



Dr. Sebastian Silberg, Berlin

## **Alte und neue Probleme mit Patientenverfügungen**

### ***Eine überschlägige Betrachtung***

*Seit Jahrzehnten wird darüber diskutiert, in welchem Umfang Patienten Einfluss auf den medizinischen Behandlungsumfang durch vorherige Bestimmungen nehmen können. Anfänglich sprach man von Patientenbrief, dann wurde der Begriff Patienten-testament geläufig, in den letzten Jahren sprach man von Patientenverfügung. Sechs lange Jahre wurde an einer Regelung gearbeitet. Ob und was sich in der täglichen Praxis verändert, wird sich zeigen müssen.*

*Zu diesem Thema hat HFR bereits einen Beitrag vom Initiator des Gesetzentwurfes zur Reform der Patientenverfügung, Joachim Stünker, MdB, veröffentlicht (11/2008).*

**S. 104**

- HFR 8/2010 S. 1 -

#### **1. Einleitung**

Im Juni 2009 hat der Bundestag eine gesetzliche Regelung zur Patientenverfügung getroffen, und zwar im Rahmen des Betreuungsrechts. Es wurden die §§ 1896 ff. BGB geändert und ergänzt. Am 01.09.2009 ist das Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts in Kraft getreten.<sup>1</sup>

2 Diese Verankerung im Betreuungsrecht führt dazu, dass sich das Gesetz auf Regelungen beschränkt, die das Verhältnis des Betreuten zum Betreuer oder zu einem Bevollmächtigten betreffen.<sup>2</sup> Weil nur das Betreuungsrecht geändert wurde, ergeben sich Fragen zu den Auswirkungen auf das Strafrecht, Haftungs- und Deliktsrecht und insbesondere auf das Verhältnis von Arzt und Patient.

3 Im Betreuungsrecht wurde geregelt,

- wer bei Entscheidungsunfähigkeit des Betroffenen die Entscheidung über die Durchführung und die Fortdauer einer ärztlichen Behandlung treffen kann,
- wie dem Patientenwillen Ausdruck und Geltung verschafft wird,
- wann die Entscheidung eines Betreuers oder Bevollmächtigten vom Betreuungsgericht<sup>3</sup> genehmigt werden muss.

**S. 105**

- HFR 8/2010 S. 2 -

#### **4 2. Rechtspolitische Forderungen nach einer gesetzlichen Regelung der Patientenverfügung**

<sup>1</sup> BGBl. I, 2286.

<sup>2</sup> vgl. Gesetzesbegründung BT-Drucksache 16/8442, Nr. 4.

<sup>3</sup> gemäß § 23c Abs. 1 GVG werden bei Amtsgerichten Abteilungen für Betreuungssachen etc. (Betreuungsgerichte) gebildet. Die mit Wirkung vom 01.09.2009 geltende Vorschrift ist eingefügt worden durch Art. 22 Nr. 9 FGG-RG vom 17.12.2008 (BGBl. 2586, 2695). Das Betreuungsgericht übernimmt im Wesentlichen die früheren vormundschaftsgerichtlichen Aufgaben.

<sup>4</sup> Verhandlungen des Dreiundsechzigsten Deutschen Juristentages, München 2000.

<sup>5</sup> Möglichkeiten einer standardisierten Patientenverfügung, LIT Verlag 2002.

Eine gesetzliche Regelung der Patientenverfügung wurde von vielen Seiten gefordert, so vom 63. Deutschen Juristentag<sup>4</sup>, in einem vom Bundesministerium für Gesundheit in Auftrag gegebenem Gutachten der Akademie für Ethik in der Medizin<sup>5</sup>, von einer interdisziplinären Arbeitsgruppe der Akademie für Ethik in der Medizin<sup>6</sup>, der Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz<sup>7</sup>, der interdisziplinären Arbeitsgruppe des Bundesjustizministeriums<sup>8</sup>, im Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“ des Deutschen Bundestages<sup>9</sup>, in der Stellungnahme des Nationalen Ethikrates<sup>10</sup> und vom 66. Deutschen Juristentag<sup>11</sup>.

### 5 3. Gesetzgebungsverfahren

Im Gesetzgebungsverfahren wurden drei Regelungsmodelle eingebracht. Die Anträge der Abgeordneten waren fraktionsübergreifend, die Diskussion wurde parteipolitisch unabhängig geführt.

6 Der sog. Bosbach-Entwurf<sup>12</sup> differenzierte zwischen qualifizierten und einfachen Patientenverfügungen. Bei der qualifizierten Patientenverfügung sollte zeitnah eine ärztliche Aufklärung erfolgen. Sie sollte notariell beurkundet werden.<sup>13</sup> Dann hatte ihr der Betreuer unbedingt Geltung zu verschaffen. Im Fall einer einfachen Patientenverfügung sollte dies nur dann gelten, „wenn nach ärztlicher Überzeugung eine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit vorliegt oder der Betreute ohne Bewusstsein ist, nach ärztlicher Überzeugung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit trotz Ausschöpfung aller medizinischen Möglichkeiten das Bewusstsein niemals wiedererlangen wird und eine Behandlung für diesen Zustand ausdrücklich untersagt ist.“<sup>14</sup>

7 Der sog. Zöller-Entwurf verzichtete auf ein besonderes Formerfordernis, sondern enthielt in § 1901c BGB lediglich eine Soll-Vorschrift, wonach die Patientenverfügung in schriftlicher Form verfasst werden und angeben sollte, zu welcher Zeit (Tag, Monat und Jahr) und an welchem Ort sie verfasst wurde.<sup>15</sup>

8 Als mehrheitsfähig erwies sich letztlich der Entwurf der Abgeordneten Stünker, Kauch u. a.<sup>16</sup>, dessen Regelungen hier ausführlich dargestellt werden.

S. 106

- HFR 8/2010 S. 3 -

### 9 4. Reichsgericht und Bundesgerichtshof

#### a) Zum Strafrecht

In der strafrechtlichen Rechtsprechung ist schon lange anerkannt, dass der Arzt eine Körperverletzung begeht, wenn er ohne Einwilligung des Patienten einen Heileingriff vornimmt. Das hat bereits das Reichsgericht im Jahre 1894 in folgendem Fall so entschieden: Der Angeklagte war Oberarzt in der Chirurgischen Abteilung eines Krankenhauses. In das Krankenhaus wurde ein siebenjähriges Mädchen eingeliefert. Sie litt an einer tuberkulösen Vereiterung des Fußwurzelknochens. Bei Weiterverbreitung der Infektion drohten dem Kind chronisches Siechtum und Tod. Die Amputation des Fußes war medizinisch die einzige Möglichkeit, das Kind zu retten. Der Vater war Anhänger der Naturheilkunde und grundsätzlich gegen chirurgische Eingriffe. Er erklärte dem Angeklagten, er wolle auf keinen Fall, dass sein Kind zum Krüppel werde, und widerspreche jeder Operation. Trotzdem amputierte der Angeklagte den Fuß. Danach traten

<sup>6</sup> Passive und indirekte Sterbehilfe. Eine praxisorientierte Analyse des Regelungsbedarfs gesetzlicher Rahmenbedingungen in Deutschland, Göttingen 2003 und Göttinger Thesen 2006.

<sup>7</sup> Ministerium der Justiz Rheinland-Pfalz 2004.

<sup>8</sup> Bundesministerium der Justiz 2004.

<sup>9</sup> BT-Drucksache 15/3700.

<sup>10</sup> Patientenverfügung – ein Instrument der Selbstbestimmung: Nationaler Ethikrat 2005.

<sup>11</sup> Verhandlungen des Sechsendsechzigsten Deutschen Juristentages, München 2006.

<sup>12</sup> BT-Drucksache 16/11360.

<sup>13</sup> BT-Drucksache 16/11360, § 1901b Abs. 2 BGB.

<sup>14</sup> BT-Drucksache 16/11300, § 1901b Abs. 3 BGB.

<sup>15</sup> BT-Drucksache 16/11493.

<sup>16</sup> BT-Drucksache 16/8442.

keine tuberkulösen Erscheinungen mehr auf, die Kräfte des Kindes nahmen zu, und es entwickelte sich normal. Das Gericht hat den Arzt wegen Körperverletzung verurteilt, weil er eigenmächtig gehandelt hat.<sup>17</sup>

- 10 Im Jahre 1957 hatte der Bundesgerichtshof ebenfalls über die Strafbarkeit eines Arztes auf Grund einer Operation zu befinden.<sup>18</sup> Eine vorausgegangene Untersuchung der Patientin führte zur Feststellung einer doppelfaustgroßen Gebärmuttergeschwulst (Myom), die entfernt werden musste. Während der Operation ergab sich, dass die Geschwulst nicht auf der Oberfläche der Gebärmutter saß, sondern mit ihr fest verwachsen war. Weil sie nur mit der Gebärmutter beseitigt werden konnte, entfernte der Arzt den gesamten Gebärmutterkörper. Einen so weitgehenden Eingriff hatte die Patientin nicht gewollt. Der Bundesgerichtshof hat den Freispruch der Strafkammer aufgehoben und darauf hingewiesen, dass fahrlässige Körperverletzung in Betracht komme. Der Arzt habe es möglicherweise vor der Operation versäumt, die Zustimmung einzuholen. Der Bundesgerichtshof hat die Sache deshalb zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.
- 11 Also muss der Arzt die Einwilligung einholen. Kann der Patient nicht einwilligen, hilft man sich mit der Rechtsfigur der mutmaßlichen Einwilligung. Sie ist ein gewohnheitsrechtlich anerkannter Rechtfertigungsgrund und „stellt nicht auf eine objektivierbare Interessenabwägung, sondern auf das subjektive – und sei es auch unvernünftige – Interesse des Betroffenen“ ab.<sup>19</sup> Der Arzt muss also überlegen, was der Patient gewollt hätte. Der Arzt vermutet zunächst, dass der Patient will, dass alle Maßnahmen ergriffen werden, die zur Lebenserhaltung und –verlängerung nötig sind. Um diese Vermutung zu verhindern, teilt der Patient dem Arzt (möglichst schriftlich) mit, was er will oder was er nicht will. Eine Patientenverfügung hat also auch den Zweck zu verhindern, dass einem bei Entscheidungsunfähigkeit eine Einwilligung in Maßnahmen unterstellt wird, die man nicht will.

S. 107

- HFR 8/2010 S. 4 -

## 12 b) Zum Zivilrecht

In der Lübecker Entscheidung<sup>20</sup> hat der Bundesgerichtshof zur Verbindlichkeit einer Patientenverfügung festgestellt: „Ist ein Patient einwilligungsunfähig und hat sein Grundleiden einen irreversibel tödlichen Verlauf angenommen, so müssen lebenserhaltende oder –verlängernde Maßnahmen unterbleiben, wenn dies seinem zuvor – etwa in Form einer sog. Patientenverfügung – geäußerten Willen entspricht. Dies folgt aus der Würde des Menschen, die es gebietet, sein in einwilligungsfähigem Zustand ausgeübtes Selbstbestimmungsrecht auch dann noch zu respektieren, wenn er zu eigenverantwortlichem Entscheiden nicht mehr in der Lage ist.“

## 13 5. Das ärztliche Berufsrecht

Im ärztlichen Berufsrecht ist die Bindung an den Patientenwillen heute anerkannt. In den Grundsätzen der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung aus dem Jahre 2004 ist das so formuliert: „Bei einwilligungsunfähigen Patienten ist die in einer Patientenverfügung zum Ausdruck gebrachte Ablehnung einer Behandlung für den Arzt bindend<sup>21</sup>, sofern die konkrete Situation derjenigen entspricht, die der Patient in der Verfügung beschrieben hat, und keine Anhaltspunkte für eine nachträgliche Willensänderung erkennbar sind.“<sup>22</sup> Und nach den „Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis“ gilt: „Der in der

<sup>17</sup> Reichsgericht, Urteil vom 31.05.1894 – Rep. 1406/94; RGSt 25, 375.

<sup>18</sup> BGH, Urteil vom 28.11.1957 – 4 StR 525/57.

<sup>19</sup> Fischer, Strafgesetzbuch, 56. Auflage, Rz 4 vor § 32 StGB.

<sup>20</sup> BGH, Urteil vom 17.03.2003 – XII ZB 2/03 BGHZ 154, 205ff.

<sup>21</sup> Hervorhebung des Verfassers.

<sup>22</sup> Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, IV. Ermittlung des Patientenwillens, in: Deutsches Ärzteblatt, Heft 19 vom 17.05.2004.

Patientenverfügung geäußerte Wille ist, sofern die Wirksamkeit der Erklärung gegeben ist und keine Anhaltspunkte für eine Veränderung des Willens vorliegen, zu beachten. ... Patientenverfügungen sind auch außerhalb der eigentlichen Sterbephase zu beachten.<sup>23</sup>

S. 108

- HFR 8/2010 S. 5 -

## 14 6. Die neuen gesetzlichen Regelungen

### a) Eine Definition?

Der neue § 1901a BGB enthält in Absatz 1 Satz 1 zunächst eine Bestimmung, was der Gesetzgeber im Betreuungsrecht unter einer Patientenverfügung versteht. Es handelt sich um die schriftliche Festlegung eines einwilligungsfähigen Volljährigen für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit, ob er in bestimmte, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen seines Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe einwilligt oder sie untersagt.

- 15 Der Begriff „Patientenverfügung“ ist unglücklich. Denn mit einer Patientenverfügung verfügt man nicht über seine Gesundheit oder sein Leben, sondern untersagt ärztliche Maßnahmen. Der Arzt soll keine mutmaßliche Einwilligung annehmen. Der Begriff der Verfügung ist u. a. ein Rechtsbegriff und bezeichnet materiellrechtlich ein Rechtsgeschäft, das unmittelbar darauf gerichtet ist, ein bestehendes Recht zu veräußern, aufzugeben, zu belasten oder dessen Inhalt zu ändern.<sup>24</sup> Dies passt auf die im Voraus geäußerte (antizipierte) Einwilligung oder Verweigerung der Einwilligung in bestimmte ärztliche Maßnahmen nicht. Daher ist es auch nicht verwunderlich, dass der Bundesgerichtshof im Leitsatz der zuvor genannten Entscheidung von „sog.“ Patientenverfügung spricht, also eine gewisse Distanzierung von diesem Begriff zum Ausdruck bringt. Denn es geht in der Sache nur um Vermutungen einer mutmaßlichen Einwilligung.<sup>25</sup> Bevor der Begriff der Patientenverfügung benutzt wurde, sprach man zunächst von „Patientenbrief“<sup>26</sup> und dann von „Patiententestament“<sup>27</sup>.
- 16 Bei einer Patientenverfügung handelt es sich nach der gesetzlichen Begriffsbestimmung um schriftliche Festlegungen eines „einwilligungsfähigen Volljährigen“. Die Beschränkung auf Volljährige ist nur aus der Verankerung der Regelungen über die Patientenverfügung im Betreuungsrecht zu erklären. Denn dies kümmert sich nur um Volljährige<sup>28</sup>. Jedoch ist kein Grund ersichtlich, Festlegungen eines einwilligungsfähigen Minderjährigen anders zu behandeln als die eines Volljährigen. Insbesondere ist die Einwilligungsfähigkeit als Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung in eine Heilbehandlung nicht an ein bestimmtes Lebensalter bzw. an Geschäftsfähigkeit gebunden.<sup>29</sup> Vielmehr kommt es für die Einwilligungsfähigkeit darauf an, ob der Einwilligende nach seiner geistigen und sittlichen Reife imstande ist, Bedeutung und Tragweite des Eingriffs zu erfassen.<sup>30</sup>

<sup>23</sup> Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, 1.2 Patientenverfügung, in: Deutsches Ärzteblatt 2007, Heft 13 vom 30.03.2007, Seite A 891; Hervorhebung des Verfassers.

<sup>24</sup> H. L., vgl. nur Medicus, Bürgerliches Recht, 21. Auflage, Rz. 25.

<sup>25</sup> S. o. 4.a).

<sup>26</sup> Uhlenbruck, Der Patientenbrief – die privatautonome Gestaltung des Rechts auf einen menschenwürdigen Tod, in: NJW 1978, S. 566ff.

<sup>27</sup> Uhlenbruck, Selbstbestimmtes Sterben durch Patienten-Testament – Vorsorgevollmacht – Betreuungsverfügung, 1997.

<sup>28</sup> Vgl. § 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB: „Kann ein Volljähriger ... seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen, ...“.

<sup>29</sup> So auch Geißendörfer, Die Selbstbestimmung des Entscheidungsunfähigen an den Grenzen des Recht, S. 103: „Dieser mittlerweile herrschenden Auffassung ist im Ergebnis zu folgen, da ein Abstellen auf die natürliche Einsichtsfähigkeit ... gegenüber der Anwendung der §§ 104ff. BGB sachgerechter und im Einzelfall flexibler erscheint.“.

<sup>30</sup> BGHZ 29, 33 (36); vgl. für das Medizinrecht insbesondere Roxin/Schroth, Handbuch des Medizinstrafrechts, 3. Auflage, S. 90.

17 Beispiel:

Eine sechzehnjährige schwangere Realschülerin wird ins Krankenhaus eingeliefert wegen einer Risikoschwangerschaft. Sie erklärt, dass auf keinen Fall etwas getan werden soll, was ihr Kind gefährden könnte.

- 18 An der Verbindlichkeit dieses Willens für den Arzt besteht kein Zweifel. Zwar spielt es im Falle einer Minderjährigen noch eine entscheidende Rolle, wie sich ihr Selbstbestimmungsrecht zum Sorgerecht der Eltern verhält und wie Kollisionsfälle zu lösen sind. Betroffene Personen tun jedoch gut daran, dem Willen der 16-Jährigen zu folgen. Denn sie wird demnächst volljährig und wird über Schadensersatzansprüche und Schmerzensgeld nachdenken. Auf diese Problematik soll jedoch weiter unten<sup>31</sup> gesondert eingegangen werden.

S. 109

- HFR 8/2010 S. 6 -

19 **b) „Wille statt Wohl“**

In § 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB ist außerdem geregelt, wie ein Betreuer mit einer Patientenverfügung des Betreuten umzugehen hat. Er hat zu prüfen, „ob diese Festlegungen auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen“ und „dem Willen des Betreuten Ausdruck und Geltung zu verschaffen“. Dies bringt eine gewisse Einschränkung der paternalistischen Konzeption des Rechtsinstituts der Betreuung mit sich, die in der Regelung in § 1896 Abs. 2 Satz 1 BGB zum Ausdruck kommt: „Der Betreuer hat die Angelegenheiten des Betreuten so zu besorgen, wie es dessen Wohl entspricht.“ Maßstab für alle Maßnahmen des Betreuers ist damit im Grundsatz das Wohl des Betreuten.<sup>32</sup> Soweit es um Patientenverfügungen geht, ist es dem Betreuer nach der neuen gesetzlichen Regelung allerdings nicht gestattet, zum „Wohle“ des Betreuten eine andere Entscheidung zu treffen als die, die dieser in einer einschlägigen Patientenverfügung getroffen hat. Vielmehr hat er gemäß § 1901a Abs. 1 Satz 2 BGB „dem Willen des Betreuten Ausdruck und Geltung zu verschaffen“, d. h. zunächst einmal den in der Patientenverfügung niedergelegten Willen als absolut verbindlich zu betrachten.<sup>33</sup> Geißendörfer<sup>34</sup> weist darauf hin, dass die Anerkennung der absoluten Verbindlichkeit einer Patientenverfügung nicht im Widerspruch zur „Wohlschranke“ des Betreuungsrechts steht, die den Betroffenen vor Selbstschädigungen aufgrund eingeschränkter Eigenverantwortlichkeit schützen soll. Es sei zu berücksichtigen, „dass ... die Verweigerung einer Behandlung und der Todeswunsch in der Regel nicht durch die Krankheit bedingt sein werden, sondern eine ganz bewusste Entscheidung des Kranken darstellen ... Im Falle einer solchen autonomen Willensäußerung wäre der Betreuer an den Wunsch des Patienten gebunden, den er gegenüber dem Arzt durchsetzen müsste. Dies stellt in keiner Weise eine Tötung des Patienten bzw. Hilfe zu seiner Selbstschädigung dar, sondern allein die Verwirklichung seines Selbstbestimmungsrechts.“

20 **c) Der Widerruf**

Der Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, dass der Widerruf der Patientenverfügung jederzeit formlos möglich ist, § 1901a Abs. 1 Satz 3 BGB. Dies entspricht dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass die Aufhebung eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts von der für das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts geltenden Formvorschrift nicht erfasst wird.<sup>35</sup> Somit kann der Widerruf jederzeit mündlich, aber auch durch non-verbales Verhalten (z. B. Gestik, Mimik) erfolgen, sofern die Willensänderung dabei

---

<sup>31</sup> Vgl. Nr. 7d).

<sup>32</sup> Diederichsen, in: Palandt, BGB, 68. Auflage, Rz. 3 zu § 1901 BGB.

<sup>33</sup> Vgl. zur Rechtslage vor Inkrafttreten des Dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts Lipp, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 6. Auflage, VI. Rz. 121: „Der Vertreter hat sich daran zu orientieren, wie der Patient selbst entschieden hätte.“

<sup>34</sup> Geißendörfer: Die Selbstbestimmung des Entscheidungsunfähigen an den Grenzen des Rechts, S. 179.

<sup>35</sup> Vgl. etwa Grüneberg, in: Palandt, BGB, 68. Auflage 2009, Rz. 39 zu § 311b BGB (Grundstückskaufverträge).

deutlich zum Ausdruck kommt.<sup>36</sup> In der Ermittlung des Erklärungsgehalts eines solchen nonverbalen Verhaltens liegen in der Praxis allerdings erhebliche Schwierigkeiten.

S. 110

- HFR 8/2010 S. 7 -

#### 21 d) Die Schriftlosigkeit

In § 1901a Abs. 2 BGB ist geregelt, was gelten soll, wenn keine Patientenverfügung vorliegt oder die Festlegungen in einer Patientenverfügung nicht auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen. Der Bundesgerichtshof hatte insoweit entschieden, dass sich die Zulässigkeit von lebenserhaltenden und –verlängernden Maßnahmen nach dem mutmaßlichen Willen des Patienten beurteile. Der Patientenwille sei individuell – also aus dessen Lebensentscheidungen, Wertvorstellungen und Überzeugungen – zu ermitteln.<sup>37</sup> Demgemäß bestimmt die Vorschrift, dass der Betreuer in diesem Fall die Behandlungswünsche oder<sup>38</sup> den mutmaßlichen Willen des Betreuten festzustellen und auf dieser Grundlage zu entscheiden hat, ob er in eine ärztliche Maßnahme nach Absatz 1 einwilligt oder sie untersagt. Der mutmaßliche Wille ist aufgrund konkreter Anhaltspunkte zu bestimmen. Dabei sind insbesondere frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen, ethische oder religiöse Überzeugungen und sonstige persönliche Wertvorstellungen des Betreuten zu berücksichtigen. Ist auch der mutmaßliche Wille nicht feststellbar, orientiert sich die Entscheidung am „Wohl“ des Patienten. Dies führt dazu, dass die medizinisch indizierte Maßnahme zu ergreifen ist. Man muss also dreistufig prüfen:

- 22 1. Patientenverfügung? – wenn nicht vorhanden:
2. mutmaßlicher Wille? – wenn nicht feststellbar:
3. Patientenwohl.<sup>39</sup>

#### 23 e) Der dialogische Prozess

§ 1901b BGB („Gespräch zur Feststellung des Patientenwillens“) regelt das sog. Konsultationsverfahren. Der behandelnde Arzt hat zu prüfen, welche ärztlichen Maßnahmen im Hinblick auf den Gesamtzustand und die Prognose des Patienten „indiziert“ sind. Dann sollen Arzt und Betreuer/Bevollmächtigter<sup>40</sup> „diese Maßnahme“ unter Berücksichtigung des Patientenwillens „als Grundlage für die nach § 1901a zu treffende Entscheidung“ erörtern.

- 24 Die Vorschrift krankt insbesondere daran, dass der Begriff der Indikation schillernd ist. Er ist kein Rechtsbegriff. In der Medizin bedeutet er den Grund für eine therapeutische oder diagnostische Maßnahme. Es werden jedoch verschiedene Formen (oder Grade) der Indikation einerseits unter dem Gesichtspunkt der Dringlichkeit, andererseits unter dem der Zielsetzung unterschieden.

S. 111

- HFR 8/2010 S. 8 -

25 Unter dem Gesichtspunkt der Dringlichkeit unterscheidet man

- die relative Indikation (= man kann),
- die absolute Indikation (= man muss, ansonsten keine Krankheitsbeeinflussung),
- die vitale Indikation (= man muss, ansonsten Lebensgefahr),

<sup>36</sup> Gesetzesbegründung zu Art. 1, Nr. 2 (Einfügung von § 1901a BGB) c), BT-Drucksache 16/8442.

<sup>37</sup> BGH, Beschluss vom 17.03.2003 – XII ZB 2/03; BGHZ 154, 205ff.

<sup>38</sup> Hervorhebung des Verfassers.

<sup>39</sup> Borasio, Heßler, Wiesing, Patientenverfügungsgesetz, Umsetzung in der klinischen Praxis, in: Deutsches Ärzteblatt, Jg. 106, Heft 40/1952ff., 1957.

<sup>40</sup> Vgl. § 1901b Abs. 3 BGB, wonach die vorstehenden Absätze 1 und 2 für Bevollmächtigte entsprechend gelten.

- die elektive Indikation (= kein zwingender Grund, aber man will den Zeitpunkt bewusst wählen) und
- die Ausnahmeindikation (man kann, aber nur aufgrund einer seltenen, für einen konkreten Einzelfall spezifischen Symptomkonstellation).<sup>41</sup>

26 Nach der Zielsetzung unterscheidet man

- die kausale Indikation (= man beeinflusst das Grundleiden) und
- die symptomatische Indikation (= man beeinflusst nicht das Grundleiden, nur bestimmte Symptome).

27 Die eine indizierte Maßnahme, von der der Gesetzgeber als Grundlage der Erörterung zwischen Arzt und Betreuer ausgeht (vgl. Wortlaut des § 1901b Abs. 1: „Er und der Betreuer erörtern diese Maßnahme ...“) gibt es medizinisch in aller Regel nicht. Die Gesetzesbegründung sagt zu § 1901b überhaupt nichts.<sup>42</sup>

#### 28 **f) Das Betreuungsgericht**<sup>43</sup>

Bisher fehlte eine gesetzliche Regelung zu der Frage, ob und wann eine Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung des Betreuers in medizinisch indizierte Behandlungen vom Gericht genehmigt werden muss.<sup>44</sup> Der Bundesgerichtshof hatte in der Lübecker Entscheidung<sup>45</sup> entschieden, dass der Betreuer seine Einwilligung in eine ärztlicherseits angebotene lebenserhaltende oder –verlängernde Behandlung nur mit Zustimmung des Vormundschaftsgerichts wirksam verweigern kann. Der neue Abs. 2 des § 1904 BGB übernimmt dieses vom BGH im Wege der Rechtsfortbildung entwickelte Genehmigungserfordernis ins Gesetz. Hierbei knüpft das Gesetz wiederum an den problematischen Begriff der Indikation an. Der Betreuer (Gleiches gilt auch hier für den Bevollmächtigten<sup>46</sup>) bedarf der Genehmigung des Betreuungsgerichts, wenn er die Einwilligung in eine ärztlich indizierte Maßnahme verweigern oder eine erteilte Einwilligung widerrufen will, wenn es infolge des Unterlassens der Maßnahme zum Tod des Patienten kommen kann. Maßstab für die betreuungsgerichtliche Entscheidung über die Erteilung der Genehmigung ist gemäß § 1904 Abs. 3 BGB der Wille des Patienten.

S. 112

- HFR 8/2010 S. 9 -

#### 29 **g) Das Konsensmodell**

Das Betreuungsgericht muss aber nicht immer tätig werden. Der betreuungsgerichtlichen Genehmigung bedarf es nach dem neuen Abs. 4 des § 1904 BGB nicht, wenn zwischen Betreuer/Bevollmächtigtem und Arzt Einvernehmen darüber besteht, dass die entsprechende Entscheidung dem Willen des Patienten entspricht. Die Nichtinvolvierung des Betreuungsgerichts rechtfertigt sich daraus, dass in diesem Fall eine wechselseitige Kontrolle der Entscheidungsfindung stattfindet. Ein generalisierender Missbrauchsverdacht gegen Arzt und Betreuer/Bevollmächtigten entbehre jeder Grundlage. Dritte, insbesondere Ehegatte, Lebenspartner, Verwandte oder benannte Vertrauenspersonen könnten jederzeit eine betreuungsgerichtliche Kontrolle der Entscheidung in Gang setzen. Die drohende strafrechtliche Ahndung als Körperverletzungs- oder Tötungsdelikt im Falle eines kollusiven Zusammenwirkens stelle eine effektive Abschreckung dar. Der Vorteil der Regelung sei insbesondere, dass die Umsetzung des Patientenwillens nicht durch ein betreuungsgerichtliches Genehmigungsverfahren verzögert werde. Denn für dessen Dauer müssten entgegen dem Patientenwillen zunächst unterlassene (Abs. 1) oder eingeleitete (Abs. 2) Maßnahmen aufrechterhalten werden, wodurch „massiv in das Selbstbestimmungsrecht des Be-

<sup>41</sup> Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 259. Auflage „Indikation“.

<sup>42</sup> BT-Drucksache 16/8442, zu Nummer 3 (§ 1901b BGB).

<sup>43</sup> Vgl. dazu oben Fn. 3.

<sup>44</sup> BT-Drucksache 16/8442, zu Nummer 4 (Änderung von § 1904 BGB).

<sup>45</sup> BGH, Beschluss vom 17.03.2003 – XII ZB 2/03.

<sup>46</sup> Vgl. § 1904 Abs. 5 S. 1 BGB.

troffenen eingegriffen“ werde.<sup>47</sup> Also muss auch der Arzt zu einem Entschluss kommen. Ob sich diese Erwägungen des Gesetzgebers als tragfähig erweisen, wird die Praxis zeigen.

## 30 7. Ungelöste Probleme

Die gesetzgeberische Selbstbeschränkung auf die Regelungen zur Patientenverfügung im Betreuungsrecht des BGB bringt es mit sich, dass viele Rechtsfragen im Zusammenhang mit Patientenverfügungen nicht gelöst worden sind und nach wie vor eine erhebliche Rechtsunsicherheit besteht. Dies betrifft sowohl den zivilrechtlichen als auch den strafrechtlichen Bereich. Es betrifft insbesondere auch die Rechtsstellung Minderjähriger.

### 31 a) Ungelöste Probleme im Vertragsrecht

Der Arztvertrag ist Dienstvertrag.<sup>48</sup> Der Patient entscheidet als Dienstherr über den Umfang der Behandlung.<sup>49</sup> Der Arzt als Dienstverpflichteter muss sich nach dem Patientenwillen richten. Dies setzt voraus, dass er ihm bekannt ist. Nicht immer wird ihm jedoch eine Patientenverfügung präsentiert, sei es, dass der Patient sie bei der Einlieferung ins Krankenhaus von sich aus zu den Krankenunterlagen reicht, sei es, dass sein Betreuer/Bevollmächtigter dem Arzt die Patientenverfügung aushändigt. Dies führt zu der Frage, ob der Arzt (ggf. als Erfüllungsgehilfe des Krankenhausträgers<sup>50</sup>) verpflichtet ist, den Patienten bzw. dessen Vertreter nach einer Patientenverfügung zu fragen und ggf. um deren Herreichung zur Krankenakte zu bitten.

S. 113

- HFR 8/2010 S. 10 -

32 Dies ist zu bejahen. Die Vorstellung von einer „Bringschuld“ des Patienten ist antiquiert und überholt. Den Arzt trifft aus dem Behandlungsvertrag die Nebenpflicht, den Patientenwillen zu ermitteln. Er muss nach einer Patientenverfügung fragen. Die „Empfehlungen der Bundesärztekammer und der zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis“ bezeichnen diese als „wesentliche Hilfe für das Handeln des Arztes“.<sup>51</sup> Der Arzt darf sich nicht dem Vorwurf aussetzen, von dieser „Hilfe“ keinen Gebrauch gemacht zu haben, wenn es später Streit gibt. Die Aufklärungspflicht des Arztes findet ihre Grenze, wo die Aufklärung zeitlich nicht möglich ist, also insbesondere im Notfall. Etwas anderes gilt, wenn im Notfall die Patientenverfügung sofort verfügbar und verständlich ist, z. B. wenn der Arzt im Heim zu einem Patienten gerufen wird, an dessen Bett ein Notfallbogen angebracht ist. Dieser Gesichtspunkt kann auch dafür sprechen, sich als Patient an Standardverfügungen<sup>52</sup> zu halten.

33 Hingegen gibt es keine Verpflichtung (und wohl auch kein Recht<sup>53</sup>) des Arztes, auf die Errichtung einer Patientenverfügung hinzuwirken.

34 Im Übrigen hat das zivilrechtliche Deliktsrecht immer auch Auswirkungen auf die Beurteilung der Erfüllung vertraglicher Pflichten, so dass dessen ungelöste Probleme aus-

<sup>47</sup> Vgl. BT-Drucksache 16/8442 Nummer 4 (Änderung des § 1904 BGB) zu Absatz 4.

<sup>48</sup> Anders/Gehle, Das Recht der freien Dienste. Vertrag und Haftung Rz. 153.

<sup>49</sup> Anders/Gehle, a. a. O., Rz. 198.

<sup>50</sup> Wenn der Behandlungsvertrag im Sinne eines totalen Krankenhausaufnahmevertrags mit dem Träger des Krankenhauses zustande kommt, vgl. dazu Genzel, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage, Rz. 3 zu § 93.

<sup>51</sup> Die Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen in der ärztlichen Praxis, in: Deutsches Ärzteblatt 2007, Heft 13, S. 891.

<sup>52</sup> Berliner Patiententestament; Patientenverfügung des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz.

<sup>53</sup> A. A. Die Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen in der ärztlichen Praxis, a. a. O.: „Ärzte sollen Patienten motivieren, von diesen Möglichkeiten (sc. Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung) Gebrauch zu machen.“

strahlen.

### 35 **b) Ungelöste Probleme des Deliktsrechts**

Es stellt sich die Frage, welche organisatorischen Vorkehrungen das Krankenhaus treffen muss, um sicherzustellen, dass eine Patientenverfügung beachtet wird. Den Krankenhausträger treffen Organisationspflichten.<sup>54</sup> Daraus folgt, dass der Krankenhausträger durch organisatorische Maßnahmen sicherstellen muss, dass der Inhalt der Patientenverfügung sämtlichem in die Behandlung des Patienten involvierten Personal zu jeder Zeit ohne Schwierigkeiten zugänglich ist. Sind die organisatorischen Maßnahmen unzulänglich, kommt eine Haftung des Krankenhausträgers unter dem Gesichtspunkt des Organisationsverschuldens gemäß § 823 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz in Betracht. Dies setzt voraus, dass infolge des Organisationsmangels die Patientenverfügung nicht oder nicht rechtzeitig umgesetzt wird, so dass die tatbestandsmäßige Verletzung des Körpers gemäß § 823 Abs. 1 BGB durch einen eingeleiteten oder aufrechterhaltenen ärztlichen Eingriff rechtswidrig ist. Die Körperverletzung ist dann auch schuldhaft, nämlich fahrlässig, weil der Krankenhausträger durch die gebotenen organisatorischen Maßnahmen bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte verhindern können, dass die Behandlung gegen den erklärten Willen des Patienten durchgeführt wird.

36 Für die deliktsrechtliche Problematik ärztlicher Behandlungsfehler sind vor allem die strafrechtlichen Lösungsansätze relevant. Im Deliktsrecht rücken außerdem nach wie vor die Grundsätze der Rechtsprechung zur Beweislastverteilung in den Vordergrund.

S. 114

- HFR 8/2010 S. 11 -

### 37 **c) Ungelöste Probleme des Strafrechts**

Wie schon oben zu Nr. 4a) ausgeführt, dient die Patientenverfügung der Verhinderung der mutmaßlichen Einwilligung, also dazu, zu verhindern, dass die Zustimmung des Patienten zu bestimmten ärztlichen Maßnahmen unterstellt wird, die er tatsächlich nicht erteilen, vielmehr ausdrücklich verweigern will. Daraus folgt für die strafrechtliche Beurteilung, dass ein Arzt, der eine ihm bekannte einschlägige Patientenverfügung bewusst ignoriert, sich wegen vorsätzlicher Körperverletzung strafbar macht. Dies gilt auch dann, wenn der Arzt die Patientenverfügung zwar nicht kennt, aber mit ihrem Vorliegen rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass seine Maßnahmen in dieser Verfügung ausdrücklich untersagt sein könnten.

Problematisch sind beispielsweise folgende Fallgestaltungen:

#### 38 **aa) „Was ich nicht weiß, macht mich nicht heiß“**

Der Arzt weiß nicht, ob der Patient eine Patientenverfügung hat. Er will es auch nicht wissen, und daher fragt er auch nicht danach. Er führt eine Operation durch, die der Patient eigentlich nicht wollte.

39 Hier kommt eine Strafbarkeit aus Vorsatztat nur in Betracht, wenn der Arzt weiß oder damit rechnet und es billigend in Kauf nimmt, dass der Eingriff dem mutmaßlichen Willen des Patienten widerspricht. Nimmt er hingegen mangels anderer Anhaltspunkte an, dass der Wille des nicht äußerungsfähigen Patienten dahin geht, dass lebenserhaltende und/oder -verlängernde Maßnahmen eingeleitet oder aufrechterhalten werden sollen, so handelt er im Erlaubnistatbestandsirrtum. Dies führt nach der herrschenden rechtsfolgenverweisenden Variante der eingeschränkten Schuldtheorie dazu, dass der „Vorwurf vorsätzlichen Handelns“<sup>55</sup> entfällt. Bleibt analog § 16 Abs. 1 Satz 2 StGB<sup>56</sup> die Frage nach einer Bestrafung wegen fahrlässiger Körperverletzung. Dies setzt die Verletzung einer Sorgfaltspflicht und die Vorhersehbarkeit und Vermeid-

<sup>54</sup> Sprau, in: Palandt, BGB, 68. Auflage 2009, Rz. 146 zu § 823 BGB.

<sup>55</sup> BGHSt 45, 378, 384.

<sup>56</sup> Wessels/Beulke, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 39. Auflage, Rz. 478.

barkeit der Tatbestandsverwirklichung voraus.<sup>57</sup> Ein Sorgfaltspflichtverstoß liegt vor, wenn es der Arzt versäumt hat, durch zumutbare Maßnahmen in Erfahrung zu bringen, ob der Patient eine Patientenverfügung errichtet hat, insbesondere ihn danach zu fragen. Dies führt beim Krankenhausarzt zu der weiteren Frage, ob er sich darauf verlassen kann, dass das Vorliegen einer Patientenverfügung bereits von anderem Krankenhauspersonal geprüft worden ist. Er kann sich darauf verlassen, wenn im Krankenhaus sichergestellt ist, dass bei der Aufnahme standardmäßig nach einer Patientenverfügung gefragt wird. Anders allerdings, wenn er weiß, dass bestimmte Kollegen sich grundsätzlich nicht für Patientenverfügungen interessieren.<sup>58</sup>

S. 115

- HFR 8/2009 S. 12 -

40 **bb) Der Rechtsirrtum**

*Der Arzt hält eine Patientenverfügung nicht für relevant, da er annimmt, dass eine Patientenverfügung nur zu beachten ist, wenn sie jährlich aktualisiert wird. Oder er nimmt an, Willensäußerungen von Minderjährigen seien unbeachtlich.*

41 In einem solchen Fall unterliegt er einem Erlaubnisirrtum, der analog § 17 StGB zu behandeln ist. Aufgrund einer falschen rechtlichen Wertung geht er von der Unbeachtlichkeit der Verfügung aus. Der Irrtum lässt analog § 17 S. 1 StGB die Schuld entfallen, wenn er unvermeidbar ist. Das wird aber kaum jemals der Fall sein, da den Täter für Zweifelsfälle und für „Delikte, die für einen bestimmten Berufskreis bedeutsam sind“, eine Erkundigungspflicht trifft.<sup>59</sup> Erkundigt er sich nicht, ist er zwar nicht schon deswegen strafbar. Denn man muss ihm für eine Verurteilung nachweisen, dass die Auskunft – hätte er sie eingeholt – richtig gewesen wäre.<sup>60</sup> Diesen Nachweis wird der Strafrichter aber tendenziell erbringen können, da es sich nicht um die Beantwortung von schwierigen und daher in der Lösung irrtumsträchtigen Rechtsfragen handelt.

42 § 17 StGB führt also im Falle der Vermeidbarkeit des Irrtums zur Bestrafung aus Vorsatztat, was im Hinblick auf die Frage des Eintritts der Haftpflichtversicherung des Arztes von erheblicher Bedeutung ist.

43 **cc) Die „falsche“ Vollmacht**

*Der Bevollmächtigte des Patienten legt dem Arzt eine notariell beglaubigte Generalvollmacht „für alle finanziellen, persönlichen und medizinischen Entscheidungen“ vor. Der Arzt kommt dem Verlangen des Bevollmächtigten nach Durchführung bzw. Unterlassung der indizierten Maßnahme nach, weil er glaubt, die Generalvollmacht sei allumfassend.*

44 In diesem Fall liegt im Hinblick auf die Formvorschrift des § 1904 Abs. 5 BGB ebenfalls ein vermeidbarer Erlaubnisirrtum analog § 17 Satz 2 StGB vor. Der Arzt würde wegen einer Vorsatztat bestraft.

S. 116

- HFR 8/2010 S. 13 -

45 **dd) Die Fehldeutung**

*Der Arzt interpretiert eine Patientenverfügung falsch. Dementsprechend führt er eine tatsächlich nicht dem Willen des Patienten entsprechende Maßnahme durch oder unterlässt eine gebotene Heilbehandlung*

46 Zu solchen Interpretationsfehlern kann es durchaus kommen, weil sich die Sprache des Verfassers als medizinischer Laie nicht mit der von Medizinern deckt, besonders wenn

<sup>57</sup> Fischer, StGB, 56. Auflage, Rz. 14 zu § 15 StGB.

<sup>58</sup> Was vorkommt, vgl. etwa Prof. Bruno Reichart im Interview „Ich hasse den Tod“, in: „Die Zeit“ vom 07.06.2007: „Wenn Patienten oder Angehörige von Patienten kommen und sagen, Herr Doktor, hier ist die Patientenverfügung, dann sage ich: Die können Sie ruhig in Ihrem Nachtkästchen lassen. Sie interessiert mich nicht.“

<sup>59</sup> Fischer, a. a. O., Rz. 9a zu § 17 StGB.

<sup>60</sup> BGHSt 37, 55, 67.

eine Patientenverfügung ohne vorherige ärztliche Beratung erstellt wird. Anerkannt ist, dass jede Patientenverfügung der Auslegung bedarf: „Nach § 133 BGB ist nicht allein der Text des Dokuments ... maßgeblich, sondern der wirkliche Wille zu erforschen. Man darf daher eine Erklärung niemals einfach wörtlich nehmen, sondern muss vielmehr stets alle bekannten, auch die außerhalb der Erklärung liegenden Umstände berücksichtigen.“<sup>61</sup> Allerdings ist an den meisten Standardverfügungen nichts misszuverstehen. Die „Auslegung“ darf nicht dazu führen, dass der eindeutig verlautbarte Patientenwille in Frage gestellt wird.

47 Irrt der Arzt (objektiv falsche Auslegung), entfällt analog § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB eine Bestrafung wegen Vorsatztat, wegen § 16 Abs. 1 Satz 2 StGB jedoch nicht wegen Fahrlässigkeitstat.

48 **ee) „Der Kenner genießt und schweigt.“**

Der Arzt erkennt, dass der Betreuer/Bevollmächtigte die Patientenverfügung falsch interpretiert. Er tut jedoch nichts, um den Irrtum auszuräumen.

49 Im Ausgangspunkt ist der Betreuer/Bevollmächtigte für die Ermittlung des Patientenwillens zuständig. Dies ergibt sich aus § 1901a BGB, wonach er zu prüfen hat, ob die Patientenverfügung „auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation“ zutrifft. Es ergibt sich im Allgemeinen auch daraus, dass er als Vertreter des Patienten an dessen Stelle tritt und somit unmittelbar dessen Willen verlautbart. Die dem Arzt zugewiesene Aufgabe ist demgegenüber – wie sich aus § 1901b BGB ergibt – zunächst die Feststellung der Indikation. Diese grundlegende Rollenverteilung ist jedoch durch den sog. dialogischen Prozess durchbrochen, der in § 1901b Abs. 1 Satz 2 BGB zum Ausdruck kommt: „Er und der Betreuer erörtern diese (sc. indizierte) Maßnahme unter Berücksichtigung des Patientenwillens als Grundlage für die nach § 1901a zu treffende Entscheidung.“ Im Hinblick darauf ist es dem Arzt nicht anzuraten, sich nach dem Motto „Der Kenner genießt und schweigt“ zu verhalten. Strafrechtlich betrachtet ergibt sich nämlich aus § 1901b Abs. 1 Satz 2 BGB eine Garantenpflicht für den Arzt, zumindest diejenigen Irrtümer des Vertreters aufzuklären, die er kraft seiner medizinischen Sachkunde als solche erkennen kann. Tut er es nicht, ist die Konsequenz Bestrafung wegen Körperverletzung oder Tötung durch Unterlassen.

50 Vorgenannte Fälle verdeutlichen exemplarisch die Problematik ärztlicher Irrtümer im Umgang mit Patientenverfügungen. Selbstverständlich können gerade auch Betreuer und Bevollmächtigte Irrtümern unterliegen, in welchem Fall sich verwandte Fragestellungen und Probleme ergeben. Zivilrechtlich haftet der Betreuer dem Betreuten gemäß §§ 1908i Abs. 1 Satz 1; 1833 Abs. 1 BGB bei Verschulden für den aus einer Pflichtverletzung entstehenden Schaden, der Bevollmächtigte dem Vollmachtgeber aus dem der Bevollmächtigung zugrundeliegenden Auftragsverhältnis gemäß § 280 BGB. Zudem haften beide deliktisch. Darüber hinaus sind sie auch strafrechtlich verantwortlich.

S. 117

- HFR 8/2010 S. 14 -

51 **d) Ungelöste Probleme im Hinblick auf die Rechtsstellung Minderjähriger**

Die gesetzliche Definition der Patientenverfügung in § 1901a Abs. 1 BGB („Festlegungen eines einwilligungsfähigen Volljährigen“) bringt es mit sich, dass Willensbekundungen Minderjähriger nicht als Patientenverfügungen im Sinne des Gesetzes bezeichnet werden können. Die damit tendenziell verbundene Abschwächung der Beachtlichkeit solcher Bekundungen wurde schon oben<sup>62</sup> als problematisch festgestellt. Denn die Geschäftsfähigkeit spielt im Arztrecht nur eine absolut untergeordnete Rolle.<sup>63</sup>

<sup>61</sup> Lipp, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 6. Auflage, VI. Rz. 136.

<sup>62</sup> Vgl. 6.a).

<sup>63</sup> Kern, Fremdbestimmung bei der Einwilligung in ärztliche Eingriffe, NJW 1994, 753, 755, vgl. auch die Empfehlungen der Bundesärztekammer ... zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, Deutsches Ärzteblatt 2007, Heft 13, S. 895: „Dies (sc. die Fähigkeit zur Erfassung von

Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung ist nicht Geschäftsfähigkeit, sondern die natürliche Einsichtsfähigkeit im Sinne der Fähigkeit, aufgrund seiner geistigen und sittlichen Reife die Bedeutung und Tragweite eines Eingriffs und seiner Konsequenzen abzusehen und danach zu handeln. Somit können auch geschäftsunfähige Volljährige wirksam in die Vornahme oder Unterlassung ärztlicher Eingriffe einwilligen. Diese können auch eine Patientenverfügung im Sinne des § 1901a BGB errichten, da das Gesetz insoweit zutreffend auf die Einwilligungsfähigkeit und nicht auf die Geschäftsfähigkeit des Volljährigen abstellt. Dagegen bleiben Minderjährige sozusagen außen vor. Damit die Regelung zur Patientenverfügung systematisch ins Betreuungsrecht passt, hat der Gesetzgeber auf die in der Sache wünschenswerte Berücksichtigung von Willensbekundungen Minderjähriger verzichtet. Einwilligungsfähigkeit bei Minderjährigen soll „idR ab 16 – 17 Jahren“ gegeben sein.<sup>64</sup>

- 52 Somit sagt die Neuregelung auch nichts zu dem praktisch wichtigen Problem, was gilt, wenn sich der Wille des – einwilligungsfähigen – Minderjährigen nicht mit dem seiner gesetzlichen Vertreter deckt.
- 53 Beispiel: Die Eltern der schwangeren sechzehnjährigen Realschülerin drängen vehement auf eine Abtreibung. Diese ist zu ihrem Schutz (sonst Lebensgefahr) indiziert. Die Schülerin beharrt darauf, dass ihrem Kind kein Haar gekrümmt wird.
- 54 Das Meinungsspektrum zu dieser Frage ist breit gefächert: Nach einer Ansicht steht dem Minderjährigen nur ein Mitspracherecht, den gesetzlichen Vertretern das Letztentscheidungsrecht zu.<sup>65</sup> Die Gegenposition geht von einem Alleinentscheidungsrecht des Minderjährigen aus.<sup>66</sup> Der Bundesgerichtshof hat in seiner jüngsten Entscheidung<sup>67</sup> für den Fall eines nur relativ indizierten Eingriffs mit erheblichen Folgen für die zukünftige Lebensgestaltung ein Vetorecht des Minderjährigen „gegen die Fremdbestimmung durch die gesetzlichen Vertreter“ angenommen. Er hat jedoch zu dem Problem eines Konflikts zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen und dem Sorgerecht der gesetzlichen Vertreter keine Stellung genommen.
- 55 Richtig ist, dass es auf den Willen des Minderjährigen ankommt. Dies zeigt folgende Überlegung: Die Einwilligungsfähigkeit knüpft nicht an die Geschäftsfähigkeit an, sondern an die natürliche Einsichtsfähigkeit, die vor der Volljährigkeit gegeben sein kann. Ließe man im Fall eines einwilligungsfähigen Minderjährigen den gegenteiligen Willen der Eltern maßgeblich sein, würde diese Abkopplung der Einsichtsfähigkeit von der Geschäftsfähigkeit konterkariert. Denn es käme zu einer Situation wie bei fehlender Geschäftsfähigkeit: Entscheidend wäre der Wille der Sorgeberechtigten als gesetzliche Vertreter. Fazit: Erkennt man an, dass die Einwilligungsfähigkeit nicht von der Geschäftsfähigkeit abhängt, kann es nur auf den Willen des einwilligungsfähigen Minderjährigen ankommen.

S. 118

- HFR 8/2010 S. 15 -

## 56 8. Praktische Lösungen

a) Für Patienten: Da die Patientenverfügung nunmehr gesetzlich geregelt ist und die Leitlinien der Bundesärztekammer ausdrücklich die unbedingte Beachtung des Patientenwillens anerkennen, sollte niemand mehr um die Respektierung seines Patientenwillens kämpfen müssen. Die Schwierigkeiten für Patienten liegen daher eher im tatsächlichen Bereich. Insbesondere ist sicherzustellen, dass die Patientenverfügung im Notfall schnellstmöglich zur Kenntnis des behandelnden Arztes gelangt, da dies die erste und unabdingbare Voraussetzung für die Durchsetzung des eigenen Willens als

Wesen, Bedeutung und Tragweite einer Patientenverfügung) ist keine Frage des Alters; einwilligungsfähig können auch Minderjährige sein.“

<sup>64</sup> Roxin/Schroth, Handbuch des Medizinstrafrechts, 3. Auflage, S. 90.

<sup>65</sup> Scherer, FamRZ 1997, 589, 591.

<sup>66</sup> Kern, a. a. O.; Ulsenheimer, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage, Rz. 32 zu § 139 (jeweils m. w. N.).

<sup>67</sup> BGH, Urteil vom 10.10.2006 – VI ZR 74/05, NJW 2007, 217, 218.

Patient ist. Das Berliner Patiententestamentsregister (BPTR)<sup>68</sup> hat hierfür eine sehr effektive Lösung entwickelt.

- 57 b) Für Ärzte: Wegen der aufgezeigten strafrechtlichen Risiken im Hinblick auf etwaige Irrtümer ist zu empfehlen, bei Zweifelsfragen externen rechtlichen Rat einzuholen. Hat der Arzt einen externen Juristen eingeschaltet und erfolgt eine Fehlentscheidung, ist der Arzt auf der sicheren Seite. Ein falscher Rat eines Rechtsbeistands führt in der Regel zur Unvermeidbarkeit eines Irrtums und damit gemäß § 17 Satz 1 StGB zum Entfallen der Schuld, also zur Straffreiheit.<sup>69</sup>
- 58 c) Für Krankenhausträger gilt unter dem Gesichtspunkt der Haftungsauslagerung Entsprechendes. Da eine vertragliche und deliktische Haftung Fahrlässigkeit voraussetzt und hierfür die Vermeidbarkeit des Schadens erforderlich ist, kommt der Frage der Vermeidbarkeit auch insoweit entscheidende Bedeutung zu. Die eigene Rechtsabteilung sollte also nicht bemüht werden, denn diese ist erstens kein objektiver und unabhängiger rechtskundiger Dritter, und im Übrigen sind deren Irrtümer zugleich diejenigen des Krankenhausträgers.

S. 119

- HFR 8/2010 S. 16 -

## 59 9. Zusammenfassung

Die neue gesetzliche Regelung beschränkt sich auf das Betreuungsrecht. Strafrechtlich hat sich daher nichts geändert. Die strafrechtliche Beurteilung wirkt sich über § 823 Abs. 2 BGB unmittelbar auf die Frage einer deliktsrechtlichen Schadensersatzpflicht aus. Und mit einer deliktsrechtlichen Haftung geht immer auch eine Haftung wegen Verletzung von Pflichten aus dem Behandlungsvertrag einher. Fazit: Zur Vermeidung von Haftungsrisiken muss sich der Arzt um den Patientenwillen kümmern und darf sich nicht darauf verlassen, dass ein Vorgehen nach allen schulmedizinischen Regeln der Kunst ausreicht. Er muss in Zweifelfällen auch juristische Fragen einwandfrei klären oder klären lassen.

*Zitierempfehlung:* Sebastian Silberg, HFR 2010, S. 104 ff.

<sup>68</sup> [www.bptr.org](http://www.bptr.org)

<sup>69</sup> Vgl. zu den Einzelheiten Fischer, StGB, 56. Auflage, Rz. 9ff zu § 17 StGB.