



Kanzlei für Zahn- und Medizinrecht
Rechtsanwalt Volker Loeschner
Fachanwalt für Medizinrecht

RA Volker Loeschner • Zabel-Krüger-Damm 201/203 • 13469 Berlin

gespeichert unter 14- Sprechtext als Handout

18. Frühjahrstagung Medizinrecht

vom 20. – 21. April 2018 in Nürnberg
10:00 Uhr – 12:30 Uhr AG Arzthaftungsrecht

Kanzlei für Zahn- und Medizinrecht
Rechtsanwalt Volker Loeschner
Fachanwalt für Medizinrecht

10117 Berlin-Mitte
Zimmerstraße 56
(Hauptsitz)

13469 Berlin-Reinickendorf Poststelle
Zabel-Krüger-Damm 201/203
(Zweigstelle Nord)

14169 Berlin-Zehlendorf
Berliner Straße 45/Ecke Sundgauer Straße
(Zweigstelle Süd)

☎ (030) 54481786 (Zentrale)

📠 (030) 89640249

📞 (0177) 2993699

🌐 www.zahn-medizinrecht.de

✉ post@zahn-medizinrecht.de

Anwendungsprobleme der Patientenverfügung

Sehr geehrte Damen und Herren,

das Thema zu dem ich Stellung nehme lautet:

Anwendungsprobleme der Patientenverfügung (Folie 1)



QUALITÄT DURCH
FORTBILDUNG
Fortbildungszertifikat der
Bundesrechtsanwaltskammer

In einem Raum A liegt ein Patient und wird künstlich beatmet. In einem Raum B liegt ein Patient und wird künstlich beatmet. In Raum A tritt ein Mensch ein und stellt das Beatmungsgerät ab. Der Patient stirbt. In Raum B tritt ein Mensch ein und stellt das Beatmungsgerät ab. Der Patient stirbt. In Raum A ist der Mensch ein Sohn des Patienten der an dessen Geld will und deshalb das Beatmungsgerät abstellt. In Raum B ist der Mensch ein Arzt der aufgrund einer Patientenverfügung das Beatmungsgerät abstellt. In Raum A findet sich eine Strafbarkeit wegen Mordes. In Raum B ist die Handlung straflos aufgrund der Selbstbestimmung des Patienten. Es kommt also darauf an, ob es eine Patientenverfügung gibt.

Der Unterschied zwischen Theorie und Praxis ist in der Praxis weit höher als in der Theorie. Das ist auch bei der Patientenverfügung so.

In der Praxis findet sich schon gar kein Arzt der bereit ist, das Beatmungsgerät auszuschalten oder das Gift auf den Tisch zu stellen und die Patientenverfügung einfach so umzusetzen, weil sie auf dem Tisch liegt. Rechtlich müsste sie unmittelbar umgesetzt werden, das findet aber in der Praxis nicht statt. Schon die Musterberufsordnung der Ärzte (Folie 2) verbietet eine Unterstützung des Sterbendürfens. Dies ist zwar rechtlich überhaupt nicht relevant, da Suizid straflos ist und ein Ausdruck der Selbstbestimmung ist, führt aber zu einer patientenverfügungsfeindlichen Grundhaltung von Behandelnden. Der Arzt ist auch gewöhnt immer am Leben zu erhalten. Die Wissensasymmetrie zwischen Arzt und Patient führt auch häufig dazu, dass der Arzt meint der Patient weiß nicht was er tut. In der Praxis gibt es daher ein **Umsetzungsdefizit** der Patientenverfügung, welches auch historisch gewachsen ist. Der Arzt setzt die Patientenverfügung nicht unmittelbar um. Diese Geisteshaltung wird auch durch ein rechtlich implantiertes Vetorecht des Arztes unterstützt. Nach § 1901b BGB (Folie 3) prüft praktisch der Arzt, ob die ärztliche Maßnahme die der Patient will, „umsetzungsfähig“ ist. Wenn der Arzt sie nicht umsetzen will, bedarf die Entscheidung des Vorsorgebevollmächtigten der Genehmigung des Betreuungsgerichts. Nur wenn ein sogenannter Konsens des Vorsorgebevollmächtigten und des Arztes vorliegt, wird die Patientenverfügung unmittelbar umgesetzt. Ist kein Konsens mit dem Arzt zu erreichen, wird die Patientenverfügung erstmal nicht umgesetzt, weil das Gericht entscheiden muss. Der Patient wird solange am Leben erhalten. Dieses Vetorecht steht also zwischen dem Patienten und dem Sterben dürfen. Ohne eine Vorsorgevollmacht ist daher aus meiner Erfahrung die Patientenverfügung gänzlich wertlos. Nur der Vorsorgebevollmächtigte hat die Rechtsmacht im Rahmen der Gesundheitsorge diesen Konsens zu

erzielen und praktisch die PEG-Sonde nicht zu setzen oder zu entfernen. Demgegenüber steht ein erhebliches Kosteninteresse der Einrichtung oder des Krankenhauses. Ein Komapatient bringt bis zu 40.000,00 Euro im Monat ein. In einer Psychiatrie kann eine Isolation und Unterbringung bis zu 2.000,00 Euro am Tag bringen. Da wundert es auch kaum, wenn dort die Patientenverfügung weder gefunden noch herausgegeben wird. Wer also seine Patientenverfügung neben dem Abschiedsbrief auf dem Tisch liegen lässt und aus dem Hochhaus springt und im Baum landet statt auf dem Asphalt, wird kostenpflichtig wiederbelebt statt sterben gelassen. Der Arzt will erstmal schauen, ob das der aktuelle Wille des Betroffenen ist und lässt einen Betreuer bestellen über eine einstweilige Anordnung bei Gericht oder er wartet auf ein Gespräch mit dem Vorsorgebevollmächtigten. Aber auch dort heißt es dann, dass unklar sei, ob nicht ein Widerruf der Vollmacht vorliegt. Dies möge erst das Gericht feststellen. Das ungeschriebene Vetorecht des Arztes kennt viele Formen! Der Behandelnde droht auch häufig dem Vorsorgebevollmächtigten damit, die Vorsorgevollmacht aufheben zu lassen. „Wenn Sie Ihrer Mutter keine Antibiotika bei Lungenentzündung geben wollen, dann beantragen wir bei Gericht Ihre Vollmacht aufzuheben.“ Da heißt es mal: „Sie wollen ihre Mutter doch nicht verhungern lassen“- als Begründung für die künstliche Ernährung. Obwohl gerade dieses Gefühl am Ende des Lebens nicht mehr erheblich ausgeprägt ist. Auch der Vorwurf, die Patientenverfügung sei zu unkonkret, ist häufig. Nach dem mutmaßlichen Willen wird schon gar nicht gefragt, dieser sei nicht beweisbar, teilt der Behandelnde dem Vorsorgebevollmächtigten mit. In der Unterbringungssituation heißt es auch schon mal vom Oberarzt, weil Sie kein Geld haben, können Sie sich ohnehin keinen Anwalt leisten und ohne Geschäftsfähigkeit können Sie nicht einmal eine Vollmacht ausstellen. Dass hier eine Ausnahmesituation vorliegt und Prozesskostenhilfe möglich ist, wird selbstverständlich nicht erwähnt. Einen Kollegen zu finden der unter PKH zur Vertretung bereit ist, ist wahrscheinlich genauso schwierig. Einige wissen dann aber schon, dass Anwälte, wie ich, Ärger machen können und dann läuft es doch noch an. Ich habe gegenwärtig sieben Mandate, wo es bei Komapatienten Schwierigkeiten mit der Umsetzung der Patientenverfügung gibt. Die Situation ist besonders für Alleinstehende kritisch, „die niemanden haben“. Ein gerichtlicher Betreuer kann den mutmaßlichen Willen kaum auslegen, da er den Patienten erst dann kennenlernt, wenn dieser „nicht mehr alle Tassen im Schrank“ hat. Dieser Betreuer macht das was der Arzt sagt und findet die Patientenverfügung erst gar nicht. Eine Hinterlegungsmöglichkeit für Patientenverfügungen gibt es nicht. Eine Vorsorgevollmacht auf einen Betreuungsverein oder im Rahmen einer Bevollmächtigten-Börse ist theoretisch möglich. Ein Berliner Krankenhaus schloss gerade eine Epikrise in die andere Richtung, nämlich dahingehend, dass der Komapatient in diesem Krankenhaus keine Hilfe zum Leben mehr erhält, wörtlich damit, dass das Krankenhaus „die Strategie eines Verzichts auf erweiterte Intensivtherapie, festgelegt hat“. Dies bedeutet, dass sich das Krankenhaus weigert trotz der Patientenverfügung, die auf Maximalbehandlung lautet, Reanimation, Beatmung und Nierenerhaltung durchzuführen. Das hat einfach die ethische Fallberatung durch die Behandelnden so entschieden. Die Selbstbestimmung des Patienten bleibt dabei außen vor. Auch einige Einrichtungen und Heime nutzen schon rechtswidrige Klauseln, so dass jemand der eine Patientenverfügung hat, gar nicht aufgenommen wird. Auch ein Vorsorgebevollmächtigter hat es daher erheblich schwer eine Patientenverfügung umzusetzen.

Der BGH hat die Situation aktuell nicht wesentlich einfacher gemacht. Patientenverfügungen müssen präzise formuliert sein, sonst sind sie für behandelnde Ärzte nicht bindend, so der BGH. Das Umsetzungsdefizit der Patientenverfügung wird mit dem Beschluss XII ZB 61/16 (Folie 4) jedoch größer. Die Patientenverfügung ist 1 zu 1 umzusetzen oder es ist nach dem mutmaßlichen Willen zu entscheiden. Der BGH stellt fest, dass die Formulierung „das keine lebenserhaltenden Maßnahmen“ gewünscht sind, zu unbestimmt ist. Die Ablehnung der künstlichen Ernährung folgt daraus ausdrücklich nicht. Der Patient hätte konkret regeln müssen, dass er ein Verbot künstlicher Ernährung erteilt. Das ist für den Vorsorgebevollmächtigten und den Arzt transparenter. Der Laie kennt aber nicht alles, was er noch verbieten müsste, um sterben zu dürfen. Ein Ringen um die richtige Formulierung ist ein Streit um des Kaisers Bart. Der Patient benötigt nun für alte unbestimmte Patientenverfügungen einen schriftlichen Nachtrag, obwohl sein mutmaßlicher Wille klar ist. Der Bevollmächtigte zögert, weil er nicht weiß, ob er den tatsächlichen Willen umsetzt, wenn dieser nicht ausdrücklich formuliert ist. Das ist fatal. Schließlich weist schon der Arzt die Patientenverfügung wegen Unbestimmtheit zurück. Ein Gerichtsverfahren abzuwarten, was selbst im einstweiligen Rechtsschutz in Berlin sechs Monate oder länger dauern kann, läuft zeitlich gegen die Selbstbestimmung die Patientenverfügung unmittelbar umzusetzen. Dass „gegen den Willen des Patienten am Leben erhalten“, ist an sich Körperverletzung. Die rechtlichen Verfahren sind intransparent und

unverhältnismäßig langwierig. Ein Vorsorgebevollmächtigter hat zum Beispiel lediglich den Anspruch auf Herausgabe einer Patientenverfügung an das Gericht (vgl. § 1901c BGB) (Folie 5). Ein Vorsorgebevollmächtigter hat auch keine eigene Beschwerdebefugnis im Betreuungsverfahren (§ 303 Abs. 4 S. 1 FamFG) (Folie 6) und kein eigenes Recht auf Herausgabe von Behandlungsunterlagen. Wie macht der Betreuer bei öffentlich-rechtlicher Unterbringung des Betreuten einen aneuten Staatshaftungsanspruch auf Herausgabe des Medikamentenplanes im einstweiligen Rechtsschutz geltend? Kennen die Richter das? Ferner kann der Vorsorgebevollmächtigte im eigenen Namen keine Beschwerde einlegen, zum Beispiel gegen eine Entscheidung die nicht seinen Aufgabenkreis betrifft, also zum Beispiel gegen eine unterlassene Erweiterung seines Aufgabenkreises. Er kann nur mit rechtlicher Vertretungsmacht für den Betroffenen tätig werden. Mittelbar ist daher die Umsetzung der Patientenverfügung konkreten Problemen unterworfen. So gewährt zum Beispiel das Gericht keine Prozesskostenhilfe oder verweigert dem Betreuer die finanzielle Sorge.

Leider steht und fällt mit dem Widerruf der Vorsorgevollmacht auch die Umsetzung der Patientenverfügung. Die Aufhebung bzw. der Widerruf der Vorsorgevollmacht ist aber nur generalklauselartig geregelt (§ 1896 BGB) (Folie 7). Dort heißt es, in etwa dass ein Vollmachtstkontrollbetreuer eingesetzt werden kann, der dann die Vollmacht widerrufen kann, wenn es erforderlich ist bzw. ein wichtiger Grund vorliegt (vgl. § 1908b BGB) (Folie 8). Dieser wichtige Grund ist aber gesetzlich nicht ausgestaltet, was ich für verfassungswidrig im Sinne der Wesentlichkeitstheorie halte. Eine meiner Mandantinnen hat ihre Nachbarin mit der sie 40 Jahre Seite an Seite gewohnt hat und freundschaftlich verbunden war, als Vorsorgebevollmächtigte eingesetzt. Als der Fall der Fälle eintrat, nahm die Cousine ihre Tante, meine Mandantin, mit nach Bremen. Dort entschied das Gericht, dass eine Betreuerin eingesetzt wird, welche die Vorsorgevollmacht widerrufen hat. Einen Willensmangel oder einen wichtigen Grund dafür, kann ich nicht ausmachen. Das Gericht teilte mit, die Entfernung zwischen Berlin und Bremen sei zu weit. Die gesetzliche Betreuerin hat auch nur telefonisch mit dem Arzt Kontakt und mit dem Auto sind es drei Stunden nach Bremen. Da sind Pendler im Berufsverkehr auf der Rudolph-Wissel-Brücke innerhalb Berlins länger unterwegs. Darf ein Demenzpatient von Berlin nach Polen ziehen? Der Willkür der richterlichen Auslegung der wichtigen Gründe sind keine Grenzen gesetzt. In einem medienbekannten Fall aus meiner Kanzlei, hat ein gesetzlicher Betreuer der Ehefrau des Betroffenen die Besuche verweigert, weil der gesetzliche Betreuer der Ansicht war, die Ehefrau würde den psychotischen Betroffenen aufregen. Ein Gutachten gab es dazu nicht. Die Vorsorgevollmacht der Ehefrau wurde vom Gericht ohne jede Begründung außen vor gelassen. Hier reichte wohl eine Meinung des Gerichts aus, dass die Ehefrau die Vollmacht nicht wahrnehmen könne, weil der Ehemann akut psychotisch seine Frau angegriffen habe. Ein Hinweis darauf, dass er nicht im Sinne der Vorausverfügung trotzdem von seiner Frau vertreten werden wollte, gab es nicht.

Für den Widerruf einer Vorsorgevollmacht fehlt es im Gesetz an einem Genehmigungsverfahren. Aus Gründen der Konkordanz ist das aber erforderlich. Der sogenannte Kontrollbetreuer bekommt die Möglichkeit zum Widerruf explizit als Aufgabenkreis, also als Rahmenbefugnis, durch das Gericht. Die konkreten Gründe des Betreuers und die Ausübung des Widerspruchs bleiben unkontrolliert. Das Bundesverfassungsgericht hat in einer Entscheidung vom 10.10.2008 (BtPrax2009, 27 ff) festgestellt (Folie 9), dass der Widerruf einer Vollmacht einen erheblichen Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen darstellt. Die Ermächtigung zum Widerruf und der ohne Genehmigungsverfahren erfolgte Widerruf, geben zu erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken Anlass. Mit einem Widerruf der Vorsorgevollmacht wird praktisch die Umsetzung der Patientenverfügung vereitelt.

Verfassungswidrig erscheint auch, dass es dem Gericht obliegt, zum Beispiel ein Genehmigungsverfahren nach § 1904 Abs. 2 BGB (Folie 10), (Folie 11), durchzuführen oder nicht. Erzwingen lässt sich ein Genehmigungsverfahren nicht, wenn das Gericht selbst entscheidet keinen Negativbeschluss zu fassen. Wenn das Gericht davon ausgeht, dass sich Arzt und Betreuer einig sind, liegt ein sogenannter Konsens vor. In meiner Praxis ist es schon vorgekommen, dass der Betreuer in dieser Situation nicht den Willen des Betroffenen umgesetzt hat. Der Sohn wollte seinen Vater sterben lassen, um Kosten zu sparen und der Einrichtung war es egal. Die Lebensgefährtin des Vaters, seine Mutter und seine Zwillingsschwester bezeugten seinen Lebenswillen. Das Gericht hat am Sohn als Betreuer festgehalten und sich geweigert, ein Genehmigungsverfahren auf Antrag der Angehörigen einzuleiten. Meine Mandanten hatten kein Rechtsmittel, um das Gericht zur Einleitung des Genehmigungsverfahrens zu zwingen. Macht das Gericht keinen Negativbeschluss, dann gibt es kein Rechtsmittel für die Beteiligten, um das Genehmigungsverfahren zu erzwingen. Dies kann aufgrund der Wesentlichkeit der Möglichkeit, auch das Handeln des Betreuers überprü-

fen zu müssen, nicht verhältnismäßig sein. Das Gericht weist einfach darauf hin, dass es keinen Beschluss gibt, und die Selbstbestimmung des Patienten bleibt außen vor. In meinem Fall hat es schließlich doch noch ein Genehmigungsverfahren gegeben, da ich ein WhatsApp-Video vorlegte, in dem der angebliche Komapatient auf Anweisung ein Wattestäbchen aus dem Mund nahm.

Viele Angehörige haben auch Angst sich strafbar zu machen, wenn sie die Patientenverfügung umsetzen. Wer die PEG-Sonde abstellt oder das Beatmungsgerät ausschaltet, weiß dass der Patient stirbt. Die Angst, dass sich Angehörige und Begleiter strafbar machen können ist durch den neuen Paragraph 217 Strafgesetzbuch (Folie 12) noch größer geworden:

Von kleineren körperlichen Gebrechen abgesehen ist die 72-jährige Mathilde Müller gesund. Aufgrund ihrer schweren Depression sieht sie in ihrem Leben aber keinen Sinn und denkt oft an Selbstmord. Eines Tages liest sie eine Kleinanzeige in der Tageszeitung. Hinter den Worten „Alt, einsam, was hat mein Leben für ein Sinn?“ verbirgt sich eine kommerzielle Organisation für Sterbehilfe. Nach Zahlung eines hohen Geldbetrages vermittelt ihr diese Organisation den Kontakt zu einem im Ausland praktizierenden Arzt. Der stellt ihr ein Rezept für ein Schmerzmittel aus, das bei entsprechender Überdosierung tödlich ist. In dem betreffenden Land ist die Verschreibung des Mittels erlaubt. Mathilde Müller begeht mit Hilfe dieses Schmerzmittels Suizid. Die Fallkonstellation soll vom neuen Gesetz erfasst werden, welches seit November 2015 in Kraft ist: § 217 StGB, Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung:

Absatz 1:

Wer der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig die Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Absatz 2:

Als Teilnehmer bleibt straffrei, wer selbst nicht geschäftsmäßig handelt und entweder Angehöriger des in Absatz 1 genannten anderen ist oder diesem nahesteht.

Aus meiner Sicht ist der Paragraph bereits verfassungswidrig da dieser eine unzulässige Einschränkung der Selbstbestimmung darstellt und zudem auch noch zu unbestimmt ist. Der Bereich der Beihilfe wird praktisch ins unermessliche erweitert. Was geschäftsmäßig heißt, kann ein Laie sowieso nicht verstehen. Wer eine Liste macht, ist schon geschäftsmäßig tätig. Eine Strafbarkeit ist also schon ohne jede Gewinnerzielungsabsicht möglich. Gewerbstätigkeit ist nicht erforderlich. Was ist mit Ärzten, Rechtsanwälten, Bestattern, Berufsbetreuern und auch den Vorsorgebevollmächtigten? Scheiden alle qualifizierten Personen aus? Vom Gesetz gemeint sind alle die die Absicht haben die Selbsttötung eines anderen zu fördern, Gelegenheit dazu zu verschaffen und zu vermitteln. Was hier passive Sterbehilfe, terminale Sedierung oder aktive Sterbehilfe und Tötung auf Verlangen ist, lässt sich schon für Juristen schwer einordnen. Bisher blieb der Teilnehmer bei der passiven Sterbehilfe straffrei, weil es keine strafbare Haupttat gibt. Dies hat sich durch Paragraph 217 Strafgesetzbuch geändert. Eine Beihilfe ist möglich. Der Erfolg der Selbsttötung muss zur Strafbarkeit nicht eintreten. Transparent ist das nicht. Wann schaffe ich eine Gelegenheit zur Selbsttötung? Tue ich das als Rechtsanwalt der über eine Patientenverfügung berät nicht jeden Tag? Wenn ebay ein Seil anbietet und ich dies über den Kanzlei-Computer bei Google finden kann, schaffe ich eine „geschäftsmäßige“ Gelegenheit? Der Patient versteht: „Selbstmord ist doch jetzt verboten.“ Der Angehörige hat Angst in die Strafbarkeit zu kommen, wenn über Suizid gesprochen wird. Vom Wortlaut her sind aber Angehörige und Nahestehende ausgenommen. Das Lebensmodell Mutter, Vater, Kind, gibt es in Berlin kaum. In Berlin lebt die geschiedene Transsexuelle mit den Kindern ihres Partners zusammen und den Nachbarskindern. Ist die Nachbarin eine nahestehende Person? Das Gesetz ist nicht transparent und eine Ausfüllung durch Rechtsprechung höchst bedenklich. Wenn ich Suizid begehen möchte würde ich das auch nicht mit meiner Familie besprechen, sondern mit Außenstehenden. Sie wissen jetzt schon Bescheid. Wenn sie Rechtsanwalt sind, arbeiten sie vielleicht geschäftsmäßig. Wenn mir einer von ihnen einen Cent gibt und weiß das ich ihn bei PayPal einzahle, um den Strick zu kaufen muss er damit rechnen, eine Beihilfe zu begehen. Sie fördern meine prognostizierte Haupttat. Wissen sie, ob ich das jetzt ernst meine oder nur ihre Aufmerksamkeit will? Jetzt haben Patienten Angst, dass sich ihre Vertrauensperson strafbar macht. Ich kenne keinen einzigen Fall der vermeintlichen geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung, der bisher verfolgt wurde. In meiner Praxis sind diese Fälle praktisch nicht existent, denn meine Mandanten haben eine Patientenverfügung, welche die terminale

Sedierung ermöglicht und eine Vorsorgevollmacht mit der im Rahmen des mutmaßlichen Willens auch über passive Sterbehilfe entschieden werden kann. Auch im Rahmen des Gesetzes über die Zwangsmedikation hat der Gesetzgeber die Selbstbestimmung des Patienten weiter eingeschränkt, weil der Patient einer ärztlich definierten medizinischen Notwendigkeit untergeordnet wird. Zudem muss nach Paragraph 1906 Abs. 5 BGB (Folie 13) die schriftliche Vollmacht ausdrücklich die ärztlichen Zwangsmaßnahmen umfassen. Auch wer das übersieht, läuft in dem wichtigen Bereich der ärztlichen Zwangsmaßnahmen leer oder erhält einen gesetzlichen Betreuer. Manchmal denke ich, die Gesetze kommen hier direkt von der katholischen Kirche. Ziel der Grundrechte ist aber ihre Funktion als Abwehrrechte gegen den Staat. Gerade im Kernbereich der Persönlichkeitsrechte, wozu die medizinische Selbstbestimmung und das Recht sterben zu dürfen, auch durch Suizid gehört ist jede Einschränkung Kulturpolitik gegen die Selbstbestimmung. Nicht der Arzt, sondern der Patient sollte entscheiden dürfen. Eine Abschaffung der medizinischen Selbstbestimmung durch falsch verstandene Garantenpflichten ist in der Praxis keine Hilfe. Der Patient benötigt die Selbstbestimmung auch als Verteidigung gegen das Wirtschaftlichkeitsprinzip. Die Palliativmedizin-Strukturen sind erst in der Entwicklung. Gegenwärtig werden schon Fallpauschalen für die palliativmedizinische Versorgung umgesetzt. Wenn der Patient nicht in 14 Tagen tot ist, ist es unwirtschaftlich? Es entsteht nicht der Eindruck, dass der ermittelte Wille des Kranken aufgrund des ökonomischen Drucks von Krankenhaus und Pflegeheim zukünftig mehr Beachtung findet.

Auch Pflegesysteme versagen und Richter können faul oder überarbeitet sein und so den Patienten schwer schaden. Ich bin der Meinung, dass die Verantwortlichen mehr Angst vor Haftung haben müssen, denn die Pflegefälle haben keine Lobby. Die haftungsrechtliche Verantwortungssphäre des Betreuers und des Richters sind schwer abgrenzbar. Ich möchte hier auf den Fall eines Klägers hinweisen, der von einer rechtswidrigen Betreuerin untergebracht worden ist, die auch sein Vermögen verkauft hat. Das Gericht hat vor Einrichtung einer Betreuung von der Anhörung des alkoholkranken Betroffenen abgesehen und trotzdem die Betreuung eingerichtet. Das tat das Gericht weil es davon ausging, dass sich der Betroffene wegen seiner Krankheit nicht äußern kann. Tatsächlich hat der Sachverständige aber nur gesagt, dass sich der Betroffene zu seiner Krankheit nicht äußern kann, sich aber in Bezug auf die Betreuung äußern kann. Der Betroffene vertritt die Ansicht, dass der Weg des Gerichts in seiner Anstalt zu weit war und der Richter keine Lust hatte sich ins Auto zu setzen. Die Betreuerin hat den Betroffenen geschlossen untergebracht und verkauft seine Eigentumswohnung, um die Kosten zu decken. Das Bundesverfassungsgericht hat in diesem Fall festgestellt, dass vor Einrichtung der Betreuung eine Anhörung des Betroffenen hätte stattfinden müssen. (Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 20.01.2015, BVerfG, 1 BvR 665/14). Diese Anhörung ist auch im § 278 Abs. 1 FamFG geregelt (Folie 14). Das Amtsgericht sagt, die Betreuerin haftet nicht, da sie auf den Betreuungsbeschluss des Gerichts vertrauen durfte. Sie trifft kein Verschulden. Haftet jetzt der Richter für die unterlassene Anhörung in der auch festgestellt worden wäre, dass der Betroffene keine Regelung für die Vermögenssorge benötigt? Unter Beachtung der Gemengelage der Grundrechte ist diese Anhörung des Betroffenen von grundlegender Bedeutung. Durch die Betreuung findet meist ein Eingriff in nahezu alle Grundfreiheiten statt, welcher praktisch durch § 1906 BGB auf alle medizinischen Zwangsmaßnahmen erweitert ist. Sowohl bei der Unterbringung und den ärztlichen Zwangsmaßnahmen hat sich der Gesetzgeber für die sogenannte Genehmigungslösung entschieden. Der Vorsorgebevollmächtigte oder gesetzliche Betreuer willigt in den Zwang ein und das Gericht genehmigt die Maßnahme. Stellen wir uns einmal vor, diese Maßnahme wäre unverhältnismäßig oder rechtswidrig. Trotz antipsychiatrischer Patientenverfügung wird jemand in der Psychiatrie untergebracht. Ein Patient wird 86 Stunden in der Psychiatrie gefesselt und stirbt. Ein Patient wird mit Tilidin gegen seinen Willen sediert, damit das Krankenhaus weniger Personal benötigt. In der Praxis gibt es auch Betreuer, welche die Sedierung des Patienten durch Heimpersonal über Jahre tolerieren. Kann das wirklich ein Richter übersehen? Es gibt Richter die auch nur Unterbringungsbeschlüsse machen und wissen, dass der Patient bereits gegen seinen Willen Medikamente erhält und gefesselt wird. Ein Patient erhält einen Bauchgurt der so lange bleibt, bis er einen 40 cm langen und 12 cm tiefen Dekubitus am Gesäß hat. Ein Richter genehmigt die Einwilligung des Vorsorgebevollmächtigten zum Sterben dürfen ein halbes Jahr nicht, weil die Akte verschwunden ist. Eine Unterbringung erfolgt auf einer geschlossenen Station wegen eines Diabetes, der Betreuer glaubt, das diabetische Koma welches eintreten könnte, kann nicht anders abgewendet werden, obwohl eine Anbindung an den Hausarzt ausreicht. Der Patient im Beispielsfall wird zum Alkoholentzug in einem Sozialwerk

untergebracht ohne Freigang, mit Zimmerdurchsuchung und Fenstern, die sich nicht öffnen lassen. Patientenanwälte könnten auf die Idee kommen, Schadensersatz und Schmerzensgeld vom Richter zu verlangen, weil die richterliche Kontrolle im Rahmen der Anhörung und Genehmigung versagt hat. Es ist zu diskutieren, ob ein Staatshaftungsanspruch, also ein Schadensersatzanspruch aus Artikel 839 Abs. 1 Satz 1 BGB (Folie 15) in Verbindung mit Artikel 34 GG möglich ist. Das Landgericht Bayreuth behauptet, dass das Richterspruchprivileg gemäß § 839 Abs. 2 Satz 1 BGB greift. Dies wurde gerade durch Nichtzulassungsbeschluss der Berufung durch das OLG Bayreuth bestätigt (OLG Bayreuth, 4 U 199/17, 43 O 776/16 LG Bayreuth, vom 16.02.2018). Der Fall wandert aber zum BGH. Der Richter haftet also nie? Kein Wunder, dass Richter nicht haften wollen. Wo kämen wir denn da hin? Da würden sich Richter aber zweimal überlegen die Genehmigung zu erteilen. Ich halte die Anwendung des Richterspruchprivilegs hier für falsch. Die Wesentlichkeitstheorie verbietet aus meiner Sicht nach Einführung von § 1906 BGB folgende, dass sich ein Haftungsprivileg auch auf richterliche Maßnahmen erstreckt, also auf Beschlüsse, die kein Urteil sind. Bei Beschlüssen im Betreuungsrecht kann das Richterspruchprivileg nicht anwendbar sein, da sie kein Urteil sind. Die Anwendbarkeit des Richterspruchprivilegs wäre so wesentlich, dass sie gesetzlich geregelt werden muss, wenn dies gewünscht wäre. Die richtige Einschätzung wäre, dass eine gerichtliche Untätigkeit oder Verfahrensverzögerung gerade nicht dem Haftungsprivileg, dem Spruchrichterprivileg, unterfällt (vgl. dazu Wielandt in Dreier, GG, Band 2, 2. Auflage, 2006, Art. 34, Rn. 52) (vgl. § 839 Abs. 2 BGB, Folie 16), da keine Fehlwertung sondern praktisch ein Abwägungsausfall vorliegt. Gerade angesichts der gesetzlichen Lösung mit Einwilligung des Betreuers und Genehmigung des Richters zeigt § 1906 BGB ff (Folie 17) in der Wertung gerade dass Rechtssicherheit und Rechtsfrieden vor Eingriffen in die Freiheit, Freizügigkeit, informationelle Selbstbestimmung und medizinische Selbstbestimmung, welche den Kernbereich der Persönlichkeit verletzen und tangieren, keinen Vorrang haben kann. Eine Straftat eines Richters liegt aber in der Regel auch nicht vor. Ein enger Zusammenhang zu einer urteilsvertretenden Entscheidung kann bei den Beschlüssen aber schon gar nicht erkannt werden! § 1906 BGB ist in seiner Wertung zu berücksichtigen. Nicht allein der Richter ist hier Herr des Verfahrens. Eine Aufhebung der Unterbringung und der Betreuung kann auch vom Betreuer veranlasst werden. Bei der Unterbringung hat der Betreuer nach § 1906 Abs. 3 BGB die Unterbringung zu beenden, wenn ihre Voraussetzungen weggefallen sind. Eine Änderung der Betreuung kann durch eine Anregung an das Gericht geschehen (§ 1908b Abs. 3 BGB) (Folie 18). Eine Betreuerbestellung ist gerade keine endgültige Angelegenheit, welche einem Urteil mit Rechtskraft vergleichbar ist. Eine schützenswerte Rechtssicherheit und ein schützenswerter Rechtsfrieden gibt es gerade nicht. Es herrscht ein dynamischer Prozess, welcher den medizinischen und tatsächlichen Beeinträchtigungen des Betroffenen Rechnung trägt. Auch eine Ablehnung der Zusammenarbeit mit einem Betreuer kann zu einer gänzlichen Aufhebung der Betreuung führen. Fällt der Handlungsbedarf für eine Betreuung weg, ist die Betreuung vom Gericht aufzuheben, was in der Praxis häufig zum Beispiel bei psychotischen Phasen häufig vorkommt (§ 1908d BGB). Neben dem Betreuten sind auch nahe Angehörige und die Betreuungsbehörde beschwerdeberechtigt (§ 303 FamFG) (Folie 19). Eine Gültigkeit inter partes entwickelt ein Betreuungsbeschluss gerade nicht. Von sich aus prüft das Gericht auch zumindest alle sieben Jahre, ob eine Betreuung unverändert fortzuführen ist (§ 286 Abs. 3 FamFG (Folie 20), § 295 Abs. 2 FamFG (Folie 21)). Damit wird deutlich, dass hier gerade keine Rechtskraft wie bei einem Urteil erwächst. Bei einem Erkenntnisverfahren wird eine Instanz beendet, was hier gerade nicht der Fall ist. Auch eine Selbstbindung des Gerichts gibt es hier nicht. Es gibt auch keine formelle oder materielle Rechtskraft. Auch eine Vergleichbarkeit mit einem Urteil im technischen Sinne gibt es nicht. Es muss darauf hingewiesen werden, dass auch die Betreuung sogar ohne Antrag eines der Beteiligten von Amts wegen aufzuheben ist, wenn die Betreuungsvoraussetzungen nicht mehr vorliegen. Die Verfahrensvorschrift zur Aufhebung der Betreuung ist seit dem 01.09.2009 § 294 FamFG (Folie 22). Eine Vergleichbarkeit mit einem Urteil liegt damit unter gar keinen Umständen vor. Ein Urteil kann das Gericht üblicherweise auch dann nicht aufheben, wenn es bestandskräftig ist, aber falsch. Bei einem Urteil kommen auch nach der Entscheidung nicht plötzlich Dritte oder Angehörige dazu und kippen oder verändern die Entscheidung nach Bedarf. Das Argument einer vermeintlichen Rechtssicherheit oder des Rechtsfriedens lässt sich auf die Betreuung gerade überhaupt nicht anwenden. Auch der Betroffene hat jederzeit das Recht die Aufhebung der Betreuung zu beantragen. Hier muss der Betreute geschützt werden und gerade nicht ein vermeintlicher Rechtsfrieden. Es handelt sich hier auch nicht um lediglich prozessleitende Maßnahmen, z. B. bei der Anhörung oder dem Betreuungsbeschluss, sondern bei der ausstehenden oder getroffenen Genehmigung des Richters bereits um unmittelbare Eingriffe in die persönli-

che Freiheit und Selbstbestimmung durch aufgezwungene Verfahren, Zwangsmaßnahmen, Diagnosen sowie Gutachten, welche ebenfalls in ihrer Grundrechtsrelevanz betrachtet werden müssen. Es werden zwar Erkenntnisse gewonnen, aber nicht zum Abschluss einer Instanz. Zum Beispiel ist in Bezug auf die Unterbringung gerade auch nach § 1906 BGB eine Beweiswürdigung durch den Richter erst dann möglich, wenn eine Einwilligung durch den Betreuer vorliegt. Auch damit erhält die Betreuerbestellung eine extreme Grundrechtsrelevanz. Der Betreuer hat das Recht bei Gefahr im Verzug nach § 1906 Abs. 2, Abs. 3 BGB (Folie 23) die Unterbringung bei Gefahr im Verzug ohne Genehmigung zu veranlassen. Hier hat die Betreuerlösung das Ergebnis, dass sogar der Betreuer statt eines Richters die Grundrechtseingriffe auch in Art. 13 GG und Art. 14 GG vorübergehend durchführen kann. Der Betreuer oder Vorsorgebevollmächtigte beschreibt, dass ihn kein Verschulden trifft, denn das Gericht hat die umstrittene Maßnahme genehmigt. Der Richter beruft sich auf das Richterspruchprivileg und der Patient als Opfer geht leer aus. Hier wird vertreten, dass ein Entschädigungsrecht durch rechtswidrige Unterbringung oder Körperverletzung nicht durch ein Richterspruchprivileg versagt werden darf, sondern durch ein eigenes Entschädigungsgesetz geregelt werden muss. Ein solches Gesetz fehlt bisher. § 1906 Abs. 4 BGB gilt auch für alle Betreuten, die ohne richterlichen Beschluss untergebracht sind, also für jeden der vom Betreuer auf eine Station geschickt wird. Im geschlossenen System bei Unterbringung und Psychiatrie ist ein Gesetz zur Entschädigung bei rechtswidrigen medizinischen Zwangsmaßnahmen (z.B. ein Psychatriehaftungsgesetz, ein Gesetz über die Entschädigung für medizinische Zwangsmaßnahmen) zwingend geboten, weil durch die Genehmigung auch rechtswidrige Eingriffe geschehen, welche richterlich verantwortet werden müssen. Mit richterlicher Genehmigung so zu tun als gäbe es keine Gewalt oder Körperverletzung in der Pflege, ist falsch. Dass sind keine Einzelfälle.

Parallel wird hier auf das Haftentschädigungsgesetz, also hier das Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen (StrEG) (Folie 24) verwiesen. Es handelt sich dabei um eine verschuldensunabhängige Haftung:

§ 1 des StrEG lautet:

„1. Wer durch eine strafgerichtliche Verurteilung einen Schaden erlitten hat, wird aus der Staatskasse entschädigt, soweit die Verurteilung im Wiederaufnahmeverfahren oder sonst, nach dem sie rechtskräftig geworden ist, in einem Strafverfahren fortfällt oder gemildert wird.

2. Abs. 1 gilt entsprechend, wenn ohne Verurteilung eine Maßregel der Besserung und Sicherung oder eine Nebenfolge angeordnet ist.“

Dass ist der große Unterschied zum Staatshaftungsanspruch, welcher ein Verschulden voraussetzt. Aufgrund der Wesentlichkeit des Freiheitsentzugs z.B. im Maßregelvollzug, musste die Verhältnismäßigkeit der grundrechtlichen Gemengelage im Sinne einer Konkordanz durch ein Gesetz geregelt werden. Hier sehe ich gesetzlichen Regelungsbedarf für den Bereich der zivilrechtlichen Unterbringung und der ärztlichen Zwangsmaßnahmen nach § 1906 BGB sowie der öffentlich-rechtlichen parallelen Maßnahmen. Die Situationen in den Beispielfällen sind denen im Maßregelvollzug zu ähnlich, da sich der Gesetzgeber mit § 1906 BGB für eine Genehmigungslösung durch den Betreuer entschieden hat. Hier findet gerade keine allein privatrechtliche Einwilligung statt, sondern eine öffentlich-rechtliche Genehmigung. Dies muss auch bei der Haftung berücksichtigt werden. Es kann nicht sein, dass ein Staatshaftungsanspruch hier durch das Richterspruchprivileg faktisch ausgeschlossen ist. Es ist unverhältnismäßig, dass Menschen die durch eine strafgerichtliche Entscheidung einen Schaden erleiden entschädigt werden und Menschen die durch eine rechtswidrige Betreuung, Unterbringung oder Körperverletzung bei ärztlichen Zwangsmaßnahmen und pflegerischen Zwangsmaßnahmen verletzt werden nicht.

Gäbe es einen verschuldensabhängigen Staatshaftungsanspruch, hätte jeder Richter Angst, eine Genehmigung zu erteilen, was bisher automatisch erfolgt. Aber auch die Richter dürfen sich vor ihrer Verantwortung im Einzelfall trotz Massenabfertigung von Genehmigungen auch in Zukunft nicht drücken. Eine Lösung wäre hier die vorgeschlagene verschuldensunabhängige Haftung. Es fehlt schlicht das Personal an Richtern für Anhörungen vor Ort und für eine kritische Überprüfung von Behandlungsunterlagen und Zusammenhängen. In der Praxis wird die Patientenverfügung nahezu ungeprüft durch den Willen und die Einwilligung eines vom Arzt gelenkten Betreuers und Vorsorgebevollmächtigten ersetzt und durch den Richter ohne medizinisches Sachverständigen-gutachten genehmigt. Eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit findet nur als Textbaustein statt.

Bei mir ist auch nicht der Eindruck entstanden, das die Anlage von etwa 80.000 Ernährungssonden in Deutschland bei Pflegebedürftigen dem Patientenwohl dient, sondern vielmehr einer Entlas-

tung des Pflegeheims und des zuständigen Arztes. Unerträgliche Schmerzen sind die Ursache für etwa 3000 Suizide jährlich in Deutschland. Dabei werden etwa 190.000 Patienten in Deutschland mit Tumorschmerzen nicht ausreichend versorgt. Die mangelnde Zuwendung ist das eigentliche ethische Problem, die Grundrechte das juristische. Eine medizinische Grundversorgung für Sterbende zu schaffen, funktioniert auch nur dann effektiv, wenn die Rolle der Ärzte sich verändert. Es muss selbstverständlicher werden anstatt Leben zu retten eine „Lebenserhaltung um jeden Preis“ zu verhindern. Dies kann nur mit einer Ausweitung der Rechte der Patientenverfügung einhergehen.

Vielen Dank für ihre Aufmerksamkeit. 20.04.2018.

Mit freundlichen Grüßen

Rechtsanwalt Volker Loeschner
Fachanwalt für Medizinrecht

post@zahn-medizinrecht.de
www.zahn-medizinrecht.de