

die im Rahmen der Beratungsregelung des §218a Abs. 1 StGB durchzuführen ist, in Indikationsfällen. Folge ist die bereits festgestellte defizitäre Beratungsmöglichkeit des §2 SchKG für die Fälle der Konflikte nach PND. Mit der Verankerung eines Verweises auf die jetzige Beratungsmöglichkeit des §2 SchKG allein kann schon daher keine wirkungsvolle Aufwertung der psychosozialen Beratung erreicht werden. Erforderlich ist vielmehr eine zusätzliche Erweiterung des Beratungsangebots nach dem Beispiel der Konfliktberatung der §§5ff. SchKG, um Qualität, Interdisziplinarität, Interprofessionalität, Flexibilität und nicht zuletzt Unentgeltlichkeit für die Schwangere zu gewährleisten. Ein weiterer Ansatz findet sich schließlich in den beiden vorgelegten Anträgen, in denen die Bundesregierung dazu aufgefordert wird darauf hinzuwirken, dass flexible Beratungsangebote zwischen PND-Zentren und Beratungsstellen entwickelt werden<sup>88</sup>. Dies ist ein wichtiger Ansatz, mit dem der von allen Seiten geforderten Steigerung der öffentlichen Wahrnehmung des allgemeinen Beratungsanspruchs gedient werden könnte.

## VI. Ausblick

Vor dem Hintergrund der vorliegenden Analyse wird es zur Verbesserung der medizinischen und psychosozialen Versorgung schwangerer Frauen im Kontext von Pränataldiagnostik nicht ausreichend sein, auf nur einer normbildenden Ebene – in Form von Rechtsnormen oder Professionsnormen – zusätzliche Regelungen einzuführen. Um den Schutz schwangerer Frauen und ihrer Familien sowie den Schutz des Ungeborenen im Kontext der Pränataldiagnostik durch eine Weiterentwicklung und Aufwertung der ärztlichen sowie der psychosozialen Beratung erfolgreich zu stärken, erscheint nur eine Kombination verschiedener Maßnahmen<sup>89</sup> aussichtsreich<sup>90</sup>:

Dem Gesetzgeber kommt zu, die – frühzeitige – ärztliche Pflicht zur Beratung<sup>91</sup>, zum Hinweis auf die Möglichkeit einer unabhängigen psychosozialen Beratung sowie zu deren Vermittlung im SchKG zu verankern. Über die bisher vorliegenden Vorschläge hinaus sollte die Aufmerksamkeit dabei verstärkt auf ein Verständnis von ärztlicher Beratung auch als notwendige Voraussetzung für die ärztliche Entscheidungsfindung bezüglich der Indikationsstellung gerichtet und eine interdisziplinäre Kooperation mit fallbezogen relevanten weiteren ärztlichen Experten vorgesehen werden.

Darüber hinaus obliegt es dem Gesetzgeber, den Beratungsanspruch der schwangeren Frau und ihres Partners abzusichern und dazu ggf. §2 SchKG um die im Rahmen

der Pränataldiagnostik relevanten Aspekte wie die Hinzuziehung z. B. fachärztlicher oder psychologischer Fachkräfte zu erweitern.

Eine angemessene Zeit zwischen Mitteilung der Diagnose und Indikationsstellung ergibt sich bei der Umsetzung derartiger Vorgaben von selbst. Die Einführung einer entsprechenden gesetzlichen Zeitspanne dürfte dabei unterstützend wirken.

Derartige gesetzliche Vorgaben können durch den Gemeinsamen Bundesausschuss auf untergesetzlicher Ebene unterstützt werden: Die Beratungsinhalte können in den Mutterschafts-Richtlinien differenzierter ausgeführt sowie eine einladend formulierte Information über den Beratungsanspruch der Schwangeren in den Mutterpass aufgenommen werden.

Auf berufsrechtlicher Ebene kann die Bundesärztekammer in Zusammenarbeit mit den Landesärztekammern die Richtlinien zur Pränataldiagnostik in dem oben ausgeführten Sinne weiterentwickeln, ihre Übernahme in die Landesberufsordnungen bewirken sowie geeignete Maßnahmen der Qualitätssicherung ergreifen.

Die Gynäkologen und insbesondere Pränataldiagnostiker sollten ihre Bemühungen um eine qualitativ hervorragende und umfassende Versorgung der Schwangeren und der Ungeborenen fortsetzen, die oben genannten einschlägigen Leitlinien in den Beratungsinhalten weiterentwickeln sowie die Kooperation mit psychosozialen Beratungseinrichtungen für die pränataldiagnostischen Zentren und Klinik-Abteilungen durch eine Aufnahme als Zertifizierungsvoraussetzung zur Selbstverständlichkeit werden lassen.

Eine solche Kombination verschiedener Maßnahmen würde das Engagement aller Beteiligten für die Schwangere und ihr ungeborenes Kind zum Ausdruck bringen, und damit für diejenigen, die von den mit pränataldiagnostischen Auffälligkeiten einhergehenden Konflikten am schwersten belastet werden.

88) Ziff. II.5. Antrag (*Humme*); Ziff. II. 2 Antrag (*Tackmann*).

89) Mithin eine Kombination und Weiterentwicklung von mehreren Vorschlägen aus den aktuell diskutierten Gesetzesänderungsentwürfen sowie Anträgen.

90) Diese sollten sich nicht nur auf die sog. Spätabbrüche beziehen, sondern auf die Konflikte im Zusammenhang mit Pränataldiagnostik und zur Diskussion stehenden Schwangerschaftsabbrüchen zu allen Zeitpunkten der Schwangerschaft. Sie sollten sich ebenfalls nicht nur auf genetisch bedingte Erkrankungen oder Behinderungen beziehen.

91) Unabhängig von der bestehenden Beratungspflicht aus §218c StGB.

DOI: 10.1007/s00350-009-2359-0

# Zur rechtlichen Ausgestaltung von Patientenverfügungen

Marion Albers

Vor dem Hintergrund der aktuellen Gesetzgebungsdiskussion erörtert der Beitrag unter inter- und intradisziplinären Aspekten die Möglichkeiten einer problemgerechten Rege-

lung von Patientenverfügungen. Da man sowohl in der Abfassungs- als auch in der Umsetzungssituation mit Entscheidungen unter Ungewissheitsbedingungen zu tun hat, muss ein hinreichend komplexes Regelungskonzept entwickelt werden. Patientenverfügungen werden ihre Funktionen in der Praxis außerdem nur erfüllen, wenn die Regelungen der involvierten Rechtsgebiete, hier vor allem des Zivilvertrags- und -haftungsrecht, des Betreuungsrechts, des ärztlichen Berufs- und Standesrechts, des Versicherungsrechts und des Strafrechts, stimmig zusammenwirken.

Prof. Dr. iur Marion Albers, Inhaberin des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Wirtschafts-, Informations-, Gesundheits- und Umweltrecht, Geschäftsführende Direktorin des Instituts für Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht an der Universität Augsburg, Universitätsstraße 24, 86159 Augsburg, Deutschland

## I. Einleitung

Über die gesetzliche Verankerung von Patientenverfügungen<sup>1</sup> wird gegenwärtig hochkontrovers diskutiert. Bislang werden sie nur über allgemeine Bestimmungen erfasst. Die Rechtslage ist jedoch 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<sup>2</sup>. In der Praxis herrscht eine erhebliche Rechtsunsicherheit<sup>3</sup>.

## II. Aktuelle Regelungsvorschläge

Eckpunkte aus den sich nunmehr über mehrere Jahre hinziehenden Erörterungen<sup>4</sup> sind die Vorschläge der Kutzer-Kommission<sup>5</sup>, der Enquête-Kommission des Deutschen Bundestages „Ethik und Recht der modernen Medizin“<sup>6</sup> und des Nationalen Ethikrates<sup>7</sup>. Der Deutsche Juristentag behandelte das Thema „Patientenverfügungen“ im Jahr 2000 aus der Perspektive des Zivilrechts und im Jahr 2006 aus der Perspektive des Strafrechts<sup>8</sup>. Im Frühjahr 2007 standen im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens drei fraktionsübergreifende Gesetzesentwürfe mit unterschiedlichen inhaltlichen Ansätzen zur Debatte<sup>9</sup>. 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 vorschlug<sup>10</sup>, zielte der Entwurf eines Dritten Gesetzes zur

Änderung des Betreuungsrechts auf die Anerkennung der Verbindlichkeit unter den Voraussetzungen der Einsichtsfähigkeit und der Schriftform<sup>11</sup>. Vor dem Hintergrund dieser Entwürfe gab es im Deutschen Bundestag eine lebhaft und kontroverse Diskussion<sup>12</sup>. Eine Einigung konnte nicht erreicht werden. Nunmehr liegen drei förmlich eingebrachte Gesetzesentwürfe vor. Bei dem Entwurf des Dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts in der Fassung vom 6.3.2008<sup>13</sup> handelt es sich im Wesentlichen um eine Modifikation der Vorgängerversion. Inhaltlich ähnlich gestaltet sich der um Form- und Verfahrensvorschriften ergänzte Entwurf eines Gesetzes zur Klarstellung der Verbindlichkeit von Patientenverfügungen<sup>14</sup>. Gründlich überarbeitet worden ist dagegen der Entwurf eines Gesetzes zur Verankerung der Patientenverfügung im Betreuungsrecht<sup>14a</sup>, indem die Verbindlichkeit von Patientenverfügungen jetzt vorrangig von Form- und Aufklärungsanforderungen statt von einer Reichweitenbegrenzung abhängig gemacht wird.

## III. Patientenverfügungen als Herausforderungen für das Recht

Aus medizinischer und psychologischer Sicht sollen Patientenverfügungen einerseits gewährleisten, dass der Einfluss der betroffenen Personen auf medizinische Behandlungen auch im Falle der Einwilligungsunfähigkeit so weit wie möglich erhalten bleibt<sup>15</sup>. Andererseits gibt es strukturelle Leistungsgrenzen<sup>16</sup>. Sie beruhen vor allem auf der Differenz zwischen der Verfügungssituation, in der der Betroffene seine Patientenverfügung abfasst, und der Umsetzungssituation, in der seine Patientenverfügung angewendet werden soll. So stehen zumal medizinische Laien in der Verfügungssituation vor dem Problem der Prognose und hinreichenden Beschreibung der künftigen Lage und der dann bestehenden Behandlungswünsche<sup>17</sup>. Aber auch unabhängig davon ist der in der Umsetzungssituation erfolgende Rückschluss von der in einer Patientenverfügung festgehaltenen Willensäußerung auf den aktuellen Willen eine hochproblematische Konstruktion. Der Wille entwickelt sich prozesshaft, interaktiv und in sozialen Kontexten<sup>18</sup>, und gerade in der Auseinandersetzung mit schweren Krankheiten und mit dem Sterben kann er schwanken<sup>19</sup>. Daher verbleibt eine unüberwindbare Unsicherheit, ob der

- 1) Zum Begriff *Bundesärztekammer*, DÄBl. 2007, A-891, 893; *van Oorschot/Hausmann/Köhler/Leppert/Schweitzer/Steinbach/Anselm*, Ethik Med 2004, 112, 119ff.; *Sass/Kielstein*, Patientenverfügung und Betreuungsvollmacht, 2. Aufl. 2003, S. 47ff.; *Lipp/Klein*, FPR 2007, 56, 58; *May*, BtPrax 2007, 149, 150.
- 2) Vgl. auch *Höfling*, FPR 2007, 67, 67.
- 3) Zur Rechtsunsicherheit bei den Ärzten und Ärztinnen *Verrel*, in: Vhdln des 66. DJT, 2006, C 53ff. *Birnbacher/Dabrock/Taupitz/Vollmann*, Ethik Med 2007, 139, 139; *Borasio*, in: *Meier/Borasio/Kutzer* (Hrsg.), Patientenverfügung, 2005, S. 148, 148ff. Zur Untersuchung der Einstellungen der Vormundschaftsrichter und -richtersinnen mit dem Ergebnis sehr unterschiedlicher Sehweisen *Höfling/Schäfer*, Leben und Sterben in Richterhand?, 2006, sowie die Zusammenfassung bei *Höfling* (Fn. 2), S. 67ff.
- 4) Übergreifend dazu *Meran/Geißendörfer/May/Simon* (Hrsg.), Möglichkeiten einer standardisierten Patientenverfügung, 2002. Zu den unterschiedlichen Positionen s. *May/Charbonnier* (Hrsg.), Patientenverfügungen, 2005; *Schäfer/Sommer* und *Mertin*, ZRP 2007, 135.
- 5) *Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“*, Patientenautonomie am Lebensende, Bericht v. 10. 6. 2004.
- 6) *Enquête-Kommission*, BT-Dr. 15/3700.
- 7) *Nationaler Ethikrat*, Patientenverfügung – Ein Instrument der Selbstbestimmung, 2005, bes. S. 30ff.
- 8) *Taupitz*, in: Vhdln des 63. DJT, 2000; *Verrel* (Fn. 3).
- 9) *Bosbach/Röspel/Winkler/Fricke* et al., Entwurf eines Gesetzes zur Verankerung der Patientenverfügung im Betreuungsrecht (Patientenverfügungsgesetz – PatVerfG), letzter Stand 17.9.2007, abrufbar unter [http://wobo.de/home/downloads/1ge\\_patientenverf.\\_endfass\\_17.9.07.pdf](http://wobo.de/home/downloads/1ge_patientenverf._endfass_17.9.07.pdf); *Stünker/Kauch/Jochimsen/Montag* et al., Entwurf eines 3. Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts; *Zöller/Faust* et al., Entwurf eines Gesetzes zur Klarstellung der Verbindlichkeit von Patientenverfügungen (Patientenverfügungsverbindlichkeitsgesetz – PVVG). 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: 8.7.2005; den Entwurf von *Höfling*, der im Auftrag der Deutschen Hospiz-Stiftung erstellt wurde (dazu *Höfling*, MedR 2006, 25ff.); sowie die Vorschläge von *Schöch/Verrel*, GA 2005, 553ff.
- 10) § 1901b III des Entwurfs.

- 11) § 1901a des Entwurfs. Vgl. auch *Zypries*, RuP 2008, 2, 2ff.
- 12) Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht über die 91. Sitzung, PIPr 16/91.
- 13) BT-Dr. 16/8442. S. auch dessen Erste Lesung, Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht über die 172. Sitzung, PIPr 16/172.
- 14) *Zöller/Faust* et al., Entwurf eines Gesetzes zur Klarstellung der Verbindlichkeit von Patientenverfügungen. (Patientenverfügungsverbindlichkeitsgesetz – PVVG), i. d. F. v. 18.12.2008, BT-Dr. 16/11493.
- 14a) *Bosbach/Röspel* et al., Entwurf eines Gesetzes zur Verankerung der Patientenverfügung im Betreuungsrecht (Patientenverfügungsgesetz – PatVerfG), i. d. F. v. 16.12.2008, BT-Dr. 16/11360.
- 15) *Van Oorschot/Hausmann/Köhler/Leppert/Schweitzer/Steinbach/Anselm* (Fn. 1), S. 119f.
- 16) *Fagerlin/Schneider*, Hastings Center Report 2004, 30ff. Sehr kritisch auch *Dörmer/Zieger/Bavastro/Holfelder*, DÄBl. 2002, A-917ff.
- 17) Vgl. insgesamt *Meran/Geißendörfer/May/Simon* (Fn. 4), S. 21ff.; *Sahm*, ZME 2005, 265, 269ff.
- 18) *Wunder*, in: *Albers* (Hrsg.), Patientenverfügungen, 2008, S. 39, 43ff.; *Sahm*, Sterbebegleitung und Patientenverfügung, 2006, S. 70f.
- 19) *Fagerlin/Schneider* (Fn. 16), S. 34; *Sahm*, ZfL 2005, 45, 50ff.; *Eisenmenger*, in: *Hager* (Hrsg.), Die Patientenverfügung, 2006, S. 19, 21ff. Vgl. auch *Geisler*, DMW 2004, 453, 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*, MedR 2005, 579, 582f.

Patient angesichts seines aktuellen Erlebens noch das will, was er zuvor festgelegt hat<sup>20</sup>. Zudem ist die aktuelle Situation, in der Mediziner handeln müssen, immer unter irgend einem Aspekt eine andere als die in der früheren Verfügung beschriebene. Patientenverfügungen sind somit in aller Regel in mehreren Dimensionen interpretationsbedürftig<sup>21</sup>. Ihre Auslegung ist keine reine „Textarbeit“. Zugleich hat ihre Umsetzung im Falle behandlungsablehnender Vorgaben existenzielle Folgen. All dies erklärt das Unbehagen, das die Vorstellung einer uneingeschränkten Bindung an Patientenverfügungen bei vielen Ärzten auslöst.

Vor diesem Hintergrund greift der Gedanke, es sei einfach nur der in der Verfügung dokumentierte Wille des Patienten zu verwirklichen, zu kurz. Das Recht steht vielmehr vor der Aufgabe, ein situationsgerechtes, hinreichend differenziertes Konzept zu entwickeln. Das wird dadurch erschwert, dass mehrere Teildisziplinen ineinandergreifen, nämlich 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.

#### IV. Verfassungsrechtliche Vorgaben

##### 1. Abwehr- und Schutzdimension der Grundrechte

Selbstbestimmung, Recht auf Leben und Menschenwürde sind die für die Beurteilung von Patientenverfügungen zentralen Grundrechte<sup>22</sup>. Sie 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<sup>23</sup>. Sie dürfen auch lebenserhaltende Maßnahmen ablehnen<sup>24</sup>. 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<sup>25</sup>. 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<sup>26</sup>.

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<sup>27</sup>. Allerdings vermittelt das Selbstbestimmungsrecht und das Recht auf Leben oder körperliche Integrität ihr auch das Recht, diese Verfügung jederzeit durch eine neue Entscheidung zu ändern<sup>28</sup>. Der alters- oder krankheitsbedingte Wegfall der Möglichkeit, Willenserklärungen abzugeben, schließt dies nicht aus.

##### 2. Entscheidungen unter Ungewissheitsbedingungen

Verfassungsrechtlich sind Patientenverfügungen in doppelter Hinsicht als Entscheidungen unter Ungewissheitsbedingungen einzuordnen<sup>29</sup>. Sie werden nicht nur unter spezifischen Ungewissheitsbedingungen verfasst. Sie werden zudem unter Ungewissheitsbedingungen umgesetzt. Gerade wegen der Selbstbestimmung und wegen des Rechts auf Leben muss es nämlich auf den aktuellen Willen des Patienten in der Umsetzungssituation ankommen. Hier steht man jedoch vor den Schwierigkeiten der Deu-

tung des faktischen Handelns, die nie mit letzter Sicherheit vorgenommen werden kann. Damit eine Änderung der früheren Patientenverfügung erkannt wird, müsste der Patient seinen aktuellen Willen irgendwie nach außen tragen, und möglicherweise ist er genau dazu nicht mehr in der Lage.

#### 3. Erfordernis der rechtlichen Ausgestaltung von Patientenverfügungen

Wegen der Differenz zwischen Abfassungs- und Umsetzungssituation dürfen die Aussagen einer Patientenverfügung nicht mit der Entscheidung einer einwilligungsfähigen Person gleichgesetzt werden. Da sowohl die Abfassung einer Vorausverfügung als auch deren Umsetzung in verfassungsrechtlich relevanter Weise durch spezifische Ungewissheitsbedingungen gekennzeichnet ist, bedarf es einer problemgerechten rechtlichen Ausgestaltung. Das gilt umso mehr, als im Falle einer entstandenen Einwilligungsunfähigkeit die Schutzpflicht zugunsten des Rechts auf Leben zu beachten ist.

#### V. Die Ausgestaltung von Patientenverfügungen

##### 1. Bindungswirkung und Wirksamkeitsanforderungen

Ihrer Rechtsnatur nach kann man die Patientenverfügung als eine rechtsgeschäftsähnliche Willenserklärung einordnen<sup>30</sup>. Der BGH betrachtet sie außerdem nicht lediglich als ein Indiz für einen mutmaßlichen Willen, sondern als ausdrückliche Willenserklärungen, sofern sie auf die kon-

- 
- 20) *Strätling/Bartmann/Fieber/Sedemund=Adib/Scharf/Schmucker*, Die gesetzliche Regelung der Patientenverfügung in Deutschland, 3. Aufl. 2006, 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 verfügbarem und aktuellem Willen die Konstruktion eines Beobachters (des Arztes, des Betreuers) ist.
- 21) Ausführlicher z.B. *Meran/Geißendörfer/May/Simon* (Fn. 4), S. 27 ff.; *Birnbacher/Dabrock/Taupitz/Vollmann* (Fn. 3), S. 144 ff.
- 22) Ob und unter welchen Voraussetzungen Art. 2 I oder Art. 2 II 1 GG greift, ist im Einzelnen umstritten. Vgl. dazu BVerfGE 52, 131, 168 (tragende Ansicht), und BVerfGE 52, 131, 173 ff. (unterlegene Ansicht). Grundsätzlich andere Auslegungsergebnisse resultieren daraus nicht. Angesichts der verschiedenen Inhalte von Patientenverfügungen sind ohnehin beide Grundrechtsbestimmungen relevant. Zur Menschenwürde *Höfling*, JuS 2000, 111, 114; *Hufen*, ZRP 2003, 248, 249.
- 23) Vgl. BVerfGE 52, 131, 178 (unterlegene Ansicht).
- 24) Statt vieler *Hufen*, NJW 2001, 849, 851 f.; *Schulze=Fielitz*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 2 II, Rdnr. 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.
- 25) Vgl. auch *Kämpfer* (Fn. 24), S. 341.
- 26) Künftig wird sich die Debatte möglicherweise eher um die Realisierbarkeit erwünschter Behandlungen als um das Unterbleiben oder den Abbruch von Behandlungen drehen.
- 27) BGHZ 163, 195, 197 f.; *Höfling*, JuS 2000, 111, 114 m. w. N.; *Hufen* (Fn. 24), S. 851; *Berger*, JZ 2000, 797, 798; *Baumann/Hartmann*, DNotZ 2000, 594, 607; *Will*, Vorgänge 2006, 43, 45 f.
- 28) Vgl. auch BGHZ 163, 195, 199.
- 29) *Schuler=Harms*, in: *Albers* (Hrsg.), Patientenverfügungen, 2008, S. 69, 77 ff. Aus privatrechtlicher Perspektive auch *Neumer*, ebd., 2008, S. 113, 116.
- 30) *Neumer* (Fn. 29), S. 115 ff. In der Einordnung spiegelt sich bereits die Grundproblematik des Umgangs mit Patientenverfügungen wider, vgl. *Becker=Schwarze*, in: *Albers* (Hrsg.), Patientenverfügungen, 2008, S. 133, 137 f.; sie ist deshalb auch nicht unumstritten. Vgl. etwa *Roth*, JZ 2004, 494, 496 f.

krete Situation zugeschnitten sind<sup>31</sup>. 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<sup>32</sup>. Das Problem der richtigen Deutung des faktischen Handelns eines einwilligungsunfähigen Betroffenen versucht man mit der Zurechnung von Verantwortung zu lösen: Wer eine Patientenverfügung verfasst, muss das Risiko tragen, dass eine spätere Einstellungsänderung nicht mehr deutlich gemacht werden kann und von anderen nicht erkannt wird<sup>33</sup>. 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<sup>34</sup>. Die Bindungswirkung der Patientenverfügung, ihr Einsatz- oder Anwendungsbereich und ihre Wirksamkeitsvoraussetzungen sind dagegen noch nicht hinreichend geklärt und auch in den Regelungsvorschlägen zur Patientenverfügung umstritten.

#### a) Gleitende Bindungswirkung

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. Geht man davon aus, dass die strukturellen Leistungsgrenzen von Voraussetzungen nicht allein durch die rechtliche Ausgestaltung der Umsetzung aufgefangen werden können, sind mit Rücksicht auf die Folge einer „strikten Verbindlichkeit“ adäquate Anforderungen auch an die Abfassung 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<sup>35</sup>. Mit spezifischen Ausgestaltungen hat etwa das österreichische Patientenverfügungsgesetz Verbindlichkeitsstufen realisiert<sup>36</sup>.

#### b) Die „Reichweitenbegrenzung“

Hinsichtlich des Einsatz- oder Anwendungsbereichs besteht Streit darüber, ob die Verbindlichkeit einer behandlungsablehnenden Patientenverfügung von einer „Reichweitenbegrenzung“ abhängen soll. In Auslegung des gegenwärtigen Rechts hat der XII. Zivilsenat des BGH entsprechenden Patientenverfügungen mit hinreichend bestimmten Aussagen Verbindlichkeit zuerkannt, deren Anwendungsbereich jedoch zugleich auf Fälle begrenzt, in denen das Grundleiden einen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen hat<sup>37</sup>. Dahinter steht, dass er das Zivilrecht und die Entscheidungsbefugnisse von Betreuern in die Grenzen des Strafrechts einordnet, „denn die Zivilrechtsordnung kann nicht erlauben, was das Strafrecht verbietet“<sup>38</sup>, und für das Verständnis der Straftatbestände auf die „Kempten-Entscheidung“ des BGH in Strafsachen zurückgreift<sup>39</sup>. Die Entscheidung des XII. Zivilsenats ist oft als Missverständnis der Kempten-Entscheidung kritisiert worden<sup>40</sup>. Ganz treffend ist die Kritik wegen der undeutlichen Formulierungen in der strafgerichtlichen Entscheidung nicht<sup>41</sup>. Ohnehin kommt es übergreifend darauf an, 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 Aussagen, das Zivilrecht könne nicht erlauben, was das Strafrecht verbietet<sup>42</sup>, und das Strafrecht könne nicht verbieten, was das Zivilrecht erlaubt, beide sachgerecht. Die Überlegung, aus dem je-

weils 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 BGH in Zivilsachen bemüht, die zivilrechtlichen Grenzen der als verbindlich eingestuft Patientenverfügungen mit Blick auf das Strafrecht zu ermitteln. Auf der anderen Seite liegt der Kern der Entscheidung des BGH in Strafsachen darin, dass er die Straftatbestände mit Blick auf das im Verfassungsrecht und im Privatrecht verankerte Selbstbestimmungsrecht und den Willen des Patienten beschränkt<sup>43</sup>. 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 Strafrecht 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“<sup>44</sup>. Ebenso fehlt geht die Begründung, die Patientenverfügung werde, „indem sie den Dritten in die Pflicht nimmt, ein Stückweit auch zur Fremdbestimmung über

31) BGHZ 154, 205, 217 f.

32) Vgl. auch *Neuner* (Fn. 29), S. 122 ff.; *Roth* (Fn. 30), S. 496 f.; *Berger* (Fn. 27), S. 802; zu kurz *Wagenitz*, FamRZ 2005, 669, 671. Mit der Möglichkeit eines Widerrufs Ausschlusses *Verrel*, in: *Albers* (Hrsg.), Patientenverfügungen, 2008, S. 197, 206 f.; kritisch dazu wiederum *Neuner* (Fn. 29), S. 124 f.

33) *Popp*, ZStW 2006, 639, 652 ff.

34) *Neuner* (Fn. 29), S. 121 f.

35) Vgl. auch *Becker=Schwarze* (Fn. 30), S. 138, 146 ff.: „Verbindlichkeitsstufen“.

36) Näher dazu *Kopetzki*, in: *Duttge* (Hrsg.), Ärztliche Behandlung am Lebensende, 2008, S. 79, 85 ff. Auf der Basis des Verzichts auf Anforderungen konsequenterweise kritisch dazu *Bernat*, in: *Albers* (Hrsg.), Patientenverfügungen, 2008, S. 97, 103 ff.; *ders./Gaber*, GesR 2007, 1, 4 ff.

37) BGHZ 154, 205, 210 f., 214 ff. 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.*, FamRZ 2003, 1619 ff. Mit Kritik *Hufen*, ZRP 2003, 248 ff.; *Höfling/Rixen*, JZ 2003, 884 ff.; *Kutzer*, FPR 2004, 683, 686; *Saliger*, MedR 2004, 237 ff.; *Verrel*, NSStZ 2003, 449, 450 ff.

38) BGHZ 154, 205, 215.

39) BGHSt 40, 257. Der BGH entnimmt die Terminologie früheren Richtlinien der Bundesärztekammer.

40) Z. B. *Lipp*, Patientenautonomie und Lebensschutz, 2005, S. 15; *Landwehr*, Selbstbestimmung durch Patientenverfügung, 2007, S. 97 ff., 129.

41) 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*, in: *Albers* (Hrsg.), Patientenverfügungen, 2008, S. 151, 155 m. dortiger Fn. 13; *Verrel*, JZ 1996, 224, 225. S. auch BGHSt 32, 367, 378 f.

42) So – neben dem BGH in Zivilsachen – auch etwa *Kutzer*, FPR 2007, 59, 60; *Verrel* (Fn. 3), C 57 f.

43) BGHSt 40, 257, 262: Es „ist das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu achten ..., gegen dessen Willen eine ärztliche Behandlung grundsätzlich weder eingeleitet noch fortgesetzt werden darf“.

44) So aber *Jäger*, in: FS f. Küper, 2007, S. 209, 214 ff. S. weiter *Härle*, zeitzeichen 2005, 8, 10 f. Ähnlich v. *Renesse*, BtPrax 2005, 47, 49.

Dritte<sup>445</sup>. Aber auch mit den unauflösbaren Unsicherheiten bei der Ermittlung des aktuellen Willens<sup>46</sup> 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<sup>47</sup> werden die Ärzte das von ihnen erwartete Urteil, dass die betroffene Person trotz medizinischer Behandlung in absehbarer Zeit sterben wird, kaum mit hinreichender Gewissheit fällen können und wegen der im Falle eines Fehlurteils drohenden Sanktionen nicht treffen. Einwilligungsunfähige Patienten müssten teilweise hochgradig belastende Behandlungsmaßnahmen dulden, die sie nach ihrem vorab erklärten Willen ablehnen. Zugleich trägt eine Reichweitenbegrenzung zur Ermittlung des aktuellen Willens nichts bei. Sie ist deshalb mit den Grundrechten der Patienten unvereinbar<sup>48</sup>. Eine gesetzliche Regelung, die dies vorsähe, wäre verfassungswidrig.

Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund ist die im ersten Entwurf eines Gesetzes zur Verankerung der Patientenverfügung im Betreuungsrecht vorgeschlagene Reichweitenbegrenzung<sup>48b</sup> im aktuellen Folgeentwurf deutlich modifiziert worden: Das Vorliegen einer unheilbaren, tödlich verlaufenden Krankheit soll nur noch in den Fällen das zentrale Kriterium für die Verbindlichkeit einer lebenserhaltende Maßnahme ablehnenden Patientenverfügung sein, in denen diese bestimmte Wirksamkeitsanforderungen, insbesondere an Form, Aufklärung und Aktualisierung, nicht erfüllt<sup>48b</sup>. Geglückt ist der darin steckende Kompromiss nicht. Zum einen bleiben die Rechtswirkungen der behandlungsablehnenden Verfügung unklar, bei denen weder die Wirksamkeitsvoraussetzung noch irreversible tödlich verlaufende Leiden vorliegen. Zum anderen gewinnt dieses Kriterium im veränderten Gesamtkontext einen geradezu umgedrehten Sinn: es wirkt eher legitimierender als begrenzend. Sinnvoller wäre demgegenüber die Verankerung von Verbindlichkeitsstufen. Bei der in den Konstellationen einer Indizwirkung der Patientenverfügung zu treffenden Entscheidung über medizinische Maßnahmen werden Schwere und Verlauf des Leidens ein bedeutender Faktor sein, ohne dass dies gesetzlich festgehalten werden müsste.

#### c) Wirksamkeitsvoraussetzungen

Bei den Wirksamkeitsvoraussetzungen drehen sich die Kontroversen vor allem um die Erfordernisse einer Schriftform, oder weiterreichend einer Beurkundung, einer Aufklärung oder Beratung und einer regelmäßigen Aktualisierung<sup>49</sup>. Die Schriftform soll Hinweis-, Warn-, Authentizitäts- und Dokumentationsfunktionen erfüllen. Die aktuellen Gesetzesvorschläge sehen sie ganz überwiegend, teilweise verbunden mit einer notariellen Beurkundung, als Voraussetzung einer verbindlichen Patientenverfügung vor<sup>50</sup>. Angesichts der inzwischen vielfältigen technischen Möglichkeiten, zum Beispiel der Videodokumentation, wäre freilich mehr Formflexibilität sachgerechter. Das Erfordernis einer notariellen Beurkundung erscheint jedenfalls dann als übertrieben hoch, wenn zugleich eine dokumentierte ärztliche Aufklärung Wirksamkeitsvoraussetzung sein soll.

Anforderungen an eine vorherige sachlich und personell qualifizierte Aufklärung oder Beratung<sup>51</sup> sollen ausgleichen, dass in der späteren Behandlungssituation eine aktuelle Entscheidungsfindung im Dialog mit dem Arzt nicht möglich ist. 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 bietet einerseits die Grundlage, die die betroffene Person benötigt, damit sie unerwünschte Behandlungsmaßnahmen oder den Krank-

heitszustand, 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, 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<sup>52</sup>. Entsprechende Anforderungen an die Verbindlichkeit einer behandlungsablehnenden Patientenverfügung sind daher sinnvoll, und der aktuelle Entwurf eines Gesetzes zur Verankerung der Patientenverfügung im Betreuungsrecht sieht sie ebenso vor wie die Anforderung einer Aktualisierung<sup>52a</sup>.

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<sup>53</sup> informiert werden und ihre Wertvorstellungen und Präferenzen gezielt überprüfen kann. Hinzu kommt, dass die in der späteren Behandlungssituation verantwortlichen Ärzte eine auch in zeitlicher Hinsicht angemessen abgesicherte Grundlage zur Verfügung haben<sup>54</sup>.

Bei der Ausgestaltung der Bindungswirkung und der Wirksamkeitsvoraussetzungen steht dem Gesetzgeber somit ein Spektrum von Optionen zur Verfügung, mit Hilfe derer er die allgemeinen privatrechtlichen Elemente der Patientenverfügung im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben so sachgerecht wie möglich ausgestalten kann.

45) Dies bei *Wagenitz*, in: *Duttge* (Hrsg.), *Perspektiven des Medizinrechts im 21. Jahrhundert*, 2007, S. 21, 34.

46) S. die Argumentation bei *Wodarg*, in: *May/Charbonnier* (Fn. 4), S. 69, 72. S. auch *Neuner* (Fn. 29), S. 129f. Vgl. außerdem – mit dem Vorhalt der Inkonsistenz – *Duttge*, in: *Albers* (Hrsg.), *Patientenverfügungen*, 2008, 185, 192f.

47) Vgl. die Präzisierungsbemühungen bei *Bühler/Stolz*, *FamRZ* 2003, 1622, 1622f.

48) Ausführlicher *Albers/Mayer/Reimann/Volkmer*, in: *Enquête-Kommission* (Fn. 6), S. 61ff. Kritisch zur Reichweitenbegrenzung aus christlicher Sicht *Krug*, *Zeitschrift für Evangelische Ethik* 2006, 121, 125f.

48a) Vgl. Fn. 10.

48b) § 1901b III des Entwurfs von *Bosbach/Röspel* et al. (Fn. 14a).

49) Umfassender zu „Qualitätsstandards“ bei Patientenverfügungen *Meran/Geißendörfer/May/Simon* (Fn. 4), S. 79ff.

50) S. § 1901b I, II des Entwurfs von *Bosbach/Röspel* et al. (Fn. 14a); § 1901a I des Entwurfs von *Stünker* et al. (Fn. 13); s. außerdem die Soll-Vorschriften des § 1901c im Entwurf von *Zöller/Faust* et al. (Fn. 14).

51) Zur Abgrenzung von Aufklärung und Beratung *Becker=Schwarze* (Fn. 30), S. 144f., dies im Anschluss an die Überlegungen von *Damm*, *MedR* 2006, 1, bes. 7ff. Vgl. außerdem *Rixen/Höfling/Kuhlmann/Westhofen*, *MedR* 2003, 191ff.

52) Zu den Funktionen der ärztlichen Beratung, die ggf. angemessen institutionalisiert werden und abrechenbar sein müsste, s. Sondervotum *Albers/Mayer/Reimann/Volkmer* (Fn. 6), S. 60ff. Statt vieler außerdem *Birnbacher/Dabrock/Taupitz/Vollmann* (Fn. 3), S. 141ff.; *Kielstein*, in: *dies./Kutzer/May/Sass*, *Die Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis*, 5. Aufl. 2007, S. 4ff.; *Borasio* (Fn. 3), S. 148, 152ff.; *ders.*, *DÄBl.* 2007, A-224ff.; *Taupitz* (Fn. 8), S. 111ff.; *Berger* (Fn. 27), S. 801f. Kritisch etwa *Strätling/Bartmann/Fieber/Sedemund=Adib/Scharf/Schmucker* (Fn. 20), S. 40f., vgl. aber auch deren Ausführungen auf S. 17.

52a) § 1901b II des Entwurfs von *Bosbach/Röspel* et al. (Fn. 14a).

53) Das Bild des hochtechnisierten „seelenlosen“ Krankenhauses, das viele vor Augen haben, stimmt heute nur noch bedingt.

54) Das Erfordernis einer Aktualisierung ist nicht zu verwechseln mit der Frage der Aktualität der Patientenverfügung. S. insgesamt Sondervotum *Albers/Mayer/Reimann/Volkmer* (Fn. 6), S. 60ff. Zur Regelung im österreichischen PatVG *Kopetzki* (Fn. 36), S. 90.

Dabei darf und muss er unter Berücksichtigung sowohl des Selbstbestimmungsrechts als auch der Pflicht zum Schutz des Rechts auf Leben typisieren<sup>55</sup>. Für die Umsetzungssituation kommen betreuungsrechtliche Regelungselemente hinzu.

## 2. Anforderung an die Umsetzung: Das Betreuungsrecht

### a) Die Rolle von Betreuern und Bevollmächtigten

Wie sich eine Patientenverfügung auf das Betreuungsrecht auswirkt, ist de lege lata nicht abschließend geklärt. Der erste Streitpunkt dreht sich darum, ob eine „eindeutige“ Patientenverfügung allein von den Ärzten umzusetzen oder ob, sofern es keinen Bevollmächtigten gibt, immer eine Betreuerbestellung nötig ist. Die zweite Frage ist die nach der Bindungswirkung der Patientenverfügung im Verhältnis zum Betreuer. Diese hängt zum einen von den Antworten auf zivilrechtliche Vorfragen, zum anderen von der betreuungsrechtlichen Rollenbeschreibung ab. Nach den gegenwärtigen betreuungsrechtlichen Vorschriften trifft der Betreuer im Ansatz eigenverantwortliche Entscheidungen, die materiell durch die Maßstäbe des § 1901 BGB gesteuert werden. Hinsichtlich der Beziehungen zwischen Wohl und Willen des Betreuten ist diese Norm freilich interpretationsbedürftig.

Die aktuellen Gesetzentwürfe regeln die erste Frage entweder gar nicht oder in einer ergebnisoffenen wirkenden Weise<sup>55a</sup>. Zur Lösung der Problems der Bindungswirkung der Patientenverfügung gegenüber dem Betreuer wählen sie – 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<sup>56</sup>. In der Formulierung wird deutlich, dass die Rolle des Betreuers, ebenso wie die eines Bevollmächtigten, anspruchsvoll bleibt: 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 ggf. 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. Auch im Falle der Bindungswirkung einer Patientenverfügung ist der Betreuer somit weder deren „Vollstrecker“ noch „Implementationsbetreuer“<sup>57</sup>, sondern vielmehr deren Interpret in einer komplexen sozialen Situation. Sind Patientenverfügungen praktisch nie „eindeutig“, folgt daraus zugleich, dass in aller Regel ein Betreuer zu bestellen ist.

### b) Die Kontrolle durch das Vormundschaftsgericht

Seit der Entscheidung des XII. Zivilsenats des BGH, der 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“, aus einer Gesamtschau des Betreuungsrechts ein vormundschaftsgerichtliches Genehmigungserfordernis hergeleitet hat<sup>58</sup>, wird kontrovers darüber diskutiert, ob das Vormundschaftsgericht nur in den Fällen, in denen Arzt und Betreuer unterschiedlicher Ansicht über den Patientenwillen sind<sup>59</sup>, 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<sup>60</sup>. Die aktuellen Gesetzesvorschläge begrenzen die Kontrolle durch das Vormundschaftsgericht zum Teil auf Konfliktfälle, zum Teil sehen sie eine darüber hinausgehende Kontrolle vor<sup>61</sup>. Ob ein Bedarf nach einem Missbrauchsschutz nur bei Divergenz oder auch bei Konsens

zwischen den Beteiligten besteht, ist eine Einschätzungs- und Erfahrungssache.

Zusätzliche Aufmerksamkeit verdient die Frage, inwieweit dem vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsverfahren hinsichtlich der potenziellen Strafbarkeit des Betreuers nach §§ 212, 13 StGB die Wirkung einer „Legitimation durch Verfahren“<sup>62</sup> 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 Patientenwillens zuschreiben, aufgrund derer ein daran orientiertes Handeln des Betreuers nicht strafbar ist<sup>63</sup>. Die Entscheidung des BGH 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“<sup>64</sup>. Andererseits wird, so der BGH, eine rechtswidrige „Sterbehilfe ... nicht dadurch rechtmäßig, dass der gesetzliche Vertreter in sie – und sei es auch mit Billigung des Vormundschaftsgerichts – einwilligt“<sup>65</sup>. 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<sup>66</sup>. Sofern die Strafgerichte dies nicht einheitlich anders sehen, können die Betreuer auf eine strafatbestandsausschließende Wirkung der Genehmigung nicht vertrauen; sie müssen weiterhin die Möglichkeit von Sanktionen durch das „retrospektive Strafrecht“<sup>67</sup> 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 nachzukom-

55) Das bedeutet insbesondere, dass er nicht den sich gut informierenden, medizinisch vorgebildeten Bildungsbürger als Leitbild wählen darf.

55a) S. § 1896 II 2 des Entwurfs von *Bosbach/Röspel* et al. (Fn. 14a): „Das Vorliegen einer Patientenverfügung schließt die Erforderlichkeit der Betreuerbestellung nicht aus.“

56) Vgl. § 1901b I–III des Entwurfs von *Bosbach/Röspel* et al. (Fn. 14a); § 1901a I des Entwurfs von *Stünker* et al. (Fn. 13); § 1904 des Entwurfs von *Zöllner/Faust* et al. (Fn. 14).

57) S. dazu *Rixen*, in: *Albers* (Hrsg.), *Patientenverfügungen*, 2008, S. 175, 181 f.

58) BGHZ 154, 205, 221 ff., 227; vgl. auch *Wagenitz* (Fn. 32), S. 672; nachfolgend BGHZ 163, 195, 198 f. Dies stellt die Differenz zwischen Indikation und Behandlungsablehnung heraus und sagt nichts über eine Divergenz zwischen Arzt und Betreuer hinsichtlich des Patientenwillens aus. Vgl. auch *Lipp*, *FamRZ* 2004, 317, 323.

59) *Hufen* (Fn. 22), bes. S. 251; *Verrel* (Fn. 32), S. 210 f.; *Lipp* (Fn. 58), S. 323 f. Aus medizinischer Sicht *Oduñcu*, *MedR* 2005, 437, 441.

60) *Saliger*, in: *Albers* (Hrsg.), *Patientenverfügungen*, 2008, S. 157, 169 f.; *Rixen* (Fn. 57), S. 176 ff.

61) Vgl. § 1904 II, III des Entwurfs von *Bosbach/Röspel* et al. (Fn. 14a); § 1904 IV des Entwurfs von *Stünker* et al. (Fn. 13); § 1901b des Entwurfs von *Zöllner/Faust* et al. (Fn. 14).

62) *Wagenitz* (Fn. 32), S. 672; *Saliger* (Fn. 37), S. 240.

63) So *Popp* (Fn. 33), S. 661 ff.

64) BGHZ 154, 205, 227.

65) BGHZ 154, 205, 216.

66) Vgl. BGHZ 154, 205, 223; Die Vormundschaftsrichter werden „nicht zum ‚Herrn über Leben und Tod‘ ernannt“.

67) *Verrel* (Fn. 3), C 34

men, muss eine Unterlassungsklage vor dem Zivilgericht angestrengt werden<sup>68</sup>.

#### c) 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, Pflegeern und Angehörigen zusammenkommen, das die Patientenverfügung und die aktuelle Lage interpretiert und den Betreuer bei seiner Entscheidung berät<sup>69</sup>. 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<sup>70</sup>.

### VI. Die Koordination mit den strafrechtlichen Vorschriften

Im Gefolge der Entscheidung des XII. Zivilsenats des BGH ist die Abstimmung zwischen Zivil- und Betreuungsrecht und Strafrecht unklar geworden. Diesem selbst erscheinen „die strafrechtlichen Grenzen einer Sterbehilfe im weiteren Sinne ... bislang nicht hinreichend geklärt“<sup>71</sup>. Zur Verwirrung trägt allerdings gerade die Begrifflichkeit der „Sterbehilfe“ mit ihren Ausprägungen der aktiven Sterbehilfe, der indirekten Sterbehilfe und der passiven Sterbehilfe bei<sup>72</sup>. Der Begriff der „Sterbehilfe“ ist kein im engeren Sinne juristischer und auch kein hilfreicher Begriff<sup>73</sup>. Er muss durch verfassungs- und strafatbestandsorientierte Seh- und Beschreibungswesen 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 für problematisch halten<sup>74</sup>. Rechtlich ist sie 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<sup>75</sup>. Vielmehr gelangt man zu ihr, weil man von der verfassungsrechtlich vorgegebenen Einwilligungsbefähigung eines aktiven Zugriffs auf die körperliche Unversehrtheit der betroffenen Person ausgehen muss<sup>76</sup>. Und auch die Garantenstellung des Arztes nach § 13 StGB reicht nicht so weit, dass sie einen solchen Zugriff entgegen den selbstbestimmten Entscheidungen des Betroffenen fordere oder auch nur zuließe. Im Gegenteil gestalten diese Entscheidungen Art und Reichweite der Garantenstellung mit<sup>77</sup>.

Soweit Zivil- und Strafrecht nicht bereits mittels verfassungsrechtlicher Vorgaben koordiniert werden, helfen normenhierarchische Überlegungen zwar nicht weiter. Aber das Strafrecht als ultima ratio mit Sanktionsfunktionen ist nicht der primäre Ansatzpunkt für die Klärung des Einsatz-

bereichs von Patientenverfügungen oder der Handlungsbeugnisse der Betreuer mit Wirkung für die anderen Felder. Es sollte deshalb nachgeordnet werden und mit seinen Tatbeständen auf verfassungsmäßige zivil- und betreuungsrechtliche Regelungen aufbauen<sup>78</sup>. Ob dann noch weitere strafrechtsinterne Klärungserfordernisse bestehen<sup>79</sup>, mag man unterschiedlich beurteilen. Sie wären jedenfalls kein Problem der Gesetzeslage, sondern eines der Strafrechtsdogmatik oder der Praxisbedürfnisse.

### VI. Ausblick

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. Über die dann bereits vielfältigen Gesichtspunkte hinaus ist es wichtig, Patientenverfügungen auch in ihren übergreifenden Zusammenhängen zu sehen. So dürfen die noch ganz überwiegenden und rechtlich gleichermaßen schwierigen Fälle der einwilligungsunfähigen Patienten ohne Vorausverfügung nicht vernachlässigt werden<sup>80</sup>. Zudem können gute Lösungen nur mit einem Bündel von Maßnahmen erreicht werden, das die Verbesserung sozialer Leistungen oder die finanzielle und rechtliche Unterstützung von Angehörigen im Fall der Pflege und Sterbebegleitung ebenso einschließen muss wie den Ausbau der palliativmedizinischen Versorgung oder die Verbesserung der Bedingungen für Hospize<sup>81</sup>. Im Ergebnis sind Konzepte einer längerfristig angelegten, strukturierten Vorsorgeplanung („Advance Care Planning“) erforderlich. Patientenverfügungen wären dann kein isoliertes Instrument, sondern in ein übergreifendes Konzept der Gewährleistung menschenwürdigen Sterbens eingebettet.

68) Lipp, in: Kettler/Simon/Anselm/Lipp/Duttge (Hrsg.), Selbstbestimmung am Lebensende, 2006, S. 89, 113.

69) *Enquête-Kommission* (Fn. 6), S. 43 f.; *Wunder* (Fn. 18), S. 49 ff. Vgl. auch § 1904 IV des Entwurfs von *Bosbach/Röspel* et al. (Fn. 14a) und § 1901d II des Entwurfs von *Zöllner/Faust* et al. (Fn. 14).

70) Zutr. *Mittelstädt*, ZMGR 2005, 217, 222. Insoweit zu Ethikkommissionen *Albers*, KritV 2003, 419, 431 ff.

71) BGHZ 163, 195, 200 f.

72) Näher zu den Definitionen und Konstellationen *Kämpfer* (Fn. 24), S. 35 ff.

73) Kritik an der Begrifflichkeit auch bei *Schöch/Verrel* (Fn. 9), S. 560.

74) Dazu *Sahm*, ZfL 2005, 45, 47. Vgl. auch *Schumann*, in: *Albers* (Hrsg.), Patientenverfügungen, 2008, S. 215, 226 f.

75) Zur strafrechtlichen, teilweise ontologisch ansetzenden Diskussion *Antoine* (Fn. 24), S. 33 ff.

76) Das Abschalten eines Beatmungsgerätes oder der Abbruch einer künstlichen Ernährung sind demnach strafrechtsdogmatisch als Unterlassen einzuordnen, s. etwa *Dreier*, JZ 2007, 317, 323.

77) Zutr. *Popp* (Fn. 33), S. 645.

78) S. auch *Höfling/Rixen* (Fn. 37), S. 891 f.

79) Zu Forderungen nach einer gesetzlichen Klarstellung der Straflosigkeit bestimmter Verhaltensweisen *Strätling/Lipp/May/Kutzer/Glogner/Schlaudraff/Neuman/Simon*, MedR 2003, 483, 484 f.; *Schöch/Verrel* (Fn. 9), S. 563 ff.; *Kutzer*, FPR 2007, 59, 62; *Ingelfinger*, JZ 2006, 821, 830 f.

80) Dazu *Schumann* (Fn. 74), S. 219, 235 ff., auch zu neueren Gesetzesentwicklungen.

81) Dazu ausführlicher *Enquête-Kommission* Ethik und Recht der modernen Medizin, Zwischenbericht Verbesserung der Versorgung Schwerstkranker und Sterbender in Deutschland durch Palliativmedizin und Hospizarbeit, BT-Dr. 15/5858; *Odunco*, In Würde sterben, 2007, S. 109 ff., 157 ff.