

Claudia Beetz

Stellvertretung als Instrument der Sicherung und Stärkung der Patientenautonomie

Ein Beitrag zur Komplementarität von Zivil- und Sozialrecht

Recht und Medizin

Herausgegeben von den Professoren
Dr. Erwin Deutsch, Dr. Bernd-Rüdiger Kern, Dr. Adolf Laufs, Dr. Hans Lilie,
Dr. Andreas Spickhoff, Dr. Hans-Ludwig Schreiber

Bd./Vol. 115

Claudia Beetz

Stellvertretung als Instrument der Sicherung und Stärkung der Patientenautonomie

Ein Beitrag zur Komplementarität von Zivil- und Sozialrecht

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.

Zugl.: Halle-Wittenberg, Univ., Diss., 2011

Umschlaggestaltung:

© Olaf Gloeckler, Atelier Platen, Friedberg

Gedruckt mit Unterstützung
der Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf.

3

ISSN 0172-116X

ISBN 978-3-653-02853-9 (E-Book)

DOI 10.3726/978-3-653-02853-9

ISBN 978-3-631-63295-6 (Print)

© Peter Lang GmbH

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Frankfurt am Main 2013

Alle Rechte vorbehalten.

PL Academic Research ist ein Imprint der Peter Lang GmbH

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

www.peterlang.de

Für Yaneck und Lena

Vorwort

Die vorliegende Dissertationsschrift wurde durch die Juristische und wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Martin Luther Universität Halle-Wittenberg als Dissertation angenommen und im November 2011 verteidigt. Nach einer Überarbeitung berücksichtigt diese im Wesentlichen die Rechtsprechung und Literatur bis September 2012.

Ich möchte mich für die vielfältige Unterstützung bei meinem Promotionsverfahren, aber auch während meiner langjährigen Tätigkeit an seinem Lehrstuhl bei meinem Doktorvater Prof. Dr. Wolfhard Kohte bedanken. Die Zeit am Lehrstuhl hat mich sowohl in meiner juristischen Arbeitsweise als auch persönlich sehr beeinflusst und die Bearbeitung dieses Themas ermöglicht. Ein besonderer Dank gebührt dem Zweitgutachter meiner Dissertation, Prof. Dr. Thomas Wagenitz für die Erstellung des Zweitgutachtens und die anregende Diskussion bei der Verteidigung.

Zu danken ist meiner Kollegin Stefanie Porsche, für das intensive Korrekturlesen der Arbeit. Eine wichtige Stütze waren ebenfalls meine Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl, mit denen ich aufkommende Fragen zu jeder Zeit diskutieren konnte. Über die fachlichen Fragen hinaus, hatte dieser Kreis immer ein offenes Ohr für Hilfestellungen aller Art. Ohne die verständnisvollen Kolleginnen und Kollegen wäre der Abschluss dieser Dissertation nicht möglich gewesen.

Der Hans-Böckler-Stiftung möchte ich für die finanzielle aber auch die ideelle Förderung während der Erarbeitung der Dissertation und bei der Veröffentlichung dieses Buches danken.

Eine besondere Rolle bei der Erstellung dieser Arbeit kommt meiner Familie zu. Ich möchte ihr für die Geduld und Toleranz während der langen Zeit danken. Besonders nennen möchte ich meine Eltern, bei denen ich immer Verständnis und Unterstützung gefunden habe. Sie haben nicht nur die Arbeit Korrektur gelesen, sondern durch Ihre Hilfsbereitschaft insbesondere auch durch die regelmäßige Betreuung meiner Kinder dieses Buch möglich gemacht.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
A Rahmenbedingungen der Gesundheitsorge	19
I. Entscheidungskompetenz der Patientinnen und Patienten in Gesundheitsangelegenheiten	21
1. Einwilligungsfähigkeit	22
2. Feststellung der Einwilligungsfähigkeit	23
3. Aufklärung	24
II. Antizipierte Behandlungsentscheidung durch den Patienten oder die Patientin	24
B Rechtliche Stellvertretung zur Sicherung der Patientenautonomie – Thesen	27
I. Betreuung	30
II. Gesetzliche Vertretungsmacht für nahe Angehörige	31
III. Vorsorgevollmacht	31
C Stärkung der Vorsorgevollmacht und damit der Patientenautonomie	32
I. Zivilrechtliche Stärkung	32
II. Sozialrechtliche Stärkung	34
D Zusammenfassende Thesen	37
Kapitel 1 Staatliche Fürsorge	39
A Einrichtung der Betreuung	42
B Autonomie der betreuten Person	43
I. Maßstab des Betreuerhandelns nach § 1901 BGB	45
1. Wohl der betreuten Person nach § 1901 Abs. 2 BGB	45
2. Wünsche der betreuten Person	47

3. Mutmaßlicher Wille	49
4. Grenzen der Wunscherfüllungspflicht	50
a) Zumutbarkeit	50
b) Das begrenzende Wohl	50
5. Keine vorliegenden Behandlungswünsche	57
6. Zusammenfassung	60
II. Neuregelungen durch das 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetz	61
1. Vorliegen einer Patientenverfügung	61
2. Behandlungswünsche nach § 1901 a Abs. 2 BGB	64
3. Mutmaßlicher Wille nach § 1901 a Abs. 2 BGB	65
4. Allgemeines Verfahren zur Feststellung des Patientenwillens nach § 1901 b BGB	66
5. Keine vorliegenden Behandlungswünsche	67
6. Konsequenzen	67
C Schutz der betreuten Person	68
I. Genehmigung gem. § 1904 Abs. 1 und 2 BGB	69
1. Rechtslage vor dem 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetz	69
2. Voraussetzungen der Genehmigungspflicht nach § 1904 Abs. 1, Abs. 2 BGB n. F.	71
3. Maßstab der Genehmigung	72
4. Ausnahmen von der Genehmigungspflicht	73
a) Einigkeit von Arzt/Ärztin und Betreuer in Bezug auf den Patientenwillen	73
b) Umsetzung einer Patientenverfügung	75
c) Bestehende Gefahr bei Aufschub der Maßnahme nach § 1904 Abs. 1 BGB n.F.	76
5. Konsequenzen	77
II. Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts für die Gesundheitsorge?	77
D Einstweilige Maßregeln des Betreuungsgerichts – Eilentscheidungen gem. § 1846 BGB	78
E Betreuungsverfügung	79

F	Fazit	79
Kapitel 2: Gesetzliche Vertretungsmacht für nahe Angehörige		81
A	Vorschläge zur Einführung einer gesetzlichen Vertretungsmacht für nahe Angehörige	82
I.	Regelungsvorschläge der Bund-Länder-Arbeitsgruppe	83
II.	Gesetzentwurf des Bundesrates BT Drs. 15/2494	84
B	Einführung einer gesetzlichen Vertretungsmacht für nahe Angehörige	85
I.	Statistische Verankerung einer gesetzlichen Vertretung für nahe Angehörige	86
1.	Bestehen einer Sozialnorm	87
2.	Einsparpotenzial	88
a)	Familiäre Verhältnisse und Pflege durch Familienangehörige	90
b)	Gründe der Einrichtung von Betreuungen	92
c)	Besonderheiten der familiären Wahrnehmung von Entscheidungskompetenzen	92
d)	Zwischenfazit	96
II.	Familienrechtliche Verankerung	97
1.	Ehegatten	99
a)	§ 1353 BGB	99
b)	§ 1357 Abs. 1 S. 1 BGB	100
2.	Sonstige Verwandte	101
3.	Zwischenfazit	102
III.	Ausgestaltung der Vertretungsmacht	104
IV.	Eingriff in verfassungsrechtlich geschützte Positionen	106
1.	Allgemeine Handlungsfreiheit, Selbstbestimmung, Persönlichkeitsrecht	106
2.	Rechtfertigung	107
C	Fazit	112

Kapitel 3	Private Vorsorge	113
A	Vorsorgevollmacht	113
I.	Dogmatische Einordnung	115
II.	Grundverhältnis der Vollmacht	119
	1. Gefälligkeitsverhältnis	121
	2. Auftrag/Geschäftsbesorgungsvertrag/Dienstvertrag	122
B	Betreuungsvermeidung	123
I.	Wirksamkeit der Vollmacht	124
	1. Geschäftsfähigkeit - Einwilligungsfähigkeit	124
	2. Form der Vollmacht	127
	a) Besondere Anforderungen des § 1904 Abs. 5 Satz 2 BGB	128
	b) Empfehlung der Schriftform	129
	c) Hinterlegungsmöglichkeiten	129
	d) Notarielle Beurkundung	130
	e) Kompetenzen der Betreuungsbehörden	130
	3. Besondere Wirksamkeitsvoraussetzung nach § 1904 Abs. 5 BGB	131
	4. Bestimmung des Vorsorgefalls	132
	5. Wirksamkeit über den Wegfall der Geschäftsfähigkeit hinaus	134
	6. Kein Erlöschen	134
	a) Widerruf	134
	b) Erlöschen des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts	135
	c) Rechtsfolgen der fehlenden Vollmacht	135
II.	Umfang der Vertretungsmacht	136
III.	Maßstab für Handlungen des Bevollmächtigten	137
	1. Regelungen im Innenverhältnis	137
	a) Ausdrückliche Weisungen nach § 665 BGB	138
	b) Unzumutbare und unwirksame Weisungen	139
	2. Fehlende Weisungen	140
	3. Neuregelungen für die Entscheidung in der Gesundheitssorge	141
	a) Vorliegen einer Patientenverfügung	142

b) Entscheidungskompetenz des Bevollmächtigten nach § 1901 a Abs. 2 BGB	142
4. Allgemeines Verfahren zur Feststellung des Patientenwillens nach § 1901 b BGB	143
5. Fazit - Gestaltungsmöglichkeiten des Vollmachtgebers	144
IV. Schutzmechanismen	145
1. Anforderungen des § 1904 Abs. 5 Satz 2 BGB an die Vollmachtserteilung	145
a) Gesetzesbegründung	146
b) Auslegung	148
c) Vergleichbare Vorschriften	150
aa) Arzneimittelgesetz/Medizinproduktegesetz	150
bb) Transplantationsgesetz	152
cc) § 492 Abs. 4 BGB	153
d) Stellungnahme	155
2. Genehmigungsvorbehalt nach § 1904 Abs. 5 BGB	156
3. Kontroll-, Vollmachts- oder Überwachungsbetreuer	159
4. Fazit	162
V. Rechtsdienstleistung	164
1. Vorliegen einer Rechtsdienstleistung	164
2. Unentgeltliche Rechtsdienstleistung	165
VI. Prozessuale Rechte des Bevollmächtigten	166
VII. Auswahl der Vertretungsperson	167
1. § 1896 Abs. 2 i. V. m. § 1897 Abs. 3 BGB	167
2. Persönliche Eignung	168
C Fazit	169
Kapitel 4 Zivilrechtliche Stärkung durch organisatorisch-prozedurale Maßnahmen	173
A Bisherige Maßnahmen zur Stärkung der Vorsorgevollmacht	175

I.	Beratungskompetenzen der Betreuungsvereine	178
1.	Planmäßige Information über Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen - § 1908 f Abs. 1 Nr. 2 a BGB	178
2.	Beratung des Vorsorgebevollmächtigten - § 1908 f Abs. 1 Nr. 2 BGB	179
3.	Beratung bei der Errichtung von Vorsorgevollmachten - § 1908 f Abs. 4 BGB	180
II.	Beratung durch die Betreuungsbehörden	180
III.	Wahrnehmung dieser Beratungsangebote	181
B	Weitere Überlegungen zur Stärkung der Vorsorgevollmacht	182
I.	Einschränkung des Genehmigungsvorbehaltes	184
II.	Angleichung der Handlungskompetenzen an die des Betreuers	186
III.	Wirksamkeit	186
IV.	Beratung	187
1.	Beratung bei der Errichtung von Vorsorgeverfügungen	187
2.	Organisatorisch-prozedurale Beratung der Entscheidungsträger	188
C	Weitergehende, nicht umgesetzte Vorschläge	190
D	Fazit	191
Kapitel 5 Sozialrechtliche Unterstützung		195
A	Sozialrechtliche Beratungs-, Informations- und Unterstützungsansprüche	196
I.	Allgemeine sozialrechtliche Beratungs- und Informations-, aber auch Unterstützungspflichten	198
1.	Betreuungspflichten	198
2.	Allgemeine Informationsansprüche nach §§ 13 ff. SGB I	201
a)	Aufklärung gem. § 13 SGB I	202
b)	Beratung gem. § 14 SGB I	202
c)	Auskunft gem. § 15 SGB I	204

3. Zwischenfazit	205
II. Besondere sozialrechtliche Beratungs- und Informations-, aber auch Unterstützungspflichten	205
1. Versorgungsmanagement gem. § 11 Abs. 4 SGB V	206
2. Beratung und Unterstützung bei der Rehabilitation	207
a) Beratung und Unterstützung durch die Gemeinsamen Service- stellen - § 22 SGB IX	207
b) Beratung bei der Inanspruchnahme eines persönlichen Budgets (Budgetassistenz)	210
c) Beratung nach § 26 Abs. 3/§ 33 Abs. 6 SGB IX	214
3. Beratung und Unterstützung bei Pflegebedarf	215
a) Pflegeberatung nach § 7 SGB XI	215
aa) Inhalt der Beratungspflicht	215
bb) Berechtigter Personenkreis	216
b) Pflegeberater nach § 7 a SGB XI	217
aa) Aufgaben der Pflegeberater	217
bb) Umfang der Pflegeberatung	218
cc) Umsetzung	218
c) Beratungsgutscheine zur Absicherung der Pflegeerstberatung	220
d) Pflegeberatung bei Inanspruchnahme von Pflegegeld - § 37 SGB XI	220
4. Zwischenfazit	221
III. Organisationsformen der Beratungs- und Unterstützungspflichten	221
1. Elemente des Case-Managements	223
a) Versorgungsmanagement	223
b) Gemeinsame Servicestellen der Rehabilitation	224
c) Pflegeberatung nach § 7 a SGB XI	225
2. Care-Management	226
a) Versorgungsmanagement und Gemeinsame Servicestellen der Rehabilitation	226
b) Pflegestützpunkte	226
3. Zwischenfazit	230

B Fazit	231
Zusammenfassung	235
Literaturverzeichnis	243

Einleitung

Müssen Entscheidungen über die Durchführung medizinischer Behandlungen von Patientinnen und Patienten getroffen werden, offenbaren sich oftmals erst dann Probleme, wenn diese nicht mehr in der Lage sind, eigenständig darüber zu entscheiden, ob eine Behandlung erfolgen soll. Während in der Situation der entscheidungsfähigen Patientinnen und Patienten die Notwendigkeit einer Einwilligung nach Aufklärung (informed consent¹) nicht nur in der Rechtspraxis,² sondern auch in den berufsrechtlichen Richtlinien³ akzeptiert ist,⁴ sind die Wege der Sicherung der Patientenautonomie in der Situation der Entscheidungsunfähigkeit noch nicht hinreichend geklärt und werden auch im praktischen Alltag sehr unterschiedlich wahrgenommen.⁵

Nicht erst seit dem erschütternden Tod von Terri Schiavo in den USA steigt die Angst in der Bevölkerung, der Gerätemedizin hilflos ausgeliefert zu sein. Gesellschaftspolitisch ist es wünschenswert, sterbenden Menschen einen würdigen Lebensraum zu verschaffen und dabei deren Wünsche und Bedürfnisse in den Mittelpunkt zu stellen.⁶ Um dieses Ziel zu verwirklichen, sind Rahmenbedingungen für die Hospizarbeit und Palliativmedizin, aber auch für die Bewahrung der Patientenautonomie erforderlich. Diese Fragen wurden in der gesellschaftlichen und politischen Diskussion seit dem aufsehenerregenden Beschluss des XII. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes vom 17. 03. 2003, in der

-
- 1 Vgl. dazu die Stellungnahme der Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages „Ethik und Recht in der modernen Medizin“, Patientenverfügung - Zwischenbericht, BTDrucks. 15/3700, S. 9
 - 2 Vgl. dazu RG 27. 05. 1908 - VI 484/07 - RGZ 68, 431, 433 ff.; BGH 09. 12. 1958 - VI ZR 203/57 - BGHZ 29, 46, 49, 54; BGH 09. 12. 1958 - VI ZR 203/57 - BGHZ 106, 391, 397 f.
 - 3 Bundesärztekammer, Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung 2004
 - 4 Vgl. dazu auch aus strafrechtlicher Sicht: Otto, NJW 2006, 2217, 2218 m. w. N. Davon zu unterscheiden ist der Abschluss eines Behandlungsvertrags. Vgl. dazu ausführlich Röver, Einflussmöglichkeiten des Patienten im Vorfeld einer medizinischen Behandlung, S. 40 ff.
 - 5 Dazu die empirischen Untersuchungen von Sellin/Engels/Holzhauser, Qualität, Aufgabenverteilung und Verfahrensaufwand bei rechtlicher Betreuung, S. 125 m. w. N.; vgl. Eibach/Schaefer, MedR 2001, 21, 22 ff.; vergleiche dazu auch die Ausführungen bei Lipp/Brauer in: Höfling, Das neue Patientenverfügungsgesetz in der Praxis, S. 17, 18
 - 6 Vgl. dazu Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages „Ethik und Recht in der modernen Medizin“, BTDrucks. 15/5858, S. 68

dieser Patientenverfügungen als beachtlich anerkannt und durch richterliche Rechtsfortbildung die Voraussetzung für deren Umsetzung durch den Betreuer⁷ geschaffen hatte, noch intensiver diskutiert.⁸

Die vom Deutschen Bundestag einberufene Enquetekommission „Ethik und Recht in der modernen Medizin“ hatte sich mit den Fragen der Entscheidungen am Lebensende, aber auch mit der Situation der Verbesserung der Versorgung Schwerstkranker durch Palliativmedizin und Hospizarbeit beschäftigt und einen Zwischenbericht vorgelegt.⁹ Auch das Justizministerium nahm die Diskussion zum Anlass, um eine Arbeitsgruppe zur Patientenautonomie am Lebensende¹⁰ einzuberufen, deren Ergebnisse in einem Referentenentwurf aufgenommen worden.¹¹ Dieser wurde dem Kabinett nicht vorgelegt, sondern sollte von Rechtspolitikern der SPD-Fraktion aus der Mitte des Bundestages als Gesetzesentwurf in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht werden.¹² Dazu kam es durch die Auflösung des Bundestages in der 15. Legislaturperiode nicht mehr.

Trotz dieser vielfältigen Bemühungen zeigte eine weitere Entscheidung des XII. Zivilsenates vom 8. 06. 2005¹³, dass immer noch ungeklärt ist, wer in der kritischen Situation die Entscheidungskompetenzen in Gesundheitsangelegenheiten hatte. In diesem Fall war streitig, ob ein Betreuer die Einstellung der Ernährung, die mittels einer Magensonde erfolgte, bestimmen kann und ob in einem Heimvertrag antizipierte Regelungen dazu getroffen werden können.

7 Der Begriff des Betreuers ist institutionell zu verstehen – Betreuungen können sowohl ehrenamtlich als auch durch Berufsbetreuerinnen und -betreuer übernommen werden. Darüber hinaus ist auch eine Betreuung durch einen Verein bzw. die Betreuungsbehörde (nachrangig) möglich – vgl. §§ 1897 ff. BGB. Auch Vertreter und Bevollmächtigte werden institutionell verstanden.

8 Z. B. FAZ vom 24. 03. 2005, S. 3, 41; Evangelische Kirchen Deutschland (EKD), Sterben hat seine Zeit, Nationaler Ethikrat, Stellungnahme Patientenverfügung, Bundesärztekammer, Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung 2004; Bundesverband Lebenshilfe, Breite Diskussion zu Patientenverfügungen, Bioethik-Kommission Rheinland-Pfalz, Sterbehilfe und Sterbebegleitung,

9 Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages „Ethik und Recht in der modernen Medizin“, Patientenverfügung - Zwischenbericht, BTDrucks. 15/3700, S. 9; Sellin/Engels/Holzhauser, Qualität, Aufgabenverteilung und Verfahrensaufwand bei rechtlicher Betreuung, S. 179 ff.

10 Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“, Bericht, Betrifft Betreuung 7, S. 158

11 Referentenentwurf ist abgedruckt in: Lipp, Patientenautonomie und Lebensschutz, 2005, S. 65 ff.

12 Vgl. dazu die Erklärung der Bundesministerin für Justiz Brigitte Zypries am 10. 03. 2005 im Deutschen Bundestag – BTDrucks. 15/15256.

13 BGH 08. 06. 2005 - XII ZR 177/03 - NJW 2005, 2385

Auch diese Entscheidung des XII. Senats hatte nicht zu einer abschließenden Klärung der Möglichkeiten und Reichweite von Entscheidungen in gewillkürter oder gesetzlicher Stellvertretung in Gesundheitsfragen geführt.

Die Diskussion¹⁴ hatte einen scheinbaren Abschluss mit der Verabschiedung des 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetzes im Juni 2009 gefunden. Die Regelungen sind zum 1. 9. 2009 in Kraft getreten.¹⁵ In diesen wird die Patientenverfügung prinzipiell anerkannt, wenn sie auf die jeweils vorliegende Lebenssituation anwendbar ist. Andernfalls obliegt es den Stellvertretern gemeinsam mit den Ärzten den (mutmaßlichen) Patientenwillen zu erforschen und danach eine Entscheidung zu treffen. Trotz dieser klarstellenden Regelung bleiben viele Fragen insbesondere zur Wahrnehmung der Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten ungeklärt. In der vorliegenden Untersuchung soll daher unter Beachtung der neuen Vorschriften die Sicherstellung der Patientenautonomie in der Situation konkreter Entscheidungsfähigkeit im Mittelpunkt stehen.

A Rahmenbedingungen der Gesundheitspflege

Die Rechtsordnung hat lange Zeit die Gesundheitspflege nicht als ein Phänomen der Stärkung der Persönlichkeitsrechte betrachtet. Sie war vom Fürsorgegedanken beeinflusst, die Stärkung der Selbstbestimmung¹⁶ der Patientinnen und Patienten hat erst in den letzten Jahrzehnten zu einer neuen Schwerpunktsetzung geführt.¹⁷ Nach dem, durch den Hippokratischen Eid geprägten, Berufsethos der Ärzteschaft, sollten Ärztinnen und Ärzte das ihnen anvertraute Menschenleben schützen und bewahren, sowie kranke Menschen nach Möglichkeit von ihrem Leiden heilen.¹⁸ Dieses Bemühen findet seine Grenzen

14 Vgl. dazu die ausführliche Übersicht bei May, <http://www.ethikzentrum.de/patientenautonomie/gesetzgebungsverfahren/index.htm> (letzter Aufruf: 10. 09. 2012)

15 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetz (3. Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29. 07. 2009 – BGBl. I, 2286 vom 31. 07. 2009)

16 Zum Begriff der Selbstbestimmung im Alter: Ganner, BtPrax 2007, 62; Ganner, Selbstbestimmung im Alter, 2005

17 Hess in: Katzenmeier/Bergdolt, Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert, S. 117; Langenfeld/Langenfeld, ZEV 1996, 339; vgl. zur Diskussion innerhalb des Verfassungsrechts: Kämpfer, Die Selbstbestimmung Sterbewilliger, 2005, S. 159; vgl. zu den ethischen Implikationen May, Autonomie und Fremdbestimmung, S. 60 ff.

18 Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 6. Aufl. 2008, S. 11 f. Der Arzt hat jedoch kein eigenes Behandlungsrecht. So bereits: RG 27. 05. 1908 - VI 484/07 - RGZ 68, 431 ff., 434; RG 31. 05. 1894 - 1406/94 - RGSt 25, 375, 379; RG 11. 03. 1927 - I 105/26 -

jedoch in der freien Selbstbestimmung des Menschen über seinen Körper,¹⁹ das durch die Einwilligung nach vorausgegangener ärztlicher Aufklärung gesichert wird (sogenannter: informed consent).²⁰ Daraus ergibt sich das Recht der privaten autonomen Ausgestaltung medizinischer Behandlungen.²¹ Den Patientinnen und Patienten wird damit ermöglicht über das Ob und das Wie der (indizierten) ärztlichen Behandlung zu entscheiden.²²

Grenzen findet die Patientenautonomie im Strafrecht – Ärzte können nicht dazu verpflichtet werden, strafbare Handlungen vorzunehmen, dies betrifft vor allem den Bereich der Sterbehilfe.²³ Insgesamt jedoch reicht das Selbst-

RGSt 61, 242, 252; vgl. auch Kohlhaas, NJW 1973, 548; Uhlenbruck, Patiententestament, Betreuungsverfügung und Vorsorgevollmacht, S. 3

- 19 Das Bundesverfassungsgericht hat das Selbstbestimmungsrecht des Patienten und damit den Grundsatz „voluntas aegroti suprema lex“ zum obersten verfassungsrechtlichen Prinzip erklärt, das gegenüber dem Grundsatz des „salus aegroti suprema lex“ absoluten Vorrang genießt – BVerfG 25. 07. 1979 - 2 BvR 878/74 - BVerfGE 52, 131; so auch: Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 6. Aufl. 2008, S. 13; Uhlenbruck, Patiententestament, Betreuungsverfügung und Vorsorgevollmacht, S. 4; vgl. dazu auch aus ethischer Sicht: May, Zur gesetzlichen Regelung von Patientenverfügungen Stellungnahme zur Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 04.03.2009
- 20 Ausführlich: Füllmich, Der Tod im Krankenhaus und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, S. 23 ff., 33 ff. zum informed consent: Truong, Vorsorgevollmacht und Vorsorgetreuhand in Gesundheitsangelegenheiten, S. 16 m. w. N.; Uhlenbruck, MedR 1992, 134
- 21 Ausführlich: Höfling/Lang, Das Selbstbestimmungsrecht - Normativer Bezugspunkt im Arzt-Patienten-Verhältnis, in: Neopaternalistische Medizin: der Mythos der Selbstbestimmung im Arzt-Patienten-Verhältnis, 1999, S. 17; Röver, Einflussmöglichkeiten des Patienten im Vorfeld einer medizinischen Behandlung, S. 17; Lipp, Selbstbestimmung am Ende des Lebens, in: Wolter/Riedel/Taupitz, S. 80; Lipp/Brauer in: Höfling, Das neue Patientenverfügungsgesetz in der Praxis, S. 17, 18
- 22 Ein genereller Behandlungsanspruch über die Indikation hinaus besteht nicht - BGH 13. 09. 1994 - 1 StR 357/94 – BGHSt 40, 257; Ankermann, MedR 1999, 387, 389; Müller/Knöbl, Der ärztliche Behandlungsabbruch, in: FS Deutsch zum 80. Geburtstag, S. 371; Wagenitz, FamRZ 2005, 669, 670; vgl. zu den Unterschieden der sozialversicherungsrechtlich notwendiger und zivil- und strafrechtlich möglicher Behandlungen: Hoffmann in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, Kommentar Betreuungsrecht, § 1901 a Rn. 31 m. w. N.
- 23 Vgl. dazu den Überblick bei Uhlenbruck in: Laufs/Kern, Handbuch Arztrecht, § 132 Rn. 5; Lilie, Hilfe zum Sterben, in: FS für Steffen zum 65. Geburtstag, S. 273. Dies bleibt weiter in der Diskussion: Vgl. m. w. N. Hoffmann in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, Kommentar Betreuungsrecht § 1901 a Rn. 6 ff., 33. Das Bundeskabinett hat am 29. 8. 2012 einen *Gesetzesentwurf zur Strafbarkeit der*

bestimmungsrecht der Patientinnen und Patienten sehr weit – der Patient bzw. die Patientin hat ein umfassendes positives wie negatives Weisungsrecht, das nur in den oben genannten Grenzen eine Einschränkung erfährt. Es wird daher ein zivilrechtliches Verfügungsrecht über das eigene Leben vermittelt.²⁴ Dieses weite Selbstbestimmungsrecht scheint jedoch sein Ende zu finden, wenn der Patient oder die Patientin selbst nicht mehr in der Lage ist, es auszuüben.²⁵

I. Entscheidungskompetenz der Patientinnen und Patienten in Gesundheitsangelegenheiten

Jede Heilbehandlung stellt einen Eingriff in die Rechte der Patientinnen und Patienten dar. Diese bedarf unabhängig davon, ob man sie als eine Verletzung der körperlichen Integrität betrachtet²⁶ oder als einen solchen in das Persönlichkeitsrecht²⁷ der Patientinnen und Patienten versteht, der rechtfertigenden Einwilligung bedarf.²⁸ Dabei obliegt dem Patientinnen und Patienten, die Entscheidung über die Behandlung.²⁹ Dies ist unabhängig davon, ob die Ent-

gewerbsmäßigen Förderung der Selbsttötung beschlossen:

http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RegE_Gesetzes_zur_Strafbarkeit_der_gewerbsmae%C3%9Figen_Foerderung_der_Selbsttoetung.pdf?__blob=publicationFile (letzter Aufruf: 02. 09. 2012)

24 Keilbach, FamRZ 2003, 969, 972

25 Nach Strätling/Scharf/Eisenbart, Vorausverfügungen von Patienten und Stellvertreterentscheidungen in Gesundheitsfragen, S. 14 sind bei einem überwiegenden der Therapieentscheidungen bei nicht einwilligungsfähigen Patienten nicht durch eine rechtswirksame Einwilligung gedeckt.

26 So RG 31. 05. 1894 - 1406/94 - RGSt 25, 375; RG 11. 03. 1927 - I 105/26 - RGSt 61, 242, 256; BGH 28. 11. 1957 - 4 StR 525/57 - BGHSt 11, 111; BGH 10. 07. 1954 - VI ZR 45/54 - NJW 1956, 1106, 1107; BGH 09. 12. 1958 - VI ZR 203/57 - BGHZ 29, 46; BGH 16. 01. 1959 - VI ZR 179/57 - BGHZ 29, 176, 179; BGH 22. 06. 1971 - VI ZR 230/69 - NJW 1971, 1887; BGH 16. 11. 1971 - VI ZR 76/70 - NJW 1972, 335, 336; Wagner in: MK-BGB, § 823 Rn. 725 ff.; Mayer, Medizinische Maßnahmen an Betreuten, 1995, S. 24 f.; Hager in: Staudinger, § 823 Rn. I 76; Deutsch, NJW 1978, 1657, 1660.; Deutsch, AcP (192) 1992, 161, 166

27 Taupitz, Gutachten A für den 63. Deutschen Juristentag 2000, D 6.

28 Vgl. zu dem Meinungsstreit statt Vieler: Mayer, Medizinische Maßnahmen an Betreuten, 1995, S. 22 f.; Schöllhammer, Die Rechtsverbindlichkeit des Patiententestamentes, 1993, S. 46 f.; ausführlich zur rechtfertigenden Einwilligung Kohte, AcP 185 (1985), S 105 ff.

29 Vgl. dazu BGH 17. 3. 2003 - XII ZB 2/03 - BGHZ 154, 205 = NJW 2003, 158; BGH 12. 02. 1974 - VI ZR 141/72 - NJW 1974, 1423; BGH 22. 01. 1980 - VI ZR 263/78 - NJW 1980, 1333, 1334; BGH 22. 04. 1980 - VI ZR 37/79 - NJW 1980, 1905, 1907;

scheidung als vernünftig oder unvernünftig anzusehen ist oder, ob die Erkrankung ein bestimmtes Stadium erreicht hat. Das hat zur Konsequenz, dass jede Behandlung und Weiterbehandlung der Einwilligung bedarf, nicht jedoch deren Unterbleiben.³⁰ Abgesehen davon, ob man die Einwilligung in medizinische Maßnahmen als Willenserklärung³¹ oder geschäftsähnliche Handlung³² ansieht,³³ besteht doch Einigkeit darüber, dass der oder die Einwilligende lediglich einwilligungsfähig sein muss.

1. Einwilligungsfähigkeit

Die Einwilligungsfähigkeit eines Patienten bzw. einer Patientin richtet sich nach der ständigen Rechtsprechung des BGH³⁴ und der herrschenden Lehre³⁵

BGH 28. 11. 1957 - 4 StR 525/57 – BGHSt 11, 111, 114; Schöllhammer, Die Rechtsverbindlichkeit des Patiententestamentes, 1993, S. 46 f.; Füllmich, Der Tod im Krankenhaus und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, S. 37 f.; Spindler in: Bamberger/Roth, § 823 Rn. 604; Deutsch, NJW 1979, 1905; Wagenitz, FamRZ 2005, 669, 671; Lipp/Brauer in: Höfling, Das neue Patientenverfügungsgesetz in der Praxis, S. 17, 19.

- 30 Lipp/Brauer in: Höfling, Das neue Patientenverfügungsgesetz in der Praxis, S. 17, 20.
- 31 Kohte, AcP 185 (1985), 105, S. 142, Ohly, Die Einwilligung im Privatrecht, S. 207 ff., 214; Ohly, in: FS für Jakobs zum 70. Geburtstag, S. 451, 461 ff.; Schwab in: MK-BGB, § 1904, Rn. 9
- 32 So die h. M. Füllmich, Der Tod im Krankenhaus und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, S. 99 f.; BGH 05.12.1958 - VI ZR 266/57 - BGHZ 29, 33, 36; Ellenberger in: Palandt, vor § 104 Rn. 8; Spickhoff, AcP 208 (2008), 347, S. 385 f.; Spickhoff in: Soergel/Spickhoff, Anh. I § 823 Rn. 106; Holzhauser in: Ärztliche Behandlung an der Grenze des Lebens: Heilaufrag zwischen Patientenautonomie und Kostenverantwortung, S 28, 35 f.
- 33 Einigkeit besteht auch weitgehend darüber, dass die Anwendung der Vorschriften über die Willenserklärungen nicht vom Rechtscharakter der Einwilligung abhängt: Taupitz, Gutachten A für den 63. Deutschen Juristentag 2000, A 56 ff. m. w. N; vielmehr komme es darauf an, der Sache nach zu klären, welche Regelungen auf die Einwilligung Anwendung finden Kohte, AcP 185 (1985), 105, S. 120; Pawlowski in: FS für Hagen, S. 5, 15
- 34 BGH 05. 12. 1958 - VI ZR 266/57 - BGHZ 29, 33; BGH 09. 12. 1958 - VI ZR 203/57 - BGHZ 29, 46; BGH 21. 03. 1961 - VI ZR 143/60 - VersR 1961, 448; BGH 02. 12. 1963 - III ZR 222/62 - NJW 1964, 1177, 1178
- 35 Hager in: Staudinger, § 823 Rn. I 76; Spickhoff in: Soergel/Spickhoff, Anh. I zu § 823 Rn. 106 ff.; Diederichsen in: Palandt, § 823 Rn. 151 ff.; Ulsenheimer in: Laufs/Kern, Handbuch Arztrecht, § 137 Rn. 7 f., § 139 Rn. 43 ff., § 139 Rn. 27; Kern, MedR 1993, 245, 247 f.; Schiemann in: Erman, § 823 Rn. 135; differenzierend Kohte, AcP 185 (1985), 105; Schwab in: MK-BGB, § 1904 Rn. 13.

danach, ob der Patient bzw. die Patientin die Art, Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, wenn auch nicht in allen Einzelheiten, so doch zumindest in seinen wesentlichen Grundzügen zu erkennen vermag und darüber hinaus in der Lage ist, die für und gegen den Eingriff sprechenden Gründe gegeneinander abzuwägen und seine Entscheidung dieser Erkenntnis entsprechend zu treffen.³⁶ Daher kann auch eine nach § 104 BGB geschäftsunfähige oder eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person wirksam in ärztliche Eingriffe einwilligen, wenn diese die obigen Kategorien erfüllt.³⁷

2. Feststellung der Einwilligungsfähigkeit

Die Bestimmung der Einwilligungsfähigkeit muss durch den aufklärenden Arzt, die aufklärende Ärztin jeweils in Bezug auf die konkret anstehende Behandlung vorgenommen werden.³⁸ So kann ein und derselbe Patient bzw. die ein und dieselbe Patientin für eine schwere Bauchoperation einwilligungsfähig sein, jedoch aufgrund eines Traumas in Bezug auf eine einfache Zahnbehandlung die Einwilligungsfähigkeit fehlen. Allerdings ist davon auszugehen, je schwerwiegender und gefährlicher der Eingriff in die körperliche Integrität der betroffenen Person ist, desto höher sind die Anforderungen an deren subjektive Urteilsfähigkeit.³⁹ Bei Zweifeln an der Einwilligungsfähigkeit kann es daher geboten sein, dass Vertreter und vertretene Person die Entscheidung gemeinsam treffen. Dies entspricht auch den Intentionen des Betreuungsrechts, wonach die Behandlungswünsche, auch die aktuell von der betroffenen Person geäußerten Wünsche, für die betreuenden Personen verbindlich sind – vgl. §§ 1901, 1901 a BGB, aber auch der UN-Behindertenrechtskonvention⁴⁰, die von einer Unter-

36 Ausführlich zu Problemen der Feststellung der Einwilligungsunfähigkeit: Lipp in: Handbuch Vorsorgeverfügungen § 2 Rn. 18 ff.

37 Taupitz, Gutachten A für den 63. Deutschen Juristentag 2000, A 56 ff. m. w. N. Anschaulich für einen damals noch minderjährigen Patienten: BGH 05. 12. 1958 - VI ZR 266/57 - BGHZ 29, 33, 36; Sachsen-Gessaphe, Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige, S. 333; Hoffmann in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, Kommentar Betreuungsrecht, § 1904 Rn. 32 ff. Spickhoff in: Soergel/Spickhoff, Anh. I § 823 Rn. 106 jeweils mit weiteren Nachweisen, Schwab in: MK-BGB, § 1904 Rn. 13 sieht die natürliche Einsichtsfähigkeit und die Geschäftsfähigkeit nicht als Gegensätze an.

38 Füllmich, Der Tod im Krankenhaus und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, S. 41 ff.; Spickhoff, NJW 2000, 545, 2300

39 Damrau/Zimmermann, BetrR, § 1904 Rn. 6, Kern, MedR 1993, 245, 247

40 UN-BRK vom 13. 12. 2006 ratifiziert am 24. 02. 2009 – BGBl. 2008, 2. Teil, 1419 ff.

stützung bei der Entscheidung statt einer ersetzenden Entscheidung ausgeht. Dies gilt entsprechend auch für Entscheidungen des Vorsorgebevollmächtigten.

3. Aufklärung

Die für eine wirksame Einwilligung notwendige Abwägung, ob eine medizinische Maßnahme durchzuführen ist, kann der Patient oder die Patientin nur treffen, wenn er ausreichend über das Für und Wider einer Behandlung und die damit verbundenen Gefahren aufgeklärt wurde.⁴¹ Diese Pflicht obliegt dem behandelnden Arzt bzw. der behandelnden Ärztin. Diese müssen den Patienten oder die Patientin insoweit informieren, damit diese die oben beschriebenen Risiken abschätzen können. Dabei hat der Arzt bzw. die Ärztin den Patienten oder die Patientin auch auf spezifische, mit der Behandlung verbundene Gefahren hinzuweisen, auch wenn sie sich selten verwirklichen, da die Entscheidung, ob dieses Risiko eingegangen wird, beim Patienten oder der Patientin liegt.⁴²

II. Antizipierte Behandlungsentscheidung durch den Patienten oder die Patientin

Eine solche Entscheidung kann der Patient oder die Patientin im Fall der Einwilligungsunfähigkeit nicht mehr treffen. Vorsorge hierfür ist durch eine antizipierte Einwilligung – in Form einer sogenannte (positive oder negative) Patientenverfügung gem. § 1901 a Abs. 1 BGB möglich.⁴³

Im Blickpunkt der Öffentlichkeit stand lange Zeit die Anerkennung und Ausgestaltung von Patientenverfügungen. Nach der Entscheidung des Bundes-

41 BGH 09. 12. 1958 - VI ZR 203/57 - BGHZ 29, 46; BGH 16. 01. 1959 - VI ZR 179/57 – BGHZ 29, 176, 181; BGH 09. 12. 1958 - VI ZR 203/57 - NJW 1959, 811 ff.; BGH 25. 11. 1975 - VI ZR 122/73 - NJW 1976, 365; BGH 10. 03. 1981 - VI ZR 202/79 - NJW 1981, 2002, 2003; BGH 04. 04. 1995 - VI ZR 95/94 - NJW 1995, 2410, 2411; Bockelmann, NJW 1961, 945 ff.; Schlund, VersR 1977, 496 ff.; Sprau in: Palandt, § 823 Rn. 151 ff.; Schieman in: Erman, § 823 Rn. 137, Hager in: Staudinger, § 823 Rn. I 83; Deutsch, NJW 1965, 1985; Giesen, JZ 1987, 282, 283

42 Ausführlich zum informed consent: Füllmich, Der Tod im Krankenhaus und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, S. 33 ff; BGH 25.11.1975 - VI ZR 122/73 - NJW 1976, 365 f.; BGH 02.11.1993 - VI ZR 245/92 - NJW 1994, 793 f.; Sprau in: Palandt, § 823 Rn. 138, 152 f; Schieman in: Erman, § 823 Rn. 137 f.; Hager in: Staudinger, § 823 Rn. I 87; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 6. Aufl. 2008, Rn. 243 ff.

43 Zu diesen Begriffen vgl.: Hoffmann in Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, Kommentar Betreuungsrecht, § 1901 Rn. 12 f.

gerichtshofes vom 17. 03. 2003⁴⁴ war ungeklärt und im politischen, ethischen, medizinischen, wie auch juristischen Diskurs höchst streitig,⁴⁵ wie eine solche Erklärung ausgestaltet sein müsste und unter welchen Bedingungen sie wirksam sein könnte. Diese Frage wurde mit der Neuregelung des § 1901 a BGB durch das 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetz⁴⁶ geklärt. Patientenverfügungen sind in ihrer Wirksamkeit nun anerkannt und durch den Stellvertreter umzusetzen, wenn sie die aktuell vorliegende Lebenssituation erfassen.⁴⁷

44 BGH 17. 3. 2003 – XII ZB 2/03 - BGHZ 154, 205 mit einem obiter dictum zur Verbindlichkeit von Patientenverfügungen

45 Vgl. dazu Bericht der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“, Bericht, Betrifft Betreuung 7, S. 158 (Kutzer-Kommission); Evangelische Kirchen Deutschland (EKD), Sterben hat seine Zeit, Bioethik-Kommission Rheinland-Pfalz, Sterbehilfe und Sterbebegleitung,

In der juristischen Literatur vgl.: Müller, ZEV 2008, 583 f.; Stoffers, DNotZ 2003, 855; Lange, NotBZ 2006, 185; Uhlenbruck in: FS Deutsch zum 80. Geburtstag, S. 663; Lipp, Patientenautonomie und Lebensschutz, 2005; Lipp, BtPrax 2004, 18 Mayer, Medizinische Maßnahmen an Betreuten, 1995, S. 84; Roth in: Erman, 12. Aufl., § 1904 Rn. 22 f.; Holzhauser, Patientenautonomie und ihre vertretungsweise Wahrnehmung durch einen Betreuer, In: Ärztliche Behandlung an der Grenze des Lebens: Heilauftrag zwischen Patientenautonomie und Kostenverantwortung, S. 28, 38 ff. Dabei bezog sich ein Streitpunkt vor allem darauf, in welcher Form diese Festlegungen anerkannt werden müssen und in welcher Fallgestaltung Behandlungen abgebrochen werden können. Das vorherrschende Meinungsbild zeigte sich auch in den unterschiedlichen Gesetzesentwürfen zur Anerkennung von Patientenverfügungen: Stünker-Entwurf - BTDrucks. 16/8442; § 1904 Abs. 5 BGB Bosbach-Entwurf - BTDrucks. 16/11360; § 1904 Abs. 3 BGB Zöller-Entwurf - BTDrucks. 16/11493; von denen der Stünker-Entwurf in der Fassung des Rechtsausschusses: BTDrucks. 16/13314 am 18. 06. 2009 verabschiedet wurde (BRDrucks. 593/09) und diese Fragen nun klarstellt.

Übersicht zur strafrechtlichen Diskussion: Schreiber in: FS Deutsch zum 80. Geburtstag, S. 493; Lautenschläger, Die Gesetzesvorlagen des Arbeitskreises Alternativentwurf zur Sterbehilfe, 2006 Verrel, Gutachten C zum 66. Deutschen Juristentag - Stuttgart 2006

Zur Einstellung deutscher Vormundschaftsrichterinnen und -richter: Höfling, FPR 2007, 67; ausführlich: Höfling/Schäfer, Leben und Sterben in Richterhand?; Simon/Lipp/Tietze/Nickel/Oorschot, MedR 2004, 303

46 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetz (3. Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29. 07. 2009 – BGBl. I, 2286 (31. 07. 2009) – in Kraft getreten 1. 09. 2009

47 So nun auch der 2. Strafsenat des BGH 25. 06. 2010 – 2 StR 454/09 – NJW 2010, 2963 und BGH 10. 11. 2010 – 2 StR 320/10 – NJW 2011, 161; streitig bleibt danach, ob eine Patientenverfügung ohne Entscheidung des Betreuers oder Vorsorgebevollmächtigten wirksam sein kann, also, ob der Arzt diese ohne Vertreterentscheidung umsetzen kann. Vgl. dazu ausführlich unten: Kapitel 1, B II 1.

Mit dieser Formulierung wird das strukturelle Problem der Patientenverfügung deutlich: Es obliegt nun dem Vertreter gemeinsam mit dem behandelnden Arzt bzw. der behandelnden Ärztin – gegebenenfalls zusammen mit Angehörigen – festzustellen, ob die jeweils vorliegende aktuelle Situation von der Patientenverfügung (noch) erfasst wird.⁴⁸ Darüber hinaus besteht keine Möglichkeit, den Patienten oder die Patientin direkt vor der eigentlichen Entscheidung aufzuklären. Damit fehlt die direkte Kommunikation zwischen ihnen und dem Arzt bzw. der Ärztin, um über Risiken, aber auch Chancen der Behandlung zu sprechen.⁴⁹ Eine, auf alle möglichen, in der Zukunft liegenden Lebenssituationen anwendbare Regelung auszugestalten, erweist sich in der Praxis immer wieder als schwierig.⁵⁰ Dies hat zur Konsequenz, dass eine direkte Anwendung des in der Patientenverfügung ausgedrückten Willens nicht möglich ist – vielmehr müssen nun der gesetzliche Stellvertreter (Betreuer) bzw. der Vorsorgebevollmächtigte über die Behandlung bzw. Nichtbehandlung entscheiden (§ 1901 a BGB). Entscheidungskriterium nach dem Willen des Gesetzgebers sind in einem solchen Fall vor allem die in der nicht wirksamen

Umso mehr sollte zur Vorbeugung von Anwendungs- und Auslegungsproblemen mit der Patientenverfügung eine Vorsorgevollmacht errichtet werden, sodass eine entscheidungsberechtigte Person bereits vorhanden ist - Tolmein in: Höfling, Das neue Patientenverfügungsgesetz in der Praxis, S. 47, 48. Ob in einem Formular oder als getrennte Vollmacht ist streitig vgl. dazu Milzer, FPR 2007, 69; Litzemberger, NotBZ 2007, 1. Auch zur Vermeidung eines Betreuungsverfahrens ist die Verbindung mit einer Vorsorgevollmacht zu empfehlen. Hilfsweise, für den Fall der Unwirksamkeit der Vorsorgevollmacht kann die Erklärung auch mit einer Betreuungsverfügung verknüpft werden. Sachsen-Gessaphe, Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige, S. 255 mit Hinweis auf den größeren privatautonomen Spielraum der Vollmacht.

48 Im Rahmen eines Konsils gem. § 1901 b BGB; so bereits vor der Neuregelung: Eisenbart, Patienten-Testament und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten, S. 174 f. Der Einhaltung dieser Verfahrensvorschriften wird durch die Rechtsprechung des 2. Strafsenats (BGH 25. 06. 2010 – 2 StR 454/09 – NJW 2010, 2963 und BGH 10. 11. 2010 – 2 StR 320/10 – NJW 2011, 161) eine besondere Bedeutung beigemessen. Zur Kritik daran vgl. unten: Kapitel 1, B II 1. und Verrel, NSTz 2011, 274.

49 Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages „Ethik und Recht in der modernen Medizin“, Patientenverfügung - Zwischenbericht, BTDrucks. 15/3700, S. 11; Taupitz, Gutachten A für den 63. Deutschen Juristentag 2000, S. A 111; Kommunikations- und Entscheidungsfähigkeit darf allerdings nicht vorschnell unterstellt werden: Damm, MedR 2002, 375, 383.

50 Vgl. zu einem praktischen Beispiel Coeppicus, NJW 2011, 3749; vgl. zur Beratungspraxis: Tolmein in: Höfling, Das neue Patientenverfügungsgesetz in der Praxis, S. 47; Simon in: Höfling, Das neue Patientenverfügungsgesetz in der Praxis, S. 57.

Patientenverfügung erkennbaren Wünsche der betroffenen Personen.⁵¹ Damit ist die Patientenverfügung zwar in Einzelfällen gut geeignet, den Patientenwillen zu sichern, deckt jedoch nicht sämtliche Lebensrisiken ab. Hinzukommt, dass durch die verfahrensrechtlichen Vorschriften des § 1901 b BGB nach der Auffassung des 2. Strafsenats des Bundesgerichtshof zur Umsetzung des in der Patientenverfügung niedergelegten Willens ein rechtlicher Stellvertreter benötigt wird.⁵² Im Ergebnis ist die Patientenverfügung ein wichtiges Instrument zur Wahrung der Patientenautonomie, kann aber als alleiniges Instrument nicht ausreichen.⁵³

Zur Sicherung der Patientenautonomie soll aus diesem Grund die Wahrnehmung des Patientenwillens durch Stellvertreter im Vordergrund der Untersuchung stehen, da diese auch in den Fällen, in denen eine Patientenverfügung nicht ausreichend ist, über Entscheidungskompetenzen verfügen können.

B Rechtliche Stellvertretung zur Sicherung der Patientenautonomie – Thesen

Im herkömmlichen Arztrecht wurde in der Situation konkreter Entscheidungsunfähigkeit der Arzt bzw. die Ärztin als zentraler Entscheidungsträger verstanden. Danach waren Ärzte nicht nur dafür zuständig, die Diagnose zu stellen und einen daran orientierten Therapievorschlag unter Beachtung der Indikation der Behandlung zu unterbreiten, sondern ebenfalls dafür zu prüfen, ob die durchzuführende Behandlung durch den mutmaßlichen Willen⁵⁴ des Patienten bzw. der Patientin gedeckt ist.⁵⁵ Dies ist jedoch eine Rollenverfehlung, denn der Arzt bzw. die Ärztin ist Vertragspartner, aber nicht Vertreter der Patienten.⁵⁶ Auch wenn die betroffene Person nicht mehr in der Lage ist, selbst Entscheidungen in Bezug auf die Gesundheitsvorsorge zu treffen, muss eine Behandlung durch eine Einwilligung abgesichert sein.⁵⁷ Der Arzt bzw. die Ärztin

51 § 1901 a Abs. 2 BGB

52 BGH 25. 06. 2010 – 2 StR 454/09 – NJW 2010, 2963 und BGH 10. 11. 2010 – 2 StR 320/10 – NJW 2011, 161

53 Felmborg, BKK 2009, 263

54 Zur Feststellung des mutmaßlichen Willens vgl. den Streitstand bei Martiny, Gutachten A für den 64. Deutschen Juristentag 2002, A 36 ff.

55 Wagenitz, FamRZ 2005, 669, 672; Wagenitz, Selbstbestimmung am Lebensende, in: Duttge, Perspektiven des Medizinrechts im 21. Jahrhundert, S. 21, 25; Ankermann, MedR 1999, 387, 389; Hennies, MedR 1999, 341, 342

56 Lipp, Patientenautonomie und Lebensschutz, 2005, S. 34

57 BGH 10. 05. 1966 - VI ZR 251/64 - NJW 1966, 1855, 1856; BGH 13. 09. 1994 - 1 StR 357/94 - NJW 1995, 204, 205; Giesen, JZ 1990, 929, 938; Bernsmann, ZRP 1996, 87,

hat kein eigenes Behandlungsrecht, eine Entscheidung über eine Behandlung kann ohne Patientenverfügung nur durch einen Vertreter⁵⁸ des Patienten bzw. der Patientin getroffen werden.⁵⁹

Nur in Notfallsituationen, wenn die Behandlung keinen Aufschub duldet und auch die Entscheidung des Betreuungsgerichts gem. §§ 1908 i, 1846 BGB nicht mehr möglich ist,⁶⁰ darf der behandelnde Arzt bzw. die behandelnde Ärztin nach dem mutmaßlichen Willen des Patienten bzw. der Patientin selbst entscheiden.⁶¹ Eine Rechtfertigung der Behandlung erfolgt zivilrechtlich über die Grundsätze der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag.⁶²

Ein wichtiger Grundsatz, der sich in diesem Fall aus der Höchstpersönlichkeit des Rechtsgutes ergibt, ist, dass die sogenannte, im Bereich der Vermögenssorge praktizierte, Doppelzuständigkeit von Vertretenem und Vertreter, nicht möglich ist.⁶³ Die Zuständigkeit eines Vertreters beginnt erst dort, wo die Einwilligungsfähigkeit der betroffenen Person endet. Dieser ist so lange allein zu-

92; Lipp, BtPrax 2002, 47, 48; Füllmich, Der Tod im Krankenhaus und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, 45 ff.

58 Gemeint sind hier Betreuer und Vorsorgebevollmächtigter, Angehörige sind nicht vertretungsberechtigt. Die Zulässigkeit der Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten war lange Zeit streitig. Für die staatliche Fürsorge erfolgte eine Klärung bereits mit der Einführung des Betreuungsrechts 1992 (vgl. dazu §§ 1904 und 1906 BGB). Mit der Einführung der Regelung des § 1904 Abs. 2 BGB a. F. (jetzt § 1904 Abs. 5 BGB) durch das Betreuungsrechtsänderungsgesetz (BGBl. 1998, I 1589) war dies auch für die Bevollmächtigung klargestellt - Ohly, Die Einwilligung im Privatrecht, S. 456; Uhlenbruck in: FS Deutsch zum 70. Geburtstag, S. 849, 852; Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 196.

59 BGH 09. 12. 1958 - VI ZR 203/57 - BGHZ 29, 46, 52; Lipp, Patientenautonomie und Lebensschutz, 2005, 10 f.; Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, S. 175 ff.

60 Das Gericht hat in einem solchen Fall nach pflichtgemäßen Ermessen zu entscheiden, zunächst, ob Anordnungen zu treffen sind und in einem zweiten Schritt welche. Diekmann, Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten, S. 38 m. w. N.

61 Lipp, Patientenautonomie und Lebensschutz, 2005, S. 19 f.; Martiny, Gutachten A für den 64. Deutschen Juristentag 2002, A 39

62 Kohte, AcP 185 (1985), 105, 122 f.; Taupitz, Gutachten A für den 63. Deutschen Juristentag 2000, A 39

63 Solange der Patient einwilligungsfähig ist, ist allein er entscheidungszuständig - RegE BTDrucks. 11/4528, S. 141; Roth in: Erman, § 1901 Rn. 20; Bienwald in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, Kommentar Betreuungsrecht, § 1904 Rn. 28; Jürgens in: Jürgens, Betreuungsrecht, § 1904 Rn. 2; Sachsen-Gessaphe, Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige, S. 277; Schwab in: MK-BGB, § 1904 Rn. 11; Lipp/Brauer in: Höfling, Das neue Patientenverfügungsgesetz in der Praxis, S. 17, 26

ständig, wie er die Fähigkeit zur Einwilligung in die Durchführung medizinische Maßnahme hat.⁶⁴

Im Zustand der Einwilligungsunfähigkeit ist der Patient bzw. die Patientin zunächst dem Willen anderer unterworfen,⁶⁵ sodass die Ausübung des Selbstbestimmungsrechtes in Form der Patientenautonomie⁶⁶ auf den ersten Blick stark eingeschränkt ist. Trotzdem geht das Recht auf Selbstbestimmung nicht verloren.⁶⁷ Zwar werden Entscheidungen über medizinische Behandlungen durch Dritte (Stellvertreter) getroffen, diese sind jedoch an den Willen des Betroffenen, soweit er feststellbar ist, gebunden.

Die Vertreter sind nicht, wie gelegentlich angenommen, die Ehe- oder Lebenspartner und Angehörigen der betroffenen Personen.⁶⁸ Die pauschale Unterstellung der Zuständigkeit von Verwandten ohne jegliche Absprache mit den jeweiligen betroffenen Personen ist mit dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten bzw. der Patientin nicht vereinbar.⁶⁹ Diese Rechtslage trifft nicht selten auf Unverständnis; dies gilt nicht nur für das Fehlen einer solche Entscheidungskompetenz von Verwandten, sondern auch für die Bestellung einer gesetzlichen Vertretung (Betreuer) durch einen Richter oder eine Richterin.⁷⁰

Seit 1992⁷¹ sieht das Rechtssystem zwei Rechtsinstitute vor, um die Entscheidungskompetenzen zum Schutz der Selbstbestimmung des Patienten bzw. der Patientin zu klären. Zum einen besteht die Möglichkeit, der privaten Vorsorge durch eine Vorsorgevollmacht auch im Bereich der Gesundheitsorge zu

64 Kuhlmann, Einwilligung in die Heilbehandlung alter Menschen, 1996, S. 130 m. w. N. Einwilligungsfähigkeit statt Vieler Schöllhammer, Die Rechtsverbindlichkeit des Patiententestamentes, 1993, S. 38 ff.

65 Truong, Vorsorgevollmacht und Vorsorgetreuhand in Gesundheitsangelegenheiten, S. 1

66 BGH 07. 02. 1984 - VI ZR 188/82 – BGHZ 90, 96, 100 ff.; BGH 13. 09. 1994 - I StR 357/94 - BGHSt 40, 257, 260; Höfling, JuS 2000, 111, 114 f.

67 Wagenitz, FamRZ 2005, 669, 671

68 Begründung des Gesetzentwurfes des Bundesrates – BTDrucks. 15/2494, S. 16

69 BGH 09. 12. 1958 - VI ZR 203/57 - BGHZ 29, 46, 52; Strätling/Strätling-Tölle/Scharf/Schmucker, MedR 2003, 372, 376; Gödicke, FamRZ 2003, 1894, 1895

70 Gesetzesvorschlag des Bundesrates - BTDrucks. 15/2494, S. 16; interessant zum Bestehen einer solchen „Sozialnorm“: Hoffmann, BtPrax 2003, 94. Dies gilt auch für eine von Lipp und Burchardt für möglich gehaltene konkludente Stellvertretung – Lipp in: Handbuch der Vorsorgeverfügungen, § 2 Rn. 31 ff.; Burchardt, Vertretung handlungsunfähiger volljähriger Patienten durch Angehörige, S. 57 ff. – diese wird lediglich wegen der Formvorschrift des § 1904 Abs. 5 Satz 2 BGB abgelehnt.

71 Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz – BtG) vom 12. 09. 1990 - BGBl. Teil I, S. 2002. In Kraft getreten: 01. 01. 1992