

Welcher Wille zählt ?

Gesundheitliche Vorausentscheidung und Behinderung
– die aktuelle Rechtslage

Rechtsanwalt Dr. Oliver Tolmein, FA für Medizinrecht

DGMGB Tagung 20. Oktober 2017, Dresden

- Was regeln §§ 1901a – 1901b/1904 BGB und für wen?
- Wille, mutmaßlicher Wille, Wünsche
- Konsequenzen für Menschen mit geistigen Beeinträchtigten
- Auswege?

Was sollen Patientenverfügungen?

- Ausgangspunkte:
 - Medizinische Behandlung = Körperverletzung
 - Bedarf der Einwilligung als Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts
 - Einwilligung setzt Einwilligungsfähigkeit voraus und Aufklärung (Interdependenz)
 - Ohne Einwilligungsfähigkeit => Betreuung (oä)

- PV und VV:
 - Der Zeit vorausgreifen
 - Den Zustand der Nicht-Einwilligungsfähigkeit antizipieren
 - Konkrete Entscheidungen, die in der Zukunft erforderlich sein könnten, vorab treffen
- Annahme: Dadurch bleibt die an sich mögliche Selbstbestimmung trotz Verlust der Einwilligungsfähigkeit erhalten

- PV verlangt in Gegenwart:
 - Einwilligungsfähigen Volljährigen
 - Eine in der Zukunft liegende medizinische Maßnahme
 - Schriftliche Festlegung für die Zukunft
- PV in Zukunft
 - Einwilligungsunfähigkeit
 - Vorliegen der angenommenen Lebens- und Behandlungssituation.
 - Kein Widerruf.

- Keine PV vorhanden [oft]
- Lebens- und Behandlungssituation entspricht nicht der angenommenen Situation [oft]
- Widerruf [wird selten wahrgenommen]
- Beim Abfassen der PV keine Volljährigkeit / kein Einwilligungsfähigkeit [selten]

- Keine PV => § 1901a Abs 2 BGB
- Lebens- und Behandlungssituation anders →
§ 1901a Abs 2 BGB
- Widerruf => § 1901a Abs 2 BGB (str.)
- Beim Abfassen keine Volljährigkeit/
Einwilligungsfähigkeit => § 1901a Abs 2 BGB

- Regelt die Fälle in denen etwas schiefgegangen ist
- Betreuer muss entscheiden
- Betreuerentscheidung ist vorgezeichnet durch
 - Behandlungswünsche des Patienten
 - Mutmaßlichen Willen

- Behandlungswünsche: alle Äußerungen eines Betroffenen, die Festlegungen für eine konkrete Lebens- und Behandlungssituation enthalten, aber den Anforderungen an eine Patientenverfügung im Sinne des § 1901 a Abs. 1 BGB nicht genügen (nicht schriftlich abgefasst, von einem minderjährigen Betroffenen verfasst)
 - Behandlungswünsche sind insbesondere aussagekräftig, wenn
 - in Ansehung der Erkrankung zeitnah geäußert
 - konkrete Bezüge zur aktuellen Behandlungssituation aufweisen
 - die Zielvorstellungen des Patienten erkennen lassen
 - An die Behandlungswünsche des Betroffenen ist der Betreuer nicht nur nach § 1901 a Abs. 2 BGB, sondern bereits nach § 1901 Abs. 3 BGB gebunden (BGH, Beschluss vom 17. September 2014 – XII ZB 202/13 –, BGHZ 202, 226-242)

- **Mutmaßlicher Willen des Betroffenen:**
 - Relevant, wenn sich ein auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation bezogener Wille des Betroffenen nicht feststellen lässt.
 - anhand konkreter Anhaltspunkte zu ermitteln, insbesondere anhand früherer mündlicher oder schriftlicher Äußerungen, ethischer oder religiöser Überzeugungen und sonstiger persönlicher Wertvorstellungen des Betroffenen
 - Betreuer stellt eine (begründete) These auf, wie sich der Betroffene selbst in der konkreten Situation entschieden hätte, wenn er noch über sich selbst bestimmen könnte
 - **Problem: Mutmaßlicher Wille verlangt als Bezugspunkt einen rechtlich relevanten Willen (Bei Person, die immer einwilligungsunfähig war, kann auch kein relevanter mutmaßlicher Wille festgestellt werden).**

- Spielt in Zusammenhang mit PV keine eigenständige Rolle (Wünsche)
- Keine klare Definition. Lebensäußerungen, die bei fehlender Möglichkeit einen rechtlich anerkannt freien Willen zu bilden, als Willensäußerungen verstanden werden: Rausziehen einer Kanüle, Schreien, verbale Äußerungen
- Rechtliches Hauptproblem: Interpretationsbedürftig (relevant und in Ansätzen diskutiert bei Zwangsbehandlung - § 1906a BGB – Sterilisation § 1905 BGB)

- Am 22.07.2017 ist das Gesetz zur Änderung der materiellen Zulässigkeitsvoraussetzungen von ärztlichen Zwangsmaßnahmen und zur Stärkung des Selbstbestimmungsrechts von Betreuten vom 21.07.2017 ([BGBl I 2017, 2426](#)) in Kraft getreten. Mit diesem Gesetz hat der Gesetzgeber die Entscheidung des BVerfG v. 26.07.2016 ([1 BvL 8/15](#)) umgesetzt und u.a. die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Zwangsbehandlung neu geregelt. Hierbei wurde auch [§ 1901a BGB](#) geändert. In die Vorschrift wurde ein neuer Absatz 4 eingefügt:
- Der Betreuer soll den Betreuten in geeigneten Fällen auf die Möglichkeit einer Patientenverfügung hinweisen und auf dessen Wunsch bei ihrer Errichtung unterstützen.
- Bezieht sich aber nur auf (wenigstens zeitweise) einwilligungsfähige Betreute

- Der BGH (v. 06.07.2016 - [XII ZB 61/16](#)):
- „keine lebenserhaltenden Maßnahmen“ reicht für sich genommen nicht für eine bindende Patientenverfügung aus.
- Notwendige Konkretisierung verlangte Benennung bestimmter ärztlicher Maßnahmen oder die Bezugnahme auf ausreichend spezifizierte Krankheit

Konsequenzen für Menschen mit erheblichen geistigen Beeinträchtigungen

- Was ist beabsichtigt?
 - Verfügung der Eltern (wir wollen klären, dass nach unserem Tod alles gut geregelt ist) → Nein
 - Behandlungsentscheidung des beeinträchtigten, nicht einwilligungsfähigen Menschen überhaupt → ist ein Thema, aber anders als Vorausverfügung
 - Vorausverfügung des Betroffenen selbst für eine Zeit, in der er / sie Kompetenzen nicht mehr hat, über die sie jetzt noch verfügt

- Was ist beabsichtigt?
 - Verfügung der Eltern (wir wollen klären, dass nach unserem Tod alles gut geregelt ist) → Nein
 - Behandlungsentscheidung des beeinträchtigten, nicht einwilligungsfähigen Menschen überhaupt → ist ein Thema, aber anders als Vorausverfügung
 - Vorausverfügung des Betroffenen selbst für eine Zeit, in der er / sie Kompetenzen nicht mehr hat, über die sie jetzt noch verfügt

- Was ist beabsichtigt?
 - Verfügung der Eltern (wir wollen klären, dass nach unserem Tod alles gut geregelt ist) → Nein
 - Behandlungsentscheidung des beeinträchtigten, nicht einwilligungsfähigen Menschen überhaupt → ist ein Thema, aber anders als Vorausverfügung
 - Vorausverfügung des Betroffenen selbst für eine Zeit, in der er / sie Kompetenzen nicht mehr hat, über die sie jetzt noch verfügt (Zeitmoment der Verfügung)

Unterschied zu PV Einwilligungsfähiger

- Selbstbestimmungsrecht wird als Möglichkeit nicht gesehen
- Betreuer ist „schon immer“ da
- § 1901 Abs 3 BGB:
 - „Der Betreuer hat Wünschen des Betreuten zu entsprechen, soweit dies dessen Wohl nicht zuwiderläuft und dem Betreuer zuzumuten ist. Dies gilt auch für Wünsche, die der Betreute vor der Bestellung des Betreuers geäußert hat, es sei denn, dass er an diesen Wünschen erkennbar nicht festhalten will. Ehe der Betreuer wichtige Angelegenheiten erledigt, bespricht er sie mit dem Betreuten, sofern dies dessen Wohl nicht zuwiderläuft.“

- Art 12 UN-BRK:
 - Rechts- und Handlungsfähigkeit von Menschen mit Behinderungen gegeben
 - Einwilligungsunfähigkeit als rechtliches Konzept nicht mit UN-BRK vereinbar
 - Verpflichtung zur Schaffung von Unterstützungsmöglichkeiten
 -

- Es geht um Vorausverfügungen des oder der Betroffenen um einem Verlust von Entscheidungsfähigkeit und damit verbundener Selbstbestimmung vorzubeugen
- Es ist zu differenzieren:
- Vergleichsweise unproblematisch:
 - im konventionellen Sinn einwilligungsfähige Menschen mit geistigen Beeinträchtigungen

- Problematisch:
 - Je geringer die Fähigkeiten einen „freien Willen“/ rechtlich relevante Einwilligung zu entwickeln sind.
- Hier kommt es darauf an, dass Element der „Wünsche“ bzw. des natürlichen Willens möglichst plausibel festzuhalten
- Problem (und mögliche Grenze): Relevanz über die Zeit – Warum soll der natürliche Wille zum Zeitpunkt A authentischer / selbstbestimmter sein, als zum Zeitpunkt A + X ?
 - Dokumentation: Wünsche/ natürlicher Wille
 - Aber auch: Relevanz des zeitlichen Faktors
- Nicht sinnvoll: auf Ermittlung eines mutmaßlichen Willens zu setzen

- Es geht um Vorausverfügungen des oder der Betroffenen um einem Verlust von Entscheidungsfähigkeit und damit verbundener Selbstbestimmung vorzubeugen
- Es ist zu differenzieren:
- Vergleichsweise unproblematisch:
 - im konventionellen Sinn einwilligungsfähige Menschen mit geistigen Beeinträchtigungen

- Wir stehen am Anfang
- Relevanz des Willens (natürlicher Wille/
Wünsche) für die aktuelle Behandlung stärken
- Das stärkt auch die Möglichkeit der Vorsorge
- Kritische Reflektion auch der Position und
Überzeugungen der Unterstützer
- Allen Beteiligten eine gute Diskussion und einen
langen Atem.

Kanzlei Menschen und Rechte

Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte

Lünsmann, Dr. Tolmein, Dr. Tondorf

Borselstraße 26

22765 Hamburg

040.600094700 (Fhone)

040.600094747 (Fax)

kanzlei@menschenundrechte.de

www.menschenundrechte.de

Wir ziehen gerade um

Ab 1.11.2017: Kanzlei Menschen und Rechte

Kühnehöfe 20

22761 Hamburg

040. 6000 947 00

www.menschenundrechte.de

kanzlei@menschenundrechte.de