

Inhalt

Abkürzungen	8
1 Einleitung	10

Teil I: Selbstbestimmung

2 Der Begriff der Patient*innenautonomie.....	14
3 Der Wille im Bürgerlichen Gesetzbuch	16
3.1 Der freie Wille	17
3.2 Der natürliche Wille.....	18
3.3 Der mutmaßliche Wille	20
4 Die Geschäftsfähigkeit.....	21
5 Die Einwilligungsfähigkeit.....	23
6 Instrumente zur Erklärung des eigenen Willens.....	27
6.1 Die Vorsorgevollmacht	28
6.2 Die Betreuungsverfügung	30
6.3 Die Patient*innenverfügung	30

Teil II: Selbstgefährdung und Beteiligung

7 Selbstgefährdung und deliktische Haftung	34
7.1 Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB bei Beteiligung	34
7.2 Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB bei Intervention.....	38
7.3 Kann aus der deliktischen Haftung eine Pflicht zur Intervention durch Fachkräfte abgeleitet werden?	40
7.3.1 Das zurechenbare Unterlassen.....	40
7.3.2 Amtshaftung bei Nicht-Verhinderung?.....	41
8 Selbstgefährdung und Strafrecht	43
8.1 Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung.....	44
8.2 Strafrecht und Suizid	47
8.3 Die Tötung auf Verlangen und die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung.....	50
9 Exkurs: HIV-Infektion und Selbstgefährdung	52
9.1 Ist die Nicht-Einnahme der HIV-Medikamente eine Selbstgefährdung?.....	53
9.2 Ist die Nicht-Einnahme der HIV-Medikamente eine Fremdgefährdung?	55
9.3 Ist (intimer) Kontakt mit einem HIV-positiven Menschen eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung?	57

Teil III: Fremdbestimmung

10 Die rechtliche Betreuung.....	60
11 Die zivilrechtlichen Zwangsmaßnahmen.....	62
11.1 Die betreuungsrechtliche Unterbringung.....	63

11.2	Freiheitsentziehende Maßnahmen	65
11.3	Die zivilrechtliche Zwangsbehandlung	66
12	Die öffentlich-rechtliche Unterbringung	68
13	Die zivilrechtliche Begutachtung	71
14	Grundrechte und Fremdbestimmung bei Selbstgefährdung	75

Teil IV: Strafrechtliche Beurteilung von Interventionen

15	Dürfen oder müssen Fachkräfte bei Selbstgefährdung in Grundrechte ihrer Klient*innen eingreifen?	92
16	Rechtfertigung eines Eingreifens?	92
16.1	Rechtfertigung durch rechtfertigenden Notstand?.....	93
16.2	Rechtfertigung durch Nothilfe?	95
17	Ist Nicht-Eingreifen strafbar?.....	97
17.1	Die unterlassene Hilfeleistung	98
17.2	Die strafrechtliche Garantenstellung.....	100
17.2.1	Garantenstellung aus Gesetz	102
17.2.2	Garantenstellung aus tatsächlicher Schutzübernahme	103
17.2.3	Folgen einer Garantenstellung	104
17.2.4	Prüfung fahrlässiger unechter Unterlassungsdelikte	106

Teil V: Case Management als Arbeitsweise und Haltung

18	Was ist Case Management und was kann es?	110
18.1	Was ist Case Management?	110
18.2	Wie kann Case Management Klient*innen im Bereich der Gesundheitssorge in deren Autonomie stärken?	111
19	Selbstgefährdung im Case-Management-Prozess	113
20	Case Management und rechtliche Betreuung	114
20.1	Case Management in der rechtlichen Betreuung	114
20.1.1	Förderung der Selbstständigkeit der betreuten Person	115
20.1.2	Der Betreuungsplan	116
20.1.3	Hilfe zur Selbsthilfe	116
20.2	Case Management zur Vermeidung einer rechtlichen Betreuung	117
21	Grenzen des Case Managements in der Praxis.....	120

Schlussenteil

22	Ergebnisse und Diskussion	123
23	Fazit.....	130
24	Literaturverzeichnis	132

1 Einleitung

Sowohl im Bereich des Medizinrechts als auch im Betreuungsrecht ist in den letzten Jahren und Jahrzehnten ein **Paradigmenwechsel** zu beobachten: Beide Rechtsgebiete waren lange Zeit von einem starken Machtgefälle zwischen Ärzt*in und Patient*in¹ beziehungsweise zwischen der betreuenden und der betreuten Person² geprägt. Die Expert*innen hatten dabei nicht nur einen Wissensvorsprung, sondern auch eine deutlich größere Entscheidungsgewalt. Um das Ungleichgewicht abzubauen, wurden durch zahlreiche Gesetzesänderungen zunehmend die Rechte von Patient*innen und Betreuten gestärkt.

Obwohl das **Grundgesetz** die Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) und die freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) zur Grundlage unseres Rechtssystems macht, waren und sind solche Machtgefälle beziehungsweise Reflexionen dieser immer wieder im Gesetz zu beobachten (zum Beispiel auch bei der Abwägung zwischen Kindeswohl und Elternrecht). Der Trend, diese abzubauen und die Rechte der „Unterlegeneren“ zu stärken, ist ein konsequenter und sehr wichtiger Schritt.

¹ Mit der sich historisch stark gewandelten Beziehung zwischen Ärzt*in und Patient*in beschäftigt sich Elisa Miranowicz: Mit der Professionalisierung der Medizin im 19. Jahrhundert nahmen Ärzt*innen einen Expert*innenstatus ein; ihrer Autorität wurde (blind) vertraut. Erste Veränderungen markierte ein Urteil des Reichsgerichts 1894, in dem das **Aufklärungs-Einwilligungs-Konzept** begründet wurde (vgl. Miranowicz 2018: 131). Mit dem Contergan-Skandal und der Studierendenbewegung in den 1960er und 1970er Jahren begann schließlich die Emanzipation von Patient*innen: Sie wurden kritikfreudiger und wollten umfassender beteiligt werden (vgl. Miranowicz 2018: 132). Heute ist das komplexe Verhältnis zwischen Ärzt*in und Patient*in von zahlreichen ökonomischen und rechtlichen Aspekten überlagert (vgl. Miranowicz 2018: 135).

² Die historische Veränderung im Betreuungsrecht skizziert Holger Liebfeld: Vor der Einführung des Betreuungsrechts konnten nach § 6 a. F. BGB Menschen wegen Geisteskrankheit, Geistesschwäche oder sogar wegen Verschwendung und Rauschgiftsucht entmündigt werden (vgl. Liebfeld 2012: 46). Die **Vormundschaft** führte zur totalen und die **Gebrechlichkeitspflegschaft** zur teilweisen Entmündigung (vgl. Liebfeld 2012: 49). Mit dem Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz) von 1990, das am 01.01.1992 in Kraft trat, wurden hunderte Paragraphen verändert und § 6 a. F. BGB („Entmündigungsparagraph“) gestrichen. Das neu geschaffene Rechtsinstitut der Betreuung orientierte sich an Restfähigkeiten sowie dem Vertretungsbedarf und wurde zusätzlich durch das Betreuungsgericht kontrolliert (vgl. Liebfeld 2012: 60). Den Wünschen der Betroffenen wurde eine hohe Priorität eingeräumt und der Eingriff in ihre Rechte sollte so gering wie möglich ausfallen. Auch die Vorschriften für Unterbringung und freiheitsentziehende Maßnahmen wurden grundlegend überarbeitet (vgl. Liebfeld 2012: 61). Mit den folgenden großen **Betreuungsrechtsänderungen** in den Jahren 1999, 2005 und 2009 wurden Regelungen zur Finanzierung und Vergütung, im Verfahren sowie bezüglich der Zwangsmaßnahmen an aktuelle Herausforderungen angepasst und zu Gunsten größerer Selbstbestimmung verändert. Auch wurden zunehmend betreuungsvermeidende Unterstützungsmöglichkeiten gestärkt (vgl. Liebfeld 2012: 62–86).

Auch die Sicht- und Arbeitsweise der Fachkräfte im Gesundheits- und Sozialwesen folgt dieser Richtung: Klient*innen oder Patient*innen werden zu Kund*innen und Nutzer*innen; professionelles Handeln entfernt sich vom Verständnis bloßer „Fürsorge“ hin zu Strategien des Empowerments und der Hilfe zur Selbsthilfe. Die Implementierung der Mechanismen und der Haltung des **Case Managements** in viele Arbeitsbereiche trägt hierzu bei.

Dies führt immer wieder zu **Spannungsfeldern in der Praxis**: Die Professionen sollen einerseits ihren Klient*innen oder Patient*innen zu größtmöglicher Autonomie und Eigenverantwortung verhelfen, aber auf der anderen Seite je nach Kontext und Hilfeart mal mehr, mal weniger bestimmte Verhaltensweisen einfordern, verändern oder sogar kontrollieren und sanktionieren. An selbstgefährdendem Verhalten einer Person und dem Umgang des Systems damit zeigt sich dieser Konflikt sehr deutlich. Trotz aller (staatlich finanzierten) Gesundheitsförderungs- und Präventionsstrategien ist es allen Menschen freigestellt, sich gesundheitsfördernd oder selbstgefährdend zu verhalten.

Doch wo beginnt **Selbstgefährdung**? Dass etwa der Konsum von Alkohol oder Profisport nicht uneingeschränkt förderlich für die Gesundheit sind, steht außer Frage. Beides wird jedoch – auch im Zusammenhang mit sozialem Status und Prestige – nicht nur toleriert, sondern oft sogar gefördert. Noch schwieriger wird es bei medizinischen Therapien: Werden etwa schulmedizinische oder alternativmedizinische Ansätze präferiert; wird vielleicht sogar gänzlich auf eine Behandlung verzichtet? Oder wie wird aktive Selbstgefährdung, zum Beispiel durch die Einnahme gefährlicher Substanzen, das selbstständige Zufügen von Verletzungen oder dem Verweigern von Nahrungsaufnahme, bewertet? Muss dann nicht die „autoaggressive Person“ vor sich selbst geschützt werden?

Im Verlauf dieser Abhandlung soll eine Annäherung an diese Problematik stattfinden. Es sollen **Fragen** aufgeworfen werden, denen sich Fachkräfte verschiedener Professionen in der Praxis stellen (müssen), und im Idealfall Antworten aus dem Gesetz gefunden werden. Die gewonnenen Erkenntnisse sollen dazu beitragen, Unsicherheiten im Berufsalltag abzubauen und die Handlungssicherheit zu erhöhen:

Forschungsfragen:

- Welche Verhaltensweisen werden als Selbstgefährdung eingestuft?
- Bezieht das Recht ein, wer sich aus welchem Antrieb heraus selbstgefährdend verhält?
- Wie lange muss Selbstgefährdung von Fachkräften mitgetragen werden?
- Wann besteht eine gesetzliche Pflicht, verhindernd einzugreifen?
- Wo liegen Grenzen des freien Willens?
- Welche Möglichkeiten gibt es für jeden einzelnen Menschen, den freien Willen auch für die Zukunft zu äußern?
- Unter welchen Bedingungen ist ein Eingriff in die Selbstbestimmung zulässig?
- Wie kann dieser Eingriff im Sinne einer größtmöglichen Selbstbestimmung der Klient*innen ausgeübt werden?

Die Ausführungen orientieren sich an der **Autonomie** jeder erwachsenen Person bezüglich der eigenen Gesundheitsorge und suchen Wege, wie Fachkräfte diese mithilfe des Gesetzes und Case Managements stärken können. Im Fokus stehen dabei **Professionen des Gesundheits- und Sozialwesens**, also vor allem Ärzt*innen, Pflegekräfte und Sozialarbeiter*innen/Sozialpädagog*innen. Aber auch Fachkräfte anderer Professionen werden sicherlich für sie Relevantes finden.

Es wird sich ganz bewusst auf die **rechtliche Perspektive** konzentriert, obwohl dieses Thema auch psychologische, medizinische, naturwissenschaftliche und philosophische Disziplinen berührt und beschäftigt. Das Gesetz normiert nicht nur grundlegende Leistungen des Gesundheits- und Sozialwesens, sondern wird auch herangezogen, um menschliches Verhalten zu schützen, zu kategorisieren oder zu sanktionieren. Die Fachkräfte in ihrer jeweiligen Profession und Organisation stehen immer im direkten Verhältnis zu ihren Klient*innen oder Patient*innen, aber auch zum Staat und dem Recht. In diesem immerwährenden Spannungsfeld müssen sie sich bewegen und einen professionellen Standpunkt entwickeln. Im Folgenden stehen vor allem das Bürgerliche Gesetzbuch und das Strafgesetzbuch im Fokus, wobei die Abgrenzung zwischen Zivilrecht und Strafrecht nicht immer trenn-

scharf gelingen kann und wegen der engen Verzahnung durch die Gesetzgebung auch nicht soll. Andere Gesetze finden Erwähnung, wann immer sie relevant sind.

Die Abhandlung ist in fünf große Teile gegliedert:

Teil I: Selbstbestimmung setzt sich vor allem mit dem Begriff des Willens auseinander. Es werden außerdem die für den weiteren Verlauf wichtigen Termini Geschäftsfähigkeit und Einwilligungsfähigkeit erklärt sowie auf deren Grenzen hingewiesen. Anschließend werden Instrumente zur Erklärung des eigenen Willens vorgestellt, mit denen Menschen für den Fall, dass sie keine Entscheidungen mehr treffen können, vorsorgen können.

Teil II: Selbstgefährdung und Beteiligung behandelt zivil- und strafrechtliche Grundlagen. Es soll eine Annäherung stattfinden, was genau Selbstgefährdung ist, welche Rolle andere Beteiligte dabei spielen und welche Folgen dies im jeweiligen Kontext hat. Ein Exkurs-Kapitel über HIV verdeutlicht exemplarisch, wie die eigene Gesundheit mit der anderer Menschen korreliert und welche Bedeutung Selbst- und Fremdgefährdung im Kontext von Infektionskrankheiten hat.

Teil III: Fremdbestimmung betrachtet, unter welchen Voraussetzungen in Grundrechte der Menschen eingegriffen werden darf. Neben der rechtlichen Betreuung und Zwangsmaßnahmen werden auch die zivilrechtliche Begutachtung sowie eine Annäherung an verfassungsrechtliche Grundlagen Thema sein.

Teil IV: Strafrechtliche Beurteilung von Interventionen fragt, wie Fachkräfte ein Eingreifen in Grundrechte ihrer Klient*innen rechtfertigen können oder wo sie vielleicht sogar gesetzlich dazu verpflichtet sind.

Zuletzt wird in **Teil IV: Case Management als Arbeitsweise und Haltung** überlegt, wie Case Management die Autonomie, die Würde und das Wohl von Klient*innen stärken kann und wie diese im Sinne größtmöglicher Selbstbestimmung beraten und (rechtlich) betreut werden können.

2 Der Begriff der Patient*innenautonomie

Der Begriff der Patient*innenautonomie ist sehr vielschichtig und umfasst rechtliche, ethische, medizinische und philosophische Aspekte (vgl. Kaufmann 2015: 18). Zwar liegt hier der Fokus auf der rechtlichen Perspektive, so auch bei den Begriffserklärungen, jedoch kann das **Gesetz nie isoliert** betrachtet werden. Es ist ein Ausdruck des historischen und kulturellen Kontextes, in dem es entsteht, und spiegelt dabei bestimmte Menschenbilder, Wissensstände und Moralvorstellungen wider. Im Verlauf dieser Abhandlung wird dies deutlich werden.

Zu Beginn soll die differenzierte Annäherung an den Begriff der Patient*innenautonomie von Dorothea Magnus stehen:

Der Begriff der/des Patient*in (*lat. *patiens* = erleidend, geduldig*) ist eine Rollenzuschreibung für eine Person, die an einer Krankheit leidet. Der komplexe Begriff der Krankheit wird dabei stets unterschiedlich definiert und unterliegt zudem einem historischen Wandel. Die Rechtsprechung entfernt sich bei ihrer Definition vom sehr umfassenden medizinischen Krankheitsbegriff. Rechtlich relevant ist Krankheit nur, wenn mit ihr gewichtige Beeinträchtigungen einhergehen und in der Regel auch nur dann, wenn sie von Dauer sind.

Der Begriff der Autonomie (*griech. *autos* = selbst / *nomos* = Gesetz*) beschreibt die Selbstgesetzgebung jedes Individuums, also das Leben nach eigenen Regeln zu führen. Sie ist gekennzeichnet von Selbstständigkeit und Unabhängigkeit in Hinblick auf die eigene Lebensführung und Verhaltensweise. In der Rechtsprechung wird Autonomie häufig durch den Begriff des Selbstbestimmungsrechts ersetzt, der inhaltlich das Gleiche bedeutet.

Abbildung 1: **Der Begriff der Patient*innenautonomie**

Quelle: Eigene Darstellung, in Anlehnung an Magnus 2015: 22–26, 39, 117.

Die Patient*innenautonomie war lange ein ungeschriebenes Konzept im Verhältnis zwischen Patient*in und Ärzt*in, das lediglich dafür herangezogen wurde, medizinische Eingriffe durch Aufklärung und Einwilligung³ strafrechtlich abzusichern (vgl. Magnus 2015: 14). Mittlerweile hat sie sich zu einem **fundamentalen (medizin-)ethischen Prinzip und Grundsatz** gewandelt, der in der medizinischen Praxis handlungsleitend und in zahlreichen gesetzlichen Regelungen verankert ist (vgl. Magnus 2015: 109).

³ Mit der Einwilligung und der Rolle der ärztlichen Aufklärung beschäftigt sich Kapitel 5.

Das Prinzip der Autonomie wird aus verschiedenen (verfassungsrechtlichen) Normen abgeleitet. Allen voran ist das **allgemeine Persönlichkeitsrecht** aus Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG sowie das **Recht auf körperliche Unversehrtheit** nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zu nennen (vgl. Rudlof 2018: 21 f.; Wagner in: Säcker et al., § 630d BGB, Rn. 4).⁴ Die Patient*innenautonomie ist eng verwandt mit anderen aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleiteten Rechten, zum Beispiel die Entscheidungsfreiheit hinsichtlich des eigenen Körpers, das Recht auf Nichtwissen, die Bestimmung über den eigenen Körper sowie dessen Bestandteile und deren Verwendung oder die Freiheit der Familienplanung (vgl. Hager in: Staudinger, § 823 BGB, Rn. C 242–C 245).

Auch weist der Begriff eine Nähe zur **Privatautonomie** auf, die die Grundlage des Zivilrechts ist: Das Gesetz sichert allen Menschen **Rechtsgleichheit** zu. Diese zeigt sich darin, dass umfassende Freiheiten wie die Vertragsfreiheit oder die Eigentumsfreiheit für alle gelten. Jede/r Einzelne ist grundsätzlich frei darin, mit wem und mit welchem Inhalt sie/er Verträge schließt;⁵ es gibt kaum Beschränkungen der Privatautonomie (vgl. Zerres 2016: 12 f.). Patient*innenautonomie ist dementsprechend die Freiheit, über medizinische Angelegenheiten selbstbestimmt entscheiden zu dürfen (vgl. Kaufmann 2015: 35). Diese Freiheit schließt Behandlungen gegen den freien Willen der/des Betroffenen aus (vgl. Wagner in: Säcker et al., § 630d BGB, Rn. 4). Ist die Person nicht in der Lage, den freien Willen (Kapitel 3.1) auszudrücken, ist sie trotzdem nicht ohne Rechte: Jede Willensäußerung muss ernst genommen werden, und eine Maßnahme gegen diese ist nur zu ihrem Wohl und nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zulässig (vgl. Henking/Mittag 2015: 36).

Der **Rolle der/des Ärzt*in** kommt dabei eine besondere Bedeutung zu: Denn die/der Patient*in kann nur selbstbestimmt entscheiden, wenn sie/er umfassend aufge-

⁴ Eine ausführliche Auseinandersetzung zu relevanten Grundrechten findet sich in Kapitel 14.

⁵ Das Verhältnis zwischen Ärzt*in und Patient*in wurde mit dem Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten (2013) zivilrechtlich in den §§ 630a bis 630h BGB grundsätzlich neu geregelt. Im **Behandlungsvertrag** stehen sich beide gleichberechtigt gegenüber: Diese Vertragsfreiheit ist Ausdruck der historischen Veränderung und der offenen Gesellschaft, in der sich Patient*innen emanzipieren (vgl. Höfling 2009: 119 f.).

Für rechtsgeschäftliches Handeln ist **Geschäftsfähigkeit** (Kapitel 4) vonnöten während im Bereich der medizinischen Behandlungen die **Einwilligungsfähigkeit** (Kapitel 5) im Vordergrund steht. Fußnote 16 (Kapitel 5) greift auf, wie beide miteinander korrelieren und welche Widersprüche diesbezüglich bestehen.

klärt und beraten wurde. Da sie/er selbstverständlich auch Entscheidungen treffen darf, die nicht konform mit der ärztlichen Meinung sind, birgt dieses Prinzip ein gewisses **Konfliktpotential** in der Praxis.⁶

Der Grundsatz der Autonomie liegt nicht nur dem Recht, sondern auch dieser Abhandlung zugrunde. In ihrem Verlauf wird deutlich werden, wie weit die Selbstbestimmung jedes einzelnen Menschen gehen kann, aber auch, wo ihre Grenzen liegen, wer hierüber entscheidet und welche Folgen es hat, die eigene Autonomie von einer anderen Person aberkannt zu bekommen.

3 Der Wille im Bürgerlichen Gesetzbuch

Auch Fragen nach dem Bilden und Ausdrücken des eigenen Willens beschäftigen zahlreiche Disziplinen⁷. Hier wird ebenfalls nur die Perspektive der Rechtswissenschaft – konkreter die des Bürgerlichen Gesetzbuches – behandelt. Der Begriff des Willens wird in verschiedenen Normen genannt. Ihm kommt eine große Bedeutung in den unterschiedlichsten Kontexten zu, wie folgende Beispiele zeigen:

- „Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der **wirkliche Wille** zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften“ (§ 133 BGB).
- „Der Zeitpunkt, in welchem der Antrag erlischt, bestimmt sich nach dem aus [...] **den Umständen zu entnehmenden Willen** des Antragenden“ (§ 151 S. 2 BGB).
- „Setzt der Mieter nach Ablauf der Mietzeit den Gebrauch der Mietsache fort, so verlängert sich das Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit, sofern nicht eine Vertragspartei ihren **entgegenstehenden Willen** [...] erklärt“ (§ 545 S. 1 BGB).
- „Soweit der Volljährige [...] seine Angelegenheiten nicht besorgen kann, darf der Betreuer nur auf Antrag des Volljährigen bestellt werden, es sei denn, dass dieser seinen **Willen nicht kundtun** kann“ (§ 1896 Abs. 1 S. 3 BGB).

⁶ An dieser Stelle soll auf einen Artikel von Dieter Hossfeld hingewiesen werden, in dem er sich mit diesem Konflikt auseinandersetzt: Er sieht die Rolle der/des Ärzt*in in Anbetracht der immer größeren Selbstbestimmung der Patient*innen gefährdet und befürchtet, dass diese Berufsgruppe zunehmend weg von der Expertinnenrolle hin zu einer reinen **Dienstleistungserbringerin** degradiert werden könnte (vgl. Hossfeld 2010: 31). Darin reiht sich die Diskussion um wunscherfüllende Medizin als Konsumgut ein, bei der nicht die Heilung, sondern die Verbesserung und Optimierung im Vordergrund steht (vgl. Eberbach 2009: 17).

⁷ Dazu soll auf die Abhandlung von Michael Krüger verwiesen werden, der Sichtweisen verschiedener Fachdisziplinen zum Willen zusammenträgt (vgl. Krüger 2012: 104–139).

- „Liegt keine Patientenverfügung vor oder treffen die Festlegungen einer Patientenverfügung nicht auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zu, hat der Betreuer [...] den **mutmaßlichen Willen** des Betreuten festzustellen und auf dieser Grundlage zu entscheiden“ (§ 1901a Abs. 2 BGB).
- „Zur Niederschrift eines Notars wird ein Testament errichtet, indem der Erblasser dem Notar seinen **letzten Willen** erklärt“ (§ 2232 BGB).

Im Bereich der Gesundheitspflege spielen vor allem der freie Wille, der mutmaßliche Wille und der natürliche Wille eine entscheidende Rolle (vgl. Wetterling 2016: 30). Diese werden in den folgenden Kapiteln im Einzelnen beleuchtet.

3.1 Der freie Wille

Der freie Wille wird nicht im Gesetz, sondern durch Rechtsprechung definiert, und zwar durch seinen Ausschluss. Es kann also davon ausgegangen werden, dass das Recht grundsätzlich allen (zumindest erwachsenen) Menschen die Fähigkeit zuspricht, einen freien Willen zu bilden; und wenn dies in einem besonderen Fall nicht der Fall sein sollte, muss dies begründet werden (vgl. Fröschle 2016: 112).

Der Bundesgerichtshof nennt in einem Urteil zwei Kriterien für einen **Ausschluss der freien Willensbestimmung**: Erstens, jemand ist nicht imstande, seinen Willen frei und unbeeinflusst von einer vorliegenden „Geistesstörung“ zu bilden, und zweitens, sie/er ist nicht imstande, nach zutreffend gewonnenen Einsichten zu handeln (BGH, 05.12.1995, XI ZR 70/95). Früher wurde präzisiert, dass eine bloße Willenschwäche die Möglichkeit freier Willensbildung nicht ausschließt, sondern vielmehr bestimmte „krankhafte Vorstellungen und Empfindungen“ derart übermäßig geworden sein müssen, dass eine Bestimmung des Willens „durch vernünftige Erwägungen ausgeschlossen“ ist (BGH, 23.10.1975, II ZR 109/74). In einem anderen Urteil heißt es, dass auch bei einer Einschränkung der intellektuellen Fähigkeit der betreffenden Person zugestanden werden muss, mit ihrer Situation so umzugehen, wie sie dies möchte. Auch wenn sie sich dem Rat anderer Menschen fügt, geht das Gericht davon aus, dass dies aufgrund einer „vernünftigen freien Willensentscheidung“ geschehen ist (BGH, 19.06.1970, IV ZR 83/69).⁸

⁸ Die Rechtsgrundlagen der drei in diesem Absatz genannten Urteile sind unter anderem § 104 Nr. 2 BGB und § 105 Abs. 2 BGB. Sie werden daher in Kapitel 4 (**Geschäftsfähigkeit**) erneut aufgegriffen.

Es lassen sich zusammenfassend folgende Prämissen formulieren:

1. Grundsätzlich wird jedem erwachsenen Menschen der freie Wille zugestanden.
Wenn dieser abgesprochen wird, ist eine Begründung notwendig.

2. Die Willensbestimmung verläuft in zwei aufeinanderfolgenden Schritten: Erstens muss ein freier Wille gebildet werden, zweitens entsprechend gehandelt werden können.

3. Um den freien Willen ausschließen zu können, muss eine übermäßig starke psychische Erkrankung vorliegen; eine leichte Einschränkung oder ein kognitives Defizit allein reichen hierfür nicht aus.

Abbildung 2: **Prämissen zum freien Willen**

Quelle: Eigene Darstellung, Zusammenfassung zuvor genannter BGH-Urteile.

Was der freie Wille für jeden einzelnen Menschen bedeutet, stellt der Bundesgerichtshof im Urteil BGH, 26.02.2014, XII ZB 577/13 heraus: Der Staat hat nicht das Recht, „den zur freien Willensbestimmung fähigen Betroffenen zu erziehen, zu bessern oder zu hindern, sich selbst zu schädigen“. Die Begründung lautet wie folgt: „Denn jeder hat das Recht, sein Leben nach seinen frei gebildeten Vorstellungen zu gestalten, soweit nicht Rechte Dritter oder andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtsgüter betroffen sind (Art. 2 Abs. 1 GG)“. Der freie Wille ist also die **Grundlage für ein selbstbestimmtes Leben**. Ausführlich mit der freien Willensbildung und deren Grenzen beschäftigt sich Kapitel 13.

3.2 Der natürliche Wille

Der Bundesgerichtshof grenzt den natürlichen vom freien Willen wie folgt ab: „Die beiden entscheidenden Kriterien für das Vorliegen einer [...] freien Willensbestimmung sind [...] die Einsichtsfähigkeit des Betroffenen und dessen Fähigkeit, nach dieser Einsicht zu handeln. Fehlt es an einem dieser beiden Elemente, liegt kein freier, sondern nur ein natürlicher Wille vor“ (BGH, 18.10.2017, XII ZB 336/17). Der natürliche oder auch **tatsächliche Wille** (BGH, 30.03.1955, IV ZB 23/55) ist also jede Willensäußerung eines Menschen, der nicht zur freien Willensbestimmung in der Lage ist (vgl. Schmidt 2011: 117; Bienwald in: Staudinger, § 1896 BGB, Rn. 162; Henking/Mittag 2015: 38). Er umfasst neben willentlichem Verhalten (vgl. Schwab in: Säcker et

al., § 1906 BGB, Rn. 45) auch Wünsche und Handlungen, die aus einem Gedanken, Begehren, Wunsch oder Trieb heraus, also **ohne klare Zielrichtung und Reflexion** entstehen (vgl. Wetterling 2016: 43 f.). Dabei ist es irrelevant, ob das Fehlen des freien Willens von Dauer oder nur kurzfristig (zum Beispiel während eines kurzfristigen Zustandes der Verwirrtheit oder in einer psychotischen oder phobischen Episode) ist.⁹

Der natürliche Wille führt zu einigen **Problemen in der Praxis**. Denn auch, wenn eine Person nicht in der Lage ist, wirksam in ärztliche Maßnahmen einzuwilligen oder sie abzulehnen, hat sie dennoch einen (natürlichen) Willen. Wenn sie sich also gegen eine Behandlung wehrt, auch wenn die/der rechtliche Betreuer*in in diese einwilligt – zum Beispiel auch, weil die Einwilligung dem mutmaßlichen Willen der betroffenen Person oder sogar dem Wortlaut ihrer Patient*innenverfügung entspricht – dann bewegen sich die behandelnden Ärzt*innen im Bereich der **Zwangsbehandlungen** (vgl. Pollmächer 2014: 178 f.; BGH, 18.10.2017, XII ZB 195/17). Nicht selten müssen dann zur Durchführung der Behandlung unmittelbare Gewalt und/oder sogar freiheitsentziehende Maßnahmen angewendet werden (Kapitel 11). Eine weitere Schwierigkeit ist auch, dass der natürliche Wille – eben weil er derart spontan und intuitiv gebildet wird – recht sprunghaft ist, wie folgendes Urteil zeigt:

FALL

Eine Frau mit schwerer geistiger Behinderung wurde durch das Abschließen der Außentür daran gehindert, in den Straßenverkehr zu gelangen. Zwar handelte es sich nur um eine hypothetische Gefahr, da sie den Wohnbereich nie zuvor verlassen wollte, dennoch konnte das Gericht nicht ausschließen, dass sich ihr natürlicher Wille diesbezüglich ändern könnte. Damit bestand nach Ansicht des Gerichts eine ernstliche und konkrete Gefahr für Leib und Leben der Frau, sodass der Freiheitsentzug zulässig war.

■ BGH, 24.05.2017, XII ZB 577/16

Thomas Pollmächer macht darauf aufmerksam, dass eine Intervention gegen den natürlichen Willen einer Person nur dann geschehen soll, wenn: „a) eine individuelle Indikation für die Durchführung der Maßnahme besteht und b) es nicht gelingt, die

⁹ Genauso wie ein vorübergehendes Fehlen des freien Willens rechtlich relevant ist, sind es auch die sogenannten **Lichten Momente**, also eine Unterbrechung eines Zustandes ohne freie Willensbildung (vgl. Klumpp in: Staudinger, § 104 BGB, Rn. 25). In der Konsequenz heißt das, dass auch ein Mensch ohne freien Willen in Phasen selbstbestimmte Entscheidungen treffen kann, die mit rechtlichen Folgen verbunden sein müssen.

Zustimmung des Patienten zu erhalten und es schließlich c) keine Hinweise darauf gibt, dass der Patient selbst nicht einwilligen würde, wenn er frei entscheiden könnte“ (Pollmächer 2014: 179). Er gibt dabei allerdings zu bedenken, dass diese Abwägungen recht zeitintensiv und daher vor allem in **Notfallsituationen** nur bedingt möglich sind. Deswegen schlägt er vor, mit Menschen, die potentiell gefährdet sind, (vorübergehend) einwilligungsunfähig zu werden, bereits im Vorfeld detaillierte Absprachen zu treffen und diese zu ermutigen, das Instrument der Patient*innenverfügung (Kapitel 6.3) für sich zu nutzen (vgl. Pollmächer 2014: 182 f.).

3.3 Der mutmaßliche Wille

Der mutmaßliche Wille wird dann relevant, wenn der Mensch nicht (mehr) eigenverantwortlich entscheiden kann (vgl. Hager in: Staudinger, § 823 BGB / Arzthaftungsrecht, Rn. 115). Er wird in den §§ 1901a Abs. 2 und 1901b BGB genannt und nimmt dort eine zentrale Rolle ein: Der mutmaßliche Wille ist die Grundlage, anhand derer die/der rechtliche Betreuer*in entscheiden muss, ob sie/er einer ärztlichen Maßnahme an der betreuten Person zustimmt oder nicht. Das Gesetz gibt klare Hinweise, wie der mutmaßliche Wille festgestellt werden soll:

- Es muss sich an **konkreten Anhaltspunkten** orientiert werden (§ 1901a Abs. 2 S. 2 BGB).
- Es müssen frühere mündliche oder schriftliche **Äußerungen**, ethische oder religiöse **Überzeugungen** und sonstige persönliche **Wertvorstellungen** berücksichtigt werden (§ 1901a Abs. 2 S. 3 BGB).
- Ärzt*in und rechtliche/r Betreuer*in besprechen **gemeinsam**, welche ärztliche Maßnahme indiziert ist (§ 1901b Abs. 1 BGB).
- Es sollen nahe **Angehörige** und **Vertrauenspersonen** einbezogen werden, außer es hätte eine erhebliche Verzögerung zur Folge (§ 1901b Abs. 2 BGB).

Die betreuende Person soll also gemeinsam mit der behandelnden herausfinden, wie die/der Patient*in entscheiden würde, wenn sie/er es denn könnte. Das größte Problem in der Praxis ist, dass die Feststellung des mutmaßlichen Willens trotz aller Anhaltspunkte immer **spekulativ** ist.

An die Annahme eines mutmaßlichen Einverständnisses werden **strenge Anforderungen** gestellt. Spontane Äußerungen wie: „So möchte ich nicht enden!“ sind keine Grundlagen für eine Annahme des mutmaßlichen Willens. Einbezogen werden

müssen neben den im Gesetz genannten Äußerungen und Überzeugungen auch die altersbedingte Lebenserwartung, das Erleiden von Schmerzen und die ärztliche Prognose. Er muss **individuell** festgestellt werden: „Objektive Kriterien, insbesondere die Beurteilung einer Maßnahme als gemeinhin »vernünftig« oder »normal« sowie den Interessen eines verständigen Patienten üblicherweise entsprechend, haben keine eigenständige Bedeutung; sie können lediglich Anhaltspunkte für die Ermittlung des individuellen hypothetischen^[10] Willens sein“ (BGH, 13.09.1994, 1 StR 357/94).

Bei der Feststellung des mutmaßlichen Willens kann eine ausführliche **Patient*innenverfügung** (Kapitel 6.3) hilfreich sein. Es muss jedoch angemerkt werden, dass auch diese meist interpretationsbedürftig ist, da selten genau der Fall genannt ist, der letztendlich vorliegt (vgl. Roth in: Dodegge/Roth, §§ 1901a, 1901b BGB, Rn. 111b).

4 Die Geschäftsfähigkeit

Die Geschäftsfähigkeit ist mit Rechtsfolgen verbunden, aus denen sich ihre Bedeutung ergibt: Sie ist demnach die Fähigkeit, durch rechtlich wirksame Willenserklärungen **Rechtsgeschäfte** vornehmen zu können. Da sie nur bei Rechtsgeschäften relevant ist, ist sie hier von untergeordneter Bedeutung (vgl. Henking/Mittag 2015: 37). Sie wird jedoch zur Abgrenzung sowie wegen der engen Verzahnung mit der freien Willensbestimmung behandelt.

¹⁰ Der Vollständigkeit halber soll der Begriff der **hypothetischen Einwilligung** Erwähnung finden: Ärzt*innen können hiermit einen Eingriff rechtfertigen, auch wenn keine explizite Einwilligung vorlag und/oder nicht vollumfänglich aufgeklärt wurde. Grund für die fehlende oder fehlerhafte Aufklärung kann neben einem medizinischen Notfall auch sein, dass nach einem Eingriff direkt ein weiterer notwendig geworden war und zwischendurch wegen vorheriger Medikamentengabe nicht aufgeklärt werden konnte (BGH, 11.10.2011, 1 StR 134/11) oder – natürlich nicht zulässig – dass zur Vertuschung eines Kunstfehlers die Notwendigkeit einer zweiten Operation nicht wahrheitsgemäß dargestellt wurde (BGH, 15.10.2003, 1 StR 300/03).

Nike Hengstenberg arbeitet die Unterschiede zwischen mutmaßlichem und hypothetischem Willen heraus. Sie beklagt, dass beide häufig verwechselt oder synonym verwendet werden, in der Praxis aber große Unterschiede aufweisen. Die hypothetische Einwilligung grenzt sich von der mutmaßlichen durch verschiedene Merkmale ab (vgl. Hengstenberg 2013: 192–204):

- An die Ermittlung der mutmaßlichen Einwilligung werden wesentlich höhere Hürden gestellt.
- Die mutmaßliche Einwilligung dient eher dem Selbstbestimmungsrecht und dem Interesse der/des Patient*in, während die hypothetische eher eine sicherheitsgebende Funktion für Ärzt*innen hat.
- Das Anwendungsfeld für die hypothetische Einwilligung ist recht klein und bezieht sich ausschließlich auf das Strafrecht der Ärzt*innen, wohingegen die mutmaßliche Einwilligung auch bei allen anderen einwilligungsfähigen Straftatbeständen angewendet werden kann.

Geschäftsfähigkeit wird bei allen natürlichen Personen¹¹ vorausgesetzt; ihre Grenzen werden in den §§ 104 bis 113 BGB geregelt (vgl. Klumpp in: Staudinger, Vorbemerkungen zu §§ 104 ff. BGB, Rn. 1 und 5; Wetterling 2016: 21; Lorz 2015: 27). Steffen Klumpp bezeichnet die Geschäftsfähigkeit als fundamentale Voraussetzung der **Privatautonomie** (Kapitel 2). Er führt aus, dass außer den Einschränkungen des Gesetzes keinerlei rechtliche Kontrolle und Beeinflussung ausgeübt wird und dass diese Fähigkeit essentiell dafür ist, eigene Grundrechte wahrnehmen zu können (vgl. Klumpp in: Staudinger, Vorbemerkungen zu §§ 104 ff. BGB, Rn. 13 ff.).

In den §§ 104 Nr. 1 und 106 BGB werden Altersgrenzen genannt: Kinder, die jünger als sieben Jahre alt sind, sind **geschäftsunfähig**, ältere Minderjährige sind hingegen **beschränkt geschäftsfähig**. Unabhängig vom Alter nennt § 104 Nr. 2 BGB einen weiteren Zustand, der zur Geschäftsunfähigkeit führt: Ein „die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit [...], sofern nicht der Zustand [...] ein vorübergehender ist“. In den folgenden Paragraphen werden die Rechtsfolgen beschrieben:

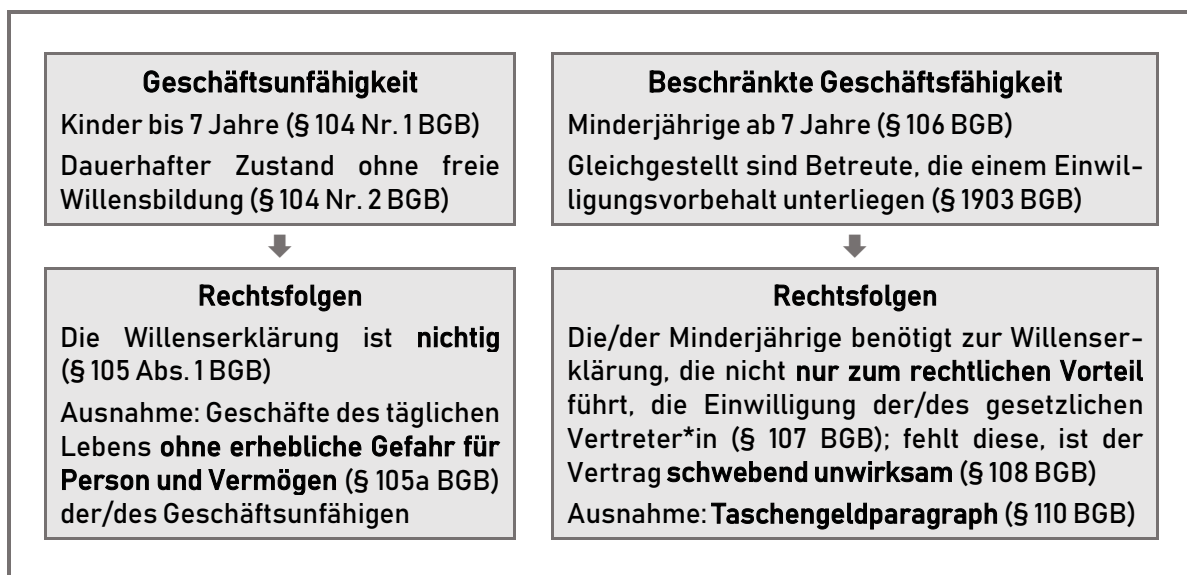


Abbildung 3: **Folgen der Geschäftsunfähigkeit und der beschränkten Geschäftsfähigkeit**

Quelle: Eigene Darstellung, Zusammenfassung der §§ 104-110 und 1903 BGB.

¹¹ Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt drei Arten von **Personen**: natürliche Personen, juristische Personen oder rechtsfähige Personengesellschaften sowie Stiftungen. Natürliche Personen sind Menschen: Sie sind grundsätzlich rechtsfähig (§ 1 BGB), also Träger*innen von Rechten und Pflichten, und verfügen neben der Geschäftsfähigkeit noch über weitere **Fähigkeiten**, wie zum Beispiel die Handlungsfähigkeit, Prozessfähigkeit (§ 51 ZPO), Ehemündigkeit (§ 1303 BGB) oder Testierfähigkeit (§ 2229 BGB), für die jeweils spezielle Voraussetzungen gelten (vgl. Plate 2016: 29 ff.).