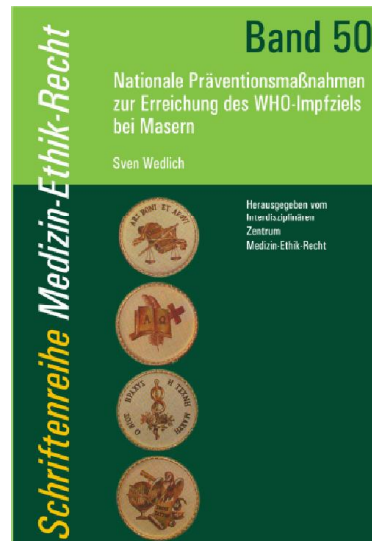
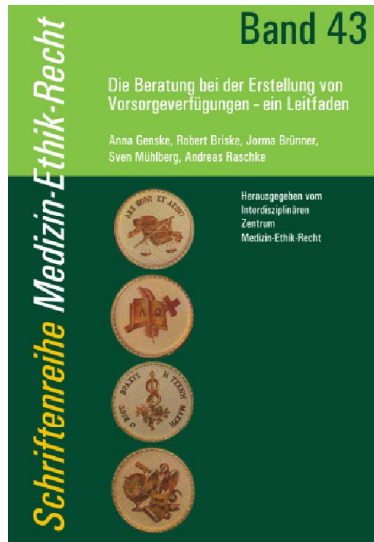


**Schriftenreihe  
Medizin-Ethik-Recht**

herausgegeben vom  
Interdisziplinären Wissenschaftlichen Zentrum  
Medizin-Ethik-Recht



Diese wie auch alle anderen Bände der Schriftenreihe sind über <http://www.mer.uni-halle.de/schriftenreihe/> zu beziehen.



IM FOKUS

# Patientenverfügung

Die Regelungen zur Patientenverfügung  
in Österreich und der Schweiz  
im Vergleich zur deutschen Regelung

Patientenverfügungen in der Psychiatrie

Haftung bei Nichtbeachtung  
der Patientenverfügung

Das Verhältnis von Patientenverfügungen  
und Sterbehilfe

Koalitionsvertrag

Organtransplantation

Deutschlands Zukunft gestalten  
– aber nicht zwingend so

Ersatzteillager Mensch?

Liebe Leserinnen,  
liebe Leser!

Durch die Entwicklung der intensivmedizinischen Versorgung in den sechziger und siebziger Jahren wandelte sich das Sterben von einem schicksalhaften, dem Einfluss des Menschen entzogenen Ereignis mehr und mehr zu einem durch Ärzte gesteuerten Prozess. Unter diesem Eindruck und der damit aufkeimenden Angst, zu einem Objekt der medizinischen Versorgung zu werden, erstarkte bei den Patienten das Bedürfnis nach einem selbstbestimmten wie menschenwürdigen Sterben. 1978 wurde erstmalig in Deutschland ein Muster für eine Patientenverfügung durch Wilhelm Uhlenbruck veröffentlicht. 2009 hat der Gesetzgeber nach Jahren, in denen die Patientenverfügung für Mediziner und Pflegekräfte zum Alltag gehörte und mit nicht unerheblichen Rechtsunsicherheiten verbunden war, die Patientenverfügung gesetzlich geregelt. Trotz der Aufnahme dieser gesetzlichen Regelung in das Bürgerliche Gesetzbuch stellt die Anwendung der Patientenverfügung Ärzte, Pflegekräfte, Betreuer sowie Vorsorgebevollmächtigte vor nicht geringere Herausforderungen, gilt es doch im Einzelfall zu prüfen, ob die Willensbekundung einer Patientenverfügung auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation Anwendung findet. Dies birgt für alle Beteiligten neben einer nicht zu verkennenden emotionalen Belastung auch rechtliche Fragestellungen.

Diese Ausgabe befasst sich mit einigen dieser Fragestellungen. Neben einer rechtsvergleichenden Betrachtung der Regelung zur Patientenverfügung in Österreich und der Schweiz werden die besonderen Spannungsverhältnisse der Patientenverfügung in der Psychiatrie und der Sterbehilfe dargestellt. Der Beitrag „Und wenn sich keiner daran hält?“ verdeutlicht mit seiner haftungs- und strafrechtlichen Betrachtung die allgemeinen Risiken und Rechtsfolgen im Umgang mit Patientenverfügungen.

Darüber hinaus werfen wir einen Blick auf die gesundheitspolitischen Aspekte des Koalitionsvertrags und thematisieren aktuelle Tendenzen der Organtransplantation.

Allen Autoren gilt unser besondere Dank für Ihre Beiträge. Wir wünschen Ihnen anregende Gedanken und viel Vergnügen bei der Lektüre!

Franziska Kelle  
Andreas Walker  
Sven Wedlich

Redaktionsleitung

## INHALT

	Editorial	3		ORGANTRANSPLANTATION	
	IM FOKUS: PATIENTENVERFÜGUNG		<i>Christoph Tangermann</i>	Ersatzteillager Mensch? Organspende und Organverpflanzung aus verfassungsrechtlicher und rechtsethischer Perspektive	81
<i>Stefanie Kähler</i>	Die Regelungen zur Patientenverfügung in Österreich und der Schweiz im Vergleich zur deutschen Regelung	6	<i>Barış Çalışkan</i>	Neue Wege für ein transparenteres Transplantationssystem	96
<i>Susann Sperling</i>	Patientenverfügungen in der Psychiatrie – Darstellung spezieller rechtlicher und medizinethischer Problembereiche	19		REZENSION	
<i>Melanie Störer</i>	Und wenn sich keiner daran hält? Haftung bei Nichtbeachtung der Patientenverfügung	33	<i>Roland Konrad Kobald</i>	Horst Dreier, Bioethik. Politik und Verfassung	102
<i>Jana Schäfer-Kuczynski</i>	Das Verhältnis von Patientenverfügungen und Sterbehilfe nach dem Urteil des BGH vom 25.06.2010 (2 StR 454/09)	53		Impressum	105
	KOALITIONSVERTRAG				
<i>Sven Wedlich</i>	Deutschlands Gesundheitssystem gestalten?	68			
<i>Sebastian T. Vogel</i>	Deutschlands Zukunft gestalten – aber nicht zwingend so. Kommentar zur geplanten Inkriminierung von Korruption im Gesundheitswesen	75			

## **Die Regelungen zur Patientenverfügung in Österreich und der Schweiz im Vergleich zur deutschen Regelung**

*von Stefanie Kähler, M.Mel.*

### **I. Einleitung**

Lange Zeit hielt sich das Bild vom Arzt als Halbgott in Weiß, der stets wusste, was das Beste für den Patienten ist, in den Köpfen der Menschen, galt doch das Argument Wohl vor Wille. Konnte man aber bis zuletzt darauf vertrauen, dass der Arzt sich für das Richtige entscheidet und auch im Sinne des Patientenwunsches handelt? Doch nicht nur wegen eines letzten Zweifels, sondern auch aus dem stets fortschreitenden Prozess der Weiterentwicklung der technischen Medizin und den daraus resultierenden Möglichkeiten, dass das eigene Leben künstlich verlängert und womöglich persönliches Leid hinausgezögert wird, wurde das Instrument der Patientenverfügung geschaffen. Sie soll dem Einzelnen die Möglichkeit geben, verstärkt bei seiner eigenen medizinischen Versorgung mitbestimmen zu können.

Über eine notwendige gesetzliche Regelung der Patientenverfügung wurde in Deutschland lange diskutiert, bis schließlich am 1. September 2009 diese Regelung in Kraft getreten ist.<sup>1</sup> Doch wie sieht es mit der Ausgestaltung des Themas „Patientenverfügung“ in die an Deutschland grenzenden Staaten Österreich und Schweiz aus? Wie wird hier das Instrument der Patientenverfügung rechtlich ausgestaltet?

Diese Arbeit soll dazu dienen, einen differenzierten Überblick über die wichtigsten gesetzlichen Regelungen zur Patientenverfügung in Deutschland, Österreich und der Schweiz zu geben.

### **II. Gesetzliche Grundlage und deren Aufbau**

Nach einer langen Diskussion über die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung der Patientenverfügung wurde in Deutschland am 18.06.2009 das Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts beschlossen, welches in § 1901a BGB wichtige Grundregeln der Patientenverfügung normiert.<sup>2</sup> Danach wird zunächst in Absatz 1 das Instrument der Patientenverfügung definiert und deren Voraussetzungen für eine wirksame Errichtung benannt. Absatz 2 erläutert die Verfahrensweise, sobald keine Patientenverfügung vorhanden ist oder die Festlegungen nicht auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation passen. In

den folgenden Absätzen 3, 4 und 5 wird auf die Unabhängigkeit der Art und des Stadiums einer Erkrankung eingegangen, das so genannte Kopplungsverbot nähergelegt<sup>3</sup> und weiterhin festgelegt, dass die gesamte Norm nicht nur für Betreuer, sondern auch für Bevollmächtigte gilt. Schlussendlich trat das Gesetz am 01. September 2009 in Kraft.<sup>4</sup>

Österreich war mit der Schaffung einer gesetzlichen Grundlage etwas schneller. Hier wurde bereits am 08. Mai 2006 das Bundesgesetz über Patientenverfügungen mit seinen 19 Paragraphen veröffentlicht und trat am 01. Juni 2006 in Kraft. Die Österreicher unterteilten das Gesetz in fünf Abschnitte, worin im ersten Abschnitt (§§ 1-3 öPatVG) allgemeine Bestimmungen, wie der Anwendungsbereich und eine Begriffsbestimmung, niedergelegt wurden. Im zweiten Abschnitt (§§ 4-7 öPatVG) wurden alle Voraussetzungen niedergeschrieben, die notwendig sind um eine Patientenverfügung verbindlich zu machen. Abschnitt 3 regelt in seinen §§ 8,9 öPatVG die zumindest beachtliche Patientenverfügung. Im vorletzten und zugleich vierten Abschnitt (§§ 10-15 öPatVG) werden gemeinsame Bestimmungen der verbindlichen und beachtlichen Patientenverfügung festgelegt, wie etwa generelle Unwirksamkeitsgründe und die Notfallversorgung. Die so genannten Schlussbestimmungen in den §§ 16-19 öPatVG wurden im abschließenden und fünften Abschnitt getroffen.

Es bestand bereits vor einer gesetzlichen Regelung die Möglichkeit, eine Patientenverfügung zu erlassen. Dennoch war die Frage der rechtlichen Verbindlichkeit einer solchen Verfügung zunächst noch unklar.<sup>5</sup> Dieser Unsicherheit sollte nun durch eine einheitliche Regelung entgegengetreten werden.<sup>6</sup>

Lediglich die Schweiz hängt bei der gesetzlichen Umsetzung noch etwas zurück. Zunächst wurde in einer Änderung zum 19. Dezember 2008 das Instrument der Patientenverfügung (zukünftig geregelt in den Art. 370–373 ZGB, auf die ich mich in dieser Arbeit beziehen werde<sup>7</sup>) in die dritte Abteilung des zweiten Teils des Schweizer Zivilgesetzbuches integriert. Danach ist in Art. 370 ZGB der Grundsatz der Patientenverfügung verankert. In Art. 371 ZGB werden die Regelungen zur Errichtung und des Widerrufs einer Verfügung getroffen, und in Art. 372 ZGB wird geregelt, was geschieht, wenn die Urteilsunfähigkeit eintritt. Zuletzt wird in Art. 373 ZGB normiert, wann das Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde erforderlich werden kann. Der exakte Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Änderung ist jedoch noch ungewiss, da den einzelnen Kantonen noch Zeit gegeben werden soll, um das in jedem Kanton individuell geltende Recht an das einheitliche Bundesrecht anzupassen.<sup>8</sup>

### **III. Wirksamkeitsvoraussetzungen – in jedem Land gleich?**

So sehr das Instrument der Patientenverfügung in allen drei Ländern dasselbe Ziel verfolgt, nämlich die Ablehnung oder Zustimmung zu einer medizinischen

Behandlung zum Zeitpunkt der Einwilligungsunfähigkeit, so unterschiedlich sind zum Teil die gesetzlichen Voraussetzungen für eine wirksame Patientenverfügung.

### **1. Schriftform**

Ein gemeinsames Erfordernis aller drei Länder bezüglich der Wirksamkeit einer Patientenverfügung ist die Schriftform, welche in § 1901a Abs. 1 S.1 BGB, § 6 Abs.1 öPatVG und Art. 371 ZGB verankert ist. Dies bedeutet nach den geltenden Bestimmungen der entsprechenden Länder, dass bei gesetzlicher Vorgabe der Schriftform die Verfügung datiert und eigenhändig unterschrieben werden muss (§ 126 BGB, Art. 11 ff. OR).<sup>9</sup> Das Erfordernis der Schriftform wird damit begründet, dass diese hauptsächlich eine Warnfunktion ausüben und den Ersteller einer Patientenverfügung vor übereilten und unüberlegten Entscheidungen schützen soll.<sup>10</sup> Die Benutzung von Vordrucken, wie es in der Praxis durchaus üblich ist, steht der Schriftform nicht entgegen. Es geht nicht primär um die Vordrucke als solche, sondern es soll deutlich werden, dass der Unterzeichnende den Inhalt der Verfügung kennt und sie für und gegen sich gelten lassen will.<sup>11</sup> In Österreich ist es sogar möglich, eine Patientenverfügung zu errichten, obwohl man selbst nicht mehr in der Lage ist zu schreiben, aber noch seine Einsichts- und Urteilsfähigkeit besitzt. In diesem Fall muss der Verfügende auf seine Erklärung ein Handzeichen und ein Zeuge den vollständigen Namen unter diese setzen. Dieser und ein weiterer Zeuge unterzeichnen ebenfalls mit ihren Namen diese Erklärung und bestätigen somit den Vorgang. Sofern der Verfügende nicht im Stande sein sollte ein Handzeichen zu setzen, muss der Prozess der Errichtung vor einem Notar erfolgen.<sup>12</sup>

### **2. Die Rolle der Einwilligungs- und Urteilsfähigkeit unter dem Blickpunkt der Volljährigkeit**

Sowohl § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB, § 3 S.2 öPatVG und Art. 370 Abs. 1 ZGB sprechen davon, dass eine Patientenverfügung nur wirksam erlassen werden kann, solange der/die Errichtende einwilligungs- und urteilsfähig ist. Nach der heutigen geltenden Rechtsprechung ist jemand einwilligungs- und urteilsfähig, sobald er in der Lage ist, Art, Bedeutung und Risiken der ärztlichen Maßnahme einschätzen und verstehen zu können.<sup>13</sup>

Wichtig ist unter dem Punkt der Einwilligungsfähigkeit die Betrachtung der Rolle der Volljährigkeit eines Errichtenden. In Österreich und der Schweiz wird beispielsweise bewusst auf dieses Merkmal verzichtet. Entscheidend ist hier allein die Einsichts- und Urteilsfähigkeit der Person, die eine Verfügung erlassen will, egal ob sie voll- oder minderjährig ist.<sup>14</sup> Dies lässt sich damit erklären, dass

die Urteilsfähigkeit ein Teil der Handlungsfreiheit ist und somit jeder Mensch urteilsfähig ist, wenn er, wie bereits erklärt, in der Lage ist, vernünftig zu handeln und somit Art, Bedeutung und Risiken der ärztlichen Maßnahme einschätzen und verstehen zu können. Aufgrund keiner festgelegten Altersgrenze ist es somit auch Jugendlichen in diesen Ländern möglich, sofern diese die Tragweite verstehen und abschätzen können, eine Patientenverfügung zu errichten.<sup>15</sup>

In Deutschland hingegen wird klar im Gesetz (§ 1901a Abs. S. 1 BGB) eine Altersgrenze gezogen. Dabei ist es nur bei Volljährigkeit möglich, eine wirksame Patientenverfügung zu erlassen. Wieso, weshalb, warum diese gefordert wird, lässt sich jedoch aus der amtlichen Gesetzesbegründung nicht entnehmen. Daraus lässt sich ableiten, dass eine von Minderjährigen erstellte Patientenverfügung keine Wirksamkeit entfaltet, selbst wenn der/die Errichtende einsichts- und urteilsfähig ist. Kritisch ist zu sehen, dass das Erfordernis der Volljährigkeit mit dem Recht auf Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 GG und dem Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 GG kollidieren kann.<sup>16</sup> Ist es rechtmäßig, einem einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen die wirksame Errichtung einer Patientenverfügung zu versagen, nur weil er noch keine 18 Jahre alt ist? Bezüglich dieser Problematik hat der deutsche Gesetzgeber den Minderjährigen ein sogenanntes Vetorecht zugesprochen, um der Fremdbestimmung z. B. durch die Eltern entgegenzutreten. Ob dieses auch für den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen gilt, ist eher kritisch zu betrachten. Würde sich beispielsweise ein Minderjähriger wünschen, dass keine weiteren lebenserhaltenden Maßnahmen getroffen werden, die Eltern jedoch einen gänzlich anderen Standpunkt haben, müsste hierüber das Familiengericht entscheiden.<sup>17</sup> Fraglich ist demnach, ob das Merkmal der Volljährigkeit wirklich so entscheidend ist oder ob es nicht besser gewesen wäre, es aus der deutschen gesetzlichen Anforderung auszuklammern.

### **3. Beschreibung der medizinischen Behandlung**

Eine konkrete Beschreibung von medizinischen Maßnahmen wird in allen drei Ländern gefordert (§ 1901a Abs. 1 S.1 BGB, § 4 S.1 öPatVG, Art. 370 Abs. 1 ZGB). Dies bedeutet, dass es auf eine konkrete Beschreibung von Untersuchungen des Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen oder ärztlichen Eingriffen ankommt, nicht aber etwa auf Beschreibungen von Krankheitsbildern.<sup>18</sup> Allgemeine Floskeln wie „Wenn ich unheilbar krank bin und keine Aussicht auf Heilung besteht, möchte ich menschenwürdig sterben“, werden nicht als bestimmt genug angesehen. Ebenso reicht es für eine Wirksamkeit der Verfügung nicht aus, Behandlungswünsche, die Art oder den Ort der Behandlung bestimmt zu haben. Der Verfügende trägt quasi somit das eigene Risiko, ob seine verfasste Patientenverfügung wirksam zur Anwendung kommt. Ist die Patientenverfügung hinreichend

bestimmt, stellt sich die Frage, ob diese auch so umzusetzen ist. Dafür muss festgestellt werden, ob in der Patientenverfügung eine Regelung getroffen wurde, die auf die eingetretene Situation passt. Es bedarf einer Deckungsgleichheit von der in der Verfügung festgelegten zur aktuellen Lebens- und Behandlungssituation.<sup>19</sup>

Ist die Verfügung nicht hinreichend bestimmt oder besteht keine Deckungsgleichheit, liegt zwar keine wirksame Patientenverfügung vor, allerdings wird der niedergelegte Inhalt unter dem Gesichtspunkt der Behandlungswünsche oder des mutmaßlichen Willens des Verfügenden Beachtung finden.<sup>20</sup>

#### **4. Ärztliche Aufklärung**

Das Thema der ärztlichen Aufklärung ist weder in das deutsche noch in das schweizerische Gesetz aufgenommen worden. Sie ist daher keine verbindliche Voraussetzung für die Wirksamkeit der erlassenen Patientenverfügung. Dies lässt sich daraus erklären, dass davon ausgegangen wird, dass sich der Verfügende vor der Errichtung der Patientenverfügung ausreichend informiert hat und eine weitere ärztliche Aufklärung daher nicht von Nöten sei.<sup>21</sup>

Das komplette Gegenstück ist in Österreich Gesetz geworden. Hier wird in § 5 S. 1 öPatVG erklärt, dass für eine wirksame Patientenverfügung eine umfassende ärztliche Aufklärung einschließlich einer Information über Wesen und Folgen der Patientenverfügung für die medizinische Behandlung vorangegangen sein muss. Nach S. 2 dieser Bestimmung hat der Arzt zudem die Aufklärung selbst und das Vorhandensein der Einsichts- und Urteilsfähigkeit zu dokumentieren sowie über spezifische Krankheiten aufzuklären, die der Patient von sich selbst oder seinem näheren Umfeld kennt.<sup>22</sup>

Die Pflicht des Arztes ist es vor allem, über Vorteile und Nachteile von medizinischen Behandlungen aufzuklären und mögliche Alternativen vorzuschlagen, da aufgrund dieser Informationen der Verfügende entscheiden soll, ob er sich solchen Maßnahmen unterziehen will oder nicht.<sup>23</sup>

#### **5. Notarielle Beurkundung**

Ebenso wie auf die ärztliche Aufklärung wird in Deutschland und der Schweiz bei der Errichtung der Patientenverfügung auf eine notarielle Beurkundung verzichtet. Begründen lässt sich dies damit, dass der Notar lediglich über die Verbindlichkeit der Verfügung aufklären könnte. Aber gerade bei der Erstellung einer Patientenverfügung liegt es dem Ersteller nahe, dass seine Verfügung Verbindlichkeit erlangt und nicht nur dazu dient seinen Behandlungswunsch daraus abzuleiten. Hinzukommt, dass eine kurzfristige Errichtung einer Patientenverfügung nicht möglich wäre und durch eine notarielle Beglaubigung dies auch

einen höheren finanziellen Aufwand bedeuten würde.<sup>24</sup>

Anders wird dies wieder in Österreich gehandhabt. In § 6 öPatVG wird bestimmt, dass eine Patientenverfügung nur verbindlich ist, wenn sie schriftlich unter Angabe von Datum und Ort vor einem Rechtsanwalt, Notar oder einem rechtskundigen Mitarbeiter der Patientenvertretung errichtet worden ist und der Errichtende über die Folgen der Verfügung und den Widerruf belehrt worden ist. Absatz 2 gibt weiterhin an, dass diese Belehrung ebenso in die Patientenverfügung unter Angabe von Name, Anschrift und Unterschrift einzutragen ist. Mit der notariellen Beurkundung soll vor allem auch neben der Belehrung zur Verbindlichkeit und des Widerrufs gewährleistet werden, dass die Verfügung allgemein verständlich ist und den Ansprüchen des Gesetzes genügt.<sup>25</sup>

#### **6. Aktualisierungspflicht**

Eine Aktualisierungspflicht ist nur in Österreich verpflichtend geworden. § 7 Abs. 1 S. 1 öPatVG bestimmt, dass eine Patientenverfügung nur innerhalb von fünf Jahren verbindlich ist, sofern der Verfügende keinen kürzeren Zeitraum bestimmt hat. Nach Ablauf der Gültigkeitsdauer muss diese dann unter Beachtung der bisherigen Vorschriften erneuert werden. Absatz 2 des § 7 öPatVG erläutert, dass nachträgliche Änderungen gleichzusetzen sind mit einer Erneuerung und bei jeder erfolgten Änderung die Frist von fünf Jahren für die gesamte Patientenverfügung neu gesetzt wird. Ein ausdrücklicher Sonderfall wird in § 7 Abs. 3 öPatVG geregelt. In diesem läuft die 5-Jahres-Frist nicht ab, sollte der Verfügende innerhalb dieser Zeit seine Einsichts- und Urteilsfähigkeit verlieren, da er nicht mehr in der Verfassung ist, eine Verfügung neu zu erlassen. Verstreicht jedoch die Frist beim Verfügenden ohne Verlust seiner Einsichts- und Urteilsfähigkeit, ist die Verfügung nicht mehr verbindlich.<sup>26</sup>

Von einer Aktualisierungspflicht sehen die Schweiz (diskutiert wurde hier über eine 10-Jahres-Frist, welche aber nicht realisiert wurde)<sup>27</sup> und Deutschland ab. Legitimiert wurde dies damit, dass der Verfügende in der Lage sein sollte, auf die Aktualität seiner Patientenverfügung zu achten und er durchaus im Stande sein sollte, dass er bei einer Willensänderung seine früher getroffene Erklärung ändert oder widerruft.<sup>28</sup>

Zusammenfassend soll im Folgenden ein kurzer Überblick über die Verbindlichkeitsvoraussetzungen für jedes Land geben werden:

Eine in Deutschland wirksame Patientenverfügung kann nur durch einen einsichts- und urteilsfähigen Volljährigen erstellt werden. Die Verfügung muss schriftlich abgefasst sein und die medizinischen Maßnahmen müssen konkret beschrieben werden. Für die Schweiz gilt, dass der Verfügende einsichts- und urteilsfähig sein muss. Auf die Volljährigkeit des Errichtenden wird verzichtet,

sodass auch Minderjährige, welche die Reichweite ihrer Verfügung verstehen, ebenfalls eine Patientenverfügung errichten können. Dazu muss die Erklärung schriftlich verfasst und die medizinischen Maßnahmen konkret beschrieben werden.

Auf weitere gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzungen verzichten die Schweiz und Deutschland. In Österreich kann ebenfalls eine Patientenverfügung nur durch einen einsichts- und urteilsfähigen Verfügenden errichtet werden. Ebenso wird wie in der Schweiz auf die Volljährigkeit verzichtet, sodass auch Minderjährige eine Verfügung erlassen können. Die Verfügung muss dem Erfordernis des Schrifttums entsprechen und die medizinischen Behandlungen hinreichend beschreiben. Zudem ist eine Patientenverfügung nur wirksam, wenn der Verfügende vorher ärztlich und rechtlich aufgeklärt wurde und die Verfügung an sich alle 5 Jahre erneuert wird. Wenn all diese sechs Voraussetzungen eingehalten werden, spricht man in Österreich von einer verbindlichen Patientenverfügung.

#### **IV. Fehlen einer Verbindlichkeitsvoraussetzungen – was nun?**

Fehlt es an einer Verbindlichkeitsvoraussetzung, wird in Deutschland, Österreich und der Schweiz unterschiedlich mit den Patientenverfügungen verfahren. Hauptproblem bei der Frage der Verbindlichkeit ist wohl das Merkmal der hinreichenden Bestimmung, dass die schriftlich fixierten Formulierungen nicht auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation passen.

Wird in Deutschland eine Patientenverfügung errichtet und soll diese nun umgesetzt werden (unter der Voraussetzung, dass alle Formerfordernisse eingehalten wurden), ist der Betreuer bzw. Bevollmächtigte dazu verpflichtet, zu überprüfen, ob die getroffenen Festlegungen auf die aktuellen Lebens- und Behandlungssituationen zutreffen (§ 1901a Abs. 1 S. 1 BGB). Ist dies der Fall und wurde vom Arzt und Betreuer dies so festgestellt, muss nach Satz 2 dieser Vorschrift dem Willen des Betreuten Ausdruck und Geltung verschafft werden. Eine gerichtliche Prüfung durch das Betreuungsgericht wird nach § 1904 Abs. 4 BGB dann unterbleiben.<sup>29</sup>

Fehlt es nun genau an dieser Bestimmtheit oder treffen die Festlegungen nicht auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zu oder ist eine Patientenverfügung gar nicht vorhanden, hat der Betreuer oder der Bevollmächtigte die Behandlungswünsche oder den mutmaßlichen Willen des Betroffenen festzustellen (§ 1901a Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 1901a Abs. 5 BGB), um auf dieser Basis entscheiden zu können, ob er einer ärztlichen Maßnahme zustimmt oder nicht.<sup>30</sup>

Der mutmaßliche Wille ist nach § 1901a Abs. 2 S. 2 BGB nun aufgrund konkreter Anhaltspunkte zu bestimmen. In Satz 3 wird aufgeführt, welche Aspekte besondere Berücksichtigung finden sollen. Dazu zählen frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen, ethische oder religiöse Überzeugungen und sonstige

persönliche Wertvorstellungen. Ebenso kann das Beratungsgespräch mit den behandelnden Ärzten Aufschluss über den mutmaßlichen Willen des Verfügenden geben oder es kann nach § 1901b Abs. 2 BGB nahen Angehörigen oder weiteren Vertrauenspersonen die Möglichkeit zur Äußerung gegeben werden. Wichtig ist, dass die Ermittlung von Behandlungswünschen oder mutmaßlichen Willen unabhängig von Art und Stadium der Erkrankung des Betreuten erfolgt (§ 1901a Abs. 3 BGB).<sup>31</sup>

Erörtert nun der Betreuer bzw. der Bevollmächtigte im Beisein mit dem behandelnden Arzt den mutmaßlichen Willen des Betroffenen und wird hierbei eine einvernehmliche Entscheidung getroffen, so wird eine gerichtliche Prüfung durch das Betreuungsgericht nach § 1904 Abs. 4 BGB vermieden, sofern die Erteilung oder Nichterteilung bzw. ein Widerruf der Einwilligung dem Willen des Betreuten bzw. Bevollmächtigten entsprach.

Wird in Österreich eine Patientenverfügung errichtet, die nicht die Voraussetzungen (§§ 4-7 öPatVG) für eine Verbindlichkeit erfüllt, wird diese nur als beachtlich angesehen (§ 8 öPatVG). Dies bedeutet, dass sie nicht völlig unnützlich und wirkungslos ist, sondern bei der ärztlichen Entscheidungsfindung beachtet wird. Das Besondere bei einer beachtlichen Patientenverfügung ist, dass sie auch mündlich errichtet werden kann und dementsprechend nur in der Patientenakte vermerkt werden muss.<sup>32</sup> Das Abstruse an dieser Art von Verfügung ist, dass nach § 9 S.1 öPatVG bei der Ermittlung des Patientenwillens diese Art von Verfügung umso mehr Beachtung findet, je mehr sie die Anforderungen an eine verbindliche Patientenverfügung erfüllt. Hierbei kommt es insbesondere darauf an, inwieweit der Verfügende die Krankheitssituation und deren Folgen abschätzen konnte, wie hinreichend bestimmt die medizinische Behandlung beschrieben wurde, wie umfassend die ärztliche Beratung war, wie lange die letzte Erneuerung zurückliegt und inwieweit die Formvorschriften für eine verbindliche Patientenverfügung eingehalten wurden (§ 9 S. 2 öPatVG).

In der Schweiz soll eine erlassene Patientenverfügung grundsätzlich verbindlich sein, wodurch eine Ermittlung des mutmaßlichen Willens des Verfügenden nicht zwangsläufig gefordert wird. Art. 370 ZGB verfügt, dass der Errichtende einer Patientenverfügung eine natürliche Person in die Erklärung eintragen lassen kann, die im Falle der Urteilsunfähigkeit des Betroffenen mit den behandelnden Ärzten über die medizinischen Maßnahmen spricht und im Namen des Urteilsunfähigen entscheiden soll. Diese natürliche Person kann ihre Einwilligung allerdings nur verweigern, sobald begründete Zweifel gegen die Wirksamkeit der Patientenverfügung vorliegen.<sup>33</sup>

Eine Patientenverfügung ist demnach unwirksam, wenn begründete Zweifel bestehen, dass diese auf freiem Willen beruht oder nicht mehr dem mutmaßlichen Willen des Verfügenden entspricht (Art. 372 Abs. 2 ZGB). Diese Zweifel müssen allerdings hinreichend bestimmt sein. Sie müssen eine Willensände-

zung des Verfügenden klar und deutlich erkennen lassen und dürfen nicht nur auf bloßem Misstrauen beruhen.<sup>34</sup> Insbesondere bei den behandelnden Ärzten und dem Pflegepersonal wird es immer wieder zur Ermittlung des mutmaßlichen Willens des Verfügenden kommen, da sie sich zum einen einer Tötung strafbar machen würden, wenn sie eine Behandlung abbrechen, obwohl der Patient nach seinem mutmaßlichen Willen weiterbehandelt werden wollte. Zum anderen würden sie bei der Weiterbehandlung gegen den Abbruchwillen des Patienten lediglich eine strafbare Körperverletzung begehen. Aber auch bei Angehörigen wird es immer wieder dazu kommen, dass sie den mutmaßlichen Willen des Verfügenden zu ermitteln versuchen, da sie unter Umständen die eigenen Vorstellungen bezüglich der Themen Behandlungen und Sterben vor die der Verfügenden stellen.<sup>35</sup> Gerade hieran lässt sich erkennen, dass immer wieder Zweifel auftauchen können, die eine Ermittlung des mutmaßlichen Willens des Verfügenden erforderlich machen, obgleich die Patientenverfügung in der Schweiz an sich grundsätzlich verbindlich sein sollte.

## V. Widerruf

Bezüglich des Widerrufs einer Patientenverfügung werden in den einschlägigen Gesetzen verschiedene Formulierungen getroffen. So wird in Deutschland im § 1901a Abs. 1 S. 3 BGB ausdrücklich regelt, dass ein Widerruf jederzeit formlos erfolgen kann.

In Österreich wird über den jederzeitigen Widerruf im Rahmen der notariellen Beurkundung gesprochen (§ 6 Abs. 1 öPatVG). Weiterhin wird erklärt, dass eine Patientenverfügung ihre Wirksamkeit verlieren soll, wenn der Patient sie ausdrücklich widerruft oder zu erkennen gibt, dass sie nicht mehr wirken soll (§ 10 Abs. 2 öPatVG).

Für beide Länder gilt dementsprechend, dass die Wirksamkeit des Widerrufs nicht an eine ausdrückliche Form gebunden ist.<sup>36</sup> Dies bedeutet zugleich, dass der Widerruf mündlich oder durch konkludentes Verhalten, wie etwa durch Kopfnicken, erfolgen kann.<sup>37</sup> Unter besonderen Voraussetzungen sollen sogar Willensänderungen von im Bewusstsein sich befindenden, aber einwilligungsunfähigen Patienten Beachtung finden. Hierfür müssen einerseits eindeutige Belege dafür vorliegen, dass eine Willensänderung stattgefunden hat, andererseits müssen diese Belege für den behandelnden Arzt klar zu erkennen sein.<sup>38</sup>

Im schweizerischen ZGB wird in Art. 371 Abs. 3 auf die sinngemäße Anwendbarkeit der Bestimmungen zum Widerruf beim Vorsorgeauftrag verwiesen. Der Vorsorgeauftrag sieht als Voraussetzung für den wirksamen Widerruf die Form vor, wie sie bei der Erstellung gefordert wird. Da eine Patientenverfügung schriftlich verfasst werden muss, um wirksam zu sein, müsste demnach auch der Widerruf schriftlich verfasst werden. Ein mündlicher oder durch konkludentes

Handeln erfolgter Widerruf müsste jedoch von größerer Bedeutung sein, als die bis dato schriftlich verfügte Erklärung.<sup>39</sup> Da es sich hierbei um eine Verfügung handelt, die medizinische Behandlungen zulässt oder ablehnt, sollte insbesondere einem einwilligungsfähigen Menschen die Möglichkeit gegeben sein, über seine Gesundheit und körperliche Unversehrtheit frei zu entscheiden.<sup>40</sup> Wäre dies nicht geboten, würde dies einen Eingriff in diese Rechtsgüter darstellen und das Selbstbestimmungsrecht des Verfügenden gravierend einschneiden. Ein Widerruf einer Patientenverfügung sollte daher grundsätzlich formlos möglich sein.<sup>41</sup>

## VI. Generelle Unwirksamkeitsgründe

Im Gegensatz zu Österreich und der Schweiz verzichtet der deutsche Gesetzgeber auf die gesetzliche Festlegung spezifischer Unwirksamkeitsgründe.

Die Schweiz führt zum Thema Unwirksamkeit lediglich aus, dass eine Patientenverfügung keine Wirksamkeit erlangen soll, wenn sie gegen gesetzliche Vorschriften verstößt oder wenn begründete Zweifel daran bestehen, dass sie aus Zwang errichtet wurde und nicht mehr dem eigentlichen Willen des Verfügenden entspricht (Art. 372 Abs. 2 ZGB). Bei Feststellung einer nicht auf dem freien Willen beruhenden Verfügung, ist es dem Patienten oder nahestehenden Personen möglich, die Erwachsenenschutzbehörde nach Art. 373 Abs. 1 Nr. 3 ZGB einzuschalten. Ebenso kann diese Behörde eingeschaltet werden, wenn der Patientenverfügung nicht entsprochen wird oder die Interessen des urteilsunfähigen Patienten nicht gewahrt werden (Art. 373 Abs. 1 Nr. 1, 2 ZGB).

Der österreichische Gesetzgeber hat in § 10, welcher im vierten Abschnitt des öPatVG verankert ist, drei wesentliche Unwirksamkeitsgründe aufgeführt. Demnach gilt eine Patientenverfügung als unwirksam, wenn sie nicht frei und ernstlich erklärt oder durch Irrtum, List, Täuschung oder physischen und psychischen Zwang errichtet worden ist. Zudem darf ihr Inhalt keine strafrechtlichen Verbote beinhalten. Das betrifft vordergründig Behandlungswünsche, die auf eine aktive Sterbehilfe abzielen. Außerdem ist eine Verfügung nach § 10 Abs. 1 Nr. 3 öPatVG unwirksam, wenn sich der Stand der medizinischen Wissenschaft im Hinblick auf den Inhalt der Patientenverfügung seit ihrer Errichtung wesentlich verändert hat. Demnach wären die bis dahin erfolgten ärztlichen Aufklärungsgespräche nicht mehr genügend.<sup>42</sup>

Auch wenn in Deutschland und der Schweiz nicht spezifisch Unwirksamkeitsgründe in die Gesetze mit aufgenommen wurden, ist doch davon auszugehen, dass eine Patientenverfügung auch hier unwirksam sein wird, wenn sie durch Zwang errichtet wurde oder gegen das Gesetz verstößt.



## VII. Hinterlegungsort

Eine gesetzliche Regelung zum Thema Hinterlegung einer Patientenverfügung findet sich in Deutschland nicht.

Dies gilt ebenso für Österreich. Hier kann nur durch eine Hinweiskarte Klarheit geschaffen werden, ob eine Patientenverfügung erlassen wurde und falls ja, wo sich diese befindet. Die Möglichkeit der Hinterlegung in einem Register oder die Speicherung der Daten auf der Versichertenkarte ist derzeit noch ungeklärt.<sup>43</sup>

Lediglich in der Schweiz findet sich eine gesetzliche Regelung, wie mit der Hinterlegung umzugehen ist. Demnach kann auf der Versichertenkarte sowohl die Tatsache, dass eine Patientenverfügung errichtet wurde als auch deren Hinterlegungsort eingetragen werden (Art. 371 Abs. 2 ZGB). So wird es den behandelnden Ärzten und den Angehörigen erleichtert herauszufinden, ob eine Patientenverfügung vorliegt und was deren möglicher Inhalt ist.<sup>44</sup>

## VIII. Notfallversorgung

In Bezug auf Notfälle regelt § 12 öPatVG, dass eine Notfallversorgung eines Patienten nicht durch die Möglichkeit des Bestehens einer Patientenverfügung beeinträchtigt werden soll, sofern der mit der Suche nach einer Patientenverfügung verbundene Zeitaufwand das Leben oder die Gesundheit ernstlich gefährden würde. Art. 372 Abs. 1 des schweizerischen ZGB bestätigt ebenfalls diese Ansicht. Lediglich im deutschen Gesetz findet sich keine extra Regelung bezüglich der Notfallversorgung. Dennoch ist für alle drei Länder festzuhalten, dass in bestehenden Notfallsituationen nicht zuerst nach Patientenverfügungen zu suchen ist, sondern erste Hilfsmaßnahmen einzuleiten sind.<sup>45</sup> Im Ausnahmefall einer inhaltlich bekannten Patientenverfügung gilt deren Inhalt, welchen Folge zu leisten ist.<sup>46</sup>

## IX. Schutz vor Missbrauch einer Patientenverfügung

In Deutschland kann niemand zur Errichtung einer Patientenverfügung verpflichtet werden (§ 1901a Abs. 4 S. 1 BGB). Die Errichtung oder Vorlage einer Patientenverfügung darf auch nicht Bedingung für einen Vertragsschluss werden (§ 1901a Abs. 4 S. 2 BGB). Wird dies dennoch getan, führt dies nicht zur unmittelbaren Unwirksamkeit des gesamten Vertrages, lediglich die entsprechenden Klauseln sind nach § 134 BGB nichtig. Der Vertrag wird dann als solcher nur ohne diese Klauseln wirksam.<sup>47</sup>

In Österreich wird dagegen in § 15 öPatVG bestimmt, dass, wenn ein Verfügender dazu verpflichtet wird, eine Patientenverfügung zu errichten oder dies

zu unterlassen, eine Verwaltungsübertretung vorliegt, auf die eine Strafe in Höhe von 25.000 Euro (im Wiederholungsfall 50.000 Euro) ausgeschrieben ist.

In der Schweiz findet sich unter den künftigen Art. 370 bis 373 ZGB keine Schutzvorschrift bezüglich eines Missbrauches der Patientenverfügung.

## X. Fazit

Die Ausführungen bezüglich der Patientenverfügung sind in den drei Ländern sehr verschieden. Allein für die Errichtung einer wirksamen und somit auch verbindlichen Patientenverfügung sind die Hürden in Deutschland, Österreich und der Schweiz unterschiedlich hoch. Während es in Deutschland und der Schweiz ausreicht, dass die Patientenverfügung schriftlich von einem einwilligungsfähigen Volljährigen (in der Schweiz aber auch von einem Minderjährigen) unter konkreter Beschreibung der medizinischen Behandlung verfasst wird, muss in Österreich ergänzend eine ärztliche wie notarielle Aufklärung erfolgen und die Verfügung alle fünf Jahre erneuert werden.

Fehlt es an einer Voraussetzung zur wirksamen Erstellung, wird sowohl in Deutschland, Österreich und der Schweiz der mutmaßliche Wille des Patienten festgestellt, um sich von möglichen Straftaten zu distanzieren.

Soll nun eine abgegebene Erklärung nicht mehr zum Tragen kommen, ist in allen drei Ländern ein formloser Widerruf möglich. Dem Umgang mit dem Hinterlegungsort einer Patientenverfügung sollte meiner Meinung nach eindeutiger geregelt werden, damit Angehörige, Ärzte oder Pfleger rasch Kenntnis von der Existenz einer Patientenverfügung erhalten.

Anhand der derzeitigen unterschiedlichen Standards der gesetzlichen Regelungen lässt sich meines Erachtens nicht ausmachen, wie eine perfekte Erstellung einer Verfügung aussieht. Müssen solch hohe Hürden wie in Österreich gelten oder reichen auch niedrigere Standards aus? Wichtig ist es doch hauptsächlich, die Verfügung hinreichend zu bestimmen und vor allem darüber zu informieren, dass eine Patientenverfügung erstellt wurde.

<sup>1</sup> Müller G: Die Patientenverfügung nach dem 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetz: alles geregelt und vieles ungeklärt, DNotZ 2010, S. 169–188, S. 169.

<sup>2</sup> Ebd.

<sup>3</sup> Beermann C: Die Patientenverfügung, FPR 2010, S. 252 (255).

<sup>4</sup> Müller, Fn. 1, S. 169.

<sup>5</sup> Bachinger G: Das neue Patientenverfügungsgesetz in Österreich, in: Körtner UHJ, Kopetzki C, Kletečka-Pulker M (Hg.), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz, ethische und rechtliche Aspekte, Wien 2007, S. 97–107, S. 98.

<sup>6</sup> Ebd., S. 99.

<sup>7</sup> Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht). Änderung vom 19. Dezember 2008, <http://www.admin.ch/ch/d/as/2011/725.pdf> (abgerufen am 03.06.2012).

- <sup>8</sup> Heggen M: Regelungen der Patientenverfügung im europäischen Ausland, FPR 2010, S. 272–275.
- <sup>9</sup> Wassem S: In dubio pro vita? Die Patientenverfügung. Eine Analyse der neuen Gesetze in Deutschland und der Schweiz, Berlin 2010, S. 79.
- <sup>10</sup> Ebd., S. 80.
- <sup>11</sup> Ebd., S. 81.
- <sup>12</sup> Bachinger, Fn. 5, S. 100.
- <sup>13</sup> Wassem, Fn. 9, S. 89.
- <sup>14</sup> Wassem, ebd. und S. 91; Bachinger, Fn. 5, S. 100.
- <sup>15</sup> Wassem, Fn. 9, S. 91.
- <sup>16</sup> Müller, Fn. 1, S. 182.
- <sup>17</sup> Beermann, Fn. 3, S. 253.
- <sup>18</sup> Schumacher U: Ist die Umsetzung des Patientenverfügungsgesetzes gefährdet?, FPR 2010, S. 474–478, S. 474 f.
- <sup>19</sup> Ebd., S. 475.
- <sup>20</sup> Beermann, Fn. 3, S. 253.
- <sup>21</sup> Wassem, Fn. 9, S. 112.
- <sup>22</sup> Heggen, Fn. 8., S. 274.
- <sup>23</sup> Bachinger, Fn. 5., S. 99.
- <sup>24</sup> Wassem, Fn. 9, S. 101.
- <sup>25</sup> Bachinger, Fn. 5, S. 105.
- <sup>26</sup> Ebd., S. 103.
- <sup>27</sup> Heggen, Fn. 8, S. 274.
- <sup>28</sup> Wassem, Fn. 9, S. 116.
- <sup>29</sup> Beermann, Fn. 3, S. 254.
- <sup>30</sup> Höfling W: Das neue Patientenverfügungsgesetz, NJW 2009, S. 2849–2852, S. 2851.
- <sup>31</sup> Beermann, Fn. 3, S. 254.
- <sup>32</sup> Bachinger, Fn. 5, S. 103.
- <sup>33</sup> Wassem, Fn. 9, S. 136.
- <sup>34</sup> Ebd., S. 137.
- <sup>35</sup> Ebd., S. 138.
- <sup>36</sup> Beermann, Fn. 3, S. 254.
- <sup>37</sup> Ebd.; Bachinger, Fn. 5., S. 102.
- <sup>38</sup> Schumacher, Fn. 18, S. 476.
- <sup>39</sup> Wassem, Fn. 9, S. 126.
- <sup>40</sup> Ebd., S. 126 f.
- <sup>41</sup> Ebd., S. 127.
- <sup>42</sup> Bachinger, Fn. 5, S. 106.
- <sup>43</sup> Ebd., S. 105.
- <sup>44</sup> Wassem, Fn. 9, S. 120.
- <sup>45</sup> Bachinger, Fn. 5, S. 106.
- <sup>46</sup> Ebd., S. 106 f.
- <sup>47</sup> Spickhoff A: Beck'scher Kurzkommentar Medizinrecht, § 1901a BGB, [http://www.beck-online.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata/komm/SpickhoffKoMedR\\_1/BGB/cont/SpickhoffKoMedR.BGB.p1901a.gl8.htm](http://www.beck-online.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata/komm/SpickhoffKoMedR_1/BGB/cont/SpickhoffKoMedR.BGB.p1901a.gl8.htm) (abgerufen am 03.06.2012).

Stefanie Kähler hat von 2008 bis 2011 Law in Context – Recht in seinen internationalen Bezügen zu Politik, Technik und Wirtschaft in Dresden und von 2011 bis 2013 Medizin-Ethik-Recht in Halle studiert.

## Patientenverfügungen in der Psychiatrie – Darstellung spezieller rechtlicher und medizinethischer Problembereiche

von Susann Sperling

### I. Anlass für eine Diskussion über Patientenverfügungen in der Psychiatrie

„Geisteskrank? Ihre eigene Entscheidung! Die schlaue Patientenverfügung für ein selbstbestimmtes Leben ohne Zwangspsychiatrie“, so lautet der durchaus provokante Titel des Handbuches „PatVerfü“ (der Name ist markenrechtlich geschützt), welches im Januar 2012 erschienen ist. Ziel der Herausgeber ist es, durch eine breite Werbe- und Informationskampagne die Menschen mit einer vorformulierten Patientenverfügung vor den Gefahren der „Zwangspsychiatrie“ in Deutschland zu schützen. Das Handbuch ist auf der Internetseite als Download erhältlich und kann für 3 Euro in einem Online-Shop käuflich erworben werden.<sup>1</sup> Neben verschiedenen Informationsveranstaltungen und Verteilung von Werbematerialien (u.a. Buttons und Flyer) wird die Kampagne durch einen knapp zweiminütigen Kinospot mit Nina Hagen als Schirmherrin unterstützt. Der Spot ist seit dem 31.01.2012 im Internet und in Berliner Kinos zu sehen. Am Ende des Films findet sich der Hinweis, dass die Bundesdirektorenkonferenz und die Deutsche Gesellschaft für Psychiatrie, Psychotherapie und Nervenheilkunde diese Werbung ablehnen. Auch die Deutsche Fachgesellschaft Psychiatrische Pflege hat sich in einer Stellungnahme in einer Vielzahl von Punkten kritisch zu diesem Handbuch geäußert, sieht darin aber auch eine Chance für eine neue öffentliche Diskussion über die Auswirkungen von Patientenverfügungen im psychiatrischen Bereich.<sup>2</sup>

Im Bezug auf Patientenverfügungen standen und stehen stets Diskussionen über Formen der Sterbehilfe, Einwilligung bzw. Ablehnung lebensverlängernder Maßnahmen und damit verbundene medizinethische und medizinrechtliche Aspekte im Fokus der Öffentlichkeit und auch der Literatur. Eine Patientenverfügung entfaltet jedoch gem. § 1901a Abs. 3 BGB unabhängig von Art und Stadium der Erkrankung in allen Lebenslagen ihre Wirkung (soweit die Voraussetzungen des § 1901 a BGB erfüllt sind) und bezieht sich deshalb gerade nicht nur auf das Lebensende. Daher sollten sich die Debatten über Patientenverfügungen nicht nur auf diesen Bereich konzentrieren. Die Aktualität und Notwendigkeit der Aufarbeitung von Fragestellungen im Bereich der psychiatrischen Patientenverfügungen ergibt sich auch aus den kürzlich getroffenen Entscheidungen einiger Landgerichte und des Bundesverfassungsgerichtes über die Anforderungen an und die Zulässigkeit von Zwangsbehandlungen im Maßregelvollzug und im Unterbringungsrecht.<sup>3</sup>

Das Handbuch „PatVerfü“ war Anlass für die Themenwahl und soll daher in einem ersten Teil der Arbeit kurz beschrieben werden. Ausgehend hiervon werden die rechtlichen und medizinethischen Auswirkungen von Patientenverfügungen in der Psychiatrie herausgearbeitet. Die separate Darstellung dient dabei nur der Anschaulichkeit, wobei die Übergänge zweifelsfrei fließend sind. Da eine tiefgreifende Aufarbeitung der Problemfelder im Bereich von psychiatrischen Patientenverfügungen den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde, ist der Anspruch der Arbeit ein informativer und soll dem Leser diese spezielle Thematik näher bringen.

## II. Handbuch „PatVerfü“

### 1. Hintergrund

Seit dem 1. September 2009 haben schriftlich festgelegte Entscheidungen über die Zustimmung bzw. Ablehnung medizinischer Maßnahmen im Falle der Entscheidungsunfähigkeit aufgrund einer Erkrankung rechtsverbindlichen Charakter, soweit die Voraussetzungen des § 1901a Abs. 1 BGB erfüllt sind. Die gesetzliche Normierung durch das 3. BtÄndG war für die Herausgeber des Handbuches „PatVerfü“ der Anlass, eine Patientenverfügung für den Bereich der Psychiatrie zu verfassen.<sup>4</sup> Durch eine sehr umfassende und juristisch exakte Formulierung der Patientenverfügung sollen die Anwendbarkeit von betreuungsrechtlichen Vorschriften und die Regelungen der PsychKGs der Länder „umgangen“ werden und somit kein Patient mehr gegen seinen Willen in eine Psychiatrie eingewiesen, untersucht und behandelt werden können. Hierbei muss darauf hingewiesen werden, dass alle Herausgeber eine sehr ablehnende Haltung gegenüber Psychiatrie in ihrer Gesamtheit haben.

### 2. Inhalt

Das Handbuch „PatVerfü“ ist in zwei große Abschnitte gegliedert. In einem ersten Kapitel erfolgt eine zwar ausführliche, aber einseitig negative Darstellung der bisher geltenden rechtlichen Grundlagen für eine öffentlich-rechtliche Unterbringung nach Ländergesetzen und eine betreuungsrechtliche Unterbringung.<sup>5</sup> Anschließend werden psychiatrische Aspekte im Bereich des Strafrechts, Statistiken und die Rolle der UN-Behindertenrechtskonvention kurz erläutert.<sup>6</sup> Auffällig ist die Verwendung einer bewusst stets negativen Ausdrucksweise durch sich wiederholende abwertende Formulierungen wie bspw. „Zwangspychiatrie“, „angeblich psychisch krank“ oder „psychiatrische Einmischung“.<sup>7</sup> Die Psychiatrie wird hierbei, so die Kritik der *Deutschen Fachgesellschaft Psychiatrische Pflege*, als ein „Folterinstrument der Gesellschaft“ beschrieben.<sup>8</sup> Immer

wieder bekommt der Leser den Eindruck vermittelt, in der Psychiatrie wäre man hilflos den Psychiatern und Psychopharmaka ausgeliefert und könnte sich aufgrund „psychiatrischer Willkür-Diagnosen“ nicht dagegen wehren.<sup>9</sup> Nur eine Patientenverfügung, wie sie im Anhang des Handbuches abgedruckt ist, könne eine willkürliche Einweisung verhindern.

In einem zweiten Kapitel werden dann Vorteile und Auswirkungen der vorformulierten Patientenverfügungen im Detail beschrieben, wobei sich die Herausgeber auch berechtigt fühlen, Richtern, Betreuern und Psychiatern den richtigen Umgang mit Patientenverfügungen nochmals zu erklären.<sup>10</sup> In diesem Kapitel wird besonders deutlich, dass die Herausgeber die Meinung vertreten, es gebe in Wahrheit keine psychischen Krankheiten. Auch deshalb ist die Darstellung möglicher Konsequenzen sehr einseitig und beschreibt nicht die für einen Patienten negativen Folgen, falls der Verfasser einer solchen Verfügung tatsächlich einmal unter einer psychischen Krankheit leiden sollte. Denn der Leser wird immer wieder darauf hingewiesen, in keinem Fall mit einem Psychiater oder psychiatrischen Fachpersonal zu reden.<sup>11</sup> Besonders grotesk ist die im Handbuch „PatVerfü“ gewählte Formulierung: „Sie brauchen übrigens nicht wirklich davon überzeugt zu sein, dass es keine ‚psychischen Krankheiten‘ gibt. [...] Was Sie tatsächlich glauben, geht niemanden etwas an und kann auch von niemanden überprüft werden.“<sup>12</sup> Weil psychische Erkrankungen, deren Therapien und Behandlungen in der Gesellschaft noch immer zu wenig thematisiert werden und eine gewisse Skepsis gegenüber diesem Gebiet der Medizin, insbesondere in Bezug auf Psychopharmaka, vorherrscht, könnte das Handbuch einen großen Einfluss auf die Leser haben – auch weil die Anzahl psychischer Erkrankungen in Deutschland stetig zunimmt. Nach dem Gesundheitsreport der DAK gehören psychische Erkrankungen zu den vier wichtigsten Krankheitsarten und machten 2011 13,4 % des Gesamt-krankenstandes aus.<sup>13</sup> Die Angst vor dem willkürlichen Ausgeliefertsein begründet sich auch in einer unzureichenden Aufklärung über die Arbeit und Aufgaben einer modernen Psychiatrie. Gerade die stationäre Behandlung einschließlich medikamentöser Therapie von Depressionen und Burn-Out werden zumeist distanziert und kritisch betrachtet. Doch auch die sehr aktuelle Diskussion über den Umgang mit an Demenz erkrankten älteren Patienten wird von den Herausgebern, sicherlich bewusst, angesprochen. Befürchtungen, im Alter aufgrund einer derartigen Erkrankung seinen Willen nicht mehr äußern zu können und in einem Alten- oder Pflegeheim „untergebracht“ zu werden, können ebenfalls Anlass für das Verfassen einer entsprechenden Patientenverfügung sein. Jedoch werden die Konsequenzen einer derartigen ablehnenden Verfügung nicht umfassend und objektiv erörtert. Ebenso werden die Rechtsfolgen mitunter nicht so eindeutig und problemlos eintreten, wie sie in dem Handbuch dargestellt werden.

Auch wer keine derartige Patientenverfügung verfasst, kann aufgrund sol-

cher Kampagnen, Berichterstattungen über inakzeptable Zustände in einigen (geronto-)psychiatrischen Einrichtungen oder Zwangsmedikation verunsichert werden. Die zu überwindende Schwelle, bei Problemen die Hilfe der Psychiatrie in Anspruch zu nehmen, kann dadurch sehr hoch werden.<sup>14</sup> Auch deshalb muss das Handbuch „PatVerfü“ im Bezug auf die einseitig negative Darstellung der Psychiatrie kritisiert werden.

### 3. Formulierung der Patientenverfügung

Die im Anhang des Handbuches „PatVerfü“ formulierte Patientenverfügung ist sehr umfassend und beinhaltet zusätzlich Regelungen zur Vorsorgevollmacht und Betreuungsverfügung. Kernpunkt dieser Patientenverfügung ist folgende Aussage: „Da ich [...] die Existenz irgendeiner psychischen Krankheit abstreite, stattdessen den psychiatrischen Sprachgebrauch und psychiatrische Diagnosen für eine schwere Persönlichkeitsverletzung und Verleumdung, sowie die Gefangennahme in einer Psychiatrie für eine schwere Freiheitsberaubung und jede psychiatrische Zwangsbehandlung für Folter und schwerste Körperverletzung erachte [...] [verbiete ich] folgende medizinische Maßnahmen an mir durchzuführen“<sup>15</sup>. Im Folgenden findet sich eine Auflistung aller möglichen psychiatrischen Behandlungsmaßnahmen, die genauso untersagt werden wie die Unterbringung, Untersuchung zur Diagnoseerstellung und eine etwaige Zwangsbehandlung.

### III. Analyse möglicher Rechtsfolgen und ihrer Auswirkung auf die Behandlung psychisch Kranker

Für die sich nun anschließende Betrachtung der rechtlichen und medizinischen Folgen einer derartigen psychiatrischen Patientenverfügung soll jedoch nicht nur die in dem Handbuch gewählte Formulierung als Grundlage dienen. Jede Formulierung in einer Patientenverfügung zur Ablehnung bestimmter Medikamente oder psychiatrischer Behandlung kann weitreichende Folgen haben. Auch Menschen, die bereits einmal in psychiatrischer Behandlung waren, werden ggf. entsprechende Verfügungen treffen. Sie haben u. U. Erfahrungen mit Zwangsmedikation oder belastenden Nebenwirkungen von Medikamenten gemacht, oder es besteht die Angst vor einer erneuten Einweisung. Ebenso können die in einer sog. Behandlungsvereinbarung getroffenen Regelungen die Voraussetzungen des § 1901a Abs.1 BGB erfüllen.

#### 1. Rechtliche Streitpunkte

Für Patientenverfügungen, welche u.a. den psychiatrischen Bereich betreffende

Reglungen aufweisen, ergeben sich eine Vielzahl von speziellen Problemkonstellationen, die sich von Verfügungen, bezogen auf Entscheidungen über ein würdevolles Sterben, unterscheiden. Außerdem stellt sich zusätzlich die Frage, in welchem Verhältnis eine Patientenverfügung gem. § 1901a Abs. 1 BGB zu den betreuungsrechtlichen und öffentlichen-rechtlichen Regelungen zur Unterbringung steht.

### 1.1 Einwilligungsfähigkeit und Verbindlichkeit

#### 1.1.1 Einwilligungsfähigkeit

Voraussetzung für eine gültige Patientenverfügung i.S.d. § 1901a Abs. 1 BGB ist, dass sie von einem einwilligungs-fähigem Volljährigen verfasst wurde. Maßgeblich hierfür ist, dass der Patient die Art, Bedeutung und Tragweite seiner Entscheidung erkennen und seinen Willen dementsprechend bilden kann.<sup>16</sup> Weil jedoch eine ärztliche Beratung über die medizinische Bedeutung einer Patientenverfügung nicht verpflichtend ist, bleibt besonders bei eventuellen psychischen Erkrankungen die Frage offen, ob sich der Verfasser aller negativen Konsequenzen bewusst war.

#### 1.1.2 Verbindlichkeit

Eine Patientenverfügung ist nur dann verbindlich, wenn sie gem. § 1901a Abs. 1 BGB auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutrifft. Psychiatrische Verfügungen zeichnen sich dadurch aus, dass sie gerade nicht auf einen bestimmten Bereich (Lebensende) bezogen sind, sondern auf alle Situationen zutreffen werden. Fraglich ist aber, ob dabei eben auch über die Notwendigkeit und Erforderlichkeit einer Behandlung zur Abwehr einer schweren Lebens- oder Selbstschädigungsgefahr nachgedacht wurde.<sup>17</sup> Denn gerade in diesem Bereich spricht man sich selbst immer die Kompetenz zu, die „Kurve noch kriegen zu können“ und die eigene Psyche stets zu beherrschen. Die Notwendigkeit der Behandlung einer körperlichen Erkrankung wird stets einfacher akzeptiert, als dies bei psychischen Krankheiten der Fall ist.

Auch wenn die Gültigkeit einer Patientenverfügung nicht vom Datum ihrer Errichtung abhängig ist, wird in der Praxis bei einer relativ aktuellen Verfügung eher davon ausgegangen, dass diese dem derzeitigen Patientenwillen entspricht als eine schon zehn Jahre alte Verfügung. Im Bereich der Psychiatrie könnte das Datum genau im umgekehrten Fall für eine Verbindlichkeit sprechen. Je aktueller die Verfügung, desto wahrscheinlicher könnte es sein, dass der Patient da bereits an einer psychischen Erkrankung litt und nicht mehr entscheidungsfähig war.

### 1.1.3 Beweislast

Mit der Volljährigkeit wird einer Person Geschäfts- und somit auch Einsichtsfähigkeit unterstellt.<sup>18</sup> Deshalb kann man die Ablehnung der Verbindlichkeit einer psychiatrischen Patientenverfügung nicht einfach dadurch begründen, der Patient litt wohl schon zum Zeitpunkt des Verfassens der Verfügung an einer psychischen Erkrankung und war einsichtsunfähig. Aber bloße Spekulationen und Anhaltspunkte können die Vermutung der Einsichtsfähigkeit mit Vollendung des 18. Lebensjahres nicht widerlegen.<sup>19</sup> Die Beweislast liegt bei Zweifeln bei demjenigen, der sich auf die Einsichtslosigkeit beruft. Einem Arzt, der den Patienten aus der Vergangenheit (Zeitpunkt des Verfassens der Verfügung) nicht kennt, wird dieser Beweis nur schwer möglich sein. Können die erheblichen Zweifel bzgl. der Entscheidungsfähigkeit im Zeitpunkt des Verfassens der Verfügung nicht ausgeräumt werden, sollten bei psychischen Erkrankungen trotz der grds. unmittelbaren Verbindlichkeit einer Patientenverfügung, die Entscheidung eines Betreuers/ Bevollmächtigten vorliegen.

Deswegen muss hinterfragt werden, ob bei psychischen Erkrankungen nicht ggf. andere Maßstäbe für die Beurteilung der Einsichtsfähigkeit und der unmittelbaren Verbindlichkeit derartiger Patientenverfügungen notwendig sind. Bleiben trotz ausgiebiger Erörterung erhebliche Zweifel an der Entscheidungsfähigkeit bestehen, sollte eine Maßnahme nur aufgrund einer Entscheidung des Betreuers/Bevollmächtigten durchgeführt werden. Damit würde die Patientenverfügung in diesen Fällen ihre unmittelbare Verbindlichkeit verlieren und die Entscheidung würde der Kontrolle des Betreuungsgerichts unterstehen.<sup>20</sup>

### 1.2 Aufgabe eines Betreuers

Zunächst stellt sich die Frage, ob eine Betreuerbestellung im Fall einer vorhandenen Patientenverfügung überhaupt notwendig ist. Dies ist in der Literatur umstritten.

Für Diederichsen hat die Patientenverfügung (soweit sie wirksam ist) direkte Verbindlichkeit und bindet jeden Beteiligten unmittelbar. Sie kann einen Eingriff rechtfertigen oder direkt verbieten, wodurch eine weitere Zustimmung oder Ablehnung der Behandlung durch einen Betreuer überflüssig ist.<sup>21</sup> Auch der so genannte Stünker-Entwurf stellt klar, dass eine Einwilligung des Betreuers nicht erforderlich ist, wenn die Patientenverfügung auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutrifft. Für die entsprechende Überprüfung wird aber wohl ein Betreuer/Bevollmächtigter erforderlich sein, da dies nicht allein dem Arzt überlassen werden kann.<sup>22</sup>

Kommt es zur Bestellung eines Betreuers, ist dann fraglich, ob dieser zur Beachtung des betreuungsrechtlichen Grundsatzes „Wohl vor Wille“ oder dem aus

der Patientenautonomie folgenden Prinzip „Wille vor Wohl“ verpflichtet ist. Gemäß § 1901 Abs. 2 und 3 BGB muss ein bestellter Betreuer zum Wohle des Patienten handeln. Diese „Wohlschranke“ ermächtigt den Betreuer jedoch dazu, ggf. gegen den Willen des Betreuten zu handeln, soweit er die nötige Einsichtsfähigkeit nicht besitzt.<sup>23</sup> Damit gilt hier der Grundsatz: Wohl vor Wille.

Die Regelungen in § 1901a Abs. 1 BGB beziehen sich aber stets auf den Willen des Patienten. Dabei spielt es keine Rolle, ob die getroffenen Verfügungen vernünftig, moralisch vertretbar oder selbstgefährdend sind.<sup>24</sup> Dem Vertreter steht dann hier gerade kein eigener Ermessensspielraum zu und er ist an die Verfügung im Innenverhältnis gebunden.<sup>25</sup> Eine zur Patientenverfügung gegensätzliche Erklärung des Betreuers ist nach Diederichsen unzulässig.<sup>26</sup>

Im Verhältnis der beiden Regelungen wird daher § 1901a BGB Vorrang vor den betreuungsrechtlichen Regelungen der Aufgaben des Betreuers haben. Denn die Erklärung in einer Patientenverfügung wurde von einem einwilligungsfähigen Patienten getroffen, der eben nicht aufgrund einer Erkrankung einsichtslos war.<sup>27</sup>

### 1.3 Verhältnis zur betreuungsrechtlichen Unterbringung

Gemäß § 1906 Abs. 1 BGB darf ein Betreuer nur untergebracht werden, wenn aufgrund einer psychischen Erkrankung die Gefahr besteht, das er sich selbst tötet oder erheblichen gesundheitlichen Schaden zufügt (Nr. 1). Eine erforderliche Untersuchung, Heilbehandlung oder ein ärztlicher Eingriff darf erfolgen, wenn der Betroffene aufgrund seiner Erkrankung die Notwendigkeit der Unterbringung nicht erkennt (Nr. 2). Hierbei muss die Gefahr nicht unmittelbar bevorstehen. Bereits die bloße Befürchtung des Eintritts eines späteren Schadens ist ausreichend.<sup>28</sup>

Kann aber mit einer Patientenverfügung eine durch das Betreuungsrecht angeordnete psychiatrische Untersuchung ausgeschlossen werden? Folgt man dem Wortlaut des § 1901a Abs. 1 BGB, handelt es sich dabei um eine „Untersuchung des Gesundheitszustandes“, welche durch eine Verfügung ausgeschlossen werden kann. Weil die Untersuchung jedoch für die Feststellung, ob und aufgrund welcher Rechtsgrundlage eine Unterbringung erfolgen darf, notwendig ist und im Ergebnis auch dazu führen kann, dass keine Unterbringung angeordnet werden darf, ist die psychiatrische Untersuchung laut Olzen/Schneider nicht durch eine Patientenverfügung auszuschließen.<sup>29</sup> Desweiteren steht die Zulässigkeit einer betreuungsrechtlichen Unterbringung bei einer entsprechend negativen Patientenverfügung in Frage. Weil eine „Unterbringung“ an sich nicht vom Wortlaut des § 1901a Abs. 1 BGB erfasst ist, kann sie wohl auch nicht Regelungsgegenstand einer Patientenverfügung sein. Demnach ist eine Unterbringung aufgrund des § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB weiterhin zulässig.<sup>30</sup>

Der Ansicht von Brosey folgend, darf eine Behandlungsunterbringung nach § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB jedoch nicht erfolgen, wenn die Behandlung durch eine entsprechende Patientenverfügung untersagt ist.<sup>31</sup> Die Unzulässigkeit der Anordnung einer Unterbringung ergibt sich hier daraus, dass Zweck der Norm die Heilbehandlung des einsichtsunfähigen Patienten ist und diese durch § 1901a Abs. 1 BGB im Vorfeld untersagt werden kann. Kann die Zielsetzung von § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB nicht erreicht werden, ist die Anordnung der Behandlungsunterbringung nicht gerechtfertigt.<sup>32</sup>

#### **1.4 Verhältnis zur öffentlich-rechtlichen Unterbringung**

Jedes Bundesland hat für die öffentlich-rechtliche Unterbringung eigene gesetzliche Regelungen erlassen, jedoch mit einheitlicher Zielsetzung. So kann gem. § 13 Abs. 1 PsychKG LSA eine Unterbringung angeordnet werden, soweit eine gegenwärtige Selbstschädigungsgefahr (Nr. 1) oder Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung (Nr. 2) besteht. Die öffentlich-rechtliche Unterbringung bezweckt daher den Schutz des Betroffenen vor einer Selbst- oder Fremdgefährdung. Hierin liegt ein Unterschied zu der betreuungsrechtlichen Unterbringung, welche nur dem Wohl des Patienten dient.

Das Verhältnis von Patientenverfügungen zu den PsychKGs der Länder ist in der Literatur allerdings umstritten. Das durch Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 GG geschützte Selbstbestimmungsrecht und die Autonomie des Menschen sind bei allen gesetzlichen Regelungen zu beachten.<sup>33</sup> Zwar darf in diese Grundrechte eingegriffen werden, aber nur unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips.

Vor der gesetzlichen Regelung zur Patientenverfügung vertrat u.a. Deutsch die Ansicht, dass der geäußerte beschränkte Wille beiseitegeschoben werden müsse, soweit er gesetzlichen Anordnungen und den aufgrund dessen getroffenen medizinischen Maßnahmen entgegensteht.<sup>34</sup> Nach neuer Rechtslage könnte ggf. eine Unterscheidung hinsichtlich des Unterbringungsgrundes getroffen werden. Besteht die Gefahr der Fremdgefährdung wird die Patientenverfügung unbeachtlich sein, weil eine Disposition über Rechtsgüter Dritter nicht möglich ist.<sup>35</sup>

Anders würde sich dies gestalten, wenn die Unterbringung aufgrund einer Selbstschädigungsgefahr angeordnet wurde. Die Zielsetzung, nämlich die Gefahrenabwehr, ist mit einer Unterbringung zunächst erreicht und die Beseitigung der Gefahrenursache polizeirechtlich nicht erforderlich.<sup>36</sup> Vielmehr kommt in der Behandlung auch hier wieder der Fürsorgegedanke des Staates zum Tragen, welcher jedoch hinter das Selbstbestimmungsrecht (§ 1901a Abs. 1 BGB) tritt.<sup>37</sup> Somit wird man, auch aufgrund der aktuellen Rechtsprechung des BVerfG, im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Unterbringung ebenso zu dem Er-

gebnis kommen müssen, dass eine Behandlung der Erkrankung (bspw. aufgrund § 17 PsychKG LSA) gegen den schriftlich geäußerten Willen des Patienten nicht zulässig ist.<sup>38</sup>

## **2. Betrachtung aus medizinischer und ethischer Sicht**

### **2.1 Notwendigkeit einer ärztlichen Beratungspflicht?**

Maßgeblich für die erforderliche Entscheidungsfähigkeit ist, dass der Patient die Tragweite seiner Entscheidung erkennen kann.<sup>39</sup> Die vorherige Beratung als Bedingung einer Patientenverfügung wurde zwar diskutiert, ist aber letztlich keine Gültigkeitsvoraussetzung geworden.<sup>40</sup> Die möglichen Krankheitsbilder psychischer Erkrankungen sind jedoch sehr vielfältig und können in unterschiedlichsten Formen und jederzeit auftreten. Insbesondere im Fall negativer, also ablehnender Patientenverfügungen wäre daher eine Aufklärung über die gesundheitlichen Folgen wünschenswert.

### **2.2 Fehlende Krankheitseinsicht: ein Bestandteil der Psychiatrie**

Ethische oder religiöse Überzeugungen und sonstige persönliche Wertvorstellungen des Betreuten sind gem. § 1901a Abs. 2 BGB zu berücksichtigen. Aber wie glaubhaft kann eine Patientenverfügung sein, die sich gegen jegliche psychiatrische Untersuchung und Behandlung ausspricht, weil der Verfasser „die Existenz irgendeiner psychischen Krankheit abstreite[t]“?<sup>41</sup> Kann man dem Arzt aufgrund eines derartigen Motives die Behandlung verbieten, obwohl er stets auf krankheitsuneinsichtige Patienten trifft?

Patienten, die an einer akuten psychischen Erkrankung leiden, fehlt häufig zu Beginn der Behandlung die Einsicht hinsichtlich der Notwendigkeit einer psychiatrischen Behandlung.<sup>42</sup> Nach einer kurzen Zeit und entsprechender Therapie wandelt sich diese Einstellung zumeist, sodass auch angeordnete Unterbringungen dann wieder aufgehoben werden, weil Patienten freiwillig in stationärer Behandlung bleiben. Viele sind im Nachhinein auch sehr dankbar, dass sie durch die Unterbringung vor gravierenderen Folgen bewahrt wurden.

Wenn man aber akzeptieren kann, dass sich Menschen am Lebensende gegen lebensverlängernde Maßnahmen entscheiden, so muss man auch den Menschen das Recht gewähren, sich aufgrund bestimmter Motive gegen jegliche psychische Behandlung auszusprechen. Maßgeblich ist auch hier das Recht auf „Freiheit zur Krankheit“<sup>43</sup>. Wenn man sich aber „für“ einen unbehandelten Krankheitsverlauf entscheidet, sollten einem alle möglichen Konsequenzen und Folgen eines derartigen Verlaufes bewusst und die „Krankheit“ bekannt sein. Dies kann nur vermutlich aber nur durch ein ärztliches Beratungsgespräch er-

reicht werden.

Die Folgen der rechtlichen Verbindlichkeit der Patientenverfügungen in diesem Bereich gefährden allerdings auch die Entwicklung der Psychiatrie weg von der Vorstellung, es handele sich um ein „Gefängnis“ für psychisch Kranke, hin zu einem modernen, auf „Heilung“ und Wiedereingliederung in die Gesellschaft gerichteten Psychiatrie-Verständnis. Auch die Psychiater und das psychiatrische Fachpersonal sehen es als ihre Aufgabe an, den Menschen einen Weg aus der psychischen Erkrankung aufzuzeigen, da die bloße Verwahrung nicht mehr im Vordergrund steht.<sup>44</sup> In welche Richtung kann sich die heutige Psychiatrie entwickeln, wenn eine Behandlung gegen den Willen des Patienten generell unzulässig ist?

### **2.3 Unterbringung ohne Behandlung?**

Die rechtliche Einordnung von Patientenverfügungen im Verhältnis zur betreuungsrechtlichen bzw. und öffentlich-rechtlichen Unterbringung mit dem Ergebnis, dass keine Zwangsbehandlung gegen den geäußerten Willen erfolgen darf, kann jedoch im Bezug auf den Aufenthalt in einer Psychiatrie unbefriedigende Folgen haben. Wird durch die Patientenverfügung jegliche Therapie untersagt, kann der Patient zum Schutz vor sich selbst nur noch „eingesperrt“ werden. Mitunter müssten Patienten, die sich selbst oder andere gefährden, zeitlich unbegrenzt fixiert werden, weil eine Besserung der Erkrankung ohne medikamentöse Therapie unwahrscheinlich ist.<sup>45</sup> Wenn jedoch ohne Therapie keine Aussicht auf Zustandsbesserung und Wiedererlangung der Einsichtsfähigkeit besteht, ist unklar, ob man diese Personen dauerhaft in einer psychiatrischen Einrichtung unterbringen muss und dies medizinethisch vertretbar sein kann. Auch die Frage der Kostenübernahme könnte zum Problem werden, weil unklar ist, ob Krankenkassen verpflichtet sind, eine „bloße“ Unterbringung zu bezahlen, wenn aufgrund der Unzulässigkeit einer Behandlung gar kein Therapieerfolg in Aussicht steht.<sup>46</sup>

### **2.4 Patientenautonomie um jeden Preis?**

Die Folge eines ethisch-moralischen Autonomieprinzips ist, dass keine andere Person oder Instanz das Recht hat, Vorgaben zu machen, was der Einzelne denken soll.<sup>47</sup> Denn jede Entscheidung beruht auf individuellen Wünschen und Vorstellungen, die andere akzeptieren müssen.<sup>48</sup> Mit dem Respekt vor dem Autonomieprinzip entsteht eben auch die negative Verpflichtung, dass die persönliche Entscheidung, was wann mit dem eigenen Körper passieren soll, im Nachhinein nicht mehr der Kontrolle anderer ausgesetzt sein kann.<sup>49</sup> Auch das BVerfG hat im Rahmen seiner Entscheidung über die Zulässigkeit von Zwangsbehandlungen

im Maßregelvollzug festgestellt, dass es keine „Vernunftthoheit“ staatlicher Organe gegenüber dem Grundrechtsträger allein deshalb geben kann, weil dessen Willen aus der Außensicht unvernünftig erscheint.<sup>50</sup> Aus dem Selbstbestimmungsrecht folgt, dass es bei Entscheidungen für oder gegen eine medizinische Behandlung gerade nicht auf die objektive Richtigkeit der Entscheidung ankommt. Würde man zu dem Ergebnis kommen, der Staat dürfe sich über diesen Entschluss hinwegsetzen, würde dies wiederum einer Entmündigung und einer paternalistischen Bevormundung gleichkommen.<sup>51</sup>

In den vorgelegten Gesetzesentwürfen (Stünker-, Bosbach-, Zöller-Entwurf) wurden Auswirkungen von Patientenverfügungen auf andere Bereiche außer auf das Lebensende kaum thematisiert. So betont zwar der Stünker-Entwurf, dass mit dem Selbstbestimmungsrecht auch das Recht zur Selbstgefährdung bzw. Selbstaufgabe verbunden ist,<sup>52</sup> wohl aber auch hier nur mit Bezug auf Bestimmungen am Lebensende. Für Patientenverfügungen, die medizinische Maßnahmen verbieten oder deren Fortführung untersagen, wird klargestellt, dass der Staat weder das Recht noch die Pflicht habe, den Menschen vor sich selbst zu schützen.<sup>53</sup> Ob diese Aussagen aber auch auf Verfügungen zu übertragen sind, welche die Behandlung einer psychischen Krankheit verbieten und der Patient daraufhin ggf. einen dauerhaften, schwerwiegenden Gesundheitsschaden erleidet, ist zweifelhaft.

Autonomie des Patienten steht immer in Konkurrenz zu anderen moralischen Überlegungen, wie bspw. die Berücksichtigung ethischer Interessen von Ärzten und Pflegekräften und dem Interesse des Staates am Schutz des Lebens.<sup>54</sup> Fraglich ist dann, ob das Autonomieprinzip durch anderweitige Interessen u.U. außer Kraft gesetzt werden sollte.<sup>55</sup> Besteht die Gefahr eines Suizides oder einer dauerhaften Gesundheitsschädigung könnte strittig sein, ob hierbei der Wunsch auf Nichtbehandlung Vorrang hat vor dem hochwertigen Rechtsgut auf Leben und der Irreversibilität eines möglichen Selbstmordes.<sup>56</sup> Daher könnte man auch fragen, wie sich eine Gesellschaft entwickeln wird, „in der jeder einzelne selbst über den Wert des Lebens bestimmen kann“<sup>57</sup>.

In der ethischen Betrachtungsweise ist dann aber ebenso zu diskutieren, ob wir als Gesellschaft Menschen, die an psychischen Erkrankungen leiden und denen aufgrund der Verbindlichkeit ihrer Verfügung nicht geholfen werden darf, sich selbst überlassen können. Es drohen mitunter Verwahrlosung, Verlust des sozialen Umfeldes und des Vermögens und das, obwohl ihnen durch entsprechende Medikamente zumeist schnell geholfen werden könnte.<sup>58</sup> Wiegt das Selbstbestimmungsrecht in derartigen Situationen so hoch, dass man die Folgen der Erkrankung hinnehmen muss? Ist dies ethisch noch vertretbar?

#### IV. Fazit

Im Ergebnis ist festzustellen, dass die Problembereiche im Umgang mit Patientenverfügungen vielgestaltig und besonders sind. Die Diskussionen über Patientenverfügungen dürfen nicht nur auf den Bereich des Lebensendes fokussiert werden, sondern sollten ebenso die speziellen Problemkonstellationen im psychiatrischen Bereich ernst nehmen. Denn auch der Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz hat die Belange der Psychiatrie nicht berücksichtigt. Es gibt weder konkrete Regelungen zu Behandlungsvereinbarungen zwischen Patient und psychiatrischer Klinik noch werden die speziellen Rechtsfragen im Bezug auf Patientenverfügungen in der Psychiatrie geklärt. Offen ist ebenso die Frage, ob eine Patientenverfügung unmittelbar auch den Arzt bindet.<sup>59</sup> Es besteht somit wohl weiterhin gesetzgeberischer Handlungsbedarf, da auch eine eindeutige gesetzliche Regelung zu Zwangsbehandlungen geschaffen werden sollte.<sup>60</sup>

Das Spannungsverhältnis zwischen einer umfassenden, durch § 1901a BGB garantierten Patientenautonomie und den Folgen eines darauf begründeten Behandlungsverbotes bei psychischen Erkrankungen kann nur schwer, mitunter gar nicht aufgelöst werden. Die Behandlung von psychisch erkrankten Menschen unterscheidet sich zu stark von den somatischen Erkrankungen, so dass beide Bereiche differenzierter und getrennt betrachtet werden sollten. Inwieweit hier einheitliche gesetzliche Regelungen zur Patientenverfügung zutreffend sind, ist fraglich.

<sup>1</sup> Bundesarbeitsgemeinschaft Psychiatrie-Erfahrener e. V., Irren-Offensive, Landesverband Psychiatrie-Erfahrener Berlin-Brandenburg e. V., Landesverband Psychiatrie-Erfahrenere Hessen e. V., Landesverband Psychiatrie-Erfahrener Nordrhein-Westfalen e. V., Antipsychiatrische und betroffenenkontrollierte Informations- und Beratungsstelle, Heimkinderverband Deutschland, Werner-Fuß-Zentrum, Arbeitsgemeinschaft Patientenverfügung der Rechtsanwältinnen (Hg.): Handbuch PatVerfü, Geisteskrank? Ihre eigene Entscheidung! Die schlaue Patientenverfügung für ein selbstbestimmtes Leben ohne Zwangspsychiatrie, <http://www.patverfue.de/media/handbuch.pdf> (abgerufen am 02.06.2012).

<sup>2</sup> Deutsche Fachgesellschaft Psychiatrische Pflege: Stellungnahme zur Patientenverfügung vom 16. März 2012, [http://www.dfpp.de/archiv/dfpp/SN-DFPP\\_Patverfue-kurz.pdf](http://www.dfpp.de/archiv/dfpp/SN-DFPP_Patverfue-kurz.pdf) (abgerufen am 02.06.2012).

<sup>3</sup> LG Stuttgart, Beschluss v. 16.02.2012, Az. 2 T 35/12; BverfG, Beschluss v. 23.03.2011, Az. 2 BvR 882/09; BverfG, Beschluss v. 12.10.2011, Az. 2 BvR 633/11.

<sup>4</sup> Handbuch „PatVerfü“, Fn. 1, S. 5.

<sup>5</sup> Ebd., S. 7–14.

<sup>6</sup> Ebd., S. 14–19.

<sup>7</sup> Ebd., S. 5.

<sup>8</sup> DFPP, Stellungnahme zur Patientenverfügung, Fn. 2.

<sup>9</sup> Handbuch „PatVerfü“, Fn. 1, S. 9.

<sup>10</sup> Ebd., S. 21–44.

<sup>11</sup> Ebd., S. 24.

<sup>12</sup> Ebd., S. 26.

<sup>13</sup> DAK Gesundheit: DAK-Gesundheitsreport 2012 ([http://www.dak.de/content/filesopen/Gesundheitsreport\\_2012.pdf](http://www.dak.de/content/filesopen/Gesundheitsreport_2012.pdf), S. 28 (abgerufen am 02.06.2012)).

<sup>14</sup> DFPP, Stellungnahme zur Patientenverfügung, Fn. 2.

<sup>15</sup> Handbuch „PatVerfü“, Fn. 1, Anhang.

<sup>16</sup> Brosey D: Psychiatrische Patientenverfügung nach dem 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetz – Wille und Behandlungswünsche bei psychiatrischer Behandlung und Unterbringung, BtPrax 2010, S. 161–167, S. 163.

<sup>17</sup> Ebd., S. 164.

<sup>18</sup> Wietfeld D: Selbstbestimmung und Selbstverantwortung – Die gesetzliche Regelung der Patientenverfügung, Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts, in: Huster S, Schnapp FE, Kaltenborn M (Hg.), Bochumer Schriften zum Sozial- und Gesundheitsrecht, Band 12, 1. Auflage, Baden-Baden 2012, S. 230.

<sup>19</sup> Ebd., S. 230–231.

<sup>20</sup> Ebd.

<sup>21</sup> Diederichsen U: § 1901a BGB, in: Palandt O (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Auflage, München 2012, Rn. 16.

<sup>22</sup> BT-Drs. 16/8442, S. 14.

<sup>23</sup> Brosey, Fn. 16, S. 165.

<sup>24</sup> Ebd., S. 163; Diederichsen, Fn. 21, Rn. 11b.

<sup>25</sup> Brosey, Fn. 16, S. 164; Hoffmann B: Patientenwille, Patientenverfügung, Behandlungswunsch ein Jahr nach Inkrafttreten des 3. BtÄnderG, R&P 2010, S. 201–210, S. 205.

<sup>26</sup> Diederichsen, Fn. 21, Rn. 22.

<sup>27</sup> Brosey, Fn. 16, S. 165.

<sup>28</sup> Müller P, Zum Recht und zur Praxis der betreuungsrechtlichen Unterbringung, BtPrax 2006, S. 123–125, S. 123.

<sup>29</sup> Olzen D, Schneider F: Das Patientenverfügungsgesetz (PatVG) vom 1.9.2009 – Eine erste Bilanz. Unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen auf die Unterbringung psychisch Kranker, MedR 2010, S. 745–751, S. 748.

<sup>30</sup> Ebd.

<sup>31</sup> Brosey, Fn. 16, S. 166; Olzen, Schneider, Fn. 29, S. 748.

<sup>32</sup> Olzen, Schneider, Fn. 29, S. 748.

<sup>33</sup> Brosey, Fn. 16, S. 167; Wietfeld, Fn. 18, S. 71.

<sup>34</sup> Deutsch E, Spickhoff A: Medizinrecht – Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht, 6. Auflage, Berlin 2008, Rn. 851.

<sup>35</sup> Brosey, Fn. 16, S. 167; Olzen, Schneider, Fn. 29, S. 749.

<sup>36</sup> Olzen, Schneider, Fn. 29, S. 750.

<sup>37</sup> Ebd.; Brosey, Fn. 16, S. 167.

<sup>38</sup> Hoffmann, R&P 2010, FN 25, S. 205; BverfG, Beschluss v. 07.10.1981, Az. 2 BvR 1194/80 = NJW 1982, S. 691 (693).

<sup>39</sup> Brosey, BtPrax 2010, Fn. 16, S. 163.

<sup>40</sup> Hoffmann, Fn. 25, S. 202.

<sup>41</sup> Handbuch „PatVerfü“, Fn. 1, Anhang.

<sup>42</sup> Zeug K: Nicht gegen meine Willen, ZEIT ONLINE vom 11.09.2010, S. 1–2, S. 2, <http://www.zeit.de/2010/37/M-Patientenverfuegung> (abgerufen am 07.06.12).

<sup>43</sup> Deutsch, Spickhoff, Fn. 34, Rn. 850; BverfG, Beschluss v. 07.10.1981, Az. 2 BvR 1194/80 = NJW 1982, S. 691 (693).

<sup>44</sup> Deutsch, Spickhoff, Fn. 34, Rn. 827.

<sup>45</sup> Olzen, Schneider, Fn. 29, S. 750.

<sup>46</sup> Ebd., S. 751.

<sup>47</sup> Geißendörfer SE: Die Selbstbestimmung des Entscheidungsunfähigen an den Grenzen des Rechts – Zur Debatte über „passive Sterbehilfe“ durch Behandlungsverzicht, vormundschaftliches



Genehmigungsverfahren und deren gesetzlichen Regelungsmöglichkeiten, in: Sass HM (Hg.), Ethik in der Praxis: Kontroversen, Band 29, Berlin 2009, S. 61.

<sup>48</sup> Beauchamp TL, Childress J: Principles of Biomedical Ethics, 6. Auflage, Oxford 2009, S. 103.

<sup>49</sup> Geißendörfer, Fn. 47, S. 61; Beauchamp, Childress, Fn. 48, S. 107.

<sup>50</sup> BVerfG, Beschluss v. 23.03.2011, Az. 2 BvR 882/09, NJW 2011, 2113 (2116).

<sup>51</sup> Wietfeld, Fn. 18, S. 69.

<sup>52</sup> BT-Dr. 16/8442, S. 8.

<sup>53</sup> BT-Dr. 16/8442, S. 9.

<sup>54</sup> Geißendörfer, Fn. 47, S. 280; Beauchamp, Childress, Fn. 48, S. 104.

<sup>55</sup> Beauchamp, Childress, Fn. 48, S. 107.

<sup>56</sup> Brosey, Fn. 16, S. 166.

<sup>57</sup> Zeug, Fn. 42, S. 2.

<sup>58</sup> Müller, Fn. 28, S. 123.

<sup>59</sup> Olzen D, Götz T: Gutachterliche Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Patientenrechtgesetzes unter Berücksichtigung der Belange psychisch Kranker, 06.03.2012, Institut für Rechtsfragen der Medizin, Düsseldorf, S. 9, 11, [http://www.dgppn.de/fileadmin/user\\_upload/\\_medien/download/pdf/stellungnahmen/2012/stn-2012-03-21-gutachten.pdf](http://www.dgppn.de/fileadmin/user_upload/_medien/download/pdf/stellungnahmen/2012/stn-2012-03-21-gutachten.pdf) (abgerufen am 03.06.12).

<sup>60</sup> Ebd., S. 14.

Susann Sperling studierte Law in Context in Dresden und Medizin-Ethik-Recht in Halle.

## Und wenn sich keiner daran hält?

### Haftung bei Nichtbeachtung der Patientenverfügung

von Melanie Störer

#### I. Einleitung

Grundsätzlich bedarf es für jede ärztliche Maßnahme der Einwilligung des Patienten.<sup>1</sup> Voraussetzung dafür ist die Einwilligungsfähigkeit des Patienten. Um ein Sterben in Würde zu sichern und so eine Lebens- und Leidensverlängerung zu verhindern, entscheiden sich viele Menschen für die Anfertigung einer Patientenverfügung. Das Grundrecht auf Selbstbestimmung über die eigene Integrität nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG enthält auch insoweit das Recht zu sterben, dass ein Behandlungsveto des Patienten von Arzt und Pflegepersonal zu beachten ist, auch wenn die Nichtbehandlung zum Tod führt.<sup>2</sup> Der Patient hat das Recht und die Freiheit, selbst darüber zu bestimmen, ob und welche Maßnahmen vorgenommen werden sollen.<sup>3</sup> Dieses Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper des Patienten gehört zum Kernbereich der Würde und Freiheit des Menschen.<sup>4</sup>

Ärzte stehen oft vor der schwierigen Entscheidung, ob trotz wirksamer Patientenverfügung, die eine bestimmte medizinische Maßnahme untersagt, die Behandlung vorgenommen werden soll, wenn es wahrscheinlich ist, dass der Patient gute Chancen auf Genesung hat. Nimmt der behandelnde Arzt die medizinische Maßnahme entgegen dem in der Patientenverfügung festgelegten Willen vor, stellt sich schnell die Frage nach der Haftung. Mit dieser Problematik beschäftigt sich dieser Aufsatz. Dabei liegt der Schwerpunkt der Betrachtung auf der zivilrechtlichen Haftung. Die strafrechtlichen Möglichkeiten sollen nur kurz aufgezeigt werden.

#### II. Entfaltet die Patientenverfügung eine Bindungswirkung?

Um auf die zivilrechtliche Haftung eingehen zu können, ist zunächst zu klären, ob, wann und gegenüber wem die Patientenverfügung Bindungswirkung entfaltet.

Patientenverfügungen im Sinne des § 1901a Abs. 1 BGB sind schriftlich antizipierte Willensäußerungen eines einwilligungsfähigen Volljährigen für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit, durch die er in zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe einwilligt oder diese untersagt. Für die Einhaltung der Schriftform nach § 126 BGB reicht es aus, dass der Verfasser der Patientenverfügung diese eigenhändig unterschreibt. Schriftliche Willensbekundung, die un-

mittelbar vor einem ärztlichen Eingriff erfolgen, sowie mündliche Äußerungen sind dagegen keine Patientenverfügung i. S. d. § 1901a BGB. Sie können aber als Einwilligung in eine medizinische Maßnahme verbindlich sein.<sup>5</sup> Da die Patientenverfügung den antizipierten tatsächlichen Willen des Patienten verkörpert, bedarf es grundsätzlich keiner Ermittlung des mutmaßlichen Willens.<sup>6</sup>

## 1. Grundsatz

Gemäß § 1901a Abs. 1 Satz 2 BGB hat bei Vorliegen einer wirksamen Patientenverfügung der Betreuer dem Willen des Betreuten Ausdruck und Geltung zu verschaffen. In diesem Sinne ist die Patientenverfügung unabhängig von Art und Stadium der Erkrankung gem. § 1901a Abs. 3 BGB auch verbindlich. Das gilt solange, bis der Patient seine Patientenverfügung ändert oder diese widerruft. Liegt neben der Patientenverfügung auch eine Vorsorgevollmacht vor, muss der Vorsorgebevollmächtigte dem in der Patientenverfügung festgelegten Willen des Patienten Ausdruck und Geltung verschaffen.<sup>7</sup> Der Betreuer darf gem. § 1896 Abs. 2 BGB nur für die Aufgabenkreise bestellt werden, in denen die Betreuung erforderlich ist. So lange der Vorsorgebevollmächtigte die ihm zugewiesenen Aufgaben wie ein Betreuer erledigen kann, darf für diese Aufgaben kein Betreuer bestellt werden.<sup>8</sup> Arzt sowie Betreuer und Vorsorgebevollmächtigter sind an den in der Patientenverfügung geäußerten Willen gebunden<sup>9</sup> und nicht an dessen Wohlergehen.<sup>10</sup>

Nicht eindeutig ist die Situation, in der kein Betreuer oder Bevollmächtigter existiert. Sinn und Zweck der Patientenverfügung ist es, im Rahmen ihres Geltungsbereiches den Betreuer überflüssig zu machen.<sup>11</sup> Aus dem Wortlaut des § 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB geht allerdings hervor, dass der Betreuer die Prüfpflicht hat, ob die Verfügung auf die konkrete Situation zutrifft oder nicht. Diese Prüfpflicht gilt laut Gesetz uneingeschränkt. Auch die systematische Stellung spricht dafür, dass in jedem Fall ein Betreuer vorhanden sein bzw. bestellt werden muss.<sup>12</sup> In den seltensten Fällen wird die Patientenverfügung inhaltlich so eindeutig sein, dass es keiner Auslegung bedarf.<sup>13</sup> Dem Arzt sollte diese Auslegungspflicht nicht überlassen werden. Es liegt im Interesse des Patienten, wenn damit regelmäßig eine Vertrauensperson befasst wird.<sup>14</sup> Es muss daher grundsätzlich ein Betreuer bestellt werden, der die in § 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB auferlegte Prüfung vornimmt.<sup>15</sup> Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kann nur dann zulässig sein, wenn eine medizinisch indizierte Maßnahme dringlich ist und eine Bestellung des Betreuers sowie eine Eilentscheidung des Betreuungsgerichts nach § 1908i Abs. 1 Satz 1, § 1846 BGB nicht abgewartet werden kann.<sup>16</sup> Der Arzt muss dann nach dem in der Patientenverfügung festgelegten Willen handeln, trägt aber auch das Risiko, dass er diese unzutreffend auslegt.<sup>17</sup> Der in einer Patientenverfügung festgelegte Wille ist somit für den Betreuer bzw. Vor-

sorgebevollmächtigten sowie den Arzt und alle an der Behandlung beteiligten Personen verbindlich.<sup>18</sup>

## 2. Bestimmtheitsgebot

§ 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB verlangt, dass der Patient in der Patientenverfügung in bestimmte Untersuchungen, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe einwilligen oder diese untersagen muss. Demzufolge muss der Inhalt einer Patientenverfügung hinreichend bestimmt sein, andernfalls liegt keine wirksame Patientenverfügung vor.<sup>19</sup> § 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB räumt dem Betreuer eine Prüfungspflicht ein. Mit dieser hat der Betreuer einen gewissen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Frage, ob die Festlegungen in der Patientenverfügung auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen.<sup>20</sup> Es sind die im Rahmen des § 133 BGB für die Auslegung von Willenserklärungen entwickelten Grundsätze anzuwenden.<sup>21</sup> Der Betreuer bzw. Vorsorgebevollmächtigte ist verpflichtet, den wirklichen Willen des Betroffenen zu ermitteln.<sup>22</sup> Dabei sind u. U. die Grundsätze der Testamentsauslegung (sog. Ergänzende Auslegung) heranzuziehen und es ist danach zu fragen, wie sich die Umstände, die der Patient verkannt hat oder nicht kennen konnte, auf seinen Willen ausgewirkt hätten.<sup>23</sup> Erfolgt eine Fehlinterpretation, so sind Verfügungen nicht zu befolgen und es kann von Seiten des Arztes sowie durch andere Personen eingeschritten werden.<sup>24</sup> Trifft die Patientenverfügung nicht auf die bestehende Lebens- und Behandlungssituation zu, entfaltet sie keine unmittelbare Wirkung, ist aber als maßgebliches Auslegungskriterium bei der Bestimmung des mutmaßlichen Willens verbindlich.<sup>25</sup> Bei einer pauschalen Patientenverfügung sind im Zweifel lebensverlängernde Maßnahmen vorzunehmen.<sup>26</sup>

Besteht zwischen Betreuer und behandelndem Arzt Uneinigkeit darüber, ob die Erteilung, Nichterteilung oder der Widerruf der Einwilligung dem nach § 1901a BGB festgelegten Willen des Betreuten entspricht, so ist im Rahmen des § 1904 Abs. 4 BGB die Genehmigung des Betreuungsgerichts einzuholen.

Liegt eine Patientenverfügung vor und sind sich Arzt und Betreuer nicht darüber einig, ob der vom Betreuer aus der Patientenverfügung ermittelte Wille tatsächlich dem in der Patientenverfügung niedergelegten Willen des Betreuten entspricht und damit keine Entscheidung bzw. Einwilligung des Betreuers in die medizinische Maßnahme erfolgen darf, hat das Betreuungsgericht unter entsprechender Anwendung des § 1904 Abs. 1 und Abs. 2 BGB zu entscheiden, ob die Entscheidung des Betreuers dem in der Patientenverfügung festgelegten Willens entspricht.<sup>27</sup> Der Wortlaut des § 1904 Abs. 1 und Abs. 2 BGB knüpft an die Einwilligung des Betreuers. Bei Vorliegen einer Patientenverfügung liegt gerade keine Einwilligung des Betreuers, sondern eine des Patienten selbst vor, sodass eine direkte Anwendung ausscheidet.<sup>28</sup>

### 3. Widerruf

Der Widerruf der Patientenverfügung ist gem. § 1901a Abs. 1 Satz 3 BGB jederzeit möglich. Ausreichend für den Widerruf sind bereits nonverbale Zeichen, wie bspw. mit den Augen zwinkern oder Kopfnicken auf entsprechende Fragen des Arztes.<sup>29</sup> Widerruft der Patient seine Patientenverfügung, wird eine weitere Behandlung unzulässig.<sup>30</sup> Wurde eine Behandlung durch die Patientenverfügung ausgeschlossen, so darf der Arzt diese bei einem Widerruf vornehmen, wenn der Patient eingewilligt hat. Wird die Patientenverfügung widerrufen, so ist sie nicht mehr anzuwenden und entfaltet auch keine Bindungswirkung mehr.

### 4. Argumente gegen eine Bindungswirkung

Obwohl aus § 1901a Abs. 1 BGB die Bindungswirkung der Patientenverfügung hervorgeht, gibt es Gründe, die gegen eine solche sprechen. Es ist kaum möglich, die Entscheidungssituation am Lebensende komplett zu antizipieren.<sup>31</sup> Lebensbedrohlich Erkrankte ändern oft ihre Ansicht und sind bereit, mehr Schmerzen und Unannehmlichkeiten zu ertragen, als sie selbst als Gesunde für möglich hielten.<sup>32</sup> Bestünde die Möglichkeit, mittels medizinischer Maßnahmen die Selbstbestimmungsfähigkeit des Patienten wiederzuerlangen, sollen diese Maßnahmen vorzugswürdig sein, auch wenn sie in der Patientenverfügung ausdrücklich abgelehnt wurden.<sup>33</sup> Der vorausverfügte Wille sei nur dann zu befolgen, wenn die Einwilligungsfähigkeit mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht wiederhergestellt werden kann.<sup>34</sup> Begründet wird das damit, dass ein gesunder Mensch andere Wünsche bzgl. der Behandlung im Falle einer schweren gesundheitlichen Beeinträchtigung hat, als wenn dieser Fall tatsächlich eintritt.<sup>35</sup>

Allerdings würde mit dieser Einschränkung der Bindungswirkung der Patientenverfügung der Wunsch nach Behandlungsverzicht missachtet.<sup>36</sup> Es besteht die Gefahr, dass der Patient schwere körperliche Behinderungen zurückbehält, die er mit der Patientenverfügung gerade vermeiden wollte.<sup>37</sup> Es würde demjenigen, der entgegen seinem in der Patientenverfügung antizipierten Willen behandelt wird, ein fremder Wille aufgezwungen.<sup>38</sup> Zwar hat der Patient in einem solchen Fall die Chance, sich mit den neuen Lebensumständen zu arrangieren, was auch häufig geschieht und ein Patient nach einem Behandlungsverzicht mit Todesfolge nicht kann.<sup>39</sup> Auf der anderen Seite zeigt der Ausschluss gewisser Behandlungsmaßnahmen, dass die Person bereit ist, das Risiko eines ungewollten Todes einzugehen, was ihr als eigenverantwortliche Person auch zusteht.<sup>40</sup> Wer dieses Risiko nicht eingehen möchte, kann dies vermeiden, indem er keine Patientenverfügung verfasst.<sup>41</sup> Auch die Würde des Sterbens ist von der Menschenwürde umfasst, sodass jeder einzelne Mensch festlegen kann, was seiner Sichtweise nach unter menschenwürdigen Sterben zu verstehen ist und wann das

Sterbenlassen greifen soll.<sup>42</sup> Das Selbstbestimmungsrecht eines Menschen über seinen Körper, das auch das Recht erfasst, einer Krankheit bis zum Tod ihren Lauf zu lassen, wiegt höher als die Schutzpflicht der anderen für sein Leben.<sup>43</sup> Es ist daher hinzunehmen, dass es in dieser schwierigen Situation zwischen Leben und Tod keine optimale Lösung gibt, die allen Individuen Zufriedenheit garantiert.<sup>44</sup> Die Patientenverfügung ist somit verbindlich.

### 5. Notfallmedizin

Sind in einer Patientenverfügung Reanimationsmaßnahmen ausgeschlossen, so gilt dies auch in der Notfallmedizin.<sup>45</sup> Auch wenn die Notfallmedizin der Lebensrettung dient, hat der behandelnde Arzt kein Recht, sich über einen entgegenstehenden Willen hinwegzusetzen.<sup>46</sup> Unproblematisch sind die Fälle in denen der behandelnde Arzt keine Kenntnis von dem Vorliegen der Patientenverfügung hat und die Entscheidung des Betreuers oder Betreuungsgerichts nicht abgewartet werden kann. Dann handelt der Arzt nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag entsprechend dem mutmaßlichen Willen des Patienten und es ist dem Lebensschutz Vorrang zu gewähren, auch wenn möglicherweise schwerwiegende Schäden verbleiben können.<sup>47</sup>

### 6. Zwischenergebnis

Grundsätzlich sind Patientenverfügungen für Betreuer, Vorsorgebevollmächtigten und Arzt verbindlich, wenn der Verfasser Festlegungen für die Situation getroffen hat, diese eingetreten, der Wille in der Behandlungssituation noch aktuell und nicht auf ein gesetzlich verbotenes Verhalten gerichtet ist und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Patientenverfügung durch äußeren Druck oder aufgrund eines Irrtums zustande gekommen ist.<sup>48</sup> Die konkrete Behandlungssituation wird nur selten eindeutig antizipiert sein, sodass die Patientenverfügung auch nur in den seltensten Fällen eine unmittelbare Geltung entfaltet.<sup>49</sup> Das bedeutet, dass die Patientenverfügung in der Praxis oft nur als Auslegungshilfe für den mutmaßlichen Willen herangezogen werden kann und es sehr selten zu einer Haftung wegen Nichtbeachtung kommen wird.

### III. Zivilrechtliche Haftung

Um die Frage der zivilrechtlichen Haftung zu beantworten, muss auf die einzelnen unterschiedlichen Vertragstypen im Rahmen des Behandlungsvertrages eingegangen werden. Bei dem Behandlungsvertrag handelt es sich nach herrschender Ansicht unabhängig davon, ob der Patient privat oder gesetzlich krankenversichert ist, um einen Dienstvertrag nach §§ 611ff. BGB.<sup>50</sup> Mit dem neu

eingeführten § 630a BGB ist der Behandlungsvertrag nunmehr ausdrücklich gesetzlich geregelt. Geschuldet ist grds. ein Eingriff *lege artis* und eine kunstgerechte Behandlung nach dem neuesten Stand der Medizin.<sup>51</sup>

### **1. § 280 I BGB**

Zunächst könnte ein Anspruch des Patienten, der entgegen seinem in der Patientenverfügung festgelegten Willen behandelt wurde, auf Schadensersatz gem. § 280 I BGB bestehen.

#### **1.1 Schuldverhältnis**

Je nach Einzelfall kann der Behandlungsvertrag nach § 630a BGB in unterschiedlichen Vertragsformen geschlossen werden, was sich auf die Ermittlung des Anspruchsgegners auswirkt.

##### **1.1.1 Totaler Krankenhausvertrag**

Der Regelfall der stationären Krankenhausbehandlung ist der totale Krankenhausvertrag, bei dem der Träger des Krankenhauses alleiniger Vertragspartner des Patienten ist.<sup>52</sup> Der Krankenhausträger schuldet sämtliche ärztliche und nichtärztliche Krankenhausleistungen, also neben der stationären Aufnahme des Patienten nach § 2 BPfIV53 alle allgemeinen Krankenhausleistungen wie ärztliche Behandlung, Krankenpflege, Versorgung mit notwendigen Arznei- und Hilfsmitteln, Unterkunft und Verpflegung.<sup>54</sup> Wie bei allen Krankenhausverträgen handelt es sich auch beim totalen Krankenhausvertrag um einen Spezialfall des Behandlungsvertrages, der neben dem dienstvertraglichen Element auch miet-, beherbergungs-, kauf-, und werkvertragliche Elemente beinhaltet.<sup>55</sup> Zwischen dem Krankenhausträger und dem Patienten liegt daher ein Schuldverhältnis vor, sodass der Krankenhausträger haftet.

##### **1.1.2 Gespaltener Krankenhausvertrag**

Beim sog. gespaltenen Krankenhausvertrag wird zwischen dem Patienten und dem Belegarzt ein Vertrag über die belegärztlichen Behandlungsmaßnahmen geschlossen.<sup>56</sup> Die ärztlichen Leistungen gehörten also nicht zum Leistungsumfang des Krankenhauses.<sup>57</sup> Zwischen Patient und Krankenhausträger besteht ein Vertrag über die übrigen allgemeinen Krankenhausleistungen.<sup>58</sup> Der Belegarzt ist ein selbstständiger niedergelassener Arzt und steht nicht in einem Anstellungsverhältnis mit dem Krankenhausträger.<sup>59</sup> Es besteht zwischen Patient und Belegarzt ein Schuldverhältnis, sodass der Belegarzt selbst nach § 280 BGB haftet. Er haftet allerdings nur für persönliche Leistungen, für die von ihm veranlass-

ten Leistungen nachgeordneter Ärzte des Krankenhauses sowie außerhalb des Krankenhauses.<sup>60</sup> Der Krankenhausträger haftet lediglich für die Bereitstellung der technisch-apparativen Einrichtungen und für die personelle Ausstattung.<sup>61</sup>

##### **1.1.3 Krankenhausvertrag mit Wahlarztabrede**

Ebenfalls weit verbreitet ist der sog. Krankenhausvertrag mit Wahlarztabrede.<sup>62</sup> Bei diesem bestehen ein Vertrag mit dem Krankenhausträger und ein separater Vertrag mit dem Arzt, der sog. Arztzusatzvertrag.<sup>63</sup> Das Krankenhaus schuldet sämtliche Leistungen der Krankenhausversorgung, auch diejenigen, die der Arzt als Wahlleistungen erbringen soll.<sup>64</sup> Der zwischen Patient und selbstliquidierendem Arzt über die ärztlichen Wahlleistungen geschlossene Arztzusatzvertrag begründet eine zusätzliche vertragliche Haftung des Arztes.<sup>65</sup> Der liquidationsberechtigte Krankenhausarzt – oft der Abteilungs- oder Chefarzt – verpflichtet sich mit dem Arztzusatzvertrag eigenständig zur persönlichen Behandlung des Patienten.<sup>66</sup>

Bei dem Krankenhausvertrag mit Wahlarztabrede kommt es zu einer zweifachen Vertragsbeziehung hinsichtlich derselben ärztlichen Leistung und es haften sowohl der Krankenhausträger als auch der Wahlarzt.<sup>67</sup> Es können daher Krankenhausträger und Vertragsarzt aus Vertrag in Anspruch genommen werden. Dabei wird das Verhalten des Arztes über § 278 BGB dem Krankenhausträger zugerechnet.

##### **1.1.4 Arzt**

Sollte keiner der oben genannten Vertragsformen vorliegen, z. B. im Rahmen einer ambulanten Behandlung, könnte gegen den Arzt bei Nichtbeachtung der Patientenverfügung ein Anspruch auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB geltend gemacht werden. Zwischen ihm und dem Patienten besteht ein Behandlungsvertrag gem. § 630a BGB, sodass die Grundsätze der Arzthaftung auch bei Nichtbeachtung der Patientenverfügung anwendbar sind. Auch hier gilt, dass der Arzt nicht allein entscheiden muss, ob die Patientenverfügung auf die aktuelle Behandlungssituation zutrifft. Gem. § 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB ist dies die Aufgabe des Betreuers. Der Arzt haftet daher nur, wenn der Betreuer ermittelt hat, dass die Patientenverfügung zutrifft und der Arzt dann entgegen der Verfügung handelt oder wenn er in einem Eilfall, der keine Zeit für die Bestellung des Betreuers oder eine gerichtliche Entscheidung lässt, die Patientenverfügung missachtet.

## 1.2 Pflichtverletzung

### 1.2.1 Behandlungs- und Aufklärungsfehler

Weiterhin müsste eine vertragliche Pflicht verletzt worden sein. Grundsätzlich wird im Arztrecht zwischen Behandlungs- und Aufklärungsfehlern differenziert. Ein Behandlungsfehler erfasst das nach dem Stand der Medizin unsachgemäße Verhalten des Arztes.<sup>68</sup> Es ist danach zu fragen, ob der Arzt unter Verwendung der von ihm erwartenden medizinischen Kenntnisse und Erfahrungen im konkreten Fall eine vertretbare Entscheidung über die diagnostischen und therapeutischen Maßnahmen getroffen sowie diese Maßnahmen sorgfältig durchgeführt hat.<sup>69</sup> Ist dies nicht der Fall, liegt ein Behandlungsfehler vor.

Nimmt der Arzt entgegen dem in der Verfügung festgelegten Willen des Patienten eine Behandlung vor, handelt es sich dabei nicht um einen Behandlungsfehler, solange die Behandlung medizinisch indiziert ist und der Arzt diese sorgfältig durchführt. Auch wenn die Einwilligung fehlt, handelt es sich um einen Eingriff *lege artis* und somit um keinen Behandlungsfehler.

Ein Aufklärungsfehler liegt vor, wenn die Aufklärung unvollständig, fehlerhaft oder unterlassen wurde.<sup>70</sup> Eine wirksame Einwilligung in eine medizinische Behandlung ist von der vorangegangenen Aufklärung abhängig.<sup>71</sup> Man könnte daher argumentieren, dass bei einer Patientenverfügung, die ohne eine vorherige ärztliche Aufklärung verfasst wurde, keine wirksame Einwilligung bzw. Verweigerung einer medizinischen Behandlung vorliegt. Demnach wäre die Patientenverfügung nicht wirksam und könnte lediglich bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens herangezogen werden. Dagegen spricht bereits der Wortlaut des § 1901a BGB, der keine solche vorherige Aufklärung fordert. Auch in der Gesetzgebung wird eine Beratung nur empfohlen, aber nicht für die Wirksamkeit der Patientenverfügung vorausgesetzt.<sup>72</sup> Bei der Nichtbeachtung der Patientenverfügung liegen somit weder ein Behandlungs- noch ein Aufklärungsfehler vor.

### 1.2.2 Verletzung einer Hauptpflicht

Der neu eingeführte § 630a Abs. 1 BGB regelt, dass derjenige, der eine medizinische Behandlung eines Patienten zusagt, zur Leistung der versprochenen Behandlung verpflichtet ist. § 630d Abs. 1 Satz 1 BGB regelt nun ausdrücklich, dass der Behandelnde vor Durchführung einer medizinischen Maßnahme verpflichtet ist, die Einwilligung des Patienten einzuholen. Ist der Patient einwilligungsunfähig, so tritt nach § 630d Abs. 1 Satz 2 BGB an die Stelle der Einwilligung des Patienten die Einwilligung des Betreuers soweit nicht eine Patientenverfügung die Maßnahme gestattet oder untersagt. Dem Arzt obliegt damit die vertragliche Pflicht, den Behandlungswünschen des Patienten zu entsprechen oder

diese zu unterlassen, wenn der Patient sie nicht wünscht und sie in der Patientenverfügung untersagt. Jede ärztliche oder pflegerische Intervention bedarf daher neben einer entsprechenden Indikation auch einer Übereinstimmung mit dem Patientenwillen.<sup>73</sup> Liegt keine Einwilligung vor, weil sie versagt wurde oder rechtsunwirksam ist, so ist dies so zu werten, dass der Patient die ärztliche Maßnahme insgesamt nicht dulden möchte.<sup>74</sup>

Mit der Vornahme einer medizinischen Maßnahme entgegen dem in der Patientenverfügung festgelegten Willen, verletzt der Arzt diese Hauptpflicht. Das gleiche gilt, wenn der Arzt eine medizinische Maßnahme unterlässt, obwohl sie erwünscht und medizinisch indiziert ist. Gem. § 1901b Abs. 1 Satz 1 BGB hat der behandelnde Arzt zu überprüfen, welche ärztlichen Maßnahmen indiziert sind. Nach Satz 2 hat er mit dem Betreuer diese Maßnahmen unter Berücksichtigung der Patientenverfügung als Grundlage für die nach § 1901a BGB zu treffende Entscheidung zu erörtern. Der Betreuer prüft gem. § 1901a Abs. 1 Satz 1 BGB, ob die Festlegungen in der Patientenverfügung auf die aktuelle Behandlungs- und Lebenssituation zutreffen. Sind sich Betreuer und Arzt über die Auslegung der Patientenverfügung nicht einig, muss, wie bereits erörtert, im Rahmen des § 1904 Abs. 4 BGB das Betreuungsgericht angerufen werden.

Der Arzt muss daher nicht allein über die Umsetzung der Patientenverfügung entscheiden, wenn ein Betreuer vorhanden ist.<sup>75</sup> Eine Haftung kommt demnach nur dann in Betracht, wenn keine Zeit bleibt, einen Betreuer zu bestellen oder den Betreuer bzw. das Betreuungsgericht zu fragen und der Arzt die Verfügung missachtet oder wenn der Betreuer bereits festgestellt hat, dass die Festlegung auf die aktuelle Behandlungs- und Lebenssituation zutreffen und der Arzt dies missachtet.

### 1.2.3 Vertretenmüssen

Des Weiteren müsste der Anspruchsgegner diese Pflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zu vertreten haben. Grundsätzlich hat der Schuldner gem. § 276 Abs. 1 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Im Rahmen der Krankenhausverträge handelt der Krankenhausträger nicht selbst und haftet daher gem. § 278 BGB für das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen, demzufolge der Arzt oder das Pflegepersonal.<sup>76</sup> Handeln diese gegen den eindeutigen aus der Patientenverfügung ermittelbaren Willen, so ist dies zumindest fahrlässig und u. U. sogar vorsätzlich, wenn sie Kenntnis von der Patientenverfügung haben. Dabei ist zu beachten, dass es Aufgabe des Patienten ist, dass der Arzt von der Verfügung Kenntnis erlangt und der Arzt keine Nachforschungen darüber anstellen muss, ob eine Patientenverfügung vorliegt.<sup>77</sup> Das Verschulden fehlt daher in den Fällen, in denen der Arzt und das Pflegepersonal keine Kenntnis vom Vorliegen einer Patientenverfügung haben.

Ist der Verstoß gegen die Patientenverfügung nicht offensichtlich, ist dann zu fragen, ob der Arzt oder das Pflegepersonal hätten erkennen können, dass die getroffene Entscheidung fehlerhaft war.<sup>78</sup> Dabei muss auch berücksichtigt werden, wie sehr sich der Anspruchsgegner um Informationen bemüht hat, ob er Nachforschungen angestellt hat und ob eine andere Person ebenfalls zu dem Ergebnis gekommen wäre.<sup>79</sup> Ist dies der Fall, scheidet ein Verschulden aus.<sup>80</sup>

Das OLG München will das Verschulden des Arztes ausnahmsweise ausschließen, wenn das Befolgen der Patientenverfügung unzumutbar ist oder nicht mit dem Gewissen des Arztes vereinbar ist.<sup>81</sup> Zutreffend ist, dass der Arzt nicht dazu gezwungen werden kann, gegen sein Gewissen zu handeln.<sup>82</sup> Andererseits gibt ihm das ärztliche Gewissen nicht das Recht, entgegen des Patientenwillens zu handeln.<sup>83</sup> Er hat daher in Konfliktsituationen dafür zu sorgen, dass ggf. ein anderer Arzt den Patienten behandelt.<sup>84</sup> Er kann sich jedenfalls nicht über die Bindungswirkung der Patientenverfügung hinwegsetzen. Diese Ausnahmeregelung des OLG München kann deshalb nur dann greifen, wenn sofortiges Handeln erforderlich und kein anderer Arzt verfügbar ist. Dabei muss im Einzelfall beurteilt werden, ob eine solche Ausnahmesituation vorliegt.

#### 1.2.4 Schaden

Schließlich muss durch die Pflichtverletzung ein Schaden entstanden sein.

##### a) Grundsätze

Schaden wird definiert als jede unfreiwillige Einbuße, die jemand infolge eines bestimmten Ereignisses an Rechtsgütern wie Leben, Gesundheit, Eigentum oder Vermögen erleidet.<sup>85</sup> Die Schadensbemessung ist in den §§ 249ff. BGB geregelt. Prinzipiell ist nach § 249 BGB der Zustand wiederherzustellen, der bestünde, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre (sog. Naturalrestitution). Dieser ist darauf gerichtet, die Integrität der Güter des Geschädigten wiederherzustellen.<sup>86</sup> Ist dies nicht möglich oder unverhältnismäßig i. S. v. § 251 BGB, besteht eine Ersatzpflicht in Form eines Geldbetrages (sog. Kompensation), der bloß eine Entschädigung für einen Wertverlust darstellt.<sup>87</sup> Es gilt dabei das Ausgleichsprinzip, d.h. der Geschädigte soll einen vollständigen Ausgleich, aber auch nicht mehr erhalten (Grundsatz des Bereicherungsgebots).<sup>88</sup>

##### b) Nichtvornahme der gestatteten Behandlung

Relativ unproblematisch ist der Schaden dann, wenn in der Patientenverfügung bestimmte medizinische Maßnahmen gestattet, diese aber nicht vorgenommen wurden und der Patient daraufhin verstirbt. Da der Patient bereits tot ist, ist die Naturalrestitution in diesem Fall nicht möglich. Gemäß § 844 Abs. 1 BGB, der eine eigene Anspruchsgrundlage ist, kann in der Regel der Erbe nach § 1968 BGB

die Beerdigungskosten ersetzt verlangen.<sup>89</sup> § 253 Abs. 2 BGB enthält nicht das Rechtsgut „Leben“, sodass die Angehörigen im Fall der Tötung grds. keinen eigenen Anspruch auf Schmerzensgeld haben.<sup>90</sup> Mit dem Tod geht allerdings der Schmerzensgeldanspruch des Verstorbenen aus § 253 Abs. 2 BGB auf die Erben gem. § 1922 BGB über.

##### c) Vornahme der nicht gewünschten Behandlung

Schwieriger ist die Beurteilung des Schadens dann, wenn der Arzt entgegen des Patientenwillens eine medizinische Maßnahme vornimmt und der Patient daraufhin überlebt, ohne sie aber verstorben wäre.

Grundsätzlich hat der Patient einen Anspruch auf Nachbehandlung bzw. Korrektur, damit der Schaden behoben oder zumindest gelindert wird.<sup>91</sup> Als schädigendes Ereignis ließe sich bei der Nichtbeachtung des in der Patientenverfügung festgelegten Willens die Vornahme der nichtgewollten medizinischen Maßnahme qualifizieren. Eine Naturalrestitution kommt nicht in Betracht. Ansonsten müsste der Arzt den Zustand herstellen, der bestünde, wenn er die Behandlung nicht vorgenommen hätte. D.h. hat der Arzt entgegen dem Patientenwillen die medizinische Maßnahme vorgenommen, ohne die der Patient verstorben wäre, müsste der Arzt im Rahmen der Naturalrestitution den Patienten aktiv töten. Diese Art des „Schadensersatzes“ wird von der Rechtsordnung nicht gebilligt.

##### „Wrongful Life“

Die Situation ist vergleichbar mit der Problematik „Kind als Schaden“. In dem damals vom BGH zu entscheidenden Fall hat dieser festgestellt, dass das Leben an sich kein Schaden ist (sog. Wrongful life), die Umstände, die das ungewollte Leben aber mit sich bringt (bspw. Unterhaltskosten), einen bezifferbaren Schaden darstellen und vom Schädiger zu ersetzen sind.<sup>92</sup> Diese Grundsätze lassen sich auf den Fall übertragen, dass der Patient entgegen seinem in der Patientenverfügung festgelegten Willen behandelt wird und daraufhin überlebt, obwohl er es nicht wollte. Zwar verneint der BGH eigene Ansprüche des Kindes gegen den Arzt mit der Argumentation, dass das Leben als höchstrangiges Rechtsgut absolut erhaltenswürdig sei und kein Dritter über seinen Wert urteilen kann.<sup>93</sup> Der Fall war aber bereits insoweit anders gelagert, dass das ungeborene Kind nicht Vertragspartner war und die Entscheidung, ob das Leben für das Kind lebenswert wäre, von einem Dritten hätte getroffen werden müssen. Die Grenze des Erträglichen lässt sich nicht objektiv bestimmen.<sup>94</sup> Bei der Patientenverfügung, die in den Behandlungsvertrag einbezogen wird, hat der Patient für sich entschieden, dass ein Leben für ihn in gewissen Situationen lebensunwürdig ist. Gegenstand des Behandlungsvertrages ist gerade, dass eine bestimmte medizinische Maßnahme nicht vorgenommen wird und der Patient nach seiner Vorstellung in Würde sterben kann. Durch die Nichtbeachtung tritt genau der Fall

ein, den der Patient vermeiden wollte: ein für ihn nicht lebenswertes Leben, das womöglich eine erhöhte finanzielle Belastung mit sich bringt. Es ist nicht nachvollziehbar, warum dem Patienten dieser Mehrbedarf nicht ersetzt werden soll, obwohl er doch Vorkehrungen getroffen hat, mit denen er diese Situation vermeiden wollte. Es geht dabei nicht um das Leben als Unwert, sondern um den Mehrbedarf, den der Patient benötigt.<sup>95</sup> Dies können je nach Einzelfall Kosten für Medikamente, Folgebehandlungen, Rehabilitationsmaßnahmen usw. sein.

### **Zwischenergebnis**

Indem sich der Arzt über dieses Selbstbestimmungsrecht des Patienten hinweggesetzt hat, hat er eine Pflicht aus dem Behandlungsvertrag verletzt und damit zugleich das Persönlichkeitsrecht des Patienten.<sup>96</sup> Der Patient soll davor geschützt werden, dass der Arzt sich ein ihm nicht zustehendes Bevormundungsrecht anmaßt und soll dem Patienten das Recht sichern, bzgl. seines Körpers und seiner Gesundheit Entscheidungen zu treffen, die nach allgemeiner ärztlicher Ansicht verfehlt sind.<sup>97</sup>

Aufgrund dieser Pflichtverletzung kann der Patient ein Schmerzensgeld nach § 253 Abs. 2 BGB verlangen, was sich an der voraussichtlichen Leidensdauer orientieren muss,<sup>98</sup> und nicht nur auf den Fall beschränkt ist, in dem der Geschädigte seine Empfindungsfähigkeit verloren hat.<sup>99</sup> Das Schmerzensgeld hat neben der Ausgleichs- auch eine Genugtuungsfunktion (sog. Doppelfunktion des Schmerzensgeldes) und es sind alle in Betracht kommenden Umstände zu berücksichtigen.<sup>100</sup>

Eine Entschädigung für die Verletzung des Persönlichkeitsrechts kommt nur in schwerwiegenden Eingriffen in Betracht und wenn die Beeinträchtigung nicht in anderer Weise ausgeglichen werden kann.<sup>101</sup> Da der Patient Anspruch auf Ersatz der weiteren Behandlungskosten hat, wird dieser Anspruch regelmäßig ausscheiden.

### **1.2.5 Kausalität**

Die Pflichtverletzung müsste schließlich auch kausal für den eingetretenen Schaden gewesen sein. Das ist bspw. dann der Fall, wenn eine PEG-Sonde entgegen dem in der Patientenverfügung festgelegten Willen gelegt wurde, weil der Patient dann nicht verhungert wäre.<sup>102</sup> Die Kausalität wird aber nur schwierig feststellbar sein.<sup>103</sup>

Eine Haftung wegen eines Aufklärungsfehlers scheidet aus, wenn der Patient auch dann in die Maßnahme eingewilligt hätte, wenn er ordnungsgemäß aufgeklärt worden wäre.<sup>104</sup>

## **2. § 823 BGB**

Zudem kommt eine Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB in Betracht, wenn der Arzt entgegen dem in der Patientenverfügung festgelegten Willen handelt.<sup>105</sup> Die konkret formulierte Patientenverfügung gibt die Pflichten vor, sodass sich auch in diesem Falle die Behandlungspflichten des Arztes nach den Verfügungen richten.<sup>106</sup> Auch wenn die Behandlung standardmäßig erfolgt, ist sie dennoch aufgrund der fehlenden Einwilligung rechtswidrig.<sup>107</sup> Es werden die in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechtsgüter Körper sowie das Selbstbestimmungsrecht als „sonstiges Recht“ i. S. v. § 823 Abs. 1 Satz 1 BGB verletzt.<sup>108</sup>

Da der ärztliche Heileingriff nach h. M. tatbestandlich eine Körperverletzung ist, die nur durch eine Einwilligung gerechtfertigt wird,<sup>109</sup> macht sich der Arzt gem. § 223 Abs. 1 StGB strafbar, wenn er ohne Einwilligung eine medizinische Maßnahme vornimmt. Mit der eigenmächtigen Heilbehandlung gegen den Willen des Patienten wird daher ein Schutzgesetz i. S. v. § 823 Abs. 2 BGB verletzt.<sup>110</sup>

Der Arzt haftet somit nach § 823 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 223 StGB. Eine nachträgliche Einwilligung ändert zwar nichts an der Rechtswidrigkeit der Körperverletzung i.S.v. § 823 BGB, bedeutet aber meist den Verzicht auf Schadensersatzansprüche.<sup>111</sup>

## **3. § 831 BGB**

### **3.1 Krankenhausvertrag**

Deliktsrechtlich kommt eine Haftung des Krankenhausträgers gem. § 831 BGB in Betracht. Demnach ist derjenige zum Schadensersatz verpflichtet, der sich zur Verrichtung einer Handlung eines anderen bedient und dieser bei der Ausübung der Verrichtung einen Dritten widerrechtlich schädigt. Der Arzt muss als Verrichtungsgehilfe, d.h. weisungsabhängig, tätig geworden sein.<sup>112</sup> Nichtweisungsgebundene Ärzte, wie z.B. Chefarzte, sind keine Verrichtungsgehilfen des Krankenhausträgers.<sup>113</sup> Gem. § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB kann sich der Krankenhausträger exkulpieren, wenn er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt bei der Auswahl des Arztes nicht missachtet hat oder der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre.

Bei einem gespaltenen Krankenhausvertrag ist der Belegarzt kein Verrichtungsgehilfe des Krankenhausträgers, da ein Behandlungsvertrag mit dem Belegarzt besteht.<sup>114</sup> Die dem Belegarzt untergeordneten Ärzte und nichtärztlichen Mitarbeiter des Krankenhauses sind Verrichtungsgehilfen des Krankenhausträgers.<sup>115</sup> Insoweit kommt dann eine Haftung des Belegarztes für die untergeordneten Ärzte nach § 831 BGB in Betracht. Dabei besteht ebenfalls die Möglichkeit der Exkulpation.

Zu beachten ist, dass der Chefarzt nicht weisungsgebunden gegenüber dem Krankenhausträger ist und damit das Verhalten des Chefarztes nicht nach § 831 BGB zugerechnet wird. Eine Haftung des Krankenhausträgers scheidet in diesem Fall aus. Der Chefarzt haftet aber gem. § 823 BGB selbst für die entstandenen Schäden.

### 3.2 Arzt

Neben einer Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB kommt für den Arzt auch § 831 Abs. 1 BGB in Betracht. Dies wird vor allem dann relevant, wenn der Arzt das Pflegepersonal anweist, eine Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen. Das Pflegepersonal wird als Verrichtungsgehilfe für den Arzt tätig. Nach § 831 Abs. 2 BGB besteht die Möglichkeit der Exkulpation, d.h. der Arzt ist von der Haftung befreit, wenn er das Personal sorgfältig ausgewählt hat, bei der Beschaffung oder Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt getroffen hat oder der Schaden auch bei Einhaltung dieser Sorgfalt eingetreten wäre. Ist der Arzt verbeamtet, kommt auch eine Haftung nach § 839 BGB in Betracht.<sup>116</sup>

### 4. Betreuer

Der Betreuer haftet gem. § 1908i Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 1833 BGB, wenn er im Rahmen der Betreuung schuldhaft eine Pflicht verletzt hat und dadurch ein Schaden entstanden ist. Eine Pflichtverletzung liegt vor, wenn der Betreuer gegen das Gebot treuer und gewissenhafter Amtsführung verstößt.<sup>117</sup> Dies kann in einem Tun oder Unterlassen liegen.<sup>118</sup> Zu den Aufgaben des Betreuers gehört es u.a., dass dieser dem Willen des Patienten gegenüber dem Arzt und des Pflegepersonals in eigener rechtlicher Verantwortung Ausdruck und Geltung verschafft.<sup>119</sup> Unterlässt der Betreuer die Geltendmachung dieses Willens oder legt er die Patientenverfügung falsch aus, verletzt er damit die ihm auferlegte Pflicht.<sup>120</sup> Der in der Patientenverfügung geäußerte Wille muss dem Betreuer auch zumutbar sein.<sup>121</sup> Da der Betreuer nicht verpflichtet ist, rechtswidrige Handlungen durchzuführen, wäre der Wunsch des Patienten, der Betreuer solle dabei behilflich sein, aktiv Sterbehilfe zu leisten, unzumutbar.<sup>122</sup> Der Betreuer haftet gem. § 276 Abs. 1 BGB für Vorsatz und Fahrlässigkeit. Eine Haftungserleichterung kommt nur in Betracht, wenn der Betreuer lediglich innerhalb der besonderen Verhältnisse seines Lebenskreises und seiner Rechts- und Geschäftserfahrung haftet.<sup>123</sup>

### 5. Bevollmächtigter

Gemäß § 1901a Abs. 4 BGB gelten die Abs. 1 bis 3 für Bevollmächtigte ent-

sprechend. Der Vorsorgebevollmächtigte hat daher die gleichen Pflichten wie der Betreuer im Rahmen der Patientenverfügung. Er handelt als Vertreter i.S.v. §§ 164ff. BGB. Da die Erteilung der Vorsorgevollmacht i.d.R. unentgeltlich sein wird, stellt sie einen Auftrag i.S.v. § 662 BGB dar, der im Innenverhältnis zwischen dem Auftraggeber und Beauftragten wirkt.<sup>124</sup> Die Vollmacht betrifft dabei das Außenverhältnis zwischen dem Beauftragten und einem Dritten.<sup>125</sup> Der Bevollmächtigte ist gem. § 662 BGB verpflichtet, das vom Auftraggeber übertragene Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen. Er hat dabei mit der im Verkehr erforderliche Sorgfalt die Interessen des Patienten wahrzunehmen.<sup>126</sup> Eine Pflichtverletzung liegt daher dann vor, wenn der Bevollmächtigte die ihm übertragenen Aufgaben nicht sorgfältig ausführt. Der Bevollmächtigte haftet gem. § 276 Abs. 1 BGB für Vorsatz und Fahrlässigkeit nach den §§ 280ff. BGB.<sup>127</sup>

## IV. Strafrechtliche Haftung

### 1. Haftung des Arztes

Die Einwilligung des Patienten in eine ordnungsgemäß aufgeklärte ärztliche Behandlung wirkt nach Rechtsprechung und h. M. rechtfertigend im Rahmen des § 223 Abs. 1 StGB, sodass bei dessen Fehlen der Arzt sich wegen Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB strafbar macht.<sup>128</sup> Tritt eine in § 226 Abs. 1 StGB genannte schwere Folge ein, ist sogar an eine Strafbarkeit wegen schwerer Körperverletzung zu denken.

Eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Körperverletzung gem. § 229 StGB scheidet zumindest dann an einer Sorgfaltspflichtverletzung, wenn der Arzt keine Kenntnis von der Patientenverfügung hat. Auch hier gilt, dass der Patient dafür verantwortlich ist, dass der Arzt Kenntnis vom Vorliegen einer solchen Verfügung hat.

Zudem besteht die Möglichkeit, dass sich der Arzt wegen fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB strafbar macht, wenn er eine Behandlung nicht vornimmt, die aber ausdrücklich in der Patientenverfügung erwünscht wurde.

Stellt sich im Nachhinein heraus, dass die ärztliche Einschätzung nicht zutraf, befanden sich Ärzte und Betreuer in einem Erlaubnistatbestandsirrtum, was zumindest zur Straffreiheit führt.<sup>129</sup> Das gleiche gilt je nach Einzelfall auch für das Pflegepersonal.

### 2. Haftung des Betreuers

Neben einer Strafbarkeit wegen mittelbarer Täterschaft zur Körperverletzung gem. §§ 25, 223 StGB kommt auch fahrlässige Körperverletzung nach § 229 StGB oder fahrlässige Tötung nach § 222 StGB für den Betreuer in Betracht.



## V. Fazit

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass das Sterbenlassen eines Patienten für Ärzte keine leicht zu treffende Entscheidung ist. Dennoch muss sie getroffen werden, wenn ein eindeutiger Wille des Patienten vorliegt.<sup>130</sup> Das gilt auch für einen in einer Patientenverfügung erklärten Willen, soweit nicht die Möglichkeit besteht, dass der Patient einen aktuellen Willen bilden kann.<sup>131</sup> Da es schwierig ist, eine konkrete Behandlungssituation zu antizipieren, wird der Fall, dass eine Patientenverfügung auf die konkrete aktuelle Situation anwendbar ist, in der Praxis kaum vorkommen. Es wird daher auch kaum zu Haftungsfällen kommen. Sollte dies dennoch der Fall sein, gehen die aufgezeigten Ansprüche des Patienten mit Ausnahme des Schmerzensgeldanspruchs gem. § 116 SGB X auf die gesetzliche Krankenkasse über. Für die private Krankenversicherung gilt § 86 VVG.

<sup>1</sup> Kunz-Schmidt S: Die ärztliche Aufklärungspflicht, NJ 2010, S. 441–448, S. 441.

<sup>2</sup> Höfling W, § 1901a BGB, Rn. 1, in: Prütting D (Hg.), Fachanwaltskommentar Medizinrecht, Köln 2010.

<sup>3</sup> Kunz-Schmidt, Fn. 1, S. 441.

<sup>4</sup> Ethikrat, Patientenverfügung – Ein Instrument der Selbstbestimmung, 2005, S. 9, [http://www.ethikrat.org/archiv/nationaler-ethikrat/stellungnahmen/pdf/Stellungnahme\\_Patientenverfuegung.pdf](http://www.ethikrat.org/archiv/nationaler-ethikrat/stellungnahmen/pdf/Stellungnahme_Patientenverfuegung.pdf) (abgerufen am 07.05.2014); Taupitz J, Weber-Hassemer K: Zur Verbindlichkeit von Patientenverfügungen, in: Kern BR, Wadle E, Schröder KP, Katzenmeier C (Hg.), Humaniora Medizin-Ethik-Geschichte, Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag, Berlin 2006, S. 1107–1121, S. 1109.

<sup>5</sup> Beermann C: Die Patientenverfügung, FRP 2002, S. 252–255, S. 252.

<sup>6</sup> BGH, NJW 2003, S. 1588 (1591); Olzen D, Metzmaker A: Rechtliche Probleme der Patientenverfügung – Einleitung in das Thema, FPR 2012, S. 249–252, S. 249.

<sup>7</sup> Kamps H: Pflicht zur Beachtung von Patientenverfügungen, ZGMR 2009, S. 207–208, S. 207.

<sup>8</sup> Quaas M, Zuck R: Medizinrecht – Öffentliches Medizinrecht – Pflegeversicherungsrecht – Arzthaftpflichtrecht – Arztstrafrecht, 2. Auflage, München 2008, § 68, Rn. 172.

<sup>9</sup> BGH, FamRZ 2003, S. 748 (752); Kamps, Fn. 7, S. 207; Lipp V: „Sterbehilfe“ und Patientenverfügung, FamRZ 2004, S. 317–324, S. 321; Milzer L: Verbindlichkeit von Patientenverfügungen und deren unerwünschte Nebenwirkungen, MDR 2005, S. 1145–1147, S. 1145.

<sup>10</sup> Kamps, Fn. 7, S. 208.

<sup>11</sup> Diederichsen U, § 1901a, Rn. 15, in: Palandt O (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Auflage, München 2012, .

<sup>12</sup> So auch: Müller G: Die Patientenverfügung nach dem 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetz: alles geregelt und vieles ungeklärt, DNotZ 2010, S. 169–188, S. 174.

<sup>13</sup> Ebd.

<sup>14</sup> Ebd.

<sup>15</sup> Beckmann R: Patientenverfügungen: Entscheidungswege nach der gesetzlichen Regelung, MedR 2009, S. 582–586, S. 583; Diehn T, Rebhan R: Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung, NJW 2010, S. 323–331, S. 330; Wietfeld D: Selbstbestimmung und Selbstverantwortung – Die gesetzliche Regelung der Patientenverfügung, Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts, Baden-Baden 2012, S. 325.

<sup>16</sup> Beckmann, Fn. 15, ebd.; Müller, Fn. 14, S. 174; Wietfeld, Fn. 15, ebd.

<sup>17</sup> Müller, Fn. 14, S. 178.

<sup>18</sup> Ebd., S. 172.

<sup>19</sup> Beermann, Fn. 5, S. 253.

<sup>20</sup> Spickhoff, § 1901a, Rn. 10, in: Spickhoff A (Hg.), Medizinrecht, München 2011.

<sup>21</sup> Beermann, Fn. 5, S. 252; Roth A: Die Verbindlichkeit der Patientenverfügung und der Schutz des Selbstbestimmungsrechts, JZ 2004, S. 494–502, S. 499; Wietfeld, Fn. 15, S. 297.

<sup>22</sup> Beermann, Fn. 5, S. 254.

<sup>23</sup> Roth, Fn. 21, S. 499.

<sup>24</sup> BT-Drs. 16/13314, S. 4; Spickhoff, Fn. 20, § 1901a, Rn. 14.

<sup>25</sup> Reus K: Die neue gesetzliche Regelung der Patientenverfügung und die Strafbarkeit des Arztes, JZ 2010, S. 80–84, S. 84.

<sup>26</sup> Spickhoff A: Rechtssicherheit kraft Gesetzes durch sog. Patientenverfügungen? – Zum Dritten Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts, FamRZ 2009, S. 1949–1957, S. 1954; Spindler G, § 823, Rn. 767: in: Bamberger HG, Roth H (Hg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, §§ 611–1296, AGG – ErbbauRG – WEG, 3. Auflage, München 2012.

<sup>27</sup> Wedlich S: Behandlungsentscheidung, ZfMER 1/2013, S. 68–75, S. 74.

<sup>28</sup> Ebd.

<sup>29</sup> BT-Drs. 16/8442, S. 13; Diehn, Rebhan, Fn. 15, S. 328; Ulsenheimer K: §132, Rn. 41, in: Laufs A, Kern BR (Hg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Auflage, München 2010.

<sup>30</sup> Lipp V, Fn. 9, S. 318.

<sup>31</sup> Reus, Fn. 25, S. 82.

<sup>32</sup> Höfling W: Forum: „Sterbehilfe“ zwischen Selbstbestimmung und Integritätsschutz, JuS 2000, S. 111–118, S. 115 f.; Reus, FN 25, S. 82.

<sup>33</sup> Rothaar M, Kipke R: Die Patientenverfügung als Ersatzinstrument – Differenzierung von Autonomiegraden als Grundlage für einen angemessenen Umgang mit Patientenverfügungen, in: Frewer A, Fahr U, Rascher W (Hg.), Patientenverfügung und Ethik, Beiträge zur guten klinischen Praxis, Jahrbuch Ethik in der Klinik (JEK), Band 2, Würzburg 2009, S. 62–75, S. 68.

<sup>34</sup> Ebd.

<sup>35</sup> Ebd., S. 67.

<sup>36</sup> Ebd., S. 71.

<sup>37</sup> Ebd., S. 72.

<sup>38</sup> Reus, Fn. 25, S. 83.

<sup>39</sup> Rothaar, Kipke, Fn. 33, S. 72.

<sup>40</sup> Reus, Fn. 25, S. 83.

<sup>41</sup> Ebd.

<sup>42</sup> Kreß H: Patientenverfügungen und Selbstbestimmung in Anbetracht der Notfallmedizin, ZRP 2009, S. 69–71, S. 70.

<sup>43</sup> Ethikrat, Fn. 4, S. 10.

<sup>44</sup> Rothaar / Kipke, Fn. 33, S. 72.

<sup>45</sup> Kreß, Fn. 42, S. 70; Spickhoff, Fn. 20, MedR, § 1901a Rn. 16; ders., Fn. 26, S. 1954; Wietfeld, Fn. 15, S. 303.

<sup>46</sup> Kreß, Fn. 42, S. 70.

<sup>47</sup> BT-Drs. 16/13314, S. 4; Beermann, Fn. 5, S. 254; Kunz-Schmidt, Fn. 1, S. 442; Wietfeld, Fn. 15, S. 303.

<sup>48</sup> BT-Drs. 16/8442, S. 8.

<sup>49</sup> Reus, Fn. 25, S. 81.

<sup>50</sup> BGH, ZIP 2006, S. 1254 (1255); Geiß K, Greiner HP (Hg.): Aktuelles Recht für die Praxis, Arzthaftpflichtrecht, 6. Auflage, München 2009, A Rn. 4; Jaeger L, § 280, Rn. 3, in: Prütting D (Hg.), Fn. 2; Lipp V: III, Rn. 26, in: Laufs A, Katzenmeier C, Lipp V (Hg.), Arztrecht, 6. Auflage, München 2006; Martis R, Winkhart-Martis M: Arzthaftungsrecht – Fallgruppenkommentar, 2. Auflage, Köln 2007, S. 651; Remmert J: Das Arzthaftungsrecht anhand der verschiedenen Behandlungsfehlertypen, Jura 2011, S. 563–567, S. 563; Spindler G, Rieckers O: Die Auswirkungen der Schuld- und Schadensreform auf die Arzthaftung, JuS 2004, S. 272–278, S. 273.

<sup>51</sup> Remmert, Fn. 50, S. 563.

- <sup>52</sup> Deutsch E, Spickhoff A: Medizinrecht – Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht, 6. Auflage, Berlin 2008, Rn. 85; Kunz-Schmidt S: Einführung in die rechtlichen Grundlagen der Arzthaftung, NJ 2009, S. 485–491, S. 487.
- <sup>53</sup> Bundespflegesatzverordnung vom 26. September 1994 (BGBl. I, S. 2750), die zuletzt durch Artikel 13 Absatz 2 des Gesetzes vom 12. April 2012 (BGBl. I, S. 579) geändert worden ist.
- <sup>54</sup> Jaeger, Fn. 50, Rn. 29; Rimmert, Fn. 50, S. 563.
- <sup>55</sup> Rimmert, Fn. 50, S. 563.
- <sup>56</sup> Kunz-Schmidt, Fn. 52, S. 487; Jaeger, Fn. 50, Rn. 30; Lipp, Fn. 50, III, Rn. 9; Rimmert, Fn. 50, S. 563.
- <sup>57</sup> Jaeger, Fn. 50, Rn. 30.
- <sup>58</sup> Ebd.; Rimmert, Fn. 50, S. 563.
- <sup>59</sup> Bertram GM, in: Prütting, Fn. 50, § 611 BGB, Rn. 24.
- <sup>60</sup> Jaeger, Fn. 50, § 280 BGB, Rn. 31.
- <sup>61</sup> OLG Düsseldorf, MedR 2009, S. 285.
- <sup>62</sup> Kunz-Schmidt, Fn. 52, S. 487.
- <sup>63</sup> Ebd.; Rimmert, Fn. 50, S. 563.
- <sup>64</sup> Bertram, Fn. 59, § 611 BGB, Rn. 18.
- <sup>65</sup> Kunz-Schmidt, Fn. 52, S. 487.
- <sup>66</sup> Bertram, Fn. 59, § 611 BGB, Rn. 19; Lipp, Fn. 50, III, Rn. 10.
- <sup>67</sup> Bertram, Ebd.
- <sup>68</sup> Katzenmeier, in: Laufs, Katzenmeier, Lipp, Fn. 50, X, Rn. 2.
- <sup>69</sup> BGH NJW 1987, S. 2291 (2292); Katzenmeier, Fn. 68, X, Rn. 2.
- <sup>70</sup> Quaas, Zuck, Fn. 8, § 13, Rn. 83.
- <sup>71</sup> Geiß, Greiner, Fn. 50, C Rn. 5; Schmiemann G, in: Staudinger J v (Hg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Berlin 2005, S. 42; Terbille: § 1, Rn. 382, in: Terbille M (Hg.), Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, München 2009.
- <sup>72</sup> BT-Drs. 16/8442, S. 14; Beckmann, Fn. 15, S. 584.
- <sup>73</sup> Höfling, in: Prütting, Fn. 50, § 1901a BGB, Rn. 1; Spindler, in: Bamberger, Roth, Fn. 26, § 823, Rn. 766; Terbille, Fn. 71, § 1, Rn. 382.
- <sup>74</sup> BGHZ 90, 96 (102); Terbille, Fn. 71, § 1, Rn. 383.
- <sup>75</sup> So auch: Wassem S: In dubio pro vita? Die Patientenverfügung – eine Analyse der neuen Gesetze in Deutschland und der Schweiz, Berlin 2010, S. 170.
- <sup>76</sup> Deutsch, Spickhoff, Fn. 52, Rn. 85; Martis, Winkhart, Fn. 50, S. 652.
- <sup>77</sup> Diehn, Rebhan, Fn. 15, S. 328; Hartmann T: Patientenverfügung und Psychiatrische Verfügung – Verbindlichkeit für den Arzt?, NSTZ 2000, S. 113–120, S. 116.
- <sup>78</sup> Wassem, Fn. 75, S. 172.
- <sup>79</sup> Ebd.
- <sup>80</sup> Ebd.
- <sup>81</sup> OLG München, NJW-RR 2002, S. 811 (813).
- <sup>82</sup> Kutzer K: Der Wille des Patienten ist am Lebensende entscheidend – Bei der Sterbehilfe sollen die Ärzte von der Angst vor einer Strafverfolgung befreit werden, ZRP 2004, S. 213–214, S. 214.
- <sup>83</sup> Ebd.
- <sup>84</sup> Ebd.
- <sup>85</sup> Grüneberg C, in: Palandt, Fn. 11, Vorb. v. § 249, Rn. 9.
- <sup>86</sup> Picker U: Die Ersatzbeschaffung nach der Neufassung des § 249 BGB, in: Baums T, Wertenbruch J, Lutter M, Schmidt K (Hg.), Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, S. 539–562, S. 544; Tamm M, Der Haftungsumfang bei ärztlichem Fehlverhalten und Rechtsdurchsetzungsfragen im Arzthaftungsrecht, Jura 2009, S. 81–91, S. 82.
- <sup>87</sup> Tamm, Fn. 86, S. 82.
- <sup>88</sup> Picker, Fn. 86, S. 545.

- <sup>89</sup> Spindler, Fn. 26, § 844, Rn. 7.
- <sup>90</sup> Looschelders D: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, München 2011, Rn. 972.
- <sup>91</sup> Tamm, Fn. 86, S. 82.
- <sup>92</sup> So auch: Wassem, Fn. 75, S. 179.
- <sup>93</sup> BGH NJW 1983, S. 1371 (1373).
- <sup>94</sup> Fischer G: „Wrongful life“: Haftung für die Geburt eines behinderten Kindes – BGHZ 86, 240, JuS 1984, S. 434–439, S. 438.
- <sup>95</sup> So zumindest auch bei der Frage, ob das Kind einen Anspruch auf Schadensersatz hat: Deutsch, Spickhoff, Fn. 52, Rn. 447.
- <sup>96</sup> LG Aachen, VersR 1990, S. 1358.
- <sup>97</sup> Ebd.
- <sup>98</sup> Faerber G: „Wrongful Life“ – Die deliktsrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes dem Kind gegenüber. Eine rechtsvergleichende Darstellung des amerikanischen, britischen und deutschen Rechts, Ammersbeck b. Hamburg 1988, S. 125.
- <sup>99</sup> Vgl. dazu: BGH, NJW 1993, S. 1531; Wassem, Fn. 75, S. 185.
- <sup>100</sup> BGHZ 7, 223 (226); Grüneberg, in: Palandt, Fn. 11, § 253, Rn. 15; Looschelders, Fn. 90, Rn. 973.
- <sup>101</sup> BGH, NJW 1971, S. 698 (699); Looschelders, Fn. 90, Rn. 978.
- <sup>102</sup> Wassem, Fn. 75, S. 180.
- <sup>103</sup> Ebd.
- <sup>104</sup> Geiß, Greiner, Fn. 50, C, Rn. 121; Greiner, in: Spickhoff, Fn. 20, § 839, Rn. 121.
- <sup>105</sup> Milzer, Fn. 9, S. 1145.
- <sup>106</sup> Greiner, Fn. 104, Rn. 292.
- <sup>107</sup> LG Aachen, VersR 1990, S. 1358; Hart D: Autonomiesicherung im Arzthaftungsrecht. Ein Beitrag zur Entkoppelung von ärztlicher Aufklärungspflicht und Körperverletzung, in: Heldrich A, Schlechtriem P, Schmidt E (Hg.), Recht im Spannungsfeld von Theorie und Praxis, Festschrift für Helmut Heinrichs zum 70. Geburtstag, München 1998, S. 291–318, S. 296.
- <sup>108</sup> Sprau H, in: Palandt, Fn. 11, § 823, Rn. 112.
- <sup>109</sup> Frahm W, Nixdorf W, Walter A: Arzthaftungsrecht, Versicherungsrecht. Schriftenreihe 1, 4. Auflage, Karlsruhe 2009, S. 39; Geiß, Greiner, Fn. 50, C, Rn. 1; Terbille, Fn. 71, Rn. 371.
- <sup>110</sup> Kamps, Fn. 7, S. 208.
- <sup>111</sup> Frahm, Walter, Nixdorf, Fn. 109, Rn. 201.
- <sup>112</sup> Jaeger, Fn. 50, § 831, Rn. 2.
- <sup>113</sup> Frahm, Nixdorf, Walter, Fn. 109, Rn. 60; Jaeger, Fn. 50, § 831, Rn. 6; Rimmert, Fn. 50, S. 564.
- <sup>114</sup> Rimmert, Fn. 50, S. 564.
- <sup>115</sup> Ebd.
- <sup>116</sup> Sprau, in: Palandt, Fn. 11, § 839, Rn. 93.
- <sup>117</sup> Jürgens A, Lesting W, Marschner Rolf, Winterstein P: Betreuungsrecht kompakt – Systematische Darstellung des gesamten Betreuungsrechts, 7. Auflage, München 2011, Rn. 241; Wagenitz T: § 1833, Rn. 3, in: Säcker FJ, Rixecker R, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 8 Familienrecht, §§ 1589–1921, SGB VII, 6. Auflage, München 2012.
- <sup>118</sup> Wagenitz, Fn. 117, Ebd.
- <sup>119</sup> BGH, FamRZ 2003, S. 748 (750); Lipp, Fn. 9, S. 321.
- <sup>120</sup> So auch: Wassem, Fn. 75, S. 161.
- <sup>121</sup> Ebd.
- <sup>122</sup> Ebd.
- <sup>123</sup> OLG Schleswig, FamRZ 1997, S. 1427; Wassem, Fn. 75, S. 172.
- <sup>124</sup> Mansel HP: § 662, Rn. 6, in: Jauernig O (Hg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz, 14. Auflage, München 2006; Wassem, Fn. 75, S. 163.
- <sup>125</sup> Mansel, Fn. 124, § 662, Rn. 6; Winterstein P: § 167, Rn. 2, in: Jürgens A (Hg.), Betreuungsrecht – Kommentar zum materiellen Betreuungsrecht, zum Verfahrensrecht und zum Vormünder- und Betreuervergütungsrecht, 4. Auflage, München 2010.

<sup>126</sup> Sprau, in: Palandt, Fn. 11, § 662, Rn. 9.

<sup>127</sup> Seiler HH, in: Müko, Fn. 117, § 662, Rn. 40a; Sprau, in: Palandt, Fn. 11, § 662, Rn. 11.

<sup>128</sup> BGH, NStZ-RR 2007, S. 340 (341); BGH, NStZ 2004, 442; Lipp, Fn.9, S. 318.

<sup>129</sup> Spickhoff, Fn. 26, S. 1949 (1953).

<sup>130</sup> Rothaar, Kipke, Fn. 33, S. 61 (69).

<sup>131</sup> Ebd., S. 70.

Melanie Störer ist derzeit Rechtsreferendarin am Oberlandesgericht Naumburg.

## **Das Verhältnis von Patientenverfügungen und Sterbehilfe nach dem Urteil des BGH vom 25.06.2010 (2 StR 454/09)**

*von Jana Schäfer-Kuczynski, M.mel.*

### **I. Einleitung**

Am nahenden Ende des Lebens steht oft die Frage, ob selbiges weiterhin mit den modernen Mitteln der Medizin aufrecht erhalten werden soll oder das Sterben des Patienten zugelassen oder gar gefördert werden darf. Der heutige Stand von Technik und Forschung in der Medizin erzeugt zunehmend Bedenken, dass „der Tod [...] noch das Schlimmste nicht ist, vielmehr den Tod ersehnen und nicht sterben dürfen“, da oftmals die letzten Stationen des Lebens durch die fast unbegrenzten Möglichkeiten der Intensivmedizin zur „kalten Hölle der Effizienz“<sup>1</sup> würden.

Die Beendigung der Versorgung eines Patienten sowie die Beschleunigung eines laufenden Sterbeprozesses durch aktives Tun wird zudem als Tötungshandlung i.S.d. §§ 212, 216 StGB gewertet.<sup>2</sup> Beteiligte bei Krankheits- und Sterbebegleitung wandern damit auf einem Grat zwischen dem ggf. bestehenden Sterbewunsch des Patienten und drohender Strafverfolgung. Mit dem Urteil des 2. Strafsenats des BGH vom 25.06.2010 wurden erstmals neue Anknüpfungspunkte für die Einordnung eines Behandlungsabbruchs zugrunde gelegt, die eine differenziertere Betrachtung und strafrechtliche Bewertung eines todbringenden Verhaltens im Rahmen der Sterbehilfe gegenüber der bloßen Unterscheidung von Tun und Unterlassen erlauben. Zudem wird die Verbindlichkeit des Patientenwillens explizit herausgestellt.<sup>3</sup>

In dieser Arbeit soll das Urteil in den Kontext der gesetzlich geregelten Patientenverfügung (§ 1901a BGB) und der Sterbehilfe gesetzt werden, um zu untersuchen, wie sich die beiden Topoi zueinander verhalten. Ausgehend vom oben genannten Urteil des BGH wird die Frage nach der Geltungskraft einer Patientenverfügung bei Festlegung von Sterbehilfe, insbesondere die Frage nach der Überwindbarkeit des Verbots aktiver Sterbehilfe mittels Patientenverfügung untersucht.

### **II. Kontextualisierung**

Zunächst sind die maßgeblichen Inhalte des Urteils sowie Begriff und Gegenstand von Patientenverfügung und Sterbehilfe zu erläutern.

## 1. Das Urteil des 2. Strafsenats des BGH vom 25.06.2010

In dem Urteil vom 25.06.2010 hatte der BGH zu entscheiden, ob der Behandlungsabbruch im Wege der Durchtrennung einer Magensonde und damit durch aktives Tun<sup>4</sup> eine strafbare Handlung i.S.d. §§ 212 ff. StGB darstellt. Vorinstanzlich wurde ein auf dem mutmaßlichen Patientenwillen beruhender anwaltlicher Rat zum Durchtrennen der Magensonde einer Apallikerin (sog. Wachkoma) als Versuch des gemeinschaftlichen Totschlags eingeordnet.<sup>5</sup> Unter Beachtung zweier Aspekte hat der BGH dem widersprochen: Zum einen habe sowohl der behandelnde Arzt als auch der Betreuer des willensunfähigen Patienten dessen zuvor festgestellten Willen zwingend zu beachten, zum anderen habe sich die formale Differenzierung von aktiver und passiver Sterbehilfe nach Tun und Unterlassen als unbrauchbar erwiesen.<sup>6</sup>

Die Schwierigkeit, bei der Einordnung der Sterbehilfe in aktiv (strafbar) und passiv (ggf. straflos) zeigte sich in diesem Fall deutlich: Anerkanntermaßen wird das Einstellen lebenserhaltender Maßnahmen, wie etwa die künstliche Ernährung, als Unterlassen medizinisch lebenserhaltender Maßnahmen und damit als passive Sterbehilfe angesehen.<sup>7</sup> Das Durchtrennen der Magensonde stellt ein mittels Kraftaufwand vorgenommenes Verhalten, in dem zugleich der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit liegt,<sup>8</sup> dar und ist damit (übereinstimmend) als „aktives Tun“ eingeordnet worden. Dieses Verhalten läuft aber in seiner Wirkung mit dem Einstellen der Ernährung durch den behandelnden Arzt gleich. Der Vorgang ist in beiden Fällen im Grunde identisch: Die Ernährung wird abgebrochen, nur die Mittel zum Abbruch sind seitens medizinischen Personals und Angehörigen unterschiedlich. Beider Verhalten steht aber unmittelbar mit der medizinischen Behandlung (künstliche Ernährung) in Zusammenhang. Damit ergab sich ein von passiver Sterbehilfe im Grunde nicht abweichender Unrechtsgehalt des Verhaltens mit dem Unterschied, dass ein Tun im Rechtssinne zugrunde lag.<sup>9</sup>

Der BGH stand damit vor der Entscheidung, den Unrechtsgehalt des Verhaltens neu zu fokussieren und neue Anknüpfungspunkte zu entwickeln, oder an der formalen Differenzierung nach Tun und Unterlassen festzuhalten. Er beschloss ersteres mit folgenden Gründen: Alle Handlungen, die mit der Beendigung einer Heilbehandlung in Zusammenhang stünden seien unter den Begriff des Behandlungsabbruchs zu fassen, innerhalb dessen nicht länger das Tun oder Unterlassen im Rechtssinne als Differenzierungsmerkmal gelten sollte, sondern die Wirkung des todbringenden Verhaltens im Zusammenhang mit dem Sterbeprozess: werde ein laufender Sterbeprozess nicht aufgehalten, beschleunigt oder wiederhergestellt<sup>10</sup>, so könne auch aktives Tun zur Straffreiheit über die rechtfertigende Einwilligung führen, solange die Handlung im Zusammenhang mit der medizinischen Behandlung stehe (sog. subjektive Zielsetzung<sup>11</sup>). Werde dagegen bei einem Krankheitsverlauf, der nicht zum Tod des Patienten füh-

re, ein Sterbeprozess eingeleitet, so bleibe die Handlung als aktive Sterbehilfe strafbar. Daneben sei in Anbetracht der personellen Komplexität der Umsetzung des Patientenwillens im Rahmen medizinischer und pflegerischer Maßnahmen, die über den behandelnden Arzt und den/die Betreuer bzw. Bevollmächtigten hinaus gehe, eine Erstreckung dieser Handlungsmaßstäbe der Sterbehilfe auch auf Dritte vorzunehmen.<sup>12</sup> Die neu entwickelten Grundsätze seien auf Grundlage der Wertung der §§ 1901a ff. BGB abzuleiten und entsprechend auf Fälle, bei denen eine Patientenverfügung zugrunde liegt, anzuwenden.<sup>13</sup>

Im Ergebnis weicht der BGH hiermit die formalen Grenzen der ausnahmsweisen Zulassung der Sterbehilfe unter Bezugnahme auf die Wertung der §§ 1901a ff. BGB auf: Wurde bislang auf die Zuordnung zum Tun oder Unterlassen abgestellt, die sich juristisch unter Anwendung anerkannter Grundsätze (Zuordnung gemäß der überwiegenden Ansicht über die Vorwerfbarkeit des strafrechtlich relevanten Verhaltens) auf das jeweilige Verhalten subsummieren ließen, wird nun ein Weg eröffnet, der sich von dieser formalen Zuordnung löst und gleichsam die Fälle mit in die Zulässigkeit führt, die ihrem Unrechtsgehalt nach einem Unterlassen gleichkommen, weil sie dem Patientenwillen unmittelbar zur Durchsetzung verhelfen. Der BGH misst dem Patientenwillen und diesem immanent der Patientenautonomie hiermit explizit eine ganz wesentliche Bedeutung zu und bestätigt dessen Bindungswirkung.<sup>14</sup>

## 2. Das Konstrukt Patientenverfügung nach den §§ 1901a ff. BGB

Der Gegenstand der Patientenverfügung setzt sich wie folgt zusammen:

### 2.1 Begriff

Die Patientenverfügung ist die Willensbekundung einer einwilligungsfähigen Person zu nicht unmittelbar bevorstehenden medizinischen und begleitenden Maßnahmen für den Zeitraum der Willensunfähigkeit des Erklärenden, § 1901a I 1 BGB.<sup>15</sup> Sie bietet damit einen schriftlich belegten Willen des Patienten, auf den die Behandlungsbeteiligten rekurren können und müssen.

### 2.2 Teleologie der §§ 1901a ff. BGB

Sinn und Zweck der Positivierung der Patientenverfügung ist zum einen die Stärkung der Selbstbestimmung des Patienten und dadurch tiefere Fundamentierung des Lebensschutzes und des Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 II GG und Art. 2 I i.V.m. 1 I GG sowie zum anderen die Schaffung von Rechts- und Verfahrenssicherheit für alle Beteiligten im Falle der Einwilligungsunfähigkeit des Patienten (Betreuer/Bevollmächtigter, behandelnde Ärzte, Pflegepersonal)

über die gesetzliche Festlegung der Reichweite und Verbindlichkeit von Patientenverfügungen.<sup>16</sup>

### 2.3 Wirkung von Patientenverfügungen

Die Patientenverfügung ersetzt die wertende Betrachtung des bestellten Betreuers bzw. des Vorsorgebevollmächtigten oder an der Behandlung Beteiligten nicht, sondern gelangt gemäß § 1901a I 2 BGB nur dann zur Anwendbarkeit, wenn vom Betreuer, Bevollmächtigten oder ( etwa bei nicht rechtzeitig möglicher Bestellung eines Betreuers ) an der Behandlung Beteiligten<sup>17</sup> festgestellt wird, dass die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation sich mit der, auf die die Erklärung Bezug nimmt, deckt. Wenn diese wertende Betrachtung zu einer Divergenz von Festlegungen und Behandlungssituation führt, können die Beteiligten auf den mutmaßlichen Willen zurückgreifen, der anhand des Inhalts der Patientenverfügung zu ermitteln ist.<sup>18</sup>

Festlegungen einer Patientenverfügung können in zwei Richtungen wirken: Die Festlegung bestimmter medizinischer Maßnahmen wirkt als Einwilligung zur medizinischen Intervention in Form des Heileingriffs, die die Strafbarkeit nach den §§ 223 ff. StGB rechtfertigend ausschließt.<sup>19</sup> Die Untersagung bestimmter medizinischer Maßnahmen vermag demgegenüber unter bestimmten Voraussetzungen als rechtfertigende Einwilligung zur Tötung wirken. Inwieweit die Einwilligung in die eigene Tötung durch einen anderen rechtlich zulässig ist, ist wertend zu differenzieren. Die aktuell geltenden Wertungen zur Sterbehilfe sind im folgenden zu erläutern.

### 3. Die Strafbarkeit der Sterbehilfe

„Weil [...] nach der christlichen Tradition das menschliche Leben wohl einen grundlegenden, aber keinen absoluten Wert darstelle, könne in Extremfällen ein Herbeiführen des Todes ein Ausdruck der Achtung vor dem menschlichen Leben sein, der Achtung besonders für die umfassende Würde und das Gesamtwohl der menschlichen Person, die ebenso geistige wie physische Aspekte einschließen.“<sup>20</sup> Diese Grundposition soll hier als Ausgangspunkt für die Diskussion um die Zulässigkeit der Sterbehilfe und als normative Herleitung der Überlegungen zum verfassten absoluten Lebensschutz nach Art. 2 II GG und dem Recht auf ein würdevolles Sterben dienen.

Rechtsdogmatisch wird der Problemkomplex der Sterbehilfe im Bereich der Rechtfertigung einer Tötungshandlung durch Einwilligung verortet.<sup>21</sup> Auch wenn eine wirksame Einwilligung in Form einer Patientenverfügung angenommen wird, stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage nach den Grenzen der Geltungskraft einer solchen Einwilligung vor dem Hintergrund der Indisponibilität<sup>22</sup>

des Rechtsguts Leben. Der Lebensschutz wird hier unmittelbar mit dem Interesse der Selbstbestimmung des Patienten und dessen Interesse an einem würdevollen Lebensende konfrontiert.<sup>23</sup>

### 3.1 Begriffsbestimmung zur Sterbehilfe

Der genannte Interessenkonflikt erfordert die differenzierte Betrachtung von todbringendem Verhalten nach dem Willen des Patienten. Die Rechtsprechung entwickelte hieraus die Unterscheidung von aktiver, indirekter und passiver Sterbehilfe.<sup>24</sup>

#### 3.1.1 Aktive Sterbehilfe

Das Herbeiführen eines Sterbeprozesses im Rahmen eines Krankheitsverlaufs, der an sich nicht zum Tod führen würde, wird als aktive Sterbehilfe betrachtet, die dem Tötungsverbot nach § 212 oder § 216 StGB unterliegt, es sei denn, dass das Verhalten als Beihilfe zum straflosen Suizid zu werten ist.<sup>25</sup> Auch bei infauster Prognose ist eine aktive Tötungshandlung, die nicht mit der medizinischen Behandlung in Zusammenhang steht aufgrund der Indisponibilität des Lebensrechts nicht der Rechtfertigung zugänglich.<sup>26</sup>

#### 3.1.2 Indirekte Sterbehilfe

Als indirekte Sterbehilfe wird die Medikation eines Patienten mit sedierenden oder schmerzlindernden Mitteln unter Inkaufnahme der Beschleunigung eines regelmäßig zum Tod führenden Krankheitsverlaufs verstanden.<sup>27</sup> Unter Beachtung des Rechtes auf einen würdevollen und möglichst leidfreien Tod kann dieses Verhalten durch eine entsprechende Einwilligung gerechtfertigt werden.<sup>28</sup> Das Handlungsunrecht wird in diesem Zusammenhang mithin im Einzelfall als gering genug eingestuft, um zum straflosen Verhalten zu gelangen.

#### 3.1.3 Passive Sterbehilfe

Die passive Sterbehilfe ist ein Verhalten, das eine medizinische Behandlung abbricht und dadurch einen natürlichen Sterbeprozess duldet bzw. dessen Verhinderung unterlässt – hierunter fallen etwa das Beenden künstlicher Ernährung und Dehydration.<sup>29</sup> Dieses Verhalten ist bei Vorliegen einer Einwilligung der Rechtfertigung zugänglich bzw. wird zum Teil bereits tatbestandlich nicht als Tötungshandlung angesehen.<sup>30</sup>

### 3.2 Folge für die Strafbarkeit der Sterbehilfe

Aus den oben genannten Begriffsbestimmungen ergibt sich eine generelle Strafbarkeit der aktiven Sterbehilfe und eine grundsätzlich strafbare, aber der Rechtfertigung zugängliche indirekte und passive Sterbehilfe. Zur Unterschei-

derung der Fallgruppen hatte die Rechtsprechung wie oben beschrieben die Kategorisierung als Tun oder Unterlassen entwickelt<sup>31</sup>, welche nunmehr in eine Kategorisierung nach der Wirkung des Handelns im Krankheitsverlauf weiterentwickelt wurde.

### III. Das Verhältnis von Patientenverfügung und Sterbehilfe

Das Verhältnis von Patientenverfügung und Sterbehilfe ist von einer Vielzahl normativer Wertungen geprägt, die das Lebensrecht, die Menschenwürde des Patienten und dessen Autonomie, aber auch das Berufsbild des Arztes und das Verhältnis zwischen Arzt und Patient betreffen. Die Geltungskraft der Patientenverfügung ist vor dem Hintergrund des oben erläuterten Urteils, insbesondere im Falle aktiven Tuns im Grenzbereich zu aktiver Sterbehilfe, zu untersuchen.

Für die Zulässigkeit der Sterbehilfe gilt, dass grundsätzlich ein nach ärztlicher Überzeugung irreversibles Grundleiden vorliegen müsse, dessen Verlauf in kurzer Zeit zum Tod des Patienten führt (sog. Hilfe beim Sterben). Nur wenn es explizit oder mutmaßlich mit dem Patientenwillen in Einklang steht, könne ausnahmsweise eine Hilfe zum Sterben durch Abbruch der Behandlung in strafloser Weise erfolgen.<sup>32</sup> Hieraus folgt zunächst, dass eine wirksame Patientenverfügung als Fiktion einer aktuell erteilten Einwilligung<sup>33</sup> das grundsätzliche Verbot einer Hilfe zum Sterben durch Beschleunigung eines letalen Krankheitsverlaufs überwindet. Doch kann sie auch bewirken, dass eine Tötungshandlung, die abseits der medizinischen Behandlung des Patienten steht, legitimiert wird?

Im oben erläuterten Urteil werden trotz Unterstreichung der Verbindlichkeit des Patientenwillens keine explizit zu voriger Rechtsprechung abweichenden Wertungen zur aktiven Sterbehilfe vorgenommen. Insoweit scheint der Lebensschutz der Patientenautonomie weiterhin vorzugehen.

Im Folgenden ist zu erarbeiten, wie der Verweis des BGH auf die §§ 1901a ff. BGB wertend zu verstehen ist. Unter Betrachtung des rechtlichen und medizinethischen<sup>34</sup> Kontextes soll untersucht werden, ob eine Interpretation des Urteils hinsichtlich der Öffnung eines Weges zur Zulassung der aktiven Sterbehilfe über die Teleologie der §§ 1901a ff. BGB vertretbar wäre. Mangels fürsprechender Hinweise des Wortlauts und der Systematik im Betreuungsrecht wird hier auf eine klassisch-methodische Auslegung verzichtet.

#### 1. Absolutheit des Lebensschutzes

Der Schutz des Rechtsguts Leben nach Art. 2 II GG steht in der verfassungsmäßigen Ordnung der BRD an oberster Stelle und ist in keiner Hinsicht abdingbar oder relativierbar.<sup>35</sup> Demgemäß haben behandelnde Ärzte sowie das Pflegepersonal die Pflicht, das Leben des Patienten aufrecht zu erhalten und alles zu un-

terlassen, was das Leben des Patienten beenden oder verkürzen könnte. Diese Verhaltensnorm findet in § 216 StGB besonderen Ausdruck, der eine Tötungshandlung auch bei ausdrücklichem ernsthaften Verlangen des Patienten unter Strafe stellt. Die Rechtsordnung weist damit eine eindeutige Wertung für den Vorrang des Lebensschutzes auf.

In Kollision mit dem Lebensschutz tritt im Zusammenhang mit irreversiblen Krankheitsverläufen und langen Leidenswegen das Recht auf Selbstbestimmung des Patienten nach Art. 2 II GG.<sup>36</sup> Dem absoluten Lebensschutz ist damit gleichsam das Recht des Menschen auf ein würdevolles Sterben immanent, welches der Patient als Selbstbestimmungsrecht ausüben können muss.<sup>37</sup> Diese Ausprägung des Lebensschutzes bezieht sich indes auf den Fall eines laufenden Sterbeprozesses, dessen Verhinderung oder Verlangsamung der Patient hier zu verweigern berechtigt wird.<sup>38</sup> Ein darüber hinausgehendes Recht auf den Tod sei aus Art. 2 II GG nicht abzuleiten, die Indisponibilität des Lebens sei vielmehr aufgrund der Unumkehrbarkeit der Schädigung des Lebens aufrechtzuerhalten.<sup>39</sup> Die Patientenverfügung gemäß § 1901a BGB sei Ausdruck der Gewährleistung dieser Selbstbestimmung zum Zwecke der Verhinderung von Siechtum und extremen Leides.<sup>40</sup> Daneben stehen §§ 223 I und m.E. 323c StGB, die lediglich das Aufrechterhalten von Schmerzen durch den behandelnden Arzt<sup>41</sup> unter Strafe stellen.<sup>42</sup> Zu bedenken sei zudem, dass das Tötungsverlangen des Patienten als Akt der Selbst-Objektivierung des zu Tötenden entgegen Art. 1 I GG betrachtet werden kann.<sup>43</sup> Die geltende Rechtsordnung enthält damit keine Wertungen, die für eine Erweiterung von Art. 2 II GG um das Recht auf den Tod sprechen.

#### 2. Berufsrechtliche Grundsätze für behandelnde Ärzte<sup>44</sup>

Grundsätzlich genießt der Arzt einen aufgrund seiner Ausbildung bedingten Vertrauensvorschuss – der Patient ist im Regelfall auf das Wissen und die Einschätzung des behandelnden Arztes angewiesen.<sup>45</sup> Originäre Aufgabe des Arztes ist es, Leben zu retten und den Tod des Patienten zu verhindern, § 1 II MBO.<sup>46</sup> Dieses Fürsorgeverhältnis schränkt die Selbstbestimmung des Patienten nicht zwingend ein sondern verhilft dem autonomen Patienten zur Bewältigung seiner gesundheitlichen Hilfsbedürftigkeit.<sup>47</sup> Das paternalistische Verständnis des Arzt-Patienten-Verhältnisses ist dem Verständnis der Gleichberechtigung gewichen.<sup>48</sup> Die ärztliche Behandlung hat sich demnach stets an dem Willen des Patienten in Anerkennung seines Selbstbestimmungsrechts zu orientieren, § 7 I MBO.<sup>49</sup>

Die antizipierende Festlegung bestimmter medizinischer Eingriffe bzw. deren Untersagung führt den Dialog zwischen Patient und Arzt gleichsam für den Fall des Eintritts der Willensunfähigkeit fort und erlaubt damit die Verwirklichung der Entscheidungsfreiheit des Patienten auch dann, wenn er diese nicht mehr

selbst ausüben kann. Die Festlegungen geben dabei eine Orientierung bei der Umsetzung der seit 2004 geltenden überarbeiteten berufsethischen Grundsätze der Bundesärztekammer: Der behandelnde Arzt hat den Patienten hiernach bis zum Tod beizustehen, sein Leiden zu lindern und einen offensichtlichen Sterbevorgang nicht künstlich in die Länge zu ziehen.<sup>50</sup> Die Ausübung des Arztberufes hat dabei den Geboten der Humanität und Eigenverantwortung (§ 2 I MBO) zu entsprechen.<sup>51</sup>

Die Vorgabe des eigenen Maßstabs von Nutzen und Wohl durch medizinische Maßnahmen in der Patientenverfügung vermag die ethische Abwägung des Arztes bei der Entscheidung zwischen Hilfeleistung (*bonum facere* unter dem Grundsatz *in dubio pro vita*) und Schadensverhütung (*nihil nocere*) zu erleichtern und damit das Dilemma am Lebensende zu entschärfen.<sup>52</sup> Das ungeachtet der Grundsätze zur Leidenslinderung forbestehende berufsrechtliche Verbot der Beihilfe zum Suizid<sup>53</sup> zeigt aber, dass das berufsethische Tabu eines ärztlichen Handelns, das nicht heilt sondern tötet, nach wie vor uneingeschränkt fortbesteht. § 16 MBO untersagt darüber hinaus explizit die aktive Sterbehilfe – das Gebot der Leidensminderung und des Vorrangs des Patientenwillens beschränkt sich also auf palliativ-medizinische Gegenmaßnahmen.<sup>54</sup> Die Geltungskraft der Patientenverfügung bei Anordnung aktiver Sterbehilfe kann also im Kontext zum geltenden Berufsrecht und Berufsethos der Ärzteschaft nicht teleologisch abgeleitet werden.<sup>55</sup>

### 3. Christlich-theologische Wertungen

Die Betrachtung des christlichen Menschenbildes, welches in weiten Teilen der westlichen Gesellschaften bis heute verankert ist, ergibt, dass auch hier in Anlehnung an die Ablehnung des Freitodes ein Wunsch zur Einleitung eines Sterbeprozesses auch bei zu ertragendem Leid nicht zur Zulässigkeit einer aktiven Sterbehilfe führt – das Gebot, nicht töten zu sollen, gilt insoweit fort.<sup>56</sup> Der Wunsch, zu sterben, könne nicht als ein Recht auf Getötetwerden geltend gemacht werden, stattdessen sei eine Begleitung und Pflege bis zum Tod geboten.<sup>57</sup> Mithin unterscheidet auch die christliche Theologie nach „sterben lassen“ und „sterbend machen“. Theologische Erwägungen führen demnach zum Nachrang des Patientenwillens bei aktiver Sterbehilfe.

### 4. Soziologische Erwägungen

Gesellschaftlich wird das Bedürfnis nach Autonomie und Selbstbestimmung, insbesondere vor dem Hintergrund der zunehmenden Individualisierung der Bürger als Folge der Lösung vom festen Verband der Familie, immer größer.<sup>58</sup> Daraus folgt, dass eine Vielzahl der Mitbürger eben nicht im Sterben von na-

hestehenden Personen „begleitet“ wird und damit der Wunsch, den Weg zum Tod ab dem Zeitpunkt der Vereinsamung abzukürzen, wächst. Arzt- und Pflegepersonal können diese Sterbebegleitung vor dem Hintergrund des stetigen Betten- und Personalabbaus und gleichlaufenden Zuwachses Sterbender durch die Überalterung der Gesellschaft nicht kompensieren. Entsprechend wächst die Toleranz gegenüber der Sterbehilfe in der Gesellschaft,<sup>59</sup> denn immer mehr (ältere) Menschen können sich mit der Sterbesituation identifizieren und sich in selbige hineinversetzen.

### 5. Diskussion

Im Rahmen des berufsrechtlichen Verbots aktiver Sterbehilfe als Erst-Recht-Schluss zum Verbot der Beihilfe zum Suizid muss zwischen den Fällen differenziert werden, in denen ein Patient unabhängig von der medizinischen Indikation einer weiteren Behandlung ein todbringendes Hilfsmittel vom Arzt fordert, und Fällen, in denen der Patient im Krankheitsverlauf keinerlei Lebensqualität in der verbleibenden Lebenszeit erwartet, etwa wenn extreme Schmerzen oder Erstickungsangst medikamentös nicht behandelt werden können. Der Arzt soll in beiden Fällen davor bewahrt werden zum Herrn über Leben und Tod zu werden.<sup>60</sup>

Für eine weitgehende Geltungskraft der Patientenverfügung spricht das Gebot der Leidensminderung, wonach der Arzt berufsethisch ein Leben nach dem Willen des Patienten beenden können sollte, wenn eine Besserung des Zustandes des Patienten nicht erwartet werden kann und ein Siechtum eintritt, das zu schwerstem Leid, aber nicht absehbar zum Tod führt. Eine aktive Sterbehilfe des Arztes könnte dann humanitär geboten erscheinen, wenn das Leiden des Patienten offensichtlich und derart immens ist, dass das Gebot der Lebenserhaltung vor diesem Hintergrund seinen Sinn verliert, der Patient dieses Leiden unstreitig erkennbar empfindet und erlebt und der weitere Krankheitsverlauf Schmerzfreiheit ausschließt.<sup>61</sup>

Hinzu kommt die gesellschaftliche Komponente der Individualisierung und Vereinsamung: Die Aussicht auf einen Krankheitsverlauf, der in Isolation oder unter fehlender Einbettung in ein familiäres oder freundschaftliches Umfeld stattfindet, vermag im Einzelfall ein Minimum an Lebensqualität ebenso auszuschließen wie ein Krankheitsverlauf, der Schmerzfreiheit und Bewegungsfreiheit des Patienten nicht zulässt.

Zwingend bleibt bei der Patientenverfügung als letztlich antizipierte Einwilligung jedoch zu beachten, dass das Maß an Leid, das ein jeder zu ertragen fähig und willens ist, im Vorhinein schwer bestimmbar ist.<sup>62</sup> Kann man im Fall der Bewusstlosigkeit des Patienten davon ausgehen, dass nicht das „erlebte Leid“ mit Schwinden des Bewusstseins ebenso schwindet?<sup>63</sup> Dann müsste das Gebot

der Leidensminderung wohl hinter den Lebensschutz zurücktreten. Die Einbettung in das soziale Umfeld (geteiltes Leid ist halbes Leid), welche die eigene „Schmerzgrenze“ ggf. maßgeblich verschiebt, ist wohl oftmals ebenso wenig klar vorhersehbar: Die Bereitschaft und Fähigkeit, den Kranken zu betreuen und zu begleiten ist aufgrund emotionaler Unwägbarkeiten schwer abzusehen, aber auch ebenso wenig von vornherein auszuschließen. Selbst wenn ein Patient sich also als von der Familie und Freunden weitgehend isoliert betrachtet, muss das nicht mit tatsächlichen Gegebenheiten deckungsgleich sein.

Ob die Geltung von Festlegungen zur aktiven Sterbehilfe anzunehmen ist, die sich auf schwerstes Leid im Zustand der Willensunfähigkeit beziehen, obwohl angenommen werden kann, dass Schmerz, Angst, Hunger und Durst in diesem Zustand ganz anders zuzuordnen sind, als ein jeder dies antizipieren könnte und obwohl sich die Strukturen des sozialen Umfeldes stetig und gerade im Verlauf schwerster Krankheit verschieben, erscheint vor diesem Hintergrund zweifelhaft.

Aus palliativ-medizinischer Perspektive ergibt sich zudem die Beobachtung, dass sich die Definition von Lebensqualität mit Änderung der Lebensperspektive (z. B. bei infauster Prognose) erheblich verändert.<sup>64</sup> Entsprechend ist nicht von vornherein zu vernachlässigen, dass sich analog dazu der Wille, weiterzuleben, gegenüber dem zu erwartenden Leid / bereits spürbaren Leid oft verstärkt. Zwischen einem willensfähigen Patienten, der sein Leid erkennbar erfährt und daraufhin den Wunsch zu sterben mitteilt, muss also vielleicht gerade ein Unterschied erhalten werden zum Patienten, der diesen Zustand lediglich versucht zu antizipieren und ihn daraufhin in einer Patientenverfügung niederlegt.

Gerade im Kontext zur Entstehung einer Patientenverfügung in Beratung mit Ärzten<sup>65</sup> oder Anwälten ist die Gefahr, dass der Berater aufgrund seines fachlichen Wissensvorsprungs im Ergebnis zum Herrn über Leben und Tod gemacht wird, nicht zu unterschätzen, auch wenn Ärzte grundsätzlich gehalten sind, auch medizinisch unvernünftige Entscheidungen des Patienten zu respektieren.<sup>66</sup> Gibt nicht der behandelnde Arzt unter Bezugnahme auf seine Erfahrungswerte und Prognose vor, welches Leid dem Patienten zuzumuten ist und welches nicht?<sup>67</sup> Entscheidet er dann nicht im Ergebnis doch über lebenswertes und -unwertes Leben? Letzteres ist jedenfalls nicht vom Berufsethos des Arztes gedeckt und widerspricht dem Verfassungsgrundsatz der Unantastbarkeit der Menschenwürde i.S.v. Art. 1 I GG in elementarer Weise. Der Schutz vor der Zuordnung eines Lebenswertes ist im Wege der Patientenverfügung auch nicht abdingbar.

Eine gewisse Drittbestimmtheit verbleibt schließlich auch weiterhin bei der Durchsetzung der Patientenverfügung, etwa wenn nicht klar erkennbar ist, ob und in welchem Maße ein Patient leidet. Aus der Situation etwa im Pflegeheim heraus, in dem neueste Gerätschaften zur Messung von neuronalen Schmerzreizen nicht zur regulären Ausstattung gehören, lässt sich, selbst wenn sich der

willensunfähige Patient durch Nicken noch verständig machen kann, von außen keineswegs die Heftigkeit eines Leidens objektiv bestimmen. Hier verbleibt letztlich nur die subjektive Einschätzung Dritter, das Deuten durch Angehörige und die Erfahrungswerte des behandelnden Personals, sobald der Patient zur profunden verbalen Verständigung nicht mehr in der Lage ist. Dieses Deuten der Leidenssituation des Patienten bleibt auch und gerade bei der Auslegung der Patientenverfügung erforderlich (§1901a II BGB) und wirkt sich entsprechend bei der Einschätzung der Behandlungssituation durch Betreuer oder Bevollmächtigte aus.

Die Drittbestimmtheit bei der Erarbeitung und Auslegung einer Patientenverfügung legt zudem eine weitere, in ihrer Bedeutung nicht zu unterschätzende Gefahr offen: hohe Kosten durch Palliativ- und Intensivmedizin für das Gesundheitssystem stehen in der kommenden Generation dem demographischen Wandel gegenüber – eine Öffnung für aktive Sterbehilfe lässt also den faktischen Einzug wirtschaftlicher Erwägungen bei der Entscheidung und Beratung über Leben und Tod befürchten.<sup>68</sup> Wiederum wird dies auch bei der Durchsetzung der Patientenverfügung über Betreuer/Bevollmächtigten dann relevant, wenn es sich um einen Angehörigen handelt, der etwa die verbleibenden Kosten, die nicht von der Pflegeversicherung des Patienten gedeckt sind, zu tragen hat. Über die Patientenverfügung könnte sich damit eine in der Gesellschaft geduldete Relativierung der Lebenserhaltung gegenüber entstehenden Kosten<sup>69</sup> etablieren, die, auch wenn vom Patienten erkannt und gewollt, nach der geltenden Werteordnung des Grundgesetzes zu verhindern ist, Art. 1 I GG.

Das Potenzial der Drittbestimmung und -beeinflussung bei der Erstellung einer Patientenverfügung im Rahmen der Beratung mit Ärzten und Angehörigen und im Rahmen der tatsächlichen Durchsetzung ist mithin nicht zu unterschätzen. Den Staat trifft daher die Pflicht,<sup>70</sup> das Leben und die Würde des Menschen über die Aufrechterhaltung des Verbots aktiver Sterbehilfe in Verbindung mit Patientenverfügungen zu schützen.<sup>71</sup> Insgesamt ist mithin eine teleologische Ableitung der ausnahmsweisen Zulässigkeit der Herbeiführung eines Sterbevorgangs aus den §§ 1901a ff. BGB abzulehnen.

#### IV. Fazit

Das Bedürfnis nach dem selbstbestimmten Sterben steigt angesichts der zunehmenden Individualisierung der Gesellschaft und der damit oft einhergehenden Vereinsamung während der letzten Stationen des Lebens stetig. Zudem existieren Krankheitsverläufe, die eine weitgehende Schmerz- und Angstfreiheit nicht zulassen oder im Rahmen derer mangels hinreichender Erkennbarkeit für Dritte Schmerz- und Angstfreiheit nicht hergestellt werden kann.

Vor diesem Hintergrund kann die Geltungskraft der Patientenverfügung auch



im Verlangen der aktiven Sterbehilfe nach teleologischer Auslegung geboten erscheinen. Der absolute Lebensschutz aber, der den Unwägbarkeiten der im Grunde unmöglichen Antizipation der eigenen Schmerzgrenze in der Situation der Krankheit und der Mitwirkung und Mitbestimmung Dritter mit und ohne Sonderwissen gegenübersteht, gebietet, den Einzug pragmatischer Merkmale wie „Kosten-Nutzen“ und fremder Maßstäbe wie „das würde ich nicht wollen“ bei der Bestimmung des Lebensendes zu verhindern. Mithin kann die Patientenverfügung für Fälle der passiven und indirekten Sterbehilfe bei idealer Beratung ein Mittel sein, das würdevolle Sterben nach den individuellen Vorstellungen des Patienten zu ermöglichen. Die Patientenautonomie wird dadurch gefestigt, das Vertrauen zwischen Arzt und Patient ausgebaut und die Rechtssicherheit des behandelnden Personals, sich zumindest nicht nach den §§ 223 ff. StGB strafbar zu machen, untermauert. Insoweit wird der Sinn und Zweck des § 1901a BGB m.E.<sup>72</sup> nach erfüllt. Da aber die Patientenverfügung eben allenfalls eine Fiktion bleibt, erscheint eine Geltungskraft auch beim Wunsch nach aktiver Sterbehilfe gerade im Kontext zu Entstehung und Auslegung durch Dritte nicht vertretbar.<sup>73</sup>

<sup>1</sup> Ulsenheimer K: § 132 Rn. 1-3, in: Laufs A, Kern BR, Handbuch des Arztrechts, 4. Auflage, München 2010; Bockenheimer-Lucius G, Die Patientenverfügung in der Praxis – Grundlagen ärztlichen Handelns und klinischen Entscheidens, in: Frewer A, Fahr U, Rascher W, Patientenverfügung und Ethik – Beiträge zur guten klinischen Praxis, Würzburg 2009, S.17–36, S. 25 f., Deutsch E, Spickhoff A, Medizinrecht, 6. Auflage, Heidelberg 2008, Rn. 675; Hofmann H, Art. 1 Rn. 39, in: Schmidt-Bleibtreu B, Hofmann H, Hopfau A (Hg.), Grundgesetz – Kommentar, 12. Auflage, Neuwied Krieffel 2011.

<sup>2</sup> Ulsenheimer, Fn. 1, Rn. 5.

<sup>3</sup> BGH 2 StR 454/09.

<sup>4</sup> BGH 2 StR 454/09.

<sup>5</sup> Hecker B, Urteilsbesprechung zu BGH 2 StR 454/90, JuS 2010, S. 1027–1030, S. 1027; BGH 2 StR 454/09.

<sup>6</sup> BGH, NJW-Spezial 2010, S. 569; BGH 2 StR 454/09; so auch Deutsch, Spickhoff, Fn. 1, Rn. 677; ebenso in Großbritannien anerkannt: Mason JK, Mc Call Smith RA, Laurie GT: Law and Medical Ethics, Sixth Edition, London 2002, ch. 18.20; Hofmann, Fn. 1.

<sup>7</sup> Hecker, Fn. 5, S. 1028; BGH, NJW 1995, S. 204 (206).

<sup>8</sup> Vgl. Hecker, ebd., S. 1029; Stoffers K: Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit und die Abgrenzung von Tun und Unterlassen, JuS 1993, S. 23-28, S. 24.

<sup>9</sup> Hecker B, Urteilsbesprechung zu BGH 2 StR 454/90, JuS 2010, S. 1027–1030, S. 1028; BGH 2 StR 454/09.

<sup>10</sup> BGH 2 StR 454/09; So z. B. beim Abbruch der künstlichen Ernährung: Diederichsen U: § 1901a BGB, Rn. 7, in: Palandt O (Begr.), Kommentar – BGB, 72. Auflage, München 2010; LG Essen, NJW 2008, S. 1170.

<sup>11</sup> BGH 2 StR 454/09.

<sup>12</sup> Ebd., C. 39. Zum gesamten Absatz: BGH, NJW-Spezial 2010, S. 569; Schwab D: § 1901a, Rn. 30, in: Säcker J, Roland Rixecker R (Hg.), Münchener Kommentar – BGB, Band 8 – Familienrecht II, R, 6. Auflage, München 2012; Hecker, Fn. 9, S. 1029 f.

<sup>13</sup> BGH 2 StR 454/09.

<sup>14</sup> Siehe zum Streit über die Bindungswirkung der Patientenverfügung: Lange W: Inhalt und Auslegung von Patientenverfügungen, Baden-Baden 2009, S. 39.

<sup>15</sup> Zur Begriffsentwicklung: May A: Beratung zu Vorsorgemöglichkeiten – Patientenverfügungen

zwischen Politik, Ethik und Praxis, in: Frewer A, Fahr U, Rascher W, Patientenverfügung und Ethik – Beiträge zur guten klinischen Praxis, Würzburg 2009, S. 37–60, S. 37; Kieß P, §1901a BGB, in: Jurgeleit A (Hg.), Betreuungsrecht – Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2010, Rn. 10.

<sup>16</sup> BGH 2 StR 454/09; Kieß, Fn. 15, § 1901a Rn. 8, 9.

<sup>17</sup> BT-Drs. 16/8442, S. 11.

<sup>18</sup> Kieß, Fn. 15, § 1901a Rn. 42; Schwab, Fn. 12, § 1901a Rn. 25, vgl. Rn. 37.

<sup>19</sup> Schwab, Fn. 12, § 1901a Rn. 16; Vgl. BGH, NJW 2003, S. 1588 (1589); Ulsenheimer, Fn. 1, § 132 Rn. 42.

<sup>20</sup> Wolkinge A: Todesbegriff, Sterbehilfe und aktive Euthanasie – ein moraltheologischer Beitrag, in: Bernat E (Hg.), Ethik und Recht an der Grenze zwischen Leben und Tod, Graz 1993, S. 43–60, S. 51; vgl. Joerden J: Menschenleben – Ethische Grund- und Grenzfragen des Medizinrechts, Wiesbaden 2003, S. 170.

<sup>21</sup> Schwab, Fn. 12, § 1901a Rn. 30; Schick P: Todesbegriff, Sterbehilfe und aktive Euthanasie – strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Erwägungen, in: Bernat, Fn. 20, S. 121–140, S. 135; vgl. Schulze-Fielitz H, Art. 2 II, in: Dreier H (Hg.), Grundgesetz Kommentar, Band 1, Präambel, Art. 1-19, 2. Auflage, Tübingen 2004, Art. 2 II Rn. 43; BGH 2 StR 454/09.

<sup>22</sup> Vgl. Hoerster N, Forum: Kompromisslösung zum Menschenrecht des Embryos auf Leben?, JuS 2003, S. 529–532, S. 529.

<sup>23</sup> Vgl. BGH, NJW 2003, S. 1588; BGHSt 42, 301 (305).

<sup>24</sup> Wolkinge, Fn. 20, S. 46.

<sup>25</sup> Schick, Fn. 21, S. 132; Ulsenheimer, Fn. 1, § 132 Rn. 5 (wobei auch die straflose Beihilfe berufsrechtlich nach den Grundsätzen der BÄK vom 7.5.2004 als verboten gilt, ebd., Rn. 22, 27, 32).

<sup>26</sup> BGHSt 37, 376 (379); Ulsenheimer, Fn. 1, § 149 Rn. 11.

<sup>27</sup> Vgl. Schulze-Fielitz, Fn. 21, GG, Art. 2 II Rn 43.

<sup>28</sup> Zur Begriffsbestimmung: Wolkinge, Fn. 20, S. 46; Ulsenheimer, Fn. 1, § 132 Rn. 7; Schulze-Fielitz, Fn. 21, GG, Art. 2 II Rn. 43.

<sup>29</sup> Wolkinge, Fn. 20, S. 53 f.

<sup>30</sup> Ulsenheimer, Fn. 1, § 132 Rn. 5; BGHSt 42, 301 (305).

<sup>31</sup> Schick, Fn. 21, S. 133 f.; Schulze-Fielitz, Fn. 21, GG, Art. 2 II Rn. 43.

<sup>32</sup> BGHSt 40, 257 ff.; Ulsenheimer, Fn. 1, § 149 Rn. 14 (etwa, wenn eine Behandlung nicht mehr medizinisch indiziert ist, eine Besserung oder Defektheilung also nicht zu erwarten ist).

<sup>33</sup> Ob aus der Patientenverfügung eine Fiktion abzuleiten ist oder nur ein für Dritte verbindlicher Rechtsakt, an den sich der Betreuer unter eigener Abgabe/Verweigerung der Einwilligung in Vertretung halten muss ist umstritten, hier aber nicht entscheidungsrelevant: vgl. Lange, Fn. 14, S 38 f.

<sup>34</sup> Zum Ethik-Begriff: Schmidt-Jortzig E, Ethik, in: Igl G, Welti F (Hg.), Gesundheitsrecht, München 2012, Rn. 1435, 1436; vgl. v. Engelhardt D, Prinzipienethik vs. Tugendethik in der Medizin, in: Oehmichen M, Kaatsch HJ, Rosenau H, Praktische Ethik in der Medizin; Lübeck 2003, S. 37–52, S. 37, 40.

<sup>35</sup> Ulsenheimer, Fn. 1, § 149 Rn. 2; Hofmann, Fn. 1, GG, Art. 1 Rn. 39.

<sup>36</sup> An dieser Stelle soll auf die Diskussion zur Herleitung des Selbstbestimmungsrechts aus Art. 2 II oder 2 I 1 i.V.m. 1 I GG verzichtet werden – siehe Höfling W: § 1901a BGB Rn. 1, in: Prütting D (Hg.), Fachanwaltskommentar Medizinrecht, Köln 2010; BVerfGE 89, 120, 130; Lorenz J: Sterbehilfe – ein Gesetzesentwurf, Baden-Baden 2008, S. 71; BGH 2 StR 454/09.

<sup>37</sup> Schröder B: Das Recht auf ein menschenwürdiges Sterben, Berlin 2003, S. 194; Seibert M: Rechtliche Würdigung der aktiven indirekten Sterbehilfe, Konstanz 2003, S. 66.

<sup>38</sup> Seibert, Fn. 37, S. 66.

<sup>39</sup> Ebd., S. 67; anderer Ansicht nach wird das Lebensrecht in seiner negativen Schutzdimension durch das Recht auf den Tod begrenzt: Pieroth B, Schlink B: Grundrechte – Staatsrecht II, 27. Auflage, Heidelberg 2011, Rn. 419.

<sup>40</sup> Vgl. Ulsenheimer, Fn. 1, § 149 Rn. 3.

<sup>41</sup> Der Streit, ob ein Arzt schon kraft Berufspflicht zum Garanten eines Patienten wird, soll an dieser Stelle dahinstehen (dazu Seibert, Fn. 37, S. 26 f.).

<sup>42</sup> Seibert, Fn. 37, S. 25; Eser A, § 223 StGB, in: Schönke A, Schröder H (Hg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Auflage, München 2010, StGB, § 223 Rn. 5, 44.

<sup>43</sup> Wilms H, Jäger Y: Menschenwürde und Tötung auf Verlangen, ZRP 1988, S. 41-46, S. 44.

<sup>44</sup> Als Grundlagen dienen hier die MBO, die für die Satzungsgebung der Ärztekammern empfohlenen Charakter hat, und die BÄO, welche als materielles Bundesrecht verbindlich für jeden Arzt gilt. Siehe Scholz K, MBO, in: Spickhoff A (Hg.), Medizinrecht – Kommentar, München 2011, S. 982, Rn. 1; Schelling P, BÄO, Ebd., S. 302, Rn. 1.

<sup>45</sup> Bockenheimer-Lucius, Fn. 1, S. 19; vgl. Deutsch, Spickhoff, Fn. 1, Rn. 17.

<sup>46</sup> Schröder, Fn. 37, S. 70; Bockenheimer-Lucius, Fn. 1, S. 20; Ulsenheimer, Fn. 1, § 132 Rn. 1, 19; Deutsch, Spickhoff, Fn. 1, Rn. 14.

<sup>47</sup> Bockenheimer-Lucius, Fn. 1, S. 22 f.

<sup>48</sup> Wollersheim U, § 5 Rn 115, in: Terbille M, Münchener Anwalts-Handbuch Medizinrecht, München 2009; Scholz, Fn. 44, S. 1041 Rn. 4.

<sup>49</sup> Janda C, Medizinrecht, Konstanz 2010, S. 113; Wollersheim, Fn. 48, § 5 Rn 104; zum Vorrang des Patientenwillens und Vertrauensverhältnis: Schelling, Fn. 44, Rn. 3.

<sup>50</sup> Ulsenheimer, Fn. 1, § 132 Rn. 21 m.w.N.; vgl. Seibert, Fn. 37, S. 24; vgl. Schröder, Fn. 37, S. 198; Deutsch, Spickhoff, Medizinrecht, Fn. 1, Rn 680; Janda, Fn. 49, S. 110.

<sup>51</sup> Hoppe JD, Rompf T, Seeböhm A, in: Prütting, Fn. 36, § 1 BÄO Rn 1, 27 f.; Scholz, Fn. 44, MBO Gelöbnis, S. 983 und § 1 MBO, Rn 1, § 2 Rn 2, 4.

<sup>52</sup> Vgl. Wolff HP: Ethische Güterabwägung in der klinischen Medizin, in: Sass HM, Viefhues H, Güterabwägung in der Medizin, Heidelberg 1991, S. 108–115, S. 109; Wolking, Fn. 20, S. 46; Schröder, Fn. 37, S. 198; Wandel des Grundsatzes „salus aegroti suprema lex“ zu „voluntas aegroti suprema lex“, vgl. Ulsenheimer, Fn. 1, § 132 Rn. 25, 34; Deutsch E, Verfassungszivilrecht bei der Sterbehilfe, NJW 2003, S. 1567–1568, S. 1567; vgl. Deutsch, Spickhoff, Medizinrecht, Fn. 1, Rn. 18; Scholz, Fn. 44, § 2 MBO Rn. 3.

<sup>53</sup> Ulsenheimer, Fn. 1, § 132 Rn. 11; Seibert, Fn. 37, S. 64.

<sup>54</sup> Wollersheim: Münchener Anwalts-Handbuch Medizinrecht, § 5 Rn. 106; Hoppe, Rompf, Seeböhm, in: Prütting, Fn. 36, § 1 BÄO Rn. 26.

<sup>55</sup> So auch Wollersheim, Fn. 48, § 5 Rn. 111.

<sup>56</sup> Vgl. Schröder, Fn. 37, S. 55, 230 f.; Grewel H: Theologische Anfragen an die Intensivmedizin, in: Oehmichen M, Kaatsch HJ, Rosenau H, Praktische Ethik in der Medizin, Lübeck 2003, S. 303–310, S. 306, Ziffer 9; Mason, Fn. 6, ch. 18.3; Pollack H: Sterbehilfe aus Sicht der katholischen Kirche, in: Knopp L, Schluchter W, Sterbehilfe – Tabuthema im Wandel?, Berlin Heidelberg 2004, S. 119–128, S. 119 f.

<sup>57</sup> Grewel, Fn. 56, S. 306, Ziffern 10, 4; anders allein im niederländischen Evangelismus: Schluchter W, Soziologische Aspekte zur Autonomie und Selbstbestimmung, in: Sterbehilfe – Tabuthema im Wandel?, Fn. 56, S. 3–30, S. 6, 15.

<sup>58</sup> Schluchter, Fn. 57, S. 6.

<sup>59</sup> Zum gesamten Absatz: Schluchter, Fn. 57, S. 9–11.

<sup>60</sup> Vgl. hippokratischer Eid: Schröder, Fn. 37, S. 299; Seibert, Fn. 37, S. 63; Deutsch, Spickhoff, Medizinrecht, Fn. 1, Rn. 669.

<sup>61</sup> Siehe Deutsch, Spickhoff, Medizinrecht, Fn. 1, Rn. 680.

<sup>62</sup> Im Vergleich bezieht sich z. B. auch die niederländische Rechtsordnung, nach der aktive Sterbehilfe im Einzelfall zulässig ist auf die aktuelle Leidenssituation in Verbindung mit dem aktuell geäußerten Wunsch zu Sterben: Schröder, Fn. 37, S. 229 f.; ebenso in den USA: Sloan I: The right to die: Legal and Ethical Problems, London Rom New York 1988, S. 31 ff.

<sup>63</sup> Vgl. dazu die Rechtsprechung zum Schmerzengeld bei Bewusstlosigkeit: BGH, NZV 1998, 370, 371; OLG München, VersR 1998, S. 645; BGHZ 120, 1 f.

<sup>64</sup> Vgl. Gieseler H: Ethik in der Onkologie: Spannungsfeld zwischen Therapieoptimum und Lebensqualität, in: Oehmichen et al., Fn. 56, S. 229–240, S. 237.

<sup>65</sup> Wunder M: Zur Kontroverse um die gesetzliche Regelung der Patientenverfügung, in: May A,

Charbonnier R, Patientenverfügungen. Unterschiedliche Regelungsmöglichkeiten zwischen Selbstbestimmung und Fürsorge, Münster 2005, S. 83 f.

<sup>66</sup> Janda, Fn. 49, S. 114.

<sup>67</sup> Der erhebliche Wissensvorsprung bleibt ja bestehen: siehe Kreß H: Medizinische Ethik – kulturelle Grundlagen und ethische Wertkonflikte heutiger Medizin, Stuttgart 2003, S. 23.

<sup>68</sup> Dies zeigt auch bereits die Argumentation von Frank Czerner. Czerner F: Das Euthanasie-Tabu – Vom Sterbehilfe-Diskurs zur Novellierung des § 26 StGB, Dortmund 2004, S. 24, 25: Hier wird das Bedürfnis nach aktiver Sterbehilfe aufgrund struktureller Defizite im Gesundheitssystem hergeleitet. Czerner fordert die Zulassung aktiver Sterbehilfe nach einer Aufrechnung von verfügbaren Palliativbetten und Patienten; vgl. Pollack, Fn. 56, S. 121 m.w.N.; zum demografischen Wandel: Czerner, Ebd., S. 19; Kreß, Fn. 67, S. 23.

<sup>69</sup> Vgl. Deutsch, Spickhoff, Medizinrecht, Fn. 1, Rn. 675; Hofmann, Fn. 1, GG, Art. 1 Rn. 39.

<sup>70</sup> BVerfGE 39, 1, 42.

<sup>71</sup> Vgl. Lorenz, Fn. 36, S. 72 f.; Hofmann, Fn. 1, GG, Art. 2 II Rn. 50; Art. 1 Rn. 39; anderer Ansicht nach trifft den Staat hier keine Schutzpflicht: Schulze-Fielitz, Fn. 21, GG, Art. 2 II Rn. 50.

<sup>72</sup> Das teils verbleibende Unvermögen des Rechtsanwenders, überhaupt zwischen aktiver und passiver Sterbehilfe zu unterscheiden und damit die Unsicherheit, straflos oder strafwürdig zu handeln, wird über die Einrichtung einer Patientenverfügung nicht beseitigt.; siehe dazu auch Czerner, Fn. 68, S. 32.

<sup>73</sup> Vgl. dazu die Darstellungen zur Palliativmedizin beim einwilligungsfähigen Patienten: Czerner, Fn. 68, S. 22.

Jana Schäfer-Kuczynski ist derzeit wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Prof. Dr. Astrid Wallrabenstein, an der Goethe-Universität Frankfurt am Main. Dort promoviert sie zum Thema Rationierung im Gesundheitswesen.

### Deutschlands Gesundheitssystem gestalten?

von Sven Wedlich, M.Mel.

Die große Koalition, bestehend aus CDU/CSU und SPD, stellte am 27.11.2013 nach fünf Wochen Verhandlung ihren Koalitionsvertrag „Deutschlands Zukunft gestalten“ vor.<sup>1</sup> Die gesundheitspolitischen Zielsetzungen der großen Koalition lassen sich dabei nicht auf das in den Medien diskutierte und kritisierte Vorhaben der Reduzierung der Wartezeit für einen Behandlungstermin reduzieren.<sup>2</sup> Nachfolgend soll eine Übersicht der wesentlichen im Koalitionsvertrag enthaltenen gesundheitspolitischen Vorhaben gegeben werden.

#### 1. Stärkung der flächendeckenden medizinischen Versorgung

Das geplante zentral organisierte Zuweisungsmanagement zur Vermittlung von Behandlungsterminen ist nur ein Eckpunkt mehrerer Maßnahmen, welche der Stärkung der flächendeckenden medizinischen Versorgung dienen sollen. Einige der geplanten Maßnahmen lassen sich auf die im Jahresbericht 2013 der Unabhängigen Patientenberatung aufgezeigten Defizite in der medizinischen Versorgung zurückführen.<sup>3</sup>

##### 1. Reduzierung der Wartezeit

Der Patient soll nach den Plänen der Koalition die Möglichkeit haben, bei einer durch die Kassenärztliche Vereinigung eingerichteten zentralen Terminservice-stelle, sich innerhalb einer Woche einen Behandlungstermin vermitteln zu lassen. Hierbei soll eine Wartezeit von vier Wochen nicht überschritten werden. Ist es nicht möglich dem Patienten in diesem Zeitraum einen Termin zu zuweisen, kann dem Patienten bei medizinisch begründeten Fällen ein Termin zur ambulanten Behandlung in einem Krankenhaus angeboten werden. Die ambulante Behandlung in einem Krankenhaus geht dabei zu Lasten des KV-Budgets.

Die Koalitionspartner reagieren mit dem angedachten zentralisierten Zuweisungsmanagement auf die von Patientenseite kritisierten langen Wartezeiten.<sup>4</sup> Fraglich erscheint, wie Sachbearbeiter einer solchen Terminservice-stelle beurteilen sollen, ob es sich um einen medizinisch begründeten Fall handelt. Auch kann durchaus kritisch gesehen werden, dass durch eine solche Zuweisung auf die Arztwahl Einfluss genommen wird. Jedoch steht diesem Eingriff das Interesse des Patienten, zeitnah einen Behandlungstermin und damit eine Versorgung zu erhalten, entgegen.

Besonders hervorgehoben wurde zudem die Reduzierung der Wartezeit bei der psychotherapeutischen Versorgung, deren Betroffenen zudem zeitnah ein Angebot für eine Kurzzeittherapie eröffnet werden soll. Antrags- und Gutachterverfahren sollen vereinfacht werden. Hintergrund hierfür sind die zum Teil erheblichen Wartezeiten für einen Termin bei einem Psychotherapeuten, die im Jahresbericht 2013 der Unabhängigen Patientenberatung Deutschland durchschnittlich mit 12,5 Wochen angegeben wurden.<sup>5</sup>

#### 2. Krankenhauszulassung zur ambulanten Versorgung

Ferner wurde als Maßnahme zur Sicherstellung der flächendeckenden medizinischen Versorgung die Verbesserung der Zulassung von Krankenhäusern zur ambulanten Versorgung in unterversorgten Gebieten genannt. Hierfür soll der § 116a SGB V, der die Zulassung von Krankenhäuser für eine entsprechendes Fachgebiet und in einem unterversorgten Planungsbereich regelt, durch die Änderung des Wortes „kann“ in „muss“ geändert werden. Die Zulassungen sollen zudem einer jährlichen Überprüfung unterliegen.

#### 3. Praxisnetze

Der Zusammenschluss von Vertragsärzten zum Zweck einer interdisziplinären wohnortnahen ambulanten medizinischen Versorgung soll unter dem Aspekt der qualitativen Steigerung der medizinischen Versorgung in Praxisnetzen gefördert werden.

#### 4. Medizinische Versorgungszentren

Die Gründung von Medizinischen Versorgungszentren soll dahingehend vereinfacht werden, dass auf die bisherige Zulassungsvoraussetzung zweier unterschiedlicher Arztgruppen verzichtet werden soll.

Arztgruppengleiche Medizinische Versorgungszentren sollen damit zugelassen werden. Zudem soll es entgegen der bisherigen Regelung des § 95 Abs. 1a SGB V künftig auch Kommunen möglich sein, Medizinische Versorgungszentren zu bilden, wobei der Vorrang eines ärztlichen Bewerbers bei einer Nachbesetzung auch weiterhin gelten soll. Die geplante Stärkung von Medizinischen Versorgungszentren zur Sicherstellung der medizinischen Versorgung wird auch darin deutlich, dass im Koalitionsvertrag ausdrücklich Erwähnung findet, das MVZ bei der Zulassung sowie Vergütung nicht benachteiligt werden dürfen.

## **5. Kommunikation- und Informationstechnologien**

Zur Verbesserung einer leistungsfähigen Gesundheitsversorgung sollen elektronische Kommunikations- und Informationstechnologien ausgebaut werden. Hervorgehoben wurden hierbei die Versichertenstammdaten, Notfalldaten, Kommunikation zwischen allen Leistungserbringern, Verbesserung der Arzneimittelsicherheit und Daten für ein verbessertes Einweisungs- und Entlassungsmanagement. In Anbetracht der Probleme der Umsetzung solcher Vorhaben in den letzten Jahren darf man gespannt sein, in welchen konkreten Maßnahmen diese gesetzliche Zielsetzung Gestalt annehmen wird.

## **II. Korruption im Gesundheitswesen**

Der Korruption im Gesundheitswesen soll durch Einführung eines neuen Straftatbestandes der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen entgegen getreten werden.<sup>6</sup>

## **III. Versorgungsqualität**

### **1. Entlassungsmanagement**

Die Sicherstellung einer lückenlosen poststationären Versorgung soll künftig durch eine gesetzliche Koordinationsfunktion der Krankenkassen mit sichergestellt werden. Die Koordinationsfunktion wird dabei das – zum Teil in der stationären Versorgung aus vermeintlich wirtschaftlichen Zwängen sehr ungenügend umgesetzte – Entlassungsmanagement nicht ersetzen. Auch weiterhin wird den jeweiligen Einrichtungen die aktuelle und systematische Einschätzung der zu erwartenden poststationären Versorgungssituation und Risiken sowie die Ermittlung und Organisation des sich daraus ergebenden Versorgungsbedarfes obliegen.<sup>7</sup> In der Umsetzung der individuellen Entlassungsplanung, die eine bedarfsgerechte Information, Beratung, Schulung des Patienten und dessen Angehörigen sowie die Abstimmung einer bedarfsorientierten poststationären Versorgung mit den versorgenden Berufsgruppen und Einrichtungen umfasst, können die Krankenkassen für die Krankenhäuser eine unterstützende Funktion einnehmen.

Zur Verbesserung der Qualität des Entlassungsmanagements ist dabei insbesondere zu begrüßen, dass die Krankenhäuser nach den Plänen im Koalitionsvertrag bei Entlassung Leistungen verordnen und pflegerische Übergangsleistungen veranlassen können sollen.

## **2. Maßnahmen zur Qualitätssicherung**

Neben den bereits für die Krankenhausplanung bestehenden Kriterien soll das Kriterium der Qualität hinzukommen. Ferner soll ein Qualitätsinstitut gegründet werden, welches fach- und sektorenübergreifend Daten sammeln, auswerten und einrichtungsbezogen veröffentlichen soll. Eine der wohl wichtigsten Neuerungen zur Qualitätssicherung könnte künftig sein, dass der MDK ohne Anmeldung in den Einrichtungen Kontrollen durchführen darf.

## **3. Qualitätsberichte**

Ferner soll der GBA die Transparenz und Aussagekraft der jährlichen Qualitätsberichte der Krankenhäuser durch Vorgaben verbessern. Besonderes Ziel scheint es dabei zu sein, die Qualität als einsehbares Entscheidungskriterium des Patienten bei seiner Wahl der stationären Versorgung zu fördern. Krankenhausinfektionen sollen verpflichtender Bestandteil der Qualitätsberichte werden.

## **4. Transplantations- und Implantationsregister**

Zur Verbesserung der Patientensicherheit bei Transplantationen und Implantationen sollen in einem ersten Schritt Register aufgebaut werden.

## **IV. Patientenrechte**

Zukünftig sollen Patienten bei planbaren Operationen die Möglichkeit haben, eine Zweitmeinung bei einem vom Patienten ausgewählten Facharzt einzuholen. Hierüber hat der behandelnde Arzt zukünftig aufzuklären. Die Aufklärung soll mindestens zehn Tage vor der Operation erfolgen. Kosten der Einholung einer Zweitmeinung sollen von den Krankenkassen getragen werden. Dieser Kontrollmechanismus soll nicht notwendige Eingriffe vermeiden. Jedoch stellt sich die Frage, inwieweit dies dem Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient schadet und den Patienten unnötig verunsichert.

## **V. Notfallversorgung**

Die ambulante Notfallversorgung, die im Rahmen des so genannten Notfalldienstes erfolgt, ist nach den Heilberufsgesetzen der Länder durch in eigener Praxis tätige Ärzte aller Fachrichtungen, Zahnärzte und Psychologen zu gewährleisten. Zukünftig soll sich die Notfallversorgung außerhalb der allgemeinen Praxisprechzeiten auf die Krankenhäuser konzentrieren. Damit reagierte die Koali-

tion auf den Umstand, dass sich bereits jetzt die Notfallversorgung zunehmend auf Krankenhäuser konzentriert und der Tatsache, dass in den Krankenhäusern eine Notfallversorgung auf dem höchsten Versorgungsstandard gesichert ist. Der Kassenärztlichen Vereinigung wird dabei auch weiterhin der Sicherstellungsauftrag obliegen.

## **VI. Gesundheitsberufe**

### **1. Substitution ärztlicher Leistungen**

Nach dem Start der ersten Modellvorhaben nach § 63 Abs. 3c SGB V wird auch in diesem Koalitionsvertrag die versorgungspolitische Bedeutung nichtärztlichen Personals hervorgehoben, indem festgehalten wurde, dass die Delegation ärztlicher Leistungen auf nichtärztliches Personal flächendeckend möglich und leistungsgerecht vergütet werden soll. Versorgungsformen, deren Qualität und Wirtschaftlichkeit sich in Modellvorhaben erwiesen haben sollen in die Regelversorgung übernommen werden. Ferner sollen neue Modellvorhaben gestartet und ihre Eignung zur Regelversorgung evaluiert werden.

### **2. Psychotherapeuten**

Auch sollen die Befugnisbeschränkungen für Psychotherapeuten überprüft werden. Eine solche Überprüfung könnte zur Folge haben, dass die bestehenden Beschränkungen i.S.d. § 73 Abs. 2 SGB V und des § 24 Abs. 11 BMV-Ä, wie z. B. die Pharmakotherapie, Soziotherapie, Facharztüberweisung und Einweisung in Krankenhäuser aufgehoben werden und damit eine höhere Leistungsverantwortung übertragen wird, was zu einer verbesserten Versorgungssituation der Patienten durch ein besseres Case-Management führen könnte.

### **3. Hebammen und Gynäkologen**

Hebammen und Gynäkologen in der Geburtshilfe, die sich mit stetig steigenden Beiträgen für ihre Berufshaftpflichtversicherungen konfrontiert sehen,<sup>8</sup> müssen sich damit begnügen, dass die Koalition die Situation in der Geburtshilfe beobachten und für eine angemessene Vergütung sorgen will.

## **VII. Versorgungsforschung**

Ferner plant die Koalition die Versorgungsforschung mittels eines Innovationsfonds mit dem sektorübergreifende Versorgungsformen erforscht werden sollen.

## **VIII. Pflege**

### **1. Pflegebedürftigkeitsbegriff**

Die Pflegebedürftigkeit soll mittels eines neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffes besser anerkannt werden und die Situation für Pflegebedürftige, Angehörige und Pflegekräfte verbessert werden.<sup>9</sup>

### **2. Personalmindeststandards**

Im Rahmen der rechtlichen Möglichkeiten sollen Personalmindeststandards eingeführt werden und die Pflegeberufe sollen aufgewertet werden. Es bleibt abzuwarten, wie sich die Ausgestaltung von Personalmindeststandards darstellen wird. Für die Qualitätssicherung der Pflege erscheint es unerlässlich, als Indikator für die Qualität in der Versorgung die Anzahl der (Fach-)Pflegekräfte pro Patient zu definieren.<sup>10</sup>

## **IX. Vergütung**

Die Koalition stellt klar, dass die Einführung von diagnosebezogenen Fallgruppen richtig war. Das Institut für das Entgeltsystem im Krankenhaus (kurz InEK) soll zukünftig Kalkulationskrankenhäuser „adäquat repräsentativ auswählen“. Benanntes Ziel der Koalition ist es dabei die Vergütung der Krankenhäuser so zu gestalten, dass auch Krankenhäuser in strukturschwachen Regionen eine Vergütung erhalten, die gewährleistet, dass sie ihren Versorgungsauftrag wahrnehmen können und damit auch in diesen Regionen eine wohnortnahe stationäre Versorgung sichergestellt werden kann. Die Länder sollen dabei bei der Weiterentwicklung einer erreichbarkeitsorientierten Versorgungsplanung unterstützt werden.

Darüber hinaus soll die Wahrnehmung von Aufgaben der Maximalversorgung besser in den Fallpauschalen vergütet werden. Hierbei sollen für Hochkostenfälle, deren Vergütung in den Fallpauschalen nicht sachgerecht abgebildet werden können, durch gesonderte Vergütungsformen ersetzt werden, die durch InEK zu entwickeln sind.

Das 2012 verabschiedete Vergütungssystem in der Psychiatrie und Psychosomatik soll reformiert werden um eine sektorübergreifende Behandlung zu fördern und die Verweildauer zu verkürzen. Dabei soll die Zielsetzung eines transparenten und leistungsorientierten Vergütungssystems, welches eine Verzahnung der stationären und ambulanten Versorgung fördert, beibehalten werden. Bestehende Vergütungsbeschränkungen bei der hausärztlichen Versorgung sollen aufgehoben werden. Demnach will die Koalition die hauszentrierte

Versorgung weiter stärken.

Ferner sollen künftig die Mehrleistungsabschläge<sup>11</sup> dahingehend modifiziert werden, dass Leistungen mit nachgewiesener hoher Qualität von den Mehrleistungsabschlägen ausgenommen werden können und für besonders gute Qualität Zuschläge erteilt werden. Bei unterdurchschnittlicher Qualität sollen höhere Abschläge möglich sein. Dieses differenzierende System ist ein Anreizmodell zur Erbringung von Leistungen mit hoher Qualität.

Personalkosten der Pflege sollen nach Plänen der Koalition ausreichend in den Fallpauschalen berücksichtigt werden, so dass eine hinreichende Personalstruktur gewährleistet werden kann. Dies schafft die Grundlage zur Schaffung von Personalmindeststandards. Hierbei ist sich die Koalition aber durchaus des Problems bewusst, dass Mittel, welche für die Deckung von Personalkosten bereitgestellt werden, von den Einrichtungen nicht immer für den vorgesehenen Zweck genutzt werden. Daher sollen die Einrichtungen die Mittelverwendung in den Budgetverhandlungen in geeigneter Weise unbürokratisch nachweisen.

<sup>1</sup> Deutschlands Zukunft gestalten. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, <http://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf> (abgerufen am 28.06.2014).

<sup>2</sup> Vgl. Stukenberg T: Kürzere Wartezeiten für Patienten, Wirtschaftswoche, Stand: 08.11.2013, <http://www.wiwo.de/politik/deutschland/gesundheitspolitik-kuerzere-wartezeiten-fuer-patienten/9048348.html> (abgerufen am 28.06.2014); Erich I: Maßnahmen gegen lange Wartezeiten. Koalition unterläuft Behandlungsfehler, Stand: 27.12.2013, [http://www.n-tv.de/politik/politik\\_kommentare/Koalition-unterlaeuft-Behandlungsfehler-article11980261.html](http://www.n-tv.de/politik/politik_kommentare/Koalition-unterlaeuft-Behandlungsfehler-article11980261.html) (abgerufen am 28.06.2014); Landesärztekammer Hessen, Stand: 26.11.2013, [http://www.laekh.de/presse/pressemitteilungen-archiv/archiv/2013/presse\\_2013\\_11\\_26\\_kaffeesatzlesen.html](http://www.laekh.de/presse/pressemitteilungen-archiv/archiv/2013/presse_2013_11_26_kaffeesatzlesen.html) (abgerufen am 28.06.2014).

<sup>3</sup> Jahresbericht der Unabhängigen Patientenberatung Deutschland (UPD) an den Beauftragten der Bundesregierung für Belange der Patientinnen und Patienten gemäß § 65b SGB V, Berlin 2013.

<sup>4</sup> UPD, Fn 3, S. 13, 24 f, 37.

<sup>5</sup> UPD, Fn 3, S. 24.

<sup>6</sup> Hierzu Schneider H: Sonderstrafrecht für Ärzte?, HRRS 2013 (11), S. 473-480.

<sup>7</sup> Hierzu Deutsches Netzwerk für Qualitätsentwicklung in der Pflege, Expertenstandard Entlassungsmanagement in der Pflege, Stand 2009.

<sup>8</sup> Vgl. Drs. 17/4579; 17/9336; 17/14316.

<sup>9</sup> Hierzu Bundesministerium für Gesundheit, Bericht des Expertenbeirats zur konkreten Ausgestaltung des neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffs, Juni 2013.

<sup>10</sup> Vgl. BT-Drs. 17/12095; hierzu kritisch Wulfert E: Mindestpersonalbemessung in der Krankenhauspflege ist umstritten, Deutsches Ärzteblatt, Stand: 13.06.2013, <http://www.aerzteblatt.de/nachrichten/54766/Mindestpersonalbemessung-in-der-Krankenhauspflege-ist-umstritten> (abgerufen am 16.01.2014).

<sup>11</sup> Nach § 4 Abs. 2a KHEntG ist ein Abschlag für Leistungen zu erheben, die im Vergleich zur Vereinbarung für das laufende Kalenderjahr zusätzlich zum Erlösbudget berücksichtigt werden. Dies soll vermeiden, dass es in Krankenhäusern zu einer unbegründeten Ausweitung der Leistungsmenge kommt, und ist damit ein Instrument der Kostendämpfung. Hierzu Roeder N, Bunzemeier HJ, Fiori W: Kostendämpfung durch Mehrleistungsabschläge, KH 2012, S. 572-576.

## Deutschlands Zukunft gestalten – aber nicht zwingend so Kommentar zur geplanten Inkriminierung von Korruption im Gesundheitswesen

von RA Dr. iur. Sebastian T. Vogel

Der unter dem Titel „Deutschlands Zukunft gestalten“ firmierende Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode enthält zu diesem Thema genau einen Satz: „Wir werden einen neuen Straftatbestand der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen im Strafgesetzbuch schaffen.“<sup>1</sup> Vermeintlich notwendig wurde dieser Satz, weil der Große Senat in Strafsachen anno 2012 entschied:<sup>2</sup> Niedergelassene Vertragsärzte, die Bestechungsgelder annehmen (etwa damit sie bei der Verschreibung medizinisch indizierter Arzneimittel diejenigen eben jener bestechenden Unternehmen bevorzugen) sind weder aus wettbewerbsrechtlichen Gründen (§ 299 StGB: Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr) noch wegen Vorteilsannahme oder Bestechlichkeit nach den §§ 331 f. StGB strafbar. § 299 StGB scheidet richtigerweise deshalb aus, weil die Ärzte keine Beauftragten der gesetzlichen Krankenkassen sind, die Norm jedoch eine Angestellten- oder Beauftragteneigenschaft voraussetzt.<sup>3</sup> Für §§ 331 f. StGB fehlt es bei niedergelassenen Ärzten – anders als bei beamteten Ärzten in Unikliniken – schlicht an der Amtsträgereigenschaft.<sup>4</sup> Letztlich führte der Große Senat in einer Art Schlusstatement aus, „[v]or dem Hintergrund der seit längerem im strafrechtlichen Schrifttum geführten Diskussion sowie im Hinblick auf gesetzgeberische Initiativen (vgl. dazu etwa BTDrucks. 17/3685) zur Bekämpfung korruptiven Verhaltens im Gesundheitswesen verkennt der Große Senat für Strafsachen nicht die grundsätzliche Berechtigung des Anliegens, Missständen, die – allem Anschein nach – gravierende finanzielle Belastungen des Gesundheitssystems zur Folge haben, mit Mitteln des Strafrechts effektiv entgegenzutreten“. Dies sei jedoch allein dem Gesetzgeber vorbehalten.<sup>5</sup> Sich dieser Aufgabe zu verschließen, wird den aktuellen Entscheidungsträgern – trotz guter Gegenargumente (II.) – nicht mehr möglich sein (I.).

### I. Warum ein Straftatbestand kommen wird

Dass dieses Gesetzesvorhaben tatsächlich realisiert wird, steht aus mehreren Gründen mehr als nur zu vermuten. So wurden bereits in der vergangenen Legislaturperiode Vorüberlegungen und -arbeiten aus wissenschaftlicher, politischer und fachverbandlicher Sicht geleistet, die nunmehr problemlos fortgeführt werden können. (Dem steht freilich der formale Grundsatz der Diskontinuität nicht entgegen, demzufolge Gesetzesvorhaben der vergangenen Legislaturperiode für die jetzige – theoretisch – ohne Belang sind; denn der juristische Reset-

Knopf setzt den Programmablauf zwar auf null, löscht aber nicht die Daten auf der Festplatte.) Es handelt sich bei diesem Thema auch um keines, das lediglich einmal medial ausgeschlachtet und zur Verfüllung des Sommerloches genutzt wurde, um sodann für immer wieder aus den Gazetten zu verschwinden. Dieses Thema besitzt Wiederholungs- und damit Dauerkonfliktpotential, kann jedoch mit einem vergleichsweise simplen Gesetzesentwurf schnell ad acta gelegt werden. Letztlich besteht für die aktuelle Bundesregierung auch keinerlei Gefahr dabei: Die (politischen) Argumente wurden bereits in der vergangenen Legislaturperiode ausgetauscht, können also nun berücksichtigt werden, und keine Partei würde es wohl vor diesem Hintergrund wagen, jetzt noch gegen ein Gesetz zu stimmen, das Korruption im Gesundheitswesen eindämmen will.

## II. Mythen vs. Dogmatik: Was gegen ein Strafgesetz spricht

Wiewohl es prima facie einleuchtend ist, den Arzt zu bestrafen, der sich bei der Verschreibung eines Medikaments von monetären Interessen leiten lässt und dabei den Patienten vor lauter Gewinnstreben vernachlässigt, ist dieses Bild doch aus vielerlei Betrachtungsweisen überzeichnet, die angebotene Lösung verfehlt.

### 1. Mythos 1: Der gewissenlose Arzt

Man wird Zustimmung ernten, wenn man einen Niedergang der Qualität in der Gesundheitsversorgung beklagt, weil „Ärzte einen finanziellen Anreiz bekommen, nicht das für den Patienten am besten geeignete, sondern das für sie lukrativste Medikament zu verordnen.“<sup>6</sup> Indes darf nicht vergessen werden, dass dieser beschriebene Fall bereits jetzt eine Strafbarkeit für den Arzt nach sich ziehen kann. Denn wer ein medizinisch nicht indiziertes oder jedenfalls ein gegenüber dem Standard weniger geeignetes Medikament verordnet, das die Krankheit länger aufrechterhält als eigentlich nötig und/oder das zusätzliche Nebenwirkungen zeitigt, der muss sich wegen (fahrlässiger oder gar vorsätzlicher) Körperverletzung verantworten. In Zeiten, in denen Patienten immer öfter Zweitmeinungen einholen und auch den Gang zum Arzthaftungsrechtsanwalt bis hin zum Zivilgericht zunehmend weniger scheuen, von (kostenlosen) Strafanzeigen ganz zu schweigen, darf der gewissenlose Arzt eher als die Ausnahme gelten. Dem Schreckensszenario des Arztes, der ein schlechteres Medikament dem besseren bevorzugt, dürfte weit öfter der Fall gegenüberstehen, dass der Arzt unter zwei gleich geeigneten zu entscheiden hat und (nur) dort dann die Provision ausschlaggebend ist. Dann aber ist die Gesundheit des einzelnen Patienten nicht negativ tangiert.

### 2. Mythos 2: Geld spielt keine Rolle

Suggestiert wird zudem oft, der Arzt habe eine ausschließlich am Patienten zu orientierende Entscheidung zu treffen. Es stelle sich daher die Frage, ob nicht gerade das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient eines strafrechtlichen Schutzes bedürfe, ohne dass monetäre Erwägungen eine Rolle spielten.<sup>7</sup> Dies fußt maßgeblich auf den Erwägungen des Großen Senats, wonach „die ärztliche Behandlung, in die sich die Verordnung von Arzneimitteln einfügt, in erster Linie im Interesse des Patienten und in seinem Auftrag“ erfolge und diese Bindung an den Patienten bei „der erforderlichen wertenden Gesamtbetrachtung [...] im Vordergrund“ stehe.<sup>8</sup> Bei dieser Argumentation jedoch besteht die Gefahr, dass die Medizin als etwas verklärt wird, was sie nicht ist, nämlich als von finanziellen Interessen weitgehend unbeeinflusst.

Dass dem nicht so ist, wird deutlich daran, dass zumindest ein Teil der (auch politischen) Diskutanten den Straftatbestand gegen Korruption im Gesundheitswesen bei den Straftaten gegen den Wettbewerb im StGB verorten will, als einen neuen § 299a StGB.<sup>9</sup> Damit würde qua Gesetz anerkannt, dass das Gesundheitswesen natürlich ein großer Markt ist, einen solchen jedenfalls beinhaltet, in dem die Ärzteschaft – ob sie will oder nicht – einer der maßgeblichen Player ist.

Ferner schwebt das Wirtschaftlichkeitsgebot nach §§ 12, 70 Abs. 1 S. 2 SGB V wie ein Damoklesschwert über dem gesamten Gesundheitsbereich; die Ärzte müssen beständig auch die Preislisten im Blick behalten. Mithin lässt der Staat den Wettbewerb nicht Wettbewerb sein, sondern greift gestaltend in diesen Gesundheitsmarkt ein, indem etwa nicht ausreichende, unzweckmäßige oder auch ohne Notwendigkeit überbeuerte Medikamente oder Hilfsmittel nicht verordnet werden dürfen. Aus der Arzt-Patienten-Beziehung den Faktor Geld heraushalten zu wollen, ist ergo eine Utopie.

### 3. Dogmatische Konsequenz 1: Rechtsgutbestimmung und Bestimmtheit

Daraus folgt zum einen, dass ein künftiges Strafgesetz das zu schützende Rechtsgut definieren müsste. Wer den Wettbewerb und die Kosten des Gesundheitssystems in den Blick nimmt, kann nicht mit dem Arzt-Patienten-Verhältnis argumentieren. Wer letzteres oder gar „die Lauterkeit der medizinischen Versorgung und das Vertrauen der Allgemeinheit in die Lauterkeit der ärztlichen Tätigkeit“<sup>10</sup> zu schützen intendiert, entfernt sich immer mehr von einem greifbaren Schutzzweck. Es handelte sich dabei um ein gegenüber dem schon abstrakten Wettbewerb in noch höherem Maße entmaterialisiertes Rechtsgut, das in seinem Umfang kaum greifbar ist.<sup>11</sup> Es würde ohnehin unmöglich sein, dieses Rechtsgut zu verletzen; in Betracht käme einzig eine Gefährdung dessen, wobei schon dis-

kutabel ist, ab welcher Höhe einer Zuwendung oder welchem Sachwert eine solche Gefährdung von Vertrauen eintritt.

Dies müsste überdies dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG entsprechend ausformuliert werden, wobei ein Tatbestand, der von einem „nicht nur geringfügigen wirtschaftlichen Vorteil“ spricht, dem wohl nicht standhielte.<sup>12</sup> Ob aber jedweder Vorteil geeignet ist, eine Strafbarkeit nach sich zu ziehen, ist zweifelhaft.

Letztlich beide Rechtsgüter zugleich zu schützen ist unmöglich, systematisch (wo im StGB zu verorten? Oder zwei Straftatbestände für regelmäßig ein und dieselbe Handlung?) wie auch logisch. Denn es bliebe erstens ein zumindest gefühlter Widerspruch zwischen dem Arzt als einzig dem Patienten und dessen Gesundheit Verpflichtetem einerseits und dem faktisch unmittelbar im Wettbewerb stehenden Arzt andererseits. Zweitens würde daraus aber auch ein faktischer Widerspruch, wenn ein Arzt von einem Unternehmen pauschal (für alle Medikamente) gesponsert wird, im konkreten Fall aber nur ein Medikament überhaupt auf dem Markt, also gar kein Wettbewerb vorhanden ist. Dann wäre der Wettbewerb überhaupt nicht tangiert, das Vertrauen aber wohl schon. Der Gesetzgeber muss sich folglich für ein Rechtsgut entscheiden.

#### 4. Dogmatische Konsequenz 2: Ultima-ratio-Prinzip vs. Symbolstrafrecht

Ein Argument, das in der hiesigen Diskussion nicht überwunden werden kann, ist, dass das Strafrecht stets nur die ultima ratio, also die letztmögliche Lösung sein muss. Um dies zu beurteilen, ist es hilfreich, auch nicht zu überzogene Hoffnungen mit einem neu geschaffenen Straftatbestand zu verknüpfen. Beides aber wird in dieser Debatte fast schon sträflich vernachlässigt.

Übersehen wird zum einen, dass die Staatsanwaltschaften und Gerichte bisher alle Möglichkeiten hatten, die schlimmsten Auswüchse ärztlicher Korruption zu bekämpfen. Gemeint sind die Fälle, in denen Ärzte tatsächlich dem Patienten weniger geeignete Mittel nur deshalb verordneten, weil sie von Pharmaunternehmen dafür bezahlt wurden. Dies war bis dato strafbar (und ist es noch) als Körperverletzung (siehe oben II.a). Dies war aber auch – da durch die Verordnung von nicht ausreichenden, unzumutbaren oder auch ohne Notwendigkeit überkauften Medikamenten oder Hilfsmitteln das Wirtschaftlichkeitsgebot verletzt ist – strafbar als (sog. Vertragsarzt-) Untreue nach § 266 StGB.<sup>13</sup> Wenn dies nicht gereicht hat, diese korrupten Verhaltensweisen einzudämmen oder auch nur aufzuspüren, ist zu hinterfragen, warum dies bei einem neuen Straftatbestand anders sein sollte.

Ferner sind die sonstigen regelmäßigen Vorteilsannahmen zumindest berufs- und standesrechtlich schon immer verboten gewesen und tatsächlich zuweilen auch sanktioniert worden.<sup>14</sup> Die §§ 31 ff. der Musterberufsordnung für Ärzte

(MBO-Ä), übernommen in die jeweiligen Berufsordnungen der Länder, sowie § 7 Abs. 1 S. 1 des Heilmittelwerbegesetzes (HWG) verbieten gerade die hier besprochenen korruptiven Verhaltensweisen. Auf Rechtsfolgenseite bieten die jeweiligen (Kammer-) Gesetze eine breite Palette von Warnungen bis hin zu Geldbußen in Höhe von 50.000,00 € oder die Feststellung der Unwürdigkeit der Berufsausübung, was zum Entzug der Approbation und auch des Dokortitels führen kann.

Die Verfahrenswirklichkeit in Strafverfahren sieht demgegenüber weit weniger drastisch aus. Selten nur landen Verfahren gegen Ärzte tatsächlich vor Gericht, zumeist werden sie schon vorab eingestellt, schlimmstenfalls mit einer (Geld-) Auflage nach § 153a StGB. Diese Auflagen treffen Ärzte regelmäßig wenig bis gar nicht; erst die Kenntnis der entsprechenden Ärztekammer und ein etwaiges disziplinar- oder berufsgerichtliches Verfahren sind bedrückend für die jeweiligen Betroffenen.<sup>15</sup> Eine Verankerung im Strafrecht wird demgemäß keinen Mehrwert bringen.

#### III. Fazit

Ein Vorgehen gegen Korruption im Gesundheitswesen sollte besser weiterhin den Standesvertretern selbst überlassen bleiben. Die Strafrechtswirklichkeit bietet zum einen nicht die Strafen, die wirklich abschreckend sind, um generalpräventiv zu wirken. Zum anderen sprechen strafrechtsdogmatische Gesichtspunkte dagegen, wieder einmal das (Symbol-) Strafrecht zu bemühen, obgleich das bestehende Berufs- und Standesrecht der bessere Ort zur Ahndung ist.<sup>16</sup> Nachgedacht werden sollte einzig darüber, ob nicht die Ermittlungsbefugnisse der entsprechenden Standesorganisationen im Vorfeld der berufsgerichtlichen Verfahren erweitert und denen der Staatsanwaltschaft – freilich in Maßen – moderat angenähert werden sollten. So könnten die wenigen schwarzen Schafe in den weißen Kitteln noch wirkungsvoller identifiziert werden. Da aber ohnehin ein Umdenken bei Ärzten und Pharmavertretern hinsichtlich dieser Problematik eingetreten zu sein scheint, sollte nicht mit Kanonen auf Schafe geschossen werden.

<sup>1</sup> Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 12/2013, S. 55.

<sup>2</sup> BGH, Beschl. v. 29.03.2012 – GSSt 2/11, abgedruckt u. a. in BGHSt 57, 202; NJW 2012, 2530; MedR 2012, 656.

<sup>3</sup> BGH, Beschl. v. 29.03.2012 – GSSt 2/11, Rn. 25 ff., zit. nach juris.

<sup>4</sup> BGH, Beschl. v. 29.03.2012 – GSSt 2/11, Rn. 8 ff., zit. nach juris.

<sup>5</sup> BGH, Beschl. v. 29.03.2012 – GSSt 2/11, Rn. 46, zit. nach juris.

<sup>6</sup> Elsner U, ersatzkasse magazin 2012, Nr. 7/8, 17.

<sup>7</sup> Dannecker G: Die Strafflosigkeit der Korruption niedergelassener Vertragsärzte als Herausforderung für den Gesetzgeber, ZRP 2013, S. 37-41.

<sup>8</sup> BGH, Beschl. v. 29.03.2012 – GSSt 2/11, Rn. 43, zit. nach juris.



<sup>9</sup> BR-Drs. 451/13 v. 30.05.2013, Gesetzesantrag der Länder Hamburg und Mecklenburg-Vorpommern, Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen.

<sup>10</sup> Dannecker, Fn. 7.

<sup>11</sup> Vgl. zum ähnlichen Problemkreis beim Wissenschaftsbetrug schon Vogel ST: Wissenschaftsbetrug. Von Plagiaten, Posten und Publikationen, ZfMER 2012 (1), S. 54-61, S. 59 f.

<sup>12</sup> Schneider H: Sonderstrafrecht für Ärzte?, HRRS 2013 (11), S. 473-480, S. 479.

<sup>13</sup> So die Rechtslage jedenfalls vor dem hier referierten Beschluss des Großen Senats in Strafsachen, vgl. dazu BGH, Beschl. v. 25.11.2003 – 4 StR 239/03, Rn. 20, zit. nach juris = BGHSt 49, 17, 24; Roxin C, Schroth U (Hg.): Handbuch des Medizinstrafrechts, 3. Aufl. 2007, S. 138 ff. Zweifelnd, ob der BGH nunmehr noch immer so entscheiden würde, Krüger M: Konsequenzen aus dem Plenarbeschluss in Sachen Vertragsärzte, StraFO 2012, 308, 311 f.

<sup>14</sup> Vgl. bspw. etwa den Fall des Ärztengerichtshofs des Saarlandes, Urt. v. 25.08.2010 – ÄGH 1/09, MedR 2011, 752: Es ging um ein Geldgeschenk in Höhe von 476.000,00 € an einen Arzt von einer Patientin.

<sup>15</sup> So auch Lilie H, Orben S: Zur Verfahrenswirklichkeit des Arztstrafrechts, ZRP 2002, S. 154-159.

<sup>16</sup> Dass damit weiterhin beamtete Ärzte nach den §§ 331 f. StGB auf Grund ihrer Amtsträgereigenenschaft für ein Verhalten strafbar wären, das bei niedergelassenen oder angestellten Ärzten straffrei bliebe, ist eine aus den Amtsdelikten herrührende Folge, die hinzunehmen ist.

Dr. Sebastian T. Vogel arbeitet als Rechtsanwalt in Berlin.

## Ersatzteillager Mensch?\*

### Organspende und Organverpflanzung aus verfassungsrechtlicher und rechtsethischer Perspektive

von Akad. Rat a. Z. Dr. iur. Christoph Tangermann

#### I. Ein heißes Eisen

Ort der Handlung: eine gigantisch große, außerordentlich luxuriöse, aber hermetisch abgeriegelte Wohnanlage. Alle Bewohner werden ständig bestens umsorgt und überwacht (nicht zuletzt medizinisch), angeblich zu ihrem eigenen Schutz. Sie alle hoffen, irgendwann auf *Die Insel* reisen zu dürfen: die allerletzte unverseuchte Oase auf der Erde. Denn es heißt, dass alle Menschen der Welt – außer ihnen, die „drinnen“ in Sicherheit leben – bei einer Umweltkatastrophe umgekommen seien. Doch die Wahrheit sieht anders aus. Das gesamte Leben der Einwohner ist eine einzige Lüge – und die *Insel* nur Auswuchs eines grausamen Betrugsmanövers. Allesamt sind sie tot sehr viel mehr wert als lebendig: Sie sind Klone, deren Existenz exakt so lange währt, bis sie ihren Daseinszweck erfüllt haben – als menschliches Ersatzteillager zugunsten ihrer genetischen Originale im wahrsten Sinne des Wortes „ausgeschlachtet“ zu werden.

Science fiction, gewiss. Und doch hat Hollywood mit dem Spielfilm *The Island* wie im Brennglas die ganzen Ängste gebündelt, die der medizinisch-technische Fortschritt derzeit aufwirft. Durchaus real ist z. B. die seit einigen Jahren regelmäßig wieder auftauchende Frage, ob nicht Eltern eines schwerst nierenkranken Kindes berechtigt wären, ein fehlendes kompatibles Organ einfach durch Zeugung eines Geschwisters zu beschaffen, welches dann, sobald es die Umstände erlauben, nach dem Willen seiner Eltern als Lebendspender in die Bresche springen soll. Was ist eigentlich so verwerflich daran, irgendeinem in dieser Hinsicht bedürftigen Fremden einen Teil der eigenen Leber schon zu Lebzeiten zu schenken? Und was spricht (zumal im Zeitalter der Globalisierung) dagegen, sich als Bedürftiger ein solches Organ schlicht zu einem angemessenen Preis auf dem Weltmarkt zu beschaffen?

Die deutsche Gesetzeslage, das sei schon an dieser Stelle gesagt, stellt sich im Verhältnis zu dem derzeit im Bereich der Transplantationsmedizin Möglichen als vergleichsweise restriktiv dar. Man darf längst nicht alles, was man kann. Ist ein derartiger Zustand auf der Folie einer freiheitlichen Verfassung akzeptabel? Und schließlich: In manch anderen Staaten, und dies durchaus nicht allein unter solchen Regimen, die das Individuum notorisch geringschätzen, betrachten die Normsetzer Organtransplantationen durchaus wohlwollender. Welche

Menschenbilder, welche grundlegenden Weichenstellungen stehen dahinter? Könnte der Bundestag hier nicht Anleihen tätigen? Diese Probleme seien im Folgenden näher beleuchtet.

## II. Das gegenwärtige System des Transplantationsrechts in Deutschland

Statthaftigkeit und Grenzen der Zulässigkeit von Organentnahmen und -verpflanzungen beurteilen sich in Deutschland anhand des Transplantationsgesetzes (TPG). Dieses Regelwerk wurde vor nunmehr fast 17 Jahren erlassen,<sup>1</sup> um insbesondere Klinikbetreibern und Ärzten, die sich bis dahin in einer juristischen Grauzone bewegten, größere Rechtssicherheit zu verschaffen. Zuvor waren die Gerichte gezwungen, einschlägige Streitfragen unter Rückgriff auf allgemeine und dementsprechend oftmals nicht kodifizierte Rechtsprinzipien wie Einwilligung, mutmaßliche Einwilligung sowie den rechtfertigenden oder den entschuldigenden Notstand zu lösen, mit allen Unwägbarkeiten der Kasuistik. Im Übrigen erhoffte man sich von der gesetzgeberischen Grundentscheidung eine positive Öffentlichkeitswirkung, die in einem Zuwachs der Organspendewilligkeit ihren Niederschlag finden sollte.<sup>2</sup>

### 1. Was regelt das Transplantationsgesetz?

#### 1.1 Voluntaristisches Grundkonzept

Das TPG, das aufgrund europarechtlicher Vorgaben durch ein weitergehendes Gewebegesetz ergänzt wurde,<sup>3</sup> regelt die Spende, Entnahme und Übertragung menschlicher Organe, Organteile oder Gewebe zu Zwecken der Heilbehandlung sowie das Verbot des Handels mit diesen. Blut-, Stammzell- und Knochenmarkspenden werden vom TPG nicht erfasst. Es behandelt sowohl die prä- als auch die postmortale Organspende. Von zentraler Bedeutung ist in beiden Fällen, wie schon der Spendebegriff indiziert, die freie, vorherige Zustimmung der das Organ oder die Organe abgebenden Person. „Frei“ bedeutet nach der Vorstellung des Gesetzgebers aber auch, dass der Wille nicht durch wirtschaftliche Gesichtspunkte (mit)beeinflusst wird – ein terminologisch nicht notwendiger Umstand, da z. B. Spenden zugunsten karitativer, kirchlicher oder politischer Organisationen anerkanntermaßen Spenden bleiben, selbst wenn sie ausschließlich steuerrechtlich motiviert sind.

Hierbei gibt es keineswegs nur „schwarz“ oder „weiß“: Ein etwaiges Einverständnis kann durchaus auf bestimmte Organe oder Gewebe beschränkt sein. Dadurch wird dem verfassungsrangigen Selbstbestimmungsrecht jedes Menschen (Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG) Rechnung getragen. Das letztendliche Schutzgut ist indes nicht das Selbstbestimmungsrecht, sondern die unter

anderem in der physischen Integrität aufscheinende Würde des Menschen.

Ist ein entsprechender Wille nicht – sei es in einem Organspendeausweis oder anderweitig – dokumentiert, sind im Todesfall eines potentiellen Spenders dessen nächste Angehörige – in einer Rangfolge vom Ehegatten bis hin zu den Großeltern – über den vermutlichen Willen des Verstorbenen zu befragen. Nur wenn auch Anhaltspunkte für einen mutmaßlichen Willen fehlen, ist der nächste Angehörige – nach ethisch verantwortbarem Ermessen – im Rahmen seines Totenfürsorgerechts zu einer autonomen Entscheidung berufen.<sup>4</sup> Dies kommt z. B. notwendig dann zum Zug, wenn sich beim Verstorbenen ein entsprechender Wille gar nicht erst bilden konnte, etwa bei einem Kind. Mit anderen Worten: Eine eigenständige Zustimmung von Angehörigen zur Organspende ist nur hilfsweise von Interesse; es sei denn, der Spender hätte zu Lebzeiten gerade in diesem Sinne verfügt, die Entscheidung pro oder contra also delegiert. Derzeit sollen die Angehörigen in rund 60 % der jährlich zur Transplantation in Frage kommenden Todesfälle ihre Einwilligung geben. Gibt es keine nahen Angehörigen, die man befragen könnte, oder äußern diese sich nicht, so bleibt es bei der Faustformel: Kein verifizierbarer Wille zugunsten der Organspende – keine zulässige Organentnahme.

Deutschland realisiert im Transplantationsrecht mithin ein vom Organgeber her gesehen voluntaristisches Grundkonzept. Dabei wirkt sich die freie Selbstbestimmung zeitlich unbegrenzt aus. Das heißt, niemand muss sich ein für alle Mal festlegen: Wer – aus welchen Gründen auch immer – seine Einstellung zur Organspende ändert, braucht lediglich die alte Erklärung zu vernichten. Der schlichte actus contrarius genügt. Dies müsste nicht zwangsläufig so sein, um der menschlichen Autonomie gerecht zu werden: kann sich die Persönlichkeit doch auch und gerade durch ein „Sich-einlassen“ auf andere verwirklichen, dadurch, dass sie eine Entscheidung trifft, die sie – jedenfalls vom Grundsatz her – lebenslang bindet, wie es bei Ausübung des Eheschließungsrechts der Fall ist.

Als praktisches Endergebnis dieser philosophisch-ethischen Ausrichtung findet sich eine zutreffend so genannte (erweiterte) Zustimmungslösung. Ähnlich verfahren z. B. Dänemark, die Niederlande und die Schweiz sowie das Vereinigte Königreich. Noch rigider ist der Voluntarismus in Japan verwirklicht, wo eine fehlende persönliche Einwilligung zu Lebzeiten später durch niemanden ersetzt werden kann. Die medizinische Indikation einer Organverpflanzung, und sei sie noch so dringlich, tritt demgegenüber als minder bedeutsam zurück. Folgerichtig ist im Anwendungsbereich des TPG eine Rechtfertigung über § 34 StGB nicht mehr möglich. Dies dürfte selbst in einem Grenzfall wie der Organentnahme beim Aneuzephalen zutreffen:<sup>5</sup> Dieser ist nicht weniger Mensch und als solcher Grundrechtsträger als das an einer progredient tödlichen Krankheit leidende Kind, dem ohne Transplantationsorgan keine Überlebenschance eingeräumt werden kann.

## 1.2 Die wichtigsten Einzelheiten

Als häufigste Form der Lebendspende findet die Nierentransplantation statt, da dieses Organ im Körper paarweise vorhanden ist und somit der Spender seine Nierenfunktion nicht einbüßt. Ein weiteres Organ, bei dem Lebendspenden eine zunehmende Rolle spielen, ist aufgrund ihrer hohen Regenerationsfähigkeit die Leber. Derlei Transplantationen sind ausschließlich mit persönlicher Einwilligung eines volljährigen Spenders möglich – Eltern oder Betreuer vermögen diese Erklärung also nicht vermittelt ihrer Vertretungsbefugnisse, die ja auf die Personensorge zielen, zu ersetzen –, der über alle damit verbundenen Risiken umfassend aufgeklärt werden muss. Dies gilt auch für mögliche Einschränkungen von Versicherungsleistungen. Organübertragungen von Toten sind auf jeden Fall vorzuziehen. Organspenden von Lebenden werden auf Übertragungen an enge Verwandte, Ehegatten, Lebenspartner oder andere Personen beschränkt, die dem Spender persönlich besonders eng verbunden sind. Darüber hinaus genügt der noch so ernstliche Spenderwille allein nicht; hinzutreten muss die ärztliche Überzeugung von der Zweckmäßigkeit der Transplantation für den Organempfänger einerseits und der Vertretbarkeit des Risikos für den Spender andererseits.

Für die postmortale Organspende gilt, dass eine spezielle Kommission der Bundesärztekammer als Repräsentant der Ärzteschaft in Richtlinien die Regeln zum Nachweis des Todes bestimmt. Den menschlichen Tod als solchen zu definieren, läge auch außerhalb der Legitimation des deutschen Gesetzgebers. Die Volksvertretung musste aufgrund des Parlamentsvorbehalts – der in allen für die Grundrechte und ihre Ausübung wesentlichen Fragen gilt („Wesentlichkeitstheorie“, hierauf wird noch zurückzukommen sein) – freilich selbst den Punkt markieren, der als Mindestvoraussetzung für eine Organentnahme gelten soll. Dies hat sie mit der Festschreibung der Feststellung des sog. Gesamthirntodes getan.<sup>6</sup> Die Gretchenfrage aber, ob der „nur“ Hirntote ein bereits gestorbener oder ein erst sterbender, wenngleich in einem unumkehrbaren Sterbeprozess befindlicher Mensch sei, ist unbeantwortet geblieben und muss es auch an dieser Stelle bleiben. Bei allen möglicherweise berechtigten medizinischen, philosophischen oder religiösen Einwänden gegen das Hirntodkonzept<sup>7</sup> darf aber nicht verschwiegen werden, dass in den USA und einigen europäischen Ländern Experimente gestartet worden sind, wonach Organe nicht erst nach dem Hirntod entnommen werden dürfen, sondern bereits nach einem Herzstillstand. Dass dies nicht minder kritisch ist, zeigt der Fall eines Mannes in Paris, der nach einem Herzstillstand für tot erklärt wurde und dem die Organe entnommen werden sollten. Die Chirurgen hatten nicht sofort Zeit, sich mit dem vermeintlichen Leichnam zu beschäftigen. Sein Glück: Denn kurz vor der Organentnahme fing das Herz wieder an zu schlagen.<sup>8</sup>

Übertragungen der vermittlungspflichtigen Organe Herz, Niere, Leber, Lunge, Bauchspeicheldrüse und Darm dürfen allein in dafür zugelassenen Transplantationszentren erfolgen. Sie werden zur Zusammenarbeit verpflichtet, wofür regionale Koordinierungsstellen eingerichtet sind. Im Ausland entnommene Organe dürfen nur vermittelt werden, wenn kein Widerspruch zu wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts besteht. Damit soll einer illegalen Einfuhr von Organen aus ärmeren Ländern entgegengewirkt werden.

Die Transplantationszentren müssen Wartelisten der Personen führen, die ein vermittlungspflichtiges Spenderorgan benötigen. Eine Entscheidung über die Reihenfolge von Organ- und Gewebespenden darf nur nach medizinischen Kriterien wie Erfolgsaussicht oder Dringlichkeit erfolgen, nicht nach finanziellen oder sozialen Kriterien. Die Organisation des Prozesses obliegt in Deutschland der Deutschen Stiftung Organtransplantation (DSO); für die Zusammenführung von Spender und Empfänger ist die 1997 gegründete, multinational agierende Stiftung Eurotransplant zuständig.

Der in Übereinstimmung mit einem weltweiten Standard als unethisch angesehene Handel mit Organen, was ihren Erwerb, Besitz und ihre Abgabe umfasst, ist verboten und kann mit bis zu fünf Jahren Gefängnis bestraft werden. Selbst Auslandstaten sind strafbar.<sup>9</sup> Davon ausgenommen sind bestimmte aus Organen gewonnene Medikamente sowie angemessene Entgelte etwa für den medizinischen Aufwand zur Organentnahme, Konservierung, zum Transport und/oder Infektionsschutz, da insoweit keine Gewinnerorientierung vorliegt. Verbotswidrig dennoch abgeschlossene Kaufverträge über Organe sind gemäß § 134 BGB nichtig – wenngleich sie nach einmal erfolgter Transplantation verständlicherweise nicht mehr rückabgewickelt zu werden brauchen, wie es sonst der zivilrechtliche Regelfall ist. Strafbar ist es über den Organhandel hinaus überhaupt, Organe entgegen den Vorschriften des TPG, namentlich also ohne vorherige Zustimmung, zu entnehmen.

Allgemeine in Frage kommende Straftatbestände wie Körperverletzung (§§ 223 ff. StGB), wenn einem Lebenden gegen dessen Willen zu Transplantationszwecken ein Organ entfernt wird, oder Störung der Totenruhe (§ 168 StGB) im Falle einer unstatthaften postmortalen Entnahme werden durch die spezielleren Strafnormen des TPG verdrängt.<sup>10</sup>

## 2. Einwände gegen das Transplantationsgesetz

Das Transplantationsgesetz teilt das Schicksal vieler neuerer Reformgesetzpakete: Kaum in Kraft war es schon der Kritik ausgesetzt und wurde in weiten Teilen als missglückt angesehen. Von den Einwänden, die aus juristischer Sicht berechtigterweise gegen das TPG zu erheben sind, möchte ich exemplarisch folgende zwei herausstellen:

## 2.1 Die strafbewehrte Einschränkung des Spenderkreises bei der Lebendspende

Von Anfang an umstritten war die restriktive Fassung des § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG, der ein besonderes Näheverhältnis zwischen Spender und Empfänger zur Zulässigkeitsvoraussetzung macht. Damit hat sich der Gesetzgeber nicht nur gegen die allgemeine Freigabe der Lebendspende entschieden, sondern auch die so genannte anonyme Lebendspende als Möglichkeit ausgeschlossen.

Um es pointiert auszudrücken: Der „barmherzige Samariter“, den ja gerade die Rettung des Lebens eines völlig Fremden kennzeichnet (Lk 10, 25–37), ist dem Gesetzgeber suspekt; die Aufopferung eines Teils seiner selbst hätte dieser ihm jedenfalls verboten und den unter die Räuber gefallenen Mann aus Jerusalem stattdessen auf seine „wahren Nächsten“ zurückverwiesen.

Zwar hat das Bundesverfassungsgericht Verfassungsbeschwerden gegen die Regelungen zur Lebendspende nicht zur Entscheidung angenommen.<sup>11</sup> Doch ist damit die verfassungsrechtliche Diskussion keineswegs abgeschlossen, zumal der Beschluss auf dogmatisch fragwürdiger Grundlage beruht und argumentative Schwachstellen aufweist. Namentlich im Blick auf anonyme Fremdspenden ist nämlich nicht ersichtlich, wie die Regelung das gesetzgeberische Ziel erreichen will, unfreiwillige Spenden zu vermeiden und Personen vor einer tatsächlich nicht gewollten Eingehung gesundheitlicher Risiken zu bewahren. Das von § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG vorgeschriebene Beziehungsgeflecht zwischen den an der Lebendspende Beteiligten steht in keinerlei Sachzusammenhang mit der im voluntaristischen Modell zentralen Frage vorhandener Freiwilligkeit. Freiwillig getroffene Spendenentscheidungen können einerseits auch außerhalb gefestigter zwischenmenschlicher Kontakte bestehen, andererseits – darauf ist immer wieder hingewiesen worden – kann die Freiwilligkeit auch (und gerade!) bei verwandtschaftlichen Beziehungen zweifelhaft sein. Allenfalls wäre als legitimer Gegengrund für die Einschränkung des Anwendungsbereichs der Lebendspende an eine prinzipielle gesetzgeberische Absage hinsichtlich einer weitergehenden Verfügbarkeit von Körpersubstanzen zu denken.

Infolge der gesetzgeberischen Entscheidung und des Kammerbeschlusses des Bundesverfassungsgerichts stellt sich nunmehr verschärft die Frage, ob und inwieweit so genannte Cross-Over-Spenden von der Regelung erfasst werden.<sup>12</sup> Der Druck, durch eine „großzügige“ Auslegung der Norm diese zu ermöglichen oder aber die Restriktionen der Lebendspende zu lockern, nimmt offenkundig zu.<sup>13</sup> Man geht mittlerweile also nicht mehr davon aus, dass diese besondere Form von Organtausch immer und notwendigerweise Organhandel sei. Vor zehn Jahren ist auch eine auf dieser Linie liegende Entscheidung des Bundessozialgerichts bekannt geworden.<sup>14</sup>

## 2.2 Eurotransplant und die Allokationsproblematik

Als Vermittlerin zwischen Spender und Empfänger spielt Eurotransplant eine zentrale Rolle in der Annahme und Verteilung von Spenderorganen. Ihre Tätigkeit stellt sich keineswegs nur als technischer Vollzug gesetzlicher Vorgaben dar. Sie teilt vielmehr im Rahmen der von ihr gesteuerten Empfängerauswahl kraft eigener Wertungsspielräume bestimmten Patienten Lebenschancen von regelmäßig existenzieller Bedeutung zu und setzt andere potentielle Organempfänger zurück. Eurotransplant bestimmt damit unmittelbar über die Verwirklichung der Grundrechte auf Leben und Gesundheit der in Deutschland gemeldeten Patienten.<sup>15</sup> Dies ist unter zwei Gesichtspunkten unhaltbar: Zum einen muss nach Maßgabe der bereits erwähnten Wesentlichkeitsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts der Gesetzgeber zumindest die Grundstrukturen des Verfahrens sowie die zentralen Vermittlungskriterien selbst regeln. Für eine weit weniger dramatische Selektionsentscheidung – nämlich die Vergabe von Studienplätzen in Numerus clausus-Fächern – hat „Karlsruhe“ dazu ausgeführt:

„Formell-rechtlich ist es wegen der einschneidenden Bedeutung der Auswahlregelung Sache des verantwortlichen Gesetzgebers, auch im Falle einer Delegation seiner Regelungsbefugnis zumindest die Art der anzuwendenden Auswahlkriterien und deren Rangverhältnis untereinander selbst festzulegen. Die grundgesetzliche Ordnung erlaubt es zwar dem Gesetzgeber, seine Normgebungsbefugnis durch ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung auf andere zu delegieren. Wenn aber die Regelung [...] sich [...] als Zuteilung von Lebenschancen auswirken kann, dann kann in einer rechtsstaatlich-parlamentarischen Demokratie der Vorbehalt, dass in den Grundrechtsbereich lediglich durch ein Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden darf, nur den Sinn haben, dass der Gesetzgeber die grundlegenden Entscheidungen selbst verantworten soll.“<sup>16</sup>

Nicht genug damit, dass die Beauftragung von Eurotransplant diesen Anforderungen offenkundig nicht gerecht wird. Hinzu kommt, dass Eurotransplant als private niederländische Stiftung weder dem deutschen öffentlichen Recht unterworfen noch eine „zwischenstaatliche Einrichtung“ ist, der Art. 24 Abs. 1 GG zufolge durch Bundesgesetz Hoheitsrechte übertragen werden könnten. Zwischenstaatliche Einrichtungen in diesem Sinn sind nur durch völkerrechtlichen Vertrag gegründete Organisationen oder deren Organe, nicht aber Körperschaften, die einem Staat eingegliedert sind oder gar von Privatleuten geschaffene Einrichtungen.<sup>17</sup> Hier hat man das einem neoliberalen Zeitgeist entspringende „Outsourcing“ denn doch zu weit getrieben.

### III. Jenseits des deutschen Modells

Die Unzulänglichkeiten des Transplantationsgesetzes – welches, wie wir gesehen haben, Organverpflanzungen nicht gerade begünstigt – wären vielleicht praktisch hinnehmbar, wenn es hinreichend transplantationsfähiges Material gäbe. Dem ist aber nicht so. Zurzeit warten in Deutschland etwa 12.000 schwerstkranke Menschen auf ein Spenderorgan. Und die Schere zwischen dem Bedarf an Organen und den verwirklichten Transplantationen geht immer weiter auf. Denn so groß auch die prinzipielle Zustimmung zur Organverpflanzung, so gering ist die Bereitschaft der Deutschen, ihre eigenen Organe posthum zur Verfügung zu stellen. Das bedeutet, dass – je nach Organ – über 30 % der Patienten auf der Warteliste versterben, bevor sie die Chance auf Berücksichtigung haben. Annähernd 17 Jahre Erfahrung mit dem TPG haben gezeigt, dass es seine doppelte Zielsetzung verfehlt hat: Für Rechtssicherheit ist scheinbar gesorgt, aber nicht für mehr Organe. Welche Alternativkonzepte sind denkbar?

#### 1. Bereits praktizierte und zukünftig mögliche Alternativkonzepte

##### 1.1 Der Gegenpol: Das utilitaristische Modell

Das am schärfsten akzentuierte Gegenmodell zu dem in Deutschland favorisierten voluntaristischen stellt der Utilitarismus dar. Er fokussiert, wie der Name schon sagt, auf Nützlichkeits- und Zweckmäßigkeitssichtspunkte und sucht das größtmögliche Glück der größtmöglichen Zahl mit dem geringstmöglichen Aufwand zu sichern.<sup>18</sup> Was dieses Glück aber ist, soll sich nach objektiven Kriterien bestimmen lassen. Der subjektive Wille wird ob seiner Irrationalität eher als Störfaktor empfunden.

Das Transplantationsrecht bleibt somit einer pragmatischen Kosten-Nutzen-Abwägung unterworfen. In logischer Konsequenz löst man den Konflikt zwischen etwaiger Spendeunwilligkeit und ärztlich-medizinischem Notstand zugunsten des Letzteren auf: Der Verstorbene benötigt seine Organe nicht mehr, einen Kranken vermögen sie jedoch im Idealfall in Stand zu setzen, wieder (oder erstmals) ein nutzbringendes Mitglied der Gesellschaft zu werden. Ein derartiges Modell praktizieren z. B. Bulgarien und Estland.

##### 1.2 Ein Mittelweg: Das kommunitaristische Modell

Vermittelnd zwischen dem voluntaristischen und dem utilitaristischen steht das kommunitaristische Konzept. Dieses blendet das (hier: organabgebende) Individuum und seine Vorstellungen keineswegs aus – oder erklärt beides auch nur vor dem Hintergrund vermeintlich übergeordneter Zwecke für prinzipiell

nachrangig –, berücksichtigt aber das Hineingestelltsein des Menschen in die Gemeinschaft seiner Mitmenschen und seine Verbundenheit mit ihr über das eigene physische Ende hinaus. „Nach mir die Sintflut!“ – das ist nicht das Menschenbild des Kommunitarismus.<sup>19</sup>

Daraus folgt zweierlei: Zunächst und vordringlich wird eine klare, selbstverantwortete Entscheidung bezüglich der Frage erwartet, ob man selbst bereit sei, nach seinem Tod Organe zur Verfügung zu stellen, denn dieser Umstand ist von eminenter gesamtgesellschaftlicher Bedeutung. Dabei ist es unerheblich, ob die Antwort positiv oder verneinend ausfällt, ob unbedingt oder auf bestimmte Organe beschränkt. Man kann sie zu Lebzeiten allgemein bekannt machen oder auch nicht. Man darf über seine Motive Rechenschaft ablegen oder davon Abstand nehmen. Bloß entscheiden soll man sich.

In verbleibenden Zweifelsfällen – d. h. wenn entgegen der vorgenannten Erwartung keinerlei Verfügung verifizierbar ist, aber auch nur dann – wirkt sich der Kommunitarismus in Gestalt einer fingierten, „stillschweigenden Zustimmung“ zur Organentnahme aus. Cum tacent clamant, nannten die alten Römer dieses Prinzip. Wir könnten hier gut von einer Art „Anständigkeitsvermutung“ sprechen:<sup>20</sup> Die (rechtlich verfasste) Gemeinschaft geht zugunsten der Schweigenden und Indifferenten davon aus, dass letztlich nur ungünstige Umstände – oder allenfalls Trägheit – sie an einem klaren Bekenntnis hindern. Und es wird bis zum Beweis des Gegenteils unterstellt, dass jedermann, in dem Bewusstsein seiner Gemeinschaftsbezogenheit, ohne die er zur Individualität niemals hätte durchdringen können, prinzipiell bereit ist, seinen überlebenden Mitmenschen gleichsam einen letzten Dienst zu erweisen.

Legislativ bzw. administrativ entspricht dem kommunitaristischen Modell eine sog. Widerspruchslösung, wie sie in Belgien, Frankreich, Italien, Österreich, Polen und Spanien sowie in erweiterter Form in Zypern, wo auch Hinterbliebene den Widerspruch erklären können, verwirklicht ist.

##### 1.3 Neuland: Das korrelationistische Modell

Ebenfalls vermittelnd zwischen dem am Organspender orientierten Voluntarismus und dem vom Staat her gedachten Utilitarismus lässt sich ein weiteres Modell ansiedeln, das ich als korrelationistisch bezeichnen möchte. Es geht vom gesunden Menschen als einem potentiellen Organempfänger aus und erhebt die Gegenseitigkeitsverbürgung zum Prinzip. Ein wenig beachtetes Grundproblem der bisherigen Rechtslage in Deutschland ist nämlich ihre Unausgewogenheit, weil auch derjenige, der den Gedanken an eine Organspende selbst weit von sich weist, trotzdem und sogar vorrangig ein so kostbares und knappes Gut empfangen kann. Sie berücksichtigt also, um die Aristotelische Terminologie zugrunde zu legen,<sup>21</sup> zwar die austeilende Gerechtigkeit, wenn sie ausschließlich

auf den Grad der Bedürftigkeit und Zeit auf der Warteliste abhebt, nicht aber die ausgleichende. Diese Seite der Gerechtigkeit, das Gegenseitigkeitsprinzip, findet sich in positiver Fassung unter anderem in dem neutestamentlichen Imperativ: „Alles nun, was ihr wollt, dass euch die Leute tun sollen, das tuet ihnen auch“ (Mt 7, 12).

Folgerichtig sieht das korrelationistische Konzept eine Organspende nicht als Spende im engeren Sinne des Wortes, als Ausdruck von Mildtätigkeit an, sondern viel eher als einen in Naturalien zu entrichtenden Versicherungsbeitrag. Der Kreis der potentiellen Spender soll mit dem der potentiellen Empfänger zur Deckung gebracht werden. Freilich muss man hier den Willen für die Tat nehmen, da das System anders nicht praktikabel ist. Durch die „in guten Tagen“ erklärte unbedingte oder bedingte Bereitschaft, im Todesfall selbst Organe abzugeben – immer unter der Voraussetzung, dass ein Organtransfer aus medizinischer Sicht dann überhaupt in Betracht käme – erwürbe jemand gewissermaßen eine Anwartschaft darauf, in genau gleicher, d. h. uneingeschränkter oder eingeschränkter Weise bedacht zu werden, sollte medizinische Bedürftigkeit eintreten. Die Kehrseite der Medaille: Wer diese Bereitschaft nicht aufbringt, fällt aus der „Solidargemeinschaft“ heraus und würde bei der Organallokation entweder überhaupt nicht oder zumindest erst nachrangig berücksichtigt.

## 2. Am Maßstab des Grundgesetzes

Was spricht nun von der Warte des geltenden Verfassungsrechts aus gegen oder für die vorgestellten Modelle?

### 2.1 Utilitarismus: Der Tote als Objekt und die „postmortale Menschenwürde“

Das utilitaristische Konzept, so nüchtern und zugegebenermaßen praktisch es auch ist, stempelt den Menschen zum Ersatzteillieferanten. Das ist nicht allein ethisch fragwürdig, da es den Menschen, der doch „Zweck an sich“ sein soll, für einen Zweck zum Gegenstand macht.<sup>22</sup> Es wird darüber hinaus in die Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes eingegriffen, gemäß der nahezu kanonisierten sog. Dürig-Formel: „Die Menschenwürde ist getroffen, wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird.“<sup>23</sup> Dass dies „doch erst“ mit seinem physischen Ende geschieht, lässt das Problem nicht entfallen. Denn spätestens seit dem berühmten Mephisto-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts von 1971 gilt jedenfalls für die deutsche Rechtsordnung, dass die Menschenwürde Wirkungen über den Tod hinaus zeitigt:

„Es würde mit dem verfassungsverbürgten Gebot der Unverletzlichkeit der Menschenwürde, das allen Grundrechten zugrunde liegt, unvereinbar sein,

wenn der Mensch, dem Würde kraft seines Personseins zukommt, in diesem allgemeinen Achtungsanspruch nach seinem Tode herabgewürdigt oder erniedrigt werden dürfte. Dementsprechend endet die in Art. 1 Abs. 1 GG aller staatlichen Gewalt auferlegte Verpflichtung, dem Einzelnen Schutz gegen Angriffe auf seine Menschenwürde zu gewähren, nicht mit dem Tode.“<sup>24</sup>

Allerdings hat die Mephisto-Entscheidung auf der anderen Seite herausgestellt, dass die so genannte postmortale Menschenwürde von der lebenden Menschen zukommenden in einem wesentlichen Detail abweicht: Die Letztere ist „unantastbar“, Eingriffe in sie gehen notwendig bereits mit einer Grundrechtsverletzung einher, da eine Rechtfertigung des Eingriffs schlechterdings ausscheidet.<sup>25</sup> Die Menschenwürde eines Verstorbenen dagegen ist der Abwägung mit anderen verfassungsrangigen Rechtsgütern zugänglich, z. B. mit dem Recht auf Leben derjenigen, die ein neues Organ benötigen. Welche Seite hier Vorrang genießt, lässt sich nicht pauschal sagen. Fest steht jedoch, dass die postmortale Menschenwürde – sofern überhaupt – lediglich unter zwei Prämissen hintangestellt werden dürfte: Zum einen bedürfte es eines förmlichen Gesetzes, also einer Änderung des TPG: Mit einem unmittelbaren Rückgriff auf widerstrebende Verfassungsprinzipien nach Notstandsregeln ist es nicht getan. Zum anderen müsste dieses (Änderungs-)Gesetz dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen und deshalb „erforderlich“ sein. Dies wäre aber nur dann zu bejahen, wenn es tatsächlich kein anderes, weniger gravierendes Mittel gäbe, dem Organmangel abzuhelpen.

Unter Umständen wäre an eine Lockerung der Organeinfuhrrestriktionen zu denken. Diskussionswürdig erscheint, nicht zuletzt vor dem Hintergrund chronisch leerer Kassen im Gesundheitswesen, auch der Vorstoß des australischen Nephrologen Carney und der Bioethikerin Radcliffe Richards: Junge, gesunde Leute sollten die Freiheit haben, innerhalb eines normierten und überwachten Verfahrens eine Niere zu verkaufen. Der Staat würde ihnen dafür einen fixen Betrag in Höhe von ungefähr 30.000 Euro zahlen. Dies entspricht bloß einem Bruchteil der Kosten, die eine siebenjährige Dialysebehandlung für die Allgemeinheit verursacht. Dieser Bruchteil könnte dann als angemessene Entschädigung an den Spender für dessen Aufopferung ausgeschüttet werden.<sup>26</sup>

Hier von einer „Freigabe des Organhandels“ zu sprechen, ist überzogen und wird dem Vorschlag nicht gerecht. Völkerrechtlich steht seiner Verwirklichung nichts entgegen, da die jede Form des Organhandels verbietende Resolution der WHO<sup>27</sup> lediglich Empfehlungscharakter besitzt und die verbindlichen Abkommen mit ähnlichem Inhalt, die sog. Biomedizin-Konvention des Europarats<sup>28</sup> und das diesbezügliche zweite Zusatzprotokoll<sup>29</sup>, von Deutschland nicht unterzeichnet worden sind.<sup>30</sup> Über die politischen Chancen zur Realisierung dieses im Vergleich zum „Ersatzteillager Mensch“ zweifellos mildere Mittel braucht man sich allerdings keinen Illusionen hinzugeben.

## 2.2 Korrelationismus: vis compulsiva und die staatliche Schutzpflicht

Im Unterschied zum Utilitarismus scheint das korrelationistische Modell die autonome Entscheidung des etwaigen Spenders durchaus ernst zu nehmen – und zwar mit allen Konsequenzen. Dieses Konzept der ausgleichenden Gerechtigkeit hat in seiner Stringenz etwas Bestechendes. Verfassungswidrig würde es gleichwohl sein, da es den nicht ausdrücklich Spendewilligen mit einer gravierenden Rechtsfolge konfrontiert, ihn also sanktioniert. Natürlich wäre dies nicht der eigentliche Regelungszweck. Es geht weder darum, Menschen zu bestrafen („das habt ihr nun davon!“) noch ihnen ein Ersatzorgan mit Fug und Recht verweigern zu dürfen. Der Bürger soll vielmehr zur Organ„spende“ genötigt werden.

Ob deshalb die Mitglieder einer gesetzgebenden Körperschaft zugleich die Schwelle der Strafbarkeit (§ 240 StGB) überschreiten würden, ist eine andere Frage. Ohne weiteres zu bejahen wäre sie nicht, da die Rechtswidrigkeit der Nötigung voraussetzt, dass ein als verwerflich (!) anzusehendes Missverhältnis zwischen Zweck (Vermehrung des transplantationsfähigen Materials durch Anhebung der „Spende“bereitschaft) und Mittel (Androhung, selbst nicht oder erst nachrangig berücksichtigt zu werden) bestünde.

Die gleich einer Drohung im Raum stehende Sanktion tangiert indes die Willensfreiheit in diesem heiklen Punkt und damit das allgemeine Persönlichkeitsrecht. In den 70er Jahren scheiterte aus diesem (Rechts-)Grund sogar der – vergleichsweise harmlose – Versuch, Personalausweise nur noch dann auszugeben, wenn der Antragsteller bei Abholung eine verdeckte Entscheidung für oder gegen die Organentnahme einklebte. Überdies kann es durchaus legitime, ja grundrechtsfundierte Motive geben – insbesondere wäre die Religionsfreiheit anzuführen –, seine Organe nicht zu Verfügung stellen zu wollen. Dagegen bleibt aber stets die Schutzpflicht des Staates für Leben und Gesundheit aller seiner Bürger (Art. 2 Abs. 2 i. V. mit dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 GG) zu beachten, die selbst den egoistischsten Schwerkranken nicht ausgrenzt.

## 2.3 Kommunitarismus:

### Der fiktive Wille und die Zumutbarkeit des Widerspruchs

Das kommunitaristische Konzept schließlich erscheint sympathisch, schon aufgrund seines positiven Menschenbildes. Der Nationale Ethikrat hat sich kürzlich für eine Regelung in diesem Sinne stark gemacht.<sup>31</sup> Sie wahrt den freien Willen des Individuums, der unbedingt und sanktionslos zu respektieren ist, wie immer es zur Organspende steht. Zweifellos gehört zur Menschenwürde bzw. zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht auch das Recht, in solchen höchstpersönlichen Angelegenheiten gerade gar keine Bestimmung treffen zu wollen. Auch das bleibt jedem unbenommen. Wer im Indifferenten verharren will – obschon dies

dem Kommunitarismus eigentlich nicht entspricht – mag dies tun. Auf einem anderen Blatt steht, ob man erwarten darf, nach seinem Tod von Verfassungen wegen lediglich auf eine ganz bestimmte Weise behandelt zu werden, nämlich so, wie es der aktuell geltenden Zustimmungslösung entspricht: dass ein (nicht aufklärbares) Schweigen einem „Nein“ zur Organentnahme gleichsteht. Dafür gibt es indes keinen Grund.

Der Einzelne kann schweigen und damit überhaupt nichts zum Ausdruck bringen wollen. Dies wird sogar der Normalfall sein. Die Rechtsordnung hingegen schweigt nie wirklich. Sie muss die Entscheidung hinsichtlich der an vorgefundene Sachverhalte zu knüpfenden Folgen treffen oder ermöglichen, wie diese auch aussehen mögen. Willensfiktionen sind dabei nicht ungewöhnlich. Die Normen des gesetzlichen Erbrechts, wie sie zum Tragen kommen, wenn jemand ohne Testament verstirbt, beruhen genau darauf: Der Gesetzgeber geht, ob im Einzelfall zutreffend oder nicht, von der Annahme aus, dass der Erblasser seine nächsten Angehörigen bedacht wissen will und ordnet Entsprechendes an (§§ 1924 ff. BGB).

Bislang unterstellt das Transplantationsgesetz aufgrund seiner voluntaristischen Ausrichtung im Zweifelsfall das Nicht-Einverständnis und untersagt dementsprechend eine Organentnahme. Würde stattdessen in der gleichen Situation die Zustimmung fingiert und die Organentnahme ermöglicht, ändert sich dadurch strukturell nichts. Das Element des mutmaßlichen Willens würde einfach umgekehrt. Entscheidend ist, dass es nicht bei einem mutmaßlichen Spendewillen bleiben muss, sondern der wahre Wille zum Ausdruck kommen kann (und dann auch beachtet wird). Auf dieser Linie liegen auch die Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit der derzeitigen erweiterten Zustimmungslösung:

„Soweit die Beschwerdeführer sich gegen die Möglichkeit einer postmortalen Organentnahme auf der Grundlage des § 4 TPG wenden, haben sie die Möglichkeit, einer solchen Organentnahme zu widersprechen (§ 2 Abs. 2 TPG). Gemäß §§ 3 Abs. 2 Nr. 1, 4 Abs. 1 Satz 1 TPG ist die Organentnahme dann in jedem Fall ausgeschlossen. Der Widerspruch kann durch die Zustimmung einer anderen Person nicht überspielt werden. Die Beschwerdeführer haben es somit selbst in der Hand, den befürchteten Grundrechtsverletzungen vorzubeugen. Dass sie in ihren Grundrechten bereits dadurch verletzt werden, dass sie zur Abwehr der behaupteten Grundrechtsverletzung einen Widerspruch erklären müssen, ist nicht ersichtlich.“<sup>32</sup>

## IV. Ausblick: Die Grenzen des Rechts

Denkbare Alternativen zur gegenwärtigen deutschen Gesetzeslage gibt es genügend. Verfassungsrechtlich unbedenklich wäre lediglich eine Widerspruchs-

lösung, wie sie auch in regelmäßigen Abständen diskutiert wird.<sup>33</sup> Aber wäre sie auch empfehlenswert?

Mit dem Mittel der Organtransplantation sollen möglichst viele Menschenleben gerettet werden. Dass diese Zielsetzung ebenso legitim wie ehrenwert ist, bedarf keiner weiteren Worte. Und dennoch, ja gerade deshalb, wären zwei Punkte überdenkenswert.

Einerseits wird schon die Ausgangslage schief beschrieben: Tausende müssten sterben, heißt es, weil sich zu wenige Organspender fänden. Das soll wohl besagen, Tausende würden leben, und zwar „lebenswert“ leben, wenn für mehr Spendeorgane gesorgt wäre. Ein solcher Umkehrschluss scheint sehr voreilig. Ursache des tragischen Endes vieler ist zunächst einmal die Krankheit, nicht der Spendermangel. Völlig ausgeblendet wird die Tatsache, dass diese Menschen (wie alle) auch nach einer Spende sterben müssen. Manchmal überleben sie diese nicht oder nur kurz, und wenn, dann mit schwerer Dauermedikation. Gar nicht selten schlagen Transplantationen auch aus unerfindlichen Gründen fehl. Das bekannte Schicksal des ehemaligen Bremer Fußballprofis Klasnić<sup>34</sup> mag als Beispiel für beides dienen.

Des Weiteren bestehen keine gesicherten Erkenntnisse darüber, ob es einem Land bisher wirklich gelungen ist, durch Änderung seiner Gesetzeslage die Transplantationszahl signifikant zu erhöhen. Schweden z. B. hat mehrfach von der einen Philosophie zur anderen gewechselt, ohne dass die Wartelisten dadurch kürzer geworden sind. Internationale Erfahrungen – vor allem aus Spanien, das sich heute Weltmeister im Organspenden nennen darf – sprechen vielmehr dafür, dass ganz andere Parameter als Paragraphen die medizinische Erfolgsquote beeinflussen: die Einstellung der Bevölkerung, die Qualität des Gesprächs mit den Hinterbliebenen sowie die Organisation der Transplantationskette im Krankenhaus.<sup>35</sup>

Der Gesetzgeber dürfte daher gut beraten sein, den mühsam genug errungenen Kompromiss der erweiterten Zustimmungslösung nicht unnötig aufs Spiel zu setzen. Reformbedarf findet sich schon innerhalb dieses Systems hinreichend. Im Übrigen aber sollte er sich auf einem an der Grenze zwischen Leben und Tod liegenden und emotionsüberfrachteten Terrain auch fürderhin in Zurückhaltung üben. Die Bereitschaft zur Organspende wird immer „ein Zeichen der Nächstenliebe und Solidarisierung mit Kranken und Behinderten“<sup>36</sup> sein. Aber „liebet einander ...“ – ein solches Gebot kann kein (staatlicher) Normgeber statuieren.

\* Überarbeitete Fassung eines Referats anlässlich der Herbststudientagung der Evangelischen Neubesinnung in Deutschland, 21.–23.09.2013 in Riederau/Ammersee. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

<sup>1</sup> Ges. vom 05.11.1997, BGBl. I S. 2631.

<sup>2</sup> Interfraktioneller Antrag vom April 1995, BT-Drs. 13/4355.

<sup>3</sup> Ges. vom 20.07.2007, BGBl. I S. 1574; nach Vorgaben der Richtlinie 2004/23/EG.

<sup>4</sup> Vgl. Walter U: Organspende nach dem Transplantationsgesetz: Befugnisse der Angehörigen, FamRZ

1998, S. 201 ff.

<sup>5</sup> Eser A, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Auflage, München 2006, Vorbem. §§ 211 ff. Rdnr. 14 m. w. N.  
<sup>6</sup> Zum Ganzen Höfling W: Todesverständnis und Verfassungsrecht, in: Bondolfi A, Kostka U, Seelmann K (Hg.), Hirntod und Organspende, Basel 2003, S. 81 ff. sowie Schmidt-Recla A: Tote leben länger: Ist der Hirntod ein ausreichendes Kriterium für die Organspende?, MedR 2004, S. 672 ff.

<sup>7</sup> So lehnt z. B. das Judentum das Hirntodprinzip ab, vgl. Nordmann Y, Birnbaum M: Die aktuelle Biomedizin aus Sicht des Judentums. Gutachten für das Max-Delbrück-Centrum Berlin, 2002.

<sup>8</sup> Le Ker H: Schon Herzstillstand reicht Ärzten für Organentnahme, SPIEGEL online vom 16. 6. 2008, <http://www.spiegel.de/wissenschaft/mensch/0,1518,559972,00.html> (abgerufen am 05.08.2013).

<sup>9</sup> Kritisch dazu Deutsch E: Zum geplanten strafrechtlichen Verbot des Organhandels, ZRP 1994, S. 179 (181).

<sup>10</sup> Herzog F, in: Kindhäuser U, Neumann U, Paeffgen HU (Hg.), StGB, 2. Auflage, Baden-Baden 2005, § 168, Rn. 14.

<sup>11</sup> 1. Kammer des 1. Senats, Beschl. vom 11. 8. 1999, NJW 1999, S. 3399 ff.

<sup>12</sup> Vgl. hierzu speziell Nickel LC, Preisigke A: Zulässigkeit einer Überkreuz-Lebendspende nach dem Transplantationsgesetz, MedR 2004, S. 307 ff.

<sup>13</sup> Höfling W: Transplantationsmedizin – Rechtslage und offene Fragen, 2000, S. 6 f.

<sup>14</sup> BSG, JZ 2004, S. 464.

<sup>15</sup> Gutmann T: Für ein neues Transplantationsgesetz, Berlin/Heidelberg 2006, S. 138 m. w. N.

<sup>16</sup> BVerfGE 33, 303 (345 f.).

<sup>17</sup> Streinz R, in: Sachs M (Hg.), GG, 6. Auflage, München 2011, Art. 24, Rn. 12 f.

<sup>18</sup> Vgl. Hoerster N: Utilitaristische Ethik und Verallgemeinerung, Freiburg/München 1971; Höffe O (Hg.): Einführung in die utilitaristische Ethik, München 1975. Als Urheber der angeführten Maxime darf Jeremy Bentham (1748–1832) gelten.

<sup>19</sup> Als neuere, liberalismuskritische Strömung zurückzuführen auf Etzioni A: The Spirit of Community Rights, Responsibilities and the Communitarian Agenda, New York 1993.

<sup>20</sup> Drieschner F, Solidarisch über den Tod hinaus, Die ZEIT, Nr. 19 vom 3. 5. 2007.

<sup>21</sup> Aristoteles: Nikomachische Ethik, 1130b ff.

<sup>22</sup> Vgl. Kant I: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1785, II. Abschnitt.

<sup>23</sup> Dürig G: Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81 (1956), S. 117 (127).

<sup>24</sup> BVerfGE 30, 173 (194).

<sup>25</sup> BVerfGE 75, 369 (380).

<sup>26</sup> The Sydney Morning Herald vom 5. Mai 2008, <http://www.smh.com.au/articles/2008/05/04/1209839456231.html> (abgerufen am 05.08.2013).

<sup>27</sup> Resolution adopted by the 57th World Health Assembly vom 22.05.2004, WHA57/18.

<sup>28</sup> Vom 4. 4. 1997, ETS No. 164.

<sup>29</sup> Vom 24. 1. 2002, ETS No. 186.

<sup>30</sup> Vgl. <http://conventions.coe.int> (abgerufen am 05.08.2013).

<sup>31</sup> Papier vom April 2007, <http://www.ethikrat.org/stellungnahmen/stellungnahmen.html> (abgerufen am 05.08.2013).

<sup>32</sup> 1. Kammer des 1. Senats, Beschl. vom 18. 2. 1999, NJW 1999, S. 858; Hervorhebungen vom Verf.

<sup>33</sup> Vgl. schon den Regierungsentwurf aus der 8. Wahlperiode, BT-Drs. 8/2681.

<sup>34</sup> Vgl. DER SPIEGEL, Nr. 18 vom 28. 4. 2008, S. 136 ff.

<sup>35</sup> Spiewak M: Mein Herz ist dein Herz, Die ZEIT, Nr. 19 vom 3. 5. 2007.

<sup>36</sup> Gemeinsame Erklärung der Deutschen Bischofskonferenz und des Rates der EKD zur Organtransplantation vom 31. 8. 1990, Gliederungspunkt 6.

Dr. Christoph Tangermann ist seit August 2013 Akademischer Rat a. Z. am Lehrstuhl für Öffentliches Recht des Instituts für Staats- und Verwaltungsrecht der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.



## Neue Wege für ein transparenteres Transplantationssystem\*

Dr. iur. Barış Çalışkan

### I. Einleitung

Die bekannt gewordenen Unregelmäßigkeiten im Zusammenhang mit der Manipulation von Patientendaten in einigen Transplantationszentren haben deutlich werden lassen, dass auf der einen Seite ein intensiver Dialog über die Frage der Organisation der Transplantationsprozesse geführt werden muss und dass auf der anderen Seite ein funktionierendes Transplantationssystem nur dann möglich ist, wenn rechtliche Rahmenbedingungen für adäquate Prüfungen bestehen. Mit den neu eingeführten Kontrollinstrumentarien wurde die Grundlage für mehr Transparenz geschaffen. Transparenzfehler ist und bleibt aber die transplantationsrechtliche Gewaltenteilung<sup>1</sup> zwischen den Selbstverwaltungsakteuren. Das Zusammenspiel der transplantationsrechtlichen Akteure wird im Folgenden dargestellt. In einem ersten Schritt werden der Allokationsprozess und die Kontrollstrukturen skizziert. Abschließend wird auf die Frage nach der Vergabebalance in der Transplantationsmedizin eingegangen. Zunächst soll aber die gesundheitspolitische Grundstruktur des Transplantationssystems dargestellt werden.

### II. Gesundheitspolitische Ausgangssituation

In vielen Ländern ist die Transplantationsmedizin inzwischen als Standard ärztlichen Handelns professionell etabliert. Organtransplantationen sind „zu einem Routineverfahren geworden, die einen festen Platz im therapeutischen Spektrum des deutschen Gesundheitswesens haben.“<sup>2</sup> Als normative Basis der Transplantationsmedizin war das Transplantationsgesetz (TPG) eines der wichtigsten gesundheitspolitischen Gesetzesvorhaben der deutschen Nachkriegszeit. Der Gesetzgeber stand vor der großen Herausforderung die Frage zu beantworten, wie mit dem zunehmenden Problem der Verteilungsgerechtigkeit für medizinisch knappe Güter umgegangen werden soll. Vor dem Hintergrund der nach wie vor großen Ressourcenknappheit war zudem die Frage zu beantworten, wie ein effizientes, sachgerechtes und wissenschaftsorientiertes Organverteilungs- und Vergabesystem etabliert werden kann. Der Gesetzgeber hat um die konkrete Ausgestaltung der Parameter mehr als zwei Jahrzehnte gerungen. Nach § 12 Abs. 3 S. 1 TPG sind vermittlungspflichtige Organe nach Regeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, insbesondere nach Erfolgsaussicht und Dringlichkeit zu vermitteln. Diese Parameter werden in einem Prozess wissenschaftlicher Standardisierung konkretisiert und in den

Richtlinien der Bundesärztekammer (BÄK) abgebildet.

Die Richtlinienfähigkeit der BÄK nach § 16 TPG fungiert hier als eine Art medizinisch-wissenschaftliches Scharnier, um die transplantationsgesetzlichen Verteilungskriterien auszufüllen und damit die Rechtsanwendung erst zu ermöglichen.<sup>3</sup> Es kann zwar nicht bestritten werden, dass der BÄK mit den Parametern Erfolgsaussicht und Dringlichkeit keine einfach subsumierbaren Gesetzesbegriffe an die Hand gegeben sind und die „Wertungsmargen“ bei der Ausfüllung dieser Begriffe sicherlich auch hoch liegen können.<sup>4</sup> Allerdings wäre der gesetzliche Rahmen des Transplantationsgesetzes auch nicht in der Lage, die medizinischen Detailkriterien selbst festzulegen.<sup>5</sup> „Dringlichkeit und Erfolgsaussicht einer Transplantation sind keine statistischen Parameter.“<sup>6</sup> Vielmehr ist die Standardbildung in der Transplantationsmedizin auf eine hohe Flexibilität angewiesen, um den Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft jederzeit in der transplantationsmedizinischen Praxis umsetzen zu können.<sup>7</sup>

### III. Organisationsstrukturen und Akteure

Die Transplantation vermittlungspflichtiger Organe kann nur dann verwirklicht werden, wenn Informationen über Organspender und -empfänger bekannt sind und miteinander abgeglichen werden können. Das Transplantationsgesetz sieht zur Informationsvernetzung zahlreiche Regelungen vor. Im Vordergrund der organisatorischen Strukturen der Organtransplantation steht also die Verarbeitung des transplantationsmedizinischen Datenmaterials. Um die angesprochene Vernetzung zu gewährleisten, verpflichtet das Transplantationsgesetz die Entnahmekrankenhäuser, Transplantationszentren und die Koordinierungsstelle zur Zusammenarbeit, die Entnahmekrankenhäuser darüber hinaus zur Meldung explantationsgeeigneter Patienten. Das Gesetz statuiert damit ein Kooperationsgebot. Das Transplantationsgesetz ergänzt das Kooperationsgebot dadurch, dass es die Koordinierungsstelle zur Berichterstattung in Bezug auf die Tätigkeit der Transplantationszentren verpflichtet. Die Aufgaben der Entnahmekrankenhäuser sind nunmehr in einer zentralen Vorschrift zusammengefasst, um „dadurch ihre Verantwortung und aktive Mitwirkungspflicht für die Organspende zu unterstreichen“, § 9 lit. a) TPG.<sup>8</sup> Dies war erforderlich. Denn aus transplantationschirurgischer Sicht wurde seit Jahren moniert, dass nur ein Bruchteil der Krankenhäuser regelmäßig ihrer Meldepflicht nachkomme.<sup>9</sup>

#### 1. Allokationsprozess

Die Übertragung von Spenderorganen darf gemäß § 9 Abs. 2 S. 1 TPG nur in einem Transplantationszentrum vorgenommen werden. Die Transplantationszentren haben Patientenwartelisten zu führen. Die Führung der Listen soll

gewährleisten, dass bei Patienten, bei denen eine Organübertragung vorgesehen ist, die für die Organvermittlung erforderlichen Daten erhoben und der Vermittlungsstelle übermittelt werden. Damit markiert die Warteliste die erste Phase der Dokumentationspflicht der Transplantationszentren und stellt sich als „Eingangstrichter in den Allokationsprozess“ dar.<sup>10</sup> Diese Regelung wird durch die Vorschrift über die ärztliche Meldepflicht nach § 13 Abs. 3 S. 1 TPG ergänzt und setzt den Datenfluss innerhalb des Transplantationsprozesses in Gang. Der behandelnde Arzt hat transplantationsbedürftige Patienten mit deren Zustimmung unverzüglich an ein Transplantationszentrum zu melden. Das Zentrum hat seinerseits gemäß § 13 Abs. 3 S. 2 TPG nach der Entscheidung über die Aufnahme des Patienten in die Warteliste eine Meldung an die Vermittlungsstelle vorzunehmen. Die Vermittlungsstelle fasst die an deutschen Zentren geführten Patienten in einer einheitlichen Liste je Organ zusammen.

Maßgebend für die Aufnahme in die Warteliste ist dabei die Frage nach der medizinischen Indikation zur Organtransplantation. Bei der medizinischen Beurteilung spielen neben Kontraindikationen auch Compliance Aspekte eine Rolle. Zur Schaffung eines transparenten Transplantationssystems trägt die obligatorisch durchzuführende interdisziplinäre Transplantationskonferenz bei. Die interdisziplinäre Transplantationskonferenz eines Transplantationszentrums hat über die Aufnahme eines Patienten in die Warteliste zu entscheiden. Die Mitglieder der Konferenz sind dabei sowohl für die Entscheidung über die Aufnahme in die Warteliste als auch für die Meldung bei der Vermittlungsstelle verantwortlich.

## 2. Kontrollstrukturen

Zur verbesserten Informationsvernetzung hat der Gesetzgeber im Sommer 2012 eine umfassende Überwachungskompetenz eingeführt.<sup>11</sup> Die gesetzliche Überwachungskompetenz, die von der Prüfungs- und der Überwachungskommission wahrgenommen wird, hat der Gesetzgeber mit Auskunftspflichten der Entnahmekrankenhäuser, Transplantationszentren, Koordinierungs- und Vermittlungsstelle verbunden. Mit dieser grundlegenden Reform hat der Gesetzgeber auf die seit Jahren aus der Ärzteschaft erhobene Forderung nach rechtlichen Rahmenbedingungen zur Ermöglichung effektiver Kontrollen reagiert.<sup>12</sup> Neben den Selbstverwaltungsakteuren sind auch die zuständigen Landesbehörden in den transplantationsrechtlichen Überwachungsprozess eingebunden. Die neue Kontrollstruktur stellt eine Grundlage für die notwendige Transparenz dar und ermöglicht eine effektive Überwachung der Transplantationsmedizin.<sup>13</sup> Mit der nunmehr eingeführten gesetzlichen Überwachungs- und Prüfpflicht werden die bereits auf vertraglicher Basis durchgeführten Kontrollen fortentwickelt. Dies führt zu einer wesentlichen Veränderung in der Kontrollstruktur des TPG.

Mit der Neufassung der §§ 11 Abs. 3 und 12 Abs. 5 TPG wurden Informations- und Auskunftspflicht eingeführt. Plakativ beschrieben handelt es sich bei den neuen Kontrollmöglichkeiten um eine Art transplantationsrechtliches Novum. War die Transplantationsmedizin bisher überwiegend in ein selbstverwaltungsinternes Kontrollsystem eingebunden, ist mit der neu eingeführten Kontrollstruktur eine rechtliche Umstrukturierung angestoßen worden. Mit dem gesetzlich geregelten Kontrollauftrag führt der Gesetzgeber eine flächendeckende Überprüfung ein, um auf der einen Seite die Forderung nach verstärkter Überwachung und Transparenz zu erfüllen und auf der anderen Seite den zuständigen Landesbehörden die Wahrnehmung ihrer Aufsichtspflicht zu erleichtern.<sup>14</sup> Den Kommissionen wurde nunmehr eine gesetzliche Überwachungskompetenz zugewiesen, die es ihnen ermöglicht, nicht nur anlassbezogen, sondern jetzt auch verdachtsunabhängige Prüfungen durchzuführen.<sup>15</sup> Kraft der neu geschaffenen Kontrollmöglichkeiten wurden die Kommissionen im Sommer 2012 in die Lage versetzt, auf die zwischenzeitlich bekannt gewordenen Unregelmäßigkeiten im Zusammenhang mit der Manipulation von Patientendaten mit flächendeckenden Vor-Ort-Prüfungen zu reagieren.<sup>16</sup> Die neue Kontrollstruktur mit der verbindlichen Einbeziehung der Länder zeigt, dass viel stärker als bisher staatliche Akteure an der Überprüfung der Transplantationsmedizin mitwirken und auch mitwirken müssen.<sup>17</sup>

## IV. Informationsvernetzung

Mit den neu geschaffenen Strukturen hat der Gesetzgeber einen Weg eingeschlagen, der das Ziel einer transparenten Transplantationsmedizin verfolgt, ohne dabei die nach wie vor erforderliche transplantationsmedizinische Selbstverwaltung aus den Augen zu verlieren. Die verdachtsunabhängigen Vor-Ort-Prüfungen der Transplantationszentren sollen dazu beitragen, dass künftig Manipulationen bei der Organvergabe verhindert werden.

Vor dem Hintergrund der wissenschaftlichen Standardisierung in den Richtlinien der BÄK erlangt die Datenharmonisierung und Informationsvernetzung eine hohe Allokationsrelevanz. „Die Rahmenbedingungen der Organtransplantation unterliegen einem stetigen wissenschaftlich-technischen Wandel. Daher müssen die Allokationskriterien laufend überprüft werden. Voraussetzung hierfür ist eine konsequente Datenerfassung und -analyse aller Patienten vor und nach Organtransplantation.“<sup>18</sup> Hierzu ist eine Harmonisierung der transplantationsrechtlichen Datenströme stärker als bisher erforderlich. Die neu gestalteten Auskunfts- und Informationspflichten können in diesem Zusammenhang einen wichtigen Beitrag leisten. In diese Richtung geht auch die Forderung nach dem Aufbau eines Transplantationsregisters, um noch stärker die Datenströme zu vereinheitlichen, um mit anderen Worten eine noch stärker nutzbare Daten-

grundlage zu haben.<sup>19</sup> Der Aufbau eines wissenschaftlich geführten Transplantationsregisters steht auf der transplantationsmedizinischen Agenda.<sup>20</sup> Das Thema der Errichtung eines Transplantationsregisters hat nunmehr auch den Weg in die parlamentarischen Gremien gefunden.<sup>21</sup>

## V. Rechtspolitischer Ausblick

Die in der juristischen Literatur problematisierte Frage der „Verteilungsgerechtigkeit in der Transplantationsmedizin“ wird sich nicht durch eine „schärfere“ parlamentarische Konturierung des Transplantationsgesetzes lösen lassen.<sup>22</sup> Denn detailliertere gesetzliche Vorgaben, welche medizinische Gesichtspunkte näher beschreiben und damit die Richtlinientätigkeit der Bundesärztekammer stärker steuern könnten, würden aus der Sicht transplantationsbedürftiger Patienten auch immer zu einer Benachteiligung führen.<sup>23</sup> Wertende und abwägende Aspekte sind der wissenschaftlichen Standardisierung immanent. In Bezug auf die betroffenen Patienten sind gesetzliche Organallokationskriterien immer auch janusköpfig, führt doch die Zuweisung eines Organs an einen Patienten immer zur Zurückdrängung eines anderen Transplantationsbedürftigen. Verteilungsgerechtigkeit und Chancengleichheit setzen sich im Regelungsumfeld des Transplantationsgesetzes durch Vergabebalance um. Der als Widerspruch beschriebene Zielkonflikt zwischen den Parametern Erfolgsaussicht und Dringlichkeit ermöglicht es erst, Ausgleichsregelungen für bspw. schicksalshafte Benachteiligungen zu schaffen. Die nach dem Transplantationsgesetz zu realisierende Vergabebalance stellt einen Weg dar, unabhängig von einem bestimmten Krankheitsbild oder einem spezifischen Patiententypen, ein Organzuteilungssystem zu installieren, das den unterschiedlichen Faktoren, die zur Transplantationsbedürftigkeit führen können, problemadäquat Rechnung tragen kann.

\* Der Artikel beruht auf Vorträgen, die der Verf. auf der 13. Interdisziplinären Medizinkonferenz im November 2013 in Stralsund und vor dem Interdisziplinären Forum Medizin-Ethik-Recht (MER) im April 2014 in Berlin gehalten hat. Der Vortragsstil wurde -ergänzt um einige wenige Fußnoten- beibehalten.

<sup>1</sup> Çalıřkan B: Die medizinrechtlichen Ordnungsstrukturen, Berlin 2014, S. 321 f.

<sup>2</sup> Erster Untersuchungsbericht der Bundesregierung zur Situation der Transplantationsmedizin vom 01.04.2009, BT-Drs. 16/12554, S. 10.

<sup>3</sup> Çalıřkan, Fn. 2, S. 291.

<sup>4</sup> Schmidt-Aßmann E: Organisationsformen des medizinischen Sachverständigen im Transplantationsrecht, in: Kern BR, Wadle E, Schroeder KP, Katzenmeier C (Hg.), Humaniora: Medizin - Recht - Geschichte, FS für Adolfs Laufs zum 70. Geburtstag, Berlin 2006, S. 1049, 1066.

<sup>5</sup> Schmidt-Aßmann, Fn. 4.

<sup>6</sup> Rahmel A: Voraussetzungen und Ergebnisse der Organallokation, in: Middel CD, Vilmar K (Hg.), Förderung der Organspende: Bestandsaufnahme und Bewertung, Köln 2012, S. 13, 23

<sup>7</sup> Rosenau H: Die Setzung von Standards in der Transplantation, in: Ahrens HJ, von Bar C, Fischer G,

Spickhoff A, Taupitz J (Hg.), Medizin und Haftung. Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag, Berlin 2009, S. 435, 449.

<sup>8</sup> BT-Drs. 17/7376, S. 14 und 19; Viebahn R: 10 Jahre Transplantationsgesetz, in: Höfling W (Hg.), Die Regulierung der Transplantationsmedizin in Deutschland, Tübingen 2008, S. 9, 19. In diese Richtung auch Kirste G: Spenderidentifizierung im Krankenhaus, in: Middel u. a. (Hg.), Fn. 6, S. 33 ff.

<sup>9</sup> Vgl. Rahmel, Fn. 6, und Viebahn, Fn. 8.

<sup>10</sup> Gutmann T, in: Schroth U, König P, Gutmann T, Oduncu F (Hg.), TPG. Transplantationsgesetz. Kommentar, München 2005, § 10 Rn. 9.

<sup>11</sup> Hierzu und im Folgenden Çalıřkan B, Metzinger B, Middel CD: Bilanzpressekonferenz der nach § 11 Abs. 3 und § 12 Abs. 5 TPG eingesetzten Prüfungs- und Überwachungskommission, MedR 2014, 21.

<sup>12</sup> Siehe zu dieser seit Jahren erhobenen Forderung u. a. Angstwurm H: Einschätzung des Vorsitzenden, in: Middel CD, Pühler W, Lilie H, Vilmar K (Hg.), Novellierungsbedarf des Transplantationsrechts, Köln 2010, S. 239, 241; Otto G, Brauchen wir mehr Transparenz bei der Darstellung von Transplantationsergebnissen?, in: Middel CD, Pühler W, Lilie H, Vilmar K (Hg.), Organspende und Organtransplantation in Deutschland, Köln 2011, S. 149, 157; ders., Defizite bei der Erfassung transplantationsrelevanter Daten in Deutschland, in: Middel, Fn. 6, S. 87, 96.

<sup>13</sup> BT-Drs. 17/7376, S. 14

<sup>14</sup> Lang H, in: Höfling W (Hg.), Kommentar zum TPG, 2. Auflage, Köln 2013, § 11 Rn. 64, macht deutlich, dass sich die neuen Kontrollstrukturen nur dann effektiv auswirken werden, wenn die Länder stärker als bisher auch von ihren Aufsichtsrechten tatsächlich Gebrauch machen.

<sup>15</sup> Siehe zur Arbeit der Prüfungs- und Überwachungskommission Rabbata S: Geprüft auf Leber, Herz und Nieren, Ärzteblatt Thüringen 2013, 335 f.

<sup>16</sup> Çalıřkan u. a., Fn.11.

<sup>17</sup> Vgl. § 11 Abs. 3 S. 4 TPG und § 12 Abs. 5 S. 4 TPG. Kritisch zur Rolle der zuständigen Landesbehörden bei der Aufsicht über die Transplantationszentren verhält sich Lang, Fn. 14.

<sup>18</sup> Rahmel, Fn. 6, S. 24.

<sup>19</sup> Frei U: Haben sich die Voraussetzungen der Organallokation seit 1997 verändert?, in: Middel u. a. (Hg.), Fn. 6, S. 7, 11.

<sup>20</sup> Mit der folgenden Begründung hat der 116. Deutsche Ärztetag den Beschluss gefasst, den Gesetzgeber aufzufordern, rechtliche Rahmenbedingungen für die Einrichtung eines Transplantationsregisters schnellstmöglich zu schaffen: „Die Bundesärztekammer wurde vom Gesetzgeber beauftragt, für die Organtransplantation den Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft in Richtlinien festzustellen. Um die Basis dieser Arbeit weiter auszubauen, müssen alle schon jetzt bestehenden Datenströme vereinheitlicht, zusammengeführt und ggf. auch erweitert werden. Basierend auf einer angemessenen logistischen Ausstattung zur kontinuierlichen Daten und Ergebnisauswertung, wird ein Transplantationsregister wesentlich dazu beitragen, Transparenz, Verteilungsgerechtigkeit und Qualität der Transplantationsmedizin in Deutschland zu befördern und damit unter Beteiligung der Deutschen Krankenhausgesellschaft (DKG) und des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen das Vertrauen der Bevölkerung in die Transplantationsmedizin nachhaltig zu stärken.“, Beschlussprotokoll des 116. Deutschen Ärztetages in Hannover vom 28. bis 31. Mai 2013, S. 21.

<sup>21</sup> Rechtsdepesche 2013, 166; BT-Drs. 17/13897, S. 3; Richter-Kuhlmann EA: Transplantationsmedizin: Weitere Gesetzesänderungen stehen an, DtschÄrztebl 2013, 1356.

<sup>22</sup> Siehe kritisch hierzu Höfling mit seinem gleichlautenden Artikel, JZ 2007, 481 ff.

<sup>23</sup> Hierzu und im Folgenden Çalıřkan B: Die medizinrechtlichen Ordnungsstrukturen, Berlin 2014, S. 299 f.

Dr. iur. Barıř Çalıřkan ist Referent im Stabsbereich der Hauptgeschäftsführung der Bundesärztekammer – Geschäftsstelle Transplantationsmedizin.

**Dreier, Horst (2013): Bioethik. Politik und Verfassung,  
Mohr Siebeck, Tübingen, S. 107**

von Roland Konrad Kobald

Der Rechtsphilosoph Horst Dreier rekonstruiert in dieser Abhandlung den staatsrechtlichen Rahmen und dessen Gestaltungsspielraum bei bioethischen Fragestellungen aus rechtsphilosophischer sowie weltanschauungsanalytischer Sicht. Gerade in Deutschland sind bioethische Diskussionen immer schon von besonderer Heftigkeit und weltanschaulich-dogmatischer Grundsätzlichkeit gewesen und zumal noch immer im Gange. Diesbezüglich formuliert das ehemalige Mitglied des Nationalen Ethikrates: „Auch wer glaubt, man müsse Experten verschiedener Fachgebiete nur lange genug in bestimmten Gremien miteinander reden lassen, dann werde schon ein allgemein akzeptiertes Resultat dabei herauspringen, hat von der Eigengesetzlichkeit einzelwissenschaftlicher Rationalitäten eine nur geringe und von der Eitelkeit der Protagonisten gar keine Vorstellung.“ (S. 2) Daher konzidiert der Autor die Bioethik durchaus auch als „Herausforderung für das Verfassungsrecht.“ Beispielsweise offenbart der sich erhärtende Diskussionsverlauf zum Embryonenschutzgesetz seit seiner Inauguration in den 1990er Jahren die fundamentalen Wertungsdifferenzen unzweideutig, so Horst Dreier ideologiekritisch. Bei Fragen zur Embryonenforschung ist sehr schnell und immerzu die Rede von der Menschenwürde zur Hand. Die rote Bioethik, die recht eigentlich als eine Variante der Medizinethik verstanden wird, erweitert diesen normativen Diskursprozess um gattungsethische Fragen zum Lebensrecht bestimmter menschlicher Stadien, wie Föten und Embryonen, oder Fragestellungen zu Pränataldiagnostik, Stammzellenforschung, therapeutischem Klonen oder prä- und postnatale Diagnostik. Derartige Fragestellungen kreisen um die rechtliche Beurteilungen, die weit über tradierte Moral- u. Medizinethikfragestellungen hinausgehen, denn sie eröffnen eine völlig neue Qualität an rechtsethischen Beurteilungsmöglichkeiten: Wie soll mit der These von der Würdebegabung pränativer Embryonen umgegangen werden? Darf man Embryonen in der Stammzellenforschung verbrauchen? Wo fängt das menschliche Leben an? Im Spannungsfeld aus rechtlichen, politischen und wissenschaftlichen Positionen erfüllt die Bioethik eine Querschnittsfunktion der Reflexion zwischen naturwissenschaftlich Tatsachen, gesellschaftlicher Weiterentwicklung und ethischer Normenfindung. Bei moralisch-juristischen Annahmen gilt in einem Teil der juristischen Kreise die Frage nach der Menschenwürde durchaus als abstrakte Frage, die klar zu beantworten es den Gerichten schwerfalle, da es in Europa zur Frage der Menschenwürde keinen Konsens darüber gäbe, ob sie

unter den Anwendungsbereich der Menschenrechte falle oder nicht, dies deshalb, weil es in Europa noch keinen „wissenschaftlichen Konsens“ über den Begriff Menschenwürde gibt. In anderen Teilen des Rechtssystems wiederum wird der Begriff Menschenwürde als sakrosankt geltendes positiv-methodisches Axiom benutzt. Die Gesetzgebung der EU-Mitgliedstaaten weist daher erhebliche Unterschiede in der Auslegung dessen auf, was ein Embryo sei und wie mit embryonaler Stammzellenforschung rechtlich umzugehen sei. Dieser dogmatischen Fundierung geht Horst Dreier aus rechtsphilosophischer Sicht nach indem er die Mechanismen der politischen Willensbildung und deren Normierung durch Rechtstexte strukturell analysiert, indem er in seinem Gedankenmodell zur Statusfrage des Embryos, sowohl unter juristischer als auch unter moralischer Perspektive argumentiert. Die in sechs Kapiteln ausgearbeitete Abhandlung verfolgt die Regelungsmacht des Gesetzgebers sowie deren verfassungsrechtlichen Grenzen entlang der beiden Begriffe Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und Lebensrecht (Art. 2 Abs. 2 GG). Der Autor expliziert in seiner materialreichen Arbeit insofern nicht nur Stellungen im Pro und Contra der Positionen, sondern darüber hinaus die verfassungsrechtlichen und staatsrechtlichen Rahmenbedingungen. In den beiden ersten Kapiteln „Bioethik als Herausforderung für das Verfassungsrecht“ und „Grundsatzdiskurs: Verfassungstheoretische Koordination“ führt der Autor auch den juristisch oder bioethisch wenig affinen Lesenden unpräzise in das vorgelegte Thema ein. Die Kapitel drei bis sechs exemplifizieren vorerst zwei Anwendungsdiskurse, um dann zum Politikdiskurs überzuleiten, um schließlich mit Gedanken über „Zumutungen freiheitlicher Gesellschaften“ abzuschließen. In weltanschauungsanalytischer Absicht meint der Rechtsphilosoph diesbezüglich spitzfindig: „Das erscheint auch deswegen notwendig, weil viele Beiträge in dem anhaltenden Meinungsstreit den Eindruck vermitteln, ihre Protagonisten säßen einem gedanklichen Kurzschluß auf: daß nämlich genau und nur das, was sie für jeweils ethisch und moralisch richtig halten, alleiniges Richtmaß für das Handeln des Gesetzgebers sein könne und dürfe.“ (S. 3) Im bioethischen Disput ist es wichtig zur verstehen, dass dieser durch drei grundlegende Komponenten gekennzeichnet ist: 1) Faktizität, 2) Normativität und 3) gesellschaftlicher Pluralität. So überrascht es daher wohl keineswegs, wenn wir gravierende Meinungsdivergenzen bei der Beurteilung bioethischer Fragen auch in Gesetzestexten vorfinden, denn die Faktizität der Pluralität wird normativ unterfangen. Gerade der gesetzliche Stützpfiler der Individualität spiegelt sich gesellschaftlich in der Pluralität wider. Die Gesetzestexte sind die normativen stabilitätsverbürgenden Ordnungsgaranten des Staates. Diese Voraussetzungen sind im „geistigen Bürgerkrieg“ (S. 1) der Weltanschauungen als Wirkfaktoren im Bioethikdiskurs umso wichtiger, denn „das Recht hat nicht religiöse oder weltanschauliche Wertvorstellungen durchzusetzen.“ (S. 18) Beispielsweise wird das christliche Menschenbild in bioethischen

Kontroversen zur Stammzellforschung gerne als heilende Formel aufgerufen, jedoch verunmöglicht nicht nur die notorische Unschärfe dieses Begriffs eine „Sicherung über die Autonomie der größten Zahl“ (S. 14) in einem Gesetzestext ohne ideologisierende Tendenzen. In bioethischen Diskussionen wird im Wesentlichen auf drei Rechtsgüter abgestellt: auf a) die Menschenwürde, b) dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit und c) die Forschungsfreiheit. In diesem Zusammenhang ist der wesentliche Betrachtungsgegenstand eigentlich nicht die mögliche Verletzung von rechtlichen oder moralischen Positionen des Embryos, sondern danach, welche sozialen Folgen die Einführung derartiger Praktiken nach sich ziehen könnte bzw. würde. Anders ausgedrückt muss es dem Recht darum gehen, die Bedeutung der Handlungen für das soziale und politische Zusammenleben sowie für die moralische Orientierung zu bedenken, um über normative Standards zur Stabilisierung des Staatssystems beizutragen. (S. 78 ff.) Daraus folgt auch, dass die Grenzen der Gestaltungsmacht des Gesetzgebers nicht durch metaphysische Dogmen gesellschaftlicher Gruppierungen gesetzt werden, sondern einzig und allein durch die höherrangigen Normen des Grundgesetzes gezogen werden. Die Untersuchung kommt zum Schluss, dass weder die Garantie der Menschenwürde noch das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit zu einem kategorischen Verbot der modernen medizinischen und humantechnologischen Praktiken der Forschung an überzähligen Embryonen und des therapeutischen Klonens zwingen. Gleiches gilt für alle weiteren ins Feld geführten Argumente für die Erstreckung der verfassungsrechtlichen Garantien auf die embryonale Frühphase: Sie halten näher verfassungsrechtlicher Überprüfung nicht stand. Eine Eigentümlichkeit der in Deutschland vorherrschenden Rechtslage ist es, dass der Embryo in vitro (sic!) sehr viel stärker geschützt ist als das später im Rahmen einer Schwangerschaft zum Fötus herangewachsene ungeborene Leben. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass der Gesetzgeber in erster Linie nicht Reflexionsinstanz, sondern Akteur der Normierung im politischen Raum ist, die Widersprüchlichkeiten in Kauf nehmen muss, solange sie die Grundrechte nicht verletzen. Aber auch deshalb, weil Gesetze allein aus demokratietheoretischen Gründen keiner verfassungsrechtlich einzufordernden Pflicht zur Konsistenz, Stringenz oder einheitlicher Systematik auferliegen, aber auch, weil Gesetze immer und vorwiegend Singularitäten im vorgegebenen Rahmen analysieren (müssen).

Meines Erachtens legt Horst Dreier, auch wenn er sich selbst vielleicht dieser Schule nicht zugehörig fühlen mag, eine rechtsphilosophische Weltanschauungsanalyse von einer Argumentationsqualität vor, wie sie der berühmte Vertreter der „Reinen Rechtslehre“ Hans Kelsen nicht besser leisten hätte können. Die Arbeit besticht durch ihre Prägnanz, logische Stringenz und den allgemein verständlichen Ableitungen.

**Redaktionsanschrift:**

meris e. V.  
c/o Interdisziplinäres Wissenschaftliches Zentrum  
Medizin-Ethik-Recht  
Juridicum, Raum 0.30  
Universitätsplatz 5  
06108 Halle (Saale)

zfmer@meris-mer.de  
www.meris-mer.de/zfmer

**Gestaltung:**

Andreas Walker  
Sven Wedlich

**Druck:**

RT Reprotechnik.de GmbH  
Prager Str. 13  
04103 Leipzig

*Schutzgebühr 8,- €*

**Redaktionsleitung:**

Franziska Kelle  
Dr. Andreas Walker  
Sven Wedlich

**Redaktion:**

Maria Busse  
Lysann Hennig  
Dr. Kerstin Junghans  
Martina Resch  
Dr. Sebastian T. Vogel

**Gastautoren dieser Ausgabe:**

Dr. Barış Çalışkan  
Stefanie Kähler  
Roland Konrad Kobald  
Jana Schäfer-Kuczynski  
Susann Sperling  
Melanie Störer  
Dr. Christoph Tangermann

Die ZfMER erscheint zweimal im Jahr.

Thema des nächsten Heftes

**Depression**

(Herbst 2014)

*Alle in der Zeitschrift verwendeten Texte, Fotos und grafischen Gestaltungen sind urheberrechtlich geschützt. Jegliche Verwendung darf, auch auszugsweise, nur nach vorheriger schriftlicher Zustimmung des Herausgebers erfolgen. Eine kommerzielle Weitervermarktung des Inhalts dieser Zeitschrift ist untersagt.*