

Der betreute Patient – Betreuungsrecht – Einwilligungsfähigkeit

I. Einleitung

Vor dem medizinischen Eingriff haben die Götter die Einwilligung gesetzt und vor die Einwilligung die Juristen die Aufklärung. So lautet ein etwas sarkastischer Ausspruch in Medizinerkreisen. Die Aussage ist mit der Ergänzung richtig, dass nicht die Götter, sondern gleichfalls die Juristen die Einwilligung verlangt haben¹. Üblicherweise reduziert sich die rechtliche Problematik der Einwilligung auf die Aufklärung, aber das wird den Problemen in keiner Weise gerecht. Auch die Einwilligung an sich wirft zahlreiche Rechtsprobleme auf, denen im Folgenden nachgegangen werden soll.

Je nach Tätigkeitsgebiet wird der Arzt immer wieder einmal in die Situation geraten, dass er die für einen Eingriff bei einem Patienten notwendige Einwilligung nicht erhält, weil der Patient aus unterschiedlichen Gründen nicht einwilligungsfähig ist. Die Einwilligungsunfähigkeit macht die Einwilligung indessen nicht entbehrlich. Sie ist vielmehr von demjenigen zu erteilen, der an Stelle des Kranken zu entscheiden hat, ob ein Eingriff erfolgen soll. „Das sind entgegen der Meinung mancher Ärzte nicht ohne weiteres die nächsten Angehörigen des willensunfähigen Kranken“². Dieser Satz aus dem Jahre 1958 hat nichts an Aktualität eingebüßt. Zwar unternahmen die Bundesländer in der letzten Legislaturperiode einen dahingehenden Gesetzgebungsvorstoß mit dem Ziel, erhebliche Kosten zu sparen, aber der Bundestag hat diesem Vorhaben seine Zustimmung verweigert.

Fraglich ist, was der Arzt stattdessen zu tun hat. Er hat die gesetzlichen Vertreter zu befragen, die für den Patienten einwilligen dürfen. Da Erwachsene in aller Regel keinen gesetzlichen Vertreter haben, gilt es bei Eilbedürftigkeit im Wege der einstweiligen Anordnung durch den Vormundschaftsrichter einen zumindest

vorläufigen Betreuer bestellen zu lassen oder in Fällen äußerster Dringlichkeit die Entscheidung des Richters selbst nach § 1908 i.V.m. § 1846 BGB einzuholen. Das gelingt bei Vorlage eines entsprechenden ärztlichen Zeugnisses ohne größeren Zeitaufwand, gegebenenfalls durch ein Telefongespräch. Reicht die Zeit zu einer Betreuerbestellung oder einer Eilentscheidung des Vormundschaftsgerichts nicht aus, so hat der Arzt die Behandlung nach dem mutmaßlichen Willen des Betroffenen auszuführen.

II. Minderjährige

Verhältnismäßig einfach ist die Rechtslage bezüglich der Minderjährigen, die nicht selbst einwilligungsfähig sind. Für sie gibt es immer gesetzliche Vertreter, in aller Regel gemäß § 1626 Abs. 1 BGB die Eltern, deren Einwilligung einzuholen ist. Bei der Einwilligung der Eltern in einen ärztlichen Eingriff bei ihrem Kind handelt es sich um die Ausübung der elterlichen Personensorge, die im Normalfall beiden Elternteilen gemeinsam obliegt. Daher haben auch beide Elternteile gemeinsam in den Heileingriff einzuwilligen.

Von der ausdrücklichen Einwilligung durch beide anwesende Elternteile werden allerdings weithin Ausnahmen zugelassen. Für Geschäfte des Alltags, Besorgungen minderer Bedeutung und für Eil- und Notmaßnahmen kann aufgrund entsprechender elterlicher Aufgabenverteilung die Entscheidungsbefugnis einem Elternteil allein zustehen.

Darüber hinaus kann jeder Elternteil den anderen ermächtigen, im Einzelfall oder in bestimmten Fällen für ihn mitzuhandeln. Diese Ermächtigung kann ausdrücklich oder durch schlüssiges Handeln erfolgen. Der Arzt darf dabei weitgehend darauf vertrauen, dass der anwesende Elternteil auch im Namen des abwesenden handeln und wirksam in eine Heilbehandlung einwilligen darf. Auf eine derartige Ermächtigung darf der Arzt vertrauen, solange ihm keine entgegenstehenden Umstände bekannt sind. Der Arzt ist auch nicht verpflichtet, dem anwesenden Elternteil eine irgend-

wie geartete Ermächtigung des anderen abzuverlangen. Ein solches Vorgehen wäre nicht nur unpraktikabel, sondern widerspräche auch dem Arzt-Patientenverhältnis und der Interessenlage der Eltern.

Das bedeutet im Einzelnen Folgendes: bei der Behandlung leichterer Erkrankungen und Verletzungen darf der Arzt sich – ohne zu fragen – auf die Ermächtigung des erschienenen Elternteils verlassen. In Fällen schwererer Art mit nicht unbedeutenden Risiken hat der Arzt nachzufragen, ob die Ermächtigung des anderen Ehepartners vorliegt. Er darf aber auf die Richtigkeit der mündlichen Auskunft des Erschienenen vertrauen, solange keine Anhaltspunkte für eine wahrheitswidrige Auskunft vorliegen. In dieser Situation kann es angebracht sein, auf den erschienenen Elternteil einzuwirken, er möge den vorgesehenen Eingriff nochmals mit dem Ehegatten besprechen.

Anderes gilt bei schwierigen Entscheidungen über eine Behandlung des Kindes (zum Beispiel schwere Herzoperationen), die mit erheblichen Risiken verbunden ist. Hier darf der Arzt nicht darauf vertrauen, dass der abwesende Elternteil die Einwilligung auf den Ehepartner delegiert hat. Der Arzt hat sich vielmehr Gewissheit darüber zu verschaffen, dass der nicht erschienene Elternteil mit der vorgesehenen Behandlung des Kindes einverstanden ist. Das gilt erst recht, wenn die Behandlung in Gesprächen des Arztes mit beiden Elternteilen festgelegt wurde, und dann im Gespräch mit nur einem grundsätzlich geändert werden soll³. Gibt es keine Eltern, willigt an ihrer Stelle ein Vormund ein, der alle Angelegenheiten des Minderjährigen zu besorgen hat. Verweigern die Eltern oder der Vormund einen streng indizierten Eingriff, so ist insoweit ein Pfleger zu bestellen, dem die Einwilligungszuständigkeit zusteht. Die Vormundschaft ersetzt also die rechtliche Stellung der Eltern völlig; die Ergänzungspflegschaft (§ 1909 BGB) ersetzt sie für einzelne Angelegenheiten.

Einwilligungsfähige Minderjährige können selbst in ihre Heilbehandlung einwilligen. Die Einwilligungsfähig-

keit bestimmt sich nicht nach der Geschäftsfähigkeit, die mit dem vollendeten 18. Lebensjahr eintritt, sondern ist unabhängig von einem bestimmten Alter⁴. Darunter wird die Fähigkeit des Patienten verstanden, Bedeutung und Tragweite des Eingriffs zu ermessen und seine Entscheidung danach zu bestimmen.

III. Betreuung

1. Rechtliche Begründung

Es bleibt zu untersuchen, wer denn gesetzlicher Vertreter für den Volljährigen ist. Wie schon erwähnt, ist ein solcher Vertreter nicht automatisch vorhanden, sondern muss im Bedarfsfall ernannt werden. Das regelt das Betreuungsrecht.

Am 1. Januar 1992 trat das Betreuungsgesetz (BtG) in Kraft und hat Vormundschaft und Gebrechlichkeitspflugschaft für Volljährige gänzlich abgeschafft und durch die Betreuung ersetzt. Das Betreuungsrecht findet sich allerdings nicht im genannten Betreuungsgesetz, sondern ist im Wesentlichen Bestandteil des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) geworden: §§ 1896 – 1908i BGB.

Die Entmündigung nach altem Recht nahm dem Betroffenen die Geschäftsfähigkeit, entrechtete ihn also, jedenfalls im rechtsgeschäftlichen Bereich, vollständig. Nur sein Vormund konnte für ihn Verträge abschließen. An den genannten Rechtsfolgen setzte die Kritik ein, die zu dieser Reform führte, deren Ziel es war, den Willen des Betroffenen möglichst weitgehend zu berücksichtigen, seine Angelegenheiten also nicht allein nach angeblichen oder wirklichen Sachzwängen zu entscheiden. Ganz konnte das Gesetz indessen nicht auf die Anknüpfung an Sachzwänge verzichten. Das zeigt sich etwa daran, dass der Betreuer die Angelegenheiten des Patienten so zu besorgen hat, „wie es dessen Wohl entspricht“⁵. Weiter heißt es, dass „zum Wohl des Betreuten... auch die Möglichkeit (gehöre), im Rahmen seiner Fähigkeiten sein Leben nach seinen eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten“ (§ 1901 Abs. 1 BGB). Dementsprechend darf „ein Betreuer ... nur für Aufgabenkreise bestellt

werden, in denen die Betreuung erforderlich ist“ (§ 1896 Abs. 2 Satz 1 BGB). Abzustellen ist also auf die Notwendigkeit der Betreuung im Einzelfall.

2. Bedeutung für das Medizinrecht

Diese grundsätzlichen Änderungen allein wären für das Arztrecht nicht von besonderer Bedeutung, denn die Geschäftsfähigkeit war schon nach dem früheren Rechtszustand allenfalls für den rechtswirksamen Abschluss des Behandlungsvertrages⁶ erheblich. Bezüglich der weit wichtigeren Frage der Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff wurde schon seit langem⁷ auf die Einwilligungsfähigkeit abgestellt, das heißt auf die Fähigkeit des Patienten, Bedeutung und Tragweite des Eingriffs zu ermessen und seine Entscheidung danach zu bestimmen. Einwilligungsfähig konnte auch schon nach dem alten Rechtszustand ein Entmündigter sein.

Darüber hinaus bedarf es unter bestimmten Voraussetzungen der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung für die Einwilligung in eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff, für die Einwilligung in eine Sterilisation und für die Unterbringung oder unterbringungsähnliche Maßnahmen. Überwiegend hier, aber auch bei der Betreuerbestellung, liegen die Probleme, die den Gerichten, aber nicht nur ihnen, erhebliche Schwierigkeiten bereiten.

3. Arzt und Betreuungsbedürftiger

Der Arzt und der Betreuungsbedürftige können sich grundsätzlich in zwei Konstellationen begegnen. Der Arzt kann als Gutachter in Betreuungs- oder Unterbringungssachen⁸ tätig werden, oder er hat den Betreuungsbedürftigen zu behandeln. Als Gutachter hat er zunächst darüber zu entscheiden, ob „ein Volljähriger auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen“ kann (§ 1896 Abs. 1 BGB). Die Begutachtung in den unterschiedlichen Verfahrensabschnit-

ten (§§ 1896 Abs. 1 BGB, 68 b, 69d Abs. 2 und 3 FGG) soll hier nicht weiter behandelt werden. Im Folgenden geht es also lediglich um die Behandlung Betreuungsbedürftiger oder Betreuer.

Dabei ist eine erhebliche Anzahl von Möglichkeiten zu bedenken. Ein Patient, der keinen Betreuer hat, kommt zum Arzt, der feststellt, dass sein Patient entweder einwilligungsfähig ist, oder nicht. Weiterhin kann für den Patienten ein Vermögens- oder ein Gesundheitsbetreuer bestellt worden sein. Letzterer kann beim Arztbesuch anwesend sein oder nicht.

4. Die Zuständigkeit für die Einwilligung in ärztliche Behandlungsmaßnahmen

a) Patienten, für die kein Betreuer bestellt ist

Begibt sich ein solcher Patient in ärztliche Behandlung und stellt der Arzt fest, dass er einwilligungsfähig ist, so ergeben sich keinerlei Probleme. Das Vorliegen der Einwilligungsfähigkeit hat der Arzt zu beurteilen⁹. Maßgeblich ist der konkrete Zeitpunkt der Einwilligung. Ob die betroffene Person als einwilligungsfähig anzusehen ist, richtet sich nach Art und Ausmaß der jeweiligen ärztlichen Maßnahme und den vorhersehbaren Konsequenzen. „Je komplexer und risikoreicher die Behandlung, desto höher sind die Anforderungen an die Einwilligungsfähigkeit zu stellen“. „So mag Einwilligungsfähigkeit

fähigkeit beispielsweise bezüglich der Behandlung durch den Zahnarzt vorliegen, demgegenüber für eine Nierensteinoperation zu verneinen sein“.

Faustregeln – wie „Im Zweifel für die Einwilligungsfähigkeit“ – lassen sich nicht wohl bilden. Andererseits dürfen aber auch keine übertriebenen Anforderungen an den Arzt gestellt werden. Spricht aus der Sicht des Arztes nichts für ein Fehlen der Einwilligungsfähigkeit, so kann er ohne weitere Untersuchung davon ausgehen, dass sie vorliegt. Erweist sich später das Gegenteil als richtig, so belastet das den Arzt haftungs- oder strafrechtlich nicht. Eine aus ärztlicher Sicht unvernünftige Behandlungsverweigerung kann ein Indiz für die fehlende Einsichtsfähigkeit sein, muss es aber nicht.

Anderes gilt allerdings, wenn der Patient als Notfall – etwa unfallbedingt – im Zustand der Bewusstlosigkeit eingeliefert wird. In Eilfällen hilft und rechtfertigt die Geschäftsführung ohne Auftrag. Der Arzt hat die Behandlung durchzuführen, die dem mutmaßlichen Willen (Interesse) des Patienten entspricht. Weiteres hat er nicht zu veranlassen: „Nur kurzfristige Einschränkungen führen nicht zur Betreuerbestellung“. Kommt der Patient wieder zu Bewusstsein, ist auch nicht etwa eine nachträgliche Betreuerbestellung nötig. Der Patient kann nun für sich selbst entscheiden.

Bleibt dem Arzt hingegen Zeit, oder wird die Einwilligungsunfähigkeit vermutlich längere Zeit andauern, so hat er beim Vormundschaftsgericht die Bestellung eines Betreuers durch einstweilige Anordnung gemäß § 69f Abs. 1 FGG zu veranlassen. In dieser Situation kann ein Betreuer ausnahmsweise von Amts wegen bestellt werden, weil der Betreuungsbedürftige seinen Willen nicht äußern kann. Persönliche Beziehungen des Betreuers zum Betreuten sind – gleichfalls ausnahmsweise – nicht erforderlich. Dem Betreuer wird gemäß § 1896 Abs. 2 BGB als Aufgabenkreis zugewiesen, die für die konkret anste-

hende Heilbehandlung notwendigen Einwilligungen zu erteilen. Da in diesen Fällen immer „Gefahr im Verzug“ vorliegt, kann die Bestellung ohne Einhaltung von Formalitäten erfolgen. Bleibt die Bewusstlosigkeit bestehen – das Unfallopfer erwacht nicht aus dem Koma – so sind die Verfahrenshandlungen unverzüglich nachzuholen. In dem vielerörterten Fall der Erlanger hirntoten Schwangeren gelang die Betreuerbestellung innerhalb weniger Tage¹⁰. In großen Vormundschaftsgerichten gelingt das sogar innerhalb von Stunden. Sind medizinische Maßnahmen vor der Betreuerbestellung erforderlich, müssen sie selbstverständlich sogleich durchgeführt werden. Findet sich in der Schnelle kein Betreuer, so kann das Vormundschaftsgericht gemäß den §§ 1908i, 1846 BGB selbst entscheiden.

Weiterhin ist es möglich, dass ein Patient mit einer aktuell nicht notwendig behandlungsbedürftigen Krankheit oder mit einer Erkrankung zum Arzt kommt, deren Behandlung aufschiebbar ist. Stellt der Arzt in dieser Situation fest, dass der Patient nicht einwilligungsfähig ist, so hat er die Behandlung zu unterlassen, weil die Betreuerbestellung im normalen Verfahren möglich ist. Fraglich bleibt allerdings, ob und was gegebenenfalls der Arzt unternehmen soll. Er ist ja möglicherweise der einzige, der die Sachlage richtig beurteilen kann. Die Beratung des Patienten über die Notwendigkeit einer Betreuerbestellung dürfte krankheitsbedingt generell zwecklos sein. Zwar kann das Vormundschaftsgericht nach § 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB in dieser Situation von Amts wegen einen Betreuer bestellen, aber es wird ja von sich aus nichts von der Betreuungsbedürftigkeit wissen. Fraglich ist also, ob der Arzt von sich aus das Gericht oder andere Dritte informieren darf oder sogar muss. Die Anforderungen der richtigen Behandlung, der Hilfe für den Patienten, und diejenigen der Schweigepflicht¹¹ widersprechen sich. Eine Hinweispflicht des Arztes ist zu bejahen, wenn die Betreuung für den Patienten notwendig ist; eine entsprechende Information von An-

gehörigen oder des Gerichts ist nicht als Schweigepflichtverletzung anzusehen¹². Die Entscheidung des Arztes wird – je nach den Umständen – stark einzelfallbezogen ausfallen.

b) Patienten, für die ein Betreuer bestellt ist.

Kommt ein Patient in ärztliche Behandlung, für den schon ein Betreuer bestellt ist, so sind mehrere Möglichkeiten zu unterscheiden. Ist nur ein Vermögensbetreuer bestellt, so gilt das soeben Gesagte. Ein solcher Betreuer wäre nicht berechtigt, in eine Heilbehandlung einzuwilligen.

Von Bedeutung sind also nur Betreuer mit dem Aufgabenkreis „alle Angelegenheiten des Betreuten“, „Bestimmung der ärztlichen Behandlung“ oder „Einwilligung in eine bestimmte Behandlung“. So kann es etwa ausreichend sein, einen Betreuer zu bestellen, der über die Behandlung einer bestimmten psychischen Erkrankung zu entscheiden hat, wenn der Betreute krankheitsbedingt die Erkrankung und ihre Behandlungsbedürftigkeit nicht erkennen kann, wohl aber in der Lage ist, in die Behandlungen sonstiger Erkrankungen einzuwilligen. Die Zuständigkeit des Betreuers reicht jeweils nur maximal so weit, so weit sie genannt ist. Ist das im Einzelfall unzureichend, so ist die Erweiterung des Aufgabenkreises zu beantragen.

Schwierigkeiten ergeben sich aus der Pflicht des Arztes, auch dann nach der Einwilligungsfähigkeit des Patienten zu forschen, wenn ein Betreuer vorhanden ist. Verfügt der Patient selbst über die Einwilligungsfähigkeit, das heißt über die „Reife und Fähigkeit, die Tragweite des ärztlichen Eingriffs für Körper, Beruf und Lebensglück zu ermessen und danach selbstverantwortlich Entschlüsse zu fassen“, so ist allein seine Willensäußerung (Einwilligung, Verweigerung) rechtlich maßgeblich. Diese Rechtsregel ist zwar im Gesetz nicht positiv ausgedrückt worden¹³, liegt dem Gesetz aber zugrunde¹⁴.

Fehlt die Einwilligungsfähigkeit, so hat der Arzt die Einwilligung des Betreuers einzuholen, in dessen Auf-

gabenkreis die ärztliche Behandlung fällt. Der Arzt hat den Betreuer gründlich aufzuklären, daneben aber auch den Patienten, soweit das möglich ist.

Darüber hinaus ist § 1904 BGB zu berücksichtigen: „Die Einwilligung des Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, wenn die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet. Ohne die Genehmigung darf die Maßnahme nur durchgeführt werden, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist“.

Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts benötigt der Betreuer; er hat sie einzuholen; sie rechtfertigt seine Einwilligung. Aber der Arzt hat sich letztlich davon zu überzeugen, dass sie vorliegt. Unterlässt er das, so kann dieses Unterlassen nicht ohne Einfluss auf die Wirksamkeit der erteilten Einwilligung sein. Es ist nämlich seine Pflicht, sich von dem Vorliegen aller Rechtfertigungselemente zu überzeugen. Außerdem obliegt ihm gegenüber dem Betreuer eine Beratungspflicht hinsichtlich der Genehmigungsbedürftigkeit im Sinne von § 1904 BGB. Der Betreuer kann in einer solchen Situation aber auch nach § 1837 Abs. 1 BGB die Beratung des Vormundschaftsgerichtes in Anspruch nehmen.

Der Formulierung des § 1904 BGB lässt sich jedoch nicht entnehmen, wie hoch die Schwelle liegt, die eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nötig macht. Mit anderen Worten: Muss der Betreuer vorsorglich zumindest bei jeder Operation, aber wohl auch bei gewissen Medikationen, um die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nachsuchen?

Für das Beenden lebenserhaltender Maßnahmen ist das Vormundschaftsgericht nur dann anzurufen, wenn Betreuer und Arzt unterschiedlicher

Auffassung sind¹⁵. Allerdings folgen nicht alle Untergerichte dieser höchstgerichtlichen Rechtsprechung und verlangen auch bei Übereinstimmung zwischen Arzt und Betreuer über das Einstellen der künstlichen Ernährung die vormundschaftliche Genehmigung¹⁶.

Aus der Wortwahl „begründete Gefahr“ lässt sich ableiten, dass es nicht um subjektive Befürchtungen geht, sondern „um objektive – ernstliche und konkrete – Gefahren“¹⁷. Damit ist aber noch nicht viel gewonnen. Denn was als Gefahr im Sinne von § 1904 BGB anzusehen ist, bestimmt sich aus zwei Komponenten: zum einen aus der Folge und zum anderen aus dem Grad der Wahrscheinlichkeit, mit der diese Folge eintreten wird. Der zur Stellungnahme aufgeforderte Bundesminister der Justiz beschränkte seine Antwort im Wesentlichen auf die Folgen, das heißt auf die Auslegung des Satzteil „stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet“: „So bedeuten zum Beispiel Risikooperationen, die an herzkranken und aus sonstigen Gründen durch die Operation besonders gefährdeten Patienten vorgenommen werden müssten, eine Lebensgefahr im Sinne der Vorschrift“. Hingegen soll nicht jede Narkose genehmigungspflichtig sein. Die Gesetzesmaterialien nennen zudem noch „schwere nachteilige Nebenwirkungen von Medikamenten“¹⁸.

Die genannten Beispiele bereiten sicherlich dem Arzt keine Schwierig-

keiten. Für ihn schwer zu beurteilen ist indessen die Frage, welcher Grad der Wahrscheinlichkeit des Eintritts verlangt wird. Schließlich ist „eine Operation eben eine Operation“, und passieren kann immer etwas¹⁹. Nach der Stellungnahme des Bundesministers der Justiz bedeutet „begründete Gefahr“ mehr als „bloße Gefahr“, aber weniger als „dringende Gefahr“²⁰. Auch damit ist wenig gewonnen.

Tatsächlich gibt es deutlich weniger Entscheidungen zu § 1904 BGB als angenommen werden sollte. Es besteht der Verdacht, dass häufig mit der Begründung von der Genehmigung abgesehen wird, weil mit deren Aufschub Gefahr verbunden ist. Die Vorschrift, die „nur aus einem gewissen Misstrauen gegenüber dem unkontrollierten Zusammenwirken von Betreuer und Arzt zu erklären“ ist, ist dieser Aufgabe von daher nicht gewachsen.

IV. Vorsorgemöglichkeiten

Was aber können Patienten unternehmen, um für den Fall der eigenen fehlenden Einwilligungsfähigkeit vorzusorgen? Das Betreuungsrecht hält zwei bis drei Möglichkeiten vor, die Vorsorgevollmacht, die Patientenverfügung und die Betreuerverfügung.

1. Vorsorgevollmacht

War die Frage der Zulässigkeit der Vorsorgevollmacht nach der Einführung der Betreuung zunächst noch strittig, hat die erste Reform insoweit Klarheit gebracht. Klarheit bedeutet

nicht, dass wir einen überzeugenden Gesetzestext haben.

Ausgangspunkt für die Zulässigkeit der Vorsorgevollmacht, die vor 1992 in Deutschland jedenfalls verboten war, ist die Subsidiarität der Betreuung. Die Betreuerbestellung ist ultima ratio und nur zulässig, wenn dem Betroffenen nicht auf andere Weise geholfen werden kann. Gemäß § 1896 Abs. 2 BGB darf ein Betreuer „nur für Aufgabenkreise bestellt werden, in denen die Betreuung erforderlich ist. Die Betreuung ist nicht erforderlich, soweit die Angelegenheiten des Volljährigen durch einen Bevollmächtigten... ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können“.

Definiert ist die Vorsorgevollmacht damit aber nicht. Unter Vorsorgevollmacht wird die Bevollmächtigung einer Person mit allen Angelegenheiten oder mit einzelnen Aufgaben verstanden. Problematisch zu entscheiden ist die Frage, ob diese Vorsorgevollmacht erst für den Fall gelten sollte, dass der Betroffene „seine Angelegenheiten nicht mehr selbst besorgen kann“. Für diesen Fall nur ist sie ja gedacht. Dennoch wird allgemein empfohlen, eine unbedingte Vollmacht zu erteilen, weil es sonst schwer feststellbar ist, ob die Bedingung eingetreten ist oder nicht. Allerdings wird das der Arzt vor einer Behandlungsmaßnahme besser feststellen können als zum Beispiel der Kundenberater einer Sparkasse oder einer Bank. Dass die Missbrauchsmöglichkeiten einer unbedingten Vorsorgevollmacht noch größer sind als das Risiko, das jeder Bevollmächtigung innewohnt, liegt auf der Hand.

Die Vorsorgevollmacht muss schriftlich abgefasst sein und die genannten medizinischen Maßnahmen ausdrücklich nennen (§§ 1904 Abs. 2, 1906 Abs. 5). Das gilt sowohl für die Untersuchung des Gesundheitszustandes, für einen Heileingriff oder einen ärztlichen Eingriff (§ 1904 Abs. 1 BGB), als auch für die Unterbringung, die mit Freiheitsentziehung verbunden ist (§ 1906 Abs. 1 BGB) und für unterbringungsähnliche Maßnahmen (§ 1906 Abs. 4

BGB). In eine Sterilisation darf der Bevollmächtigte nicht einwilligen (§ 1905 BGB). Insoweit ist ein Betreuer erforderlich, der nur für diese Aufgabe bestellt wird.

2. Patientenverfügung²¹

Ganz kurz nur möchte ich auf die Patientenverfügung eingehen. Darunter wird eine schriftliche Erklärung mit dem Inhalt, bei einem bestimmten Krankheitsverlauf nicht mehr oder in festgelegter Art und Weise behandelt werden zu wollen, verstanden. Auch dabei handelt es sich um eine andere Hilfe im Sinne von § 1896 Abs. 2 BGB, die der Betreuerbestellung vorgeht.

Als wesentliche Norm für die Patientenverfügung ist § 1901a BGB anzusehen. Diese gesetzgebungstechnisch höchst verunglückte Vorschrift legt leider nicht ausdrücklich fest, dass Patientenverfügungen („ein Schriftstück... in dem jemand für den Fall seiner Betreuung... Wünsche zur Wahrnehmung der Betreuung geäußert hat“) gültig sind, sondern nur inzidenter, indem sie eine Ablieferungspflicht für derartige Schriftstücke statuiert. Die Vorschrift wird durch § 1901 Abs. 2 Satz 2 BGB ergänzt. Demzufolge hat der Betreuer auch den „Wünschen des Betreuten zu entsprechen“, die „der Betreute vor der Bestellung des Betreuers geäußert hat, es sei denn, dass er an diesen Wünschen erkennbar nicht festhalten will“.

Ein Gesetzgebungsentwurf für einen neugefaßten § 1901a BGB brächte größere Gewissheit. Abs. 1 lautet: „Eine Patientenverfügung, in der der Betreute seinen Willen zu Untersuchungen seines Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen oder ärztlichen Eingriffen für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit geäußert hat, gilt bei Einwilligungsunfähigkeit fort, falls keine konkreten Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Betreute die Patientenverfügung widerrufen hat“. Abs. 2 Satz 3 lautet: „Eine vom Betreuten getroffene Entscheidung liegt vor, wenn die Patientenverfügung eine Einwilligung oder Nichteinwilligung in bestimmte Unter-

suchungen des Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe enthält, die auf die konkrete Situation zutrifft“.

Diese Formulierungen geben, ohne Gesetz zu sein, den geltenden Rechtszustand wieder. Störend an dem Entwurf ist die Verknüpfung zwischen Patientenverfügung und Betreuer, denn eigentlich soll ja die Patientenverfügung die Bestellung eines Betreuers überflüssig machen.

3. Betreuerverfügung

Unter einer Betreuerverfügung wird eine Verfügung verstanden, in der personelle Wünsche für den Fall geäußert werden, dass man einen Betreuer benötigt. Zentrale Norm ist wiederum § 1901a BGB. Die Vorschrift spricht von einem „Schriftstück... in dem jemand für den Fall seiner Betreuung Vorschläge zur Auswahl des Betreuers geäußert hat“.

V. Schluss

Zum Schluss seien noch einmal die wesentlichen Punkte zusammengefasst. Die Betreuung entmündigt den Betroffenen nicht, auch wenn der Betreuer sein gesetzlicher Vertreter wird (§ 1902 BGB). Im Rahmen seiner Möglichkeiten bleibt der Betreute selbst entscheidungsbefugt. Im Bereich der Vermögenssorge führt das zu einer unschönen Doppelzuständigkeit zwischen Betreuer und Betreutem. Bei medizinischen Behandlungsmaßnahmen hingegen ist der einwilligungsfähige Betreute allein zuständig.

Die Betreuung ist ultima ratio, soll also nur angewendet werden, wenn es keine anderen Hilfen gibt. Solche andere Hilfen sind die Vorsorgevollmacht und die Patientenverfügung. Bei ihrem Vorliegen verbietet sich insoweit eine Betreuerbestellung. Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung schließen sich nicht aus. Es spricht vielmehr alles dafür, beide Möglichkeiten nebeneinander zu ergreifen. So kann der Bevollmächtigte stärker an die geäußerten Wünsche des Betroffenen gebunden werden. Die geäußerten Wünsche können stärker akzentuiert werden. Abgerundet wird die Vorsorge für

den krankheitsbedingten Verlust der Einwilligungsfähigkeit durch den Vorschlag, eine gewünschte Person zum Betreuer zu bestellen (§ 1897 Abs. 4 BGB). Dabei ist darauf zu achten, dass als Wunschbetreuer und Bevollmächtigter unterschiedliche Personen genannt werden, denn der Wunschbetreuer wird ja nur für den Fall genannt, dass der Bevollmächtigte ausfällt.

Prof. Dr. jur. Bernd Rüdiger Kern
Universität Leipzig, Juristenfakultät
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Rechtsgeschichte und Arztrecht
Burgstraße 27
04109 Leipzig

Literaturverzeichnis

- ¹ Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen vom 31. 5. 1894, RGSt 25, 375.
- ² BGHZ 29, 46, 51f.
- ³ BGH, MedR 1989, 81.
- ⁴ Vgl. dazu genauer die Stellungnahme zu Rechtsfragen bei der Behandlung Minderjähriger der AG Medizinrecht der DGKG, in: Frauenarzt 2003, 1109.
- ⁵ Das entspricht § 1627 BGB, der elterlichen Sorge für den Minderjährigen.
- ⁶ Vgl. dazu B.-R. Kern, Arzt-, Behandlungsvertrag, in: H.-J. Rieger, Lexikon des Arztrechts, 2. Aufl. 2001, Nr. 335. Konfliktsituationen sind in diesem Bereich auch heute noch denkbar.
- ⁷ B.-R. Kern/A. Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 1983, S. 32.
- ⁸ §§ 65 – 69m, 70 – 70n FGG (Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit).
- ⁹ Jedenfalls in Zweifelfällen empfiehlt sich die Dokumentation der ärztlichen Entscheidung und deren Gründe in der Krankenakte; so auch G. Ukena, MedR 1992, 202 – 205, 203.
- ¹⁰ AG Hersbruck, NJW 1992, 3245 = FamRZ 1992, 1471, mit Anmerkung von Schwab = MedR 1993
- ¹¹ Vgl. dazu allgemein B.-R. Kern, Dokumentation und Schweigepflicht, in: B. Gramberg-Danielsen (Hrsg.), Rechtsophthalmologie, 1985, S. 52 – 61, 54.
- ¹² Vgl. dazu die deutlich dramatischere Entscheidung des OLG Frankfurt, MDR 1999, 1444.
- ¹³ Ein entsprechender Antrag der Grünen wurde nicht angenommen: „Der Beistand kann nicht anstelle der/des Beistandsberechtigten in eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff einwilligen, wenn der/die Beistandsberechtigte selbst einwilligen kann“ (BT-Dr. 11/6949, S. 72). Begründet wurde dieser Antrag mit dem Verbot der Zwangsbehandlung.
- ¹⁴ So auch Schwab, Das neue Betreuungsrecht. Bericht über die verabschiedete Fassung des Betreuungsgesetzes (BtG), FamRZ 1990, 681 – 693, 686; und M. Coester, Von anonymer Verwaltung zu persönlicher Betreuung - Zur Reform des Vormund- und Pflegschaftsrechts für Volljährige, in Jura 1991, S. 1 – 9, 7 f.
- ¹⁵ BGH, FamRZ 2003, 748.
- ¹⁶ LG Essen, NJW 2008, 1170.
- ¹⁷ Ursprünglich war die Textfassung „wenn zu befürchten ist“ vorgesehen.
- ¹⁸ BT-Dr. 11/4528, S. 140.
- ¹⁹ BGH, VersR 1980, S. 68, 70, bezüglich einer Blinddarmoperation.
- ²⁰ BT-Dr. 11/6949, S. 73.
- ²¹ Vgl. dazu auch B.-R. Kern, Sterbehilfe versus Sterbebegleitung. Aus der Sicht eines Juristen, in: Ärzteblatt Sachsen 2002, S. 96 – 100, 204 – 205.