

Abbruch lebenserhaltender Behandlungen und die Kontrollfunktion des Vormundschaftsgerichts - Voraussetzungen und Grenzen

Anmerkungen zum Beschluss des BGH vom 17.3.2003 - XII ZB 2/03

Vizepräsident des LSG a.D. Günter Hennies, Berlin

Der Beschluss des BGH, ArztR 2003, 298 ist in Vorträgen der Vorsitzenden des XII. Zivilsenats, Dr. Hahne, und einem veröffentlichten Gespräch¹ ausführlich erläutert worden und auf viel Kritik gestoßen, besonders von juristischer Seite, aber auch von Medizinern und anderen sachkundigen Teilnehmern. Selbst für Juristen ist die Entscheidung in all ihren facettenreichen Aussagen nicht auf Anhieb zu verstehen². Sie geht, versehen mit zahlreichen Zitaten aus der einschlägigen juristischen Literatur, auf die Rechtsprobleme ein, befasst sich aber nicht mit medizinischen Fragen, die zu beantworten wichtig gewesen wäre. Der vorliegende Besprechungsaufsatz hat zum Ziel, die Übertragung der wesentlichen Rechtsgedanken in die Praxis ärztlichen Handelns zu erleichtern. Er folgt der Begründung der BGH-Entscheidung, führt aber darüber hinaus.

1. Die Einwilligung in medizinische Eingriffe

Ärztliche Eingriffe in die körperliche Integrität, gleichgültig welcher Art, bedürfen grundsätzlich der Einwilligung des Patienten. Das gilt nicht nur – wie in dem vom BGH entschiedenen Fall – wenn der Arzt eine Magensonde zur künstlichen Ernährung legt, sondern auch, wenn sie als fort-dauernder Eingriff beibehalten wird. Ist der Patient im Zeitpunkt der Maßnahme nicht einwilligungsfähig, so

tritt an die Stelle des rechtswirksam geäußerten Willens der mutmaßliche Wille. Wie der BGH betont, wirkt jedoch mit Vorrang eine frühere Willensbekundung fort, die der Patient im willens- und entscheidungsfähigen Zustand abgegeben hat; daran ändert auch seine inzwischen eingetretene Einwilligungsunfähigkeit nichts (ausführlich hierzu Kap. 6).

Der Arzt ist verpflichtet, für einen Patienten, der willensunfähig ist, beim Vormundschaftsgericht die **Bestellung eines Betreuers** anzuregen

(§ 1896 Abs. 1 Satz 3 BGB). Ist der Betreuer bestellt, wird damit die rechtliche Handlungsfähigkeit des Patienten wiederhergestellt; der Betreuer handelt als gesetzlicher Vertreter. Dem BGH entsprechend formuliert, hat er „die exklusive Aufgabe“, dem Willen des Patienten gegenüber dem Arzt und Pflegepersonal in eigener rechtlicher Verantwortung und nach Vorschriften des Betreuungsrechts

¹ Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 18.7.2003

² so Kutzner, ZRP-Rechtsgespräch ZRP 2003, 213 ff.

„Ausdruck und Geltung zu verschaffen“. Für sein Verhalten gibt das Wohl des betreuten Menschen den Maßstab ab; dazu gehört auch das Recht, das Leben nach eigenen Vorstellungen zu gestalten (§ 1901 BGB).

2. Zur Wirkung von Patientenverfügungen (früher Patienten-testament genannt).

Der BGH hat zum ersten Mal als oberstes Gericht zur **Wirksamkeit und Verbindlichkeit** von Patientenverfügungen entschieden: Feststellungen zum mutmaßlichen Willen sind nur hilfsweise zu treffen, wenn und soweit eine im Voraus getroffene – „antizipatorische“ Willensbekundung des Patienten, insbesondere in Form einer Patientenverfügung nicht zu ermitteln ist. An dieser Stelle soll, über die BGH-Entscheidung hinaus führend, skizziert werden, welchen **Inhalt** eine Patientenverfügung haben sollte. Sie ist für den Arzt in der Praxis ein umso wirksameres Instrument je eindeutiger ihr Inhalt mit der aktuellen medizinischen Situation übereinstimmt und besonders Folgendes beschrieben wird³:

- ▲ die Situation, für die sie gelten soll: Unfähigkeit, eigene Angelegenheiten selbst zu regeln und Entscheidungen selbst zu treffen;
- ▲ der Krankheitszustand: z.B. schwerstes körperliches Leiden, Dauerbewusstlosigkeit, fortschreitender geistiger Verfall;
- ▲ die Prognose: infaust, keine Aussicht auf Besserung;
- ▲ Behandlungsmaßnahmen, die unterbleiben sollen: keine lebenserhaltenden Maßnahmen, z.B. keine

Wiederbelebung, Beatmung oder Dialyse, keine Amputation, keine künstliche Ernährung durch Magensonde oder Magenfistel, kein Einsatz von Antibiotika bei interkurrenten fieberhaften Erkrankungen;

- ▲ Wünsche für eine Behandlung: Bekämpfung von Schmerzen, Übelkeit und sonstigen Begleitsymptomen.

In Patientenverfügungen kommt das **fortwirkende Selbstbestimmungsrecht**, aber auch die **Selbstverantwortung** des Patienten zum Ausdruck. Seine Willensbekundungen für oder gegen bestimmte medizinische Maßnahmen dürfen weder vom Arzt noch vom Betreuer „korrigiert“ werden, auch nicht durch einen „Rückgriff auf den mutmaßlichen Willen“ des Patienten (so der BGH). Sie sind verbindlich, es sei denn,

- es sind konkrete Anzeichen erkennbar, dass der Patient seinen Willen geändert hat, oder
- die Sachlage hat sich „nachträglich so erheblich geändert, dass die frühere selbstverantwortlich getroffene Entscheidung die aktuelle Sachlage nicht umfasst“ (BGH).

Patientenverfügungen sind frei und formlos widerruflich, aber nicht allein deswegen unwirksam, weil sie schon vor längerer Zeit verfasst worden sind. Zweifel werden vermieden, wenn sie in Abständen von zwei bis drei Jahren bestätigt oder ergänzt worden sind.

Unbeachtlich sind Willensbekundungen, Verfügungen sowie Erklärungen von Bevollmächtigten oder Betreuern, die einen Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen verlangen, obwohl der Zustand des Patienten nach allgemeiner Erfahrung eine Besserung im Sinne eines umweltbezogenen Lebens, die Wiederkehr der zwischenmenschlichen

Kommunikation und ein Wiedererstarben des Lebenswillens erwarten lässt, kurz zusammengefasst: Verfügungen und Willenserklärungen, die sich mit dem Recht nicht vereinbaren lassen, sind rechtswidrig und deshalb unbeachtlich. Über erkennbare Zweifel an der Wirksamkeit einer Patientenverfügung sollte mit Angehörigen oder sonstigen Bezugspersonen gesprochen werden.

3. Voraussetzungen für den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen.

3.1 Hilfe beim Sterben – Hilfe zum Sterben

Bei der Frage, unter welchen medizinischen Voraussetzungen die Rechtsordnung gestattet, lebensverlängernde oder -erhaltende Maßnahmen zu unterlassen oder nicht fortzuführen, verweist der BGH auf das bekannte, im juristischen Schrifttum viel besprochene, ebenfalls zu einer künstlichen Ernährung ergangene **Urteil eines Strafsenats vom 13.9.1994⁴** und unterscheidet zwei Krankheitsverläufe: Für beide Verläufe ist kennzeichnend, „dass das Grundleiden des Kranken nach ärztlicher Überzeugung unumkehrbar (irreversibel) sein und einen tödlichen Verlauf angenommen haben“ muss. Wird „in einem solchen Fall der Tod in kurzer Zeit eintreten, so rechtfertigt die unmittelbare Todesnähe es, von einer Hilfe für den Sterbenden und ‚Hilfe beim Sterben‘, kurz von Sterbehilfe zu sprechen und dem Arzt den Abbruch lebensverlängernder Maßnahmen zu erlauben“. Verlangt der Kranke oder im Falle einer Willensunfähigkeit sein Betreuer den Abbruch medizinischer Maßnahmen, die lediglich den natürlichen Ablauf des Sterbens verzögern, so ist der Arzt nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, die weitere Behandlung einzustellen und die Therapie auf die

3 Hennies, Zeitschr. „Berliner Ärzte“, 2001, H. 6 S. 18; www.aerztekammer-Berlin.de (Kapitel „Ethik“); Olzen/Attermeyer, ArztR 2001 S. 121 zu II mit vielen Zitaten

4 1 StR 357/94 - sog. Kemptener Urteil: BGHSt 40, 257 = NJW 1995, 204 = MedR 1995, 72 = ArztR 1995, 184; u.v.a. Olzen/Attermeyer Fn. 3, S. 117 zu I 1 mit vielen Zitaten; Schlund, ArztR 2002 S. 260

keiten ausgeschöpft werden. Dies zugrunde gelegt, wurde der bisherige therapeutische Einsatz fortgesetzt; innerhalb eines Zeitraums von drei Wochen war das Multiorganversagen jedoch nicht mehr zu beeinflussen. Von einer Erweiterung der Therapie wurde nunmehr nach erneuten Gesprächen mit der Betreuerin in einem gemeinsam erarbeiteten Konsens Abstand genommen. Der Patient starb kurz darauf an einem toxischen Herz-Kreislauf-Versagen. Dieses Beispiel zeigt, wie wichtig intensive Gespräche zwischen Ärzten, Pflegekräften und Betreuern sind, wie wichtig es auch ist, möglichst zu einem Konsens zu gelangen.

Auf die besonderen **Probleme des apallischen Syndroms** (des Dauerkomas) mit infauster Prognose ist der BGH nicht eingegangen, obwohl seiner Entscheidung der Sachverhalt zugrunde liegt, dass der Patient infolge eines Myocardinfarktes einen hypoxischen Gehirnschaden im Sinne eines apallischen Syndroms erlitten hatte. Erfahrungsgemäß kann der Bewusstseinsverlust als verbleibendes Defektsyndrom über Monate, u.U. über unbestimmt viele Jahre verharren, ohne dass das apallische Syndrom unmittelbar zum Tode führt. Solange vitale Funktionen stabil bleiben, werden Wachkoma-Patienten arztethisch nicht als Sterbende angesehen. Sie haben wie alle Patienten ein Recht auf Behandlung, Pflege und Zuwendung; eine lebenserhaltende Therapie einschließlich der erforderlichen künstlichen Ernährung ist medizinisch gebo-

ten¹⁰. Wenn dann aber nach dem unwiderruflichen Ausfall weiterer Organfunktionen und einer auf langer sorgfältiger klinischer Beobachtung beruhenden ärztlichen Prognose das Bewusstsein, die kognitiven Fähigkeiten zur Mitteilung, Wahrnehmung, Willensäußerung und die Kommunikationsfähigkeit irreversibel verloren sind, ist die **Grenze ärztlicher Behandlungspflichten** erreicht. Der Patient ist nur noch davon abhängig, dass vitale Funktionen, z.B. durch künstliche Beatmung, künstliche Ernährung, maschinelle Unterstützung des Herz-Kreislaufsystems aufrechterhalten werden. Werden diese Mittel nicht eingesetzt, tritt nunmehr unwiderruflich der Tod ein. Angesichts dieser Entwicklung stellt sich auch die Frage nach der Indikation der intensiv-medizinischen Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der vitalen Funktionen. Eine lebensverlängernde Behandlung, bis der Patient an einer interkurrenten Erkrankung stirbt, wäre sinnlos, weil wegen des irreversiblen Bewusstseinsverlustes keine Chance bestanden hat, ihm zu einem umweltbezogenen menschenwürdigen Leben zu verhelfen. Auch diese beiden Gründe würden es rechtfertigen, die Behandlung einzustellen¹¹. Problematisch ist folglich weniger die rechtliche als die ausschlaggebende tatsächliche, medizinisch prognostische Frage, ob und wann die „Irreversibilität“ des Bewusstseinsverlustes eingetreten ist¹².

Fazit

Der BGH macht die Feststellung einer irreversiblen und zum Tode führenden Krankheit zur bindenden Voraussetzung, eine lebenserhaltende Behandlung zu unterlassen oder nicht fortzusetzen. Diese rechtliche Vorgabe sollte nicht starr angewendet, vielmehr sollte dem in einer Patientenverfügung geäußerten Willen des Patienten entsprechend, je nach dem individuellen Krankheitszustand flexi-

bel verfahren werden¹³. Unabdingbare Voraussetzung ist die Irreversibilität der Krankheit; außerdem darf endgültig keine Chance mehr bestehen, dass der Patient ein erträgliches, selbstbestimmtes, umweltbezogenes, menschenwürdiges Leben führt.

4. Kontrollfunktion des Vormundschaftsgerichts

Bisher war die Rechtsprechung in der Frage uneinheitlich, ob die Einwilligung eines Betreuers in einen Behandlungsabbruch oder -verzicht in analoger Anwendung des § 1904 den Vormundschaftsgerichten zur Genehmigung vorgelegt werden musste. Dieser Rechtsunsicherheit hat der BGH dadurch ein Ende gesetzt, dass er **durch Rechtsfortbildung des Betreuungsrechts** einen neuen, gesetzlich nicht geregelten Weg eingeschlagen hat: Er hat die Wirksamkeit einer vom Betreuer verweigerten Einwilligung in eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung oder Weiterbehandlung eines einwilligungsunfähigen Patienten von einer **Zustimmung des Vormundschaftsgerichts** abhängig gemacht. Hahne¹⁴ bezeichnet die auf dem Wege der Rechtsfortbildung entwickelte vormundschaftsgerichtliche Prüfungszuständigkeit als einen „**Kernpunkt der BGH-Entscheidung**“. Der Betreuer, der die Aufgabe hat, den Willen des Patienten durchzusetzen, wird verpflichtet, das Vormundschaftsgericht anzurufen, wenn Ärzte und Pflegepersonal sich weigern, eine Behandlung, z.B. eine künstliche Ernährung, abzubrechen. Er erhält durch die gerichtliche Kontrolle eine „rechtliche Rücken- deckung“ oder wird vor einer Fehlentscheidung bewahrt¹⁵. Zugleich werden auch bei Ärzten und beim Pflegepersonal Unsicherheiten behoben; denn sie „müssen sich darauf verlassen können, dass sie nicht straf-

10 Bundesärztekammer, Grundsätze zur ärztlichen Sterbebegleitung zu III, DÄrzteBl. 95, H. 39, 1998, S. C-1691 = NJW 1998 S.3406

11 zu alldem: Opderbecker/Weissauer, MedR 1998, 395, 398; Eser/v.Lutterotti/Sporken, Lexikon Medizin Ethik Recht, Sp. 74 ff., 76; 184 f.; 1097 f.)

12 Taupitz, a.a.O., S. 23 f., 48

13 wie die von Sandvoß, Fn. 8, dargestellten Gründe für einen indizierten Behandlungsabbruch besonders deutlich zeigen

14 Fn. 1

15 Kutzer, Fn. 2

Aussagen von medizinischen Sachverständigen nicht erreichen lassen. Die Frage, welchen Verlauf eine Krankheit nehmen wird, lässt sich nur mit Hilfe einer ärztlichen Prognose beantworten. Prognosen hängen von vielen unwägbareren Umständen ab. Der Arzt muss viele Einzelheiten berücksichtigen, häufig werden ihm Erfahrungen helfen, insbesondere statistischer Art. Unwägbarkeiten lassen sich weder voraussehen noch voraussagen. Prognostische Unsicherheiten sind unvermeidbar, eindeutige Feststellung zu treffen, ist nicht möglich¹⁸.

Ärzte, denen von Juristen Beweisfragen zu Krankheitsverläufen und zur Sicherheit ihrer Feststellungen gestellt werden, sollten diese Grenzen medizinischer Erkenntnis deutlich machen. Sie dürfen sich nicht, nur weil sie befragt werden, Antworten abringen, die medizinisch nicht stichhaltig sind. Erklärt der Arzt als Sachverständiger, diese oder jene Beweisfrage bei bestem Willen mit gutem Gewissen nicht beantworten zu können, so muss der Jurist eine solche Aussage hinnehmen; er hat damit die Grenze seiner Pflicht zur Sachaufklärung erreicht.

Zusammenfassung der vormundschaftsgerichtlichen Kontrollfunktionen und ihrer Grenzen:

- ▲ *Die lebenserhaltende Behandlung ist medizinisch indiziert,* der Arzt leitet sie ein oder setzt sie fort;
 - der Betreuer verweigert die Einwilligung; er ist verpflichtet, das Vormundschaftsgericht anzurufen und seine Entscheidung zur Zustimmung vorzulegen; die Entscheidung wird erst mit der Zustimmung wirksam.
 - Solange die Zustimmung nicht erteilt ist, muss weiterbehandelt werden.

▲ *Die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts:*

- Wird dem Betreuer die Zustimmung erteilt, muss die Behandlung eingestellt werden.
- Verweigert das Vormundschaftsgericht die Zustimmung, so gilt damit zugleich die Einwilligung des Betreuers in die Behandlung oder Weiterbehandlung als er setzt.

▲ *Zwischen Arzt und Betreuer besteht kein Konflikt:*

Der Arzt möchte, z.B. einer eindeutigen Patientenverfügung entsprechend, eine indizierte lebenserhaltende Behandlung abbrechen, der Betreuer erteilt seine Einwilligung.

- Das Vormundschaftsgericht wird nicht eingeschaltet, eine Zustimmung ist nicht erforderlich;
- die Behandlung wird unterlassen oder eingestellt.

▲ *Der Arzt hält die lebenserhaltende Behandlung für nicht oder nicht mehr indiziert, für sinnlos oder aus sonstigen Gründen für nicht möglich (dem BGH entsprechend formuliert):*

- Er unterlässt die Behandlung oder stellt sie ein;
- Einwilligung des Betreuers und Zustimmung des Vormundschaftsgerichts sind nicht erforderlich.

Ärzte sind nicht verpflichtet, das Vormundschaftsgericht mit dem Ziel anzurufen, die Zustimmung zu einem Behandlungsverzicht oder Behandlungsabbruch zu erhalten. Unabhängig von der durch den BGH-Beschluss vom 17. 3. 2003 begründeten Kontrollfunktion können sie sich aber auf Grund betreuungsrechtlicher Vorschriften an das Vormundschaftsgericht wenden, falls sie nach dem Verhalten des Betreuers Zweifel an dessen Eignung zur Vertretung des Patienten in gesundheitlichen Angelegenheiten haben (§ 1908 b BGB).

5. Vorsorgevollmacht

Wer die staatliche Bestellung eines Betreuers verhindern möchte, sollte im willensfähigen Zustand sein Recht wahrnehmen, für den Fall seiner Willens- und Entscheidungsunfähigkeit einen nahe stehenden Menschen, dem er sein Vertrauen schenkt, durch Vorsorgevollmacht zum Bevollmächtigten zu bestellen (§ 1896 Abs. 2 BGB). Der Bevollmächtigte ist an den Inhalt der Vollmacht gebunden. Er hat die Aufgabe, den Willen, der darin zum Ausdruck kommt, gegenüber Ärzten und Pflegepersonal durchzusetzen. Auf dieser Grundlage muss er eigenverantwortlich seine Entscheidungen treffen. Liegt eine eindeutige Erklärung vor, in der sich der Patient für den nunmehr bestehenden, aktuellen Krankheitszustand gegen lebenserhaltende medizinische Maßnahmen entschieden hat, so muss der Bevollmächtigte diesen Willen akzeptieren und dem Arzt gegenüber vertreten. Seine innerhalb seiner Vertretungsmacht im Namen des Patienten abgegebenen Willenserklärungen wirken unmittelbar so, als habe der Patient sie abgegeben (§ 164 BGB); sie sind folglich für den Arzt kraft Gesetzes rechtsverbindlich. Sinnvoll ist eine **Kombination von Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung**.

Die Voraussetzungen, unter denen eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung eingestellt werden darf (Kap. 3), gelten für Gesundheitsbevollmächtigte ebenso wie für Betreuer. Ob auch Bevollmächtigte verpflichtet sind, das Vormundschaftsgericht anzurufen, wenn sie die Einwilligung in eine solche Behandlung verweigern, hat der BGH nicht entschieden; rechtliche Zusammenhänge mit dem Betreuungsrecht¹⁹ sprechen für eine gleiche Verpflichtung wie für Betreuer. Auf der anderen Seite darf nicht übersehen werden, dass zwischen beiden Vertre-

tungsformen wesentliche Unterschiede bestehen. Der Betreuer ist kraft hoheitlichen Aktes staatlich bestellt, der Bevollmächtigte ist durch das Selbstbestimmungsrecht des Patienten privatrechtlich legitimiert. Gibt man diesen Wesensunterschieden ein rechtlich stärkeres Gewicht, müsste man Bevollmächtigten – so wie entscheidungsfähigen Patienten – das Recht einräumen, die Einwilligung in eine lebenserhaltende Behandlung zu verweigern, ohne die Zustimmung des Vormundschaftsgerichts einholen zu müssen²⁰.

6. Der mutmaßliche Wille nicht willensfähiger Patienten

Der Arzt hat das Recht, eine lebenserhaltende oder -verlängernde Behandlung, für die **keine medizinische Indikation** besteht, unabhängig vom Patientenwillen zu unterlassen oder abbrechen; er ist deshalb auch auf die Willenserklärung des Betreuers eines willensunfähigen Patienten nicht angewiesen. Wie der BGH klarstellt, sind bei indizierten Behandlungen zwar Ermittlungen zum mutmaßlichen Willen zu führen, nicht aber dann, wenn dem Betreuer und dem Arzt **eine Patientenverfügung** vorliegt. Der in der Patientenverfügung geäußerte Wille des Patienten hat Vorrang vor dem mutmaßlichen Willen. Auch in den Fällen, in denen der Patient im Zustand seiner Willens- und Entscheidungsfähigkeit durch Vorsorgevollmacht einen **Gesundheitsbevollmächtigten** bestellt hat, sind keine Feststellungen über den mutmaßlichen Willen zu treffen, weil der Bevollmächtigte verpflichtet ist, den in der Vorsorgevollmacht verbindlich geäußerten Wünschen entsprechend zu handeln.

Zur Sachlage, wenn keine Patientenverfügung vorliegt:

Die Vertretungsmacht des Betreuers als des gesetzlichen Vertreters hat

rechtlich die gleiche Wirkung wie die eines Bevollmächtigten²¹. Willenserklärungen, die er abgibt, wirken so als habe sie der Patient abgegeben (§ 164 BGB). Da er dessen Wünschen zu entsprechen hat (§ 1901 Abs. 3 BGB), fällt ihm an erster Stelle die Aufgabe zu, sich möglichst klar zu werden, welche Wünsche der Patient mutmaßlich hat. Aber auch vom Arzt, der Erwägungen anstellt, eine lebenserhaltende Behandlung abbrechen, verlangt der BGH, den mutmaßlichen Willen des Patienten festzustellen²².

Den mutmaßlichen Willen eines willensunfähigen Menschen zu erforschen, bedeutet, sich über einen **aktuellen individuellen hypothetischen Willen** Klarheit zu verschaffen, bezogen auf einen Zeitpunkt und eine Situation, die dieser Mensch nie bewusst erlebt hat – eine Aufgabe, deren Lösung - von klaren Sachverhalten abgesehen – schwierig, wenn nicht unmöglich ist²³. Es ist hier kein Platz, auf die juristische Kritik an den Anforderungen einzugehen, wie sie der BGH im Strafurteil vom 13.9.1994 gestellt hat²⁴. Vielmehr kommt es für die problematischen Fälle, in denen der Sterbevorgang noch nicht eingesetzt hat²⁵, darauf an, einen Weg zu Entscheidungen zu finden, die im Konfliktfall gerichtlich nachprüfbar sind.

Die Fragen lauten, kurz gefasst: Wie würde der Patient sich in der gegenwärtigen Lage verhalten, wenn er willens- und entscheidungsfähig wäre? Würde er in den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen einwilligen oder eine Weiterbehandlung verlangen? In dieser Situation sind Gespräche mit Angehörigen und anderen nahestehenden Personen hilfreich und unverzichtbar. Deren Erklärungen können aber die Einwilligung des willensunfähigen Patienten nicht ersetzen, weil sie dazu nicht bevollmächtigt sind. Der BGH erwartet vom Arzt eine **sorgfältige Abwägung aller Umstände**, z.B.

früherer mündlicher oder schriftlicher Äußerungen, persönlicher Wertvorstellungen und Überzeugungen, altersbedingter Lebenserwartungen, Schmerzen und Schäden in der verbleibenden Lebenszeit. Wegen der Schwierigkeiten, sich auch nur annähernd Klarheit zu verschaffen, lässt sich nicht ausschließen, dass Arzt und Betreuer mit ihren Ermittlungen zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen. **Im Zweifel** hat der Schutz des Lebens Vorrang.

Mehr Erfolg versprechen **andere Wege**. Wenn der Arzt eine medizinisch zutreffend begründete Entscheidung trifft, wird sich nur in Ausnahmefällen ein mutmaßlicher Wille des Patienten entgegensetzen lassen²⁶. Im Beschluss vom 17.3.2003 regt der BGH an, abzuwägen, ob das Wohl des Patienten eine ärztlich für sinnvoll erachtete lebenserhaltende Behandlung gebietet, aber nicht jede medizinisch-technisch mögliche Behandlung verlangt. Die Meinung, dass Ärzte im Zweifel auf der sicheren Seite stehen, wenn sie alle medizinisch möglichen Leistungen erbringen, trifft nicht zu. Abschließend ist es wichtig, den Hinweis zu wiederholen:

Besteht für eine medizinische Maßnahme **keine ärztliche Indikation** oder ist sie im Ergebnis sinnlos, so bedarf es keiner Einwilligung des Patienten und sind auch keine Ermittlungen zum mutmaßlichen Willen anzustellen.

- 20 Hennies, MedR 1999 S. 342 zu 6; Kutzer Fn. 2
 21 § 1902 mit entsprechender Anwendung des § 164 BGB
 22 BGH, Urteil vom 13. 9. 1994 (Kemptener Urteil), Fn. 4, und Beschluss vom 17.3.2003
 23 Zielinski, Anmerkung zum BGH-Urteil vom 13.9.1994, ArztR 1995 188, 192
 24 ausführliche Zitate im BGH-Beschluss vom 17.3.2003
 25 Kap. 3.1
 26 so Laufs, NJW 1998 S. 3400; z.B. wenn die ärztliche Entscheidung sich auf einen der von Sandvoß, Fn. 8, genannten Gründe stützt.

Bereitschaftsdienst ist Arbeitszeit

Rechtsanwalt Dr. Bernhard Debong, Karlsruhe, Fachanwalt für Arbeitsrecht

Wer es nach der SIMAP-Entscheidung (ArztR 2000, 335 ff.) noch nicht glauben – oder auch nicht wahrhaben – wollte, hat nunmehr vom Europäischen Gerichtshof (Urteil vom 9.9.2003 - in diesem Heft) die ausdrückliche Bestätigung erhalten: Bereitschaftsdienst ist Arbeitszeit – auch in Deutschland.

Die Kernaussagen und wesentlichen Schlussfolgerungen aus dem Urteil des EuGH lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Bereitschaftsdienst im Sinne einer Anwesenheitsbereitschaft im Krankenhaus ist Arbeitszeit. Die Behandlung dieses Bereitschaftsdienstes als Ruhezeit im deutschen Arbeitszeitgesetz widerspricht der EG-Richtlinie 93/104. § 5 Abs. 3 Arbeitszeitgesetz (ArbZG) erweist sich daher als nicht richtlinienkonform.

2. Ebenso wenig sind nationale Vorschriften in den EG-Mitgliedsstaaten wie die in § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG richtlinienkonform, wonach in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen nur zugelassen werden kann, dass abweichend von § 5 Abs. 1 ArbZG die Ruhezeiten bei Bereitschaftsdienst (und Rufbereitschaft) den Besonderheiten dieser Dienste anzupassen, insbesondere Kürzungen der Ruhezeit infolge von Inanspruchnahmen während dieser Dienste zu anderen Zeiten auszugleichen.

3. Die Regelungen des § 5 Abs. 3 und § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG lassen sich auch nicht mit Artikel 17 EG-Richtlinie rechtfertigen. Nach dieser Bestimmung können die Mitgliedsstaaten u.a. für Krankenhäuser Ausnahmen von den Ruhezeitregelungen zulassen, sofern die betroffenen Arbeitnehmer gleichwertige Ausgleichsruhezeiten oder in Ausnahme-

fällen, in denen die Gewährung solcher Ausgleichsruhezeiten aus objektiven Gründen nicht möglich ist, einen angemessenen Schutz erhalten. Damit ist nicht vereinbar, wenn ein Ausgleich für die Verkürzung der elfstündigen Mindestruhezeit nur für solche Zeiten des Bereitschaftsdienstes gewährt wird, in denen der Arbeitnehmer tatsächlich eine berufliche Tätigkeit ausgeübt hat.

Eine Kürzung der täglichen Ruhezeit von elf zusammenhängenden Stunden durch Ableistung eines Bereitschaftsdienstes, der zur regelmäßigen Arbeitszeit hinzukommt, ist nur dann mit den Abweichungsbestimmungen in Artikel 17 EG-Richtlinie vereinbar, wenn den betroffenen Arbeitnehmern gleichwertige Ausgleichsruhezeiten im unmittelbaren Anschluss an die entsprechenden Arbeitsperioden gewährt werden.

4. Eine Kürzung der täglichen Ruhezeit darf auch unter Berücksichtigung der Abweichungsbestimmungen in Artikel 17 EG-Richtlinie in keinem Fall zu einer Überschreitung der in Artikel 6 der Richtlinie festgesetzten Höchstdauer der wöchentlichen Arbeitszeit von 48 Stunden führen. Denn Artikel 6 (wöchentliche Höchstarbeitszeit) gehört nicht zu den Bestimmungen, von denen nach Artikel 17 Abs. 2 und 3 EG-Richtlinie 93/104 bei Gewährung von Ausgleichsruhezeiten abgewichen werden kann.

Der aufmerksame Beobachter der Rechtsprechung seit der SIMAP-Entscheidung des EuGH kann nur erstaunt sein über die Aufmerksamkeit, deren sich das Urteil des EuGH vom 9.9.2003 in Presse und Öffentlichkeit im Vergleich zu den vorangegangenen höchstrichterlichen Ent-

scheidungen erfreut. Auch wenn das SIMAP-Urteil einen spanischen Ausgangsfall zu entscheiden hatte, war damit bereits die Weiche auch für das deutsche Arbeitszeitrecht gestellt. Der Rechtssache Landeshauptstadt Kiel gegen Norbert Jäger kommt daher insbesondere auch für das nationale Recht in Deutschland mehr deklaratorischer denn konstitutiver Charakter zu (vgl. zum bisherigen Meinungsstand insbesondere auch Höveler, Bereitschaftsdienst der (Assistenz-) Ärzte nach dem Urteil des EuGH, ArztR 2001, 32 ff. sowie Weber, Zur Neuordnung des ärztlichen Bereitschaftsdienstes nach Maßgabe des EuGH, ArztR 2002, 288 ff.).

Spätestens nach den höchstrichterlichen Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts war die Rechtslage für Deutschland bereits in dem Sinne geklärt, wie ihn der EuGH im Urteil vom 09.09.2003 bestätigt hat.

Bereits mit Beschluss vom 18.2.2003 - ABR 2/02 - (ArztR 2003, 58) hat das Bundesarbeitsgericht festgestellt, dass das deutsche Arbeitszeitgesetz den Bereitschaftsdienst zwar zur Ruhezeit zähle, dies aber gegen die EG-Richtlinie 93/104/EG verstoße. Gleichwohl komme eine unmittelbare Geltung und ein darauf beruhender Anwendungsvorrang der EG-Richtlinie nur vertikal im Verhältnis zwischen Bürgern und öffentlichen Stellen, nicht aber horizontal im Verhältnis Privater untereinander in Betracht.

Sodann mit Urteil vom 5.6.2003 - 6 AZR 114/02 - (NZA 12/2003, VIII) hat das Bundesarbeitsgericht erneut bestätigt, dass das Arbeitszeitgesetz nicht den Anforderungen der EG-Richtlinie 93/104 genügt, ein Arbeitnehmer sich hierauf gegenüber ei-

nem staatlichen Arbeitgeber auch berufen könne. In dem vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fall konnte jedoch ein Verstoß gegen die Vorgaben der EG-Richtlinie, wonach eine Wochenhöchst Arbeitszeit von 48 Stunden einzuhalten ist, nicht festgestellt werden.

An der durch das Bundesarbeitsgericht aufgezeigten Rechtslage hat die Entscheidung des EuGH vom 9.9.2003 im Übrigen nichts geändert: Das deutsche Arbeitszeitgesetz verstößt zwar in der Zuordnung des Bereitschaftsdienstes zur Ruhezeit gegen die EG-Richtlinie 93/104. Hier auf können sich aber nur Arbeitnehmer in staatlichen Krankenhäusern berufen (zum Begriff des staatlichen Arbeitgebers vgl. Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit - Wer ist staatlicher Arbeitgeber? *ArztR* 2003, 130 f.). Denn EG-Richtlinien als sog. sekundäres Gemeinschaftsrecht wirken bei unterbliebener oder fehlerhafter Umsetzung in nationales Recht unmittelbar nur zwischen Staat und Bürger. Private und freigemeinnützige Krankenhausträger können daher bis zu der zu erwartenden Änderung

des deutschen Arbeitszeitgesetzes dieses bzw. mit diesem im Einklang stehende Arbeitszeitmodelle derzeit noch praktizieren.

Der deutsche Gesetzgeber wird angesichts der bekannt leeren Kassen im Gesundheitswesen und des nicht ohne Weiteres zu deckenden Personalbedarfs bei einer EG-rechtskonformen Ausgestaltung der Bereitschaftsdienste in unseren Krankenhäusern vor allem sorgfältig zu prüfen haben, welche Gestaltungsspielräume ihm die EG-Richtlinie 93/104 im Lichte der Rechtsprechung des EuGH belässt. Hier bietet sich beispielsweise eine Aufhebung bzw. Lockerung der in § 3 ArbZG festgeschriebenen Grenzen täglicher Höchstarbeitszeit bei gleichzeitiger Gewährung gleichwertiger Ausgleichsruhezeiten im unmittelbaren Anschluss an die entsprechenden Arbeitsperioden an. Hierfür gibt Artikel 17 EG-Richtlinie 93/104 den Mitgliedsstaaten die entsprechenden Regelungsbefugnisse. Dies ermöglichte in Zukunft eine Dienstgestaltung in Krankenhäusern unter Überschreitung der bislang geltenden

Höchstgrenze von zehn Stunden Arbeitszeit täglich (§ 3 ArbZG). Sogar die Grenze von 48 Stunden Arbeitszeit pro Woche kann bzw. darf bei einer Änderung des deutschen Arbeitszeitgesetzes überschritten werden, wenn der einzelne Arbeitnehmer dieser Überschreitung zustimmt.

In dem bereits erwähnten Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 5.6.2003 wurde auch klargestellt, dass sich ein Verstoß gegen die EG-Arbeitszeitrichtlinie nicht auf die Vergütung des Bereitschaftsdienstes auswirkt, weil die Richtlinie zur Vergütung von Arbeitszeit keine Regelungen trifft. Mit der Frage der Vergütung von Bereitschaftsdiensten während der Nachtdienstzeiten wird sich im Übrigen das Bundesarbeitsgericht voraussichtlich am 28.1.2004 in einem dort vor dem 5. Senat anhängigen Rechtsstreit (bisher 4 AZR 503/02) befassen.