

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Yenilee Icgagic

Die Autonomie des einwilligungsunfähigen Patienten

Ein Rechtsvergleich des deutschen mit dem
US-amerikanischen Recht

Band 18



Wolfgang Metzner Verlag

Band 18

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Herausgegeben von
Professor Dr. Tobias Helms
Professor Dr. Martin Löhnig
Professor Dr. Anne Röthel

Fortführung der
Schriften zum deutschen und ausländischen Familienrecht
und Staatsangehörigkeitsrecht.
Verlag für Standesamtswesen, 1998–2010.

Yenilee Icgagic

Die Autonomie des einwilligungsunfähigen Patienten

Ein Rechtsvergleich des deutschen mit dem
US-amerikanischen Recht



Wolfgang Metzner Verlag

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2016

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung außerhalb der Freigrenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

ISBN 978-3-943951-99-8

ISSN 2191-284X

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Inhalt

Vorwort	8
Einleitung	9
Kapitel 1 – Selbstbestimmung und Fürsorge	12
I. Terminologie	12
1. Fürsorge, Paternalismus und Fremdbestimmung	12
2. Autonomie und Selbstbestimmung	13
II. Von Paternalismus zu Autonomie – Die Entwicklung des Verhältnisses von Arzt und Patient in Deutschland und den USA	15
1. Der Hippokratische Eid	15
2. Percivals Code of Medical Ethics	17
3. Die Anerkennung des Selbstbestimmungsrechts in der Rechtsprechung	19
4. Die Kodifizierung des Einwilligungserfordernisses und die Forderung nach einer Patientenaufklärung	21
a) Die Anweisung des Preußischen Kultusministeriums von 1900 und die Richtlinien des Reichsinnenministeriums von 1931	21
b) Der Nürnberger Kodex	23
c) Das Elektroschockurteil I und die Entscheidung Salgo v. Leland	25
d) Der Belmont Report und die Principles of Biomedical Ethics	26
e) Die Aufnahme des Einwilligungserfordernisses in Berufsordnungen und Gesetz	28
III. Fazit	29
Kapitel 2 – Der rechtliche Schutz der Selbstbestimmung	31
I. Das Selbstbestimmungsrecht in Deutschland	31
1. Schutz durch Zivil- und Strafrecht	31
2. Schutz durch die Verfassung	32

II. The Right to Self-Determination	35
1. Das Recht auf Selbstbestimmung nach dem Common Law	35
2. Das Recht auf Selbstbestimmung nach der US-Verfassung	36
3. Zwischenergebnis	41
III. Fazit	42
Kapitel 3 – Die Einwilligungsfähigkeit	43
I. Die Einwilligungsfähigkeit in Deutschland	43
1. Bei der Bewertung der Einwilligungsfähigkeit zu berücksichtigende Kriterien	44
a) Eingriffs- und entscheidungsbezogene Kriterien	45
aa) Schwere des Eingriffs	45
bb) Vernünftigkeit der Entscheidung	46
cc) Dringlichkeit des Eingriffs	48
b) Personenbezogene Kriterien	51
aa) Alter	51
(1) Altersgrenzen für bestimmte Eingriffe	51
(2) Allgemeingültige Altersgrenze	53
(3) Stellungnahme	54
bb) Psychische Krankheit und geistige Behinderung	56
2. Zwischenergebnis	58
II. Competence to Consent to Treatment	59
1. Voraussetzungen der Einwilligungsfähigkeit	59
a) Äußern einer Entscheidung	60
b) Verständnis von relevanten Informationen	61
c) Angemessene Würdigung der Informationen	62
d) Vernünftiger Prozess der Entscheidungsfindung	64
2. Bei der Bewertung der Einwilligungsfähigkeit zu berücksichtigende Kriterien	66
a) Personenbezogene Kriterien	66
aa) Alter	66
bb) Psychische Erkrankung und geistige Behinderung	68
b) Eingriffs- und entscheidungsbezogene Kriterien	68
aa) Komplexität des Eingriffs	68
bb) Zeitdruck bei der Entscheidung	69

cc) Risiko und Nutzen des Eingriffs	69
c) Zwischenergebnis	70
3. Bewertung der Einwilligungsfähigkeit	71
a) MacArthur Competence Assessment Tool – Treatment	71
aa) Verständnis der Krankheit	72
bb) Angemessene Würdigung der Krankheit	72
cc) Verständnis der medizinischen Behandlung sowie der mit ihr verbundenen Vor- und Nachteile	72
dd) Angemessene Würdigung der medizinischen Behandlung	73
ee) Alternative Behandlungsmöglichkeiten	73
ff) Vernünftiger Entscheidungsprozess	73
gg) Bewertung der Antworten	73
b) Die Anwendung des MacArthur Competence Assessment Tool – Treatment in der Praxis	75
III. Einwilligungsfähigkeit im Rechtsvergleich	75
1. Definition der Einwilligungsfähigkeit	76
2. Bewertung der Einwilligungsfähigkeit	76
a) Anwendung des MacCAT-T in Deutschland	77
b) Vereinbarkeit des MacCAT-T mit der deutschen Definition der Einwilligungsfähigkeit	78
Kapitel 4 – Die Entscheidung über die Vornahme des ärztlichen Eingriffs	81
I. Rechtslage in Deutschland	81
1. Funktion und Rechtfertigung der Betreuung	82
2. Voraussetzungen der Betreuerbestellung	83
a) Krankheit und Behinderung	83
b) Unvermögen, eigene Angelegenheiten zu besorgen	84
c) Erforderlichkeit der Betreuung	85
d) Subsidiarität der Betreuung	86
e) Keine Betreuung gegen den freien Willen des Betroffenen	87
f) Bestellung und Auswahl des Betreuers	88
3. Entscheidungszuständigkeit des Betreuers bei medizinischen Eingriffen	91
a) Prüfung der Einwilligungsfähigkeit	91

b) Fehlen einer wirksamen Patientenverfügung	92
c) Aufgabenbereich des Betreuers	92
4. Entscheidung des Betreuers nach § 1901 II, III BGB und § 1901a II BGB	93
a) Allgemeine Maßstäbe für das Handeln des Betreuers nach § 1901 II, III BGB.	93
aa) Wünsche des Betreuten	93
bb) Wohl des Betreuten	95
(1) Das Wohl als Entscheidungsmaßstab	95
(2) Das Wohl als Grenze der Wunschbefolgungspflicht	96
(a) Vernünftigkeit oder Vertretbarkeit des Betreutenwunsches	97
(b) Gefährdung höherrangiger Rechtsgüter	97
(c) Fehlende Eigenverantwortlichkeit	97
(d) Stellungnahme	98
cc) Zumutbarkeit	99
dd) Die Pflicht zu persönlicher Besprechung	100
b) Die Regelung des § 1901a II BGB	100
aa) Behandlungswünsche	101
bb) Der mutmaßliche Wille	101
cc) Entscheidungsfindung nach § 1901b BGB	102
c) Das Verhältnis von § 1901a II BGB zu § 1901 II, III BGB	103
aa) § 1901a II BGB lex specialis gegenüber § 1901 II, III BGB	103
bb) Die Schutzlosigkeit des Patienten als mögliche Folge des § 1901a II BGB	106
(1) Schriftformerfordernis	106
(2) Aufklärung des Patienten	107
(3) Ermittlung des mutmaßlichen Willens	108
(4) Grenze der Wunschbefolgungspflicht	109
(5) Wünsche einwilligungsunfähiger Patienten	110
(6) Keine Pflicht zur Besprechung mit dem Patienten	110
(7) Mögliche Veränderung der Lebensperspektive	111
(8) Zwischenergebnis	112
cc) Stellungnahme	112
5. Die Behandlung gegen den Willen des Patienten nach § 1906 III BGB	115
a) Neuregelung in § 1906 III, IIIa BGB	115
aa) Ärztliche Zwangsmaßnahme	116
bb) Beschränkung auf die stationäre Behandlung	117

cc) Einwilligungsunfähigkeit	117
dd) Überzeugungsversuch	117
ee) Verhältnismäßigkeit der Zwangsbehandlung	118
ff) Genehmigung durch das Betreuungsgericht	119
b) Das Verhältnis von § 1906 III BGB zu § 1901a I, II BGB	119
aa) Gesetzesmaterialien	119
bb) Rechtsprechung	120
cc) Zwischenergebnis	123
c) Stellungnahme	123
6. Kontrolle durch das Betreuungsgericht	125
a) § 1904 I, II BGB: Genehmigungserfordernis	125
b) § 1904 III BGB: Wille des Betreuten	126
c) Entbehrlichkeit der Genehmigung	126
d) Beschränkung auf die Kontrollbefugnis	127
7. Der Arzt als Entscheidungsträger	128
8. Zusammenfassung	128
II. Rechtslage in Connecticut	130
1. Die Betreuung (Conservatorship)	131
2. Entscheidung des Betreuers über medizinische Eingriffe	132
a) Best Interests of the Patient	133
b) Substituted-Judgment	134
c) Entgegenstehende staatliche Interessen	138
3. Zwischenergebnis	141
II. Die Entscheidung über den ärztlichen Eingriff im Rechtsvergleich	142
Kapitel 5 – Besondere ärztliche Eingriffe	144
I. Die Organtransplantation	145
1. Deutsches Recht	145
a) Die Organspende	146
b) Die Knochenmarkspende	147
2. Rechtslage in Connecticut	148

a) Rechtsprechung zur Organtransplantation durch einwilligungsunfähige Patienten	149
aa) Fälle genehmigter Organspenden	149
bb) Fälle nicht genehmigter Organspenden	153
cc) Zwischenergebnis	155
(1) Vorteilhaftigkeit der Spende für den Organspender	155
(2) Familienmitglied als Organempfänger	156
(3) Keine Berücksichtigung der Interessen des Organempfängers	156
dd) Kritik an der Organspende durch einwilligungsunfähige Patienten	157
b) Gesetzliche Regelung in Texas	158
c) Die Organspende durch Komapatienten	159
II. Die Sterilisation	161
1. Deutsches Recht	161
a) Zwangssterilisationen nach dem Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses	161
b) Voraussetzungen der Sterilisation einwilligungsunfähiger Patientinnen nach § 1905 BGB	163
aa) Verbot der Zwangssterilisation	164
bb) Dauerhafte Einwilligungsunfähigkeit	166
cc) Gefahr einer Schwangerschaft	167
dd) Gefahr für das Leben oder Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes	168
ee) Unzumutbarkeit anderer Verhütungsmittel	170
c) Entscheidung durch den Sterilisationsbetreuer	171
d) Sterilität als Nebenfolge	172
e) Sterilisation von Männern	173
2. Rechtslage in Connecticut	173
a) Die eugenische Bewegung und Zwangssterilisationen in den USA	173
b) Rechtsprechung	179
c) Gesetzliche Regelung der Sterilisation einwilligungsunfähiger Patientinnen in Connecticut	182
III. Der Schwangerschaftsabbruch	184
1. Deutsches Recht	184
a) Gesetzliche Regelung	185

b) Die einwilligungsunfähige Schwangere	186
c) Die Schwangere im Wachkoma	189
2. Rechtslage in Connecticut	192
a) Roe v. Wade – Der Schwangerschaftsabbruch als verfassungsrechtlich geschütztes Recht	192
b) Rechtsprechung	194
c) Gesetzliche Regelung in Connecticut	198
IV. Die besonderen ärztlichen Eingriffe im Rechtsvergleich	199
1. Organtransplantation	199
a) Vergleich der Regelungen	199
b) Stellungnahme	200
2. Sterilisation	201
3. Schwangerschaftsabbruch	202
Kapitel 6 – Schlussbetrachtung – Zusammenfassung in Thesen	204
Abkürzungsverzeichnis	212
Entscheidungsverzeichnis	217
Literaturverzeichnis	232
Materialien	251

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Frühjahrstrimester 2016 von der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 24. Mai 2016 in Hamburg statt.

Mein besonderer Dank gilt Frau Professor Dr. Anne Röthel für die Unterstützung bei der Themensuche und die engagierte Betreuung schon während des Studiums und später während der Erstellung der Dissertation. Herrn Professor Dr. Karsten Thorn danke ich für das Erstellen des Zweitgutachtens, Herrn Professor Dr. Martin Löhnig und Herrn Professor Dr. Tobias Helms für die Aufnahme in diese Schriftenreihe.

Frau Angelika Zörnig danke ich für das Korrekturlesen des Manuskripts. Danken möchte ich außerdem Frau Fatima Icagic für ihre Unterstützung während meiner Ausbildung.

Herrn Professor Dr. Howard Zonana danke ich für die Betreuung während meines Forschungsaufenthaltes an der Yale Law School in New Haven. Ihm ist diese Arbeit gewidmet.

London, im Oktober 2016

Yenilee Icagic

Einleitung

Im Laufe der Geschichte der medizinischen Ethik, vom Hippokratischen Eid bis zur heutigen Zeit, haben sich die rechtlichen und ethischen Maßstäbe, welche die Beziehung zwischen Arzt und Patient prägen, grundlegend verändert. War diese Beziehung früher durch ein ärztliches Fürsorgedenken bestimmt, so hat das Selbstbestimmungsrecht des Patienten nunmehr maßgeblich an Bedeutung gewonnen¹. Ein medizinischer Eingriff darf nur vorgenommen werden, wenn der Patient hierzu seine Einwilligung erteilt hat. Eine wirksame Einwilligung setzt voraus, dass der Patient einwilligungsfähig ist und vor Erteilung der Einwilligung über den Eingriff aufgeklärt worden ist². Fragestellung dieser Arbeit ist, unter welchen Voraussetzungen ein Patient als einwilligungsfähig gilt sowie von wem und anhand welcher Maßstäbe die Entscheidung über die Vornahme eines medizinischen Eingriffs an einem einwilligungsunfähigen Patienten zu treffen ist. Die Untersuchung konzentriert sich auf einwilligungsunfähige volljährige Patienten, die in der Vergangenheit keine Entscheidung bezüglich zukünftiger medizinischer Behandlungen getroffen haben. Patientenverfügung, Vorsorgevollmacht und Betreuungsverfügung werden nicht erörtert. Des Weiteren ist lediglich auf Patienten einzugehen, die dauernd oder über einen längeren Zeitraum einwilligungsunfähig sind. Die Rechtslage bei der medizinischen Behandlung von Patienten, die lediglich während eines kurzen Zeitraumes einwilligungsunfähig sind, wie im Falle einer vorübergehenden Bewusstlosigkeit, wird nicht behandelt.

Das Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts, welches am 1. September 2009 in Kraft getreten ist, gab Anstoß zu einer kritischen Diskussion des erstmals gesetzlich normierten Instituts der Patientenverfügung³. Die Entscheidung über die Vornahme medizinischer Eingriffe an einwilligungsunfähigen Patienten, die keine Vorsorge für den Fall ihrer Einwilligungsunfähigkeit getroffen hatten, trat demgegenüber in den Hintergrund und bleibt bis heute ein im deutschen Recht wenig beachtetes Thema. Zu den aufgeworfenen Fragestellungen findet sich oft nur wenig

¹ Tauber, Patient Autonomy, S. 57; Härle, FPR 2007, 47 (47).

² §§ 630d, 630e BGB; BGH, Urt. v. 15. 3. 2005, NJW 2005, 1718 (1719); BGH, Urt. v. 7. 11. 2006, NJW-RR 2007, 310 (310 f.); Spickhoff, Beck'scher Kurzkommentar Medizinrecht, § 630d Rn. 1, § 630e Rn. 1. Für das US-amerikanische Recht: *Salgo v. Leland*, 317 P.2d 170, 181 (1957); *Schloendorff v. Society of N.Y. Hosp.*, 105 N.E. 92, 93 (1914); *Estate of Leach v. Shapiro*, 469 N.E.2d 1047, 1051 f. (1984).

³ Siehe etwa: *Holzhauser*, FamRZ 2006, 518; *May*, BtPrax 2007, 149; *Hoffmann*, BtPrax 2009, 7; *Brosey*, BtPrax 2009, 175.

Literatur und Rechtsprechung. Der Blick in eine andere Rechtsordnung lohnt deswegen. Die Arbeit untersucht die Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika⁴. Als Grundlage der folgenden Darstellungen wurde die Rechtslage im Bundesstaat Connecticut gewählt. Wie im Common Law üblich, ist auch auf Rechtsprechung aus anderen US-Bundesstaaten einzugehen.

Das erste Kapitel der Arbeit widmet sich dem Spannungsverhältnis von ärztlicher Fürsorge und Patientenselbstbestimmung. Zunächst werden die für die Arbeit zentralen Begriffe Selbstbestimmung und Autonomie auf der einen sowie Fürsorge, Paternalismus und Fremdbestimmung auf der anderen Seite definiert (I). Es folgt ein Überblick über die geschichtliche Entwicklung des Arzt-Patienten-Verhältnisses in Deutschland und den USA (II). Es wird sich zeigen, dass der Wandel der Arzt-Patienten-Beziehung und die Stärkung der Patientenautonomie in Deutschland und den USA zeitlich oft parallel verliefen und zum Teil auf die gleichen Einflüsse zurückzuführen sind. Im zweiten Kapitel wird der rechtliche Schutz des Selbstbestimmungsrechts in Deutschland erläutert (I). Sodann folgt die Darstellung der Rechtslage in Connecticut (II). Das dritte Kapitel der Arbeit widmet sich der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Patient in Deutschland (I) und in Connecticut (II) als einwilligungsfähig gilt, also rechtswirksam über die Vornahme eines medizinischen Eingriffs entscheiden kann. Der in den USA gegenüber Deutschland stärker ausgeprägte Austausch zwischen Medizin und Rechtswissenschaft hat zur Folge, dass die in den USA für die Bewertung und Prüfung der Einwilligungsfähigkeit geltenden Maßstäbe praxisorientierter und für die behandelnden Ärzte leichter handhabbar sind. Das vierte Kapitel befasst sich mit der Entscheidung über die Vornahme eines ärztlichen Eingriffs durch Dritte. Zunächst wird die Rechtslage in Deutschland beleuchtet (I), wobei insbesondere die Voraussetzungen der Betreuerbestellung und die Kriterien, nach denen der Betreuer seine Entscheidung trifft, erläutert werden. Im Anschluss folgt eine Darstellung der Rechtslage in Connecticut (II). Im fünften Kapitel werden drei ausgewählte ärztliche Eingriffe untersucht, die besonderen Regelungen unterliegen. Es handelt sich hierbei um die Organtransplantation (I), die Sterilisation (II) und den Schwanger-

⁴ Die moderne Medizinethik hat ihren Ursprung in den USA (*Schöne-Seifert*, Medizinethik, S. 14; *Marckmann*, in: Breitsamer (Hrsg.), Autonomie und Stellvertretung, 17 [17]). In den USA werden medizinethische Fragestellungen bereits seit den späten fünfziger Jahren fachbereichsübergreifend diskutiert (*Jonsen*, History of Medical Ethics, S. 115 f.; *ders.*, Birth of Bioethics, S. 142, 149 f.; *Stevens*, Bioethics, S. 46, 48 f.). Landesweit forschen Institute an den Schnittstellen von Rechtswissenschaft, Medizin und Ethik. 1958 wurde das *Law-Medicine Research Institute* an der Boston University gegründet (*Jonsen*, Birth of Bioethics, S. 142), 1969 das *Institute of Ethics, Society and the Life Sciences* (bekannt als das *Hastings Center*), 1971 das *Kennedy Institute of Ethics* an der Georgetown University (*Jonsen*, History of Medical Ethics, S. 115).

schaftsabbruch (III). Zunächst wird die Entscheidung über die Vornahme des Eingriffs nach deutschem Recht behandelt. Sodann folgt die Darstellung der Rechtslage in Connecticut. Es wird festzustellen sein, dass der Betreuer (in Connecticut der *conservator*) bei der Entscheidung über die medizinische Behandlung des einwilligungsunfähigen Patienten in beiden Rechtsordnungen zum einen das Selbstbestimmungsrecht des Patienten verwirklichen, zum anderen den einwilligungsunfähigen Patienten vor Schaden schützen soll. Bei dem Ausgleich der sich widerstreitenden Interessen kommen die Rechtsordnungen zu vergleichbaren Ergebnissen, und die Entscheidung über die medizinische Behandlung einwilligungsunfähiger Patienten wird nach ähnlichen Entscheidungskriterien getroffen. Besonders deutlich zeigt sich diese Ähnlichkeit bei den Voraussetzungen für die Sterilisation einer einwilligungsunfähigen Patientin. Allein bei der Organtransplantation messen die USA der Patientenselbstbestimmung eine wesentlich größere Bedeutung bei als in Deutschland, während der Schutz- und Fürsorgegedanke in den Hintergrund tritt. Das sechste und letzte Kapitel der Untersuchung enthält eine Zusammenfassung der zwischen dem deutschen und dem US-amerikanischen Recht bestehenden wesentlichen Gemeinsamkeiten und Unterschiede.