

Einstellung der Ernährung mittels einer Magensonde (PEG) bei einem nicht einwilligungsfähigen Betreuten: Behandlungsabbruch genehmigungspflichtig – ja oder nein?

Der Fall:

Ein am 01.04.1931 geborener Mann erlitt am 29.11.2000 infolge eines Myocardinfarktes einen hypoxischen Hirnschaden im Sinne eines apallischen Syndroms. Seitdem ist eine Kontaktaufnahme mit ihm nicht möglich und er wird über eine PEG-Sonde ernährt. Durch Beschluss vom 18.01.2001 bestellte das Amtsgericht (AG) Lübeck den Sohn des Betroffenen zum Betreuer mit dem Aufgabenkreis: Sorge für die für die Gesundheit, Vertretung gegenüber Behörden, Versicherungen und Einrichtungen (z.B. Heimen) sowie Postangelegenheiten (Az.: 4 XVII 7591 M). Es hat die Betreuung am 18.12.2001 verlängert. Mit Schreiben vom 8.04.2002 beantragte der Betreuer beim AG Lübeck, „die Ernährung über die PEG-Sonde einzustellen“, da eine Besserung des Zustandes des Betroffenen nicht zu erwarten sei. Ehefrau und Tochter des Betroffenen stimmten dem Antrag zu. Der Betreuer wies auf eine vom Betroffenen am 27.11.1998 unterzeichnete Patientenverfügung hin. Darin heißt es:

„Für den Fall, dass ich zu einer Entscheidung nicht mehr fähig bin, verfüge ich: Im Fall meiner irreversiblen Bewusstlosigkeit, schwerster Dauerschäden meines Gehirns oder des dauernden Ausfalls lebenswichtiger Funktionen meines Körpers oder im Endstadium einer zum Tode führenden Krankheit, wenn die Behandlung nur noch dazu führen würde, den Vorgang des Sterbens zu verlängern, will ich:

- keine Intensivbehandlung,
- Einstellung der Ernährung,
- nur angst- oder schmerzlindernde Maßnahmen, wenn nötig
- keine künstliche Beatmung,
- keine Bluttransfusion,
- keine Organtransplantation,
- keinen Anschluss an eine Herz-Lungen-Maschine.

Meine Vertrauenspersonen sind ...(es folgen die Namen der Ehefrau, der Tochter und des Sohnes).
Meine Verfügung wurde bei klarem Verstand und in voller Kenntnis der Rechtslage unterzeichnet.“

Das AG Lübeck hat den Antrag mangels einer Rechtsgrundlage abgelehnt. Das Landgericht (LG) Lübeck hat die hiergegen gerichtete Beschwerde des Betreuers mit Beschluss vom 25.06.2002 - 7 318/02 (93) - zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluss richtete sich die weitere Beschwerde des Betreuers vom 09.09.2002, die mit Beschluss des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts (OLG) in Schleswig vom 12.12.2002 - 2 W 168/02 - dem Bundesge-

richtshof (BGH) zur Entscheidung vorgelegt wurde.

Entscheidungsgründe:

Die weitere Beschwerde sei zwar unbegründet. Für eine Zurückweisung des Rechtsmittels seien jedoch das Urteil des BGH vom 13.09.1994 - 1 StR 357/94 - (NJW 1995, 204) sowie die auf weitere Beschwerde ergangenen Beschlüsse des OLG Frankfurt vom 20.11.2001 - 20 W 419/01 (FamRZ 2002, 575; vgl. bereits Beschluss vom 15.07.1998 - 20 W 224/98 NJW 1998, 2747) und des OLG Karlsruhe vom 29.10.2001 - 19 Wx 21/01 (FamRZ 2002, 488) hinderlich. Die Sache sei demnach dem BGH nach § 28 Abs. 2 FGG vorzulegen.

Das LG habe seine Entscheidung im Wesentlichen damit begründet, dass die beantragte vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der Einwilligung des Betreuers in eine Einstellung der Ernährung mittels einer Magensonde bei einem nicht mehr einwilligungsfähigen Betreuten mangels gesetzlicher Grundlage nicht erteilt werden könne. Insbesondere sei entgegen der Auffassung der genannten Gerichte und eines Teils der einschlägigen Literatur § 1904 Abs. 1 BGB nicht analog anwendbar. Es fehle bereits an einer planwidrigen Regelungslücke. Aus den Gesetzesmaterialien ergebe sich, dass dem Gesetzgeber die Problematik der Sterbehilfe bewusst gewesen sei. Dass er gleichwohl nichts geregelt habe, spreche dafür, dass er eine gesetzliche Regelung nicht gewollt habe und dies auch nicht Rechtsprechung und Literatur habe überlassen wollen. Die nicht zum Betreuungsrecht ergangene Entscheidung des BGH vom 13.09.1994 sei nicht geeignet, eine solche Regelung entbehrlich zu machen. Ferner verbiete sich eine analoge Anwendung, weil eine Regelung durch den Gesetzgeber angesichts der Bedeutung der Entscheidung über Leben und Tod im Spannungsfeld zwischen Selbstbestimmungsrecht und Schutzpflicht für das menschliche Leben verfassungsrechtlich nach Art. 2 Abs. 2 GG zwingend geboten sei. Weiter eigne sich § 1904 Abs. 1 BGB nach Sinn und Zweck nicht zur entsprechenden Anwendung auf die Einwilligung in einen zum Tode führenden Behandlungsabbruch, weil diese Vorschrift einen lebenserhaltenden Heileingriff zum Gegenstand habe. Auch handele es sich bei der Einwilligung in einen Behandlungsabbruch faktisch um die Verweigerung der Einwilligung in eine Weiterbehandlung, die von vornherein - wie die anfängliche Versagung der Einwilligung - nicht genehmigungsbedürftig sei. Soweit hinsichtlich der Genehmigungsbefähigung allgemein auf die Tragweite der Entscheidung abgestellt werde, sei dem entgegenzuhalten, dass der Gesetzgeber in Kenntnis des Problems in den Ausnahmenvorschriften der §§ 1904 bis 1907 BGB einen Kanon mit gesetzlich genau umschriebenen Voraussetzungen geschaffen habe. Eine analoge Anwendung des § 1904 Abs. 1 BGB scheitere letztlich daran, dass die verfahrensrechtlichen und materiellrechtlichen Voraussetzungen einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung im Einzelnen völlig ungeklärt und auch unter den Befürwortern dieser Lösung umstritten seien. Insbesondere sei es bedenklich, bei der Ermittlung des Willens des Betroffenen - wie vom BGH hervorgehoben - auf Kriterien zurückzugreifen, die „allgemeinen Wertvorstellungen“ entsprechen. Nach allem würden sich Gerichte eine Entscheidungskompetenz anmaßen, die allein dem Gesetzgeber obliege.

Die angefochtene Entscheidung sei rechtsfehlerfrei (§§ 27 FGG, 546 ZPO). Allerdings bestehe Übereinstimmung mit den Entscheidungen der OLG Frankfurt

und Karlsruhe dahingehend, dass für den Behandlungsabbruch bei nicht einwilligungsfähigen Betroffenen die Bestellung eines Betreuers und dessen Einwilligung erforderlich sei. Bei der Einwilligung in den Behandlungsabbruch handele es sich um eine Angelegenheit des Betroffenen im Sinne des § 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB, die dieser nicht selbst besorgen könne. Diese Angelegenheit sei nicht höchstpersönlich. Denn ohne Betreuer ließe sich das dem nicht einwilligungsfähigen Betroffenen zustehende Selbstbestimmungsrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG in Bezug auf die aktuelle Beendigung der Behandlung rechtlich nicht verwirklichen. Die Einwilligung unterfalle auch dem Aufgabenkreis der „Gesundheitsfürsorge“. Dieser Aufgabenkreis umfasse *alle* im Bereich der medizinischen Behandlung anstehenden Entscheidungen, auch wenn eine Wiederherstellung der Gesundheit nicht mehr zu erreichen sei. Das gelte etwa auch für die Versagung der Einwilligung in eine Operation, durch die der sicher in Kürze bevorstehende Tod für den Betroffenen nur unwesentlich hinausgeschoben würde. Eine rechtliche Grundlage für eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung einer solchen Einwilligung des Betreuers sei - wie das LG Lübeck in jeder Hinsicht zutreffend ausgeführt habe - entgegen insbesondere der Auffassung des BGH und der OLG Frankfurt und Karlsruhe nicht gegeben. Das Gesetz sehe diese Genehmigung nicht vor. Für die Ausfüllung einer Gesetzeslücke im Wege der Analogie einschließlich des *argumentum a maiore ad minus* (erstrecht-Argumentation) oder der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung sei kein Raum. Gemessen am Standpunkt des Gesetzes selbst, der ihm zu Grunde liegenden Regelungsabsicht und der mit ihr verfolgten Zwecke im Wege der historischen und teleologischen Auslegung fehle es bereits an einer „planwidrigen Unvollständigkeit“ des Gesetzes. Es sei davon auszugehen, dass der Gesetzgeber das gesamte Betreuungsrecht im Betreuungsgesetz vom 12.09.1990 abschließend habe regeln wollen und auch geregelt habe. Dabei habe er den Fall eines zum Tode führenden Abbruchs einer lebenserhaltenden Maßnahme bei einem einwilligungsunfähigen Betreuten bedacht. Dieses folgt aus den Gesetzesmaterialien. So heiße es in der BT-Drucksache 11/4528 S. 142 zu § 1904 E BGB:

Der Betreuer hat auch hier Wünschen des Betreuten, nur auf eine bestimmte Art behandelt oder *überhaupt nicht behandelt zu werden*, zu entsprechen, soweit dies dessen Wohl nicht zuwiderläuft und dem Betreuer zuzumuten ist (§ 1901 Abs. 2 Satz 1). Der grundsätzliche Willensvorrang des Betreuten auch im Bereich der Heilbehandlung und der genannten Maßnahmen hat z.B. zur Folge, dass der Betreuer den Wunsch eines nicht einwilligungsfähigen Betreuten auch dann zu beachten hat, wenn dieser darauf gerichtet ist, *in der letzten Lebensphase nicht sämtliche denkbaren lebens-, aber auch schmerzverlängernden medizinischen Möglichkeiten einzusetzen*.

Es unterliege keinem Zweifel, dass die künstliche Ernährung mit einer PEG-Sonde zu den erwähnten „medizinischen Möglichkeiten“ rechnet und sich der Gesetzgeber der mit einem zum Tode führenden Behandlungsabbruch zusammenhängenden rechtlichen Problematik bewusst war. Gleichwohl habe er diesen Fall nicht in den „Kanon“ der *ausnahmsweise* einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürftigen Maßnahmen der §§ 1904 bis 1907 BGB aufgenommen. Das sei auch nicht im Betreuungsrechtsänderungsgesetz vom 25.06.1998 erfolgt, obgleich die wissenschaftliche Diskussion über das Erfordernis einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung anlässlich des genann-

ten BGH-Urteils vom 13.09.1994 bereits bestanden habe, und das Änderungsgesetz nicht nur kosteneinsparende Regelungen zum Gegenstand gehabt habe, sondern zum Beispiel den § 1904 BGB um den Abs. 2 ergänzte. In den Bundestagsanhörungen von 1995 zur Bioethikkonvention des Europarates und zum Transplantationsgesetz / Hirntodproblem seien sich die Sprecher aller Parteien und sämtliche Sachverständige darin einig gewesen, dass der Lebensschutz und die Menschenwürde der Apalliker garantiert sei und es nicht den geringsten Entscheidungsbedarf gebe. Die Konferenz der Landesjustizminister / innen vom Juni 1999 in Baden-Baden habe in einem Beschlussvorschlag die damalige Bundesjustizministerin gebeten, durch eine Änderung des Wortlauts des § 1904 BGB *klarzustellen*, dass diese Vorschrift auf Fälle der „passiven Sterbehilfe“ (vorliegend im weiteren Sinn) nicht analog anwendbar sei. Das alles rechtfertige den Schluss, dass der Gesetzgeber eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung bis auf weiteres weder beabsichtigte noch deren Prüfung ihres Erfordernisses einer vermeintlichen Lückenausfüllung durch die Rechtsprechung überlassen wollte. Insoweit könne das Urteil des BGH vom 13.09.1994 nicht - auch nicht aus der Sicht des Gesetzgebers - als Gesetzesersetzende Regelung gewertet werden, die einer Tätigkeit des Gesetzgebers entgegenstehe. Das Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung wurde dort im Zusammenhang mit Rechtfertigungsgründen aus strafrechtlicher Sicht - wenn auch nicht als obiter dictum, weil das Urteil darauf beruhte - so doch mit kurzer Begründung und ohne die für das Betreuungsrecht notwendige Vertiefung abgehandelt. Diese Entscheidung werde ferner allgemein zutreffend so verstanden, dass - abgesehen von einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung - bereits die mutmaßliche Einwilligung des Betreuten in den Behandlungsabbruch Rechtfertigungsgrund sei. Die von der Gegenmeinung zur Erkundung der Auffassung des Gesetzgebers erwähnte Antwort der damaligen Bundesregierung auf die Anfrage des Abgeordneten Hubert Hüppe, ob ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf hinsichtlich § 1904 BGB erkennbar geworden sei:

„Die Entscheidung des OLG Frankfurt wirft danach nicht nur tiefgreifende juristisch-ethische Fragen, sondern auch vielfältige forensisch-praktische Probleme auf, die einer gründlichen Aufarbeitung bedürfen, bevor die Frage nach der Notwendigkeit einer gesetzgeberischen Maßnahme durch die Bundesregierung beantwortet werden kann“ (vgl. Eberbach, MedR 2000, 267),

beantworte die Anfrage nicht und sei in Bezug auf eine „planwidrige Gesetzeslücke“ unergiebig. Im Ergebnis könne ein „beredtes Schweigen“ des Gesetzgebers im Sinne einer Ablehnung eines Genehmigungserfordernisses gesehen werden.

Jedenfalls sei § 1904 Abs. 1 BGB nicht geeignet, eine Gesetzeslücke zu begründen oder zu schließen. Die eigentliche Rechtfertigung eines Analogieschlusses oder des *argumentum a majore ad minus* liege in dem Gebot der Gerechtigkeit, wertungsmäßig gleichliegende Tatbestände gleich zu behandeln, sofern nicht ihre ungleiche Behandlung aus guten Gründen vom Gesetz angeordnet oder aus besonderen Gründen gerechtfertigt sei. Entgegen der Auffassung des OLG Frankfurt und des OLG Karlsruhe seien die in § 1904 Abs. 1 BGB geregelten Tatbestände wertungsmäßig dem hier behandelten Fall des Behandlungsabbruchs in entscheidenden Beziehungen nicht gleich.

Zunächst gehe es in § 1904 Abs. 1 BGB um die Genehmigung einer Einwilligung des Betreuers in ärztliche Maßnahmen, die unter Abwägung der Risiken darauf gerichtet seien, die Gesundheit des Betreuten wiederherzustellen, ihn also am *Leben zu erhalten*, während die Genehmigung der Einwilligung in einen Behandlungsabbruch auf die *Lebensbeendigung* des Betreuten abziele. Diese Ziele stünden nicht in einem Verhältnis von „weniger“ und „mehr“ (Quantität), vielmehr habe die absichtliche Lebensbeendigung eine andere Qualität (*aliud*), die wegen ihrer herausragenden Bedeutung auch einer besonderen rechtlichen Würdigung und Behandlung bedürfe. So gebe es deswegen gute Gründe, vom Erfordernis einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung abzusehen und die Ermittlung und den Vollzug des Willens des Betreuten - und nur darum geht es unter der Prämisse seiner Selbstbestimmung - dem Betreuer in Verbindung mit den Familienangehörigen und den behandelnden Ärzten zu überlassen. Ein schwerfälliges und zeitraubendes gerichtliches Verfahren, das über die Bestellung eines Betreuers hinaus in die private Sphäre der Familie eingreife, müsste sich ohnehin auf die Auskünfte der Genannten stützen, die den Betreuten kennen und bei denen grundsätzlich davon auszugehen sei, dass sie verantwortlich und zuverlässig handeln. Der mit einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (auch) verfolgte Schutz Dritter vor einer Strafverfolgung werde durch den Rechtfertigungsgrund der (mutmaßlichen) Einwilligung gewährleistet, der in der höchstrichterlichen Rechtsprechung abgesichert sei und dessen Voraussetzungen sich in seltenen zweifelhaften Einzelfällen auch nachträglich ermitteln ließen. Weiter fehle es an der wertungsgemäßen Gleichheit der zu vergleichenden Tatbestände, weil die in § 1904 Abs. 1 BGB geregelte Genehmigung eine Einwilligung zum Gegenstand habe, die ein ärztliches Tun betreffe, während hier die „Einwilligung“ in ein ärztliches Unterlassen gefordert sei, denn bei der gebotenen wertenden Betrachtung stehe das Unterlassen weiterer Nahrungszufuhr im Vordergrund. Genaugenommen handele es sich auch nicht um eine Einwilligung des Betreuers, sondern - bei erteilter Einwilligung in das Legen einer PEG - um deren Widerruf oder sonst um die Verweigerung der Einwilligung in die Weiterbehandlung. § 1904 Abs. 1 BGB habe weder ein Unterlassen des Arztes, noch den Widerruf oder die Verweigerung einer Einwilligung des Betreuers zum Gegenstand, diese Tatbestände seien vielmehr nach dieser Vorschrift genehmigungsfrei.

Diesen Ausführungen zur fehlenden Gleichwertigkeit könne nichts entgegengesetzt werden, beiden Tatbeständen sei jedenfalls „die Schwere des Eingriffs“ gemeinsam. Zwar möge dies zutreffen, indessen sei dies der „kleinste gemeinsame Nenner“, dem der Mangel anhafte, dass er die entscheidenden Unterschiede - wie ausgeführt - und auch den grundsätzlich abschließenden „Kanon“ der gesetzlich vorgesehenen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungen und ihre jeweils individuellen Regelungen außer Acht lasse. Eine solche Argumentation könne zur beliebigen Vermehrung der Genehmigungstatbestände führen. Selbst, wenn eine Gesetzeslücke anzunehmen wäre, so wäre die Ergänzung durch Gerichte vorliegend ausgeschlossen, weil auch die staatliche Mitwirkung bei einem auf die Lebensbeendigung eines Menschen (Art. 2 Abs. 2, 19 Abs. 1 GG) gerichteten Verhalten so wesentlich sei, dass sie der Regelung durch den Gesetzgeber bedürfte. Hinzu komme, dass die verfahrensrechtlichen und materiellrechtlichen Voraussetzungen einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmi-

gung angesichts der schwerwiegenden Folgen genauer und einheitlicher Regelung bedürften, die nur gesetzlich möglich und durch gerichtliche Lückenfüllung nicht gewährleistet sei. Der Auffassung der Gegenmeinung, die sachlichrechtlichen Kriterien einer Genehmigung seien gesichert und diese sei nunmehr auf ein verlässliches justizförmiges Verfahren gestellt, könne nicht gefolgt werden. Schon unter den Vertretern dieser Auffassung bestehe im einzelnen Streit. Das gelte insbesondere für die Frage, ob ein Sachverständigengutachten einzuholen sei, und ob dann, wenn sich bei der Prüfung Umstände für die Feststellung des individuellen mutmaßlichen Willens des Betreuten nicht finden lassen, „auf Kriterien zurückgegriffen werden müsse, die *allgemeinen Wertvorstellungen* entsprechen“. Solche „Kriterien“ dürften geeignet sein, die Meinung zu fördern, im Vormundschaftsrichter „den Richter über Leben und Tod“ zu sehen, oder „den Schritt in die andere Republik“ befürchten zu lassen. Ferner mache ein insoweit möglicherweise religiös oder sonst ethisch beeinflusstes „Kriterium“ die Entscheidung des gesetzlichen – und damit unentrinnbaren – Richters unberechenbar.

Letztlich wäre die Ausfüllung einer gesetzlichen Lücke nicht dringlich, sondern ein Warten auf eine gesetzliche Regelung zumutbar und geboten, weil – wie dargelegt – das Problem außergerichtlich zufriedenstellend behandelt werden könne.

Aus den vorerwähnten Gründen sei die weitere Beschwerde eigentlich zurückweisen. Die Abweichung von der Auffassung der eingangs genannten Gerichte zur Frage, ob § 1904 Abs. 1 BGB auf die Beendigung einer lebenserhaltenden Maßnahme bei einem nicht einwilligungsfähigen Betreuten entsprechend anwendbar sei, sei erheblich. Würde dieser Auffassung gefolgt, so müsste dem Antrag des Betreuers unter Änderung der angefochtenen Entscheidung gefolgt oder zumindest die angefochtene Entscheidung aufgehoben und die Sache zur weiteren Aufklärung – Ermittlung der Einwilligung des Betroffenen – zurückverwiesen werden.

Beschluss des Schleswig-Holsteinischen OLG vom 12.12.2002 – 2 W 168/02 –

Werner Schell

<http://www.gesetzeskunde.de>

<http://www.pflegerechtportal.de>