

die Bekundungen der Zeugin L. nicht hinreichend berücksichtigt.

[34] Das Beschwerdegericht hatte Anlass zur Prüfung gehabt, ob es sich bei der mündlichen Äußerung der Betroffenen gegenüber der Zeugin L. um einen Behandlungswunsch i.S. des § 1901a Abs. 2 Satz 1 BGB handelte, mit dem sie Festlegungen für eine konkrete Lebens- und Behandlungssituation getroffen hat, welche mit der aktuellen Lebens- und Behandlungssituation übereinstimmt. Ein Rückgriff auf den mutmaßlichen Willen der Betroffenen wäre in Anbetracht dessen ausgeschlossen (vgl. auch *BGHSt* 55, 191 = *FamRZ* 2010, 1551 Rn. 5, 17).

[35] Die Betroffene hatte sich nach den Angaben der Zeugin L. auch anlässlich der Erkrankung von deren Nichte geäußert, die im Alter von 39 Jahren ins Wachkoma gefallen war. Ausweislich des Vermerks über die Anhörung der Zeugin L. hat die Betroffene angegeben, dass sie selbst, sollte sie sich in einem Zustand wie die Nichte befinden, nicht künstlich am Leben erhalten bleiben wolle. Nach Auffassung des Beschwerdegerichts haben zudem beide Betreuer sowie die Zeuginnen übereinstimmend, plausibel und nachvollziehbar erklärt, dass die Betroffene in der Vergangenheit mehrfach geäußert habe, keine lebensverlängernden Maßnahmen in Anspruch nehmen zu wollen, wenn sie im Koma liege, ihren Willen nicht mehr äußern und am Leben nicht mehr aktiv teilnehmen könne.

[36] (2) Die angegriffene Entscheidung begegnet zudem rechtlichen Bedenken, weil sie darüber hinaus erhöhte Anforderung an die Ermittlung und Annahme des mutmaßlichen Willens stellt, wenn der Tod des Betroffenen – wie hier – nicht unmittelbar bevorsteht.

[37] Diese Auffassung steht nicht im Einklang mit § 1901a Abs. 3 BGB, der in erster Linie klarstellen will, dass es für die Beachtung und Durchsetzung des Patientenwillens nicht auf die Art und das Stadium der Erkrankung ankommt. Aus § 1901a Abs. 3 BGB folgt aber zugleich, dass keine höheren Anforderungen an die Ermittlung und die Annahme von Behandlungswünschen oder des mutmaßlichen Willens zu stellen sind, wenn der Tod des Betroffenen nicht unmittelbar bevorsteht. Für die Feststellung des behandlungsbezogenen Patientenwillens gelten beweismäßig strenge Maßstäbe, die der hohen Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter – dem aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG folgenden Selbstbestimmungsrecht einerseits (vgl. insoweit auch *BVerfG* *FamRZ* 2011, 1927 Rn. 35 f.) und dem in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG garantierten Schutz des Lebens andererseits – Rechnung zu tragen haben. Dies hat insbesondere zu gelten, wenn es beim Fehlen einer schriftlichen Patientenverfügung um die Feststellung eines in der Vergangenheit mündlich geäußerten Patientenwillens geht (vgl. auch *BGHSt* 55, 191 = *FamRZ* 2010, 1551 Rn. 38; *BGH*, Beschluss v. 10.11.2010 – 2 StR 320/10 = *FamRZ* 2011, 108 Rn. 12). Insbesondere bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens des Betroffenen ist darauf zu achten, dass nicht die Werte und Vorstellungen des Betreuers zum Entscheidungsmaßstab werden. Die bei der Ermittlung und der Annahme des mutmaßlichen Willens zu stellenden strengen Anforderungen gelten aber unabhängig davon, ob der Tod des Betroffenen unmittelbar bevorsteht oder nicht (a. A. *LG Kleve* *FamRZ* 2010, 1841, 1843; *AG Nordenham* *FamRZ* 2011, 1327, 1328; *Schwab*, in: *MünchKommBGB*, 6. Aufl., § 1901a Rn. 50; *Kutzer*, in: *Festschrift für Rissing-van Saan*, 2011, S. 337, 354; zur früheren Rechtslage: *BGHZ* 154, 205 = *FamRZ* 2003, 748, 751 unter Bezugnahme auf *BGH*, Urteil v. 13.9.1994 – 1 StR 357/94 = *NJW* 1995, 204).

[38] Das Beschwerdegericht geht demgegenüber von einem falschen Maßstab aus, wenn es ausführt, an die Ermittlung und Annahme des mutmaßlichen Willens seien höhere Anforderungen zu stellen, wenn der Tod des Betroffenen noch nicht unmittelbar bevorsteht.

[39] 3. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts kann demnach keinen Bestand haben. Bei seiner erneuten Prüfung wird das Beschwerdegericht etwaige Behandlungswünsche und gegebenenfalls den mutmaßlichen Willen der Betroffenen unter Berücksichtigung der Angaben der Zeugin L. und unter Anlegung des korrekten Prüfungsmaßstabs erneut zu ermitteln haben. Der Senat weist dazu auf Folgendes hin:

[40] a) Die Äußerung der Betroffenen ist auch nicht deswegen unbeachtlich, weil sie bei ihrem Gespräch mit der Zeugin L. nicht im Einzelnen danach differenziert hat, ob lebenserhaltende Maßnahmen für alle Fälle ausgeschlossen werden sollten oder nur, wenn es keine Chance auf Genesung und ein Wiedererwachen gebe. Denn das Beschwerdegericht hat sich dem im Beschwerdeverfahren eingeholten Sachverständigengutachten angeschlossen, wonach das Leiden der Betroffenen einen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen habe. Weiter haben die Sachverständigen ausgeführt, dass – auch wenn es immer wieder vereinzelte Fallberichte zu klinischen Besserungen nach langer Zeit gebe – die Wahrscheinlichkeit für ein bewusstes, unabhängiges Leben bei 0 % liege, wenn der fortdauernde vegetative Status eines Patienten, wie bei der Betroffenen, länger als sechs Monate andauere.

[41] b) Die mündlichen Äußerungen der Betroffenen werden nicht dadurch relativiert, dass die Betroffene keine schriftliche Patientenverfügung angefertigt hatte, obwohl entsprechende Vordrucke bei ihr zu Hause gelegen hatten. Diesem Umstand kann weder entnommen werden, dass die Betroffene von der Errichtung einer Patientenverfügung (vorerst) Abstand nehmen wollte, weil sie sich noch nicht konkret und verbindlich positionieren wollte, noch dass sie schon inhaltlich festgelegt wäre. Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts kann lediglich als sicher angenommen werden, dass die Betroffene zu einem Zeitpunkt, als ihre Erkrankung noch gänzlich ungewiss war, eine Patientenverfügung erstellen wollte, aber noch keines der unterschiedlichen Formulare ausgewählt hatte, bevor sie unvorhersehbar erkrankte.

## Anmerkung

Professor Dr. Gunnar Duttge, Göttingen\*

I. Nur etwas mehr als drei Jahre liegen zurück, als der *BGH* durch seinen 2. Strafsenat (wie auch die Mehrzahl der Kommentatoren) noch meinte, die zentralen Fragen der sogenannten „Sterbehilfe“ – oder besser: der Therapiebegrenzung bei Patienten mit infauster Prognose – in seiner Grundsatzentscheidung<sup>1</sup> im Wesentlichen gelöst zu haben. Bereits zuvor hatte auch schon der Gesetzgeber geglaubt, mit den neuen Regelungen des sogenannten Patientenverfügungsgesetzes 2009 (vor allem §§ 1901a, b, 1904 Abs. 4 BGB)<sup>2</sup>

\* Der Autor ist Vorstandsmitglied des Zentrums für Medizinrecht und Direktor der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht an der Georg-August-Universität Göttingen.

<sup>1</sup> *BGHSt* 55, 191 ff. („Fall Putz“) = *JZ* 2011, 532 (dazu *Engländer* *JZ* 2011, 513).

<sup>2</sup> Eingefügt durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts v. 29.7.2009 (BGBl. I, 2286).

dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten rechtssicher zum Erfolg verholten zu haben. Ausweislich des jüngsten, jetzt wiederum zivilrechtlichen<sup>3</sup> Judikats besteht aber offenbar nach wie vor erhebliche Rechtsunsicherheit selbst in den unteren Instanzen, von der klinischen Praxis ganz zu schweigen. Denn sonst hätte sich der XII. Zivilsenat wohl nicht veranlasst gesehen, den geltenden Rechtsrahmen weit jenseits der unmittelbaren Fallrelevanz noch einmal in toto zu verdeutlichen. Im Ganzen fällt die Bewertung freilich ambivalent aus: Neben begrüßungswerten Klarstellungen offenbart der jüngste Beschluss neue Zweifelsfragen und belegt im Ganzen nachdrücklich, dass das Recht auf die große Herausforderung der modernen Hochleistungsmedizin nach wie vor keine restlos befriedigende Antwort hat.

II. 1. Im Einzelnen: Die Vorinstanz begründete die Ablehnung der betreuereitig beantragten Einstellung der künstlichen Ernährung mittels PEG-Sonde maßgeblich mit der Erwägung, dass an die Annahme eines mutmaßlichen Behandlungsvetos „erhöhte Anforderungen zu stellen [sein], wenn zwar das Grundleiden des Betroffenen unumkehrbar sei und einen tödlichen Verlauf angenommen habe, aber der Tod nicht unmittelbar bevorstehe“ (Rn. 6 – im Text genannte Rn. beziehen sich auf *BGH* JZ 2015, 39 ff.). Dass dieser Rechtsansicht jedoch ein „falscher Maßstab“ zugrunde liegt, ergibt sich bereits aus dem Gesetz, da sich die in § 1901a Abs. 3 BGB für die Deutung des Patientenwillens explizit vorgegebene Irrelevanz „von Art und Stadium einer Erkrankung“ nicht etwa allein auf die Wirkkraft einer Patientenverfügung (Abs. 1), sondern ebenso auf die Interpretation des mutmaßlichen Willens (Abs. 2) bezieht. Von daher verbietet sich eine kategoriale Unterscheidung zwischen todesnahen und nicht todesnahen Krankheitssituationen, weil der Patientenwille nach sorgfältiger Gesamtwürdigung unter Umständen auch schon für vorgelagerte Krankheitsstadien (vor allem bei infauster Prognose) auf eine Therapiebegrenzung gerichtet sein kann und dann kraft Selbstbestimmungsrechts auch insoweit Respekt beansprucht.

Missverständlich ist jedoch der in diesem Zusammenhang begegnende Hinweis des XII. Senats, dass „für die Feststellung des behandlungsbezogenen Patientenwillens ... beweismäßig strenge Maßstäbe [gelten], die der hohen Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter [...] Rechnung zu tragen haben“ (Rn. 37). Gemeint ist offenbar die ohnehin selbstverständliche Pflicht zu besonderer Sorgfalt (vgl. § 1901b Abs. 2 BGB) bei der Ermittlung des mutmaßlich-individuellen Willens (vgl. § 1901a Abs. 2 Sätze 2, 3 BGB), so dass nicht patientenferne „Werte und Vorstellungen des Betreuers zum Entscheidungsmaßstab werden“. Damit ist aber über die in praxi ausschlaggebende Frage, wo denn eigentlich die Schwelle zwischen einem gemutmaßten Behandlungs- und einem gemutmaßten Ablehnungswillen (unter Einschluss des dann meist absehbaren Sterbens) gezogen werden soll, noch nichts gesagt. Bislang ist man meist davon ausgegangen, dass Patienten im Regelfall weiterleben wollen und deshalb deutliche und aussagekräftige Anhaltspunkte für die Annahme eines mutmaßlich gewollten Abbruchs lebenserhaltender Maßnahmen feststellbar sein müssen, weil ansonsten „das Risiko bestünde, dass der Betroffene ... zu einem Zeitpunkt aus dem Leben scheiden muss, zu dem er dies noch nicht will“<sup>4</sup>. Ohne dass der *BGH* dies explizit ausspricht, scheint er jedenfalls für Konstellationen jenseits einer akuten Notla-

ge (wie etwa vorliegend beim sogenannten persistent vegetative state) keinerlei Zweifelsregelung mehr anerkennen und für die Annahme eines *behandlungsbezogenen* (!) Patientenwillens mindestens ebenso belastbare Indizien verlangen zu wollen. Dies hätte, wie sich unschwer errahnen lässt, für die künftige Versorgung hoffnungslos Erkrankter (unter Einschluss der derzeit schätzungsweise 15 000 bis 30 000 lebenden sowie der jährlich mutmaßlich hinzukommenden ca. 3000 bis 6000 Wachkomapatienten)<sup>5</sup> weitreichende Folgen.

2. Eine weitere, wichtige Klarstellung betrifft die Vorrangigkeit der in § 1901a Abs. 2 Satz 1 BGB eigens erwähnten „Behandlungswünsche“ gegenüber der „Thesenbildung“ über das hypothetisch Erklärte („mutmaßlicher Wille“), selbst wenn jene nicht die Qualität einer Patientenverfügung erfüllen. Die Rationalität des so zum Vorschein kommenden dreigeteilten Systems setzt jedoch voraus, dass die drei benannten Kategorien sich sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtsfolgenseite trennscharf unterscheiden. Der vorliegende Beschluss leistet dies trotz dahingehender Ansätze (Rn. 25 f.) nur sehr unvollkommen, was freilich auch durch eine doppelte Schwierigkeit bedingt ist: Auf Tatbestandsseite können „frühere ... Äußerungen“ (vgl. § 1901a Abs. 2 Satz 3 BGB) prima vista in alle drei Kategorien fallen, während sich auf der Rechtsfolgenseite nicht ohne Weiteres eine dritte Option jenseits einer entweder strikten Bindung („beachten“) oder bloß indiziellen Wirkung („berücksichtigen“) ausmachen lässt. Zu Letzterem gibt der XII. Zivilsenat jedoch selbst den entscheidenden Hinweis: Danach sieht bereits § 1901 Abs. 3 BGB eine – grundsätzliche – Bindung an die Behandlungswünsche des Betreuten vor. Daraus ergibt sich für diese „mittlere Kategorie“ gleichsam ein Regel-Ausnahme-Verhältnis dergestalt, dass diese Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts so lange Geltung beansprucht, wie nicht „die Behandlungsverweigerung im konkreten Fall krankheitsbedingt und für den Patienten schädlich ist“<sup>6</sup>. Eine in diesem Sinne restriktive und im Kern subjektivierende Deutung der „Wohl-Schranke“<sup>7</sup> setzt aber auf der Tatbestandsseite voraus, dass der betreffende „Behandlungswunsch“ auf der Grundlage ausreichender Tatsachenkenntnis gefasst wurde<sup>8</sup> und sich auf eine konkrete sowie im gegebenen Fall zum Entscheidungszeitpunkt auch einschlägige Lebens- und Behandlungssituation bezieht.<sup>9</sup> Denn nur dann lässt sich ernstlich von einem „Ausdruck des fortwirkenden Selbstbestimmungsrechts“ sprechen. In Abgrenzung zur strikt bindenden Patientenverfügung (§ 1901a Abs. 1 BGB) ist daher im Wesentlichen an Willensbekundungen zu denken, die der Erklärende nicht schriftlich, vor Eintritt seiner Volljährigkeit bzw. im Zustand der Nichteinwilligungsfähigkeit (kraft „natürlichen Willens“)<sup>10</sup> artikuliert hat.

<sup>5</sup> So die gängigen Schätzungen, zuletzt *Büsching*, Angehörige von Patienten im Wachkoma, 2014, S. 1; siehe auch Deutsches Institut für Wachkoma-forschung, <http://www.diwf.org/>.

<sup>6</sup> *Lipp* notar 2014, 111, 113.

<sup>7</sup> Grundlegend *BGHZ* 118, 116 ff. (Rn. 18–21); zu den erheblichen Schwierigkeiten der Grenzziehung im Konflikt von „Wohl“ und „Wünschen“ etwa *Schwab*, in: MünchKommBGB, 6. Aufl. 2012, § 1901 Rn. 14 ff. (m. w. N.).

<sup>8</sup> Vgl. *G. Müller*, in: BeckOK/BGB, Stand: 1. 11. 2014 (Edition 33), § 1901 Rn. 8.

<sup>9</sup> Wie hier bereits *Hoffmann*, in: *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* (Hrsg.), *Betreuungsrecht*. Kommentar, 5. Aufl. 2011, § 1901a BGB Rn. 57, 62.

<sup>10</sup> Zur grundsätzlichen Beachtlichkeit auch des „natürlichen Willens“ (im Kontext psychiatrischer Zwangsbehandlung) grundlegend *BVerfG* NJW 2011, 2113, 2114 (Rn. 42); vertiefend dazu die Beiträge in: *Pollähne/Lange-Joest* (Hrsg.), *Heilung erzwingen? Medizinische und psychologische Behandlung in Unfreiheit*, 2013.

<sup>3</sup> Zuvor bereits rechtsgrundsätzlich *BGHZ* 154, 205 ff. („Lübecker Fall“) = JZ 2003, 732 mit Anm. *Spickhoff*.

<sup>4</sup> *LG Kleve* PflegeR 2010, 164: „im Zweifel für das weitere Leben“.

Auch der XII. Zivilsenat streift diese Fallkonstellationen, ergänzt jedoch um die weitere, in der eine Patientenverfügung i.S. des § 1901a Abs. 1 BGB „nicht sicher auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation des Betroffenen passt und deshalb keine unmittelbare Wirkung entfaltet“ (Rn. 25). Wenn es einer solchen Erklärung aber an einer „unmittelbaren Wirkung“ per definitionem fehlt, dann kann diese – auch in der Literatur erwähnte – Fallgruppe<sup>11</sup> denklogisch gar nicht dem Kreis grundsätzlich beachtungspflichtiger „Behandlungswünsche“ zugehören, sondern ist vielmehr bloßes Indiz bei der Ermittlung des „mutmaßlichen Willens“. Ebenso liegt es für die freilich gleichermaßen benannten Willensbekundungen, die „keine antizipierenden Entscheidungen treffen“ (Rn. 25): Wie sollte sich aber noch von einem „Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts“ sprechen lassen, wenn das Erklärte ex post erst durch Entscheidung anderer für einen Zweck nutzbar gemacht wird, den der Erklärende mit seiner Willensbekundung gar nicht in Aussicht genommen hat? Das „Fortwirken“ derselben als antizipierende Entscheidung ist schließlich vom Erklärenden gar nicht autorisiert, ungeachtet dessen, dass natürlich ein interpretierender Transfer auf die aktuelle Entscheidungssituation weiterhin möglich bleibt – allerdings nur in abwägender Würdigung mit allen sonst aufweisbaren Indizien, das heißt bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens. Hierfür spricht nicht zuletzt auch die dem „Behandlungswunsch“ zugeschriebene Bindungswirkung, „unabhängig von der Form, in der er geäußert wird“, die allerdings nach dem Vorstehenden – vgl. § 1901 Abs. 3 BGB – nur eine grundsätzliche, keine vorbehaltlose sein kann (siehe dagegen Rn. 25: „stets“); sonst könnten die gesetzlich verankerten Wirksamkeitsvoraussetzungen der „Patientenverfügung“ folgenlos unterlaufen werden.

3. Hieraus erhellt nahtlos die Besonderheit der gesetzlich wie rechtssystematisch herausgehobenen Vorsorge in Form der Patientenverfügung, der im Unterschied zur Kategorie des mutmaßlichen Willens ebenso wie zu den „Behandlungswünschen“ eine strikte Verbindlichkeit und somit der Anspruch auf unbedingte Beachtung ohne Rücksicht auf Erwägungen eines zugeschriebenen „Wohls“ immanent ist. Obgleich das Gesetz hierfür begrifflich verlangt, dass die betreffende Willensbekundung „bestimmte, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht feststehende Untersuchungen...“ zum Inhalt haben muss (§ 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB), erklärt der Senat es nunmehr für unbeachtlich, wenn „nicht ein gleiches Maß an Präzision“ wie im Falle der Einwilligung in aktueller Behandlungssituation erreicht wird (Rn. 29)<sup>12</sup>. Das dabei in Anspruch genommene argumentum ad absurdum („andernfalls wären nahezu sämtliche Patientenverfügungen unverbindlich...“) verdeckt durch seine suggestive Kraft jedoch den bedeutsamen Umstand, dass die infolge des „Zeitsprungs“<sup>13</sup> unvermeidliche Gefahr der „Versteinerung“<sup>14</sup> eines in Wahrheit gar nicht mehr fortbestehenden Patientenwillens zu Lasten des Lebensrechts um so größer wird, je nachgiebiger die Bestimmtheitsanforderungen gehandhabt werden. Die

nicht zuletzt für die klinische Praxis außerordentlich relevante Frage nach dem erforderlichen Mindestmaß („Untergrenze“) beantwortet sich jedenfalls nicht schon durch den leerformelartigen Satz, dass „die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Patientenverfügung ... nicht überspannt werden“ dürften (Rn. 29). Vielmehr wird man eine „funktionale Betrachtung“<sup>15</sup> zugrunde legen müssen, die vom Grundverständnis des Selbstbestimmungsrechts ausgehend danach fragt, ob dem Verfügenden ausweislich der textlichen Formulierung die eine konkrete Lebens- und Behandlungssituation prägenden Data ebenso wie der Typus der jeweiligen ärztlichen Maßnahme klar genug vor Augen standen.

Die damit notwendig verknüpfte hermeneutische Aufgabe lässt darüber hinaus unweigerlich danach fragen, wem die Deutungshoheit in Bezug auf das betreffende Schriftstück zukommt. Diese Frage wird mittlerweile streitig diskutiert, seit die Bundesärztekammer eine ärztliche Interpretationsbefugnis ohne Beteiligung eines Betreuers oder Bevollmächtigten reklamiert, sofern es sich um eine „eindeutige Patientenverfügung“ handelt.<sup>16</sup> Dass sich der Inhalt einer Patientenverfügung aber nicht einfach von selbst versteht und von allein exekutiert, vielmehr die Zuschreibung der „Eindeutigkeit“ erst das Ergebnis einer Interpretation sein kann,<sup>17</sup> scheinen viele Adepten des Pragmatischen zu übersehen – nicht zuletzt auch der Gesetzgeber anlässlich des Patientenrechtegesetzes 2013<sup>18</sup> (vgl. § 630d Abs. 1 Satz 2 BGB)<sup>19</sup>. Vor diesem Hintergrund hätte man gern ein klärendes Wort des XII. Zivilsenats vernommen; doch dieser beschränkt sich – im Ergebnis m. E. zutreffend – auf die Feststellung, dass es letztlich die Aufgabe des Betreuers (oder des Gesundheitsbevollmächtigten) ist, „dem in der Patientenverfügung niedergelegten Willen des Betroffenen Ausdruck (!) und Geltung zu verschaffen“ (Rn. 14 a. E., vgl. § 1901a Abs. 1 Satz 2 BGB).

Hiermit steht die weitere Festlegung nicht in Widerspruch, dass diese interpretierende Manifestation des Patientenwillens nicht selbst als „Einwilligung“ (des Betreuers) zu verstehen ist, sondern die bindende Entscheidung als solche (wenngleich noch mit fraglichem Bedeutungsgehalt für die aktuelle Behandlungssituation) bereits vom Patienten selbst getroffen worden ist (Rn. 14). Der Senat zieht daraus allerdings die bedeutsame Schlussfolgerung, dass es bei Vorliegen einer wirksamen und auf die konkret eingetretene Behandlungssituation zutreffenden Patientenverfügung einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung von vornherein nicht mehr bedarf (Rn. 11, 13). Dies dürfte ersichtlich durch die Sorge motiviert sein, dass die Durchsetzung des Patientenwillens nicht ohne triftigen Grund „durch ein sich gegebenenfalls durch mehrere Instanzen hinziehendes betreuungsgerichtliches Verfahren belastet“ und am Ende verzögert oder gar (während der Übergangszeit bis zur endgültigen Klärung)<sup>20</sup> unmöglich gemacht werden darf

15 Spickhoff, in: *ders.* (Hrsg.), *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, § 1901a BGB Rn. 7; zust. Höfling, in: *Prüfung* (Hrsg.), *Fachanwaltskommentar Medizinrecht*, 3. Aufl. 2014, § 1901a BGB Rn. 4.

16 Empfehlungen zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, *Deutsches Ärzteblatt* 110 (2013), A-1580 ff.; zuvor bereits in: *DÄBl.* 107 (2010), A-877 ff.

17 Dazu bereits Duttge *Intensiv- und Notfallmedizin* 2011, 34 ff.

18 Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten v. 20. 2. 2013 (BGBl. I, 277).

19 Siehe dazu BT-Drucks. 17/10488, S. 23.

20 Kryptische Formulierung: „...da für die Dauer des Verfahrens die in Rede stehenden ärztlichen Maßnahmen in der Regel fortgeführt werden müssten...“ (*BGH JZ* 2015, 39, 40 f. Rn. 18) – in der Regel? Die klinische Praxis wüsste gerne etwas genauer, welche Maßnahmen zur Aufrechterhaltung des status quo geboten bzw. wegen Schaffung vollendeter Tatsachen unzulässig sind.

11 Siehe Hoffmann, in: *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann* (Fn. 9), § 1901a BGB Rn. 57; *Rieger FamRZ* 2010, 1601.

12 Zuvor in diesem Sinne auch schon Spickhoff *FamRZ* 2014, 1848 f.; ähnlich G. Müller, in: *BeckOK/BGB* (Fn. 8), § 1901a Rn. 9; Renner *ZNotP* 2009, 371, 375; dezidiert strenger A. Albrecht/E. Albrecht *MittBayNot* 2009, 426, 428.

13 Zu dieser unhintergehbaren strukturellen Schwäche des Instruments „Patientenverfügung“ etwa Duttge *Intensiv- und Notfallbehandlung* 2005, 171 ff.; sowie *ders.*, in: *Albers* (Hrsg.), *Patientenverfügungen*, 2008, S. 185 ff.

14 *Laufs NJW* 1998, 3399, 3400; siehe auch *Schreiber Medizinische Klinik* 2005, 429, 432: „juristische Flasche(-npost)“.

(Rn. 18)<sup>21</sup>. Ein solcher Grund ist aber nach der geltenden Gesetzeslage bei einem Dissens zwischen behandelndem Arzt und Betreuer/Bevollmächtigten per se gegeben (vgl. § 1904 Abs. 2, 4 BGB), und das Gesetz unterscheidet dabei nicht, ob sich das fehlende Einvernehmen auf einen gemutmaßten, durch Behandlungswünsche oder eine Patientenverfügung vorgeprägten „Patientenwillen“ bezieht.<sup>22</sup> Befreit man sich von der Illusion, dem Inhalt einer Patientenverfügung stets oder auch nur des Öfteren die Qualität einer gleichsam objektiven „Eindeutigkeit“ zuschreiben zu können, wird man unweigerlich zugestehen müssen, dass sich auch über deren Interpretation Betreuer und Arzt uneinig werden können. Wer sonst als das jeweilige Betreuungsgericht sollte dann aber zuständig sein, diesen Konflikt zu entscheiden? Und da auch Patientenverfügungen durchaus missbraucht bzw. zugunsten patientenferner Interessen uminterpretiert werden können,<sup>23</sup> lässt sich nicht erkennen, warum insoweit nicht gelten soll, was der Senat sonst zum „justizförmigen Rahmen“ bei der Ermittlung des Patientenwillens, zur „Legitimität“ des Betreuerhandelns und zum System der „wechselseitigen Kontrolle zwischen Arzt und Betreuer“ (vgl. § 1901b Abs. 1 Satz 2 BGB) überzeugend festgestellt hat (Rn. 18–20). Man bedenke: Auch Patientenverfügungen enthalten keineswegs per se den für die Entscheidungssituation relevanten, tatsächlichen Patientenwillen, sondern müssen aufgrund ihrer zeitlichen und kognitiven Distanz erst in diesem Sinne gedeutet werden (vgl. § 1901a Abs. 1 Satz 2 BGB). Es käme daher einer sträflichen Vernachlässigung der hoheitlichen Schutzpflicht gleich, diesen Deutungs- und Durchsetzungsprozess unbesehen der Praxis und der ihr inhärenten Machtverhältnisse zu überantworten.

III. Aufs Neue zeigt sich damit: Ein derart komplexes Feld wie das der Therapiebegrenzung bei einwilligungsunfähigen Patienten lässt sich in toto mit all seinen Detailspekten nicht ohne wissenschaftlich-systematische<sup>24</sup> Vorklärung und Durchleuchtung angemessen erfassen. Wenn rechtliche Festlegungen, sei es durch den Gesetzgeber oder durch „Grundsatzentscheidungen“ des *BGH*, nicht dem Risiko anheimfallen wollen, die (klinische) Lebenswirklichkeit zu verfehlen, muss die wissenschaftliche Klärung notwendig eine interdisziplinäre sein. Im Lichte der hohen praktisch-gesellschaftlichen Relevanz des Rechts genügt es also bei weitem nicht, nur danach zu streben, dass die „juristische Welt“ eine wohlgeordnete ist.<sup>25</sup> Eine interdisziplinäre Perspektive wird aber über kurz oder lang nicht darüber hinwegsehen können, dass der aktuelle Rechtszustand mehr und mehr nur als erster Schritt auf dem Weg zu einem besseren Konzept betrachtet wird – mit einer „Patientenverfügung“ nicht mehr als vermeintlich rechtssicherem, die Patientenautonomie verlässlich

sichernden Einmalakt,<sup>26</sup> sondern eingebettet in einen permanenten strukturierten Prozess des „advanced care planning“<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Zur Kritik am Instrument und an der geltenden Rechtslage zur Patientenverfügung zuletzt eingehend *Duttge*, in: Jahrbuch der Juristischen Gesellschaft Bremen, 2014 [im Erscheinen].

<sup>27</sup> Dazu eingehend die Beiträge in: *Coors/Jox/in der Schmitten* (Hrsg.), *Advance Care Planning: Neue Wege der gesundheitlichen Vorausplanung*, 2015 [im Erscheinen].

## Bürgerliches Recht. Internationales Privatrecht

Die Entscheidung des BGH behandelt mehrere interessante Fragen der Prozessaufrechnung in einem Fall mit Auslandsbezug. Peter Mankowski (JZ 2015, 50) bedauert, dass der Senat erneut offengelassen hat, ob am Erfordernis der Zuständigkeit des Gerichts zur Entscheidung über die Aktivforderung festzuhalten ist. Hinsichtlich der Frage der Qualifikation des Liquiditätserfordernisses nach italienischem Recht sei zwar das Ergebnis, nicht aber der Ausgangspunkt der Begründung beifalls würdig.

CISG Art. 1, Art. 4; Rom I-VO Art. 4, Art. 17, Art. 19; Brüssel I-VO Art. 6; BGB §§ 387, 390; EGBGB Art. 3; ZPO §§ 293, 322; Codice civile Art. 1242, Art. 1243.+

a) Bei Sachverhalten mit einer Verbindung zum Recht eines ausländischen Staates unterliegt die Aufrechnung gemäß Art. 17 Abs. 1 Rom I-VO der für die Hauptforderung berufenen Rechtsordnung mit der Folge, dass das Vertragsstatut der Hauptforderung auch über die Voraussetzungen, das Zustandekommen und die Wirkungen der Aufrechnung entscheidet. Das ist bei einer Aufrechnung gegen eine Forderung aus einem Kaufvertrag, der dem einheitlichen UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG) unterfällt, das unvereinlichte Recht des Staates, nach dessen Recht der Kaufvertrag ohne Eingreifen des Übereinkommens zu beurteilen wäre (Bestätigung des Senatsurteils v. 23. 6. 2010 – VIII ZR 135/08 = WM 2010, 1712 Rn. 24, insoweit in BGHZ 186, 81 nicht abgedruckt).

b) Über eine nach dem anwendbaren ausländischen Recht als prozessrechtlich zu qualifizierende Aufrechnungsvoraussetzung ist ungeachtet der Frage, ob das deutsche Prozessrecht zu deren Feststellung eine damit übereinstimmende prozessuale Norm bereithält, in einem vor deutschen Gerichten geführten Prozess nach deutschem Recht unter Anwendung des nach den Regeln des Internationalen Privatrechts für das streitige Rechtsverhältnis maßgeblichen ausländischen Rechts zu entscheiden. Danach kann eine prozessuale Aufrechnungsvoraussetzung des ausländischen Rechts wie eine materiell-rechtliche Vorschrift angewendet werden, wenn sie in ihrem sachlich-rechtlichen Gehalt den in §§ 387 ff. BGB als Teil des materiellen Rechts geregelten deutschen Aufrechnungsvoraussetzungen gleichkommt (Fortführung des Senatsurteils v. 9. 6. 1960 – VIII ZR 109/59 = NJW 1960, 1720 unter II 1).

BGH, Urteil v. 14. 5. 2014 – VIII ZR 266/13 (OLG Karlsruhe in Freiburg).

Die in Italien ansässige Klägerin und die in Deutschland ansässige Beklagte gehören einer auf unterschiedliche Staaten verteilten Gruppe von sechs Unternehmen an, die unter dem gemeinsamen Firmenkern und der Marke „M.“ weltweit Kaffeeprodukte vertreiben und auf Gesellschafterwie auf Geschäftsführerebene miteinander verbunden sind. Eines dieser Unternehmen ist die in Dubai ansässige M. General Trading LLC (im

<sup>21</sup> Damit in gewissem Widerspruch steht jedoch *BGH* JZ 2015, 39, 41 Rn. 19, wodurch sich Betreuer und behandelnder Arzt geradezu ermuntert sehen dürften, selbst bei bestehendem Einvernehmen einen Antrag auf betreuungsgerichtliche Genehmigung zu stellen.

<sup>22</sup> Vgl. § 1904 Abs. 4 BGB: „...dem nach § 1901a festgestellten Willen des Betreuten entspricht“.

<sup>23</sup> Beispiel: *BGH* NJW 2011, 161 ff.

<sup>24</sup> Zur Bedeutung des „Systemdenkens“ (am Beispiel der Strafrechtsdogmatik) treffend *Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. I, 4. Aufl. 2006, § 7 Rn. 38 ff. (m. w. N.).

<sup>25</sup> Das Recht hat gerade hinsichtlich des Medizinalsystems keineswegs nur orientierungssicherndes, sondern auch vertrauenszerstörendes Potential; dazu näher *Duttge/Er/Fischer*, in: *Steinfath/Wiesemann* u. a. (Hrsg.), *Autonomie und Vertrauen in der modernen Medizin*, 2015 [in Vorbereitung].