



**Internationale Göttinger Reihe**

Herausgeber: J.-P. Cuvillier

## **RECHTSWISSENSCHAFTEN**

Christian Bichler

### **Zwischen Selbstbindung und Bevormundung – die zivilrechtliche Behandlung der Patientenverfügung**

Eine Analyse über die Patientenautonomie des Minderjährigen und des einwilligungsunfähigen Volljährigen am Beispiel der Patientenverfügung

**Band 45**



**Cuvillier Verlag Göttingen**  
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag



Internationale Göttinger Reihe  
Rechtswissenschaften  
Band 45





# **Zwischen Selbstbindung und Bevormundung - die zivilrechtliche Behandlung der Patientenverfügung**

– Eine Analyse über die Patientenautonomie des Minderjährigen und des einwilligungsunfähigen Volljährigen am Beispiel der Patientenverfügung –

**von  
Christian Bichler**



## **Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Aufl. - Göttingen : Cuvillier, 2013

Zugl.: Augsburg, Univ., Diss., 2012

978-3-95404-437-5

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2013

Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen

Telefon: 0551-54724-0

Telefax: 0551-54724-21

[www.cuvillier.de](http://www.cuvillier.de)

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

1. Auflage, 2013

Gedruckt auf säurefreiem Papier

978-3-95404-437-5



*Meiner Frau Jennifer*

*in ewig wahrender Liebe*





## Vorwort

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Jörg Neuner nicht zuletzt für die Freiheit bei der Themenwahl, das in mich gesetzte Vertrauen und die Gewährung eines großzügigen Gestaltungsspielraums.

Daneben bedanke ich mich bei Herrn Prof. Dr. Thomas Möllers für das zügige Erstellen des Zweitgutachtens.

Ferner möchte ich mich recht herzlich bei meinen Eltern für Ihre geduldige und stetige Unterstützung bedanken.

Selbstverständlich danke ich auch den Korrektoren vorliegender Arbeit, namentlich Dominic Baumüller, Birgit Bichler, Josef Bichler, Verena Reckzeh und Anja Wernecke.

Die Arbeit wurde im Dezember 2012 der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg als Dissertation vorgelegt. Literatur, Gesetzgebung und Rechtsprechung wurden bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigt.

Berlin, im Juni 2013

Christian Bichler



Faust

*Und so ist mir das Dasein eine Last,*

*Der Tod erwünscht, das Leben mir verhasst.*

Mephistopheles

*Und doch ist nie der Tod ein ganz willkommener Gast.*

*J. W. v. Goethe, Faust – der Tragödie erster Teil*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	<b>15</b>
<b>I. Einführung in die Problematik</b> .....	<b>15</b>
<b>II. Gang der Untersuchung</b> .....	<b>16</b>
<b>Die zivilrechtliche Behandlung der Patientenverfügung</b> .....	<b>18</b>
<b>I. Begrifflichkeiten und Einordnung</b> .....	<b>18</b>
1. Patientenverfügung .....	18
a) Die klassische Patientenverfügung.....	18
b) Eine Vielfalt an Begriffen – die Entwicklung zum Begriff „Patientenverfügung“ .....	19
2. Behandlungswünsche und mutmaßlicher Wille.....	19
3. Der Grundsatz „in dubio pro vita“ .....	21
<b>II. Voraussetzungen für eine wirksame Patientenverfügung</b> .....	<b>23</b>
1. Schriftform.....	23
2. Einwilligungsfähigkeit.....	23
3. Volljährigkeit.....	26
4. Nicht unmittelbar bevorstehende medizinische Maßnahme .....	27
5. Bestimmtheitserfordernis .....	27
6. Verzicht auf Aufklärung .....	29
a) Einwilligung .....	30
b) Behandlungsverbot.....	31
<b>III. Ablauf und Verfahren bei wirksamer Patientenverfügung</b> .....	<b>32</b>
1. Kongruenzentscheidung des Betreuers bzw. des Bevollmächtigten.....	32
2. Auslegung der Patientenverfügung.....	32
a) Notwendigkeit der Auslegung .....	32
b) Grenzen der Auslegung.....	33
3. Prüfung der medizinischen Indikation durch den Arzt .....	34
4. Dialogischer Prozess.....	36
5. Genehmigung des Betreuungsgerichts.....	36
<b>IV. Rechtsnatur der Patientenverfügung</b> .....	<b>38</b>
1. Rechtsnatur vergleichbarer Institute des BGB.....	39
a) Vorsorgevollmacht .....	39
aa) Allgemeines zur Vorsorgevollmacht .....	39
bb) Das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit i.R.d. § 1904 V BGB .....	40
b) Betreuungsverfügung und Betreuerbestellung .....	42
c) Testament, letztwillige Verfügungen .....	42
2. Patientenverfügung als Indiz für die Bestimmung des mutmaßlichen Willens .....	43



3. Patientenverfügung als antizipierte Willenserklärung .....	46
4. Patientenverfügung als antizipative Willensbekundung .....	47
5. Patientenverfügung als Einwilligung .....	47
a) Rechtsnatur der Einwilligung im Arztrecht .....	48
b) Einwilligungsscharakter der Patientenverfügung .....	49
aa) Pro Einwilligung .....	49
bb) Contra Einwilligung .....	50
cc) Wer erklärt die Einwilligung? .....	51
(1) Notwendigkeit einer Entscheidung des Vertreters .....	51
(2) Patientenverfügung als unmittelbar verbindliche Erklärung des Patienten .....	55
(3) Differenzierende Ansicht .....	58
(4) Stellungnahme zur Notwendigkeit einer Vertreterentscheidung .....	59
6. Stellungnahme zur Rechtsnatur der Patientenverfügung .....	64

## **V. „Lasst mich gehen!“ – Der Minderjährige und sein Recht auf eine antizipierte**

### **Behandlungsverweigerung .....**

1. Medizinische Behandlung eines Minderjährigen .....	66
a) Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen .....	67
aa) Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen .....	67
bb) Elternrechte – Grenzen des Selbstbestimmungsrechts des Minderjährigen .....	68
cc) Das „Ob“ der Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen .....	69
dd) Das „Wie“ der Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen .....	70
(1) Altersgrenzen .....	70
(2) Einzelfallentscheidung .....	73
(3) Stellungnahme .....	76
b) Folgen der Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen .....	77
aa) Alleinentscheidungsbefugnis des Minderjährigen .....	77
bb) Notwendigkeit bzw. Vorrang der elterlichen Entscheidung .....	79
cc) Vetorecht des Minderjährigen .....	81
dd) Aufklärung .....	81
ee) Stellungnahme .....	83
c) Behandlung des einwilligungsunfähigen Minderjährigen und Möglichkeit der Therapieverweigerung durch die Eltern .....	86
aa) Elterliche Entscheidung beim einwilligungsunfähigen Kind .....	86
bb) Therapieverweigerung ist nicht gleich Kindeswohlgefährdung .....	87
cc) Die Unentschlossenheit des BVerfG .....	89
dd) Recht der Sorgeberechtigten zur Verweigerung lebensnotwendiger Behandlungen .....	90
ee) Wessen Wille zählt? .....	91
2. „Patientenverfügung“ eines einwilligungsfähigen Minderjährigen .....	92
a) Persönliche Anforderung an den Patienten vor Inkrafttreten des Dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts .....	94
aa) Geschäftsfähigkeit .....	94



bb) Einwilligungsfähigkeit .....	95
cc) Zwischenergebnis .....	96
b) Weitere Anforderungen an die antizipierte Erklärung des Minderjährigen .....	96
c) Situation seit der Normierung .....	98
aa) Existieren sachliche Gründe für das Erfordernis der Volljährigkeit? .....	99
bb) Rechtsnatur der „Patientenverfügung“ eines Minderjährigen .....	100
cc) Patientenverfügung durch die gesetzlichen Vertreter .....	100
(1) Beim einwilligungsfähigen Minderjährigen .....	101
(2) Beim einwilligungsunfähigen Minderjährigen .....	103
(a) Der durchgehend einwilligungsunfähige Minderjährige .....	103
(b) Der wieder einwilligungsunfähig gewordene Minderjährige .....	104
(3) Zwischenergebnis .....	105
dd) Auflösung des Konflikts der Nichtbeachtung des Minderjährigen in den §§ 1901a ff. BGB ....	105
(1) Nicht zielführende Lösungen .....	105
(a) Verfassungskonforme Auslegung .....	106
(b) Als Behandlungswunsch i.S.d. § 1901a II S.1 BGB .....	107
(c) Analogie zu § 1901a I S.1 BGB .....	109
(d) Einwilligungsbvollmächtigung .....	109
(e) Direkte Bindung des Arztes .....	109
(2) Zielführende Lösung .....	111
(a) Gerichtliche Ersetzung der Entscheidung der gesetzlichen Vertreter .....	112
(aa) § 1666 BGB als Staatsaufgabe .....	113
(bb) Verfahrensrechtliche Aspekte .....	113
(cc) Gefährdungsbegriff .....	114
(aaa) Akuter Dissensfall .....	115
(bbb) Kurz bevorstehender Dissensfall .....	115
(ccc) Befürchteter Dissensfall zum nicht bestimmaren Zeitpunkt .....	116
(dd) Kindeswohl .....	116
(ee) Der elterliche Wille bzw. die elterliche Fähigkeit zur Gefahrabwendung .....	119
(ff) Keine Umgehung der verfassungs- und zivilrechtlichen Prinzipien .....	119
(b) Ergebnis .....	122
(c) Praktische Überlegungen und zukünftige Lösungsmöglichkeiten .....	123
<b>VI. Der Widerruf einer Patientenverfügung .....</b>	<b>125</b>
1. Widerruf der Einwilligung in ärztliche Heilbehandlung .....	127
a) Allgemeines .....	127
b) Ernsthaftigkeit als Kriterium? .....	128
c) Notwendige Einwilligungsfähigkeit .....	129
d) Widerruf i.S.d. AMG .....	130
2. Widerruf von Vorsorgeverfügungen .....	131
a) Widerruf der Vorsorgevollmacht .....	131
b) Widerruf der Betreuungsverfügung .....	132



3. Widerruf der Patientenverfügung .....	132
a) Allgemeine Voraussetzungen .....	134
aa) Erscheinungsformen des Widerrufs .....	134
(1) Ausdrücklicher Widerruf .....	134
(2) Konkludenter Widerruf .....	135
bb) Der Zeitpunkt des Widerrufs .....	136
cc) Kein Verzicht auf Widerrufsrecht – Ist Selbstbindung überhaupt zulässig? .....	136
(1) Drum prüfe, wer sich ewig bindet .....	137
(2) Die Hoffnung stirbt zuletzt .....	138
(3) Unzulässiger Paternalismus? .....	142
(4) Ergebnis .....	144
dd) Die Person des Widerrufenden .....	145
ee) Zugang des Widerrufs bzw. dessen Erkennbarkeit .....	145
b) Die Fähigkeit zu widerrufen .....	145
aa) Widerruf durch den einwilligungsfähigen Patienten .....	145
(1) Einwilligungsfähigkeit .....	146
(2) Konkurrenz zwischen einwilligungsfähigem Patienten und Vorsorgebevollmächtigtem .....	146
bb) Widerruf durch den einwilligungsunfähigen Patienten .....	146
(1) Selbstbestimmungsrecht bis zuletzt – das jederzeitige Recht, leben zu dürfen .....	147
(a) Demenz – eine schleichende Krankheit .....	149
(b) „Ich will noch nicht sterben!“ – Genügt Lebensfreude zum Weiterleben? .....	151
(c) Die Wesensänderung des Demenzkranken – Fiktion oder Tatsache? .....	152
(2) Ist Einwilligungsfähigkeit überhaupt erforderlich? .....	153
(a) Testierfähigkeit .....	154
(aa) Einordnung und Definition .....	154
(bb) Ermittlung der Testierunfähigkeit .....	155
(cc) Anwendbarkeit der Testierfähigkeit auf Patientenverfügungskonstellation .....	156
(b) Geschäftsfähigkeit im Allgemeinen .....	157
(c) Der natürliche Wille .....	158
(aa) Der natürliche Wille im deutschen Recht .....	160
(bb) Äußerungsformen des natürlichen Willens .....	161
(cc) Grad der Verbindlichkeit des natürlichen Willens im Allgemeinen .....	163
(dd) Übertragung auf Widerruf einer Patientenverfügung .....	164
(ee) Beachtlichkeit des natürlichen Willens i.R.d. Patientenverfügung .....	168
(d) Die patientenverfügungsspezifische Widerrufsfähigkeit – ein Plädoyer für die abgeschwächte Form der Einwilligungsfähigkeit? .....	170
(3) Die Abhängigkeit des actus contrarius von der Einwilligungsfähigkeit .....	174
(4) Alternative Lösungsvorschläge zum klassischen Widerruf beim Verhalten Einwilligungsunfähiger .....	177
(a) Lösung über mutmaßlichen Willen .....	178
(b) Lösung über Behandlungswünsche nach § 1901a II S.1 BGB .....	180



(c) Lösung über Störung der Geschäftsgrundlage .....	181
(d) Lösung über Gestaltung in der Patientenverfügung selbst .....	182
(e) Lösung über Kongruenz mit konkreter Lebens- und Behandlungssituation .....	183
(5) Sonderprobleme .....	185
(a) Abänderung und formloser teilweiser Widerruf .....	185
(b) Stimmungsschwankungen .....	186
(aa) Verbindlichkeit von Stimmungsschwankungen .....	186
(bb) Widerruf des Widerrufs .....	188
(6) Streitentscheid zum widerrufsähnlichen Verhalten durch einen Einwilligungsunfähigen .....	189
<b>VII. Die Situation in Europa .....</b>	<b>191</b>
1. Internationales Privatrecht .....	191
2. Europarecht .....	191
3. Exemplarisches einzelstaatliches Recht in Europa .....	192
a) Österreich .....	192
aa) Minderjährige .....	193
bb) Widerruf .....	194
b) Schweiz .....	195
aa) Minderjährige .....	195
bb) Widerruf .....	196
c) Besonderheiten weiterer Länder der Europäischen Gemeinschaften .....	196
d) Zwischenergebnis .....	196
4. Europarat .....	196
a) EGMR 2002 .....	197
b) EGMR 2011 .....	197
5. Europäische Aussichten .....	198
<b>Zusammenfassende Thesen .....</b>	<b>199</b>
<b>Ausblick .....</b>	<b>202</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>203</b>





## Einleitung

### I. Einführung in die Problematik

Es erscheint nahezu unmöglich, die Entscheidung über Leben und Tod eines Menschen in das Korsett des gegenwärtigen Rechtsgefüges einzugliedern. Ist die Entscheidung über Leben und Tod doch die elementarste aller Entscheidungen. Oberstes Gebot muss demgemäß stets der über allen Dingen stehende und frei bestimmbare Wille des sterbenden Menschen sein, so dass ein Töten gegen seinen Willen nicht akzeptiert werden kann.<sup>1</sup> Dass der Wille des Menschen auch den Zeitpunkt des eigenen Todes umfassen kann, zeigt sich in den Freitodfällen.<sup>2</sup> Die Entscheidung zum Suizid ist jedoch stets aktueller Natur und hat den Tod unmittelbar zur Folge. Für den Fall jedoch, dass man die kommenden Ereignisse und Unwägbarkeiten seines Lebens fürchtet und daher im Jetzt vorausschauend regeln möchte, was in Zukunft geschehen soll, d.h. wenn eine freie Entscheidung zum Tode gerade nicht mehr möglich ist, wird ein Instrument der Willensmanifestation benötigt. Dadurch kann der geäußerte und auf die Zukunft gerichtete Wille dazu in der Lage sein, ein „Leben um jeden Preis“ zu vermeiden. Denn, genauso wie es für den einen Menschen unvorstellbar sein mag, aufgrund einer Fremdentcheidung bewusst getötet zu werden, kann es für den anderen, sterbewilligen Patienten<sup>3</sup> unvorstellbar sein, weiter leben zu müssen. Der Wille des Menschen darf somit nie in den Hintergrund treten und die Gefahr einer Verobjektivierung der Person muss stets, soweit nur irgend möglich, ausgeschaltet werden.

Durch diese Gratwanderung wächst jedoch angesichts der Brisanz der Thematik auch die Unsicherheit, wie denn ein solcher auf die Zukunft gerichteter Todeswille zivilrechtlich in den Griff zu bekommen ist.

Nicht zuletzt aufgrund dieser Überlegungen hat sich der Gesetzgeber schließlich dazu entschieden, die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze abzulösen und das Institut der

---

<sup>1</sup> Obschon die Tötung eines anderen Menschen gegen seinen Willen in besonderen, akuten Situationen, wie beispielsweise in Notwehr nach § 32 StGB, straflos möglich ist, soll dies nur ausnahmsweise geschehen dürfen, was auch durch geregelte Kriterien wie dem geforderten engen zeitlichen Zusammenhang gewährleistet werden soll. Für den Ausnahmecharakter spricht auch die Behandlung dieser Institute als Rechtfertigungs- oder Schuldabschließungsgrund. Das überlegte und geplante Herbeiführen des Todes eines anderen Menschen gegen seinen Willen wird hingegen hiervon grds. ausgenommen.

<sup>2</sup> Klarstellend ist darauf hinzuweisen, dass die Selbsttötung sehr wohl als rechtswidrig angesehen wird, jedoch lediglich nicht unter Strafe gestellt ist, vgl. BGH, Urteil vom 7. 2. 2001 - 5 StR 474/00, abgedruckt in NJW 2001, 1802 unter Hinweis auf BGH, Beschluss vom 10.03.1954 - GSSt 4/53, abgedruckt in BGHSt 6, 147.

<sup>3</sup> Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in vorliegender Arbeit auf die gleichzeitige Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichwohl für beiderlei Geschlecht.

Patientenverfügung im Rahmen des am 01.09.2009 in Kraft getretenen Dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts ausdrücklich zu normieren.<sup>4</sup>

Problematisch hierbei ist jedoch, wer überhaupt dazu in der Lage ist respektive sein darf, einen für Entscheidungen am Lebensende bedeutenden und gewissermaßen verbindlichen Willen zu bilden und zu äußern. Darf ein gesundheitlich leidender 17-Jähriger über seinen eigenen Tod und zwar gegen den Willen seiner Eltern entscheiden? Kann ein schwer an Demenz Erkrankter seine in einer früheren Patientenverfügung erklärten Behandlungsverbote wieder rückgängig machen? Kann ein im Zustand pathologischer Verwirrtheit nach außen getragenes lebensbejahendes Verhalten, beispielsweise ein Lächeln, Rechtswirkungen entfalten?

All diese Fragen bewegen sich in einem Bereich zwischen Selbstbindung und Bevormundung, zwischen Autonomie und Fremdbestimmung. Die Klärung derselben gilt es im Folgenden zu erreichen.

## **II. Gang der Untersuchung**

Vorliegende Abhandlung beschäftigt sich daher zuallererst klarstellend mit den verschiedenen Formen der vorsorglichen Willensbekundungen. Daraufhin werden die einzelnen Voraussetzungen einer Patientenverfügung und das dazu gehörige Verfahren umrissen.

Daran anschließend wird die Rechtsnatur der Patientenverfügung ausführlich dargestellt, im Zuge dessen auch erläutert wird, ob bei der Umsetzung der Festlegungen einer Patientenverfügung eine Vertreterentscheidung respektive dessen Mitwirkung zwingend erforderlich ist oder nicht.

Danach wird das Recht auf Selbstbestimmung zweier Patientengruppen genauer beleuchtet, denen – zumindest auf den ersten Blick – in den Regelungen des BGB zu Entscheidungen am Lebensende recht wenig Beachtung geschenkt wird. Diese sind zum einen die Minderjährigen und zum anderen die einwilligungsunfähigen Volljährigen. So widmet sich der Verfasser zunächst dem medizinischen Selbstbestimmungsrecht eines Minderjährigen und hierin prioritär der Möglichkeit des einwilligungsfähigen Minderjährigen, eine rechtsfolgenauslösende antizipierte Erklärung abfassen zu können. Der Komplex zum Widerruf einer Patientenverfügung, im Zuge dessen v.a. die Problematik der Widerrufsmöglichkeit eines einwilligungsunfähigen, beispielsweise an Demenz erkrankten Patienten eingehend erörtert wird, schließt die Autonomie-thematik.

Der nächste Schritt umreißt knapp die europäischen Entwicklungen und Bestrebungen zu Entscheidungen am Lebensende.

---

<sup>4</sup> Zu der vorgesezten Ungewissheit der Behandlung von Patientenverfügungen in der klinischen Praxis: *Vollmann/ Knöchel-Schiffer* in *MedKlin* 1999, 398 ff.



Am Ende fasst der Autor die gefundenen Resultate zusammen und schließt unter kritischer Würdigung jener Ergebnisse die wissenschaftliche Betrachtung mit einer eigenen Zukunftsprognose.

Obschon die rechtliche, ethische, moralische und rechtsphilosophische Diskussion über die grundsätzliche Zulässigkeit und die Grenzen der Patientenverfügung auch nach der Gesetzesänderung nicht abgebrochen ist, vermehrt Stimmen die Regelungen zur Patientenverfügung verurteilen und viele Problematiken nicht gänzlich gelöst erscheinen, legt der Verfasser vorliegender Arbeit einen deutlichen Schwerpunkt auf die zivilrechtliche Betrachtung der Patientenverfügung, wobei freilich v.a. bei der Beurteilung und Behandlung des Selbstbestimmungsrechts eines Patienten auch verfassungsrechtliche Überlegungen zwingend miteinfließen. Strafrechtliche Gesichtspunkte schlagen sich ob der thematischen Nähe mit zivilrechtlichen Entscheidungen am Lebensende zwar an bestimmten Stellen nieder, ein genaueres, abstraktes Eingehen auf die strafrechtliche Problematik der Sterbehilfe wurde jedoch bewusst ausgespart. Ethische und rechtsphilosophische Betrachtungen gewinnen daneben lediglich flankierend Beachtung. Hingegen bleiben eigene Moralvorstellungen des Verfassers genauso wie seine persönliche religiöse Auffassung – so weit als möglich – unberücksichtigt.

# Die zivilrechtliche Behandlung der Patientenverfügung

## I. Begrifflichkeiten und Einordnung

Das wachsende Interesse der Bevölkerung an Patientenverfügungen zeigt sich nicht zuletzt durch eine Umfrage der chirurgischen Abteilung des Universitätsklinikums des Saarlandes aus den Jahren 2007 und 2008. Dort wurden 450 Patienten vor einem geplanten operativen Eingriff anonym zum Thema Patientenverfügung befragt. 80,1 % der Befragten wünschten sich, dass das Thema Patientenverfügung von den behandelnden Chirurgen angesprochen wird.<sup>5</sup>

Doch ist zu aller Anfang klarzustellen, welche vorsorglichen Äußerungen überhaupt unter den Begriff der nun gesetzlich verankerten Patientenverfügung fallen. Neben dieser stehen die vom Gesetz in § 1901a II S.1, 1.Alt. BGB ausdrücklich genannten Behandlungswünsche und der mutmaßliche Wille nach § 1901a II S.1, 2.Alt. BGB. Als übergeordneter Begriff für die genannten Äußerungsformen wird teilweise der Terminus „Willensbekundung“ verwendet.<sup>6</sup>

### 1. Patientenverfügung

#### a) Die klassische Patientenverfügung

Unter der Patientenverfügung i.e.S. nach § 1901a I S.1 BGB versteht man nunmehr die schriftliche Willensbekundung eines einwilligungsfähigen Volljährigen, mit der er Entscheidungen über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in noch nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen seines Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe für den Fall der späteren Einwilligungsunfähigkeit trifft. Folglich sind hiermit sowohl die Urkunde der Patientenverfügung als solche als auch die darin enthaltenen einzelnen Verfügungen bzw. Behandlungsanweisungen gemeint.<sup>7</sup> Die rechtsnatürliche Einordnung und die Verbindlichkeit der Patientenverfügung werden an anderer Stelle ausführlich dargestellt.<sup>8</sup>

Mündliche Äußerungen fallen folglich – zumindest seit der gesetzlichen Neufassung – begrifflich nicht (mehr) unter den vielerseits als „eng“<sup>9</sup> bezeichneten Patientenverfügungsbegriff. Für den Fall, dass keine bzw. lediglich eine unvollständige Patientenverfügung vorliegt oder die

---

<sup>5</sup> *Justinger et al.* in *Chirurg* 2009, 455 (458).

<sup>6</sup> So beispielsweise *Lipp/ Brauer* in *Höfling*, Das neue Patientenverfügungsgesetz in der Praxis, S. 17 ff. (36 f.); *Bundesärztekammer* in *Deutsches Ärzteblatt*, Jg. 107, Heft 18, 2010, A 877 ff.; vorgeseztlich auch schon *Neuner* in *Albers*, Patientenverfügungen, S. 113 ff. (115).

<sup>7</sup> Statt vieler: *Diederichsen* in *Palandt*, BGB, § 1901a, Rn. 3.

<sup>8</sup> Vgl. unter IV.

<sup>9</sup> So exemplarisch: *Klie/ Student*, Patientenverfügung, S. 130 ff.; teils auch als „qualifiziert“ betitelnd: *Renner* in *ZNotP* 2009, 371 (373).

Festlegungen in der Patientenverfügung nicht auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen, ist hilfsweise auf den mutmaßlichen Willen bzw. zuvörderst auf die sog. Behandlungswünsche abzustellen, vgl. § 1901a II BGB. Dieser Prozess der Willensfindung und -äußerung stellt dann keine Patientenverfügung i.e.S. dar.

b) Eine Vielfalt an Begriffen – die Entwicklung zum Begriff „Patientenverfügung“

Zunächst wurde von *Uhlenbruck*<sup>10</sup> der Begriff des „Patientenbriefs“ verwendet und zwar in Anlehnung an den sog. Arztbrief, da beide Dokumente Anweisungen und Informationen enthalten, das eine hinsichtlich Diagnostik und Therapie, das andere hinsichtlich der vom Patienten gewünschten bzw. nicht gewünschten Behandlung.<sup>11</sup> Dieser Begriff hat sich jedoch, wie auch der – u.a. wiederum von *Uhlenbruck*<sup>12</sup> verwendete – Begriff des „Patiententestaments“, nicht durchgesetzt. Auch andere Vorschläge wie „Anweisung an den Arzt zur Würde im Sterben“<sup>13</sup> wurden in der Rechtswissenschaft nicht akzeptiert. Selbst der Begriff „Patientenschutzbrief“, welcher zunächst von der *Deutschen Gesellschaft für humanes Sterben* verwendet worden ist<sup>14</sup>, musste der heutigen „Patientenverfügung“ weichen.<sup>15</sup>

Schlussendlich hat sich sowohl die höchstrichterliche Rechtsprechung<sup>16</sup> als auch der Gesetzgeber in § 1901a BGB für den Begriff der „Patientenverfügung“ entschieden. Auch der Großteil der Literatur beachtet nun diese begriffliche Einordnung.

## 2. Behandlungswünsche und mutmaßlicher Wille

§ 1901a II S.1, 1.Alt. BGB regelt die sog. Behandlungswünsche. Diese werden bei Nicht-Vorliegen einer wirksamen Patientenverfügung nach Abs.1 bzw. falls die Festlegungen in der Patientenverfügung nicht auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen sollten, beachtlich. Hierbei sind nach § 1901a II S.3 BGB insbesondere frühere mündliche und schriftliche Äußerungen, ethische oder religiöse Überzeugungen und sonstige persönliche Wertvorstellungen des Patienten heranzuziehen.<sup>17</sup> Der Gesetzgeber sieht konkret behandlungsbezogene mündliche Äußerungen als bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens beachtlich an.<sup>18</sup> Der

---

<sup>10</sup> *Uhlenbruck* in NJW 1978, 566 ff.

<sup>11</sup> Dies erläuternd: *Simon* in Verrel/ Simon, Patientenverfügungen, S. 62.

<sup>12</sup> Vgl. *Uhlenbruck* in FS Deutsch, S. 663 (667), der dort die Begriffsentwicklung bis hin zum jetzigen Begriff der Patientenverfügung beschreibt; *ders.* in MedR 1983, 16 ff.; siehe hierzu auch *Jox*, Sterben lassen, S. 136.

<sup>13</sup> *Schöllhammer*, Die Rechtsverbindlichkeit des Patiententestaments, S. 17.

<sup>14</sup> *Simon* in Verrel/ Simon, Patientenverfügungen, S. 62.

<sup>15</sup> So nun auch: *DGHS*, Patientenverfügung.

<sup>16</sup> Exemplarisch: BGH, Beschluss vom 17.03.2003 - XII ZB 2/03 abgedruckt in NJW 2003, 1588 (1591).

<sup>17</sup> Die Verbindlichkeit von mündlichen Äußerungen bestätigend: BGH, Urteil vom 25.06.2010 - 2 StR 454/09, abgedruckt in NJW 2010, 2963.

<sup>18</sup> Bt-Drucks. 16/8442 vom 06.03.2008, S. 15. Begrifflich ist dies so eigentlich nicht korrekt, da ein ausdrücklich geäußerter Wille, wenn auch nur mündlich, tatsächlicher Natur ist und eben keinen mutmaßlichen Willen dar-

mutmaßliche Wille ist in § 1901a II S.1, 1.Alt. BGB normiert. Dieser wird gem. § 1901a II S.2 BGB aufgrund konkreter Anhaltspunkte ermittelt, wobei hier ebenfalls § 1901a II S.3 BGB<sup>19</sup> zu beachten ist. Auch eine Nahrungsverweigerung, also ein tatsächliches Verhalten, kann nach *Bühler* und *Stolz*, neben anderen Anhaltspunkten, zur Bestimmung des mutmaßlichen Willens dienen.<sup>20</sup> Hierbei wird jedoch verkannt, dass eine aktuelle Nahrungsverweigerung eine tatsächliche Äußerung eines Willens sein kann, bei welcher es lediglich an der Ausdrücklichkeit mangelt. So wird durch die Nahrungsverweigerung u.U. ein Wille – wenn auch im einwilligungsfähigen Zustand geäußert<sup>21</sup> – (konkudent) kundgetan. Ein Rückgriff auf den mutmaßlichen Willen ist dann eigentlich obsolet. Ob ein solches formloses, willensäußerndes Verhalten nun bei der Ermittlung und Bewertung von Behandlungswünschen zu berücksichtigen ist oder auf anderem Wege beachtet werden muss, kann an dieser Stelle noch offen bleiben.

Jedenfalls wird deutlich, dass viele Vertreter den Begriff des mutmaßlichen Willens und den der Behandlungswünsche nahezu synonym verwenden. Da sich diese begriffliche Ungenauigkeit bei den Rechtsfolgen soweit ersichtlich nicht auswirkt, kann und muss hierüber im Folgenden hinweggesehen werden.<sup>22</sup> I.Ü. verwendet selbst der Gesetzgeber im Zusammenhang mit dem § 1901a II BGB vorwiegend den Begriff des mutmaßlichen Willens, auch wenn der Wille ausdrücklich erklärt worden ist und daher der Begriff der Behandlungswünsche treffender wäre.<sup>23</sup>

Ein bedeutender Aspekt hingegen ist, dass die Wohlschranke des § 1901 III BGB bei den Behandlungswünschen eines Einwilligungsfähigen nicht greift, vielmehr sind solche Behandlungswünsche i.S.d. § 1901a II S.1 1. Alt. BGB für den Vertreter solange verbindlich, wie „der Behandlungswunsch bzw. die Behandlungsverweigerung nicht krankheitsbedingt und für den Patienten schädlich sind“.<sup>24</sup> Dies entspricht auch der Gesetzessystematik, da dann der im einwilligungsfähigen Zustand antizipiert erklärte Wille des Patienten Vorrang hat. Die Situation des § 1903 III BGB ist hiervon zu unterscheiden, da dort die Wünsche des Betreuten eben im Zustand der Einwilligungsunfähigkeit getroffen wurden.<sup>25</sup>

---

stellt, so dass die ausdrücklichen Äußerungen, die keine Patientenverfügung i.S.d. § 1901a I BGB sind, richtigerweise als Behandlungswunsch beachtet werden müssten.

<sup>19</sup> Ob dieser S.3 nicht auch die Behandlungswünsche betrifft, ergibt sich aus dem Wortlaut nicht eindeutig.

<sup>20</sup> *Bühler/ Stolz* in *BtPrax* 2009, 261 (264 f).

<sup>21</sup> Dass auch ein natürlicher Wille als Wille des Patienten zu qualifizieren ist siehe unten unter VI.3.b)bb)(2)(c).

<sup>22</sup> Die Begriffe hingegen korrekt verwendend: *Diehn/ Rebhahn* in *NJW* 2010, 326 (326); *Lipp/ Brauer* in *Höfling*, Das neue Patientenverfügungsgesetz in der Praxis, S. 17 ff. (38, 43); *Ihrig* in *notar* 2009, 380 (382).

<sup>23</sup> Vgl. *Bt-Drucks.* 16/8442 vom 06.03.2008, S. 15 f.

<sup>24</sup> *Lipp/ Brauer* in *Höfling*, Das neue Patientenverfügungsgesetz in der Praxis, S. 17 ff. (38 f., 43 f); ähnlich auch *Silberg*, *HFR* 2010, 104 (109).

<sup>25</sup> Sofern man wie *Lipp/ Brauer* in *Höfling*, Das neue Patientenverfügungsgesetz in der Praxis, S. 17 ff. (43) die Äußerungen eines Einwilligungsunfähigen auch als Behandlungswunsch nach § 1901a II BGB sehen sollte, würde sich dies jedoch anders darstellen.

Dem Betreuer bzw. dem Bevollmächtigten (vgl. § 1901a V BGB) kommt folglich i.R.d. § 1901a II BGB eine bedeutende Rolle zu, da sie darüber zu befinden haben, ob in eine Maßnahme einzuwilligen ist oder nicht.

### 3. Der Grundsatz „in dubio pro vita“

Nun stellt sich die Frage, was mit dem Patienten geschehen soll, wenn die o.g. Prüfungsschritte keinen eindeutigen Schluss auf den (tatsächlichen oder mutmaßlichen) Willen des Betroffenen zulassen. Das Gros der Literatur und auch der Gesetzgeber folgen dann dem Grundsatz „in dubio pro vita“.<sup>26</sup> So gibt auch die *Bundesärztekammer* in ihren Empfehlungen zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis die Richtung vor, dass in Notfällen, in denen ein Wille des Patienten nicht ermittelbar ist, im Zweifel zunächst der Lebensschutz Vorrang hat. Dies soll durch den vermuteten mutmaßlichen Willen des Patienten gerechtfertigt werden können.<sup>27</sup>

Jedoch gibt es auch Stimmen, die den Grundsatz „in dubio pro vita“ ablehnen. Beispielsweise bevorzugt *Hufen* den Grundsatz „in dubio pro dignitate“ und zweifelt an der verfassungsrechtlichen Verankerung des Vorrangs von Lebensschutz. So sei das Leben zwar durch Art. 2 I GG geschützt, jedoch dürfe dieser Lebensschutz nicht auf Kosten der Menschenwürde und dem Recht auf Selbstbestimmung gehen. Es sei nämlich davon auszugehen, dass kein Mensch freiwillig leiden möchte.<sup>28</sup>

Dies mag zutreffen, jedoch ist es kaum möglich zu bestimmen, was denn unter „Leiden“ zu verstehen sein soll, da es sich hierbei stets um ein subjektives und daher nicht verallgemeinerungsfähiges Empfinden handelt. Dem geforderten Recht auf Selbstbestimmung wird i.Ü. durch die neuen Regelungen zur Patientenverfügung Rechnung getragen, da hierdurch eben autonom der Vorrang des Lebensschutzes vermieden werden kann.

Ein Zweifelsgrundsatz wie „in dubio pro vita“ ist stets ein Kompromiss und Ergebnis einer Abwägung. Nicht zuletzt aufgrund der Irreversibilität der Folgen von Behandlungsabbrüchen ist der (wenn auch nur vorläufige, d.h. bis zum Erlangen weiterer Anhaltspunkte) Vorrang des Lebensschutzes sachgerecht und geboten.

---

<sup>26</sup> *Ulsenheimer* in Laufs/ Kern, Handbuch des Arztrechts, § 149, Rn. 7; *Neuner* in Albers, Patientenverfügungen, S. 113 ff. (120); Bt-Drucks. 16/13314 vom 08.06.2009, S.4; *Beckmann* in FPR 2010, 278 (281); *Verrel* in Verrel/ Simon, Patientenverfügungen, S. 50, der jedoch in bestimmten Fällen, d.h. auch aus ethischen Gesichtspunkten eine Ausnahme hiervon machen würde; Bt-Drucks. 16/8442 vom 06.03.2008, S. 16.

<sup>27</sup> *Bundesärztekammer* in Deutsches Ärzteblatt, Jg. 107, Heft 18, 2010 S. A 877 (A 882); so auch empfehend: *In der Schmitt*/ *Rixen*/ *Marckmann* in Notfall Rettungsmed 2011, 448 (458).

<sup>28</sup> *Hufen* in NJW 2001, 849 (849 ff.); *ders.* in Geltung und Reichweite von Patientenverfügungen, S. 43 f.; i.E. auch *Bertram* in NJW 2004, 988 (989).

Außerdem befürchtet *Hufen* bei seiner o.g. Argumentation fälschlicherweise, dass es jedem Arzt erlaubt sei, per se eine „Lebensverlängerung um jeden Preis“ zu bevorzugen.<sup>29</sup> Hierbei verkennt er wohl, dass unabhängig von dem Grundsatz „in dubio pro vita“ das Kriterium der medizinischen Indikation gilt, d.h. der behandelnde Arzt muss stets entscheiden, ob ein Grund zur Anordnung bzw. Verordnung eines bestimmten diagnostischen oder therapeutischen Verfahrens vorliegt. Dieser Grund muss die Anwendung der ärztlichen Maßnahme im Krankheitsfall rechtfertigen können, wobei eine Nutzen-Risiko-Abwägung vorzunehmen ist.<sup>30</sup> Jene ist auch bei Entscheidungen am Lebensende belangreich, denn beim Abbruch bzw. der Untersagung lebensverlängernder Maßnahmen ist laut BGH das Angebot der Ärzte, eine Behandlung durchführen zu wollen, nötig. Ein solches Angebot wird erst gar nicht unterbreitet, wenn die Behandlung aus der Sicht der Ärzte von vornherein nicht indiziert, mithin sinnlos geworden ist. Hierbei ist eine gewisse Sicherheit der Aussichtslosigkeit erforderlich.<sup>31</sup>

Durch diesen Prüfungsschritt der medizinischen Indikation werden auch die von *Hufen* gefürchteten Fälle, nämlich die aussichtslos „vor sich hinvegetierenden“ Patienten, vermieden. Ein solch menschenunwürdiges „Leben um jeden Preis“ wird dann aufgrund verneinter medizinischer Indikation und dem hieraus folgendem Behandlungsabbruch vermieden. Ferner muss schon bezweifelt werden, ob denn tatsächlich gefordert werden darf, dass eine die Menschenwürde verletzende Situation nur durch den Tod des die Menschenwürde in Anspruch Nehmenden möglich sein kann. Außerdem setze Menschenwürde das Leben des Grundrechtsträgers voraus.<sup>32</sup>

Somit ist i.E. dem Grundsatz „in dubio pro vita“ zu folgen.

---

<sup>29</sup> So aber *Hufen* in NJW 2001, 849 (849).

<sup>30</sup> *Kern* in Laufs/ Kern, Handbuch des Arztrechts, § 49, Rn. 1.

<sup>31</sup> BGH, Beschluss vom 17.3.2003 - XII ZB 2/ 03, abgedruckt in NJW 2003, 1588 (1593).

<sup>32</sup> *Schmidt-Recla* in MedR 2008, 181 (183), m.w.Nachw.

## II. Voraussetzungen für eine wirksame Patientenverfügung

### 1. Schriftform

§ 1901a I S.1 BGB fordert Schriftform, welche sich nach der Vorschrift § 126 BGB richtet. Eigenhändigkeit wird somit nicht gefordert.<sup>33</sup> Sinn und Zweck der Schriftform ist es, vor übereilten und unüberlegten Festlegungen zu schützen. Auch dient das Schriftformerfordernis der Klarstellung der erklärten Festlegungen.<sup>34</sup> Handelt es sich bei dem Verfügungswilligen um eine körperlich behinderte Person, so bestehen die Möglichkeiten der §§ 126 I Alt.2, III BGB i.V.m. §§ 22 ff. BeurkG. Kann der Erklärende beispielsweise nicht (mehr) schreiben, greift § 25 BeurkG.<sup>35</sup>

### 2. Einwilligungsfähigkeit

Eine weitere Voraussetzung ist die Einwilligungsfähigkeit des Betroffenen im Zeitpunkt der Abfassung seiner Patientenverfügung. Nun gilt es zunächst abstrakt zu klären, was unter besagter Einwilligungsfähigkeit zu verstehen ist.<sup>36</sup> Eine allgemeingültige gesetzliche Regelung existiert nicht.<sup>37</sup> Die Gesetzesbegründung bestimmt als einwilligungsfähig, „wer Art, Bedeutung und Tragweite – auch die Risiken – der Maßnahme zu erfassen und seinen Willen hiernach zu bestimmen vermag“.<sup>38</sup> Diese Definition lehnt sich offensichtlich an § 40 I S.3 Nr. 3a) AMG an. Auch die überwiegende Rechtsprechung setzt den Begriff der Einwilligungsfähigkeit sowohl aus kognitiven als auch voluntativen Merkmalen zusammen.<sup>39</sup> So wird die Einwilligungsfähigkeit davon abhängig gemacht, dass der Betroffene sich ausdrücken (dialogische Fähigkeit), eine Abwägung vornehmen (deliberative Fähigkeit) und aufgrund dessen einen freien Entschluss fassen kann (dezisive Fähigkeit).<sup>40</sup>

Im Bereich der Heilmaßnahmen versteht man somit heute unter Einwilligungsfähigkeit „die durch den Arzt in jedem Falle zu prüfende Reife und Fähigkeit, die Tragweite des ärztlichen Eingriffs für Körper, Beruf und Lebensfähigkeit zu ermessen und danach selbstverantwortlich Entschlüsse zu fassen“.<sup>41</sup> Eine bloße Äußerungsfähigkeit genügt jedoch gerade nicht.<sup>42</sup> Bei

---

<sup>33</sup> *Diederichsen* in Palandt, BGB, § 1901a, Rn. 11.

<sup>34</sup> Bt-Drucks. 16/8442 vom 06.03.2008, S. 13.

<sup>35</sup> *Neuner* in NJW 2000, 1822 (1826); *Heitmann* in NK-BGB, § 1901a, Rn. 13.

<sup>36</sup> In späteren Kapiteln wird die Einordnung und Behandlung der Einwilligungsfähigkeit konkret geschildert.

<sup>37</sup> *Golbs*, Das Vetorecht eines einwilligungsunfähigen Patienten, S. 48 f.

<sup>38</sup> Bt-Drucks. 16/8442 vom 06.03.2008, S. 9.

<sup>39</sup> *Golbs*, Das Vetorecht eines einwilligungsunfähigen Patienten, S. 56 ff., m.w.Nachw. und einem Entscheidungsüberblick über die Zuerkennung der Einwilligungsfähigkeit in der Rechtsprechung auf den S. 62 f.

<sup>40</sup> *Jox/ Führer/ Borasio* in Monatsschr Kinderheilkd 2009, 26 (28).

<sup>41</sup> *Kern/ Laufs*, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 24.

<sup>42</sup> *Deutsch/ Spickhoff*, Medizinrecht, S. 341, Rn. 507.