

**Initiativarbeitskreis Palliativmedizin am Hospiz "haus hannah" in Emsdetten (PKD Steinfurt)**

**13.11.2013**

**17:00 Uhr**

**Vortrag**

**Ungelöste Probleme in der Palliativmedizin unter juristischen und ethischen Aspekten.**

**Dr. jur. Peter Holtappels**

**Inhaltsverzeichnis**

- I. Prolog.
- II. Von der Bedeutung der Indikation.
- III. Vom Sinn der Patientenverfügung und den Schwierigkeiten mit derselben.
- IV. Von der vermuteten Einwilligung
- V. Von den Entscheidungen am Lebensende bei Patienten im permanenten status vegetativus
- VI. Von der rechtlichen Verankerung des Palliativmediziners
- VII. Von den Rechten des Palliativpatienten

**I Prolog**

- 1. Die Rede soll vom Sterben sein. Also nicht vom Tod.

*Sterben gehört zum Leben*

- 2. Heilung ist für unsere Patienten keine realistische Option.

*Nicht die Krankheit steht im Zentrum unseres Denkens sondern der Patient.*

- 3. Wesentliche Aufgabe der Palliative Care ist es, den Patienten beim Sterben empathisch zu begleiten und seine Würde zu schützen.

*Symptomkontrolle ist Teil der Sterbebegleitung.*

*Der Palliativarzt und die Palliativpflegenden sind die Garanten der Würde ihrer Patienten.*

- 4. Auch für die Palliative Care gilt, dass jeder Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten der Indikation und der Einwilligung des Patienten oder seiner legitimierten Vertreter bedarf.

*Wunschtherapie ist auch in der Palliative Care unzulässig  
Angehörige vertreten den Patienten per se nicht.*

## II. Von der Bedeutung der Indikation

1. Die objektive Bedeutung der Indikation für jede ärztliche Tätigkeit hat der Göttinger Medizinrechtler Duttge treffend wie folgt beschrieben: „Die Indikation ist der Zentralbegriff, der das ärztliche Wirken in jeder Hinsicht trägt und von Grund auf prägt.“<sup>1</sup> Diese Bedeutung wird auch aus der Konsequenz deutlich, die den Arzt von Rechts wegen trifft, wenn er eine therapeutische Maßnahme ergreift oder zulässt, die nicht indiziert ist: Sein Verhalten wird als vorsätzliche Körperverletzung pönalisiert. Das gilt auch in der Palliative Care und zwar bis zum letzten Atemzug des Patienten. Auch subjektiv - nämlich für den behandelnden Arzt – hat die Indikation eine erhebliche Bedeutung: Das Fundament ärztlicher Kunst ist die Denkkübung, die von der Anamnese über die Diagnose zur Indikation führt und in ihr ihren Höhepunkt findet.<sup>2</sup>
2. Die Methodik der Indikationsstellung ist von Neitzke erstmals umfassend für die Palliative Care beschrieben worden<sup>3</sup>. Danach stellt sich die Indikationsstellung als Zweischritt-Folge dar. Die medizinische Indikation stellt den ersten Schritt dar. Sie ist die fachliche Rechtfertigung der von dem behandelnden Arzt nach der Diagnose geplanten therapeutischen Maßnahme. Ihre Basis sind – in dieser Reihenfolge - das empirische Wissen des behandelnden Arztes, auf Evidenz basierte Daten, Leitlinien, Richtlinien sowie die anwendbaren rechtlichen und ethischen Normen. Entspricht die von ihm vorgesehene therapeutische Maßnahme diesen Vorgaben, so entspricht sie der *lex artis*, dem Standard für den allgemeinen Fall.  
Um die Kompatibilität der von ihm geplanten therapeutischen Maßnahme mit den anwendbaren rechtlichen und ethischen Normen zu überprüfen, hat sich der behandelnde Arzt drei Fragen zu stellen:
  - Welchem Ziel soll die von ihm geplante therapeutische Maßnahme dienen?
  - Ist sie geeignet, dieses Ziel zu erreichen?
  - Ist das Ziel ethisch und rechtlich akzeptabel?

Die ersten zwei Fragen sind von dem behandelnden Arzt<sup>4</sup> – und nur von diesem und zwar in voller, eigener Verantwortung – zu beantworten, weil die Kompatibilität einer therapeutischen Maßnahme mit den auf sie anwendbaren ethischen und rechtlichen Normen an ihrem Erfolg (Ziel) gemessen wird. Gleiches gilt für die dritte Frage, wenn die Antwort eindeutig ist. Ist sie aber zweifelhaft - und das wird bei Entscheidungen am Lebensende von einwilligungsunfähigen Patienten häufig der Fall sein - so soll der behandelnde Arzt die Frage nach § 1901b/1/2 BGB mit dem Vertreter des Patienten erörtern, bevor er sie entscheidet.

---

<sup>1</sup> Duttge in „Vertrauen am Lebensende durch Recht?“ in Höver et al Sterbebegleitung: Vertrauenssache S. 153; so auch Borasio a.a.O. S. 110.

<sup>2</sup> Dazu Holtappels „Die Indikation als Einfallstor für Recht und Ethik in der Palliativmedizin“ PMR 2010

<sup>3</sup> Neitzke „Unterscheidung zwischen medizinischer und ärztlicher Indikation“ in Charbonnier, Dörner, Simon „Medizinische Indikation und Patientenwille“ 2008. S. 56 ff.

<sup>4</sup> „Behandelnder ist wer „die medizinische Behandlung eines Patienten zusagt“ (§ 630a BGB)

Ist die Prüfung der medizinischen Indikation erfolgreich abgeschlossen, so hat sich ihr die Prüfung der ärztlichen Indikation als zweiter Schritt anzuschließen. Sie bezieht die objektiven Wertungen der medizinischen Indikation auf die Person des Patienten. Sie personalisiert sie und entspricht damit den Grundvorstellungen des Gesetzgebers wie der Rechtsprechung.<sup>5</sup> Dabei hat der Arzt den Gesamtzustand und die Prognose des Patienten (§ 1901b/I/1 BGB) also seine gesamten Lebensumstände zu berücksichtigen. Kommt er dabei zu der – wiederum nur von ihm zu fällenden und zu verantwortenden - Entscheidung, es liege eine ärztliche Indikation vor, die der medizinischen Indikation widerspreche, so hat die ärztliche Indikation Vorrang.

### 3. Wie begründet der behandelnde Arzt die Indikation?

Dazu weiter unten unter V. Hier vorab ein abschreckendes Beispiel:

Schildmann und Vollmann haben im Jahre 2010 in einer Studie Begründungen von Ärzten für deren Behandlungsentscheidungen bei Patienten mit fortgeschrittenen Tumorerkrankungen veröffentlicht.<sup>6</sup>

Sie lesen sich wie folgt:

- *Wenn jemand jetzt – zum Beispiel Thoraxschmerzen – und er hat eine Lungenembolie oder einen Herzinfarkt, dann ist mir in dem Moment relativ egal, wie der Tumorstatus ist, weil man will irgendetwas tun, man geht auf Intensiv. Oder*
- *Sicherlich ist man dazu geneigt – andersrum gesagt, 35-Jährige haben ja meistens das Problem, dass Kinder und Ehefrauen oder Ehepartner da sind [...] wo auch der Patient mehr noch am Leben, ich sag mal im Leben steht als ein 65-Jähriger. [...], dass man eher geneigt ist, einen jüngeren, in dem Fall jüngeren Patienten bei sonst gleichen Voraussetzungen aggressiver zu behandeln als einen älteren Patienten. Oder schließlich*
- *Wenn der Patient dies von mir wünscht, dass noch weitere Versuche unternommen werden, auch wenn sie nur eine geringe Chance bieten, und er in einem solchen Allgemeinzustand ist, dass man das auch befürworten kann, dann würde ich dem nachgeben.*

Keine dieser Begründungen für eine Indikation ist medizinisch oder rechtlich tragfähig. Sie alle legen m.E. vielmehr Zeugnis von einer gedanklichen Disziplinlosigkeit ab, die Ärzten schlecht ansteht, insbesondere wenn es sich um Entscheidungen am Lebensende handelt.

### 4. Angesichts der –Tatsache, dass die Indikation – wie erwähnt – die ärztliche Tätigkeit trägt, ist sie selbstverständlich zu dokumentieren. Fehlt eine solche Dokumentation, so geht das Recht davon aus, dass die therapeutische Maßnahme nicht indiziert gewesen sei, es sich also um eine vorsätzliche Körperverletzung gehandelt habe. Hier gilt der noch immer der mittelalterliche Grundsatz Quod non est in actis non est in mundo.

---

<sup>5</sup> Dazu Holtappels in „Anmerkungen zur Palliativversorgung in der Bundesrepublik Deutschland, Z Palliativmed 2012; 13 S. 226 ff

<sup>6</sup> „Behandlungsentscheidungen bei Patienten mit fortgeschrittenen Tumorerkrankungen“ in DOI 10.1055/s-0030-1267505; Dtsch Med Wochenschr 2010; 135: 2230–2234 •

### III. Vom Sinn der Patientenverfügung und den Schwierigkeiten mit derselben

1. Am 18.6.2009 verkündete die Bundesjustizministerin Zypries: *Endlich gibt es mehr Rechtsklarheit und Rechtssicherheit im Umgang mit Patientenverfügungen. Vor allem die über 8 Millionen Menschen, die bereits eine Patientenverfügung haben, können sich in Zukunft darauf verlassen, dass ihr Selbstbestimmungsrecht gerade in einer Phase schwerer Krankheit beachtet wird. Ich freue mich sehr, dass es nach jahrelangem Ringen gelungen ist, die Patientenverfügung gesetzlich zu verankern und damit die berechtigten Erwartungen von Millionen Bürgerinnen und Bürgern zu erfüllen. Alle Beteiligten brauchen klare Vorgaben und verlässliche Regelungen, wenn sie über ärztliche Eingriffe bei Menschen entscheiden müssen, die ihren Willen nicht mehr selbst äußern können. Oberstes Gebot ist dabei die Achtung des Patientenwillens.* Als am 29.7.2009 –also wenig später - das 3. Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechtes - üblicherweise das „Patientenverfügungsgesetz“ genannt - verkündet wurde, wurde offensichtlich, dass die Ministerin Wunschvorstellungen verkündet hatte, denen das Gesetz nicht entsprach.
2. Mit dem Patientenverfügungsgesetz schuf der Gesetzgeber eine gesetzliche – mithin allgemein verbindliche – Bestimmung des Begriffes „Patientenverfügung“. Diese lautet: *Hat ein einwilligungsfähiger Volljähriger für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit schriftlich festgelegt, ob er in bestimmte, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen seines Gesundheitszustands, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe einwilligt oder sie untersagt (Patientenverfügung), prüft der Betreuer, ob diese Festlegungen auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen. Ist dies der Fall, hat der Betreuer dem Willen des Betreuten Ausdruck und Geltung zu verschaffen (§ 1901a/I BGB).*  
Mit anderen Worten: Der Patient kann bereits lange vor der Notwendigkeit eines ärztlichen Eingriffs in seine persönliche Integrität erklären, ob er in denselben einwilligen will oder nicht. Die Patientenverfügung ist also nicht mehr – aber auch nicht weniger - als eine antizipierte Einwilligung oder Verweigerung derselben.
3. Hält der behandelnde Arzt bei vorliegendem Befund eine von ihm bestimmte therapeutische Maßnahme für indiziert, so hat der Vertreter des Patienten diesen Befund, mit der Schilderung zu vergleichen, die der Patient als Grundlage seiner antizipierten Einwilligung oder Verweigerung derselben schriftlich festgehalten hat, um festzustellen, ob es sich bei dem ihm präsentierten Dokument um eine verbindliche Patientenverfügung oder um einen Behandlungswunsch handelt (§1901a/II BGB)<sup>7</sup>

Beispiel:

Per Notambulanz wird ein jugendlicher, männlicher, bewusstloser Patient eingeliefert und sofort in die Notaufnahme verbracht. Die Sanitäter erklären, der Patient sei bei offensichtlich hoher Geschwindigkeit mit seinem Motorrad gestürzt. Er sei von ihnen unter der Leitplanke mit dem Rücken an einer Stahlstütze gefunden worden. Er sei

---

<sup>7</sup> Die Vorschrift lautet: *Liegt keine Patientenverfügung vor oder treffen die Festlegungen einer Patientenverfügung nicht auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zu, hat der Betreuer die Behandlungswünsche oder den mutmaßlichen Willen des Betreuten festzustellen und auf dieser Grundlage zu entscheiden, ob er in eine ärztliche Maßnahme nach Absatz 1 einwilligt oder sie untersagt.*

noch ansprechbar gewesen, als sie ihn gefunden hätten und habe über Schmerzen im Rücken und in der Brust geklagt. Seine Atmung sei auffallend flach gewesen. Die Diagnose ergibt ein Lungentrauma als Folge eingedrungener drei gebrochener Rippen und massive Rückenverletzungen im Bereich BW 9 bis 11. Mit erheblichen Quetschungen des Rückenmarks in diesem Bereich müsse gerechnet werden. Die Stabilisierung des Zustandes des Patienten gelingt.

Die nächste Angehörige des Patienten ist seine Schwester, die dem behandelnden Arzt folgendes erklärt: Ihr Bruder sei 21 Jahre alt und befinde sich in der Ausbildung zum Piloten bei der Lufthansa. Er sei auch deutscher Meister im Stabhochsprung. Sie überreicht eine Patientenverfügung und eine notariell beglaubigte Vorsorgevollmacht, mit der sie bevollmächtigt wird. Beide Urkunden sind vor 2 Jahren erstellt worden, wie sich aus deren Datierungen ergibt. In der Patientenverfügung heißt es: „Für den Fall dass ich aufgrund eines Motorradunfalls querschnittsgelähmt werden sollte, will ich nicht mehr leben. Ich verbiete den mich behandelnden Ärzten für solchen Fall jede Behandlung mit Ausnahme von Schmerzlinderung.“

Die Schwester, die durch die Vollmacht ausdrücklich an den Wortlaut der Patientenverfügung gebunden worden ist, besteht darauf, dass jede Behandlung eingestellt werde, wenn sich herausstellen sollte, dass sich der Verdacht der Querschnittslähmung ihres Bruders zur Gewissheit erhärte. Im CT stellt sich heraus, dass das Rückenmark im Bereich BW 10,11 derart stark gequetscht ist, dass nach aller ärztlichen Voraussicht von einer kompletten Querschnittslähmung ausgegangen werden muss. Sie halten als behandelnder Arzt die sofortige intensivmedizinische Behandlung für indiziert. Was tun Sie?

Gedanken dazu:

- Die Vorsorgevollmacht und die Patientenverfügung sind rechtswirksam, weil der Patient zur Zeit der Erstellung volljährig war und seine Einwilligungsfähigkeit unterstellt werden darf.
- Gibt es Anhaltspunkte für die Annahme, der Patient habe sich bei der Abfassung der Patientenverfügung über die Lebensqualität eines Lebens als Paraplegiker geirrt?
- Wenn nicht, haben wir es hier mit einer direkten Kollision zwischen der Patientenautonomie und der Fürsorgepflicht des Arztes zu tun.

Dazu

- Rechtsprechung: BverfGE 58/208 Abs. 43: „Es steht unter der Herrschaft des Grundgesetzes in der Regel jedermann frei, Hilfe zurückzuweisen, sofern dadurch nicht Rechtsgüter anderer oder der Allgemeinheit in Mitleidenschaft gezogen werden.“
- Nationaler Ethikrat: In dessen Stellungnahme heißt es unter 5.1.2.: „Aus der Patientenautonomie folgt das Recht zur Ablehnung oder zum Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen, selbst wenn diese aus medizinischer Sicht geboten wären und die Verweigerung oder der Abbruch nach „objektiven“ Maßstäben schlicht als unvernünftig gelten müsste. Dieser Schutz vor unerwünschten Heilbehandlungen richtet sich auch gegen den Arzt, dem kein durch seinen Beruf begründetes Recht auf Heilbehandlung zusteht.“

4. Das Instrument der Patientenverfügung ist für den juristischen Laien schwer zu handhaben. Deshalb gilt der Grundsatz:

**Patientenverfügung kann sein, Vorsorgevollmacht muss sein.**

Muster sowie eine Handreichung zu beidem finden Sie unter [www.palliativ-rissen.de](http://www.palliativ-rissen.de)

#### **IV. Von der vermuteten Einwilligung**

1. Fehlt es dem Arzt an der Willensäußerung des Patienten, mit der dieser ihn von der Qual erlöst, auf die Frage nach der Einwilligung zur indizierten therapeutischen Maßnahme keine Antwort zu erhalten, so sucht er nach der vermuteten Einwilligung.
2. Juristische Voraussetzungen der mutmaßlichen Einwilligung des Patienten.
  - Der geplante therapeutische Eingriff muss indiziert sein.
  - Der Patient ist nicht in der Lage sich zu äußern.
  - Ein gesetzlicher Vertreter des Patienten (Bevollmächtigter oder Betreuer) existiert nicht.
  - Eine vorgezogene Einwilligung in Form der Patientenverfügung existiert nicht.
  - Die Entscheidung ist dringend erforderlich.

3. Anforderungen an den Beweis für die Vermutung

An die Voraussetzungen für die Annahme eines solchen mutmaßlichen Einverständnisses des entscheidungsunfähigen Patienten sind in tatsächlicher Hinsicht allerdings strenge Anforderungen zu stellen. (BGH vom 13.9.1994 (BGHSt 40/257 ff.) RN 11)

- a. Ausreichende Beweismittel für die Vermutung sind vorhanden.

Dazu der BGH (a.a.O., RN 21) Entscheidend ist der mutmaßliche Wille des Patienten im Tatzeitpunkt, wie er sich nach sorgfältiger Abwägung aller Umstände darstellt. Hierbei sind frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen des Kranken ebenso zu berücksichtigen wie seine religiöse Überzeugung, seine sonstigen persönlichen Wertvorstellungen, seine altersbedingte Lebenserwartung oder das Erleiden von Schmerzen.

Hier muss jedoch daran erinnert werden, dass bei der Bewertung von Beweisen der indirekte Zeugenbeweis (Hörensagen) lediglich als Indiz gewertet wird, also die geringste Wertigkeit hat.

- b. Ausreichende Beweismittel für die Vermutung sind nicht vorhanden.

Die entscheidende Frage lautet nun: Hätte der Patient bei objektiver Beurteilung aller bekannten Umstände in die indizierte therapeutische Maßnahme eingewilligt, wenn er denn dazu in der Lage gewesen wäre? (Laufs in Handbuch des Arztrechts 3. Auflage 2002 § 64 RN 12. So auch der BGHSt a.a.O., RN 22) Diese Frage beurteilt der Arzt nunmehr für den Patienten, wobei er alleine auf objektive Gründe rekurriert. Dabei geht er zu Recht von der Vorstellung aus, der Patient wäre auf die gleiche Art zu der Entscheidung gekommen. Das rechtfertigt auch die Mutmaßung.

### 3. Stellungnahme der Wissenschaft.

Jox, der zu dem Thema eine außerordentlich fundierte Studie vorgelegt hat<sup>8</sup>, führt aus: So bestechend der Gedanke des mutmaßlichen Willens theoretisch erscheint, so enttäuschend hat es sich bislang erwiesen, seine erfolgreiche Anwendung empirisch zu bestätigen. In zahlreichen Studien wurde untersucht, wie gut sich die Entscheidung eines Patienten mit der Einschätzung eines Angehörigen oder eines behandelnden Arztes bezüglich dessen mutmaßlichen Willens decken. In der Regel wurde hierzu Patienten und Stellvertretern ein Fallszenario getrennt vorgelegt. Die Patienten sollten sagen, wie sie sich in der hypothetischen Situation entscheiden würden. Ihre Angehörigen bzw. Ärzte sollten angeben, wie ihrer Meinung nach der ihnen vertraute Patient in dem Fallszenario entscheiden würde. Es zeigte sich, dass der gemutmaßte Wille nicht mit dem tatsächlichen Willen übereinstimmte. Die Kongruenz war nicht wesentlich höher als durch Zufall zu erwarten war. Eine neuere Studie behauptet sogar, dass Entscheidungen nach dem mutmaßlichen Patientenwillen besser mit den eigenen Präferenzen des stellvertretend Entscheidenden übereinstimmen als mit denen des Patienten. Der einzige Faktor, der die Konkordanzrate in den Studien durchgehend erhöhte, waren konkrete vorherige Gespräche zwischen Patient und Stellvertreter über Entscheidungen am Lebensende. Lediglich eine Studie berichtet, dass es einen Unterschied zwischen Angehörigen und Ärzten hinsichtlich der Einschätzung des mutmaßlichen Willens gebe; hierbei waren die Angehörigen besser als die Ärzte. (a.a.O. S.407)

An anderer Stelle gibt Jox zu bedenken, dass ein Patient, der zur Willensbildung nicht imstande ist, sich in einer anderen subjektiven Verfassung befinde, als wenn er seinen Willen frei äußern könne. Was er aber in solcher Verfassung entscheiden würde, könne man nicht sagen.

### 4. Ergebnis.

- Die Methode der Erforschung des mutmaßlichen Parteiwillens durch die Befragung Anderer oder die Erforschung von Indizien ist hochgradig unzuverlässig.
- Der hypothetische Parteiwille kann von dem dafür verantwortlichen Arzt mit der notwendigen Verlässlichkeit nur ermittelt werden, indem dieser auf objektive Kriterien rekurriert, insbesondere sich fragt, ob seine geplante therapeutische Maßnahme vernünftig zu sein und den Interessen eines verständigen Patienten (seinem Wohl) zu entsprechen scheint.

## V. Von den Entscheidungen am Lebensende bei Patienten im permanenten status vegetativus

### 1. Sachverhalt

Die 86jährige Patientin lebte ihr Leben lang auf dem elterlichen Hof, den sie mit ihrem Bruder gemeinsam bewirtschaftete, wobei sie das Vieh ebenso liebevoll versorgte wie den unverheirateten Bruder. Sie ist seit ihrer Geburt taubstumm. Sie erlitt vor 15 Monaten einen Schlaganfall, als dessen Konsequenz sie in ein Wachkoma fiel.

---

<sup>8</sup> „Bewusstlos aber autonom?“ - Ethik Med 2004 16:401/406 ff

Nach erfolglosen Versuchen der Rehabilitation wird sie in einem Pflegeheim in Langzeitpflege versorgt und dabei mittels einer PEG Sonde ernährt. Auf die Vorstellungen seiner Schwester zum Sterben angesprochen, hat der Bruder erklärt, sie hätten darüber nicht kommuniziert, aber er könne sich gut vorstellen, dass sie gehen könne. Sie habe ein sattes Leben gelebt. Der behandelnde Arzt hat es sich zur Regel gemacht, die Indikation für die künstliche Ernährung alle drei Monate zu überprüfen. Ein Neurologe hat nach Ablauf von 12 Monaten seit dem Schlaganfall aufgrund einer gründlichen neurologischen Untersuchung erklärt, die Patientin befinde sich in einem permanent vegetativen Zustand ohne Bewusstsein. Eine Rückkehr ihres Bewusstseins halte er für nahezu ausgeschlossen. Der behandelnde Arzt schloss sich dieser Diagnose an und stellt nunmehr, nach Ablauf von weiteren drei Monaten, fest, dass sich der Zustand der Patientin nicht verändert habe. Welche Indikation stellt der behandelnde Arzt?

2. In den Fällen des PSV hilft dem behandelnden Arzt sein empirisches Wissen - wie allzu vielen seiner Kollegen – häufig nicht weiter, weil auch er bisher unreflektiert die Alternative der Fortsetzung der künstlichen Ernährung gewählt hat. Ihm ist aber bewusst, dass er diesen Weg im Wesentlichen eingeschlagen hat, um erkennbare Probleme zu vermeiden. Nachdem jedoch gegenüber der wissenschaftlichen Palliativmedizin der Vorwurf erhoben worden ist, sie unterhalte in dieser Frage ein Schweigekartell,<sup>9</sup> will er so nicht weiter verfahren. Nunmehr ist sein Selbstverständnis als Palliativarzt tangiert.

Auf Evidenz basierende Daten liegen in solchen Fällen in der Regel nicht vor. In der Literatur finden sich zwei Leitlinien, die das Thema berühren: Die „Münchener Leitlinie zur Frage der Therapiezieländerung bei schwerstkranken Patienten und zum Umgang mit Patientenverfügungen“<sup>10</sup>, und das „Positionspapier der Sektion Ethik der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) zu Therapiezieländerung und Therapiebegrenzung in der Intensivmedizin“<sup>11</sup>. Beide Leitlinien befassen sich mit der Methodik der Entscheidungsfindung. Sie befassen sich nicht mit den Inhalten der Entscheidung, um die es hier geht.

3. Die Fortsetzung der künstlichen Ernährung dient bei Patienten im PSV dem Ziel, das Sterben des Patienten zu verhindern. Ein anderes Ziel hat sie nicht. Ihre Bezeichnung als „lebenserhaltende Maßnahme“ ist insbesondere deshalb ein Euphemismus, weil sie an seiner hoffnungslosen Prognose nichts ändert. Die alternative Maßnahme des Abbruchs der künstlichen Ernährung hat das Ziel, den Patienten sterben zu lassen

---

<sup>9</sup> Klaus Kodalle „Selbstbestimmung, Suizid, Tötung auf Verlangen und aktive Sterbehilfe“ in Charbonnier, Klaus Dörner, Steffen Simon „Medizinische Indikation und Patientenwille“ Schattauer 2008; Claus Roxin „Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe“ in Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología REPCP 01-10 (1999) unter II/2; Jens Schildmann et al. „End-of life practice care: a cross sectional survey of physician members of the German Society for Palliative Medicine“ in Palliat Med. 6.9.2010; Linder „Grundrechtsfragen aktiver Sterbehilfe“ in JZ 2006/373 ff /373 spricht von einer bisherigen Tabuisierung des Themas und Duttge „Selbstbestimmung aus juristischer Sicht“ ZPalliativmed. 2006; 7/48-55 (54), ruft zu Recht zu „interdisziplinärem Forschen und Zusammenwirken“ auf. Vergl. auch Schubert/Holtappels „Palliativmedizin, Suizid und aktive Sterbehilfe (I)“ in ASUP 4/09 S. 11 ff.

<sup>10</sup> Eva C. Winkler · Gian Domenico Borasio · Peter Jacobs · Jürgen Weber · Ralf J. Jox in Ethik Med (2012) 24:221–234 DOI 10.1007/s00481-011-0150-z

<sup>11</sup> Uwe Janssens, Hilmar Burchardi, Gunnar Duttge, Renate Erchinger, Peter Gretenkort, Michael Mohr, Friedemann Nauck, Sonja Rothärmel, Fred Salomon, Peter Schmucker, Alfred Simon, Herwig Stopfkuchen, Andreas Valentin, Norbert Weiler und Gerald Neitzke. (MedR (2012) 30: 647–650). Dazu die Einführung von Duttge in MedR (2012) 30: 650–651 651



und zwar in Würde, denn der Abbruch darf nur ausgeführt werden, wenn sichergestellt ist, dass die palliative Versorgung des Patienten lückenlos anschließt, weil nur so seine Würde geschützt bleibt.

4. Beide alternativen, therapeutischen Maßnahmen wären offensichtlich geeignet, ihre jeweiligen Ziele zu erreichen. Sind sie beide auch rechtlich und moralisch akzeptabel? Rechtliche Pflichten des behandelnden Arztes, die eine oder andere therapeutische Maßnahme zu ergreifen, bestehen nicht. Das Recht überträgt ihm vielmehr die alleinige Verantwortung für diese Entscheidung (§1901b/I BGB). Moralische(ethische) Kriterien – jedoch mit rechtlicher Relevanz - könnten die Grundsätze der BUÄK vom 18.2.2011 bilden. Sie sind dazu aber nur eingeschränkt geeignet, weil sie sich zu der Frage nicht mit der gebotenen Eindeutigkeit äußern. In dem entscheidenden Kapitel I „Ärztliche Pflichten bei Sterbenden“ heißt es: „Maßnahmen, die den Todeseintritt nur verzögern, sollen unterlassen oder beendet werden. Bei Sterbenden kann die Linderung des Leidens so im Vordergrund stehen, dass eine möglicherweise dadurch bedingte unvermeidbare Lebensverkürzung hingenommen werden darf.“ Hier werden Eventualitäten erörtert. Mit der Last der Entscheidung bleibt der behandelnde Arzt jedoch weiterhin alleine.
  
5. Borasio war der erste, der 2008 ein Kriterium zur Bewertung von Therapiezielen in die Diskussion eingebracht hat. Er vertrat die Ansicht, das Therapieziel müsse „vernünftig“ sein.<sup>12</sup> Niemand wird bestreiten wollen, dass auch der ärztliche Denkprozess, der die medizinische Versorgung jedes Patienten regiert - wie jeder andere - von der Vernunft kontrolliert sein sollte. Borasio verwendet den Begriff aber offenbar nicht im philosophischen Sinne, sondern in dem der Umgangssprache, wonach vernünftig ist, was praktikable ist. Der Rekurs auf diese Art der ärztlichen Vernunft wird von der Rechtsordnung jedoch kritisch gesehen. Das Bundesverfassungsgericht spricht von der „Vernunftthoheit des Arztes“, um ihm diese sogleich abzuspochen.<sup>13</sup> Borasio hat später die Ansicht vertreten, eine therapeutische Maßnahme sei nur medizinisch indiziert, wenn sie – unabhängig vom Parteiwillen – „sinnhaft“ sei. An dieser Qualifikation fehle es Maßnahmen, die wirkungslos oder dem Patienten schädlich seien.<sup>14</sup> Diesem Argument ist uneingeschränkt zuzustimmen, es offenbart aber auch die fehlende Objektivierbarkeit des Kriteriums der Sinnhaftigkeit. Marckmann et al. erklären den Nutzen einer therapeutischen Maßnahme für den Patienten zum entscheidenden Kriterium für die Entscheidung über deren Indikation.<sup>15</sup> Jox vertieft diese Argumentation.<sup>16</sup>
  
6. Diese Lücke in der medizinischen Indikation zu schließen hat sich vor kurzem eine Arbeitsgruppe von besonders erfahrenen Palliativmedizinern in Ihrer Nachbarschaft vorgenommen. Sie hat die folgende Empfehlung formuliert:

---

<sup>12</sup> In Bayerisches Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen, „Künstliche Ernährung und Flüssigkeitsversorgung“ Leitfaden des Bayerischen Landespflegeausschusses Dezember 2008, S. 24

<sup>13</sup> BverfGE 58/208; Abs. 44

<sup>14</sup> „Über das Sterben“ 2011 S. 160

<sup>15</sup> G. Marckmann, G. Sandberger, U. Wiesing „Begrenzung lebenserhaltender Maßnahmen Eine Handreichung für die Praxis auf der Grundlage der aktuellen Gesetzgebung“ in Dtsch Med Wochenschr 2010; 135: 570–574; 571 ·

<sup>16</sup> R.Jox in „Sterben lassen Über Entscheidungen am Ende des Lebens“, 2011; S. 113 ff.

***Der Berufsverband empfiehlt seinen Mitgliedern bei der Stellung der Indikation für Entscheidungen am Lebensende von Patienten, die sich seit ca. 12 Monaten im status vegetativus befinden und deren Aussicht, ihr Bewusstsein je wieder zu erlangen, nach Ansicht eines für solche Bewertungen besonders qualifizierten Neurologen nahezu ausgeschlossen ist, folgende Normen in ihre Überlegungen einfließen zu lassen.***

***1. Niemand hat das Recht, in das Leben eines Mitmenschen dadurch einzugreifen, dass er dessen Sterben verlängert oder verkürzt, es sei denn solche Maßnahmen sind indiziert.***

***2. Bei der Stellung der Indikation für die Fortsetzung einer nur noch lebenserhaltenden, therapeutischen Maßnahme ist von dem behandelnden Arzt zwischen Nutzen und Schaden solcher Maßnahme für den Patienten nach objektiven und dokumentierten Gesichtspunkten abzuwägen. Nur wenn der Nutzen den Schaden dabei eindeutig überwiegt, soll die Maßnahme als indiziert erachtet werden.***

***Begründung:***

*a. Das Sterben gehört zum Leben*

*b. Es gehört zu den grundsätzlichen rechtlichen und moralischen Pflichten eines jeden Arztes, seinen Patienten sterben zu lassen und ihn dabei empathisch zu betreuen.*

*c. Jede therapeutische Maßnahme, die zu Verlängerung oder Verkürzung des Sterbeprozesses führt, bedarf der Indikation durch den behandelnden Arzt.*

***Erläuterungen***

*a. Die Empfehlung geht davon aus, dass das Sterben als Teil des Lebens akzeptiert wird. Das entspricht unter anderem christlicher Lehre und gewinnt auch in der Wissenschaft der Palliativmedizin an Boden (Jox „Sterben lassen“, S. 208, Borasio „Über das Sterben“ S. 11 ff)*

*b. Unstreitig ist, dass es Aufgabe des Arztes ist, das Leben seiner Patienten zu schützen, nunmehr also auch das Sterben. Sterbehilfe im eigentlichen Sinne des Wortes (Sterbenlassen) ist somit eine originäre Aufgabe des Arztes.*

*c. Der Arzt hat sich nicht mehr für das Sterben des Patienten zu rechtfertigen, sondern für jede Verzögerung oder Verkürzung desselben. Diese müssen indiziert sein.*

*d. Die Empfehlung betrifft lediglich Patienten im vegetativen Status mit einer hoffnungslosen Prognose. Ob sie später auch auf andere Patienten erweitert werden kann, soll sich erst im Laufe ihrer Diskussion herausstellen und entschieden werden, sobald auch genügend Erfahrung vorliegt. Die Mitglieder der Arbeitsgruppe hielten die Feststellung, dass das Sterben Teil des Lebens ist, für axiomatisch. Sie waren und sind sich bewusst, dass die Akzeptanz dieser Feststellung einen Bruch mit jahrhundertalten medizinischen Traditionen bedeutet.*

7. Die Empfehlung hat überwiegend Zuspruch aber auch Ablehnung erfahren. Die Ablehnung wurde zweifach begründet: Zum einen wurde die Rede von der indizierten Verkürzung des Sterbens beanstandet. Damit wollten die Autoren der Empfehlung die Tür für die Erörterung einer offenbar weit verbreiteten aber rechtlich wie mora-

lisch bisher völlig ungeklärten Praxis offen halten: Der bewussten Verweigerung jeder Intervention bei einer Pneumonie eines komatösen Patienten. („Pneumonia is the old man’s best friend“) Die naheliegende strafrechtliche Bewertung dieses Sachverhaltes wird man nur durch den Verweis auf eine derartige Empfehlung und den Nachweis einer Indikation für das bewusste Unterlassen der Behandlung verhindern können. Beanstandet wurde auch, dass die Empfehlung den Eindruck erwecke, die therapeutische Maßnahme des Sterbenlassens bedürfe keiner Einwilligung des Patienten. Dagegen ist daran zu erinnern, dass die Empfehlung ausweislich ihres Wortlautes lediglich die Indikationsstellung betrifft.

8. In der ärztlichen Indikation findet sich „das Einfallstor für Ethik und Recht in der Palliativmedizin“<sup>17</sup> Jox nennt die ärztliche Indikation treffend „ein auf Fachwissen basierendes Werturteil“<sup>18</sup>. Natürlich des behandelnden Arztes, der somit seinen Wertehimmel in die Behandlung einbringt. Topos der ärztlichen Indikation ist auch die Bewahrung der Würde des Patienten und damit die Herstellung der Einzelfallgerechtigkeit. Jede Indikation hat zu dem Patienten zu passen. Die Palliativärzte des Berufsverbandes in Westfalen Lippe haben deshalb Nutzen/Schaden Abwägungen im Rahmen der ärztlichen Indikation bei Maßnahmen, die der Sterbeverhinderung dienen, befürwortet, um auch in diesem Fall noch die Tür zur Annahme einer Indikation offen zu halten. Der in der Palliativ Care tätige Arzt benötigt mithin für die Stellung der ärztlichen Indikation die Bereitschaft, seinem Patienten zuzuhören, einen ausgestalteten Wertehimmel des 21. Jahrhunderts und schließlich den Mut, ihn zum Leitthema seiner beruflichen Tätigkeit werden zu lassen.

## VI. Von der rechtlichen Verankerung des Palliativmediziners

### 1. Das Recht des Palliativmediziners

Das einzige Recht des Arztes, das ich entdecken konnte, ist der von der Rechtsprechung entwickelte und von Ihrem Berufsrecht übernommene Anspruch des Arztes, in seiner Gewissenentscheidung geschützt zu werden.

- a. Der BGHZ hat schon am 9.12.1958 den mit Sachverhalten aus dem medizinischen Bereich befassten Instanzrichtern folgendes vorgeschrieben: *Der Richter darf dabei nicht übersehen, dass das Verhältnis zwischen Arzt und Patient ein starkes Vertrauen voraussetzt, dass es in starkem Maße in der menschlichen Beziehung wurzelt, in die der Arzt zu dem Kranken tritt und dass es daher weit mehr als eine juristische Vertragsbeziehung ist.*(BGHZ 29/46/53)
- b. Das Bundesverwaltungsgericht hat sodann – am 18.7.1967 judiziert: „Der Beruf des Arztes ist in einem hervorragenden Maß ein Beruf, in dem die Gewissensentscheidung des einzelnen Berufsangehörigen im Zentrum der Arbeit steht. In den entscheidenden Augenblicken seiner Tätigkeit befindet sich der Arzt in einer unvertretbaren

---

<sup>17</sup> Holtappels in PMR 2010 – Gastbeitrag - 11.11.10 (<http://www.pflegerecht-zeitschrift.de/>)

<sup>18</sup> „Sterben lassen“ S. 115

Einsamkeit, in der er – gestützt auf sein fachliches Können – allein auf sein Gewissen gestellt ist“ (BVerwG. NJW 68/218/219).

- c. Schließlich hat das Bundesverfassungsgericht in seinem grundlegenden Urteil zur Verfassungsmäßigkeit ärztlicher Haftung wegen Verletzung der Aufklärungspflicht unter Zitation von Eberhard Schmidt – am 25.7.1979 - postuliert: *Das Verhältnis zwischen Arzt und Patient ist weit mehr als eine juristische Vertragsbeziehung. Die Standesethik steht nicht isoliert neben dem Recht. Sie wirkt allenthalben und ständig in die rechtlichen Beziehungen des Arztes zum Patienten hinein. Was die Standesethik vom Arzte fordert, übernimmt das Recht weithin zugleich als rechtliche Pflicht. Weit mehr als sonst in den sozialen Beziehungen des Menschen fließt im ärztlichen Berufsbereich das Ethische mit dem Rechtlichen zusammen.* (BVerfG. NJW79/1925/1930)
- d. Nach den BOs sind die Ärzte zur Befolgung Ihres Gewissens auch verpflichtet: § 2/I MBO - Ä: *Ärztinnen und Ärzte üben ihren Beruf nach ihrem Gewissen, den Geboten der ärztlichen Ethik und der Menschlichkeit aus. Sie dürfen keine Grundsätze anerkennen und keine Vorschriften oder Anweisungen beachten, die mit ihren Aufgaben nicht vereinbar sind oder deren Befolgung sie nicht verantworten können.*

An dieser seit Jahrzehnten bestehenden grundsätzlichen Rechtsposition hat sich bis zum heutigen Tage auf Seiten der Rechtsprechung und Rechtswissenschaft nichts geändert. Keinem anderen deutschen Berufsstand wird von ihnen ein derart weiter Entscheidungsspielraum eingeräumt, den zu betreten diese sich zudem enthalten. **Wo das Gewissen des Arztes entschieden hat, hat der Jurist zu schweigen.** Andererseits wird dem Arzt aber auch zugemutet, in Grenzfällen sein Gewissen maximal anzustrengen, um zu einer Entscheidung zu kommen, selbst wenn er dabei normiertes Recht verletzt. Merke:

- **Der Arzt ist nicht nur vor seinem Gewissen verantwortlich, sondern auch für dasselbe.**
- **Ein ungenutztes Gewissen verdirbt.**

2. Die Pflichten des Palliativmediziners gegenüber dem Palliativpatienten

Rechte und Pflichten der Ärzte sind über Jahrzehnte von der Rechtsprechung entwickelt und am 2.2.2013 in den §603a bis 630h BGB durch den Bundestag kodifiziert. Neues Recht ist dadurch nicht entstanden. Wie sich aus der oben zitierten Rechtsprechung des BVerfG. ergibt, haben daneben auch die Forderungen und Pflichten der ärztlichen Standesethik für Palliativmediziner den Charakter von verbindlichem Recht, jedenfalls von verbindlichen Auslegungsgrundsätzen. Das dürfte auch für die Grundsätze der Bundesärztekammer zur Sterbebegleitung vom 21.1.2011 gelten. Es heißt dort in der Präambel:

*Aufgabe des Arztes ist es, unter Achtung des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten Leben zu erhalten, Gesundheit zu schützen und wiederherzustellen sowie Leiden zu*

*lindern und Sterbenden bis zum Tod beizustehen. Die ärztliche Verpflichtung zur Lebenserhaltung besteht daher nicht unter allen Umständen. Es gibt Situationen, in denen sonst angemessene Diagnostik und Therapieverfahren nicht mehr angezeigt und Begrenzungen geboten sind. Dann tritt eine palliativmedizinische Versorgung in den Vordergrund. Die Entscheidung hierzu darf nicht von wirtschaftlichen Erwägungen abhängig gemacht werden.*

*Unabhängig von anderen Zielen der medizinischen Behandlung hat der Arzt in jedem Fall für eine Basisbetreuung zu sorgen. Dazu gehören u. a. menschenwürdige Unterbringung, Zuwendung, Körperpflege, Lindern von Schmerzen, Atemnot und Übelkeit sowie Stillen von Hunger und Durst. Art und Ausmaß einer Behandlung sind gemäß der medizinischen Indikation vom Arzt zu verantworten. Er muss dabei den Willen des Patienten achten. Bei seiner Entscheidungsfindung soll der Arzt mit ärztlichen und pflegenden Mitarbeitern einen Konsens suchen.*

*Ein offensichtlicher Sterbevorgang soll nicht durch lebenserhaltende Therapien künstlich in die Länge gezogen werden. Darüber hinaus darf das Sterben durch Unterlassen, Begrenzen oder Beenden einer begonnenen medizinischen Behandlung ermöglicht werden, wenn dies dem Willen des Patienten entspricht. Dies gilt auch für die künstliche Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr. Die Tötung des Patienten hingegen ist strafbar, auch wenn sie auf Verlangen des Patienten erfolgt. Die Mitwirkung des Arztes bei der Selbsttötung ist keine ärztliche Aufgabe.*

Zu den ärztlichen Pflichten bei Patienten mit infauster Prognose, also den eigentlichen Palliativpatienten heißt es in den Grundsätzen unter II:

*Bei Patienten, die sich zwar noch nicht im Sterben befinden, aber nach ärztlicher Erkenntnis aller Voraussicht nach in absehbarer Zeit sterben werden, ist eine Änderung des Behandlungszieles geboten, wenn lebenserhaltende Maßnahmen Leiden nur verlängern würden oder die Änderung des Behandlungsziels dem Willen des Patienten entspricht. An die Stelle von Lebensverlängerung und Lebenserhaltung tritt dann die palliativmedizinische Versorgung einschließlich pflegerischer Maßnahmen*

Zu den ärztlichen Pflichten bei Sterbenden heißt es unter I:

*Der Arzt ist verpflichtet, Sterbenden, d. h. Kranken oder Verletzten mit irreversiblen Versagen einer oder mehrerer vitaler Funktionen, bei denen der Eintritt des Todes in kurzer Zeit zu erwarten ist, so zu helfen, dass sie menschenwürdig sterben können. Die Hilfe besteht in palliativmedizinischer Versorgung und damit auch in Beistand und Sorge für die Basisbetreuung. Dazu gehören nicht immer Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr, da sie für Sterbende eine schwere Belastung darstellen können. Jedoch müssen Hunger und Durst als subjektive Empfindungen gestillt werden. Maßnahmen, die den Todeseintritt nur verzögern, sollen unterlassen oder beendet werden. Bei Sterbenden kann die Linderung des Leidens so im Vordergrund stehen, dass eine möglicherweise dadurch bedingte unvermeidbare Lebensverkürzung hingenommen werden darf. Die Unterrichtung des Sterbenden über seinen Zustand und mögliche Maßnahmen muss wahrheitsgemäß sein, sie soll sich aber an der Situation des Sterbenden orientieren und vorhandenen Ängsten Rechnung tragen. Der Arzt soll auch Angehörige des Patienten und diesem nahestehende Personen informieren, soweit dies nicht dem Willen des Patienten widerspricht.*

Zu beanstanden ist an diesen Formulierungen ihre Unbestimmtheit. Wir werden uns mit dieser Problematik hinfort zu beschäftigen haben.

## VII. Von den Rechten des Palliativpatienten

### 1. Die von der Verfassung gewährleisteten Rechte des Palliativpatienten

Artikel 1/1 des Grundgesetzes lautet bekanntlich: *Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.* Diese Rechtsnorm ist unmittelbar geltendes Recht und sie ist unabänderbar. Es ist auch völlig unbestritten, dass sie über den Tod des Menschen hinaus gilt. Bereits sie gewährt also dem sterbenden Menschen ihren umfassenden Schutz. Der Art. 8/1/1 der Brandenburgischen Verfassung vom 20.8.1992 enthält sodann die folgende Bestimmung: *Jeder hat das Recht auf Leben, Unversehrtheit und Achtung seiner Würde im Sterben. In die Rechte auf Leben und Unversehrtheit darf nur aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden* und im Art.1/1 der am 25.10.1993 verkündeten Thüringischen Verfassung heißt es schließlich: *Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie auch im Sterben zu achten und zu schützen, ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.* Beide Landesverfassungen begründen für alle in ihrem Geltungsbereich lebenden Palliativpatienten also spezielle Grundrechte und räumen diesen - innerhalb ihres Kataloges der allgemeinen Grundrechte - einen ungemein hohen Rang ein. Wiewohl andere Landesverfassung der deutschen Bundesländer entsprechende Regelungen nicht kennen, gilt die Verpflichtung zum Schutz der Würde des sterbenden Menschen auch in ihnen als unmittelbar geltendes Bundesrecht.

Der Inhalt dieses Grundrechtes ergibt sich aus der Begriffsbestimmung der Würde des sterbenden Menschen. Die treffendste hat die Enquete Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin gefunden. Sie lautet: ***In Würde zu sterben heißt, als Mensch in der von ihm gewünschten Umgebung in seinem Dasein bis zuletzt wahrgenommen und angenommen zu werden.***

Diese Würde des sterbenden Menschen wird absolut geschützt. Das bedeutet primär, dass alles entgegenstehende Recht, gleichgültig in welcher Form, nichtig ist.<sup>19</sup>

### 2. Die aus einfachen Gesetzen hergeleiteten Rechte des Palliativpatienten

Ein positiver Anspruch auf eine bestimmte Maßnahme lässt sich aus der verfassungsrechtlich geschützten Rechtsposition des Palliativpatienten nicht herleiten. Dazu bedürfte es – de lege lata - eines „Ausführungsgesetzes“. Dieses zu erlassen wäre der Gesetzgeber verpflichtet, um dem Grundrecht des sterbenden Menschen zur Verwirklichung zu verhelfen. Bis auf den Erlass des §§ 37b, 132d und 39b SGB V hat er es

---

<sup>19</sup> Dazu im Detail: Holtappels Das wesentliche Grundrecht des Palliativpatienten: Der Anspruch auf Achtung und Schutz seiner Würde in Angew Schmerzther Palliativmed 2013; 6 (2) S. 2ff

jedoch bisher versäumt, dieser Pflicht nachzukommen. Die Vertreter der Ärzteschaft haben es auch nicht für nötig befunden, diese Säumnis zu rügen.

### 3. Die vom Bundesverfassungsgericht gewährten Rechte des Palliativpatienten

Es blieb bisher dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten, mit seinem Beschluss vom 6.12.2005 diese Lücke für Palliativpatienten jedenfalls teilweise zu schließen. Der Entscheidung lag der folgende Sachverhalt zu Grunde: Der Beschwerdeführer litt unter der Duchenne'schen Muskeldystrophie (DMD), für die es keine wissenschaftlich anerkannte Therapie gibt, die eine Heilung oder eine nachhaltige Verlängerung des Krankheitsverlaufs bewirken könnte. Er wurde von einem Facharzt für Allgemeinmedizin behandelt, der über eine Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung nicht verfügte. Bei seiner Behandlung wurde die „Bioresonanztherapie“ angewandt, die 1999 unter der Nummer 17 in die Anlage B der heutigen Richtlinie „Methoden Vertragsärztlicher Versorgung“ übernommen wurde und damit gemäß § 1/II dieser Richtlinie von der vertragsärztlichen Versorgung ausgeschlossen war. Unter dieser Therapie nahm die Krankheit gleichwohl einen günstigen Verlauf, was die konsultierten Ärzte der Orthopädischen Klinik einer Technischen Hochschule bestätigten. Die Sozialgerichte wiesen den Anspruch auf Ersatz der für die Behandlung aufgewendeten Kosten unter Hinweis auf die Rechtslage (§ 135/I SGB V) durch alle Instanzen ab. Das Bundesverfassungsgericht hob das Urteil des Bundessozialgerichtes auf. Der mit der Kraft eines Gesetzes ausgerüstete Leitsatz dieser Entscheidung lautet: *Es ist mit den Grundrechten aus Art.2 Abs.1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip und aus Art.2 Abs.2 Satz 1 GG nicht vereinbar, einen gesetzlich Krankenversicherten, für dessen lebensbedrohliche oder regelmäßig tödliche Erkrankung eine allgemein anerkannte, medizinischem Standard entsprechende Behandlung nicht zur Verfügung steht, von der Leistung einer von ihm gewählten, ärztlich angewandten Behandlungsmethode auszuschließen, wenn eine nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf Heilung oder auf eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf besteht.*

Aus diese Entscheidung und einer folgenden des BSG ergibt sich folgendes Schema für die Prüfung, ob im Einzelfall ein Erstattungsanspruch - außerhalb der gesetzlichen Vorschriften - gegen den Kostenträger besteht: Danach muss

- ✓ eine lebensbedrohliche oder regelmäßig tödlich verlaufende Krankheit vorliegen, für die
- ✓ eine allgemein anerkannte, medizinischem Standard entsprechende Behandlungsmethode nicht zur Verfügung steht, für die aber eine Methode gewählt wird, die - auf Indizien gestützt - die Wahrscheinlichkeit einer Aussicht auf Heilung oder jedenfalls eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf verspricht.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> (Näheres dazu bei Holtappels/Lehmann „Das Recht des sterbenden Menschen“ [www.palliativ-rissen.de/downloads](http://www.palliativ-rissen.de/downloads))