

# Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer

Entwurf eines dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts  
(3. Betreuungsrechtsänderungsgesetz – 3. BtÄndG)

## erarbeitet vom Ausschuss Familienrecht der Bundesrechtsanwaltskammer

### Mitglieder:

RAin	Ulrike <b>Börger</b> , Bonn, Vorsitzende
RAin	Brigitte <b>Hörster</b> , Augsburg
RAin	Karin <b>Meyer-Götz</b> , Dresden
RAinuNin	Frauke <b>Reeckmann-Fiedler</b> , Berlin
RAin	Gabriele <b>Küch</b> , Hannover
RAuN	Sven <b>Fröhlich</b> , Offenbach
RA	Jan Christoph <b>Berndt</b> , Halle
RAin	Julia <b>von Seltmann</b> , BRAK, Berlin
RA	JR Lothar <b>Klein</b> , Saarbrücken (Berichterstatter)

### Verteiler:

Bundesministerium der Justiz  
Justizminister/Justizsenatoren der Länder  
Familienminister/Familiensenatoren der Länder  
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Deutschen Bundestages  
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen  
Rechtsanwaltskammern  
Bundesnotarkammer  
Bundessteuerberaterkammer  
Wirtschaftsprüferkammer  
Deutscher Notarverein  
Deutscher Anwaltverein e. V.  
Deutscher Richterbund  
Deutscher Juristinnenbund  
Deutscher Steuerberaterverband  
Bundesverband der Freien Berufe  
Deutscher Familiengerichtstag e. V.  
Wissenschaftliche Vereinigung für Familienrecht  
Redaktionen der NJW, FamRZ, FuR, FÜR, ZFE

Februar 2005  
BRAK-Stellungnahme-Nr. 7/2005

## **1. Vorgesehene Änderungen**

Der Entwurf eines 3. Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechtes sieht folgende Regelungen zur Änderung des Betreuungsrechtes vor:

- die Patientenverfügung soll im Gesetz als Rechtsinstitut verankert werden (zukünftiger § 1901a BGB),
- die Genehmigungspflicht durch das Vormundschaftsgericht bei ärztlichen Maßnahmen wird geändert bzw. erweitert (zukünftiger § 1904 BGB),
- Erweiterung der Pflegerbestellung bzgl. der erweiterten Genehmigungspflicht im Rahmen des § 1904 BGB (zukünftiger § 67 I 5 FGG),
- Erweiterung der Verfahrensvorschriften bzgl. der erweiterten Genehmigungspflicht im Rahmen des § 1904 BGB (zukünftiger § 69d II FGG),
- Erweiterung der Beschwerdevorschriften bzgl. der erweiterten Genehmigungspflicht im Rahmen des § 1904 BGB (zukünftiger § 69g I 1 FGG).

## **2. Stellungnahme**

### 2.1

Soweit der Gesetzesentwurf vorsieht, die Patientenverfügung nunmehr im Gesetz selbst zu verankern, ist dies aus Gründen der Rechtssicherheit begrüßenswert.

Hierdurch wird dem Patienten von Gesetz wegen die Möglichkeit zuerkannt, selbst die Entscheidung darüber zu treffen, ob in einer bestimmten Situation medizinische Maßnahmen ergriffen werden oder unterbleiben sollen.

Der Betroffene erhält somit die Möglichkeit, frühzeitig Verfügungen für den Fall seiner Entscheidungsunfähigkeit zu treffen, in dem Wissen, dass diesen zu einem Zeitpunkt, zu dem er selbst nicht mehr entscheiden kann, zur Geltung verholfen wird.

Dadurch wird das verfassungsrechtlich geschützte Selbstbestimmungsrecht des Patienten einfachgesetzlich verankert.

Durch die Einschränkung, dass ein Fortgelten der Patientenverfügung davon abhängig ist, dass „keine konkreten Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Betreute die Patientenverfügung widerrufen hat“, wird sichergestellt, dass ein von dem Patienten ausdrücklich geäußelter oder mutmaßlicher Wille gleichfalls Berücksichtigung findet.

Die Regelung sollte dahingehend abgeändert werden, dass ein Fortgelten davon abhängig ist, dass „keine konkreten Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Betreute die Patientenverfügung widerrufen hat **oder die erklärte Einwilligung oder Weigerung bzgl. der in Abs. 1 bezeichnete Maßnahme seinem mutmaßlichen Willen im gegenwärtigen Zeitpunkt widerspricht**“.

Hierdurch würde eine weitergehende Stärkung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen bewirkt, sofern nicht lediglich auf einen ausdrücklich erklärten Widerruf des Patienten abgestellt wird. Ein solcher wird unter Umständen gerade nicht vorliegen, insbesondere, wenn der Patient die Patientenverfügung weit in der Vergangenheit abgefasst hat und der Patient eventuell im aktuellen Zeitpunkt einen Widerruf nur deshalb nicht erklärt (hat), weil die Patientenverfügung in Vergessenheit geraten ist.

Das Verständnis der Bestimmung über die körperlich-geistige Integrität als Teil des ureigensten Bereiches der Personalität, der durch Art 2 II GG verfassungsrechtlich geschützt ist, ebenso die Verpflichtung des Staates, das Leben und die körperliche Unversehrtheit des Menschen zu schützen, verpflichten zu einer gesetzlichen Regelung, die auch dem nicht ausdrücklich erklärten Willen bzw. der entsprechenden Willensänderung des Patienten ausreichend Rechnung trägt.

Der bislang vorliegende Wortlaut des Gesetzesentwurfs verleitet zu der Annahme, dass lediglich ein ausdrücklich erklärter und als solcher bezeichneter Widerruf des Patienten die Patientenverfügung außer Kraft setzt, sodass aus Klarstellungsgründen eine entsprechende Änderung angebracht erscheint.

## 2.2

Ferner sollte in Abs. 1 das Wort „Betreute“ durch das Wort „**Patient**“ oder ein entsprechendes Wort, welches nicht den Bezug zum Betreuungsrecht aufweist, ersetzt werden.

Durch die vorgesehene Formulierung wird der Eindruck erweckt, dass lediglich im Fall eines unter Betreuung stehenden Patienten die Patientenverfügung Geltung haben soll.

Indes ist die Möglichkeit der Selbstbestimmung des Einzelnen auch im Bereich der medizinischen Behandlung Ausdruck des verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrechtes eines jeden Menschen, unabhängig davon, ob er aktuell unter Betreuung steht oder nicht.

Auch wenn die Norm in den Vorschriften über die Betreuung verankert werden soll, sollte daher klargestellt werden, dass die Patientenverfügung eines jeden Einzelnen Geltung besitzt.

### 2.3

Bislang soll die Beachtlichkeit der Patientenverfügung nicht von der Einhaltung einer entsprechenden Form abhängig gemacht werden.

Zwar dürften sich insoweit Beweisprobleme einstellen, falls eine schriftliche Patientenverfügung nicht vorliegt und das Vorliegen einer solchen sowie des Verfügungsinhaltes nur durch die Vernehmung Dritter bewiesen werden kann. Indes würde die Verpflichtung zur Einhaltung einer bestimmten Form dazu führen, dass ein kurz vor dem möglichen Eingriff lediglich mündlich erklärter Wille des Patienten als unbeachtlich behandelt werden müsste, obschon gerade in diesem Fall eine verlässliche Wertung des aktuellen Willens des Patienten möglich wäre, die eindeutiger das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zum Ausdruck bringt als eine in der Vergangenheit schriftlich erklärte Verfügung, die zu einem Zeitpunkt errichtet wurde, als der Patient sich nicht in einer behandlungsbedürftigen Situation befand und dementsprechend eine Abwägung nicht annähernd so treffen konnte, wie ihm dies in der aktuellen Situation möglich ist.

Hierdurch würde jedoch das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu sehr beschnitten.

Darüber hinaus wären im Fall eines Schriftformerfordernis weitergehende Regelungen notwendig, betreffend zum einen solche Patienten, die an der Einhaltung der Schriftform – aus welchen Gründen auch immer – gehindert sind, ferner bzgl. der Möglichkeit der Änderung und des möglichen Widerrufs. Auch hierbei wäre es in höchstem Maße zu beanstanden, würde ein Patient in der aktuellen Situation lediglich zum mündlichen Widerruf in der Lage sein, diesem aber die Wirksamkeit im Hinblick auf ein mögliches Formerfordernis verwehrt.

Soweit die Einzelbegründung jedoch bereits ausführt, zum Zwecke des Nachweises sei die Schriftform sowohl bei der Abfassung als auch bei der Änderung oder dem Widerruf empfehlenswert, könnte erwogen werden, die Schriftform im Rahmen einer „Soll-Vorschrift“ im Gesetz zu verankern, bei gleichzeitiger Klarstellung, dass die Einhaltung einer bestimmten Form keinerlei Einfluss auf die Wirksamkeit hat.

Auf diese Weise könnte gerade der potentielle Patient, der eine entsprechende Patientenverfügung bereits in einer nicht aktuellen Behandlungssituation auf die

Zukunft gerichtet verfasst, angehalten werden, diese im Hinblick auf eine verbesserte Beweissituation in schriftlicher Form abzufassen.

## 2.4

Begrüßenswert ist weiterhin Abs. II des neuen § 1901a BGB, durch die der Betreuer gehalten ist, den in der Patientenverfügung geäußerten Willen des Betreuten **zu beachten** und **vom Betreuten in der Patientenverfügung bereits getroffene Entscheidungen durchzusetzen**, soweit ihm dies zumutbar ist.

Insbesondere die 2. Alternative greift die Auffassung des BGH auf, die dieser in seiner Entscheidung vom 17.03.2003 geäußert hat, wonach der Betreuer als gesetzlicher Vertreter die exklusive Aufgabe habe, dem Willen des Betroffenen gegenüber Arzt und Pflegepersonal in eigener rechtlicher Verantwortung und nach Maßgabe des § 1901 BGB Ausdruck und Geltung zu verschaffen.

Auch ist diese gesetzliche Klarstellung notwendig, soweit die Einzelbegründung zu Recht darauf hinweist, dass teilweise vertreten wird, auch Patientenverfügungen seien nur als Indiz bei der Ermittlung des im Zeitpunkt der Behandlung anzunehmenden mutmaßlichen Patientenwillens zu werten und eine Einwilligung des Betreuers in die ärztliche Behandlung sei erforderlich, obschon dies mit dem das Betreuungsrecht prägenden Grundsatz der Erforderlichkeit nicht vereinbar ist, soweit der Patient selbst die entsprechende Entscheidung getroffen hat.

## 2.5

Auch die Ausdehnung der Verpflichtungen aus § 1901a II 1 BGB n. F. auf Fälle, in denen die Krankheit noch keinen tödlichen Verlauf genommen hat, erscheint nur folgerichtig und konsequent.

Ausweislich der Einzelbegründung steht dies im Einklang mit dem Beschluss des 1. Strafsenates des BGH vom 13.09.1994 (BGHSt 40, 257), wonach der Wille des Patienten für die Beurteilung der Zulässigkeit einer ärztlichen Behandlung oder Maßnahme auch dann maßgebend ist, wenn der Sterbevorgang noch nicht eingesetzt hat.

Darüber hinaus ist auch hierbei zu berücksichtigen, dass das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen im Bereich ärztlicher Maßnahmen verfassungsrechtlich geschützt ist. Es obliegt somit dem Einzelnen als Ausdruck seines Rechtes zur freien Selbstbestimmung, zu entscheiden, welche ärztlichen Maßnahmen er in Anspruch nehmen will oder nicht.

Eine Beschränkung der Gültigkeit von Patientenverfügungen auf die Fälle irreversibel tödlicher Krankheiten würde daher das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen zu stark beschneiden.

Es wäre befremdlich, könnte ein Patient sich lebenserhaltender oder –verlängernder Maßnahmen durch eine Patientenverfügung entziehen, hingegen in anderen - evt. überhaupt nicht tödlich verlaufenden Fällen – sein Selbstbestimmungsrecht nicht durchsetzen.

Zudem wird sich der behandelnde Arzt, worauf die Einzelbegründung hinweist, einer strafrechtlichen Verfolgung ausgesetzt sehen, wenn er sich über den Patientenwillen hinwegsetzt, da bei Fehlen einer Einwilligung des Patienten den Arzt zumindest der Vorwurf der Körperverletzung treffen wird.

## 2.6

Durch die Neufassung des § 1904 BGB wird gesetzlich geregelt, dass eine Nichteinwilligung oder ein Widerruf des Betreuers in ärztlich indizierte Maßnahmen einer vormundschaftlichen Genehmigung bedürfen, wenn die begründete Gefahr besteht, dass durch Abbruch oder Unterbleiben der Maßnahme der Betreute stirbt oder länger andauernden gesundheitlichen Schaden erleidet.

Hiermit wird die Auffassung des BGH aufgenommen, wie dieser sie in seiner Entscheidung vom 17.03.2003 (XII ZB 2/03; FamRZ 2003, 748 ff.) geäußert hat.

Der BGH hat dazu ausgeführt:

*„Mit diesem Zustimmungserfordernis wird dem Schutz des Betroffenen in seinen Grundrechten auf Leben, Selbstbestimmung und Menschenwürde in ausgewogener Weise Rechnung getragen. Zugleich zielt dieses Erfordernis auf Schutz und Fürsorge für den Betreuer: Indem das Betreuungsrecht dem Betreuer unter Umständen eine Entscheidung gegen eine lebensverlängernde oder –erhaltende Behandlung des Betroffenen abverlangt, bürdet es ihm eine Last auf, die allein zu tragen dem Betreuer nicht zugemutet werden kann. Da das Recht vom Einzelnen nichts Unzumutbares verlangen kann, erscheint es dem Senat zwingend geboten, den Betreuer durch das vormundschaftsgerichtliche Prüfungsverfahren zu entlasten. Dieses Verfahren bietet einen justizförmigen Rahmen, innerhalb dessen die rechtlichen - auch strafrechtlichen - Grenzen des Betreuerhandelns geklärt und der wirkliche oder mutmaßliche Wille des Betroffenen - im Rahmen des Möglichen umfassend - ermittelt werden kann. Das Prüfungsverfahren vermittelt der*

*Entscheidung des Betreuers damit eine Legitimität, die geeignet ist, den Betreuer subjektiv zu entlasten sowie seine Entscheidung objektiv anderen Beteiligten zu vermitteln und die ihn zudem vor dem Risiko einer abweichenden strafrechtlichen ex-post-Beurteilung schützt. Die Beschränkung des Prüfungsvorbehalts auf Fälle, in denen eine lebensverlängernde oder –erhaltende Behandlung des Betroffenen medizinisch indiziert ist oder jedenfalls ärztlicherseits angeboten wird, der Betreuer aber in die angebotene Behandlung nicht einwilligt, stellt schließlich sicher, dass die Vormundschaftsgerichte nur in Konfliktlagen angerufen werden können; damit wird vermieden, dass die Vormundschaftsgerichte generell zur Kontrolle über ärztliches Verhalten am Ende des Lebens berufen und dadurch mit einer Aufgabe bedacht werden, die ihnen nach ihrer Funktion im Rechtssystem nicht zukommt, nicht ohne weiteres auf Fälle der Betreuung einwilligungsunfähiger Patienten beschränkt werden könnte und wohl auch sonst ihre Möglichkeiten weit überfordern würde.“*

Durch die Neuregelung – insbesondere des Abs. II - werden die Maßgaben des BGH umgesetzt. Hierbei wird zum einen das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen gestärkt, soweit nach § 1904 III BGB n. F. die Genehmigung nicht erforderlich ist, wenn sowohl Betreuer als auch der Arzt keine Zweifel daran haben, dass die Entscheidung des Betreuers dem mutmaßlichen Willen des Betroffenen entspricht.

Die Möglichkeit der Missbrauchskontrolle in diesem Fall bleibt bestehen, im Übrigen wird einem möglichen Missbrauch durch das Strafrecht präventiv entgegengewirkt, soweit Arzt und Betreuer bei kollusivem Zusammenwirken sich dem Vorwurf der Körperverletzung oder gar der vorsätzlichen Tötung ausgesetzt sehen.

Durch die grundsätzliche Genehmigungsbedürftigkeit im Übrigen wird sichergestellt, dass dem Schutz des Betroffenen in seinen Grundrechten auf Leben, Selbstbestimmung und Menschenwürde ausreichend Rechnung getragen wird.

## 2.7

Gemäß § 1904 IV BGB n. F. wird die Möglichkeit der Einwilligung, der Nichteinwilligung oder des Widerrufs betreffend der in § 1904 I, II BGB n. F. auch dem Bevollmächtigten zugestanden.

Wie bereits in der geltenden Fassung des § 1904 BGB gilt dies nur, wenn die Vollmacht schriftlich erteilt ist und diese Maßnahmen ausdrücklich umfasst.

Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes soll bei einem Bevollmächtigten nicht erforderlich sein (S. 2). Dem kann nicht gefolgt werden:

Zwar mag eine Stärkung der Stellung des Bevollmächtigten zu begrüßen sein. Auch mag der BGH in seiner Entscheidung vom 17.03.2003 die Genehmigungsbedürftigkeit von Entscheidungen des Betreuers aus einem „unabweisbaren Bedürfnis des Betreuungsrechtes“ hergeleitet haben.

Beides spricht jedoch nicht zwingend dafür, den Bevollmächtigten von der Genehmigungspflicht auszunehmen.

Soweit der BGH die Genehmigungsbedürftigkeit aus einem „unabweisbaren Bedürfnis des Betreuungsrechtes“ hergeleitet hat, ist festzuhalten, dass dem ein Fall zugrunde lag, in dem ein Betreuer die entsprechende Entscheidung fällen wollte. Mit der Frage, ob diese auch für Bevollmächtigte gelten soll, musste sich der BGH somit nicht auseinandersetzen.

Allerdings sprechen die Ausführungen des BGH dafür, das Genehmigungserfordernis auch auf den Bevollmächtigten auszudehnen.

Es ist nur schwer vorstellbar, dass das Genehmigungserfordernis einerseits auch zum Schutze des Betreuers aufgestellt wurde, um diesem nicht eine Last aufzuerlegen, die alleine zu tragen ihm von der Rechtsordnung nicht zugemutet werden kann und um ihn vor der möglicherweise abweichenden ex-post Betrachtung eines strafrechtlichen Verfahrens zu schützen, diese Grundsätze andererseits für den Bevollmächtigten nicht gelten sollen. Der Bevollmächtigte ist insoweit nicht weniger schützenswert als der gesetzlich bestellte Betreuer, insbesondere, soweit die Bevollmächtigung die Anordnung der Betreuung gerade vermeiden soll.

Es wäre widersprüchlich, auf der einen Seite die Stärkung der Bevollmächtigung zu befürworten, andererseits gerade den Bevollmächtigten schutzlos zu stellen, ihm die schwere Bürde, letztlich über Leben und Tod eines anderen Menschen entscheiden zu müssen, völlig alleine aufzubürden und ihn letztlich auch der Gefahr einer abweichenden ex-post-Betrachtung des Strafrechts auszusetzen.

Auch im Fall der Bevollmächtigung hat der Bevollmächtigte ein schützenswertes Interesse daran, die schwierige Entscheidung nicht alleine fällen zu müssen einhergehend mit der Gefahr einer möglichen strafrechtlichen Verfolgung.

Darüber hinaus muss auch bei der Bevollmächtigung gewährleistet sein, dass dem Schutz des Betroffenen in seinen Grundrechten auf Leben, Selbstbestimmung und Menschenwürde ausreichend Rechnung getragen wird.



Der Betroffene mag zwar privatautonom entscheiden können, wen er mit der Erledigung seiner Angelegenheiten beauftragen möchte. Dies ist grundsätzlich zu befürworten. Aber auch in diesen Fällen muss – gerade im Hinblick auf die von § 1904 I, II n. F. erfassten Fälle – gewährleistet sein, dass der Betroffene nicht zum „Spielball“ des Bevollmächtigten wird. Es muss auch im Fall der Bevollmächtigung gewährleistet sein, dass der Wille des Betroffenen ausreichend geschützt ist und diesem Geltung verliehen wird.

Hierfür ist aber die Verweisung auf die Möglichkeit der Missbrauchskontrolle nicht ausreichend. Die weitestgehende Beachtung des Willens des Betroffenen darf nicht davon abhängig sein, dass Dritte existieren, die das Handeln des Bevollmächtigten sofort als dem Willen des Betroffenen zuwiderlaufend einzuschätzen vermögen. Vielmehr gilt die Pflicht des Staates, das Leben und die körperliche Unversehrtheit des Menschen zu schützen, auch im Fall der Bevollmächtigung.

Es darf von der Rechtsordnung nicht erlaubt werden, dass ein Bevollmächtigter ohne grundsätzliche Kontrolle über das Leben eines anderen entscheiden kann, insbesondere soweit bei der Bestellung eines Bevollmächtigten keine Überprüfung der Geeignetheit der bevollmächtigten Person erfolgt.

Darüber hinaus setzt sich das Gesetz in Widerspruch zu sich selbst, wenn es nach wie vor für die Unterbringung auch im Fall der Bevollmächtigung die vormundschaftliche Genehmigung fordert (§ 1906 V i.V.m II BGB), hingegen im Fall einer möglicherweise lebensbeendenden Entscheidung eine solche Genehmigung nicht fordert.

Somit ist die vorgesehene Regelung, wonach bei der Bevollmächtigung eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes nicht erforderlich ist, nicht begrüßenswert. Die Regelung sollte daher – wie der derzeitige § 1904 BGB – das Genehmigungserfordernis auch auf den Bevollmächtigten erstrecken.

## 2.8

Die geplanten Änderungen der verfahrensrechtlichen Vorschriften sind vor dem Hintergrund der materiell-rechtlichen Änderungen konsequent und folgerichtig.

Zu empfehlen ist, die Verfahrenspflegerbestellung des § 67 FGG auf alle Fälle des § 1904 BGB, somit auf § 1904 I und II BGB auszudehnen, da auch Grundlage der Genehmigung des § 1904 I BGB ein medizinischer Eingriff ist, der die Gefahr des Todes oder der schweren und dauernden gesundheitlichen Schädigung mit sich bringt.

In § 69d II FGG sollte die Personenverschiedenheit zwischen Arzt und Sachverständigen zwingend vorgeschrieben sein („**muss**“ statt „soll“).

Angesichts der Tatsache, dass es um schwerwiegende gesundheitliche Folgen bis hin zum Tod geht, muss gewährleistet sein, dass auf keinen Fall der behandelnde Arzt selbst die Marschroute vorgibt.

Zudem ist eine Genehmigung nur in den Fällen erforderlich, in denen sich Arzt und Betreuer nicht über den mutmaßlichen Willen des Betroffenen einig sind. Es wäre verfehlt, in diesem Fall dem Arzt die Möglichkeit zu geben, den Ausgang des Genehmigungsverfahrens durch Erstellen des Gutachtens zu beeinflussen. In diesem Fall könnte auf das Genehmigungsverfahren verzichtet und die Behandlung von vorneherein nach den Vorstellungen des Arztes durchgeführt werden.

Um den notwendigen Gleichklang mit § 69d FGG herzustellen, sollte sich das Beschwerderecht auf alle genehmigungsbedürftigen Maßnahmen des § 1904 BGB beziehen.

\* \* \*