

JOHAN M. SCHRADER

Gesundheitsvollmacht als Vertrauensakt

*Studien zum
Medizin- und Gesundheitsrecht*

4

Mohr Siebeck

Studien zum Medizin- und Gesundheitsrecht

Herausgegeben von

Steffen Augsberg, Karsten Gaede, Jens Prütting

4



Johan M. Schrader

Gesundheitsvollmacht als Vertrauensakt

Mohr Siebeck

Johan M. Schrader, geboren 1988; Studium der Rechtswissenschaften in Göttingen und Uppsala (Schweden); 2013 Erste Juristische Prüfung; wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Medizinrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Göttingen; wissenschaftliche Hilfskraft bei der Bundesärztekammer; seit 2019 Rechtsanwalt in Berlin.
orcid.org/0000-0003-1562-883X

ISBN 978-3-16-161196-4 / eISBN 978-3-16-161197-1
DOI 10.1628/978-3-16-161197-1

ISSN 2699-6855 / eISSN 2699-6863 (Studien zum Medizin- und Gesundheitsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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

Das Buch wurde von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und dort gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2021 von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation angenommen. Für die Veröffentlichung wurde sie auf den Stand von Mai 2022 gebracht. Außerdem wurde die am 1. Januar 2023 in Kraft tretende Reform des Betreuungsrechts eingearbeitet.

Zunächst möchte ich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Volker Lipp, danken. Auf seine Anregung hin ist diese Arbeit entstanden. Er hat mich während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl und darüber hinaus in hervorragender Weise und mit großem Engagement betreut und persönlich gefördert.

Ich danke Herrn Prof. Dr. Martin Ahrens für die Übernahme des Zweitgutachtens und den Herausgebern der „Studien zum Medizin- und Gesundheitsrecht“ für die Aufnahme in die Schriftenreihe. Für ihre große Hilfsbereitschaft und herzliche Gastfreundschaft während meiner Forschungsaufenthalte in Schweden danke ich zudem den Forscherinnen und Forschern auf dem Gebiet des Medizinrechts an der Universität Uppsala. Dankbar bin ich auch dem U4Society Netzwerk, der Stiftung Vorsorge sowie der Deutsch-Nordischen Juristenvereinigung für die Förderung dieser Arbeit.

Mein besonderer Dank gilt meiner Familie und meinen Freunden. Vor allem meine Eltern haben mich stets durch Rückhalt und Zuspruch und in jeder erdenklichen Weise unterstützt. Doro und Patrick danke ich für ihre intensive Korrekturarbeit und wertvollen Anregungen.

Mein größter Dank gilt Milena für ihre unendliche Geduld und liebevolle Unterstützung. Ihr ist diese Arbeit gewidmet.

Berlin, im Juni 2022

Johan Schrader

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXVII
§ 1 Einleitung	1
I. Problemstellung	1
II. Gang der Untersuchung	6
§ 2 Die Rolle des Gesundheitsbevollmächtigten bei der ärztlichen Behandlung	9
I. Grundlagen der ärztlichen Behandlung	9
II. Die Rolle des Gesundheitsbevollmächtigten	21
§ 3 Die Funktion der Gesundheitsvollmacht	25
I. Erwachsenenschutz im deutschen Recht	25
II. Betreuungsvermeidende Funktion der Gesundheitsvollmacht	26
III. Funktion der Betreuung	27
IV. Funktioneller Gleichlauf zwischen Betreuung und privater Vorsorge	29
§ 4 Grund- und menschenrechtlicher Rahmen	31
I. Grundgesetz	32
II. UN-Behindertenrechtskonvention	42
III. Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)	47

<i>IV. Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarats</i>	55
<i>V. Zwischenergebnis</i>	61
§ 5 Die Betreuung als Referenz der Gesundheitsvollmacht ...	63
<i>I. Voraussetzungen der Bestellung</i>	63
<i>II. Handlungsmaßstab des Betreuers</i>	67
<i>III. Aufgaben des Betreuers</i>	72
<i>IV. Auswahl des Betreuers</i>	81
<i>V. Kontrolle des Betreuers</i>	92
<i>VI. Erkenntnisse für die weitere Untersuchung</i>	105
§ 6 Private Vorsorge durch Gesundheitsvollmacht	109
<i>I. Zulässigkeit der Vorsorgevollmacht in Gesundheitsangelegenheiten</i>	109
<i>II. Gesundheitsvollmacht und Vorsorgeverhältnis</i>	110
<i>III. Außenverhältnis: Die Gesundheitsvollmacht</i>	111
<i>IV. Innenverhältnis: Das Vorsorgeverhältnis</i>	122
<i>V. Kontrolle des Gesundheitsbevollmächtigten</i>	192
<i>VI. Erlöschen der Gesundheitsvollmacht</i>	213
§ 7 Zwischenbefund: Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Gesundheitsvollmacht und Betreuung	215
<i>I. Beginn und Beendigung der Fürsorgetätigkeit</i>	215
<i>II. Handlungsmaßstab</i>	218
<i>III. Pflichten</i>	219
<i>IV. Unbedingtheit und Unbeschränktheit der Gesundheitsvollmacht</i>	220
<i>V. Kontrolle</i>	220
<i>VI. Erkenntnisse für die weitere Untersuchung</i>	223

§ 8 Der Vergleich mit dem schwedischen Recht	225
I. Ziel des Rechtsvergleichs	225
II. Rechtslage in Schweden	227
III. Aktuelle Entwicklungen in der Gesetzgebung	259
IV. Vergleich des deutschen mit dem schwedischen Recht	266
V. Schlussfolgerungen und Bedeutung für die weitere Untersuchung	268
§ 9 Vertrauen als Grundlage der Gesundheitsvollmacht	273
I. Ausgangspunkt der konzeptionellen Untersuchung	274
II. Vertrauen und Kontrolle bei der Gesundheitsvollmacht	275
III. Ergebnis: Gesundheitsvollmacht als Vertrauensakt	314
§ 10 Feststellung und Umsetzung des Patientenwillens in der Behandlungssituation	315
I. Vorsorgeverhältnis als vertragliche Grundlage	315
II. Feststellung und Umsetzung des Patientenwillens	316
III. Ergebnis: Der Wille für die aktuelle Situation als maßgebendes Kriterium für die Entscheidung des Bevollmächtigten	331
§ 11 Ermessensspielräume des Gesundheitsbevollmächtigten in der Behandlungssituation	333
I. Grundsatz: Selbstständigkeit und Bindung an den Willen	333
II. Die jüngere Entwicklung der BGH-Rechtsprechung	335
III. Ausgestaltung des Ermessensspielraums durch vorsorgliche Willensbekundungen	340
IV. Abweichung von vorsorglichen Willensbekundungen	344
V. Möglichkeiten zur Erweiterung des Ermessensspielraums	349
VI. Ergebnis: Ermessensspielraum in Abhängigkeit vom Grad des Vertrauens	353

§ 12 Pflichtverletzungen des Gesundheitsbevollmächtigten in der Behandlungssituation	355
I. Pflichtverletzung im Innenverhältnis	355
II. Auswirkung auf die Vertretungsmacht	362
III. Konsequenzen für den Arzt in der Behandlungssituation	373
§ 13 Zusammenfassung der Ergebnisse	381
Literaturverzeichnis	399
Register	425

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXVII
§ 1 Einleitung	1
I. Problemstellung	1
II. Gang der Untersuchung	6
§ 2 Die Rolle des Gesundheitsbevollmächtigten bei der ärztlichen Behandlung	9
I. Grundlagen der ärztlichen Behandlung	9
1. Behandlungsvertrag	10
a) Inhalt des Vertrags	10
aa) Erarbeiten des Behandlungsziels	10
bb) Pflichten der Parteien	12
(1) „Behandlung gegen Vergütung“	12
(2) Aufklärungs- und Informationspflichten	13
(3) Dokumentationspflicht und Schweigepflicht	13
b) Vertragsschluss	13
aa) Vertragsparteien	13
bb) Geschäftsfähigkeit	14
2. Ärztliche Maßnahme	15
a) Indikation	15
b) Einwilligung	17
aa) Selbstbestimmungsrecht als Grundlage	17
bb) Aufklärung	18
cc) Einwilligungsfähigkeit	19
3. Zwischenergebnis: Dialogischer Behandlungsprozess	20
II. Die Rolle des Gesundheitsbevollmächtigten	21

§ 3 Die Funktion der Gesundheitsvollmacht	25
I. Erwachsenenenschutz im deutschen Recht	25
II. Betreuungsvermeidende Funktion der Gesundheitsvollmacht	26
III. Funktion der Betreuung	27
IV. Funktioneller Gleichlauf zwischen Betreuung und privater Vorsorge	29
§ 4 Grund- und menschenrechtlicher Rahmen	31
I. Grundgesetz	32
1. Die Vereinbarkeit von Betreuung und Gesundheitsvollmacht mit den Grundrechten	33
a) Die Selbstbestimmung als Kern der Menschenwürde	33
b) Betreuung als Grundrechtseingriff	34
c) Die Stellung der Gesundheitsvollmacht	39
2. Verfassungsrechtliche Grundlage von Betreuung und Gesundheitsvollmacht	39
a) Betreuung	42
b) Gesundheitsvollmacht	42
II. UN-Behindertenrechtskonvention	42
1. Die gleiche Anerkennung vor dem Recht gem. Art. 12 UN-BRK	43
2. Das Recht auf Assistenz bei der Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit gem. Art. 12 Abs. 3 UN-BRK	43
3. UN-BRK und Gesundheitsvollmacht	45
III. Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)	47
1. Das Recht auf Freiheit gem. Art. 5 EMRK	48
2. Das Recht auf Achtung des Privatlebens gem. Art. 8 EMRK ...	49
3. Das Diskriminierungsverbot gem. Art. 14 EMRK	52
4. EMRK und Gesundheitsvollmacht	53
IV. Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarats	55
1. Recommendation No. R (99) 4 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning the legal protection of incapable adults	55
2. Recommendation CM/Rec(2009)11 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity	56
3. Bericht CDCJ(2017)2 von Ward im Auftrag des CDCJ, Enabling Citizens to Plan for Incapacity	57

4. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	61
V. Zwischenergebnis	61
§ 5 Die Betreuung als Referenz der Gesundheitsvollmacht ...	63
I. Voraussetzungen der Bestellung	63
1. Unvermögen, eigene Angelegenheiten zu besorgen	64
2. Erforderlichkeit	65
3. Kein entgegenstehender freier Wille	66
II. Handlungsmaßstab des Betreuers	67
1. Wille, Wünsche und Wohl	67
2. Vorsorglich mitgeteilte Wünsche (<i>Betreuungsverfügung</i>)	71
III. Aufgaben des Betreuers	72
1. Grundsätze der Betreuertätigkeit	72
a) Der Erforderlichkeitsgrundsatz	72
b) Grundsatz der persönlichen Betreuung	73
2. Allgemeine Aufgaben	75
a) Beratung und Unterstützung	76
b) Stellvertretung	77
3. Konkrete Aufgaben in Gesundheitsangelegenheiten	77
a) Beratung und Unterstützung	77
b) Stellvertretung	79
4. Zusammenfassung	80
IV. Auswahl des Betreuers	81
1. Der Grundsatz der persönlichen Betreuung als Ausgangspunkt der Betreuerauswahl	81
2. Selbstgewählter Betreuer	81
a) Vorschlag	82
b) Kein Widerspruch zum Wohl i.S.d. § 1897 Abs. 4 S. 1 BGB ...	82
c) Bindungswirkung	83
d) Eignung des Vorgeschlagenen	83
e) Zwischenergebnis	85
3. Angehörige und andere nahestehende Personen	85
4. Vorrang der ehrenamtlichen Betreuung vor der Berufsbetreuung	86
5. Vereins- und Behördenbetreuer	86
6. Betreuungsverein und -behörde	87
7. Zwischenergebnis und Schlussfolgerung für die weitere Untersuchung	87
a) Zusammenfassung des Stufenverhältnisses	87

b) Die Bedeutung persönlichen Vertrauens	88
c) Die Anerkennung des Vorschlags des Betroffenen als Ausdruck von Vertrauen	89
aa) Vorschlag als Ausdruck von Vertrauen	89
bb) Keine Vertrauensbeziehung zu Betreuungsvereinen und -behörden	90
cc) Abweichung vom Vorrang des ehrenamtlichen Betreuers	90
d) Grenzen der Eignung zur persönlichen Betreuung als Auswahlkriterium	91
e) Konsequenzen für die weitere Untersuchung	91
V. <i>Kontrolle des Betreuers</i>	92
1. Kontrolle im Zusammenhang mit der Betreuerbestellung	92
2. Berichte, Aufsicht und Genehmigungserfordernisse	92
a) Berichte und Auskunftspflicht	93
b) Anlassbezogene Aufsichtsmaßnahmen	93
c) Akteneinsicht	94
d) Ausschluss der Vertretungsmacht	94
e) Präventive Kontrolle durch Genehmigungserfordernisse	94
f) Unterschiedliche Aufsicht je nach Betreuerotyp?	95
3. Kontrolle in Gesundheitsangelegenheiten	95
a) Genehmigung nach § 1904 BGB (künftig: § 1829 BGB n.F.)	96
aa) Dissens	96
bb) Gravierende Folgen der ärztlichen Maßnahme	97
cc) Der Wille des Betreuten als Prüfungsmaßstab des Gerichts	99
dd) Entfallen bei Eilmaßnahmen	100
b) Ärztliche Zwangsmaßnahmen gem. § 1906a BGB (künftig: § 1832 BGB n.F.) und Sterilisation gem. § 1905 BGB (künftig: § 1830 BGB n.F.)	100
aa) Ärztliche Zwangsmaßnahmen, § 1906a BGB (künftig: § 1832 BGB n.F.)	100
bb) Sterilisation, § 1905 BGB (künftig: § 1830 BGB n.F.)	102
c) Weitere Genehmigungserfordernisse mit Gesundheitsbezug	103
4. Zusammenfassung	104
VI. <i>Erkenntnisse für die weitere Untersuchung</i>	105
1. Erkenntnisse für die Ausgestaltung der privaten Vorsorge durch Gesundheitsvollmacht	105
2. Erkenntnisse für die Konzeption der Gesundheitsvollmacht	106

§ 6 Private Vorsorge durch Gesundheitsvollmacht	109
I. Zulässigkeit der Vorsorgevollmacht in Gesundheitsangelegenheiten	109
II. Gesundheitsvollmacht und Vorsorgeverhältnis	110
III. Außenverhältnis: Die Gesundheitsvollmacht	111
1. Anforderungen an die Gesundheitsvollmacht	112
a) Geschäfts- bzw. Einwilligungsfähigkeit	112
b) Schriftform und Ausdrücklichkeit	114
2. Inkrafttreten und Umfang der Vollmacht	117
IV. Innenverhältnis: Das Vorsorgeverhältnis	122
1. Gegenstand des Vorsorgeverhältnisses	122
a) Eintritt des Fürsorgefalls	123
b) Befugnisse und Pflichten	125
c) Handlungsmaßstab	125
aa) Verbot der Selbstentmündigung	125
bb) Einschränkungen infolge der Funktion der Gesundheitsvollmacht – Wille, Wünsche und Wohl i.S.d. § 1901 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 BGB (künftig: § 1821 Abs. 2 S. 1 und 3, Abs. 3 und 4 BGB n.F.)	126
(1) Rechtsprechung	127
(2) Literatur	127
(3) Stellungnahme	129
cc) Zwischenergebnis	132
d) Zusammenfassung	133
2. Das Vorsorgeverhältnis als treuhänderisches Verhältnis	133
a) Die Treuhand als Institut der Rechtsdogmatik	134
b) Merkmale der Treuhand	134
aa) Entwicklung der modernen Treuhanddogmatik	134
bb) „Zweiaktigkeit“ der Treuhand – zum Erfordernis einer dinglichen Rechtsposition als Treugut	136
(1) Dingliche Rechtsposition als Treugut	136
(2) „Machtmittel“	136
(3) Stellungnahme: Treuhand als Interessenwahrnehmung	137
cc) Selbstständigkeit der Interessenwahrnehmung bei Diskrepanz zwischen rechtlichem „Können“ und „Dürfen“	139
dd) Machtmittel	139
ee) Reichweite der Interessenwahrnehmung	140
c) Vorsorgeverhältnis als Treuhandverhältnis	140

d)	Zwischenergebnis	141
3.	Rechtliche Qualifikation des Vorsorgeverhältnisses	142
a)	Familienrechtliche Sonderbeziehung	142
aa)	Familienrechtliche Sonderbeziehung als Vorsorgeverhältnis?	143
bb)	Bedeutung der familienrechtlichen Sonderbeziehung für das Vorsorgeverhältnis	146
b)	Vertrag oder Gefälligkeitsverhältnis?	147
aa)	Rechtsprechung	148
bb)	Literatur	150
cc)	Stellungnahme	150
c)	Vertragstyp	152
aa)	Bei Unentgeltlichkeit	152
bb)	Bei Entgeltlichkeit	153
(1)	Dienstvertrag	153
(2)	Geschäftsbesorgungsvertrag	154
(a)	Trennungstheorie	154
(b)	Einheitstheorie	155
(c)	Unterschied: Erfordernis des Vermögensbezugs und des wirtschaftlichen Charakters der Geschäftsbesorgung	157
(d)	Stellungnahme	158
(e)	Konsequenz: Vorsorgeverhältnis als Geschäftsbesorgungsvertrag	161
d)	Zusammenfassung	162
4.	Zustandekommen des Vorsorgeverhältnisses	162
a)	Expliziter Vertragsschluss	162
b)	Der praktische Regelfall: Übergabe der schriftlichen Vollmachtsurkunde	163
c)	Konkludenter Vertragsschluss vor Vollmachtserteilung	163
5.	Rechte und Pflichten des Gesundheitsbevollmächtigten	164
a)	Hauptpflichten des Gesundheitsbevollmächtigten	166
aa)	Pflicht zur Wahrnehmung der erforderlichen Fürsorgeaufgaben, insbesondere zum Vollmachtsgebrauch	166
(1)	Wahrnehmung der erforderlichen Fürsorgeaufgaben	166
(2)	Beratung und Unterstützung	167
(3)	Vollmachtsgebrauch	167
(4)	Sorgfältige und sachgerechte Ausführung	167
(5)	Konkrete Fürsorgeaufgaben	168
bb)	Interessenwahrungspflicht	168

(1) Maßgeblichkeit der Interessen des Vollmachtgebers	169
(2) Handlungsmaßstab und Weisungsgebundenheit	169
(3) „Denkender Gehorsam“	172
(4) Warnpflicht	173
(5) Persönlicher Kontakt	173
cc) Persönliche Geschäftsbesorgung	174
b) Weitere Pflichten des Gesundheitsbevollmächtigten	176
aa) Pflicht zur Bereithaltung	176
bb) Pflicht zur Feststellung des Fürsorgefalls	176
cc) Klärung der Vermögensverhältnisse und Versicherungen	176
dd) Informationspflichten	177
ee) Anzeige- und Wartepflicht	178
ff) Pflicht zur Betreuungsanregung bei Ausfall	178
gg) Bindung an den Erforderlichkeitsgrundsatz?	179
hh) Herausgabepflicht	179
c) Rechte des Gesundheitsbevollmächtigten	180
aa) Recht und Pflicht zur Abweichung von Weisungen, § 665 BGB	180
bb) Weitere Rechte	183
6. Die konkreten Aufgaben des Gesundheitsbevollmächtigten in der Behandlungssituation	183
a) Parallele zur Betreuung	183
b) Beratung und Unterstützung	184
c) Stellvertretung	185
aa) Handeln als Stellvertreter bei Geschäfts- bzw. Einwilligungsfähigkeit des Vollmachtgebers	185
bb) Handeln als Stellvertreter bei Geschäfts- bzw. Einwilligungsunfähigkeit des Vollmachtgebers	189
7. Zusammenfassung	191
V. <i>Kontrolle des Gesundheitsbevollmächtigten</i>	192
1. Grundsatz: Kontrolle durch den Vollmachtgeber	192
a) Informationspflichten	193
b) Weisungen	193
c) Kündigung/Widerruf	193
d) Kontrollbevollmächtigter	195
2. Kontrollbetreuer	195
a) Voraussetzungen der Kontrollbetreuung	196
aa) Unvermögen zur Ausübung der Kontrolle	196
bb) Kein entgegenstehender freier Wille	196
cc) Erforderlichkeit der Kontrollbetreuung	197

(1) Überforderung	198
(2) Tauglichkeit und Redlichkeit unter Berücksichtigung von Vertrauen	198
(3) Verletzung der Pflichten aus dem Vorsorgeverhältnis	199
(4) Schlussfolgerung und Stellungnahme: Erforderlichkeit bei konkretem Verdacht auf künftige Pflichtverletzung	199
b) Aufgaben des Kontrollbetreuers	202
c) <i>Ultima Ratio</i> : Widerruf der Vollmacht und Bestellung eines ersetzenden Betreuers	202
3. Genehmigungserfordernisse	204
a) Genehmigung nach § 1904 BGB (künftig: § 1829 BGB n.F.)	205
b) Zwangsbehandlung gem. § 1906a BGB (künftig: § 1832 BGB n.F.) und Sterilisation gem. § 1905 BGB (künftig: § 1830 BGB n.F.)	205
c) Abdingbarkeit der präventiven gerichtlichen Kontrolle	206
d) Freiheitsentziehende Unterbringung und andere freiheitsentziehende Maßnahmen gem. §§ 1906, 1906a BGB (künftig: §§ 1831, 1832 BGB n.F.)	209
e) Schlussfolgerungen hinsichtlich der Konzeption der gerichtlichen Genehmigungserfordernisse	209
4. Zusammenfassung und Zwischenergebnis	211
<i>VI. Erlöschen der Gesundheitsvollmacht</i>	213
 § 7 Zwischenbefund: Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Gesundheitsvollmacht und Betreuung	215
<i>I. Beginn und Beendigung der Fürsorgetätigkeit</i>	215
1. Betreuerbestellung / Vollmachtserteilung und Begründung des Vorsorgeverhältnisses	215
a) Möglichkeit der Bestimmung des Vertreters durch den Betroffenen	216
b) Eingeschränkte Verbindlichkeit des Betreuervorschlags als Unterschied zur Vollmachtserteilung?	216
c) Vermeidung des Betreuungsverfahrens	217
d) Anforderungen an den Betreuervorschlag bzw. die Vollmachtserteilung	217
2. Beendigung / Erlöschen	218
<i>II. Handlungsmaßstab</i>	218
<i>III. Pflichten</i>	219

<i>IV. Unbedingtheit und Unbeschränktheit der Gesundheitsvollmacht</i>	220
<i>V. Kontrolle</i>	220
1. Reduzierte staatliche Kontrolle des Gesundheitsbevollmächtigten	220
2. Abmilderung der Unterschiede in Gesundheitsangelegenheiten und Angelegenheiten mit Gesundheitsbezug	221
3. Grund für die unterschiedliche Kontrollintensität	222
<i>VI. Erkenntnisse für die weitere Untersuchung</i>	223
1. Zur Konzeption	223
2. Zu den Aufgaben des Gesundheitsbevollmächtigten im Behandlungsprozess	223
§ 8 Der Vergleich mit dem schwedischen Recht	225
<i>I. Ziel des Rechtsvergleichs</i>	225
<i>II. Rechtslage in Schweden</i>	227
1. Charakteristik des schwedischen Rechts	227
2. Grundlagen der ärztlichen Behandlung vulnerabler Patienten in Schweden	229
a) Rechtliche Grundlage der ärztlichen Behandlung	230
b) Die konkrete Behandlungsmaßnahme	231
aa) Das Einwilligungserfordernis	231
bb) Aufklärung	232
cc) Rechtliche Handlungsfähigkeit	232
dd) Antizipierte Einwilligung	234
ee) „Hypothetische“ Einwilligung (mutmaßlicher Wille)	235
ff) Weitere Lösungen	235
c) Zusammenfassung	236
3. Patientenvertreter in Schweden	237
a) Vorbemerkung	237
b) Gesetzlicher Vertreter im Rahmen des Erwachsenenschutzes: <i>Godmanskap</i> und <i>Förvalterskap</i>	237
aa) <i>God man</i>	237
bb) <i>Förvaltare</i>	238
cc) Gemeinsame Voraussetzung: Erforderlichkeit	238
dd) Aufgaben	238
ee) Handlungsmaßstab	238
ff) Auswahl	239
gg) Kontrolle	240
hh) Unterschiede zwischen <i>god man</i> und <i>förvaltare</i>	240
ii) Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten als „Personensorge“?	241

c) Gesundheitsvollmacht	242
aa) Die allgemeine Vollmacht nach AvtL	243
(1) Vollmacht und Grundverhältnis	243
(2) Die Möglichkeit der Erteilung einer „vorsorgenden“ allgemeinen Vollmacht	244
(a) Gesetzeswortlaut des AvtL	245
(aa) Wirksamkeit der Vollmacht bei rechtlicher Handlungsunfähigkeit	245
(bb) Vermeidung der godmanskap bzw. förvaltarskap	245
(cc) Zwischenergebnis	246
(b) Gesetzgebungsmaterialien	246
(c) Rechtsprechung	247
(aa) Wirksamkeit der Vollmacht bei rechtlicher Handlungsunfähigkeit	247
(bb) Vermeidung der godmanskap bzw. förvaltarskap	248
(cc) Zwischenergebnis	248
(d) Literatur	249
(aa) Wirksamkeit der Vollmacht bei rechtlicher Handlungsunfähigkeit	249
(bb) Vermeidung der godmanskap bzw. förvaltarskap	250
(cc) Zwischenergebnis	251
(e) Zusammenfassung und Stellungnahme	251
(3) Vollmacht in Gesundheitsangelegenheiten	252
(a) Argument 1: Vorsorgevollmacht generell nicht möglich	252
(b) Argument 2: AvtL gilt nur für Vermögensangelegenheiten	253
(c) Argument 3: Generell keine Stellvertretung bei der Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme	253
(d) Zwischenergebnis: Keine Gesundheitsvollmacht nach schwedischem Recht	253
bb) Die neu eingeführte allgemeine Vorsorgevollmacht	254
(1) Wirksamkeitsvoraussetzungen	254
(2) Inkrafttreten	254
(3) Handlungsmaßstab	255
(4) Kontrolle	256
(5) Reichweite in Gesundheitsangelegenheiten	257
cc) Zwischenergebnis	257
d) Angehörige	258

4. Zusammenfassung	258
<i>III. Aktuelle Entwicklungen in der Gesetzgebung</i>	<i>259</i>
1. Vorschlag zur Einführung einer Gesundheitsvollmacht	260
a) Erforderlichkeit der Stellvertretung	260
b) Priorität der Vertretung durch Gesundheitsbevollmächtigten	261
c) Allgemeine Regeln für Stellvertreter in Gesundheitsangelegenheiten	262
d) Verweis auf Vorschriften zur allgemeinen Vorsorgevollmacht	262
2. Bewertung	263
a) Vertrauen und Selbstbestimmung als konzeptionelle Ausgangspunkte	263
b) Paradigmenwechsel im schwedischen Erwachsenenschutz in Gesundheitsangelegenheiten	264
<i>IV. Vergleich des deutschen mit dem schwedischen Recht</i>	<i>266</i>
1. Vergleich mit dem geltenden schwedischen Recht	266
2. Vergleich mit dem vorgeschlagenen schwedischen Recht	266
a) Unterschiede	266
b) Gemeinsamkeiten	267
3. Ergebnis des Vergleichs	268
<i>V. Schlussfolgerungen und Bedeutung für die weitere Untersuchung</i>	<i>268</i>
1. Gründe für die Ablehnung früherer Vorschläge zur Einführung der Gesundheitsvollmacht	268
2. Gründe für die Einführung der Gesundheitsvollmacht	269
3. Zusammenfassung	270
 §9 Vertrauen als Grundlage der Gesundheitsvollmacht	 273
<i>I. Ausgangspunkt der konzeptionellen Untersuchung</i>	<i>274</i>
<i>II. Vertrauen und Kontrolle bei der Gesundheitsvollmacht</i>	<i>275</i>
1. Erster Ansatz: Der Bevollmächtigte als der bessere „Willensermittler“	276
a) Gesetz	276
aa) Erweiterte Kompetenzen?	276
bb) Bessere Eignung aufgrund eigener Auswahl des Bevollmächtigten?	276
b) Gesetzgebungsmaterialien	277
c) Rechtsprechung	277
d) Literatur	277

e) Empirischer Befund	278
f) Zwischenergebnis	279
2. Zweiter Ansatz: Der Bevollmächtigte als Vertrauensperson	279
a) Gesetz	279
b) Gesetzgebungsmaterialien	280
c) Rechtsprechung	280
d) Literatur	282
e) Empirischer Befund	284
aa) Auswahl des Gesundheitsbevollmächtigten	285
bb) Vertrauen auf bessere Kenntnis vom eigenen Willen	286
cc) Gewünschte Verbindlichkeit vorsorglicher Willensbekundungen	287
f) Zwischenergebnis	288
3. Stellungnahme	288
a) Rückschlüsse aus der rechtspolitischen Motivation	289
aa) Erkenntnisse aus dem Rechtsvergleich	289
bb) Der Vergleich mit der Betreuung	290
(1) Vertrauen und der Grundsatz der persönlichen Betreuung	291
(2) Hypothetische Vollmacht als Vorbild bei der Betreuerauswahl	291
(3) Bindung an den Erforderlichkeitsgrundsatz	292
(4) Unbedingtheit und Unbeschränktheit der Gesundheitsvollmacht	292
b) Rückschlüsse aus der Entstehung des Vorsorgeverhältnisses	293
c) Rückschlüsse aus der Ausgestaltung des Vorsorgeverhältnisses	293
aa) Treuhänderischer Charakter	293
bb) Charakteristika des Vorsorgeverhältnisses als Auftrag bzw. Geschäftsbesorgungsvertrag	294
(1) „Denkender Gehorsam“	295
(2) Vorgabe des Handlungsrahmens	295
(a) Konkretisierung des Handlungsrahmens durch Weisungen	295
(b) Auslegung der Weisung	296
(c) Abweichungsrecht	297
(3) Informationspflichten	298
cc) Die persönliche Bindung des Gesundheitsbevollmächtigten	298
(1) Pflicht zur persönlichen Geschäftsbesorgung	298
(2) Erlöschen des Vorsorgeverhältnisses und der Vollmacht	299

d) Rückschlüsse aus den Grenzen der privaten Vorsorge	299
aa) Die Einschränkungen des RDG	299
(1) Rechtsdienstleistung i.S.d. § 2 Abs. 1 RDG	300
(2) Erlaubnis bei Unentgeltlichkeit	301
(3) Anerkennung der Vertrauensbeziehung	302
(4) Konflikt mit der familiären Beistandspflicht	302
bb) Die Bevollmächtigung juristischer Personen	303
cc) Zwischenergebnis	305
e) Zusammenfassung und Zwischenergebnis	306
4. Reduzierte staatliche Kontrolle als Ausdruck der Konzeption als Vertrauensakt	307
5. Verbleibende gerichtliche Kontrolle als Widerspruch zur Konzeption als Vertrauensakt?	309
a) Anlassbezogenheit und unterschiedliche Intensität der Kontrolle	309
b) Vereinbarkeit mit der Konzeption als Vertrauensakt	310
aa) Anknüpfen der Kontrolle an das enttäuschte Vertrauen	311
bb) Ausgleich der Defizite des Vollmachtgebers, auf das enttäuschte Vertrauen zu reagieren	312
cc) Abgestufte Kontrollintensität	313
dd) Zwischenergebnis	313
<i>III. Ergebnis: Gesundheitsvollmacht als Vertrauensakt</i>	<i>314</i>
 § 10 Feststellung und Umsetzung des Patientenwillens in der Behandlungssituation	 315
<i>I. Vorsorgeverhältnis als vertragliche Grundlage</i>	<i>315</i>
<i>II. Feststellung und Umsetzung des Patientenwillens</i>	<i>316</i>
1. Unterschiede zwischen den Arten vorsorglicher Willensbekundungen für die Aufgaben des Gesundheitsbevollmächtigten	316
a) Patientenverfügung i.S.d. § 1901a Abs. 1 BGB (künftig: § 1827 Abs. 1 BGB n.F.)	317
b) Behandlungswünsche	319
c) Mitteilung von Überzeugungen und Wertvorstellungen	320
2. Willensbekundungen des Patienten als Weisungen i.S.d. § 665 BGB	322
3. Auslegung vorsorglicher Willensbekundungen	324
a) Auslegung	325
aa) Patientenverfügungen	325
bb) Behandlungswünsche	326

cc) Hilfsmittel	326
b) Ergänzende Auslegung bei veränderten Umständen	327
c) Willensänderungen	329
d) Folgeproblem: Verhältnis zum Weisungsabweichungsrecht gem. § 665 BGB	330
III. <i>Ergebnis: Der Wille für die aktuelle Situation als maßgebendes Kriterium für die Entscheidung des Bevollmächtigten</i>	331
 § 11 Ermessensspielräume des Gesundheitsbevollmächtigten in der Behandlungssituation	333
I. <i>Grundsatz: Selbstständigkeit und Bindung an den Willen</i>	333
II. <i>Die jüngere Entwicklung der BGH-Rechtsprechung</i>	335
1. Die Entscheidung XII ZB 202/13 vom 17.09.2014	335
2. Die Entscheidung XII ZB 61/16 vom 06.07.2016	336
3. Die Entscheidung XII ZB 604/15 vom 08.02.2017	339
4. Zusammenfassung der Entwicklung	340
III. <i>Ausgestaltung des Ermessensspielraums durch vorsorgliche Willensbekundungen</i>	340
1. Verzicht auf vorsorgliche Willensbekundungen	340
2. Behandlungswünsche i.S.d. § 1901a Abs. 2 BGB (künftig: § 1827 Abs. 2 BGB n.F.)	341
3. Patientenverfügung i.S.d. § 1901a Abs. 1 BGB (künftig: § 1827 Abs. 1 BGB n.F.)	342
4. Konsequenz: Einschränkung des Ermessensspielraums durch vorsorgliche Willensbekundungen	343
IV. <i>Abweichung von vorsorglichen Willensbekundungen</i>	344
1. Abweichung gem. § 665 BGB	345
2. Abweichung gem. § 1901a Abs. 1 und 2 BGB (künftig: § 1827 Abs. 1 und 2 BGB n.F.)	345
3. Verhältnis von § 1901a BGB (künftig: § 1827 BGB n.F.) zu § 665 BGB	347
4. Abweichung von einer wirksamen und einschlägigen vorsorglichen Willensbekundung?	348
V. <i>Möglichkeiten zur Erweiterung des Ermessensspielraums</i>	349
1. Zur Möglichkeit der Befreiung von der Bindungswirkung einer Patientenverfügung	350
2. Einschränkung der heranzuziehenden Informationsquellen	351
3. Ermessensspielräume hinsichtlich des Handlungsmaßstabs	352

<i>VI. Ergebnis: Ermessensspielraum in Abhängigkeit vom Grad des Vertrauens</i>	353
 § 12 Pflichtverletzungen des Gesundheitsbevollmächtigten in der Behandlungssituation	355
<i>I. Pflichtverletzung im Innenverhältnis</i>	355
1. Pflichtverletzung bei Überschreitung der Grenzen des Ermessensspielraums	355
2. Haftungsmaßstab	358
a) Grundsatz	358
b) Ehegatten und Lebenspartner	359
c) Eltern-Kind-Verhältnis	360
3. Folgen der Pflichtverletzung	361
<i>II. Auswirkung auf die Vertretungsmacht</i>	362
1. Abstraktion von Innen- und Außenverhältnis	362
2. „Missbrauch der Vertretungsmacht“	364
a) Kollusion	364
b) Erkennbarkeit bzw. Evidenz einer Pflichtverletzung	365
aa) Voraussetzungen auf Seite des Bevollmächtigten	367
bb) Anforderungen an die Erkennbarkeit für den Dritten ...	368
cc) Zwischenergebnis	370
3. Durchbrechung des Abstraktionsprinzips aufgrund der besonderen Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter?	370
a) Mangelnde Kompensationsmöglichkeiten?	371
b) Widerspruch zum Strafrecht?	371
c) Vorrang des Selbstbestimmungsrechts vor dem Verkehrsschutz?	372
d) Zwischenergebnis: Keine Durchbrechung des Abstraktionsprinzips	373
<i>III. Konsequenzen für den Arzt in der Behandlungssituation</i>	373
1. Vertrauen auf Bestehen der Vertretungsmacht	374
2. Vertrauen auf Pflichtgemäßheit des Handelns des Gesundheitsbevollmächtigten	375
a) Grundsatz	375
b) Kontrollfunktion des Arztes bei gravierenden Maßnahmen i.S.d. § 1904 BGB (künftig: § 1829 BGB n.F.)	376
c) Evidenz der Missachtung des Patientenwillens	377
3. Zusammenfassung und Ergebnis	378

§ 13 Zusammenfassung der Ergebnisse	381
Literaturverzeichnis	399
Register	425

Abkürzungsverzeichnis

1. BtÄndG	Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts sowie weiterer Vorschriften vom 25.06.1998, BGBl. I, S. 1580
2. BtÄndG	Zweites Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 21.04.2005, BGBl. I, S. 1073
3. BtÄndG	Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29.07.2009, BGBl. I, S. 2286
allg.M.	allgemeine Meinung
Arch Intern Med	Archives of Internal Medicine
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögensrättens område (<i>schwedisches Gesetz über Verträge und andere Rechtshandlungen auf dem Gebiet des Vermögensrechts</i>)
Bundesgesundheitsbl	Bundesgesundheitsblatt
CDCJ	Europäischer Ausschuss für rechtliche Zusammenarbeit
Crit Care Med	Critical Care Medicine
DÄBl.	Deutsches Ärzteblatt
Dir	Kommittédirektiv (<i>Richtlinie der schwedischen Regierung, die den Umfang einer eingesetzten „Staatlichen Untersuchung“ bestimmt</i>)
DNotI	Deutsches Notarinstitut
Ds	Departementsserien („Ministerialreihe“; <i>Sammlung der Berichte aus den „Ministerialuntersuchungen“ im Rahmen des schwedischen Gesetzgebungsverfahrens</i>)
Ethik Med	Ethik in der Medizin
EJHL	European Journal of Health Law
FPR	Familie Partnerschaft Recht
FB	Föräldräbalk (1949:381) (<i>schwedisches „Elterngesetz“</i>)
FT	Förvaltningsrättslig tidskrift
GreifRecht	Greifswalder Halbjahresschrift für Rechtswissenschaft
HBJ	Hamburger Betreuungsjournal
HD	Högsta domstolen (<i>höchstes schwedisches Gericht in Zivil- und Strafsachen</i>)
HSL	Hälsö- och sjukvårdslagen (2017:30) (<i>schwedisches Gesetz über das Gesundheitswesen</i>)
Ind. Int'l & Comp. L. Rev.	Indiana International & Comparative Law Review
Int J Law Policy Family	International Journal of Law, Policy and the Family
Int'l J. Aging and Human Development	International Journal of Aging and Human Development
ISG	Otto-Blume-Institut für Sozialforschung und Gesellschaftspolitik e.V.

J Gerontol	Journal of Gerontology
J Pall Med	Journal of Palliative Medicine
J R Soc Med	Journal of the Royal Society of Medicine
JAH	Journal of Aging and Health
jM	juris – die Monatszeitschrift
kap.	kapitel (<i>Bezeichnung für einen Abschnitt eines schwedischen Gesetzes</i>)
LFF	Lag (2017:310) om framtidsfullmakter (<i>schwedisches Gesetz über Vorsorgevollmachten</i>)
LSH-E	Förslag till lag om stöd och hjälp till vuxna vid ställningstaganden till hälso- och sjukvård och omsorg (<i>Entwurf eines schwedischen Gesetzes zur Unterstützung und Hilfe für Erwachsene bei Stellungnahmen im Rahmen der medizinischen Versorgung und der Pflege</i>)
NJA	Nytt juridiskt arkiv
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht
PL	Patientlagen (2014:821) (<i>schwedisches Patientengesetz</i>)
PSL	Patientsäkerhetslagen (2010:659) (<i>schwedisches Patientensicherheitsgesetz</i>)
prop.	proposition (<i>Beschlussvorschlag der schwedischen Regierung an den schwedischen Reichstag, z. B. ein Gesetzesentwurf</i>)
RDG	Rechtsdienstleistungsgesetz vom 12.12.2007, BGBl. I, S. 2840
RF	Regeringsformen („ <i>Regierungsform</i> “; <i>eines der vier Grundgesetze des Königreichs Schweden</i>)
SOU	Statens offentliga utredningar („ <i>Öffentliche Untersuchungen des Staates</i> “; <i>Sammlung der Berichte aus den „Öffentlichen Untersuchungen“ im Rahmen des schwedischen Gesetzgebungsverfahrens</i>)
st.	stycke (<i>Bezeichnung für einen Absatz innerhalb einer Bestimmung eines schwedischen Gesetzes</i>)
SvJT	Svensk juristtidning
ZPallMed	Zeitschrift für Palliativmedizin

Bestimmungen schwedischer Gesetze werden in dieser Arbeit nach der schwedischen Schreibweise zitiert. Schwedische Gesetze sind oft in mehrere Kapitel aufgeteilt, die wiederum mehrere Paragraphen enthalten. Dabei wird – anders als in Deutschland – die Kapitel- bzw. Paragraphennummer der Abkürzung „kap.“ bzw. dem Zeichen „§“ vorangestellt. Werden mehrere Paragraphen zitiert, wird dies ebenfalls nicht vor, sondern hinter der Angabe der Paragraphennummern gekennzeichnet („§§“). Ein bestimmter Absatz (schwedisch: *stycke*) innerhalb eines Paragraphen wird im Zitat hinter der Absatznummer mit der Abkürzung „st.“ gekennzeichnet.

Im Übrigen wird auf *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 10. Aufl., Berlin 2021, und *Duden*, Band 1, Die deutsche Rechtschreibung, 28. Aufl., Berlin 2020, verwiesen.

Einleitung

I. Problemstellung

Die Menschen in Deutschland werden immer älter. Noch im Jahr 1999 war über die Hälfte der Bevölkerung der Bundesrepublik Deutschland jünger als 40 Jahre. Im Jahre 2020 waren es nur noch ca. 43 %. Gleichzeitig stieg der Anteil der Menschen im Alter von 60 Jahren und älter von 23 % auf knapp 30 %.¹ Nach Schätzungen des Statistischen Bundesamtes wird sich die Zahl der über 80-Jährigen bis 2050 beinahe verdoppeln.² Auch die Lebenserwartung steigt stetig,³ nicht zuletzt dank der Möglichkeiten der modernen Medizin.

Mit dem steigenden Alter wächst auch das Risiko von Erkrankungen wie Krebs⁴ oder Demenz.⁵ Gerade die Demenz ist mit kognitiven Einschränkungen verbunden,⁶ die dazu führen können, dass der Betroffene auf die Hilfe anderer Personen angewiesen ist.⁷ Eine 2013 bis 2015 durchgeführte repräsentative Studie kam zu dem Ergebnis, dass 40 % der über 65-jährigen Patienten in deutschen Allgemeinkrankenhäusern an kognitiven Störungen oder Demenzen leiden.⁸ Jüngste Forschungsergebnisse lassen einen Anstieg der Zahl der Demenzpatienten in Deutschland von 1,7 Millionen im Jahr 2017 auf über 3 Millionen im Jahr 2050 erwarten.⁹ Die alternde Gesellschaft stellt das Gesundheitswesen mithin vor besondere Herausforderungen.

¹ Statistiken des *Statistischen Bundesamtes* zur Bevölkerung nach Altersgruppen, abrufbar unter <https://www-genesis.destatis.de/genesis//online?operation=table&code=12411-0005&bypass=true&levelindex=1&levelid=1652527369159#abreadcrumb>, zuletzt abgerufen am 15.05.2022.

² *Statistisches Bundesamt*, Bevölkerung im Wandel, S. 25.

³ *Statistisches Bundesamt*, Kohortensterbetafeln für Deutschland, S. 14 ff.

⁴ *Robert Koch-Institut*, Bericht zum Krebsgeschehen in Deutschland 2016, S. 18.

⁵ *Alzheimer Europe*, Dementia in Europe, S. 9 ff.

⁶ Vgl. die Beschreibung der Symptomatik in *BfArM*, ICD-10-GM, Version 2022, Kap. V, F.00 bis F.03; dazu *Jox*, in: *Kurze*, § 1901a BGB Rn. 40 ff.

⁷ *Simon BtPrax* 2018, 147.

⁸ *Robert Bosch Stiftung*, S. 28.

⁹ *Bohlken/von Stillfried/Schulz Psychiat Prax* 2020, 16.

Doch nicht nur ältere, sondern auch jüngere Menschen können infolge einer Krankheit oder eines Unfalls in eine Situation geraten, in der sie zum einen auf medizinische Behandlung und zum anderen auf die Unterstützung Dritter angewiesen sind.¹⁰

In einer solchen Situation kann dem Betroffenen unter Umständen die Fähigkeit fehlen, sein menschen- und verfassungsrechtlich verbürgtes Selbstbestimmungsrecht wahrzunehmen und selbst über die Durchführung von ärztlichen Maßnahmen zu entscheiden.¹¹ Das bedeutet jedoch nicht, dass er dieses Recht verliert.¹² Um ihn bei der Ausübung seiner Rechts- und Handlungsfähigkeit zu unterstützen, sieht das deutsche Recht verschiedene Instrumente vor. Eines dieser Instrumente ist die staatliche Rechtsfürsorge in Form der Betreuung gem. §§ 1896 ff. BGB (künftig: §§ 1814 ff. BGB n.F.). Der Betreuer soll die Defizite des Betroffenen ausgleichen und unter Umständen auch als sein Stellvertreter handeln.¹³ Die Betreuung ist aber zum einen stets mit einem staatlichen Eingriff in die Privatsphäre verbunden, weil der Betreuer vom Gericht bestellt wird und dem Betroffenen möglicherweise völlig fremd ist.¹⁴ Zum anderen kann dem Betreuer im Extremfall einer schweren Erkrankung, bei risikobehafteten ärztlichen Maßnahmen oder bei Maßnahmen am Lebensende in letzter Konsequenz die Entscheidung über Leben und Tod zukommen.¹⁵ Dass die Betreuung in Gesundheitsangelegenheiten sensible Bereiche im Leben des Betreuten betreffen kann, liegt daher auf der Hand. Künstliche Ernährung und Beatmung, Operationen unter Vollnarkose sowie Strahlen- und Chemotherapie sind nur Beispiele ärztlicher Maßnahmen, die für Patienten und ihre Angehörigen mit besonderen Belastungen verbunden sein können.

Diese Angelegenheiten möchten viele Menschen lieber individuell und ohne staatliche Beteiligung regeln.¹⁶ Sie sorgen daher privat vor und erteilen eine Vorsorgevollmacht in Gesundheitsangelegenheiten – kurz Gesundheits-

¹⁰ Der Begriff der Altersvorsorge-Vollmacht nach *Müller-Freienfels*, in: FS Coing II, S. 395, 397 ist daher zu Recht vom Begriff der Vorsorgevollmacht verdrängt worden; so auch *Renner*, in: *Müller/Renner*, Rn. 225 (Fn. 306).

¹¹ *V. Lipp/Brauer*, in: *Wiesemann/Simon*, S. 106.

¹² S. u. § 2 I. 2. b) cc).

¹³ Dazu unten § 3 III.

¹⁴ Näher u. § 4 I. 1. b).

¹⁵ S. u. § 5 III. 3. b) und § 5 V. 3. a) bb).

¹⁶ Dazu *Weihrach*, in: *Selbstbestimmung*, S. 38, 39; *Gallus* ErbStB 2017, 186; vgl. auch *Jox/Krebs/Bickhardt u. a.* *Ethik Med* 2009, 21, 29, die in ihrer empirischen Analyse eine weit verbreitete Ablehnung gerichtlicher Beteiligung feststellen.

vollmacht¹⁷ –, damit ihr Wille in der Behandlungssituation zur Geltung kommt.¹⁸

Die Zahl der Publikationen zu diesem Thema ist kaum noch zu überschauen,¹⁹ wodurch zwangsläufig die Frage aufgeworfen wird, was diese Arbeit zur Diskussion beizutragen vermag. Die Antwort erschließt sich bei genauerer Betrachtung des aktuellen Diskussionsstands. So fällt auf, dass sich die allermeisten Beiträge in einer Darstellung der Gesundheitsvollmacht als Mittel zur Einräumung von Vertretungsmacht und der Rolle des Bevollmächtigten als Stellvertreter gegenüber dem Arzt erschöpfen. Dass die private Vorsorge mehr als nur die Erteilung einer Vollmacht bedeutet, wird dagegen selten und nur knapp thematisiert. Gerade im Alter oder bei Krankheiten wird ein Mensch außerdem meist nicht schlagartig hilflos, sondern der Unterstützungsbedarf wächst mit der Zeit. Genügt anfangs die Begleitung zum Arzt oder die Beratung und Unterstützung im Behandlungsprozess, ist der Patient später unter Umständen auf stellvertretendes Handeln angewiesen. In der Praxis wird ein Gesundheitsbevollmächtigter daher häufig beratend und unterstützend tätig, lange bevor er als Stellvertreter handelt.²⁰

Doch auch im Extremfall der Einwilligungsunfähigkeit des Vollmachtgebers eröffnen sich Problemfelder, die in der Literatur noch keine tiefergehende Erörterung erfahren haben. Falls sich der Vollmachtgeber nicht mehr äußern kann, spielen vorsorgliche Willensbekundungen eine entscheidende Rolle. § 1901a Abs. 1 und 2 S. 1 i.V.m. Abs. 6 BGB (künftig: § 1827 Abs. 1 und 2 S. 1 i.V.m. Abs. 6 BGB n.F.) sieht für diesen Fall vor, dass der Bevollmächtigte dem in einer Patientenverfügung niedergelegten Willen Ausdruck und Geltung verschafft bzw. auf Basis der Behandlungswünsche oder des mutmaßlichen Willens für den Vollmachtgeber über die Durchführung einer ärztlichen Maßnahme entscheidet. Häufig sind solche Willensbekundungen jedoch nicht so eindeutig, dass eine objektiv richtige Entscheidung existiert.²¹

¹⁷ V. Lipp, in: FS Arai, S. 474, 485. Eine andere Bezeichnung ist die „Patientenvollmacht“, so etwa Keilbach FamRZ 2003, 969, 971 und Rethmann, S. 70. Taupitz, Gutachten, A 97 spricht von der „Gesundheitsfürsorgevollmacht“.

¹⁸ Die Anzahl der am 31.12.2021 beim Zentralen Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer hinterlegten Vorsorgeverfügungen, die ganz überwiegend Vorsorgevollmachten enthalten, ist seit 2009 von 916.091 auf nunmehr 5.366.795 gestiegen. Ca. 3/4 der Neueintragen seit 2009 umfassten auch Hinweise auf Patientenverfügungen nach § 1901a BGB (künftig: § 1827 BGB n.F.), sodass davon auszugehen ist, dass mindestens diese Vorsorgeverfügungen auch Gesundheitsangelegenheiten betreffen. Die Zahlen sind im Jahresbericht 2021 und in den Jahresstatistiken des Zentralen Vorsorgeregisters bei der Bundesnotarkammer enthalten, jeweils abrufbar unter <https://www.vorsorgeregister.de/foote/r/jahresbericht-und-statistik/>, zuletzt abgerufen am 15.05.2022.

¹⁹ Das bemerkt zu Recht Renner, in: Müller/Renner, Rn. 225.

²⁰ S. u. § 6 IV. 4. c).

²¹ So auch aus Sicht der Betreuungspraxis Stumpf HBJ 2014, 41, 43; zur Diskussion aus

In anderen Fällen sind überhaupt keine Äußerungen oder nur allgemeine Wertvorstellungen bekannt. Daher stellt sich die Frage, worin die Aufgabe des Gesundheitsbevollmächtigten genau besteht. Der Gesetzeswortlaut deutet zunächst darauf hin, dass der Bevollmächtigte der Patientenverfügung oder den Wünschen des Vollmachtgebers unbedingt und unreflektiert folgeleisten muss. Der Bevollmächtigte wäre demnach reiner „Willensermittler“ und „-umsetzer“.

Allerdings ist die private Vorsorge durch Gesundheitsvollmacht von einigen Besonderheiten gekennzeichnet. So betrifft sie nicht lediglich die Wahrnehmung von Vermögensinteressen, sondern es geht um die aus Sicht des Vollmachtgebers zentralen Rechtsgüter der Selbstbestimmung, der körperlichen Integrität und des Lebens. Außerdem wird der Gesundheitsbevollmächtigte, insbesondere wenn es sich um einen nahen Angehörigen handelt, regelmäßig keine eigenen Interessen verfolgen, sondern fremdnützig handeln. In der Literatur ist daher – meist ohne weitere Begründung – die Rede davon, dass der Bevollmächtigte eine Vertrauensperson des Vollmachtgebers ist.²² Ohne damit die rechtsgeschäftliche Dimension zu relativieren, ist die Gesundheitsvollmacht also möglicherweise als Vertrauensakt zu verstehen, sodass die Rolle des Gesundheitsbevollmächtigten über die eines einfachen „Sprachrohrs“ des Vollmachtgebers hinausgeht und ihm in der Behandlungssituation ein gewisser Ermessensspielraum zusteht, dessen Grenzen im Einzelfall bestimmt werden müssen. Diese Frage ist von praktischer Relevanz nicht nur für den Rechtsanwender, sondern auch für den vorsorgenden Patienten sowie den Arzt, der wissen möchte, welche Verbindlichkeit die Äußerungen des Bevollmächtigten für ihn haben. Obwohl es diese Besonderheiten nahelegen, die Konzeption der Gesundheitsvollmacht näher zu untersuchen, ist dies bislang nicht geschehen.

Bei der Untersuchung der beiden gegensätzlichen Ansätze zur Konzeption – „Willensermittler“ oder Vertrauensperson –²³ kann die Vollmacht nicht isoliert betrachtet werden. Damit die private Vorsorge ihre betreuungsvermei-

medizinethischer Sicht, s. etwa *Imhof/Keul* Ethik Med 2014, 333 f.; *Fangerau* Ethik Med 2014, 335 f.

²² So oder ähnlich *Walter*, Vorsorgevollmacht, S. 5, 219; *Baltz*, S. 115; *Brodführer*, S. 98; *Eisenbart*, S. 214; *Spalckhaver*, in: V. Lipp, Handbuch, § 10 Rn. 2; *Langenfeld*, S. 70; *Bühler FamRZ* 2001, 1585, 1586; *Faupel*, S. 5; *Kemper*, in: HK-BGB, § 1896 BGB Rn. 21; *Diehl/Rebhan NJW* 2010, 326, 329; *Werner GmbH* 2013, 963, 965; *Sarres ZEV* 2013, 312; *Uhlenbruck ZInsO* 2009, 612, 614; *W. Bienwald*, in: Staudinger, § 1896 BGB Rn. 274; *Berger JZ* 2000, 797, 800; *Keilbach DNotZ* 2004, 164; *Grziwotz FamRB* 2012, 352, 353; *Seibl NJW* 2016, 3277, 3278 f.; *Kropp FPR* 2012, 9, 10; *Chr. Bienwald FPR* 2012, 28, 31; *V. Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/V. Lipp, Kap. VI. Rn. 120 f.; *V. Lipp/Knoche GreifRecht* 2016, 73, 76; *Ihrig DNotZ* 2011, 588; *Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel*, in: Ratzel/Luxenburger, Kap. 14 Rn. 404, 411; *Stascheit RNotZ* 2020, 61, 63.

²³ S. u. § 9.

dende Funktion umfassend erfüllen kann, darf sie sich nämlich nicht in der Erteilung der Vollmacht im Außenverhältnis erschöpfen, sondern sie erfordert auch eine entsprechende Regelung im Innenverhältnis zwischen Gesundheitsbevollmächtigtem und Vollmachtgeber. In diesem sogenannten Vorsorgeverhältnis²⁴ werden die Pflichten, aber auch die Rechte des Bevollmächtigten festgelegt.²⁵ Die dogmatische Einordnung und die genaue Ausgestaltung des Vorsorgeverhältnisses erfahren in der Literatur jedoch oft nur am Rande Beachtung. Da eine systematische Untersuchung des Vorsorgeverhältnisses unerlässlich ist, um die Konzeption der Gesundheitsvollmacht herauszuarbeiten, ist auch diese Lücke zu schließen.

Gegenstand dieser Arbeit sollen also zusammengefasst die Untersuchung der Funktion und Ausgestaltung der Gesundheitsvollmacht und des zugrundeliegenden Vorsorgeverhältnisses, die mögliche Konzeption als Vertrauensakt und die damit verbundenen, bislang unbeleuchteten, jedoch praktisch hoch relevanten Fragen nach den Aufgaben und Ermessensspielräumen des Gesundheitsbevollmächtigten in der Behandlungssituation sowie nach dem Vertrauensschutz des behandelnden Arztes sein.

Dabei erlaubt der Fokus auf die Konzeption der Gesundheitsvollmacht, eine rechtsvergleichende Perspektive einzubeziehen. Da die Behandlung vulnerabler Patienten kein nationales Phänomen ist, liegt es nahe, den Blick auf Lösungen anderer Rechtsordnungen zu lenken. So hat der Gesetzgeber in Schweden das Medizin- und Erwachsenenschutzrecht kürzlich umfassend reformiert und Vorbereitungen zur Einführung einer Gesundheitsvollmacht getroffen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung mit dem schwedischen Recht erscheint daher vielversprechend. Daraus können sich Hinweise auf die rechtspolitische Motivation des deutschen Gesetzgebers ergeben, woraus sich wiederum Rückschlüsse für die rechtliche Konzeption der deutschen Gesundheitsvollmacht ableiten lassen könnten.

Ferner erscheint es zielführend, Erkenntnisse der empirischen Sozialforschung einzubeziehen, soweit diese vorhanden sind. Welchem Personenkreis eine Gesundheitsvollmacht üblicherweise erteilt wird, welche Faktoren aus empirischer Sicht der Vollmachtserteilung zugrunde liegen und welche Erwartungen damit verbunden sind, kann bei der Erörterung der Konzeption der Gesundheitsvollmacht nicht außen vor bleiben.

Für die rechtliche Beurteilung der aufgeworfenen Fragen sind die Normen des materiellen Betreuungsrechts im BGB von besonderer Bedeutung. Diese werden mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts am 01.01.2023²⁶ insgesamt neu strukturiert. Ziel der Re-

²⁴ Diesen Begriff verwenden auch Renner, in: Müller/Renner, Rn. 629; V. Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 208; Spalckhaver, in: V. Lipp, Handbuch, § 15 Rn. 1 ff.

²⁵ S. u. § 6 IV. 1.

²⁶ Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 04.05.2021, BGBl. 2021 I, S. 882.

form ist eine grundlegende, auf die Stärkung der Selbstbestimmung unterstützungsbedürftiger Menschen ausgerichtete Überarbeitung der zentralen Vorschriften des Betreuungsrechts, wozu auch die deutlichere Verankerung der Vorgaben von Artikel 12 UN-BRK gehört.²⁷ Sie steht „unter dem Leitgedanken, die betreuungsrechtlichen Vorschriften so zu verbessern, dass sie in ihrer Gesamtheit auf den verschiedenen Anwendungsebenen eine konsequent an der Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen orientierte rechtliche Betreuung zu gestalten vermögen, bei der die in der Praxis beteiligten Akteure alle im konkreten Fall anwendbaren Schritte unternehmen, um den Erwachsenen bei der rechtlichen Besorgung seiner Angelegenheiten im konkret erforderlichen Umfang zu unterstützen.“²⁸

Grundlage dieser Untersuchung ist das derzeit geltende Recht, doch soll die Reform des Betreuungsrechts nicht unberücksichtigt bleiben.²⁹ Daher werden im Folgenden auch die Vorschriften des künftigen Rechts zitiert. Soweit der Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit betroffen ist, spiegeln die neu gefassten Rechtsvorschriften ganz überwiegend wider, was nach zutreffender Auffassung bereits *de lege lata* gilt.³⁰ Insoweit gelten die jeweiligen Ausführungen auch für die Rechtslage nach Inkrafttreten der Reform. Soweit sich jedoch an einzelnen Stellen für diese Untersuchung relevante materiell-rechtliche Unterschiede zur aktuellen Rechtslage ergeben, werden die Änderungen kenntlich gemacht.

II. Gang der Untersuchung

Für die Untersuchung der aufgeworfenen Fragen ist es geboten, zunächst die Rolle des Gesundheitsbevollmächtigten bei der ärztlichen Behandlung in Erinnerung zu rufen und so die praktische Relevanz zu verdeutlichen (§ 2). Es kann ohne Berücksichtigung ihrer Funktion und des grund- und menschenrechtlichen Rahmens nicht gelingen, die Gesundheitsvollmacht zu verstehen. Ihre Erörterung muss daher Ausgangspunkt der weiteren Analyse sein (§§ 3 und 4). Daraus wird abzuleiten sein, dass die Betreuung als Referenz der Gesundheitsvollmacht anzusehen ist. Die nähere Untersuchung der Betreuung in Gesundheitsangelegenheiten kann daher wertvolle Erkenntnisse über die funktionsgerechte Ausgestaltung der privaten Vorsorge und über die Konzeption der Gesundheitsvollmacht liefern (§ 5). Auf dieser Grundlage ist

²⁷ S. nur BTDrucks 19/24445, S. 2, 107, 125.

²⁸ BTDrucks 19/24445, S. 108.

²⁹ S. ausführlicher zur Reform Horn ZEV 2020, 748, 749 ff.; Kurze FamRZ 2021, 1934 ff.; Müller-Engels FamRZ 2021, 645 ff.

³⁰ Näher Müller-Engels DNotZ 2020, 84, 94 ff.; s. auch Hindemit RNotZ 2022, 1, 4 mit Blick auf die Regelungen zur Patientenverfügung.

sodann die private Vorsorge durch die Gesundheitsvollmacht genauer zu beleuchten (§ 6). Das betrifft nicht nur die Vollmacht selbst, sondern auch das Vorsorgeverhältnis zwischen dem Bevollmächtigten und dem Vollmachtgeber. Im nächsten Schritt ist sodann die private Vorsorge durch Gesundheitsvollmacht der staatlichen Rechtsfürsorge durch die Betreuung gegenüberzustellen, um die Gemeinsamkeiten und Unterschiede herauszuarbeiten (§ 7). Auf Basis dieser Erkenntnisse und eines Rechtsvergleichs mit dem sich in einem umfassenden Reformprozess befindlichen schwedischen Recht (§ 8) soll schließlich – unter Einbeziehung der empirischen Sozialforschung – die Konzeption der Gesundheitsvollmacht als Vertrauensakt untersucht werden (§ 9). Im Anschluss sind die Auswirkungen dieser Konzeption in zentralen Fragen des Behandlungsprozesses näher zu erörtern. Dazu gehört die Feststellung und Umsetzung des Patientenwillens durch den Gesundheitsbevollmächtigten und die Bedeutung vorsorglicher Willensbekundungen (§ 10). In diesem Kontext ist zu klären, welche Ermessensspielräume der Gesundheitsbevollmächtigte bei der Erfüllung seiner Aufgaben hat (§ 11). Das betrifft insbesondere die Befugnis, von den Weisungen des Vollmachtgebers abzuweichen. Abschließend sind auch die Konsequenzen einer Pflichtverletzung des Gesundheitsbevollmächtigten zu erörtern (§ 12). Hier stellt sich nicht nur die Frage nach den Grenzen etwaiger Ermessensspielräume, sondern auch, inwiefern sich der Arzt im Rahmen der Behandlung auf den Gesundheitsbevollmächtigten verlassen darf. Das Ende der Untersuchung bildet eine Zusammenfassung der Ergebnisse (§ 13).

Die Rolle des Gesundheitsbevollmächtigten bei der ärztlichen Behandlung

Damit die Untersuchung die aufgeworfenen Fragen sinnvoll zu beantworten vermag, muss sie von der Funktion der Gesundheitsvollmacht ausgehen. Diese hängt von dem praktischen und rechtlichen Bedürfnis nach einem solchen Vorsorgeinstrument ab. Bevor also die Funktion erörtert werden kann, muss die Situation geklärt werden, in der eine Gesundheitsvollmacht zur Anwendung kommen soll. Daher gilt es zunächst, sich die rechtlichen Grundlagen der medizinischen Behandlung zu vergegenwärtigen. Auf dieser Basis wird sich zeigen, welche Rolle der Gesundheitsbevollmächtigte im Behandlungsgeschehen überhaupt spielt. Das gibt nicht nur Aufschluss über die Funktion der Gesundheitsvollmacht, sondern ist ferner ausschlaggebend für die Bedeutung der Angelegenheiten für den Vollmachtgeber, die zweckmäßige Ausgestaltung der privaten Vorsorge und die wahrzunehmenden Aufgaben.

I. Grundlagen der ärztlichen Behandlung

Bei der ärztlichen Behandlung ist zwischen dem Behandlungsvertrag und den einzelnen ärztlichen Maßnahmen zu unterscheiden, die im Rahmen des Behandlungsverhältnisses durchgeführt werden. Während der Behandlungsvertrag die rechtliche Grundlage für die ärztliche Tätigkeit bildet,¹ muss jede einzelne ärztliche Maßnahme gesondert gerechtfertigt sein. Zum einen ist eine sachliche Rechtfertigung durch die medizinische Indikation notwendig.² Zum anderen handelt es sich bei der Maßnahme um einen Eingriff in die körperliche und seelische Integrität des Patienten, sodass der Eingriff gem. § 630d BGB der Einwilligung des Patienten bedarf.³

¹ *V. Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/V. Lipp, Kap. III. Rn. 2; *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 101; *Quaas*, in: Quaas/Zuck/Clemens, § 14 Rn. 1, 14; *Katzenmeier*, in: Bamberger/H. Roth/Hau/Poseck, § 630a BGB Rn. 15.

² *Katzenmeier*, in: Bamberger/H. Roth/Hau/Poseck, § 630a BGB Rn. 15; dazu u. § 2 I. 2. a).

³ Dies war bereits vor der Einführung des § 630d BGB so, s. nur BVerfGE 52, 131, 168,

1. Behandlungsvertrag

Seit dem 26.02.2013 ist der Behandlungsvertrag ausdrücklich in den §§ 630a ff. BGB geregelt. Wie schon vor dieser Kodifizierung⁴ handelt es sich dabei entsprechend der Einordnung in Buch 2 Titel 8 („Dienstvertrag und ähnliche Verträge“) des BGB um eine „spezielle Form des Dienstvertrags“,⁵ was nun auch durch § 630b BGB ausdrücklich bestimmt wird. Die Grundlage der ärztlichen Behandlung bildet also regelmäßig ein privatrechtlicher Vertrag.⁶ Das gilt nicht nur für den Privatpatienten, sondern auch für den in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherten Patienten.⁷

a) Inhalt des Vertrags

Aus dem Inhalt des Vertrags ergeben sich die Rechte und Pflichten des Patienten und des Behandelnden, die im späteren Verlauf dieser Untersuchung aufzugreifen sein werden.

aa) Erarbeiten des Behandlungsziels

Wesentlicher Gegenstand des Behandlungsverhältnisses ist die Bestimmung des Behandlungsziels.⁸ Es gibt nicht nur eine objektiv richtige Behandlung, sondern Patient und Behandelnder müssen sich (ggf. konkludent⁹) darauf

173 f.; BGHSt 11, 111, 114; BGHZ 29, 46, 49, 54; 29, 176, 179 ff.; 106, 391, 397; BGH NJW 1986, 780. Zur Einwilligung *V. Lipp*, in: FS Arai, S. 474, 481 f.; *Wever*, in: Bergmann/Paue/Steinmeier, § 630d BGB Rn. 1 ff.; *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 630d BGB Rn. 2; *Wagner*, in: MüKoBGB, § 630d BGB Rn. 5; *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 402 ff.

⁴ Schon vor der Kodifizierung handelte es sich nach h.M. nicht um einen Werkvertrag, s. nur BGHZ 63, 306, BGH NJW 2011, 1674; 309; BSG NJW 1991, 2988, 2989; OLG Stuttgart, 10.02.2009, Az. 1 U 52/08; ausführlich *Franzki*, S. 5 ff.; s. auch *Spinner*, in: MüKoBGB, § 611 BGB Rn. 10; *Katzenmeier*, in: Bamberger/H. Roth/Hau/Poseck, § 630a BGB Rn. 20 jeweils m.w.N.

⁵ BTDrucks 17/10488, S. 17; *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 630b BGB Rn. 1 ff.; *Spickhoff* VersR 2013, 267, 268; *Franzki*, S. 58; *V. Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/V. Lipp, Kap. III. Rn. 26 m.w.N.; früher bereits „als Dienstvertrag höherer Art“ oder „vertragliche Bindung dienstvertraglicher Natur“ bezeichnet, s. etwa BGHZ 63, 306, 309; 76, 259, 261; 97, 273, 277; BGH NJW 2011, 1674.

⁶ *V. Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/V. Lipp, Kap. III. Rn. 2; *Brauer*, S. 19.

⁷ S. etwa BVerfG NJW 2005, 1103, 1004; BGHZ 76, 259, 261; 97, 273, 276. Zu dieser nunmehr überholten Diskussion ausführlich *Franzki*, S. 48 ff. m.w.N.; s. auch *Griebau*, in: Ratzel/Luxenburger, Kap. 11 Rn. 14 ff. Zum früher v.a. in der sozialrechtlichen Rechtsprechung und Literatur vertretenen „öffentlich-rechtlichen“ Ansatz: BSG NJW 1986, 1574, 1676; *Schnapp* NZS 2001, 337, 340; *Schnapp/Düring* NJW 1989, 2913, 2916. Demgegenüber ist das Behandlungsverhältnis in anderen Rechtsordnungen öffentlich-rechtlich ausgestaltet, so z. B. in Schweden, vgl. *Lind*, in: Flood/Gross, S. 51, 66 f.

⁸ *V. Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/V. Lipp, Kap. IVI. Rn. 105.

⁹ *V. Lipp*, in: Dörries/V. Lipp, S. 36, 38.

einigen, welche Behandlung „versprochen“ wird (§ 630a Abs. 1 BGB). Im Behandlungsvertrag legen Patient und Behandelnder daher das Ziel und die Grenzen der Behandlung gemeinsam fest.¹⁰ Von diesem Ziel der medizinischen Behandlung hängen einerseits die Pflichten des Arztes ab und andererseits die Indikation als Element sachlicher Rechtfertigung einer ärztlichen Maßnahme.¹¹ Dabei müssen Arzt und Patient zusammenwirken.¹² Das ist Ausdruck des Gedankens eines kooperativen Arzt-Patienten-Verhältnisses auf Augenhöhe¹³ im Gegensatz zur früher in der Praxis vorherrschenden paternalistisch-autoritären Sichtweise.¹⁴

Der Arzt muss daher die aus medizinischer Sicht möglichen und erreichbaren Ziele der Behandlung mit dem Patienten besprechen.¹⁵ Auf dieser Basis wird das Behandlungsziel gemeinsam festgelegt.¹⁶ Das Behandlungsziel ergibt sich also nicht aus dem medizinisch Möglichen, sondern hängt auch von den persönlichen Präferenzen des Patienten ab.¹⁷ So will ein Patient beispielsweise die mit einer bestimmten Behandlungsmethode verbundenen Belastungen oder Einschränkungen nicht ertragen und deswegen diese Heilungschance nicht nutzen, während ein anderer Patient in einer ähnlichen Situation die gegenteilige Entscheidung trifft.¹⁸

Auf der Basis des Behandlungsziels entscheidet sich, welche ärztlichen Maßnahmen in Betracht kommen. So sind zur Heilung des Patienten ganz andere Maßnahmen angezeigt als zur Schmerzlinderung im Rahmen der Sterbebegleitung.¹⁹ Das Behandlungsziel kann sich während der Behandlung jederzeit ändern, je nachdem wie sich die Umstände und der Zustand des Patienten entwickeln.²⁰

¹⁰ V. Lipp/Brauer ZPallMed 2013, 121, 124; V. Lipp, in: FS Arai, S. 474, 479; vgl. auch To. Voigt, S. 72.

¹¹ V. Lipp, in: Laufs/Katzenmeier/V. Lipp, Kap. III. Rn. 34; dazu unten § 2 I. 2. a).

¹² § 630c Abs. 1 BGB; s. auch Deutsch/Spickhoff, Rn. 402.

¹³ Dazu Deutsch/Spickhoff, Rn. 20.

¹⁴ Ausführlich Katzenmeier, Arzthaftung, S. 10 ff.; Samerski ARSP 2015, 565, 566 ff.; Franzki, S. 10 ff.; s. auch Damm JZ 1998, 926, 928; Damm MedR 2010, 451, 452 f.; Eibach/Schaefer MedR 2001, 21; V. Lipp/Brauer, in: Wiesemann/Simon, S. 106.

¹⁵ V. Lipp, in: Dörries/V. Lipp, S. 36, 38.

¹⁶ V. Lipp/Brauer ZPallMed 2013, 121, 122.

¹⁷ V. Lipp, in: Dörries/V. Lipp, S. 36, 38.

¹⁸ V. Lipp, in: Dörries/V. Lipp, S. 36, 38.

¹⁹ Brauer, S. 24; näher u. § 2 I. 2. a).

²⁰ V. Lipp MedR 2020, 259; V. Lipp, in: Laufs/Katzenmeier/V. Lipp, Kap. VI Rn. 105; V. Lipp, in: Dörries/V. Lipp, S. 36, 38; vgl. auch Bundesärztekammer, Grundsätze zur ärztlichen Sterbebegleitung, DÄBl. 2011, A 346 f., Präambel und Ziff. IV.; Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Notfall- und Intensivmedizin, Sektion Ethik, Positionspapier Therapiezieländerung und Therapiebegrenzung MedR 2012, 647, 648, Ziff. 2.3.

bb) Pflichten der Parteien

(1) „Behandlung gegen Vergütung“

Grundsätzlich wird kein bestimmter Erfolg (z. B. Heilung) geschuldet.²¹ Vielmehr ist der Behandelnde gem. § 630a BGB verpflichtet, die versprochene Behandlung (Abs. 1) entsprechend den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden allgemein anerkannten fachlichen Standards durchzuführen (Abs. 2).²² Die Pflichten hängen also maßgeblich vom vereinbarten Behandlungsziel ab. Dabei umfasst die Behandlung i.S.d. § 630a BGB die Diagnose, Indikationsstellung und einfachste, schnellste und schonendste Therapie, um den im Vertrag zugrunde gelegten Behandlungszweck zu erreichen.²³ Der Patient ist im Gegenzug zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet (§ 630a Abs. 2 BGB), sofern er nicht (wie im praktischen Regelfall) gesetzlich krankenversichert ist.²⁴

Den Patienten trifft über diese Vergütungspflicht hinaus die Obliegenheit zur Mitwirkung gem. § 630c Abs. 1 BGB.²⁵ So muss der Patient für die Behandlung bedeutsame Umstände zeitnah offenlegen und dem Behandelnden auf diese Weise ein Bild von seiner Person und seiner körperlichen Verfassung vermitteln.²⁶ Darüber hinaus trifft den Patienten die Obliegenheit, vereinbarte Behandlungsmaßnahmen zu dulden und ärztliche Anordnungen zu befolgen.²⁷

²¹ *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 138.

²² S. bereits o. § 2 I. 1. zur Einordnung des Behandlungsvertrags als Dienstvertrag und nicht als Werkvertrag; ferner *Spickhoff*, in: *Spickhoff, Medizinrecht*, § 630a BGB Rn. 36. Das gilt, sofern nichts anderes vereinbart wurde, denn § 630a BGB ist – wie bereits § 630a Abs. 2 letzter Hs. BGB zeigt – kein zwingendes Recht, dazu *Mansel*, in: *Jauernig, Vorbem.* § 630a – § 630h BGB Rn. 3.

²³ *V. Lipp*, in: *Laufs/Katzenmeier/V. Lipp*, Kap. III. Rn. 34. § 630c Abs. 2 S. 1 BGB formuliert, dass der Behandelnde sämtliche für die Behandlung wesentlichen Umstände zu erläutern hat, insbesondere die Diagnose, die voraussichtliche gesundheitliche Entwicklung und die Therapie.

²⁴ Dann richtet sich der Vergütungsanspruch nicht gegen den Patienten, sondern gegen die kassenärztliche Vereinigung, dazu *BTDrucks 17/10488*, S. 18 f.; *Quaas*, in: *Quaas/Zuck/Clemens*, § 14 Rn. 4 f.

²⁵ *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 157; *Spickhoff*, in: *Spickhoff, Medizinrecht*, § 630c BGB Rn. 4.

²⁶ *BTDrucks 17/10488*, S. 21.

²⁷ *Spickhoff*, in: *Spickhoff, Medizinrecht*, § 630c BGB Rn. 4. *Wagner*, in: *MüKoBGB*, § 630c BGB Rn. 5 f., spricht von „Compliance“ mit den therapeutischen Vorgaben des Behandelnden.

(2) Aufklärungs- und Informationspflichten

Da sich der Gedanke des kooperativen Arzt-Patienten-Verhältnisses auf Augenhöhe durchgesetzt hat,²⁸ sieht das Gesetz umfassende Aufklärungs- und Informationspflichten des Behandelnden vor. So hat dieser die Pflicht zur behandlungsbezogenen Information (§ 630c Abs. 2 S. 1 BGB) und zur Aufklärung des Patienten (§ 630e BGB), auf deren Basis der Patient ggf. in die Maßnahme einwilligt (§ 630d BGB). Über mögliche Behandlungsfehler muss der Arzt den Patienten gem. § 630c Abs. 2 S. 2 BGB aufklären, sofern daraus beeinflussbare Gesundheitsgefahren entstehen können. Außerdem hat er die Obliegenheit, den Patienten gem. § 630c Abs. 3 BGB auch über die wirtschaftlichen Umstände zu informieren.

(3) Dokumentationspflicht und Schweigepflicht

Zu den Nebenpflichten des Behandelnden gehört zum einen die Dokumentationspflicht gem. § 630f BGB. Der informationellen Selbstbestimmung dient in diesem Zusammenhang das Recht des Patienten gem. § 630g BGB, Einsicht in die Patientenakte zu nehmen und eine elektronische Abschrift zu verlangen.²⁹ Zum anderen trifft den Arzt wegen des besonderen Vertrauensverhältnisses zum Patienten auch eine vertragliche Schweigepflicht hinsichtlich aller Umstände der Behandlung.³⁰

b) Vertragsschluss

aa) Vertragsparteien

Als privatrechtlicher Vertrag wird der Behandlungsvertrag durch (unter Umständen konkludent abgegebene³¹) korrespondierende Willenserklärungen des Behandelnden und des Patienten begründet.³² Wer Behandelnder im Sinne des § 630a Abs. 1 BGB ist, hängt davon ab, ob der Patient die Praxis eines niedergelassenen Arztes oder ein Krankenhaus aufsucht und wie das Krankenhaus organisiert ist.³³

²⁸ Dazu bereits o. § 2 I. 1. a) aa).

²⁹ Katzenmeier NJW 2013, 817, 820.

³⁰ Deutsch/Spickhoff, Rn. 146; V. Lipp, in: Laufs/Katzenmeier/V. Lipp, Kap. III. Rn. 38.

³¹ Das ist etwa bei ambulanter Behandlung regelmäßig der Fall, s. Wenzel, in: Wenzel, Kap. 4 Rn. 13; Griebau, in: Ratzel/Luxenburger, Kap. 10 Rn. 10; Kern/Rehborn, in: Laufs/Kern/Rehborn, § 44 Rn. 1.

³² Griebau, in: Ratzel/Luxenburger, Kap. 11 Rn. 10; Kern/Rehborn, in: Laufs/Kern/Rehborn, § 44 Rn. 1.

³³ Zu den verschiedenen Konstellationen ausführlich Deutsch/Spickhoff, Rn. 103; sowie Quaas, in: Quaas/Zuck/Clemens, § 14 Rn. 6 ff., 19.

bb) Geschäftsfähigkeit

Ausnahmsweise³⁴ ist die auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung des volljährigen Patienten wegen Geschäftsunfähigkeit nichtig, wenn sich dieser in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand der Störung seiner Geistestätigkeit befindet, die entweder dauerhaft (§§ 105 Abs. 1, 104 Nr. 2 BGB) oder vorübergehend (§ 105 Abs. 2 BGB) sein kann, und daher nicht die Bedeutung und Tragweite des Abschlusses des Behandlungsvertrags versteht oder deshalb kein eigenes Urteil bilden bzw. keine eigene Entscheidung treffen kann.³⁵ Funktion dieser gesetzlichen Nichtigkeitsanordnung ist es, einen Mindestschutz des Betroffenen im Rechtsverkehr zu gewährleisten.³⁶ Der Betroffene soll davor geschützt werden, eine Erklärung abzugeben, die nicht auf seiner eigenverantwortlichen Entscheidung beruht.³⁷ Ausschlaggebend ist daher, inwiefern die Freiheit der Willensbestimmung aufgrund einer irgendwie gearteten geistigen Anomalie beeinträchtigt ist,³⁸ sodass die Erklärung nicht mehr Ausdruck der Selbstbestimmung des Betroffenen ist.³⁹

Die freie Willensbestimmung ist ausgeschlossen, wenn der Betroffene seinen Willen nicht frei und unbeeinflusst von der Geistesstörung bilden und nach den gewonnenen Erkenntnissen handeln kann, d. h. wenn er einsichts- oder urteilsunfähig ist.⁴⁰ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Betroffene außerstande ist, seine Entscheidung von der „Abwägung des Für und Wider bei sachlicher Prüfung der in Betracht kommenden Gesichtspunkte“⁴¹ abhängig zu machen.

³⁴ Die Geschäftsfähigkeit ist dabei der gesetzlich vorgesehene Regelfall und die Geschäftsunfähigkeit die Ausnahme, s. nur BGHZ 18, 184, 190; BVerwG NJW 1994, 2633, 2634; BAG NJW 1994, 2501, 2502; OLG München FamRZ 2010, 756; BTDrucks 14/9266, S. 42; *Spickhoff*, in: MüKoBGB, § 104 BGB Rn. 35; *V. Lipp*, Freiheit und Fürsorge, S. 42 ff., 60 ff.; *C. Wolf*, S. 32 ff.; *Ellenberger*, in: Grüneberg, Einf v § 104 BGB Rn. 2.

³⁵ Dazu *V. Lipp*, in: *V. Lipp*, Handbuch, § 2 Rn. 7, 16 ff. Es handelt sich regelmäßig auch nicht um ein Geschäft des täglichen Lebens, sodass § 105a BGB nicht einschlägig ist, s. *Brauer*, S. 21; *Spickhoff*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, § 105a BGB Rn. 8.

³⁶ Vgl. BVerfGE 99, 341, 353; *V. Lipp*, in: *V. Lipp*, Handbuch, § 2 Rn. 9.

³⁷ Dazu ausführlich *V. Lipp*, Freiheit und Fürsorge, S. 40 ff.; *C. Wolf*, S. 20 f.

³⁸ RGZ 103, 399, 401; 130, 69, 71; 162, 223, 228; BGH NJW 1953, 1342; FamRZ 1966, 504; NJW 1996, 918, 919; 2000, 3562; BAG NJW 2009, 3051, 3052; *Spickhoff*, in: MüKoBGB, § 104 BGB Rn. 43, § 105 BGB Rn. 38; *Klump*, in: Staudinger, § 104 BGB Rn. 10 f.; *Spickhoff* AcP 208 (2008), 345, 379.

³⁹ Vgl. *V. Lipp*, Freiheit und Fürsorge, 60 f.

⁴⁰ BGH NJW 1970, 1680, 1681; FamRZ 1984, 1003; NJW 1996, 918, 919; BayObLG NJW 1992, 2100, 2101; *Spickhoff*, in: MüKoBGB, § 104 BGB Rn. 47; *Spickhoff* AcP 208 (2008), 345, 379; *V. Lipp*, Freiheit und Fürsorge, S. 61; vgl. auch *Schmidt* RabelsZ 76 (2012), 1022, 1025 ff.

⁴¹ BGH NJW 1953, 1342; 1970, 1680, 1681; 1996, 918, 919; OLG Saarbrücken NJW

Da die freie Willensbestimmung vollständig ausgeschlossen sein muss, reicht eine gewisse Willensschwäche oder Beeinflussbarkeit nicht aus.⁴² Der Betroffene muss vielmehr gänzlich unfähig sein, die Bedeutung einer abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu entscheiden.⁴³

Ist die freie Willensbestimmung des Patienten im Einzelfall ausgeschlossen, kann dieser den Behandlungsvertrag mithin nicht selbst abschließen.⁴⁴ Leidet er dagegen etwa unter einer Willensschwäche, welche die Abwägung der relevanten Umstände nur erschwert, ist er zwar unter Umständen auf Unterstützung angewiesen, kann aber den Vertrag rechtlich noch selbst abschließen.

2. Ärztliche Maßnahme

Während der Behandlungsvertrag die Grundlage für die Behandlung bildet, müssen darüber hinaus verschiedene Voraussetzungen erfüllt sein, damit die einzelne ärztliche Maßnahme rechtmäßig ist.⁴⁵

a) Indikation

Eine rechtmäßige ärztliche Maßnahme muss medizinisch indiziert sein,⁴⁶ wie die Regelung des § 1901b Abs. 1 BGB (künftig: § 1828 Abs. 1 BGB n.F.) verdeutlicht. Die Indikation ist Grundvoraussetzung ärztlichen Handelns⁴⁷ und

1999, 871, 872; *Spickhoff*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, § 105a BGB Rn. 4; *Spickhoff*, in: *MüKoBGB*, § 104 BGB Rn. 47.

⁴² RG JW 1936, 1205; BGH WM 1972, 972; OLG Düsseldorf FamRZ 1998, 1064, 1065; OLG Saarbrücken NJW 1999, 871, 872; OLG München FamRZ 2010, 756; Urt. v. 06.04.2016, Az. 20 U 2996/15; Urt. v. 02.11.2016, Az. 3 U 1522/16; *Hefermehl*, in: *Söergel*, § 104 BGB Rn. 4; *Ellenberger*, in: *Grüneberg*, § 104 BGB Rn. 5; *Müller*, Betreuung, S. 15.

⁴³ *Klumpp*, in: *Staudinger*, § 104 BGB Rn. 15; *Flume*, AT II, § 13–3, S. 186; vgl. auch *Beckmann* JZ 2013, 604, 607; *Gebauer* AcP 153 (1954), 332, 357 f.

⁴⁴ OLG Köln MedR 2015, 826, 827; SG Marburg BtPrax 2016, 86; *Kern/Rehborn*, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, § 43 Rn. 9; *V. Lipp/Brauer* ZPallMed 2013, 121, 122; *Schmidt-Recla* MedR 2015, 827, 828.

⁴⁵ *V. Lipp/Brauer*, in: *Wiesemann/Simon*, S. 106, 107; *Katzenmeier*, in: *Bamberger/H. Roth/Hau/Poseck*, § 630a BGB Rn. 15.

⁴⁶ Vgl. BGHSt 12, 379, 382 ff.; BGHZ 154, 205, 225; BGH NJW 1978, 1206; OLG Düsseldorf NJW 1984, 2636; VersR 1992, 1096; NJW-RR 1992, 351; OLG Köln OLGR 1992, 114; *Roglmeier* FPR 2010, 282, 285; *Kern*, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, § 49 Rn. 6; *Kutzer* MedR 2010, 531; *Verrel*, in: *Salomon*, S. 76, 78; *Laufs*, S. 24 f.; *Hörr*, S. 245; *Putz/Steldinger*, S. 33; *Hindemit* RNotZ 2022, 1, 3.

⁴⁷ *Wever*, in: *Bergmann/Pauge/Steinmeier*, § 630d BGB Rn. 1; *Laufs/Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/V. Lipp*, Kap. I. Rn. 40; *V. Lipp* MedR 2015, 762 ff.

der Grund für die Durchführung der ärztlichen Maßnahme.⁴⁸ Zusammengefasst ist die medizinische Indikation ein fachliches Urteil über Wert oder Unwert der Anwendung einer ärztlichen Maßnahme im konkreten Fall.⁴⁹ Eine ärztliche Maßnahme ist indiziert, wenn sie unter fachlicher Abwägung von Nutzen und Risiken geeignet und ein angemessenes Mittel ist, das Behandlungsziel zu erreichen, und zwar auf die aktuelle Situation und einen bestimmten Patienten bezogen.⁵⁰

Die Abhängigkeit der Indikation vom Behandlungsziel zeigt sich gerade in schwierigen Behandlungssituationen. So sind insbesondere am Lebensende oder in der Intensivmedizin verschiedene Behandlungsmöglichkeiten denkbar.⁵¹ Einem Patienten kann es primär um Lebensverlängerung gehen, ein anderer möchte dagegen möglichst geringe Schmerzen erleiden.⁵² Es ist nicht Aufgabe des Arztes, die Lebensqualität zu bewerten und seine Entscheidung davon abhängig zu machen, ob das Leben für den Patienten aus seiner eigenen Sicht noch lebenswert ist.⁵³ Nur wenn die Indikation auf das Behandlungsziel aufbaut, erfüllt die Behandlung ihren Zweck, den Patienten von seinem (subjektiv empfundenen) Leiden zu heilen oder es zu lindern.⁵⁴

Das Stellen der Indikation in Gestalt einer individuellen fachlichen Beurteilung ist Aufgabe des Arztes.⁵⁵ Voraussetzung ist aber gem. § 630c Abs. 2

⁴⁸ Brauer, S. 24; Laufs, S. 24 f.; Katzenmeier, in: Bamberger/H. Roth/Hau/Poseck, § 630a BGB Rn. 15.

⁴⁹ BGHZ 154, 205, 224; *Opderbecke* MedR 1985, 23, 25; *V. Lipp* MedR 2015, 762, 763; Brauer, S. 24; Hörr, S. 245; ähnlich *Borasio/Putz/Eisenmenger* DÄBl. 2013, A 2062, A 2063; kritisch *Saliger* MedR 2004, 237, 242; aus medizinethischer Sicht *Sahm* Ethik Med 2004, 133, 138 f.; *Verrel*, in: Salomon, S. 76, 78; *Geißendörfer*, S. 130.

⁵⁰ *Ankermann* MedR 1999, 387, 389; Brauer, S. 24; *Glöckner*, S. 48 f.; *Lorz*, S. 175; *V. Lipp*, in: FS Arai, S. 474, 480; *V. Lipp*, in: Dörries/V. Lipp, S. 36, 39; *V. Lipp/Brauer* ZPallMed 2013, 121, 122; *Taupitz*, Gutachten, A 24; *Borasio/Putz/Eisenmenger* DÄBl. 2013, A 2062, A 2063; *Heyers*, S. 29; *Putz/Steldinger*, S. 35; *Bundesärztekammer*, Grundsätze zur ärztlichen Sterbebegleitung, DÄBl. 2011, A 346 f.; ausführlich *Möller*, S. 35 ff., 49 ff.; dies voraussetzend auch *Spickhoff* NJW 2003, 1701, 1709; *Geißendörfer*, S. 127, 131 f.; vgl. auch *Rixen/Reinecke*, S. 128 f.; *Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Notfall- und Intensivmedizin, Sektion Ethik*, Positionspapier Therapiezieländerung und Therapiebegrenzung MedR 2012, 647, 650 f.; *Stock*, S. 99; zur Problematik bei IGeL-Leistungen *To. Voigt*, S. 73 ff.

⁵¹ *Geißendörfer*, S. 131 f.

⁵² BGHSt 11, 111, 114; 12, 379, 383; *V. Lipp*, in: Dörries/V. Lipp, S. 36, 41; Brauer, S. 24.

⁵³ *V. Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/V. Lipp, Kap. VI. Rn. 107; *Rixen/Reinecke*, S. 129; *Möller*, S. 96 ff.

⁵⁴ *Geißendörfer*, S. 132, spricht in diesem Zusammenhang von „Maximierung der Lebensqualität“.

⁵⁵ BGHZ 154, 205, 225; *V. Lipp*, in: Dörries/V. Lipp, S. 36, 39; *Wagenitz* FamRZ 2005, 669, 670; *Ankermann* MedR 1999, 387, 389; *Kutzer* MedR 2010, 531; *Taupitz*, Gutachten,

S. 1 BGB das Gespräch mit dem Patienten,⁵⁶ denn ohne Kenntnis vom Behandlungsziel und von den Vorstellungen des Patienten kann der Arzt die Indikation nicht stellen.⁵⁷ Ist die ärztliche Maßnahme indiziert, so muss sie der Arzt dem Patienten anbieten. Andernfalls darf er sie verweigern.⁵⁸ Kontraindizierte Maßnahmen darf er niemals durchführen, selbst wenn der Patient dies wünscht.⁵⁹

b) Einwilligung

Eine ärztliche Maßnahme darf jedoch nicht allein deshalb durchgeführt werden, weil sie indiziert ist. Jede ärztliche Maßnahme ist ein Eingriff in Rechtsgüter des Patienten und bedarf somit dessen Einwilligung.⁶⁰

aa) Selbstbestimmungsrecht als Grundlage

Es ist Ausdruck des auf der Menschenwürde basierenden Selbstbestimmungsrechts des Patienten gem. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG,⁶¹ dass diesem selbst die Entscheidung zusteht, ob die ärztliche Maßnahme durchgeführt wird oder nicht.⁶² Dem trägt § 630d Abs. 1 S. 1 BGB Rech-

A 24; *Hauck* NJW 2013, 3334; *Laufs* NJW 1998, 3399, 3400; *Heyers*, S. 29; *Wagenitz* FamRZ 2005, 669, 670; *Olzen* JR 2009, 354, 358; *Roglmeier* FPR 2010, 282, 285; *Verrel*, Gutachten, C 99 f.

⁵⁶ *V. Lipp*, in: *Dörries/V. Lipp*, S. 36, 39; *V. Lipp/Brauer*, in: *Höfling*, S. 17, 18 f.; *Borasio/Putz/Eisenmenger* DÄBl. 2013, A 2062, A 2063 f.

⁵⁷ *Brauer*, S. 24; vgl. auch *Borasio/Putz/Eisenmenger* DÄBl. 2013, A 2062, A 2063 f.

⁵⁸ BGHZ 154, 205, 225 ff.; *V. Lipp*, in: *Dörries/V. Lipp*, S. 36, 39; *Laufs* NJW 1998, 3399, 3400; *Spickhoff* NJW 2000, 2297, 2298; *Heyers*, S. 29; *Taupitz*, Gutachten, A 23 f.; *Sahm* Ethik Med 2004, 133, 138; *Geißendörfer*, S. 129; *Wagenitz* FamRZ 2005, 669, 670; *Kutzer* MedR 2010, 531.

⁵⁹ OLG Köln NJW-RR 1999, 968; OLG Düsseldorf VersR 2002, 611; OLG Karlsruhe MedR 2003, 104, 106; *V. Lipp*, in: *Laufs/Katzenmeier/V. Lipp*, Kap. VI. Rn. 95; *V. Lipp/Brauer*, in: *Höfling*, S. 17, 21; *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 15, 342; *Hörr*, S. 246.

⁶⁰ BVerfGE 52, 131, 168; *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 19; *Wagenitz* FamRZ 2005, 669, 670; *Laufs*, in: *Hillenkamp*, S. 119, 122 f.

⁶¹ Zum Selbstbestimmungsrecht als Ausfluss des aus der Menschenwürde abgeleiteten allgemeinen Persönlichkeitsrechts BVerfGE 27, 344, 350 f.; 52, 131, 168, 173; 65, 1, 41 f.; BVerfG FamRZ 2008, 2260, 2261; NJW 2016, 2559; BGH NJW 2014, 785, 786; 2015, 3572; BGHZ 206, 321, 324; BGH FamRZ 2016, 704, 705; 2016, 1670, 1671; ausführlich *Wietfeld*, S. 56 ff.; ferner im Kontext der medizinischen Behandlung *Hufen*, Patientenverfügungen, S. 28 f.

⁶² BVerfGE 52, 131, 171 ff.; BGHSt 11, 111, 114; BGHZ 29, 46, 49; 29, 176, 179; 90, 103, 105 f.; 106, 391, 397; 202, 226, 236; BGH NJW 1984, 1807, 1808 f.; *Wenzel*, in: *Wenzel*, Kap. 4 Rn. 74; *A. Roth* JZ 2004, 494, 495; *Laufs*, in: *Hillenkamp*, S. 119, 122 f.; *Hufen*, Patientenverfügungen, S. 28 ff.; *Spickhoff* AcP 208 (2008), 345, 389 f.; *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 19, ausführlich zur Einwilligung Rn. 413 ff.; *Mameghani*, S. 19; *Hörr*, S. 41; *Burchardt*, S. 22; *V. Lipp*, in: *Laufs/Katzenmeier/V. Lipp*, Kap. VI. Rn. 96: „Die Patientenautonomie