

Stellungnahme des VGT zum Referentenentwurf eines 3. BtÄndG

I. Einleitung

Der Referentenentwurf eines 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetzes vom 1.11.2004 basiert auf dem Bericht der von der Bundesjustizministerin eingesetzten Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ (AG), der am 10.6.2004 vorgestellt wurde. Kurz danach legte die Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“ des Bundestages am 13.09.2004 ihren Zwischenbericht „Patientenverfügungen“ vor¹. Die nachfolgende Stellungnahme zum Referentenentwurf (im Folgenden: RefE) berücksichtigt deshalb sowohl den Zwischenbericht der Enquete-Kommission als auch den Bericht der AG Patientenautonomie (im Folgenden: AG).

II. Allgemeine Einschätzung des RefE

Der Vormundschaftsgerichtstag e.V. begrüßt das Anliegen des Entwurfs, Patientenverfügungen möglichst weitgehend anzuerkennen, die Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht für Bevollmächtigte abzuschaffen und für Betreuer auf Konfliktfälle zu beschränken.

Er fordert die Bundesregierung auf, alsbald einen Gesetzentwurf auf der Basis des RefE vorzulegen, der dessen insgesamt begrüßenswerten Vorschläge in der Sache übernimmt und einzelne, im Nachfolgenden erörterte Schwachstellen bereinigt. Damit würde die geltende Rechtslage in wünschenswerter Weise klargestellt und durch den Wegfall der Genehmigungspflicht für Bevollmächtigte in behutsamer Weise fortentwickelt.

III. Grenzen der „Sterbehilfe“

Die objektiven bzw. strafrechtlichen Grenzen erlaubter Sterbehilfe sind seit dem Beschluss des 12. Zivilsenats des BGH vom 17.3.2004 unsicher geworden². Dort heißt es unter Berufung auf ein Urteil des 1. Strafsenats vom 13.9.1994³, die Einstellung einer lebenserhaltenden medizinische Behandlung könne nur verlangt werden, wenn das Grundleiden des Betroffenen einen irreversibel tödlichen Verlauf angenommen habe. Zwar ist mehrfach nachgewiesen worden, dass dies auf einer unzutreffenden Interpretation des Urteils des 1. Strafsenats beruht und dort das Gegenteil ausgesagt wird⁴, doch ist seitdem die Unsicherheit über der Grenzen erlaubter „Sterbehilfe“ in der Praxis erheblich gestiegen. Eine gesetzliche Klarstellung ist deshalb dringend geboten.

Die **Enquete-Kommission** möchte am restriktiven Verständnis des 12. Zivilsenats festhalten⁵ und schlägt vor, den Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen auf Fälle zu beschränken, in denen das Grundleiden irreversibel ist und trotz medizinischer Behandlung zu Tode führen wird. Demente und Wachkomapatienten müssen nach Ansicht der Enquete-Kommission in jedem Falle behandelt werden⁶, auch wenn sie

¹ BT-Drucks. 15/3700

² BGHZ 154, 205 ff.

³ BGHSt 40, 257 ff.

⁴ Vgl. nur Kutzer, ZRP 2003, 213 f.; Hufen, ZRP 2003, 248 ff.; Lipp, FamRZ 2004, 317 (318 f.).

⁵ *Enquete-Kommission*, 20, 38 f.

⁶ *Enquete-Kommission*, 38.



zuvor formgerecht erklärt haben, in diesem Fall bestimmte Maßnahmen (z.B. Ernährung mittels PEG-Sonde) abzulehnen⁷. Entsprechendes soll gelten, wenn der Wille des Patienten in anderer Weise nachgewiesen ist⁸.

Demgegenüber möchte die **AG** durch eine Ergänzung des § 216 StGB ausdrücklich klarstellen, dass ein Verzicht auf eine lebenserhaltende Behandlung oder ihr Abbruch auch außerhalb der Sterbephase möglich ist. Da alles andere auf eine – auch verfassungsrechtlich – unzulässige Zwangsbehandlung des der Behandlung widersprechenden Patienten hinausläufe⁹, ist dieser Vorschlag nachdrücklich zu begrüßen.

Der **RefE** übernimmt ihn deshalb zu Recht, beschränkt sich aber auf eine indirekte Regelung. Der Betreuer soll auch dann an die Patientenverfügung gebunden sein, wenn die Grunderkrankung noch keinen irreversibel tödlichen Verlauf genommen hat¹⁰. Rechtssystematisch gehört eine solche klarstellende Regelung allerdings in das Strafrecht.

IV. Patientenverfügung

1. Regelungsgegenstand und Begriffe

a. Vorbemerkung

Bei einer Regelung der Patientenverfügung ist zu beachten, dass für *antizipierte Erklärungen* des Patienten, mit denen er vorweg in ärztliche Maßnahmen einwilligt oder sie ablehnt, andere rechtliche Grundsätze gelten und aus sachlichen Gründen auch gelten müssen als für die *Mitteilung von Wünschen*, Wertvorstellungen o.ä.

Voraussetzungen für die rechtliche Wirksamkeit, wie z.B. ärztliche Aufklärung, Schriftform, Einwilligungsfähigkeit, Freiheit von Irrtum oder Zwang, lassen sich überhaupt nur für *Erklärungen* aufstellen, die unmittelbar rechtliche Wirkungen entfalten sollen, also für die antizipierte Einwilligung oder Ablehnung. Demgegenüber erzeugt die *Mitteilung* von Wünschen, Wertvorstellungen o.ä. keine unmittelbare Rechtswirkung und kann daher auch nicht von rechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen abhängig gemacht werden. Sie ist von vorneherein als Mitteilung des Patienten über sich selbst und seine Vorstellungen gedacht und als solche vom Betreuer nach §§ 1901 III 1 und 2, 1901a BGB bzw. § 1901 II BGB zu beachten, und zwar unabhängig von der Einhaltung bestimmter Wirksamkeitsvoraussetzungen¹¹.

b. Gesetzentwürfe

Der **RefE** geht, wie auch die **AG**, zutreffend davon aus, dass zwischen der Erklärung einer *antizipierten Einwilligung* bzw. Ablehnung einerseits und der *Mitteilung von Wünschen*, Wertvorstellungen usw. andererseits zu unterscheiden ist¹².

Der **RefE** versucht jedoch in § 1901a I BGB-RefE eine allgemeine Regelung für alle „Willensäußerungen“ zu treffen, die er als Oberbegriff für beide Formen begreift. Die dort angeordneten Wirkungen (Fortwirkung bei Einwilligungsunfähigkeit und Geltung bis zum Widerruf) können jedoch nur die antizipierte Einwilligung und Ablehnung

⁷ § 1901b III BGB-Enquete-Kommission.

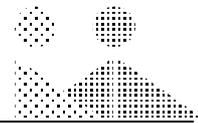
⁸ § 1901b IV 2 BGB-Enquete-Kommission.

⁹ Vgl. nur die Sondervoten zum Bericht der *Enquete-Kommission*, 57, 62, 68 und *RefE*, 19. Eine Zwangsbehandlung ist nur zulässig, wenn die Ablehnung der Behandlung krankheitsbedingt ist, vgl. BVerfGE 58, 208 (225); BtPrax 1998, 144 (145).

¹⁰ § 1901a II 2 BGB-RefE und die Begründung dazu, vgl. *RefE*, 18.

¹¹ Palandt/*Diederichsen*, BGB, 64. Aufl. 2005, § 1901 BGB Rn. 5.

¹² *RefE*, 17 f.; *AG*, 15 f.



betreffen, nicht aber die bloße Mitteilung von Wünschen etc. Die in § 1901a II 1 BGB-RefE¹³ normierte Pflicht des Betreuers, den – wiederum als Oberbegriff für beide Formen verstandenen – „Willen“ des Betroffenen zu beachten, ist für die Wünsche, Wertvorstellungen etc. bereits in §§ 1901 II und III, 1901a BGB geregelt. Eine Änderung dieser Regelungen ist weder ratsam noch beabsichtigt. Die Regelungsaufgabe betrifft daher allein die Erklärungen einer antizipierten Einwilligung bzw. Ablehnung, die der RefE zusammenfassend „Entscheidungen“ nennt. Hierauf sollte sich der Gesetzgeber denn auch beschränken.

§ 1901 a I BGB-RefE sollte danach wie folgt formuliert werden:

„(1) Eine Patientenverfügung, in der der Betreute Entscheidungen über getroffen hat, gilt“

Die **Enquete-Kommission** schlägt von vorneherein nur eine Regelung der antizipierten Einwilligung bzw. Ablehnung vor¹⁴. Auch hier ist die Terminologie jedoch missglückt. Gemeint sind mit dem „Wunsch“ nach bestimmten medizinischen Maßnahmen in § 1901b BGB-Enquete-Kommission gerade nicht die „Wünsche“ der §§ 1901 III, 1901a BGB, sondern etwas ganz anderes, nämlich die antizipierte Einwilligung bzw. Ablehnung.

2. Die „Reichweite der Patientenverfügung“

Einer der Streitpunkte in der gegenwärtigen Debatte betrifft die so genannte „Reichweite der Patientenverfügung“. Die Enquete-Kommission schlägt vor, sie für alle Formen der Patientenverfügung auf die Fälle zu beschränken, in denen das Grundleiden irreversibel ist und trotz medizinischer Behandlung nach ärztlicher Erkenntnis zum Tode führen wird¹⁵. Der RefE lehnt eine solche Einschränkung ausdrücklich ab¹⁶. Der Sache nach geht es jedoch nicht um die Reichweite der Patientenverfügung, sondern um die allgemeinere Frage, ob der Patient auch außerhalb der Sterbephase auf lebenserhaltende Maßnahmen verzichten kann. Dazu ist bereits unter III. das Nötige gesagt worden.

3. Aufklärung und Form

Allgemein wird empfohlen, eine Patientenverfügung schriftlich abzufassen und sich davor sowohl von einem Arzt aufklären als auch rechtlich beraten zu lassen und aus letzterem Grund die notarielle Beurkundung zu wählen. Insoweit stimmen **RefE**, **AG** und **Enquete-Kommission** überein¹⁷.

Darüber hinaus wird seit langem darüber diskutiert, ob de lege ferenda die rechtliche Wirksamkeit einer „Patientenverfügung“ von der Aufklärung durch einen Arzt und der Einhaltung einer bestimmten Form abhängig gemacht werden soll. *Praktisch gesehen* dürfte es sich dabei um ein *Scheinproblem* handeln, denn die meisten Patientenverfügungen, gleich welchen Inhalts, werden zumindest schriftlich abgefasst. Aus Sicht der Verfasser und ihrer Berater lässt sich nämlich nur so einigermaßen sicherstellen, dass sie später auch bekannt und beachtet werden.

Wie unter IV.1.a. dargelegt, ist eine Schriftform überhaupt nur für *antizipierte Erklärungen* der Einwilligung in die Behandlung oder ihrer Ablehnung denkbar. Während der **RefE** wie auch die **AG** keine Schriftform einführen will, schlägt die

¹³ Ebenso § 1901b I 1 BGB-AG.

¹⁴ *Enquete-Kommission*, 45.

¹⁵ § 1901b III und IV 2 BGB-Enquete-Kommission.

¹⁶ § 1901a II 2 BGB-RefE.

¹⁷ *AG*, 16; *Enquete-Kommission*, 40 ff.; *RefE*, 16 f.



Enquete-Kommission ihre Einführung vor¹⁸. Damit sollen der Nachweis der Ernstlichkeit und des Inhalts erleichtert werden¹⁹. Andere Erklärungen sollen als Indiz für den mutmaßlichen Willen dienen²⁰.

Problematisch ist die Einführung eines Formzwangs vor allem, weil die antizipierte Einwilligung bzw. Ablehnung des Patienten nur deshalb einen geringeren Grad von Verbindlichkeit haben soll, weil sie nicht formgerecht erklärt worden ist. Ist sie auf andere Weise nachgewiesen, gibt es jedoch keinen Grund, ihr nicht die gleiche Verbindlichkeit zuzubilligen wie der schriftlich niedergelegten Erklärung. Gerade wenn man dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten zur Geltung verhelfen will, dürfen keine zusätzlichen Hürden aufgebaut werden, die nicht schon in der Sache selbst begründet sind, wie z.B. das Erfordernis der Einwilligungsfähigkeit²¹. Auch nach Vorstellung der Enquete-Kommission soll deshalb z.B. der Widerruf formlos möglich bleiben²².

Im Übrigen wären mit der Einführung einer Formvorschrift weitere Probleme verbunden. Es genügt für eine im Vorfeld einer Behandlung gegenüber dem Arzt erklärte Einwilligung oder Ablehnung weiterhin, dass sie mündlich erklärt wird. Auch für den Betreuer wie für den Bevollmächtigten bleiben Anweisungen des Patienten unabhängig von ihrer Form verbindlich. Die von der Enquete-Kommission als Argument für einen Formzwang angeführten Schwierigkeiten treten nämlich bei vielen in die Zukunft gerichteten Anweisungen an den künftigen Betreuer (Betreuungsverfügung, § 1901a BGB) oder Bevollmächtigten (§ 665 BGB) auf, ohne dass hierfür die Einhaltung der Schriftform erforderlich ist. Die mit der Schriftform für Patientenverfügungen notwendig verbundene eingeschränkte Verbindlichkeit für nicht formgerechte Erklärungen führt deshalb zu Abgrenzungsproblemen und Wertungswidersprüchen.

Letztlich spricht daher alles für die **Formfreiheit** auch der antizipierten Einwilligung bzw. Ablehnung und damit für die Lösung des **RefE**.

V. Patientenverfügung und Vertreter

In der rechtspolitischen Debatte ist im Ausgangspunkt allgemein anerkannt, dass der Betreuer eine wirksame **antizipierte Erklärung** des Patienten „durchzusetzen“ bzw. „umzusetzen“ hat. Alle Gesetzgebungsvorschläge enthalten eine dahingehende Regelung²³.

Wünsche, Wertvorstellungen usw. des Patienten sind bereits vom geltenden Betreuungsrecht in §§ 1901 II und III, 1901a BGB erfasst. Insofern sind § 1901a I und II 1 BGB-RefE²⁴ zu weit formuliert; eine gesetzliche Regelung sollte auf die antizipierte Erklärung beschränkt werden (oben IV.1.a.). Vorschlag für §1901 a II BGB-RefE:

„Der Betreuer hat die in einer Patientenverfügung vom Betreuten getroffenen Entscheidungen durchzusetzen, soweit ihm dies zumutbar ist.“

Erheblichen Bedenken begegnet der Entwurf der **Enquete-Kommission**. § 1901b IV BGB-Enquete-Kommission legt die Indizwirkung einer nicht formgültig errichteten Patientenverfügung für die Ermittlung des mutmaßlichen Willens fest. Darüber hinaus enthält § 1901b V BGB-Enquete-Kommission einen allgemeinen Vorbehalt zugunsten des Wohls und dem Lebensschutz des Betreuten sowohl für die Umsetzung einer

¹⁸ § 1901b I 1 BGB-Enquete-Kommission.

¹⁹ *Enquete-Kommission*, 40 f.

²⁰ § 1901b IV 1 BGB-Enquete-Kommission.

²¹ *Roth*, JZ 2004, 494 (497).

²² *Enquete-Kommission*, 42 f.

²³ § 1901a II 1 BGB-RefE, § 1901b I 3 BGB-AG, § 1901b II BGB-Enquete-Kommission.

²⁴ Ebenso § 1901b I 1 BGB-AG.



formgültigen antizipierten Einwilligung bzw. Ablehnung als auch für die Befolgung einer mündlichen Erklärung, der die Enquete-Kommission nur Indizwirkung beimisst.

Beide Regelungen würden zu erheblichen Wertungswidersprüchen im Betreuungsrecht führen. *Erstens* ist der Wille des Patienten für den Betreuer oder Bevollmächtigten nach §§ 1901 III 1, 1901a BGB auch dann verbindlich, wenn er nicht formgerecht erklärt wird (oben IV.3.). Er ist also bereits *de lege lata* mehr als das Indiz, zu dem ihn die Enquete-Kommission machen will. Es besteht kein Grund, hier hinter das geltende Betreuungsrecht zurückzugehen. *Zweitens* findet die Wohlschranke des § 1901 III 1 BGB bei einer antizipierten Einwilligung oder Ablehnung keine Anwendung²⁵; der Entwurf würde sie erst einführen. *Drittens* ist verfassungs- wie betreuungsrechtlich eine Behandlung gegen den Willen des Patienten allenfalls dann erlaubt, wenn die Ablehnung krankheitsbedingt ist²⁶. Der Vorrang des Wohls und vor allem der des Lebensschutzes ist daher in der vorgesehenen allgemeinen Formulierung insgesamt abzulehnen.

VI. Verfahrensregelungen: Konsil und Vormundschaftsgericht

Angesichts der verbreiteten Unsicherheit in allen Fragen, die die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung für einen Verzicht auf (weitere) lebenserhaltende Maßnahmen betreffen, stellen alle aktuellen Gesetzgebungsvorschläge diese Problematik in den Mittelpunkt. Sie knüpfen dabei an die Grundstruktur der ärztlichen Behandlung an und setzen voraus, dass der Arzt eine (weitere) lebenserhaltende Maßnahme für indiziert hält und sie vorschlägt, der Vertreter des Patienten sie jedoch ablehnt²⁷. Die Unterschiede liegen darin, in welchen Fällen eine Genehmigung des VormG für erforderlich gehalten wird.

1. Konsil und vormundschaftsgerichtliche Genehmigung

Die **Enquete-Kommission** verlangt in allen Fällen zunächst die Einschaltung eines **Konsils** aus Arzt, Betreuer, Pflegedienst und Angehörigem und danach zusätzlich die **Genehmigung des VormG**. Gleiches soll für den Bevollmächtigten gelten²⁸. Die Beratung im Konsil soll die umfassende Berücksichtigung aller verfügbaren Informationen und vorhandener Ansichten sicherstellen²⁹, die zwingende Einschaltung des VormG die Missbrauchsgefahr bannen³⁰.

Der Preis für diese umfassende Absicherung liegt auf der Hand: Für die Dauer des Verfahrens wird der Patient auch dann behandelt, wenn dies seinem Willen widerspricht. Dieser Eingriff in die grundrechtlich geschützte Patientenautonomie bedarf der Rechtfertigung und muss dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen. Hierfür kommt es u.a. darauf an, ob andere Mittel vorhanden sind, um die mit dem obligatorischen Konsil und der generellen Einschaltung des VormG verfolgten Ziele zu erreichen.

Die Einbeziehung weiterer Personen (z.B. früherer behandelnder Ärzte, des Pflegedienstes oder der Angehörigen) in den Behandlungsprozess und in die Vorbereitung der Entscheidung über die lebensverlängernde Maßnahme ist vielfach sinnvoll, um die Wünsche und Vorstellungen des Patienten zu ermitteln, und wird auch praktiziert. Allerdings kann die Notwendigkeit, weitere Personen zu beteiligen, nur im

²⁵ BGHZ 154, 205 ff.

²⁶ Vgl. nur BVerfGE 58, 208 (225); BtPrax 1998, 144 (145).

²⁷ Ausdrücklich § 1901b III und IV BGB-Enquete-Kommission. § 1904 BGB-RefE bzw. § 1904 BGB-AG beruhen ebenfalls auf diesem Verständnis, vgl. RefE, 20, 22; AG, 46.

²⁸ §§ 1901b VI-VIII BGB-Enquete-Kommission.

²⁹ Enquete-Kommission, 43 f.

³⁰ Enquete-Kommission, 44 f.;



Einzel Fall beurteilt werden, wie die Enquete-Kommission selbst ausdrücklich feststellt³¹. Ein **obligatorisches Konsil** würde jedoch die Verwirklichung des Willens des Patienten auch in den Fällen verzögern, in denen seine Einschaltung weder erforderlich noch sinnvoll ist, um diesen Willen zu ermitteln und umzusetzen. Angesichts der Vielgestaltigkeit der Fälle ist daher die von der Enquete-Kommission vorgeschlagene zwingende Einschaltung eines Konsils weder praktikabel³² noch verfassungsrechtlich zu rechtfertigen.

Die obligatorische Genehmigung durch das VormG dient der **präventiven Kontrolle** des Betreuers. Sie soll verhindern, dass der Betreuer seine Rechtsmacht missbraucht und damit dem Patienten irreparablen Schaden zufügt. Nach der Vorstellung der Enquete-Kommission ist dieser Schutz nur mit einer *umfassenden Genehmigungspflicht* gewährleistet³³.

Demgegenüber ist daran zu erinnern, dass die Notwendigkeit eines Konsenses zwischen Arzt und Betreuer über die Notwendigkeit der Behandlung und den maßgeblichen Willen des Patienten bereits regelmäßig eine wechselseitige präventive Kontrolle im Vorfeld der Behandlungsentscheidung gewährleistet³⁴. Wenn allerdings der Betreuer eine Maßnahme *ablehnt*, die nach Ansicht des Arztes sowohl indiziert ist als auch dem Willen des Patienten entspricht, versagt diese Form der präventiven Kontrolle. Denn gegen das Veto des Betreuers darf der Arzt grundsätzlich nicht behandeln. In einem solchen Konflikt über den erklärten oder den mutmaßlichen Willen des Patienten ist daher die Erzwingung einer präventiven Kontrolle durch die Genehmigungspflicht erforderlich. Aus Sicht des Patienten und seines Selbstbestimmungsrechts ist die damit verbundene Verzögerung in der Verwirklichung seines Willens unvermeidbar, denn es ist gerade umstritten, was der Patient will. Insofern ist die Behandlung des Patienten während des Verfahrens verfassungsrechtlich unbedenklich. Stimmen Betreuer und Arzt jedoch überein, hat die im Erfordernis des Einvernehmens liegende präventive wechselseitige Kontrolle keine Beanstandungen ergeben. Für das danach noch verbleibende allgemeine Risiko des Missbrauchs genügen die auch hier eingreifenden allgemeinen Sicherungen. Jedermann kann sich bei Verdacht des Missbrauchs an das VormG wenden, das notfalls mit einer einstweiligen Anordnung die vorläufige Weiterbehandlung anordnen kann. Darüber hinaus sichern zivil- und strafrechtliche Sanktionen, dass Arzt und Betreuer ihre rechtlichen Pflichten einhalten³⁵. Eine nochmalige präventive Kontrolle durch das VormG ist daher nicht erforderlich. Eine Genehmigungspflicht führt hier zu einer nicht zu rechtfertigenden Zwangsbehandlung des Patienten; sie ist deshalb verfassungswidrig³⁶.

Demnach ist die von der Enquete-Kommission vorgeschlagene **umfassende Genehmigungspflicht abzulehnen**. Vorzugswürdig ist die vom **RefE** und der **AG** vorgeschlagene Beschränkung auf **Konfliktfälle**, in denen Arzt und Betreuer kein Einvernehmen über den Willen des Patienten herstellen können³⁷.

³¹ Enquete-Kommission, 43; ebenso RefE, 21.

³² RefE, 21.

³³ Enquete-Kommission, 44 f.;

³⁴ So auch RefE, 23.

³⁵ Zum Vorstehenden nur RefE, 23.

³⁶ Eine Zwangsbehandlung ist nur zulässig, wenn die Ablehnung der Behandlung krankheitsbedingt ist, vgl. nur BVerfGE 58, 208 (225); BtPrax 1998, 144 (145).

³⁷ § 1904 III BGB-RefE, § 1904 III BGB-AG.



2. Behandlungsverzicht durch Bevollmächtigten

Im Gegensatz zur Enquete-Kommission, die entsprechend dem bisherigen § 1904 II BGB für eine Gleichbehandlung von Betreuer und Bevollmächtigtem eintritt³⁸, schlagen **RefE** und **AG** vor, den Bevollmächtigten **keiner präventiven Kontrolle** durch das VormG zu unterwerfen³⁹. Die Form des § 1904 II BGB wollen jedoch alle Entwürfe beibehalten⁴⁰.

Der Verzicht auf eine präventive Kontrolle des Bevollmächtigten, wenn dieser eine lebenserhaltende Maßnahme ablehnt, die der Arzt für indiziert hält und die aus seiner Sicht dem Willen des Patienten entspricht, ist nur gerechtfertigt, wenn der Patient selbst auf diese Form der Kontrolle verzichtet hat⁴¹. Insofern kommt dem Erfordernis, dass der Vollmachtgeber die Befugnis zum Verzicht auf eine lebenserhaltende Behandlung *ausdrücklich* und *schriftlich* erteilen muss (§ 1904 II BGB bzw. § 1904 IV BGB-RefE bzw. § 1904 V BGB-AG), besondere Bedeutung zu.

Bestehen bleibt darüber hinaus die unverzichtbare *allgemeine Missbrauchskontrolle* durch das VormG, das von jedermann angerufen werden und entweder einen Vollmachts- bzw. Kontrollbetreuer einsetzen (§ 1896 III BGB) oder in Eilfällen selbst tätig werden kann (§§ 1908i I 1, 1846 BGB)⁴².

Letztlich bestehen gegen die Abschaffung der Genehmigungspflicht für Bevollmächtigte daher **keine Bedenken**.

3. Die Ausgestaltung des Genehmigungsverfahrens

Trotz gleichem Regelungsziel unterscheiden sich die Vorschläge des RefE und der AG in ihrer Ausgestaltung.

a. AG Patientenautonomie

§ 1904 III BGB-AG lässt die Genehmigungspflicht entfallen, wenn Einvernehmen besteht, dass die geplante Entscheidung für oder gegen die Maßnahme dem „**Willen**“ des Patienten entspricht. Der von der AG gewählte Begriff des „Willens“ umfasst auch den erklärten Willen, d.h. die antizipierte Einwilligung oder Ablehnung. Sie wird damit ebenfalls von dem Genehmigungserfordernis ausgenommen, wenn sich Arzt und Betreuer über deren Bedeutung einig sind. Sind sie es nicht, scheint zunächst eine Genehmigung erforderlich zu sein, da kein Ausnahmetatbestand vorliegt. Allerdings zeigt § 1904 IV 5 BGB-AG, dass hier *keine* materielle Genehmigungspflicht angenommen wird. Das VormG hat das Verfahren mit einem Negativattest abzuschließen und festzustellen, dass es seiner Genehmigung nicht bedarf.

Dies ist zutreffend, denn für eine Genehmigung ist kein Raum, wenn der Patient selbst bereits die Einwilligung erklärt oder verweigert hat. Genehmigt werden kann nur die Entscheidung des Vertreters, nicht die des Patienten selbst. Besteht Streit, ob eine Patientenverfügung eine antizipierte Erklärung des Patienten enthält oder nur Auskunft über seine Wünsche etc. gibt, kann zwar ein Genehmigungsverfahren eingeleitet werden. Stellt sich jedoch heraus, dass tatsächlich eine antizipierte Erklärung des Patienten vorliegt und diese wirksam und einschlägig ist, muss das VormG ein *Negativattest* erteilen. Das sieht § 1904 IV 5 BGB-AG ausdrücklich vor.

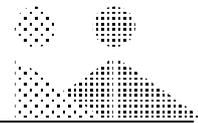
³⁸ § 1901b VIII 1 BGB-Enquete-Kommission.

³⁹ § 1901a IV 2 BGB-RefE, § 1901b V 2 BGB-AG.

⁴⁰ § 1901a IV 1 BGB-RefE, § 1901b V 1 BGB-AG, § 1901b VIII 2 BGB-Enquete-Kommission.

⁴¹ RefE, 24; AG, 49 f.

⁴² RefE, 24; AG, 49 f.



Die Regelung des § 1904 III BGB-AG ist daher insoweit missverständlich, als man eine Genehmigungspflicht für antizipierte Erklärungen entnehmen könnte, soweit die dort genannte Ausnahme nicht eingreift.

b. RefE

Vorzugswürdig ist deshalb der im Übrigen gleichlautende Vorschlag des RefE, der in § 1904 III BGB-RefE nur auf das **Einvernehmen über den „mutmaßlichen Willen“** des Patienten abstellt.

Der RefE führt damit den Gedanken konsequent durch, dass bei einer antizipierten Einwilligung bzw. Ablehnung des Patienten keine Behandlungsentscheidung des Betreuers mehr möglich und erforderlich ist⁴³. Sie liegt daher von vorneherein außerhalb des Anwendungsbereichs des § 1904 BGB, der eine Einwilligung bzw. Ablehnung des Betreuers voraussetzt.

Es wäre jedoch angesichts der Unsicherheit im Gefolge der Entscheidung des 12. Zivilsenats vom 17.3.2004 wünschenswert, wenn in der Begründung klargelegt würde, dass dies *erstens* der Einleitung eines Genehmigungsverfahrens bei einem Streit über die Wirksamkeit bzw. Anwendbarkeit einer antizipierten Erklärung des Patienten nicht entgegensteht, und *zweitens* das VormG ggf. ein Negativattest zu erteilen hat.

Zu begrüßen ist, dass der RefE im Gegensatz zu AG⁴⁴ und Enquete-Kommission⁴⁵ auf eine besondere Regelung des **gerichtlichen Entscheidungsmaßstabs** verzichtet. Hat der Patient selbst nicht bereits im Wege einer antizipierten Erklärung in die Maßnahme eingewilligt oder sie abgelehnt, ist der allgemeine Maßstab des § 1901 II und III BGB anzuwenden. Hiermit ist sowohl die von AG und Enquete-Kommission vorgesehene allgemeine Regelung „in dubio pro vita“ als auch das damit nahe gelegte objektive Verständnis des Patientenwohls unvereinbar. Der Gesetzgeber des Betreuungsrechts hat das Wohl des Betreuten in § 1901 II und III BGB ausdrücklich subjektiviert. Es besteht kein Grund, auch nur für eine bestimmte Konstellation dahinter zurückzufallen. Zuzustimmen ist dem RefE in den Vorschlägen zum Genehmigungsverfahren.

Bochum / Schleswig, den 29.01.2005

⁴³ RefE, 17.

⁴⁴ § 1901b IV 1-3 BGB-AG.

⁴⁵ § 1901b V BGB-Enquete-Kommission.