge Anwendbarkeit des § 1904 BGB - Taupitz aaO A 87 und Lipp aaO 51). Da für eine die körperliche Integrität verletzende medizinische Behandlung oder Weiterbehandlung eine Einwilligung notwendig ist, ist deren Verweigerung nichts anderes als eine Bekräftigung des Unterlassens, die Einwilligung zu erteilen. Hinge die vormundschaftsgerichtliche Kontrolle von einer solchen Bekräftigung ab, wäre das Erfordernis dieser Kontrolle beliebig manipulierbar.

b) Ein Tätigwerden des Vormundschaftsgerichts wird, wie das vorliegende Oberlandesgericht zutreffend ausführt, auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß eine Entscheidung gegen die Fortführung der künstlichen Ernährung des Betroffenen höchstpersönlicher Natur ist.

In der Rechtsprechung und Literatur wird zwar zum Teil die Auffassung vertreten, daß dem Betreuer die Entscheidung gegen eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung des Betroffenen, weil höchstpersönlich, nicht zustehe und deshalb auch einer Überprüfung durch das den Betreuer kontrollierende Vormundschaftsgericht entzogen sei (vgl. etwa LG München I FamRZ 1999, 742; Landgericht Augsburg FamRZ 2000, 320, 321; Lilie in Wienke/Lippert, *Der Wille des Menschen zwischen Leben und Sterben* 2001, 75, 83, Seitz ZRP 1998, 417, 420; Soergel/Zimmermann BGB 13. Aufl. § 1904 Rdn. 42).

Diese Ansicht würde es jedoch, recht verstanden, nicht hindern, das Verlangen des Beteiligten nach Abbruch der künstlichen Ernährung einer vormundschaftsgerichtlichen Überprüfung zu unterwerfen. Da der Beteiligte sein Verlangen auf den erklärten und fortgeltenden Willen des Betroffenen stützt, trifft er insoweit keine eigene Entscheidung; er setzt vielmehr nur eine im voraus getroffene höchstpersönliche Entscheidung des Betroffenen um. Die richtige Umsetzung des Willens des Betroffenen und die damit einhergehende Unterlassung einer eigenen, den Willen des Betroffenen ersetzenden Einwilligung des Beteiligten in die Weiterbehandlung des Betroffenen ist - wie dargelegt - aber ein tauglicher Gegenstand einer vormundschaftsgerichtlichen Überprüfung.

Auch generell läßt sich aus der Höchstpersönlichkeit einer Entscheidung kein zwingendes Argument gegen die Entscheidungszuständigkeit eines Betreuers und die Überprüfung seiner Entscheidung durch das Vormundschaftsgericht herleiten; denn einem Betreuer werden vom Gesetz - etwa bei der Sterilisation (§ 1905 BGB) - durchaus höchstpersönliche Entscheidungskompetenzen übertragen. Zudem ergäbe sich, wenn man die Entscheidung gegen eine lebensverlängernde oder -erhaltende Maßnahme oder die Durchsetzung einer solchen Entscheidung generell von der Aufgabenzuweisung an den Betreuer ausnähme, eine mißliche Wahl: Entweder würde damit ein striktes Gebot zur Durchführung lebensverlängernder oder -erhaltender medizinischer Maßnahmen statuiert - also auch gegen einen vom Betroffenen früher geäußerten Willen. Oder

die Entscheidung über die Frage der Behandlung oder Weiterbehandlung bliebe dem Arzt und/oder den nahen Angehörigen überlassen - dies allenfalls mit der Auflage, den wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Patienten zu ermitteln. An die Stelle der Willensbestimmung durch den Betreuer als den gesetzlichen Vertreter träte die Willensbestimmung durch den Arzt oder die Angehörigen, die sich aus dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht mehr legitimieren würde, unter Umständen mit Eigeninteressen kollidieren könnte und im System des geltenden Rechts einer vormundschaftsgerichtlichen Kontrolle von vornherein nicht zugänglich wäre (vgl. zum Ganzen Taupitz aaO A 89; Fröschele aaO 74).

Eine andere Frage ist, ob das Vormundschaftsgericht dem Beteiligten mit der Übertragung des Aufgabenkreises «Sorge für die Gesundheit des Betroffenen» auch die Entscheidung über lebenserhaltende Maßnahmen der hier in Frage stehenden Art übertragen hat. Da sowohl das Amtsgericht wie auch das Beschwedergericht die Bestellung des Beteiligten nicht einschränkend ausgelegt haben, kann auch für das Verfahren der weiteren Beschwerde von einer umfassenden Zuständigkeit des Beteiligten für die medizinischen Belange des Betroffenen ausgegangen werden. Dies gilt um so mehr, als bei einer einschränkenden Auslegung des Aufgabenkreises die lebenserhaltenden Maßnahmen nicht fortgeführt, sondern von den behandelnden Ärzten im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit dem vom Betroffenen früher erklärten und als maßgebend fortdauernden Willen überprüft und, falls der Aufgabenkreis des Beteiligten nicht erweitert oder ein weiterer Betreuer bestellt würde, gegebenenfalls eingestellt werden müßten.

c) Gegen eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts läßt sich auch nicht anführen, daß es an Kriterien fehle, anhand derer das Verlangen des Beteiligten, die künstliche Ernährung des Betroffenen einzustellen, rechtlich überprüft werden könne, daß die Entscheidung des Beteiligten mithin nicht justiziabel sei.

aa) Die Frage, unter welchen medizinischen Voraussetzungen die Rechtsordnung gestattet, lebensverlängernde Maßnahmen zu unterlassen oder nicht fortzuführen, hat der Bundesgerichtshof in einer Strafsache dahin entschieden, daß das Grundleiden des Kranken nach ärztlicher Überzeugung unumkehrbar (irreversibel) sein und einen tödlichen Verlauf angenommen haben müsse (Urteil vom 13. September 1994 - I StR 357/94 - NJW 1995, 204). Werde in einem solchen Fall der Tod in kurzer Zeit eintreten, so rechtfertige die unmittelbare Todesnähe es, von einer Hilfe für den Sterbenden und «Hilfe beim Sterben», kurz von Sterbehilfe zu sprechen und dem Arzt den Abbruch lebensverlängernder Maßnahmen zu erlauben. In Fällen, in denen das Grundleiden zwar einen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen habe, das Merkmal der unmittelbaren Todesnähe aber nicht gegeben sei und der Sterbevorgang somit noch nicht eingesetzt habe, liege eine Sterbehilfe im eigentlichen Sinne nicht vor. Auch wenn der Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen (auch im damals entschiedenen Fall: einer künstlichen Ernährung über eine Magensonde) unter solchen Umständen zum Teil bereits als Sterbehilfe im weiteren Sinne oder als «Hilfe zum Sterben» bezeichnet werde und bei entsprechendem Patientenwillen als Ausdruck der allgemeinen Entscheidungsfreiheit und des Rechts auf körperliche Unversehrtheit grundsätzlich anzuerkennen sei, seien doch an die Annahme des mutmaßlichen Willens erhöhte Anforderungen insbesondere im Vergleich zur eigentlichen Sterbehilfe zu stellen.

Diese objektive Eingrenzung zulässiger Sterbehilfe ist auch für das Zivilrecht verbindlich; denn die Zivilrechtsordnung kann nicht erlauben, was das Strafrecht verbietet. Aus ihr folgt, daß für das Verlangen des Betreuers, eine medizinische Behand-

lung einzustellen, kein Raum ist, wenn das Grundleiden des Betroffenen noch keinen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen hat und durch die Maßnahme das Leben des Betroffenen verlängert oder erhalten wird. Richtig ist zwar, daß der Arzt das Selbstbestimmungsrecht des einwilligungsfähigen Patienten zu achten hat und deshalb keine - auch keine lebenserhaltenden - Maßnahmen gegen dessen Willen vornehmen darf (vgl. Etwa Taupitz aaO A 19 ff.). Die Entscheidungsmacht des Betreuers ist jedoch mit der aus dem Selbstbestimmungsrecht folgenden Entscheidungsmacht des einwilligungsfähigen Patienten nicht deckungsgleich, sondern als gesetzliche Vertretungsmacht

an rechtliche Vorgaben gebunden; nur soweit sie sich im Rahmen dieser Bindung hält, kann sie sich gegenüber der Verpflichtung des Arztes, das Leben des Patienten zu erhalten, durchsetzen. Das bedeutet: Die medizinischen Voraussetzungen, unter denen das Recht eine vom gesetzlichen Vertreter konsentiertere 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. Daraus läßt sich indes nicht herleiten, daß das Verlangen des Beteiligten, die künstliche Ernährung des Betroffenen einzustellen, jedenfalls insoweit einer vormundschaftsgerichtlichen Überprüfung entzogen sei, als die medizinischen Voraussetzungen, unter denen ein solches Verlangen rechtlich überhaupt erst zulässig wäre, in Frage stünden. Ein vormundschaftsgerichtliches Verfahren böte vielmehr - im Gegenteil - die Möglichkeit, verantwortlich zu prüfen, ob der rechtliche Rahmen für das Verlangen des Beteiligten überhaupt eröffnet ist. Dies wäre immer dann zu verneinen, wenn eine letzte Sicherheit, daß die Krankheit des Betroffenen einen irreversible und tödlichen Verlauf angenommen habe, nicht zu gewinnen wäre.

bb) Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 13. September 1994 (aaO 204 f.) das Unterlassen oder den Abbruch lebensverlängernder oder lebenserhaltender Maßnahmen - bei Vorliegen der medizinischen Voraussetzungen - allerdings nur dann als rechtmäßig erachtet, wenn das Unterlassen oder der Abbruch der Maßnahmen dem - im entschiedenen Fall: mutmaßlichen Willen des Patienten entspricht. Diese Ausrichtung auf den Willen des Betroffenen korrespondiert mit den Vorgaben, die auch § 1901 BGB für das Betreuerhandeln normiert. Maßgebend sind nach § 1901 Abs. 3 Satz 1, 2 BGB die - auch früher geäußerten (§ 1901 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 1 BGB) - Wünsche des Betroffenen, sofern sie sich feststellen lassen, nicht durch entgegenstehende Bekundungen widerrufen sind (§ 1901 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 BGB) und dem Wohl des Betreuten nicht zuwiderlaufen (§ 1901 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 BGB). Das Wohl des Betreuten ist dabei nicht nur objektiv, sondern - im Grundsatz sogar vorrangig (Münch-Komm/Schwab aaO § 1901 Rdn. 14) - subjektiv zu verstehen; denn «zum Wohl des Betreuten gehört auch die Möglichkeit, ... sein Leben nach seinen eigenen Vorstellungen und Wünschen zu gestalten» (§ 1901 Abs. 2 Satz 2 BGB). Nichts anderes gilt, wenn sich - auf die vorliegende Situation bezogene - Wünsche des Betroffenen nicht feststellen lassen: Dann hat sich der Betreuer nach § 1901 Abs. 2 Satz 1 BGB am «Wohl des Betreuten» zu orientieren, dies aber nach § 1901 Abs. 2 Satz 2 BGB aus der Sicht des Betreuten - d.h. nach dessen Lebensentscheidungen, Wertvorstellungen und Überzeugungen - zu bestimmen (vgl. zum Ganzen G. Fischer, FS Deutsch 1999, 545, 548 ff., 555; Fröschle aaO 76; einschrän-

kend Taupitz aaO 41 «objektive Interessenabwägung mit subjektivem Korrekturvorbalt»; in diese Richtung auch Lipp aaO 48 f.); man kann insoweit von einem (individuell-) mutmaßlichen Willen des Betroffenen sprechen (kritisch zu dieser Rechtsfigur Höfling JuS 2000, 111, 116). Allerdings kommt die Berücksichtigung eines solchen (individuell-) mutmaßlichen Willens nur hilfsweise in Betracht, wenn und soweit nämlich eine Im einwilligungsfähigem Zustand getroffene «antizipative» Willensbekundung des Betroffenen - mag sie sich als Einwilligung in oder als Veto gegen eine bestimmte medizinische Behandlung darstellen - nicht zu ermitteln ist. 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; denn schon die Würde des Betroffenen (Art. 1 Abs. 1 GG) verlangt, daß eine von ihm eigenverantwortlich getroffene Entscheidung auch dann noch respektiert wird, wenn er die Fähigkeit zu eigenverantwortlichem Entscheiden inzwischen verloren hat. 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 (Taupitz aaO A 41: Die in eigenverantwortlichem Zustand getroffene Entscheidung dürfe nicht «unter spekulativer Berufung darauf unterlaufen werden ..., daß der Patient vielleicht in der konkreten Situation doch etwas anderes gewollt hätte»; vgl. auch aaO A 106 ff.).

Auch wenn der Beteiligte somit strikt an den wirklichen und (nur) hilfsweise an den mutmaßlichen Willen des Betroffenen gebunden ist, so spricht dies ebenfalls nicht gegen die Möglichkeit, das Verlangen des Beteiligten, die künstliche Ernährung des Betroffenen einzustellen, einer vormundschaftsgerichtlichen Kontrolle zu unterziehen. Ein vormundschaftsgerichtliches Verfahren böte nicht nur den Rahmen für eine Prüfung, ob der Beteiligte den Willen des Betroffenen mit der Vorlage der von diesem getroffenen Verfügung erschöpfend ermittelt hat oder ob die Umstände des Einzelfalles weitere Erkundungen geboten erscheinen lassen. Sie eröffnete auch die Möglichkeit, für alle Beteiligten verbindlich festzustellen, daß die vom Beteiligten gewünschte Einstellung der Behandlung in der nunmehr vorliegenden Situation dem in der Verfügung zum Ausdruck gelangten Willen des Betroffenen entspricht (vgl. etwa G. Fischer in Medicus et al. Schadensrecht, Arztrecht ... 2001, 37, 50).

cc) Keiner Entscheidung bedarf die Frage, ob und unter welchen Gegebenheiten ein Betreuer seine Einwilligung in eine lebensverlängernde oder -erhaltende Weiterbehandlung des Betroffenen verweigern darf, wenn zwar die medizinischen Voraussetzungen für eine zulässige Hilfe beim oder auch zum Sterben vorliegen, Wünsche des Betroffenen aber nicht geäußert oder nicht ersichtlich sind und sich auch bei der gebotenen sorgfältigen Prüfung konkrete Umstände für die Feststellung des individuellen mutmaßlichen Willens des Betroffenen nicht finden lassen. In einem solchen Fall soll nach der zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs (aaO 205) auf Kriterien zurückgegriffen werden, die allgemeinen Wertvorstellungen entsprechen. Diese Auffassung ist auf - zum Teil sehr engagierte - Kritik (vgl. etwa Dörner ZRP 1996, 93, 95 f.;

Laufs NJW 1998, 3399, 3400) gestoßen, die sich das vorliegende Oberlandesgericht zu eigen macht und deren sachliche Berechtigung hier nicht im einzelnen zu erörtern ist. Die Diskussion um die Zulässigkeit und die Grenzen der Hilfe im

oder auch zum Sterben wird gerade durch das Fehlen verbindlicher oder doch allgemeiner Wertmaßstäbe geprägt (Taupitz aaO A 38, allerdings mit dem Versuch einer «objektiven» Interessenabwägung aaO 41 ff., 46 ff.; Knittel Betreuungsgesetz § 1904 BGB Anm. 9 f.). Auch die Verfassung bietet keine sichere Handhabe, die im Widerstreit der Schutzgüter von Leben und Menschenwürde eine dem jeweiligen Einzelfall gerecht werdende, rechtlich verlässliche und vom subjektiven Vorverständnis des Beurteilers unabhängige Orientierung ermöglicht (vgl. etwa Hufen aaO 850). Soweit vor diesem Hintergrund für ein von keinem nachgewiesenen (wirklichen oder mutmaßlichen) Willen des Betroffenen getragenes Verlangen des Betreuers nach Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen überhaupt Raum bleibt (verneinend OLG Düsseldorf FamRZ 2000, 1556, 1557; OLG Karlsruhe aaO 492; OLG Frankfurt FamRZ 1998 aaO 1138 und 2002 aaO 577), böte sich als Richtschnur möglicherweise ein Verständnis des Wohls des Betroffenen an, das einerseits eine ärztlich für sinnvoll erachtete lebenserhaltende Behandlung gebietet, andererseits aber nicht jede medizinisch-technisch mögliche Maßnahme verlangt. Ein solches, einem objektiv zu mutmaßenden Willen des Betroffenen angenähertes Verständnis (in diese Richtung Lipp aaO 48 f.; vgl. aus medizinethischer Sicht auch Schöne-Seifert Verhandlungen des 63. DJT 2000 Referat K 41, 48 mit der Forderung, Behandlungsstandards» - unter Offenlegung ihrer notwendigen ethischen Prämissen - zu entwickeln) böte jedenfalls einen zumindest objektivierbaren Maßstab, der - außerhalb der Spannbreite einer immer möglichen Divergenz in der ärztlichen Indikation - für die Betreuerentscheidung auch in diesem vom Willen des Betroffenen nicht determinierten Grenzbereich menschlichen Lebens eine vormundschaftsgerichtliche Nachprüfung eröffnet.

d) Das Oberlandesgericht hat allerdings mit Recht angenommen, daß § 1904 BGB für eine vormundschaftsgerichtliche Überprüfung des Verlangens des Beteiligten, die künstliche Ernährung des Betroffenen einzustellen, keine Rechtsgrundlage hergibt. Auch eine analoge Anwendung dieser Einzelvorschrift kann, worauf das Oberlandesgericht zutreffend hinweist, für sich genommen eine solche Aufgabenzuweisung an das Vormundschaftsgericht schwerlich begründen. So läßt sich bereits bezweifeln, ob die Vorschriften des Betreuungsrechts, in denen einzelne Handlungen des Betreuers einem Genehmigungsvorbehalt unterstellt werden, ein geschlossenes gedankliches System darstellen, das es erlaubt, andere, von der legislativen Problemselektion nicht aufgegriffene Konfliktsituationen als eine «planwidrige» Unvollständigkeit (vgl. Larenz/Canaris Methodenlehre der Rechtswissenschaft 3. Aufl., 196 f.: «Gesetzeslücke im engeren Sinn») zu verstehen. Jedenfalls ist § 1904 BGB für sich genommen nicht geeignet, im Wege analoger Anwendung Entscheidungen des Betreuers gegen eine lebensverlängernde oder -erhaltende medizinische Behandlung dem Erfordernis einer vormundschaftsgerichtlichen Prüfung zu unterziehen. Zum einen fehlt insoweit bereits die Gleichheit der Problemlage: Der Schutz eines heilungsfähigen Patienten vor dem Einsatz riskanter medizinischer Mittel ist etwas völlig anderes als die medizinische Versorgung eines tödlich und unheilbar erkrankten Menschen (Schwab FS Henrich 2000 511, 524; ders. MünchKomm aaO § 1904 Rdn. 38). § 1904 BGB will - anders ausgedrückt - dem Betroffenen Leben und Gesundheit erhalten, der geforderte Behandlungsabbruch will sein Leben gerade beenden. Beide Ziele stehen sich nicht im Verhältnis von «minus» und «plus» gegenüber; sie sind miteinander inkomparabel und deshalb einem «erst recht»-Schluß nicht zugänglich (LG München aaO).

Auch eine Gesamtanalogie (Rechtsanalogie) zu den §§ 1904 bis 1907 BGB kommt nicht in Betracht. Zum einen läßt sich diesen schon tatbestandlich ganz unterschiedlichen Genehmi-

gungsvorbehalten kein «allgemeiner Grundsatz» unterlegen, dessen folgerichtige Entfaltung auch Antworten auf die Frage nach der Zulässigkeit des Abbruchs einer lebenserhaltenden Behandlung bereithält.

Zum anderen läßt sich diese Frage mit der in diesen Genehmigungsvorbehalten vorgesehenen Rechtsfolge auch nicht erschöpfend beantworten: Lehnt das Vormundschaftsgericht es ab, eine nach den §§ 1904 bis 1907 BGB genehmigungspflichtige Erklärung oder Maßnahme des Betreuers zu genehmigen, so ist die Erklärung unwirksam und die Maßnahme unterbleibt. Verweigert der Betreuer die notwendige Einwilligung in die lebensverlängernde oder -erhaltende

Behandlung des Betreuten, so wird diese Behandlung damit allein noch nicht zulässig. Das Vormundschaftsgericht müßte, falls es nicht einen anderen Betreuer bestellt, die Einwilligung des Betreuers in die Behandlung ersetzen (vgl. Steffen NJW 1996, 1581; Engers/Wagenitz FamRZ 1988, 1256, 1257). Eine solche willensersetzende Entscheidungsmacht des Vormundschaftsgerichts ist dem geltenden Recht strukturell nicht fremd, aber auf eng begrenzte Tatbestände beschränkt (vgl. § 1810 Satz 1 Halbs. 2, § 1837 Abs. 4 i.V. mit § 1666 Abs. 3 BGB, arg. e contr. § 1908 i Abs. 1 BGB; vgl. Staudinger/Engler BGB 13. Bearb., § 1837 Rdn. 2, 47; MünchKomm/Wagenitz BGB 4. Aufl. § 1837 Rdn. 4 ff., 35). Die §§ 1904 bis 1907 BGB bieten für sie keine Grundlage.

e) Die fehlende Möglichkeit einer analogen Heranziehung der §§ 1904 bis 1907 BGB schließt freilich die Befugnis des Senats nicht aus, für die verweigerte Einwilligung des Betreuers in eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung oder Weiterbehandlung eines nicht einwilligungsfähigen Betroffenen im Wege einer Fortbildung des Betreuungsrechts eine vormundschaftsgerichtliche Prüfungszuständigkeit zu eröffnen. Die Fortbildung des Rechts ist eine Pflicht der obersten Gerichtshöfe des Bundes und wird ständig geübt (grundlegend BVerfGE 34, 296, 287 ff.; BGHZ 3, 308, 315; zu den Voraussetzungen im einzelnen Larenz Methodenlehre 6. Aufl., 366 ff., insbes. 413 ff.; Larenz/Canaris aaO 187 ff., insbes. 232 ff.). Sie ergibt sich vorliegend aus einer Gesamtschau des Betreuungsrechts und dem unabwiesbaren Bedürfnis, mit den Instrumenten dieses Rechts auch auf Fragen im Grenzbereich menschlichen Lebens und Sterbens für alle Beteiligten rechtlich verantwortbare Antworten zu finden.

aa) Der Vorrang des Gesetzes hindert eine solche Rechtsfortbildung nicht (dazu allgemein etwa BVerfGE 96, 56, 62). Zwar ist richtig, daß der Gesetzgeber des Betreuungsgesetzes - wie sich aus dessen Materialien ergibt - dem Wunsch eines nicht einwilligungsfähigen Betreuten auch insoweit Beachtung zuerkennen wollte, als «dieser darauf gerichtet ist, in der letzten Lebensphase nicht sämtliche denkbaren lebens-, aber auch schmerzverlängernden medizinischen Möglichkeiten einzusetzen» (BT-Drucks. 11/4528 S. 128). Richtig ist auch, daß der Gesetzgeber ein Verhalten des Betreuers, das auf Durchsetzung eines solchen Wunsches gerichtet ist, keinem Genehmigungsvorbehalt unterworfen hat. Daraus läßt sich jedoch nicht auf ein «beredtes Schweigen» des Gesetzes schließen, das es verbieten könnte, im Wege der Rechtsfortbildung die unterlassene Einwilligung des Betreuers in lebensverlängernde oder -erhaltende Maßnahmen einer vormundschaftsgerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen.

Zum einen lassen die in den §§ 1904 bis 1907 BGB aufgegriffenen Konfliktsituationen kein geschlossenes Konzept erkennen, das einer rechtsfortbildenden Erweiterung nicht zugänglich wäre; zum ändern ist - wie ausgeführt - der in diesen Vorschriften normierte Genehmigungsvorbehalt schon strukturell nicht geeignet, die Frage nach der Zulässigkeit des Abbruchs einer lebenserhaltenden Behandlung einer erschöpfenden Regelung zuzuführen; aus der Nichter Streckung der im

Gesetz vorgesehenen Genehmigungserfordernisse auf diese Frage läßt sich deshalb nicht schließen, der Gesetzgeber habe diese Frage generell einer vormundschaftsgerichtlichen Überprüfung entziehen wollen.

Auch die weitere Entwicklung des Betreuungsrechts rechtfertigt einen solchen Schluß nicht. Das Betreuungsrechtsänderungsgesetz vom 25. Juni 1998 (BGBl. I 1580) verhält sich zur Frage eines Genehmigungserfordernisses nicht; das war nach der Vorrangigkeit auf eine Neuordnung des Rechts der Betreuervergütung gerichteten Zielsetzung dieses Gesetzes allerdings auch nicht anders zu erwarten (Knieper NJW 1998, 2720, 2721). Auch für die Folgezeit läßt sich das Schweigen des Gesetzgebers nicht als eine legislative Entscheidung gegen eine vormundschaftsgerichtliche Prüfungszuständigkeit für das Verlangen des Betreuers nach Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen deuten. Die Bundesregierung sah, wie auch ihre Antwort auf die Anfrage des Abgeordneten Hüppe belegt, keinen unmittelbaren Handlungsbedarf: Danach wirft die Entscheidung des Oberlandesgerichts «nicht nur tiefgreifende juristisch-ethische Fragen, sondern auch vielfältige forensisch-praktische Fragen auf, die einer gründlichen Aufarbeitung bedürfen, bevor die Frage nach der Notwendigkeit einer gesetzgeberischen Maßnahme ... beantwortet werden kann» (BT-Drucks. 13/11345 Frage Nr. 14 S. 11). Die höchstrichterliche Rechtsprechung ist berufen, hierzu ihren Beitrag zu leisten und damit zugleich mögliche Wege für die vielfach geforderte (vgl. etwa Vormundschaftsgerichtstag e.V. BTPRax 1998, 161, 162; Taupitz aaO A 92; Scheffen ZRP 2000, 313, 316 f.; Hufen aaO 857) und auch nach Auffassung des Senats wünschenswerte gesetzliche Regelung aufzuzeigen.

bb) Der Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG steht einer solchen Rechtsfortbildung nicht entgegen (so aber wohl Vormundschaftsgerichtstag e.V. BTPRax 98, 161, 162; Jürgens BTPRax 98, 159, 160; Alberts NJW 1999, 835, 836). Denn durch die Prüfungszuständigkeit des Vormundschaftsgerichts wird nicht in die Rechte des Betroffenen auf Leben und körperliche Unversehrtheit eingegriffen, der Vormundschaftsrichter - entgegen einer gelegentlich gebrauchten plakativen Formulierung - also nicht zum «Herrn über Leben und Tod» ernannt (so aber AG Hanau BTPRax 1997, 82, 83; Deichmann MDR 1995, 983, 984; mit Recht kritisch Verrel JR 1999, 5, 6). Vielmehr werden - im Gegenteil - die Grundrechte des Betroffenen geschützt, indem die Entscheidung des Betreuers, nicht in eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung oder Weiterbehandlung des Betroffenen einzuwilligen, einer gerichtlichen Kontrolle unterzogen und dabei auf ihre Übereinstimmung mit dem Willen des Betroffenen - als Ausfluß seiner fortwirkenden Selbstbestimmung und Selbstverantwortung - überprüft wird (OLG Karlsruhe aaO 490).

cc) Eine im Wege der Fortbildung des Betreuungsrechts zu begründende Prüfungszuständigkeit des Vormundschaftsgerichts findet ihre natürliche Grenze dort, wo der Regelungsbereich des Betreuungsrechts, dessen Handhabung den Vormundschaftsgerichten anvertraut ist, endet. Das Betreuungsrecht regelt, soweit medizinische Maßnahmen für den Betroffenen in Frage stehen, zwar nicht nur das Verhältnis des Betreuers zum Betroffenen; es schreibt auch vor, inwieweit der Betreuer die dem Betroffenen zustehenden Rechte gegenüber Ärzten oder Pflegekräften wahrnehmen kann. Der Umfang dieser Rechte selbst ist jedoch nicht Gegenstand des Betreuungsrechts und deshalb von vornherein einer isolierten vormundschaftsgerichtlichen Überprüfung entzogen.

Daraus ergibt sich, daß auch die Frage, welche lebensverlängernden oder -erhaltenden Maßnahmen der Betroffene beanspruchen und der Betreuer folglich als sein gesetzlicher Vertreter für ihn einfordern kann, nicht vom Betreuungsrecht zu beantworten ist. Auch dem Selbstbestimmungsrecht des Betrof-

fenen läßt sich eine Antwort nicht entnehmen; denn dieses Recht läßt sich nur als Abwehrrecht gegen, nicht aber als Anspruch auf eine bestimmte Behandlung begreifen (Taupitz aaO A 23; Verrel JZ 1996, 224, 226; einschränkend Lilie FS Steffen 1995, 273, 276). Im Grundsatz gesichert erscheint, daß der Arzt - gestützt auf sein Grundrecht der Berufsfreiheit und seine allgemeine Handlungsfreiheit - jedenfalls solche Maßnahmen verweigern kann, für die keine medizinische Indikation besteht (Taupitz aaO 23 f. .w.N.). Die medizinische Indikation, verstanden als das fachliche Urteil über den Wert oder Unwert einer medizinischen Behandlungsmethode in ihrer Anwendung auf den konkreten Fall (Oderbecke MedR 1985, 23, 25), begrenzt insoweit den Inhalt des ärztlichen Heilauftrags (Taupitz aaO 23 ff.; vgl. auch Lilie in Wienke/Lippert aaO 80). Diese - im Schnittfeld naturwissenschaftlicher und medizinethischer Überlegungen nicht immer scharfe - Begrenzung (vgl. etwa die Umschreibung in den Grundsätzen der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung NJW 1998, 3406; w.N. bei Taupitz aaO Fn. 4) ist dem Betreuungsrecht vorgegeben; denn die rechtliche Betreuungsbedürftigkeit eines Patienten verändert den Rahmen, in dem er ärztliche Behandlung beanspruchen kann, nicht (Taupitz aaO 40; Lipp aaO 53; Oderbecke/Weißauer MedR 1998, 395, 397). Die Frage, ob eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung medizinisch indiziert ist und ihre Durchführung deshalb vom ärztlichen Heilauftrag geboten wird, kann deshalb für das Betreuungsrecht nur als Vorfrage - d.h. im Zusammenhang mit der dem Vormundschaftsgericht obliegenden Beurteilung eines Verhaltens des Betreuers bei der Wahrnehmung von Patienteninteressen des Betroffenen - Bedeutung erlangen. Für sich genommen - also losgelöst von der Prüfung eines derartigen Betreuerhaltens - kann diese Frage nicht zum Gegenstand eines vormundschaftsgerichtlichen Verfahrens erhoben werden.

dd) Für das Betreuungsrecht kann der Inhalt des ärztlichen Heilauftrags und das aus ihm resultierende Behandlungsangebot danach allerdings mittelbar relevant werden, und zwar in zweifacher Hinsicht: Für eine Einwilligung des Betreuers in eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung ist von vornherein kein Raum, wenn ärztlicherseits eine solche Behandlung nicht angeboten wird - sei es, daß sie nach Auffassung der behandelnden Ärzte von vornherein nicht indiziert, sinnlos geworden oder aus sonstigen Gründen nicht möglich ist (Lipp aaO 52 f.). Das Unterlassen (erst recht die Weigerung) des Betreuers, in eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung einzuwilligen, ist - wie einleitend dargelegt - zwar tauglicher Gegenstand einer vormundschaftsgerichtlichen Kontrolle, setzt aber notwendig ein entsprechendes ärztliches Behandlungsangebot voraus. Fehlt es an einem solchen Angebot, kommt eine vormundschaftsgerichtliche Prüfung allenfalls insoweit in Betracht, als die Pflicht des Betreuers in Frage steht, in Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen die Erfüllung des ärztlichen Heilauftrags durch die Einforderung bestimmter lebensverlängernder der -erhaltender Behandlungen durchzusetzen. Die Frage, welche Möglichkeiten dem Vormundschaftsgericht hier zur Verfügung stehen, den Betreuer zur Erfüllung dieser Pflicht anzuhalten, beantwortet sich aus der Aufsichtspflicht des Vormundschaftsgerichts (§ 1908 i. V. mit § 1837, § 1908 b BGB). Sie bedarf hier keiner vertiefenden Erörterung; denn ein solcher Fall liegt hier ersichtlich nicht vor.

Nur soweit ärztlicherseits eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung angeboten wird, ist eine Einwilligung des Betreuers als des gesetzlichen Vertreters des einwilligungsunfähigen Patienten überhaupt erforderlich.

Ein Unterlassen (erst recht eine Verweigerung) der Einwilligung in die angebotene Behandlung wird - nach der im Wege der Rechtsfortbildung gewonnenen Auffassung des Senats - jedoch nur mit Zustimmung des Vormundschaftsgerichts wirk-

sam. Eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung des einwilligungsunfähigen Patienten ist bei medizinischer Indikation deshalb auch ohne die Einwilligung des Betreuers zunächst - bis zu einer Entscheidung des Vormundschaftsgerichts - durchzuführen oder fortzusetzen. Das Vormundschaftsgericht hat das Verhalten des Betreuers anhand der oben aufgeführten Kriterien auf seine Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen; es trifft also keine eigene Entscheidung gegen lebensverlängernde oder -erhaltende Maßnahmen (vgl. Taupitz aaO A 85 und Fn. 410 mit rechtsvergleichenden Hinweisen; Lipp aaO 52). Das Vormundschaftsgericht muß der Entscheidung des Betreuers gegen eine solche Behandlung zustimmen, wenn feststeht, daß die Krankheit des Betroffenen einen irreversiblen tödlichen Verlauf genommen hat und die ärztlicherseits angebotene Behandlung dem früher erklärten und fortgeltenden Willen des Betroffenen, hilfsweise dessen (individuell-)mutmaßlichen Willen widerspricht. Die Frage, ob das Vormundschaftsgericht der Entscheidung des Betreuers gegen eine solche Behandlung auch dann zustimmen darf, wenn sich ein entsprechender wirklicher oder mutmaßlicher Wille trotz erschöpfender Nachforschungen des Betreuers nicht feststellen läßt, wird namentlich dann praktisch, wenn das Vormundschaftsgericht zu einer Beurteilung der medizinischen Indikation gelangt, die von der - diese Indikation bejahenden - Bewertung des behandelnden Arztes abweicht; diese Frage kann, wie ausgeführt, hier offenbleiben.

Stimmt das Vormundschaftsgericht der eine Behandlung oder Weiterbehandlung ablehnenden Entscheidung des Betreuers zu, ist dessen Einwilligung nicht länger entbehrlich und die Nichterteilung dieser Einwilligung wirksam. Verweigert das Vormundschaftsgericht dagegen eine Zustimmung, so gilt damit zugleich die Einwilligung des Betreuers in die angebotene Behandlung oder Weiterbehandlung des Betroffenen als ersetzt. Das vormundschaftsgerichtliche Verfahren ist dem Richter vorbehalten (ebenso § 14 Abs. 1 Nr. 4 RpfLG). § 69 d Abs. 1, 2 FGG findet eine entsprechende, den Besonderheiten des Regelungsgegenstandes Rechnung tragende Anwendung. So hat sich der Vormundschaftsrichter vom Zustand des Betroffenen einen persönlichen Eindruck zu verschaffen (vgl. § 69 d Abs. 1 Satz 2 FGG). Auch wird er auf die Einholung eines zusätzlichen, von einem anderen als dem behandelnden Arzt erstellten Sachverständigengutachtens (vgl. § 69 d Abs. 2 FGG) im Regelfall nicht verzichten können, wenn die medizinischen Voraussetzungen für die Forderung des Betreuers, die Behandlung einzustellen, nicht durch eine neuere, den Anforderungen an ein Sachverständigengutachten genügende ärztliche Stellungnahme belegt sind (vgl. dazu näher OLG Karlsruhe aaO 492) oder wenn er - in Abweichung von der Beurteilung des behandelnden Arztes - die medizinische Indikation der ärztlicherseits angebotenen Behandlung verneinen will.

Mit diesem Zustimmungserfordernis wird dem Schutz des Betroffenen in seinen Grundrechten auf Leben, Selbstbestimmung und Menschenwürde in ausgewogener Weise Rechnung getragen (Taupitz aaO A 84; Lipp aaO 52, Saliger JuS 1999, 16, 20). Zugleich zielt dieses Erfordernis auf Schutz und Fürsorge für den Betreuer: Indem das Betreuungsrecht dem Betreuer unter Umständen eine Entscheidung gegen eine lebensverlängernde oder -erhaltende

Behandlung des Betroffenen abverlangt, bürdet es ihm eine Last auf, die allein zu tragen dem Betreuer nicht zugemutet werden kann (LG Duisburg NJW 1999, 2744). Da das Recht vom Einzelnen nichts Unzumutbares verlangen kann, erscheint es dem Senat zwingend geboten, den Betreuer durch das vormundschaftsgerichtliche Prüfungsverfahren zu entlasten. Dieses Verfahren bietet einen justizförmigen Rahmen, innerhalb dessen die rechtlichen - auch strafrechtlichen - Grenzen des Betreuerhandelns geklärt und der wirkliche oder mutmaßliche Wille des Betroffenen - im Rahmen des Möglichen umfassend - er-

mittelt werden kann (OLG Karlsruhe aaO 490; Knittel aaO). Das Prüfungsverfahren vermittelt der Entscheidung des Betreuers damit eine Legitimität, die geeignet ist, den Betreuer subjektiv zu entlasten sowie seine Entscheidung objektiv anderen Beteiligten zu vermitteln (Taupitz aaO 82 f.) und die ihn zudem vor dem Risiko einer abweichenden strafrechtlichen ex-post-Beurteilung schützt (OLG Karlsruhe aaO; Fröschle aaO 79, Saliger aaO 21). Die Beschränkung des Prüfungsvorbehalts auf Fälle, in denen eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung des Betroffenen medizinisch indiziert ist oder jedenfalls ärztlicherseits angeboten wird, der Betreuer aber in die angebotene Behandlung nicht einwilligt, stellt schließlich sicher, daß die Vormundschaftsgerichte nur in Konfliktlagen angerufen werden können; damit wird vermieden, daß die Vormundschaftsgerichte generell zur Kontrolle über ärztliches Verhalten am Ende des Lebens berufen und dadurch mit einer Aufgabe bedacht werden, die ihnen nach ihrer Funktion im Rechtssystem nicht zukommt, nicht ohne weiteres auf Fälle der Betreuung einwilligungsunfähiger Patienten beschränkt werden könnte und wohl auch sonst ihre Möglichkeiten weit überfordern würde.

IV.

Der Senat sieht sich an seiner Auffassung durch das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 13. September 1994 (aaO) nicht gehindert.

In dieser Entscheidung hat der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs die Einstellung der künstlichen Ernährung der Patientin, die seit Jahren infolge einer irreversiblen Hirnschädigung zu einer eigenen Entscheidung nicht mehr in der Lage war, für die deshalb deren Sohn zum Pfleger mit dem Aufgabenkreis «Zuführung zu ärztlicher Behandlung» bestellt worden war und deren Grundleiden einen tödlichen Verlauf angenommen hatte, für rechtswidrig erachtet, weil für die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung der Patientin hinreichend sichere Anhaltspunkte gefehlt hätten und die Zustimmung des Pflegers zur Einstellung der künstlichen Ernährung schon mangels einer Genehmigung des Vormundschaftsgerichts unwirksam gewesen sei. § 1904 BGB sei nach seinem Sinn und Zweck in Fällen der Sterbehilfe jedenfalls dann - erst recht - entsprechend anzuwenden, wenn eine ärztliche Maßnahme in der Beendigung einer bisher durchgeführten lebenserhaltenden Behandlung bestehe und der Sterbevorgang noch nicht unmittelbar eingesetzt habe. Wenn schon bestimmte Heileingriffe wegen ihrer Gefährlichkeit der alleinigen Entscheidungsbefugnis des Betreuers entzogen seien, dann müsse dies um so mehr für Maßnahmen gelten, die eine ärztliche Behandlung beenden sollten und mit Sicherheit binnen kurzem zum Tode des Kranken führten.

Diese - von der dargelegten Rechtsmeinung des erkennenden Senats unterschiedliche - Sicht des § 1904 BGB begründet indes keine Abweichung im Sinne des § 132 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 GVG, die zu einer Anfrage an den 1. Strafsenat Anlaß geben und, falls dieser an seiner Auffassung festhielte, eine Vorlage an die Vereinigten Großen Senate erfordern würde; denn der Unterschied zwischen beiden Auffassungen ist für die Entscheidung des vorliegenden Falles nicht erheblich. § 132 GVG räumt den Vereinigten Großen Senaten die Befugnis zur Beantwortung streitiger oder grundsätzlich bedeutsamer Rechtsfragen nur ein, soweit deren Beantwortung für die Entscheidung des konkreten Falles nach Auffassung des vorliegenden Senats erforderlich wird.

Diese Beschränkung ergibt sich mittelbar aus § 138 Abs. 1 Satz 3 GVG, der die Bindungswirkung der Entscheidung auf die vorgelegte Sache bezieht. Sie entspricht im übrigen auch dem Verständnis, das der Bundesgerichtshof dem Begriff der Entscheidungserheblichkeit für die Zulässigkeit der Vorlagen anderer Gerichte - etwa, wie im vorliegenden Fall, nach § 28 Abs.

2 FGG - beimißt; danach muß sich, wie anfangs ausgeführt, aus dem Vorlagebeschluß ergeben, daß es vom Standpunkt des vorliegenden Gerichts aus auf die Vorlagefrage ankommt, das vorliegende Gericht also bei Befolgung der abweichenden Ansicht zu einem anderen Ergebnis gelangen würde (Senatsbeschluß BGHZ 121, 305, 308; ebenso BGHZ 82, 34, 36 f.; 112, 127, 129; 117, 217, 221). Für eine Vorlage nach § 132 Abs. 2 GVG kann - wovon auch die Vereinigten Großen Senate ausgehen (BGHZ 126, 63, 71 f. unter Bezugnahme auf BGHZ 88, 353, 357; 112, 127, 129; 117, 217, 221) - nichts anderes gelten. Daher ist es unstatthaft, den Vereinigten Großen Senate Fragen vorzulegen, deren Beantwortung lediglich die Begründung einer Entscheidung, nicht jedoch deren Ergebnis beeinflußt (BGH NJW 2000, 1185 f.; Kissel GVG 3. Aufl. § 132 Rdn. 20 i.V. mit § 121 Rdn. 21; zustimmend Zöller/Gummer ZPO 23. Aufl. § 132 GVG; Albers in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO 61. Aufl. § 132 GVG Rdn. 7). So liegen die Dinge hier. Auch wenn man der Auffassung des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs folgte und aus § 1904 BGB herleitete, daß in Fällen der Sterbehilfe (im weiteren Sinne) die Zustimmung des Betreuers zur Einstellung der künstlichen Ernährung die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderte, müßte das Vormundschaftsgericht auf den Antrag des Beteiligten hin tätig werden und prü-

fen, ob die Voraussetzungen vorliegen, unter denen der Beteiligte seine Einwilligung in die Beibehaltung der Magensonde und die Fortdauer der künstlichen Ernährung des Betroffenen unterlassen darf.

Für das in § 132 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 GVG vorgeschriebene Verfahren ist mithin im vorliegenden Fall kein Raum.

V.

Die Entscheidungen von Amts- und Landgericht können danach nicht bestehen bleiben. Der Senat vermag in der Sache nicht abschließend zu entscheiden. Vormundschafts- und Beschwerdegericht haben eine gerichtliche Prüfungszuständigkeit verneint und folgerichtig keine Feststellungen zu den objektiven und subjektiven Voraussetzungen getroffen, die den Beteiligten berechtigen könnten, seine Einwilligung in eine Fortführung der bisherigen Behandlung des Betroffenen nicht zu erteilen. Die Sache war daher an das Amtsgericht zurückzuverweisen, damit es die notwendigen Feststellungen nachholend auf dieser Grundlage die ihm zuerkannte Prüfungsaufgabe wahrnehmen kann.

Hahne Sprick Weber-Monecke
Wagenitz Ahlt

V.5. DOCUMENTOS

1. Study Commission Ethics and Law in Modern Medicine

German Bundestag (15th electoral term)

Interim report on living wills

2. Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung (2004)

(Deutsches Ärzteblatt 101, Heft 19 (07.05.2004), Seite A1298 - A1299)

Bundesärztekammer

Principios del Colegio federal de Médicos

3. Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis [PDF]

Recomendaciones del Colegio federal de Médicos y de la Comisión Central de Ética en relación a las atribuciones de previsión, a las instrucciones previas del paciente y asistencia del paciente

1. Study Commission Ethics and Law in Modern Medicine

German Bundestag (15th electoral term)

Interim report on living wills

(Printed Paper 15/3700)

Short version

Issued by Secretariat of the Study Commission

Ethics and Law in Modern Medicine

Editors Roland Kipke

Dr. Alexander Troche

Individual

responsible

for content Cornelia Beek

Berlin December 2004

What is the problem?

Living wills are a subject of debate. The ethical and legal assessment of living wills is a matter of controversy; the conditions for their validity are unclear; uncertainty reigns for many people who wish to make provision for the end of their lives. The Study Commission has discussed this subject in great depth and in its interim report (Bundestag printed paper 15/3700) set out detailed recommendations for the German Bundestag, calling for the creation of greater legal certainty, the fundamental recognition of living wills and also the clear determination of their limits.

What are living wills?

Living wills are declarations of wishes, in which individuals set down the ways in which they would wish to be medically treated or not treated if, for health reasons, they themselves were no longer able to give consent. The fact that the legality of any medical procedure depends on the consent of the patient is indisputable.

However, whether wishes expressed in advance can be equated in all cases with current wishes is questionable. A further matter for dispute is also the question of what scope a living will has or should have, i.e. in what situations of illness it becomes valid. Finally, the matter of what formal requirements a living will needs to satisfy in order to be valid is also the subject of debate.

All members of the Study Commission are clear that the interim report must not obscure the fact that living wills are only one means – and not the most important – of rendering more humane the conditions surrounding dying in our society. The decisive factor is improved support for the seriously ill and dying, with strengthening of palliative medicine and hospice facilities. The debate around living wills must always be seen in this context.

This short version of the report is intended to give Parliament and the public a rapid overview of the core recommen-

dations made by the Study Commission and the considerations on which they are based.

Binding nature of living wills

The right to make arrangements with regard to medical treatment is based in constitutional law. The wish not to be treated is also protected by basic law. Living wills are therefore also fundamentally binding.

It is an illusion, however, to believe that the implementation of living wills is always clear and unequivocal. Every declaration of wishes, every utterance and every text requires interpretation. This is particularly the case for statements relating to future developments that are difficult to predict and, moreover, circumstances in which the person concerned is no longer capable of taking a decision. And with an interpretation of this kind extreme care is required when the process results in irreversible decisions concerning life and death. Rigid determination of the binding nature of living wills by the legislator is therefore not permissible.

Then implementing a living will, investigation is necessary in each case to determine whether the current medical situation corresponds to one of the situations described in the will, whether the treatment desired or refused in the living will is the same as the treatment currently indicated and whether there is any change in the individual's wishes. Since a number of ambiguities exist here that can lead to difficulties in reaching a decision, the possibility of its implementation may be limited or annulled in spite of the binding nature of the will in principle.

Scope of living wills

Living wills that provide for discontinuation or refusal of treatment, which would lead to death, should not be valid irrespective of the progress of the illness but only where the prognosis is poor, that is, in cases where the underlying disease is irreversible and to the best of medical knowledge would lead to death in spite of medical treatment. Basic care measures should not be capable of exclusion by living wills. This limitation on the right to self-commitment is supported by a number of arguments. These include in particular:

- Provisions made in advance and current expressions of wishes cannot be treated in the same way. In the case of a current expression of wishes, the patient is able to deal with the concrete situation in which he finds himself and any options arising from this. In the event of inability to express one's wishes and in a living will, this is no longer possible. This is not a direct exercise of the right of self-determination but an arrangement made in advance that can only represent a framework for a situation that is difficult to predict.

- It is repeatedly found that individuals who are seriously ill often change their attitude to life and assess a life situation involving illness and limitation more positively than they would have done in advance when they were healthy.

- discontinuation or withholding of treatment. According to the previously unanimous and proven view, this can only be legitimised, however, by the directly expressed wish of the patient, who must be aware in that situation of the consequences of his decision, and not by a wish expressed at another time and certainly not by an assumed wish. The proven protective function of the principle of medical ethics, that «in case of doubt one should always decide in favour of life», should not be abandoned lightly. Otherwise the principle of protection of life and prohibition of killing by omission would be generally

neutralised by living wills. This would also call into question the prohibition of active killing on demand.

The Study Commission wishes to counter these consequences by limiting the scope of the living will.

Illnesses such as waking coma and dementia, which in themselves do not represent irreversible fatal underlying diseases unless additional severe incurable diseases develop, accordingly do not permit the withholding of life-support measures, even if this was expressed as a wish in a living will.

Conditions for validity and promotion of validity

Living wills should only be valid if they exist in written form and are signed.

The import of decisions concerning life and death arising from the execution of a living will demands the highest possible degree of certainty as to whether a living will exists at all and, if so, what its contents are. The written form is both an effective and simple means of achieving this. Verbal declarations do not offer this certainty, and carry with them a great risk of misunderstanding, gaps in memory, misinterpretations, and lack of due reflection.

To avoid making the management of living wills excessively difficult for the author and user, the Study Commission is against the imposition of further requirements with respect to the validity of living wills over and above the written form. At the same time it recommends further measures to increase the validity of living wills in practice:

- An explanatory and advisory meeting before making the living will with qualified advisers, e.g. from the spheres of medicine, law or the hospice services. This meeting should be documented by means of an appended declaration.
- Updating of the living will at regular intervals (e.g. every two years).
- The clear articulation of any revocation of a living will, e.g. by means of a written note on the will or by destruction of the will. The written wishes expressed in the living will, however, may be revoked informally at any time.
- Carrying of an information card showing that a living will has been made, the date on which it was made and where it is lodged.
- Supplementation of a living will with a power of attorney or guardianship instruction, so that while setting down one's own wishes, the individual who is to implement these wishes at a later date is also named.

Execution of living wills

It is not only legal regulation of their status and conditions for their validity that are the decisive aspects in the management of living wills. The way in which their implementation is handled is also crucial. Here the Study Commission recommends two instruments: a case conference to determine the patient's wishes and examination of this determination of wishes by a Court of Protection.

Rarely can a living will simply be executed as it stands. Every living will requires interpretation. This interpretation complies as closely as possible with the content intended by the author when the various perceptions and views of all those who are close to the patient or caring for him during his illness have been taken into account. This should take place within the framework of a joint discussion. The Study Commission therefore recommends legal regulation to ensure that, where the refusal or discontinuation of life support measures are concerned, the legal representative (guardian or attorney) should be advised by a case conference.

The case conference should include the doctor providing treatment, the legal representative, a member of the care team and a relative.

The deliberations of this case conference include the following:

- Establishment of the formal validity of the living will.
- Determination as to whether there is any evidence of an appreciable current change of mind. Changes of mind must be respected even if they cannot be said to be an explicit revocation of the previous declaration. The natural wishes of the patient currently expressed take precedence over the living will.
- Examination as to whether and to what extent the actual current medical situation matches one of the situations described in the living will.
- Examination as to how the wishes expressed in the living will can best be applied to the actual medically indicated treatment.

The joint discussion of all those involved, with a view to reaching a consensual outcome, offers the greatest guarantee that all views and information will be taken into account, that fixed assumptions and judgements regarding the person concerned can be overcome, with the exclusion of self-interest but also of routine medical practice. It is the best way of applying the wishes expressed in the living will to the actual current situation in conformity with the wishes and values of the patient. A case conference of this kind therefore does not represent a bureaucratic limitation of the right of self-determination but is necessary precisely for the sake of such self-determination. It takes account of the need for «narrative -based medicine», which would make an important contribution to the improvement of our health system.

The purpose of the case conference is communicative determination of the patient's wishes. In view of the weight of decisions concerning life or death, however, further precautions are necessary in procedural law to ensure that the decision of the legal representative actually corresponds to the patient's wishes. The Study Commission therefore recommends regulations to ensure that the legal representative's refusal of consent to a medically indicated life-support measure requires the approval of the Court of Protection.

The Court of Protection examines whether deliberation by the case conference has taken place, whether the decision of the attorney or guardian conforms to the wishes of the patient and whether the further objective conditions for validity of the decision are in place. Examination by the Court of Protection therefore serves to protect the patient from abuse.

Proposals for legislation

The Study Commission proposes the following legal formulation for the implementation of its central recommendations (Civil Code, volume 4, section 3, title 2):

§ 1901 b [Living will]

(1) An individual who is capable of giving consent may set down in writing which medical procedures he or she wishes to accept or decline in the event of loss of his or her ability to give consent (living will).

The ability to give consent exists if the person can assess the significance, scope and consequences of the declaration. The provision of basic care cannot be excluded by a living will.

(2) The guardian must examine the living will. If there is no evidence that the author has had a change of mind or would have come to a different decision if the present circumstances had been known, and if the decision taken in the living will

applies to the present situation, the guardian must execute the living will.

(3) If the purpose of the living will is to withhold or discontinue a medically indicated or life-supporting procedure proposed by doctors, the guardian may execute the living will only if the underlying disease is irreversible and will lead to death, to the best of current medical knowledge, in spite of medical treatment.

(4) If a person capable of giving consent has declared or expressed in some other way what medical procedures he or she wishes to accept or decline in the event of loss of capacity to give consent, the attorney shall take this declaration into account as an indication in determining the wishes of the protected person. A life-support procedure that is medically indicated or proposed by doctors may only be refused if the underlying disease is irreversible and, to the best of medical knowledge, will lead to death in spite of medical treatment.

(5) In case of doubt in the execution of a living will or a verbal declaration, the wellbeing of the protected person and protection of his life takes priority.

(6) Faced with the decision as in paragraph 3 and paragraph 4 sentence 2, the attorney must obtain advice from a case conference. The case conference should involve at least the doctor providing treatment, a representative of the person being cared for and, if available, a relative.

Consultations should consider in particular the following questions:

- Whether the living will is formally valid,
- Whether there is any indication of an appreciable current change of mind,
- Whether and to what extent the actual current medical situation conforms to one of the situations described in the will,
- How the wishes expressed in the living will may be applied to the actual medically indicated treatment.

The consultation takes place in the form of a joint meeting with the guardian, the outcome of which must be documented.

(7) The guardian's refusal to give consent to the initiation or continuation of a medical procedure in accordance with paragraph 3 and paragraph 4 sentence 2 is permissible only with the approval of the Court of Protection.

(8) Paragraphs 1 to 7 apply analogously to the decision of the attorney.

The power of attorney is valid only if it is given in writing and expressly includes the procedures mentioned in paragraph 1.

In addition, § 1896 para. 1. BGB is to be modified: In paragraph 1 after sentence 1 the following sentence is to be inserted: «This applies even in cases where a living will exists.»

Dissenting opinions

The recommendations described were agreed by a broad majority of the Study Commission. There were, however, some dissenting opinions directed against central recommendations of the interim report. This applies in particular to:

- The scope, with limitation to irreversible underlying disorders which, in spite of medical treatment, will lead to death, is rejected (Albers et al., Kauch et al.).
- Requirements for validity under which the written form is not regarded as sufficient as the only criterion, and also demonstration of the provision of medical information and updating of the will are recommended as preconditions for validity (Albers et al.).
- Examination by the Court of Protection, which should not

take place in every case but only in the event of disagreement between the legal representative and the doctor (Kauch et al.).

One dissenting opinion rejects the legal regulation of living wills entirely, since they are an unsuitable means of ensuring death with human dignity (Beckmann).

2. Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung (2004)

(*Deutsches Ärzteblatt* 101, Heft 19 (07.05.2004), Seite A1298 - A1299)

Bundesärztekammer

Código Deontológico del Colegio Oficial federal de Médicos en relación al acompañamiento del médico en el momento del fallecimiento

(publicado en: *Deutsches Ärzteblatt* 101, Heft 19 (07.05.2004), páginas A1298 - A1299)

Präambel

Aufgabe des Arztes ist es, unter Beachtung des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten Leben zu erhalten, Gesundheit zu schützen und wieder herzustellen sowie Leiden zu lindern und Sterbenden bis zum Tod beizustehen. Die ärztliche Verpflichtung zur Lebenserhaltung besteht daher nicht unter allen Umständen.

So gibt es Situationen, in denen sonst angemessene Diagnostik und Therapieverfahren nicht mehr angezeigt und Begrenzungen geboten sein können. Dann tritt palliativ-medizinische Versorgung in den Vordergrund. Die Entscheidung hierzu darf nicht von wirtschaftlichen Erwägungen abhängig gemacht werden.

Unabhängig von anderen Zielen der medizinischen Zuwendung, Behandlung hat der Arzt in jedem Fall für eine Basisbetreuung zu sorgen. Dazu gehören u. a.: menschenwürdige Unterbringung, Zuwendung, Körperpflege, Lindern von Schmerzen, Atemnot und Übelkeit sowie Stillen von Hunger und Durst.

Art und Ausmaß einer Behandlung sind gemäß der medizinischen Indikation vom Arzt zu verantworten; dies gilt auch für die künstliche Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr. Ermuss dabei den Willen des Patienten beachten. Ein offensichtlicher Sterbevorgang soll nicht durch lebenserhaltende Therapien künstlich in die Länge gezogen werden. Bei seiner Entscheidungsfindung soll der Arzt mit ärztlichen und pflegenden Mitarbeitern einen Konsens suchen.

Aktive Sterbehilfe ist unzulässig und mit Strafe bedroht, auch dann, wenn sie auf Verlangen des Patienten geschieht. Die Mitwirkung des Arztes bei der Selbsttötung widerspricht dem ärztlichen Ethos und kann strafbar sein.

Diese Grundsätze können dem Arzt die eigene Verantwortung in der konkreten Situation nicht abnehmen. Alle Entscheidungen müssen individuell erarbeitet werden.

I. Ärztliche Pflichten bei Sterbenden

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 unter menschenwürdigen Bedingungen sterben können.

Die Hilfe besteht in palliativ-medizinischer Versorgung und damit auch in Beistand und Sorge für 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 zur Verlängerung des Lebens dürfen in Übereinstimmung mit dem Willen des Patienten unterlassen oder nicht weitergeführt werden, wenn diese nur den Todeseintritt verzögern und die Krankheit in ihrem Verlauf nicht mehr aufgehoben werden kann. Bei Sterbenden kann die Linderung des Leidens so im Vordergrund stehen, dass eine möglicherweise dadurch bedingte unvermeidbare Lebensverkürzung hingenommen werden darf. Eine gezielte Lebensverkürzung durch Maßnahmen, die den Tod herbeiführen oder das Sterben beschleunigen sollen, ist als aktive Sterbehilfe unzulässig und mit Strafe bedroht.

Die Unterrichtung des Sterbenden über seinen Zustand und mögliche Maßnahmen muss wahrheitsgemäß sein, sie soll sich aber an der Situation des Sterbenden orientieren und vorhandenen Ängsten Rechnung tragen. Der Arzt kann auch Angehörige des Patienten und diesem nahe stehende Personen informieren, wenn er annehmen darf, dass dies dem Willen des Patienten entspricht. Das Gespräch mit ihnen gehört zu seinen Aufgaben.

II. Verhalten bei Patienten mit infauster Prognose

Bei Patienten, die sich zwar noch nicht im Sterben befinden, aber nach ärztlicher Erkenntnis aller Voraussicht nach in absehbarer Zeit sterben werden, weil die Krankheit weit fortgeschritten ist, kann eine Änderung des Behandlungszieles indiziert sein, wenn lebenserhaltende Maßnahmen Leiden nur verlängern würden und die Änderung des Therapieziels dem Willen des Patienten entspricht. An die Stelle von Lebensverlängerung und Lebenserhaltung treten dann palliativmedizinische Versorgung einschließlich pflegerischer Maßnahmen. In Zweifelsfällen sollte eine Beratung mit anderen Ärzten und den Pflegenden erfolgen.

Bei Neugeborenen mit schwersten Beeinträchtigungen durch Fehlbildungen oder Stoffwechselstörungen, bei denen keine Aussicht auf Heilung oder Besserung besteht, kann nach hinreichender Diagnostik und im Einvernehmen mit den Eltern eine lebenserhaltende Behandlung, die ausgefallene oder ungenügende Vitalfunktionen ersetzen soll, unterlassen oder nicht weitergeführt werden. Gleiches gilt für extrem unreife Kinder, deren unausweichliches Sterben abzusehen ist, und für Neugeborene, die schwerste Zerstörungen des Gehirns erlitten haben.

Eine weniger schwere Schädigung ist kein Grund zur Vor Enthaltung oder zum Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen, auch dann nicht, wenn Eltern dies fordern. Wie bei Erwachsenen gibt es keine Ausnahmen von der Pflicht zu leidensmindernder Behandlung und Zuwendung, auch nicht bei unreifen Frühgeborenen.

III. Behandlung bei schwerster zerebraler Schädigung und anhaltender Bewusstlosigkeit

Patienten mit schwersten zerebralen Schädigungen und anhaltender Bewusstlosigkeit (apallisches Syndrom; auch so genanntes Wachkoma) haben, wie alle Patienten, ein Recht auf Behandlung, Pflege und Zuwendung. Lebenserhaltende Therapie einschließlich – ggf. künstlicher – Ernährung ist daher unter Beachtung ihres geäußerten Willens oder mutmaßlichen Willens grundsätzlich geboten. Soweit bei diesen Patienten eine Situation eintritt, wie unter I – II beschrieben, gelten die dort dargelegten Grundsätze. Die Dauer der Bewusstlosigkeit darf

kein alleiniges Kriterium für den Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen sein. Hat der Patient keinen Bevollmächtigten in Gesundheitsangelegenheiten, wird in der Regel die Bestellung eines Betreuers erforderlich sein.

IV. Ermittlung des Patientenwillens

Bei einwilligungsfähigen Patienten hat der Arzt die durch den angemessen aufgeklärten Patienten aktuell geäußerte Ablehnung einer Behandlung zu beachten, selbst wenn sich dieser Wille nicht mit den aus ärztlicher Sicht gebotenen Diagnose- und Therapiemaßnahmen deckt. Das gilt auch für die Beendigung schon eingeleiteter lebenserhaltender Maßnahmen. Der Arzt soll Kranken, die eine notwendige Behandlung ablehnen, helfen, die Entscheidung zu überdenken.

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.

Soweit ein Vertreter (z. B. Eltern, Betreuer oder Bevollmächtigter in Gesundheitsangelegenheiten) vorhanden ist, ist dessen Erklärung maßgeblich; er ist gehalten, den (ggf. auch mutmaßlichen) Willen des Patienten zur Geltung zu bringen und zum Wohl des Patienten zu entscheiden. Wenn der Vertreter eine ärztlich indizierte lebenserhaltende Maßnahme ablehnt, soll sich der Arzt an das Vormundschaftsgericht wenden.

Bis zur Entscheidung des Vormundschaftsgerichts soll der Arzt die Behandlung durchführen. Liegt weder vom Patienten noch von einem gesetzlichen Vertreter oder einem Bevollmächtigten eine bindende Erklärung vor und kann eine solche nicht – auch nicht durch Bestellung eines Betreuers – rechtzeitig eingeholt werden, so hat der Arzt so zu handeln, wie es dem mutmaßlichen Willen des Patienten in der konkreten Situation entspricht. Der Arzt hat den mutmaßlichen Willen aus den Gesamtumständen zu ermitteln. Anhaltspunkte für den mutmaßlichen Willen des Patienten können neben früheren Äußerungen seine Lebenseinstellung, seine religiöse Überzeugung, seine Haltung zu Schmerzen und zu schweren Schäden in der ihm verbleibenden Lebenszeit sein. In die Ermittlung des mutmaßlichen Willens sollen auch Angehörige oder nahe stehende Personen als Auskunftspersonen einbezogen werden, wenn angenommen werden kann, dass dies dem Willen des Patienten entspricht.

Lässt sich der mutmaßliche Wille des Patienten nicht anhand der genannten Kriterien ermitteln, so soll der Arzt für den Patienten die ärztlich indizierten Maßnahmen ergreifen und sich in Zweifelsfällen für Lebenserhaltung entscheiden. Dies gilt auch bei einem apallischen Syndrom.

V. Patientenverfügungen, Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen

Mit Patientenverfügungen, Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen nimmt der Patient sein Selbstbestimmungsrecht wahr. Sie sind eine wesentliche Hilfe für das Handeln des Arztes.

Eine Patientenverfügung (auch Patiententestament genannt) ist eine schriftliche oder mündliche Willensäußerung eines einwilligungsfähigen Patienten zur zukünftigen Behandlung für den Fall der Äußerungsunfähigkeit.

Mit ihr kann der Patient seinen Willen äußern, ob und in welchem Umfang bei ihm in bestimmten, näher umrissenen Krankheitssituationen medizinische Maßnahmen eingesetzt oder unterlassen werden sollen. Anders als ein Testament bedürfen

Patientenverfügungen keiner Form, sollten aber schriftlich abgefasst sein.

Mit einer Vorsorgevollmacht kann der Patient für den Fall, dass er nicht mehr in der Lage ist, seinen Willen zu äußern, eine oder mehrere Personen bevollmächtigen, Entscheidungen mit bindender Wirkung für ihn, u. a. in seinen Gesundheitsangelegenheiten, zu treffen (§ 1904 Abs. 2 BGB).

Vorsorgevollmachten sollten schriftlich abgefasst sein und die von ihnen umfassten ärztlichen Maßnahmen möglichst benennen. Eine Vorsorgevollmacht muss schriftlich niedergelegt werden, wenn sie sich auf Maßnahmen erstreckt, bei denen die begründete Gefahr besteht, dass der Patient stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet.

Schriftform ist auch erforderlich, wenn die Vollmacht den Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen umfasst. Die Einwilligung des Bevollmächtigten in Maßnahmen, bei denen die begründete Gefahr besteht, dass der Patient stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet, bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes, es sei denn, dass mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist (§ 1904 Abs. 2 BGB). Ob dies auch bei einem Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen gilt, ist umstritten. Jedenfalls soll sich der Arzt, wenn der Bevollmächtigte eine ärztlich indizierte lebenserhaltende Maßnahme ablehnt, an das Vormundschaftsgericht wenden. Bis zur Entscheidung des Vormundschaftsgerichtes soll der Arzt die Behandlung durchführen.

Eine Betreuungsverfügung ist eine für das Vormundschaftsgericht bestimmte Willensäußerung für den Fall der Anordnung einer Betreuung. In ihr können Vorschläge zur Person eines Betreuers und Wünsche zur Wahrnehmung seiner Aufgaben geäußert werden. Eine Betreuung kann vom Gericht für bestimmte Bereiche angeordnet werden, wenn der Patient nicht in der Lage ist, seine Angelegenheiten selbst zu besorgen, und eine Vollmacht hierfür nicht vorliegt oder nicht ausreicht. Der Betreuer entscheidet im Rahmen seines Aufgabenkreises für den Betreuten. Zum Erfordernis der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht wird auf die Ausführungen zum Bevollmächtigten verwiesen.

3. Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis [PDF]

Recomendaciones del Colegio federal de Médicos y de la Comisión de Ética en relación a las atribuciones de previsión y a las instrucciones previas del paciente y asistencia médica del paciente

Publicado en: Deutsches Ärzteblatt Jg. 104 Heft 13 30. März 2007 A 891

Vorbemerkungen

Die Grundsätze der Bundesärztekammer enthalten wesentliche Aussagen zur ärztlichen Sterbebegleitung. Die vorliegenden Empfehlungen knüpfen daran an; sie stellen die Vorsorgevollmacht und die Patientenverfügung in den Mittelpunkt der Betrachtungen. Jede medizinische Behandlung hat unter Wahrung der Menschenwürde und unter Achtung der Persönlichkeit, des Willens und der Rechte der Patienten, insbesondere des Selbstbestimmungsrechts, zu erfolgen (§ 7 Abs. 1 (Muster-)Berufsordnung). Der in einer Patientenverfügung geäußerte Wille des Patienten ist grundsätzlich verbindlich, deshalb dürfen sich Ärzte nicht über die in einer Patientenverfügung enthaltenen Willensäußerungen hinwegsetzen.

Die umfangreichen Möglichkeiten der modernen Medizin und die unterschiedlichen Wertorientierungen der Patienten lassen es sinnvoll erscheinen, sich vorsorglich für den Fall des Verlustes der Einwilligungsfähigkeit zu der dann gewünschten Behandlung zu erklären. Besonders ältere Personen und Patienten mit prognostisch ungünstigen Leiden sollen ermutigt werden, die künftige medizinische Versorgung mit dem Arzt ihres Vertrauens zu besprechen und ihren Willen zum Ausdruck zu bringen.

Bekanntmachungen Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer um Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügungen der ärztlichen Praxis

Publicación de las recomendaciones del Colegio federal de Médicos y de la Comisión Central de Ética en relación a las instrucciones previstas del paciente en la asistencia médica

Vorwort

Fragen im Zusammenhang mit Sterben und Tod sind für sehr viele Menschen von grundlegender Bedeutung. Aber auch die behandelnden Ärzte werden zu unterschiedlichen Zeitpunkten mit den Fragen ihrer Patienten konfrontiert oder sehen sich in ihrer täglichen Arbeit schwierigen Beratungssituationen gegenübergestellt.

Für den Fall, dass sich Patienten selbst krankheitsbedingt nicht mehr adäquat mitteilen können, gibt es verschiedene Möglichkeiten der Vorausbestimmung der dann gewünschten medizinischen Behandlung. In Anerkennung des Rechts eines jeden Menschen auf Selbstbestimmung hat die Bundesärztekammer bereits 2004 in den „Grundsätzen zur ärztlichen Sterbegleitung“ die Bedeutung vorsorglicher Willenserklärungen hervorgehoben.

Die Vielfalt möglicher Situationen, in die ein Mensch geraten kann, macht es jedoch nicht immer leicht, eine Vorausbestimmung treffend zu artikulieren. Zwei Möglichkeiten der vorsorglichen Willensbekundungen sind die Vorsorgevollmacht und die Patientenverfügung.

Angesichts des offenkundigen Bedarfs sowohl vonseiten der betroffenen Patienten als auch vonseiten der Ärzteschaft an einer praktischen Hilfestellung und weitergehenden Konkretisierung für die ärztliche Praxis haben es sich die Bundesärztekammer und die Zentrale Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zur Aufgabe gemacht, durch gemeinsame Empfehlungen den Beteiligten eine Orientierung im Umgang mit Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen zu geben. Insbesondere sollen damit Nutzen und Grenzen dieser beiden Instrumente verdeutlicht werden.

Die Empfehlungen sind zudem im Kontext der aktuellen politischen Debatte über eine gesetzliche Regelung zu Patientenverfügungen zu sehen. Die Bundesärztekammer und die Zentrale Ethikkommission wollen ihre Auffassung in den aktuellen Prozess der politischen Willensbildung einbringen und die Position der verfassten Ärzteschaft in Bezug auf die aufgeworfenen Fragestellungen verdeutlichen. Zugleich stellen die Empfehlungen eine Weiterentwicklung der „Handreichungen für Ärzte zum Umgang mit Patientenverfügungen“ aus dem Jahr 1999 dar.

Die gemeinsamen Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission mögen Patienten und Ärzten eine Hilfestellung bei der Bewältigung der vielfältigen und schwierigen Fragen im Zusammenhang mit dem Lebensende und dem Wunsch nach einem menschenwürdigen Sterben geben

Prof. Dr. med. Dr. h. c. Jörg-Dietrich Hoppe

Präsident der Bundesärztekammer und des Deutschen Ärztetages

Prof. Dr. med. Dr. phil. Urban Wiesing

Vorsitzender der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer

Vorbemerkungen

Die Grundsätze der Bundesärztekammer enthalten wesentliche Aussagen zur ärztlichen Sterbegleitung. Die vorliegenden Empfehlungen knüpfen daran an; sie stellen die Vorsorgevollmacht und die Patientenverfügung in den Mittelpunkt der Betrachtungen.

Jede medizinische Behandlung hat unter Wahrung der Menschenwürde und unter Achtung der Persönlichkeit, des Willens und der Rechte der Patienten, insbesondere des Selbstbestimmungsrechts, zu erfolgen (§ 7 Abs.1 (Muster-)Berufsordnung). Der in einer Patientenverfügung geäußerte Wille des Patienten ist grundsätzlich verbindlich, deshalb dürfen sich Ärzte nicht über die in einer Patientenverfügung enthaltenen Willensäußerungen hinwegsetzen.

Die umfangreichen Möglichkeiten der modernen Medizin und die unterschiedlichen Wertorientierungen der Patienten lassen es sinnvoll erscheinen, sich vorsorglich für den Fall des Verlustes der Einwilligungsfähigkeit zu der dann gewünschten Behandlung zu erklären. Besonders ältere Personen und Patienten mit prognostisch ungünstigen Leiden sollen ermutigt werden, die künftige medizinische Versorgung mit dem Arzt ihres Vertrauens zu besprechen und ihren Willen zum Ausdruck zu bringen.

Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen sind grundsätzlich verbindlich und können damit eine wesentliche Hilfe für das Handeln des Arztes sein. Ärzte sollten Patienten motivieren, von diesen Möglichkeiten Gebrauch zu machen. Empirische Untersuchungen haben festgestellt, dass der Wille eines Patienten insbesondere in Bezug auf die Ablehnung lebensverlängernder Maßnahmen eine hohe Konsistenz aufweist. Gleichwohl geben diese Vorausverfügungen nur für bestimmte Teilbereiche und Grenzsituationen des Lebens und des Sterbens eine dem Willen des Patienten hilfreiche Orientierung und können nicht durchgehend selbstbestimmtes Leben und Sterben absichern³. Deshalb ist der Dialog zwischen Patient und Arzt, die Beratung und Aufklärung über diese Fragen, besonders wichtig. Dabei kann die Einbeziehung von Angehörigen des Patienten hilfreich sein.

Die vorliegenden Empfehlungen sollen Ärzten, aber auch Patienten, eine grundlegende Orientierung im Umgang mit einer Vorsorgevollmacht und/oder einer Patientenverfügung geben. Sowohl der Patient als auch der Arzt können Gespräche über solche Willensbekundungen anregen. Deshalb sind Ärzte aufgerufen, sich auch mit den rechtlichen Implikationen und den veröffentlichten Mustern für solche Verfügungen auseinanderzusetzen. Die vorliegenden Empfehlungen sollen diesen Prozess unterstützen.

1. Möglichkeiten der Willensbekundung

Patienten haben das Recht, in eigenen persönlichen Angelegenheiten für den Fall der Geschäfts- und/oder Einwilligungsunfähigkeit infolge einer Krankheit oder hohen Alters vorzusorgen. Verschiedene Möglichkeiten (Vorsorgevollmacht, Patientenverfügung, Betreuungsverfügung) bieten sich an. Im Wesentlichen wird auf die Vorsorgevollmacht und die Patientenverfügung einschließlich ihrer Grenzen eingegangen.

In der ärztlichen Praxis haben sich insbesondere die Vorsorgevollmacht und eine Kombination aus Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung bewährt.

1.1. Vorsorgevollmacht

Mit der Vorsorgevollmacht wird eine Vertrauensperson für den Fall der Geschäfts- und/oder Einwilligungsunfähigkeit des Vollmachtgebers für bestimmte Bereiche, z. B. für die gesundheitlichen Angelegenheiten, bevollmächtigt. Der Bevollmächtigte wird zum Vertreter des Willens. Er verschafft dem Willen des aktuell nicht mehr einwilligungsfähigen Vollmachtgebers Ausdruck und Geltung.

Vor der Bevollmächtigung sollten die Beteiligten den Inhalt der Vorsorgevollmacht erörtern. Zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten sollte ein besonderes Vertrauensverhältnis bestehen, um einen möglichen Missbrauch zu verhindern. Die Vorsorgevollmacht sollte nicht an Bedingungen geknüpft werden.

Die Einwilligung eines Bevollmächtigten ist nur wirksam, wenn die Vollmacht schriftlich erteilt ist und die in § 1904 Abs.1 Satz 1 BGB genannten Maßnahmen ausdrücklich umfasst. Darüber hinaus bedarf die Einwilligung des Bevollmächtigten oder Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, wenn die begründete Gefahr besteht, dass

- der Betreute oder Vollmachtgeber aufgrund der Maßnahme stirbt oder
- einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet.

Ob die Einwilligung des Betreuers oder Bevollmächtigten erforderlich ist und im Einzelfall genügt oder ob auch eine gerichtliche Genehmigung vorliegen muss, hat zunächst der behandelnde Arzt zu beurteilen. Der Arzt ist in der Beurteilung jedoch nicht frei, sondern an die objektiv in § 1904 Abs.1 Satz 1 BGB geregelten Voraussetzungen gebunden. Dies führt in der Praxis zu Unsicherheiten und vorsorglichen Genehmigungsanträgen. Hält das Vormundschaftsgericht die Einwilligung eines Betreuers oder eines Bevollmächtigten in eine solche Behandlung nicht für genehmigungsbedürftig, erteilt es ein sogenanntes Negativattest. Im Übrigen kann die bestehende Rechtsunsicherheit durch eine klare Regelung in § 1904 BGB verbessert, aber nicht vollständig beseitigt werden. In Zweifels- und Konfliktfällen ist daher Betreuern, Bevollmächtigten und Ärzten zu raten, vor entsprechenden Maßnahmen um gerichtliche Genehmigung nachzusuchen bzw. diese abzuwarten. Solche Fälle liegen beispielsweise vor, wenn zwischen dem Bevollmächtigten und dem Arzt oder zwischen verschiedenen Bevollmächtigten und dem behandelnden Arzt oder zwischen den Bevollmächtigten oder zwischen mehreren behandelnden Ärzten ein Dissens über die weitere Heilbehandlung oder einzelne Maßnahmen i.S.v. § 1904 Abs.1 Satz 1 BGB besteht.

Gesetzlich darf eine Maßnahme ohne die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts durchgeführt werden, wenn mit dem Aufschieben Gefahr verbunden ist.

Vorsorgevollmachten können durch einen Notar beurkundet werden (§ 20a Beurkundungsgesetz). Die notarielle Beurkundung bietet sich an, wenn die Vorsorgevollmacht mit einer Vollmacht für andere Angelegenheiten (z.B. Vermögensvorsorge) verbunden wird. Die Bundesnotarkammer führt das

„Zentrale Vorsorgeregister«, in das Vorsorgevollmachten eingetragen werden können. In diesem Register können auch privatschriftliche Vorsorgevollmachten registriert werden. Eine Auskunft aus dem Register erhält das Vormundschaftsgericht; sie wird allerdings nicht an Ärzte oder Krankenhäuser erteilt.

Unter den in § 1901a BGB geregelten Voraussetzungen müssen sowohl die Vorsorgevollmacht als auch ein Schriftstück, in dem jemand für den Fall seiner Betreuung Vorschläge zur Auswahl des Betreuers oder Wünsche zur Wahrnehmung der Betreuung geäußert hat, unverzüglich dem Vormundschaftsgericht vorgelegt werden, damit das Gericht diese bei seiner Entscheidung berücksichtigen kann. Eine Vorsorgevollmacht geht einer gesetzlichen Betreuung grundsätzlich vor.

Eine Vorsorgevollmacht erlischt durch Widerruf seitens des Vollmachtgebers. Ein solcher Widerruf ist stets möglich. Der Widerruf bedarf keiner besonderen Form, auch ein mündlicher Widerruf ist möglich.

Eine Vorsorgevollmacht kann, wenn sie nahen Angehörigen erteilt wird, die einen engen Kontakt zum Vollmachtgeber pflegen und die über seine aktuellen Wünsche und Vorstellungen informiert sind, ein geeignetes Instrument sein, um für den Fall der eigenen Geschäfts- oder Einwilligungsunfähigkeit Vorsorge zu treffen und dem Willen Geltung zu verschaffen. Der Vollmachtgeber hat sich die Person oder die Personen, die er bevollmächtigt, selbst ausgesucht und sollte mit ihnen den Inhalt der Vollmacht, gegebenenfalls unter Hinzuziehung ärztlichen Rates, erörtern. Wird die Vorsorgevollmacht mit einer Patientenverfügung kombiniert, dürfte dafür Sorge getragen sein, dass der Bevollmächtigte in den Angelegenheiten der gesundheitlichen Vorsorge die Interessen des Vollmachtgebers gegenüber Ärzten oder Pflegepersonal wirksam vertreten kann.

1.2. Patientenverfügung

Eine Patientenverfügung ist eine individuelle, schriftliche oder mündliche, formfreie Willenserklärung eines entscheidungsfähigen Menschen zur zukünftigen Behandlung im Fall der eigenen Einwilligungsunfähigkeit. Sie sollte Angaben zu Art und Umfang der medizinischen Behandlung in bestimmten Situationen enthalten. Adressat der Verfügung ist nicht nur der behandelnde Arzt, sondern jeder (z. B. Pflegepersonal), der an der Behandlung und Betreuung teilnimmt. Der in der Patientenverfügung geäußerte Wille ist, sofern die Wirksamkeit der Erklärung gegeben ist und keine Anhaltspunkte für eine Veränderung des Willens vorliegen, zu beachten. Hilfreich kann die Benennung einer Vertrauensperson sein, mit der der Patient die Patientenverfügung besprochen hat und mit der ein Arzt die erforderlichen medizinischen Maßnahmen besprechen soll, wenn der Patient nicht mehr in der Lage ist, seinen Willen selbst zu äußern.

Patientenverfügungen sind nach geltendem Recht grundsätzlich verbindlich, soweit nicht rechtlich Verbotenes (z. B. aktive Sterbehilfe) verlangt wird.

Patientenverfügungen sind auch außerhalb der eigentlichen Sterbephase zu beachten. Um Zweifeln an der Bindungswirkung und an der Aktualität einer Patientenverfügung zu begegnen, sollten folgende Aspekte beachtet werden:

- Die Patientenverfügung beschreibt den individuellen Willen des Verfügenden. Da der verfügende Person medizinische Fachkenntnisse für die Beschreibung eines bestimmten Krankheitszustandes fehlen können, wird vor

der Erstellung der Patientenverfügung ein ärztliches Beratungsgespräch empfohlen. In dem Gespräch sollten die medizinischen Aspekte geklärt und Krankheitsbilder erörtert werden. Der Patient kann so seine eigenen Vorstellungen hinterfragen und sich mit einem Arzt beraten.

- Die Patientenverfügung sollte mit Blick auf konkrete Situationen und Maßnahmen formuliert werden. Möglicherweise kann der Arzt des Vertrauens bei der Beschreibung des Patientenwillens behilflich sein.
- Die Patientenverfügung sollte zum Zweck des Nachweises schriftlich erstellt, mit Datum versehen und von dem Verfügenden unterschrieben werden. Der Wille des Patienten kann auch in anderer Form verlässlich dokumentiert werden (z. B. Videoaufnahme).
- Die Unterschrift auf der Patientenverfügung sollte erneuert werden (teilweise wird dies in einem Abstand von zwei Jahren empfohlen), um zu dokumentieren, dass die Verfügung weiterhin dem aktuellen Willen entspricht.
- Die Patientenverfügung muss im Ernstfall auffindbar sein. Es empfiehlt sich, beispielsweise bei dem Hausarzt, eine Kopie der Verfügung zu hinterlegen, auf der vermerkt ist, bei wem sich die Originalurkunde befindet (vgl. auch nachstehende Nrn. 7 und 8).
- In der Patientenverfügung sollte zudem eine Vertrauensperson benannt werden, mit der die Patientenverfügung und der darin erklärte Wille besprochen wurde. Die benannte Vertrauensperson sollte die Verfügung ebenfalls unterschreiben. Eine Kombination von Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht ist ratsam (vgl. Nr. 1.4).
- Die Verfügung sollte Hinweise auf weitere Erklärungen in Gesundheitsangelegenheiten (z. B. Betreuungsverfügung) enthalten, soweit diese abgegeben wurden.⁸

1.3. Betreuungsverfügung

Eine Betreuungsverfügung ist eine für das Vormundschaftsgericht bestimmte Willensäußerung einer Person für den Fall der Anordnung einer Betreuung. Ein solcher Fall liegt beispielsweise vor, wenn ein Patient infolge einer Krankheit seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht mehr selbst besorgen kann und deshalb ein Betreuer bestellt werden muss.

In einer Betreuungsverfügung können Vorschläge zur Person eines Betreuers und Handlungsanweisungen für den Betreuer zur Wahrnehmung seiner Aufgaben festgelegt sein. Der Betreuer wird vom Gericht (Amtsgericht – Vormundschaftsgericht) bestellt.

Eine Betreuung kann auch für bestimmte Bereiche (z. B. Gesundheit und Vermögen) angeordnet werden, wenn der Patient nicht mehr in der Lage ist, seine Angelegenheiten selbst zu regeln und eine Vorsorgevollmacht hierfür nicht vorliegt oder nicht ausreicht.

Wer zu einer Einrichtung (z. B. Alten- und Pflegeheim), in welcher der Betreute untergebracht ist oder wohnt, in einer engen Beziehung steht (z. B. Arbeitsverhältnis), darf nicht zum Betreuer bestellt werden (§ 1897 Abs. 3 BGB).

Das Vormundschaftsgericht und der Betreuer müssen eine Betreuungsverfügung grundsätzlich beachten. Der Betreuer entscheidet im Rahmen seines Aufgabenkreises für den Betreuten; er unterliegt dem Betreuungsrecht (§§ 1896 ff. BGB) und wird vom Gericht kontrolliert. Im Rahmen einer Betreuung dürfen Maßnahmen nicht gegen den erkennbaren Willen des Betreuten/Patienten durchgeführt werden.

1.4. Bewertung

Die Vorsorgevollmacht bzw. eine Kombination aus Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung wird gegenüber einer Patientenverfügung ohne Vorsorgevollmacht präferiert.

Mit der Vorsorgevollmacht benennt der Vollmachtgeber einen Bevollmächtigten in Gesundheitsangelegenheiten. Damit hat der Arzt einen Ansprechpartner, der den Willen des Verfügenden zu vertreten hat und der bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens mitwirkt. Die Praxis hat gezeigt, dass ein grundsätzlicher Unterschied besteht, ob Menschen in gesunden Tagen und ohne die Erfahrung ernsthafter Erkrankung eine Verfügung über die Behandlung in bestimmten Situationen treffen oder ob sie in der existenziellen Betroffenheit durch eine schwere unheilbare Krankheit gefordert sind, über eine Behandlung zu entscheiden. Dies unterstreicht die grundlegende Bedeutung vertrauensvoller Gespräche zwischen Patient und Arzt, auch zwischen Patient und Angehörigem oder Bevollmächtigtem, um vorausschauend Entscheidungsoptionen zu erörtern und auf Behandlungsalternativen hinzuweisen.

Die Aufnahme in ein Krankenhaus, ein Alten- oder Pflegeheim darf nicht von dem Vorhandensein oder Nicht-Vorhandensein einer Patientenverfügung abhängig gemacht werden.

2. Wesentlicher Inhalt

In der Praxis gibt es eine Fülle von Mustern für Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen. Erwähnt werden sollen insbesondere die Formulare, die

- von den Ärztekammern (www.baek.de),
- von Justizministerien (z. B. www.bmj.bund.de, www.justiz.bayern.de) und
- von Kirchen (www.ekd.de, www.katholische-kirche.de) angeboten werden.

Ob im Einzelfall ein Formular benutzt wird und welches, sollte der Patient entscheiden, weil diese auch unterschiedliche Wertvorstellungen zum Ausdruck bringen. Ein Arzt kann auf die verschiedenen Muster von Patientenverfügungen hinweisen. Inhaltlich sind regelmäßig Aussagen zu den Situationen enthalten, für die sie gelten sollen, oder es wird auf bestimmte ärztliche Maßnahmen, die in bestimmten Situationen angezeigt sind oder unterbleiben sollen, abgestellt.

2.1. Situationen

Willensbekundungen im Sinne der vorstehenden Nr. 1 sollen Aussagen zu den Situationen enthalten, für die sie gelten sollen, zum Beispiel:

- Sterbephase,
- nicht aufhaltbare schwere Leiden,
- dauernder Verlust der Kommunikationsfähigkeit (z. B. Demenz, apallisches Syndrom, Schädelhirntrauma),
- akute Lebensgefahr,
- irreversible Bewusstlosigkeit.

2.2. Ärztliche und damit im Zusammenhang stehende Maßnahmen

Für die genannten Situationen können Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen auch Aussagen zur Einleitung, zum Umfang und zur Beendigung ärztlicher Maßnahmen enthalten, etwa

- künstliche Ernährung,
- Beatmung,
- Dialyse,
- Organersatz,
- Wiederbelebung,
- Verabreichung von Medikamenten wie z. B. Antibiotika, Psychopharmaka oder Zytostatika,
- Schmerzbehandlung,
- Art der Unterbringung und Pflege,
- andere betreuerische Maßnahmen,
- Hinzuziehung eines oder mehrerer weiterer Ärzte,
- alternative Behandlungsmaßnahmen,
- Gestaltung des Sterbeprozesses.

In jedem Fall ist die Anwendbarkeit einer Vorsorgevollmacht und/oder einer Patientenverfügung für die konkrete Situation vom Arzt zu prüfen.

2.3. Ergänzende persönliche Angaben

Um in Situationen, die in der Verfügung nicht erfasst sind, den mutmaßlichen Willen besser ermitteln zu können, empfiehlt es sich auch, Lebenseinstellungen, die religiöse Überzeugung sowie die Bewertung von Schmerzen und schweren Schäden in der verbleibenden Lebenszeit mitzuteilen.

2.4. Ärztliche Beratung und Aufklärung

Ärzte sollen mit Patienten über die Abfassung einer Vorsorgevollmacht oder einer Patientenverfügung sprechen. Dabei sollte die Initiative für ein Gespräch in der Regel dem Patienten überlassen bleiben. In bestimmten Fällen kann es die Fürsorge für den Patienten gebieten, mit ihm die Möglichkeiten antizipierter Willensäußerungen zu erörtern. Ein solcher Fall liegt beispielsweise vor, wenn bei einer bevorstehenden Behandlung oder in einem absehbaren Zeitraum der Eintritt der Entscheidungsunfähigkeit mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist und der Patient ohne Kenntnis von den Möglichkeiten der antizipierten Willensäußerung seine Sorge über den möglichen Zustand fehlender Selbstbestimmung angesprochen hat.

Äußert der Patient die Absicht, eine Vorsorgevollmacht oder eine Patientenverfügung aufzusetzen, sollte der Arzt seine Beratung für damit zusammenhängende medizinische Fragestellungen anbieten, sodass der Patient diese Sachkenntnis in seine Entscheidungsfindung einbeziehen kann. Zwar kann der Arzt dem Patienten die oftmals schwierige und als belastend empfundene Entscheidung über das Ob und Wie einer Vorsorgevollmacht oder Patientenverfügung nicht abnehmen, wohl aber Informationen für das Abwägen der Entscheidung beitragen. So kann der Arzt beispielsweise über medizinisch mögliche und indizierte Behandlungsmaßnahmen informieren, auf die mit Prognosen verbundenen Unsicherheiten aufmerksam machen und allgemein über Erfahrungen mit Patienten, die sich in vergleichbaren Situationen befunden haben, berichten. Indem der Arzt den Patienten möglichst umfassend informiert, kann er zugleich Vorsorge gegen aus ärztlicher Sicht nicht gebotene Festlegungen des Patienten treffen, etwa indem er über Missverständnisse – z. B. über die sogenannte Apparatemedin – aufklärt, Fehleinschätzungen hinsichtlich der Art und statistischen Verteilung von Krankheitsverläufen korrigiert und die Erfahrungen aus dem Umfeld des Patienten, an denen sich dieser orientiert und aus denen er möglicherweise falsche Schlüsse zieht, hinterfragt. Der Arzt darf dem Patienten nicht seine Sicht der Dinge oktroyieren. Er kann aber wesentlich dazu beitragen, die Meinungsbildung des Patienten zu verbessern und abzusichern. Er kann dem Patienten nicht nur das Für und

Wider seiner Entscheidungen vor Augen führen, sondern ihm durch die Aufklärung auch Ängste nehmen.

In dem Dialog sollte der mögliche Konflikt zwischen den in gesunden Tagen geäußerten Vorstellungen und den Wünschen in einer aktuellen Behandlungssituation thematisiert werden. Dies gilt insbesondere für Festlegungen zu bestimmten Therapien oder zur Nichtaufnahme einer Behandlung wie z. B. eine künstliche Ernährung über eine Magensonde bei einer demenziellen Störung.

Eine eingehende ärztliche Beratung vor der Abfassung einer Patientenverfügung wird für einen Patienten, der sein Selbstbestimmungsrecht vorgehend wahrnimmt, unter mehreren Aspekten von Vorteil sein.

Der Patient kann vielfach erst bei Inanspruchnahme einer ärztlichen Beratung in der Lage sein zu entscheiden, welches der zahlreichen verfügbaren und inhaltlich unterschiedlichen Formulare seinen Wünschen am ehesten entgegenkommt und welche Formulierungen geeignet sind, seine persönlichen Vorstellungen hinreichend nachvollziehbar und umsetzbar niederzulegen. Zudem wird der Patient, wenn er sich ärztlich beraten lässt, die Wirksamkeit seiner Willensbekundungen dadurch erhöhen können, dass er die Situationen, in denen Behandlungsentscheidungen voraussichtlich anfallen, und die in diesen Situationen bestehenden Handlungsoptionen sehr viel konkreter beschreiben und damit das faktische ärztliche Handeln in weit größerem Umfang festlegen kann, als es ohne Beratung der Fall wäre. Dies gilt vor allem, wenn aufgrund einer diagnostizierten Erkrankung die voraussichtlichen Entscheidungssituationen und Behandlungsoptionen relativ konkret benannt werden können.

Der Dialog zwischen Patient und Arzt kann dazu beitragen, dass der Arzt, insbesondere der Hausarzt, ein differenziertes Bild vom Willen des Patienten erhält und diesem auch Geltung verschaffen kann, wenn in einer Vollmacht oder Patientenverfügung festgehalten ist, dass und mit wem das Gespräch stattgefunden hat.

2.5. Schweigepflicht

Gegenüber dem Bevollmächtigten und dem Betreuer ist der Arzt zur Auskunft berechtigt und verpflichtet, da Vollmacht und Gesetz den Arzt von der Schweigepflicht freistellen. In der Patientenverfügung können weitere Personen benannt werden, gegenüber denen der Arzt von der Schweigepflicht entbunden wird und denen Auskunft erteilt werden soll.

3. Form

Für eine Vorsorgevollmacht empfiehlt sich die Schriftform. Wegen der Möglichkeit einer notariellen Beurkundung wird auf die Ausführungen unter Nr. 1.1 verwiesen. Eine Patientenverfügung bedarf keiner besonderen Form. Aus Beweisgründen sollte sie schriftlich abgefasst sein. Eine handschriftliche Abfassung der Patientenverfügung durch den Verfügenden (wie z. B. bei einem Testament) ist nicht notwendig. Die Benutzung eines Formulars ist möglich (vgl. Nr. 2.). Eine Patientenverfügung soll persönlich unterschrieben und mit Datum versehen sein. Rechtlich ist es weder erforderlich, die Unterschrift durch Zeugen bestätigen zu lassen, noch eine notarielle Beglaubigung der Unterschrift herbeizuführen.

Um Zweifeln zu begegnen, kann sich eine Unterschrift vor Zeugen empfehlen, die ihrerseits schriftlich die Echtheit der

Unterschrift sowie das Vorliegen der Einwilligungsfähigkeit des Verfassers bestätigen.

4. Geschäftsfähigkeit und Einwilligungsfähigkeit

Eine Vorsorgevollmacht kann nur von einer Person erteilt werden, die in vollem Umfang geschäftsfähig ist. Wird eine Vorsorgevollmacht von einem Notar beurkundet, was sich anbietet, wenn die Vorsorgevollmacht nicht nur gesundheitliche Angelegenheiten, sondern auch andere Bereiche (z. B. Vermögensvorsorge) umfasst, sind Zweifel an der Geschäftsfähigkeit so gut wie ausgeschlossen, weil der Notar hierzu Feststellungen in der Urkunde treffen muss.

Patientenverfügungen sind nur wirksam, wenn der Patient zur Zeit der Abfassung einwilligungsfähig war. Sofern keine gegenteiligen Anhaltspunkte vorliegen, kann der Arzt von der Einwilligungsfähigkeit des volljährigen Patienten ausgehen. Die Einwilligungsfähigkeit liegt vor, wenn die Einsichts- und Urteilsfähigkeit einer Person nicht durch Krankheit und/oder Behinderung beeinträchtigt ist, sondern die Person ihr Selbstbestimmungsrecht in Gesundheitsangelegenheiten eigenverantwortlich ausüben kann.

Diese Einwilligungsfähigkeit ist gegeben, wenn der Patient um Art und Schwere einer möglichen Erkrankung oder Behinderung weiß sowie Wesen, Bedeutung und Tragweite der Verfügung zu beurteilen vermag. Dies ist keine Frage des Alters; einwilligungsfähig können auch Minderjährige sein. Es kann auch aus diesem Grund angezeigt sein, dass Arzt und Patient eine Patientenverfügung durchsprechen und der Arzt die Einwilligungsfähigkeit des Patienten bestätigt.

5. Ärztliche Dokumentation

Ärzte haben über die in Ausübung ihres Berufs gemachten Feststellungen und getroffenen Maßnahmen die erforderlichen Aufzeichnungen zu machen. Diese sind nicht nur Gedächtnisstützen für den Arzt, sie dienen auch dem Interesse des Patienten an einer ordnungsgemäßen Dokumentation (vgl. § 10 Abs. 1 (Muster-)Berufsordnung).

Die Pflicht zur Dokumentation gilt auch für Gespräche des Arztes mit dem Patienten über eine Vorsorgevollmacht oder eine Patientenverfügung. Es kann hilfreich sein, eine Kopie einer solchen Verfügung zur ärztlichen Dokumentation zu nehmen. Damit ist der Arzt in der Lage, bei wesentlichen Veränderungen des Gesundheitszustandes des Patienten eine Konkretisierung oder eine Aktualisierung anzuregen. Zudem steht er anderen Ärzten als Gesprächspartner zur Verfügung, wenn es gilt, den mutmaßlichen Willen des Patienten festzustellen und umzusetzen.

6. Aufbewahrung

Für Betreuungsverfügungen, auch in Kombination mit einer Vorsorgevollmacht, besteht in einigen Bundesländern die Möglichkeit, diese bei dem zuständigen Vormundschaftsgericht zu hinterlegen. Patienten sollten durch den Dialog mit dem behandelnden Arzt und mit ihren Angehörigen dafür Sorge tragen, dass diese Personen um die Existenz einer Vorsorgevollmacht oder einer Patientenverfügung wissen, einschließlich des Ortes, an dem sie hinterlegt oder aufbewahrt werden.

Von einem Notar beurkundete oder beglaubigte Vorsorgevollmachten werden an ein elektronisches Zentralregister der

Bundesnotarkammer gemeldet. Seit dem 1. März 2005 können auch Patienten ihre Vorsorgevollmacht in einem zentralen Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer speichern lassen. Formularvordrucke für die Eintragung sind unter www.zvr-online.de abrufbar.

7. Wirksamkeit einer Vorsorgevollmacht

Eine Vorsorgevollmacht ist grundsätzlich wirksam. Sollten Zweifel an der Wirksamkeit einer Vollmacht bestehen, weil die Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers fragwürdig ist, kann bei dem zuständigen Vormundschaftsgericht ein Verfahren zur Betreuerbestellung eingeleitet werden. In diesen Fällen erweist es sich als hilfreich, wenn der Bevollmächtigte vom Vollmachtgeber in einer Betreuungsverfügung gleichzeitig als Betreuer vorgeschlagen wurde.

Das Vormundschaftsgericht wird dann zu entscheiden haben, ob und welcher Betreuer bestellt wird oder ob mit einem sogenannten Negativattest bestätigt wird, dass die Vollmacht wirksam ist und einer Betreuerbestellung gem. § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB vorgeht.

8. Verbindlichkeit einer Patientenverfügung

Der in einer Patientenverfügung geäußerte Wille des Patienten ist grundsätzlich verbindlich; deshalb dürfen sich Ärzte nicht über die in einer Patientenverfügung enthaltenen Willensäußerungen eines Patienten hinwegsetzen.

Gleichwohl können Situationen eintreten, die nicht konkret beschrieben sind oder sich nicht voraussagen ließen. Zudem kommt die Patientenverfügung zu einem Zeitpunkt zur Anwendung, wenn die Kommunikation zwischen Arzt und Patient nicht mehr oder nur eingeschränkt möglich ist. Fehlinterpretationen von Patientenverfügungen lassen sich reduzieren, wenn eine bevollmächtigte Vertrauensperson als Ansprechpartner für den Arzt oder für das Pflegepersonal zur Verfügung steht. Denn im weiteren Krankheitsverlauf kann eine Auseinandersetzung mit den zur Verfügung stehenden Behandlungsalternativen erforderlich sein, und es können Bedenken hinzutreten, ob der antizipierte und der aktuelle Wille des Patienten noch identisch sind. Solche Zweifel führen nicht zur Unbeachtlichkeit der gesamten Patientenverfügung, sondern sie bleibt insoweit verbindlich, wie sich daraus bestimmte Wertorientierungen des Patienten und der mutmaßliche Wille erkennen lassen, die für die Behandlung und den Umgang zu beachten sind. Darüber hinaus können konkrete Anhaltspunkte und Willensäußerungen in der Patientenverfügung enthalten sein, die sich auf die spezifische Behandlungssituation beziehen und beachtlich sind oder die auf die vorliegende Situation übertragbar sind und insofern den mutmaßlichen Willen des Patienten widerspiegeln.

Den mutmaßlichen Willen des Patienten zu erforschen, bedeutet, nach bestem Wissen und Gewissen zu beurteilen, was der Patient für sich selbst in der Situation entscheiden würde, wenn er es könnte. Eine solche Beurteilung kann im Einzelfall gerade bei sehr schlechten und infausten Prognosen schwierig sein. Der in einer Vorsorgevollmacht oder Patientenverfügung niedergelegte Wille kann eine entscheidende Hilfe sein.

Auch insoweit wird auf die entsprechenden Ausführungen in den Grundsätzen zur ärztlichen Sterbebegleitung⁹ Bezug genommen.

In der Praxis können sich Konflikte ergeben, wenn das aktuelle Verhalten des nicht selbstbestimmungsfähigen Patienten Anhaltspunkte dafür zeigt, dass er unter den gegebenen Umständen den zuvor schriftlich geäußerten Willen nicht (mehr) gelten lassen würde.

Um auf der einen Seite das Rechtsinstitut der Patientenverfügung nicht ins Leere laufen zu lassen und um andererseits dem Respekt vor aktuellen Willensänderungen des Patienten gerecht zu werden, liegt in solchen Konfliktfällen eine prozedurale Lösung nahe. Eine solche Lösung verhindert, dass die Ausführung einer Patientenverfügung zu einem Automatismus ohne Ansehung der Situation des konkret betroffenen Patienten wird. Zugleich ist es die Zuwiderhandlung gegen eine Patientenverfügung, die hinreichend begründet werden muss. Es muss verdeutlicht werden, dass der vorausverfügte Wille in der konkreten Situation keine Gültigkeit mehr beanspruchen kann. Die Form der Prozeduralisierung sollte diesen beiden Intentionen Rechnung tragen. Entsprechend sollten neben den Auffassungen der Bevollmächtigten oder Betreuer die Einschätzung des Falles durch Angehörige, Ärzte und Pflegende berücksichtigt werden. Dabei kann die Einschaltung eines eventuell vorhandenen klinischen Ethikkomitees angezeigt sein.¹⁰ Das Vormundschaftsgericht sollte nur dann angerufen werden, wenn die genannten Personen zu keinem einheitlichen Votum gelangen.

In Notfallsituationen, in denen der Wille des Patienten nicht bekannt ist und auch für die Ermittlung des mutmaßlichen Willens keine Zeit bleibt, ist die medizinisch indizierte Behandlung einzuleiten, die im Zweifel auf die Erhaltung des Lebens gerichtet ist. Im weiteren Verlauf gelten die oben dargelegten allgemeinen Grundsätze.

Weder die Autonomie noch die Gewissensfreiheit des Arztes berechtigen zu Eingriffen in die körperliche Integrität des Patienten oder deren Fortsetzung, die von dessen erklärter oder mutmaßlicher Einwilligung nicht oder nicht mehr getragen werden.

Ein Arzt kann aber nicht zu einer seinem Gewissen widersprechenden Behandlung oder zu bestimmten Maßnahmen gezwungen werden

Sehr hilfreich kann es sein, das Ziel ärztlichen und pflegerischen Handelns jeweils zu überprüfen. Der Arzt hat zu hinterfragen, ob im konkreten Fall noch eine medizinische Indikation für eine bestimmte Therapie vorliegt. Wenn eine Behandlung nicht medizinisch indiziert ist, stellt sich die Frage nicht, ob der Patient mit dem Abbruch einverstanden wäre. An die Stelle von Lebensverlängerung und Lebenserhaltung treten dann palliativ-medizinische Versorgung und pflegerische Maßnahmen.

IV.6. DIRECCIONES WEB

Akademie für Ethik und Medizin

<http://www.aem-online.de/>

Bayerisches Staatsministerium für Justiz

Internet: www.justiz.bayern.de

Bioethik Kommission des Landes Rheinland Pfalz

<http://www.justiz.rlp.de/justiz/nav/634/634b8204-d698-11d4-a73d-0050045687ab,00000000-0000-0000-0000-000000000000,,fff70331-6c7f-90f5-bdf3-a1bb63b81ce4.htm>

Bundesministerium der Justiz

Internet: www.bmj.bund.de

http://www.bmj.bund.de/enid/2dc1a2e5cc166c61993088e0f4360eed,0/Familienrecht/Patientenautonomie_ox.html

Deutsche Bundesärztekammer

www.bundesaerztekammer.de

Deutsche Ethikrat

http://www.ethikrat.org/presse/pressemitteilungen_2005.html

<http://www.ethikrat.org/>

Deutsche Gesellschaft für Palliativmedizin

www.dgpalliativmedizin.de

Deutsches Institut für Palliative Care (DifPC)

Das Deutsche Institut für Palliative Care (DifPC) ist eine Informations-, Beratungs- und Forschungsplattform für Fachleute und Laien, die die Situation sterbender und trauernder Menschen verbessern wollen.

Enquete Kommission «Ethik und Recht der modernen Medizin»

<http://www.google.es/search?hl=es&sa=X&oi=spell&resnum=0&ct=result&cd=1&q=enquete+kommission+ethik+und+recht+der+moderne+medizin&spell=1>

Humanistischer Verband Deutschland

Internet: www.patientenverfuegung.de

Medizinethik

<http://www.medizinethik.de/patientenautonomie.htm>

Deutsches Palliativ Portal

www.palliativ-portal.de

Sterbehilfe-debatte

http://www.sterbehilfe-debatte.de/sterbehilfe_dokumente-patientenverfuegung.html