

## Gesetz zum Internationalen Familienrecht

Das Gesetz zum internationalen Familienrecht v. 26.1.2005 ist am 31.1.2005 verkündet worden (BGBl I S. 162). Es ist am 1.3.2005 in Kraft getreten (mit Ausnahme der §§ 12 Abs. 3 und 47 Abs. 2, die bereits am 1.2.2005 in Kraft getreten sind):

Das Gesetz dient der Durchführung der sog. Brüssel-IIa-Verordnung (EG-VO Nr. 2201/2003), die ab dem 1.3.2005 in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union mit Ausnahme Dänemarks gilt.

### Aufsätze

## Die Patientenverfügung – Bemerkungen zur aktuellen rechtspolitischen Debatte<sup>1</sup>

— Prof. Dr. Volker Lipp / Wiss. Mitarb. Michael Benedikt Nagel, Universität Göttingen

### I. Die aktuelle Diskussion

In der Diskussion um die sog. „Sterbehilfe“ ist heute allgemein anerkannt, dass die grundrechtlich geschützte Patientenautonomie auch das Recht umfasst, sich für oder gegen eine ärztliche Behandlung zu entscheiden.<sup>2</sup> Welche Bedeutung und Tragweite die Patientenautonomie für den Verzicht auf **lebenserhaltende** ärztliche Maßnahmen bzw. für deren Einstellung hat, ist allerdings heftig umstritten.

Bereits vor geraumer Zeit haben die Strafgerichte die Einstellung lebenserhaltender Maßnahmen auf Wunsch des Patienten („passive Sterbehilfe“)<sup>3</sup> für grundsätzlich zulässig erklärt, ebenso wie die medizinisch gebotene und mit Einwilligung des Patienten erfolgende Gabe von Schmerzmitteln oder anderen Medikamenten, die als Nebenwirkung das Leben des Patienten verkürzen („indirekte Sterbehilfe“).<sup>4</sup> Danach hat sich die Diskussion darauf konzentriert, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen ein Vertreter die Einstellung lebenserhaltender Maßnahmen verlangen und auf welche Weise jemand Vorsorge bezüglich seiner ärztlichen Behandlung treffen kann.<sup>5</sup>

Zu diesen Fragen sind in den letzten Jahren mehrere obergerichtliche Entscheidungen ergangen,<sup>6</sup> die Bewegung in die Debatte gebracht und nunmehr auch den Gesetzgeber auf den Plan gerufen haben. So hat die Bundesjustizministerin eine Arbeitsgruppe (im Folgenden: AG) eingesetzt, deren Bericht<sup>7</sup> Grundlage für den Referentenentwurf eines 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetzes vom 1.11.2004<sup>8</sup> (im Folgenden: RefE) ist. Parallel dazu haben die Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz<sup>9</sup> (im Folgenden: Bioethik-Kommission RPF) und die Enquete-Kommission

„Ethik und Recht der modernen Medizin“ des Bundestags<sup>10</sup> (im Folgenden: Enquete-Kommission) ausführliche Berichte zum

- <sup>1</sup> Ausführlich dazu Lipp, Patientenautonomie und Lebensschutz, Zur Diskussion um eine gesetzliche Regelung der „Sterbehilfe“, Göttingen 2005.
- <sup>2</sup> Vgl. nur RGZ 68, 431 (433 ff.); BGHZ 29, 46 (49, 54); 106, 391 (397 f.); RGSt 25, 375 (381 ff.); 11, 111 (114); 32, 366 (378); Taupitz, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, Gutachten A zum 63. Deutschen Juristentag 2000, A 11; Lipp, DRiZ 2000, 231 ff.; Spickhoff, NJW 2000, 2297 ff.; Berger, JZ 2000, 797 ff.; zum grundrechtlichen Schutz der Patientenautonomie: BVerfGE 52, 131 (168, 173 ff.); 91, 1 (29 ff.); Hufen, NJW 2001, 849 (851 ff.); kritisch aber z.B. Duttge, Preis der Freiheit. Zum Abschlussbericht der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“, Thünngersheim, Frankfurt am Main 2004, 6 ff.
- <sup>3</sup> BGHSt 37, 376 (379); 40, 257 (259 ff.).
- <sup>4</sup> BGHSt 42, 301 (305); 46, 279 (284 f.).
- <sup>5</sup> Ausführlich Taupitz (Fn 2), 96 ff. m.w.N.; Lipp, FamRZ 2004, 317 ff.; vgl. auch Keilbach, FamRZ 2003, 969 ff.; Vossler, BtPrax 2002, 240 ff.
- <sup>6</sup> Vgl. BGHZ 154, 205 ff. = FamRZ 2003, 748 ff. = BtPrax 2003, 123 ff. = NJW 2003, 1588 ff. = JZ 2003, 732 ff.; OLG München NJW-RR 2002, 811 = MedR 2003, 174; OLG München FamRZ 2003, 557 (Vorinstanz LG Traunstein NJW-RR 2003, 221).
- <sup>7</sup> AG „Patientenautonomie am Lebensende“ des BMJ, Bericht vom 10.6.2004, abrufbar unter: <http://www.bmj.bund.de/media/archive/695.pdf> (Stand 1.2.2005). Im Folgenden in den Fn abgekürzt als AG bzw. bei §§-Angaben als -AG.
- <sup>8</sup> Der Referentenentwurf ist abgedruckt bei Lipp, Patientenautonomie (Fn 1), abrufbar z.B. unter <http://www.skm.bistum-trier.de/reform/betraend3.pdf> (Stand: 1.2.2005). Er wird im Folgenden in den Fn abgekürzt als RefE bzw. bei §§-Angaben als -RefE.
- <sup>9</sup> „Sterbehilfe und Sterbebegleitung“ vom 23.4.2004, abrufbar unter [www.justiz.rlp.de](http://www.justiz.rlp.de) -> Ministerium -> Bioethik (Stand 1.2.2005). Im Folgenden in den Fn abgekürzt als RPF bzw. bei §§-Angaben als -RPF.
- <sup>10</sup> Zwischenbericht „Patientenverfügungen“ vom 13.9.2004, BT-Drucks 15/3700, in den Fn abgekürzt als EK bzw. bei §§-Angaben als -EK.

Problembereich der „Sterbehilfe“ erarbeitet. Diese rechtspolitischen Konzeptionen sollen nachfolgend beleuchtet werden.

## II. Die Patientenverfügung

### 1. Regelungsgegenstand und Begriffe

#### a) Vorbemerkung

Wie bereits eingangs erwähnt, wird gegenwärtig intensiv diskutiert, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen ein Vertreter die Einstellung lebenserhaltender Maßnahmen verlangen kann. Für eine solche stellvertretende Erklärung eines Bevollmächtigten oder Betreuers, oder für eine Notfallentscheidung des Arztes ist allerdings nur dann Raum, wenn der Patient selbst nichts erklärt hat. Eine ganz zentrale Frage ist daher, inwieweit jemand schon im Vorfeld das Ob und Wie seiner späteren Behandlung durch eine **Patientenverfügung** festlegen kann. Diese Frage steht im Zentrum der eingangs erwähnten Entwürfe und Berichte; die rechtspolitische Diskussion befindet sich momentan also in vollem Gange.

Bevor man sich den Einzelheiten dieser Debatte zuwendet, muss man sich eines vergegenwärtigen: Für **antizipierte Erklärungen** des Patienten, mit denen er vorweg in ärztliche Maßnahmen einwilligt oder sie ablehnt, gelten andere rechtliche Grundsätze als für die **Mitteilung von Wünschen**, Wertvorstellungen o.Ä. Einzelne Voraussetzungen für die rechtliche Wirksamkeit, wie z.B. ärztliche Aufklärung, Schriftform, Einwilligungsfähigkeit, Freiheit von Irrtum oder Zwang, lassen sich nämlich nur für **Erklärungen** aufstellen, die unmittelbar rechtliche Wirkungen entfalten sollen, also für die antizipierte Einwilligung oder Ablehnung. Die bloße **Mitteilung** von Wünschen, Wertvorstellungen o.Ä. erzeugt demgegenüber keine unmittelbare Rechtswirkung im Verhältnis zu Dritten. Sie sind Indizien für die Ermittlung des mutmaßlichen Willens des Patienten durch den Arzt und von einem Betreuer nach §§ 1901 III 1 und 2, 1901a BGB bzw. § 1901 II BGB zu beachten, und zwar unabhängig von der Einhaltung bestimmter Wirksamkeitsvoraussetzungen.<sup>11</sup>

#### 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 ist.<sup>12</sup>

Der RefE trifft jedoch in § 1901a I BGB-RefE eine allgemeine Regelung für alle „Willensäußerungen“, die er als Oberbegriff für beide Formen begreift. Die dort angeordneten Wirkungen können allerdings nur die antizipierte Einwilligung und Ablehnung betreffen, nicht aber die bloße Mitteilung von Wünschen etc. Einem ähnlichen Missverständnis unterliegt die

Bioethik-Kommission RPF in ihrer These 2.<sup>13</sup> Die vom RefE vorgeschlagene Regelung ist daher zu weit gefasst.

Die in § 1901a II 1 BGB-RefE<sup>14</sup> normierte Pflicht des Betreuers, den – wiederum als Oberbegriff für beide Formen verstandenen – „Willen“ des Betroffenen zu beachten, ist für die Wünsche, Wertvorstellungen etc. bereits heute 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 „Entscheidungen“ nennt. Hierauf sollte sich der Gesetzgeber auch beschränken. Die Enquete-Kommission schlägt lediglich eine Regelung der antizipierten Einwilligung bzw. Ablehnung vor.<sup>15</sup> Auch hier ist die Terminologie missglückt. Gemeint sind mit dem „Wunsch“ in § 1901b BGB-EK gerade nicht die „Wünsche“ der §§ 1901 III, 1901a BGB, sondern die antizipierte Einwilligung bzw. Ablehnung.

### 2. Die „Reichweite“ der Patientenverfügung

Ein wesentlicher Streitpunkt in der gegenwärtigen Debatte betrifft die sog. „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 wird.<sup>16</sup> Der RefE lehnt eine solche Einschränkung ausdrücklich ab.<sup>17</sup> Der Sache nach geht es hier jedoch nicht um die Reichweite der Patientenverfügung, sondern um die allgemeinere Frage, ob der Patient auch außerhalb der Sterbephase auf lebenserhaltende Maßnahmen verzichten kann:

Der 12. Zivilsenats des BGH hat in seinem Beschl. v. 17.3.2004<sup>18</sup> unter Berufung auf ein Urteil des 1. Strafsenats vom 13.9.1994<sup>19</sup> die Ansicht vertreten, dass die Einstellung einer lebenserhaltenden medizinischen Behandlung nur verlangt werden könne, wenn das Grundleiden des Betroffenen einen irreversibel tödlichen Verlauf genommen habe. Obwohl mehrfach nachgewiesen worden ist, dass diese Ansicht auf einer unzutreffenden Interpretation des Urteils des 1. Strafsenats beruht,<sup>20</sup> ist seitdem die Unsicherheit über die Grenzen erlaubter „Sterbehilfe“ erheblich gestiegen. Eine gesetzliche Klarstellung erscheint deshalb geboten.

<sup>11</sup> Palandt/Diederichsen, BGB, 64. Aufl. 2005, § 1901 BGB Rn 5.

<sup>12</sup> RefE, 17 f.; AG, 15 f.

<sup>13</sup> RPF, 35 f.

<sup>14</sup> Ebenso § 1901b I 1 BGB-AG.

<sup>15</sup> EK, 45.

<sup>16</sup> § 1901b III und IV 2 BGB-EK.

<sup>17</sup> § 1901a II 2 BGB-RefE.

<sup>18</sup> BGHZ 154, 205 ff.

<sup>19</sup> BGHSt 40, 257 ff.

<sup>20</sup> Vgl. nur Kutzer, ZRP 2003, 213 f.; Hufen, ZRP 2003, 248 ff.; Lipp, FamRZ 2004, 317 (318 f.).

Die Enquete-Kommission möchte allerdings am restriktiven Verständnis des 12. Zivilsenats festhalten.<sup>21</sup> So müssen z.B. Demente und Wachkomapatienten nach ihrer Ansicht in jedem Falle behandelt werden,<sup>22</sup> auch wenn sie zuvor erklärt haben, in diesem Fall bestimmte Maßnahmen (z.B. Ernährung mittels PEG-Sonde) abzulehnen.<sup>23</sup> 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 hinausliefe,<sup>24</sup> 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 hat.<sup>25</sup>

### 3. Form und Aufklärung

#### a) Form

Wie unter II.1.a. dargelegt, ist eine Schriftform überhaupt nur für **antizipierte Erklärungen** der Einwilligung in die Behandlung oder ihrer Ablehnung denkbar. Während die AG und der RefE keine derartigen Voraussetzungen einführen wollen, schlagen die Bioethik-Kommission RPF und die Enquete-Kommission die Einführung der Schriftform vor. Die Bioethik-Kommission RPF verlangt zusätzlich die Aufklärung über die Folgen der getroffenen Entscheidung, die nicht notwendig durch den Arzt erfolgen muss.<sup>26</sup> Mit der Schriftform sollen der Nachweis der Ernstlichkeit und des Inhalts der Erklärung erleichtert werden.<sup>27</sup> Die Aufklärung soll sicherstellen, dass sich der Patient der Bedeutung und Tragweite seiner Erklärung bewusst ist.<sup>28</sup> Andere Erklärungen sollen als Indiz für den mutmaßlichen Willen dienen.<sup>29</sup>

Problematisch ist ein Formzwang vor allem deshalb, 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, besteht jedoch kein Grund, ihr nicht die gleiche Verbindlichkeit zuzubilligen wie einer schriftlich niedergelegten Erklärung. Gerade wenn man dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten Geltung verschaffen will, dürfen keine Hürden aufgebaut werden, die nicht schon in der Sache selbst begründet sind, wie z.B. das Erfordernis der Einwilligungsfähigkeit.<sup>30</sup> Auch nach Ansicht der Enquete-Kommission soll deshalb z.B. der Widerruf formlos möglich sein.<sup>31</sup> Das Ziel der Beweissicherheit rechtfertigt also die Schriftform nicht.

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 und für den Bevollmächtigten bleiben Anweisungen des Patienten unabhängig von ihrer Form verbindlich. Die mit der Schriftform für Patientenverfügungen notwendig verbundene eingeschränkte Verbindlichkeit für nicht formgerechte Erklärungen führt deshalb zu Abgrenzungsproblemen und Wertungswidersprüchen. Die von der Enquete-Kommission und der Bioethik-Kommission RPF 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. Letztlich spricht daher alles für die **Formfreiheit** auch der antizipierten Einwilligung bzw. Ablehnung und damit für die Lösung der AG und des RefE.

#### b) Aufklärung

Hinsichtlich der Aufklärung stellt sich die Frage, ob eine ärztliche bzw. rechtliche Beratung bei der Errichtung einer Patientenverfügung lediglich empfohlen sein sollte oder aber ob sie zur Voraussetzung für deren rechtliche Verbindlichkeit erhoben werden sollte. Eine vorherige **Aufklärung** kann zum einen den Patienten über seine Krankheit und die möglichen Behandlungsalternativen informieren und ihn so in die Lage versetzen, sich zu entscheiden. Zum anderen kann sie dem später behandelnden Arzt das Verständnis einer Patientenverfügung erleichtern.<sup>32</sup>

Unter dem erstgenannten Gesichtspunkt dient die Aufklärung der **Wahrnehmung des Selbstbestimmungsrechts** des Patienten; auf sie kann der Patient deshalb auch verzichten.<sup>33</sup> Die Aufklärung als Wirksamkeitsvoraussetzung macht die Beratung zur Pflicht und bedarf daher als Beschränkung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten der Rechtfertigung. Eine Beratungspflicht erscheint dann sachlich sinnvoll und deshalb gerechtfertigt, wenn die Beratung durch einen Arzt erfolgt und der Bezug zu einer bestimmten Krankheit bereits vorhanden oder absehbar ist. Die Beratungspflicht würde aber auch für diejenigen gelten, die in gesunden Tagen für Unfall oder plötzlich auftretende Krankheiten vorsorgen wollen. Hier ist eine ärztliche Information über die gesundheitliche

<sup>21</sup> EK, 20, 38 f.

<sup>22</sup> EK, 38.

<sup>23</sup> § 1901b III BGB-EK (formgerechte Patientenverfügung) bzw. § 1901b IV 2 BGB-EK (Wille in sonstiger Form nachgewiesen).

<sup>24</sup> Vgl. nur die Sondervoten zum Bericht der EK, 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).

<sup>25</sup> § 1901a II 2 BGB-RefE und die Begründung dazu, vgl. RefE, 18.

<sup>26</sup> § 1901b I 1 BGB-EK; RPF, 42 f.

<sup>27</sup> EK, 40 f.; vgl. auch RPF, 42 f.

<sup>28</sup> RPF, 42 f.

<sup>29</sup> § 1901b IV 1 BGB-EK; RPF, 43.

<sup>30</sup> So zutreffend in anderem Zusammenhang Roth, JZ 2004, 494 (497).

<sup>31</sup> EK, 42 f.

<sup>32</sup> RPF, 42 f., nennt zwar beide Aspekte, unterscheidet sie aber nicht deutlich.

<sup>33</sup> Vgl. nur Taupitz (Fn 2), A 28 ff.

Situation und mögliche Behandlungsalternativen nur in sehr allgemeiner Form möglich, so dass eine mit der Pflicht zur Beratung verbundene generelle Beschränkung des Selbstbeschränkungsrechts des Patienten unter diesem Gesichtspunkt nicht als gerechtfertigt erscheint. Die Beratungspflicht könnte somit allenfalls mit dem **Interesse des Arztes** an einer verständlichen Patientenverfügung, also dem zweiten Aspekt, gerechtfertigt werden. Auf die Interessen bzw. den Schutz des Arztes kommt es aber bei der Einwilligung generell nicht an;<sup>34</sup> entscheidend ist hier allein der Wille des Patienten.

Somit erweist sich der von RefE, AG und Enquete-Kommission eingeschlagene Weg als vorzugswürdig, eine ärztliche bzw. rechtliche Beratung bei der Errichtung einer Patientenverfügung nicht zur Voraussetzung ihrer rechtlichen Verbindlichkeit zu erheben.

### III. Patientenverfügung und Vertreter

Im Grundsatz ist heute allgemein anerkannt, dass der Betreuer eine wirksame **antizipierte Erklärung** des Patienten „durchzusetzen“ bzw. „umzusetzen“ hat. Alle Gesetzgebungsvorschläge enthalten eine dahin gehende Regelung.<sup>35</sup>

**Wünsche**, Wertvorstellungen usw. des Patienten sind allerdings bereits vom geltenden Betreuungsrecht in §§ 1901 II und III, 1901a BGB erfasst. Insofern sind § 1901a I und II 1 BGB-RefE bzw. § 1901b I 1 BGB-AG zu weit formuliert; eine gesetzliche Regelung sollte auf die **antizipierte Erklärung** beschränkt werden.<sup>36</sup>

Erheblichen Bedenken begegnet der Entwurf der Enquete-Kommission. § 1901b IV BGB-EK legt die Indizwirkung einer nicht formgültig errichteten Patientenverfügung für die Ermittlung des mutmaßlichen Willens fest. Darüber hinaus enthält § 1901b V BGB-EK einen allgemeinen Vorbehalt zugunsten des Wohls und des Lebensschutzes des Betreuten sowohl für die Umsetzung einer formgültigen antizipierten Einwilligung bzw. Ablehnung als auch für die Befolgung einer mündlichen Erklärung, der die Enquete-Kommission nur Indizwirkung beimisst.

Beide Regelungen würden zu Wertungswidersprüchen im Betreuungsrecht führen: **Erstens** ist der Wille des Patienten für den Betreuer oder Bevollmächtigten nach §§ 1901 III 1, 1901a BGB bzw. § 665 BGB auch dann verbindlich, wenn er nicht formgerecht erklärt wird (oben II.3.a.). Er ist also bereits de lege lata mehr als das Indiz, zu dem ihn die Enquete-Kommission machen will, und 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 Anwendung;<sup>37</sup> 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 ist.<sup>38</sup> Der Vorrang des Wohls

und vor allem der des Lebensschutzes ist daher in der vorgesehenen allgemeinen Formulierung insgesamt abzulehnen.

## IV. Verfahrensregelungen: Konsil und Vormundschaftsgericht

Bei der Frage der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung für einen Verzicht auf (weitere) lebenserhaltende Maßnahmen knüpfen alle aktuellen Gesetzgebungsvorschläge 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 ablehnt.<sup>39</sup> Die Unterschiede liegen darin, in welchen Fällen eine Genehmigung des VormG für erforderlich gehalten wird.

### 1. Konsil und vormundschaftsgerichtliche Genehmigung

Die Enquete-Kommission verlangt stets zunächst die Einschaltung eines **Konsils** aus Arzt, Betreuer, Pflegedienst und Angehörigem und danach zusätzlich die **Genehmigung des VormG**. Gleiches soll für den Bevollmächtigten gelten.<sup>40</sup> Die Beratung im Konsil soll die Berücksichtigung aller verfügbaren Informationen und vorhandenen Ansichten sicherstellen,<sup>41</sup> die zwingende Einschaltung des VormG soll die Missbrauchsgefahr bannen.<sup>42</sup>

Diese umfassende Absicherung bewirkt, dass der Patient für die Dauer des Verfahrens auch dann behandelt wird, wenn dies seinem Willen widerspricht. Ein solcher Eingriff in die Patientenautonomie bedarf der Rechtfertigung und muss dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen: Die Einbeziehung weiterer Personen in den Behandlungs- bzw. Entscheidungsprozess ist vielfach sinnvoll, um die Wünsche und Vorstellungen des Patienten zu ermitteln. Allerdings kann die Notwendigkeit, weitere Personen zu beteiligen, nur im Einzelfall beurteilt werden.<sup>43</sup> Ein **obligatorisches Konsil** würde jedoch die Verwirklichung des Willens des Patienten auch dann verzögern, wenn seine Einschaltung weder erforderlich noch sinnvoll ist, um diesen Willen zu ermitteln und umzusetzen.

<sup>34</sup> *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 5. Aufl. 2003, Rn 197; *Lipp*, Patientenautonomie (Fn 1), A 41, 106 ff.

<sup>35</sup> § 1901a II 1 BGB-RefE, § 1901b I 3 BGB-AG, § 1901b II BGB-EK; ebenso These 6 RPF, 44 f.

<sup>36</sup> Dazu oben II.1.a.

<sup>37</sup> BGHZ 154, 205 ff.

<sup>38</sup> Vgl. nur BVerfGE 58, 208 (225); BtPrax 1998, 144 (145).

<sup>39</sup> Ausdrücklich § 1901b III und IV BGB-EK. § 1904 BGB-RefE bzw. § 1904 BGB-AG beruhen ebenfalls auf diesem Verständnis, vgl. RefE, 20, 22; AG, 46. Zu dieser Grundstruktur ausführlich *Lipp*, Patientenautonomie (Fn 1), 11 ff.

<sup>40</sup> §§ 1901b VI-VIII BGB-EK.

<sup>41</sup> EK, 43 f.

<sup>42</sup> EK, 44 f.

<sup>43</sup> Die EK, 43 stellt dies selbst ausdrücklich fest; ebenso RefE, 21.

Die zwingende Einschaltung eines Konsils ist daher weder praktikabel,<sup>44</sup> 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** gewährleistet.<sup>45</sup>

Normalerweise ist eine präventive Kontrolle im Vorfeld der Behandlungsentscheidung bereits dadurch gewährleistet, dass ein Konsens zwischen Arzt und Betreuer über die Notwendigkeit der Behandlung und den maßgeblichen Willen des Patienten erforderlich ist.<sup>46</sup> 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 Fall 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 präventive wechselseitige Kontrolle keine Beanstandungen ergeben. Für das verbleibende Risiko des Missbrauchs genügen die auch hier eingreifenden allgemeinen Sicherungen: Jedermann kann sich bei Verdacht des Missbrauchs an das VormG wenden; darüber hinaus sichern zivil- und strafrechtliche Sanktionen, dass Arzt und Betreuer ihre rechtlichen Pflichten einhalten.<sup>47</sup> 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 verfassungswidrig.<sup>48</sup>

Demnach ist die von der Enquete-Kommission vorgeschlagene **umfassende Genehmigungspflicht abzulehnen**. Vorzugswürdig ist die vom RefE, der AG und der Bioethik-Kommission RPF empfohlene Beschränkung auf Konfliktfälle, in denen Arzt und Betreuer kein Einvernehmen über den Willen des Patienten herstellen können.<sup>49</sup>

## 2. Behandlungsverzicht durch Bevollmächtigten

Im Gegensatz zu Enquete-Kommission und Bioethik-Kommission RPF, die entsprechend dem bisherigen § 1904 II 1 BGB für eine Gleichbehandlung von Betreuer und Bevollmächtigtem eintreten,<sup>50</sup> schlagen der RefE und die AG vor, den Bevollmächtigten keiner präventiven Kontrolle durch das VormG zu unterwerfen.<sup>51</sup> Die Formvorschrift des § 1904 II 2 BGB für die Vollmacht wollen jedoch alle Entwürfe beibehalten.<sup>52</sup>

Der Verzicht auf eine präventive Kontrolle des Bevollmächtigten, der eine lebenserhaltende Maßnahme ablehnt, die der Arzt

für indiziert hält und die aus dessen Sicht dem Willen des Patienten entspricht, ist nur gerechtfertigt, wenn der Patient selbst auf diese Form der Kontrolle verzichtet hat.<sup>53</sup> Insofern kommt dem Erfordernis, dass der Vollmachtgeber die Befugnis zum Verzicht auf eine lebenserhaltende Behandlung **ausdrücklich** und **schriftlich** erteilen muss,<sup>54</sup> besondere Bedeutung zu. Bestehen bleibt darüber hinaus die unverzichtbare **allgemeine Missbrauchskontrolle** durch das VormG, das von jedermann angerufen werden und entweder einen Vollmacht- bzw. Kontrollbetreuer einsetzen (§ 1896 III BGB) oder in Eilfällen selbst tätig werden kann (§§ 1908i I 1, 1846 BGB).<sup>55</sup> Letztlich bestehen gegen die Abschaffung der Genehmigungspflicht für Bevollmächtigte daher keine prinzipiellen Bedenken. Es bleibt allein die praktische Frage, ob man das Vertrauen in die Vorsorgevollmacht nicht besser dadurch fördert, dass man auch dem Bevollmächtigten im Konfliktfall den Weg zum VormG eröffnet, wie dies die Bioethik-Kommission RPF vorschlägt.<sup>56</sup>

## 3. Die Ausgestaltung des Genehmigungsverfahrens

### a) AG Patientenautonomie

§ 1904 III BGB-AG lässt die Genehmigungspflicht entfallen, wenn Einvernehmen darüber besteht, dass die geplante Entscheidung 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

<sup>44</sup> RefE, 21.

<sup>45</sup> EK, 44 f.

<sup>46</sup> So auch RefE, 23.

<sup>47</sup> Zum Vorstehenden nur RefE, 23.

<sup>48</sup> Eine Zwangsbehandlung ist nur zulässig, wenn die Ablehnung der Behandlung krankheitsbedingt ist, vgl. nur BVerfGE 58, 208 (225); BtPrax 1998, 144 (145).

<sup>49</sup> § 1904 III BGB-RefE, § 1904 III BGB-AG; RPF, 58 ff.

<sup>50</sup> § 1901b VIII 1 BGB-EK; RPF, 60.

<sup>51</sup> § 1901a IV 2 BGB-RefE, § 1901b V 2 BGB-AG.

<sup>52</sup> § 1901a IV 1 BGB-RefE, § 1901b V 1 BGB-AG, § 1901b VIII 2 BGB-EK; RPF, 60.

<sup>53</sup> RefE, 24; AG, 49 f.

<sup>54</sup> Vgl. § 1904 II BGB bzw. § 1904 IV BGB-RefE bzw. § 1904 V BGB-AG.

<sup>55</sup> RefE, 24; AG, 49 f.

<sup>56</sup> RPF, 60.

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.<sup>57</sup> Das sieht § 1904 IV 5 BGB-AG ausdrücklich vor.

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 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 ist.<sup>58</sup> Sie liegt daher von vornherein außerhalb des Anwendungsbereichs des § 1904 BGB, der eine Einwilligung bzw. Ablehnung des Betreuers voraussetzt. Zu begrüßen ist, dass der RefE im Gegensatz zu AG<sup>59</sup> und Enquete-Kommission<sup>60</sup> auf eine besondere Regelung des ge-

**richtlichen Entscheidungsmaßstabs** verzichtet. Hat der Patient selbst nicht bereits im Wege einer antizipierten Erklärung in die Maßnahme eingewilligt oder sie abgelehnt, ist der, durch eine ausdrückliche Subjektivierung des Wohls gekennzeichnete, 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.

## V. Ausblick

Insgesamt ist daher der RefE zu begrüßen. Werden die einzelnen, im Vorstehenden erörterten Schwachstellen bereinigt, könnte ein solches Gesetz die geltende Rechtslage in wünschenswerter Weise klarstellen und durch den Wegfall der Genehmigungspflicht für Bevollmächtigte in behutsamer Weise fortentwickeln.

<sup>57</sup> Lipp, Patientenautonomie (Fn 1), 44 ff.

<sup>58</sup> RefE, 17.

<sup>59</sup> § 1901b IV 1-3 BGB-AG.

<sup>60</sup> § 1901b V BGB-EK.

## Der zweite Schritt –

### Die Lebenspartnerschaft auf dem Weg vom eheähnlichen zum ehgleichen Rechtsinstitut

— Dr. Rainer Kemper, Münster

## I. Einführung

Im Juli 2004 wurde der Entwurf eines Gesetzes zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts (LPartGÜG) in den deutschen Bundestag eingebracht. Dieser Entwurf der Fraktionen der SPD und von Bündnis 90/Die Grünen sowie verschiedener Abgeordneter dieser Parteien enthält zahlreiche Angleichungen des Rechts der Lebenspartnerschaft an das Recht der Ehe in denjenigen Bereichen, für die ein Gesetz ohne Zustimmung des Bundesrates zustande kommen kann. Der Entwurf wurde vom Bundestag in der letzten Oktoberwoche 2004 verabschiedet. Der Bundesrat legte keinen Einspruch ein. Das Gesetz ist am 1.1.2005 in Kraft getreten.

Ergänzt werden soll dieses Gesetzesvorhaben in der Folge durch ein weiteres Projekt, in dem diejenigen Regelungen enthalten sein werden, deren Verabschiedung der Zustimmung des

Bundesrates bedarf. Wie beim ursprünglichen Lebenspartnerschaftsgesetz auch, wurde das Novellierungsprojekt also wiederum aufgespalten, um den unterschiedlichen Kräfteverhältnissen in Bundestag und Bundesrat Rechnung zu tragen und nicht auch die zustimmungsfreien Regelungen durch die Einbeziehung in ein einheitliches Gesetzesprojekt zu gefährden. Zwar ist diesmal die Situation im Bundesrat nicht ganz so ungünstig für die Lebenspartnerschaft, wie es vor drei Jahren war, weil die Zustimmung auch einiger unionsgeführter Länder (vor allem Hamburgs) wegen der dem Rechtsinstitut günstigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>1</sup> nicht ausgeschlossen erscheint. Gleichwohl erschien den Gesetzesinitia-

<sup>1</sup> BVerfGE 105, 313. Das BVerfG hat jede Konkurrenz zwischen Lebenspartnerschaft und Ehe verneint und damit den Weg zu einer völligen Gleichstellung beider Rechtsinstitute freigemacht.