

Gesetzentwurf

der Abgeordneten Wolfgang Bosbach, René Röspel, Katrin Göring-Eckardt, Dr. Harald Terpe, Josef Winkler, Otto Fricke, Gerda Hasselfeldt, Dr. h.c. Wolfgang Thierse, Volker Kauder, Renate Künast, Volker Beck, Ernst-Reinhard Beck, Thomas Bareiß, Norbert Barthle, Cornelia Behm, Veronika Bellmann, Antje Blumenthal, Dr. Maria Böhmer, Klaus Brähmig, Helmut Brandt, Willi Brase, Dr. Ralf Brauksiepe, Georg Brunnhuber, Marco Bülow, Cajus Caesar, Leo Dautzenberg, Hubert Deitert, Thomas Dörflinger, Marie-Luise Dött, Maria Eichhorn, Dr. Maria Flachsbarth, Klaus-Peter Flosbach, Hans-Joachim Fuchtel, Dr. Jürgen Gehb, Norbert Geis, Ralf Göbel, Josef Göppel, Ute Granold, Reinhard Grindel, Hermann Gröhe, Markus Grübel, Monika Grütters, Britta Haßelmann, Winfried Hermann, Peter Hettlich, Ernst Hinsken, Christian Hirte, Ulrike Höfken, Joachim Hörster, Anette Hübinger, Susanne Jaffke-Witt, Dr. Franz Josef Jung, Hans-Werner Kammer, Bernhard Kaster, Siegfried Kauder, Julia Klöckner, Jens Koeppen, Manfred Kolbe, Ernst Kranz, Karin Kortmann, Hartmut Koschyk, Dr. Günter Krings, Helga Lopez, Dr. Michael Luther, Hilde Mattheis, Lothar Mark, Stephan Mayer, Dr. Michael Meister, Stefan Müller, Eduard Oswald, Daniela Raab, Thomas Rachel, Peter Rauen, Klaus Riegert, Dr. Heinz Riesenhuber, Kurt Rossmanith, Christian Ruck, Christine Scheel, Dr. Gerhard Schick, Georg Schirmbeck, Andreas Schmidt (Mülheim), Dr. Andreas Schockenhoff, Bernhard Schulte-Drüggelte, Wilhelm Josef Sebastian, Johannes Singhammer, Wolfgang Spanier, Erika Steinbach, Thomas Strobl, Lena Strothmann, Michael Stübgen, Arnold Vaatz, Gerhard Wächter, Marco Wanderwitz, Gerald Weiß, Peter Weiß, Annette Widmann-Mauz, Elisabeth Winkelmeier-Becker, Karl-Georg Wellmann, Waltraud Wolff

Entwurf eines Gesetzes zur Verankerung der Patientenverfügung im Betreuungsrecht (Patientenverfügungsgesetz - PatVerfG)

A. Problem

Während bei entscheidungsfähigen Patienten für jede medizinische Maßnahme die Einwilligung des Patienten erforderlich ist, kann ein entscheidungsunfähiger Patient nicht mehr selber einwilligen. Die Rechtsordnung behilft sich mit der Feststellung seines mutmaßlichen Willens und der Bestellung eines Betreuers, wenn der Betroffene nicht in einer Vorsorgevollmacht selber einen Bevollmächtigten bestellt hat. Daneben hat sich in der Praxis das Instrument der Patientenverfügung etabliert, in der im Voraus Entscheidungen für den Fall der eigenen Entscheidungsunfähigkeit getroffen werden können.

Die Rechtsprechung akzeptiert die Patientenverfügung als Ausdruck des fortwirkenden Selbstbestimmungsrechts des Patienten. In einer grundlegenden Entscheidung aus dem Jahr 2003 (BGH Z 154, 205) hat der Bundesgerichtshof die Verbindlichkeit und Grenzen der Patientenverfügung näher bestimmt, zugleich aber eine gesetzliche Regelung ausdrücklich als wünschenswert bezeichnet. In der Praxis bestehen nach wie vor erhebliche Unsicherheiten und Zweifel bezüglich der gegenwärtigen Rechtslage.

Ziel des Entwurfs ist eine Klarstellung der Rechtslage und die Schaffung von Verhaltenssicherheit für alle Beteiligten. Das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen soll

auch im Fall des Verlusts der Einwilligungsfähigkeit respektiert und gestärkt werden. Zugleich müssen Lebensschutz, ärztliche Fürsorge und Patientenwohl gewahrt werden. Einer freiverantwortlichen Entscheidung des Betroffenen über seine medizinische Behandlung ist Geltung zu verschaffen, auch wenn sie gegen lebensverlängernde Maßnahmen gerichtet ist. Gegen Missbrauchs- und Irrtumsgefahren ist Vorsorge zu treffen. Die Grenze zu aktiver Sterbehilfe und strafbarer Tötung auf Verlangen darf nicht verwischt werden.

B. Lösung

Der Entwurf regelt die Vorsorgevollmacht, die Betreuungsverfügung und die Patientenverfügung im Betreuungsrecht des BGB und ergänzt zudem die verfahrensrechtlichen Regelungen im Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG):

- Mit dem in § 1901a Abs. 1 neu geregelten Instrument der Vorsorgevollmacht kann für den Fall einer späterer Betreuungsbedürftigkeit im Vorhinein vom Betroffenen selbst ein Bevollmächtigter bestellt werden; die Bestellung eines Betreuers durch das Vormundschaftsgericht ist dann i.d.R. nicht erforderlich (§ 1896 Abs. 2 S. 2).

In einer Betreuungsverfügung können Vorschläge zur Auswahl des Betreuers und Wünsche zur Wahrnehmung der Betreuung geäußert werden (§ 1901a Abs. 2 neu).

- Daneben wird die Patientenverfügung erstmals im Gesetz verankert (§ 1901 b neu).

In einer Patientenverfügung schriftlich geäußerte Wünsche und Entscheidungen über medizinische Maßnahmen gelten nach Verlust der Einwilligungsfähigkeit fort. Sie sind für Bevollmächtigte und Betreuer verbindlich und grundsätzlich umzusetzen.

- Die in einer Patientenverfügung getroffenen Verfügungen bleiben widerrufbar; niemand kann gegen seinen Willen an einer früheren Verfügung festgehalten werden.

Außerdem kann auch niemand zu einer Patientenverfügung verpflichtet werden. Ein Vertrag darf nicht von der Errichtung oder Vorlage einer Patientenverfügung abhängig gemacht werden (zivilrechtliches Koppelungsverbot).

- In einer Patientenverfügung mit ärztlicher Beratung kann der Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung (ohne Begrenzung der Reichweite) verbindlich angeordnet werden, wenn eine umfassende ärztliche und rechtliche Aufklärung vorausgegangen, dokumentiert und mit der Patientenverfügung vom Notar beurkundet ist und diese nicht älter als fünf Jahre ist oder mit neuer ärztlicher Beratung bestätigt wurde.

- Soweit in einer Patientenverfügung ohne Beratung der Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung angeordnet ist, ist das für Arzt und Betreuer verbindlich, wenn eine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit oder eine Situation vorliegt, in der der Patient mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit trotz Ausschöpfung aller medizinischen Möglichkeiten das Bewusstsein niemals wiedererlangen wird (z.B. langfristig stabiles Wachkoma). Bei *heilbaren* Erkrankungen zwingt eine ohne ärztliche Beratung erstellte Patientenverfügung den Arzt also nicht, entgegen dem Patientenwohl eine Rettung abzubereiten. Andere Inhalte als ein Behandlungsabbruch sind auch in der einfachen Patientenverfügung ohne Reichweitenbegrenzung verbindlich.

- Ohne Patientenverfügung kann eine lebenserhaltende Behandlung nur beendet werden, wenn eine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit vorliegt und es dem mutmaßlichen Willen des Betroffenen entspricht. Anhaltspunkte dafür sind frühere mündliche und schriftliche Äußerungen, seine religiösen Überzeugungen, persönliche Wertvorstellungen und Einstellungen zum Sterben und verbleibender Lebenszeit sowie unvermeidbare und für den Betroffenen unerträgliche Schmerzen.
- Wenn eine lebenserhaltende Behandlung bei einem nicht einwilligungsfähigen Patienten beendet werden soll, ist nach dem Entwurf von Betreuer und Arzt unter Beteiligung der Pflegepersonen, nächsten Angehörigen und vom Betroffenen benannten nahestehenden Personen in einem beratenden Konsil zu klären, ob dies tatsächlich dem Willen des Betroffenen entspricht und alle Voraussetzungen vorliegen.
- Wenn nach Beratung im Konsil zwischen Arzt und Betreuer ein Dissens über das Vorliegen aller Voraussetzungen besteht, entscheidet das Vormundschaftsgericht. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist immer erforderlich, wenn eine lebenserhaltende Behandlung ohne Vorliegen einer unheilbaren, tödlich verlaufenden Krankheit oder aufgrund des mutmaßlichen Willens abgebrochen werden soll.
- Wünsche und Entscheidungen in jeder Art der Patientenverfügung sind nicht verbindlich, wenn sie erkennbar in Unkenntnis der Möglichkeiten medizinischer Behandlung oder späterer medizinischer Entwicklungen abgegeben wurden, bei deren Kenntnis der Betroffene vermutlich eine andere Entscheidung getroffen hätte.
- Jede Patientenverfügung ist an die Grenzen des rechtlich Zulässigen gebunden: Inhalte einer Patientenverfügung, die gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßen, sind nichtig. Aktive Sterbehilfe bleibt verboten. Der Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung (passive Sterbehilfe) ist nur unter Beachtung der gesetzlich definierten Grenzen möglich. Eine Basisversorgung kann nicht ausgeschlossen werden.

C. Alternativen

Ohne gesetzliche Regelung würde die von der Rechtsprechung des BGH geprägte Rechtslage mit den in der Praxis aufgetretenen Rechtsunsicherheiten fortbestehen.

Eine gesetzliche Regelung, die Patientenverfügungen ohne Beratung oder Reichweitenbegrenzung für verbindlich erklärte, würde zu einer Verabsolutierung des Selbstbestimmungsgedankens unter Vernachlässigung der Schutzpflicht für das Leben führen.

D. Kosten

Zusätzliche Kosten für die öffentlichen Kassen von Bund und Ländern werden durch den Entwurf nicht verursacht. Die gesetzlichen Regelungen zur Bestellung eines Verfahrenspflegers und zur vormundschaftlichen Genehmigung von Entscheidungen des Betreuers entsprechen der von der Rechtsprechung geprägten gegenwärtigen Rechtslage.

**Entwurf eines Gesetzes
zur Verankerung der Patientenverfügung im Betreuungsrecht
(Patientenverfügungsgesetz - PatVerfG)**

vom....

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

**Artikel 1
Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs**

Das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom ... (BGBl. ...), zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. In der Inhaltsübersicht wird

a) die Angabe zu § 1901 a wie folgt geändert:

„§1901 a Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung“

b) nach der Angabe zu § 1901 a folgende Angabe eingefügt:

„§ 1901 b Patientenverfügung“

c) nach der Angabe zu § 1904 folgende Angabe eingefügt:

„§ 1904 a Voraussetzungen der Genehmigung eines Behandlungsverzichts“.

2. Nach § 1896 Abs. 2 Satz 1 wird folgender Satz 2 eingefügt:

„Das Vorliegen einer Patientenverfügung schließt die Erforderlichkeit der Betreuerbestellung nicht aus.“

3. § 1901 a wird wie folgt gefasst:

„§1901 a Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung

(1) Eine geschäftsfähige volljährige Person kann für den Fall, dass sie auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder

seelischen Behinderung ganz oder teilweise ihre Angelegenheiten nicht selbst besorgen kann, einen Bevollmächtigten bestellen (Vorsorgevollmacht).

Wer ein Schriftstück mit einer Vorsorgevollmacht besitzt, hat das Vormundschaftsgericht unverzüglich zu unterrichten, nachdem er von der Einleitung eines Verfahrens zur Bestellung eines Betreuers Kenntnis erlangt hat.

Das Vormundschaftsgericht kann die Vorlage einer Abschrift verlangen.

(2) Eine volljährige Person kann für den Fall ihrer Betreuung Vorschläge zur Auswahl des Betreuers oder Wünsche zur Wahrnehmung der Betreuung äußern (Betreuungsverfügung).

Wer ein Schriftstück mit einer Betreuungsverfügung besitzt, hat dieses unverzüglich an das Vormundschaftsgericht abzuliefern, nachdem er von der Einleitung eines Verfahrens über die Bestellung eines Betreuers Kenntnis erlangt hat.

4. Nach § 1901 a wird folgender § 1901 b eingefügt:

„§ 1901 b Patientenverfügung

(1) Wünsche zur Behandlung und Entscheidungen über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in bestimmte oder bestimmbare medizinische Maßnahmen, die eine einwilligungsfähige Person in schriftlicher Form für den Fall ihrer Einwilligungsunfähigkeit geäußert hat (Patientenverfügung), gelten nach Verlust der Einwilligungsfähigkeit fort. Der Betreuer hat ihnen Geltung zu verschaffen, wenn sie auf die eingetretene Situation zutreffen, es sei denn, dass der Betreute sie widerrufen hat oder an ihnen erkennbar nicht festhalten will.

(2) Wünschen oder Entscheidungen einer Patientenverfügung, die auf den Abbruch oder die Nichtvornahme lebenserhaltender medizinischer Maßnahmen gerichtet sind, hat der Betreuer Geltung zu verschaffen, wenn

1. der Errichtung eine ärztliche Aufklärung über die Möglichkeiten medizinischer Behandlung und die Folgen eines Abbruchs oder der Nichtvornahme der medizinischen Maßnahme, die das eingetretene Krankheitsbild umfasste, zeitnah vorausgegangen ist,

2. sie nach Belehrung über die rechtlichen Wirkungen und Widerrufsmöglichkeiten zur Niederschrift vor einem Notar errichtet wurde, und die Beurkundung nicht länger als fünf Jahre zurückliegt

3. und darin auf eine von dem Arzt gefertigte Dokumentation über die Aufklärung verwiesen wird, die der Patientenverfügung beigelegt ist.

Dasselbe gilt, wenn der Betreute eine solche Patientenverfügung gemäß Satz 1 Nr. 1 und 3 schriftlich bestätigt hat und die Bestätigung nicht länger als fünf Jahre zurückliegt oder wenn er sie nicht mehr bestätigen kann, weil er nachträglich die Einwilligungsfähigkeit verloren hat.

- (3) Erfüllt eine Patientenverfügung die Voraussetzungen des Absatzes 2 nicht, so hat der Betreuer darin enthaltenen Wünschen oder Entscheidungen, die auf den Abbruch oder die Nichtvornahme lebenserhaltender medizinischer Maßnahmen gerichtet sind, Geltung zu verschaffen,
1. wenn nach ärztlicher Überzeugung eine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit vorliegt oder
 2. wenn der Betreute ohne Bewusstsein ist, nach ärztlicher Überzeugung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit trotz Ausschöpfung aller medizinischen Möglichkeiten das Bewusstsein niemals wiedererlangen wird und eine Behandlung für diesen Zustand ausdrücklich untersagt hat.
- (4) Wünsche und Entscheidungen einer Patientenverfügung sind nicht verbindlich, wenn sie erkennbar in Unkenntnis der Möglichkeiten medizinischer Behandlung oder späterer medizinischer Entwicklungen abgegeben wurden und anzunehmen ist, dass der Betroffene bei deren Kenntnis eine andere Entscheidung getroffen hätte. Wünsche und Entscheidungen einer Patientenverfügung, die auf eine unerlaubte Handlung gerichtet sind oder gegen die guten Sitten verstoßen, sind nichtig; Maßnahmen der Basisversorgung können nicht ausgeschlossen werden.
- (5) Niemand kann zur Errichtung einer Patientenverfügung verpflichtet werden. Die Errichtung oder Vorlage einer Patientenverfügung darf nicht zur Voraussetzung eines Vertragsschlusses gemacht werden.
- (6) Die Absätze 1 bis 4 gelten auch für Bevollmächtigte gemäß § 1901 a Abs. 1. § 1904 Abs. 5 Satz 2 gilt entsprechend.“
5. § 1904 wird wie folgt gefasst:

„§ 1904 Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bei ärztlichen Maßnahmen

- (1) Die Einwilligung des Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, 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 durch den Betreuer in eine lebenserhaltende medizinische Maßnahme bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.
- (3) Eine Genehmigung nach Absatz 2 ist nicht erforderlich, wenn nach ärztlicher Überzeugung eine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit vorliegt und nach Beratung zwischen Betreuer und behandelndem Arzt Einvernehmen darüber besteht, dass die Nichterteilung oder der Widerruf der Einwilligung den in einer Patientenverfügung geäußerten Wünschen oder Entscheidungen des Betreuten entspricht.
- (4) Bei der Beratung von Betreuer und behandelndem Arzt über die Nichteinwilligung oder den Widerruf der Einwilligung in lebenserhaltende medizinische Maßnahmen ist in der Regel den Pflegepersonen sowie dem Ehegatten, Lebenspartner, Eltern, Pflegeeltern und Kindern sowie vom Betreuten schriftlich benannten nahestehenden Personen Gelegenheit zur Äußerung zu geben, sofern dies ohne erhebliche Verzögerung möglich ist (beratendes Konsil).
- (5) Die Absätze 1 bis 4 gelten auch für die Einwilligung, die Nichteinwilligung oder den Widerruf der Einwilligung durch einen Bevollmächtigten. Diese sind nur wirksam, wenn die Vollmacht schriftlich erteilt ist und die in Absatz 1 Satz 1 oder Absatz 2 genannten Maßnahmen ausdrücklich umfasst.“

6. Nach § 1904 wird folgender § 1904 a eingefügt:

„§ 1904 a Voraussetzungen der Genehmigung eines Behandlungsverzichts

- (2) Das Vormundschaftsgericht erteilt die Genehmigung nach § 1904 Abs. 2, wenn die Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung in eine lebenserhaltende ärztliche Maßnahme den Wünschen oder Entscheidungen einer Patientenverfügung entspricht, die die Voraussetzungen des § 1901 b Abs. 2 erfüllt.
- (3) Das Vormundschaftsgericht erteilt die Genehmigung nach § 1904 Abs. 2, wenn nach ärztlicher Überzeugung eine unheilbare, tödlich verlaufende

Krankheit vorliegt und die Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung in die lebenserhaltende ärztliche Maßnahme

1. den in einer Patientenverfügung geäußerten Entscheidungen oder Wünschen des Betreuten entspricht oder
 2. soweit eine Patientenverfügung nicht vorliegt, dem mutmaßlichen Willen des Betreuten entspricht. Anhaltspunkte für die Ermittlung des mutmaßlichen Willens sind frühere mündliche und schriftliche Äußerungen des Betreuten, seine religiösen Überzeugungen, persönlichen Wertvorstellungen und Einstellungen zu Sterben und verbleibender Lebenszeit sowie unvermeidbare und für den Betroffenen unerträgliche Schmerzen.
- (4) Das Vormundschaftsgericht erteilt die Genehmigung nach § 1904 Abs. 2, wenn die Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung in eine lebenserhaltende ärztliche Maßnahme den für diesen Fall in einer Patientenverfügung geäußerten Wünschen oder Entscheidungen des Betreuten entspricht, der Betreute ohne Bewusstsein ist und nach ärztlicher Überzeugung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit trotz Ausschöpfung aller medizinischen Möglichkeiten das Bewusstsein niemals wieder erlangen wird.

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 Artikel 5 2. BtÄndG vom 21. April 2005 (BGBl. I S. 1073), 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 der Nichteinwilligung oder des Widerrufs der Einwilligung in eine lebenserhaltende ärztliche Behandlung (§ 1904 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) oder die Genehmigung einer Einwilligung des Betreuers in eine Sterilisation (§ 1905 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) ist.“

2. In § 69 a wird nach Absatz 3 folgender Absatz 3 a eingefügt:

„Die Genehmigung der Nichteinwilligung oder des Widerrufs der Einwilligung in eine lebenserhaltende ärztliche Behandlung (§ 1904 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) wird erst zwei Wochen nach Bekanntmachung an den Betreuer oder den Bevollmächtigten sowie an den Verfahrenspfleger oder im Falle des § 67 Abs. 1 Satz 7 an den Verfahrensbevollmächtigten wirksam.“

3. § 69 d wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 Satz 2 werden nach dem Wort „1904“ die Wörter „Abs. 1“ eingefügt.

b) Nach Absatz 2 wird folgender Absatz 2 a eingefügt:

„Für die Entscheidung nach § 1904 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gelten § 68 Abs. 1 Satz 1 und § 68 a Satz 3 und 4 entsprechend. Verfahrenshandlungen durch den ersuchten Richter sind ausgeschlossen. Vor der Entscheidung hat das Gericht das Gutachten eines Sachverständigen einzuholen. Der Sachverständige hat den Betroffenen vor der Erstattung des Gutachtens persönlich zu untersuchen. Sachverständiger und behandelnder Arzt dürfen nicht personengleich sein.“

4. In § 69 g wird nach Absatz 1 folgender Absatz 1 a eingefügt:

„Absatz 1 Satz 1 gilt für die Beschwerde gegen die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts nach § 1904 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend; der Behörde steht die Beschwerde nicht zu. Die Beschwerde hat aufschiebende Wirkung.“

Artikel 3

Änderung des Fünften Buches Sozialgesetzbuch (SGB V)

Das Fünfte Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Krankenversicherung (SGB V) vom 20. Dezember 1988 (BGBl. I S. 2477) zuletzt geändert durch Art. 6 Pflege-Weiterentwicklungsg vom 28. April 2008 (BGBl. I S. 874), wird wie folgt geändert:

1. In der Inhaltsübersicht wird nach der Angabe zu § 24 b eingefügt:

„§ 24 c Beratung zur Patientenverfügung“

2. Die Überschrift des 3. Abschnitts wird wie folgt gefasst:

„Dritter Abschnitt

Leistungen zur Verhütung von Krankheiten, betriebliche Gesundheitsförderung und Prävention arbeitsbedingter Gesundheitsgefahren, Förderung der Selbsthilfe, Beratung zur Patientenverfügung“

3. Nach § 24 b wird folgender § 24 c eingefügt:

„§ 24 c Beratung zur Patientenverfügung

Versicherte haben zur Erstellung einer Patientenverfügung Anspruch auf eine ärztliche Beratung über Krankheitsbilder, Möglichkeiten ihrer medizinischen Behandlung und Folgen des Abbruchs oder der Nichtvornahme von Behandlungsmaßnahmen. Zu der Beratung gehört die Dokumentation des Beratungsumfangs und -ergebnisses durch den Arzt.

Artikel 4 Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am ... (Tag nach der Verkündung) in Kraft.

**Wolfgang Bosbach
René Röspel
Katrin Göring-Eckardt
Dr. Harald Terpe
Josef Winkler
Otto Fricke
Gerda Hasselfeldt
Dr. h.c. Wolfgang Thierse
Volker Kauder
Renate Künast
Volker Beck
Ernst-Reinhard Beck
Thomas Bareiß
Norbert Barthle
Cornelia Behm
Veronika Bellmann
Antje Blumenthal
Dr. Maria Böhmer
Klaus Brähmig
Helmut Brandt
Willi Brase
Dr. Ralf Brauksiepe
Georg Brunnhuber
Marco Bülow
Cajus Caesar
Leo Dautzenberg
Hubert Deitert
Thomas Dörflinger
Marie-Luise Dött
Maria Eichhorn
Dr. Maria Flachsbarth
Klaus-Peter Flosbach**

**Susanne Jaffke-Witt
Dr. Franz Josef Jung
Hans-Werner Kammer
Bernhard Kaster
Siegfried Kauder
Julia Klöckner
Jens Koeppen
Manfred Kolbe
Ernst Kranz
Karin Kortmann
Hartmut Koschyk
Dr. Günter Krings
Helga Lopez
Dr. Michael Luther
Hilde Mattheis
Lothar Mark
Stephan Mayer
Dr. Michael Meister
Stefan Müller
Eduard Oswald
Daniela Raab
Thomas Rachel
Peter Rauen
Klaus Riegert
Dr. Heinz Riesenhuber
Kurt J. Rossmanith
Christian Ruck
Christine Scheel
Dr. Gerhard Schick
Georg Schirmbeck
Andreas Schmidt (Mülheim)
Dr. Andreas Schockenhoff**

Hans-Joachim Fuchtel
Dr. Jürgen Gehb
Norbert Geis
Ralf Göbel
Josef Göppel
Ute Granold
Reinhard Grindel
Hermann Gröhe
Markus Grübel
Monika Grütters
Britta Haßelmann
Winfried Herrmann
Peter Hettlich
Ernst Hinsken
Christian Hirte
Ulrike Höfken
Joachim Hörster
Anette Hübinger

Bernhard Schulte-Drüggelte
Wilhelm Josef Sebastian
Johannes Singhammer
Wolfgang Spanier
Erika Steinbach
Thomas Strobl
Lena Strothmann
Michael Stübgen
Arnold Vaatz
Gerhard Wächter
Marco Wanderwitz
Gerald Weiß
Peter Weiß
Annette Widmann-Mauz
Elisabeth Winkelmeier-Becker
Karl-Georg Wellmann
Waltraud Wolff

elektronische Vorabfassung*

Begründung

A. Allgemeines

I. Problem und Ausgangslage

1. Sterben in einer menschlichen Gesellschaft

Durch den Fortschritt der Medizin und Technik haben sich die Möglichkeiten zur Lebenserhaltung und -verlängerung auch bei schwersten Krankheiten und in hohem Alter rasant fortentwickelt. Die Erfolge der Medizin können nicht nur das Leben verlängern, sondern auch das Sterben – damit aber auch das Leiden. Der Eintritt des Todes wird nicht mehr als schicksalhaft erfahren, sondern Gegenstand menschlicher Entscheidung. Damit sind neue Fragen und eine neue Dimension der Verantwortung angesprochen. Zu der alten Frage nach dem leichten oder schweren Tod (Werde ich Schmerzen leiden? Wird mein Tod ein gewaltsamer sein oder friedlich? Werde ich ihn annehmen können oder kämpfen? Wird er zu seiner Zeit kommen oder vor der Zeit? Werde ich einsam sterben oder im Kreis meiner Liebsten?) sind unter den Bedingungen der modernen Medizin neue Fragen hinzugetreten: Was wird mit mir in der Zeit vor dem Tod? Wird mir geholfen werden bis zuletzt? Werde ich anderen lästig sein, wenn mein Leben zu Ende geht? Werde ich lange leiden müssen und noch behandelt werden, wenn jede Hoffnung auf Leben längst vergangen ist? Kann ich dem Sterben seinen Lauf lassen? Wird mein Wille respektiert? Wird jemand anderes über mein Ende entscheiden? Werde ich Maschinen ausgeliefert sein? Können mein Arzt und meine Angehörigen meine Würde im Sterben wahren?

Es ist nicht Aufgabe des Staates und der Politik, Antworten auf die letzten Fragen menschlicher Existenz zu geben. Krankheit, Sterben und Tod sind für jede menschliche Ordnung unverfügbar. Aufgabe des Staates ist es aber, die Bedingungen und Chancen für menschenwürdiges Leben und Sterben zu schaffen, für ein Gesundheitssystem, das die Fortschritte der Medizin bis hin zur Minimierung des Schmerzes allen Mitgliedern der Gesellschaft eröffnet, sowie eine Ordnung, die auch den hilflosesten Mitgliedern der Gesellschaft den Schutz der Rechtsordnung bis zuletzt garantiert.

Zu einer humanen Gesellschaft gehört unverrückbar die bedingungslose Aufrechterhaltung des Tötungstabus, das sowohl das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland als auch der hippokratische Eid über die Zeiten für die Ärzteschaft verbindlich machen. Jede Form aktiver Sterbehilfe und Euthanasie ist damit ausgeschlossen. Niemals darf ein Menschenleben beendet werden, weil es anderen als sinnlos, lebensunwert oder unnütz erscheint. Unerträglich und von Anfang an zu bekämpfen wäre das Aufkommen einer Erwartungshaltung gegenüber gebrechlichen

oder schwerkranken Menschen, durch Behandlungsverzicht der Gesellschaft ab einem bestimmten Punkt nicht weiter zur Last zu fallen. Jeder Bürger muss sich sicher sein können, bis zuletzt optimal behandelt zu werden. Wo aber die ärztliche Kunst dem Tod nichts mehr entgegensetzen hat, treten an die Stelle lebensverlängernder Behandlung Sterbebegleitung, Schmerzlinderung, und soziale Einbettung des Sterbevorgangs.

Zum Sterben in Würde gehört auch die Achtung des Selbstbestimmungsrechts des Einzelnen bis zuletzt. Auch der kranke und sterbende Mensch bleibt Herr seiner Entscheidungen. Zu seiner Freiheit gehört auch der bewusste Verzicht auf eine mögliche medizinische Behandlung, auch wenn dadurch aus ärztlicher Sicht der Tod verhindert oder hinausgeschoben werden könnte. Die Rechtsordnung muss darüber hinaus Mittel und Wege bereitstellen, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten auch in Situationen zur Geltung zu bringen, in denen er zu einer bewussten Entscheidung nicht (mehr) in der Lage ist. Dabei sind die ethischen und rechtlichen Grundlagen und Grenzen dieser Gesellschaft zu achten und Sicherungen gegen Missbrauch vorzusehen. Es darf im Umgang mit Sterben und Tod keine rechtlichen Grauzonen geben. Die Gesellschaft schuldet Angehörigen, Ärzten, Pflegepersonen und rechtlichen Vertretern (Betreuer, Bevollmächtigte), auf deren Menschlichkeit, professionelles Können und Engagement es in der schweren Situation der Sterbebegleitung ankommt, dass sie unter klaren Bedingungen arbeiten und vor Verdächtigung und der Gefahr strafrechtlicher oder disziplinar- bzw. berufsrechtlicher Verfolgung sicher sein können.

2. Die gegenwärtigen Regeln

Kranken darf ärztliche Behandlung nicht vorenthalten, aber auch nicht aufgezwungen werden. Verstöße gegen das ärztliche Behandlungsgebot behandelt unser Recht als unterlassene Hilfeleistung und Körperverletzung bzw. Tötung durch Unterlassen. Aber auch eine Behandlung gegen den Willen oder ohne Einwilligung des Patienten ist rechtlich eine Körperverletzung. Nur die Einwilligung des Patienten rechtfertigt den Eingriff in seine körperliche Integrität. Wo keine Heilung mehr möglich ist, ist Schmerzlinderung zulässig und geboten, selbst, wenn als unbeabsichtigte Nebenfolge eine Lebensverkürzung droht (BGH St 42, 301 [305] v. 15.11.1996). Niemals ist dagegen die Tötung eines Menschen zulässig, sei es auch aus dem Motiv, sein Leiden zu beenden (aktive Sterbehilfe), selbst bei einem ausdrücklichen Wunsch des Patienten (Tötung auf Verlangen, § 216 StGB). Selbsttötung ist nicht strafbar. Dies betrifft allerdings nur die Fälle, in denen ein Patient noch selber handeln kann.

Anders als die verbotene *aktive* Sterbehilfe kann *passive* Sterbehilfe (Verzicht auf lebensverlängernde Maßnahmen wie Beatmung, Bluttransfusion oder künstliche Ernährung, vgl. Definition in BGH St 40, 257 [260] v. 13.09.1994 [„Kemptener Fall“]) zulässig sein, wenn sie dem Willen des Patienten entspricht. Wenn jede Heilbehand-

lung nur mit Einwilligung des Patienten zulässig ist, dann ist auch eine lebensverlängernde Behandlung vom Einverständnis des Patienten abhängig; gegen seinen Willen ist sie unzulässig. Auf den ausdrücklichen Wunsch des Patienten ist sie abubrechen, selbst wenn sie aus medizinischer Sicht indiziert ist und eine Heilungschance besteht. (Auch passive Sterbehilfe ist niemals gegen den Willen des Patienten möglich.)

Anders ist die Lage, wenn ein Patient aufgrund seines Krankheitszustandes zu einer – bejahenden oder verneinenden – eigenverantwortlichen Willensäußerung nicht mehr in der Lage ist (Bewusstlosigkeit, Wachkoma, Demenz). Der Arzt muss und darf in dieser Situation aufgrund der mutmaßlichen Einwilligung in die notwendige Heilbehandlung alles zu seiner Rettung Nötige unternehmen. Bei einem sterbenden Patienten, wenn „[1.] das Grundleiden eines Kranken nach ärztlicher Überzeugung unumkehrbar (irreversibel) ist, [2.] einen tödlichen Verlauf genommen hat und [3.] der Tod in kurzer Zeit eintreten wird“ (BGH St 40, 257 [260] v. 13.09.1994), darf er sich auf Schmerzlinderung und eine Basisversorgung beschränken („Hilfe *beim* Sterben“). Es gibt keine Rechtspflicht zur Erhaltung eines verlöschenden Lebens um jeden Preis. Maßnahmen zur Lebensverlängerung sind nicht schon deshalb unerlässlich, weil sie technisch möglich sind (BGH St 32, 376 v. 04.07.1984).

In einer Entscheidung aus dem Jahre 1994 (sog. „Kemptener Fall“) hat der Bundesgerichtshof darüber hinaus entschieden, dass auch dann, wenn der Sterbevorgang noch nicht eingesetzt hat, der Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung zulässig sein kann („Hilfe *zum* Sterben“), und dass ein entsprechender Patientenwille „als Ausdruck seiner Entscheidungsfreiheit und des Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 1 GG) grundsätzlich anzuerkennen ist“ (BGH St 40, 257 [260]). Für die Annahme eines mutmaßlichen Willens des Patienten zum Behandlungsabbruch seien erhöhte Anforderungen zu stellen. Ein Betreuer darf seine Zustimmung zur Einstellung der Behandlung durch den Arzt nur erklären, wenn er vorher die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts eingeholt hat (BGH St 40, 257 [261 f.]; BGH Z 154, 205 [221 ff.]):

Diese Rechtsprechung des 1. Strafsenats aus dem Jahr 1994 hat der 12. Zivilsenat des BGH in einem Beschluss aus dem Jahre 2003 fortgeführt und festgestellt, dass lebenserhaltende oder lebensverlängernde Maßnahmen insbesondere dann unterbleiben müssen, wenn dies dem zuvor in einer Patientenverfügung geäußerten Willen eines jetzt einwilligungsunfähigen Patienten entspricht. Der sich aus einer Patientenverfügung ergebende Patientenwille zum Behandlungsabbruch kann von einem zum Zweck der Gesundheitsorge bestellten Betreuer mit der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gegen die ärztliche Behandlungspflicht durchgesetzt werden (BGH Z 154, 205 [211] v. 17.3.2003). Die Verbindlichkeit einer Patientenverfügung wird in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH Z 154, 205 [217]) und auch in den überarbeiteten Grundsätzen der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung (DÄBl. v. 07.05.2004) heute grundsätzlich bejaht.

Auch wenn Patientenverfügungen als Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts des Patienten nach geltendem Recht damit grundsätzlich verbindlich sind, so kann doch nicht *jeder* Inhalt einer Patientenverfügung die Behandlungspflicht des Arztes beschränken. Soweit Patientenverfügungen rechtlich Verbotenes anordnen wollen (z.B. aktive Sterbehilfe, Tötung auf Verlangen), sind sie nicht verbindlich. Patientenverfügungen sind nach der Rechtsprechung des BGH in ihrer Reichweite begrenzt. Dabei hat der BGH die Reichweite *nicht* auf die Hilfe *beim* Sterben in der eigentlichen *Sterbephase* beschränkt, in der „das Grundleiden eines Kranken nach ärztlicher Überzeugung unumkehrbar (irreversibel) ist, einen tödlichen Verlauf genommen hat *und der Tod in kurzer Zeit eintreten wird*“ (zum Begriff vgl. Richtlinien der Bundesärztekammer für die Sterbehilfe, Deutsches Ärzteblatt 90 [1993], B-1791, 1792). In der Entscheidung des 1. Strafsenats von 1994 (BGH St 40, 257 [260]) hat der BGH auf das Merkmal der *unmittelbaren Todesnähe* ausdrücklich verzichtet. In einem Beschluss des 12. Zivilsenats aus dem Jahre 2003 hat er indessen klargestellt, dass an den beiden anderen Voraussetzungen des *irreversiblen Grundleidens* und des *tödlichen Verlaufs* weiter festgehalten wird (BGH Z 154, 205 [215]; vgl. hierzu Ch. Jäger, FS Küper, Heidelberg 2007, S. 209 [212]).

Wirksamkeitsvoraussetzung einer Patientenverfügung ist die Einwilligungsfähigkeit (nicht die volle Geschäftsfähigkeit) des Patienten im Zeitpunkt der Verfügung. Eine vorherige ärztliche Aufklärung – wie im umgekehrten Fall der Einwilligung in eine Heilbehandlung - ist rechtlich derzeit nicht erforderlich. (Beim Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung handelt es sich nicht um einen ärztlichen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Patienten, sondern seine Unterlassung.)

Auch bei an sich zulässigen Inhalten findet die Verbindlichkeit einer Patientenverfügung selbstverständlich ihre Grenze in einem entgegenstehenden Willen des Patienten. Sie ist jederzeit widerrufbar. Dies ist anzunehmen, wenn der Betroffene sich von seiner früheren Verfügung mit erkennbarem Widerrufswillen distanziert (BGH Z 154, 205 [217]). Gleiches gilt, wenn die Sachlage sich nachträglich so erheblich geändert hat, dass die frühere selbstverantwortlich getroffene Entscheidung die aktuelle Sachlage nicht umfasst (BGH Z 154, 205 [217]).

3. Unsicherheiten und Klärungsbedarf

Trotz der sich aus dem geltendem Recht und der darauf beruhenden Rechtsprechung der letzten Jahre ergebenden Rechtslage hat der BGH im Beschluss vom 17.03.2003 eine gesetzliche Regelung der Rolle der Vormundschaftsgerichte im Zusammenhang mit der Beendigung lebenserhaltender Behandlungen als wünschenswert bezeichnet (BGH Z 154, 205 [223]). Laut Bundesärztekammer kommt es insbesondere im Zusammenhang mit der Betreuung von Komapatienten immer wieder zu Auseinandersetzungen. Umstritten sei nach wie vor, ob der Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen immer einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf

oder nicht. Nach den Grundsätzen der Bundesärztekammer soll sich der Arzt an das Vormundschaftsgericht wenden, wenn der Bevollmächtigte eine ärztlich indizierte lebenserhaltende Maßnahme ablehnt. In der Praxis ist das aber offenbar nicht immer der Fall. In der rechtswissenschaftlichen Literatur (vgl. Schneider, in: Münchener Kommentar zum StGB, vor § 211 ff., Rdnr. 128 f. [S. 342]) und im Zwischenbericht der Enquête-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin (Drs. 15/3700, S. 36 [5.8]) aus dem Jahre 2004 wird darauf hingewiesen, dass von der Bestellung eines Betreuers und der Einschaltung der Vormundschaftsgerichte – entgegen der höchstrichterlichen Rechtsprechung – vielfach abgesehen werde. In der Praxis entscheiden danach oft die behandelnden Ärzte in Kooperation mit Angehörigen oder dem Kranken nahe stehenden Vertrauenspersonen.

Für alle Beteiligten einigermaßen beunruhigend muss es sein, dass im Kemptener Fall das Landgericht Sohn und Arzt wegen versuchten Totschlags verurteilt hatte, weil keine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts eingeholt worden war. Die Revision beim BGH war nur deswegen erfolgreich, weil ein ausnahmsweise rechtlich beachtlicher unvermeidbarer Verbotsirrtum nicht ausgeschlossen werden konnte (BGH St 40, 257 [265]). Ob der Weg über einen für die Beteiligten unvermeidlichen Verbotsirrtum angesichts der vielfach publizierten Urteile und Grundsätze der Bundesärztekammer in einem Strafverfahren heute noch tragen würde, ist offen. Der Rechtsstaat sollte jedenfalls in Fragen von Leben und Tod die Beteiligten nicht im Unklaren über die Rechtslage lassen und sie nicht der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung wegen Handelns mit besten Absichten aus Unkenntnis aussetzen.

Der Zwischenbericht Patientenverfügungen der Enquête-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin vom 13.9.2004 (Drs. 15/3700) hat zudem festgestellt (3.3.4, S. 20 und 5.1 S. 30), dass das Urteil des BGH von 1994 (BGH St 40, 257 [Kempten]) verschieden interpretiert wird. Rechtlich nicht eindeutig geklärt sei die Verbindlichkeit von Patientenverfügungen bei an sich irreversiblen Grundleiden, die noch keinen tödlichen Verlauf genommen haben. Damit sind insbesondere die besonders gravierenden und für alle Beteiligten – Patienten, Angehörige, Ärzte und Pflegende - besonders belastenden Fälle von langfristig klinisch stabilem Wachkoma und Demenz angesprochen. Ungeklärt ist auch, ob eine Basisversorgung durch Patientenverfügung ausgeschlossen werden kann und inwieweit die Ernährung (Bekämpfung von Hunger und Durst) zur Basisversorgung gehört. Die Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung stellen zur Basisversorgung fest: „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.“

Unklarheit besteht gegenwärtig auch über die erforderliche Form von Patientenverfügungen. Die Grundsätze der Bundesärztekammer (DÄBl. v. 07.05.2004) stellen fest, dass eine Patientenverfügung - anders als z.B. ein Testament - nach gegenwärtiger Rechtslage keiner Form bedarf, aber schriftlich abgefasst sein sollte. Schriftform soll

auch erforderlich sein, wenn eine Vorsorgevollmacht den Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen umfasst. So einleuchtend dieses Postulat ist, so wenig ist damit rechtlich für den Fall gewonnen, dass ein ansonsten nicht anzuzweifelnder antizipierter Patientenwille *nicht* in Schriftform geäußert wurde. Darf der Patientenwille ignoriert werden, weil er nicht in einer – rechtlich gar nicht gebotenen – Form vorliegt? Oder macht sich ein Arzt dann wegen Körperverletzung strafbar, weil er ohne Einwilligung behandelt, wenn er den Patientenwunsch wegen fehlender Schriftlichkeit ignoriert? Auch hier schuldet der Rechtsstaat allen Beteiligten Klarheit.

Auch vom Standpunkt der Patientenautonomie aus gibt es durchaus beachtliche Einwände gegen eine bedingungslose Umsetzung von Patientenverfügungen. Denn eine Patientenverfügung ist immer eine Willensäußerung zu einem vorangegangenen Zeitpunkt in Unkenntnis der konkreten Umstände eines späteren Krankheitsfalls. Wir können im Vorhinein zwar vermuten, aber nicht unumstößlich wissen, was wir in einem solchen Krankheitsfall wirklich wollen. Gesunde schätzen den Wert eines Lebens mit massiven Einschränkungen oft wesentlich geringer ein, als sie es als tatsächlich Betroffene tun (vgl. z.B. S. Sahm, Sterbebegleitung und Patientenverfügung, Frankfurt a.M. 2006). Eine antizipierte Willensäußerung kann zudem im Zeitpunkt einer ärztlichen Behandlung durch den medizinisch-technischen Fortschritt überholt, von Anfang an uninformiert, irrtümlich oder in einer ganz anderen Lebenssituation zustande gekommen sein und darum dem späteren tatsächlichen Willen des Patienten widersprechen. Die bloße Unterschrift unter einem Formularvordruck ist nicht das Gleiche wie eine Entscheidung im konkreten Fall nach Aufklärung und Gespräch mit dem Arzt. Zu denken geben muss auch, dass Heilbehandlungen entgegen den Anordnungen in einer Patientenverfügung von geretteten Patienten im Nachhinein oft genehmigt werden. Dort, wo aus ärztlicher Sicht Heilung nicht ausgeschlossen ist und dort, wo es Indizien für einen geänderten Willen des Patienten gibt, kann die Rechtsordnung darum nicht einen möglicherweise uninformierten, voreiligen antizipierten Willen unter allen Umständen gegen die ärztliche Beurteilung und einen mutmaßlichen Willen des Patienten durchsetzen.

Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, das beim entscheidungsfähigen Patienten Vorrang genießt, kann in der Situation der Entscheidungsunfähigkeit nicht in jeder Hinsicht gleichwertig durch antizipierte Willensäußerungen in Patientenverfügungen ersetzt werden. Diese stehen nämlich unter Umständen in Konkurrenz mit einem geänderten aktuellen (mutmaßlichen) Willen des Patienten. Hier den Lebensschutz unter Berufung auf das Selbstbestimmungsrecht aufzugeben, wäre ebenso verfehlt, wie künstliche Verlängerungen des Sterbens um jeden Preis aus dem Lebensschutz ableiten zu wollen. Wenn aber die einfachen Regeln („Im Zweifel für die Selbstbestimmung“ oder „Im Zweifel für das Leben“) der Vielfalt der Konstellationen am Lebensende nicht gerecht werden, ist es Aufgabe des Gesetzgebers, für einen schonenden Ausgleich zu sorgen.

Dabei kann die Rechtsordnung auch nicht allein auf die privatautonome Lösung der Konfliktlagen durch Patientenverfügungen setzen. Für die Fälle, in denen eine antizipierte Willensäußerung des Patienten nicht vorliegt, wo eine an sich vorliegende Patientenverfügung in ihrer Anwendbarkeit auf den eingetretenen Fall oder in ihrer Fortgeltung zweifelhaft ist oder Konflikte zwischen den Beteiligten über die Auslegung oder Feststellung des Willens des Patienten auftreten, ist ein Grundgerüst an Antworten über Vorgehen und Lösungen nötig. In den Fragen von Leben und Tod kann sich die Rechtsordnung nicht zurückhalten und die Entscheidung dem Zufall oder dem freien Spiel der Kräfte am Sterbebett überlassen. So wie das Erbrecht in Vermögensangelegenheiten auch ohne Testament für gerechte Lösungen im Todesfall sorgt, so muss der Bürger darauf vertrauen können, dass im Sterben Klarheit herrscht, was geboten und was verboten ist.

Seit vielen Jahren befindet sich unsere Gesellschaft in einem Diskussionsprozess zu den Fragen von Sterben und Tod. Grundsatzurteile der obersten Gerichte und Grundsätze der Bundesärztekammer behandeln Patientenverfügung und ärztliche Sterbebegleitung. Die Deutsche Bischofskonferenz und der Rat der Evangelischen Kirche in Deutschland haben 1999 und 2003 gemeinsam eine Handreichung für eine Christliche Patientenverfügung vorgelegt. Der 63. Deutsche Juristentag in Leipzig (2000) und der 66. DJT in Stuttgart (2006), die Enquête-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin des Deutschen Bundestages (2004) und der Nationale Ethikrat (2005) haben die Fragen der Patientenautonomie am Lebensende diskutiert und Vorschläge unterbreitet. Die Kammer für öffentliche Verantwortung der EKD (2005), der Hauptausschuss des Zentralkomitees der deutschen Katholiken (2006) und der Rat der EKD (2007) haben Positionspapiere vorgelegt; der Vorsitzende der Deutschen Bischofskonferenz, Erzbischof Dr. Robert Zollitsch und der Vorsitzende des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland, Bischof Dr. Wolfgang Huber, haben im Mai 2008 in einem gemeinsamen Brief zur gesetzlichen Regelung des Umgangs mit Patientenverfügungen Stellung genommen

Bereits in der 15. Wahlperiode sind Vorschläge aus der Bundesregierung und aus der Mitte des Parlaments diskutiert worden. Zu einem Gesetzgebungsverfahren ist es wegen der vorzeitigen Auflösung des 15. Deutschen Bundestages nicht mehr gekommen. Im Koalitionsvertrag der Großen Koalition vom 18.11.2005 haben die Koalitionspartner vorgeschlagen, in der 16. Wahlperiode die Diskussion über eine gesetzliche Absicherung der Patientenverfügung fortzuführen und abzuschließen. Seitdem wurde Übereinstimmung erzielt, das Vorhaben wegen der beim Thema Menschenwürde, Lebensschutz und Selbstbestimmung im Sterben implizierten Gewissensfragen nicht durch einen Gesetzentwurf der Bundesregierung oder der Fraktionen, sondern durch Gruppenanträge aus der Mitte des Parlaments zu behandeln. Dem entspricht dieser Entwurf.

II. Die Lösung des Entwurfs

1. Selbstbestimmung und Lebensschutz

Jede rechtliche Regelung der Fragen von Behandlung, Sterbebegleitung und Patientenautonomie am Lebensende wird verfassungsrechtlich vorgeprägt von dem Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen (Art. 2 Abs. 1 GG), dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit sowie der entsprechenden staatlichen Schutzpflicht für das Leben (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) sowie der Menschenwürdegarantie (Art. 1 Abs. 1 GG).

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gewährleistet Artikel 2 Abs. 1 GG die allgemeine Handlungsfreiheit und schützt die Selbstbestimmung und Entscheidungsfreiheit des Einzelnen. Laut Bundesgerichtshof folgt aus dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten, dass gegen dessen Willen eine ärztliche Behandlung grundsätzlich weder eingeleitet noch fortgesetzt werden darf (BGH St 32, 367 [379]; 35, 246 [249]; 37, 376 [378 f.]; 40 257 [262]). Nach der Grundsatzentscheidung vom 17.3.2003 (BGH Z 154, 205 [217]) bindet auch eine in Form einer Patientenverfügung geäußerte antizipative Willensbekundung als Ausdruck des fortwirkenden Selbstbestimmungsrechts und der Selbstverantwortung des Betroffenen den Betreuer, denn schon die Würde des Betroffenen (Art. 1 Abs. 1 GG) verlange, dass eine von ihm eigenverantwortlich getroffene Entscheidung auch dann noch respektiert wird, wenn er die Fähigkeit zu eigenverantwortlichem Entscheiden inzwischen verloren hat.

Wie jedes Grundrecht ist aber auch das Selbstbestimmungsrecht nicht schrankenlos gewährleistet, sondern nur soweit nicht die Rechte anderer verletzt oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstoßen wird. Zu diesen Rechtsgütern zählt auch die Schutzpflicht des Staates für das Leben und die Achtung des Lebens als Wert der Gemeinschaft (Hufen, NJW 2001, S. 849 [855]). Zwar müsse unter dem Aspekt der Menschenwürde und Eigenverantwortlichkeit der dem Tod Geweihte über ein ihm gemäßes Sterben bestimmen können, doch stoße sein Recht auf die ebenfalls der Menschenwürde verpflichtete Verantwortung des Arztes und der Angehörigen, auf Erhaltung seines Lebens hinzuwirken, wenn der Mensch nicht mehr eigenverantwortlich entscheiden kann. (Stern, Staatsrecht, Bd. IV/1, S. 42). Die berechnete Forderung, in Würde sterben zu dürfen, dürfe nicht dazu führen, die Beendigung des Lebens ohne weiteres menschlicher, oft fremder, Entscheidung anheim zu geben (Robbers, in: Umbach/Clemens, GG, Art. 1 Rdnr. 71). Das subjektive Recht auf Autonomie beim Sterben gilt nicht absolut, sondern steht in einem Spannungsverhältnis zu objektiven Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 GG (vgl. Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Art. 2 II Rdnr. 65).

Aus dem Grundrecht auf Leben in Artikel 2 Abs. 2 GG folgt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Schutzpflicht des Staates für das

Leben, die ihm gebietet, sich schützend und fördernd vor das Leben zu stellen. Das menschliche Leben stellt innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung einen Höchstwert dar; es ist die vitale Basis der Menschenwürde und die Voraussetzung aller anderen Grundrechte (BVerfGE 39, 1 [42]; 46, 160 [164]; 49, 89 [141]; 53, 30 [57]; 56, 54 [73]). Nach ständiger Rechtsprechung muss ein schonender Ausgleich konkurrierender grundgesetzlich geschützter Positionen unter Berücksichtigung des Grundgedankens des Art. 19 Abs. 2 GG (kein Grundrecht darf in seinem Wesensgehalt angetastet werden) stattfinden. Das Bundesverfassungsgericht hat insoweit festgestellt, dass das in Artikel 2 Abs. 2 GG verankerte Recht des Patienten auf Leben in die Erwägungen über die Umsetzung des Patientenwillens durch den Betreuer einzubeziehen ist (Beschluss vom 02.08.2001 [1 BvR 618/93]).

Einen nicht gerechtfertigten Eingriff in Artikel 2 Abs. 2 GG stellt insbesondere die *aktive* Sterbehilfe dar, die den Eintritt des Todes durch aktives Tun beschleunigt (Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 2 Rdnr. 39; Stern, Staatsrecht, Bd. IV/1, § 97 II.4. [S. 43, m.w.N. Fn. 171]; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd. 1 (5. A. 2005), Art. 2 Abs. 2 Rdnr. 207, 215)). Demgegenüber wird die auf den Willen des Betroffenen gestützte *passive* Sterbehilfe in der verfassungsrechtlichen Literatur grundsätzlich für verfassungsrechtlich zulässig gehalten (Di Fabio, a.a.O.; Stern, a.a.O.; Starck a.a.O.; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG-Komm. Art. 2 II Rdnr. 63; Zippelius, in: BK Art. 1 Abs. 1 und 2, Rdnr. 96; Murswiek, in: Sachs, GG, Art. 2 Rdnr. 212a; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 2 Rdnr. 101). Auch passive Sterbehilfe ist danach aber *nicht unbegrenzt*, sondern nur in bestimmten Situationen gerechtfertigt:

Ein Patient *mit infauster Prognose*, der die Fortsetzung einer lebenserhaltenden Behandlung nicht wünscht, könne sich insoweit auf sein Grundrecht auf Selbstbestimmung berufen (Hufen, NJW 2001, S. 849 [854]). Das Unterlassen medizinischer Maßnahmen, durch die das natürliche Ende des menschlichen Lebens künstlich hinausgeschoben wird, ist kein Angriff auf das Recht auf Leben, *wenn der Patient todgeweiht ist* (Starck a.a.O.). Bei einem *unrettbar kranken, leidenden Patienten* könne *angesichts eines nahe bevorstehenden, unabwendbaren Todes* die Behandlung abgebrochen werden (Zippelius, a.a.O.). Der Wunsch eines *schwer kranken Menschen*, weitere Hilfemaßnahmen an ihm zu unterlassen, könne den Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 1 rechtfertigen (Di Fabio, a.a.O.). Auch bei *irreversiblen Bewusstseinsverlust* des Patienten wird ein lebensverkürzender Abbruch der Behandlung i.S. passiver Sterbehilfe bei vorweggenommener Einwilligung zu Zeiten vollen Bewusstseins für gerechtfertigt gehalten (Schulze-Fielitz, a.a.O.). Es geht um die Probleme aktiver und passiver Sterbehilfe *Schwerstkranker, hoffnungslos Leidender oder Bewusstloser*; passive Sterbehilfe müsse zugelassen werden, wenn der Betroffene diesen Wunsch unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hat und für ihn nachprüfbar *objektiv keine Heilungschancen* eröffnet sind (Stern, a.a.O.). Dass passive Sterbehilfe nicht unabhängig von Art und Stadium einer Erkrankung zulässig ist, wird in der verfassungsrechtlichen Literatur vorausgesetzt.

Der Entwurf sucht in den Fragen von Behandlung, Sterbegleitung und Patientenautonomie am Lebensende einen schonenden Ausgleich zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen (Art. 2 Abs. 1 GG) und der Schutzpflicht des Staates für das Leben (Art. 2 Abs. 2 GG) zu schaffen, der praktische Konkordanz herstellt, beiden Verfassungsgütern zu optimaler Wirksamkeit verhilft und keines unverhältnismäßig zurücktreten lässt. Der Entwurf regelt darum einerseits die fortwirkende Verbindlichkeit der Wünsche und Entscheidungen in einer Patientenverfügung. Ärzte, Betreuer bzw. Bevollmächtigte und Gerichte haben sie als Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts und der Würde des Betroffenen grundsätzlich zu respektieren und umzusetzen (§§ 1901 b Abs. 1, 1904 a).

Andererseits sind darum aber Festlegungen, die den Abbruch lebenserhaltender medizinischer Maßnahmen anordnen, nur in einer notariell beurkundeten Patientenverfügung mit dokumentierter ärztlicher Beratung (§§ 1901 b Abs. 2, 1904 a Abs. 1) und in Fällen mit infauster Prognose (§§ 1901 b Abs. 3, 1904 a Abs. 2) verbindlich. In Fällen, in denen keine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit vorliegt, es also um Lebensbeendigung bei Lebenden geht, wiegt die Schutzpflicht des Staates für das Leben schwerer als dort, wo es um das Sterbenlassen von Sterbenden geht. *Ohne* infauste Prognose ist darum für einen Behandlungsabbruch immer die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich (§ 1904 Abs. 2). Und nur, wenn durch *vorgelagerte* Verfahrensvorkehrungen bei der Erstellung einer qualifizierten Patientenverfügung (§ 1901 b Abs. 2) sichergestellt ist, dass die antizipierte Willenserklärung des Betroffenen einer aktuellen Willenserklärung qualitativ vergleichbar ist, kann unter Lebensschutzaspekten auf den sonst *nachgelagerten* Schutz durch die Begrenzung der Reichweite verzichtet werden.

Gegen eine bedingungslose Verbindlichkeit von Patientenverfügungen spricht auch das Selbstbestimmungsrecht. Denn Inhalte einer Patientenverfügung, die irrtümlich verfügt oder später widerrufen wurden, sind nicht Ausdruck, sondern Beeinträchtigung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen sowie seines Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Der aktuelle Wille ist vom Selbstbestimmungsrecht nicht weniger geschützt als eine widerrufenen oder irrtümliche frühere Willensäußerung. Angesichts der staatlichen Schutzpflicht für das Leben kann darum die irrtümliche oder später widerrufenen Willenserklärung nicht verbindlich sein (§ 1901 b Abs. 1 S. 2 und Abs. 2).

Inhalte einer Patientenverfügung, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, das die Selbstbestimmung zulässig beschränkt (z.B. Verbot der Tötung auf Verlangen, § 216 StGB), sind ihrerseits nichtig, ohne dass darin eine eigenständige Beeinträchtigung des Selbstbestimmungsrechts erkannt werden könnte. Das gleiche gilt für sittenwidrige Inhalte, z.B. wenn menschenwürdig eine Basisversorgung (Schmerzlinderung, Körperpflege, menschenwürdige Umgebung, menschliche Begleitung, Stillung von Hunger und Durst als subjektive Empfindungen) ausgeschlossen wäre (§ 1901 b Abs. 2 S. 2).

Besondere Regelungen trifft der Entwurf für die Fälle, in denen zwar keine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit, wohl aber ein endgültiger Bewusstseinsverlust vorliegt (beispielsweise aufgrund langfristig stabilen Wachkomas, schwerster Demenz). Da es sich bei den hiervon Betroffenen nicht um Sterbende, sondern um Schwerstkranke handelt, die allerdings nach ärztlicher Erkenntnis das Bewusstsein niemals wiedererlangen werden, führt ein verhältnismäßiger Ausgleich zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen und der Schutzpflicht für das Leben dazu, dass eine Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen hier nur unter strengen Voraussetzungen möglich sein kann: Die Anordnung eines Behandlungsabbruchs ist in diesen Fällen nur verbindlich, wenn sie entweder in einer Patientenverfügung nach ärztlicher Beratung erfolgt (§§ 1901 b Abs. 2, 1904 a Abs. 1) oder in einer einfachen Patientenverfügung, wenn (1.) der Betroffene selbst darin lebenserhaltende Maßnahmen für diesen Fall ausdrücklich ausgeschlossen hat und der Betroffene (2.) ohne Bewusstsein ist und nach ärztlicher Erkenntnis mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit trotz Ausschöpfung aller medizinischer Möglichkeiten das Bewusstsein niemals wieder erlangen wird (§§ 1901 b Abs. 3 Nr. 2, 1904 a Abs. 3). Unabhängig davon, welche Art der Patientenverfügung vorliegt, muss ein Behandlungsabbruch in diesem Fall vom Vormundschaftsgericht genehmigt werden (§§ 1904 Abs. 2, 1904 a Abs. 1, 3). Wenn die oben genannten besonderen Voraussetzungen nicht vorliegen und aufgrund eines nur mutmaßlichen Willens ist in diesen Fällen ein Behandlungsabbruch *nicht* zulässig.

2. Selbstbestimmung des einwilligungsfähigen Patienten

Eine Patientenverfügung ist die antizipierte Willenserklärung eines Patienten *für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit*. Nicht betroffen ist das normale Arzt-Patienten-Verhältnis beim *einwilligungsfähigen* Patienten; hier sieht der Entwurf keine Veränderungen vor.

Der Entwurf regelt nicht die allgemeinen arztrechtlichen Fragen der Einwilligung, Nichteinwilligung und des Widerrufs der Einwilligung in medizinische Behandlungen durch einwilligungsfähige Patienten. Insofern bleibt es bei der gegebenen Rechtslage, wonach eine Heilbehandlung grundsätzlich nur mit Einwilligung des Patienten vorgenommen werden darf und – als Ausfluss seines Selbstbestimmungsrechts - ein Patient die Einwilligung auch in eine aus medizinischer Sicht indizierte Behandlung verweigern oder zurückziehen kann. Das gilt – ohne Reichweitenbegrenzung – auch für lebenserhaltende Behandlungen. Der Arzt kann und muss hier über die möglichen Folgen der Nichteinwilligung aufklären und kann den Patienten für die aus ärztlicher Sicht indizierte Behandlung überzeugen. Gegen den Willen des Patienten darf er nicht handeln.

Das gleiche gilt, wenn der Patient im Zuge einer Heilbehandlung oder des Krankheitsverlaufs das Bewusstsein verliert. Die unmittelbar vor Beginn einer Operation

erteilte Einwilligung oder Nichteinwilligung in bestimmte Behandlungsmethoden wirkt auch nach Beginn der Operation fort und muss nicht nach dem Verlust des Bewusstseins durch einen Betreuer oder Bevollmächtigten auf der Grundlage einer Patientenverfügung erneuert werden. Insofern bezweckt der Entwurf keine Veränderung der Rechtslage. Regelungsbedürftig ist allein die Situation der Einwilligungsunfähigkeit.

3. Patientenverfügung als antizipierte Willensäußerung

Der Entwurf regelt in einem neuen § 1901 b das Institut der Patientenverfügung, das in der Rechtspraxis anerkannt, bislang aber nicht gesetzlich geregelt ist. Liegt eine im Vorhinein erklärte Willensäußerung des Patienten in Form einer solchen 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 seine freiverantwortlich getroffene Entscheidung auch dann noch respektiert wird, wenn er die Fähigkeit zu eigenverantwortlichem Entscheiden inzwischen verloren hat. Der Betreuer hat als Vertreter des Patienten den Wünschen und Entscheidungen der Patientenverfügung Geltung zu verschaffen, wenn sie auf die eingetretene (Krankheits-) Situation zutreffen (§ 1901 b Abs. 1). Er setzt insoweit eine im Voraus getroffene höchstpersönliche Entscheidung des Betroffenen um (BGH Z 154, 205 [213/217]). Gleiches gilt für den Bevollmächtigten (§ 1901 b Abs. 6), dessen Bestellung durch den Betroffenen in einer Vorsorgevollmacht der Entwurf als Alternative zur Betreuerbestellung vorsieht (§§ 1901 a Abs. 1, 1896 Abs. 2 S. 3).

Die Patientenverfügung ist nach dem Entwurf für den Betreuer bzw. Bevollmächtigten (und für das Vormundschaftsgericht) nicht verbindlich, wenn sie auf die eingetretene Krankheitssituation nicht zutrifft, der Betroffene sie widerrufen hat oder an ihr erkennbar nicht festhalten will (§ 1901 b Abs. 1 S. 2). Das Gleiche gilt, wenn sie erkennbar in Unkenntnis der Möglichkeiten medizinischer Behandlung oder späterer medizinischer Entwicklungen abgegeben wurde und anzunehmen ist, dass der Betroffene sich bei deren Kenntnis anders entschieden hätte (§ 1901 b Abs. 4 S. 1). Inhalte einer Patientenverfügung, die irrtümlich getroffen oder später widerrufen wurden, sind nicht Ausdruck, sondern Beeinträchtigung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen sowie seines Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit und können darum nicht verbindlich sein. Der Betreuer hat darum in dieser Situation nach den allgemeinen Regeln entsprechend dem Wohl des Betreuten unter Berücksichtigung seiner Wünsche zu entscheiden (§ 1901 Abs. 2 und 3).

Inhalte einer Patientenverfügung, die auf eine unerlaubte Handlung gerichtet sind, sind nichtig (§ 1901 b Abs. 4 S. 2). Was der entscheidungsfähige Patient von seinem Arzt nicht verlangen könnte, kann nicht nach Verlust der Entscheidungsfähigkeit über eine Patientenverfügung möglich sein. Soweit eine Patientenverfügung auf aktive

Sterbehilfe, Tötung auf Verlangen oder passive Sterbehilfe jenseits der Grenzen des strafrechtlich Zulässigen hinausläuft, ist sie nichtig. Dass man auf dem Weg über eine Patientenverfügung nicht gesetzlich Verbotenes anordnen kann, ist keine Beeinträchtigung des Selbstbestimmungsrechts, sondern folgt aus dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung. Das gleiche gilt für Inhalte einer Patientenverfügung, die gegen die guten Sitten verstoßen würden. Besonders erwähnt wird insofern ein menschenwürdigem Ausschluss der Basisversorgung (Schmerzlinderung, Körperpflege, menschenwürdige Umgebung, menschliche Begleitung, Stillung von Hunger und Durst als subjektive Empfindungen), der nach dem Entwurf ausdrücklich nicht möglich ist (§ 1901 b Abs. 2 S. 2).

4. Form und Verfahren

Der Entwurf schreibt – so wie heute bereits für Vorsorgevollmachten über lebensgefährliche Heilbehandlungen § 1904 Abs. 2 – als Formerfordernis für Patientenverfügungen die Schriftform vor (§ 1901 b Abs. 1 S. 1). Nicht schriftlich fixierte Wünsche des Betreuten haben danach nicht die besondere Verbindlichkeit einer Patientenverfügung nach § 1901 b Abs. 1. Auch sie sind aber nicht unbeachtlich, sondern Indizien für den mutmaßlichen Willen und die Wünsche des Betreuten, denen der Betreuer nach § 1901 Abs. 3 zu entsprechen hat, soweit dies dem Wohl des Betreuten nicht zuwiderläuft und dem Betreuer zuzumuten ist.

Weitere Formerfordernisse schreibt der Entwurf für die Errichtung einer verbindlichen Patientenverfügung nicht zwingend vor. Durchaus sinnvoll sind die Empfehlungen der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, und jedem, der eine Vorausverfügung für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit treffen möchte, ist anzuraten, eine Patientenverfügung auf der Grundlage ärztlicher Aufklärung zu erstellen und regelmäßig zu aktualisieren, ihr Belege über die ärztliche Aufklärung, die Freiwilligkeit und die Einwilligungsfähigkeit anzufügen und Krankheitssituationen, auf die sich die Anordnungen beziehen, sowie persönliche Werthaltungen und Lebenseinstellungen konkret zu beschreiben. Notwendige rechtliche Voraussetzung der Gültigkeit einer Patientenverfügung soll das nach diesem Entwurf jedoch nicht sein. Der Respekt vor dem Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen gebietet darum, die Zahl der rechtlichen Voraussetzungen für eine wirksame Patientenverfügung möglichst gering zu halten und so die Abfassung wirksamer Patientenverfügungen für jedermann so leicht wie möglich zu machen.

Zusätzliche rechtliche Voraussetzungen über das Schriftformerfordernis des § 1901 b Abs. 1 hinaus stellt der Entwurf in § 1901 b Abs. 2 nur für den Typ der Patientenverfügung mit Beratung auf, bei dem die Lebensschutzpflicht des Staates bei Behandlungsabbrüchen nicht durch die Reichweitenbegrenzung des § 1901 b Abs. 3 erfüllt wird. Zum Schutz der Grundrechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) und Selbstbestimmung der Person (Art. 2 Abs. 1 GG) sind Anord-

nungen über den Abbruch lebenserhaltender Behandlungen *ohne* Reichweitenbegrenzung nur in einer Patientenverfügung *mit* Beratung verbindlich, bei der eine umfassende ärztliche Aufklärung vorausgegangen ist, die vom Arzt dokumentiert wurde und einer vom Notar nach Belehrung über rechtliche Wirkungen und Widerrufsmöglichkeiten beurkundeten Patientenverfügung beigelegt ist (§ 1901 b Abs. 2). Diese qualifizierte Form der Patientenverfügung unterliegt zudem einem fünfjährigen Aktualisierungserfordernis; unterbleibt die Bestätigung, gilt sie als einfache Patientenverfügung fort (§ 1901 b Abs. 3).

Eine weitere Verfahrensvoraussetzung für Fälle eines Behandlungsabbruchs gilt zur Sicherung des Selbstbestimmungsrechts (Art. 2 Abs. 1 GG) sowie des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) nach dem neu eingefügten § 1904 Abs. 4: Wenn bei einem nicht einwilligungsfähigen Patienten aufgrund seiner Patientenverfügung oder seines mutmaßlichen Willens eine lebenserhaltende ärztliche Behandlung beendet werden soll, ist bei der Beratung von Betreuer/Bevollmächtigtem und Arzt in der Regel den nächsten Angehörigen, den mit dem Betroffenen vertrauten Pflegepersonen sowie vom Betreuten schriftlich benannte nahestehende Personen Gelegenheit zur Äußerung zu geben, sofern dies ohne erhebliche Verzögerung möglich ist (§ 1904 Abs. 4). Dabei soll geklärt werden, ob die Wünsche und Entscheidungen in der Patientenverfügung auf die konkrete (Krankheits-) Situation zutreffen, ob bei der gegebenen Krankheitssituation von einem auf Behandlungsabbruch gerichteten (antizipierten oder mutmaßlichen) Willen des Betroffenen auszugehen ist oder ob es Anhaltspunkte für eine Willensänderung oder einen Widerruf des Betroffenen gibt (§ 1901 b Abs. 1 S. 1) und ob die Patientenverfügung möglicherweise auf Fehlvorstellungen des Betroffenen über die Möglichkeiten medizinischer Behandlung oder spätere medizinische Entwicklungen und Therapiemöglichkeiten beruht (§ 1901 b Abs. 1 S. 2). Durch die Hinzuziehung der Personen, die den Betroffenen aus dem alltäglichen oder langjährigen Umgang typischerweise gut kennen, soll sichergestellt werden, dass relevante Fakten und Äußerungen des Betreuten bei der Entscheidungsfindung bekannt werden. Die Kompetenz von Arzt und Betreuer zur Entscheidung über die medizinische Behandlung bzw. die Einwilligung als gesetzlicher Vertreter des Betreuten bleibt unberührt.

Wie nach bisherigem Recht bereits nach § 1904 Abs. 1 bei lebensgefährlichen Heilbehandlungen soll nach § 1904 Abs. 2 des Entwurfs – entsprechend der höchstgerichtlichen Rechtsfortbildung (BGH Z 154, 205 [221]) - auch für den Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung grundsätzlich die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich sein. Diese Einschaltung der Gerichte zum Schutz der Rechtsgüter des Betroffenen gilt sowohl für einfache wie für qualifizierte Patientenverfügungen und für Behandlungsabbrüche aufgrund des mutmaßlichen Willens. Wenn aber nach Beratung im Konsil zwischen Arzt und Betreuer/Bevollmächtigtem Konsens besteht, dass der Behandlungsabbruch dem in einer Patientenverfügung geäußerten (also nicht dem bloß mutmaßlichen) Willen des Betreuten entspricht, kann bei in-

fauster Prognose der Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung ohne Einschaltung des Gerichts erfolgen (§ 1904 Abs. 3).

Wenn nach Beratung im Konsil der Arzt oder der Betreuer bzw. der Bevollmächtigte das Vorliegen der Voraussetzungen bezweifelt, entscheidet das Vormundschaftsgericht. Auch die übrigen Beteiligten des Konsils können durch Hinweis an das Vormundschaftsgericht eine Kontrolle der Entscheidungen des Betreuers herbeiführen (§ 12 FGG). In Fällen, in denen keine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit vorliegt, der Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung aber aufgrund der ausdrücklichen Entscheidung des Betroffenen in einer Patientenverfügung nach § 1901 b Abs. 3 Nr. 2 dennoch in Frage kommt, weil er nach ärztlicher Überzeugung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit trotz Ausschöpfung aller medizinischen Möglichkeiten das Bewusstsein niemals wiedererlangen wird, ist nach § 1904 Abs. 2 immer die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich.

5. Reichweite und Grenzen

Jede medizinische Behandlung ist als Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten grundsätzlich von dessen Einwilligung abhängig. Die Entscheidung eines einwilligungsfähigen Patienten für oder gegen eine ärztlich indizierte Heilbehandlung ist in jedem Krankheitsstadium zu respektieren. Darüber hinaus verleiht die Rechtsordnung den Wünschen und Entscheidungen des Patienten auch über den Verlust der Einwilligungsfähigkeit hinaus Geltung (§ 1901 b Abs. 1). Eine antizipierte Willenserklärung in Form einer Patientenverfügung wird als Ausdruck des fortwirkenden Selbstbestimmungsrechts des Patienten auch dann noch respektiert, wenn er die Fähigkeit zu eigenverantwortlichem Entscheiden inzwischen verloren hat (BGH Z 154, 205 [211]).

Sowohl aktuelle als auch antizipierte Willenserklärungen sind in ihrer Reichweite durch gesetzliche Verbote beschränkt. Ein Patient kann weder durch seine aktuelle Willenserklärung, noch durch die antizipierte Willenserklärung in einer Patientenverfügung einen behandelnden Arzt zu aktiver Sterbehilfe oder Tötung auf Verlangen bestimmen (§ 1901 b Abs. 4 S. 2), weil dies strafrechtlich verboten ist (§§ 211 ff., 216 StGB). Passive Sterbehilfe (Abbruch lebensverlängernder Maßnahmen) ist bei einwilligungsunfähigen Patienten nach der Rechtsprechung der Strafgerichte zulässig, aber nur wenn sie dem erklärten oder mutmaßlichen Willen des Betroffenen entspricht *und* das Grundleiden einen irreversiblen tödlichen Verlauf genommen hat (BGH St 40, 257 [260]). Die Zivilrechtsprechung hat aufgrund dieser objektiven Eingrenzung zulässiger Sterbehilfe *de lege lata* entschieden, dass für das Verlangen eines Betreuers, eine medizinische Behandlung einzustellen, kein Raum sei, wenn das Grundleiden des Betroffenen noch keinen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen hat und durch die Maßnahme das Leben des Betroffenen verlängert oder

erhalten wird, da die Zivilrechtsordnung nicht erlauben kann, was das Strafrecht verbietet (BGH Z 154, 205 [215]).

Eine einfache, nicht durch besondere Verfahrensvorkehrungen einer aktuellen Willensäußerung angenäherte Patientenverfügung ist darum auch nach dem Entwurf für Betreuer und Gericht nur dann verbindlich, wenn passive Sterbehilfe strafrechtlich möglich ist, weil nach ärztlicher Überzeugung eine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit vorliegt (§§ 1901 b Abs. 3 Nr. 1, 1904 a Abs. 2). In Fällen, in denen keine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit vorliegt, es also um Lebensbeendigung bei Lebenden geht, wiegt die Schutzpflicht des Staates für das Leben schwerer als dort, wo es um das Sterbenlassen von Sterbenden geht. Eine bedingungslose Gleichbehandlung von aktuellen und antizipierten Willenserklärungen in dieser Frage würde dem Unterschied zwischen einer bewussten und freiverantwortlichen Entscheidung angesichts einer konkreten Krankheitssituation in Kenntnis ärztlichen Rats und einer im Vorhinein in einer existentiell anderen Situation in Unkenntnis der eigenen Befindlichkeit und Einstellungen zum Zeitpunkt des Krankheitsereignisses getroffenen Vorab-Verfügung nicht gerecht.

Nur wenn durch besondere Verfahrensvorkehrungen sichergestellt ist, dass die antizipierte Willenserklärung in einer Patientenverfügung in Bezug auf das eingetretene Krankheitsbild, die Möglichkeiten (palliativ-) medizinischer Behandlung, die Folgen des Abbruchs oder der Nichtvornahme der Behandlung der aktuellen Willenserklärung eines Einwilligungsfähigen vergleichbar ist, können ihr von der Rechtsordnung die gleichen rechtlichen Wirkungen beigelegt werden wie einer aktuellen Willenserklärung. Der Entwurf behandelt darum eine notariell beurkundete Patientenverfügung mit umfassender und dokumentierter ärztlicher Beratung in Bezug auf den Abbruch lebenserhaltender Behandlungen wie eine aktuelle Willenserklärung des Patienten, sofern sie nicht älter als fünf Jahre ist oder bestätigt wurde (§§ 1901 b Abs. 2, 1904 a Abs. 1). Wenn auf diese Weise durch *vorgelagerte* Verfahrensvorkehrungen sichergestellt ist, dass die antizipierte Willenserklärung des Betroffenen einer aktuellen Willenserklärung qualitativ vergleichbar ist, kann auch unter Lebensschutzaspekten auf einen *nachgelagerten* Schutz durch Reichweitenbegrenzung verzichtet werden. Beim entscheidungsfähigen Patienten ist es unstrittig, dass jede Heilbehandlung nur mit dessen Einwilligung erfolgen darf und er darum freiverantwortlich und vom Stadium einer Erkrankung unabhängig auch auf lebenserhaltende medizinische Behandlungen verzichten kann. Wenn durch besondere Verfahrensvorkehrungen sichergestellt ist, dass die antizipierte Betätigung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen in einer Patientenverfügung der aktuellen Willensäußerung weitestgehend vergleichbar ist, kann sich auch hier eine freiverantwortliche Betätigung des Selbstbestimmungsrechts durch den Betroffenen nicht unter Berufung auf die Lebensschutzpflicht des Staates aufgehoben werden.

Wie für Situationen, in denen eine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit vorliegt, kann nach dem Entwurf auch für Situationen, in denen der Betroffene ohne Bewusst-

sein ist und nach ärztlicher Überzeugung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit trotz Ausschöpfung aller medizinischen Möglichkeiten das Bewusstsein niemals wiedererlangen wird, in einer Patientenverfügung der Abbruch oder die Nichtvornahme lebenserhaltender medizinischer Maßnahmen angeordnet werden (§§ 1901 b Abs. 3 Nr. 2, 1904 a Abs. 3). Wie bei unheilbar Kranken handelt es sich hier um Lebende. Aus Achtung vor ihrer im Voraus getroffenen Entscheidung tritt auch in dieser aussichtslosen Situation der staatliche Lebensschutz hinter den erklärten Willen des Betroffenen zurück. Voraussetzung ist aber, dass der Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung in einer Patientenverfügung ausdrücklich angeordnet wurde. Niemals kann ein Behandlungsabbruch ohne oder gar gegen den Willen des Betroffenen erfolgen. Im Zweifel ist eine medizinisch indizierte Behandlung fortzusetzen. Diese Lösung des Entwurfs für die ethisch schwierigen Fälle des langfristig stabilen Wachkomas und der schwersten Formen der Demenz, bei denen die Betroffenen einerseits noch keine Sterbenden, andererseits dauerhaft ohne Bewusstsein sind und nach ärztlicher Erkenntnis niemals wieder in ein bewusstes Leben zurückgeholt werden können, orientiert sich an dem Vorschlag der Kammer für öffentliche Verantwortung der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD-Texte 80, 2005; für Vermittlungslösung für Fälle irreversiblen Bewusstseinsverlusts jetzt auch Ch. Jäger, Festschrift für Küper, Heidelberg 2007, S. 209 [214 ff.]).

6. Die Patientenverfügung im Kontext von Zivilrecht, Strafrecht und FGG

Der Entwurf entscheidet sich gegen eine sondergesetzliche Regelung der Fragen von Patientenautonomie und Sterbebegleitung am Lebensende und für eine Regelung im Kontext des Betreuungsrechts und innerhalb der bestehenden Systematik des BGB.

Von einer über die geltenden Bestimmungen hinausgehenden strafrechtlichen Regelung der Voraussetzungen und Grenzen zulässiger Sterbehilfe wird Abstand genommen. Durch die zivilrechtlichen Regeln über die Nichteinwilligung oder den Widerruf der Einwilligung in eine lebenserhaltende Behandlung (§§ 1901 b Abs. 2 und 3, 1904 Abs. 2 und 3, 1904 a) wird die Anwendung der strafgesetzlichen Bestimmungen zum Schutz des Lebens (§§ 211 ff. StGB) beeinflusst. Bei deren Anwendung sind die Vorschriften des PatVerfG zu beachten, weil diese zulässige Einwirkungen auf das Leben definieren und damit den Sanktionsregelungen der §§ 211 ff. StGB den Bezugspunkt einer Sanktion nehmen, soweit die Regeln des Gesetzes eingehalten werden (vgl. Höfling, MedR 2006, S. 25 [28]). Mit den Regelungen des Entwurfs trifft der Gesetzgeber spezialgesetzlich einen schonenden Ausgleich zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen (Art. 2 Abs. 1 GG) und der staatlichen Schutzpflicht für das Leben (Art. 2 Abs. 2 GG), mit der er die strafrechtliche Sanktionsnorm vorgelagerte Verhaltensnorm definiert. Nach dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung kann eine gesetzlich erlaubte Verhaltensweise nicht strafrechtlich sanktioniert sein.

Das gilt zunächst für Fälle endgültigen Bewusstseinsverlusts (langfristig stabiles Wachkoma, schwerste Demenz), die als solche keine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit darstellen, und für die der Entwurf bei Vorliegen einer ausdrücklichen Anordnung des Betroffenen in einer Patientenverfügung mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts den Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung zulässt. Das gilt aber auch in Fällen ohne unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit für Behandlungsabbrüche auf der Grundlage einer qualifizierten Patientenverfügung, die nach dem Entwurf wie aktuelle Willensäußerungen des einwilligungsfähigen Patienten ohne Reichweitenbeschränkung möglich sind (§§ 1901 b Abs. 2, 1904 a Abs. 1). Die vom Gesetzgeber vorgenommene Grundrechtsabwägung und Definition erlaubten Verhaltens bestimmt insoweit die Auslegung der strafrechtlichen Normen.

Die Regelungen über die Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung und Patientenverfügung werden ergänzt durch ein zivilrechtliches Koppelungsverbot (§ 1901 b Abs. 5), mit dem zum Schutz der Grundrechte auf Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1), Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) gesellschaftlichem oder individuellem Druck auf Abgabe einer (bestimmten) Patientenverfügung (z.B. als Aufnahmevoraussetzung in Einrichtungen) entgegengewirkt werden soll. Niemand darf nach der Vorschrift zur Errichtung einer Patientenverfügung verpflichtet werden (Satz 1). Und die Errichtung oder Vorlage einer Patientenverfügung darf auch nicht zur Voraussetzung eines Vertragsschlusses gemacht werden (Satz 2). Über den Bereich des Heimvertragsrechts hinaus wird damit ein gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB für alle Vertragsarten statuiert.

Die Regelungen im Betreuungsrecht werden ergänzt durch verfahrensrechtliche Regelungen im Recht der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (Art. 2 des Entwurfs). Die Ergänzungen sind in das derzeit noch geltende FGG einzufügen, weil das in der FGG-Reform beschlossene neue Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) erst am 01.09.2009 in Kraft treten wird.

6. Die Verantwortungsbereiche von Arzt, Betreuer/Bevollmächtigtem und Vormundschaftsgericht

Dadurch, dass der Entwurf sich in das geltende Recht einfügt, bleibt es auch grundsätzlich bei den gegenwärtigen Kompetenzen und Verantwortlichkeiten:

- Der Arzt beurteilt in eigener Verantwortung und Kompetenz, ob und welche Maßnahmen medizinisch indiziert sind. Ist nach Auffassung des behandelnden Arztes eine Behandlung medizinisch nicht (mehr) indiziert und wird sie aus diesem Grund von ärztlicher Seite nicht angeboten, ist für eine Entscheidung des Betreu-

ers oder Bevollmächtigten und für die Einschaltung des Vormundschaftsgerichts kein Raum (BGH Z 154, 205 [225]). Ist die Maßnahme dagegen medizinisch indiziert und unaufschiebbar, ist der Arzt beim einwilligungsunfähigen Patienten nach den allgemeinen Grundsätzen des Arztrechts gehalten, die Maßnahme durchzuführen oder aufrechtzuerhalten, bis die Entscheidung des Betreuers oder Bevollmächtigten (und ggf. eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung) über die Einwilligung vorliegt.

- Der Bevollmächtigte oder der Betreuer entscheidet für den Patienten, ob die Einwilligung in die ärztlicherseits angebotene medizinisch indizierte Maßnahme erteilt wird. Als Vertreter hat er die exklusive Aufgabe, dem Willen des Betroffenen gegenüber Arzt und Pflegepersonal in eigener Verantwortung Ausdruck und Geltung zu verschaffen (BGH Z 154, 205 [211]). Hierbei unterliegt er den in § 1901 statuierten und durch den Entwurf in § 1901 b konkretisierten Pflichten zur Berücksichtigung von Wohl und Wille des Betreuten unter Beachtung der in einer Patientenverfügung im Vorhinein geäußerten Wünsche und Entscheidungen. Er stellt den (mutmaßlichen) Willen des Betreuten fest und klärt (beim Abbruch lebenserhaltender Behandlungen beraten durch das Konsil), ob eine Patientenverfügung auf die eingetretene Situation zutrifft (§ 1901 b Abs. 1) oder Willensmängel vorliegen (§ 1901 b Abs. 2).
- In bestimmten Fällen bedürfen Einwilligung, Nichteinwilligung oder und Widerruf der Einwilligung durch den Betreuer bzw. Bevollmächtigten der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht. Das ist gegenwärtig nach § 1904 Abs. 1 bei lebensgefährlichen Untersuchungen, Heilbehandlungen oder ärztlichen Eingriffen und aufgrund richterlicher Rechtsfortbildung (BGH Z 154, 205 [221]) bei lebenserhaltender oder -verlängernder Behandlung oder Weiterbehandlung der Fall. Der Entwurf lässt die vormundschaftsgerichtliche Genehmigungspflicht nach § 1904 Abs. 1 unverändert und regelt die bestehende Genehmigungspflicht beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Maßnahmen gesetzlich in den Absätzen 2 bis 5. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung wird dem Betreuer bzw. dem Bevollmächtigten erteilt.
- Verweigert der Betreuer die Einwilligung in eine lebenserhaltende medizinische Maßnahme ohne eine erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, so handelt er pflichtwidrig und hat dies zu verantworten. Das Vormundschaftsgericht hätte nach § 1908 i in Verbindung mit § 1837 gegen ihn Aufsichtsmaßnahmen zu ergreifen und ihn erforderlichenfalls aus dem Amt zu entlassen (§ 1908 b). Die pflichtwidrige Verweigerung der Einwilligung oder der pflichtwidrige Widerruf ist zudem – auch dem Arzt gegenüber - unwirksam. Der Arzt müsste eine (unaufschiebbare) lebenserhaltende Maßnahme bis zu einer wirksamen Entscheidung des Betreuers bzw. Bevollmächtigten fortsetzen. Unterlässt er dies, ist er nach den allgemeinen Grundsätzen des Arztrechts verantwortlich.

III. Kosten

Zusätzliche Kosten für die öffentlichen Kassen des Bundes und der Länder werden durch den Entwurf gegenüber dem geltenden Recht nicht verursacht. Bereits nach der gegenwärtigen Rechtslage bedarf die Entscheidung eines Betreuers gegen lebensverlängernde oder –erhaltende Maßnahmen grundsätzlich einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (BGH Z 154, 206 [226] Beschluss v. 17.03.2003).

Die Regelung des Entwurfs führt demgegenüber zu einer Reduktion der gerichtlichen Genehmigungspflichten, indem sie klarstellt, dass auch jenseits der Fälle ärztlicherseits (wegen fehlender oder weggefallener Indikation) nicht angebotener Weiterbehandlung (BGH Z 154, 206 [225]) das Vormundschaftsgericht bei Vorliegen einer unheilbaren, tödlich verlaufenden Krankheit und entsprechender Wünsche und Entscheidungen in einer Patientenverfügung auch bei Behandlungsabbrüchen nur im Dissens-Fall eingeschaltet werden muss, also immer dann nicht, wenn nach Beratung im Konsil zwischen Arzt und Betreuer Einvernehmen besteht, dass der Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung dem in einer Patientenverfügung geäußerten Willen des Patienten entspricht (§ 1904 Abs. 3).

Auch die Klarstellung in § 67 Abs. 1 FGG, dass für den Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung immer ein Verfahrenspfleger zu bestellen ist, entspricht der gegenwärtigen Rechtslage nach der obergerichtlichen Rechtsprechung (OLG Karlsruhe NJW 2004, 1882 [1883]; FamRZ 2002, 488 [490]) und verursacht keine zusätzlichen Kosten.

Kostenbelastungen für die Wirtschaft sowie Auswirkungen des Gesetzes auf Einzelpreise, auf das Preisniveau und das Verbraucherpreisniveau sind daher nicht zu erwarten.

IV. Bundeskompetenz

Die Bundeskompetenz für das Betreuungsrecht folgt aus Artikel 74 Abs. 1 Nr. 1 GG. Sie unterfällt seit der Föderalismusreform nicht mehr der Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG, so dass sich nähere Ausführungen zu der auch bislang bejahten Erforderlichkeit der bundeseinheitlichen Regelung des Betreuungsrechts erübrigen.

Das Gesetz ist nicht zustimmungsbedürftig, da keine Pflichten der Länder zur Erbringung von Geldleistungen, geldwerten Sachleistungen oder vergleichbaren Dienstleistungen gegenüber Dritten begründet werden. Die Ausgaben für die Vergütung der Betreuer und die Vormundschaftsgerichte sind normale Verwaltungskosten und fal-

len schon nach der geltenden Rechtslage an, die durch den Entwurf nur klargestellt wird.

elektronische Vorabfassung*

B. Einzelbegründung

Zu Artikel 1 (Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs)

Zu Nr. 2 (Ergänzung des § 1896 Abs. 2 um einen neuen Satz 2)

§ 1896 legt als zentrale Vorschrift des Betreuungsrechts fest, unter welchen Voraussetzungen vom Vormundschaftsgericht ein Betreuer zu bestellen ist. Dies ist immer dann der Fall, wenn ein Volljähriger auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen kann. § 1896 Abs. 2 S. 1 regelt, dass der Betreuer nur für Aufgabenkreise bestellt werden darf, in denen die Betreuung erforderlich ist. Der bisherige Satz 2 legt zudem fest, dass die gerichtliche Bestellung eines Betreuers subsidiär gegenüber der Bestellung eines Bevollmächtigten durch den Betroffenen ist, soweit die Angelegenheiten durch den Bevollmächtigten besorgt werden können.

Der nach § 1896 Abs. 2 S. 1 eingefügte neue Satz 2 stellt klar, dass demgegenüber das Vorliegen einer Patientenverfügung die Erforderlichkeit der Betreuerbestellung nicht ausschließt. Auch wenn der Betreute in einer Patientenverfügung Vorabverfügungen für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit getroffen hat, muss der Betreuer die Patientenverfügung in der eingetretenen Situation auslegen und ihr Geltung verschaffen. Die Bestellung eines Betreuers ist gegenüber einer Patientenverfügung also nicht subsidiär.

Zu Nr. 3 (Neufassung des § 1901 a)

Teilregelungen der Betreuungsverfügung sind bereits im geltenden § 1901 a S. 1 unter der Bezeichnung „Schriftliche Betreuungswünsche“ enthalten. Dieser statuiert für den Besitzer eines entsprechenden Schriftstücks ab Kenntnis von der Einleitung eines Betreuungsverfahrens eine Ablieferungspflicht gegenüber dem Vormundschaftsgericht. Mit den Sätzen 2 und 3 wurden in der Betreuungsrechtsnovelle von 2005 Teilregelungen der Vorsorgevollmacht angefügt, die das in §§ 1896 Abs. 2 S. 2 und 1904 Abs. 2 vorausgesetzte Institut des (Gesundheits-) Bevollmächtigten um eine Pflicht zur Unterrichtung des Vormundschaftsgerichts über Schriftstücke und Vorlage einer Abschrift ergänzen.

Absatz 1

Die neu gefasste Vorschrift regelt jetzt in Absatz 1 das Institut der Vorsorgevollmacht, die in dem Entwurf durchgängig als Alternative zur Patientenverfügung verstanden wird. Satz 1 enthält eine Legaldefinition der Vorsorgevollmacht, die diese

wie in § 1896 Abs. 2 S. 2 und § 1904 Abs. 2 (unter Vermeidung der sprachlichen Unzulänglichkeiten des gegenwärtigen § 1901 a S. 2) als die Bestellung eines Bevollmächtigten für den Fall bestimmt, dass der Betroffene auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung ganz oder teilweise seine Angelegenheiten nicht besorgen kann. Der (Gesundheits-) Bevollmächtigte kann also für all die Fälle bestellt werden, in denen nach § 1896 Abs. 1 ein Betreuer bestellt werden müsste, also nicht nur für den Fall der Einwilligungsunfähigkeit wie bei Patientenverfügungen. Die Vorsorgevollmacht ist nicht generell an eine bestimmte Form gebunden (§ 167 Abs. 2), für bestimmte Inhalte ist aber in §§ 1904 Abs. 2, 1906 Abs. 5 und nach dem Entwurf künftig in § 1901 b Abs. 6 S. 2 die Schriftform besonders angeordnet. Üblicherweise wird die Vorsorgevollmacht darum in einer Vollmachtsurkunde erteilt (§ 172).

In Absatz 1 Satz 2 wird - wie im geltenden § 1901 a S. 2 - der Besitzer eines Schriftstücks, in dem eine solche Vorsorgevollmacht enthalten ist, verpflichtet, das Vormundschaftsgericht zu unterrichten. Eine Vorsorgevollmacht kann auch in einem anderen Dokument (z.B. Generalvollmacht) enthalten sein. Wie nach geltender Rechtslage, wo für die Unterrichtungspflicht bzgl. der Vorsorgevollmacht nach h.M. die gleichen Bedingungen („ebenso“) wie die Ablieferungspflicht bzgl. einer Betreuungsverfügung nach S. 1 gelten (Staudinger, BGB, § 1901 a Rn. 29; Münchener Kommentar BGB, § 1901 a Rn. 8), muss die Unterrichtung des Vormundschaftsgerichts unverzüglich erfolgen, aber erst nach Kenntnis von der Einleitung eines Verfahrens zur Bestellung eines Betreuers.

Nach Absatz 1 S. 3 des Entwurfs kann das Vormundschaftsgericht - wie nach jetziger Rechtslage nach § 1901 a S. 3 - eine Abschrift der Vollmacht verlangen. Eine Ablieferungspflicht wie bei der Betreuungsverfügung kommt nicht in Betracht, da der Bevollmächtigte sich im Rechtsverkehr aus dem Original der Vollmachtsurkunde legitimiert. Seit dem 1.3.2005 können Vorsorgevollmachten (unabhängig von Beurkundung oder Beglaubigung) im zentralen Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer registriert werden (§§ 78 a-78 c BNotO); das Vormundschaftsgericht kann diese elektronisch abrufen.

Absatz 2

Der neu gefasste Absatz 2 enthält in Satz 1 eine Legaldefinition der Betreuungsverfügung, die der bislang in der Ablieferungspflicht des § 1901 a S. 1 implizit enthaltenen und in § 1897 Abs. 4 S. 3 vorausgesetzten Definition entspricht. Das Erfordernis der Volljährigkeit für Betreuungsverfügungen ergibt sich bislang aus § 1897 Abs. 4 S. 3.

Absatz 2 S. 2 normiert – wie bislang § 1901 a S. 1 – eine Ablieferungspflicht für Betreuungsverfügungen. Der Besitzer eines entsprechenden Schriftstücks hat dieses

unverzüglich, nachdem er von der Einleitung eines Betreuungsverfahrens Kenntnis erlangt hat, an das Vormundschaftsgericht abzuliefern.

Zu Nr. 4 (Einfügung eines § 1901 b BGB)

Absatz 1

Satz 1

§ 1901 b Abs. 1 Satz 1 enthält eine Legaldefinition des Instituts der Patientenverfügung, das in der Rechtspraxis anerkannt, aber bislang nicht gesetzlich geregelt ist. Gegenstand einer Patientenverfügung können in allgemeiner Form gehaltene Wünsche zur medizinischen und krankenpflegerischen Behandlung, aber auch im Vorhinein für den Fall der Einwilligungsunfähigkeit getroffene Entscheidungen über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in bestimmte oder bestimmbare medizinische Maßnahmen sein. Die Patientenverfügung muss sich keiner medizinischen oder juristischen Fachterminologie bedienen, als rechtsgeschäftsähnliche Handlung aber so bestimmt sein, dass ihr rechtlicher Sinn zumindest im Wege der Auslegung nach § 133 ermittelt werden kann.

Zugleich ordnet § 1901 b Abs. 1 Satz 1 für Patientenverfügungen die Schriftform an. Das Schriftformerfordernis dient in erster Linie dem Schutz des Erklärenden vor übereilten oder unüberlegten Erklärungen. Zudem soll die Schriftform auch zur Klarstellung des Gewollten beitragen und der Überprüfbarkeit des Handelns des Betreuers dienen und diesen gleichzeitig absichern und entlasten. Das Erfordernis der Schriftform verweist auf § 126. Danach muss die Patientenverfügung eigenhändig durch Namensunterschrift (oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens) unterschrieben werden. Es ist also (anders als z.B. beim eigenhändigen Testament nach § 2247) nicht erforderlich, dass die ganze Patientenverfügung eigenhändig geschrieben wird. Gemäß § 126 Abs. 4 kann die Schriftform auch durch notarielle Beurkundung ersetzt werden, so dass die Errichtung einer formgültigen Patientenverfügung auch für eine Person möglich bleibt, die zwar noch einwilligungsfähig ist, aber krankheitsbedingt nicht mehr schreiben kann.

Satz 2

§ 1901 b Abs. 1 Satz 2 ordnet für die in einer Patientenverfügung niedergelegten Wünsche zur Behandlung und Entscheidungen über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in medizinische Maßnahmen eine besondere Bindungswirkung an. Der bei Einwilligungsunfähigkeit des Patienten nach § 1896 vom Vormundschaftsgericht zu bestellende Betreuer bzw. ein vom Betroffenen selbst im Vorhinein in einer Vorsorgevollmacht bestellter Bevollmächtigter (§ 1901 b Abs. 6) hat den Wünschen und Entscheidungen der Patientenverfügung grundsätzlich ohne eigenen Ermessens-

spielraum Geltung zu verschaffen, wenn sie auf die eingetretene (Krankheits-) Situation zutreffen. Der Entwurf greift hiermit die von der Rechtsprechung (BGH Z 154, 205 [213] v. 17.03.2003) entwickelten Grundsätze auf, nach denen der Betreuer in diesen Fällen inhaltlich keine eigene Entscheidung trifft, sondern eine im Voraus getroffene höchstpersönliche Entscheidung des Betroffenen umsetzt und die rechtlich notwendige Einwilligung in die medizinische Behandlung erteilt.

Vorraussetzung und von dem Betreuer bzw. Bevollmächtigten zu prüfen ist, dass die Wünsche oder Entscheidungen der Patientenverfügung auf die eingetretene (Krankheits-) Situation zutreffen. Wenn eine Patientenverfügung für die konkrete Situation keine Anordnungen enthält, bleibt es insofern bei der allgemeinen Pflicht des Betreuers aus § 1901, die Angelegenheiten des Betreuten so zu besorgen, wie es dessen mutmaßlichem Willen und Wohl entspricht, und den (nicht schriftlich in einer Patientenverfügung niedergelegten) Wünschen des Betreuten zu entsprechen, soweit es dessen Wohl nicht zuwiderläuft und dem Betreuer zuzumuten ist. Das Wohl des Betreuten ist dabei nicht nur objektiv, sondern – im Grundsatz sogar vorrangig – subjektiv zu verstehen; denn zum Wohl des Betreuten gehört nach § 1901 Abs. 2 S. 2 auch „die Möglichkeit, ... sein Leben nach seinen eigenen Vorstellungen und Wünschen zu gestalten“ (BGH Z 154, 205 [216]).

Wünsche oder Entscheidungen einer Patientenverfügung können vom Betreuten widerrufen werden bis zuletzt. Für einen Widerruf ist keine Form erforderlich, er ist mündlich oder durch nonverbale Gesten möglich. Auch Geschäfts- oder Einwilligungsfähigkeit ist für den Widerruf nicht erforderlich. Es reicht (wie beim geltenden § 1901 Abs. 3 S. 2), dass der Betreute an den im Vorhinein getroffenen Entscheidungen in der aktuell eingetretenen Situation erkennbar nicht festhalten will, indem er sich von seiner früheren Verfügung mit erkennbarem Widerrufswillen distanziert (BGH Z 154, 205 [217]). Dazu reicht der natürliche Wille eines Menschen, der eine in der Patientenverfügung gebilligte Behandlung in der konkreten Situation erkennbar ablehnt oder trotz eines in der Patientenverfügung angeordneten Behandlungsverzichts erkennbar behandelt werden und am Leben festhalten möchte. Im Zweifel ist eine medizinisch indizierte Behandlung fortzusetzen. Ob Anzeichen für eine Willensänderung vorliegen, wird beim Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung in einem beratenden Konsil aus Betreuer, Ärzten, den nächsten Angehörigen und Pflegepersonen erforscht (§ 1904 Abs. 4).

Wenn eine Patientenverfügung nachträglich widerrufen worden ist oder der Betroffene an ihr erkennbar nicht festhalten will, bleibt es insofern bei der allgemeinen Pflicht des Betreuers aus § 1901, die Angelegenheiten des Betreuten so zu besorgen, wie es dessen Wohl entspricht, und Wünschen des Betreuten zu entsprechen, soweit es dessen Wohl nicht zuwiderläuft und dem Betreuer zuzumuten ist. Auch der Widerruf einer auf einen Behandlungsabbruch gerichteten Patientenverfügung führt also nicht in eine bedingungslose Lebens- und Leidensverlängerung, sondern eröffnet Raum für eine verantwortliche Entscheidung des Betreuers, der sich in Ansehung der kon-

kreten Situation an den Wünschen und ggf. am mutmaßlichen Willen des Betreuten zu orientieren hat.

Absatz 2

Gegenüber den sonstigen in einer Patientenverfügung enthaltenen Wünschen und Entscheidungen werden in Absatz 2 (ebenso wie auch in Absatz 3) *zusätzlich* besondere Voraussetzungen speziell für den Abbruch oder die Nichtvornahme *lebenserhaltender* medizinischer Maßnahmen aufgestellt. Diese sind wegen der Pflicht des Gesetzgebers zur Fürsorge und zum Lebensschutz aus Artikel 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG (BVerfGE 45, 187 [254 f.]; 46, 160 [164]) geboten, weil durch den Abbruch oder die Nichtvornahme einer lebenserhaltenden Behandlung der Schutzbereich dieses Grundrechts und die Schutzpflicht des Staates berührt wird. Andere Anordnungen als solche über den Abbruch lebenserhaltender Behandlungen sind nach § 1901 b Abs. 1 ohne die besonderen Voraussetzungen nach Absatz 2 und 3 möglich und verbindlich.

§ 1901 b Abs. 2 regelt den besonderen Typ der Patientenverfügung mit ärztlicher Beratung und notarieller Beurkundung, mit der ohne Reichweitenbegrenzung verbindliche Anordnungen über den Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung getroffen werden können. Der einwilligungsfähige Patient kann unstreitig auf eine lebenserhaltende Behandlung freiverantwortlich verzichten, selbst wenn diese aus ärztlicher Sicht indiziert und notwendig ist, denn jeder ärztliche Heileingriff ist nur mit der (ggf. mutmaßlichen) Einwilligung, nicht gegen den erklärten Willen des Patienten möglich. Die ärztliche Fürsorge um das Patientenwohl dokumentiert sich hier darin, dass der Arzt den einwilligungsfähigen Patienten über die Art seiner Erkrankung, die Möglichkeiten medizinischer Behandlung und die Folgen eines Behandlungsverzichts bzw. Behandlungsabbruchs aufklären kann. Beim einwilligungsunfähigen Patienten ist diese Möglichkeit dagegen typischerweise nicht gegeben. Darum sind Anordnungen in einer einfachen Patientenverfügung, die zum Tod des Patienten führen würden, ohne dass aus ärztlicher Sicht eine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit vorliegt, nicht verbindlich, damit in nicht hoffnungslosen Fällen der ärztlichen Fürsorge für das Wohl des momentan selbst nicht entscheidungsfähigen Patienten Raum zu verschaffen (§ 1901 b Abs. 3).

Satz 1

Bei Vorliegen einer Patientenverfügung, die in einwilligungsfähigen Zustand nach umfassender ärztlicher Beratung über das später eingetretene Krankheitsbild abgegeben wurde, behandelt der Entwurf die enthaltenen Wünsche und Entscheidungen wie eine aktuelle freiverantwortliche Willenserklärung des einwilligungsfähigen Patienten. Wenn durch besondere Verfahrensvorkehrungen sichergestellt ist, dass der antizipierte Wille in einer Patientenverfügung in Bezug auf das später eingetretene Krankheitsbild, die Kenntnis über Möglichkeiten (palliativ-) medizinischer Behand-

lung, die Folgen des Abbruchs oder der Nichtvornahme der Behandlung der aktuellen Willenserklärung eines Einwilligungsfähigen vergleichbar ist, kann ihr von der Rechtsordnung auch die gleiche Reichweite wie einer freiverantwortlichen aktuellen Willenserklärung beigelegt werden. Nach dem Entwurf ist darum eine notariell beurkundete Patientenverfügung mit umfassender und dokumentierter ärztlicher Beratung auch in Bezug auf den Abbruch lebenserhaltender Behandlungen ohne Reichweitenbegrenzung verbindlich (§§ 1901 b Abs. 2, 1904 a Abs. 1). Es bleibt bei der Prüfung des Zutreffens auf die eingetretene Situation und den Widerrufsmöglichkeiten nach Absatz 1 und den Schutzbestimmungen des Absatzes 4.

Nr. 1

Um die besonderen Rechtswirkungen einer Patientenverfügung mit Beratung i.S.d. § 1901 b Abs. 2 anzunehmen, muss nach Satz 1 Nr. 1. der Errichtung der Patientenverfügung eine umfassende ärztliche Aufklärung vorausgegangen sein, die gerade auch das im Zeitpunkt des Behandlungsabbruchs vorliegende Krankheitsbild umfasst hat; wurde nur ganz allgemein oder über andere Krankheitsbilder aufgeklärt, ist die Vorausverfügung einer aktuellen freiverantwortlichen Entscheidung des einwilligungsfähigen Patienten nicht vergleichbar und rechtfertigt es darum nicht, ihr die besonderen rechtlichen Wirkungen des Absatzes 2 beizulegen. Die ärztliche Beratung muss zudem zeitnah, also in zeitlichem Zusammenhang mit der Errichtung der Patientenverfügung erfolgt sein, was jedenfalls der Fall ist, wenn zwischen Aufklärung und Errichtung nicht mehr als drei Monate vergangen sind. Die ärztliche Beratung muss die Möglichkeiten einer medizinischen, ggf. auch palliativmedizinischen Behandlung des eingetretenen Krankheitsbilds und die Folgen eines Behandlungsabbruchs oder der Nichtvornahme der medizinischen Maßnahme umfassen und nach Nr. 3 vom Arzt dokumentiert werden. Die ärztliche Beratung sollte gegebenenfalls auch auf das Verhältnis zu einer beabsichtigten Organspende eingehen. (Die ärztliche Beratung zur Erstellung einer Patientenverfügung wird in Artikel 3 Nr. 3 des Entwurfs in den Leistungskatalog der GKV übernommen.)

Nr. 2

Eine Patientenverfügung nach § 1901 b Abs. 2 bedarf nach Nr. 2 der notariellen Beurkundung, der eine Belehrung des Notars über die rechtlichen Wirkungen der Patientenverfügung und die Widerrufsmöglichkeiten vorausgeht. Bei der Beurkundung prüft der Notar die Einwilligungsfähigkeit des Verfügenden. Der Notar soll dem Erklärenden die Bedeutung seiner Entscheidungen verdeutlichen. Zugleich soll er im Rahmen der ihm gesetzlich auferlegten Prüfungs- und Belehrungspflicht nach § 17 BeurkG die Übereinstimmung von Wille und Erklärung kontrollieren und für eindeutige Formulierungen Sorge tragen.

Für die Beurkundung einer Patientenverfügung wird nach § 36 Abs. 1 KostO eine volle Gebühr erhoben. Dabei ist wenn die Erklärung ausschließlich nichtvermögens-

rechtlichen Charakter hat, nach § 30 Abs. 3 S. 1 KostO der Regelwert des § 30 Abs. 2 S. 1 KostO von € 3000,- zugrunde zu legen (OLG Hamm, Beschluss v. 8.11.2005, NJW-RR 2006, 1365). Mit Auslagen und Mehrwertsteuer bedeutet dies Kosten von unter 40,-€ für die Beurkundung. (Bei Mittellosigkeit im Sinne des Prozesskostenhilferechts ist die Urkundstätigkeit des Notars nach § 17 Abs. 2 BNotO grundsätzlich gebührenfrei.)

Nach § 1901 b Abs. 2 S. 1 Nr. 2 sind die besonderen Wirkungen der Patientenverfügung mit Beratung auf die fünf Jahre nach Errichtung der Patientenverfügung begrenzt. Maßgeblicher Zeitpunkt dafür ist die notarielle Beurkundung.

Nr. 3

Die ärztliche Aufklärung nach Nr. 1 und ihre Inhalte sind vom Arzt zu dokumentieren. (Diese ärztliche Leistung der Dokumentierung wird in Artikel 3 Nr. 3 des Entwurfs in den Leistungskatalog der GKV übernommen.) Auf die Dokumentation über die ärztliche Aufklärung wird in der notariellen Urkunde verwiesen. Sie ist dieser beizufügen und gilt damit nach § 9 Abs. 1 S. 2 BeurkG als in der Niederschrift enthalten.

Satz 2

§ 1901 b Abs. 2 S. 2 eröffnet die Möglichkeit, die Patientenverfügung für jeweils fünf Jahre zu bestätigen und damit ihre besonderen Wirkungen zu erhalten (sog. Aktualisierungserfordernis). Damit wird sichergestellt, dass das scharfe Instrument der Patientenverfügung *mit* Beratung und *ohne* Reichweitenbegrenzung im Zeitpunkt seiner Anwendung noch von einem relativ aktuellen Willen des Betroffenen umfasst ist und nicht zu einem Zeitpunkt Wirkungen entfaltet, zu dem sie bereits in Vergessenheit geraten und vom Willen des Betroffenen nicht mehr umfasst ist. Unterbleibt eine Bestätigung, so gilt sie als einfache Patientenverfügung nach Maßgabe des § 1901 b Abs. 3 fort.

Die Bestätigung erfolgt nach § 1901 b Abs. 2 S. 2 schriftlich, d.h. durch eigenhändige Namensunterschrift, und gemäß den Voraussetzungen in § 1901 b Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 3, d.h. es ist eine neue ärztliche Aufklärung auf dem aktuellen Stand der Medizin erforderlich, die ebenfalls wieder vom Arzt zu dokumentieren und der Patientenverfügung beizufügen ist. Dagegen ist eine neue notarielle Beurkundung und Belehrung nur erforderlich, wenn Änderungen in der Patientenverfügung vorgenommen werden sollen, die sich auf den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen beziehen und eine inhaltliche Änderung darstellen und darum wie eine neue Patientenverfügung zu behandeln sind. Veränderungen, die einen (teilweisen) Widerruf des Verfügten darstellen, sind dagegen nach § 1901 b Abs. 1 S. 2 jederzeit und ohne besondere Form möglich.

Wenn der Betroffene die Patientenverfügung deswegen nicht mehr erneuern kann, weil er zwischenzeitlich die Einwilligungsfähigkeit verloren hat, so gelten seine in einwilligungsfähigem Zustand getroffenen Verfügungen ohne Bestätigung fort. Bei Veränderungen der medizinischen Möglichkeiten seit Errichtung gilt § 1901 b Abs. 4.

Absatz 3

Eine umfassende ärztliche und rechtliche Beratung bei der Abfassung einer Patientenverfügung sowie die regelmäßige Aktualisierung sichern Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen sowie sein Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Der Respekt vor dem Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen gebietet, auch wenn es um den Abbruch lebenserhaltender Behandlungen geht, neben der Patientenverfügung mit Beratung (§ 1901 b Abs. 2) wie nach jetziger Rechtslage auch solche Patientenverfügungen als verbindlichen Ausdruck des Patientenwillens zu betrachten, die jenseits von Schriftform und Einwilligungsfähigkeit keine weiteren Formvoraussetzungen erfüllen (§ 1901 b Abs. 3). Da aber die Lebensschutzpflicht des Staates hier nicht durch die vorherige ärztliche und rechtliche Beratung erfüllt wird, kann deren Reichweite nicht unbegrenzt sein.

Nr. 1

Nach Absatz 3 Nr. 1 sind Wünsche und Entscheidungen einer Patientenverfügung, die auf den Abbruch oder die Nichtvornahme lebenserhaltender medizinischer Maßnahmen gerichtet sind, für den Betreuer auch dann verbindlich, wenn die Patientenverfügung zwar nicht die besonderen Formvorschriften des § 1901 b Abs. 2 erfüllt, nach ärztlicher Überzeugung aber eine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit vorliegt.

Der Entwurf greift damit das in der Rechtsprechung entwickelte und in das geltende ärztliche Standesrecht eingeflossene Kriterium der „infausten Prognose“ zur Abgrenzung der Reichweite von Patientenverfügungen auf. Zugleich trägt der Entwurf dem ebenfalls von der Rechtsprechung betonten Umstand Rechnung, dass ein in einer Patientenverfügung, der nicht eine umfassende ärztliche Beratung i.S.d. Absatz 2 vorausgegangen ist, gleichsam am „grünen Tisch“ im Voraus erklärter (antizipierter) Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen mit einer aktuellen Willensentscheidung nicht in jeder Hinsicht vergleichbar ist. Es entspricht allgemeiner Lebenserfahrung, dass bei einer Verfügung, die eine Situation vorweg nimmt, die nicht existentiell erlebt ist, ein erheblicher Unterschied zu einer aktuellen Willensäußerung besteht, die angesichts einer real eingetretenen Lebensgefahr und / oder im Lichte einer umfassenden ärztlichen Aufklärung über die Möglichkeiten medizinischer Behandlung und die Folgen eines Abbruchs oder der Nichtvornahme der medizinischen Maßnahme erklärt wird. Dieser Unterschied gebietet es, unter dem Gesichtspunkt der Fürsorge und des Lebensschutzes Vorausverfügungen über den Abbruch oder die Nichtvornahme lebenserhaltender medizinischer Maßnahmen ohne vorausgegangene um-

fassende ärztliche Aufklärung nicht verpflichtend gelten zu lassen (sog. Reichweitenbegrenzung).

Bei der Bestimmung der Reichweite einer Patientenverfügung legt der Entwurf die von der Rechtsprechung entwickelten Maßstäbe zugrunde. Seit dem „Kemptener Urteil“ des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 13.09.1994 (BGH St 40, 257 [260]) ist anerkannt, dass bei unheilbar erkrankten, nicht mehr entscheidungsfähigen Patienten bei entsprechendem Patientenwillen als Ausdruck der allgemeinen Entscheidungsfreiheit und des Rechts auf körperliche Unversehrtheit ein Behandlungsabbruch auch dann möglich ist, wenn der Sterbevorgang noch nicht eingesetzt hat. Von den Voraussetzungen strafrechtlich zulässiger passiver Sterbehilfe (im engeren Sinne), „dass das Grundleiden eines Kranken nach ärztlicher Überzeugung unumkehrbar [irreversibel] ist, einen tödlichen Verlauf angenommen hat und der Tod in kurzer Zeit eintreten wird“, ist das Merkmal unmittelbarer Todesnähe nicht zwingend erforderlich. Die anderen Tatbestandsvoraussetzungen zulässiger passiver Sterbehilfe sind aber damit, wie der 12. Zivilsenat des BGH im Beschluss vom 17.03.2003 klargestellt hat, nicht verzichtbar geworden. Für das Verlangen eines Betreuers, eine medizinische Behandlung einzustellen, ist darum nach der Rechtsprechung kein Raum, wenn das Grundleiden des Betroffenen in den Worten des BGH „noch keinen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen hat“ (BGH Z 154, 205 [215]; vgl. auch Jäger, FS Küper, Heidelberg 2007, S. 209 [212]).

Diese objektive, auch für das Zivilrecht verbindliche Grenze zulässiger Sterbehilfe gilt nach dem Entwurf grundsätzlich auch für Wünsche und Entscheidungen einer Patientenverfügung, die auf den Abbruch oder die Nichtvornahme lebenserhaltender medizinischer Maßnahmen gerichtet sind. Wie in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Reichweite einer Patientenverfügung darum grundsätzlich auf Fälle begrenzt, in denen das Grundleiden einen irreversiblen tödlichen Verlauf genommen hat. Der Entwurf begrenzt die Wirkung einer Patientenverfügung, die nicht nach umfassender ärztlicher Aufklärung und Belehrung über die Rechtsfolgen und Widerrufsmöglichkeiten ergangen ist (§ 1901 b Abs. 2), darum grds. auf Fälle, in denen nach ärztlicher Überzeugung eine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit vorliegt (§ 1901 b Abs. 3 Nr. 1).

Nach § 1904 Abs. 2 und 3 des Entwurfs kann immer dann, wenn eine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit vorliegt, der Wunsch auf Behandlungsabbruch bei Einvernehmen zwischen Arzt und Betreuer nach Beratung in einem Konsil mit Pflegepersonen und nächsten Angehörigen auch ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erfüllt werden. Bei Dissens überprüft das Vormundschaftsgericht die Entscheidung des Betreuers (vgl. Einzelbegründung zu § 1904 Abs. 2 und 3).

Nr. 2

Über den Grundfall in Absatz 3 Nr. 1 hinaus kann nach Nr. 2 in einer Patientenverfügung ein Behandlungsverzicht auch für Fälle angeordnet werden, in denen zwar eine Patientenverfügung vorliegt, diese aber nicht die besonderen Voraussetzungen des § 1901 b Abs. 2 erfüllt, und auch keine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit vorliegt, der Betreute aber ohne Bewusstsein ist und mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit trotz Ausschöpfung aller medizinischen Möglichkeiten das Bewusstsein niemals wiedererlangen wird. Wie bei der Patientenverfügung nach ärztlicher Beratung gemäß § 1901 b Abs. 2, aber beschränkt auf Spätstadien ohne Hoffnung auf Besserung, ist nach § 1901 b Abs. 3 Nr. 2 in einer normalen Patientenverfügung die Anordnung eines Behandlungsverzichts auch für bestimmte Fälle langfristig stabilen Wachkomas und schwerster Demenz möglich, die nach h.M. noch nicht als tödlich verlaufende Krankheit unter Nr. 1 fallen, weil sie aus medizinischer Sicht nicht als infaust eingestuft werden und bei medizinischer Behandlung langfristig stabilisiert werden können. Patientenverfügungen, die entsprechende Anordnungen treffen, sind damit auch ohne notarielle Beurkundung wirksam.

Ein Behandlungsabbruch kommt hier nach der Formulierung des Tatbestandes aber nur in solchen Fällen in Frage, in denen der Betreute ohne Bewusstsein ist und trotz Ausschöpfung aller medizinischen Möglichkeiten das Bewusstsein mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit niemals wiedererlangen wird. Ausgeschlossen sind damit Fälle, in denen das Wachkoma (sog. apallisches Syndrom) erst vor kurzer Zeit eingetreten ist oder noch Zustandsverbesserungen (Remissionen) vorkommen können. Voraussetzung ist ein (mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit) endgültiger Verlust des Bewusstseins. Es geht also nur um Zustände schwerster zerebraler Schädigung und anhaltender Bewusstlosigkeit, nicht aber z.B. um Fälle von Altersdemenz, bei denen der Betroffene zunehmend verwirrt, aber nicht unwiederbringlich ohne Bewusstsein ist.

Wann davon auszugehen ist, dass mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ein Patient das Bewusstsein niemals wiedererlangen wird, beurteilt sich wie bei der Frage, ob eine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit vorliegt (Abs. 3 Nr. 1), nach ärztlicher Überzeugung. In der medizinischen Fachliteratur werden je nach Art der Erkrankung beim Wachkoma Zeiträume von einem halben bzw. einem Jahr genannt, nach denen eine Wiedererlangung des Bewusstseins aus ärztlicher Sicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann. Der Tatbestand ist bewusst offen für medizinischen Fortschritt und veränderte Erkenntnisse über diese Krankheitsbilder.

Die Lösung des Entwurfs für die ethisch schwierigen Fälle des langfristig stabilen Wachkomas und der schwersten Formen der Demenz, bei denen die Betroffenen einerseits noch keine Sterbenden, andererseits dauerhaft ohne Bewusstsein sind und nach ärztlicher Erkenntnis niemals wieder in ein bewusstes Leben zurückgeholt werden können, orientiert sich an dem Vorschlag der Kammer für öffentliche Verantwortung der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD-Texte 80, 2005). Sie folgt

aus dem Bemühen, im Gesetz einen verhältnismäßigen Ausgleich zwischen den verfassungsrechtlichen Geboten der Achtung des Selbstbestimmungsrechts des Einzelnen (Art. 2 Abs. 1 GG) und der staatlichen Schutzpflicht für das Leben (Art. 2 Abs. 2 GG) herbeizuführen.

Absatz 4

Satz 1

Für den Fall, dass eine Patientenverfügung auf Fehlvorstellungen über die Möglichkeiten medizinischer Behandlung beruht, trifft der Entwurf in § 1901 b Abs. 4 S. 1 Vorsorge. Wenn Wünsche oder Entscheidungen einer Patientenverfügung erkennbar in Unkenntnis der Möglichkeiten medizinischer Behandlung, z.B. der Therapierbarkeit einer Krankheit oder der Möglichkeiten moderner Schmerzbehandlung formuliert wurden, kann diese für den Betreuer nicht verbindlich sein, wenn anzunehmen ist, dass der Betroffene bei deren Kenntnis eine andere Entscheidung getroffen hätte. Es wäre inhuman und würde der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht für das Leben und die körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) nicht gerecht, den irrtümlich Verfügenden an einer aus medizinischer Unkenntnis oder unbegründeter Angst vor unerträglichen Leiden abgegebenen Erklärung festzuhalten, weil er ein „Irrtumsrisiko“ für seine Erklärung trägt. Der Betreuer muss stattdessen eine am mutmaßlichen Willen bzw. an Wohl und Wünschen des Betreuten (§ 1901) orientierte Entscheidung treffen. Das Gleiche gilt, wenn der Patient bei Abfassung seiner Patientenverfügung spätere medizinische Entwicklungen, vor allem neue therapeutische Möglichkeiten, nicht berücksichtigen konnte, bei deren Kenntnis er vermutlich eine andere Entscheidung getroffen hätte.

Dem Betreuer wird damit nicht etwa eine generelle Befugnis eingeräumt, unter Rückgriff auf den mutmaßlichen Willen Wünsche und Entscheidungen des Betroffenen in einer Patientenverfügung nach eigenem Ermessen zu „korrigieren“. Nur wenn der Betroffene die Patientenverfügung erkennbar in Unkenntnis entscheidender Fakten aufgestellt hat, deren Kenntnis ihn vermutlich zu einer anderen Entscheidung veranlassen würde, kann der Inhalt einer Patientenverfügung vom Betreuer dem mutmaßlichen Willen bei Kenntnis der Tatsachen angepasst werden. Ansonsten bleibt es dabei, dass er ihr ohne eigenes Ermessen und unabhängig von eigenen Werturteilen Geltung zu verschaffen hat. Da diese Ausnahmeregelung nur für erkennbare Irrtumsfälle gilt, wird keine besondere Ermittlungspflicht des Betreuers begründet. Nur wenn tatsächliche Anhaltspunkte bestehen oder sich die Irrtümlichkeit der Patientenverfügung geradezu aufdrängt, soll er nicht daran gebunden, sondern nach den allgemeinen Regeln des § 1901 zu einer am Wohl des Patienten und seinen Wünschen orientierten Entscheidung berufen sein.

Diese Regelung gilt für alle Typen von Patientenverfügungen, sowohl für Wünsche zur medizinischen und pflegerischen Behandlung, als auch für Entscheidungen

gen über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in bestimmte – insbesondere lebenserhaltende - medizinische Maßnahmen. Sowohl einfache Patientenverfügungen (§ 1901 b Abs. 1, 3) als auch Patientenverfügungen mit Beratung können Gegenstand anfänglicher (z.B. bei fehlender oder fehlerhafter Beratung) oder nachträglicher (bei Änderungen im Stand der Medizin) Fehlvorstellungen über die Möglichkeiten medizinischer Behandlung sein. Bei Patientenverfügungen mit umfassender ärztlicher Beratung i.S.d. § 1901 b Abs. 2 wird die Bestimmung nicht die gleiche Bedeutung haben wie bei Patientenverfügungen ohne Beratung und Aktualisierung. Auch hier kann es jedoch zu Fehlvorstellungen aufgrund fehlerhafter Beratung oder späterer Entwicklungen kommen, insbesondere wenn eine ursprünglich nach ärztlicher Beratung errichtete Patientenverfügung gemäß § 1901 b Abs. 2 Satz 2 nach Eintritt der Einwilligungsunfähigkeit ohne Aktualisierung fort gilt.

Die Regelung in Absatz 4 Satz 1 greift eine Empfehlung der Strafrechtlichen Abteilung des 66. Deutschen Juristentages vom 21.09.2006 in Stuttgart (Beschluss II.8.) auf. Sie entspricht der gegenwärtigen höchstrichterlichen Rechtsprechung, wonach die Willensbekundung des Betroffenen für oder gegen bestimmte medizinische Maßnahmen vom Betreuer durch einen Rückgriff auf den mutmaßlichen Willen des Betroffenen (nur) korrigiert werden darf, wenn die Sachlage sich nachträglich so erheblich geändert hat, dass die frühere selbstverantwortlich getroffene Entscheidung die aktuelle Sachlage nicht erfasst (BGH Z 154, 205 [217]). Dies wird nach den allgemeinen Grundsätzen ergänzender Auslegung (§§ 133, 157), die auf rechtsgeschäftsähnliche Handlungen entsprechend anzuwenden sind, auch für andere wesentliche, z.B. familiäre und persönliche Entwicklungen und tiefgreifende Änderungen der Verhältnisse gelten.

Satz 2

Über eine Patientenverfügung können nur solche Wünsche und Entscheidungen für den Betreuer verbindlich gemacht werden, die nicht auf ein von der Rechtsordnung verbotenes Verhalten gerichtet sind. Wünsche und Entscheidungen einer Patientenverfügung, die auf eine unerlaubte Handlung gerichtet sind, sind darum nichtig. Der Entwurf überträgt damit die für Rechtsgeschäfte geltende Regelung des § 134 auf die Wünsche und Entscheidungen in einer Patientenverfügung als rechtsgeschäftsähnliche Handlungen. Nichtig ist z.B. der in einer Patientenverfügung enthaltene Wunsch nach aktiver Sterbehilfe (§ 216 StGB). Über eine Patientenverfügung grundsätzlich auch nicht die Einstellung lebenserhaltender medizinischer Behandlungen für Fälle angeordnet werden, in denen keine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit vorliegt (BGH Z 154, 205 [215]). Die speziellen Regelungen der §§ 1901 b Abs. 2, Abs. 3 Nr. 2 und 1904 a Abs. 2 bleiben unberührt.

Nichtig sind ferner Wünsche und Entscheidungen einer Patientenverfügung, soweit sie gegen die guten Sitten verstoßen. Der Entwurf überträgt damit die für Rechtsgeschäfte geltende Regelung des § 138 auf die Wünsche und Entscheidungen in einer

Patientenverfügung als rechtsgeschäftsähnliche Handlungen. Eine Basisversorgung (Schmerzlinderung, Körperpflege, menschenwürdige Umgebung, menschliche Begleitung, Stillung von Hunger und Durst als subjektive Empfindungen) kann nicht ausgeschlossen werden (vgl. die Grundsätze der BÄK zur ärztlichen Sterbebegleitung, DÄBl. v. 07.05.2004). Ein völliger Entzug von Nahrung und Flüssigkeit ist damit ausgeschlossen, selbst wenn dies in einer Patientenverfügung so formuliert ist. Die Stillung des Hunger- und Durstgefühls gehört zur unverzichtbaren Basisversorgung; nicht dazu gehört die Zufuhr kalorienreicher Nahrung, insbesondere wenn diese zu einer Belastung für den Patienten wird.

Absatz 5

In § 1901 b Abs. 5 wird ein allgemeines zivilrechtliches Koppelungsverbot statuiert. Niemand darf danach zur Errichtung (oder Aufrechterhaltung) einer Patientenverfügung verpflichtet werden. Die Errichtung oder Vorlage einer Patientenverfügung darf auch nicht zur Voraussetzung eines Vertragsschlusses gemacht werden, z.B. beim Abschluss eines Heimvertrags oder Versicherungsvertrags. Ziel der Regelung ist es, individuellem oder gesellschaftlichem Druck in Richtung auf Abgabe einer (bestimmten) Patientenverfügung entgegenzuwirken und auf diese Weise mit gesetzgeberischen Mitteln das Selbstbestimmungsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) und das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) des Betroffenen zu schützen.

Ein Verstoß gegen das Koppelungsverbot stellt einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 mit Nichtigkeitsfolge dar und begründet ggf. entsprechende Schadensersatzansprüche.

Absatz 6

Die für Betreuer geltenden Regelungen werden durch § 1901 Absatz 6 auf (Gesundheits-) Bevollmächtigte erstreckt, die durch eine Vorsorgevollmacht i.S.d. § 1901 a Abs. 1 zur Wahrnehmung der Gesundheitsvorsorge ermächtigt sind. Diese sind wie Betreuer an den Inhalt einer Patientenverfügung gebunden.

Durch die Verweisung auf den neu gefassten § 1904 Abs. 5 S. 2 wird klargestellt, dass die Nichteinwilligung und der Widerruf der Einwilligung in lebenserhaltende medizinische Maßnahmen durch einen Bevollmächtigten - wie bisher nach § 1904 Abs. 2 S. 2 die Einwilligung eines Bevollmächtigten in lebensgefährliche medizinische Maßnahmen - nur wirksam ist, wenn die Vollmacht schriftlich erteilt ist und die Nichteinwilligung bzw. den Widerruf lebenserhaltender medizinischer Maßnahmen ausdrücklich umfasst.

Zu Nr. 5 (Neufassung von § 1904 BGB)

Absatz 1

Die bestehende Regelung über die Genehmigungsbedürftigkeit der Einwilligung des Betreuers in eine lebensgefährliche Heilbehandlung bleibt unverändert.

Absatz 2

Absatz 2 unterwirft die Nichteinwilligung und den Widerruf der Einwilligung in eine lebenserhaltende ärztliche Behandlung – wie bislang bereits Absatz 1 die Einwilligung des Betreuers in eine lebensgefährliche Behandlung - der Pflicht zur Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht. Dies ergab sich bislang zwar nicht aus dem Gesetz, aber aus höchstrichterlicher Rechtsfortbildung (BGH Z 154, 205 [221]).

Es stellt eine konsequente Abrundung des geltenden Rechts dar, bei Lebensgefährdungen durch Unterlassen einer lebenserhaltenden Behandlung die vormundschaftsgerichtliche Kontrolle ebenso vorzuschreiben, wie heute schon nach § 1904 Abs. 1 bei Lebensgefährdungen durch Vornahme einer Untersuchung oder eines ärztlichen Eingriffs.

Mit der gesetzlichen Regelung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungspflicht kommt der Gesetzgeber seiner verfassungsrechtlichen Schutzpflicht für das Leben nach. Angesichts der existentiellen Bedeutung der irreversiblen Entscheidung zur Beendigung einer lebenserhaltenden Behandlung ist eine gerichtliche Kontrolle grundsätzlich erforderlich. Das Erfordernis gerichtlicher Kontrolle bedeutet nicht etwa die Befugnis für das Gericht, Entscheidungen des Betroffenen nach eigener Wertung aufzuheben. Die gerichtliche Kontrolle dient vielmehr der Sicherung, dass der Abbruch der lebenserhaltenden Behandlung aufgrund der Patientenverfügung tatsächlich dem Willen des Betroffenen entspricht. Die materiellen Voraussetzungen für die Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht ergeben sich aus dem neu eingefügten § 1904 a.

Absatz 3

Abweichend von der Grundregel des Absatzes 2 hält der Entwurf im Interesse der Beteiligten sowie zur Vermeidung unnötiger Genehmigungserfordernisse und Konzentration der Gerichte auf die schutzbedürftigen Fälle einen Verzicht auf die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung unter drei (kumulativen) Voraussetzungen für gerechtfertigt:

In den Fällen, in denen (1.) eine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit vorliegt, (2.) ein auf Abbruch oder Nichtvornahme lebenserhaltender medizinischer Maßnahmen gerichteter in einer Patientenverfügung geäußertes antizipiertes Willen des Betroffenen vorliegt und (3.) nach Beratung in einem Konsil Einvernehmen zwischen Be-

treuer und Arzt besteht, dass der Abbruch der lebenserhaltenden Behandlung in der konkreten Situation dem Patientenwillen entspricht, ist nach dem Entwurf eine Genehmigung der Entscheidung des Betreuers, die dem Willen des Betroffenen Geltung verschafft, durch das Vormundschaftsgericht nicht erforderlich.

Die gegenwärtige, sich aus richterlicher Rechtsfortbildung ergebende Rechtslage, dass für die grundsätzlich erforderliche Zustimmung des Vormundschaftsgerichts dann kein Raum ist, wenn ärztlicherseits eine Behandlung oder Weiterbehandlung nicht angeboten wird (BGH Z 154, 205 [225]), wird damit auf Fälle ausgedehnt, in denen aus ärztlicher Sicht eine weitere Behandlung angeboten wird, nach der einvernehmlichen Feststellung von Arzt und Betreuer aber eine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit vorliegt und der Betroffene die Weiterbehandlung nicht wünscht. Bei eindeutig nicht gewollten Behandlungen kann damit künftig wie bei den medizinisch nicht indizierten Behandlungen auf eine Befassung des Vormundschaftsgerichts verzichtet werden.

Dadurch, dass auf die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der Nichteinwilligung bzw. des Widerrufs der Einwilligung in eine lebenserhaltende Behandlung nur in den Fällen verzichtet wird, in denen eine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit und eine Patientenverfügung vorliegt, ist klargestellt, dass in den schwierigen Fällen endgültigen Bewusstseinsverlusts (stabiles Wachkoma, schwerste Demenz) immer nach § 1904 Abs. 2 eine vormundschaftsgerichtliche Überprüfung stattfinden muss, und zwar unabhängig davon, ob die Anordnung in einer normalen Patientenverfügung (§ 1901 b Abs. 3 Nr. 2) oder in einer Patientenverfügung mit Beratung (§ 1901 b Abs. 2) getroffen worden ist. Das Vormundschaftsgericht trifft auch hier keine eigene Entscheidung über Leben und Tod, sondern prüft, ob der Behandlungsabbruch tatsächlich dem Patientenwillen entspricht. Die materiellen Kriterien seiner Entscheidung ergeben sich aus § 1904 a Abs. 1 bzw. Abs. 3; maßgeblich ist also vor allem der Wille des Betroffenen.

Auch in den Fällen des Absatzes 3, wenn die Voraussetzung einer unheilbaren, tödlich verlaufenden Krankheit vorliegt und damit die Möglichkeit eines Behandlungsabbruchs ohne das Vormundschaftsgericht eröffnet ist, können – z.B. wenn einer von ihnen Zweifel hat, ob ein Behandlungsabbruch (noch) dem Willen des Betroffenen entspricht - sowohl der behandelnde Arzt, also auch der Betreuer durch Verweigerung ihres Einvernehmens verhindern, dass der Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung ohne die Überprüfung durch das Vormundschaftsgericht nach § 1904 Abs. 2 erfolgen kann.

Auch die weiteren Beteiligten des Konsils können bei konkretem Missbrauchsverdacht durch Hinweis an das Vormundschaftsgericht eine Kontrolle der Entscheidungen des Betreuers herbeiführen. Bei einem entsprechenden Hinweis ist das Gericht verpflichtet, die Angelegenheit im Wege der Amtsermittlung (§ 12 FGG) zu prüfen und gegebenenfalls durch eine Weisung gegenüber dem Betreuer (§ 1837 Abs. 2 BGB) einzuschreiten.

Absatz 4

Die Fragen, ob die Wünsche und Entscheidungen in der Patientenverfügung auf die konkrete (Krankheits-) Situation zutreffen, ob bei der gegebenen Krankheitssituation von einem auf Behandlungsabbruch gerichteten (mutmaßlichen) Willen des Betroffenen ausgegangen werden muss oder ob der Betroffene seine Patientenverfügung später widerrufen hat oder an ihnen erkennbar nicht festhalten will (§ 1901 b Abs. 1 S. 1), ob er in Unkenntnis über die Möglichkeiten medizinischer Behandlung oder spätere medizinische Entwicklungen und Therapiemöglichkeiten verfügt hat, bei deren Kenntnis er vermutlich eine andere Entscheidung getroffen hätte (§ 1901 b Abs. 1 S. 2), sollen nach Absatz 4 grundsätzlich in einem beratenden Konsil geklärt werden. Das Verfahren ist zweckdienlich und ohne unnötige Bürokratie zu gestalten. Es kann auch in einer Befragung der Beteiligten zu verschiedenen Zeitpunkten durch Betreuer und Arzt bestehen.

Der Kreis derjenigen, die von Arzt und Betreuer zu dem beratenden Konsil in der Regel hinzuzuziehen sind, umfasst – entsprechend dem Kreis der Äußerungsberechtigten im gerichtlichen Verfahren nach § 68 a FGG – die nächsten Angehörigen, die den Patienten betreuenden Pflegepersonen und vom Betroffenen im Voraus schriftlich benannte nahestehende Personen (z.B. Geschwister, nichteheliche Lebensgemeinschaften, Seelsorger, enge Freunde). Sie alle kennen aus unterschiedlicher Perspektive in der Regel den Betroffenen und seine Wünsche und Lebensäußerungen aus dem täglichen oder langjährigen Umgang besonders gut. Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass es bei der existentiellen Entscheidung über Leben und Tod keine relevanten Tatsachen (z.B. Anzeichen von Teilnahme am sozialen Leben und fortbestehender Lebensfreude) oder früheren Anordnungen widersprechende spätere Erklärungen übersehen und Missbrauchsgefahren in Fragen von Leben und Tod minimiert werden.

Die Hinzuziehung von Personen aus diesem Kreis zu dem Konsil kann unterbleiben, wenn – z.B. wegen aufwändiger Personenermittlung oder weiter Anreise - eine erhebliche Verzögerung in Kauf genommen werden müsste oder wenn die Hinzuziehung im Einzelfall entgegen der Regel erkennbar dem Willen des Betreuten widerspricht.

Die Klärung der o.g. Fragen in einem beratenden Konsil entspricht den Vorschlägen der Enquête-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin (BT-Drs. 15/3700) und der Kammer für Öffentliche Verantwortung der EKD (EKD-Texte 80, 2005).

Absatz 5

Der bisherige § 1904 Abs. 2, der die in Absatz 1 für Betreuer getroffenen Regelung auf Bevollmächtigte ausdehnt, deren Bevollmächtigung Entscheidungen über le-

bensgefährliche medizinische Maßnahmen umfasst, wird um den Verweis auf die Fälle der neuen Absätze 2 bis 4 erweitert als neuer Absatz 5 übernommen.

Zu Nr. 6 (Einfügung eines § 1904 a BGB)

Der neue § 1904 a regelt die materiellen Voraussetzungen der Genehmigung des Abbruchs einer lebenserhaltenden Behandlung durch das Vormundschaftsgericht gem. § 1904 Abs. 2. Nach derzeitige Rechtsprechung muss das Vormundschaftsgericht der Entscheidung des Betreuers gegen eine lebenserhaltende 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 (BGH Z 154, 205 [226] v. 17.03 2003). Eine gesetzliche Regelung der Genehmigungsvoraussetzungen fehlt. Der Gesetzgeber schuldet den handelnden Betreuern, Ärzten und Richtern Klarheit über die Maßstäbe bei den von ihnen zu treffenden Entscheidungen im Grenzbereich des menschlichen Lebens und Sterbens.

Nach dem Entwurf genehmigt das Vormundschaftsgericht, wenn es bei Vorliegen einer Patientenverfügung wegen Dissens zwischen Arzt und Betreuer, in Fällen irreversiblen Bewusstseinsverlusts oder bei Entscheidungen nach dem mutmaßlichen Willen des Betreuten zur Überprüfung eingeschaltet ist, den Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung in vier Fällen:

1. wenn dies in einer wirksamen notariell beurkundeten Patientenverfügung mit ärztlicher Beratung gemäß § 1901 b Abs. 2 angeordnet ist, die auf die Krankheitssituation zutrifft und keine Willensänderung oder Willensmängel vorliegen (Abs. 1),
2. wenn eine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit und eine Patientenverfügung vorliegt und in der konkreten (Krankheits-) Situation der Abbruch der lebenserhaltenden Behandlung nach der Überzeugung des Gerichts den fortbestehenden Wünschen und Entscheidungen des Betreuten entspricht (Abs. 2 Nr. 1),
3. wenn keine Patientenverfügung, aber eine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit vorliegt und der Abbruch der lebenserhaltenden Behandlung nach der Überzeugung des Gerichts dem mutmaßlichen Willen des Betreuten entspricht (Abs. 2 Nr. 2) oder
4. wenn zwar keine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit vorliegt, der Betreute aber ohne Bewusstsein ist und mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit trotz Ausschöpfung aller medizinischer Möglichkeiten das Bewusstsein niemals wiedererlangen wird, und der Abbruch der lebenserhaltenden Behandlung seinem in einer Patientenverfügung geäußerten ausdrücklichen Willen entspricht (Abs. 3).

Das Vormundschaftsgericht trifft in diesen Fällen keine eigene Entscheidung über Leben und Tod, sondern überprüft, ob die Beendigung einer lebenserhaltenden Behandlung tatsächlich dem Willen des Betreuten entspricht.

Gegen die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts haben die Beteiligten das Rechtsmittel der Beschwerde nach dem entsprechend neu gefassten § 69 g FGG.

Absatz 1

Nach § 1904 a Abs. 1 erteilt das Vormundschaftsgericht bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1901 b Abs. 2 für eine Patientenverfügung mit Beratung (ohne Reichweitenbegrenzung) die Genehmigung nach § 1904 Abs. 2 zum Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung, wenn dies den Wünschen oder Entscheidungen in der Patientenverfügung für die gegebene Krankheitssituation entspricht und keine Willensänderungen (§ 1901 b Abs. 1) oder Willensmängel (§ 1901 b Abs. 4) vorliegen

Absatz 2

Voraussetzung für die Genehmigung des Abbruchs einer lebenserhaltenden ärztlichen Behandlung durch das Vormundschaftsgericht ist nach Absatz 2 grundsätzlich, dass das nach ärztlicher Überzeugung eine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit vorliegt.

Der Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung möglich, wenn dies dem in einer Patientenverfügung geäußerten oder dem mutmaßlichen Willen des Betroffenen entspricht. Wie nach der Rechtsprechung (BGH Z 154, 205 [217]) kommt die Berücksichtigung eines mutmaßlichen Willens nur hilfsweise in Betracht, wenn und soweit eine im einwilligungsfähigen Zustand getroffene antizipative Willensbekundung des Betroffenen nicht zu ermitteln ist.

Nummer 1

Liegt eine Willensäußerung des Betroffenen in Form einer Patientenverfügung vor, so bindet sie als Ausdruck seines fortwirkenden Selbstbestimmungsrechts das Vormundschaftsgericht, 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 verloren hat (BGH Z 154, 205 [217]). Wenn eine auf die konkrete Krankheitssituation zutreffende Patientenverfügung vorliegt und die Beratung im Konsil (§ 1904 Abs. 4) keine Anhaltspunkte für einen Widerruf oder eine erkennbare Willensänderung des Betroffenen, oder eine Verfügung aus Unkenntnis über (spätere) medizinische Möglichkeiten ergeben haben, erteilt das Gericht die Genehmigung. Unter den genannten Voraussetzungen ist die Patientenverfügung also auch für das Gericht bindend.

Durch den Verweis auf § 1901 b Abs. 1 und 4 wird die Bindung ausgeschlossen, wenn der Betreute Wünsche oder Entscheidungen einer Patientenverfügung später widerrufen hat, an ihnen erkennbar nicht festhalten will oder sie erkennbar in Unkenntnis der Möglichkeiten medizinischer Behandlung oder späterer medizinischer Entwicklungen abgegeben hat. Wünsche oder Entscheidungen einer Patientenverfügung, die auf eine unerlaubte Handlung gerichtet sind, sind ohnehin nichtig (§ 1901 b Abs. 4 S. 2).

Nummer 2

Wie nach der geltenden Rechtslage ist nach dem Entwurf der Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung auch dann, wenn der Betroffene keine Patientenverfügung getroffen hat, auf der Grundlage seines mutmaßlichen Willens genehmigungsfähig, wenn eine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit vorliegt. In Fällen, in denen nach ärztlicher Überzeugung (noch) keine infauste Prognose vorliegt, kommt dagegen ein allein auf einen mutmaßlichen Willen gestützter Behandlungsabbruch nicht in Frage.

An die Voraussetzungen für die Annahme eines mutmaßlichen Einverständnisses des entscheidungsunfähigen Patienten sind - im Interesse des Schutzes menschlichen Lebens - in tatsächlicher Hinsicht strenge Anforderungen zu stellen. Entscheidend ist nach der Rechtsprechung (BGH St 40, 257 [263]; 35, 246 [249 f.]) der mutmaßliche Wille des Patienten, wie er sich nach sorgfältiger Abwägung aller Umstände darstellt. Hierbei kommt es vor allem auf frühere schriftliche oder mündliche Äußerungen des Patienten über seine persönliche Einstellung zu Krankheit, Schmerzen und Tod an, aber auch auf seine religiöse Überzeugung, seine sonstigen persönlichen Wertvorstellungen, die vor Eintritt der Einwilligungsunfähigkeit zum Ausdruck gekommenen Einstellungen des Betroffenen zu den Fragen von Sterben und zu verbleibender Lebenszeit sowie auf unvermeidbare und für den Betroffenen unerträgliche Schmerzen.

Entscheidend ist der individuell-mutmaßliche Wille des Betroffenen. Objektive Kriterien wie die Beurteilung einer Maßnahme als gemeinhin „vernünftig“ oder „normal“ sowie den Interessen eines verständigen Patienten üblicherweise entsprechend, haben laut Bundesgerichtshof keine eigenständige Bedeutung. Durch persönliche Überlegungen des Arztes, des Angehörigen oder einer anderen beteiligten Person oder durch einen Rückgriff auf *allgemeine* Wertvorstellungen kann nach dem Entwurf der mutmaßliche Wille des Betroffenen nicht ermittelt werden. Im Zweifel hat der Schutz menschlichen Lebens Vorrang. Kann weder ein in einer Patientenverfügung antizipierter Wille des Betreuten, noch sein mutmaßlicher Wille ermittelt werden, darf auf eine ärztlicherseits indizierte lebenserhaltende medizinische Maßnahme nicht verzichtet werden.

Absatz 3

Ausnahmsweise ist nach dem Entwurf der Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung auch dann zu genehmigen, wenn keine Patientenverfügung mit Beratung nach § 1901 b Abs. 2 (§ 1904 a Abs. 1) und auch keine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit vorliegt. Anders als bei der Patientenverfügung mit Beratung (aber ohne Reichweitenbegrenzung) nach § 1901 b Abs. 2 kann dies nach § 1904 Abs. 3 in Fällen des sog. stabilen Wachkomas und schwerster Demenz nur der Fall sein, wo der Krankheitsverlauf nach überwiegender Ansicht in der Medizin zwar nicht tödlich, sondern u.U. langfristig stabil ist, aber keine Hoffnung mehr auf eine Zustandsverbesserung besteht.

Nur wenn eine in einer schriftlichen Patientenverfügung geäußerte (und damit nachweisbare) ausdrückliche Willenserklärung des Betroffenen vorliegt, die auf die Situation zutrifft und nicht widerrufen wurde, also nicht aufgrund eines nur mutmaßlichen Willens, ist hier der Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung möglich. Als weitere materielle Tatbestandsvoraussetzung muss hinzukommen, dass der Betroffene einwilligungsunfähig ist und mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit trotz Ausschöpfung aller medizinischer Möglichkeiten das Bewusstsein niemals wieder erlangen wird.

Wann davon auszugehen ist, dass mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ein Patient das Bewusstsein niemals wiedererlangen wird, beurteilt sich wie bei der Frage des irreversiblen tödlichen Krankheitsverlaufs (Abs. 1) nach ärztlicher Überzeugung.

In der medizinischen Fachliteratur werden beim Wachkoma je nach Art der Erkrankung Zeiträume von einem halben bzw. einem Jahr genannt, nach denen eine Wiedererlangung des Bewusstseins aus ärztlicher Sicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann. Der Tatbestand ist für medizinischen Fortschritt und veränderte Erkenntnisse über diese Krankheitsbilder offen.

Die Lösung des Entwurfs für die ethisch schwierigen Fälle des langfristig stabilen Wachkomas und der schwersten Formen der Demenz, bei denen die Betroffenen einerseits noch keine Sterbenden sind, andererseits dauerhaft ohne Bewusstsein sind und nach ärztlicher Erkenntnis niemals wieder in ein bewusstes Leben zurückgeholt werden können, orientiert sich an dem Vorschlag der Kammer für öffentliche Verantwortung der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD-Texte 80, 2005; im Sinne einer Vermittlungslösung für die Fälle irreversiblen Bewusstseinsverlusts jetzt auch Ch. Jäger, Festschrift für W. Küper, Heidelberg 2007, S. 209 [214 ff.]). Sie folgt aus dem Bemühen, gesetzlich einen verhältnismäßigen Ausgleich zwischen den verfassungsrechtlichen Geboten der Achtung des Selbstbestimmungsrechts des Einzelnen (Art. 2 Abs. 1 GG) und der staatlichen Schutzpflicht für das Leben (Art. 2 Abs. 2 GG) herbeizuführen.

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

Die verfahrensrechtlichen Ergänzungen zur Flankierung des Patientenverfügungsgesetzes sind in das derzeit noch geltende FGG einzufügen, weil das in der FGG-Reform beschlossene neue Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) erst am 01.09.2009 in Kraft treten wird.

Vor Inkrafttreten des FamFG werden in einem gesonderten Änderungsgesetz die durch Artikel 2 erfolgenden Änderungen des FGG in das FamFG zu übernehmen und die Terminologie in anderen von diesem Entwurf geänderten Bestimmungen der neuen Terminologie des FamFG anzupassen sein.

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

Durch die Ergänzung von § 67 Abs. 1 Satz 5 FGG wird für Verfahren, die eine gerichtliche Genehmigung der Nichteinwilligung oder des Widerrufs der Einwilligung in eine lebenserhaltende ärztliche Behandlung zum Gegenstand haben, zwingend und ausnahmslos die Bestellung eines Verfahrenspflegers für den Betroffenen vorgeschrieben. Ziel der Vorschrift ist ein effektiver Grundrechtsschutz auch im gerichtlichen Verfahren. Die Bestellung des Verfahrenspflegers soll hierbei nicht nur der Gewährung rechtlichen Gehörs dienen, sondern auch verhindern, dass der in der Regel selbst nicht äusserungsfähige Betroffene zum bloßen Objekt des Verfahrens wird.

Zu Nummer 2 (Änderung des § 69 a FGG)

Der in § 69 a FGG neu eingefügte Absatz 3 a enthält eine Sonderregelung für den Zeitpunkt der Wirksamkeit der gerichtlichen Genehmigung nach § 1904 Abs. 2 BGB. Da die Nichtvornahme oder der Abbruch der lebenserhaltenden ärztlichen Maßnahme vollendete Tatsachen schafft, darf die Genehmigung abweichend vom allgemeinen Grundsatz in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht sogleich mit ihrer Bekanntmachung an den Betroffenen oder den Betreuer wirksam werden. Zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes durch das Beschwerdeverfahren tritt die Wirksamkeit der Genehmigungsentscheidung vielmehr erst zwei Wochen nach der Bekanntgabe an den Betreuer oder Bevollmächtigten sowie an den Verfahrenspfleger oder –bevollmächtigten ein, soweit zuvor keine Beschwerde eingelegt wurde.

Zu Nummer 3 (Änderung des § 69 d FGG)

§ 69 d FGG regelt, welche besonderen Verfahrensvorschriften bei der Erteilung von vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungen zu beachten sind. Auch diese Vorschriften dienen dem Schutz der Grundrechte des Betroffenen durch eine spezielle Ausgestaltung des Verfahrens.

Die Änderung in Absatz 2 Satz 1 sowie die Einfügung des Absatzes 2 a sind Folgeänderungen zur Neufassung des § 1904 BGB, der nunmehr zwischen der Genehmigung der Einwilligung in eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder in einen ärztlichen Eingriff (§ 1904 Abs. 1 BGB) und der Genehmigung der Nichteinwilligung oder des Widerrufs der Einwilligung in eine lebenserhaltende ärztliche Behandlung (§ 1904 Abs. 2 BGB) unterscheidet.

Die Verfahrensvorschriften für die Genehmigung der Einwilligung in eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder in einen ärztlichen Eingriff nach § 1904 Abs. 1 BGB bleiben unverändert. Da in § 1904 BGB durch Artikel 1 des Entwurfs weitere Absätze eingefügt werden, muss die Bezugnahme in § 69 d Abs. 1 Satz 2 nun jedoch auf § 1904 Abs. 1 präzisiert werden.

Für Genehmigungsverfahren nach § 1904 Abs. 2 BGB bezüglich der Nichteinwilligung oder des Widerrufs der Einwilligung in eine lebenserhaltende ärztliche Behandlung gelten die Vorschriften des neu eingefügten Absatzes 2 a. Danach hat das Gericht den Betroffenen vor der Entscheidung in entsprechender Anwendung des § 68 Abs. 1 Satz 1 FGG wo dies (noch) möglich ist persönlich anzuhören und sich in jedem Fall einen unmittelbaren Eindruck von ihm zu verschaffen. Im Gegensatz zur allgemeinen Regelung in Betreuungssachen scheidet die Vornahme der persönlichen Anhörung durch einen ersuchten Richter aus.

Ferner hat das Gericht vor seiner Entscheidung ein medizinisches Sachverständigen Gutachten zu den Voraussetzungen der Genehmigung eines Behandlungsverzichts (§ 1904 a BGB) einzuholen. Der Sachverständige ist verpflichtet, den Betroffenen persönlich zu untersuchen. Anders als bei der Genehmigung von ärztlichen Maßnahmen nach § 1904 Abs. 1 BGB besteht bei der Genehmigung des Behandlungsverzichts nach § 1904 Abs. 2 BGB ein absolutes Verbot der Personenidentität zwischen dem behandelnden und dem im Genehmigungsverfahren begutachtenden Arzt.

Durch die Verweisung auf § 68 a S. 3 und 4 FGG ist ferner gewährleistet, dass das Gericht vor seiner Entscheidung den dem Betroffenen nahe stehenden Personen Gelegenheit zur Äußerung gibt.

Zu Nr. 4 (Änderung von § 69 g FGG)

Der in § 69 g FGG neu eingefügte Absatz 1 a beinhaltet verschiedene Sonderregelungen für die Beschwerde und das Beschwerdeverfahren gegen Entscheidungen des Vormundschaftsgerichts nach § 1904 Abs. 2 BGB.

Absatz 1 a Satz 1 verweist auf die Regelung des Absatzes 1 Satz 1 und erweitert damit den Kreis der Beschwerdebefugten unter anderem auf den Personenkreis,

dem nach § 69 d FGG im Genehmigungsverfahren Gelegenheit zur Äußerung zu geben ist. Damit sind neben dem Betreuer und dem Verfahrenspfleger auch die dort genannten, dem Betroffenen nahe stehenden Personen beschwerdebefugt. Eine Beschwerdebefugnis für die im Genehmigungsverfahren nicht zu beteiligende Betreuungsbehörde ist nicht geboten, weshalb die Verweisung insofern eingeschränkt ist.

Absatz 1 a Satz 2 verleiht der Beschwerde gegen die Genehmigung nach § 1904 Abs. 2 BGB abweichend vom allgemeinen Grundsatz des § 24 Abs. 1 FGG aufschiebende Wirkung. Damit ist gewährleistet, dass die Genehmigung erst nach Abschluss des Beschwerdeverfahrens Wirksamkeit erlangen kann.

Zu Artikel 3 (Änderung des SGB V)

In Artikel 3 des Entwurfs wird im fünften Buch des Sozialgesetzbuchs ein neuer § 24 c eingefügt, der die ärztliche Beratung zur Erstellung einer Patientenverfügung in den Leistungskatalog der Gesetzlichen Krankenversicherung aufnimmt, damit niemandem aus finanziellen Gründen die Erstellung einer Patientenverfügung nach § 1901 b Abs. 2 BGB unmöglich wird.

Versicherte haben danach zur Erstellung einer Patientenverfügung Anspruch auf eine ärztliche Beratung über Krankheitsbilder, Möglichkeiten ihrer medizinischen Behandlung und die Folgen eines Abbruchs oder der Nichtvornahme von Behandlungsmaßnahmen.

§ 24 c S. 2 stellt klar, dass zu der Beratung auch die Dokumentation des Beratungsumfanges und des Beratungsergebnisses durch den Arzt gehört, wie dies Voraussetzung für eine Patientenverfügung mit Beratung nach § 1901 b Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ist.

Zu Artikel 4 (Inkrafttreten)

Die Vorschrift regelt das Inkrafttreten.