

## Advance healthcare directive, healthcare proxy and individual guidance – Current decisions of the German Federal Supreme Court

E. Biermann

## Patientenverfügung, Vorsorgevollmacht und Betreuung – Aktuelle Urteile des BGH

► **Zitierweise:** Biermann E: Patientenverfügung, Vorsorgevollmacht und Betreuung – Aktuelle Urteile des BGH. *Anästh Intensivmed* 2019;60:273–283. DOI: 10.19224/ai2019.273

### Zusammenfassung

Der behandelnde Arzt stellt fest, ob und welche Behandlungsangebote es gibt, und ist verpflichtet, im Rahmen und den Grenzen der vom Patienten erteilten Einwilligung zu handeln. Doch nicht nur zu Beginn, sondern zu jedem Zeitpunkt der Behandlung ist zu prüfen, ob das, was ärztlicherseits getan wird oder getan werden soll, noch von einer Einwilligung des Patienten umfasst ist (fortdauernde Einwilligung). Kann die aktuelle Situation mit dem Patienten nicht (mehr) besprochen werden, sondern geht es – gleichermaßen bindend für den Arzt wie eine aktuelle Entscheidung des Patienten – um die Auslegung einer Patientenverfügung, die Ermittlung der Patientenwünsche oder des mutmaßlichen Willens, so verteilt das Gesetz die Aufgaben zwischen Arzt, Vorsorgebevollmächtigten, Betreuer und Betreuungsgericht. Wem dabei wann welche Rolle vom Gesetz zugewiesen wird, hängt maßgeblich davon ab, ob und in welcher Form der betroffene Patient vorgesorgt hat. Dieses gesetzliche „Rollenspiel“ vor dem Hintergrund der jüngsten Urteile des Bundesgerichtshofs zur inhaltlichen Bestimmtheit von Patientenverfügungen wird dargestellt.

### Summary

The physician who is in charge of treatment determines which treatment options are available, if any, and is obliged to act within the scope and limits of the consent given by the patient. However, it must be ascertained not only at the beginning, but at any given time while

treatment is in progress, whether the actions carried out or to be carried out by the physician are still in conformity with the patient's given consent (continued consent). If the current situation cannot be discussed with the patient (any more), either the patient's advance healthcare directive is to be interpreted or the patient's intentions or presumed will must be determined and this is equally as binding for the physician as a current decision of the patient: The tasks are then divided by law among the physician, the person authorised by the patient to manage affairs, the guardian and the guardianship court. Which role law assigns to whom, and when, depends significantly on whether, and in what form, the patient concerned has made provisions, if any. This legal „role play“ is presented against the backdrop of recent decisions made by the German Federal Supreme Court on the certainty and definiteness of patients' advance healthcare directives in terms of their content.

### Einleitung

„An der Grenze von Leben und Tod gibt es keine Rechtssicherheit...Insgesamt bleibt die Errichtung wie auch die Befolgung einer Patientenverfügung eine höchst unsichere Sache. Das liegt vor allem daran, dass das Grundproblem der Auslegung von antizipativen Willenserklärungen vom Gesetz nicht gelöst wurde und auch nicht gelöst werden konnte. In jedem konkreten Einzelfall muss die schwierige Frage beantwortet

### Schlüsselwörter

Patientenverfügung – Vorsorgevollmacht – Betreuung – Behandlungsabbruch – PEG-Sonde

### Keywords

Living Will – Health Care Proxy – Individual Guidance – Discontinuation of Treatment – PEG Tube

werden: „Was hat der Betroffene für welche Situation wie verbindlich gewollt?“<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Taupitz J: Das Patientenverfügungsgesetz: Mehr Rechtssicherheit? In: Sturma D, Heinrichs B, Honnefelder L (Hrsg.): Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, Bd. 15. Berlin, Boston: W. De Gruyter 2010;155

### Grundlagen rechtmäßiger Therapiezieländerung

Nicht nur zu Beginn einer Maßnahme, sondern im gesamten Verlauf einer Behandlung ist stets die Frage zu beantworten, ob das, was getan wird

oder getan werden soll, noch von der Einwilligung des Patienten umfasst ist („fortdauerndes Einwilligungserfordernis“). Vor Beginn einer therapeutischen Intervention kann diese Frage zumindest mit einem einsichtsfähigen Patienten im Rahmen der Einholung der Einwilligung

### Der Gesetzestext

Die maßgeblichen Vorschriften des Betreuungsrechts, die diese Fragen beantworten, lauten:

#### Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

##### § 1901a Patientenverfügung

(1) Hat ein einwilligungsfähiger Volljähriger für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit schriftlich festgelegt, ob er in bestimmte, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen seines Gesundheitszustands, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe einwilligt oder sie untersagt (Patientenverfügung), prüft der Betreuer, ob diese Festlegungen auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen. Ist dies der Fall, hat der Betreuer dem Willen des Betreuten Ausdruck und Geltung zu verschaffen. Eine Patientenverfügung kann jederzeit formlos widerrufen werden.

(2) Liegt keine Patientenverfügung vor oder treffen die Festlegungen einer Patientenverfügung nicht auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zu, hat der Betreuer die Behandlungswünsche oder den mutmaßlichen Willen des Betreuten festzustellen und auf dieser Grundlage zu entscheiden, ob er in eine ärztliche Maßnahme nach Abs. 1 einwilligt oder sie untersagt. Der mutmaßliche Wille ist aufgrund konkreter Anhaltspunkte zu ermitteln. Zu berücksichtigen sind insbesondere frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen, ethische oder religiöse Überzeugungen und sonstige persönliche Wertvorstellungen des Betreuten.

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

(4) Der Betreuer soll den Betreuten in geeigneten Fällen auf die Möglichkeit

einer Patientenverfügung hinweisen und ihn auf dessen Wunsch bei der Errichtung einer Patientenverfügung unterstützen.

(5) Niemand kann zur Errichtung einer Patientenverfügung verpflichtet werden. Die Errichtung oder Vorlage einer Patientenverfügung darf nicht zur Bedingung eines Vertragsschlusses gemacht werden.

(6) Die Absätze 1 bis 3 gelten für Bevollmächtigte entsprechend.

#### Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

##### § 1901b Gespräch zur Feststellung des Patientenwillens

(1) Der behandelnde Arzt prüft, welche ärztliche Maßnahme im Hinblick auf den Gesamtzustand und die Prognose des Patienten indiziert ist. Er und der Betreuer erörtern diese Maßnahme unter Berücksichtigung des Patientenwillens als Grundlage für die nach § 1901a zu treffende Entscheidung.

(2) Bei der Feststellung des Patientenwillens nach § 1901a Abs. 1 oder der Behandlungswünsche oder des mutmaßlichen Willens nach § 1901a Abs. 2 soll nahen Angehörigen und sonstigen Vertrauenspersonen des Betreuten Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden, sofern dies ohne erhebliche Verzögerung möglich ist.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten für Bevollmächtigte entsprechend.

#### Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

##### § 1904 Genehmigung des Betreuungsgerichts bei ärztlichen Maßnahmen

(1) Die Einwilligung des Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff bedarf der Genehmigung des Betreuungsgerichts, wenn die

begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet. Ohne die Genehmigung darf die Maßnahme nur durchgeführt werden, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist.

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

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

(4) Eine Genehmigung nach den Absätzen 1 und 2 ist nicht erforderlich, wenn zwischen Betreuer und behandelndem Arzt Einvernehmen darüber besteht, dass die Erteilung, die Nichterteilung oder der Widerruf der Einwilligung dem nach § 1901a festgestellten Willen des Betreuten entspricht.

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

nach Aufklärung besprochen werden; der Patient kann in diesem Rahmen auch schon „antizipiert“, quasi „auf Vorrat“, in bestimmte, nur möglicherweise erforderliche Neben- und Folgeeingriffe, z.B. auch Fixierungsmaßnahmen, wiederholte Verbandwechsel etc., einwilligen.

Schwierig wird die Situation dann, wenn keine antizipierten Erklärungen vorliegen und Therapiezieländerungen bis hin zur Beendigung therapeutischer Maßnahmen in der „end of life“-Phase anstehen und eine Erörterung mit dem Patienten in der konkreten Situation nicht (mehr) erfolgen kann, weil der Patient einwilligungsunfähig ist.

„Der Patient hat eine Patientenverfügung“ – aber bedeutet dies die Lösung aller Probleme oder steckt darin nicht genau das Problem, das es zu lösen gilt?

Wer das Bürgerliche Gesetzbuch aufgeschlagen und § 630d Abs. 1 S. 1 BGB gefunden hat, liest dort die bekannte Regel, dass vor Durchführung einer medizinischen Maßnahme die Einwilligung des Patienten einzuholen ist. Was ist, wenn der Patient einwilligungsunfähig ist? Auch das beantwortet das Gesetz: In diesem Fall ist die Einwilligung eines hierzu Berechtigten einzuholen, soweit nicht eine Patientenverfügung nach § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB die Maßnahme gestattet oder untersagt (§ 630d Abs. 1 S. 2 BGB). Auf den ersten Blick scheint alles klar: Es gibt eine Patientenverfügung, jetzt braucht der Arzt doch nur diese Verfügung umzusetzen und alles ist gut. Aber stimmt das?

Eine Patientenverfügung, dies sei hier vorausgeschickt, bedarf bekanntermaßen keiner vorangegangenen ärztlichen Aufklärung. Was ist nun, wenn in der Patientenverfügung bestimmte Behandlungsmaßnahmen gewünscht werden und diese auch indiziert sind? Es ist nicht ersichtlich, dass der Patient bei Abfassung der Patientenverfügung durch einen Arzt aufgeklärt wurde, auch ein ausdrücklicher Verzicht des Patienten auf nähere Aufklärung lässt sich der Patientenverfügung nicht entnehmen. Darf der Arzt die Patientenverfügung dennoch umsetzen?

Die Bundesregierung hat in der Begründung zum Entwurf eines Patienten-

rechtesgesetzes dieses Problem erkannt und darauf hingewiesen, dass eine Patientenverfügung ohne ärztliche Aufklärung keinesfalls eine antizipierte verbindliche Entscheidung darstellt, sondern nur als Behandlungswunsch des Patienten angesehen werden kann.<sup>2</sup>

Und damit wird es komplizierter, es kommen weitere Akteure ins Spiel. Denn nicht das Patientenrechtesgesetz 2013 mit seinen Regeln zum Behandlungsvertrag in §§ 630a ff BGB, sondern das Patientenverfügungsgesetz hat vor zehn Jahren, 2009, im Betreuungsrecht die Patientenverfügung einschließlich der Behandlungswünsche und den mutmaßlichen Willen geregelt. Nicht nur, aber insbesondere dann, wenn es um Therapiezieländerungen geht, die in der Folge zum Tod des Patienten führen können, stellt sich die Frage: Wer ist an der Entscheidungsfindung in welcher Weise beteiligt, wer hat also wem wann was zu sagen?<sup>3</sup>

### Die Rollenverteilung

Die Vorschriften benennen die verschiedenen Akteure: der Betreute (d.h. der Patient), der behandelnde Arzt, der Bevollmächtigte und/oder der Betreuer und das Betreuungsgericht (Amtsgericht). Deren Einsatz unterscheidet sich, je nachdem, ob es um eine (verbindliche) Patientenverfügung, einen Behandlungswunsch oder den mutmaßlichen Willen geht.

### Der Patient

Wie § 630d BGB zeigt, entscheidet der einwilligungsfähige Patient in der aktuellen und akuten Situation, er kann aber auch antizipiert Festlegungen sowohl für unmittelbar bevorstehende (§§ 630d ff BGB) wie für noch nicht unmittelbar bevorstehende Maßnahmen (§§ 1901a ff BGB) treffen. Er kann, muss aber nicht in die ihm vorgeschlagene Behandlung einwilligen, er kann auch zu vital indizierten Maßnahmen ganz oder teilweise seine Zustimmung verweigern. An ein solches, im Bewusstsein der Konsequenzen abgegebenes „Veto“ sind behandelnden Ärzte gebunden.

Der Patient spielt also in jedem Fall die eine Hauptrolle.

### Der Arzt

Die weitere Hauptrolle ist dem behandelnden Arzt zugewiesen. Zwar steht es dem Patienten frei, ob und wann er einen Arzt aufsucht und wenn er dies tut, ob und in welchen Grenzen er sich behandeln lassen will oder nicht.

Es ist aber der Arzt, der im Rahmen der ihm – nicht zuletzt vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlich geschützten Berufsfreiheit (Art. 12 Grundgesetz (GG)) – zustehenden Therapie-, Methoden- und Versuchsfreiheit die Indikation für bestimmte Maßnahmen trifft und dem Patienten die entsprechenden Behandlungsangebote macht – die dieser nach Aufklärung (soweit der Patient nicht ausdrücklich auf Aufklärung verzichtet hat) annehmen oder ablehnen kann.

Wichtig zu wissen: Der Arzt kann vom Patienten nicht gezwungen werden, eine Maßnahme, die er für nicht indiziert oder nicht vertretbar hält, anzuwenden. Erst recht können Angehörige eines Patienten einen Arzt nicht zu solchen Maßnahmen zwingen.

Hierzu das Landgericht (LG) Karlsruhe:<sup>4</sup>

„Dort, wo eine Heilbehandlung im Sinne der Wiederherstellung der organischen Gesundheit...nicht möglich ist, erwächst dem Berechtigten ein Anspruch auf Leidenslinderung. Insoweit sind die sich aus dem Krankenhausvertrag ergebenden Rechte und Pflichten im Lichte der Wertungen der Grundrechte nach den Artikeln 1–19 GG zu bestimmen. Danach hat der Patient Anspruch auf eine Behandlung, die dem Gebot der Unantastbarkeit der Menschenwürde nach Art. 1 GG entspricht.“

Aus dem Gebot der Achtung der Menschenwürde folgt, dass der Patient nicht zum Objekt ärztlicher Fremdbestimmung bei der Heilbehandlung werden darf. Daraus folgt jedoch nicht, dass dem Patienten unter allen Umständen

<sup>2</sup> Bundestagsdrucksache 17/10488 v. 15.08.2012, S. 23

<sup>3</sup> Schuhr J: Grundlagen eines (betreuungs- und strafrechtlich) rechtmäßigen Behandlungsabbruchs – Patientenverfügung und Alternativen. BtPrax 2018;4:139–143

<sup>4</sup> LG Karlsruhe, Urt. v. 30.8.1991, NJW 1992, 756



die Wahl der Behandlungsmethode abschließend vorbehalten wäre und der Arzt sich hiernach zu richten hätte. Bei mehreren in Betracht kommenden und in jeder Hinsicht gleichermaßen Erfolg versprechenden und mit einem gleich hohen Risiko behafteten Behandlungsalternativen ist die Wahl der Behandlungsmethode Sache des Arztes. Der Patient braucht sich zwar auch dann nicht der Behandlung zu unterziehen. Dies wäre mit der Menschenwürde des Patienten unvereinbar. Er kann vielmehr die beabsichtigte Behandlung – auch teilweise – ablehnen. Der Arzt hat sich dann dieser Entscheidung des Patienten zu beugen. Andererseits kann der Arzt jedoch nicht verpflichtet werden, allein aufgrund der Entscheidung des Patienten für eine bestimmte Behandlungsmethode diese auch dann anzuwenden, wenn er diese im konkreten Fall für ungeeignet hält.“

### Die Berechtigten

Für den Fall, dass der Patient in der akuten Situation entscheidungsunfähig sein sollte, verteilt das Gesetz weitere Rollen. Nach § 630d Abs. 1 S. 2 BGB betreten anstelle des einwilligungsunfähigen Patienten die „Berechtigten“ die Bühne, deren Rechte und Pflichten das Gesetz an anderer Stelle regelt.

Hier soll im Folgenden nur die Rechtslage bei einem einwilligungsunfähigen Erwachsenen dargestellt werden.<sup>5</sup>

Wer sind diese Berechtigten und wo werden deren Kompetenzen geregelt?

#### Der Bevollmächtigte

Kann ein Volljähriger krankheitsbedingt seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht selbst besorgen, so bestellt das Betreuungsgericht (Amtsgericht) auf seinen Antrag oder von Amts wegen für ihn einen Betreuer. Allerdings ist die Betreuung dann nicht erforderlich, wenn die Angelegenheiten des Betroffenen auch durch einen Bevollmächtigten ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können (§ 1896 Abs. 1, Abs. 2 BGB).

Dies bedeutet: Hat der Betroffene dadurch vorgesorgt, dass er einer oder auch mehreren Personen seines Vertrau-

ens den Auftrag erteilt hat, für ihn im Falle seiner Einwilligungsunfähigkeit in gesundheitlichen Fragen zu entscheiden („Vorsorge-/Gesundheitsvollmacht“), so bedarf es der Bestellung eines Betreuers nicht. Der oder die Vorsorgebevollmächtigte sind insoweit die Berechtigten, die anstelle des einwilligungsunfähigen, volljährigen Patienten entscheiden (§ 1901a Abs. 6, § 1901b Abs. 3, § 1904 Abs. 5 S. 2 BGB) – aber eben auch nur dann, wenn der Patient in der konkreten Situation nicht einwilligungsfähig ist. Die Einwilligungsfähigkeit ist von den behandelnden Ärzten, u.U. durch Hinzuziehung von Psychiatern/Psychologen zu beurteilen. Das Gesetz definiert den Begriff (leider) nicht.

Für „normale“ Behandlungsmaßnahmen reicht eine mündliche Vollmacht aus, die zu jedem Zeitpunkt, etwa auch nach Aufnahme ins Krankenhaus und auch noch kurz vor Beginn der Therapie, erteilt werden kann. Anders ist es nur dann, wenn bei der geplanten Maßnahme die Gefahr besteht, dass der Betroffene aufgrund der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet (§ 1904 Abs. 1 S. 1 BGB). Soll der Bevollmächtigte auch darüber entscheiden dürfen, dann bedarf die Vollmacht der Schriftform und muss diese Maßnahmen ausdrücklich umfassen (§ 1904 Abs. 5 BGB). In aller Regel wird aber in der Praxis die Vorsorgevollmacht schriftlich erteilt, die üblichen Formulare enthalten auch die erforderlichen Hinweise auf § 1904 Abs. 5 BGB.

Für diese „Gesundheitsvollmacht“ ist keine notarielle Beurkundung erforderlich. Anders wäre es nur dann, wenn diese, etwa in Form einer „Generalvollmacht“, auch weitere Befugnisse des Bevollmächtigten, z.B. zu Grundstücksgeschäften, beinhalten soll.

Die Vorteile: Die Beauftragung eines Vorsorgebevollmächtigten ermöglicht meist eine schnelle Entscheidung über die vorzunehmenden Maßnahmen und erspart die gerichtliche (und mit Kosten verbundene) Bestellung eines Betreuers. Sie gibt dem betroffenen Patienten zudem die Möglichkeit, die Vertrauens-

personen, die später für ihn wesentliche Entscheidungen treffen sollen, selbst zu bestimmen. Der Betroffene kann im Detail festlegen, für welche Fälle und in welchem Umfang er durch den Bevollmächtigten vertreten werden will und ob die von ihm erteilte Vollmacht auch über seinen Tod hinaus gültig sein soll.

Die Nachteile: Der Bevollmächtigte steht nicht in demselben Umfang unter der Kontrolle des Betreuungsgerichts wie ein gerichtlich bestellter Betreuer. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass Jeder (z.B. Angehörige, Ärzte, aber auch sonstige Dritte) sich an das Betreuungsgericht wenden und eine (Kontroll-) Betreuung anregen kann, der Zweifel an der Wirksamkeit der Bevollmächtigung und/oder der Eignung bzw. Redlichkeit des Bevollmächtigten hat oder befürchtet, dass die Entscheidung des Bevollmächtigten dem Interesse des Vollmachtgebers nicht entspricht.

Wichtig zu wissen: Wirksame Bevollmächtigung vorausgesetzt steht der vom Patienten Bevollmächtigte, soweit es um die im folgende beschriebene Rechtslage geht, einem gerichtlich bestellten Betreuer gleich. Ein Bevollmächtigter hat im Wesentlichen dieselben Rechte und Pflichten wie ein Betreuer.

#### Der Betreuer

Können die Angelegenheiten des Betroffenen nicht durch einen Bevollmächtigten geregelt werden, bestellt das Betreuungsgericht (Amtsgericht) einen Betreuer. Der Betreuer hat die Angelegenheiten des Betreuten so zu besorgen, wie es dessen Wohl entspricht (§ 1901 Abs. 2 S. 1 BGB).

Das Betreuungsgericht bestimmt den Aufgabenkreis des Betreuers. Der Aufgabenkreis „Gesundheitsfürsorge“ umfasst in der Regel nicht nur die konkrete Behandlungsmaßnahme, die Anlass für die Betreuung gewesen sein mag, sondern auch die sonstigen gesundheitlichen Angelegenheiten des Betreuten. Bei

<sup>5</sup> Zum Umgang mit vorausverfügten Willensentscheidungen Minderjähriger s. Gleixner-Eberle E: Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag 2014;407 ff.

Zweifeln, ob und welche Maßnahmen eingeschlossen sind, kann eine entsprechende gerichtliche Klarstellung herbeigeführt werden. Umfasst ist aber grundsätzlich auch den Bereich der Therapiezieländerungen, also u. U. eben auch die Entscheidung über die Zustimmung zum Abbruch lebensverlängernder Maßnahmen.

Wichtig zu wissen: Die Betreuung ist keine Entmündigung, das bedeutet, dass der Betreute, wenn er in der konkreten Situation einwilligungsfähig ist, über die ärztliche Maßnahme selbst entscheidet. Hier bleibt für eine Entscheidung des Betreuers kein Raum; er hat sich dann allenfalls um die Umsetzung des vom Betroffenen Gewünschten zu kümmern.

### Das Betreuungsgericht

Sind Bevollmächtigter oder Betreuer bei zeitlich dringenden Maßnahmen nicht oder nicht rechtzeitig erreichbar oder ist nicht bekannt, ob eine Vorsorgevollmacht erteilt oder eine Betreuung eingerichtet ist, kann dann, wenn ein Bedürfnis für eine unverzügliche gerichtliche Entscheidung besteht, das Betreuungsgericht (bei Kindern und Jugendlichen das Familiengericht) einstweilige Anordnungen erlassen, insbesondere einen vorläufigen oder einen Ergänzungsbetreuer bestellen, oder auch selbst „die im Interesse des Betroffenen erforderlichen Maßregeln“, insbesondere Entscheidungen, treffen (§§ 1908i Abs. 1 S. 1, 1846 BGB).

Eine besondere Rolle spielt das Betreuungsgericht bei der Genehmigung ärztlicher Maßnahmen (§ 1904 BGB). Denn sowohl die Einwilligung des Betreuers – für den Bevollmächtigten gilt dasselbe – in eine Heilmaßnahme wie die Nichteinwilligung bzw. der Widerruf der Einwilligung in eine indizierte Maßnahme bedürfen der Genehmigung des Betreuungsgerichtes, wenn die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute aufgrund der geplanten Maßnahme bzw. des geplanten Unterlassens stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet. Ohne gerichtliche Genehmigung dürfen Maßnahmen nur durchgeführt werden,

wenn mit dem Aufschub Gefahr für den Betroffenen verbunden ist (§ 1904 Abs. 1 S. 2 BGB).

Mit anderen Worten: Bei „gefährlichen Maßnahmen“ unterliegt die Entscheidung des Betreuers/Bevollmächtigten grundsätzlich einer gerichtlichen Überprüfung. Allerdings nicht in jedem Fall, sondern nur, wenn zwischen Betreuer/Bevollmächtigtem und behandelndem Arzt Dissens darüber besteht, ob die Entscheidung des Betreuers/des Bevollmächtigten dem Willen des Betreuten entspricht (§ 1904 Abs. 4 BGB). „Damit soll nach dem Willen des Gesetzgebers sichergestellt sein, dass eine gerichtliche Genehmigung nur in Konfliktfällen erforderlich ist.“<sup>6</sup>

Wichtig zu wissen: Bei Konsens zwischen Betreuer/Bevollmächtigtem und Arzt gibt es also keine Überprüfung durch das Betreuungsgericht.

Bei Zweifeln kann das Betreuungsgericht gleichwohl angerufen werden, das dann gegebenenfalls in einem Negativattest feststellt, dass es, weil die Beteiligten im Konsens waren, zu einer gerichtlichen Entscheidung nicht berufen ist. Ein solches Negativattest hat insbesondere bei Entscheidungen über Therapiereduzierungen vor dem Hintergrund möglicher strafrechtlicher Fragestellungen entlastende Bedeutung für die Beteiligten:<sup>7</sup> Denn was betreuungsrechtlich erlaubt – und zudem von einem (Betreuungs-)Gericht geprüft wurde –, darf strafrechtlich nicht verboten sein.

### Wer wird wann gefragt?

Damit sind zwar die Rollen verteilt, noch nicht geklärt ist aber, wann welcher Akteur auftritt und was er zu sagen hat. Dies hängt entscheidend davon ab, wie sich der Patient geäußert hat.

### Patientenverfügung liegt vor

Schon immer hatte ein Patient die Möglichkeit, in einer antizipierten Erklärung Festlegungen zu treffen, welche Maßnahmen er wünscht oder ablehnt für den Fall, dass er in der akuten Situation selbst nicht mehr entscheidungsfähig sein sollte – auch im Hinblick auf

noch nicht unmittelbar bevorstehende Maßnahmen (früher häufig „Patiententestament“ genannt). Und immer schon galt und gilt auch heute: Ist der Patient in der akuten Situation einsichts-/einwilligungsfähig, entscheidet er selbst, unabhängig davon, was er früher in einer Verfügung festgelegt haben mag – und, wie zuvor dargestellt, unabhängig davon, ob es einen Bevollmächtigten/Betreuer gibt.

Doch erst durch das Patientenverfügungsgesetz von 2009 wurde die Patientenverfügung in § 1901a Abs. 1 BGB gesetzlich geregelt. Eine Patientenverfügung im Sinn dieser Vorschrift ist die von einer einwilligungsfähigen, volljährigen Person schriftlich abgefasste und inhaltliche Festlegung, in welche bestimmten, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehenden Untersuchungen, Heilbehandlungen und sonstigen ärztlichen Eingriffe der Betroffene einwilligt oder sie untersagt.

Wichtig zu wissen: Treffen die Festlegungen in der Patientenverfügung auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zu, so hat die Patientenverfügung unmittelbare „verbindliche“ Wirkung – auch ohne vorherige ärztliche Beratung (Aufklärung) und ohne Begrenzung der Reichweite. Das bedeutet: Der Betroffene hat seine „Entscheidung selbst in einer alle Beteiligten bindenden Weise getroffen“<sup>8</sup> – unbeschadet der Tatsache, dass er seine Verfügung jederzeit formlos widerrufen kann (§ 1901a Abs. 1 S. 3 BGB).

### Position des Betreuers/Bevollmächtigten bei passender Patientenverfügung

Wie ist die Situation des Bevollmächtigten/des Betreuers, wenn die Patientenverfügung „passt“? Nach dem Gesetzeswortlaut hat der Betreuer oder, ihm gleichgestellt, der (Vorsorge-)Bevollmächtigte zu prüfen, ob die Festlegungen in der Patientenverfügung auf

6 BGH, Beschluss vom 06.07.2016, Az.: XII ZB 61/16, S. 18

7 Schuhr J: Grundlagen eines (betreuungs- und strafrechtlich) rechtmäßigen Behandlungsabbruchs – Patientenverfügung und Alternativen. BtPrax 2018;4:139–143

8 BGH, Beschluss vom 14.11.2018, Az.: 107/18, S. 5

die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen und wenn dies der Fall ist, dem Willen des Patienten Ausdruck und Geltung zu verschaffen. „Passt“ die Patientenverfügung eindeutig, dann ist sie „bindend“. Betreuer/Bevollmächtigter bleiben (nur noch) verpflichtet, dem Willen des Betroffenen Ausdruck und Geltung zu verschaffen (§ 1901a Abs. 1 S. 2 BGB).

Mit anderen Worten: Der betroffene Patient hat – wenn auch zu einem früheren Zeitpunkt – seinen Willen bereits selbst kundgetan.

Wichtig zu wissen: In diesem Fall handelt es sich nicht um eine Entscheidung und Erklärung des Bevollmächtigten/Betreuers über Fortsetzung oder Reduzierung/Abbruch der Behandlung. Bevollmächtigter/Betreuer geben den bereits früher gebildeten Willen des betroffenen Patienten kund und sind nur berufen, dem vom betroffenen Patienten bereits selbst erklärten Willen Ausdruck und Geltung zu verschaffen (§ 1901a Abs. 1 S. 2 BGB).

Das heißt, es obliegt dann dem Bevollmächtigten/Betreuer, gegenüber den behandelnden Ärzten die vom Patienten getroffene Einwilligung in eine bestimmte Maßnahme zu referieren oder eine frühere Einwilligung des Patienten zu widerrufen, wenn dies der aktuellen Entscheidung des Patienten entspricht, um z.B. eine Therapiereduzierung herbeizuführen.

#### **Rolle des Betreuungsgerichtes bei „passender“ Patientenverfügung**

Die verbindliche, antizipierte Entscheidung des Patienten selbst, die vom Bevollmächtigten/Betreuer nur noch umzusetzen ist, hat auch Konsequenzen für die Rolle des Betreuungsgerichtes.

Grundsätzlich ist nach der Vorschrift des § 1904 BGB eine Genehmigung des Betreuungsgerichtes erforderlich, falls der Bevollmächtigte/Betreuer eine Einwilligung zu einer Maßnahme erteilen oder widerrufen will, wenn dadurch die Gefahr droht, dass der betroffene Patient stirbt oder einen länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet. Hat jedoch im Fall einer 1:1 passenden Pa-

tientenverfügung eben nicht der Betreuer die Einwilligung erteilt, sondern nur die des betroffenen Patienten vermittelt, ist **keine** betreuungsgerichtliche Genehmigung erforderlich!

#### **Rolle des behandelnden Arztes bei „passender“ Patientenverfügung**

Zur Rolle des behandelnden Arztes: Er stellt fest, ob und welche Behandlungsangebote es gibt und ist verpflichtet, im Rahmen der vom Patienten erteilten Einwilligung zu handeln (§ 630d BGB).

Allerdings, und dies ist wichtig, das Gesetz verlangt zwingend eine Erörterung zwischen Arzt und Bevollmächtigtem/Betreuer darüber, welche ärztliche Maßnahme im Hinblick auf den Gesamtzustand und die Prognose des Patienten indiziert ist (§ 1901b Abs. 1 BGB). Diese Erörterung hat den Zweck, die medizinische Situation des Betroffenen zu erfassen und Klarheit darüber zu gewinnen, welche Behandlungsangebote mit welchem Ziel ärztlicherseits gemacht werden können und diese unter Berücksichtigung des Patientenwillens mit dem Bevollmächtigten/Betreuer zu erörtern.

Führt das Gespräch zu dem Ergebnis, dass eine Situation vorliegt, für die der Betroffene in einer Patientenverfügung hinreichend bestimmte und damit verbindliche Anweisungen erteilt hat, dann ist es Aufgabe des Betreuers, diesem Patientenwillen Ausdruck und Geltung zu verschaffen.

#### **Rolle von Angehörigen und Vertrauenspersonen**

Zudem soll nahen Angehörigen und sonstigen Vertrauenspersonen des Betroffenen Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden, vorausgesetzt, dieses verbietet sich nicht wegen der Eilbedürftigkeit der Maßnahme (§ 1901b Abs. 2 BGB) – oder weil es dem erkennbaren Willen des Betroffenen widerspricht.<sup>9</sup> „Bei dieser Regelung handelt es sich jedoch nach dem eindeutigen Wortlaut lediglich um eine Soll-Vorschrift, deren Nichtbeachtung nicht zur Rechtswidrigkeit der (Nicht-)Einwilligung des Bevollmächtigten führt“<sup>10</sup>

Unter Umständen ergeben sich aus dieser Anhörung auch Hinweise auf einen Widerruf der Patientenverfügung. Ein solcher Widerruf ist ja auch formlos möglich (§ 1901a Abs. 1 S. 3 BGB).

#### **Kein Betreuer bestellt**

Umstritten ist allerdings, welche Rolle der behandelnde Arzt hat, wenn die Patientenverfügung „passt“, aber kein Bevollmächtigter beauftragt bzw. kein Betreuer vom Gericht bestellt ist. Kann er dann, wie etwa die Bundesärztekammer/ZEKO<sup>11</sup> meint, selbst entscheiden oder ist auch für diesen Fall die Anregung einer Betreuung erforderlich? Der Wortlaut des § 1901a BGB scheint letzteres zu erfordern, der Wortlaut des § 630d BGB scheint für die Auffassung der Bundesärztekammer zu sprechen.

#### **Behandlungswünsche**

Fehlt es an einer bindenden Patientenverfügung, dann kommt es nach der Gesetzeslage im zweiten Schritt auf die Behandlungswünsche des Betroffenen für die eingetretene Situation an.

Solche Behandlungswünsche müssen nicht schriftlich verfasst sein. Sie können sich aus dem Zusammenhang weiterer Umstände und Erklärungen insbesondere auch aus einer schriftlichen Patientenverfügung ergeben, wenn diese an sich zu unbestimmt gefasst ist oder auf die eingetretene Situation nicht hinreichend passt.

Auch Behandlungswünsche entfalten Bindungswirkung, sie müssen aber wie die Patientenverfügung hinreichend konkret bestimmbar sein und sich auf die aktuelle Situation und die vorzunehmenden bzw. zu reduzierenden Behandlungsmaßnahmen beziehen.

9 Götz I: § 1901b RN 1. In: Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 78. Aufl. München: C.H. Beck 2019

10 BGH, Beschluss vom 06.07.2016, Az.: XII ZB 61/16; S. 22

11 Bundesärztekammer/Zentrale Ethikkommission bei der Bundesärztekammer: Hinweise und Empfehlungen zum Umgang mit Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen im ärztlichen Alltag (Stand: 25.10.2018). Dtsch Arztebl 2018;115:A2437

12 BGH, Beschluss vom 08.02.2017, Az.: XII ZB 604/15, S. 15



„Ebenso wie bei Vorliegen einer schriftlichen Patientenverfügung... genügt allein der ermittelte Behandlungswunsch nicht, wenn sich dieser auf allgemein gehaltene Inhalte beschränkt“.<sup>12</sup>

Es muss festgestellt werden können, dass der Wunsch vom betroffenen Patienten selbst gebildet wurde, dass er noch aktuell ist und die konkrete Situation umfasst.

### Rolle des Bevollmächtigten/Betreuers bei Behandlungswünschen

Da aber die Behandlungswünsche in der Regel nicht so eindeutig feststellbar sind wie eine passende, schriftlich verfasste Patientenverfügung, hat in dieser Situation der Bevollmächtigte/Betreuer zu entscheiden, ob er in eine ärztliche Maßnahme einwilligt oder sie untersagt (§ 1901a Abs. 2 BGB). Doch hat der Bevollmächtigte/Betreuer auf Grundlage des ermittelten Behandlungswunsches zu entscheiden, seine eigenen Wünsche und Vorstellungen dürfen nicht maßgebend sein.

Mit anderen Worten: Hier gibt nun der Bevollmächtigte/Betreuer mit der Einwilligungserklärung eine **eigene** Willenserklärung ab und bekundet nicht, wie bei einer passenden Patientenverfügung, nur den vorher verfassten Willen des Betroffenen.

### Rolle des Betreuungsgerichts bei Behandlungswünschen

Das bedeutet für die Rolle des Betreuungsgerichts: Grundsätzlich ist eine betreuungsgerichtliche Genehmigung bei riskanten Maßnahmen/einem Behandlungsabbruch erforderlich. In diesen Fällen soll die Entscheidung des Bevollmächtigten/des Betreuers und die Grundlage, auf der er diese Entscheidung getroffen hat, gerichtlich überprüft werden.

Da bei der Ermittlung von Behandlungswünschen der Bevollmächtigte/Betreuer eine eigene Entscheidung abgibt, unterliegt diese der gerichtlichen Überprüfung. Das Betreuungsgericht hat die Entscheidung des Bevollmächtigten/des Betreuers „zum Schutz des Betreuten dahingehend zu überprüfen,

ob diese Entscheidung tatsächlich dem ermittelten Patientenwillen entspricht.“<sup>13</sup>

Diese Überprüfung findet aber nur statt, wenn Bevollmächtigter/Betreuer und Arzt im Dissens über den ermittelten Patientenwillen sind (§ 1904 Abs. 4 BGB).

Wichtig zu wissen: Wenn der Bevollmächtigte/Betreuer einen Behandlungswunsch ermittelt und weitergibt, gibt er eine eigene Willenserklärung in die ärztliche Behandlung ab. Wirksam ist diese Erklärung entweder bei Einvernehmen mit dem behandelnden Arzt oder, bei einem Dissens, wenn das Betreuungsgericht die Erklärung genehmigt.

### Rolle des behandelnden Arztes bei Behandlungswünschen

Auch hier hat der behandelnde Arzt wieder die Pflicht, neben einem Gespräch mit Angehörigen und Vertrauenspersonen (§ 1901b Abs. 2 BGB) das zwingend gebotene Gespräch zur Feststellung des ärztlich Anzubietenden und des vom Patienten Gewollten mit dem Bevollmächtigten/Betreuer zu führen (§ 1901b Abs. 1 BGB).

### Mutmaßlicher Wille

Lässt sich auch kein Behandlungswunsch des betroffenen Patienten feststellen, so ist nach dessen mutmaßlichen Willen zu verfahren. Auch hier wird in der Regel auf frühere Äußerungen des Betroffenen zurückgegriffen werden können und müssen, ähnlich wie bei der Ermittlung der Behandlungswünsche. „Der mutmaßliche Wille ist anhand konkreter Anhaltspunkte zu ermitteln, insbesondere anhand früherer mündlicher oder schriftlicher Äußerungen (die jedoch keinen Bezug zur aktuellen Lebens- und Behandlungssituation aufweisen), ethischer oder religiöser Überzeugungen und sonstiger persönlicher Wertvorstellungen des Betroffenen (§ 1901a Abs. 2 S. 2 und S. 3 BGB). Der Betreuer stellt letztlich eine These auf, wie sich der Betroffene selbst in der konkreten Situation entschieden hätte, wenn er noch über sich selbst bestimmen könnte.“<sup>14</sup>

Auch hier obliegt es dem Bevollmächtigten/dem Betreuer, nach der (zwingenden) Erörterung möglicher Therapieziele mit

dem behandelnden Arzt (§ 1901b Abs. 1 S. 2 BGB) und der evtl. Anhörung von nahen Angehörigen/Vertrauenspersonen (§ 1901b Abs. 2 BGB) den mutmaßlichen Willen des betroffenen Patienten zu ermitteln und dem Arzt mitzuteilen.

Auch hier liegt wieder eine eigene Einwilligungserklärung bzw. ein Veto des Bevollmächtigten/des Betreuers vor.

Besteht kein Einvernehmen zwischen Arzt und Bevollmächtigtem/Betreuer, bedarf es, nicht anders als bei der Ermittlung der Behandlungswünsche, der Einschaltung des Betreuungsgerichts (§1904 BGB).

### Der aktuelle Fall

Wie wichtig die Rolle des Arztes bei der Erörterung ist, welche Maßnahmen (noch) indiziert sind und welche Behandlungsziele verfolgt werden können, zeigten die bisherigen Ausführungen bereits. Es ist der Arzt, der die Richtung weist; ob der Patient in diese Richtung gehen will, entscheidet der Patient, evtl. derjenige, der berechtigt ist, an seiner Stelle in die Maßnahme einzuwilligen oder sie zu untersagen.

Dass die Verletzung dieser Erörterungspflicht auch haftungsrechtlich relevant ist, zeigt der Fall, den das Oberlandesgericht (OLG) München<sup>15</sup> zu entscheiden hatte. Das OLG hatte den Hausarzt eines demenzkranken, inzwischen verstorbenen 82 Jahre alten Patienten zu Schadenersatz verurteilt, weil er dieses Gespräch mit dem Betreuer über die Sinnhaftigkeit der Fortdauer einer Ernährung über eine PEG-Sonde nicht führte.

Der Patient konnte sich in den letzten Jahren weder bewegen noch kommunizieren, eine Patientenverfügung hatte er nicht verfasst, auch sein mutmaßlicher Wille mit Blick auf die lebenserhaltende Maßnahme (Ernährung durch PEG-Sonde) ließ sich nicht feststellen. Sein Sohn ist der Ansicht, dass die Indikation

13 BGH, Beschluss vom 08.02.2017, Az.: XII ZB 604/15, S. 14

14 BGH, Beschluss vom 08.02.2017, Az.: XII ZB 604/15, S. 15

15 OLG München, Urt. v. 21.12.2017 – 1 U 454/17

zur Ernährung entfallen war, zumindest hätte der Arzt die fragliche Indikation mit dem Betreuer erörtern müssen. Weil er dies nicht tat, verklagte der Sohn den Hausarzt auf Schmerzensgeld und Schadenersatz. Ob eine solche Erörterung zur Einstellung der Ernährung geführte hätte, blieb offen – aber diese Unsicherheit geht zulasten des Arztes, der seine Erörterungspflicht verletzt hatte, meint jedenfalls das OLG München. Doch der BGH ist anderer Ansicht: Leben könne kein Schaden sein, ein Schmerzensgeldanspruch für „erlittenes“ Leben scheidet aus. Im Übrigen dienen ärztliche Pflichten nicht dazu, wirtschaftliche Belastungen, die mit dem Weiterleben verbunden sind, zu verhindern; deshalb auch kein Ersatz der Behandlungskosten.<sup>16</sup>

### Aktuelle Rechtsprechung des BGH zur Bestimmtheit einer Patientenverfügung

Wer welche Rolle spielt, ob Berechtigte zu entscheiden haben und wann das Betreuungsgericht zur Überprüfung herangezogen werden muss, hängt also ganz wesentlich von der Frage ab, ob eine hinreichende bestimmte („verbindliche“) Patientenverfügung vorliegt, oder ob Behandlungswünsche oder ein mutmaßlicher Wille zu ermitteln sind. Behandlungswünsche – dasselbe gilt für den mutmaßlichen Willen –, wenn sie ermittelt werden können, sind nicht weniger verbindlich, bei ihrer Ermittlung betreten aber verschiedene „Akteure“ die Bühne, wie dargestellt.

Immer muss im Einzelfall die schwierige Frage gelöst werden, was der Betroffene für welche Fälle gewollt hat. Gibt es eine Patientenverfügung, so ist diese, wie jede andere Willenserklärung auch, auszulegen.<sup>17</sup>

Auslegungsmaßstab ist im Allgemeinen zunächst der Wortlaut einer Erklärung, doch auch die Begleitumstände, z.B. die Entstehungsgeschichte und frühere Äußerungen, insbesondere aber auch die Interessenlage, sind zu ermitteln und zu berücksichtigen. Eine Patientenverfügung ist eine Urkunde, doch

auch Urkunden sind nach allgemeinen Grundsätzen auszulegen, jedenfalls dann „wenn der einschlägige rechtsgeschäftliche Wille des Erklärenden in der formgerechten Urkunde einen wenn auch nur unvollkommenen oder andeutungsweisen Ausdruck gefunden hat.“<sup>18</sup>

Wann ist eine Patientenverfügung hinreichend bestimmt, also unmittelbar verbindlich?

Zu den inhaltlichen Anforderungen an eine (verbindliche) Patientenverfügung hat der Bundesgerichtshof (BGH) in den letzten Jahren in drei Entscheidungen Anforderungen gestellt, die für viel Aufmerksamkeit gesorgt haben.<sup>19</sup> Dabei betreffen die letzten beiden Entscheidungen (2017 und 2018) denselben Sachverhalt.

Allen Fällen lag eine schriftliche Patientenverfügung folgenden Inhalts zu Grunde:

„Für den Fall, dass ich... aufgrund von Bewusstlosigkeit oder Bewusstseinsstrübung...nicht mehr in der Lage bin, mein Willen zu äußern verfüge ich:

Solange eine realistische Aussicht auf Erhaltung eines erträglichen Lebens besteht, erwarte ich ärztlichen und pflegerischen Beistand unter Ausschöpfung der angemessenen Möglichkeiten.

Dagegen wünsche ich, dass lebensverlängernde Maßnahmen unterbleiben, wenn medizinisch eindeutig festgestellt ist,

- dass ich mich unabwendbar im unmittelbaren Sterbeprozess befinde, bei dem jede lebenserhaltende Therapie das Sterben oder das Leiden ohne Aussicht auf Besserung verlängern würde, oder
- dass keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins besteht, oder
- dass aufgrund von Krankheit oder Unfall ein schwerer Dauerschaden des Gehirns zurückbleibt, oder
- dass es zu einem nicht behandelbaren, dauernden Ausfall lebenswichtiger Funktionen meines Körpers kommt.

Behandlung und Pflege sollen in diesen Fällen auf Linderung von Schmerzen, Unruhe und Angst gerichtet sein, selbst wenn durch die notwendige Schmerz-

behandlung eine Lebensverkürzung nicht auszuschließen ist. Ich möchte in Würde und Frieden sterben können, nach Möglichkeit in meiner vertrauten Umgebung.

Aktive Sterbehilfe lehne ich ab.

Ich bitte um menschliche und seelsorgliche Begleitung.“

In allen Fällen geht es um ältere Patienten nach Schlaganfall, die im Pflegeheim mit PEG-Sonde versorgt werden und um den Abbruch der künstlichen Ernährung.

Im ersten Fall verlor die Betroffene ihr zunächst noch vorhandenes Sprachvermögen aufgrund epileptischer Anfälle, sie befindet sich jetzt „in einem Zustand massiver Beeinträchtigung der Hirnfunktion, unfähig zur Kommunikation mit der Umwelt.“<sup>20</sup> In dem anderen Fall, der den Entscheidungen von 2017 und 2018 zu Grunde liegt, geht es um eine Patientin nach Schlaganfall, die sich nach einem hypoxisch bedingten Herz-Kreislaufstillstand in einem Wachkoma befindet.

Eine schriftliche Patientenverfügung lag in allen Fällen vor (s. oben), es gab in allen Fällen Bevollmächtigte/Betreuer. Die Gerichte wurden mit den Fällen befasst, weil Uneinigkeit der Akteure bzw. der Angehörigen darüber bestand, ob der Abbruch der künstlichen Ernährung in der konkreten Situation vom Patienten gewollt war.

Zunächst war nach der Bestimmtheit – und damit der „Verbindlichkeit“ – der von den Betroffenen verfassten Patientenverfügung zu fragen. Dazu der BGH:

„Unmittelbare Bindungswirkung entfaltet eine Patientenverfügung im Sinn des § 1901a Abs. 1 BGB nur dann, wenn ihr konkrete Entscheidungen des Be-

<sup>16</sup> BGH, Urt. v. 02.04.2019, Az.: VI ZR 13/18 (Urteil lag bei Redaktionsschluss noch nicht schriftlich vor)

<sup>17</sup> BGH, Beschluss vom 14.11.2018, Az.: 107/18, S. 13

<sup>18</sup> BGH, Beschluss vom 14.11.2018, Az.: 107/18, S. 13

<sup>19</sup> BGH, Beschluss vom 06.07.2016, Az.: XII ZB 61/16, BGH, Beschluss vom 08.02.2017, Az.: XII ZB 604/15; BGH, Beschluss vom 14.11.2018, Az.: 107/18

<sup>20</sup> BGH, Beschluss vom 06.07.2016, Az.: XII ZB 61/16, S. 6



troffenen über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in bestimmte, noch nicht unmittelbar bevorstehende ärztliche Maßnahmen entnommen werden können. Von vornherein nicht ausreichend sind allgemeine Anweisungen, wie die Aufforderung, ein würdevolles Sterben zu ermöglichen oder zuzulassen, wenn ein Therapieerfolg nicht mehr zu erwarten ist. Die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Patientenverfügung dürfen aber auch nicht überspannt werden. Vorausgesetzt werden kann nur, dass der Betroffene umschreibend festlegt, was er in einer bestimmten Lebens- und Behandlungssituation will und was nicht. Maßgeblich ist nicht, dass der Betroffene seine eigene Biografie als Patient vorausahnt und die zukünftigen Fortschritte in der Medizin vorwegnehmend berücksichtigt.“<sup>21</sup>

Dem „Bestimmtheitsgrundsatz“ genügt eine Patientenverfügung, „die einerseits konkret die Behandlungssituation beschreibt, in der die Verfügung gelten soll, und andererseits die ärztlichen Maßnahmen genau bezeichnet, in die der Ersteller einwilligt oder die er untersagt, etwa durch Angaben zur Schmerz- und Symptombehandlung, künstlichen Ernährung und Flüssigkeitszufuhr, Wiederbelebung, künstlichen Beatmung, Antibiotikagabe oder Dialyse...“<sup>22</sup>

In den Entscheidungen stellt der BGH klar, dass eine schriftliche Äußerung, „keine lebenserhaltenden Maßnahmen zu wünschen“, „ein würdevolles Sterben zu ermöglichen oder zuzulassen“ den Anforderungen an die Bestimmtheit einer bindenden Patientenverfügung für sich allein nicht genügt. Die Formulierungen sind zwar unschädlich und können Bestandteil einer Patientenverfügung sein, erforderlich ist dann aber in jedem Fall eine weitere Konkretisierung der vorzunehmen bzw. zu unterlassenen ärztlichen Maßnahmen; dies entweder im Hinblick auf die Behandlungssituation oder Erkrankung oder im Hinblick auf beide Gesichtspunkte „durch die Benennung bestimmter ärztlicher Maßnahmen oder Bezugnahme auf ausreichend spezifizierte Krankheiten oder Behandlungssituationen.“<sup>23</sup> Eine Patien-

tenverfügung „ist nur dann ausreichend bestimmt, wenn sich feststellen lässt, in welcher Behandlungssituation welche ärztlichen Maßnahmen durchgeführt werden bzw. unterbleiben sollen.“<sup>24</sup>

In den den Entscheidungen zu Grunde liegenden Dokumenten wurden vier Fallgruppen beschrieben, in denen lebenserhaltende Maßnahmen unterbleiben sollten. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs von 2016 hatte sich vor allem mit der Alternative eines „schweren Dauerschadens des Gehirns“ (3. Alternative) zu beschäftigen, die beiden anderen Entscheidungen (2017 und 2018) hatten hingegen vor allem die Fallgruppe der „fehlenden Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins“ (2. Alternative) zum Gegenstand.

In ersten Fall kam der BGH zu dem Ergebnis, die gewählte Formulierung sei zu unbestimmt, weil sie keine auf eine bestimmte Behandlungssituation bezogene hinreichende Konkretisierung des Gewollten enthalte. Es gehe aus ihr eben nicht eindeutig hervor, was die Betroffene mit „schweren Gehirnschäden“ konkret meinte, welche Fälle und Situationen die Betroffene sich vorgestellt hatte. Der Verweis auf einen schweren Dauerschaden des Gehirns „ist so wenig präzise, dass ... (er) ... keinen Rückschluss auf einen gegen konkrete Behandlungsmaßnahmen – hier die künstliche Ernährung mittels PEG-Sonde – gerichteten Willen der Betroffenen erlaubt.“<sup>25</sup>

Was aber gilt, wenn es nicht möglich ist, den Willen eines entscheidungsunfähigen Betroffenen festzustellen? Dazu der BGH: „Kann ein auf die Durchführung, die Nichteinleitung oder Beendigung einer ärztlichen Maßnahme gerichteter Wille des Betroffenen auch nach Ausschöpfung aller verfügbaren Erkenntnisquellen nicht festgestellt werden, gebietet es das hohe Rechtsgut auf Leben, entsprechend dem Wohl des Betroffenen zu entscheiden und dabei dem Schutz seines Lebens Vorrang einzuräumen.“<sup>26</sup> Also war in diesem Fall der Abbruch der künstlichen Ernährung nicht gerechtfertigt.

In den beiden anderen Entscheidungen kommt der BGH zu einem anderen Er-

gebnis. Zunächst stellt er aber auch hier fest, dass die ebenfalls in Betracht kommende Alternative eines schweren Dauerschadens des Gehirns so wenig präzise sei, dass sie keinen Rückschluss auf einen gegen die künstliche Ernährung gerichteten Willen der Betroffenen erlaube. Anders ist es jedoch bei der Fallgruppe der fehlenden Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins: „Etwas anderes könnte sich jedoch aus der weiteren Alternative ergeben, wonach die Betroffene ihre Regelungen zu ärztlichen Maßnahmen an die medizinisch eindeutige Feststellung knüpft, dass bei ihr keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins besteht. Damit bezeichnet die Betroffene in ihrer Patientenverfügung konkret eine Behandlungssituation, in der sie keine weiteren lebensverlängernden Maßnahmen wünscht. Im Zusammenhang mit der Bestimmung der Betroffenen, dass die Behandlung und Pflege in diesem Fall auf Linderung von Schmerzen, Unruhe und Angst gerichtet sein soll, könnte die Patientenverfügung dahingehend auszulegen sein, dass die Betroffene in dieser besonderen gesundheitlichen Situation, die aus medizinischer Sicht irreversibel ist, in den Abbruch der künstlichen Ernährung eingewilligt hat.“<sup>27</sup> Da noch nicht hinreichend festgestellt worden war, ob der Zustand der Betroffenen im Wachkoma ihr Bewusstsein entfallen lässt und ob noch Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins besteht, wurde das Verfahren zur erneuten Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen. Nachdem Sachverständige in einer erneuten Verhandlung vor dem Landgericht zu dem Ergebnis kamen, dass

21 BGH, Beschluss vom 06.07.2016, Az.: XII ZB 61/16, S. 20

22 BGH, Beschluss vom 08.02.2017, Az.: XII ZB 604/15, S. 9

23 BGH, Beschluss vom 06.07.2016, Az.: XII ZB 61/16, S. 21

24 BGH, Beschluss vom 14.11.2018, Az.: 107/18, S. 9

25 BGH, Beschluss vom 06.07.2016, Az.: XII ZB 61/16, S. 21

26 BGH, Beschluss vom 06.07.2016, Az.: XII ZB 61/16, S. 17

27 BGH, Beschluss vom 08.02.2017, Az.: XII ZB 604/15, S. 12

ein Ausfall des Bewusstseins vorliege und keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins bestand, blieb strittig, ob die Formulierung in der Patientenverfügung „aktive Sterbehilfe lehne ich ab“ so verstanden werden müsste, als würde sich die Betroffene in jedem Fall gegen einen Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen aussprechen.

Dazu der BGH 2018: Das Landgericht (Beschwerdegericht) „hat umfassend und sorgfältig die im vorliegenden Fall für die Auslegung der Patientenverfügung wesentlichen Umstände in seine Auslegungserwägungen einbezogen. Dabei hat es bei der Prüfung, ob die Patientenverfügung auch eine Einwilligung der Betroffenen in den Abbruch bereits eingeleiteter lebenserhaltender Maßnahmen beinhaltet, zurecht den Aussagen der vernommenen Zeugen besondere Bedeutung beigemessen, nach denen sich die Betroffene vor ihrer eigenen Erkrankung mehrfach dahingehend geäußert hatte, dass sie nicht künstlich ernährt werden wolle. Zudem hat sich das Beschwerdegericht im Rahmen seiner Auslegungserwägungen eingehend mit der Frage befasst, ob die in der Patientenverfügung enthaltene Formulierung ‚aktive Sterbehilfe lehne ich ab‘, dahingehend zu verstehen sein könnte, dass die Betroffene den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen ablehnt,... Das vom Beschwerdegericht gewonnene Auslegungsergebnis, dass die Betroffene trotz dieser Formulierung auch in den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen eingewilligt hat, wenn bei ihr keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins besteht, kommt in dem Text der Patientenverfügung...ausreichend in der Formulierung zum Ausdruck, dass die Betroffene in den von ihr bezeichneten Lebens- und Behandlungssituationen keine lebensverlängernden Maßnahmen wünscht.... Hinzu kommt, dass die Betroffenen in ihrer Patientenverfügung nicht nur pauschal bestimmte, lebensverlängernde Maßnahmen sollen in den von ihr beschriebenen Behandlungssituationen unterbleiben. Im weiteren Text der Verfügung findet sich vielmehr auch eine Konkretisierung

der ärztlichen Maßnahmen, die sie in diesen Fällen wünscht. Danach sollen Behandlung und Pflege auf Linderung von Schmerzen, Unruhe und Angst gerichtet sein, selbst wenn durch die notwendige Schmerzbehandlung eine Lebensverkürzung nicht auszuschließen ist... Auch dies ist ein in der Urkunde niedergelegter Anhaltspunkt dafür, dass die Betroffene mit dem Abbruch bereits eingeleiteter Maßnahmen einverstanden ist.“<sup>28</sup>

### Was folgt aus den Entscheidungen?

Der BGH billigt einer Patientenverfügung nur dann unmittelbare Bindungswirkung zu, wenn in der Patientenverfügung konkrete Entscheidungen des Betroffenen über die Einwilligung oder Nicht-Einwilligung in bestimmte, nicht unmittelbar bevorstehende Maßnahmen enthalten sind, wobei Äußerung wie z.B. „keine lebenserhaltenden Maßnahmen“ zu wünschen für sich genommen keine für eine wirksame Patientenverfügung erforderliche konkrete Behandlungsentscheidung darstellen. Die insoweit erforderliche weitere Konkretisierung kann im Einzelfall aber durch die Benennung bestimmter ärztlicher Maßnahmen oder auch durch die Bezugnahme auf ausreichend spezifizierte Krankheiten bzw. Behandlungssituationen erfolgen.

Das heißt: Es muss in der Patientenverfügung möglichst konkret beschrieben sein, in welchen Situationen die Patientenverfügung überhaupt gelten soll und welche Behandlungswünsche der Verfasser für diese, u. U. verschiedenen, Situationen äußert. Eine Patientenverfügung sollte deutlich machen, ob die in der Verfügung festgelegten Behandlungswünsche für alle konkret beschriebenen Behandlungssituationen gelten sollen oder ob etwa für verschiedene Situationen auch verschiedene Behandlungsoptionen festgelegt werden sollen. „Eine Patientenverfügung ist nur dann ausreichend bestimmt, wenn sich feststellen lässt, in welcher Behandlungssituation welche ärztlichen Maßnahmen durchgeführt werden bzw. unterbleiben sollen.“<sup>29</sup>

Mit anderen Worten: Aus der Patientenverfügung sollten sich sowohl die konkrete Behandlungssituation als auch die dann auf diese Situation bezogenen Behandlungswünsche hinreichend deutlich ergeben. Eine Beratung durch einen Arzt oder durch eine andere fachkundige Person wäre sicher hilfreich, um einerseits Klarheit über das Gewünschte zu erlangen, zum anderen aber auch, um Wertungswidersprüche zwischen einzelnen Festlegungen zu vermeiden – gesetzlich gefordert ist diese Beratung allerdings, zumindest in Deutschland, nicht.

Auf den ersten Blick mag es erstaunen, dass der BGH in den zu entscheidenden Fällen trotz identischen Wortlauts zu unterschiedlichen Ergebnissen kommt. Dass ein und dieselbe Formulierung in einem Fall eine bindende Erklärung beinhalten kann, in einem anderen Fall aber als zu unbestimmt angesehen wird, mag zunächst verwundern. Doch dies liegt darin begründet, dass der BGH nicht über das bestimmte Formular und eine isolierte Formulierung desselben entscheidet, sondern eine Auslegung der in dem Dokument enthaltenen Erklärungen bezogen auf die aktuelle Behandlungssituation vornimmt und dabei nicht nur den Wortlaut der Erklärung, sondern auch die Begleitumstände, insbesondere durch Zeugen belegte Äußerungen der Betroffenen, ihre Wertvorstellungen und ihre Einstellung zu bestimmten Lebenssituationen, heranzieht. Dies kann trotz identischen Wortlauts zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.

### Zusammenfassung

Ist unklar, ob eine Erklärung als bindende Patientenverfügung oder „nur“ als Behandlungswunsch oder als Hinweis auf einen mutmaßlichen Willen zu verste-

28 BGH, Beschluss vom 14.11.2018, Az.: 107/18, S. 12 ff.

29 BGH, Beschluss vom 14.11.2018, Az.: 107/18, S. 9

30 S. Zusammenfassung bei Schuhr J: Grundlagen eines (betreuungs- und strafrechtlich) rechtmäßigen Behandlungsabbruchs – Patientenverfügung und Alternativen. BtPrax 2018;4:139–143

hen ist, welchen Inhalt die abgegebenen Erklärungen haben bzw. ob überhaupt und welche Erklärungen abgegeben wurden, dann ist nach den Entscheidungskompetenzen und der Deutungshoheit der Beteiligten zu fragen.<sup>30</sup>

### Entscheidungskompetenzen

Zur Klarstellung und Wiederholung: Bei hinreichend bestimmter, bindender **Patientenverfügung** fällt es allein in die Kompetenz des Bevollmächtigten/des Betreuers, den Willen des Patienten zu erklären.

Im Fall eines **Behandlungswunsches** oder eines „nur“ **mutmaßlichen Willens** haben Bevollmächtigter/Betreuer nach Erörterung des medizinischen Sachverhalts und im Einvernehmen mit dem behandelnden Arzt zu entscheiden. Wird die zu treffende oder getroffene Entscheidung in Zweifel gezogen, ist das Betreuungsgericht anzurufen.

Dies können auch Dritte tun, wenn diese Zweifel haben, ob Bevollmächtigter/Betreuer im Interesse des betroffenen Patienten handeln.

### Betreuungsgericht

Das **Betreuungsgericht** hat dann den Fall von Amts wegen zu prüfen. Der Gegenstand der Entscheidung und der Umfang der Prüfung hängen jedoch von Folgendem ab:

### Passende Patientenverfügung

Kommt das Betreuungsgericht zu dem Ergebnis, dass der betroffene Patient eine wirksame, hinreichend bestimmte, auf den aktuellen Fall anwendbare und damit bindende Patientenverfügung ab-

gefasst hat, dann ist eine Genehmigung einer dieser Patientenverfügung entsprechenden Erklärung des Bevollmächtigten/Betreuers nicht notwendig. Das Betreuungsgericht erteilt in diesen Fällen ein sogenanntes „**Negativattest**“.

Hinweis: Sollte der Bevollmächtigte/Betreuer deutlich machen, dass er nicht gewillt ist, diesen Patientenwillen umzusetzen, dann muss bei einem Bevollmächtigten über die Einsetzung eines Kontrollbetreuers, sonst über einen Betreuerwechsel nachgedacht werden.

### Behandlungswünsche/Mutmaßlicher Wille

Wenn das Betreuungsgericht feststellt, dass Bevollmächtigter/Betreuer und behandelnder Arzt **einvernehmlich** eine bestimmte Maßnahme (Behandlung oder Abbruch) befürworten, weil sie der Auffassung sind, dass dies dem Behandlungswunsch bzw. dem mutmaßlichen Willen des betroffenen Patienten entspricht, wird es ebenfalls im Wege eines **Negativattestes** mitteilen, dass eine Genehmigung nicht erforderlich ist.

Wichtig: Es muss Einigkeit zwischen allen Bevollmächtigten/Betreuungs- und ärztlichen Personen bestehen. Ein Einvernehmen zwischen einem von mehreren Bevollmächtigten/Betreuern und den behandelnden Ärzten reicht nicht aus.<sup>31</sup> Auf Arztseite darf allerdings davon ausgegangen werden, dass bei Meinungsverschiedenheiten innerhalb einer Fachabteilung im Zweifel der Chefarzt als der „behandelnde Arzt“ anzusehen ist. Zumindest Meinungsdivergenzen innerhalb einer Fachabteilung dürften deshalb unschädlich sein.

### Missbrauchskontrolle bei Konsens

Sind Bevollmächtigter/Betreuer und Arzt im Konsens, wird das Gericht allenfalls eine Missbrauchskontrolle durchführen, wenn der Verdacht besteht, dass diese Einigkeit nicht dem Willen des betroffenen Patienten entspricht, sondern sachfremde Erwägungen zum Nachteil des Betroffenen eine Rolle gespielt haben könnten.

### Dissens

In allen anderen Fällen, insbesondere in Fällen des Dissenses zwischen Arzt und einem (von mehreren) Bevollmächtigten/Betreuer(n), muss das **Betreuungsgericht entscheiden**, ob es das vom Bevollmächtigten/Betreuer beabsichtigte Vorgehen genehmigt. Es wird dann inhaltlich in vollem Umfang zu überprüfen haben, ob die Entscheidung des Bevollmächtigten/Betreuers dem Behandlungswunsch oder dem mutmaßlichen Willen des betroffenen Patienten entspricht oder nicht und entsprechend die Genehmigung erteilen oder widersagen.

<sup>31</sup> BGH, Beschluss vom 08.02.2017, Az.: XII ZB 604/15, S. 13 f

### Korrespondenz- adresse



**Dr. iur.  
Elmar Biermann**

Justitiar des Berufsverbandes  
Deutscher Anästhesisten  
Roritzerstraße 27  
90419 Nürnberg, Deutschland  
E-Mail: justitiare@bda-ev.de