

Zweiter Deutscher Seniorenrechtstag

Berlin 2011

Die Patientenverfügung und ihr Adressat



Dr. Doering-Striening

Fachanwältin für Sozial- und Familienrecht

Essen

www.rue94.de

1	Die rechtlichen Grundlagen	3
2	Viele Akteure, aber keine Adressaten.....	5
3	Adressaten und ihre Aufgaben nach der Rechtsprechung des BGH.....	7
4	Aufgaben, Pflichten und Rechtsfolgen bei Verstoß	13
5	Der Pflichtenkreis des Arztes	20
5.1	Die medizinische Indikation	20
5.2	Gibt es Standards für spezielle Situationen?.....	24
6	Der Pflichtenkreis des Betreuers/ Bevollmächtigten – Entscheidungen auf Grund von Indikationen und Patientenwille.....	28
6.1	Der Patientenwille.....	28
6.2	Unsicherheiten auf Seiten des Betreuers/ Bevollmächtigten, ggf. auch des Arztes	
	32	
7	Schlussfolgerungen für die anwaltliche Gestaltungs- und Beratungspraxis	33

Die Patientenverfügung und ihr Adressat

1 Die rechtlichen Grundlagen

Das neue Patientenverfügungsrecht hat nur wenige Paragraphen und ist rechtstechnisch im Betreuungsrecht angesiedelt. Es unterscheidet zwischen

- Patientenverfügung (§ 1901 a Abs. 1 BGB)
- Behandlungswünschen (§ 1901 a Abs. 2 BGB)
- mutmaßlichem Willen des Patienten (§ 1901 a Abs. 2 BGB)

Richtigerweise ist nicht nur für die Patientenverfügung nach dem Adressaten zu fragen, sondern selbstverständlich auch für die Behandlungswünsche und dem mutmaßlichen Willen des Patienten.

Das Patientenverfügungsrecht sieht vor, dass eine Patientenverfügung zur Wirkung kommt, wenn

- der Betreute/ Vollmachtgeber für die vorgesehene medizinische Maßnahme nicht mehr über die erforderliche Einwilligungsfähigkeit verfügt
- die Patientenverfügung die konkret anstehenden Entscheidungssituationen trifft
- die Patientenverfügung auf seine aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutrifft.

Tut sie das nicht, muss der Betreuer/Bevollmächtigte

- die Behandlungswünsche des Patienten
- den mutmaßlichen Willen des Patienten

feststellen und dann entscheiden, ob er in die ärztliche Maßnahme einwilligt oder sie untersagt.

Grundlage für die Entscheidungen des Betreuers/Bevollmächtigten auf Grund von Patientenverfügung, Behandlungswunsch oder mutmaßlichem Willen ist gleichermaßen das **Gespräch zur Feststellung des Patientenwillens** nach § 1901 b Abs. 1 BGB.

Der Arzt hat zu prüfen, welche **ärztliche Maßnahme** im Hinblick auf den **Gesamtzustand** und die **Prognose** des Patienten überhaupt **konkret indiziert** ist. Diese konkret indizierte Maßnahme ist mit dem Betreuer/Bevollmächtigten zu erörtern.

Im Rahmen dieser Erörterung schuldet der Arzt dem Bevollmächtigten/Betreuer die Aufklärung über die medizinische Maßnahme, die er üblicherweise dem einwilligungsfähigen Patienten geschuldet hätte, soweit dieser nicht bereits im Rahmen seiner Patientenverfügung ausdrücklich und konkludent für konkrete Situationen auf Aufklärung verzichtet hat.

Bei der Feststellung des Patientenwillens nach § 1901 a Abs. 1 BGB, so wie seiner Behandlungswünsche oder seines mutmaßlichen Willens nach § 1901 a Abs. 2 BGB soll

- nahen Angehörigen und
- sonstigen Vertrauenspersonen

des Patienten Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden, soweit dies ohne erhebliche Verzögerung möglich ist. Diese Aufgabe richtet sich an den Betreuer wie den Bevollmächtigten gleichermaßen.

Grundsätzlich bedarf

- die Einwilligung
- die Nichteinwilligung
- der Widerruf

in ärztliche Maßnahmen, mit denen die Gefahr verbunden ist, dass der Patient daran sterben oder einen schweren und länger andauernden Schaden erleiden könnte, der betreuungsgerichtlichen Genehmigung.

§ 1904 Abs. 4 BGB **verzichtet** auf diese **Genehmigung**, wenn zwischen dem Betreuer/Bevollmächtigten und dem Arzt **Einvernehmen** darüber besteht, dass die Erteilung, Nichterteilung oder der Widerruf der Einwilligung dem Willen des Betreuten/ Vollmachtgebers entspricht. Dabei ist es egal, ob der Wille auf Grund von Patientenverfügung, Behandlungswunsch oder mutmaßlichem Willen festgestellt wurde.

Eine weitergehende Genehmigungspflicht wird in der betreuungsrechtlichen Literatur vertreten. Danach ist eine gerichtliche Genehmigung nur dann entbehrlich, wenn das Einigsein von Arzt und Betreuer aus einer **wirksamen Patientenverfügung** oder einer **aktuellen** Äußerung abgeleitet wird. Fehle es daran, müsse eine gerichtliche Genehmigung selbst dann eingeholt werden, wenn der Arzt genau wie der Betreuer den Behandlungsabbruch billigten. Auch wenn Arzt und Betreuer von einem mutmaßlichen Willen des

Betreuten ausgingen, müsse eine gerichtliche Genehmigung erfolgen. ¹ Mit dem Wortlaut des Gesetzes ist diese Einschränkung allerdings nicht in Übereinklang zu bringen.

Kommen Arzt und Betreuer/Bevollmächtigter in den Fällen lebensgefährdender oder schwer gesundheitsgefährdender Maßnahmen **nicht** zu dem **einvernehmlichen Ergebnis**, dass Einwilligung, Nichteinwilligung oder Widerruf dem Willen des Patienten entsprechen, ist das Betreuungsgericht anzurufen mit dem Antrag, die vom Betreuer/Bevollmächtigten konkret getroffene Entscheidung zu genehmigen.

Die vorgesehene Entscheidung ist zu genehmigen, wenn sie dem Willen des Betreuten/Vollmachtgebers entspricht.

2 Viele Akteure, aber keine Adressaten

Die gesetzliche Regelung hat unzählige Akteure auf den Plan gerufen. Adressaten im eigentlichen Sinne gibt es nur wenige.

Wenn man versucht, die Veröffentlichungen und Aktivitäten zum Thema Patientenverfügung seit dem 01.09.2009 – dem Tag des Inkrafttretens des Patientenverfügungsgesetzes – zu erfassen, so scheitert man an der Masse.

Die Bundeszentrale für Patientenverfügung bietet z.B. Fortbildung für Patientenverfügungsberater und –beraterinnen an. Modellprojekte wie *„Beizeiten begleiten“* versuchen landauf und landab an ausgesuchten Altenheimen die Patientenverfügung als wesentliches Element der Vorsorgeplanung zu etablieren. Forschungsprojekte wie das Forschungsprojekt *„Respekt“* der Universität Augsburg untersuchen *„mittels differenzierender und abstufender Fragepraxis“* die Praxis zur Vorsorgeplanung in Heimen. Krankenhäuser machen mit Patientenseminaren auf ihre Beratungsstellen *„Patientenverfügung“* aufmerksam und verfolgen das Ziel, bis 2020 ein **strukturiertes Beratungsmodell** zur Patientenverfügung zu etablieren ², in dem die Patientenverfügung keine Momentaufnahme mehr, sondern Ergebnis eines breit dargelegten Prozesses der Kommunikation zwischen Arzt und Patient ist. Die Bundesärztekammer und die zentrale Ethikkommission bei der Bundesärztekammer haben Empfehlungen zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis herausgegeben (Stand 16.04.2010).

¹ Roth in Dodegge/Roth (Hrsg.) Systematischer Praxiskommentar Betreuungsrecht, 3. A., Köln 2010, E/Rn 24.

² Schmidt, Wolfslast, Rothärmel (Hrsg.), Wertvorstellung und Respekt, Leitfäden zur Implementierung von Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht in die klinische und ambulante Versorgung.

Die Fachliteratur ist unübersehbar. In der medizinischen Literatur finden sich immer mehr Veröffentlichungen zur Patientenverfügung unter dem Dach der Medizinethik.³

Es mutet merkwürdig an, wenn daneben Buchtitel auftauchen, wie „*Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung des Immobilienbesitzers*“. Aber auch Immobilienbesitzer scheinen sich vom Thema Patientenverfügung ganz besonders angesprochen zu fühlen.

Seriöser, wenn auch möglicherweise befremdlich anmutend ist dagegen, wenn in der juristischen Literatur im Zusammenhang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung die „*Lebenserhaltung als Haftungsgrund*“⁴ diskutiert wird.

Die Kirchen haben sich jüngst mit ihrer christlichen Patientenverfügung vorläufig positioniert. Es handelt sich bei der christlichen Patientenverfügung um einen von ungezählten Mustertexten. Die Deutsche Hospiz Stiftung hat eine Schiedsstelle eingerichtet, die bei Auseinandersetzungen bei den Umsetzungen von Patientenverfügungen berät und vermittelt.⁵ Rechtsschutzversicherer beabsichtigen, ihr Versicherungsspektrum um die Kostenübernahme für eine Patientenverfügung zu erweitern. Gleichzeitig kann man seit Inkrafttreten des Patientenverfügungsgesetzes unisono eigentlich nur Kritik am neuen Gesetz vernehmen:

In der Praxis gebe es **keine verwertbare** Patientenverfügungen. Sie seien oft unklar und völlig ungenügend und vor allem nicht hinreichend passgenau. Immer noch juristisch eindeutiger Formulierungen seien aber nicht das Mittel der Wahl. Stattdessen müssten situationsabhängige Abänderungen, persönliche Formulierungen, ethische Wertanamnese, ärztliche Indikationsstellung und Behandlungsziele in den Fokus rücken.

Das erscheint zutreffend. Wobei das eine das andere gerade nicht ausschließt. Die „**gute**“ Patientenverfügung ist das **imaginäre Gespräch mit dem Arzt der Zukunft**, mit dem sich der Patient mit Werten, Wünschen, Ängsten und Erwartungen darstellt.⁶

Sie ist gleichermaßen die „**Regieanweisung**“ für den **Betreuer/Bevollmächtigten**.

³ Frewer, Fahr, Rascher (Hrsg.), Patientenverfügung und Ethik, Jahrbuch Ethik in der Klinik Band 2, Würzburg 2009.

⁴ Baltz, Lebenserhaltung als Haftungsgrund, Berlin 2010.

⁵ www.die-schiedsstelle.de.

⁶ Süß, Patientenverfügungen; Werte, Wünsche, Ängste, www.aerzteblatt.de, Dt. Ärzteblatt 2009, 106 (47): A-2358

Ohne einen individuell geführten Dialog in der Zukunft kann der Arzt seinen Behandlungsvorschlag nicht gesichert erstellen. Ohne „Regieanweisung“ können Betreuer/Bevollmächtigter ihre Entscheidung nicht auf sichere Tatsachen stützen. Letztlich kann auch die Entscheidung eines Gerichts nur auf der Ebene des Mutmaßlichen bleiben. „Schlechte“ Patientenverfügungen machen es ihren Adressaten schwer und stellen ein Risiko für alle Beteiligten dar.

3 Adressaten und ihre Aufgaben nach der Rechtsprechung des BGH

Wer ist nun Adressat einer Patientenverfügung? Darüber wird gestritten.

In der Vorgängerversion der **Empfehlungen der deutschen Bundesärztekammer und der zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis** (2007) wurde als **Adressat** ausdrücklich **jede** an der **Behandlung** und **Betreuung beteiligte Person** bezeichnet, die entsprechend ihrer Verantwortung in die vorzunehmende Prüfung eingebunden ist.

Das ist heute nicht mehr unumstritten, obgleich man angesichts der Tatsache, dass eine Behandlung gegen eine ausdrückliche Regelung in der Patientenverfügung einen rechtswidrigen tätlichen Angriff darstellt, den Adressatenkreis doch eher weiter als enger bestimmen müsste. Die vom Patienten der Zukunft abgegebene Erklärung hat häufig einen Adressaten der Zukunft, der sich noch nicht personalisieren lässt. Aber sie richtet sich stets „an den, diejenigen, die es angeht“, nämlich an diejenigen, für die Rechtsfolgen mit der Beachtung oder Nichtbeachtung einer Patientenverfügung verbunden sind.

Diese ergeben sich vorrangig aus dem Gesetz. Unmittelbare Handlungspflichten weist das Gesetz nach §§ 1901 a ff. BGB

- dem behandelnden Arzt
- dem Vorsorgevollmächtigten/ dem Betreuer

zu.

Im Sinne einer Eilzuständigkeit kann sich die Patientenverfügung gemäß §§1908;1846 BGB unmittelbar auch an das Betreuungsgericht richten. Letztlich wird man auch den Verfahrenspfleger nach §§ 298 Abs. 2, 276 FamFG als Interessenwahrer des Patienten, als Adressat einer Patientenverfügung anzusehen haben.

Eine wichtige Aussage über die Bestimmung und **Abgrenzung** des **Adressatenkreises** einer Patientenverfügung stammt aus den jüngsten Entscheidungen des **BGH** zu Patientenverfügungen.⁷

Wiederholte⁸ Kernaussage des BGH ist, dass nicht das Leben das am höchsten zu bewertende Rechtsgut ist, sondern die verfassungsrechtlich geschützte Würde des Menschen. Durch dessen selbstbestimmte Entscheidung wird festgelegt, was für ihn als einzigartiges Individuum seine Würde ausmacht. Wenn das Leben für ihn **unter dem Einfluss einer lebensbedrohlichen Erkrankung** und unmittelbar bezogen auf eine medizinische Maßnahme, die zur Erhaltung oder Verlängerung des Lebens geeignet ist, nicht mehr menschenwürdig ist, muss der an sich unverzichtbare Schutz des Lebens zurücktreten. Gegen seinen Willen darf ärztliche Behandlung weder eingeleitet noch fortgesetzt werden.⁹ Angesprochen sind damit behandelnde **Ärzte und Betreuer/ Bevollmächtigte** des Betroffenen.

Die Anwendung der **Grundsätze eines Behandlungsabbruchs** ist nach BGH aber nicht auf das Handeln der den Patienten behandelnden Ärzte und Betreuer und Bevollmächtigte beschränkt, sondern kann auch das **Handeln Dritter** erfassen, soweit sie **als** vom Arzt, dem Betreuer oder dem Bevollmächtigten für die Behandlung und Betreuung **hinzugezogenen Hilfspersonen** tätig werden.¹⁰ Das können dann insbesondere die beratenden Anwälte und Anwältinnen sein. Das spricht für einen weiteren Adressatenbegriff.

Der BGH hat aber auch eine **Negativabgrenzung** des Adressatenbegriffs vorgenommen.

Als Adressaten sind nach der jüngsten Entscheidung des BGH diejenigen **nicht** angesprochen, die

- **objektiv** weder Vorsorgebevollmächtigte noch Betreuer sind
- deren Handeln **subjektiv** nicht darauf gerichtet ist, einer ihnen bekannten Patientenverfügung Ausdruck und Geltung zu verleihen.

So hat der BGH ausdrücklich klargestellt, dass jemand, der den Inhalt einer Patientenverfügung nicht kennt und auch nicht bereit ist, sie zur Kenntnis zu nehmen, sich **niemals**

⁷ BGH v. 25.06.2010 – Az.: 2 StR 454/09; BGH v. 10.11.2010 – Az.: 2 StR 320/10.

⁸ Vgl. BGH v. 15.11.1996 – Az.: 3 StR 79/76: *„Denn die Ermöglichung eines Todes in Würde und Schmerzfreiheit gemäß dem erklärten oder mutmaßlichen Patientenwillen ist ein höherwertiges Rechtsgut als die Aussicht, unter schwersten, insbesondere sogenannten Vernichtungsschmerzen noch kurze Zeit leben zu müssen.“*

⁹ BGH v. 25.06.2010 – Az.: 2 StR 454/09

¹⁰ BGH v. 10.11.2010 – Az.: 2 StR 320/10

zum **Adressat** einer Patientenverfügung aufschwingen oder zum Verteidiger des Patientenwillens durch Nothilfe machen darf.

In der Literatur wird die Adressatendiskussion nicht im Sinne eines „Sowohl-als Auch“, sondern im Sinne des „Entweder Dieser oder Jener“ geführt. Kritisiert wird, dass der Gesetzgeber das Adressatenproblem übersehen habe.¹¹ Die einen vertreten die Ansicht, der **Vertreter** des Patienten sei immer der **Adressat**,¹² weil ihm allein vom Gesetzgeber die Aufgabe zugewiesen sei, die Anwendbarkeit der Patientenverfügung zu prüfen und ihr Ausdruck und Geltung zu verschaffen¹³, es gehe um Konkretisierung und Validierung der Patientenverfügung.

Andere sind der Ansicht, die Patientenverfügung richte sich unmittelbar an den Arzt, denn der Patient habe seine Entscheidungen bereits mit der Patientenverfügung getroffen. Der Vertreter treffe keine eigene Entscheidung.¹⁴ Es werde von den Vertretern, die den Betreuer oder Bevollmächtigten als Adressaten ansehen auch übersehen, dass der Patient den Arzt bei natürlicher Betrachtungsweise als Adressaten seiner (einseitigen, empfangsbedürftigen, rechtsgeschäftlichen) Willenserklärung ansehe, und dass nur dieser – und gegebenenfalls die Pflegekraft fachlich in der Lage seien, sie zu verstehen, auszulegen und auszuführen. Deswegen sei – wie bisher – der **behandelnde Arzt** der **Adressat** der Patientenverfügung.

Warum wird dieser Streit geführt?

Letztlich geht es dabei um die Frage, wer letztverbindlich verantwortlich für die zu treffende Entscheidung ist.

Die Nichtbeachtung einer Patientenverfügung durch Tun oder Unterlassen kann strafrechtlich relevantes Unrecht darstellen und dessen Verwirklichung kann den Verantwortlichen zivilrechtlich in die Haftung bringen.

Aber kann man deswegen die Diskussion mit der Literatur wirklich im Sinne einer Entweder-oder-Diskussion führen?

¹¹ Holtappels/ Lehmann, Handreichungen zur Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht, 9.

¹² Albrecht/Albrecht, Die Patientenverfügung, Bielefeld 2009, 108, 112, 115, 226.

¹³ Albrecht/ Albrecht, Rn 108 ff.

¹⁴ Renner, „Nur alter Wein in neuen Schläuchen“ – Zur gesetzlichen Regelung der Patientenverfügung, ZNotP 2009,, 373; BT Drs 16/8442 und 16/13314.

Richtigerweise wird man die Adressatendiskussion nicht als Entweder-Oder-Diskussion führen können, auch wenn vom Ergebnis dieser Diskussion möglicherweise entscheidend abhängt, welche Umstände neben der vom Patienten abgegebenen Willenserklärung als Mittel der Auslegung einer Willenserklärung berücksichtigt werden können und dürfen. So weist Lipp in seinen ausführlichen Erläuterungen zur rechtssystematischen Verortung antizipierter Willenserklärungen und ihren Rechtsfolgen darauf hin, dass es für deren Auslegung wichtig sei zu wissen, ob sich eine antizipierte Erklärung an einen Adressaten richtet oder nicht. Richte der Erklärende seine Erklärung an einen oder mehrere Adressaten, so lege er zugleich fest, welche Umstände bei der Auslegung seiner Erklärung zu berücksichtigen seien (Adressatenhorizont).¹⁵

Letztlich kommt aber auch er mit dem Wortlaut des Gesetzes, den Gesetzesmaterialien¹⁶ und einer zunehmenden Zahl von Autoren¹⁷ zu dem Ergebnis, dass sich die Patientenverfügung **sowohl** an den **Arzt** als auch an den **Betreuer/ Bevollmächtigten** als Adressaten richte. Mit der Patientenverfügung wolle der Patient dem jeweiligen Arzt gegenüber erklären, er stimme bestimmten Maßnahmen zu, bzw. er lehne sie ab.¹⁸ Die **Perspektive des Arztes** sei deshalb bei der Auslegung der Patientenverfügung maßgeblich. Er habe die Patientenverfügung auszulegen und deshalb seien seine Verständnismöglichkeiten maßgebend.¹⁹ Die Patientenverfügung sei – weil sie gleichzeitig eine antizipierte Weisung an den Betreuer/ Bevollmächtigten²⁰ darstelle aber stets **auch an den Vertreter** adressiert. Er habe die eigenständige Aufgabe die Patientenverfügung auszulegen und zu prüfen, ob sie wirksam und einschlägig sei, der Patient sie evtl. widerrufen habe oder ob Anhaltspunkte für eine Willensänderung bestünden und sie dann ggf. um- und durchzusetzen. Dies entspreche der Rechtsprechung des BGH und sei jetzt ausdrücklich in § 1901 a Abs. 1 BGB normiert.²¹

Davon muss m.E. nach ausgegangen werden. Dieses Verständnis entspricht der rechtlichen Grundstruktur der ärztlichen Tätigkeit, die sich nicht nur in dem **Behandlungsvertrag** zwischen Arzt und Patient spiegelt, sondern überdies zu ihrer sachlichen Rechtferti-

¹⁵ Lipp, Handbuch der Vorsorgeverfügungen, Münschen, 2009, § 17 Rn 19, 13.

¹⁶ Abschlussbericht der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende vom 10. Juni 2004, Thesen zu Inhalt Form von Patientenverfügungen sowie Voraussetzungen ihrer Verbindlichkeit Nr. III 1 c [www.bmj.bund.de/media/archive/695.pdf]; Sahm, Sterbebegleitung und Patientenverfügung, 254.

¹⁷ Z.B. auch Schnell, Begleitung ans Lebensende im Zeichen der Patientenverfügung, Bern 2009, 25.

¹⁸ Lipp, § 17 Rn 96 m.w.N..

¹⁹ Lipp, § 17 Rn 113 m.w.N..

²⁰ Vgl. hierzu Lipp, Rn 62 ff..

²¹ Lipp, § 17 Rn 157 f..

gung der **medizinischen Indikation** und zusätzlich der **Einwilligung des Patienten** in die vom Arzt angebotenen Maßnahmen benötigt.²²

Den Behandlungsvertrag schließt der Vertreter für den geschäftsunfähigen Patienten. Er ist von der Einwilligung, die nur Einwilligungsfähigkeit voraussetzt, abzugrenzen. Dessen Inhalte werden von der vom Arzt in eigener Verantwortlichkeit erstellten medizinischen Indikation bestimmt. So wie beim geschäfts-, bzw. einwilligungsfähigen Patienten auch, erfolgt die Erarbeitung der angebotenen Behandlung zwar im Dialog, ist aber vom Arzt zu verantworten. Dieser Dialog wird beim nicht einwilligungsfähigen Patienten statt mit diesem selbst durch den Betreuer/ Bevollmächtigten geführt und führt zu der Einwilligung oder der Verweigerung in die angebotene Maßnahme.

Die Einwilligung oder die Verweigerung kann dabei schon in der antizipierten Erklärung des Patienten selbst liegen, die dem Arzt aber irgendwie vermittelt werden muss und zum Abschluss des Behandlungsvertrages oder dessen Scheitern führt (§ 1901 a Abs. 1 BGB). Sie kann aber gerade deshalb, weil die Einwilligung oder Verweigerung nicht aus dem bloßen Wortlaut der Erklärung abzuleiten ist, auch auf der Basis von Behandlungswünschen und/ oder einem mutmaßlichen Willen gebildet werden. Letztlich entscheidend ist, dass der Arzt die Einwilligung bzw. Nichteinwilligung für seine weitere Vorgehensweise regelhaft benötigt.

Es ist nicht seine Behandlung oder Nichtbehandlung, die der Genehmigung nach § 1904 BGB bedarf, sondern es ist die Entscheidung des Betreuers/ Bevollmächtigten. Der Betreuer/ Bevollmächtigte ist der **Entscheidungssträger**²³, während der Arzt unterstützende Funktion für die Auslegung der Patientenverfügung hat.²⁴ Dass er sie bereits zuvor bei der Bildung der medizinischen Indikation „verarbeitet“ hat, ist davon unabhängig.

Dieses Regelsystem wird **nur für den Notfall** außer Kraft gesetzt, wenn ein Nichthandeln ansonsten vollendete Tatsachen schaffen würde. Eine erlaubte Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß §§ 677, 683 BGB setzt eine Besorgung eines fremden Geschäfts ohne Auftrag im Interesse und mit dem Willen des Geschäftsherrn voraus. Und wiederum kommt es darauf an, dass der Arzt **überhaupt eine Indikation** für eine ärztliche Behandlung stellt und die **Behandlung** dem **tatsächlichen** oder **mutmaßlichen Willen entspricht**. Ist die Patientenverfügung bekannt, hat sich der Arzt gleichermaßen als Ad-

²² Vgl. Lipp, § 17 Rn 78 ff. m.w.N..

²³ Baltz, Lebenserhaltung als Haftungsgrund, Heidelberg 2010, 82 f..

²⁴ Rothin Dodegge/ Roth, E/Rn. 214.

ressat berechtigt und verpflichtet zu fühlen, im Interesse und mit dem Willen des Geschäftsführers tätig zu werden.

Allgemein gilt daher festzuhalten, dass der Arzt nicht geltend machen kann als Adressat der Patientenverfügung könne er daraus auch gleichzeitig ein unabhängiges Behandlungsrecht ableiten. Aus §§ 1897 Abs. 3, 1896 Abs. 2 BGB ist im Gegenteil abzuleiten, dass Ärzte und Pflegepersonal nicht Betreuer oder Bevollmächtigte des Patienten sein sollen und Erklärungen des Patienten deshalb hinsichtlich des originären Geschäftsbereiches eines Betreuers/Bevollmächtigten gerade nicht an diese adressiert sind.

Entscheidend ist, dass die Adressaten der Patientenverfügung nach der geltenden Rechtslage zusammen wirken müssen. Die Bundesärztekammer bezeichnet es als dialogischen **Prozess**, der Ausdruck einer **therapeutischen Arbeitsgemeinschaft zwischen Arzt und Patientenvertreter ist**.²⁵

Damit verweben sich aber die Pflichtenkreise der Adressaten miteinander. Jeder Adressat hat seinen Pflichtenkreis, der wiederum eng mit dem Pflichtenkreis des anderen verweben ist und sei es nur im Rahmen einer Prüfungspflicht auf Schlüssigkeit, was im Folgenden zu zeigen sein wird. Das hat gegebenenfalls erhebliche Konsequenzen auf der Rechtsfolgenseite.

An der Basis, das heißt beim Bürger, ist noch nicht angekommen, was dies für ihn als Vorsorgebevollmächtigter/ Betreuer in seinem Rechts- und Pflichtenkreis zum Betreuten/ Vollmachtgeber bedeutet. Vor allem ist es aber auch noch nicht bei den ärztlichen Adressaten der Patientenverfügung angekommen.

So erklärt ein Geriater in Chefarztfunktion in einem Interview:

„Ehrlich gesagt, mir geht es wohl wie den meisten Ärzten. Das Patientenverfügungsgesetz im Ganzen habe ich nie gelesen. ... Ich glaube nicht, dass das Instrument der Patientenverfügung ein sehr hilfreiches Instrument ist. Für uns Ärzte ist wichtig, mit dem Patienten oder mit jemandem, der für ihn als Vertreter benannt ist, die konkrete Situation zu besprechen und zu einer gemeinsamen Idee zu kommen, was jetzt zu tun ist. Deshalb halte ich eine Vorsorgevollmacht für sinnvoller. Ich kann mit dem Bevollmächtigten als Vertreter des Patienten über dessen mutmaßlichen Willen reden. ... Ich bezweifle die

²⁵ Nr. 10.1. der Empfehlungen der Bundesärztekammer und der zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis.

Sinnhaftigkeit von Patientenverfügungen, soweit es um Situationen geht, die noch in weiter Zukunft allein als Möglichkeit denkbar sind. Dagegen kann eine Patientenverfügung sehr sinnhaft sein, wenn ich z.B. krebskrank bin und weiss, das ich wenigen Monaten bestimmte Situationen realistisch zu erwarten sind. Da kann eine Patientenverfügung sogar besser sein als eine Bevollmächtigung, nämlich dann, wenn ich niemanden in die Situation bringen will, dass er für mich diese schwere Entscheidung treffen muss, die ich doch heute schon im Voraus treffen kann. ...“

Und fehlt es möglicherweise sogar an der Grundeinstellung und der Bereitschaft die Pflichten aus der Adressatenstellung wahrzunehmen?

In dem hier zitierten Interview wird dies unterstellt mit der als Frage gemeinten Feststellung: *„Es gibt Erfahrungen, wonach nicht alle Ärzte bereit sind, sich auf eine gemeinsame Beratung mit Angehörigen oder Betreuern einzulassen.“*

Die Antwort darauf: *„Wenn ich an Ärzte gerate, die nicht kommunikativ sind, dann habe ich als Patient ein Problem und das habe ich auch als Angehöriger, auch wenn ich über eine Vorsorgevollmacht verfüge. Ob als Patient oder Bevollmächtigter oder auch nicht als bevollmächtigter Angehöriger: Ich kann ein Gespräch mit dem Arzt zunächst nicht erzwingen. Aber jedenfalls habe ich mit einer Vorsorgevollmacht ein Rechtsinstrument, das ich nutzen kann, wenn gegen meinen Willen behandelt wird oder wenn ich nicht ausdrücklich informiert werde. Wenn ich dann dem Arzt gegenüber mit der notwendigen Autorität auftrete, wird er sich überlegen, ob er mit mir redet oder nicht.“²⁶*

Diese Aussagen kennzeichnen die Lage und den Befund bezüglich der Adressaten einer Patientenverfügung. Es gibt angesichts solcher Aussagen für Betreuer/ Bevollmächtigte und behandelnden Arzt guten Grund die eigenen Rechte und Pflichten als Adressat gut zu kennen, aber es gibt auch guten Grund sie tunlichst zu beachten.

4 Aufgaben, Pflichten und Rechtsfolgen bei Verstoß

Betreuer und Bevollmächtigte werden für den handlungsunfähigen, bzw. nicht mehr einwilligungsfähigen Patienten gegenüber Dritten, also gegenüber Arzt, Pfleger und Heimtätig. Sie stehen damit zivilrechtlich in einem rechtlichen Außen-, wie in einem rechtlichen Innenverhältnis. Sowohl im Innen- wie im Außenverhältnis besteht ihre **„Einwilli-**

²⁶ Das Patientenverfügungsgesetz in der Praxis, www.bt-portal.de/wissen/interviews/patientenverfuigungsrecht-in-der-praxis.html.

gungszuständigkeit“.²⁷ Im **Innenverhältnis** sind sie zur pflichtgemäßen Erledigung ihres Auftrages/Geschäftsbesorgungsvertrags nach Weisung ihres „Geschäftsherrn“ verpflichtet. Im **Außenverhältnis** können sie weiteren Bindungen unterliegen oder müssen zusätzliche Anforderungen erfüllen, um pflichtgemäß zu handeln. Dazu gehört die für den Betreuer in § 1901 Abs. 2 BGB angeordnete Verpflichtung **nur zum Wohle des Patienten** zu handeln, die sich für den Bevollmächtigten aus dem Vertragsverhältnis als solches ergibt. Es treten vom Gesetzgeber angeordnete Verpflichtungen zur Einholung spezifischer Genehmigungen, die allesamt dem Schutz des „Geschäftsherrn“ dienen, hinzu.

Der **Betreuer**, der schuldhaft gegen seine Pflichten verstößt, ist dem Betreuten nach **§§ 1908 i Abs. 1, 1833 BGB** zum **Ersatz** des dadurch verursachten **Schadens** verpflichtet. Seine Haftung gilt für jeden Grad der Fahrlässigkeit. Unsicherheit oder Überforderung wirken grundsätzlich nicht schuldentlastend, sondern begründen die Verpflichtung, bei Unsicherheit fachlichen Rat einzuholen.²⁸

Für den **Bevollmächtigten** wird die **Haftung** aus dem **Verstoß gegen Pflichten aus dem Auftrags- und Geschäftsbesorgungsvertrag**, der hinter einer erteilten Vollmacht im Regelfall steht, begründet.

Betreuer/Bevollmächtigter und Arzt können bei Verstoß gegen den Patientenwillen aus unerlaubter Handlung in Anspruch genommen werden. Den **Arzt** können Ersatzpflichten aus Verletzung des Behandlungsvertrages treffen.

Die **Nichtbeachtung des Patientenwillens** durch Tun oder Unterlassen begründet für alle Adressaten gleichermaßen einen strafrechtlich relevanten **Unrechtstatbestand**. Für den **Betreuungsrichter** kann dies gegebenenfalls die Verwirklichung eines Amtsdeliktes bedeuten.

Die Verantwortlichkeits- und Haftungsfragen sind aber damit nicht abschließend erfasst. Sie werden um ein Vielfaches komplexer und schwieriger, wenn man einbezieht, welche Wirkung es für die anderen Adressaten der Patientenverfügung hat, wenn der vom Gesetz bestimmte **Entscheidungsträger** handelt. Wie ist es also zu beurteilen, wenn einer der Adressaten verantwortlich entschieden hat? Wie wirkt für den Arzt die Entscheidung des Arztes? Und wie wirkt sie für Arzt und Betreuer/Bevollmächtigten, wenn das Betreuungsgericht – gegebenenfalls in letzter Instanz – rechtskräftig entschieden hat?

²⁷ Roth in Dodegge/Roth (Hrsg.), E/Rn. 301.

²⁸ BGH FamRZ 1983, 1220.

Der **Betreuer/Bevollmächtigte trifft** gemäß § 1901 b Abs. 1 BGB nach § 1901 a BGB die **Entscheidung** zur Einwilligung, zum Widerruf oder zur Versagung der Einwilligung in eine medizinische Maßnahme. Ob im Konsens oder im Dissens mit dem Arzt ist gleichgültig. Stets bleibt es die Entscheidung des Betreuers/Bevollmächtigten.

Nach § 1904 Abs. 1 BGB bedarf die **Entscheidung**, wenn es sich um eine **Einwilligung** in eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff der **Genehmigung des Betreuungsgerichtes**, wenn die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute aufgrund der Maßnahme stirbt oder einen schweren und längerdauernden gesundheitlichen Schaden erleidet, es sei denn mit dem Aufschub der Maßnahme wäre Gefahr verbunden.

Die **Nichteinwilligung** oder der **Widerruf der Einwilligung** des Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff **bedarf** nach § 1904 Abs. 2 BGB ebenfalls einer solchen **Genehmigung**, wenn die Maßnahme **medizinisch angezeigt** ist und die begründete **Gefahr** besteht, dass der Betreute aufgrund des Unterbleibens oder des Abbruches der Maßnahme **stirbt** oder einen schweren und länger andauernden **Schaden** erleidet.

Die **Genehmigung** für die Erteilung, die Versagung oder den Widerruf einer Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme ist nach § 1904 Abs. 4 BGB dann **nicht erforderlich**, wenn zwischen Betreuer/Bevollmächtigtem und **behandelndem** Arzt **Einvernehmen** darüber besteht, dass die Erteilung, die Nichterteilung oder der Widerruf der Einwilligung dem nach § 1901 a BGB festgestellten Willen des Patienten entspricht.

Das **Einvernehmen** haben die beiden Adressaten der Patientenverfügung ebenso wie ihren evtl. **Dissens** in dem nach § 1901 b BGB gesetzlich angeordneten und nach der Rechtsprechung des BGH **immer durchzuführenden „Gespräch zur Feststellung des Patientenwillens“** zu ermitteln.

Dabei haben sich beide Seiten jeweils darüber zu versichern, dass sie wechselseitig legitimiert sind. Der Betreuer muss also für den Geschäftsbereich der Gesundheitsfürsorge bestellt sein. Der Bevollmächtigte muss eine Vollmacht vorlegen, der ihn als Bevollmächtigten auch für die Entscheidungen i.S.v. § 1904 BGB ausweist. Bei dem Arzt muss es sich um den behandelnden Arzt, gegebenenfalls um alle behandelnden Ärzte handeln. Jedenfalls muss es sich um den Arzt handeln, der letztlich für die Entscheidung und Behandlung verantwortlich zeichnet.

Die Anforderungen an das Gespräch, hat der Gesetzgeber nicht formuliert, mit Ausnahme der Tatsache, dass enge Angehörige und Vertrauenspersonen angehört werden sollen, wenn es möglich ist, ohne dem Patienten zu schaden.

Der BGH hat gleich in seinen ersten beiden Entscheidungen zur Patientenverfügung die besondere Bedeutung des Zusammenwirkens der unmittelbaren Adressaten der Patientenverfügung besonders betont. An diesen Entscheidungen müssen die Adressaten zukünftig ihr Handeln unbedingt ausrichten:

*„Die Vorschriften der §§ 1901 a und 1901 b BGB enthalten **verfahrensrechtliche Absicherungen**, die den Beteiligten bei der Ermittlung des Patientenwillens und der Entscheidung über einen Behandlungsabbruch Rechts- und Verhaltenssicherheit bieten sollen (vgl. Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses BT-Drucksache 16/13314, S. 3 f. u. 7 f.) und bei der Bestimmung der Grenze einer möglichen Rechtfertigung von kausal lebensbeendenden Maßnahmen auch für das Strafrecht Wirkung entfalten (vgl. Senat BGH NJW 2010, 2966). Sie dienen zum einen der Verwirklichung des verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrechts von Patienten, die selbst zu einer Willensäußerung nicht (mehr) in der Lage sind. Hierin erschöpft sich ihre Funktion jedoch nicht. Vielmehr tragen sie zum anderen gleichgewichtig dem von Verfassungs wegen gebotenen Schutz des menschlichen Lebens Rechnung, indem sie die notwendigen **strengen Beweisforderungen** an die **Feststellung eines behandlungsbezogenen Patientenwillens** verfassungsrechtlich absichern. ...*

... Unter letzterem Gesichtspunkt ist zunächst sicherzustellen, dass Patientenverfügungen nicht ihrem Inhalt zuwider als Vorwand benutzt werden, um als unlauteren Motiven auf eine Lebensverkürzung schwer erkrankter Patienten hinzuwirken. ...

*... Darüber hinaus muss in der regelmäßig die Beteiligten emotional stark belastenden Situation, in der ein Behandlungsabbruch in Betracht zu ziehen ist, gewährleistet sein, dass die Entscheidung **nicht unter zeitlichem Druck**, sondern nur nach **sorgfältiger Prüfung** der medizinischen Grundlagen und des sich gegebenenfalls in einer Patientenverfügung **manifestierenden Patientenwillens** erfolgt.²⁹*

²⁹ BGH v. 10.11.2010 – Az.: 2 StR 320/10.

*„Für die Feststellung des behandlungsbezogenen Patientenwillens gelten beweismäßig strenge Maßstäbe, die der hohen Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter Rechnung zu tragen haben.“*³⁰

Der BGH betont, dass **das Gespräch zwischen Arzt und Betreuer/ Bevollmächtigten unverzichtbar ist**. Alle verfügbaren Informationen und vorhandenen Ansichten müssten dort erfasst und gewichtet werden, um sicherzustellen, dass die Patientenverfügung nicht missbraucht werde.

Die Anforderungen an eine gesicherte Feststellung des Patientenwillens liegen somit hoch. Es wird ein Verfahren ohne zeitlichen Druck gefordert, in dem die Emotionen der Beteiligten unter Kontrolle bleiben und medizinische Grundlagen und Patientenwille mit großer Sorgfalt geprüft werden müssen. An die **Dokumentation** der Entscheidung und damit letztlich auch an den **Entscheidungsfindungsprozess** werden hohe Anforderungen gestellt.

Die Pflicht zur Dokumentation ist für den Arzt im ärztlichen Standesrecht (§ 10 Musterberufsordnung der Ärzte) und für den vertragsärztlichen Bereich in den Bundesmantelverträgen für Ärzte geregelt. Sie gilt auch für Gespräche mit dem Patienten über eine vorsorgliche Willensbekundung.³¹ Gleiches muss für das Gespräch mit deren Vertreter gelten. Der BGH sieht die Dokumentationspflicht als Pflicht zur Aufzeichnung des Behandlungsgeschehens und als unverzichtbare Grundlage für die Sicherheit des Patienten in der Behandlung.³² Nichts anderes dürfte für den Betreuer/Bevollmächtigten gelten. Der Betreuer/ Bevollmächtigte, der häufig ein Angehöriger ist und immer auch in seiner persönlichen Beziehung zu dem Patienten verhaftet ist, dürfte damit in einer Vielzahl von Fällen schlichtweg überfordert sein.

Was bewirkt eine **fehlende oder fehlerhafte Genehmigung**? Über die Verweisung in § 1908 i BGB gilt für den Betreuer § 1831 BGB. Fehlt die Genehmigung für ein einseitiges **Rechtsgeschäft**, so wird dieses ohne die Genehmigung des Betreuungsgerichtes **nicht wirksam**. Die Einwilligung bzw. die Nichteinwilligung in eine ärztliche Behandlung wird von Teilen der Literatur nicht als Willenserklärung angesehen, aber doch immerhin als geschäftsähnliche Handlung.³³ Nach diesseitiger Ansicht kann nicht wirklich zweifelhaft

³⁰ BGH v. 25.06.2010 – Az.: 2 StR 454/09.

³¹ BGH NJW 1986, 2365; NJW 1988, 762.

³² Empfehlung der Bundesärztekammer und der zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis (16.04.2010) – Ziffer 8

³³ Roth in Dodegge/Roth (Hrsg.), E/RN307

sein, dass es sich bei der Einwilligung um eine nach außen gerichtete Erklärung mit Rechtsfolgewille handelt, die eine Rechtsfolge herbeiführen soll, weil sie gewollt ist³⁴, so dass die Rechtsfolge aus § 1831 BGB unmittelbar für den Betreuer von erheblicher Bedeutung ist. Jedenfalls wird die Genehmigung i.S.v. § 1904 BGB von der h.M. als Außengenehmigung betrachtet.³⁵ Sie betrifft also das Verhältnis zwischen dem Betreuten und dem jeweiligen Dritten, hier also dem Arzt.³⁶ Wird gegen die Pflicht, eine Außengenehmigung einzuholen **verstoßen**, so ist die erteilte **Einwilligung rechtswidrig**³⁷ und entfaltet keine Wirkung. Damit bleibt das Handeln des Arztes im Grundsatz zunächst einmal eine rechtswidrige Körperverletzung, an der der Betreuer/Bevollmächtigte mitgewirkt oder sie sogar verursacht hat.³⁸

Ein Unterlassen des Gespräches oder ein Gespräch im Konsens mit dem Arzt, das die Anforderungen nicht erfüllt, so dass es zur Verletzung der Regeln des § 1901 b BGB kommen kann, verwirklicht kein materielles Unrecht, wenn gleichwohl der Patientenwille umgesetzt wurde. Ein Schaden ist kaum vorstellbar. Kommt es aber zum Verstoß gegen den Patientenwillen, tritt zum materiellen Unrecht auch noch der Verstoß gegen verfahrensrechtliche Normen hinzu. Hier drohen straf- und zivilrechtliche Konsequenzen. Die Tatsache, dass der Betreuer/Bevollmächtigte in Ausübung seiner Rechte aus § 1901 b BGB entschieden hat, entlastet den behandelnden Arzt nicht, wenn er die Erkenntnis hat, dass gegen den Patientenwillen gehandelt wird.

Im **Falle eines Dissens** zwischen Arzt und Betreuer/Bevollmächtigtem liegt immer von der einen oder der anderen Seite ein Verstoß **gegen den Willen des Patienten** vor und es geschieht tatbestandlich Unrecht, das zumeist darin bestehen wird, dass der Patient gegen seinen Willen weiterbehandelt wird. Das Gesetz löst diesen Konflikt bei lebensgefährdenden Maßnahmen über die Pflicht zur **Einholung** einer **betreuungsgerichtlichen Genehmigung** nach § 1904 BGB auf.

Grundsätzlich gestaltet eine gerichtliche Entscheidung die Rechtslage. Grundsätzlich ist eine **richterliche Genehmigung** das öffentlich-rechtliche Korrelat zur privatrechtlichen Einwilligung des Rechtsgutsträgers. Sie ist Rechtfertigungsgrund. Sie kann ggf. auch einen Verbotsirrtum beim Handelnden begründen. Hier kommt allerdings die Besonderheit hinzu, dass auch das Betreuungsgericht an den Willen des Patienten gebunden ist. Mit

³⁴ Wieder Münchener Kommentar zitieren, so auch ...

³⁵ Roth in Dodegge /Roth (Hrsg.), E/Rn. 307.

³⁶ Fiala/Stenger (Hrsg.), Genehmigungen bei Betreuung und Vormundschaft, 2 A., Köln 2009, 38.

³⁷ Roth in Dodegge/Roth (Hrsg.), E/Rn. 307.

³⁸ Roth in Dodegge/Roth (Hrsg.), E/Rn. 301.

einer wissentlichen oder irrtümlichen Entscheidung gegen den Willen des Patienten kann der Betreuungsrichter selbst Unrecht verwirklichen. Damit kann die Gefahr bestehen, dass die von ihm erteilte Genehmigung zwar die formale Seite des Rechtfertigungs- oder Schuldausschließungsgrundes für den Betreuer/Bevollmächtigten und damit letztlich für den Arzt erfüllt, das Unrecht aber nicht entfallen lässt. Die Rechtsprechung gewährt den Adressaten der Genehmigung gleichwohl die entlastende Wirkung der richterlichen Genehmigung, es sei denn, die Fehlentscheidung stammt - unerkennbar für den Richter - aus dem Verantwortungs- und Risikobereich von Betreuer/Bevollmächtigten und/oder behandelnden Arzt.

Die Haftung für einen Schaden durch fehlerhafte Entscheidung des **Betreuers** wird nämlich **nicht** generell dadurch ausgeschlossen, dass das den Schaden hervorgerufene Rechtsgeschäft vom Betreuungsgericht genehmigt war.³⁹ Der Betreuer kann sich auf die Entlastungswirkung einer richterlichen Genehmigung nicht verlassen, wenn er die dem Gericht übermittelten Tatsachen seinerseits nicht sorgfältig ermittelt oder nicht vollständig und richtig vorgetragen hat. Auch eine nachträgliche Veränderung der Verhältnisse lässt die entlastende Wirkung einer gerichtlichen Genehmigung entfallen. Der Betreuer ist also immer nur bezüglich solcher Voraussetzungen seines Verhaltens entlastet, die dem zuständigen Gericht bei seiner Entscheidung vorlagen.⁴⁰

Auch ein Bevollmächtigter kann sich nicht dadurch exkulpieren, dass er die Anforderungen an Sachverhaltsaufklärung und –übermittlung nebst ggf. notwendiger Korrektur bei Änderung der Verhältnisse an die Ordnungsmäßigkeit seines Handelns gestellt werden, nicht erfüllt hat. Auch eine Generalvollmacht, selbst wenn sie nach außen unbeschränkt ist, entlastet ihn gegenüber dem Vollmachtgeber nicht. Für den behandelnden Arzt gilt im Ergebnis nichts anderes.

Letztlich bedeutet das, dass die Aufgaben und Pflichtstellung der Adressaten einer Patientenverfügung aufs Engste miteinander verwoben sind. Unabhängig von der Entscheidungskompetenz können Betreuer/Bevollmächtigter und behandelnder Arzt nicht ohneeinander, weil sie auf ein und dasselbe Ziel gerichtet sind. Beide liefern jeweils stückweise Elemente für die Entscheidung des jeweils anderen. Zum haftungsrechtlich erheblichen Sorgfaltsmaßstab wird jedenfalls gehören, sich über das ordnungsgemäße Handeln des jeweils anderen Partners im „therapeutischen Arbeitsbündnis“ zu versichern.

³⁹ BGHZ 1964, 324.

⁴⁰ Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 11. A., Köln 2004, § 1833 Rn 5.

Man wird fragen müssen, welcher Betreuer/Bevollmächtigte denn überhaupt solche Anforderungen erfüllen und die Verantwortung übernehmen kann. Das wird zukünftig für die nicht professionell Tätigen nur möglich sein, wenn man ihnen Hilfestellungen zur sach- und fachgemäßen Erledigung ihrer übernommenen Aufgabe an die Hand gibt.

Dazu wird man vorrangig an die Mediziner die Anforderung stellen müssen, ihre Arbeit transparent und nachvollziehbar dem Betreuer/ Bevollmächtigten auf Augenhöhe nahezubringen. Was ist Gegenstand der ärztlichen Tätigkeit?

5 Der Pflichtenkreis des Arztes

Die **Berechtigung** zur **ärztlichen Behandlung** beruht neben der „**informierten Einwilligung**“ des Patienten auch auf der auf „**medizinischen Indikation**“. ⁴¹ Medizinisches Handeln, ohne dass der Arzt eine Indikation gestellt hat, ist selbst dann, wenn eine Einwilligung vorliegt, ein Verstoß gegen die ärztliche Kunst. Auch an einem einwilligungsunfähigen Patienten hat jeder ärztlichen Maßnahme die Feststellung der medizinischen Indikation vorauszugehen. So verlangt es § 1901 b Abs. 1 BGB. So muss es der Bevollmächtigte/Betreuer dem Arzt abverlangen. Nur so kann an die Stelle der „informierten Einwilligung“ des Patienten die „informierte Einwilligung“ des Betreuers/Bevollmächtigten treten.

5.1 Die medizinische Indikation

Als Indikation wird „*das fachliche Urteil über den Wert oder Unwert einer medizinischen Behandlungsmethode in ihrer Anwendung auf den konkreten Fall*“ verstanden. ⁴² Im Gesetz ist dazu angeordnet, dass der behandelnde Arzt prüft, welche ärztliche Maßnahme im Hinblick auf den **Gesamtzustand** und die **Prognose** des Patienten indiziert ist (§ 1901 b Abs. 1 BGB). Eine medizinische Indikation entsteht demnach durch ein Zusammenspiel von medizinischen Fachkenntnissen, prognostischen, sowie letztlich auch wertenden Urteilen. ⁴³

Zum „*Handwerkszeug*“ bei der Erstellung einer medizinischen Indikation gehört

⁴¹ vgl. hierzu statt vieler Verrel, Die Rolle des Rechts bei Behandlungsentscheidungen am Lebensende, in Fred Salomon (Hrsg.), Praxishandbuch Ethik in der Intensivmedizin, Berlin 2009, 79; Bockenheimer-Lucius, Die Patientenverfügung in der Praxis, Grundlagen ärztlichen Handelns und klinischen Entscheidens, in Frewer/Fahr/Rascher (Hrsg.), Patientenverfügung und Ethik, Würzburg 2009, 23; Sahm, Sterbebegleitung und Patientenverfügung, Frankfurt am Main 2006, 64 ff..

⁴² BGHZ, 154, 225.

⁴³ Sahm, 66.

- die Feststellung der Diagnose
- die Bildung einer Prognose
- der Vorschlag eines Behandlungsplans.

Die Feststellung der **Diagnose** erfolgt standardisiert, etwa nach dem Muster

- Hauptbeschwerden des Patienten
- der Verlauf der aktuellen Erkrankung
- die Krankengeschichte
- Familiengeschichte und soziales Umfeld
- Ergebnisse der körperlichen Untersuchung
- Ergebnisse der Laboruntersuchungen.

Die im Rahmen eines solchen diagnostischen Standardverfahrens erhaltenen **Befunde** sind entscheidend für die Behandlung eines Patienten und die Bestimmung der Indikation für medizinische Eingriffe führt zur Formulierung von Empfehlungen an den Patienten hinsichtlich weiterer diagnostischer Untersuchungen und Behandlungsmöglichkeiten.⁴⁴

Die Indikation kann sich daher ändern. Sie ist im Verlaufe einer Behandlung kontinuierlich zu überprüfen.⁴⁵

Die vorgeschlagene Behandlung sollte mehrere oder alle der folgenden **Ziele** erfüllen:

- Gesundheitserhaltung und Krankheitsheilung
- Minderung der Symptome, der Schmerzen und des Leidens
- Heilung
- Verhinderung eines vorzeitigen Todes
- Verbesserung oder zumindest keine Verschlechterung des gesundheitlichen Zustands, des voraussichtlichen Krankheitsverlaufes und der Heilungsaussichten
- Vermeidung der Schadenszufügung während des Behandlungsverlaufes.⁴⁶

Diese Ziele können sich bereits hinsichtlich ihrer Ausgangsbedingungen, z.B. die Art des Krankheitszustandes oder die Wirkung einer medizinischen Behandlung unterscheiden.⁴⁷

⁴⁴ Jonsen/Siegler/Winslade, Klinische Ethik, 5.A., Köln 2002, 3.

⁴⁵ Bockenheimer-Lucius, 28.

⁴⁶ Jonsen/Siegler/Winslade, 20.

⁴⁷ Jonsen/Siegler/Winslade, 25.

Sie können z.B. miteinander kollidieren oder nicht nebeneinander zu realisieren sein.⁴⁸
Dies ist offenzulegen.

Ziele und **Gesundheitszustand** des **Patienten** stehen in einem unmittelbaren **Zusammenhang** miteinander. Der Arzt muss daher auch entscheiden, welche Behandlungsmaßnahme **angemessen** ist. Medizinische Maßnahmen können aus unterschiedlichsten Gründen **nicht angemessen** bzw. aussichtslos sein.⁴⁹

Das Gesetz orientiert sich vorrangig am **Gesamtzustand** und der **Prognose** des Patienten⁵⁰, also auch an der Frage der Überlebenswahrscheinlichkeit und der Lebenssituation und –qualität des Patienten bei seinem Überleben.

In der medizinischen Literatur wird zu Recht darauf hingewiesen, dass bei der Feststellung der Indikation stets die Beachtung des grundlegenden Unterschieds zwischen Müssen, Sollen, Dürfen und Können⁵¹ vorausgehen muss. „**Wir tun, was wir können**“ und „**wir müssen, was wir können**“ würde die Indikation ausschließlich an der physiologischen Effektivität einer Therapiemaßnahme messen. Die physiologische Effektivität ist aber nur ein Element einer lege artis erstellten Indikation. Sie wird aber deshalb noch nicht zur „*richtigen*“ Indikation, denn diese findet sich erst, wenn auch die Frage nach dem Sinn der Maßnahme, ihrer Sinnhaftigkeit oder Sinnlosigkeit, beantwortet ist.

Sinnlos sind grundsätzlich **aussichtslose** Maßnahmen. Was das allerdings ist, darüber streiten die Mediziner. Handelt es sich z.B. um ein Konzept

- physiologischer
- quantitativer
- qualitativer Aussichtslosigkeit,

für das z.B. de Ridder wirbt?⁵²

Die unter dem Stichwort „**futility**“ geführte Diskussion hat in der Medizin bisher nicht zu einem Konsens über ein tragfähiges Konzept der „**medizinischen Aussichtslosigkeit**“

⁴⁸ Jonsen/Siegler/Winslade, 20.

⁴⁹ Jonsen/Siegler/Winslade, 5.A., Köln 2002, 27.

⁵⁰ Nr. 10.1. der Empfehlungen der Bundesärztekammer und der zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztliche Praxis (Stand 16.04.2010).

⁵¹ Bockenheimer-Lucius, 24.

⁵² So de Ridder, 28 ff. unter Bezugnahme auf ein in den USA erarbeitetes Konzept von Schneidermann.

geführt. Obwohl die Mediziner beklagen, dass die Situation auf ärztlicher Seite von Unsicherheit, mangelnder Kompetenz, unstrukturierten Entscheidungsabläufen und nicht zuletzt von fehlenden Vorbildern gekennzeichnet sei, fehlt ein **verbindlicher** Orientierungsrahmen für medizinisches Handeln, der entlastet und dazu beiträgt, **gute Entscheidungen** im Sinne des Wohls des ganzen Patienten zu finden.⁵³

Wenn es schon für den Arzt an solchen Orientierungsrahmen für gute Entscheidungen fehlt, so zeigt das einmal mehr, wie schwierig die Aufgabe für den Betreuer/Bevollmächtigten ist.

Gute Entscheidungen zu finden, ist Thema der Medizinethik. **Medizinethische Prinzipien** sind

- das Prinzip der Autonomie
- das Prinzip der Fürsorge
- das Prinzip des Nichtschadens
- das Prinzip der Gerechtigkeit

Und schon beim Zusammentreffen der Prinzipien von Autonomie und Fürsorge sieht man, dass der Arzt nicht umhinkommt, sich für die **Feststellung der Indikation** mit genau den Fragen zu beschäftigen, die der Betreuer/ Bevollmächtigte zu beantworten und später zur Grundlage seiner Entscheidung zu machen hat.

- Liegt eine Situation vor, die der Patient **autonom** vorausverfügt hat?
- War seine Entscheidung von **Kenntnis** und **Verstehen** geprägt?⁵⁴
- Gesetzt den Fall, der Patient hätte die gleiche Kenntnis über den Gesundheitszustand und Prognose wie der Arzt und wäre in der Lage sich zu äußern, wie würde er entscheiden? Welchen Behandlungsauftrag würde er erteilen?⁵⁵

Die Feststellung des Patientenwillens ist also nicht Aufgabe des einen **oder** anderen Adressaten. Es ist vielmehr Aufgabe jedes Adressaten für sich und von jedem aus seinem Pflichtenkreis zur Entscheidungsfindung einzubringen.

Die Feststellung der Indikation bleibt aber in der **alleinigen Kompetenz des Arztes**.⁵⁶ Sie ist Teil seiner Verantwortung⁵⁷ und sie kann auch nicht durch ein Ethikkomitee oder

⁵³ Maio, Ethik in der Medizin – eine praxisbezogene Einführung in Salomon (Hrsg.) Praxisbuch Ethik in der Intensivmedizin, 4 ff..

⁵⁴ Maio, 9 ff..

⁵⁵ Sold/ Schmidt, 209.

eine Mehrheitsentscheidung mehrerer Beteiligter ersetzt werden.⁵⁸ In der Literatur wird von „*ärztlicher Prerogative*“ gesprochen, die den Ärzten auch schon von der bisherigen Rechtsprechung zugesprochen wurde.⁵⁹

Seine Arbeit, an der am Ende eine Indikation steht, transparent zu machen, ist Aufgabe des Arztes. Dies kann nur gelingen, wenn sich der behandelnde Arzt auf Augenhöhe mit dem Bevollmächtigten/Betreuer begibt. Dazu braucht der Bevollmächtigte/ Betreuer Hilfsmittel, um dem Arzt in seiner Entscheidungsfindung folgen zu können, denn die Frage, ob es überhaupt eine „*richtige*“ Indikation gibt, ist für den Bevollmächtigten/Betreuer ansonsten unlösbar.

Die Adressaten der Patientenverfügung sollten daher zumindest über gemeinsame Basisinformationen, Standards und Wertekataloge verfügen. Gibt es solche? Oder müssen sie geschaffen werden?

5.2 Gibt es Standards für spezielle Situationen?

Als **eindeutig indiziert** wird in der Notfallmedizin eine initiale und zunächst zeitlich begrenzte Maximaltherapie angesehen werden bei lebensbedrohlicher Erkrankung, ungewisser Gesamtprognose und unklarem Patientenwillen.⁶⁰ Das ist Standard, bringt die Adressaten aber kaum weiter.

Die **Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung** (2004) können sicherlich als Ausgangspunkt zur Bildung und Entwicklung einer Art „*common sense*“ verstanden werden. Sie regeln:

- Die ärztliche Verpflichtung zur Lebenserhaltung besteht nicht unter allen Umständen
- Es gibt Situationen, in denen sonst angemessene Diagnostik und Therapieverfahren **nicht** mehr angezeigt und Begrenzungen geboten sein können
- Ein offensichtlicher Sterbevorgang soll nicht durch lebenserhaltende Therapien künstlich in die Länge gezogen werden

⁵⁶ Roth in Dodegge/ Roth (Hrsg.), 214.

⁵⁷ Bockenheimer-Lucius, Die Patientenverfügung in der Praxis, Grundlagen ärztlichen Handelns und klinischen Entscheidens, in Frewer, Fahr, Rascher (Hrsg.), Patientenverfügung und Ethik, Würzburg 2009, 28.

⁵⁸ Sold/ Schmidt, Therapiebegrenzung und Therapiereduktion, - praktisch umgesetzt in Salomon (Hrsg.), Praxishandbuch Ethik in der Intensivmedizin, 194.

⁵⁹ Sahm, 66.

⁶⁰ Sold/ Schmidt, 192.

- Die Hilfe (für Sterbende) besteht in palliativ-medizinischer Versorgung und damit auch in Beistand und Sorge für die Basisbetreuung. Dazu gehören nicht immer Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr, da sie für Sterbende eine schwere Belastung darstellen können.
- Bei Sterbenden kann die Linderung des Leidens so im Vordergrund stehen, dass eine möglicherweise dadurch bedingte unvermeidbare Lebensverkürzung hingenommen werden darf.

In der Medizin existieren darüber hinaus eine Vielzahl von **Professionsnormen** in der Form von **Leitlinien**, **Richtlinien** und **Empfehlungen**. § 16 Berufsordnung der Ärzte verpflichtet Ärzte Leitlinien anzuwenden. Sie können für den Betreuer/Bevollmächtigten zumindest eine Orientierungshilfe sein.

Solche Leitlinien findet man z.B. bei der DGAI – Deutsche Gesellschaft für Anästhesiologie und Intensivmedizin

- SZ-Leitlinie über Analgesie und Sedierung in der Intensivmedizin
- Leitlinie zu Grenzen der intensivmedizinischen Behandlungspflicht.⁶¹

Ob z.B. lebensverlängernde Maßnahmen bei Wachkomapatienten medizinisch indiziert sind, ist aber nicht sicher zu beantworten. Die Feststellung eines Arztes und die Entscheidung eines Betreuers/Bevollmächtigten gerade für solche Patienten ist ganz besonders schwierig.

Die einen verneinen die medizinische Indikation, wenn der Zustand des Patienten nach ärztlicher Erkenntnis nicht mehr reversibel ist und der Verlust der Reaktions- und Kommunikationsfähigkeit jede Möglichkeit weiterer Selbstwahrnehmung und Selbstverwirklichung nimmt, während die **Deutsche Gesellschaft für Anästhesie und Intensivmedizin** nach dem Eintritt eines irreversiblen Bewusstseinsverlustes die medizinische Indikation nicht generell verneint, aber durchaus so weit geht, dass lebensverlängernde Maßnahmen kritisch in Frage zu stellen seien.⁶² Die **Bundesärztekammer** nimmt bei Patienten mit schwersten zerebralen Schädigungen und anhaltender Bewusstlosigkeit unter Beachtung des geäußerten oder mutmaßlichen Willens des Patienten an, dass Behandlung grundsätzlich geboten ist. Andere bejahen bei einem als irreversibel eingeschätzten Wachkoma die medizinische Indikation z.B. für eine künstliche Ernährung

⁶¹ www.dgai.de.

⁶² DGAI, Leitlinien zu den Grenzen intensivmedizinischer Behandlungspflicht, www.dgai.de/06pdf/13-557-Leitlinie.pdf

grundsätzlich, weil der Nutzen der Maßnahme – nämlich die Lebenserhaltung – kein medizinisch unvertretbares Schaden-Nutzen-Verhältnis produziere. Es gebe insbesondere keine Anhaltspunkte dafür, dass die Ernährung für einen Wachkomapatienten eine unzumutbare Belastung darstelle.⁶³

Die **medizinischen Fachgesellschaften** haben eigene Stellungnahmen zur **Ernährungstherapie** durch künstliche Ernährung herausgegeben:⁶⁴

- Der Einsatz von Sondennahrung erfolgt stets auf der Basis eines medizinisch begründeten Behandlungsziels
- für **final demente** Patienten wird eine Sondennahrung **nicht** empfohlen. Für eine finale Demenz gelten die Kriterien:
 - irreversibel
 - immobil
 - kommunikationsunfähig
 - vollständig pflegeabhängig
 - mangelnde körperliche Reserven

Bei künstlicher Ernährung und künstlicher Flüssigkeitszufuhr – so scheint es – betritt man „vermintes Gelände“. Die Ethikkommission der Ärztekammer Berlin sieht mit einer Reihe anderer Mediziner in **terminalen** Stadien in der Regel einen Verzicht auf **Zufuhr von Flüssigkeit** als medizinisch indiziert an, weil sie zusätzlichen Komplikationen, z.B. Lungenödemen Vorschub leisten können.

In der medizinischen Literatur versucht man, im Diskurs zu Konsens über bestimmte Behandlungsmaßnahmen, wie die Zufuhr künstlicher Flüssigkeit, zu kommen.⁶⁵

Auf einen allgemeinen Standard über das, was bei spezifischen Behandlungsmaßnahmen medizinisch indiziert ist, bzw. kontraindiziert ist, können aber weder Arzt noch Patient zurückgreifen.

Dass es an der Zeit ist, zumindest nach dem kleinsten gemeinsamen Nenner zu suchen, kann nicht zweifelhaft sein. Ebenso wenig darf zweifelhaft sein, dass eindeutige Indikati-

⁶³ Streitstand dargestellt und zitiert bei Baltz, 133.

⁶⁴ Höfling/Rixen, Vormundschaftsgerichtliche Sterbeherrschaft, JZ 2003, 884 ff halten diese fälschlicherweise nicht für eine medizinische Maßnahme sondern für nicht einwilligungspflichtige Basisversorgung

⁶⁵ Vgl. Prönneke, Das Für und Wider der Flüssigkeitsgabe am Lebensende, Palliativ 2009, 4 ff.; Rumbke, Er muss doch wenigstens etwas trinken, Palliativ 2009, 20 ff. mit „Entscheidungshilfe bei der Frage nach intravenöser Flüssigkeitsgabe für sterbende Patienten nach Brown und Cheryn“

onen bzw. Kontraindikationen für alle Adressaten von Patientenverfügungen unbedingt für alle Adressaten einer Patientenverfügung öffentlich zugänglich gemacht werden müssen.

Das zeigt ein Fall von Chorea Huntington, der in einem Hospiz zur Sondendurchtrennung gegen den Willen des Hospizes geführt hatte. Das Hospiz hatte die Einstellung der künstlichen Ernährung abgelehnt. Diese war aber kontraindiziert gewesen.

Chorea Huntington ist als Tobsucht bekannt. Früher wurden Patienten in Zwangsjacken geschnallt bis sie mangels Fähigkeit zur Essensaufnahme starben. Heute werden die Patienten medikamentös zunehmend mehr ruhig gestellt. Dadurch verlieren sie die Fähigkeit zur natürlichen Nahrungsaufnahme. Durch die PEG-Sonde wird diese Unfähigkeit zur natürlichen Nahrungsaufnahme ersetzt mit einer zwingend gebotenen Medikation zur Sedierung des Patienten. Ein Therapieziel, das dem Patienten einen Vorteil erbrächte ist dabei weder definierbar noch erreichbar, so dass eine Indikation zur künstlichen Ernährung nicht gegeben ist. Weder der Arzt als Adressat der Patientenverfügung noch das pflegende Hospiz waren als unmittelbar angesprochene Adressaten berechtigt, eine **nicht indizierte** Behandlung fortzusetzen, denn zutreffender Weise begibt sich der Patient durch den Abschluss des Heimvertrages nicht in einen rechtsfreien Raum. ⁶⁶

Aber wer weiß sicher, was indiziert ist und was nicht? Den Vorschlag nachvollziehbar zu machen, gehört zur Aufgabe des behandelnden Arztes. Jeder Betreuer/ Bevollmächtigter muss deshalb auf die medizinische Indikation sein primäres Augenmerk richten. Er muss die „Arbeits- und Wertungsschritte“ des Mediziners nachvollziehen können, um feststellen zu können, ob ihm tatsächlich etwas medizinisch Indiziertes angeboten wird, das er zur Grundlage seiner Entscheidung machen darf. Sind Betreuer/ Bevollmächtigte dazu nicht in der Lage, können sie ihre ihnen vom Gesetz zugedachte Aufgabe nicht erfüllen. Ein **Bevollmächtigter** muss nach der Konzeption des Gesetzes ersetzt werden, wenn er seine Aufgabe nicht so gut wie ein Betreuer erfüllen kann. Betrachtet man die Anforderungen, dürfte als Betreuer wiederum nur ein medizinisch Vorgebildeter eingesetzt werden. Das war aber nicht Ziel des Patientenverfügungsgesetzes. Das wäre aber notwendige Konsequenz, wenn nicht massive **Anstrengungen** unternommen werden, **um** die idealtypisch „therapeutischen Arbeitsgemeinschaft“ ⁶⁷ zwischen Arzt und Betreuer/ Bevollmächtigten mit Leben zu füllen und für den Bevollmächtigten/ Betreuer zu einem **Dialog mit dem Arzt auf Augenhöhe** zu machen.

⁶⁶ Baltz, 130

⁶⁷ Empfehlung der Bundesärztekammer und der zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis (Stand 16.04.2010).

Das gilt nicht nur bei fehlender Indikation, sondern auch und erst recht bei Feststellung der „richtigen“ Indikation. Hier werden in der Medizinethik zwar zunehmend mehr Lösungsvorschläge erarbeitet.⁶⁸ Für den Betreuer/ Bevollmächtigten fehlt es jedoch bisher an brauchbarem Handwerkszeug.

6 Der Pflichtenkreis des Betreuers/ Bevollmächtigten – Entscheidungen auf Grund von Indikationen und Patientenwille

„Der Betreuer hat dem Willen des (einwilligungsfähigen) Betreuten zum Durchbruch zu verhelfen. Zunächst besteht seine Aufgabe darin, die Einwilligungsunfähigkeit im Zusammenwirken mit dem Arzt und sodann den konkreten, nämlich behandlungsbezogenen Willen zu ermitteln.“⁶⁹

6.1 Der Patientenwille

Lässt sich ein Patientenwille sicher ermitteln, ist dieser **maßgeblich**. Handlungsspielraum für Arzt und Betreuer/Bevollmächtigten gibt es dann nicht. Letzterer hat dabei zu prüfen, ob die mit diesem Willen verbundenen Festlegungen auf die **aktuelle Lebens- und Behandlungssituation** zutreffen.

Behandlungssituation bedeutet, dass das in der Patientenverfügung beschriebene Erkrankungsbild oder –stadium eingetreten sein muss und eine Entscheidung über die konkret in Betracht kommenden Behandlungsmaßnahmen zu treffend ist. Der Begriff der **Lebenssituation** umfasst alle Lebensumstände des Patienten.⁷⁰ Abgleich mit der Lebenssituation bedeutet, dass die Patientenverfügung noch dem derzeitigen Willen des Vertreten entsprechen muss.⁷¹ Gibt es also konkrete Anhaltspunkte dafür, dass der Patient seinen schriftlich geäußerten Willen nicht mehr gelten lässt oder hat er die jetzt konkret vorliegende Lebenssituation nicht mitbedacht?⁷²

Zu fragen ist also

- ist das angesprochene Erkrankungsbild bzw. –stadium eingetreten?

⁶⁸ z.B. Vollmann, Methoden der ethischen Falldiskussion in Dörries/Neitzke/Simon/Vollmann (Hrsg.), Klinische Ethikberatung, 2. A Stuttgart 2010, 92 ff.

⁶⁹ Roth in Dodegge/Roth, 214.

⁷⁰ Baltz, 67.

⁷¹ Sahm, 26; Baltz, 66 f.

⁷² BT-Drs 16/8442, 14 f.

- hat sich an der Lebenssituation seit Errichtung der Patientenverfügung etwas Grundlegendes verändert und lässt das Rückschlüsse auf einen geänderten Patientenwillen zu?
- hat der Patient widerrufen?
- hat sich der Patient ausdrücklich gegen seine Verfügung geäußert?
- Hat sich der Patient gegen seinen geäußerten Willen anders verhalten?

Der Widerruf der Patientenverfügung bedarf nach geltendem Recht keiner besonderen Form. Gleichwohl ist der Betreuer/ Bevollmächtigte gehalten zu fragen und zu prüfen, ob der Widerruf Gültigkeit beanspruchen kann. Bedarf es dazu der Geschäftsfähigkeit, der Einwilligungsfähigkeit oder nur eines natürlich-kreatürlichen Willens? ⁷³ Hier wird man spiegelgleich zur Einwilligung eine Einwilligungsfähigkeit als hinreichende, aber gleichzeitig auch als notwendige Voraussetzung ansehen müssen.

Und wie ist es zu beurteilen, wenn die Patientenverfügung ausdrücklich verbietet, spätere Verhaltensweisen zu interpretieren und als Widerruf auszulegen?

Der Nationale Ethikrat ⁷⁴ hält dies nach vorherigen Belehrungen für zulässig. Was aber, wenn keine Belehrung feststellbar ist? Ein Verzicht auf Widerruf im Sinne einer immerwährenden Weitergeltungsklausel dürfte wohl unwirksam sein.

Sind Patientenwille und Lebens- und Behandlungssituation nicht in Übereinklang zu bringen oder fehlt es an einer Patientenverfügung treten **Behandlungswünsche** des Patienten und wiederum hilfsweise sein **mutmaßlicher Wille** an die Stelle der Patientenverfügung.

Der **mutmaßliche Wille** ist eine aus grundrechtlichen Positionen des Patienten abgeleitete **Rechtsfigur**, die in der Kemptener Entscheidung des BGH von 1994 ⁷⁵ konturiert wurde. Dort wird die sorgfältige Abwägung der Kriterien verlangt, die heute in § 1901 b Abs. 2, S. 3 BGB in Gesetzform gegossen worden sind. Diese Rechtsfigur hat vielfältige Kritik erfahren, weil sie nicht befriedigend konkretisiert und operationalisiert ist.⁷⁶ Befragungen von Vormundschaftsrichtern haben bestätigt, was ohnehin zu erwarten war. Je ungenauer die Vorstellung des Entscheidens über einen speziellen Gesundheitszustand

⁷³ Sahm, 34.

⁷⁴ Nationaler Ethikrat, Patientenverfügung. Ein Instrument der Selbstbestimmung, www.ethikrat.org/stellungnahmen/pdf/Stellungnahme_Patientenverfuegung.pdf.

⁷⁵ BGH NJW 1995, 204 ff.

⁷⁶ Zum Streitstand vgl. Höfling/Schäfer, Leben und Sterben in Richterhand, Tübingen 2006, 6 ff.

war, desto uneinheitlicher fiel die (richterliche) Entscheidung aus. Je eindeutiger die Vorstellung war, desto klarer fiel die Entscheidung für eine Genehmigung aus.⁷⁷

Um wie viel schwieriger wird diese Entscheidung erst für den Betreuer/Bevollmächtigten? Wie schwierig dies ist, haben Höfling/Schäfer anhand des Forschungsstandes zum Wachkoma dargestellt, wonach die traditionelle Perspektive das apallische Syndrom als eine Bewusstseinsstörung begreift, bei der die Wahrnehmungsfähigkeit beeinträchtigt ist. Fehlende Wahrnehmung wird von dieser Ansicht mit fehlender Kommunikationsfähigkeit gleichgesetzt. Das apallische Syndrom soll nach dieser Auffassung unumkehrbar sein, wenn es 12 Monate nach einer traumatischen Hirnverletzung andauert oder drei Monate nach einer akuten nichttraumatischen Hirnläsion besteht.

Demgegenüber hat sich ein beziehungsmedizinischer Ansatz entwickelt, der das Wachkoma als extrem zurückgenommenes individuelles Leben versteht, das durch möglichst frühzeitige Rehabilitationsmaßnahmen ggfl. beeinflusst werden könne. Die Körperhaltung des Apattikers sei Ausdruck eines Traumas, bei dem abhängig vom therapeutischen Bemühen eine Körpersprache und damit Kommunikation entstehen könne.⁷⁸ Vor dem Hintergrund dieser unterschiedlichen medizinischen Erklärungsansätze wird deutlich, dass die Entscheidung über die Einwilligung und die Versagung in medizinische Maßnahmen auf Grund des mutmaßlichen Willens sehr unterschiedlich ausfallen kann.

§ 1901 a Abs 2 BGB gibt die **Entscheidungsmaßstäbe** für die Ermittlung des mutmaßlichen Willens vor. Es müssen **konkrete** Anhaltspunkte sein, z.B.

- frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen
- ethische Überzeugungen
- religiöse Überzeugungen
- sonstige persönliche Wertvorstellungen

Letztlich geht es um die Suche nach Fakten, die auf eine **autonom gebildet Grundeinstellung** zu der angebotenen medizinisch indizierten Maßnahmen schließen lassen. Dabei wird es auch darauf ankommen, was der Patient an Erkenntnismöglichkeiten - objektiv wie subjektiv - hatte.

Geht es um den mutmaßlichen Willen, so geht es beim mutmaßlichen Willen **nicht** um die **Grundeinstellung sonstiger Beteiligter**, auch nicht um diejenigen, von nahen An-

⁷⁷ Höfling/Schäfer, 99

⁷⁸ Vgl. Darstellung bei Höfling/Schäfer, 13 f.

gehörigen und sonstigen Vertrauenspersonen, die der Betreuer/Bevollmächtigte nach § 1901 b Abs. 2 BGB im Idealfall zur Tatsachenerhebung anhören soll. Letztlich sind bei der Feststellung eines mutmaßlichen Willens des Patienten alle Faktoren und Einflüsse, die den betroffenen Patienten nicht betreffen, aufzuspüren und auszuschließen.

Was aber, wenn keine Anhaltspunkte für einen subjektiv mutmaßlichen Willen bestehen? Kann dann noch etwas anderes als Entscheidungsmaßstab gelten? Oder gilt dann generell „*in dubio pro vita*“? Oder gibt es vielleicht „**objektive**“ bzw. allgemeingültige **Maßstäbe** für einen **mutmaßlichen Willen** bei einer medizinisch indizierten Maßnahme? Oder schließt die gesetzliche Ausgestaltung jede Diskussion um Kriterien, die außerhalb des Individuums gewonnen werden, aus?

In der Literatur ist umstritten, ob es zulässig ist, auf „allgemeine Wertvorstellungen“ zurückzugreifen, wenn sich kein **subjektiv** mutmaßlicher Wille ermitteln lässt.

Die Begrifflichkeit „allgemeine Wertvorstellungen“ taucht im Kemptener Urteil des 1. Strafsenats des BGH auf.⁷⁹ Es sei beim Rückgriff auf allgemeine Wertvorstellungen Zurückhaltung geboten. Im Zweifel habe der Schutz menschlichen Lebens Vorrang vor persönlichen Überlegungen des Arztes, des Angehörigen oder einer anderen beteiligten Person. Im Einzelfall werde die Entscheidung naturgemäß auch davon abhängen, wie aussichtslos die ärztliche Prognose und wie nahe der Patient am Tod sei. Je weniger die Wiederherstellung eines nach **allgemeinen Vorstellungen** menschenwürdigen Lebens zu erwarten sei und je kürzer der Tod bevorstehe, um so eher werde ein Behandlungsabbruch vertretbar erscheinen.⁸⁰

Nach einer Ansicht in der Literatur sollen solche Überlegungen durch § 1901 a Abs. 2 BGB unzulässig geworden sein, andere sehen § 1901 a Abs. 2 BGB als nicht abschließende Regelung an. § 1901 a Abs. 2 BGB postuliere lediglich einen **Vorrang** des **subjektiv** mutmaßlichen Willens, dass schließe einen Rückgriff auf allgemeine Wertvorstellungen im Sinne einer Interessenabwägung nach „**objektiven**“ **Kriterien** zur Bildung eines mutmaßlichen Willens des Individuums aber nicht aus.⁸¹

Das leuchtet ein vor dem Hintergrund, dass man ansonsten sogar entgegen allgemeiner Wertvorstellungen weiterbehandeln müssten, wenn ein nach **subjektiven Kriterien** ermittelter mutmaßlicher Wille nicht festgestellt werden kann.

⁷⁹ BGHST 40, 257 ff..

⁸⁰ BGHST 40, 263.

⁸¹ Baltz, 88 unter Darstellung des Streitstands.

Der Grundsatz „*in dubio pro vita*“ hat daher nicht per se Vorrang. Seine Grenze ist dort, wo sich rechtlich tatsächlich so etwas wie allgemeine Wertvorstellungen - also eine Art „*common sense*“ - gebildet haben und feststellbar sind und man annehmen darf, dass die Wertvorstellung auch vom Patienten geteilt würde, wenn er die konkrete Situation zu entscheiden hätte. Ob so etwas aber überhaupt vorstellbar ist, muss im Einzelfall festgestellt werden.

Für den Betreuer/Bevollmächtigten stellt sich somit eine Stufenleiter von Entscheidungskriterien dar:

- alle im Zusammenhang mit dem betroffenen Individuum stehenden Gründe
- alle in der Gesellschaft, bzw. der Allgemeinheit, vorhandene Wertvorstellungen, die der Patient mutmaßlich teilen würde
- die sich dem Lebensschutzprinzip ergebenden Gründen.⁸²

Das Ergebnis dieser Prüfung muss der Bevollmächtigte in Übereinklang bringen mit der Diagnose, der Prognose und den erreichbaren Zielen der angebotenen Behandlung für den Patienten. Letztlich prüft der Bevollmächtigte mit „anderer Brille“ das, was der behandelnde Arzt zuvor auch schon geprüft hat. Hier treffen sich wieder beide. Der Betreuer/Bevollmächtigte entscheidet aber.

6.2 Unsicherheiten auf Seiten des Betreuers/ Bevollmächtigten, ggf. auch des Arztes

Die Nichtbeachtung des Patientenwillens durch Tun oder Unterlassen begründet gleichermaßen einen Unrechtstatbestand. Arzt und Betreuer/Bevollmächtigter können dieses Unrecht dadurch verwirklichen, dass sie wissentlich oder irrtümlich gegen den tatsächlichen Patientenwillen handeln. Ob ein Irrtum sie entlasten kann, ist im Einzelfall zu entscheiden.

Bleiben Zweifel, so trifft die Handelnden – auch im Falle einer Konsensentscheidung - grundsätzlich eine **Erkundungspflicht** bei einer zuverlässigen Stelle, um sich im Zweifelsfalle auf einen Verbotsirrtum berufen zu können.

⁸² S.o. z.B. auch Baltz, 91.

Der BGH fordert eine Auskunftsperson, die die Gewähr für eine objektive, sorgfältige, pflichtgemäße und verantwortungsbewusste Auskunft bietet.⁸³ Das kann nach der gesetzlichen Aufgabenverteilung nur das **Betreuungsgericht** sein.

Das Betreuungsrecht kennt in § 1837 BGB die Beratungspflicht des Gerichtes für den Betreuer. Rechtstechnisch gibt es die Möglichkeit, ein sog. **Negativattest** zu beantragen. Damit entscheidet ein Gericht, dass ein Rechtsgeschäft keiner Genehmigung bedarf. Die Entscheidung ist **keine vorsorgliche Genehmigung**. Zwar kann auch bei Vorliegen eines Negativattestes geltend gemacht werden, dass doch eine Einwilligung erforderlich gewesen wäre und wegen der fehlenden Einwilligung sei die Entscheidung pflichtwidrig gewesen. Immerhin besteht darüber aber die Möglichkeit, dem Gericht die vorliegenden Probleme zu kommunizieren und ggf. Hilfe zur Seite gestellt bekommen oder ggf. auch von der Aufgabe entbunden zu werden, wenn sie im Einzelfall überfordert.

§ 1837 BGB gilt ausdrücklich nur für den Betreuer. Dabei ist aber nicht bedacht worden, dass auch Vorsorgebevollmächtigte nach § 1904 BGB der Genehmigung durch ein Betreuungsgericht bedürfen. Ein entsprechendes Recht zum Antrag auf ein Negativattest sollte daher zugelassen werden.

Eine entsprechende Auskunft des Betreuungsgerichtes muss gegebenenfalls wegen der Erkundigungspflicht von Bevollmächtigtem **und** Arzt ohnehin möglich sein.

7 Schlussfolgerungen für die anwaltliche Gestaltungs- und Beratungspraxis

Mit dem neuen Patientenverfügungsgesetz sind die Probleme der Behandlung/ Nichtbehandlung nicht einwilligungsfähiger Patienten nicht beseitigt. Sie erschöpfen sich auch nicht in der Erstellung einer möglichst „*passgenauen*“ Patientenverfügung, wenngleich eine passgenaue Patientenverfügung notwendige Voraussetzungen für eine „gute“ Entscheidung der Adressaten sind, denn was „der Sender nicht sendet, kann der Adressat nicht empfangen.“ Die Patientenverfügung ist das **vorweggenommene imaginäre Gespräch** des Patienten mit dem Arzt der Zukunft! Sie ist der Dialog, den das Bundesverfassungsgericht 1979⁸⁴ bereits vom Patienten eingefordert hat und den ein multiple-choice-Fragebogen nicht leisten kann.

⁸³ BGHSt 40, 264

⁸⁴ BVerfGE 52, 170.

Gute medizinische Versorgung setzt nicht nur gute Diagnose und Anamnese voraus, sondern auch die **Integration des Werte-Wunsch-Angst-Profiles des Patienten in die medizinische Diagnose, Prognose und Therapie**. Konsequenterweise fordert auch die Medizin deshalb, dass der medizinische Laie nicht nur das Recht, sondern auch die moralische Pflicht habe, sich dem Fachmann als Mensch mit einem eigenen Wert-Wunsch-Angst-Erwartungsprofil vorzustellen.⁸⁵ Nur eine so verstandene Patientenverfügung nutzt dem Adressaten.

Die Probleme der Adressaten lösen sich aber nicht ohne weiteres durch eine solche Patientenverfügung. Diese benötigen Handlungs- und Rechtssicherheit für ihre Aufgabe. Die Adressaten von Patientenverfügungen sind vor allem durch entsprechende **medizinische** und **rechtliche Aufklärung** vor Haftungsgefahren zu schützen.

Zur **rechtlichen** Aufklärung gehören:

- die Aufklärung über das Rechtsverhältnis, das aus Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung und gesetzlicher Betreuung resultiert und dessen Rechtsfolgen
- Hinweise über und für besonders haftungsträchtige Situationen⁸⁶
- Informationen über Haftungsbegrenzungsmöglichkeiten und ggf. Vergütung

In den USA werden medizinischen Adressaten von Patientenverfügungen seit längerem durch ein evaluiertes Schulungssystem „*Respecting Choices*“ geschult.⁸⁷ Ein solches Schulungssystem, das **medizinische** und **rechtliche** Fragestellungen vereint, wäre im Sinne der Patienten und der Adressaten von Patientenverfügungen auch in Deutschland wünschenswert.

⁸⁵ Süß, Patientenverfügungen: Werte, Wünsche, Ängste; www.aerzteblatt.de, Dtsch. Ärzteblatt 2009, 106 (47):A-2358

⁸⁶ Vgl. i.d. Anlage Vorschläge für Informationen an Vorsorgebevollmächtigte/Fragebogen für ein Gespräch nach § 1901 b BGB.

⁸⁷ Vgl. hierzu – Lex, Adressaten von Patientenverfügungen – eine Literaturanalyse in Schnell (Hrsg.) Patientenverfügung, 287.

