



**Stellungnahme der  
Patientenschutzorganisation Deutsche Hospiz Stiftung  
zum Patientenverfügungsgesetz vom 18. Juni 2009**

von Universitätsprofessor Dr. iur. Wolfram Höfling, M. A., Universität zu Köln

**I. Problemaufriss: Die Patientenverfügung als Instrument antizipativer  
Selbstbestimmung und ihre rechtliche Regulierung – eine Skizze der Diskussion**

**1. Hochgradige Konfusion als charakteristisches Merkmal des Diskurses**

Seit mindestens einem Jahrzehnt hat die „Sterbehilfe“-Diskussion sowie der parallele Diskurs zu Patientenverfügungen als möglichen Instrumenten zur Sicherung von Autonomie und Integrität am Lebensende Hochkonjunktur. Dabei wurde und wird die öffentliche wie fachöffentliche Auseinandersetzung geprägt von erheblichen Unsicherheiten, Inkonsistenzen und gegenläufigen normativen Maßstabskriterien.<sup>1</sup> Dies hat nicht zuletzt darin seinen Grund, dass ein „Sterbehilferecht“ in Deutschland lediglich als Querschnittsmaterie existiert, deren fragmentarische Orientierungslinien sich aus zivil-, straf-, arzt- und verfassungsrechtlichen Normen ergeben. Deren „Zusammenspiel“ wiederum ist – abgesehen vom normhierarchischen Vorrang des Verfassungsrechts – ebenfalls unsicher. Dies gilt vor allem für das bis heute nicht geklärte Verhältnis zwischen der strafrechtlichen Sanktionenordnung und dem verhaltenssteuernden Zivilrecht, wie ein Beschluss des 12. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 8.6.2005 erneut gezeigt hat.<sup>2</sup> Und es war ganz wesentlich eine Entscheidung des 12. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, der viel diskutierte und kritisierte Beschluss vom 17. März 2003,<sup>3</sup> die die Ratlosigkeit von Ärzten, Pflegenden und Betroffenen, aber auch unter Juristen noch weiter verstärkt hat.

---

<sup>1</sup> Vgl. als Überblick *Wolfram Höfling/Anne Schäfer*, *Leben und Sterben in Richterhand?*, 2006, S. 3 ff.; *Wolfram Höfling*, *Antizipative Selbstbestimmung – eine kritische Analyse der Entwürfe zu einem Patientenverfügungsgesetz*, GesR 2009, 181 ff.

<sup>2</sup> Siehe BGH, JZ 2006, 144 f. mit Anm. von *W. Höfling*, JZ 2006, 145 ff. In der Kostenentscheidung des BGH heißt es: „Das vorliegende Verfahren bietet – im Hinblick auf die hier allein zu treffende Kostenentscheidung – keinen geeigneten Rahmen, die Frage nach diesen Grenzen abschließend zu beantworten. Der Ausgang des vorliegenden Rechtsstreits war danach letztlich ungewiss. Dem trägt die beiderseitige Kostenlast Rechnung“.

<sup>3</sup> BGHZ 154, 205 ff. = BGH, NJW 2003, 1588 ff.; dazu siehe u. a. die kritische Besprechung von *Wolfram Höfling/Stephan Rixen*, *Vormundschaftsgerichtliche Sterbeherrschaft?*, JZ 2003, 884 ff.



## 2. Ein erster (parlamentarischer) Anlauf

Im September 2003 wurde daraufhin von der Bundesjustizministerin eine Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ eingesetzt, die im Juni 2004 ihre Regelungsvorschläge der Öffentlichkeit präsentierte. Als regelungsbedürftig wurden dabei folgende Aspekte bezeichnet: die Erforderlichkeit einer Vertreterentscheidung bei Vorliegen einer Patientenverfügung, die Bindung des Vertreters an den Patientenwillen sowie die Erforderlichkeit einer Zustimmung des Vormundschaftsgerichts zu Vertreterentscheidungen. Dabei sollte das Rechtsinstitut der nicht formbedürftigen<sup>4</sup> Patientenverfügung in einem neuen § 1901 BGB eingeführt werden. Hinsichtlich der Entscheidungszuständigkeit des Vormundschaftsgerichts sah der Abschlußbericht der Arbeitsgruppe eine Begrenzung auf Fälle der Missbrauchskontrolle und des fehlenden Konsenses vor.<sup>5</sup> Zugleich hat die Kommission vorgeschlagen, § 216 StGB, der die Tötung auf Verlangen unter Strafe stellt, um einen weiteren Absatz zu ergänzen, der die durch die höchstrichterliche Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Straffreiheit der passiven und indirekten Sterbehilfe klarstellend formulieren sollte.<sup>6</sup>

Ein mit den Vorschlägen der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ weitestgehend übereinstimmender Referentenentwurf ist dann im November 2004 von der Bundesjustizministerin der Öffentlichkeit vorgestellt worden. Trotz der zum Teil heftigen Kritik an entsprechenden Vorschlägen der Arbeitsgruppe hielt die Bundesjustizministerin nachdrücklich am Kriterium der Formfreiheit von Patientenverfügungen fest.<sup>7</sup>

Parallel zur regierungsamtlichen Arbeitsgruppe hatte auch die Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“ des Deutschen Bundestages die Thematik eingehend erörtert und am 30. August 2004 einen Zwischenbericht „Patientenverfügung“ verabschiedet.<sup>8</sup> Der Zwischenbericht der Mehrheitsauffassung der Kommission empfahl dabei eine Begrenzung der Reichweite von Patientenverfügungen auf Fälle irreversibler und tödlich verlaufender Erkrankungen; ausgenommen werden sollten Demenz und das sog. Wachkoma. Als zwingende Wirksamkeitsvoraussetzung einer Patientenverfügung sah der Zwischenbericht die Schriftlichkeit der Verfügung vor. Der Abbruch einer lebensverlängernden Maßnahme bedurfte nach dieser Konzeption in jedem Fall der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> Dieser Punkt ist bis zuletzt strittig gewesen; dazu noch unten.

<sup>5</sup> Vgl. dazu auch die Stellungnahme des Vorsitzenden der Arbeitsgruppe, des ehemaligen BGH-Richters *Klaus Kutzer*, *Der Wille des Patienten ist am Lebensende entscheidend*, ZRP 2004, 214 f.; siehe auch *dens.*, *Der Gesetzgeber muss die Sterbebegleitung regeln*, ZRP 2005, 277 f.

<sup>6</sup> Dieser Vorschlag einer strafgesetzlichen „Klarstellung“ ist später auch durch *Thorsten Verrel* in seinem für den 66. Deutschen Juristentag erstatteten Gutachten „Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung“ der Sache nach aufgegriffen worden, siehe die Verhandlungen des 66. DJT, Bd. I, Gutachten, 2006, C 1 (C 77 ff.); vgl. hierzu die kritische Stellungnahme der Deutschen Hospiz Stiftung zu den abschließenden Empfehlungen der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ vom 1.7.2004.

<sup>7</sup> Siehe dazu etwa *Höfling/Schäfer*, *Leben und Sterben in Richterhand?*, aaO, S. 32 f.

<sup>8</sup> Siehe BT-Drs. 15/3700.

<sup>9</sup> Siehe näher hierzu Zwischenbericht, BT-Drs. 15/3700, S. 38 ff.; siehe hierzu auch *Rainer Beckmann*, *Selbstbestimmung durch Mutmaßungen über den Sterbewillen?*, *Zeitschrift für Biopolitik* 2005, 9 ff. (*Beckmann* hat ein Sondervotum zum Zwischenbericht der Enquete-Kommission verfasst).



Noch vor dem Ende der 15. Legislaturperiode zog die Bundesjustizministerin der Referentenentwurf im Februar 2005 zurück.

### 3. Die parlamentarischen Bemühungen in der 16. Legislaturperiode

Damit wurde die Diskussion indes nicht beendet, sondern eine „neue Runde“ eingeläutet.<sup>10</sup> Begleitet von zahlreichen Stellungnahmen – hervorgehoben seien an dieser Stelle nur das Positionspapier des Nationalen Ethikrats und die überarbeiteten Grundsätze der Bundesärztekammer<sup>11</sup> – gewann dabei auch die parlamentarische Auseinandersetzung wieder an Dynamik.

#### a) Gegenmodelle: Der erste *Stünker*-Entwurf und der erste *Bosbach*-Entwurf

Zunächst noch ganz in einer strengen Bipolarität der Konzeptionen, wie sie durch den Referentenentwurf der Bundesjustizministerin einerseits und der Mehrheitsauffassung der Enquete-Kommission andererseits verkörpert worden waren, stehend, wurde die parlamentarische Diskussion maßgeblich geprägt durch die beiden inhaltlich unvereinbaren Modelle des (ersten) sog. *Stünker*-Entwurfs und des (ersten) sog. *Bosbach*-Entwurfs. Der erstere setzte weitgehend auf ein formales Autonomiekonzept unter Vernachlässigung von Integritätsschutzaspekten – etwa im Blick auf Behandlungs(begrenzungs)entscheidungen bei Rückgriff auf den sog. mutmaßlichen Willen. Dem gegenüber blieb der erste *Bosbach*-Entwurf dem Grundanliegen der Mehrheit der Enquete-Kommission verpflichtet, die Verbindlichkeit von Patientenverfügungen auf bestimmte todesnahe Krankheitskonstellationen zu beschränken (sog. Reichweitenbegrenzung).<sup>12</sup>

#### b) Der Entwurf eines Patientenverfügungsgesetzes der Deutschen Hospiz Stiftung

Bereits im Juli 2005 hatte auch die Deutsche Hospiz Stiftung einen eigenen Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung der Autonomie und Integrität von Patienten am Lebensende (Patientenautonomie- und Integritätsschutzgesetz) der Öffentlichkeit vorgestellt.<sup>13</sup> Der Gesetzentwurf beruht auf der verfassungsrechtlich fundierten Einschätzung, dass zwar einerseits das grundrechtlich verbürgte Selbstbestimmungsrecht auch die Möglichkeit verbindlicher antizipativer Verfügungen grundsätzlich umfasst, dass aber andererseits durch prozedurale Vorgaben ebenfalls grundrechtlich eingeforderten Integritätsschutz ausreichend Rechnung getragen werden muss. Dieser Ansicht folgend schlägt der Gesetzentwurf der Deutschen Hospiz Stiftung einen dreistufigen, aufeinander abgestimmten Entscheidungsablauf vor:

- (1) Für jene Fälle, in denen zweifelsfrei eine strengen Anforderungen genügende Patientenverfügung vorliegt, entfaltet diese für alle Beteiligten eine strikte Bindungswirkung.
- (2) In allen anderen Fällen muss der mutmaßliche Wille ermittelt werden. Gerade weil diese Konstellation vermutlich auch in Zukunft die zentrale Problematik von Entscheidungen am

<sup>10</sup> Für einen Überblick siehe etwa *Höfling/Schäfer*, *Leben und Sterben in Richterhand?*, aaO, S. 33 ff.

<sup>11</sup> Siehe zusammenfassend *Höfling/Schäfer*, aaO, S. 36 ff.

<sup>12</sup> Siehe auch *Wolfram Höfling*, *Patientenautonomie und Integritätsschutz am Lebensende*, DMW 2005, 898 ff.

<sup>13</sup> Siehe *Wolfram Höfling*, *Gesetz zur Sicherung der Autonomie und Integrität von Patienten am Lebensende (Patientenautonomie- und Integritätsschutzgesetz)*, MedR 2006, 25 ff.

#### Impressum:



Lebensende betreffen wird, enthält der Gesetzentwurf insoweit *erstmalig* Kriterien, denen die Ermittlung des mutmaßlichen Willens im Interesse von Autonomie und Integrität zu folgen hat. Lässt sich nach übereinstimmender Einschätzung von Arzt und Bevollmächtigtem/Betreuer der strikt auf Äußerungen des Betroffenen selbst fixierte mutmaßliche Wille nach bestimmten Maßgaben unter Einbeziehung eines beratenden Gremiums ermitteln, ist er Grundlage des weiteren Vorgehens.

(3) Verbleiben Meinungsverschiedenheiten zwischen Arzt und Bevollmächtigtem/Betreuer, ist das Vormundschaftsgericht einzuschalten.

Der Vorschlag verlangt für die Anerkennung der Verbindlichkeit einer Patientenverfügung die Schriftform, eine ärztliche oder andere fachkundige Beratung, die Aktualität der Verfügung (die Verfügung darf nicht älter als zwei Jahre sein) sowie eine hinreichende Bestimmung der konkreten Entscheidungssituation. Für den Fall, dass keine Patientenverfügung vorliegt oder eine Verfügung den skizzierten Voraussetzungen nicht genügt, ist der mutmaßliche Wille zu ermitteln. Dabei werden nur solche Informationen als relevante Tatsachengrundlage anerkannt, die auf Äußerungen der betroffenen Person zurückgeführt werden können.

Dieser Gesetzentwurf, der nicht nur in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung vielfach diskutiert wurde,<sup>14</sup> diente in der Folgezeit als Referenzmodell für die kritische Auseinandersetzung der Deutschen Hospiz Stiftung mit den parlamentarischen Entwürfen.

c) Fortentwicklung der parlamentarischen Gesetzentwürfe (auch unter Rückgriff auf Regelungselemente des Entwurfs der Deutschen Hospiz Stiftung)

Dies führte in der Folgezeit zu zum Teil erheblichen Änderungen in den während der 16. Legislaturperiode im Deutschen Bundestag erörterten Gesetzentwürfen.

- Der Entwurf der Gruppe um den SPD-Abgeordneten *Stünker* griff u. a. den Vorschlag auf, eine eigene Regelung zur Ermittlung des mutmaßlichen Willens in den Gesetzentwurf zu integrieren. Allerdings blieb es bei dem Verzicht auf über die Schriftlichkeit hinausgehende prozedurale Validitätsanforderungen. Immerhin aber griff eine kleine Gruppe von Abgeordneten aus der „*Stünker-Gruppe*“ den Vorschlag der Deutschen Hospiz Stiftung auf und brachte einen eigenen Änderungsantrag ein, wonach Voraussetzung einer verbindlichen Patientenverfügung ist, dass „sie erkennbar Ausdruck einer informierten Willensbekundung ist“, was insbesondere dann als erfüllt angesehen wird, „wenn die Patientenverfügung nach ärztlicher oder anderer fachkundiger Beratung erstellt worden ist und die Abfassung bzw. Aktualisierung nicht länger als fünf Jahre zurückliegt“.<sup>15</sup>

- Einen grundlegenden Wandel erfuhr auch der erste Entwurf der Gruppe um den Abgeordneten *Bosbach* (CDU). Der schließlich zur Abstimmung gestellte Entwurf der Gruppe wollte – insofern in völliger Übereinstimmung mit dem Modell der Deutschen Hospiz Stiftung – die Verbindlichkeit von Patientenverfügungen ohne Reichweitenbegrenzung dann anerkennen, wenn eine umfassende

<sup>14</sup> Siehe beispielhaft etwa *Rüdiger Zuck*, Passive Sterbehilfe und die Initiative des Gesetzgebers, ZRP 2006, 173 ff.

<sup>15</sup> Siehe Änderungsantrag der Abgeordneten *Marlies Volkmer u. a.*, Ausschuss-Drs. Nr. 16 (6) 268. – Dieser Änderungsantrag geht unmittelbar zurück auf einen Formulierungsvorschlag, den der Autor dieses Beitrags nach einem Gespräch der Deutschen Hospiz Stiftung mit der „*Stünker-Gruppe*“ unterbreitet hat.



ärztliche und rechtliche Aufklärung vorangegangen und die Verfügung nicht älter als fünf Jahre ist.<sup>16</sup> Die Regelungen über die Ermittlung des mutmaßlichen Willens sind ebenfalls nach Intervention der Deutschen Hospiz Stiftung konkretisiert worden, um die unentbehrliche Rückbindung an den individuellen Willen des Betroffenen sicherzustellen.

Zu einer weiteren Änderung kam es kurz vor der Schlussabstimmung, indem „im Lichte der Anhörung“<sup>17</sup> auf das Erfordernis einer notariellen Beurkundung verzichtet wurde.<sup>18</sup>

- Auch der erst in einem späten Stadium der Beratung vorgelegte Gesetzentwurf der Abgeordneten *Zöller/Faust u. a.*,<sup>19</sup> der einerseits gewisse Parallelen zum sog. *Stünker*-Entwurf aufwies, andererseits aber dem Arzt einen nicht unerheblichen Entscheidungsspielraum einräumen wollte,<sup>20</sup> hat schließlich nach einem Gespräch mit der Deutschen Hospiz Stiftung jedenfalls einige Korrekturen im Interesse des Integritätsschutzes erfahren. Dies gilt einmal für die Einfügung einer Regelung zur Ermittlung des mutmaßlichen Willens.<sup>21</sup> Darüber hinaus wurde § 1901c durch eine Regelung ergänzt, wonach vor der Errichtung einer Patientenverfügung eine Beratung erfolgen soll.<sup>22</sup>

## II. Das nunmehr verabschiedete 3. Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts – eine kritische Analyse

Zum Schluss der parlamentarischen Beratungen, die von zahlreichen (abstimmungs-)taktischen Interventionen und Erwägungen begleitet wurden und die durch einen weiteren Antrag einer Gruppe um den Abgeordneten *Hüppe*, der einen Bundestagsbeschluss zum Verzicht auf eine gesetzliche Regelung des Instruments einer Patientenverfügung herbeiführen wollte,<sup>23</sup> kam es dann am 18. Juni 2009 für viele überraschend zu einem relativ klaren Abstimmungsergebnis: Mit 317 Stimmen erhielt der sog. *Stünker*-Entwurf (eines 3. Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts) in seiner letzten Fassung<sup>24</sup> eine relativ deutliche Mehrheit.

### 1. Zum Inhalt

#### a) Überblick

Das Artikelgesetz ändert zunächst in Art. 1 das BGB, indem es das Institut der Patientenverfügung in einem neuen § 1901a Abs. 1 wie folgt konkretisiert: „Hat ein einwilligungsfähiger Volljähriger für den

<sup>16</sup> Siehe Gesetzentwurf der Abgeordneten *Bosbach u. a.*, BT-Drs. 16/11360; auf das ursprünglich vorgesehene Erfordernis einer notariellen Beurkundung ist nach weiteren Änderungsanträgen verzichtet worden.

<sup>17</sup> So ausdrücklich die Begründung zum Änderungsantrag, BT-Drs. 16/13334, S. 22.

<sup>18</sup> Zur Kritik an diesem Erfordernis siehe auch die Stellungnahme von *W. Höfling* in der Sachverständigenanhörung am 4.3.2009, Zusammenstellung durch den Rechtsausschuss, S. 28 (35).

<sup>19</sup> BT-Drs. 16/11493.

<sup>20</sup> Siehe hierzu die Wertung von *Höfling*, GesR 2009, 181 (185 f.).

<sup>21</sup> § 1901b Abs. 2 des Gesetzentwurfs wurde entsprechend der Satz 2 beigefügt; hier Änderungsantrag der Abgeordneten *Wolfgang Zöller u. a.*, Deutscher Bundestag, Rechtsausschuss, Ausschuss-Drs. 16 (6) 298 vom 28.4.2009.

<sup>22</sup> Siehe auch BT-Drs. 16/13334, S. 23. Zu weiteren Aspekten, in denen die Anregungen der Deutschen Hospiz Stiftung bei dem Gespräch mit den Abgeordneten *Zöller* und *Faust* aufgegriffen worden sind, siehe die E-Mail-Nachricht von Dr. Manfred Lang an den Verfasser vom 30. April 2009.

<sup>23</sup> Siehe dazu BT-Drs. 16/13262.

<sup>24</sup> Siehe dazu Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 8.6.2009, BT-Drs. 16/13314, S. 4 ff.



Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit schriftlich festgelegt, ob er in bestimmte, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen seines Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe einwilligt oder sie untersagt (Patientenverfügung) ...“. In einem neu eingefügten § 1901b BGB wird näher geregelt, dass es zur Feststellung des Patientenwillens eines Gesprächs zwischen Arzt und Betreuer/Bevollmächtigtem möglichst unter Einbeziehung naher Angehöriger und sonstiger Vertrauenspersonen bedarf.

Art. 2 des Gesetzes ändert das (neue) Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und regelt verfahrensrechtliche Fragen, insbesondere die Entscheidungskompetenz des Betreuungsgerichts.

Art. 3 des Gesetzes bestimmt das Inkrafttreten des Patientenverfügungsgesetzes auf den 1. September 2009, an dem auch das neue FamFG<sup>25</sup> in Kraft tritt.

#### b) Zu den Änderungen „in letzter Minute“

Das nunmehr verabschiedete Gesetz enthält einige nicht unerhebliche Änderungen, die unmittelbar vor der Schlussabstimmung – offenkundig in dem Bemühen, Unterstützung aus den anderen parlamentarischen „Lagern“ zu erhalten – eingebracht worden waren. Diese betreffen vor allem folgende Aspekte:

(1) In § 1901a Abs. 4 BGB wird ein allgemeines zivilrechtliches Koppelungsverbot statuiert. Danach darf die Errichtung oder Vorlage einer Patientenverfügung nicht zur Bedingung eines Vertragsschlusses<sup>26</sup> gemacht werden. Damit wird zu Recht eine Regelung aufgegriffen, die bereits im sog. *Bosbach*-Entwurf<sup>27</sup> und zuvor schon im Entwurf der Deutschen Hospiz Stiftung enthalten war.<sup>28</sup>

(2) Der neu eingefügte § 1901b BGB soll den dialogischen Prozess herausstellen, der zwischen dem behandelnden Arzt, dem Betreuer bzw. dem Bevollmächtigten und ggf. weiteren nahe stehenden Personen des Betroffenen normativ zu verankern ist, um den Patientenwillen möglichst genau zu eruieren.<sup>29</sup> Diese Änderung greift einen ähnlichen Vorschlag auf, der im Entwurf der Gruppe um die Abgeordneten *Zöller/Faust* formuliert worden ist.<sup>30</sup>

(3) Hervorzuheben ist auch die quantitativ nur geringfügige Änderung in § 1901a Abs. 2 Satz 3 BGB. Dabei geht es um die Operationalisierung des mutmaßlichen Willens bzw. seiner Ermittlung. Die jetzt verabschiedete Fassung verzichtet darauf, insoweit auch auf das Schmerzempfinden des Betreuten abzustellen.

(4) Neben einer validen Patientenverfügung und dem mutmaßlichen Willen werden schließlich auch noch – einer Anregung aus der Sachverständigenanhörung folgend<sup>31</sup> – die Behandlungswünsche der

<sup>25</sup> Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586).

<sup>26</sup> Z. B. des Abschlusses eines Heimvertrages.

<sup>27</sup> Dort § 1901b Abs. 5.

<sup>28</sup> Siehe *Höfling*, MedR 2006, 25 ff.

<sup>29</sup> Siehe zur Begründung BT-Drs. 16/13314, S. 20 f.

<sup>30</sup> Siehe dazu schon *Höfling*, GesR 2009, 181 (185) mit Nachw.

<sup>31</sup> Siehe BT-Drs. 16/13314, S. 20. Dies betrifft wohl einen Vorschlag von *Volker Lipp*, Zur gesetzlichen Regelung der Patientenverfügung, Stellungnahme für den Rechtsausschuss zur Anhörung am 4. März 2009, S. 35.

#### Impressum:



Betreuten als Grundlage von Entscheidungen benannt (siehe § 1901a Abs. 2 Satz 1; § 1901b Abs. 2 BGB). Dabei soll klargestellt werden, dass die bereits nach geltendem Recht bestehende Bindung des Betreuers an Behandlungswünsche des Betreuten gemäß § 1901 Abs. 3 BGB weiterhin bestehen und nicht abgeschwächt werden soll. Diese Klarstellung soll insbesondere für die Fälle von Bedeutung sein, in denen ein konkreter und situationsbezogener Patientenwille feststellbar ist, dieser aber lediglich mündlich geäußert wurde und deshalb keine unmittelbare Bindungswirkung gegenüber dem Arzt entfalten kann.<sup>32</sup> Weitere Änderungen betreffen im Wesentlichen die Anpassung des ursprünglichen Entwurfs an das FGG-Reformgesetz vom 17. Dezember 2008,<sup>33</sup> durch das u. a. die Bezeichnung „Vormundschaftsgericht“ durch „Betreuungsgericht“ ersetzt worden ist.<sup>34</sup>

## 2. Was verändert das neue Patientenverfügungsgesetz gegenüber der heutigen Rechtslage?

Wie bereits einleitend skizziert ist die gegenwärtige Rechtslage (noch) von zahlreichen Unsicherheiten geprägt. Sie betreffen die gesamte Themenpalette der Problematik:

- Die formalen Wirksamkeits- und Verbindlichkeitsvoraussetzungen,
- die materiell-inhaltlichen Voraussetzungen wie Wirkungen einer Patientenverfügung und
- die Figur des sog. mutmaßlichen Willens.

Vor diesem Hintergrund bringt das neue Gesetz jedenfalls partielle Verbesserungen.

### a) Schriftformerfordernis

Keiner weiteren Diskussion unterliegt nunmehr das Schriftformerfordernis, das bis zuletzt sowohl im juristischen Diskurs<sup>35</sup> als auch in der Einschätzung der Vormundschaftsgerichte umstritten war.<sup>36</sup>

### b) Konkretheit der Patientenverfügung

Von besonderer Bedeutung für die ärztliche wie forensische Praxis dürfte die Regelung in § 1901a Abs. 1 Satz 1 werden, wonach nur schriftliche Festlegungen über bestimmte Interventionen als Patientenverfügung gelten. Die Begründung zum Gesetzentwurf stellt insoweit klar, dass allgemeine Richtlinien für künftige Behandlungen, wie sie in der Alltagspraxis (bislang) oft vorkommen, vom Begriff der Patientenverfügung nicht umfasst werden. Als Beispiel wird der Satz angeführt: „Wenn ich einmal sehr krank und nicht mehr in der Lage bin, ein für mich erträgliches umweltbezogenes Leben zu führen, möchte ich würdevoll sterben dürfen“.<sup>37</sup> Auch Wendungen wie „Wenn ich einmal

<sup>32</sup> Siehe die Begründung, BT-Drs. 16/13314, S. 20. – Diese dritte Kategorie zwischen Patientenverfügung und mutmaßlichem Willen erscheint indes in ihrer normativen Direktionskraft eher zweifelhaft.

<sup>33</sup> BGBl. I, S. 2586.

<sup>34</sup> Siehe dazu BT-Drs. 16/13314, S. 21.

<sup>35</sup> Siehe für einen Überblick *Höfling/Schäfer*, *Leben und Sterben in Richterhand?*, aaO, S. 18 ff.; auch der Gesetzentwurf von *Zöller/Faust* wollte auf ein entsprechendes Formerfordernis verzichten.

<sup>36</sup> In der unter allen Vormundschaftsrichterinnen und -richtern erster Instanz durchgeführten Befragung aus dem Jahr 2005 hielten 461 (56 %) der Befragten die Schriftform *de lege lata* für eine Wirksamkeitsvoraussetzung, 340 (42 %) dagegen nicht (2 % machten keine Angaben).

<sup>37</sup> Siehe BT-Drs. 16/8442, S. 13.



dement bin, will ich keine lebenserhaltenden Maßnahmen“ werden – zu Recht – nicht als hinreichend konkrete Behandlungsentscheidung in einer bestimmten Krankheitssituation angesehen. Sie geben für sich allein keinen Aufschluss etwa darüber, ob eine Behandlung mit Antibiotika erfolgen soll oder nicht.<sup>38</sup> Bislang verfährt die vormundschaftsgerichtliche Praxis oft genug „großzügiger“. Judikate, wie ein Beschluss des Amtsgerichts Siegen vom 28. September 2007,<sup>39</sup> sind eher selten. In der genannten Konstellation hatte das Gericht folgende Erklärungen, abgegeben zum Teil vor einem Arzt, zum Teil vor einem Notar,<sup>40</sup> für nicht hinreichend angesehen, um sie als verbindliche Patientenverfügung zu qualifizieren:

„Frau C erklärt hiermit bei guter körperlicher und geistiger Verfassung, dass sie im Falle einer ernsthaften, lebensbedrohlichen Erkrankung, keine lebensverlängernden Maßnahmen (wie z. B. parenterale Ernährung, maschinelle Beatmung etc.) haben möchte“.

Und fünf Jahre später:

„Falls ich wegen Alters, Unfall oder Krankheit medizinisch behandelt werden muss, ist es mein unbedingter Wille, dass keine lebensverlängernden Maßnahmen ergriffen werden, wenn ein menschenwürdiges Weiterleben nicht gewährleistet ist. Gleiches gilt für die Anwendung von Behandlungen und Verabreichung von Medikamenten“.

Das Gericht macht zu Recht deutlich, dass die bloße Aufzählung von zu unterbleibenden ärztlichen Maßnahmen, wie sie häufig in „Patientenverfügungen“ anzutreffen sind, alleine nicht ausreicht.<sup>41</sup>

Nimmt die ärztliche und forensische Praxis die strenge normative Voraussetzung für die Verbindlichkeit einer Patientenverfügung, wie sie in § 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB zum Ausdruck kommt, ernst, dann wird hiervon ein relativ starker „Druck“ ausgehen, sich vor der Abfassung einer Patientenverfügung fachkundig beraten zu lassen. Dies war den Verfassern des sog. *Stünker*-Entwurfs durchaus bewusst. In ihrer Begründung schreiben sie nämlich: „Verzichtet der Verfasser auf eine fachkundige Beratung, trägt er das Risiko einer fehlenden Bindungswirkung seiner Patientenverfügung aufgrund nicht hinreichend konkreter Formulierungen“.<sup>42</sup>

### c) Entscheidungen auf der Grundlage des sog. mutmaßlichen Willens

Eine Verbesserung gegenüber der derzeitigen, von zum Teil gegenläufigen Wertvorstellungen und Maßstabskriterien geprägten Rechtslage wird schließlich dadurch eintreten, dass nunmehr die

<sup>38</sup> Siehe BT-Drs. 16/8442, S. 15.

<sup>39</sup> Siehe GesR 2008, 247 f. mit Anm. *Becker-Schwarze*.

<sup>40</sup> Der gesamte Sachverhalt ist nur im nicht veröffentlichten Originalbeschluss dargestellt; siehe AG Siegen, Beschluss vom 28.9.2007 – 33 XVII B 710.

<sup>41</sup> Siehe dazu auch die Anmerkungen von *Becker-Schwarze*, GesR 2008, 248, wo es schlussfolgernd heißt: „Diese hohen Anforderungen des Gerichts zwingen die ärztliche Praxis zu einer Beratungspflicht mit dem Betroffenen vor Abfassung einer Patientenverfügung“.

<sup>42</sup> Siehe BT-Drs. 16/8442, S. 14; zur Kritik an dieser Konzeption, einerseits auf eine Beratungspflicht als Validitätsvoraussetzung zu verzichten, andererseits aber die Betroffenen auf ihr Restrisiko zu verweisen: *Höfling*, GesR 2009, 181 (186).





durchaus problematische Rechtsfigur des mutmaßlichen Willens<sup>43</sup> eine Operationalisierung erfährt. Nach § 1901a Abs. 2 Satz 2 BGB muss der mutmaßliche Wille aufgrund konkreter Anhaltspunkte ermittelt werden. Dabei sind insbesondere zu berücksichtigen: „frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen, ethische oder religiöse Überzeugungen, sonstige persönliche Wertvorstellungen“ (Satz 3).

Damit ist nun klargestellt, dass allein auf individuelle konkrete Kriterien zurückgegriffen werden darf.<sup>44</sup> Auch hilfsweise ist damit der Rekurs auf allgemeine Wertvorstellungen, den der BGH in seiner Kemptener Entscheidung von 1994 noch für möglich gehalten hatte,<sup>45</sup> ausgeschlossen. Dies war eines der zentralen Anliegen des Gesetzentwurfs der Deutschen Hospiz Stiftung, der als erster überhaupt eine Regelung über die Konkretisierung des mutmaßlichen Willens im Sinne einer „Selbstbestimmungs-Lösung“ vorgeschlagen hatte.<sup>46</sup>

Die Implementierung der Regelung über den mutmaßlichen Willen im Sinne einer Entscheidung unter strikter Beschränkung auf nachweisbare, aussagekräftige und subjektiv-individuelle Kriterien ist unerlässlich für den verfassungsrechtlich geforderten Integritätsschutz über Entscheidungen am Lebensende. Dass die derzeitige vormundschaftsgerichtliche Praxis dem keineswegs durchgängig Rechnung trägt, hat in aller Deutlichkeit die bereits erwähnte Umfrage gezeigt: Von 55 % der Vormundschaftsrichter, die bei Entscheidungen über die Genehmigung eines Behandlungsabbruchs auf die Rechtsfigur des mutmaßlichen Willens zurückgreifen, konzidiert fast ein Viertel, dass es sich insoweit um einen Akt der (fürsorglichen) Fremdbestimmung handelt.<sup>47</sup>

Wohin eine derartige Rechtsprechungspraxis führen kann, belegt instruktiv ein Beschluss des Amtsgerichts Oberhausen. Darin heißt es, nachdem der sog. mutmaßliche Wille äußerst oberflächlich festgestellt worden ist: „Dieser mutmaßliche Wille der Betroffenen steht im übrigen in Übereinstimmung mit allgemeinen Wertvorstellungen. Diese allgemeinen Wertvorstellungen gehen dahin, dass niemand kommunikationsunfähig, bewusstlos, bewegungsunfähig, mit Kontraktoren an Armen und Beinen, Schluckunfähigkeit und der Notwendigkeit künstlicher Ernährung, Inkontinenz und Aussichtslosigkeit der Besserung des derzeitigen Zustandes ... leben will. Es besteht objektiv kein Wunsch an künstlicher Aufrechterhaltung eines vegetativen Zustandes. Ein Lebensinteresse ist nicht mehr vorhanden. Es wird kein Leben mehr aufrecht erhalten, sondern der Verelendungsprozess wird durch technische Möglichkeiten hinausgezögert. Es wird nicht das Leben verlängert, sondern das Siechtum“.<sup>48</sup> Dies ist ein nicht seltenes Beispiel für die Entkoppelung von Würde- und Integritätsschutz, die indes der Konzeption der Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 2 GG zuwiderläuft.<sup>49</sup> Dass auch die Vorsitzende Richterin des 12. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, die für die überaus problematische Grundsatzentscheidung vom 17. März 2003 verantwortlich ist<sup>50</sup>, eine ähnliche

<sup>43</sup> Siehe dazu *Höfling/Schäfer*, *Leben und Sterben in Richterhand?*, aaO, S. 6 ff.

<sup>44</sup> Siehe auch die Begründung des Gesetzentwurfs in BT-Drs. 16/8442, S. 15.

<sup>45</sup> Siehe BGHSt 40, 257 ff. = BGH, NJW 1995, 204 ff.; hier S. 205; zur Diskussion *Höfling/Schäfer*, *Leben und Sterben in Richterhand?*, aaO, S. 6 ff. mit zahlr. Nachw.

<sup>46</sup> Siehe *Höfling*, *MedR* 2006, 25 ff.

<sup>47</sup> Siehe näher *Höfling/Schäfer*, *Leben und Sterben in Richterhand?*, aaO, S. 78 ff.

<sup>48</sup> Siehe AG Oberhausen, Beschluss vom 27. Januar 1999 – 10 XVII 749/92 –, teilweise abgedruckt in: *Wolfram Höfling* (Hrsg.), *Das sog. Wachkoma*, 2. Aufl. 2007, S. 198 f., Zitat: S. 199.

<sup>49</sup> *Wolfram Höfling*, *Wachkoma – eine Problemskizze aus verfassungsrechtlicher Perspektive*, in: ders. (Hrsg.), *Das sog. Wachkoma*, aaO, S. 1 (7).

<sup>50</sup> Dazu bereits einleitend.



Konzeption vertritt,<sup>51</sup> demonstriert nur umso eindringlicher, dass es einer strengen Regelung der Rechtsfigur des mutmaßlichen Willens unter strikter Beschränkung auf eine individuell-konkrete Krieteriologie bedarf.

### III. Schlussbemerkungen

Die skizzierten Klärungen und Verbesserungen gegenüber der heute noch herrschenden Unsicherheit bleiben zweifelsohne hinter dem zurück, was aus Sicht der Deutschen Hospiz Stiftung ein Autonomie und Integritätsschutz angemessen ausbalancierendes Patientenverfügungsgesetz hätten leisten können und müssen.<sup>52</sup> Dennoch sollte das neue Gesetz nicht in Bausch und Bogen verworfen werden. Es wird nunmehr ganz wesentlich auf die Implementierung der rechtlichen Vorgaben ankommen. Dabei ist zu erwarten, dass gerade die restriktiven inhaltlichen Anforderungen an verbindliche Patientenverfügungen einen vermehrten Beratungsbedarf auslösen werden.

---

<sup>51</sup> Dies wird deutlich etwa dann, wenn Frau *Hahne* Menschen mit vorgeblich bloß vegetativer Lebensfunktion ohne „greifbare Chance zur Wiedererweckung“ zu einer menschlichen Persönlichkeit nicht mehr im Zustand eines „menschenwürdigen Daseins“ wähnt; siehe *Hahne*, Zwischen Fürsorge und Selbstbestimmung – Über die Grenzen von Patientenautonomie und Patientenverfügung, FamRZ 2003, 1619 (1621); zur Kritik *Wolfram Höfling*, Wachkoma – eine Problemskizze aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: ders. (Hrsg.), Das sog. Wachkoma, aaO, S. 1 (6 f.).

<sup>52</sup> Siehe hierzu auch die Pressemitteilung der dpa zur Stellungnahme der Deutschen Hospiz Stiftung vom 18. Juni 2009: „Jahrelang haben wir gerungen. Wir haben zwar jetzt ein Gesetz, das besser ist als keins. Als Schulnote würde man aber nur ein ‚gerade versetzt‘ vergeben“, kommentiert der Geschäftsführende Vorstand der Patientenschutzorganisation Deutsche Hospiz Stiftung, Eugen Brysch, die von den Parlamentariern getroffene Entscheidung, den Stünker-Entwurf anzunehmen. „Bisher wurde von Vormundschaftsgericht zu Vormundschaftsgericht unterschiedlich über lebensverlängernde Maßnahmen entschieden. Jetzt sind Leitplanken eingezogen worden. Allerdings ist die Beratung nur eine Empfehlung, so wird der Fürsorgepflicht des Staates leider nur ausreichend genüge getan. Denn echte Selbstbestimmung setzt Aufklärung voraus.“ Brysch mahnt auch an, dass die praktische Arbeit jetzt erst beginnt. „Schließlich entscheiden sich die Menschen für eine Patientenverfügung, weil Sie Angst vor Pflege und Abhängigkeit im Alter haben. Der beste Patientenschutz ist ein die Würde wahrendes Pflegesystem und nicht ein Patientenverfügungsgesetz. Während ein Patientenverfügungsgesetz die Politik nichts kostet, wird eine reformierte Pflege die die Herausforderungen der nächsten zehn Jahre bewältigt, nicht zum Nulltarif zu haben sein“, stellt Brysch klar.

---

#### Impressum: