Schriften zum Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht

2

Marion Albers (Hrsg.)

Patientenverfügungen



Nomos

Marion Albers (Hrsg.)

Patientenverfügungen

Marion Albers



Nomos

Schriften zum Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht Herausgegeben von Prof. Dr. Marion Albers Prof. Dr. Ivo Appel Prof. Dr. Ulrich M. Gassner Prof. Dr. Henning Rosenau Band 2

Gedruckt mit Unterstützung der Fritz Thyssen Stiftung.

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

ISBN 978-3-8329-3954-0

1. Auflage 2008

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2008. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die folgenden Beiträge beruhen auf Vorträgen oder Koreferaten im Rahmen der ersten Jahrestagung des Instituts für Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht an der Universität Augsburg, die sich im April 2007 mit dem Thema "Intra- und interdisziplinäre Bausteine einer gesetzlichen Regulierung von Patientenverfügungen" auseinandergesetzt hat. Ziel der Tagung war es, die medizinischen, psychologischen oder medizinethischen Grundlagen von Patientenverfügungen ebenso zu klären wie die Lage in den relevanten Rechtsgebieten des Verfassungsrechts, des Zivilrechts, des Betreuungsrechts und des Strafrechts. Die Analyse der Brücken und Bruchlinien zu anderen (Teil-)Disziplinen soll es ermöglichen, zu einer stimmigen Gesamtkonzeption zu gelangen. Für die Veröffentlichung sind die Beiträge überarbeitet und auf den aktuellen Stand vom Juli 2008 gebracht worden.

Das Institut für Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht erforscht und vermittelt bio-, gesundheits- und medizinrechtliche Themen in intra- und interdisziplinären Zusammenhängen und in Kooperation mit der Praxis. Zu seinen Aktivitäten zählen Jahrestagungen, Fachtagungen, Symposien und Foren, Vortragsveranstaltungen, Ringvorlesungen, Seminare oder Fortbildungsveranstaltungen. In zentralen Forschungsbereichen werden nationale und internationale Forschungsnetze aufgebaut.

Für die Unterstützung bei der Organisation und Durchführung der Tagung möchte ich mich auch an dieser Stelle bei meinen Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen bedanken, vor allem bei Andrea Veh, außerdem bei Julia Faber, Jürgen Haller, Boris Reibach, Kerstin Reitlinger, Hans Stamp und Solvei Stender. Bernd Herrmann hat die Manuskripte der Beiträge formatiert und vereinheitlicht. Jürgen Haller und Andrea Veh haben bei der Erarbeitung des Sachverzeichnisses wesentlich mitgewirkt. Darüber hinaus danke ich der Fritz-Thyssen-Stiftung sowohl für die großzügige Förderung der Tagung, die deren Durchführung ermöglicht hat, als auch für den Druckkostenzuschuss für die Veröffentlichung dieses Buches.

Augsburg, im August 2008

Marion Albers

Inhalt

Inter- und intradisziplinäre Bausteine der gesetzlichen Regulierung von Patientenverfügungen	
Marion Albers	9
Die Problematik der gesetzlichen Regulierung von Patientenverfügungen aus medizinischer und psychologischer Sicht Michael Wunder	39
Patientenverfügungen zwischen den medizinethischen Prinzipien Patientenautonomie und Fürsorge Arnd T. May	53
Maßstabs- und Koordinationsleistungen des Verfassungsrechts bei der gesetzlichen Regulierung von Patientenverfügungen Margarete Schuler-Harms	69
Patientenverfügung und passive Sterbehilfe: Der verfassungs- rechtliche Rahmen Friedhelm Hufen	91
Formpflicht und Reichweitenbeschränkungen für Patientenverfügungen? Eine verfassungsrechtliche Kritik Erwin Bernat	97
Die "Patientenverfügung" im privatrechtlichen System Jörg Neuner	113
Integration privatrechtlicher Elemente der Patientenverfügung in das Geflecht übergreifender Normen Kathrin Becker-Schwarze	133
Kainrin Becker-Schwarze	133
Integration privatrechtlicher Elemente der Patientenverfügung in das Geflecht übergreifender Normen	arligidiko Pakerata Makesatania
Ulrike Riedel	151

Funktionen und Abstimmung der betreuungsrechtlichen Kom nenten der Patientenverfügung	po-
Frank Saliger	157
"Patientenverfügung im Kontext" – Das Steuerungspotential d Betreuungsrechts bei der normativen Strukturierung von Patientenverfügungen Stephan Rixen	les 175
Diogialia and hamanife de Barriera Barriera	
Disziplinenübergreifende Regulierung von Patientenverfügung Ausweg aus der strafrechtlichen Zwickmühle? Gunnar Duttge	gen: 185
Probleme und Zukunftsperspektiven der Patientenverfügung Torsten Verrel	197
Patientenverfügung und Patienten ohne Verfügung Eva Schumann	215
Verzeichnis der Autoren und Autorinnen	243
Sachverzeichnis	245

Inter- und intradisziplinäre Bausteine der gesetzlichen Regulierung von Patientenverfügungen*

Marion Albers

I. Einleitung: Grundsatzproblematik einer gesetzlichen Regulierung von Patientenverfügungen

Allen Menschen ist es wichtig, in Würde zu sterben. Deshalb gelten Patientenverfügungen als ein zentraler Bestandteil von Patientenrechten. Sie umfassen alle Erklärungen der verfügenden Personen, die im Vorfeld der Einwilligungsunfähigkeit für den Fall deren Eintritts mit Blick auf antizipierte medizinische Behandlungen abgegeben werden und an die Angehörigen, an meist noch unbestimmte künftig behandelnde Ärzte, an Bevollmächtigte und an Betreuer gerichtet sind. Sie können vorsehen, dass im Falle einer künftigen Einwilligungsunfähigkeit und einer näher beschriebenen Situation bestimmte Behandlungen erwünscht sind oder nicht eingeleitet bzw. nicht fortgesetzt werden sollen. In Form einer narrativen Patientenverfügung können sie sich auch auf die Mitteilung von Einstellungen und Wertüberzeugungen beschränken, die den später an der Behandlung Beteiligten Orientierungshilfen bieten sollen.

Patientenverfügungen sind bislang nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt. Das liegt nicht daran, dass sie von den vorhandenen Bestimmungen hinreichend erfasst würden. Im Gegenteil ist die Rechtslage in vielen Punkten klärungsbedürftig. Das betrifft alle einschlägigen Rechtsgebiete: das Verfassungsrecht, das Privat(vertrags)recht, das Betreuungsrecht, das ärztliche Berufs- und Standesrecht, das Versicherungsrecht und das Strafrecht.² Die gegenwärtige Lage führt zu einer erheblichen

- Text und Internetnachweise sind auf dem Stand vom 1. Juli 2008.
- Vgl. insgesamt Bundesärztekammer, Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, DÄBI. 2007, A 891 (893); van Oorschot/Hausmann/Köhler/Leppert/Schweitzer/Steinbach/Anselm, Patientenverfügungen aus Patientensicht, Ethik Med 2004, 112 (119 ff.); Sass/Kielstein, Patientenverfügung und Betreuungsvollmacht, 2. Aufl. 2003, S. 47 ff.; Lipp/Klein, Patientenautonomie und "Sterbehilfe" Stand der aktuellen Debatte, FPR 2007, 56 (58); May, Patientenverfügungen, BtPrax 2007, 149 (150).
- Vgl. auch Höfling, Patientenautonomie und Patientenverfügungen aus der Sicht der deutschen Vormundschaftsrichter/innen, FPR 2007, 67 (67): "Ein "Sterbehilferecht" existiert in Deutschland … lediglich als Querschnittsmaterie, deren Orientierungslinien sich aus zivil-, straf-, arzt- und verfassungsrechtlichen Normen ergeben. Deren Zusammenspiel wiederum ist abgesehen vom normhierarchischen Vorrang des Verfassungsrechts ebenfalls unsicher."

Unsicherheit bei den Menschen, die gerne eine Patientenverfügung verfassen würden, aber nicht wissen, wie sie sie rechtssicher gestalten können.³

Allerdings wird die gesetzliche Absicherung und etwaige Standardisierung von Patientenverfügungen seit längerem in verschiedenen Gremien und mittlerweile auch im Bundestag erörtert.4 Das Bundesministerium der Justiz setzte im Jahr 2003 eine Arbeitsgruppe Patientenautonomie ein (sog. Kutzer-Kommission) und beauftragte sie mit der Untersuchung, ob zur Sicherung der Patientenautonomie am Lebensende gesetzliche Regelungen erforderlich sind. Diese Arbeitsgruppe legte im Juni 2004 ihre Vorschläge zu Gesetzesänderungen im Straf- und Betreuungsrecht und Eckpunkte für die Abfassung von Patientenverfügungen vor. Der daraus resultierende ministerielle Referentenentwurf eines 3. Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts⁵ scheiterte dann allerdings bereits im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens, dies nicht zuletzt deswegen, weil man sich darüber einig war, dass ein Gesetzentwurf zu einem so wichtigen Thema aus dem Parlament selbst kommen muss. Im April 2004 stellte die Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz ihren Bericht "Sterbehilfe und Sterbebegleitung" vor. Sie differenzierte bei Patientenverfügungen zwischen Verbindlichkeit und Indizwirkung und empfahl die Zuerkennung einer Verbindlichkeit unter den Voraussetzungen, dass die Verfügung auf die spätere Situation hinreichend konkret zugeschnitten und nach hinreichender Beratung über die Folgen schriftlich verfasst worden ist. 6 Darüber hinaus hielt sie die Klarstellung strafrechtlicher Bestimmungen, die Mehrheit der Kommissionsmitglieder auch eine Ergänzung des Straftatbestandes der Tötung auf Verlangen um einen Strafausschlussgrund für sinnvoll.7 Insbesondere die letzte Empfehlung löste eine heftige öffentliche Debatte über die aktive Sterbehilfe aus. Die Enquête-Kommission des

Zur Rechtsunsicherheit bei den Ärzten und Ärztinnen Verrel, Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung, Gutachten C zum 66. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, 2006, C 53 ff. Birnbacher/Dabrock/Taupitz/Vollmann, Wie sollten Ärzte mit Patientenverfügungen umgehen? Ein Vorschlag aus interdisziplinärer Sicht, Ethik Med 2007, 139 (139); Borasio, Selbstbestimmung im Dialog, in: Meier/Borasio/Kutzer (Hrsg.), Patientenverfügung, 2005, S. 148 (148 ff.). Zur Untersuchung der Einstellungen der Vormundschaftsrichter und -richterinnen mit dem Ergebnis sehr unterschiedlicher Sehweisen Höfling/Schäfer, Leben und Sterben in Richterhand?, 2006, sowie die Zusammenfassung bei Höfling (Fn. 2), S. 67 ff.

Übergreifend dazu Meran/Geiβendörfer/May/Simon (Hrsg.), Möglichkeiten einer standardisierten Patientenverfügung, 2002. Ein Überblick über die unterschiedlichen Positionen findet sich bei May/Charbonnier (Hrsg.), Patientenverfügungen, 2005. S. auch den Kurzüberblick mit den Positionen von Schäfer/Sommer und Mertin, Strengere Anforderungen an die Patientenverfügung?, ZRP 2007, 135. Zu europäischen Regelungen Röthel, Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht in europäischer Perspektive, FPR 2007, 79 ff.

⁵ Referenten-Entwurf eines 3. Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts aus dem BMJ (Stand: 19.04.05).

⁶ Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz, Sterbehilfe und Sterbebegleitung, 2004, S. 10 f., 38 ff., 137 ff. (Thesen 4 und 5; Empfehlung 4), abrufbar unter http://www.justiz.rlp.de (Ministerium – Bioethik).

⁷ Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz (Fn. 6), S. 64 ff., 128 ff. (Thesen 14 und 15; Empfehlung 2).

Deutschen Bundestages "Ethik und Recht der modernen Medizin" präsentierte im September 2004 einen ausführlichen Zwischenbericht zu "Patientenverfügungen" mit mehreren Sondervoten.8 Die Empfehlungen kennzeichnet eine deutliche Differenzierung zwischen Abfassung und Umsetzung von Patientenverfügungen. Kernpunkt der – insoweit in den Sondervoten kritisierten⁹ – Mehrheitsempfehlungen war eine "Reichweitenbegrenzung": der Anwendungsbereich von Patientenverfügungen. die einen zum Tode führenden Behandlungsabbruch oder -verzicht vorsehen, sollte auf Konstellationen beschränkt werden, in denen das Grundleiden irreversibel ist und trotz medizinischer Behandlung tödlich verläuft. 10 Für die Umsetzungssituation wurde die Einrichtung eines Konsils mit dem Ziel einer Beratung des Betreuers oder Bevollmächtigten durch Ärzte, Mitglieder des Pflegeteams und Angehörige empfohlen. 11 Eine Stellungnahme des Nationalen Ethikrates folgte im Juni 2005. Die Mehrheit seiner Mitglieder empfahl die gesetzliche Verankerung der Verbindlichkeit schriftförmlicher oder anderweitig verlässlich dokumentierter Patientenverfügungen und ergänzende strafrechtliche Klarstellungen. 12 Der Deutsche Juristentag behandelte das Thema Patientenverfügungen im Jahr 2000 aus Perspektive des Zivilrechts und im Jahr 2006 aus Perspektive des Strafrechts. 13 Die Bundesärztekammer veröffentlichte Mitte 2004 überarbeitete "Grundsätze zur Sterbebegleitung" und im März 2007 "Empfehlungen zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung". 14

Im Frühjahr 2007 standen im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens drei fraktionsübergreifende Gesetzentwürfe mit unterschiedlichen inhaltlichen Ansätzen zur Debatte¹⁵: der Entwurf eines Gesetzes zur Verankerung der Patientenverfügung im

- 8 Enquête-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, Zwischenbericht Patientenverfügungen, BT-Drucks 15/3700.
- Sondervotum Albers/Mayer/Reimann/Volkmer; Sondervotum Kauch/Flach/Merkel/Stöckel (Fn. 8), S. 60 ff.
- 10 Enquête-Kommission (Fn. 8), S. 30 ff., 38 ff. Vgl. dazu auch Riedel, Selbstbestimmung am Lebensende durch Patientenverfügungen, Zeitschrift für Biopolitik 2004, 211 (212 ff.).
- 11 Enquête-Kommission (Fn. 8), S. 35 ff., 43 f.
- 12 Nationaler Ethikrat, Patientenverfügung Ein Instrument der Selbstbestimmung, 2005, bes. S. 30 ff.
- 13 Taupitz, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens? Gutachten A zum 63. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 63. Deutschen Juristentages, 2000; Verrel (Fn. 3).
- 14 Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, DÄBI. 2004, A-1298 f.; Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer (Fn. 1).
- 15 Vgl. neben den aus dem parlamentarischen Bereich kommenden Entwürfen auch den Diskussionsentwurf von v. Renesse/Riedel für ein Gesetz zur Regelung von Patientenverfügungen im Betreuungsrecht und zur Klarstellung strafrechtlicher Grenzen bei der Sterbebegleitung, Stand: 8. Juli 2005, abrufbar unter http://www.rechtsanwaeltin-riedel.de; den Entwurf von Höfling, der im Auftrag der Deutschen Hospiz-Stiftung erstellt wurde, dazu Höfling, Gesetz zur Sicherung der Autonomie und Integrität von Patienten am Lebensende (Patientenautonomie- und Integritätsschutzgesetz), MedR 2006, 25 ff.; sowie die Vorschläge von Schöch/ Verrel, Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung (AE-StB), GA 2005, 553 ff.

Betreuungsrecht¹⁶, der Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts¹⁷ und der Entwurf eines Gesetzes zur Klarstellung der Verbindlichkeit von Patientenverfügungen¹⁸. Alle Entwürfe beschränkten sich auf eine Verankerung der Patientenverfügung im Betreuungsrecht. Unterschiede bestanden unter anderem in der Frage der Zuerkennung der Verbindlichkeit: Während der Entwurf eines Gesetzes zur Verankerung der Patientenverfügung im Betreuungsrecht eine Reichweitenbegrenzung vorschlug¹⁹, zielte der Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts auf die Anerkennung der Verbindlichkeit unter den Voraussetzungen der Einsichtsfähigkeit und der Schriftform. 20 Vor dem Hintergrund dieser Entwürfe gab es im März 2007 im Deutschen Bundestag eine lebhafte und kontroverse Diskussion.²¹ Eine Einigung konnte nicht erreicht werden. Ein Jahr später liegt nunmehr der Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts in der Fassung vom 06. März 2008 als förmlich eingebrachter Gesetzentwurf vor. 22 Es handelt sich freilich um eine Modifikation der Vorgängerversion und nicht um das Ergebnis einer Verständigung zwischen den unterschiedlichen Positionen. Die Diskussion darüber, ob und wie man Patientenverfügungen in eigenständigen Bestimmungen regeln soll, ist vielmehr neu entflammt.

Es ist weder ein Unvermögen der Politik noch ein Zufall, dass die explizite Regelung von Patientenverfügungen solche Schwierigkeiten bereitet. Man kann dafür im Wesentlichen zwei Gründe ausmachen: Erstens erschwert die *interdisziplinäre Problematik* die Vergesetzlichung von Patientenverfügungen. Medizinische, psychologische und soziologische Erkenntnisse zeigen, wie schwierig es ist, frühere, antizipierende und für den Fall der Einwilligungsunfähigkeit getroffene Verfügungen des Patienten zum Maßstab für die Entscheidungen in aktuellen Krankheitssituationen zu machen. Gerade wenn die Betroffenen schwer krank sind, haben sie vielschichtige Bedürfnisse, Wünsche und Ängste; ihr Wille schwankt, und sie brauchen auch die Fürsorge, deren Gewährleistung zum ärztlichen und pflegerischen Ethos gehört. Ärzte und Ärztinnen weigern sich, in einer solchen Situation als "Vollstrecker" einer vormaligen Willensäußerung tätig zu werden, deren Kontext sie unter Umständen nicht überblicken können. Zweitens stößt die gesetzliche Regelung der

¹⁶ Gesetzentwurf der Abg. Bosbach/Röspel/Winkler/Fricke et al., Entwurf eines Gesetzes zur Verankerung der Patientenverfügung im Betreuungsrecht (Patientenverfügungsgesetz – Pat-VerfG), letzter Stand 17.09.2007, abrufbar unter http://wobo.de/home/downloads/1ge_patientenverf._endfass_17.9.07.pdf.

¹⁷ Gesetzentwurf der Abg. Stünker/Kauch/Jochimsen/Montag et al., Entwurf eines 3. Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts.

¹⁸ Gesetzentwurf der Abg. Zöller/Faust et al.: Entwurf eines Gesetzes zur Klarstellung der Verbindlichkeit von Patientenverfügungen (Patientenverfügungsverbindlichkeitsgesetz – PVVG), abrufbar unter http://www.wolfgang-zoeller.de/upload/CY61b735f9X113480594d5X101/2101282730_Gesetzentwurf_Patientenverfuegung.pdf.

^{19 § 1901}b Abs. 3 des Entwurfs.

^{20 § 1901}a des Entwurfs. Vgl. auch Zypries, Patientenverfügung: Selbstbestimmung bis zum Schluss, Rechtssicherheit jetzt!, RuP 2008, 2 (2 ff.).

²¹ Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht über die 91. Sitzung, Plenarprotokoll 16/91.

²² BT-Drucks. 16/8442.

Patientenverfügung auf intradisziplinäre Probleme, weil dabei mehrere Rechtsgebiete und Teildisziplinen ineinandergreifen. Relevant sind vor allem das Verfassungsrecht, das Privatrecht (hier: das Vertrags-, aber auch das Haftungsrecht), modifiziert durch das Krankenversicherungsrecht, das Betreuungsrecht, das ärztliche Berufs- und Standesrecht sowie das Strafrecht. Patientenverfügungen erfüllen ihre Funktionen in der Praxis nur dann, wenn sie nicht als Bruchstück geregelt werden, sondern auf einem stimmigen Zusammenwirken aller involvierten Rechtsgebiete beruhen. Für eine angemessene Gesamtkonzeption fehlt es aber an einem hinreichenden intradisziplinären Diskurs. Jede der Teildisziplinen hat ihre eigenen dogmatischen und methodischen Kontexte, in die sie eine Regelung einzupassen sucht, ohne dass die Folgen und Implikationen, die dann in anderen Rechtsgebieten entstehen, in der jeweiligen Teildisziplin selbst geklärt werden könnten.

Die folgenden Überlegungen und die Beiträge in diesem Band sollen die interund die intradisziplinären Aspekte von Patientenverfügungen aufarbeiten und zu einem Gesamtbild beitragen. Michael Wunder beleuchtet die medizinisch-psychologischen, Arnd May die ethischen Grundlagen. Margarete Schuler-Harms und Friedhelm Hufen analysieren die verfassungsrechtlichen Vorgaben. Erwin Bernat ergänzt
dies mit Blick auf aktuelle Regelungsvorschläge und auf das österreichische Patientenverfügungsgesetz. Jörg Neuner und Katrin Becker-Schwarze erörtern privatrechtliche Elemente, während Ulrike Riedel, Frank Saliger und Stephan Rixen sich mit
dem Betreuungsrecht auseinandersetzen. Gunnar Duttge geht auf grundlegende Fragen und einige der strafrechtlichen Gesichtspunkte ein. Ausgewählte Probleme und
die Zukunftsperspektiven der Patientenverfügung werden im Beitrag von Torsten
Verrel behandelt. Eva Schumann macht abschließend den übergreifenden Kontext
deutlich, in den man Patientenverfügungen stellen muss.

II. Interdisziplinäre Grundlagen: Funktionen und Leistungsgrenzen von Patientenverfügungen

1. Hintergründe und Funktionen von Patientenverfügungen

Menschenwürdiges Sterben betrifft die menschliche Existenz. Jede Person setzt sich mit ihrem eigenen Tod und den ihr bevorstehenden Sterbevorgängen auseinander. Die Bedürfnisse und Ängste sind dabei, wie *Michael Wunder* aufzeigt, vielschichtig und drehen sich vor allem um den Wunsch, nicht allein gelassen zu werden. ²³ Zentrales Anliegen ist daher ein menschenwürdiges Sterben unter Berücksichtigung sämtlicher Bedingungen, die dafür nötig sind und die insbesondere institutionelle Vorkehrungen wie eine angemessene palliativmedizinische Versorgung oder die Ermöglichung einer häuslichen Pflege einschließen.

²³ Wunder, Die Problematik der gesetzlichen Regulierung von Patientenverfügungen aus medizinischer und psychologischer Sicht, in diesem Band, S. 39 (39 ff.).

In diesem gesamten Kontext sind Patientenverfügungen ein Teilelement, Michael Wunder weist darauf hin, dass man nicht übersehen darf, dass sie in der Praxis nur in begrenztem Umfang als "Instrument der Selbstbestimmung"24 eingesetzt werden, und zwar nicht zuletzt deshalb, weil den meisten Menschen durchaus bewusst ist, dass sie Krankheits- oder Sterbesituationen keineswegs vollständig steuern können.25 Innerhalb dieser Grenzen sind Patientenverfügungen dann allerdings eine Folge der Erkenntnis, dass der Tod nicht mehr als schicksalhaftes Geschehen erlebt zu werden braucht. Sie sind mit einer Reihe von Interessen und Erwartungen verknüpft. Häufig sind sie eine Reaktion auf die Hospitalisierung, Medikalisierung und Technisierung des Sterbens.26 Ganz grundlegend werden sie aber auch davon getragen, dass das Prinzip der Selbstbestimmung das tradierte Modell des ärztlichen Paternalismus abgelöst hat.²⁷ Im paternalistischen Modell wird dem fachkompetenten. durch das ärztliche Ethos verpflichteten Arzt eine überlegene Rolle zugewiesen, aus der heraus er verbindliche Entscheidungen mit Blick auf das "objektive" Wohl des Patienten trifft. Wenn demgegenüber die Selbstbestimmung des Patienten in den Mittelpunkt rückt, dann bedeutet dies keineswegs, dass nunmehr der Patient "allein gelassen" selbst entscheiden soll. Wie Arnd May herausarbeitet²⁸, werden vier medizinethische Prinzipien mittlerer Reichweite anerkannt - Respekt vor der Selbstbestimmung der Patienten, Schadensvermeidung, Wohltun, Gerechtigkeit -, die im Dialog zwischen Arzt und Patienten auf konkrete Entscheidungssituationen zugeschnitten werden. Die Behandlung wird in Kommunikationsprozesse eingebettet, im Rahmen derer der Arzt die Aufgabe einer auf die Bedürfnisse des Patienten abgestimmten Information, Beratung und Unterstützung hat.²⁹ Selbstbestimmung und Fürsorge sind in diesem neuen Modell keine diametralen Gegensätze. Sie bedingen und ermöglichen sich wechselseitig: Die Selbstbestimmung bedarf der Fürsorge, und die Fürsorge wäre keine, wenn sie sich nicht an der Selbstbestimmung orientierte. Damit hat sich das gesamte Arzt-Patienten-Verhältnis gewandelt. 30 Patientenverfü-

24 So der Nationale Ethikrat (Fn. 12).

25 Wunder (Fn. 23), S. 40 ff. Vgl. auch die Untersuchung von Sahm, Sterbebegleitung und Patientenverfügung, 2006, S. 95 ff.; außerdem etwa Riha, Patientenverfügungen aus medizinethischer Perspektive, in: Duttge (Hrsg.), Ärztliche Behandlung am Lebensende, 2008, S. 23 (34).

Vgl. etwa Schumann, Dignitas – Voluntas – Vita, Überlegungen zur Sterbehilfe aus rechtshistorischer, interdisziplinärer und rechtsvergleichender Sicht, 2006, S. 22 ff.; Krug, Patientenverfügungen: Balanceakt zwischen Autonomie und Fürsorge, Chance für das Arzt-Patienten-Verhältnis, Zeitschrift für Evangelische Ethik 2006, 121 (121 f.); May (Fn. 1), S. 149.

27 Dazu statt vieler *Gerhardt*, Selbstbestimmung in der Biopolitik, Vorgänge 2006, 36 (38 ff.).

28 May, Patientenverfügung zwischen den medizinethischen Prinzipien Patientenautonomie und Fürsorge, in diesem Band, S. 53 (56).

29 Zu verschiedenen (idealtypischen) Modellen Emanuel/Emanuel, Four Models of the Physician-Patient Relationship, in: Glannon (ed.), Contemporary Readings in Biomedical Ethics, 2002, S. 37 ff. (Neuabdruck aus: Journal of the American Medical Association 1992, 2221 ff.).

30 Sehr differenziert dazu Damm, Imperfekte Autonomie und Neopaternalismus, MedR 2002, 375 (bes. 381 ff.). Außerdem Geisler, Patientenautonomie – eine kritische Begriffsbestimgungen sollen gewährleisten, dass der Einfluss der betroffenen Personen auf medizinische Behandlungen auch im Falle der Einwilligungsunfähigkeit so weit wie möglich erhalten bleibt.³¹

2. Leistungsgrenzen von Patientenverfügungen

Die Leistungskraft von Patientenverfügungen wird aus medizinischer und psychologischer Sicht aber mehr oder weniger weitgehend relativiert: "The living will has failed, and it is time to say so."³² Ärzte und Ärztinnen wünschen sich mehr Rechtssicherheit, aber trotzdem löst die Vorstellung einer uneingeschränkten Bindung an Patientenverfügungen bei ihnen Unbehagen aus. Dahinter steckt regelmäßig nicht, dass sie die traditionell-paternalistische Rolle zurückhaben wollten. Vielmehr liegt es an dem Wissen um die strukturellen Leistungsgrenzen von Patientenverfügungen.

Strukturelle Leistungsgrenzen entstehen vor allem aufgrund der Differenz zwischen der (Verfügungs-)Situation, in der eine Patientenverfügung abgefasst wird, und der (Umsetzungs-)Situation, in der eine Patientenverfügung angewendet werden soll. In der Verfügungssituation kann der Betroffene nur begrenzt vorhersehen, wie es ihm in der künftigen Umsetzungssituation körperlich und psychisch gehen und welche Präferenzen er in einer solchen Situation haben wird. Das gilt umso mehr, als die dann bestehenden konkreten medizinischen Behandlungsmöglichkeiten ungewiss sind. Hinzu kommen, zumal bei Laien, die Schwierigkeiten, die prognostizierte künftige Lage und die bestehenden Wünsche inhaltlich genau zu beschreiben.33 Über diese Prognose- oder Beschreibungsprobleme hinaus besteht ein entscheidender Punkt darin, dass ein Rückschluss von der in einer Patientenverfügung festgehaltenen Willensäußerung auf den aktuellen Willen aus psychologischer Sicht eine hochproblematische Konstruktion ist. Das Bild des Willens als einer "inneren Instanz" und "einer Art Ein-Punkt-Aktivität nach einer Aufklärungsinformation"34 greift zu kurz. Der Wille entwickelt sich vielmehr prozesshaft, interaktiv und in sozialen Kontexten.35 Und es gehört zu den gesicherten medizinischen und psychologischen Erkenntnissen, dass er gerade in der Auseinandersetzung mit schweren

mung, DMW 2004, 453 ff.; weniger weit reichend *Strätling/Bartmann/Fieber/Sedemund-Adib/Scharf/Schmucker*, Die gesetzliche Regelung der Patientenverfügung in Deutschland, 3. Aufl. 2006, S. 11 ff.

- 31 Van Oorschot/Hausmann/Köhler/Leppert/Schweitzer/Steinbach/Anselm (Fn. 1), S. 119 f.; vgl. auch Krug (Fn. 26), S. 129.
- 32 Fagerlin/Schneider, Enough. The failure of the Living Will, Hastings Center Report 2004, 30 ff. Sehr kritisch auch Dörner/Zieger/Bavastro/Holfelder, Patientenverfügungen: Kein "Sterben in Würde", DÄBI. 2002, A-917 ff.
- 33 Vgl. insgesamt Meran/Geiβendörfer/May/Simon (Fn. 4), S. 21 ff.; Sahm, Imperfekte Autonomie und die Grenzen des Instruments Patientenverfügung, ZME (Zeitschrift für medizinische Ethik) 2005, 265 (269 ff.).
- 34 Wunder (Fn. 23), S. 45.
- 35 Wunder (Fn. 23), S. 43 ff.; Sahm (Fn. 25), S. 70 f.

Krankheiten und mit dem Sterben als einer der existenziellsten Erfahrungen überhaupt schwanken kann. habei spielen das unmittelbare Erleben der Krankheit in der konkreten sozialen Situation und die damit verbundenen vielschichtigen Erwartungen, Bedürfnisse und Ängste eine Rolle. In der Situation der Anwendung einer Patientenverfügung kann der aktuelle Wille zum einen nicht mehr wie bei Einwilligungsfähigen in der Kommunikation zwischen Arzt und Patienten gebildet und ermittelt werden. Zum anderen verbleibt eine unüberwindbare Unsicherheit, ob der Patient angesichts seines aktuellen Erlebens noch das will, was er zuvor festgelegt hat. habei der Patientenzen der Steren der St

Unter diesen Umständen sind Patientenverfügungen in aller Regel in mehreren Dimensionen interpretationsbedürftig, dies meist sogar in erheblichem Umfang. Ihre Auslegung ist keine reine "Textarbeit". Zudem ist die aktuelle Situation, in der Mediziner handeln müssen, immer unter irgend einem Aspekt eine andere als die in der früheren Verfügung beschriebene. Eine unvermittelte Umsetzung ist nicht möglich. Die Idee, es sei einfach nur der in der Verfügung dokumentierte Wille des Patienten zu verwirklichen, geht an der Praxis vorbei.

3. Herausforderungen für das Recht

Patientenverfügungen stellen aus Perspektive des Rechts eine besondere Herausforderung dar, weil sie nicht nur existenzielle Fragen aufwerfen, sondern auch gängige juristische Perspektiven auf den Prüfstand stellen. Kann das rechtliche Konzept der Selbstbestimmung den Erkenntnissen der Nachbarwissenschaften zur Willens- und Entscheidungsbildung und den tatsächlichen Bedürfnissen der Menschen in der Krankheits- und Sterbesituation angemessen Rechnung tragen? Wie fängt man die Differenz zwischen Verfügungs- und Umsetzungssituation freiheitsgerecht auf? Wie ermittelt man den Willen, der ja gerade nicht mehr in den rechtlich leitbildenden

- 36 Fagerlin/Schneider (Fn. 32), S. 34; Sahm, Sterbehilfe in der aktuellen Diskussion ärztliche und medizin-ethische Aspekte, ZfL 2005, 45 (50 f.); Eisenmenger, Salus versus voluntas Ist die Patientenverfügung ein Prokrustesbett für den Arzt?, in: Hager (Hrsg.), Die Patientenverfügung, 2006, S. 19 (21 ff.). Vgl. auch Geisler (Fn. 30), S. 455. Inwieweit man hier typisieren kann, zumal angesichts der strukturellen Probleme einer empirischen Untersuchung, ist allerdings ungeklärt. S. dazu Strätling/Fieber/Bartmann/Sedemund-Adib/Scharf/Schmucker, Therapiebegrenzung in Deutschland eine empirische Analyse der häufigsten medizinischen, rechtlichen und ethischen Unsicherheiten bei "Entscheidungen am Lebensende", MedR 2005, 579 (582 f.).
- 37 Strätling/Bartmann/Fieber/Sedemund-Adib/Scharf/Schmucker (Fn. 30), S. 27 ff., beurteilen die Deutung des Verhaltens eines einwilligungsunfähigen Patienten als Willensänderung in bestimmten Konstellationen als eine "wissenschaftlich vollkommen unbelegte ... Spekulation", setzen sich aber nur verkürzt damit auseinander, dass auch die Annahme einer Übereinstimmung zwischen verfügtem und aktuellem Willen die Konstruktion eines Beobachters (des Arztes, des Betreuers) ist.
- 38 Ausführlicher z.B. Meran/Geißendörfer/May/Simon (Fn. 4), S. 27 ff.; Birnbacher/Dabrock/ Taupitz/Vollmann (Fn. 3), S. 144 ff.

Formen einer selbstbestimmten Entscheidung geäußert werden kann? Und welche Folgen soll es haben, dass die Patientenverfügung in der Situation ihrer Anwendung immer "fremdbestimmt" interpretiert wird? Unter welchen Voraussetzungen muss man davon ausgehen, dass ein Verhalten, das auf eine ersichtliche Lebensfreude des Patienten hindeutet oder jedenfalls hinzudeuten scheint, als aktueller Wille die Patientenverfügung aufhebt? Darf man bei ihrer rechtlichen Ausgestaltung übergreifende soziale Faktoren, etwa die Auflösung traditioneller Familienstrukturen oder die Sparzwänge im Gesundheitssystem, ausblenden? Die Komplexität der sozialen Situationen, auf die die "Patientenverfügung" verweist, erfordert eine besondere Leistungsfähigkeit des Rechts.

- III. Intradisziplinäre Abstimmungserfordernisse: Patientenverfügungen im Netzwerk verfassungs-, zivil-, betreuungs- und strafrechtlicher Vorschriften
- Maßstabs- und Koordinationsleistungen des Verfassungsrechts bei einer gesetzlichen Regulierung von Patientenverfügungen
- a) Rolle und Funktionen des Verfassungsrechts

Als rechtliche Basis der Gesellschaft verankert die Verfassung grundlegende Wertentscheidungen in Form rechtlich verbindlicher, aber zugleich relativ offener und unbestimmter Aussagen. Diese rechtliche Verbindlichkeit bei relativer Offenheit ermöglicht es, medizinisch-technischen oder sozialen Entwicklungen und den Ergebnissen medizinischer, psychologischer oder ethischer Diskurse Rechnung zu tragen, ohne dass die daraus resultierende Flexibilität die Eigenständigkeit und die Funktionen des Verfassungsrechts als Recht in Frage stellte. 39 Gegenüber dem Zivilrecht, dem Betreuungsrecht, dem Berufsrecht oder dem Strafrecht kommt dem Verfassungsrecht ein normhierarchischer Vorrang zu. Es wirkt maßstabssetzend für die Gesetzgebung, die Verwaltung sowie die Rechtsprechung und, vermittelt über gesetzliche Regelungen, für Private. Vor allem die Grundrechte bieten mit ihren Freiheitsgewährleistungen den betroffenen Patienten Schutz. In ihren jeweiligen Positionen und Rollen sind auch Ärzte, Bevollmächtigte oder Betreuer grundrechtlich geschützt. Hinzu kommt, dass Grundrechte nach ihrer Schutzrichtung nicht nur Abwehrrechte und Unterlassungsansprüche, sondern auch Maßstäbe für übergreifendinstitutionelle Arrangements, Organisation und Verfahren oder Leistungs- und Schutzrechte hergeben.

³⁹ N\u00e4her Schuler-Harms, Ma\u00e4stabs- und Koordinationsleistungen des Verfassungsrechts bei der gesetzlichen Regulierung von Patientenverf\u00fcgungen, in diesem Band, S. 69 (71).

Die "Vorstrukturierungsleistung"⁴⁰ der Verfassung ist nicht auf abstrakte Rechtsbindungen im Hintergrund gesetzlicher Ordnungen reduziert. Die Vielschichtigkeit der Vorgaben muss verfassungsrechtsdogmatisch durch komplexe Ansätze umgesetzt werden. Dies schließt Aussagen unterschiedlicher Dichte oder Maßstabsetzungen auf mehreren Stufen ein, bei denen die verfassungsrechtlichen Bindungen im Wechselspiel mit vorhandenen oder intendierten Regelungen entfaltet werden. Das Verhältnis zwischen Verfassung und einfachem Recht gestaltet sich dabei zwar immer noch normhierarchisch, aber trotzdem keineswegs als ein lediglich einseitiger Einfluss. Die Bezeichnung der Verfassung als "Rahmenordnung" bringt diese Vielschichtigkeit nicht zum Ausdruck. Treffender ist das Bild eines Netzwerks verfassungs- und einfachrechtlicher Normen, in dem die Verfassung Fundamentalia vorgibt und diese auf verschiedenen Ebenen und je nach Ausgestaltung der unterverfassungsrechtlichen Regelungen in Form darauf abgestimmter Aussagen zur Geltung bringt.

Damit liefert die Verfassung keine abschließenden, sondern anreicherungs- und ausfüllungsbedürftige Vorgaben. Diese beschränken sich nicht auf punktuelle Anforderungen an die Verfassungsmäßigkeit oder an die verfassungskonforme Auslegung und Anwendung einzelner Vorschriften. Nicht so weitreichend wie, aber zugleich klarer als das umstrittene Postulat der "Einheit der Rechtsordnung" verlangen die Grundrechte, dass die Rechtsgebiete, in denen die "Patientenverfügung" geregelt wird, so miteinander abgestimmt werden, dass die Rolle der Patientenverfügung nicht aufgrund vermeidbarer Rechtsunsicherheiten konterkariert wird. Die Maßstabs- und Vorstrukturierungsleistungen der Verfassung werden somit durch Koordinationsleistungen ergänzt. Beide Leistungen setzen allerdings voraus, dass man den Inhalt der verfassungsrechtlichen Aussagen hinreichend herausarbeiten kann.

Menschenwürde, Selbstbestimmung und Recht auf Leben bei Patientenverfügungen

Anknüpfungspunkte des verfassungsrechtlichen Schutzes von Patientenverfügungen sind das in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschützte Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit und/oder das in Art. 2 Abs. 1 GG verankerte Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit. Ob und unter welchen Voraussetzungen das eine oder das andere Grundrecht greift, ist im Einzelnen umstritten. ⁴³ Angesichts der verschiedenen Inhal-

⁴⁰ Schuler-Harms (Fn. 39), S. 70 f.

⁴¹ Zur Rechtsunsicherheit s. den Nw. in Fn. 3. Zu den Auswirkungen der Furcht vor strafrechtlichen Sanktionen Kutzer, Patientenautonomie und Strafrecht – aktive und passive Sterbehilfe, FPR 2007, 59 (60).

⁴² S. auch Schuler-Harms (Fn. 39), S. 70 f.

⁴³ Vgl. dazu BVerfGE 52, 131 (168; tragende Ansicht), und BVerfGE 52, 131 (173 ff.; unterlegene Ansicht). Grundsätzlich andere Auslegungsergebnisse resultieren daraus nicht.

te von Patientenverfügungen sind aber ohnehin beide Grundrechtsbestimmungen relevant. Sie werden durch die Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG verstärkt. Die Würde des Menschen ist in jeder Phase des Lebens, also auch während der Sterbephase zu beachten, ohne dass dies bedeutet, dass Art. 1 Abs. 1 GG in jeder Situation berührt wäre. 44

Selbstbestimmung, Recht auf Leben sowie körperliche Integrität und Menschenwürde gewinnen ihre Bedeutung in der Abwehr- *und* in der Leistungs- und Schutzdimension. Gegenüber staatlichen Institutionen haben die geschützten Personen ein Abwehrrecht, aufgrund dessen sie autonom über jede (angebotene) ärztliche Behandlung und deren Fortdauer entscheiden dürfen. Sie dürfen ihre Einwilligung entsprechend ihren ureigensten Maßstäben erteilen oder verweigern; sie sind dabei von Verfassungs wegen dritten Personen und deren Maßstäben keine Rechenschaft schuldig. Sie dürfen auch lebenserhaltende Maßnahmen ablehnen. Sofern zu den behandelnden Ärzten ein rein privatrechtliches Verhältnis besteht, ist der Staat verpflichtet, die grundrechtlich gewährleisteten Entscheidungsfreiheiten mittels der Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Arzt und Patienten zu schützen. In der Leistungs- und Schutzdimension folgt aus allen drei Grundrechtspositionen außerdem in bestimmtem Umfang ein Anspruch auf die Gewährleistung von medizinischer Versorgung und Fürsorge in Krankheits- und Sterbesituationen.

Soweit der Schutz der Grundrechte danach reicht, umfasst er die Möglichkeit der geschützten Person, antizipierende Entscheidungen für den Fall der späteren Entscheidungsunfähigkeit zu treffen. Es steht ihr insbesondere zu, eine Patientenverfügung zu verfassen, die erwünschte und/oder unerwünschte Behandlungsmaßnahmen im Vorfeld festlegt.⁵⁰ Allerdings vermitteln das Selbstbestimmungsrecht und das

- 44 Vgl. Höfling, "Sterbehilfe" zwischen Selbstbestimmung und Integritätsschutz, JuS 2000, 111 (114): Hufen, Verfassungsrechtliche Grenzen des Richterrechts Zum neuen Sterbehilfe-Beschluss des BGH, ZRP 2003, 248 (249).
- 45 Der Schutzgehalt wird dabei nicht nur auf die Unversehrtheit des Körpers als solche, sondern auch auf alle mit der körperlichen Integrität zusammenhängenden Entscheidungen der geschützten Person bezogen, so BVerfGE 52, 131 (173 ff; unterlegene Ansicht). Ebenso Höfling (Fn. 44), S. 114; Hufen, In dubio pro dignitate Selbstbestimmungsrecht und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens, NJW 2001, 849 (851 m.w.N.); Taupitz (Fn. 13), A 12 ff. m.w.N.
- 46 So BVerfGE 52, 131 (178; unterlegene Ansicht).
- 47 Statt vieler Hufen (Fn. 45), S. 851 f.; Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 2004, Art. 2 II Rn. 63. Dieses Entscheidungs- und Abwehrrecht erstreckt sich nach überwiegender Ansicht nicht auf das Verlangen nach einer aktiven Tötung durch einen Dritten. Anders etwa Antoine, Aktive Sterbehilfe in der Grundrechtsordnung, 2004, S. 252 ff.; Kämpfer, Die Selbstbestimmung Sterbewilliger, 2005, S. 224 ff., 324 ff.
- 48 Vgl. auch Kämpfer (Fn. 47), S. 341.
- 49 Künftig wird sich die Debatte möglicherweise eher um die Realisierbarkeit erwünschter Behandlungen als um das Unterbleiben oder den Abbruch von Behandlungen drehen.
- 50 BGHZ 163, 195 (197 f.); Höfling (Fn. 44), S. 114 f. m.w.N.; Hufen (Fn. 45), S. 851; Berger, Privatrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Sicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens, JZ 2000, 797 (798); Baumann/Hartmann, Die zivilrechtliche Absicherung der

Recht auf Leben oder körperliche Integrität ihr auch das Recht, diese Verfügung jederzeit durch eine neue Entscheidung zu ändern. ⁵¹ Der alters- oder krankheitsbedingte Wegfall der Möglichkeit, Willenserklärungen abzugeben, schließt dies nicht aus.

Wie aufbereitungs- und ausfüllungsbedürftig diese scheinbar klaren Vorgaben sind, macht eine nähere Analyse deutlich. Der erste entscheidende Punkt dreht sich um die Frage, welches Verständnis von Entscheidungsfreiheit oder Selbstbestimmung man zugrunde legt. Damit ist man mitten im Freiheitsverständnis. In grober Differenzierung kann man zwei Ansätze unterscheiden, die sich im Eingriffsabwehrkonzept, wie es *Friedhelm Hufen* und *Erwin Bernat* vorstellen⁵², und im eher prozedural und auf eine Ausgestaltung angelegten Konzept, das *Margarete Schuler-Harms* entwirft⁵³, widerspiegeln. Hierbei werden auch wesentliche Grundpositionen deutlich, die den Streit um die Regulierung von Patientenverfügungen prägen.

Bei der ersten Grundposition liegt der selbstbestimmten Entscheidung, die in der Abfassung und in den Aussagen der Patientenverfügung zum Ausdruck kommt, ein als voraussetzungslos konzipierter Wille zugrunde, dem die Verbindlichkeit nur bei Willensmängeln⁵⁴ fehlt. Da die sozialen oder psychologischen Voraussetzungen der Willensbildung und -äußerung anerkannt sind, ist ein solcher als voraussetzungslos konzipierter Wille nicht als Realitätsbeschreibung misszuverstehen, sondern als eine freiheitssichernde Konstruktion zu begreifen: Die betroffene Person soll das Recht haben, nach ihren Maßstäben Entscheidungen zu treffen und ihre Entscheidungen anerkannt zu sehen, ohne dass sie sich gegenüber anderen rechtfertigen oder belehren lassen müsste. Jede Berücksichtigung sozialer oder psychologischer Kontexte der Willensbildung bedeutete, dass dieses individuelle Recht nur unter bestimmten Voraussetzungen und in bestimmten Grenzen gelten kann, die die betroffene Person wiederum als Einschränkung ihrer Freiheit beurteilen mag. Grenzen sind möglich, aber nur dann, wenn sie gemessen an einer so verstandenen Freiheit gerechtfertigt werden können.

Die zweite Grundposition begreift "Selbstbestimmung" als voraussetzungsvoll. Darüber hinaus reagiert sie auf das Problem der Differenz zwischen Abfassungsund Umsetzungssituation mit besonderen rechtlichen Vorkehrungen, zumal im Falle einer entstandenen Einwilligungsunfähigkeit die Schutzpflicht zugunsten des Rechts auf Leben zu beachten ist. Mit der Entscheidung einer einwilligungsfähigen Person dürfen die Aussagen einer Patientenverfügung nicht gleichgesetzt werden. Patien-

Patientenautonomie am Ende des Lebens aus Sicht der notariellen Praxis, DNotZ 2000, 594 (607); Will, Das Recht auf einen menschenwürdigen Tod, Vorgänge 2006, 43 (45 f.).

⁵¹ Vgl. auch BGHZ 163, 195 (199).

⁵² Hufen, Patientenverfügung und passive Sterbehilfe – Der verfassungsrechtliche Rahmen, in diesem Band, S. 91 (91 ff.); Bernat, Formpflicht und Reichweitenbeschränkungen für Patientenverfügungen? Eine verfassungsrechtliche Kritik, in diesem Band, S. 97 (99 ff.).

⁵³ Schuler-Harms (Fn. 39), S. 77 ff.

⁵⁴ Zu Willensmängeln n\u00e4her Neuner, Die "Patientenverf\u00fcgung" im privatrechtlichen System, in diesem Band, S. 113 (121 f.).

tenverfügungen sind, so *Margarete Schuler Harms*, als Entscheidungen unter Ungewissheitsbedingungen zu begreifen. ⁵⁵ Sie werden aber nicht nur unter spezifischen Ungewissheitsbedingungen verfasst. Sie werden zudem unter Ungewissheitsbedingungen umgesetzt. Auch das ist verfassungsrechtlich relevant, denn gerade wegen der Selbstbestimmung und wegen des Rechts auf Leben muss es auf den aktuellen Willen des Patienten in der Umsetzungssituation ankommen. Damit eine Änderung der früheren Patientenverfügung erkannt wird, müsste der Patient seinen aktuellen Willen aber irgendwie nach außen tragen, und möglicherweise ist er genau dazu nicht mehr in der Lage. In der Umsetzungssituation steht man daher vor den Schwierigkeiten der Deutung des faktischen Handelns des Betroffenen, die nie mit letzter Sicherheit vorgenommen werden kann.

Da im Mittelpunkt der Verfassung das Ziel der Gewährleistung realer Freiheit steht, kommt man eben deswegen nicht umhin, einen Freiheits- und Selbstbestimmungsbegriff zu entwickeln, der in der Lage ist, den komplexen psychischen und sozialen Kontexten Rechnung zu tragen. Dann kämpft man freilich mit dem Dilemma, dass man wegen des voraussetzungsvollen Freiheitsverständnisses nicht ohne übergreifende Wertungen und Beurteilungen auskommt. Denn man muss beschreiben, unter welchen Voraussetzungen von Selbstbestimmung überhaupt die Rede sein kann, und diese Beschreibung muss eine den subjektiven Einschätzungen der einzelnen Personen übergeordnete Beschreibung sein. Bei den nötigen "objektiven" Wertungen zerfällt jedoch ein bis dahin vorhandener Konsens. Im Bereich der Patientenverfügung klaffen die Ansichten entsprechend weit auseinander. Darf man die Verbindlichkeit einer behandlungsablehnenden Patientenverfügung von einer vorherigen fachkompetenten Beratung abhängig machen, weil eine selbstbestimmte Entscheidung eine angemessene Information voraussetzt? Oder entscheidet eine Person auch dann selbstbestimmt, wenn man es ihr überlässt, wie und inwieweit sie sich informiert? Zählt es zu den Voraussetzungen der Selbstbestimmung, dass jemand in seiner aktuellen Situation und in Kenntnis aller aktuell gegebenen Umstände entscheiden kann, so dass die Verbindlichkeit von Patientenverfügungen schon deswegen begrenzt sein muss? Und wie berücksichtigt man, dass der aktuelle Wille eine Patientenverfügung von Verfassungs wegen ändern, aber nicht mehr in Form einer bewussten Erklärung geäußert und daher nicht ohne fremde Deutungen ermittelt werden kann? Mit der zweiten Grundposition gelangt man zu Bedingungen der Möglichkeit von Selbstbestimmung und zu rechtlichen Vorkehrungen, die von anderen wiederum entweder als Be- oder Einschränkung der individuellen Entscheidung oder umgekehrt als unzureichender Schutz der Voraussetzungen der Grundrechtsverwirklichung kritisiert werden. Der Ansatz ist realitätsgerecht; die Folgerungen werden jedoch nie unumstritten sein.

Die Verfassung schließt mit ihrem Leitbild einer realen individuellen Freiheit Extrempositionen, die sich entweder nahezu bedingungslos an einer Patientenverfü-

⁵⁵ Schuler-Harms (Fn. 39), S. 77 ff. Aus privatrechtlicher Perspektive auch Neuner (Fn. 54), S. 116.

gung oder allein an einem objektiv beurteilten Wohl des Patienten orientieren, als nicht haltbar aus. Sie verlangt eine rechtliche Ausgestaltung, die den Charakteristika von Patientenverfügungen, also etwa der Differenz von Abfassungs- und Umsetzungssituation und den jeweils gegebenen Ungewissheitsbedingungen, gerecht wird. Im Übrigen reagiert sie auf den Entscheidungsbedarf mit der Kombination von relativer Offenheit und Kompetenzverteilungen. Es ist vorrangig Sache des Gesetzgebers, unter Beachtung der – netzwerkartig wirkenden – verfassungsrechtlichen Leitmaßstäbe ein angemessenes Regelungskonzept zu gewährleisten. Daran anschließend müssen Rechtsprechung, Verwaltung und mittelbar auch die beteiligten Privaten die jeweiligen Bestimmungen in der Praxis grundrechtskonform konkretisieren und umsetzen.

c) Die Abstimmung zwischen den Rechtspositionen der beteiligten Personen

Da der Ausgangspunkt die Rechte des Patienten aus Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 und 2 Abs. 2 GG sind und jede Behandlung als Beeinträchtigung der körperlichen Integrität von einer Einwilligung oder mutmaßlichen Einwilligung getragen werden muss, werden Fragen des Ausgleichsmit entgegenstehenden Rechtspositionen anderer Beteiligter nur in begrenztem Umfang aufgeworfen. Dem Arzt steht aus seiner Position heraus nicht etwa ein eigenständiges Behandlungsrecht zu. Der Schutz der Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG und das Wohl der Kinder nach Art. 6 Abs. 2 GG⁵⁶ sind ebenso wenig unmittelbare Gegenbelange wie die Gewissensfreiheit der Ärzte oder Pfleger. Diese rechtfertigt es, ihnen die Mitwirkung am Abbruch einer indizierten Behandlung nicht zuzumuten. Durchführen dürfen sie sie aber nicht. 58

Statt vor der Notwendigkeit eines bipolaren Ausgleichs gegenläufiger Belange steht der Gesetzgeber eher vor der schwierigen Aufgabe, die Positionen der Beteiligten in einer faktisch und rechtlich komplexen Lage freiheitsgerecht auszutarieren. Das erfordert nicht zuletzt eine angemessene Koordination der involvierten Rechtsgebiete.

d) Vorstrukturierung der zivil-, betreuungs- und strafrechtlichen Gestaltung

Bereits bei einem rein eingriffsabwehrrechtlichen Ansatz und erst recht im Falle eines prozedural angelegten Ausgestaltungskonzepts lässt sich der Problemkomplex

⁵⁶ In den Implikationen probl. BVerfG (Kammer), NJW 2002, 206 (207). Kritisch hierzu Hessler, Das Ende des Selbstbestimmungsrechts?, MedR 2003, 13 (17 f.).

⁵⁷ Vgl. aber OLG München, Urt. v. 31.01.2002, 1 U 4705/98, abrufbar unter juris, Rn. 161 ff.; OLG München, NJW 2003, 1743 (1744 f.); dazu BGHZ 163, 195 (199 f.).

⁵⁸ Schuler-Harms (Fn. 39), S. 76 f.; Hufen (Fn. 52), S. 94. Zu Heimverträgen Neuner (Fn. 54), S. 114 f. m.w.N.

"Patientenverfügung" nicht mit Blick auf einzelne Normen erfassen. Vielmehr prägt ihn das Zusammenwirken mehrerer Rechtsgebiete, hier vor allem des Zivil-, des Betreuungs- und des Strafrechts. Deren Gestaltung wird sowohl mittels der Maßstabs- als auch mittels der Koordinationsleistungen der Verfassung vorstrukturiert. Zum einen müssen die zivil-, betreuungs- und strafrechtlichen Vorschriften und deren Auslegung und Anwendung mit den Grundrechten aller Beteiligten in Einklang stehen. Etwa ist eine "Reichweitenbegrenzung" der Patientenverfügung keine reine Frage der Auslegung des Strafrechts (mit Wirkung für das Betreuungsrecht und die Rolle des Betreuers), sondern vorab ein verfassungsrechtliches Problem. 59 Zum anderen muss ein grundrechtskonformes Zusammenspiel der beteiligten Rechtsgebiete hergestellt werden. Beispielsweise dürfen zwischen der zivil- und betreuungsrechtlichen Ausgestaltung der Umsetzung einer Patientenverfügung, die den Rechten des Patienten auf Selbstbestimmung und körperliche Unversehrtheit Rechnung trägt, und dem Straftatbestand der Tötung durch Unterlassen nach §§ 212, 13 StGB keine Inkonsistenzen bestehen. 60 In bestimmtem Umfang können die verfassungsrechtlichen Vorgaben somit ein Band zwischen den einzelnen Rechtsgebieten schaffen, das die Einzeldogmatiken in eine teildisziplinenübergreifende Gesamtkonzeption zu führen vermag.

2. Die Integration privatrechtlicher Elemente der Patientenverfügung in das Geflecht übergreifender Normen

Die zivilrechtliche Situation ist bereits in sich komplex, weil mehrere Stränge koordiniert werden müssen: das (allgemeine) Privatrecht, das Berufsrecht, das Versicherungsrecht und das Betreuungsrecht. Hinzu kommen die Einwirkungen des Verfassungsrechts und der Abstimmungsbedarf mit dem Strafrecht.

a) Die Rollenverteilung zwischen Arzt und Patienten

Nach der in diesen verschiedenen Strängen gesetzlich mitgestalteten Rollenverteilung verantwortet der Arzt unter Beachtung der ihn bindenden Maßstäbe die Indikation für eine bestimmte Behandlung. Auf dieser ersten Stufe sind die Patienten insoweit beteiligt, als Indikationen auf Untersuchungsergebnissen und Werturteilen beruhen, die im Rahmen der Mitwirkungsmöglichkeiten der Patienten dialogisch erarbeitet werden. Jedoch haben sie keinen Anspruch auf Behandlungen, die dann aus ärztlicher Sicht nicht medizinisch indiziert sind. Lebenserhaltende Behand-

⁵⁹ S. noch Punkt III.2.b).

⁶⁰ S. noch Punkt III.4.b).

⁶¹ BGHZ 154, 205 (224); Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 6. Aufl. 2008, Rn. 14 ff., 74 ff.

⁶² BGHZ 154, 205 (224); Lipp/Klein (Fn. 1), S. 56.

lungsmaßnahmen sind nicht mehr indiziert, sobald der Sterbeprozess eingesetzt hat; in diesem Stadium sind sterbebegleitende Maßnahmen und eine palliativmedizinische Versorgung angezeigt.⁶³

Werden bestimmte Behandlungsmaßnahmen vorgeschlagen, muss sich ein einwilligungsfähiger Patient im Rahmen des privatrechtlichen Behandlungsvertrages damit einverstanden erklären. Indem die mit einer medizinischen Behandlung verbundenen Eingriffe in die körperliche Integrität tatbestandlich als Körperverletzung nach § 223 StGB beurteilt werden, muss er seine Einwilligung auch dazu erklären, damit die Rechtswidrigkeit auf haftungs- und auf strafrechtlicher Ebene ausgeschlossen wird. ⁶⁴ Sind Patienten einwilligungsunfähig, kann eine Patientenverfügung zum Einsatz kommen. Neben der Patientenverfügung greift das Betreuungsrecht (§§ 1896 ff. BGB). ⁶⁵ Diesem kommt eine zentrale Rolle zu; es ist darin aber von der Beantwortung zivilrechtlicher Vorfragen abhängig. ⁶⁶

b) Bausteine der privatrechtlichen Regulierung

Ihrer *Rechtsnatur* nach kann man die Patientenverfügung, wie *Jörg Neuner* erläutert, als eine rechtsgeschäftsähnliche Willenserklärung einordnen.⁶⁷ In der Einordnung spiegelt sich bereits, dies legt *Kathrin Becker-Schwarze* dar, die Grundproblematik des Umgangs mit Patientenverfügungen wider.⁶⁸ Nach gegenwärtiger Rechtslage sind sie zudem, so der Bundesgerichtshof, nicht lediglich als ein Indiz für einen mutmaßlichen Willen, sondern als ausdrückliche Willenserklärungen zu beurteilen, sofern sie auf die konkrete Situation zugeschnitten sind.⁶⁹ Freilich kann – schon wegen der Vorgaben des Grundrechts auf Leben – eine frühere Verfügung durch den aktuellen Willen geändert werden, und ein Widerruf kann in jeder Form erfolgen.⁷⁰ Das Problem der richtigen Deutung des faktischen Handelns des Betroffenen versucht man mit der Zurechnung von Verantwortung zu lösen: Wer eine Patientenver-

- 63 Bundesärztekammer (Fn. 14), A-1298.
- 64 Der Arzt hat kein eigenständiges Behandlungsrecht, s. oben Punkt III.1.c); Neuner (Fn. 54), S. 114.
- 65 Das Verhältnis von Patientenverfügung und Betreuung ist umstritten, s. sogleich Punkt III.3.
- 66 Saliger, Funktionen und Abstimmung der betreuungsrechtlichen Komponenten der Patientenverfügung, in diesem Band, S. 157 (157).
- 67 Neuner (Fn. 54), S. 115 ff.
- 68 Becker-Schwarze, Integration privatrechtlicher Elemente der Patientenverfügung in das Geflecht übergreifender Normen, in diesem Band, S. 133 (137 f.). Deshalb ist die Einordnung auch nicht unumstritten. Vgl. etwa Roth, Die Verbindlichkeit der Patientenverfügung und der Schutz des Selbstbestimmungsrechts, JZ 2004, 494 (496 f.).
- 69 BGHZ 154, 205 (217 f.).
- Vgl. auch Neuner (Fn. 54), S. 122 ff.; Roth (Fn. 68), S. 496 f.; Berger (Fn. 50), S. 802; zu kurz Wagenitz, Finale Selbstbestimmung? Zu den Möglichkeiten und Grenzen der Patientenverfügung im geltenden und künftigen Recht, FamRZ 2005, 669 (671). Mit der Möglichkeit eines Widerrufsausschlusses Verrel, Probleme und Zukunftsperspektiven der Patientenverfügung, in diesem Band, S. 197 (206 f.); kritisch dazu wiederum Neuner (Fn. 54), S. 124 f.

fügung verfasst, muss das Risiko tragen, dass eine spätere Einstellungsänderung nicht mehr deutlich gemacht werden kann und von anderen nicht erkannt wird. ⁷¹ Das verweist auf die Frage, welche Anforderungen an Patientenverfügungen zu stellen sind, damit man solche Konsequenzen ziehen darf. Fest steht, dass sie im Falle von Willensmängeln – Irrtümer aller Art, Drohungen oder sonstige äußere Zwänge, Veränderungen der für die Verfügung maßgeblichen Umstände – gegenstandslos sind. ⁷² Demgegenüber gehören die Bindungswirkung der Patientenverfügung, ihr Einsatzoder Anwendungsbereich und ihre Wirksamkeitsvoraussetzungen zu den zentralen, noch nicht hinreichend geklärten Aspekten. Sie sind auch in den Regelungsvorschlägen vor allem bei behandlungsablehnenden Patientenverfügungen umstritten.

Die Bindungswirkung bedeutet, dass die bei Abfassung der Verfügung formulierten Aussagen in der Umsetzungssituation gelten. Mit Blick auf diese Rechtsfolge kann man Anforderungen an Patientenverfügungen begründen, die festlegen, wann eine solche Folge eintreten soll.⁷³ Eine Gleichsetzung einer im Umsetzungszeitpunkt vorliegenden Verfügung mit der Willenserklärung eines Einwilligungsfähigen ist nicht möglich, weil sowohl die Abfassung einer Patientenverfügung als auch deren Umsetzung in verfassungsrechtlich relevanter Weise durch spezifische Ungewissheitsbedingungen gekennzeichnet ist.⁷⁴ Geht man davon aus, dass dies nicht allein durch die Gestaltung der Umsetzung aufgefangen werden kann, sind mit Rücksicht auf die Folge einer "strikten Verbindlichkeit" adäquate Anforderungen auch an die Abfassung von Patientenverfügungen zu stellen. Da es dann immer Patientenverfügungen geben wird, die diese Anforderungen nicht in vollem Umfang erfüllen, erschöpft sich die Bindungswirkung nicht in der Dichotomie von Verbindlichkeit und Unverbindlichkeit. Statt dessen gelangt man zu einer fließenden Linie von der Verbindlichkeit über die Beachtlichkeit oder die Indizwirkung hin zur Unverbindlichkeit.75 Mit spezifischen Ausgestaltungen hat etwa das österreichische Patientenverfügungsgesetz Verbindlichkeitsstufen realisiert.76

Hinsichtlich des Einsatz- oder Anwendungsbereichs besteht Streit darüber, ob die Verbindlichkeit einer behandlungsablehnenden Patientenverfügung von einer "Reichweitenbegrenzung" abhängen soll. In Auslegung des gegenwärtigen Rechts

⁷¹ Popp, Patientenverfügung, mutmaßliche Einwilligung und prozedurale Rechtfertigung, ZStW 2006, 639 (652 ff.).

⁷² Neuner (Fn. 54), S. 121 f.

⁷³ Die Bindungswirkung lässt sich nicht schlicht mit dem Verweis auf die Möglichkeit des Widerrufs bejahen, denn in Form einer selbstbestimmten Entscheidung sind weder eine Bekräftigung noch ein Widerruf der Erklärung möglich. Das übersieht Ch. Schreiber, Rechtssicherheit durch Kodifizierung der Patientenverfügung, NJ 2006, 204 (205).

⁷⁴ Oben Punkt III.1.b).

⁷⁵ Vgl. auch Becker-Schwarze (Fn. 68), S. 138, 146 ff.: "Verbindlichkeitsstufen".

Näher dazu Kopetzki, Planungssicherheit durch Patientenverfügungen?, in: Duttge (Hrsg.), Ärztliche Behandlung am Lebensende, 2008, S. 79 (85 ff.). Auf der Basis des Verzichts auf Anforderungen konsequenterweise kritisch dazu Bernat (Fn. 52), S. 103 ff.; ders./Gaberc, Das österreichische Patientenverfügungs-Gesetz: ein Schritt vorwärts, zwei Schritte zurück, GesR 2007, 1 (4 ff.).

hat der 12. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in seinem Beschluss vom 17. März 2003 Patientenverfügungen mit hinreichend bestimmten Aussagen Verbindlichkeit zuerkannt⁷⁷, deren Anwendungsbereich jedoch zugleich auf Fälle begrenzt, in denen das Grundleiden einen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen hat.⁷⁸ Bei einwilligungsunfähigen Patienten gestatte, so der Bundesgerichtshof, die Rechtsordnung nur bei Vorliegen dieser objektiven Voraussetzungen, lebenserhaltende oder verlängernde Maßnahmen zu unterlassen oder nicht fortzuführen. Hinter seiner Sicht steht, dass er das Zivilrecht in die Grenzen des Strafrechts einordnet, "denn die Zivilrechtsordnung kann nicht erlauben, was das Strafrecht verbietet"79, und für das Verständnis der Straftatbestände auf die "Kempten-Entscheidung" des Bundesgerichtshofs in Strafsachen zurückgreift. 80 Daraus folgert er Interpretationsmaximen für das Betreuungsrecht. Danach reicht die Macht des Betreuers, anders als diejenige des Patienten, der im einwilligungsfähigen Zustand jede Behandlung verweigern kann, nicht weiter, als die mit Blick auf die strafrechtlichen Vorschriften zulässige "Sterbehilfe" es erlaubt. Sofern danach die objektiven Voraussetzungen für einen Behandlungsabbruch nicht vorliegen, darf der Betreuer diesen nicht verlangen, selbst wenn er damit einer Patientenverfügung nachkommen will.81

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist oft mit dem Argument kritisiert worden, sie beruhe auf einem Missverständnis der Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen. 82 Ganz treffend ist die Kritik wegen der undeutlichen Formulierungen in der strafgerichtlichen Entscheidung nicht. 83 Wichtiger ist ohnehin der übergreifende Punkt, wie sich das intradisziplinäre Verhältnis zwischen Zivil-, Betreuungs- und Strafrecht gestaltet. Zwischen diesen Rechtsgebieten besteht kein aus sich heraus hierarchisch-akzessorisches Verhältnis. Abstrakt betrachtet sind die

- 77 BGHZ 154, 205 (210 f.).
- 78 BGHZ 154, 205 (214 ff.).
- 79 BGHZ 154, 205 (215).
- 80 BGHSt 40, 257. Der BGHSt entnimmt die Terminologie früheren Richtlinien der Bundesärztekammer.
- 81 Insgesamt zu dieser Entscheidung Hahne, in: Nationaler Ethikrat, Forum Bioethik: Zwischen Fürsorge und Selbstbestimmung Über die Grenzen von Patientenautonomie und Patientenverfügung, 2003, S. 6 f., 16; dies., Zwischen Fürsorge und Selbstbestimmung, FamRZ 2003, 1619 ff. Mit Kritik Hufen (Fn. 44), 248 ff.; Höfling/Rixen, Vormundschaftsgerichtliche Sterbeherrschaft?, JZ 2003, 884 ff.; Kutzer, Probleme der Sterbehilfe Entwicklung und Stand der Diskussion, FPR 2004, 683 (686); Saliger, Sterbehilfe und Betreuungsrecht, MedR 2004, 237 ff.; Verrel, Mehr Fragen als Antworten Besprechung der Entscheidung des XII. Zivilsenats des BGH vom 17. 3. 2003 über die Einstellung lebenserhaltender Maßnahmen bei einwilligungsunfähigen Patienten, NStZ 2003, 449 (450 ff.).
- 82 Z.B. Lipp, Patientenautonomie und Lebensschutz, 2005, S. 15; Landwehr, Selbstbestimmung durch Patientenverfügung, 2007, S. 97 ff., 129.
- 83 Der BGHSt bezeichnet den Fall als einen durch besondere Umstände gekennzeichneten Grenzfall, bei dem das "Sterbenlassen … nicht von vornherein ausgeschlossen ist, sofern der Patient mit dem Abbruch mutmaßlich einverstanden ist", BGHSt 40, 257 (262). Vgl. auch Riedel, Integration privatrechtlicher Elemente der Patientenverfügung in das Geflecht übergreifender Normen, in diesem Band, S. 151 (155 mit Fn. 13); Verrel, Selbstbestimmungsrecht contra Lebensschutz, JZ 1996, 224 (225). S. auch BGHSt 32, 367 (378 f.).

Aussagen, das Zivilrecht könne nicht erlauben, was das Strafrecht verbietet⁸⁴, und das Strafrecht könne nicht verbieten, was das Zivilrecht erlaubt, beide sachgerecht. Die Überlegung, aus dem jeweils anderen Rechtsgebiet Interpretationsmaximen für Auslegungsprobleme herzuleiten, führt allerdings nur dann weiter, wenn nicht die gleichen Punkte klärungsbedürftig sind. Auf der einen Seite ist jedoch der Bundesgerichtshof in Zivilsachen bemüht, die zivilrechtlichen Grenzen der als verbindlich eingestuften Patientenverfügungen mit Blick auf das Strafrecht zu ermitteln. Auf der anderen Seite liegt der Kern der Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen darin, dass er die Straftatbestände mit Blick auf das im Verfassungsrecht und im Privatrecht verankerte Selbstbestimmungsrecht und den Willen des Patienten beschränkt. Denn es "ist das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu achten gegen dessen Willen eine ärztliche Behandlung grundsätzlich weder eingeleitet noch fortgesetzt werden darf."85 Daher ist man für die Konkretisierung des Strafrechts wiederum auf eine Interpretation der zivil- und betreuungsrechtlichen Lage angewiesen. Unter diesen Umständen entsteht ein Zirkel der wechselseitigen Bezugnahme vom Zivil- auf das Strafrecht und vom Straf- auf das Zivilrecht. Eine Lösung für das Interpretationsproblem bietet nur der Rückgriff auf das Verfassungsrecht.

Damit ist man bei der Frage, ob eine Reichweitenbegrenzung nach Maßgabe des irreversiblen tödlichen Verlaufs des Grundleidens überhaupt mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbar wäre. Wegen des Eingriffs in die körperliche Integrität, den abzuwehren der Patient einen Anspruch hat, kann sie nicht mit dem Argument begründet werde, der Betroffene setze "antizipativ seinen eigenen Selbstmord durch den Arzt als Vollstreckungshelfer ins Werk". Bebenso fehl geht die Begründung, die Patientenverfügung werde, "indem sie den Dritten in die Pflicht nimmt, ein Stückweit auch zur Fremdbestimmung über Dritte". Aber auch mit den unauflösbaren Unsicherheiten bei der Ermittlung des aktuellen Willens lässt sich eine so weit reichende Einschränkung des Rechts des Patienten auf Selbstbestimmung und auf körperliche Integrität nicht rechtfertigen. Angesichts der Unbestimmtheit der eingrenzenden Kriterien werden die Ärzte und Ärztinnen das von ihnen erwartete Urteil, dass die betroffene Person trotz medizinischer Behandlung in absehbarer Zeit sterben wird, kaum mit hinreichender Gewissheit fällen können. Dieses Urteil setzt

⁸⁴ So – neben dem BGHZ – auch etwa Kutzer (Fn. 41), S. 60; Verrel (Fn. 3), C 57 f.

⁸⁵ BGHSt 40, 257 (262).

⁸⁶ So aber Jäger, Die Patientenverfügung als Rechtsinstitut zwischen Autonomie und Fürsorge, in: Hettinger/Hillenkamp/Köhler (Hrsg.), FS Küper, 2007, S. 209 (214 ff.). S. weiter Härle, Nein zur aktiven Sterbehilfe, zeitzeichen 2005, 8 (10 f.). Ähnlich v. Renesse, Die Patientenverfügung in der Diskussion, BtPrax 2005, 47 (49).

⁸⁷ Dies bei Wagenitz, Selbstbestimmung am Lebensende, in: Duttge (Hrsg.), Perspektiven des Medizinrechts im 21. Jahrhundert, 2007, S. 21 (34).

⁸⁸ S. die Argumentation bei Wodarg, Kann ein Gesunder sich das Koma vorstellen?, in: May/Charbonnier (Fn. 4), S. 69 (72). S. auch Neuner (Fn. 54), S. 129 f. Vgl. außerdem – mit dem Vorhalt der Inkonsistenz – Duttge, Disziplinenübergreifende Regulierung von Patientenverfügungen: Ausweg aus der strafrechtlichen Zwickmühle?, in diesem Band, S. 185 (192 f.).

⁸⁹ Vgl. die Präzisierungsbemühungen bei Bühler/Stolz, Wann hat ein "Grundleiden" einen "irreversiblen tödlichen Verlauf" angenommen?, FamRZ 2003, 1622 (1622 f.).

nämlich eine mehrdimensionale Prognose voraus: Dabei ist nicht nur die verbleibende Lebenszeit, sondern es sind insbesondere auch der künftige Verlauf der Krankheit und die Wirkungen der in Betracht kommenden Formen medizinischer Behandlung einzuschätzen. Eine solche Prognose ist schon theoretisch nur schwer möglich. In der Praxis wird sie kaum je getroffen werden. Denn falls sie im Nachhinein als fehlerhaft eingestuft werden sollte, drohen den behandelnden Ärzten oder auch den Betreuern Sanktionen. Eine Reichweitenbegrenzung, die auf den irreversiblen tödlichen Verlaufs des Grundleidens abstellt, führte dazu, dass einwilligungsunfähige Patienten teilweise hochgradig belastende Behandlungsmaßnahmen dulden müssten, die sie nach ihrem vorab erklärten Willen ablehnen. Zugleich trägt sie zur Ermittlung des aktuellen Willens nichts bei. Sie ist deshalb mit den Grundrechten der Patienten unvereinbar. Eine gesetzliche Regelung, die dies vorsähe, wäre verfassungswidrig.

Bei den Wirksamkeitsvoraussetzungen drehen sich die Kontroversen vor allem um die Erfordernisse einer Schriftform, einer Aufklärung oder Beratung und einer regelmäßigen Aktualisierung. 91 Bei der Ausarbeitung von Anforderungen darf und muss der Gesetzgeber unter Berücksichtigung sowohl des Selbstbestimmungsrechts als auch der Pflicht zum Schutz des Rechts auf Leben typisieren. 92 Die Schriftform soll Hinweis-, Warn-, Authentizitäts- und Dokumentationsfunktionen erfüllen. Die aktuellen Gesetzesvorschläge sehen sie ganz überwiegend als Voraussetzung einer verbindlichen Patientenverfügung vor. 93 Angesichts der inzwischen vielfältigen technischen Möglichkeiten, zum Beispiel der Videodokumentation, wäre bei Sicherstellung der genannten Funktionen mehr Formflexibilität sachgerechter. Anforderungen an eine vorherige sachlich und personell qualifizierte Aufklärung oder Beratung⁹⁴ sollen ausgleichen, dass in der späteren Behandlungssituation eine aktuelle Entscheidungsfindung im Dialog mit dem Arzt oder der Ärztin nicht möglich ist. Man kann sie als Herstellung der Bedingungen der Möglichkeit individueller Selbstbestimmung einstufen. Die Beratung dient dazu, die betroffene Person über Krankheiten und denkbare Krankheitsverläufe, über die medizinischen Möglichkeiten und über Behandlungsalternativen zu informieren, etwaige Fehlvorstellungen und Ängste zu reduzieren und die Folgen eines Behandlungsverzichts deutlich zu machen. Sie

- 90 Ausführlicher Albers/Mayer/Reimann/Volkmer (Fn. 8), S. 61 ff. Kritisch aus christlicher Sicht Krug (Fn. 26), S. 125 f.
- 91 Umfassender zu "Qualitätsstandards" bei Patientenverfügungen Meran/Geißendörfer/May/ Simon (Fn. 4), S. 79 ff.
- 92 Das bedeutet insbesondere, dass er nicht den sich gut informierenden, medizinisch vorgebildeten Bildungsbürger als Leitbild wählen darf.
- 93 S. § 1901b Abs. 1 des Entwurfs von Bosbach et al. (Fn. 16); § 1901a Abs. 1 des Entwurfs von Stünker et al. (Fn. 22).
- 94 Zur Abgrenzung von Aufklärung und Beratung Becker-Schwarze (Fn. 68), S. 144 f., dies im Anschluss an die Überlegungen von Damm, Beratungsrecht und Beratungshandeln in der Medizin Rechtsentwicklung, Norm- und Standardbildung, MedR 2006, 1 (bes. 7 ff.). Vgl. außerdem Rixen/Höfling/Kuhlmann/Westhofen, Zum rechtlichen Schutz der Patientenautonomie in der ressourcenintensiven Hochleistungsmedizin: Vorschläge zur Neustrukturierung des Aufklärungsgesprächs, MedR 2003, 191 ff.

bietet einerseits die Grundlage, die die betroffene Person benötigt, damit sie unerwünschte Behandlungsmaßnahmen oder den Krankheitszustand, von dem an Maßnahmen unterbleiben sollen, hinreichend konkret beschreiben kann. Andererseits ermöglicht sie ihr, Bedeutung und Tragweite ihrer Entscheidung einzuschätzen, Zudem entlastet sie die in der späteren Behandlungssituation verantwortlichen Ärzte und Ärztinnen, die anderenfalls im Rahmen der Bindungswirkung an eine Patientenverfügung mit ihren weit reichenden Folgen gebunden wären, obwohl sie nicht einschätzen könnten, ob der betroffenen Person die Bedeutung und die Tragweite ihrer Entscheidung überhaupt klar gewesen sind. 95 Das Erfordernis der mit einer erneuten Beratung verknüpften Aktualisierung gewährleistet, dass die betroffene Person über neue medizinische Entwicklungen, über den Verlauf einer begonnenen oder drohenden Krankheit, über neue Behandlungsoptionen oder auch über Reformentwicklungen in Krankenhäusern und Hospizen 66 informiert werden und ihre Wertvorstellungen und Präferenzen gezielt überprüfen kann. Hinzu kommt, dass die in der späteren Behandlungssituation verantwortlichen Ärzte oder Ärztinnen eine auch in zeitlicher Hinsicht angemessen abgesicherte Grundlage zur Verfügung haben. 97

Dem Gesetzgeber eröffnet sich somit ein Spektrum von Optionen, mit Hilfe derer er die allgemeinen privatrechtlichen Elemente der Patientenverfügung im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben so sachgerecht wie möglich ausgestalten kann. Betreuungsrechtliche Komponenten treten hinzu.

3. Funktionen und Abstimmung der betreuungsrechtlichen Komponenten der Patientenverfügung

a) Die Bedeutung des Betreuungsrechts

Ist jemand rechtlich handlungs- und einwilligungsunfähig, wird vom Vormundschaftsgericht ein Betreuer (meist: Angehörige⁹⁸) für die Angelegenheiten oder Auf-

- 75 Zu den Funktionen der ärztlichen Beratung, die ggf. angemessen institutionalisiert werden und abrechenbar sein müsste, s. Sondervotum Albers/Mayer/Reimann/Volkmer (Fn. 8), S. 60 ff. Statt vieler außerdem Birnbacher/Dabrock/Taupitz/Vollmann (Fn. 3), S. 141 ff.; Kielstein, Patientenverfügungen müssen mit Ärzten beraten werden, in: dies./Kutzer/May/Sass, Die Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, 5. Aufl. 2007, S. 4 ff.; Borasio (Fn. 41), S. 152 ff.; ders., "Ohne Dialog gibt es keine guten Entscheidungen", DÄBI. 2007, A 224 ff.; Taupitz (Fn. 13), A 111 ff.; Berger (Fn. 50), S. 801 f. Kritisch etwa Strätling/Bartmann/Fieber/Sedemund-Adib/Scharf/Schmucker (Fn. 30), S. 40 f., vgl. aber auch deren Ausführungen auf S. 17.
- 96 Das Bild des hochtechnisierten "seelenlosen" Krankenhauses, das viele vor Augen haben, stimmt heute nur noch bedingt.
- 97 Das Erfordernis einer Aktualisierung ist nicht zu verwechseln mit einer Aktualität der Patientenverfügung. S. insgesamt Sondervotum Albers/Mayer/Reimann/Volkmer (Fn. 8), S. 60 ff. Zur Regelung im österreichischen PatVG Kopetzki (Fn. 76), S. 90.
- 98 Vgl. § 1897 Abs. 5 BGB. Zum Einfluss des Art. 6 GG Hufen (Fn. 45), S. 852 f.

gabenbereiche bestellt, für die oder in denen eine Betreuung erforderlich ist (§ 1896 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 BGB). 99 Der Betroffene selbst kann im Voraus in einer Betreuungsverfügung festlegen, wer zum Betreuer bestellt werden soll (§ 1897 Abs. 4 BGB). Als gesetzlicher Vertreter stellt der Betreuer die rechtliche Entscheidungs- und Handlungsfähigkeit im Verhältnis zu Dritten, also auch gegenüber dem Arzt, wieder her. Er entscheidet an Stelle des Patienten. Bei seinen Entscheidungen muss er sich an dessen Wohl orientieren, das auch die Möglichkeit umfasst, das Leben nach eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten (§ 1901 Abs. 2 BGB). Zusätzlich hat er dessen Wünschen zu entsprechen, soweit dies dessen Wohl nicht zuwiderläuft (§ 1901 Abs. 3 BGB). Eine Alternative zur Betreuung besteht darin, dass jemand vor Einwilligungsunfähigkeit einer Person seines Vertrauens eine Vorsorgevollmacht erteilt (vgl. § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB).

Im Dreiecksverhältnis Patienten – Betreuer oder Bevollmächtigte – Ärzte sind diese an die Einwilligungs- oder Ablehnungsentscheidungen der Betreuer oder Bevollmächtigten gebunden. 101 Als Vorkehrung zum Schutz des Patienten sind Kontroll- und Entscheidungskompetenzen des Vormundschaftsgerichts vorgesehen. So bedarf die Einwilligung des Betreuers oder Bevollmächtigten in einen lebensgefährdenden ärztlichen Eingriff der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§ 1904 BGB). Bei Anzeichen einer missbräuchlichen Aufgabenwahrnehmung kann jede involvierte Person das Vormundschaftsgericht einschalten.

b) Betreuungsrecht als sedes materiae der Patientenverfügung

Das Betreuungsrecht enthält somit bestimmte Regelungen für die Situation, in der eine Patientenverfügung umzusetzen ist. Wie *Frank Saliger* in seinem Beitrag herausstellt¹⁰², liegt es daher nahe, es als den zentralen Regelungsstandort der Patientenverfügung anzusehen. Diese wird in allen gegenwärtigen Gesetzentwürfen in den Vorschriften des Betreuungsrechts als Rechtsinstitut ergänzt.

Wenn es keinen Vorsorgebevollmächtigten gibt, ist die Anwendbarkeit der betreuungsrechtlichen Bestimmungen allerdings, darauf weist *Ulrike Riedel* in ihrem Beitrag hin¹⁰³, an bestimmte Voraussetzungen geknüpft. Sie hängt namentlich davon ab, dass bei bestehender Patientenverfügung die Bestellung eines Betreuers überhaupt "erforderlich" i.S.d. § 1896 Abs. 2 BGB ist. Normtextlich ändern die vorlie-

⁹⁹ Für einen Überblick über aktuelle Fragen s. Müller, Aktuelle Entwicklungen im Betreuungsrecht – Teil 1: Materielles Recht (inkl. Vorsorgeverfügung), ZFE (Zeitschrift für Familienund Erbrecht) 2008, 50 ff.

¹⁰⁰ Dazu Milzer, Delegierte Patientenautonomie – Wahrnehmung von Patientenrechten durch Vorsorgebevollmächtigte, FPR 2007, 69 (70 ff.); Berger (Fn. 50), S. 803 f.; Wagenitz (Fn. 87), S. 26 ff.

¹⁰¹ BGHZ 154, 205 (210 f.); 163, 195 (198 f.).

¹⁰² Saliger (Fn. 66), S. 158.

¹⁰³ Riedel (Fn. 83), S. 152 ff.

genden Gesetzentwürfe an dieser Voraussetzung nichts. Die Erforderlichkeit wird in manchen Stellungnahmen verneint: Wenn und soweit der Patientenverfügung "eindeutige" Aussagen zu entnehmen seien, habe der Arzt sie als Willensäußerung des Patienten unmittelbar umzusetzen. ¹⁰⁴ Sieht man dies so, fallen die Schutzmechanismen des Betreuungsrechts in diesen Fällen weg. Darüber hinaus würde die "eindeutige" Patientenverfügung nicht, jedenfalls nicht unmittelbar, von den intendierten gesetzlichen Novellierungen erfasst.

Jede – auslegende oder regulierende – Lösung muss jedoch berücksichtigen, dass eine Patientenverfügung schon deshalb typischerweise mit einem Interpretationsbedarf einhergehen wird, weil Laien Begriffe anders verwenden könnten als Mediziner und weil allein der Verfügungstext zur Ermittlung des aktuellen Willens ohnehin nicht ausreicht. Auch muss die "Eindeutigkeit" selbst erst festgestellt werden. ¹⁰⁵ Im Kern geht es an dieser Stelle darum, von wem und wie letztverbindliche Entscheidungen über den Aussagegehalt und die Umsetzbarkeit einer Patientenverfügung in einer konkreten Anwendungssituation getroffen werden dürfen. Nach der gesetzlichen Rollenverteilung sollten in der Umsetzungssituation immer entweder Betreuer oder Bevollmächtigte zur Verfügung stehen, schon damit die Verantwortung für die Umsetzung einer Patientenverfügung nicht allein den Ärzten und Ärztinnen obliegt. Die sachgerechteste Lösung ist hier die Vorsorgevollmacht, mit der der Betroffene die Patientenverfügung ergänzt und den Zeitverlust vermeiden kann, der mit der Betreuerbestellung verbunden ist.

Ob eine explizite Verankerung der Patientenverfügung dann allein im Betreuungsrecht, zusätzlich in anderen Regelungskomplexen oder in einem eigenständigen Gesetz sinnvoll ist¹⁰⁶, verbleibt im gesetzgeberischen Beurteilungsspielraum. Der Regelungsstandort ändert nichts daran, dass die Patientenverfügung in ihren Implikationen und Auswirkungen mehrere Rechtsgebiete berührt.

c) Die Rolle der Betreuer bei der Umsetzung von Patientenverfügungen

Nach den gegenwärtigen betreuungsrechtlichen Vorschriften trifft der Betreuer im Ansatz eigenverantwortliche Entscheidungen. Diese werden materiell durch die Maßstäbe des § 1901 BGB und verfahrensrechtlich durch das vormundschaftsgerichtliche Genehmigungserfordernis gesteuert. Hinsichtlich der Beziehungen zwischen Wohl und Willen des Betreuten, insbesondere hinsichtlich der Reichweite der Rückkoppelung des Wohls an den Willen, ist § 1901 Abs. 2 und 3 BGB freilich interpretationsbedürftig.

¹⁰⁴ Saliger (Fn. 66), S. 166, Verrel (Fn. 70), S. 211; Vossler, Bindungswirkung von Patientenverfügungen? – Gesetzgeberischer Handlungsbedarf?, ZRP 2000, 295 (296).

¹⁰⁵ Zutreffend Roth (Fn. 68), S. 498 f.

¹⁰⁶ Zur Diskussion um den Regelungsstandort Strätling/Lipp/May/Kutzer/Glogner/Schlaudraff/ Neuman/Simon, Passive und indirekte Sterbehilfe – Eine praxisorientierte Analyse des Regelungsbedarfs gesetzlicher Rahmenbedingungen in Deutschland, MedR 2003, 483 (486 f.).

Wie die in einer Patientenverfügung geäußerten Willenserklärungen die Rolle des Betreuers prägen, ist ebenfalls nicht geklärt. Dies hängt zum einen von den Antworten auf zivilrechtliche Vorfragen, zum anderen von der betreuungsrechtlichen Rollenbeschreibung ab. Im Verhältnis zum Arzt setzt der Betreuer die Patientenverfügung um. Der Arzt darf sie nicht als unmittelbare Legitimationsgrundlage der Durchführung oder Unterlassung einer Behandlung heranziehen. ¹⁰⁷ Im Verhältnis zum Patienten muss die Rolle des Betreuers mit der Bindungswirkung der Patientenverfügung abgestimmt werden. Die aktuellen Gesetzentwürfe wählen – bei unterschiedlich weit reichenden sonstigen Anforderungen – die Formulierung, dass der Betreuer den Festlegungen in der Patientenverfügung "Geltung zu verschaffen hat", wenn sie auf die konkrete Situation zutreffen und nicht widerrufen worden sind. ¹⁰⁸

Da man bei Patientenverfügungen mit Entscheidungen unter Ungewissheitsbedingungen zu tun hat, bleibt die Rolle des Betreuers auch im Falle einer Bindung an eine Patientenverfügung anspruchsvoll: Er muss die Aussagen der Verfügung unter Rückgriff auf alle zugänglichen Interpretationsfaktoren deuten. Er muss deren Wirksamkeit mit Blick auf die vielfältigen zivilrechtlichen Elemente prüfen und gegebenenfalls zwischen Verbindlichkeit und Indizwirkung differenzieren. Er muss den aktuellen Willen des Patienten mit Blick auf die dazu vorliegenden Indikatoren ermitteln und die frühere Verfügung damit abgleichen. Der Betreuer ist weder deren "Vollstrecker" noch, wie Stephan Rixen mit Blick auf die Patientenverfügung in kritischer Intention formuliert¹⁰⁹, "Implementationsbetreuer". Er ist immer Interpret in einer komplexen sozialen Situation.

d) Die Kontrolle durch das Vormundschaftsgericht

In den Fällen, "in denen eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung des Betroffenen medizinisch indiziert ist oder jedenfalls ärztlicherseits angeboten wird, der Betreuer aber in die angebotene Behandlung nicht einwilligt", hat der Bundesgerichtshof rechtsfortbildend aus einer Gesamtschau des Betreuungsrechts ein vormundschaftsgerichtliches Genehmigungserfordernis hergeleitet. ¹¹⁰ Die gewählte Beschreibung der Konstellation stellt die Differenz zwischen Indikation und Behand-

¹⁰⁷ BGHZ 154, 205 (210 f.); 163, 195 (198 f.); Lipp, Selbstbestimmung und Vorsorge, in: Duttge (Hrsg.), Perspektiven des Medizinrechts im 21. Jahrhundert, 2007, S. 79 (88).

¹⁰⁸ Vgl. § 1901b Abs. 1 des Entwurfs von Bosbach et al. (Fn. 16); § 1901a Abs. 1 des Entwurfs von Stünker et al. (Fn. 22).

¹⁰⁹ Rixen, "Patientenverfügung im Kontext" – Das Steuerungspotential des Betreuungsrechts bei der normativen Strukturierung von Patientenverfügungen, in diesem Band, S. 175 (181 f.); unter dem Aspekt der vom BGHZ zugleich formulierten Grenzen der Entscheidungsmöglichkeiten des Betreuers kritisch bereits Höfling/Rixen (Fn. 81), S. 890 f.; eher affirmativ Becker-Schwarze, Patientenautonomie aus juristischer Sicht, FPR 2007, 52 (55).

¹¹⁰ BGHZ 154, 205 (221 ff., 227); vgl. auch Wagenitz (Fn. 70), S. 672; nachfolgend BGHZ 163, 195 (198 f.).

lungsablehnung heraus. Über eine Divergenz zwischen Arzt und Betreuer hinsichtlich des Patientenwillens sagt sie nichts aus.¹¹¹

Im Anschluss daran wird kontrovers darüber diskutiert, ob das Vormundschaftsgericht nur in den Fällen, in denen Arzt und Betreuer unterschiedlicher Ansicht über den Patientenwillen sind 112, oder in allen Fällen eingeschaltet werden soll, in denen eine lebenserhaltende Behandlung mit Blick auf eine Patientenverfügung oder auf den mutmaßlichen Willen des Patienten unterbleiben oder eingestellt werden soll. 113 Die aktuellen Gesetzesvorschläge begrenzen die Kontrolle durch das Vormundschaftsgericht auf Konfliktfälle. 114

Ob ein Bedarf nach einem Missbrauchsschutz nur bei Divergenz oder auch bei Konsens zwischen den Beteiligten besteht, ist eine Einschätzungs- und Erfahrungssache. Intradisziplinär ist im Verhältnis zum Strafrecht die Frage bedeutsam, inwieweit dem vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsverfahren hinsichtlich der potenziellen Strafbarkeit des Betreuers nach §§ 212, 13 StGB die Wirkung einer "Legitimation durch Verfahren"115 zukommt. Das Vormundschaftsgericht trifft zwar keine eigenverantwortliche Entscheidung über eine Behandlungsbeendigung, sondern kontrolliert lediglich die Rechtmäßigkeit der Entscheidung des Betreuers. Trotzdem könnte man dem vormundschaftsgerichtlichen Verfahren die Funktion einer nicht besser leistbaren und deshalb prozedural herzustellenden Deutung des Patientenwillen zuschreiben, aufgrund derer ein daran orientiertes Handeln des Betreuers nicht strafbar ist. 116 Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen ist hier jedoch denkbar ambivalent: Einerseits vermittelt das vormundschaftsgerichtliche Verfahren "der Entscheidung des Betreuers ... eine Legitimität, die geeignet ist, den Betreuer subjektiv zu entlasten ... und die ihn zudem vor dem Risiko einer abweichenden strafrechtlichen ex-post-Beurteilung schützt."117 Anderseits wird, so der Bundesgerichtshof, eine rechtswidrige "Sterbehilfe ... nicht dadurch rechtmäßig, dass der gesetzliche Vertreter in sie - und sei es auch mit Billigung des Vormundschaftsgerichts - einwilligt." Hinter dieser Ambivalenz mag stehen, dass die Genehmigung in keiner Weise die Qualität einer eigenständigen Entscheidung und das Verfahren deshalb keinen deutungskonstituierenden Charakter haben soll. 119 Sofern die Strafgerichte dies nicht einheitlich anders sehen, können die Betreuer auf eine

111 Vgl. Lipp, "Sterbehilfe" und Patientenverfügung, FamRZ 2004, 317 (323).

113 Saliger (Fn. 81), S. 243 f.; ders. (Fn. 66), S. 169 f.; Rixen (Fn. 109), S. 176 ff.

115 Wagenitz (Fn. 70), S. 672; Saliger (Fn. 81), S. 240.

116 So Popp (Fn. 71), S. 661 ff.

117 BGHZ 154, 205 (227).

118 BGHZ 154, 205 (216).

¹¹² Hufen (Fn. 44), bes. S. 251; Verrel (Fn. 70), S. 210 f.; Lipp (Fn. 110), S. 323 f. Aus medizinischer Sicht Oduncu, Ärztliche Sterbehilfe im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Recht, MedR 2005, 437 (441).

¹¹⁴ Vgl. § 1904 Abs. 3 des Entwurfs von Bosbach et al. (Fn. 16); § 1904 Abs. 4 des Entwurfs von Stünker et al. (Fn. 22).

¹¹⁹ Vgl. BGHZ 154, 205 (223): Die Vormundschaftsrichter werden "nicht zum "Herrn über Leben und Tod" ernannt".

straftatbestandsausschließende Wirkung der Genehmigung nicht vertrauen; sie müssen weiterhin die Möglichkeit von Sanktionen durch das "retrospektive Strafrecht"¹²⁰ einbeziehen. Die "Legitimation durch Verfahren" bleibt begrenzt.

Im Verhältnis zum Zivilrecht ersetzt die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung einer behandlungsablehnenden Entscheidung des Betreuers nicht das unter Umständen immer noch notwendige zivilgerichtliche Verfahren. Weigert sich der Arzt, der genehmigten Entscheidung nachzukommen, muss eine Unterlassungsklage vor dem Zivilgericht angestrengt werden. ¹²¹

e) Die Idee eines Konsils

Die in juristischen Kontexten oft auf Betreuer und Vormundschaftsgericht konzentrierte Diskussion um die Ausgestaltung der Situation der Umsetzung von Patientenverfügungen ist durch einen eher medizinethisch geprägten Vorschlag ergänzt worden. Im Sinne einer dialogischen Medizin soll ein Konsil von Ärzten, Pflegern und Angehörigen zusammenkommen, das die Patientenverfügung und die aktuelle Lage interpretiert und den Betreuer bei seiner Entscheidung berät. Ein solches Konsil kann deutliche Entlastungsfunktionen erfüllen und in der Praxis eine gute Lösung sein. Soll seine Einrichtung eine obligatorische Anforderung bei der Umsetzung von Patientenverfügungen sein, muss die Ausgestaltung auch im Falle einer nur beratenden Funktion aus rechtlichen Gründen allerdings näher geklärt werden. Das betrifft die zu legitimierende Zusammensetzung des Konsils ebenso wie Aspekte der Qualifikation und Unabhängigkeit der Konsilmitglieder. 123

¹²⁰ Verrel (Fn. 3), C 34

¹²¹ Lipp, Rechtliche Grundlagen der Entscheidung über den Einsatz lebenserhaltender Maßnahmen, in: Kettler/Simon/Anselm/Lipp/Duttge (Hrsg.), Selbstbestimmung am Lebensende, 2006, S. 89 (113).

¹²² Enquête-Kommission (Fn. 8), S. 43 f.; Wunder (Fn. 23), S. 49 ff. Vgl. auch § 1904 Abs. 4 des Entwurfs von Bosbach et al. (Fn. 16).

¹²³ Zutr. Mittelstädt, Patientenautonomie am Lebensende – Überlegungen aus rechtlicher, medizinischer und ethischer Sicht, ZMGR 2005, 217 (222). Insoweit zu Ethikkommissionen Albers, Die Institutionalisierung von Ethikkommissionen: Zur Renaissance der Ethik im Recht, KritV 2003, 419 (431 ff.).

- 4. Disziplinenübergreifende Regulierung von Patientenverfügungen: Ausweg aus der strafrechtlichen Zwickmühle?
- a) Die Zwickmühle zwischen Körperverletzung und Tötung durch Unterlassen

Rechtsgüter der Patientinnen und Patienten sind in verschiedenen Hinsichten strafrechtlich geschützt. Zunächst ist die Tötung auf Verlangen ist nach § 216 StGB strafbar. 124 Dieser Straftatbestand umfasst den aktiven Zugriff eines Dritten auf die körperliche Integrität des Betroffenen, der dessen Leben auf dessen ausdrücklichen Wunsch hin beendet. Dagegen abzugrenzen sind die Behandlung zu Heil- oder sonstigen medizinischen Zwecken einerseits und die Tötung durch Unterlassen andererseits. Erfolgt eine medizinische Behandlung, werden damit verbundene Eingriffe in die körperliche Integrität tatbestandlich als Körperverletzung nach § 223 StGB beurteilt. 125 Normalerweise wird die Rechtswidrigkeit dann durch eine Einwilligung des Patienten ausgeschlossen. Ist der Patient einwilligungsunfähig, wird auf eine stellvertretende Einwilligung durch einen Betreuer und/oder auf das Konstrukt des mutmaßlichen Willens zurückgegriffen. Wird eine medizinische Behandlung unterlassen und führt dies dazu, dass der Patient stirbt, kann dies ebenfalls strafrechtlich relevant sein. Indem ein Arzt eine Garantenstellung nach § 13 StGB innehat, ist sein Unterlassen medizinischer Hilfe nicht lediglich unterlassene Hilfeleistung nach § 323 c StGB, sondern tatbestandlich Tötung nach §§ 212, 13 StGB.

Im Spannungsfeld zwischen der Strafbarkeit einer nicht durch eine Einwilligung gerechtfertigten Beeinträchtigung der körperlichen Integrität und der Strafbarkeit der Unterlassung einer medizinischen Behandlung sehen sich Ärzte und Ärztinnen nicht

- 124 Dazu BGHSt, NJW 2003, 2326 (2327 f.). In einigen europäischen Ländern gibt es andere Regelungen. In den Niederlanden modifiziert das Gesetz über die Kontrolle der Lebensbeendigung auf Verlangen und der Hilfe bei der Selbsttötung vom 01.04.2002 (abrufbar unter http://www.minbuza.nl/de/home) die strafgesetzlichen Regelungen zur Tötung auf Verlangen durch Aufnahme eines Strafausschließungsgrundes. Aktive Sterbehilfe ist nicht strafbar, wenn der Arzt bestimmte Sorgfaltspflichten eingehalten und Meldepflichten erfüllt hat. Zur Diskussion Khorrami, Die "Euthanasie"-Gesetze im Vergleich. Eine Darstellung der aktuellen Rechtslage in den Niederlanden und in Belgien, MedR 2003, 19 (21 f.); Finger, Evaluation der Praxis der aktiven Sterbehilfe und der Hilfe bei der Selbsttötung in den Niederlanden für das Jahr 2001, MedR 2004, 379 ff.; Onwuteaka-Philipsen et al., Euthanasia and other end-of-life decisions in the Netherlands in 1990, 1995, and 2001, The Lancet 2003, http://image.thelancet.com/extras/03art3297web.pdf. In Belgien ist aktive Sterbehilfe auf Grund des Loi relatif à l'euthanasie vom 28. Mai 2002 (http://www.lachambre.be/FLWB/pdf/ 50/1488/50K1488001.pdf) unter bestimmten Voraussetzungen rechtmäßig. Der Arzt, der eine Sterbehilfe leistet, muss sich vergewissert haben, dass näher benannte Anforderungen erfüllt sind und die gesetzlich vorgeschriebenen Bedingungen und Verfahrensweisen einhalten. Zur Diskussion in der Schweiz Marti, Sterbehilfe in der Schweiz, Schweizerische Ärztezeitung 2002, 570 ff.
- 125 Kritik und Reformvorschläge zur eigenständigen zivilrechtlichen Regelung bei Taupitz (Fn. 13), A 15 ff.

selten in einer strafrechtlichen Zwickmühle, die sie erheblich verunsichert. Rechtsunsicherheiten und daraus resultierende Orientierungsschwierigkeiten für die Beteiligten entstehen dabei auch, wie *Torsten Verrel* näher darlegt¹²⁶, im Zusammenspiel der Teildisziplinen. So meint etwa der Bundesgerichtshof in Zivilsachen: "Die strafrechtlichen Grenzen einer Sterbehilfe im weiteren Sinn … erscheinen dem Senat bislang nicht hinreichend geklärt."¹²⁷

b) Die relative Akzessorietät des Strafrechts

Zur Verwirrung trägt die gerade im Strafrecht gerne verwendete Begrifflichkeit der "Sterbehilfe" mit ihren Ausprägungen der aktiven Sterbehilfe, der indirekten Sterbehilfe und der passiven Sterbehilfe bei. 128 Der Begriff der "Sterbehilfe" ist jedoch kein im engeren Sinne juristischer und auch kein hilfreicher Begriff. 129 Er muss durch verfassungs- und straftatbestandsorientierte Seh- und Beschreibungsweisen abgelöst werden.

Das Zusammenspiel zwischen den Teildisziplinen wird im Ausgangspunkt dadurch geprägt, dass das Verfassungsrecht dem Zivil-, dem Betreuungs- und dem Strafrecht in einer relativen Hierarchie übergeordnet ist und Maßstabs- und Koordinationsleistungen erbringt. Strafrechtliche Sehweisen müssen mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben in Einklang stehen. So mag man die Unterscheidung der aktiven Tötung und der Tötung durch Unterlassen angesichts der Möglichkeit einer medizinischen Behandlung unter ethischen Überlegungen oder als soziale Geschehensbeschreibung für problematisch halten. 130 Sie ist aber in den hier interessierenden Konstellationen keine rein strafrechtsdogmatische Unterscheidung, die etwa mit Blick auf den "sozialen Sinn" oder auf den "Schwerpunkt" des Verhaltens getroffen werden könnte. 131 Vielmehr gelangt man zu ihr, weil man von der verfassungsrechtlich vorgegebenen Einwilligungsbedürftigkeit eines aktiven Zugriffs auf die körperliche Unversehrtheit der betroffenen Person ausgehen muss. 132 Und auch die Garantenstellung des Arztes nach § 13 StGB reicht nicht so weit, dass sie einen solchen Zugriff entgegen den selbstbestimmten Entscheidungen des Betroffenen forderte oder auch nur zuließe. Im Gegenteil gestalten diese Entscheidungen Art und Reichweite der Garantenstellung mit. 133

- 126 Verrel (Fn. 70), S. 202.
- 127 BGHZ 163, 195 (200 f.). Vgl. auch OLG München, GesR 2006, 524 (526 f.).
- 128 Näher zu den Definitionen und Konstellationen Kämpfer (Fn. 47), S. 35 ff.
- 129 Kritik an der Begrifflichkeit auch bei Schöch/Verrel (Fn. 15), S. 560.
- 130 Dazu Sahm (Fn. 36), S. 47. Vgl. auch Schumann, Patientenverfügung und Patienten ohne Verfügung, in diesem Band, S. 215 (226 f.).
- 131 Zur strafrechtlichen, teilweise ontologisch ansetzenden Diskussion Antoine (Fn. 47), S. 33 ff.
- 132 Das Abschalten eines Beatmungsgerätes oder der Abbruch einer künstlichen Ernährung sind demnach strafrechtsdogmatisch als Unterlassen einzuordnen, s. etwa *Dreier*, Grenzen des Tötungsverbotes – Teil 2, JZ 2007, 317 (323).
- 133 Popp (Fn. 71), S. 645.

Da die verfassungsrechtlichen Vorgaben aber trotz mancher Vorstrukturierungsleistungen durch eine relative Offenheit gekennzeichnet sind, ergibt sich das Gesamtbild des Regelungskonzepts erst aus einer Gesamtschau der beteiligten Rechtsgebiete. Zivil-, Betreuungs- und Strafrecht sind dabei prinzipiell gleichrangig. Die zuständigen Gerichte bewegen sich gegenwärtig in einem Zirkel, in dem sie sich durch die Bezugnahme auf das je andere Rechtsgebiet einerseits zu entlasten versuchen, andererseits aber auch keineswegs ihre Entscheidungsmacht abgeben wollen. ¹³⁴ Zwar ist die "Einwilligung" ein Brückenbegriff zwischen den Teildisziplinen. Allein dies reicht angesichts der zahlreichen abstimmungsbedürftigen Aspekte jedoch nicht aus.

Das Strafrecht als ultima ratio mit Sanktionsfunktionen ist dabei nicht der primäre Ansatzpunkt für die Klärung des Einsatzbereichs von Patientenverfügungen oder der Handlungsbefugnisse der Betreuer mit Wirkung für die anderen Felder. Es sollte umgekehrt nachgeordnet werden und mit seinen Tatbeständen auf verfassungsmäßige zivil- und betreuungsrechtliche Regelungen aufbauen. De dann noch weitere strafrechtsinterne Klärungserfordernisse bestehen am unterschiedlich beurteilen. Sie wären jedenfalls kein Problem der Gesetzeslage, sondern eines der Strafrechtsdogmatik oder der Praxisbedürfnisse.

IV. Ausblick: Patientenverfügungen im Kontext

Beim Umgang mit Patientenverfügungen müssen Gesetzgebung und Rechtsprechung medizinischen, psychologischen und ethischen Erkenntnissen gerecht werden und zu einem konsistenten Regelungskonzept im Geflecht von Verfassungs-, Zivil-, Betreuungs- und Strafrecht gelangen. Abfassung und Umsetzung von Patientenverfügungen sind Entscheidungen unter Ungewissheitsbedingungen. Auf die komplexe Problematik muss das Recht mit entsprechend vielschichtigen Vorkehrungen reagieren. Der Gesetzgeber darf die Bindungswirkung von Patientenverfügungen differenziert gestalten und Wirksamkeitsvoraussetzungen wie etwa Form- und Aufklärungsoder Beratungsanforderungen vorsehen. Eine Reichweitenbegrenzung ist dagegen verfassungsrechtlich nicht tragfähig. Die Umsetzungssetzungssituation wird im Wesentlichen im Kontext des Betreuungsrechts ausgestaltet. Die Rollen der hier beteiligten Ärzte, der Betreuer oder Bevollmächtigten und der Vormundschaftsgerichte

¹³⁴ Das dürfte hinter der unklaren Formulierung in BGHSt 40, 257 (262), stehen. Immerhin hat der BGH auch zugrunde gelegt, dass sich der behandelnde Arzt möglicherweise wegen eines versuchten Totschlags strafbar gemacht hat, obwohl der gesetzliche Betreuer den Behandlungsabbruch verlangt hat, BGHSt 40, 257 (264 f.).

¹³⁵ S. auch Höfling/Rixen (Fn. 81), S. 891 f.

¹³⁶ Zu Forderungen nach einer gesetzlichen Klarstellung der Straflosigkeit bestimmter Verhaltensweisen Strätling/Lipp/May/Kutzer/Glogner/Schlaudraff/Neuman/Simon (Fn. 106), S. 484 f.; Schöch/Verrel (Fn. 15), S. 563 ff.; Kutzer (Fn. 41), S. 62; Ingelfinger, Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung, JZ 2006, 821 (830 f.).

müssen mit Rücksicht darauf präzisiert werden, dass sowohl die Patientenverfügung als auch die aktuelle Situation des Patienten interpretationsbedürftig sind. Das Strafrecht sollte auf hinreichend klare zivil- und betreuungsrechtliche Regelungen aufbauen können und als relativ akzessorisch begriffen werden.

Über diese bereits vielfältigen Gesichtspunkte hinaus ist es wichtig, Patientenverfügungen in ihren übergreifenden Kontexten zu sehen. Erstens dürfen, wie Eva Schumann in ihrem Beitrag betont¹³⁷, die noch ganz überwiegenden und rechtlich gleichermaßen schwierigen Fälle der einwilligungsunfähigen Patienten ohne Vorausverfügung in der Diskussion nicht vernachlässigt werden. Eine explizite gesetzliche Regulierung der Patientenverfügung darf keine dysfunktionalen Folgen in den Fällen haben, in denen eine solche Verfügung fehlt.

Zweitens können gute Lösungen ohnehin nur mit einem Bündel von Maßnahmen erreicht werden. 138 Dazu gehört insbesondere die Verbesserung sozialer Leistungen. Hervorheben kann man die finanzielle und rechtliche Unterstützung von Angehörigen im Fall der Pflege und Sterbebegleitung. Die palliativmedizinische Versorgung muss, da Schmerzen und Alleinsein beim Sterben zu den zentralen Ängsten der Menschen zählen, in ausreichendem und angemessenem Umfang sichergestellt werden. Palliativmedizin stellt die Lebensqualität Schwerstkranker und ihrer Angehörigen in den Mittelpunkt und ist auf die Linderung von Schmerzen und auf eine psychosoziale Unterstützung gerichtet. Die Versorgung mit palliativmedizinischen Leistungen bleibt in Deutschland jedoch weit hinter dem Bedarf zurück. Auch die Bedingungen für Hospize müssen institutionell und finanziell verbessert werden. Aufmerksamkeit verdienen außerdem Konzepte einer vorausschauenden Behandlungsplanung, wie sie in den USA unter dem Stichwort "Advance Care Planning" ausgearbeitet worden sind. Patientenentscheidungen werden dabei in eine längerfristig angelegte, strukturierte Vorsorgeplanung eingebettet, an der neben den Patienten ein Netzwerk aus Angehörigen, Betreuern, Ärzten und Pflegenden aus dem ambulanten und stationären Bereich beteiligt ist. Vor einem solchen Hintergrund hätten Patientenverfügungen nicht mehr den Status eines isolierten und zentralen Instruments. Sie wären in ein übergreifendes Konzept der Gewährleistung menschenwürdigen Sterbens eingebettet.

¹³⁷ Schumann (Fn. 130), S. 219, 235 ff.

¹³⁸ Dazu ausführlicher Enquête-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, Zwischenbericht Verbesserung der Versorgung Schwerstkranker und Sterbender in Deutschland durch Palliativmedizin und Hospizarbeit, BT-Drucks. 15/5858; Oduncu, In Würde sterben, 2007, S. 109 ff., 157 ff. S. auch Schumann (Fn. 130), S. 240 ff.