


Einwilligungsfähigkeit und Zwangsdagnostik

Wieviel Platz lässt das Gesetz für ärztlichen Paternalismus ?

Genderhinweis:
Aus Gründen der besseren Lesbarkeit und um Knoten in der Zunge des/der Referenten/Referentin zu vermeiden, wird bei den Personenbezeichnungen und personenbezogenen Hauptwörtern in diesem Vortrag die männliche Form verwendet. Entsprechende Begriffe gelten im Sinne der Gleichbehandlung für alle denkbaren Geschlechter.

30.05.2024Dr. Sebastian Kirsch, Amtsgericht Garmisch-Partenkirchen1



Die UN-Behindertenrechtskonvention, UN-BRK wurde **2006** von der Generalversammlung der Vereinten Nationen verabschiedet.

Artikel 12 UN-BRK (Gleiche Anerkennung vor dem Recht):

(1)

(2) Die Vertragsstaaten anerkennen, dass **Menschen mit Behinderungen in allen Lebensbereichen gleichberechtigt mit anderen Rechts- und Handlungsfähigkeit** genießen.

(4) Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass zu allen **die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit** betreffenden Maßnahmen geeignete und wirksame Sicherungen vorgesehen werden, Diese Sicherungen müssen gewährleisten, dass bei den Maßnahmen betreffend die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit **die Rechte, der Wille und die Präferenzen der betreffenden Person geachtet** werden,


30.05.2024Dr. Sebastian Kirsch, Amtsgericht Garmisch-Partenkirchen2



Ziele der Betreuungsrechtsreform 2023 (soweit heute für den Vortrag von Interesse)

1. **Stärkung des Selbstbestimmungsrechts** und der Autonomie
2. **Unterstützung** selbstbestimmten Handelns **vor** ersetzender **Vertretung**.
3. Entscheidungen **über den Kopf hinweg** auf das unumgängliche Minimum reduzieren


30.05.2024 Dr. Sebastian Kirsch, Amtsgericht Garmisch-Partenkirchen 3



Was bedeutet das denn für unser Thema?

**Wer entscheidet denn nun über Diagnostik oder Art einer
Behandlung?**

30.05.2024 Dr. Sebastian Kirsch, Amtsgericht Garmisch-Partenkirchen 4




Zur Erinnerung:

Der frühere § 1901 Abs. 2 BGB hatte bestimmt:

Der Betreuer hat die Angelegenheiten des Betreuten so zu besorgen, wie es dessen **Wohl** und den Wünschen entspricht.

30.05.2024 Dr. Sebastian Kirsch, Amtsgericht Garmisch-Partenkirchen 5



Der neue § 1821 BGB

(1) Der Betreuer nimmt alle Tätigkeiten vor, die **erforderlich** sind, um die Angelegenheiten des Betreuten **rechtlich** zu besorgen. Er **unterstützt den Betreuten dabei, seine Angelegenheiten rechtlich selbst zu besorgen**, und macht **von seiner Vertretungsmacht nach § 1823 nur Gebrauch, soweit dies erforderlich** ist.

(2) Der Betreuer hat die Angelegenheiten des Betreuten so zu besorgen, dass **dieser im Rahmen seiner Möglichkeiten sein Leben nach seinen Wünschen** gestalten kann. Hierzu hat der Betreuer **die Wünsche** des Betreuten festzustellen. Diesen **hat der Betreuer** vorbehaltlich des Absatzes 3 **zu entsprechen und den Betreuten bei deren Umsetzung rechtlich zu unterstützen**. Dies gilt auch für die Wünsche, die der Betreute vor der Bestellung des Betreuers geäußert hat, es sei denn, dass er an diesen Wünschen erkennbar nicht festhalten will.

30.05.2024 Dr. Sebastian Kirsch, Amtsgericht Garmisch-Partenkirchen 6



Zum Verständnis:

Wenn das neue Betreuungsrecht von einem „**Wunsch**“ einer betreuten Person spricht, so meint es damit

- sowohl die Äußerungen, die auf einem freien Willen beruhen
- als auch solche, denen kein freier Wille (mehr) zugrunde liegt.

Der Wunsch ist der gemeinsame Oberbegriff für den freien und den natürlichen Willen.

Es kommt nicht darauf an, ob der Wunsch auf einer rationalen Überlegung beruht, ob wir ihn für vernünftig oder unvernünftig halten.

Es gilt also der natürliche Wille, **wie er von der betreuten Person geäußert** wird.

30.05.2024

Dr. Sebastian Kirsch, Amtsgericht Garmisch-Partenkirchen

7



Zum Verständnis:

Wenn das neue Betreuungsrecht von einem „**Wunsch**“ einer betreuten Person spricht, so meint es damit

- Einen konkret geäußerten Wunsch
- Notfalls einen aus früheren Beobachtungen/Äusserungen konkret abgeleiteten Wunsch

Der muss jeweils **positiv festgestellt** werden.

Ein „**Der-ist-nicht-dagegen**“ reicht nicht


30.05.2024

Dr. Sebastian Kirsch, Amtsgericht Garmisch-Partenkirchen

8

Arzt	Patient	Betreuer
Welche diagnostischen Maßnahmen / zielführenden Behandlungen kann ich als Arzt anbieten?	Welches der Angebote er will oder ob er gar keine Diagnostik/ Behandlung will.	Ob die unterstützte Entscheidungsfindung genügt
Welche Optionen kann ich von vornherein nicht als erfolversprechend anbieten ?	Das ist entweder unmittelbar verbindlich, falls er einwilligungsfähig ist	
	oder andernfalls ein verbindlicher Handlungsauftrag an den Betreuer, es sei denn, es wäre erheblich selbstgefährdend	ob er die Wünsche durch eigene Betreuereinstimmung umsetzen muss oder ob er sich ausnahmsweise darüber hinwegsetzen darf.

Partenkirchen



Eine kleine Auffrischung

Was war wieder diese Einwilligungsfähigkeit?

30.05.2024
Dr. Sebastian Kirsch, Amtsgericht Garmisch-Partenkirchen
10


Der Patient muss über die Fähigkeit verfügen, den der konkreten Diagnostik/Behandlungssituation zugrundeliegenden Sachverhalt zu verstehen (**Verständnis**);

- Er kann zum Beispiel die wichtigsten Fakten nach Erläuterung selbst nochmal wiedergeben

- der Patient muss die Fähigkeit besitzen, bestimmte Informationen, auch bezüglich der Folgen und Risiken, in angemessener Weise zu verarbeiten (**Verarbeitung**);

Er kann zumindest in einfacher Weise Fakten, die sie ihm mitteilen, "weiterdenken,.. Geben Sie ihm im Gespräch dafür Raum, zum Beispiel dass der Patient selbst drauf kommt, dass ein längerer Krankenhausaufenthalt oder eine schmerzhaft Operationswunde zu erwarten ist

- der Patient muss die Fähigkeit besitzen, die Informationen, auch im Hinblick auf Behandlungsalternativen, angemessen zu bewerten (**Bewertung**)
 - Sie spüren eine Gewichtung von Einzelaspekten zwischen den Alternativen
- der Patient muss die Fähigkeit haben, den eigenen Willen auf der Grundlage von Verständnis, Verarbeitung und Bewertung der Situation zu bestimmen (**Bestimmbarkeit des Willens**)
 - Das Ergebnis der individuellen Gesamtabwägung darf nicht überlagert sein von seiner psychischen Erkrankung (Lasst mich einfach verrecken, sagt der Depressive)



30.05.2024

Dr. Sebastian Kirsch, Amtsgericht Garmisch-Partenkirchen


11

Einwilligungsfähiger Patient	Nicht einwilligungsfähiger Patient	Dem ausgedrückten natürlichen Willen des Patienten widersprechende Behandlung (Zwangsbehandlung)
Der einwilligungsfähige Patient entscheidet selbst.		Kommt rechtlich nicht in Betracht
Der Betreuer kann ihn unterstützen, die Entscheidung zu finden. Der Arzt sollte das auch.		Ausnahme bei Minderjährigen, aber das ist ein ganz anderes Thema
Der Betreuer darf nicht mehr vertreten, also zusätzlich unterschreiben.		

30.05.2024

Dr. Sebastian Kirsch, Amtsgericht Garmisch-Partenkirchen


12



Wer willigt ein?


<p>richtig</p> <p>Es ist Ihre Aufgabe als behandelnder Arzt, festzustellen, ob und inwieweit die Patientin oder der Patient selbst einwilligen kann (§ 630d BGB) – und zwar immer bezogen auf die konkrete Behandlungssituation und konkret medizinische Maßnahme.</p> <p>Auf die Einwilligung des Betreuers für die Maßnahme kommt es nur dann an, wenn die betreute Person selbst nicht (mehr) einwilligen kann.</p> <ul style="list-style-type: none">• Kann der Patient selbst einwilligen, darf der Betreuer nicht einwilligen und muss sich gar nicht äußern.	<p>falsch</p> <p>Eine rechtliche Betreuung für den Aufgabenbereich der Gesundheitsversorgung rechtfertigt für sich allein die Annahme, die Patientin oder der Patient sei einwilligungsunfähig.</p> <p>Wer ohne Feststellung der Einwilligungsunfähigkeit des Patienten nur die Einwilligung des Betreuers einholt, handelt rechtswidrig.</p>
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

30.05.2024Dr. Sebastian Kirsch, Amtsgericht Garmisch-Partenkirchen13



Was, wenn der Patient nicht einwilligungsfähig ist für die konkrete Diagnostik/ Behandlung ?

30.05.2024Dr. Sebastian Kirsch, Amtsgericht Garmisch-Partenkirchen14



Die Reform soll einen „Paradigmenwechsel“ einläuten:


Es geht nicht mehr darum, wichtige Angelegenheiten nur mit der betreuten Person pro forma zu besprechen, bevor sie dann doch nur nach dem Maßstab des „objektiven Wohls des Patienten“, das Dritte, oft im medizinischen Bereich die Ärzte, definieren, umgesetzt werden,

sondern zusätzlich um die Pflicht, sich als Betreuer sich verbindlich an den Wünschen und Vorstellungen der Betreuten von ihrem Leben und ihren Zielen zu orientieren.

30.05.2024 Dr. Sebastian Kirsch, Amtsgericht Garmisch-Partenkirchen 15

Einwilligungsfähiger Patient	Nicht einwilligungsfähiger Patient	Dem ausgedrückten natürlichen Willen des Patienten widersprechende Behandlung (Zwangsbehandlung)
	Er kann selbst keine verbindliche Einwilligung erteilen	
	Er äußert konkrete Wünsche zur Behandlung	
	Andernfalls müssen konkrete Anhaltspunkte für seine mutmaßlichen Wünsche gesucht werden	
	Das Wohl des Patienten ist kein Kriterium, auf das der Betreuer sich berufen kann	

30.05.2024 Dr. Sebastian Kirsch, Amtsgericht Garmisch-Partenkirchen 16




Wie soll mit **widersprüchlichen Wünschen** umgegangen werden?
Nicht selten äußern Betreute Wünsche, die sich nicht alle realisieren lassen oder jedenfalls nicht alle gleichzeitig.

Ich will ohne Schmerzen im Knie leben/
ich will nicht am Knie operiert werden

Dann muss priorisiert werden. Was ist der betreuten Person besonders wichtig?
Kann ein „Hauptziel“ gemeinsam festgestellt werden?

Dann ist es gerechtfertigt, einen Wunsch nicht zu befolgen, um den höherrangigen Wunsch umsetzen zu können.

30.05.2024 Dr. Sebastian Kirsch, Amtsgericht Garmisch-Partenkirchen 17




(4) Kann der Betreuer die Wünsche des Betreuten nicht feststellen, hat er den **mutmaßlichen Willen** des Betreuten **aufgrund konkreter Anhaltspunkte** zu ermitteln und Geltung zu verschaffen.

Zu berücksichtigen sind insbesondere

- frühere Äußerungen,
- ethische oder religiöse Überzeugungen und
- sonstige persönliche Wertvorstellungen des Betreuten.

Bei der Feststellung des mutmaßlichen Willens soll nahen Angehörigen und sonstigen Vertrauenspersonen des Betreuten Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden.

30.05.2024 Dr. Sebastian Kirsch, Amtsgericht Garmisch-Partenkirchen 18


DGMGB
Deutsche Gesellschaft für Medizin für Menschen
mit geistiger oder mehrfacher Behinderung e.V.


Das Problem des nicht ermittelbaren mutmaßlichen Willens

oder

Das Trauma von der Watschn

Der Gesetzgeber sieht bei § 1821 BGB n.F. das „Wohl“ als Feindbild und möchte einen Rückgriff auf ein „objektives Interesse“ strikt ausschließen.

30.05.2024 Dr. Sebastian Kirsch, Amtsgericht Garmisch-Partenkirchen 19


DGMGB
Deutsche Gesellschaft für Medizin für Menschen
mit geistiger oder mehrfacher Behinderung e.V.

Nach dem alten Recht waren früh die Weichen gestellt, dass bei fehlender Einwilligungsfähigkeit Betreuer dann **nach dem Wohl** entscheiden.


Das war zwar auch vor 2023 genau genommen schon falsch, aber nicht seltene Auffassung und Praxis – aller Beteiligten, einschließlich der Gerichte.

Das will man **auf gar keinen Fall** mehr:

Aus der Gesetzesbegründung:

„Wenn festzustellen ist, dass der Betreute aktuell zu einer freien Willensbildung nicht (mehr) in der Lage ist, **darf nicht an dessen Stelle der Maßstab eines objektiven Wohls** oder Interesses treten. Die Selbstbestimmung von Erwachsenen endet nicht mit dem Eintritt der Geschäfts- oder Einwilligungsunfähigkeit.“

30.05.2024 Dr. Sebastian Kirsch, Amtsgericht Garmisch-Partenkirchen 20




Und doch, da bleibt eine Lücke, die man schließen muss:

- **In anderen Rechtsbereichen** gilt mangels anderer Anhaltspunkte als mutmaßlicher Wille der Wille, der dem Interesse des Geschäftsherrn dient. Es besteht eine Vermutung, dass das objektiv Nützliche mit dem Willen des Geschäftsherrn übereinstimmt
- **Auch bei medizinischen Entscheidungen** ist eine nachrangige Vermutung des Nützlichen auf das Gewollte anerkannt.

Trotzdem:
Verabschieden Sie sich grundsätzlich davon,
das bleibt nur ein Notnagel, den der Gesetzgeber (eigentlich) ausdrücklich vermieden hat: **auf keinen Fall die Regel**

30.05.2024 Dr. Sebastian Kirsch, Amtsgericht Garmisch-Partenkirchen 21




Und wann darf man sich über die Wünsche des Patienten hinwegsetzen ?

oder

Hat der Gesetzgeber denn gar kein Herz für Paternalisten ?


30.05.2024 Dr. Sebastian Kirsch, Amtsgericht Garmisch-Partenkirchen 22


DGMGB
Deutsche Gesellschaft für Medizin für Menschen
mit geistiger oder mehrfacher Behinderung e. V.

(3) Den Wünschen des Betreuten hat der Betreuer **nicht zu entsprechen**, soweit

1. die Person des Betreuten hierdurch **erheblich gefährdet** würde
und
der Betreute diese **Gefahr aufgrund seiner Krankheit oder Behinderung nicht erkennen** oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann
oder
2. dies dem Betreuer **nicht zuzumuten** ist.

30.05.2024 Dr. Sebastian Kirsch, Amtsgericht Garmisch-Partenkirchen 23


DGMGB
Deutsche Gesellschaft für Medizin für Menschen
mit geistiger oder mehrfacher Behinderung e. V.

Diese Einschränkung ersetzt die bisherige „Wohlschranke“ des § 1901 Abs. 3 Satz 1 BGB. Hier gilt alleine deshalb ein deutlich strengerer Maßstab, weil **eine einfache (nicht erhebliche) Gefährdung** alleine für ein Abweichen von den Wünschen der Betreuten **nicht (mehr)** ausreicht.


Eine erhebliche Gefährdung der Person oder des Vermögens bedeutet eine **Gefährdung höherrangiger Rechtsgüter** der Betreuten. Es gibt im Moment noch keine allgemeingültigen Grenzen oder einen objektiven Maßstab.

Was höherrangig ist, ist wiederum **aus der Sicht der betreuten Person** zu beurteilen.

In der Regel erfüllt **ansonsten eine erhebliche Verschlechterung der gesamten Lebenssituation** diese Voraussetzung, mit der Folge, dass andere Wünsche oder Ziele nicht mehr realisiert werden können – immer betrachtet aus der Perspektive der betreuten Person.

30.05.2024 Dr. Sebastian Kirsch, Amtsgericht Garmisch-Partenkirchen 24

Veränderung der Entscheidungsabläufe



<p>früher</p> <p>Man hat den Betreuer kontaktiert, wenn er die Gesundheitsorge hatte.</p> <p>Man hat sicherheitshalber sowohl d. Betroffene(n) als auch den Betreuer aufgeklärt und einwilligen lassen.</p> <p>Oft ging das Aufklärungsgespräch tatsächlich am Betroffenen vorbei.</p>	<p>heute</p> <p>Der Betreuer muss vorrangig d. Betroffenen bei Entscheidungsfindung unterstützen.</p> <p>Er darf nicht mehr „anstelle“ des Betroffenen zustimmen, wenn der das selber kann.</p> <p>Selbst wenn der Betroffene nicht mehr zustimmen kann, darf der Betreuer das nur, wenn es positiv den Wünschen des Betroffenen entspricht.</p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

30.05.2024
Dr. Sebastian Kirsch, Amtsgericht Garmisch-Partenkirchen
25

Einwilligungsfähiger Patient	Nicht einwilligungsfähiger Patient	Dem ausgedrückten natürlichen Willen des Patienten widersprechende Behandlung (Zwangsbearbeitung)
	Er kann selbst nicht die verbindliche Einwilligung erteilen	Wenn er sich verbal oder tatsächlich gegen die Behandlung wehrt
	Aber es geht nicht mehr wie früher, danach, was wir als sein objektives Wohl empfinden	Es gelten zusätzlich die unveränderten Regeln des Zwangs-behandlungsrechts
	Sondern nach seinen Wünschen, notfalls mutmaßlichen	d.h. Gericht, idR zwei Sachverständigengutachten ,Verfahrenspfleger
	Es sei denn, die sind erheblich selbstgefährdend	

30.05.2024
Dr. Sebastian Kirsch, Amtsgericht Garmisch-Partenkirchen
26



Die Zwangsbehandlung ist im Betreuungsrecht so geregelt:

- Eine Zwangsbehandlung ist **nur im Rahmen eines stationären Aufenthalts** in einem Krankenhaus zulässig
- Mit der Behandlung wird ein **drohender erheblicher gesundheitlicher Schaden** oder eine Lebensgefahr abgewendet
- Falls es eine wirksame Patientenverfügung gibt, muss die Behandlung **dem Willen des Patienten entsprechen**, den er in dieser Verfügung niedergeschrieben hat. Falls es keine wirksame Patientenverfügung gibt, ist der **mutmaßliche Wille** des Patienten maßgebend; dieser muss aus früheren (mündlichen oder schriftlichen) Äußerungen abgeleitet werden. Angehörige sind hierzu nach Möglichkeit auch anzuhören.
- Es muss vor der Behandlung mit **genügend Zeit und ohne Druck** versucht werden, eine vertrauensbasierte Zustimmung des Betroffenen zur Behandlung zu erreichen.
- Es müssen **weniger belastende alternative Maßnahmen** geprüft worden sein, nicht nur medizinische, sondern alle Alternativen, die infrage kommen könnten.
- Der **zu erwartende Nutzen der Behandlung muss die Risiken deutlich überwiegen** (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit).

30.05.2024

Dr. Sebastian Kirsch, Amtsgericht Garmisch-Partenkirchen

27



Danke für Ihre Geduld und Nachsicht,
auch mit den schwierigeren Patienten.

30.05.2024

Dr. Sebastian Kirsch, Amtsgericht Garmisch-Partenkirchen

28