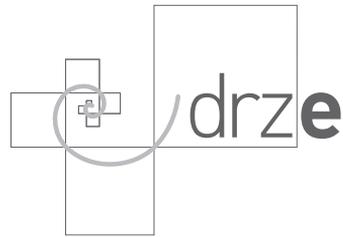


Ethik in den Biowissenschaften –  
Sachstandsberichte des DRZE

Band 11: Patientenverfügungen



*Herausgegeben vom DRZE –  
Deutsches Referenzzentrum für Ethik in den Biowissenschaften*

*unter Verantwortung von  
Dieter Sturma, Dirk Lanzerath und Bert Heinrichs*

*[www.drze.de](http://www.drze.de)*

VERLAG KARL ALBER



Am 1. September 2009 ist das »Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts« in Kraft getreten. Mit dieser Gesetzesänderung wird das Instrument der Patientenverfügung erstmals im Betreuungsrecht geregelt. Patientenverfügungen sollen das grundrechtlich verbürgte Selbstbestimmungsrecht für Behandlungssituationen am Lebensende absichern, in denen die Entscheidungskompetenz der betroffenen Person verloren gegangen ist. Personen reagieren mit den Verfügungen vorab auf die Möglichkeit, bei spezifischen Erkrankungen oder Verletzungen durch die medizinische Versorgung in unerträgliche Situationen zu geraten. In solchen Fällen ziehen die sich erklärenden Personen zum Zeitpunkt der Abfassung den Eintritt des Todes vor und wollen verhindern, dass ihr Leben durch ärztliche Eingriffe verlängert wird. Es erweist sich allerdings oftmals als schwierig, Lebensschutz, Selbstbestimmung und Fürsorge in ein angemessenes Verhältnis zu bringen. Patientenverfügungen sind nicht geeignet, diese Schwierigkeiten grundsätzlich aufzuheben, sie sind aber ein wichtiges Instrument, den Dialog zwischen Patienten, Angehörigen, Ärzten und Pflegepersonal verbindlicher zu gestalten.

Der vorliegende Sachstandsbericht führt in die intensive rechtliche und ethische Debatte um die Patientenverfügungen ein, stellt die neue Rechtslage ausführlich dar und diskutiert sie sowohl aus juristischer als auch aus ethischer Perspektive.

On September 1st, 2009, the »Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts« came into force. With this law, the instrument of the living will is being regulated for the first time.

Living wills are to safeguard the fundamental right to self-determination in situations where the patient's faculty of judgment has vanished. By means of living wills, persons react in advance to the possibility of getting into an unbearable situation caused by medical treatment of specific diseases or injuries. In such cases, at the time of drawing up a living will, persons prefer death and aim at preventing a prolongation of life through medical intervention. However, it often proves to be difficult to adequately take account of protection of life, self-determination as well as care. Living wills are, in general, not suited to suspend these difficulties; they are nevertheless an important instrument to arrange the dialogue between patients, relatives, doctors and nursing staff in a more binding way.

The present volume documents the new legal situation both in its formation and its practical impacts from a legal as well as an ethical point of view.

*Torsten Verrel / Alfred Simon*

# Patientenverfügungen

Rechtliche und ethische Aspekte

Verlag Karl Alber Freiburg/München

Diese Publikation wird als Vorhaben der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften und der Künste im Rahmen des Akademienprogramms von der Bundesrepublik Deutschland und dem Land Nordrhein-Westfalen gefördert.

Originalausgabe

© VERLAG KARL ALBER  
in der Verlag Herder GmbH, Freiburg im Breisgau 2010  
Alle Rechte vorbehalten  
[www.verlag-alber.de](http://www.verlag-alber.de)

Redaktion: Christina Rose unter Mitarbeit von Lisa Retterath  
Satz: SatzWeise, Föhren  
Druck und Bindung: Difo-Druck, Bamberg

Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier (säurefrei)  
Printed on acid-free paper  
Printed in Germany

ISBN 978-3-495-48437-1

# Inhalt

Vorwort . . . . .	9
<b>I. Rechtliche Aspekte (Torsten Verrel) . . . . .</b>	<b>13</b>
1. Einleitung . . . . .	13
2. Grundlagen . . . . .	14
2.1 Patientenverfügungen im System der Vorsorgeinstrumente . . . . .	14
2.2 Der lange Weg zu einem Patientenverfügungsgesetz . . . . .	15
2.3 Patientenverfügungen als intradisziplinärer Regelungsgegenstand . . . . .	20
2.3.1 Strafrecht . . . . .	20
2.3.2 Zivilrecht . . . . .	21
2.3.3 Verfassungsrecht . . . . .	23
3. Voraussetzungen für eine unmittelbar bindende Patientenverfügung (§ 1901a Abs. 1 BGB) . . . . .	24
3.1 Inhaltliche Anforderungen . . . . .	24
3.2 Situationsbezogenheit . . . . .	26
3.3 Auslegungsspielräume . . . . .	28
3.4 Einwilligungsfähigkeit, Volljährigkeit und Willensmangelfreiheit . . . . .	29
3.5 Schriftform . . . . .	30
3.6 Widerruf . . . . .	31
3.7 Irrelevanz des Krankheitsstadiums (§ 1901a Abs. 3 BGB) und sonstige nicht Gesetz gewordene Einschränkungsvorschläge . . . . .	31
3.8 Sonderproblematik: Patientenverfügung und Demenzerkrankung . . . . .	33
4. Umsetzung bindender Patientenverfügungen . . . . .	34
4.1 Aufgaben des Betreuers/Bevollmächtigten (§§ 1901 Abs. 1 und 5, 1901b BGB) . . . . .	35
4.2 Rolle des Arztes (§ 1901b Abs. 1 BGB) . . . . .	37

## Inhalt

4.3	Verfahren bei Patienten ohne Betreuer/Bevollmächtigten . . . . .	38
4.4	Einschaltung des Betreuungsgerichts (§ 1904 BGB) . . . . .	41
4.4.1	Genehmigungsbedürftigkeit und -freiheit von vorausverfügten Behandlungsbegrenzungen . . . . .	41
4.4.2	Bindung an den Willen des Betreuten . . . . .	43
4.4.3	Vorschriften für das Genehmigungsverfahren . . . . .	43
5.	Rechtslage bei nicht verbindlicher/fehlender Patientenverfügung (§ 1901a Abs. 2 BGB) . . . . .	44
5.1	Maßgeblichkeit auch des nicht vorausverfügten Patientenwillens . . . . .	45
5.2	Verhältnis von Behandlungswünschen und mutmaßlichem Willen . . . . .	47
5.3	Feststellung des mutmaßlichen Willens . . . . .	48
5.4	Unergiebigkeit der Willenserforschung . . . . .	49
6.	Ausblick . . . . .	51
	Zitierte Gesetze . . . . .	53
	Rechtsprechung . . . . .	53
	Literatur . . . . .	54
<b>II.</b>	<b>Medizinethische Aspekte (Alfred Simon) . . . . .</b>	<b>59</b>
	Einleitung . . . . .	59
1.	Die Debatte um eine gesetzliche Regelung der Patientenverfügung . . . . .	61
1.1	Hintergrund der Debatte . . . . .	62
1.2	Stellungnahmen und Empfehlungen . . . . .	64
1.3	Gesetzesentwürfe . . . . .	68
2.	Empirische Studien zu Patientenverfügungen . . . . .	69
2.1	Befragungen von Patienten und Angehörigen . . . . .	70
2.1.1	Verbreitung von Patientenverfügungen . . . . .	70
2.1.2	Verbindlichkeit von Patientenverfügungen . . . . .	71
2.1.3	Aufgabe und Funktion von Patientenverfügungen . . . . .	72
2.2	Befragungen von Ärzten, Pflegenden und Betreuungsrichtern . . . . .	74
2.2.1	Wertschätzung und Funktion der Patientenverfügung . . . . .	74
2.2.2	Unsicherheit bei der Bewertung von Sterbehilfe . . . . .	75
3.	Normative Grundsätze ärztlichen Handelns . . . . .	76
3.1	Die ärztliche Indikation . . . . .	77

3.2	Die Einwilligung des Patienten . . . . .	78
3.2.1	Autonomie und das Recht auf Selbstbestimmung . . .	78
3.2.2	Einwilligungsfähigkeit und Aufklärung . . . . .	80
3.2.3	Das Selbstbestimmungsrecht als Abwehrrecht . . . . .	81
4.	Probleme bei der Abfassung und Umsetzung von Patienten- verfügungen . . . . .	82
4.1	Grenzen der Vorhersehbarkeit . . . . .	82
4.2	Eingeschränkte dialogische Entscheidungsfindung . . . . .	84
4.3	Mangel an prozeduraler Entwicklung . . . . .	85
4.4	Vage und interpretationsbedürftige Aussagen . . . . .	85
4.5	Sich wandelnde Werte, Einstellungen und Entscheidungen . .	86
5.	Zum Verhältnis von Autonomie und Fürsorge . . . . .	88
5.1	Kritik am »Ethos der Autonomie« . . . . .	88
5.2	Autonomie und (medizinischer) Paternalismus . . . . .	90
5.3	Relationale Autonomie . . . . .	92
6.	Ein verantwortungsvoller Umgang mit Patientenverfügungen .	93
6.1	Begrenzung der Reichweite . . . . .	93
6.1.1	Direkte Reichweitenbeschränkung . . . . .	93
6.1.2	Indirekte Reichweitenbeschränkung . . . . .	95
6.2	Prozedurale Lösungswege . . . . .	96
6.2.1	Dialogische Entscheidungsfindung . . . . .	96
6.2.2	Beratendes Konsil . . . . .	97
6.2.3	Genehmigung des Betreuungsgerichts . . . . .	98
6.3	Weitere Wirksamkeitsvoraussetzungen . . . . .	99
6.3.1	Schriftform . . . . .	99
6.3.2	Volljährigkeit . . . . .	99
6.3.3	Aktualisierung . . . . .	100
6.3.4	Aufklärung und Beratung . . . . .	100
7.	Fazit für die weitere ethische Debatte . . . . .	101
	Zitierte Gesetze . . . . .	102
	Rechtsprechung . . . . .	102
	Literatur . . . . .	103
	Hinweise zu den Autoren und Herausgebern . . . . .	110



## Vorwort

Patientenverfügungen sollen das grundrechtlich verbürgte Selbstbestimmungsrecht für Behandlungssituationen am Lebensende absichern, in denen die Entscheidungskompetenz der betroffenen Person verloren gegangen ist. Personen reagieren mit den Verfügungen vorab auf die Möglichkeit, bei spezifischen Erkrankungen oder Verletzungen durch die medizinische Versorgung in unerträgliche Situationen zu geraten. In solchen Fällen ziehen die sich erklärenden Personen zum Zeitpunkt der Abfassung den Eintritt des Todes vor und wollen verhindern, dass ihr Leben durch ärztliche Eingriffe verlängert wird. Patientenverfügungen sind insofern defensiv angelegt. Es wird zumindest stillschweigend das Verschwinden der Autonomiefähigkeit mit der Zunahme der Gefahr gleichgesetzt, in den eigenen Lebensumständen in würdelose Zustände zu geraten. Eine solche Situation soll durch die Willenserklärung vermieden werden.

Von Patientenverfügungen wird erwartet, dass sie rechtlich bindende Festlegungen für das Lebensende treffen. Es stellt sich allerdings die Frage, ob Sterben in jeder Hinsicht Normierungen zugänglich ist oder zugänglich gemacht werden sollte. Schwierigkeiten ergeben sich vor allem aus der epistemischen Unsicherheit sowie aus dem Umstand, dass vier Perspektiven zusammengeführt werden müssen, die sich in ihren jeweiligen Interessenlagen nicht immer zur Deckung bringen lassen: die des Patienten, der Angehörigen, des betreuenden Pflegepersonals sowie des behandelnden Arztes. Die neuen gesetzlichen Regelungen in Deutschland weisen den Interessen des Patienten in diesem Zusammenhang einen eindeutigen Vorrang zu.

Mit der zeitlichen Distanz, die zwischen dem Abfassen der Verfügung und der entsprechenden Behandlungssituation liegt, geht eine Reihe von epistemischen Problemen einher. Da die Revisionsmöglichkeit nicht mehr gegeben ist, kann nie mit Sicherheit davon ausgegangen werden, dass die Verfügung zum Zeitpunkt ihrer Umsetzung noch den aktuellen Einstellungen des betroffenen Patienten entspricht. Veränderte Einstellungen können lebensgeschichtlich begründet sein, aber auch damit zusammen-

hängen, dass die Zustände, denen durch die Verfügung aus dem Weg gegangen werden sollte, nun nicht mehr negativ erlebt werden. Nicht zuletzt dürften sich auch die medizinischen Entwicklungen sowie die sich verbessernden Therapie- und Versorgungsmöglichkeiten tiefgreifend auf die Einstellungen und Erlebnisse von Personen am Lebensende auswirken.

In den letzten Jahren ist im öffentlichen Raum auffällig geworden, dass insbesondere demenzielle Erkrankungen Persönlichkeitsbrüche herbeiführen können. Es kann der Fall eintreten, dass die Kontinuität zwischen der »früheren« und der »späteren« Person nicht mehr ohne Weiteres zu erkennen ist. Patientenverfügungen bevorzugen im Fall des Verlusts der Zustimmungsfähigkeit oder des Fehlens anderer Willensbekundungen die »frühere« Person vor der »späteren« Person.

Angesichts der existenziell einzigartigen Entscheidungssituation am Lebensende ist das Rechtsinstitut der Patientenverfügung in seiner lebenspraktischen Tragfähigkeit begrenzt. Das gilt insbesondere für die Entlastung von Verantwortung beziehungsweise die Belastung durch Verantwortung. Für die meisten Personen ist es aus sachlichen Gründen ohnehin nicht möglich, konkrete Entscheidungen zu spezifischen Erkrankungen und Behandlungen zu treffen. Anders als vielfach angenommen wird, lösen Patientenverfügungen aber auch keinen Automatismus auf der Seite ärztlichen Handelns aus.

Die faktische Ausübung von Autonomie ist an eine Vielzahl von Bedingungen geknüpft. Sie setzt Selbstbewusstsein, Authentizität, kognitive Kompetenz und Unabhängigkeit beziehungsweise Abwesenheit von Manipulation, Instrumentalisierung und Bevormundung voraus. Im Einzelfall wird nicht zu entscheiden sein, ob die Person bei der Abfassung der Patientenverfügung wirklich autonom gehandelt hat, zumal oft Ängste im Spiel sein dürften, die in ihren Gründen nicht durchgängig transparent sind. Es kann allerdings auch nicht gleichsam im Gegenzug unterstellt werden, dass Personen mit ihren Verfügungen Entscheidungen treffen, die nicht in ihrem Interesse liegen. Bekundungen wie Nichtbekundungen des eigenen Willens sind für Entscheidungen, die im Interesse der erkrankten Person liegen, genauso offen wie für solche Entscheidungen, die diesem zuwiderlaufen.

Es gehört zu den harten Fakten personalen Lebens, dass zu seinem Ende Phasen auftreten können, bei denen es überaus schwierig ist, Lebensschutz, Selbstbestimmung und Fürsorge in ein angemessenes Verhältnis zu bringen. Patientenverfügungen sind nicht geeignet, diese Schwierigkeiten grundsätzlich aufzuheben, sie sind aber ein wichtiges Instrument, den Dialog zwischen Patienten, Angehörigen, Ärzten und Pflegepersonal verbindlicher zu gestalten.

Der vorliegende Band dokumentiert aus rechtswissenschaftlicher und ethischer Sicht die neue Rechtslage zu Patientenverfügungen sowohl in ihrem Zustandekommen als auch in ihren praktischen Auswirkungen. Es werden die Entwicklungen bis zum Januar 2010 berücksichtigt.

Dieter Sturma



# I. Rechtliche Aspekte (*Torsten Verrel*)

## 1. Einleitung

Durch das vom Bundestag am 18. Juni 2009 beschlossene, vom Bundesrat am 10. Juli 2009 gebilligte und am 1. September 2009 in Kraft getretene »Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts« hat das Vorsorgeinstrument der Patientenverfügung in Deutschland erstmals eine gesetzliche Regelung und Anerkennung erfahren. Diese ungenau auch als »Patientenverfügungsgesetz« bezeichneten Vorschriften, deren Kern die §§ 1901a, 1901b, 1904 BGB sind, bilden den vorläufigen Abschluss einer langen und intensiven, teilweise sehr kontrovers und emotional geführten Reformdiskussion, deren Ausgang bis zuletzt nicht abzusehen war. Im Vergleich zu dem österreichischen Patientenverfügungsgesetz von 2006<sup>1</sup> kann das deutsche Gesetz, das moderate Anforderungen an die Errichtung und Umsetzung verbindlicher Patientenverfügungen stellt, als liberal und selbstbestimmungsfreundlich bezeichnet werden. Die nunmehr vorhandene gesetzliche Grundlage, die in weitem Umfang Forderungen und Vorschläge aus der Rechtswissenschaft aufgegriffen hat, schafft die dringend erforderliche Rechtssicherheit im Umgang mit Patientenverfügungen und bestimmt den Gang des folgenden juristischen Sachstandsberichts.

Nach einem Grundlagenkapitel (Kapitel 2) mit begrifflichen Klärungen, einem Blick auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und die von Patientenverfügungen berührten Rechtsgebiete steht die Darstellung des geltenden Rechts im Vordergrund, bei der zwischen den Voraussetzungen verbindlicher Patientenverfügungen (Kapitel 3) und den prozeduralen Aspekten ihrer Umsetzung (Kapitel 4) zu unterscheiden ist. Angesichts der jetzt verbindlich vom Gesetzgeber getroffenen und viele Streitfragen klärenden Regelung muss und kann darauf verzichtet werden, die Vielzahl

---

<sup>1</sup> Kritisch Kopetzki 2008; zum Stand der Reformdiskussion in der Schweiz (Referendumsentwurf für ein neues Erwachsenenschutzrecht vom 19. Dezember 2008, BBL 2009, S. 141ff.) siehe Geth / Mona 2009: 165.

der zuvor unterbreiteten Reformvorschläge und die fast unübersehbar gewordene juristische Literatur<sup>2</sup> umfassend aufzubereiten. Stattdessen wird die durch das 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetz ebenfalls klargestellte Rechtslage bei fehlenden oder unverbindlichen Patientenverfügungen (Kapitel 5) betrachtet, die zeigt, dass die Bezeichnung der neuen Vorschriften als »Patientenverfügungsgesetz« viel zu kurz greift.

## 2. Grundlagen

### 2.1 *Patientenverfügungen im System der Vorsorgeinstrumente*

Mit der Bezeichnung Patientenverfügung, die den früher üblichen, aber nicht zuletzt aufgrund seiner Assoziationen zum Vermögenstestament missverständlichen Begriff des Patiententestaments<sup>3</sup> ersetzt hat, werden Erklärungen von Personen erfasst, wie diese im Fall künftiger krankheitsbedingter Einwilligungsunfähigkeit behandelt werden wollen.<sup>4</sup> Kennzeichnend ist demnach die Antizipation von Behandlungsentscheidungen für den Fall eines erst später eintretenden Krankheitszustands, in dem der Betroffene seinen Willen nicht mehr selbst zum Ausdruck bringen kann. Dagegen ist die Erklärungsrichtung kein Begriffsmerkmal. Gegenstand einer Patientenverfügung kann sowohl die Unterlassung oder Begrenzung als auch die Vornahme bestimmter Behandlungen sein,<sup>5</sup> wenngleich negative Behandlungswünsche typischerweise im Vordergrund stehen und auch die besondere praktische wie rechtliche Relevanz von Patientenverfügungen ausmachen. So beschreibt auch der neue § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB den möglichen Inhalt von Patientenverfügungen in einem umfassenden Sinn als Festlegungen darüber, ob der Verfügungsverfasser »in bestimmte [...] Untersuchungen seines Gesundheitszustands, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe einwilligt oder sie untersagt«.

Als Mittel der vorsorgenden Ausübung von Selbstbestimmung stehen Patientenverfügungen nunmehr neben den schon länger im Betreuungsrecht verankerten Vorsorgeinstrumenten der Vorsorgevollmacht (§§ 1896

---

<sup>2</sup> Eine Bibliographie neuer Literatur stellt die Bundestagsbibliothek 2009 zur Verfügung; einen Überblick über Pro und Contra geben Sternberg-Lieben 2005: 1192 ff.; Taupitz 2007: 113 f.; Verrel 2008: 203 ff.; Nationaler Ethikrat 2005: 16 ff.

<sup>3</sup> Verrel 1999b: 547; siehe aber Lange 2009: 35. Zu den auch beim Begriff der Patientenverfügung bestehenden Ungenauigkeiten vgl. Neuner 2008: 113.

<sup>4</sup> Vgl. Albers 2008: 9; Neuner 2008: 113; Taupitz 2008: 113; Dreier 2006: 101.

<sup>5</sup> So schon Füllmich 1990: 2302.

Abs. 2, 1901c S. 2 BGB) und der Betreuungsverfügung (§ 1901c S. 1 BGB). Mit der Vorsorgevollmacht kann der Vollmachtgeber eine Person seines Vertrauens dazu ermächtigen, seine (Gesundheits-)Angelegenheiten für den Fall wahrzunehmen, dass er selbst dazu nicht mehr in der Lage ist. Durch die Einsetzung eines solchen Bevollmächtigten kann das sonst Platz greifende amtliche Verfahren der Bestellung eines Betreuers durch das Betreuungsgericht (früher: Vormundschaftsgericht<sup>6</sup>) vermieden werden. Mit der darauf bezogenen Betreuungsverfügung besteht die Möglichkeit, Wünsche im Hinblick auf die Person des gerichtlich bestellten Betreuers und die inhaltliche Wahrnehmung der Betreuung zu äußern. Bevollmächtigter und Betreuer haben gleichermaßen die Funktion, den nicht mehr entscheidungsfähigen Patienten im Rahmen ihrer Vollmacht bzw. ihres Aufgabenkreises nach außen und insbesondere gegenüber dem Arzt wirksam zu vertreten. Wegen dieser schon bisher im Betreuungsrecht geregelten Stellvertretung war es notwendig, nicht nur die Voraussetzungen verbindlicher Patientenverfügungen zu normieren,<sup>7</sup> sondern auch zu klären, welche Bedeutung Patientenverfügungen für den gewillkürten oder gesetzlichen Vertreter haben.<sup>8</sup> Da Patientenverfügungen als Vorabentscheidungen in Bezug auf ein lediglich vorgestelltes künftiges Ereignis stets eine gewisse Statik und damit eine nur begrenzte Leistungsfähigkeit<sup>9</sup> haben, empfiehlt sich eine Kombination mit den zuvor genannten Vorsorgemöglichkeiten idealerweise mit einer Vorsorgevollmacht.<sup>10</sup>

## 2.2 *Der lange Weg zu einem Patientenverfügungsgesetz*

Die gesetzliche Verankerung von Patientenverfügungen trägt dem Wunsch vieler Menschen Rechnung, eine verbindliche Vorsorge für den in Zeiten der medizinischen Hochversorgung immer häufigeren Fall krankheitsbedingter Entscheidungsunfähigkeit<sup>11</sup> zu treffen. Dank der rasanten medi-

<sup>6</sup> Die bisherige Bezeichnung als Vormundschaftsgericht ist durch Art. 50 des am 1. September 2009 in Kraft getretenen Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) abgelöst worden.

<sup>7</sup> Siehe Kapitel 3 (Voraussetzungen für eine unmittelbar bindende Patientenverfügung (§ 1901a Abs. 1 BGB)) des vorliegenden rechtlichen Teils.

<sup>8</sup> Siehe Kapitel 4 (Umsetzung bindender Patientenverfügungen) des vorliegenden rechtlichen Teils.

<sup>9</sup> Albers 2008: 15 f.; Verrel 1999b: 549.

<sup>10</sup> Borasio / Hefler / Wiesing 2009: 1678.

<sup>11</sup> Nationaler Ethikrat 2005: 16.

zinischen Entwicklung ist der plötzliche Tod heute seltener geworden. Künftige Patienten haben zunehmend das Bedürfnis und mit der gestiegenen Lebenserwartung auch die Zeit, sich Gedanken über den nicht länger nur schicksalhaften Verlauf ihres letzten Lebensabschnitts zu machen. Der Rechtsprechung<sup>12</sup> ist es aber nicht gelungen, das bisherige Regelungsvakuum in einer Weise auszufüllen, die Patienten und Ärzten die nötige Rechtssicherheit bei Behandlungsentscheidungen am Lebensende gibt.

Dass der Gesetzgeber so spät reagiert hat, ist auf die Bedenken zurückzuführen, die grundsätzlich gegenüber der Fähigkeit von Menschen bestehen, in gesunden Tagen einzuschätzen, welchen Willen sie in einer nur vorgestellten Krankheitssituation haben werden.<sup>13</sup> Daraus resultierten unterschiedliche Auffassungen darüber, wie das Spannungsverhältnis zwischen dem unstreitig auch Vorausverfügungen umfassenden Selbstbestimmungsrecht einerseits und dem Schutz des Einzelnen vor vorschnellen Festlegungen oder gar manipulierten Patientenverfügungen andererseits austariert werden sollte (»Lieber gar kein neues Gesetz als ein schlechtes«<sup>14</sup>). Neben der Fehleranfälligkeit von Vorausverfügungen spielten zuletzt auch Zweifel daran eine Rolle, ob es überhaupt möglich und sinnvoll ist, abstrakte gesetzliche Vorgaben für stets individuell zu beurteilende Patientenschicksale und Krankheitsverläufe zu machen (»Das Sterben ist nicht normierbar«<sup>15</sup>). Dieser insbesondere von der Bundesärztekammer formulierte Einwand<sup>16</sup> steht allerdings in einem gewissen Gegensatz zu der Wertschätzung, die Patientenverfügungen in deren Grundsätzen zur Sterbebegleitung<sup>17</sup> erfahren haben. In diesen werden sie seit 1998 als »wesentliche Hilfe für das Handeln des Arztes« bezeichnet, während sie in den Richtlinien von 1993 noch als möglicherweise »im Einzelfall juristisch einfache Problemlösung« charakterisiert wurden, die aber »ethisch und ärztlich keine nennenswerte Erleichterung« bedeuteten.<sup>18</sup>

Tatsächlich überwog auch unter Juristen lange die Skepsis gegenüber dem aus Amerika stammenden Instrument des »living will«, das anlässlich des Falles der fast zehn Jahre im Koma liegenden Karen Ann Quinlan ent-

---

<sup>12</sup> Zu deren Entwicklung siehe Verrel 2006: C 38 ff.

<sup>13</sup> Wunder 2008: 43 f.; Sahn 2005: 270 f.; Jäger 2007: 219 f.

<sup>14</sup> Borasio 2007: 141.

<sup>15</sup> Hoppe / Hübner 2008: 226.

<sup>16</sup> Skeptisch gegenüber der »Sinnhaftigkeit des Legiferierens« äußert sich auch Neuner 2008: 131.

<sup>17</sup> Bundesärztekammer 2004: A 1298 f.

<sup>18</sup> Zu diesem Einstellungswandel siehe Verrel 1999b: 547 f.

wickelt wurde.<sup>19</sup> So meinten weder die Verfasser des viel beachteten »Alternativ-Entwurfs Sterbehilfe« von 1986<sup>20</sup> noch der Gutachter des im gleichen Jahr stattfindenden 56. Deutschen Juristentags, der sich mit dem »Recht auf den eigenen Tod« befasste,<sup>21</sup> Regelungen zu Patientenverfügungen vorschlagen zu müssen. Nur vereinzelt wurde eine strafbewehrte Bindungswirkung vertreten,<sup>22</sup> während im medizinischen Schrifttum auf die generell fehlende Verbindlichkeit bzw. die ärztliche Einschätzungsprärogative hingewiesen wurde.<sup>23</sup> Zwar finden sich auch heute noch pauschale Abwertungen von Patientenverfügungen,<sup>24</sup> doch mehrten sich seit Ende der 1990er Jahre die Forderungen nach einer gesetzlichen Regelung verbindlicher Patientenverfügungen. Die wichtigsten, noch nicht in ein konkretes Gesetzgebungsverfahren eingebundenen Stationen<sup>25</sup> dieser Reformbewegung waren:

- die vom 63. Deutschen Juristentag im Jahr 2000 auf der Grundlage des Gutachtens von Taupitz (»Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?«<sup>26</sup>) gefassten Beschlüsse<sup>27</sup>,
- der 2004 vorgelegte Bericht der Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz »Sterbehilfe und Sterbebegleitung«<sup>28</sup>,
- der aus dem gleichen Jahr stammende Bericht der vom Bundesministerium der Justiz eingesetzten Arbeitsgruppe »Patientenautonomie am Lebensende« (nach ihrem Vorsitzenden häufig auch als »Kutzer-Kommission« bezeichnet)<sup>29</sup> sowie
- der Zwischenbericht »Patientenverfügungen« der Enquete-Kommission des Deutschen Bundestags »Ethik und Recht der modernen Medizin«<sup>30</sup>,

<sup>19</sup> Zur Entwicklung in den USA siehe Füllmich 1990: 230f.

<sup>20</sup> Baumann 1986.

<sup>21</sup> Otto 1986: D 41.

<sup>22</sup> Sternberg-Lieben 1985: 2738.

<sup>23</sup> Spann 1983: 14 f.

<sup>24</sup> So bekennt etwa der bekannte Münchener Herzchirurg Reichard in einem ZEIT-Interview: »Wenn Patienten oder Angehörige von Patienten kommen und sagen, Herr Doktor, hier ist die Patientenverfügung, dann sage ich: Die können Sie ruhig in ihrem Nachtkästchen lassen. Sie interessiert mich nicht.« (Reichard 2007: 18).

<sup>25</sup> Eine nach Fragenkomplexen gegliederte Gegenüberstellung ausgewählter Regelungsvorschläge gibt Zuck 2006: 173 ff.

<sup>26</sup> Taupitz 2000: A 105 ff.

<sup>27</sup> Ständige Deputation des Deutschen Juristentags 2001: Beschlüsse III. 1.–4.

<sup>28</sup> Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz 2004.

<sup>29</sup> Arbeitsgruppe »Patientenautonomie am Lebensende« 2004.

<sup>30</sup> Enquete-Kommission 2004.

- die 2005 veröffentlichte Stellungnahme des Nationalen Ethikrats »Patientenverfügung – Ein Instrument der Selbstbestimmung«<sup>31</sup>,
- der ebenfalls in diesem Jahr vorgelegte »Alternativ-Entwurf-Sterbebegleitung« (AE-StB)<sup>32</sup>, mit dem ein Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer den »Alternativ-Entwurf-Sterbehilfe« aus dem Jahr 1986 fortgeschrieben hat,
- der im Auftrag der DHS von Höfling 2006 erarbeitete Vorschlag für ein »Patientenautonomie- und Integritätsschutzgesetz«<sup>33</sup> und schließlich
- die auch zu Patientenverfügungen auf der Grundlage des Gutachtens<sup>34</sup> zum 66. Deutschen Juristentag »Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung« gefassten Beschlüsse.<sup>35</sup>

Verantwortlich für den Einstellungswandel gegenüber Patientenverfügungen und ihrer Normierungsbedürftigkeit dürften – neben der ungebrochenen, freilich nicht immer berechtigten Furcht vieler Menschen vor einer nicht loslassenden (Intensiv-)Medizin – vor allem zwei Gerichtsentscheidungen gewesen sein, in denen es um die Einstellung der künstlichen Ernährung bei nicht sterbensnahen Wachkomapatienten ging. In der sog. Kempfener Entscheidung aus dem Jahr 1994<sup>36</sup> betont der 1. Strafsenat des BGH die Beachtlichkeit auch des nur mutmaßlichen Patientenwillens und weist in diesem Zusammenhang auf den Indizwert hin, den »frühere schriftliche Äußerungen des Kranken«<sup>37</sup> für die Willenserforschung haben. Damit sind Patientenverfügungen zwar noch nicht explizit als verbindliches Vorsorgeinstrument anerkannt, doch werden die Gewichte im Umgang mit ihnen erstmals verschoben. Denn nunmehr können Patientenverfügungen nicht mehr pauschal verworfen, sondern es muss deren Nichtbeachtung einzelfallbezogen begründet werden.<sup>38</sup>

Noch einen Schritt weiter geht der 12. Zivilsenat des BGH, der in einer Entscheidung aus dem Jahr 2003<sup>39</sup> hinreichend konkrete Patientenverfügungen aus dem Kontext des mutmaßlichen Willens herauslöst und zu einer eigenständigen, aus sich heraus wirksamen Legitimationsgrundlage

---

<sup>31</sup> Nationaler Ethikrat 2005.

<sup>32</sup> Schöch / Verrel 2005.

<sup>33</sup> Höfling 2006.

<sup>34</sup> Verrel 2006.

<sup>35</sup> Ständige Deputation des Deutschen Juristentags 2006: Beschlüsse II. 7.–1., N 201 f., 206 f.

<sup>36</sup> Bundesgerichtshof 1994: 257.

<sup>37</sup> Bundesgerichtshof 1994: 263.

<sup>38</sup> Schöch 1999: 706 f.; Verrel 1999b: 549.

<sup>39</sup> Bundesgerichtshof 2003: 205.

für Behandlungsbegrenzungen aufwertet. Die eigentliche Bedeutung dieser Entscheidung, ohne die es vermutlich gar nicht zu einer Kodifizierung von Patientenverfügungen gekommen wäre, liegt jedoch darin, dass der 12. Zivilsenat die zuvor postulierte unmittelbare Bindungswirkung auf Fälle beschränkt hat, in denen das »Grundleiden des Betroffenen« einen »irreversibel tödlichen Verlauf angenommen hat«<sup>40</sup>. Durch diese auf einer Missdeutung<sup>41</sup> der Kemptener Entscheidung beruhende Einschränkung, die als sog. Reichweitenbegrenzung im Gesetzgebungsverfahren eine ganz erhebliche Rolle spielen sollte, kommt es zu einem Bruch zwischen strafrechtlicher und zivilrechtlicher Beurteilung von vorausverfügten Behandlungsbegrenzungen außerhalb der Sterbephase.

Das spätestens mit dieser Entscheidung, die auch in ihren betreuungsrechtlichen Teilen Fragen aufwarf,<sup>42</sup> unabweisbar gewordene Bedürfnis für ein Einschreiten des Gesetzgebers fand zunächst in einem 2005 vom Bundesjustizministerium vorgelegten, auf den Empfehlungen der Kutzer-Kommission beruhenden Referentenentwurf eines dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts<sup>43</sup> Ausdruck, der jedoch zugunsten einer parlamentarischen Gesetzesinitiative in der nächsten Legislaturperiode zurückgezogen wurde. Nach einer entsprechenden Koalitionsvereinbarung von CDU und SPD zog sich das Gesetzgebungsverfahren dann jedoch unerwartet in die Länge.<sup>44</sup> Bis zuletzt standen drei im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens modifizierte, fraktionsübergreifende Gesetzentwürfe<sup>45</sup> zur Debatte, die sich vor allem in der Frage einer Reichweitenbegrenzung und dem Umfang verfahrensrechtlicher, insbesondere gerichtlicher Sicherungen, unterschieden. Durchsetzen konnte sich der sog. Stünker-Entwurf<sup>46</sup> (benannt nach der Gruppe um den SPD-Abgeordneten Stünker), der anders als der vom CDU-Abgeordneten Bosbach und weiteren Abgeordneten vorgelegte Entwurf<sup>47</sup> keine Beschränkung auf bestimmte Krankheitsstadien vorsieht und um kommunikative Elemente aus dem Entwurf des CSU-Abgeordneten Zöllner u. a.<sup>48</sup> ergänzt wurde.

<sup>40</sup> Bundesgerichtshof 2003: 215.

<sup>41</sup> Verrel 2006: C 45; Saliger 2004: 240.

<sup>42</sup> Dazu Verrel 2006: C 46 f.; Saliger 2004: 245.

<sup>43</sup> Bundesministerium der Justiz 2004.

<sup>44</sup> Über die einzelnen Stationen des Gesetzgebungsprozesses informiert beck-aktuell 2009.

<sup>45</sup> Eine Gegenüberstellung der Entwürfe findet sich u. a. bei Hufen 2009: 13 ff.; Kübler / Kübler 2008: 236 ff.; Albers 2008: 11 f.

<sup>46</sup> Stünker et al. 2008.

<sup>47</sup> Bosbach et al. 2008.

<sup>48</sup> Zöllner et al. 2008.

### 2.3 *Patientenverfügungen als intradisziplinärer Regelungsgegenstand*

Die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage war auch deshalb kein einfaches Unterfangen, weil Patientenverfügungen wie auch alle anderen Ausschnitte aus dem Gesamtkomplex der Behandlungsentscheidungen am Lebensende nicht nur Gegenstand einer interdisziplinären, insbesondere von Medizinern, Theologen, Juristen und Ethikern geführten Diskussion sind, sondern sich selbst bei einer ausschließlich juristischen Betrachtung als ausgesprochene Querschnittsmaterie erweisen, die erhebliche Koordinations- und Abstimmungsleistungen zwischen allen drei Rechtsgebieten erfordert.<sup>49</sup>

#### 2.3.1 Strafrecht

Patientenverfügungen wurden zunächst als ausschließlich strafrechtliches Problem unter der Fragestellung wahrgenommen, welche Strafbarkeitsrisiken insbesondere für Ärzte bei der Befolgung oder auch Nichtbefolgung von vorausverfügten Behandlungswünschen bestehen. Bis heute ist die Furcht vor Strafverfolgung ungeachtet ihrer Berechtigung ein wesentlicher Grund für die Unsicherheit im Umgang mit Patientenverfügungen und für die Scheu, selbst aussagekräftige Vorausverfügungen umzusetzen.<sup>50</sup> Patientenverfügungen müssen sowohl in die von Rechtsprechung und Literatur entwickelte Kasuistik erlaubter, nicht mit dem Tötungsverbot der §§ 212 ff. StGB in Konflikt geratender Behandlungsbegrenzungen eingeordnet werden als auch in Beziehung gesetzt werden zu dem durch die Körperverletzungstatbestände der §§ 223 ff. StGB abgesicherten Verbot eigenmächtiger (Heil-)Behandlungen. Bislang vorherrschend war insoweit die Ansicht, dass Patientenverfügungen in Abhängigkeit von ihrem Konkretisierungsgrad, ihrer Situationsbezogenheit und ihrer Aktualität eine abstufbare Indizwirkung für den mutmaßlichen Willen haben,<sup>51</sup> die bis zu einem verbindlichen Behandlungsveto reichen kann, das die Unterlassung oder Einstellung lebenserhaltender Maßnahmen rechtfertigt. Die aus der Legitimationsfunktion des Patientenwillens ebenso folgende Konsequenz, dass eine (Weiter-)Behandlung unter Missachtung valide vorausverfügter Nichtbehandlungswünsche eine strafbare Körperverletzung ist,

---

<sup>49</sup> Albers 2008: 16 ff.

<sup>50</sup> Verrel 2008: 199 f.

<sup>51</sup> Schöch 1999: 707.

wurde zwar in der Literatur<sup>52</sup> gezogen, bislang aber kaum in der Strafrechtspraxis<sup>53</sup>.

### 2.3.2 Zivilrecht

Nachdem die Kemptener Entscheidung mit dem Hinweis auf die Indizwirkung »früherer schriftlicher Äußerungen«<sup>54</sup> einen flexiblen Rahmen für die strafrechtliche Würdigung von Patientenverfügungen geschaffen hatte, konzentrierte sich der juristische Blick auf die Regelungsleistungen des Zivilrechts.<sup>55</sup> Insoweit ist zu beachten, dass Patientenverfügungen in der Tat keine primär strafrechtliche Relevanz haben, sondern in erster Linie Willensbekundungen im Rahmen der vom Zivilrecht auch in Behandlungsfragen gewährleisteten Privatautonomie sind.<sup>56</sup> Unter welchen Voraussetzungen solche Erklärungen wirksam abgegeben, wie sie widerrufen und in welcher Weise sie ausgelegt werden können, sind typische Fragestellungen des Privatrechts.<sup>57</sup> So hat etwa der 12. Zivilsenat den Rechtsgedanken von § 130 Abs. 2 BGB<sup>58</sup> herangezogen, um die Fortwirkung von Patientenverfügungen zu begründen.<sup>59</sup>

Noch offensichtlicher sind die bereits unter 2.1 angesprochenen Bezüge, die Patientenverfügungen zum Betreuungsrecht aufweisen, also zu dem Teilgebiet des Zivilrechts, das sich mit der Vertretung rechtlich handlungs- und einwilligungsunfähiger Personen befasst. Hier galt es zu klären, wie sich Patientenverfügungen auf das Dreiecksverhältnis zwischen Patient, Betreuer bzw. Bevollmächtigtem und Arzt auswirken und in welchen Fällen das Betreuungsgericht eingebunden werden muss. Dass hier Regelungsbedarf bestand, zeigte in aller Deutlichkeit der Streit, der nach dem Kemptener Urteil über die Entscheidungskompetenz der – seinerzeit noch derartig bezeichneten – Vormundschaftsgerichte bzw. über die Anwendbarkeit von § 1904 BGB<sup>60</sup> auf Behandlungsbegrenzungen

<sup>52</sup> Nachweise bei Verrel 2006: C 37 f.

<sup>53</sup> Siehe aber Generalstaatsanwalt Nürnberg 2008: 343 f.

<sup>54</sup> Bundesgerichtshof 1994: 263.

<sup>55</sup> Näheres zur Entdeckung der zivilrechtlichen Perspektive in Verrel 2006: C 34 ff.

<sup>56</sup> Lipp 2007: 46 f.; Neuner 2008: 113 f.

<sup>57</sup> Vgl. Stünker et al. 2008: 10.

<sup>58</sup> § 130 Abs. 2 BGB lautet: »Auf die Wirksamkeit der Willenserklärung ist es ohne Einfluss, wenn der Erklärende nach der Abgabe stirbt oder geschäftsunfähig wird.«

<sup>59</sup> Bundesgerichtshof 2003: 211.

<sup>60</sup> § 1904 Abs. 1 BGB in der damals geltenden Fassung lautete: »Die Einwilligung des Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen

entbrannt war<sup>61</sup> und den auch der BGH letztlich nicht befriedigend geklärt hat.<sup>62</sup>

Die vorrangige Regelungszuständigkeit des Zivilrechts für die Ausgestaltung des Rechtsinstituts der Patientenverfügung hat Folgen für die strafrechtliche Bewertung, führt aber keineswegs zu einer vollständigen Abhängigkeit des Strafrechts vom Zivilrecht. So kann zwar das Zivilrecht die formellen und materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen von Patientenverfügungen vorgeben (insoweit gilt die Regel: »Das Strafrecht kann nicht verbieten, was das Zivilrecht erlaubt«). Doch sind umgekehrt die Grenzen, die (antizipierten) Behandlungswünschen durch das in § 216 StGB normierte Verbot der sog. aktiven Sterbehilfe gezogen werden, über § 134 BGB<sup>63</sup> auch für das Zivilrecht maßgeblich (»Die Zivilrechtsordnung kann nicht erlauben, was das Strafrecht verbietet«<sup>64</sup>). Die Eigenständigkeit des Strafrechts zeigt sich aber vor allem darin, dass die Einhaltung des betreuungsrechtlichen Verfahrens (z.B. Betreuerbestellung, Einholung einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung) keine zwingende Voraussetzung für die Strafflosigkeit einer zum (früheren) Tod des Patienten führenden Behandlungsbegrenzung ist (insoweit gilt, dass nicht alles strafbar ist, was zivilrechtlich verboten ist). Für die strafrechtliche Beurteilung kommt es vielmehr allein darauf an, ob der Verzicht auf eine (Weiter-)Behandlung in Übereinstimmung mit dem Willen des Patienten erfolgte.<sup>65</sup> Freilich setzt sich der betreuungsrechtswidrig handelnde Täter dem ganz erheblichen Risiko einer unzutreffenden Beurteilung des Patientenwillens aus und wird sich nicht auf einen etwaigen Beurteilungssirrtum berufen können.<sup>66</sup> Wollte man die Nichteinhaltung des Betreuungsrechts als solche strafrechtlich<sup>67</sup> sanktionieren, bedürfte es hierfür einer eigenen Strafvorschrift.<sup>68</sup>

---

Eingriff bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, wenn die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund der Maßnahme stirbt [...].«

<sup>61</sup> Siehe dazu Verrel 2001: 440.

<sup>62</sup> Saliger 2008: 162.

<sup>63</sup> § 134 BGB lautet: »Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.«

<sup>64</sup> Bundesgerichtshof 2003: 215.

<sup>65</sup> Joecks / Miebach 2003: Vor §§ 211 ff. Rn 129; Saliger 1998: 142 ff.

<sup>66</sup> Näher dazu Verrel 2001: 451 f.

<sup>67</sup> Zu möglichen zivil- und standesrechtlichen Folgen siehe Saliger 1998: 143.

<sup>68</sup> Einen entsprechenden Vorschlag macht Höfling 2005: 27.

### 2.3.3 — Verfassungsrecht

Obwohl das Verfassungsrecht in der Normenhierarchie über dem einfachen (Straf- und Zivil-)Recht steht und sich alle Regelungsvorschläge durch eine dezidiert grundrechtsbezogene Argumentation auszeichnen, bleibt die Bedeutung verfassungsrechtlicher Vorgaben für die *konkrete* Ausgestaltung eines Gesetzes über Patientenverfügungen begrenzt.<sup>69</sup> Die Leistung der Verfassung besteht darin, den durch die betroffenen Grundrechte sowie die Prinzipien des optimalen Ausgleichs kollidierender Grundrechte (»praktische Konkordanz«) und der Verhältnismäßigkeit gebildeten Rahmen für Regelungsoptionen des Gesetzgebers aufzuzeigen.<sup>70</sup>

Dazu gehört zum einen die *Patientenautonomie* als Teil des grundrechtlich verbürgten Selbstbestimmungsrechts<sup>71</sup>, das nach heute ganz herrschender Ansicht auch die Befugnis umfasst, vorsorgliche Dispositionen für den Fall künftiger Entscheidungsunfähigkeit zu treffen<sup>72</sup> und dabei auch über indizierte lebenserhaltende Maßnahmen zu bestimmen<sup>73</sup>. Mit der grundsätzlichen Anerkennung des Rechts zur Antizipation von Behandlungsentscheidungen ist indes noch nicht entschieden, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um von einer andere bindenden, selbstbestimmten Entscheidung ausgehen zu können sowie welche auch prozeduralen »Sicherungen« der Gesetzgeber vorsehen kann, um das Risiko einer fehlerhaften Willensantizipation zu minimieren und um das Verhalten der sich (nicht) auf Patientenverfügungen berufenden Ärzte und Vertreter des Patienten zu kontrollieren.

Insoweit trifft den Gesetzgeber zum anderen die ebenfalls von der Verfassung vorgegebene Pflicht, das Recht auf Leben zu schützen. Zwar bezieht sich dieser Schutzauftrag in erster Linie auf die Verhinderung von Eingriffen Dritter, kann jedoch auch Vorkehrungen zum »Schutz des Menschen vor sich selbst« umfassen, solange dies nicht zu einer Aushöhlung des Selbstbestimmungsrechts bzw. zu einer den Willen des Patienten missachtenden Zwangsbehandlung führt.<sup>74</sup> Insoweit war die im Gesetzent-

<sup>69</sup> Vgl. auch die Einschätzung des Bundesgerichtshofs, die Verfassung biete »keine sichere Handhabe, die im Widerstreit der Schutzgüter von Leben und Menschenwürde eine dem jeweiligen Einzelfall gerecht werdende, rechtlich verlässliche und vom subjektiven Vorverständnis des Beurteilers unabhängige Orientierung ermöglicht« (Bundesgerichtshof 2003: 219).

<sup>70</sup> Albers 2008: 17 f.

<sup>71</sup> Zum nicht ergebnisrelevanten Streit über die Verankerung entweder in Art. 2 Abs. 1 GG oder Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG siehe Albers 2008: 18.

<sup>72</sup> Nationaler Ethikrat 2005: 16.

<sup>73</sup> Albers 2008: 19; Dreier 2006: 104.

<sup>74</sup> Vgl. Hufen 2009: 39 ff.; Kämpfer 2007: 87 ff.; Hillgruber 2006: 78.

wurf von Bosbach u. a. vorgesehene Reichweitenbeschränkung erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken<sup>75</sup> ausgesetzt, hätte sie doch partiell zu einem vollständigen Vorausverfügungsausschluss und nicht lediglich zu besonderen Anforderungen an die Errichtung verbindlicher Patientenverfügungen geführt. Dagegen kann man der Verfassung nicht zwingend entnehmen, ob die Verbindlichkeit beispielsweise von bestimmten Form-, Frist- oder Aufklärungserfordernissen abhängig gemacht werden muss; dies zu entscheiden liegt vielmehr im Spielraum des Gesetzgebers.<sup>76</sup>

### 3. Voraussetzungen für eine unmittelbar bindende Patientenverfügung (§ 1901a Abs. 1 BGB)

Kernstück des neuen Regelwerks über Patientenverfügungen ist § 1901a Abs. 1 BGB, der sowohl die Verbindlichkeitsvoraussetzungen als auch die – in 4.1 behandelten – Aufgaben des Betreuers bzw. Bevollmächtigten im Umgang mit Patientenverfügungen normiert. Das Rechtsinstitut der Patientenverfügung wurde somit im Betreuungsrecht verankert, das alle Gesetzentwürfe übereinstimmend als vorzugswürdigen Regelungsstandort angesehen haben<sup>77</sup>. Da § 1901a Abs. 1 Satz 2 BGB als Rechtsfolge gesetzeskonformer Patientenverfügungen bestimmt, dass der Betreuer »dem Willen des Betreuten Ausdruck und Geltung zu verschaffen [hat]«, bestätigt das Gesetz die erstmals vom 12. Zivilsenat angenommene unmittelbare Bindungswirkung von Patientenverfügungen. Damit ist die bisher in der Strafrechtsprechung vertretene Einordnung von Patientenverfügungen als bloßes Indiz für den mutmaßlichen Willen hinfällig geworden.<sup>78</sup> Diese strikte Bindungswirkung tritt freilich nur dann ein, wenn die nunmehr darzustellenden Voraussetzungen erfüllt sind.

#### 3.1 Inhaltliche Anforderungen

Auch wenn nie Streitig gewesen ist, dass nur solche Voraussetzungen verbindlich werden können, die einen hinreichend konkreten und eindeuti-

<sup>75</sup> Albers 2008: 27 f.; Bernat 2008: 107 f.; Kübler / Kübler 2008: 236 f.; Kämpfer 2007: 96 ff.; Hillgruber 2006: 78; Dreier 2006: 105; keine Einwände aus zivilrechtlicher Sicht hat dagegen Neuner 2008: 129 f.; vermittelnd aus strafrechtlicher Sicht äußert sich Jäger 2005: 214 ff.

<sup>76</sup> Neuner 2008: 130; Albers 2008: 22.

<sup>77</sup> Zu den Gründen siehe Saliger 2008: 157 f.; Albers 2008: 30 f.

<sup>78</sup> Vgl. Verrel 2006: C 80.

gen Inhalt haben, hat die jetzt gewählte Formulierung, es müsse sich um eine Festlegung über die Einwilligung oder Nichteinwilligung (Untersagung) in »bestimmte, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen [...], Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe« handeln, eine wichtige Klarstellungs- und Abgrenzungsfunktion.

Das Erfordernis einer *zeitlichen Distanz* zwischen Verfügung und Behandlungssituation unterscheidet Patientenverfügungen von Erklärungen, die ein noch äußerungsfähiger Patient im Hinblick auf eine aktuell zu treffende Behandlungsentscheidung abgibt. Solche eingriffsnah geäußerten (Nicht-)Behandlungswünsche fallen unter die seit jeher anerkannte Kategorie der ausdrücklichen Behandlungseinwilligung bzw. -verweigerung.<sup>79</sup> Sie verdrängen eine ggf. vorliegende Patientenverfügung, unterliegen keinen Formvorschriften<sup>80</sup> und sind im Verhältnis zum behandelnden Arzt unmittelbar bindend, sofern sie die dann tatsächlich eingetretene Situation erfassen<sup>81</sup>. Die (verweigerte) Einwilligung bleibt auch und gerade dann wirksam, wenn der Patient im Laufe der Behandlung einwilligungsunfähig wird.<sup>82</sup>

Die Beschränkung auf *bestimmte* ärztliche Maßnahmen macht deutlich, dass allgemein gehaltene sowie unklar bleibende Voraussetzungen keine Bindungswirkung entfalten, sondern nur Indizwirkung bei der subsidiären Ermittlung des mutmaßlichen Willens haben können.<sup>83</sup> Tatsächlich leiden aber nicht wenige »Patientenverfügungen« an mangelnder Konkretion,<sup>84</sup> so etwa, wenn sich Menschen pauschal verbitten, »an Maschinen angeschlossen zu werden«, »an Schläuchen zu hängen« oder äußern, »menschenswürdig« sterben zu wollen.

§ 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB spricht allerdings nicht pauschal von ärztlichen Maßnahmen, sondern zählt »Untersuchungen seines [des Betreuten] Gesundheitszustands, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe« auf. Damit wird aber klargestellt, dass sich das Recht zur vorausverfügenden Selbstbestimmung letztlich auf alle ärztlichen Maßnahmen, nämlich auf diagnostische Verfahren ebenso wie auf kurative Behandlungen und

---

<sup>79</sup> Grundlegend Bundesgerichtshof 1957: 113 f.; rechtsvergleichend Bernat 2008: 99 f.

<sup>80</sup> Davon zu unterscheiden ist die aus Beweisgründen stets zu empfehlende Dokumentation des Patientenwillens.

<sup>81</sup> Saliger 2008: 165 f.

<sup>82</sup> Bundesgerichtshof 2003: 210.

<sup>83</sup> Vgl. Kapitel 5 (Rechtslage bei nicht verbindlicher/fehlender Patientenverfügung (§ 1901a Abs. 2 BGB)) des vorliegenden rechtlichen Teils.

<sup>84</sup> Kübler / Kübler 2008: 236.

jede (sonstige) mit Körpereingriffen verbundene Maßnahme erstreckt. Dazu zählt folglich auch – was nach der Strafrechtsprechung nie zweifelhaft war – die künstliche Zufuhr von Flüssigkeit und Nahrung.

Nach der Gesetzesbegründung sollen jedoch Maßnahmen der sog. Basisbetreuung (wie z. B. Körperpflege, Lindern von Schmerzen, Übelkeit und Atemnot und das Stillen von Hunger und Durst auf natürlichem Wege) nicht von einer Patientenverfügung erfasst werden, vielmehr hätten Ärzte und Pflegepersonal dafür »in jedem Fall zu sorgen«<sup>85</sup>. Das erscheint allerdings problematisch. Zwar wird es nur in Ausnahmefällen dazu kommen, dass sich Patienten derartige Maßnahmen verbitten, und in solchen Fällen sind auch Rechte Dritter zu beachten (z. B. bei Infektionsgefahr durch abgelehnte Körperpflege)<sup>86</sup>, doch steht grundsätzlich auch die Basisbetreuung zur Disposition des Patienten. So ist etwa die Ablehnung einer Schmerzmedikation wegen unerwünschter bewusstseinsdämpfender Effekte denkbar und wegen der Eingriffsqualität dieser Maßnahme auch zu beachten.<sup>87</sup>

### 3.2 *Situationsbezogenheit*

Eine ebenso selbstverständliche wie gehaltvolle Verbindlichkeitsvoraussetzung ist, dass die in einer Patientenverfügung getroffenen Festlegungen »auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen«<sup>88</sup> müssen. Dieses Übereinstimmungserfordernis beinhaltet zwei Elemente. So muss das in der Patientenverfügung antizipierte Erkrankungsbild bzw. -stadium eingetreten sein und eine Entscheidung über die in der Patientenverfügung konkret genannten ärztlichen Maßnahmen anstehen (Behandlungssituation). Darüber hinaus ist zu prüfen, ob die Patientenverfügung noch dem derzeitigen Willen des Patienten entspricht (Lebenssituation).

Diese beiden Anforderungen stellen eine bedeutsame Hürde für die Bejahung einer unmittelbaren Bindungswirkung dar, an der etliche Verfügungen, insbesondere die gegen eine gesetzliche Absicherung ins Feld geführten Beispiele unsinnig erscheinender Patientenverfügungen, schei-

---

<sup>85</sup> Stünker et al. 2008: 13.

<sup>86</sup> Schöch / Verrel 2005: 561 f.

<sup>87</sup> Stünker et al. wollen insoweit nur für invasive Maßnahmen zur »Ermöglichung oder Aufrechterhaltung von Grundfunktionen des Organismus« Ausnahmen machen (vgl. Stünker et al. 2008: 13).

<sup>88</sup> § 1901a Abs. 1 Satz 1 a.E. BGB.

tern. Wer etwa in seiner Patientenverfügung bestimmt hatte, nicht länger am Leben erhalten zu werden, wenn er sich länger als vier Wochen in einem Koma befindet, und wer dann dank der Nichtbefolgung seiner Verfügung wieder aufwacht,<sup>89</sup> unterlag möglicherweise der Fehlvorstellung, dass bereits ein vierwöchiger Komazustand die Prognose irreversibler Bewusstlosigkeit rechtfertigt. Damit blieb trotz des anscheinend eindeutigen Wortlauts unklar, ob sich die Verfügung auf die tatsächlich eingetretene Behandlungssituation – (noch) keine dauernde Bewusstlosigkeit – bezieht.

Die Rückkoppelung der Patientenverfügung an die aktuelle Lebenssituation führt zu der Fragestellung, ob der Patient, könnte er sich jetzt noch äußern, an seinen vorausverfügten Behandlungswünschen festhalten würde. Das wäre etwa dann zu verneinen, wenn er sich abweichend von seiner Patientenverfügung verhalten, geäußert oder sie gar ausdrücklich widerrufen hat. Weiterhin können lebensgeschichtliche Veränderungen bedeutsam werden, die insbesondere bei der Beurteilung solcher Patientenverfügungen zu bedenken sind, welche vor langer Zeit verfasst wurden, so etwa in dem in der Reformdiskussion angeführten Fall eines jungen Motorradfahrers, der verfügt haben soll, nicht als querschnittsgelähmter Rollstuhlfahrer enden zu wollen und dann als vierzigjähriger Familienvater einen Unfall mit eben dieser Folge erlitt.<sup>90</sup> Weiterhin können neue medizinische Entwicklungen, insbesondere Therapiemöglichkeiten, die der Patient bei der Abfassung der Verfügung noch nicht berücksichtigen konnte oder die ihm seinerzeit nicht bekannt waren, eine Nichtbefolgung der Patientenverfügung rechtfertigen.<sup>91</sup>

Das Erfordernis, die Aktualität des in einer Patientenverfügung geäußerten Willens zu prüfen, darf aber nicht als Einfallstor für Spekulationen über den derzeitigen Patientenwillen missverstanden werden. Von einer einschlägigen Patientenverfügung kann nur dann abgewichen werden, wenn es *konkrete* Anhaltspunkte für eine zwischenzeitliche Willensänderung gibt. Bloße Mutmaßungen darüber, dass der Patient in der konkreten Situation vielleicht doch etwas anders gewollte hätte, berechtigen dazu nicht.<sup>92</sup>

---

<sup>89</sup> Bericht von Hoppe 2007: 140.

<sup>90</sup> Vgl. Jäger 2007: 215.

<sup>91</sup> Vgl. Ständige Deputation 2006: Beschluss II. 8., N 202, 207.

<sup>92</sup> Bundesgerichtshof 2003: 211 im Anschluss an Taupitz 2000: A 106 ff.

### 3.3 *Auslegungsspielräume*

Trotz der Unzulässigkeit bloßer Spekulationen darf nicht verkannt werden, dass die sich teilweise überschneidenden inhaltlichen Anforderungen der Bestimmtheit und der Situationsbezogenheit in ihrer Anwendung auf den konkreten Fall Wertungen erfordern, die zu unterschiedlichen Ergebnissen führen können. Zwar gibt es die zu einhundert Prozent passgenauen Verfügungen, bei denen kein Zweifel an der Verbindlichkeit besteht, ebenso wie nicht einschlägige oder unklare Verfügungen, die (allenfalls) eine Indizfunktion für den mutmaßlichen Willen haben können. Zwischen diesen Fällen werden jedoch – vermutlich nicht wenige – Verfügungen liegen, deren Inhalt und fortdauernde Gültigkeit auf dem Wege der Interpretation und Auslegung ermittelt werden müssen.<sup>93</sup> Es stellt sich dann im Hinblick auf die rechtliche Einordnung derartiger Fälle die Frage, ob von einer *schon* verbindlichen Verfügung im Sinne von § 1901a Abs. 1 BGB oder einer nur Indizwirkung im Sinne von § 1901a Abs. 2 BGB entfaltenden Willensäußerung ausgegangen werden kann. Die weitere Praxis und vor allem der Umgang der Rechtsprechung mit den neuen Vorschriften wird erst noch zeigen müssen, in welchem Umfang Beurteilungsspielräume in Anspruch genommen und zugestanden werden. Da es sich bei der Bestimmtheit und der Situationsbezogenheit nicht um absolut trennscharfe Kriterien handelt, spricht vieles dafür, insoweit keine allzu strengen Maßstäbe anzulegen.

Allerdings sollte die Bedeutung der juristischen Einordnung auslegungsbedürftiger Patientenverfügungen auch nicht überschätzt werden. Letztlich kommt es darauf an, wie Betreuer/Bevollmächtigter und Arzt den Willen des Patienten beurteilen. Wenn sie dem in einer Patientenverfügung geäußerten Behandlungswunsch folgen, spielt es im Ergebnis keine entscheidende Rolle, ob sie die Verfügung als bereits unmittelbar bindend oder als bloßen, aber zentralen Anhaltspunkt für den mutmaßlichen Willen eingestuft haben. In beiden Fällen und erst recht dann, wenn sie die Patientenverfügung nicht befolgen wollen, müssen sie dafür – und darin liegt die nicht hoch genug einzuschätzende Bedeutung der gesetzlichen Regelung – eine nachvollziehbare, auf die Umstände des konkreten Falles eingehende Begründung geben können, die stets schriftlich fixiert werden sollte.

---

<sup>93</sup> Lange 2009: 161; Neuner 2008: 118 ff.; Taupitz 2008: 117.