

Die Patientenverfügung

von

Dr. jur. Andreas Albrecht

Notar in Regensburg

Dr. med. Elisabeth Albrecht

Fachärztin für Innere und Palliative Medizin in Regensburg

Horst Böhm

Präsident des Landgerichts Regensburg

Ulrike Böhm-Rößler

Rechtsanwältin in Regensburg

2., völlig neu bearbeitete Auflage

2018

VERLAG ERNST UND WERNER GIESEKING, BIELEFELD

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XVII
Literaturverzeichnis	XXI
A. Einleitung	1
I. Ursprüngliche Erwartungen an das Patientenverfügungsgesetz (2009)	1
II. Entwicklungen seit dem Inkrafttreten des Patientenverfügungsgesetzes	2
1. Wachsende Akzeptanz der Patientenverfügung in der Gesellschaft	2
2. Umsetzung des Patientenverfügungsgesetzes durch die Rechtsprechung	2
3. Gesetzesänderungen, UN-Behindertenrechtskonvention (2009), aktuelle Gesetze	3
B. Die Entstehung des Gesetzes	9
I. Rechtsprechung des BGH in Strafsachen: Kemptener Entscheidung (1994)	9
II. Rechtsprechung des BGH in Zivilsachen	11
1. Lübecker Entscheidung (2003)	11
2. Traunsteiner Entscheidung (2005)	14
3. Kritik an der Rechtsprechung und Verlangen nach einem Gesetz	15
III. Entwürfe im Deutschen Bundestag	15
1. <i>Bosbach</i> -Entwurf	16
2. <i>Zöller</i> -Entwurf	16
3. <i>Stünker</i> -Entwurf	16
4. Beschluss am 18. Juni 2009	17
C. Die Regelungen des Patientenverfügungsgesetzes im Überblick	19
I. § 1901a BGB: Patientenverfügung	19
1. Unterscheidung Patientenverfügung, Behandlungswunsch und mutmaßlicher Wille	19
2. Gleichlauf zwischen Betreuer und Bevollmächtigtem ..	22

3. Prüfungspflicht des Vertreters	22
4. Prüfungsumfang	23
5. Verwirklichung des Willens des Patienten	28
6. Widerruf der Verfügung	28
7. Verpflichtungs- und Koppelungsverbot	29
II. § 1901b BGB: Gespräch zur Feststellung des Patientenwillens einer Verfügung	29
1. Gesetzesgeschichte	29
2. Ärztliche Indikation	30
3. Erörterung der indizierten Maßnahme	32
III. Weitere gesetzliche Regelungen des Patientenverfügungsgesetzes	33
1. § 1904 BGB: Genehmigung des Betreuungsgerichts bei Behandlungsabbruch erforderlich?	33
a) Gesetzesgeschichte	33
b) Unveränderte Vorschriften	35
c) Neue Regelungen	35
aa) Gesetzesaufbau	35
bb) § 1904 Abs. 2 BGB, Genehmigung ist grundsätzlich erforderlich	35
cc) § 1904 Abs. 3 BGB, Bindung an den Willen des Patienten	37
dd) § 1904 Abs. 4 BGB, keine Genehmigung bei Einvernehmen/Konsens	38
ee) § 1904 Abs. 5 BGB, Anforderung an Vollmacht	38
ff) Harmonisierung der Absätze 1 und 2 des § 1904 BGB	39
2. § 287 Abs. 3 FamFG: Wirksamwerden von Beschlüssen	39
3. § 298 FamFG: Verfahren in den Fällen des § 1904 BGB	40
IV. Patientenverfügung im Spannungsfeld zwischen Arzt, Patient, Vertreter und sozialem Umfeld	40
V. Statistische Zahlen für Patientenverfügung und Behandlungswunsch	43
D. Die Errichtung der Verfügung	45
I. Generelle Voraussetzungen und Auswirkungen	45
1. Nicht unmittelbar bevorstehende medizinische Maßnahme	45
2. Maßnahmen der Basisversorgung	47
3. Pflegerische Maßnahmen?	49

4. Keine Pflicht zur Aktualisierung	49
5. Keine Pflicht zur Beratung bei Ablehnung einer ärztlichen Maßnahme	53
6. Problematik der antizipativen Einwilligung oder ihrer Ablehnung	54
7. Keine Reichweitenbegrenzung	55
a) Diskussion bis zur Abschaffung der Reichweitenbegrenzung	56
b) Argumente der Gesetzesbegründung gegen die Reichweitenbegrenzung	56
c) Entwicklung nach der Abschaffung der Reichweitenbegrenzung	59
8. Adressat der Patientenverfügung	61
a) Entwicklung der Argumente bis zum Patientenverfügungsgesetz	62
b) Begründung und Eckpunkte der gesetzlichen Regelung	62
c) Verortung im Betreuungsrecht ist logisch und war kein Geburtsfehler	64
d) Lösung entspricht dem Selbstbestimmungsrecht und der staatlichen Pflicht zum Lebensschutz	64
e) Argumente der Literatur und der BÄK für ein selbständiges Entscheidungsrecht Dritter	66
aa) Behandlungswünsche, mutmaßlicher Wille ...	66
bb) Patientenverfügung	66
cc) Zusammenfassung: Fälle, in denen der Arzt (nach BÄK) Adressat der Patientenverfügung sein soll	67
f) Beschränkung der unmittelbaren Bindungswirkung für Dritte auf klare bzw. eindeutige Fälle?	68
g) Beschränkung der unmittelbaren Bindungswirkung für Dritte auf Fälle ohne Vertreter?	69
aa) Unkenntnis der Rechtslage bei Patienten und Ärzten	69
bb) Betreuer kann sehr schnell bestellt werden	69
h) Kritische Würdigung der Gegenargumente	69
i) Zusammenfassung	73
9. Bedeutung der Auswahl des Vertreters	74
10. Rechtsnatur der Patientenverfügung – Vertretung oder Botentätigkeit	76
11. Bindungswirkung	82
12. Kein Zwang zur Patientenverfügung	85
13. Sonderfälle bedenklicher Beeinflussung	86

a)	Behandlungsvereinbarung	87
b)	Behandlungsvereinbarungen nach dem Zwangsbehandlungsänderungsgesetz.	88
c)	Behandlungsvereinbarungen nach § 2 Abs. 2 des PsychKG (NRW)	89
d)	Behandlungsvereinbarungen als unverbindlicher Konsens mit Appellcharakter	90
e)	Gesundheitliche Versorgungsplanung für die letzte Lebensphase, § 132g SGB V	92
II.	Die Patientenverfügung nach § 1901a Abs. 1 BGB	93
1.	Einwilligungsfähiger Volljähriger	93
2.	Schriftliche Festlegung	96
3.	Verlangen oder Ablehnen bestimmter Maßnahmen ...	98
a)	Herausragende Bedeutung des Merkmals der Bestimmtheit	98
b)	Beispiele aus der Rechtsprechung des BGH	99
c)	Vergleichbarkeit (Bestimmtheit) der aktuellen und der beschriebenen Behandlungssituation	100
d)	Beispiele aus der Praxis	101
e)	Interpretation, Auslegung und Ermittlung des tatsächlich Gewollten	104
f)	Sonderfall: Bestimmtheit auf der Basis diagnostizierter Krankheiten	104
g)	Konsequenzen der engen Grenzen der Bestimmtheit/Vergleichbarkeit für antizipative Einwilligungen	105
h)	Sinnvolle Kriterien: Nachvollziehbarkeit, Umsetzbarkeit, Interpretationsspielraum	106
i)	Lösungsansätze des BGH	107
aa)	BGH: Allgemeine Anweisungen genügen nicht, Auslegung ist aber möglich	107
bb)	BGH: Gesamtschau des Inhalts der Patientenverfügung	107
cc)	Kritische Würdigung dieser Argumente des BGH	108
dd)	BGH: Anforderungen dürfen nicht überspannt werden	109
ee)	BGH: Umschreibende Festlegung genügt	109
ff)	BGH: Präzision wie bei Einwilligung nach § 630d BGB ist nicht erforderlich; Anwendungsbereich für zustimmende Patientenverfügung muss bleiben	110
4.	Wunsch nach Maximaltherapie	112

5.	Voraussetzungen für einen Widerruf der Patientenverfügung	113
a)	Widerruf kann jederzeit, formlos, mündlich oder konkludent erklärt werden	113
b)	Abänderung bzw. Ergänzung der Patientenverfügung	114
c)	Genügt Widerruf eines Einwilligungsunfähigen mit natürlichem Willen?	115
d)	Abweichender aktueller Behandlungswunsch, entgegenstehender Wille	116
e)	Rechtsprechung des BGH	117
f)	Alternativen zum Widerruf mit natürlichem Willen bzw. zur Rechtsprechung des BGH	118
g)	Relevante Ausdrucksformen eines relevanten, aktuellen Willens	119
6.	Formulierungsvorschläge	119
III.	Behandlungswunsch und mutmaßlicher Wille nach § 1901a Abs. 2 BGB	122
1.	Einfügung des Behandlungswunsches im Gesetzgebungsverfahren	122
2.	Definition, genereller Anwendungsbereich und Bedeutung des Behandlungswunsches	123
a)	Definition und Ausdrucksform	123
b)	Anwendungsbereich des Behandlungswunsches ...	124
c)	Bedeutung des Behandlungswunsches	125
3.	Mündliche, unbestimmte oder die Lebens- und Behandlungssituation nicht treffenden Verfügungen ..	126
4.	Behandlungswunsch „rettet“ unpräzise Patientenverfügung	127
5.	Mutmaßlicher Wille	129
6.	Angaben zur relevanten Situation	132
7.	Angaben zur gewünschten Folge	134
8.	Behandlungswünsche als ernsthafte Alternative zur Patientenverfügung	135
IV.	Vorsorge für den Fall, dass Vertreter sein Amt beendet ...	136
E.	Die Anwendung der Patientenverfügung	139
I.	Kein Anwendungsfall für die Patientenverfügung oder den Behandlungswunsch	139
1.	Weiterhin einwilligungsfähiger Patient	140
2.	Einwilligung in unmittelbar bevorstehende Maßnahmen	143
3.	Patientenverfügung auf dem Sterbebett	144

	a) Patientenverfügung, Behandlungswunsch, mutmaßlicher Wille in der Sterbephase	144
	b) Notarzteinsätze in der Sterbephase	145
II.	Stellung der Indikation für die Weiterbehandlung durch den Arzt	145
	1. Autonome Entscheidung durch den Arzt	145
	a) Definition der Indikation	145
	b) Berücksichtigung subjektiver Elemente	146
	c) Handlungsparameter, ethische Gesichtspunkte, Ökonomisierung	148
	2. Ablehnung der Weiterbehandlung durch den Arzt	149
	3. Indizierte Maßnahme, Therapiezieländerung, mehrere Indikationen, fragliche Indikationen	150
	a) Ist die Therapiezieländerung ärztlich indiziert?	150
	b) Mehrere ärztlich indizierte Maßnahmen, Maßnahmen mit fraglicher Indikation	151
III.	Notwendigkeit eines Vertreters	153
	1. Keine gesetzliche Vertretung durch nahe Angehörige ..	153
	2. Ermächtigung der Ehegatten zur Gesundheitssorge (de lege ferenda)	154
	a) Gesetzesgeschichte und internationaler Vergleich ..	154
	b) Gescheiterte Gesetzgebungsvorhaben in Deutschland	154
IV.	Vorsorgevollmacht und Vertretung	155
	1. Vollmacht in medizinischen Angelegenheiten	155
	2. Betreuerbestellung	160
	3. Betreuungsgerichtliches Verfahren bei Betreuerbestellung oder Erweiterung	161
V.	Dialog zwischen Betroffenen, Arzt, Vertreter und Vertrauenspersonen	163
	1. Nachweis der Vertretungsmacht	163
	2. Erörterung der indizierten Maßnahme mit dem Vertreter	164
	3. Pflicht zum Konsil des Vertreters mit nahen Angehörigen und sonstigen Vertrauenspersonen	164
	4. Besprechung des geplanten Vorgehens mit dem Betroffenen	168
VI.	Entscheidung durch den Vertreter	169
	1. Bestehen einer Verfügung	169
	a) Klärung bei der Patientenverfügung	169
	b) Klärung bei einem Behandlungswunsch	169
	c) Klärung beim mutmaßlichen Willen	170
	2. Überprüfung des Fortbestehens des Willens, Widerruf	170

3.	Treffen die Festlegungen auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zu?	172
4.	Überprüfung der Behandlungswünsche	173
5.	Umfang der Ermittlungspflicht	174
6.	Korrektiv gegen eine überschießende Patientenverfügung: der Vertreter	175
7.	Korrektiv gegen einen überschießenden Vertreter: der Arzt und das Betreuungsgericht	175
8.	Maßstäbe, Beweisgrundsätze und Gewichtung der Beweismittel	178
9.	Keine Patientenverfügung, kein Behandlungswunsch und keine konkreten Anhaltspunkte für einen mutmaßlichen Willen feststellbar	180
VII.	Dokumentation der Entscheidungsfindung	181
1.	Stellung der Indikation	182
2.	Dokumentation des Verfahrens durch den Vertreter ..	183
VIII.	Genehmigung des Betreuungsgerichts	188
1.	Keine Genehmigungspflicht bei Umsetzung einer Patientenverfügung (§ 1901a Abs. 1 BGB)	188
2.	Keine Genehmigungspflicht bei Konsens über den Behandlungsabbruch	188
a)	Die Kontrolle ärztlicher Maßnahmen: bisher schon richterliche Aufgabe!	190
b)	Vermeidung einer Vielzahl von teilweise langwierigen Verfahren?	190
c)	Richterliche Kontrolle bedeutet staatliche Fürsorge ..	191
d)	Wechselseitige Kontrolle ersetzt nicht staatlichen Lebensschutz!	191
e)	Ungenügende anderweitige Kontrollmöglichkeiten ..	192
f)	Verletzung einer staatlichen Schutzpflicht?	192
g)	Rechtsprechung des BGH zum Konfliktfall	193
3.	Verfahren in Konflikt- und Zweifelsfällen	194
a)	Liegt Dissens vor?	194
b)	Maßstab für die Entscheidung	195
c)	Anhörungen	195
d)	Verfahrenspfleger	196
e)	Sachverständigengutachten	197
f)	Wirksamwerden der Genehmigung	197
4.	Keine Eilkompetenz des Vertreters	198
5.	Tenor der Entscheidung und Umsetzung	199
IX.	Theorie trifft auf Praxis	199
1.	Patientenverfügungen im Alltag	199
2.	Beispiel für Herausforderungen an behandelnden Arzt ..	200

X.	Fälle mit Auslandsbezug	206
1.	Einführung und Fragenkatalog	206
2.	Patientenverfügung, Vorsorgevollmacht und Betreuung nach ausländischem Recht	206
3.	Kollisionsvorschriften für Vorsorgevollmacht und Betreuung	207
4.	Regelung der Vorsorgevollmacht (Vertretungsmacht) durch Art. 15 ErwSÜ	208
5.	Patientenverfügung und Art. 15 ErwSÜ	208
6.	Patientenverfügung im internationalen Kontext	210
7.	Auslandsbezug, Migranten, Flüchtlinge im medizinischen Alltag	211
XI.	Postmortale Organspende und Patientenverfügung	212
F.	Offen gebliebene Fragen	215
I.	Patientenverfügung, Sozialrecht und Kostentragung für Beratung	215
1.	Fehlende Kostentragung für ärztliche Beratung	215
2.	Nachträglich geschaffene Regelungen im Sozialrecht ..	216
a)	Versorgungsplanung durch Einrichtungen nach § 132g SGB V	216
b)	Hospiz- und Palliativberatung durch Krankenkassen nach § 39b SGB V	217
c)	Beratung durch Arzt nach § 87 Abs. 1b SGB V ...	218
aa)	Arzt ist kein Jurist!	218
bb)	Arzt darf nicht verpflichtet werden den, Vertreter zu verdrängen	218
cc)	Erstellung von Notfallplänen ist sinnvoll	219
II.	Patientenverfügung und Strafrecht	220
III.	Rechtsnatur der Verfügung	224
IV.	Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das vorgeschriebene Verfahren	225
V.	Verhältnis der staatlichen Schutzpflicht zum Selbstbestimmungsrecht der Menschen	225
VI.	Bestimmtheitsgebot und Einwilligung in ärztliche Maßnahmen	227
VII.	Grenzen des Rechtsinstituts der „Patientenverfügung“ ...	228
VIII.	Bestimmungen in der Patientenverfügung und aktuelle Behandlungswünsche bei Einwilligungsunfähigkeit (UN-BRK)	229
IX.	Ausstehende Regelung einer gesetzlichen Vertretung oder Ermächtigung für nahe Angehörige	230

1. Gescheiterte Gesetzgebungsvorhaben in Deutschland ..	230
2. Problemerkatalog bei automatischer Vertretung/ Ermächtigung für Angehörige	230
a) Gefahr der automatischen Berechtigung	230
b) Kernaussagen des vorläufig gescheiterten Gesetzes ..	231
c) Folgen der Regelung	232
d) Verhältnis Betreuung zur Berechtigung	232
e) Verhältnis Vorsorgevollmacht und Berechtigung ...	233
f) Rechtsnatur der Berechtigung	233
g) Pflicht des Berechtigten zur Entscheidung?	234
h) Ausschluss der Berechtigung	235
i) Störfaktoren aus dem persönlichen Bereich	237
G. Formulierungsvorschlag	239
H. Kernaussagen	245
I. Anhang	247
1. Notfallpläne	247
Palliativer Notfallplan (A)	250
Palliativer Notfallplan (B)	252
Palliativer Notfallplan (C)	254
2. Beratungspunkte für die ärztliche Praxis	255
3. Gesetzestexte	257
4. Schaubild: Prüfung Behandlungsabbruch	267
Stichwortverzeichnis	269