

**Stellungnahme  
zur Öffentlichen Anhörung  
des Rechtsausschusses am 4. März 2009  
zu Gesetzentwürfen zur Regelung  
von Patientenverfügungen**

**I. Zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung**

Allen Beteuerungen zum Trotz, die Entscheidungssituationen am Lebensende seien rechtlich klar geregelt, herrscht unter Juristen, Ärzten, Pflegenden und Betroffenen (d. h. denjenigen, die eine Patientenverfügung erstellt haben oder erstellen wollen, sowie ihren Angehörigen) *große Unsicherheit über die Anforderungen an und die Wirkungen von Patientenverfügungen sowie zur Argumentationsfigur des sog. mutmaßlichen Willens*. Dies ist auch nicht verwunderlich angesichts einer überaus mißverständnisträchtigen Terminologie in der sog. Sterbehilfedebatte<sup>1</sup> und im Blick auf den Umstand, daß das Sterbehilferecht in Deutschland lediglich als eine Querschnittsmaterie existiert, deren fragmentarische Orientierungslinien sich aus zivil-, straf-, arzt- und verfassungsrechtlichen Normen ergeben. Deren „Zusammenspiel“ wiederum ist, abgesehen vom normhierarchischen Vorrang des Verfassungsrechts, ebenfalls unsicher. Dies gilt nicht zuletzt für das bis heute unge-

---

<sup>1</sup> Siehe dazu nur *Thorsten Verrel*, Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung. Gutachten C für den 66. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, Bd. I, 2006, C 53 ff.; *Wolfram Höfling*, Integritätsschutz und Patientenautonomie am Lebensende, Deutsche Medizinische Wochenschrift (DMW), 2005, 898 ff.

klärte Verhältnis zwischen der strafrechtlichen Sanktionenordnung und dem verhaltenssteuernden Zivilrecht, wie auch der 12. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs noch einmal hervorgehoben hat.<sup>2</sup> Die erhebliche Unsicherheit offenbart sich im Beratungsalltag – etwa der Deutschen Hospiz Stiftung – ebenso eindrücklich wie in der forensischen Praxis:

- von widersprüchlichen Judikaten<sup>3</sup>
- über staatsanwaltliche Ermittlungsverfahren gegen Ärzte wie das in Berlin, in dem die Staatsanwaltschaft zugunsten eines beschuldigten Arztes von einem Verbotsirrtum ausgegangen ist, diesen zwar für nicht entschuldbar, dem Beschuldigten aber zugleich zugute hält, daß die „seitens der Ärztekammer Berlin verabschiedete Berufsordnung (für) diverse Unklarheiten in der Ärzteschaft“ geführt habe,<sup>4</sup>
- bis hin zur Verfügung der Generalstaatsanwaltschaft Nürnberg in einem Verfahren gegen einen Richter am Amtsgericht wegen versuchter Körperverletzung im Amt.<sup>5</sup>

All dies unterstreicht nachdrücklich, daß eine gesetzliche Regelung dringend geboten ist.

## **II. Zu den Vorgaben für ein Patientenverfügungsgesetz und dessen lebenswirklichkeitskompatible Umsetzung**

Ein „gutes“ Patientenverfügungsgesetz muß vor diesem Hintergrund *zwei Bedingungen* erfüllen:

- (1) Es muß den zentralen verfassungsrechtlichen Vorgaben – Achtung des Selbstbestimmungsrechts und Wahrung der Integrität – gerecht werden.
- (2) Seine Regelungen müssen die Entscheidungsprozesse aller Beteiligten so steuern, daß die Unsicherheiten bei Ärzten, Pflegenden sowie Betroffenen weitgehend beseitigt werden und die zum Teil widersprüchliche Judikatur zu einheitlichen Bewertungsmaßstäben findet.

### **1. Grundrechtliche Vorgaben für ein Patientenverfügungsgesetz – eine Skizze**

---

<sup>2</sup> Siehe BGH, JZ 2006, 144 f. mit Anm. *Höfling*, aaO, S. 145 ff.

<sup>3</sup> Aus neuerer Zeit z. B. instruktiv die Entscheidungen des AG Gelsenkirchen-Buer vom 10. April 2007 – AZ: 35 XVII B 986 – und des LG Essen vom 29.11.2007 – 7 T 385/07 zu einem nur vermeintlichen „Wachkoma-Fall“.

<sup>4</sup> Siehe Staatsanwaltschaft Berlin, AZ: 63/61 Js 2055/01, Verfügung vom 20. September 2008.

a) Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG

Das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, wie es in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleistet ist, zielt in seiner Abwehr- und Schutzdimension<sup>6</sup> auf eine *doppelte Gewährleistung*: zum einen garantiert es einen (statischen) Anspruch auf Bewahrung der Integrität, zum anderen umfaßt es ein (dynamisches) Freiheitsrecht der Selbstbestimmung über die leiblich-seelische Integrität.<sup>7</sup> Über die verfassungsrechtliche Gewährleistung auch des individualitätsbezogenen Selbstbestimmungsrechts besteht im Ergebnis kein Dissens, auch wenn über die genaue Verortung im Grundrechtskatalog gestritten werden mag.<sup>8</sup>

Zu den Gewährleistungselementen dieses Selbstbestimmungsrechts über die leiblich-seelische Integrität gehört auch die Freiheit zur Selbstbestimmung durch zukunfts wirksame Festlegungen.<sup>9</sup> Das Verfassungsrecht leistet seinen „Freiheitsdienst“ gerade dadurch, daß es dem Einzelnen die Befugnis einräumt, vor Eintritt von Entscheidungsunmündigkeit vorsorglich über die zulässigen Eingriffe in seine körperliche Integrität zu disponieren und durch ein konditioniertes oder unbedingtes Behandlungsveto seinen Sterbeprozess zu „gestalten“.<sup>10</sup> Der (spätere) Patient konkretisiert in solchen Konstellationen eine von vornherein im Behandlungsverhältnis angelegte immanente Grenze.<sup>11</sup>

Vor diesem Hintergrund stellen sich in grundrechtsdogmatischer Perspektive gesetzliche Regelungen, mit denen das antizipative Selbstbestimmungsrecht begrenzt wird, als rechtfertigungsbedürftige Eingriffe in ein grundrechtliches Schutzgut dar. Dies gilt für inhaltliche Reichweitenbegrenzungen ebenso wie für prozedurale Anforderungen an die Wirksamkeit bzw. Verbindlichkeit von Patientenverfügungen. Allerdings bedeutet die Feststellung eines Grundrechtseingriffs keineswegs zugleich das Urteil einer Grundrechtsverletzung. Grundrechtseingriffe sind nicht nur rechtfertigungsbedürftig, sondern nach Maßgabe der grundrechtsdogmatischen

---

<sup>5</sup> Verfügung des Generalstaatsanwalts in Nürnberg vom 15.1.2008 (Gz 4 BerL 144/07) zum AZ 103 Js 2008/07 der Staatsanwaltschaft Regensburg. Das Verfahren wurde eingestellt, weil die Betroffene vor der geplanten Oberschenkelamputation verstarb.

<sup>6</sup> Zu dieser grundsätzlichen Doppelfunktion der Grundrechte siehe nur *Günter Krings*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, 2003, S. 60 ff. m.z.N.

<sup>7</sup> Siehe BVerfGE 52, 171 (174) – abweichende Meinung; BVerfGE 89, 120 (130).

<sup>8</sup> Siehe dazu auch *Wolfram Höfling/Heinrich Lang*, Das Selbstbestimmungsrecht: Normativer Bezugspunkt im Arzt-Patienten-Verhältnis, in: Feuerstein/Kuhlmann (Hrsg.), Neopaternalistische Medizin, 1999, S. 17 (18 ff.).

<sup>9</sup> Siehe nur *Michael Sachs*, in: Stern, Staatsrecht III/1, 1988, S. 642.

<sup>10</sup> Siehe dazu auch schon *Wilfried Botke*, in: Deutsche Sektion der Internationalen Juristen-Kommission (Hrsg.), Lebensverlängerung aus medizinischer, ethischer und rechtlicher Sicht, 1995, S. 35 (99-101).

<sup>11</sup> Siehe zum Ganzen auch *Wolfram Höfling*, „Sterbehilfe“ zwischen Selbstbestimmung und Integritätsschutz, JuS 2000, 111 (114 f.).

„Spielregeln“ auch rechtfertigungsfähig. Als begrenzungslegitimierende Kategorie kommen dabei auch Rechte und sonstige Interessen des Grundrechtsberechtigten selbst in Betracht.<sup>12</sup> Ohne die problematische Figur des „Grundrechtsschutzes gegen sich selbst“ an dieser Stelle näher thematisieren zu müssen, kann für den vorliegenden Kontext jedenfalls festgehalten werden, daß die Rechtsordnung zahlreiche unterschiedliche Formen des Schutzes vor nicht ausreichend überlegten Willensbekundungen auch bei voll geschäftsfähigen Personen kennt (Formvorschriften, Rücktrittsrechte, Altersgrenzen usw.). Deren prinzipielle Verfassungslegitimität ist nicht bestritten.<sup>13</sup> Im übrigen betrifft die (Anerkennung der) Bindungswirkung von Patientenverfügungen auch das Behandlungsverhältnis zwischen Patienten und Arzt/Pflegenden, so daß auch in deren Interesse an einer hinreichend sicheren Basis für ihre (Nicht-)Behandlungsentscheidungen prozedurale Vorgaben für die Ausübung antizipativer Selbstbestimmung getroffen werden können.

Im Blick auf die Schutzfunktion der Grundrechte hat ein Patientenverfügungsgesetz im übrigen dafür Sorge zu tragen, daß fremdbestimmende Übergriffe auf die körperliche Integrität möglichst ausgeschlossen werden. Auch dieser Aspekt kann prozedurale Anforderungen an die Bindungswirkung von Patientenverfügungen – etwa Schriftformerfordernisse – durchaus legitimieren. Dem Aspekt des Integritätsschutzes kommt darüber hinaus besondere Bedeutung zu in jenen Konstellationen, wo Entscheidungen über Leben und Tod auf der Grundlage des sog. mutmaßlichen Willens<sup>14</sup> getroffen werden.

#### *b) Zur Aussagekraft der Menschenwürdegarantie*

Ergänzt werden die zentralen grundrechtlichen Direktiven des Integritätsschutzes und des Selbstbestimmungsrechts durch den zu diesen Gewährleistungen im Verhältnis partieller Subsidiarität und Spezifität stehenden Menschenwürdesatz des Art. 1 Abs. 1 GG.<sup>15</sup> Ihre Bedeutung entfaltet sie insbesondere in ihrer Funktion als qualitatives Differenzierungsverbot: Würde als ein Kommunikationsbegriff meint die gegenseitige Anerkennung aller als gleichwürdige Mitglieder der menschlichen

<sup>12</sup> Näher zur dogmatischen Qualifikation dieser Kategorien *Michael Sachs*, in: *Stern*, Staatsrecht III/2, 1994, S. 361 ff. m. zahlr. Nachw.

<sup>13</sup> Siehe nur *Sachs*, aaO, S. 362 m.w.N.

<sup>14</sup> Im folgenden sub 4.

<sup>15</sup> Zum Verhältnis der Menschenwürdegarantie zu den anderen Grundrechten siehe *Wolfram Höfling*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG-Komm., 5. Aufl. 2009, Art. 1 Rdnr. 65.

Gemeinschaft.<sup>16</sup> Menschenwürde ist „nicht nur die individuelle Würde der jeweiligen Person, sondern die Würde des Menschen als Gattungswesen. Jeder besitzt sie, ohne Rücksicht auf seine Eigenschaften, seine Leistungen und seinen sozialen Status. Sie ist auch dem eigen, der aufgrund seines körperlichen oder geistigen Zustandes nicht sinnhaft handeln kann. ... Sie kann keinem Menschen genommen werden“.<sup>17</sup> Diese Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts verbieten es, die Würdegarantie gleichsam gegen das Lebensgrundrecht auszuspielen, wie dies nicht selten auch in der Judikatur geschieht.<sup>18</sup> Die Würde des Menschen wird nicht verletzt durch einen auch noch so pathologischen Zustand eines Menschen, sondern nur durch einen bestimmten Umgang mit ihm.<sup>19</sup>

### *c) Skizze eines grundrechtlich gesteuerten Entscheidungsablaufs im Krankheitsfall*

Nach Maßgabe der skizzierten verfassungsrechtlichen Vorgaben verläuft der Entscheidungsprozeß am Lebensende bzw. ganz allgemein im Krankheitsfall bei einem einwilligungsfähigen Patienten vereinfacht wie folgt: Sein informierter Wille entscheidet (im Rahmen der ärztlichen Indikation) über Art und Umfang der Behandlung. Ein informiertes Behandlungsveto bindet Ärzte und Pflegende in der Weise, daß diese jede nicht gewollte Intervention unterlassen und ggf. abrechnen müssen (Konzept des informed consent) – auch um den „Preis“ des Todes des Patienten. Diesseits (der durchaus unsicheren Grenzen) des Sterbeprozesses sind allerdings andererseits medizinisch und pflegerisch indizierte Maßnahmen stets zu ergreifen und fortzuführen, soweit kein abweichender Wille des Patienten bekannt oder erkennbar ist. Insoweit darf der Integritätsschutz – auch im Blick auf die Menschenwürdegarantie – nicht durch Mutmaßungen Dritter über die „Sinnhaftigkeit“ oder gar „Würdelosigkeit“ eines bestimmten pathophysiologischen Zustandes relativiert werden.

## **2. Zur Funktion von Patientenverfügungen**

<sup>16</sup> Dazu näher *Hasso Hofmann*, Die versprochene Menschenwürde, AöR 118 (1993), 353 (369 f.); *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Komm., aaO, Art. 1 Rdnr. 52, 56.

<sup>17</sup> So zu Recht BVerfGE 87, 209 (228).

<sup>18</sup> Ein besonders krasses Beispiel ist der Beschluß des AG Oberhausen vom 27. Januar 1999, AZ. 10 XVII 749/92 (abgedruckt auch in *Wolfram Höfling* [Hrsg.], Das sog. Wachkoma, 2. unveränderte Auflage, 2007, Anhang).

<sup>19</sup> Deshalb wird man auch fragen müssen: Was hat die Vorsitzende des 12. Zivilsenats des BGH eigentlich gemeint, wenn sie im Blick auf sog. Wachkoma-Patienten von Menschen mit vorgeblich bloßer vegetativer Lebensfunktion ohne „greifbare Chance zur Wiedererweckung“ zu einer menschlichen Persönlichkeit spricht und diese nicht mehr im Zustand „eines menschenwürdigen Daseins“ wähnt (s. *Hahne*, FamRZ 2003, 1619, 1621); zur

Im vorliegenden Problemkontext stellt sich damit die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Patientenverfügung als eine – dem aktuell geäußerten Willen eines einsichtsfähigen Patienten normativ gleichwertige – Form der (antizipativen) Selbstbestimmung qualifiziert werden kann. Grundsätzlich wird man nicht in Zweifel ziehen können, daß das Selbstbestimmungsrecht über die leiblich-seelische Integrität auch in die Zukunft wirkende Äußerungsformen umfaßt.<sup>20</sup> In hohem Maße fraglich ist aber, ob eine entsprechende strikte Verbindlichkeit jeder „Patientenverfügung“ zugebilligt werden kann – unabhängig von ihrer Form, ihrem Alter und dem Grad der Informiertheit des Ausstellers. Bedenkt man, daß Selbstbestimmung die Möglichkeit – und ggf. die Ermöglichung – von Selbstbestimmung voraussetzt und daß es um (irreversible) Entscheidungen über Leben und Tod geht, die für alle Beteiligten ein hohes Maß an Sicherheit erfordern, dann drängt sich geradezu der Gedanke auf, die Validität von Patientenverfügungen an die Einhaltung prozeduraler Kautelen zu binden. Damit wird die Erstellung von Patientenverfügungen zwar zu einer anspruchsvollen Aufgabe, doch entspricht dies nur der Komplexität der Lebenswirklichkeit, auf die sie gestaltend einwirken will. Vor diesem Hintergrund wird man drei Aspekte zu beachten haben:

#### a) *Schriftformerfordernis*

Nicht mehr ernsthaft gestritten werden sollte über das *Schriftformerfordernis*.<sup>21</sup> Wie auch sonst in der Rechtsordnung sollen Formerfordernisse gewährleisten, daß nur diejenigen Erklärungen als verbindlich angesehen werden, die vom Erklärenden auch wirklich als solche gemeint gewesen sind. Das Schriftformerfordernis schützt nicht nur vor voreiligen Willensbekundungen, sondern auch vor – unter Umständen sogar: absichtsvollen – Mißdeutungen seitens der Erklärungsmittler.<sup>22</sup> Grundsätzlich gilt darüber hinaus: Patientenverfügungen enthalten in der Regel Aussagen über sog. „Now for then-Präferenzen“. Die Rechtsordnung verlangt gerade für die Erheblichkeit solcher Präferenzen häufig eine besondere Form, insbesondere die Schriftform. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die erklärten Präferenzen sich nicht an einen ganz bestimmten Adressaten wenden und der Erklärende zur Aufklärung

---

Kritik siehe *Wolfram Höfling*, Wachkoma – eine Problemskizze aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: ders. (Hrsg.), *Das sog. Wachkoma*, aaO, S. 1 (6 f.).

<sup>20</sup> S. vorstehend sub II. 1. a).

<sup>21</sup> Siehe aber aus neuerer Zeit noch das Plädoyer für die Formfreiheit auch antizipierender Erklärungen von *Volker Lipp*, *Patientenautonomie und Lebensschutz*, 2005, S. 28 f.

<sup>22</sup> Siehe auch *Gunnar Duttge u. a.*, *Preis der Freiheit*, 2004, S. 19 f.

nicht mehr beitragen kann. In derartigen Konstellationen verlangt die Rechtsgemeinschaft Klarheit über den Inhalt der Erklärung und versucht die Rechtsordnung, mindestens über das Schriftformerfordernis Authentizität, (relative) Eindeutigkeit, Vollständigkeit und Beweisbarkeit der Erklärung zu sichern.<sup>23</sup>

#### *b) Zum Validitätserfordernis einer hinreichenden fachkundigen Aufklärung*

Zu den im *juristischen* und *parlamentarischen* Diskurs besonders strittigen Problemaspekten gehört die Frage, ob und inwieweit die Verbindlichkeit einer Patientenverfügung abhängig gemacht werden kann oder soll von einer vorangegangenen ärztlichen oder anderen fachkundigen Aufklärung. Im *medizinischen und medizinethischen Kontext* steht völlig außer Zweifel, daß bei der Erstellung von Patientenverfügungen einer entsprechende Beratung eine nicht hoch genug zu schätzende Bedeutung zukommt.<sup>24</sup> Die Arbeitsgruppe „Standards für die Beratung zu Patientenverfügungen“ der Akademie für Ethik in der Medizin e. V. hat insoweit zu Recht die entscheidenden Gesichtspunkte wie folgt zusammengefaßt: Die Beratung zu medizinischen und pflegerischen Fragestellungen hilft Ratsuchenden, sich mit dem medizinischen Für und Wider auseinanderzusetzen. Dabei sollen insbesondere psychosoziale und familiäre Fragestellungen berücksichtigt werden. Es wird zu einer höheren Validität und Stabilität der Patientenwünsche führen, wenn die Situationsbezogenheit und der möglicherweise variierende Verbindlichkeitsgrad der geäußerten Wünsche Gegenstand der Beratung werden. Eine stattgefundene Beratung kann die Ernsthaftigkeit der Willensbekundung, die in einer Patientenverfügung abgegeben wurde, unterstreichen und ihre Verbindlichkeit erhöhen.“<sup>25</sup> Und auch der **Antrag der Abgeordneten Michael Kauch u.a. (BT-Drs. 16/397)** will den Bundestag zu einem Beschluß veranlassen, bei dem die Bundesregierung aufgefordert wird, eine Informationskampagne zu starten, in der u. a. empfohlen werden

<sup>23</sup> Dazu *Michael Anderheiden*, Grundrechtsschutz durch Verfahren: Sterbehilfe nach privater Vorsorge statt öffentlichem Krisenmanagement, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 75, 2000, 149 (162); zum Ganzen auch *Wolfram Höfling*, Gesetz zur Sicherung der Autonomie und Integrität von Patienten am Lebensende (Patientenautonomie- und Integritätsschutzgesetz). Entwurf mit Begründung, MedR 2006, 26 (?)

<sup>24</sup> Siehe bspw. *Norbert W. Paul/A. Fischer*, Patientenverfügung: Wahrnehmung und Wirklichkeit, Deutsche Medizinische Wochenschrift 2008, 175 ff. (175): „essentielle Voraussetzung für die Abfassung einer in der klinischen Praxis umsetzbaren Patientenverfügung“; *Dieter Birnbacher/Peter Dabrock/J. Taupitz/Jochen Vollmann*, Wie sollten Ärzte mit Patientenverfügungen umgehen?, EthikMed 2007, 138 (142); *Marga Lang-Weltenbach/Klaus Rödel/Jochen Vollmann*, Patientenverfügungen in der Radioonkologie, EthikMed 2008, 300 (310); siehe auch *Arnd T. May*, Das Recht auf den eigenen Tod – Patientenverfügungen als Autonomie für die Stunde des Todes?, KritV 2004, 428 (449): „Beratung (spielt) eine große Rolle“.

<sup>25</sup> So *May/Niewohner/Bickhardt/Kreß/Rothärmel*, Standards für die Beratung zu Patientenverfügungen, EthikMed 2005, 332 (333).

soll, „Patientenverfügungen nach Beratung über typische Krankheitsverläufe und Behandlungsmöglichkeiten zu verfassen“.<sup>26</sup>

Der gegenüber einer vorangegangenen Aufklärung nicht selten erhobene Vorwurf der „Überbürokratisierung“ des Sterbens geht fehl. In existentiellen Entscheidungskonflikten kann dem Aspekt der Praktikabilität nur dort Bedeutung zukommen, wo hinreichende Gewähr für sachgerechte Entscheidungen ohnehin besteht. Dies aber wird man bei einer lebensnahen Risikoanalyse nachdrücklich bestreiten müssen: Die medizinischen und pflegerischen Fragen um Leben, Sterben und Tod sind viel zu kompliziert, um ernstlich erwarten zu können, daß jeder von sich aus in der Lage sei, präzise und erst dadurch in der kritischen Behandlungssituation anwendbare Erklärungen zu formulieren. Insbesondere dann, wenn die betreffende Person bestimmte Interventionen ablehnt (z. B. künstliche Beatmung oder Ernährung durch eine PEG-Sonde), muß er darüber in Kenntnis gesetzt sein, für welche Konstellationen insoweit überhaupt ärztliche Indikationen bestehen und was dadurch bewirkt werden kann.<sup>27</sup> Die Beratung muß dabei vorrangig die individuelle Situation der betroffenen Person reflektieren, wobei von besonderer Bedeutung – wie die Praxis immer wieder belegt – auch eine hinreichende Aufklärung über die Möglichkeiten schmerztherapeutischer und anderer palliativmedizinischer Interventionen ist.<sup>28</sup>

### *c) Aktualität der Erklärung*

Sinnvoll erscheint es drittens, strikte Verbindlichkeit nur solchen Patientenverfügungen zuzubilligen, die ein hinreichendes Maß an Aktualität aufweisen.<sup>29</sup>

## **3. Zur besonderen Bedeutung der Vorsorgevollmacht**

Gerade weil Art und Qualität des Kommunikationsprozesses am Lebensende dann von ganz besonderer Bedeutung sind, wenn derjenige, um den es eigentlich geht, hieran nicht mehr unmittelbar teilnehmen kann, kommt einem Bevollmächtigten eine wichtige Funktion zu. Seine Stellung und Funktion sollte deshalb in einem Patientenverfügungsgesetz näher konkretisiert und ggf. gestärkt werden.

## **4. Zur Figur des sog. mutmaßlichen Willens**

<sup>26</sup> Siehe BT-Drs. 16/397, S. 5.

<sup>27</sup> Siehe *Gunnar Duttge*, Zur rechtlichen Problematik von Patientenverfügungen, Intensiv- und Notfallbehandlung, 2005, 171 (175); *Höfling*, MedR 2006, 26.

<sup>28</sup> Zur fachlich qualifizierten Beratung siehe die Vorschläge bei *Höfling*, MedR 2006, 26 (29)



Auch in Zukunft wird für die forensische Praxis die Rechtsfigur des sog. mutmaßlichen Willens von erheblicher Bedeutung sein. Auch nach Inkrafttreten eines Patientenverfügungsgesetzes dürfte es eine Vielzahl von Personen geben, die keine Patientenverfügung (oder eine nicht valide Patientenverfügung) verfaßt hat. Deshalb sollte der Gesetzgeber hierzu autonomiesichernde und integritätswahrende Regelungen treffen. Hierzu besteht deshalb dringender Anlaß, weil die Judikatur der Vormundschaftsgerichte gravierende Wertungsunterschiede und Widersprüche offenbart. In einer Umfrage unter allen deutschen Vormundschaftsrichterinnen und -richtern der ersten Instanz ergab sich insoweit u. a.: 55 % der Befragten halten die Rechtsfigur des mutmaßlichen Willens grundsätzlich für anwendbar, 44 % waren der Auffassung, hierauf lasse sich eine Entscheidung über einen Behandlungsabbruch nicht stützen. Ein erheblicher Anteil der Vormundschaftsrichterinnen und -richter bewertet den Rückgriff auf den sog. mutmaßlichen Willen offen als einen Akt der Fremdbestimmung bzw. der fürsorglichen Fremdbestimmung.<sup>30</sup> Gerade dies aber muß der Gesetzgeber verhindern: daß der Rekurs auf den mutmaßlichen Willen zu einem Akt der integritätsverletzenden Fremdbestimmung wird – etwa, wenn (gesunde) Richter auf der Grundlage von Mutmaßungen über einen pathophysiologischen Zustand, den sie sich nicht vorstellen können (z. B. das apallische Syndrom) Entscheidungen über Leben und Tod treffen.

### **III. Bewertung der vorgelegten Gesetzentwürfe**

Vor dem Hintergrund der vorstehend skizzierten Maßstabskriterien sollen die eingebrachten Gesetzentwürfe im folgenden einer kurzen Bewertung unterzogen werden.

#### **1. Der Gesetzentwurf der Abgeordneten Zöller/Faust u. a. (BT-Drs. 16/11493)**

##### *a) Grundsätzliche Ausrichtung und Begründung*

Bereits in der Bezeichnung des Gesetzentwurfs ist die grundsätzliche Ausrichtung erkennbar. Es geht – so die Entwurfsverfasser – lediglich um eine „Klarstellung der Verbindlichkeit von Patientenverfügungen“. Vorrangiges Ziel des Entwurfs ist es,

---

<sup>29</sup> Dazu und den damit verbundenen Problemen siehe näher *Höfling*, MedR 2006, 26 (29)

<sup>30</sup> Eingehend zu der Untersuchung und ihrer Interpretation: *Wolfram Höfling/Anne Schäfer*, *Leben und Sterben in Richterhand?*, 2006, S. 78 ff.

„die in der Praxis bestehende Rechtsunsicherheit im Hinblick auf die Verbindlichkeit von Patientenverfügungen zu beseitigen“. Die vorgelegten Bestimmungen „beschränken sich dabei auf die Regelungen des materiell- und verfahrensrechtlich Unerläßlichen. In einer freiheitlich-demokratischen Grundordnung, die die Selbstbestimmung und damit die Selbstverantwortung des Menschen respektiert und fördert, verbietet sich jegliche Überregulierung. Denn eine über das Unerläßliche hinausgehende Regelung der Patientenverfügung liefe insbesondere im Kernbereich der privaten Lebensgestaltung Gefahr, die elementaren Grundrechte der Menschenwürde, der allgemeinen Handlungsfreiheit, der körperlichen Unversehrtheit sowie der Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit unnötigerweise zu beschränken“.<sup>31</sup> Diese Grundausrichtung bekräftigt die Begründung zum Gesetzentwurf noch einmal: „Nicht die individuell definierte Mißbrauchsbekämpfung<sup>32</sup> kann Ziel eines Gesetzentwurfs zur Stärkung einer Patientenverfügung sein, sondern die Orientierung an Freiheit, Individualität und Selbstbestimmung. Deshalb darf nicht jeglicher potentieller Mißbrauch zum Maßstab der Freiheitseinschränkung gemacht werden.

Zugleich nimmt der Gesetzentwurf für sich in Anspruch, die Komplexität von Leben und Sterben angemessen zu erfassen. Er läßt deshalb – wie die Entwurfsverfasser formulieren – „Raum für die Betrachtung des Einzelfalls und vermeidet schematische Lösungen, indem er einen breiten Anwendungsbereich eröffnet, der die individuelle Bewertung und Würdigung jeder einzelnen Patientenverfügung ermöglicht“.<sup>33</sup>

#### *b) Im Einzelnen:*

Die skizzierte Konzeption setzt den Gesetzentwurf um durch die Regelung über die Verbindlichkeit von – nach den Regelungen des Gesetzentwurfs nicht zwingend schriftliche<sup>34</sup> – Patientenverfügungen (und zwar unabhängig von Art und Stadium der Erkrankung, § 1900b Abs. 1 Satz 1), denen der Betreuer – und über Absatz 3 auch der Bevollmächtigte – Ausdruck und Geltung zu verschaffen hat.

---

<sup>31</sup> Der Gesetzentwurf in seiner Problembeschreibung, BT-Drs. 16/11493, S. 3. – Daß man das Grundrecht der Menschenwürde nicht nur nicht „unnötigerweise“, sondern gar nicht beschränken kann, sei nur angemerkt, und man möchte zugleich fragen, ob durch regulierende Bestimmungen zur Validität von Patientenverfügungen wirklich die Menschenwürde tangiert werden kann.

<sup>32</sup> Was immer damit auch gemeint sein mag.

<sup>33</sup> BT-Drs. 16/11493, S. 3.

Zur Rechtsfigur des sog. mutmaßlichen Willens enthält der Gesetzentwurf nur die in ihrer genauen Reichweite wenig präzise Bestimmung des § 1901b Abs. 2, wonach Abs. 1 auch hinsichtlich des zu ermittelnden mutmaßlichen Willens einer natürlichen Person gilt.

Die Ermittlung des Patientenwillens, sei er in einer Patientenverfügung formuliert, sei es im Blick auf den mutmaßlichen Willen, und seine Umsetzung sollen in einem dialogischen Prozeß der gegenseitigen Überprüfung und Bewertung zwischen Arzt und rechtllichem Vertreter erfolgen.<sup>35</sup> Dabei prüft der Arzt, welche Behandlungsmaßnahme im Blick auf den Gesamtzustand und die Prognose des Patienten indiziert ist, und erörtert diese *unter Berücksichtigung des verbindlichen Patientenwillens* mit dem Betreuer (§ 1901d Abs. 1 Satz 1). Im Zweifelsfall sollen weitere Personen, etwa Pflegepersonen, wie etwa des Behandlungsteams und dem Patienten nahestehende Personen, in die Erörterung einbezogen werden. Die Nichtaufnahme bzw. Beendigung lebensverlängernder oder lebenserhaltender Maßnahmen bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, wenn Arzt und Betreuer/Bevollmächtigter bei der Ermittlung des Patientenwillens nach § 1901d keine Einigkeit erzielen (so § 1904 Abs. 2).

### c) Kritische Anmerkungen

Der Gesetzentwurf stößt auf *erhebliche Bedenken*. In dem Bemühen, einerseits einem formal verstandenen Selbstbestimmungsrecht Geltung zu verschaffen, andererseits aber dem Arzt einen nicht unerheblichen Entscheidungsspielraum zu eröffnen, relativiert er die grundrechtlichen Maßstabsgrößen. Einerseits prüft der Arzt denkbare Behandlungsmöglichkeiten nur „unter Berücksichtigung“ des Patientenwillens, was im Blick auf das gängige Verständnis des juristischen Berücksichtigungsterminus die Frage aufwirft, warum eine verbindliche Patientenverfügung nicht auch strikt zu *beachten* ist. Der Ansatz mag zwar der Logik des Gesetzentwurfs entsprechen, wonach auf eine „Überregulierung“ bei der Erstellung von Patientenverfügungen erklärtermaßen verzichtet werden soll. Doch stellt sich schon die Frage, warum es dem Interesse des Selbstbestimmungsrechts mehr dient, etwa

---

<sup>34</sup> § 1901c sieht lediglich vor, daß die Patientenverfügung in schriftlicher Form verfaßt werden und angegeben werden *soll*, zu welcher Zeit und an welchem Ort sie verfaßt wurde. Zugleich normiert Satz 2 der Vorschrift, daß die Patientenverfügung in regelmäßigen Abständen bestätigt werden *soll*.

<sup>35</sup> Siehe Begründung, BT-Drs. 16/11493, S. 9.

auf Aufklärungsobliegenheiten zu verzichten, dann aber die Patientenverfügung „nicht gleichsam mechanisch nach deren Wortlaut“ umzusetzen.<sup>36</sup>

Aber auch der Integritätsschutz gerät in Gefahr. Gerade weil der Gesetzentwurf schlicht von Selbstbestimmung und Selbstverantwortung ausgeht, ohne die komplexe Lebenswirklichkeit des Betroffenen prozedural einzubinden, besteht die Gefahr, daß bei einem Konsens zwischen Arzt und Betreuer/Bevollmächtigten (siehe § 1901d Abs. 1, Abs. 3) auch Patientenverfügungen „vollzogen“ werden, deren Inhalt keineswegs auf einem reflektierten und informierten Entscheidungsprozeß beruht. Darüber hinaus bewirkt der Verzicht auf jegliche Regelung zur Kriteriologie des mutmaßlichen Willens und dessen Ermittlung angesichts der vormundschaftsgerichtlichen Judikatur<sup>37</sup> eine weitere Relativierung des Integritätsschutzes.

## **2. Der Gesetzentwurf der Abgeordneten Joachim Stünker u. a. (BT-Drs. 16/8442)**

### **a) Grundsätzliche Ausrichtung**

Auch der Gesetzentwurf BT-Drs. 16/8442 zielt darauf, die in der Praxis bestehenden Verunsicherungen im Umgang mit Patientenverfügungen zu beseitigen. Dazu soll das Rechtsinstitut Patientenverfügung im Betreuungsrecht verankert und die Schriftform als Wirksamkeitsvoraussetzung eingeführt werden. Unabhängig von Art und Stadium einer Erkrankung soll ein in einer Patientenverfügung zum Ausdruck gekommener Wille „wie bei einer aktuellen Entscheidung“ bindend sein, wenn der Verfasser Festlegungen gerade für diejenigen Lebens- und Behandlungssituationen getroffen hat, die nun zu entscheiden ist, der Wille nicht auf ein Verhalten gerichtet ist, das einem gesetzlichen Verbot unterliegt, der Wille in der Behandlungssituation noch aktuell ist und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, daß die Patientenverfügung durch äußeren Druck oder aufgrund eines Irrtums zustande gekommen ist.<sup>38</sup> Bei Zweifeln über den Patientenwillen bedürfen besonders schwerwiegende Entscheidungen eines Betreuers oder Bevollmächtigten der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

### **b) Einzelne Regelungen**

---

<sup>36</sup> So BT-Drs. 16/11493, S. 10.

<sup>37</sup> Dazu vorstehend sub II. 4.

<sup>38</sup> Siehe BT-Drs. 16/8442, S. 2 f., 8.

Der Begriff der Patientenverfügung wird in § 1901a Abs. 1 BGB-E begrenzt auf Willensbekundungen, die eine Entscheidung über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in eine bestimmte, noch nicht unmittelbar bevorstehende ärztliche Maßnahme enthält. Allgemeine Richtlinien für eine künftige Behandlung (als Beispiel wird angeführt: „Wenn ich einmal sehr krank und nicht mehr in der Lage bin, ein für mich erträgliches umweltbezogenes Leben zu führen, möchte ich würdevoll sterben dürfen“) sollen von diesem Begriff nicht umfaßt werden.<sup>39</sup>

Für den Fall, daß keine Patientenverfügung vorliegt oder die Festlegung einer Patientenverfügung nicht auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutrifft, hat nach § 1901a Abs. 2 der Betreuer bzw. der Bevollmächtigte (s. Abs. 4) unter Beachtung des mutmaßlichen Willens zu entscheiden. Dieser ist „aufgrund konkreter Anhaltspunkte zu ermitteln“ (§ 1901a Abs. 2 Satz 2). Hierbei sollen insbesondere berücksichtigt werden „frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen, ethische oder religiöse Überzeugungen, sonstige persönliche Wertvorstellungen und das Schmerzempfinden des Betreuten“ (Satz 3 der Vorschrift).

### *c) Kritische Würdigung*

Der Gesetzentwurf betont in ganz besonderer Weise das Selbstbestimmungsrecht als die normative Mitte des Arzt-Patienten-Verhältnisses. Dabei werden die verfassungsrechtlichen Grundlinien zutreffend beschrieben.<sup>40</sup> Zu Recht wird auch das Schriftformerfordernis als Wirksamkeitsvoraussetzung normiert.<sup>41</sup> Allerdings wird eine Verknüpfung von Beratung und Aktualisierung mit der Wirksamkeit oder der Verbindlichkeit einer Patientenverfügung als „nicht gerechtfertigt“ bezeichnet, obwohl es in der Begründung zugleich heißt: „Sowohl eine fachkundige Beratung als auch eine regelmäßige oder beim Auftauchen von schweren Krankheiten erfolgende Aktualisierung der Patientenverfügung sind sehr (!) zu empfehlen“.<sup>42</sup> Die für den Verzicht auf die Beratung als Validitätsvoraussetzung einer Patientenverfügung angebotene Begründung vermag allerdings nicht zu überzeugen: Zum einen wird die Einführung einer Beratungspflicht für nicht notwendig erachtet, um tatsächlich konkrete Festlegungen in der Patientenverfügung zu erreichen, weil es durchaus in der Absicht des Verfassers liegen könne, lediglich allgemeine Richtlinien für künftige

<sup>39</sup> Siehe die Einzelbegründung zum Gesetzentwurf, BT-Drs. 16/8442, S. 13; siehe auch die Ausführungen auf S. 15.

<sup>40</sup> Siehe BT-Drs. 16/8442, S. 8 f., 10.

<sup>41</sup> Dazu aaO, S. 13.

ge medizinische Behandlungen festzulegen.<sup>43</sup> Dies mag so sein, doch fragt sich, warum diejenigen, die mehr als solche allgemeinen Richtlinien formulieren wollten, nicht dazu aufgrund einer fachkundigen Beratung in die Lage versetzt werden sollen. Die entsprechenden Personen darauf hinzuweisen, sie trügen beim Verzicht auf eine solche Beratung „das Risiko einer fehlenden Bindungswirkung“,<sup>44</sup> läßt zahlreiche potentielle Ersteller von Patientenverfügungen mit ihren Schwierigkeiten mehr oder weniger allein. Ohne fachkundige Beratung wird es auch in Zukunft in vielen Fällen zu Formulierungen kommen wie „wenn keine Aussicht auf Besserung im Sinne eines für mich erträglichen und umweltbezogenen Lebens besteht, möchte ich keine lebensverlängernden Maßnahmen ...“, denen der Entwurf explizit die Qualität einer unmittelbaren Bindungswirkung abspricht.<sup>45</sup> Insoweit drängt sich doch die Frage auf, ob nicht dem Anliegen, dem antizipativen Selbstbestimmungsrecht wirklich Geltung zu verschaffen, nicht besser Rechnung getragen werden kann durch eine Beratung als Wirksamkeitsvoraussetzung.

Grundsätzlich begrüßenswert ist das Bemühen des Entwurfs, sich der Operationalisierung des Begriffs des mutmaßlichen Willens und seiner Ermittlung anzunehmen und dabei ausdrücklich auf den individuellen-mutmaßlichen Willen abzustellen.<sup>46</sup> Unklar erscheint aber in diesem Zusammenhang das Kriterium des „Schmerzempfinden(s)“ (§ 1901a Abs. 2 Satz 3 BGB-E).

### **3. Der Änderungsantrag der Abgeordneten *Marlies Volkmer u. a.* (Ausschuß-Drs. Nr. 16 (6) 268)**

#### *a) Inhalt*

Der Änderungsantrag der Abgeordneten *Volkmer u. a.* unterscheidet sich von den vorstehend skizzierten Modellen vor allem dadurch, daß er zur Voraussetzung einer verbindlichen Patientenverfügung macht, daß „sie erkennbar Ausdruck einer informierten Willensbekundung ist“ (§ 1901a Abs. 2 Nr. 2 BGB-E). Diese Voraussetzung wird gem. Abs. 4 der Vorschrift insbesondere dann als erfüllt angesehen, „wenn die Patientenverfügung bei ärztlicher oder anderer fachkundiger Beratung erstellt worden ist und die Abfassung bzw. Aktualisierung nicht länger als fünf Jahre zurückliegt“. Zur Begründung wird ausgeführt, daß nur der informierte Patient

---

<sup>42</sup> AaO, S. 14 – Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>43</sup> AaO, S. 14.

<sup>44</sup> AaO, S. 14.

<sup>45</sup> Ebenda.

selbstbestimmt handeln könne; hierfür sei eine qualifizierte und fachkundige Beratung eine wesentliche Voraussetzung. Mit der Aktualisierungspflicht sei gewährleistet, daß der Betroffene seine Entscheidung in gewissen Zeitabständen reflektiert und die Möglichkeit eröffnet wird, die medizinischen und pflegerischen Fortschritte der Zwischenzeit in die persönliche Entscheidung einzubeziehen.<sup>47</sup>

#### *b) Kritische Würdigung*

Der Änderungsvorschlag verdient grundsätzliche Zustimmung. Zwar erhebt er die Beratung und Aktualisierung nicht zur Validitätsvoraussetzung, macht sie also nicht zur Bedingung einer strikt verbindlichen Patientenverfügung – was vorzugswürdig gewesen wäre. Immerhin aber beläßt der Änderungsvorschlag es nicht bei Empfehlungen und Appellen, sondern weist der fachkundigen Beratung sowie der Aktualisierung eine normative Funktion im Sinne einer Vermutungsregel zugunsten der Annahme einer informierten Willensbekundung als Voraussetzung einer wirksamen Patientenverfügung zu.

Auch die Regelung über die Ermittlung des mutmaßlichen Willens in § 1901a Satz 5 BGB-E konkretisiert diesen zu Recht als individuell-mutmaßlichen Willen. Zustimmungswürdig ist auch die Regelung in § 1901a Abs. 3 Satz 2, wonach der Einschätzung eines Vorsorgebevollmächtigten bei der Konkretisierung des Inhalts einer Patientenverfügung besondere Bedeutung zugemessen wird.

### **4. Der Gesetzentwurf der Abgeordneten *Bosbach u. a.* (BT-Drs. 16/11360)**

#### *a) Grundsätzliche Konzeption*

(1) Prägend für den Gesetzentwurf *Bosbach u. a.* ist die Überzeugung, daß das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, das beim entscheidungsfähigen Patienten Vorrang genieße, in der Situation der Entscheidungsunfähigkeit „nicht in jeder Hinsicht gleichwertig durch antizipierte Willensäußerungen in Patientenverfügungen ersetzt werden“ könne.<sup>48</sup> Der Entwurf setzt deshalb auf ein *gestuftes Entscheidungsmodell*: In einer Patientenverfügung mit Beratung kann der Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung ohne Begrenzung der Reichweite verbindlich ange-

---

<sup>46</sup> AaO, S. 11.

<sup>47</sup> Siehe Änderungsantrag, Deutscher Bundestag, Rechtsausschuß, Ausschuß-Drs. Nr. 16 (6) 268 vom 19. Dezember 2008.

<sup>48</sup> Siehe die Begründung BT-Drs. 16/11360, S. 17.

ordnet werden, wenn eine umfassende ärztliche und rechtliche Aufklärung vorausgegangen, dokumentiert und mit der Patientenverfügung vom Notar beurkundet ist und diese nicht älter als fünf Jahre ist oder mit neuer ärztlicher Beratung bestätigt wurde.

(2) Patientenverfügungen, die ohne vorherige Beratung erstellt worden sind, sind in ihrer Reichweite begrenzt auf eine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit oder Situationen irreversibler Bewußtlosigkeit.

(3) Aufgrund des mutmaßlichen Willens des Betroffenen kann eine lebenserhaltende Behandlung nur beendet werden, wenn eine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit vorliegt.<sup>49</sup>

### *b) Einzelheiten des Entwurfs*

Der Gesetzentwurf hebt sich zunächst dadurch von den konkurrierenden Vorschlägen ab, daß er den Typus der verbindlichen Patientenverfügung als prozedural mehrfach bedingte Form antizipierter Selbstbestimmung konstituiert. Eine schriftliche (§ 1901b Abs. 1) Patientenverfügung entfaltet inhaltlich unbeschränkte Bindungswirkung, „wenn

1. der Errichtung eine ärztliche Aufklärung über die Möglichkeiten medizinischer Behandlung und die Folgen eines Abbruchs oder der Nichtvornahme der medizinischen Maßnahme, die das eingetretene Krankheitsbild umfaßte, zeitnah vorausgegangen ist,

2. sie nach Belehrung über die rechtlichen Wirkungen und Widerrufsmöglichkeiten zur Niederschrift vor einem Notar errichtet wurde, und die Beurkundung nicht länger als fünf Jahre zurückliegt

3. und darin auf eine von dem Arzt gefertigte Dokumentation über die Aufklärung verwiesen wird, die der Patientenverfügung beigelegt ist“ (§ 1901b Abs. 2 BGB-E). Liegen die genannten Voraussetzungen nicht vor, so hat der Betreuer oder der Bevollmächtigte (Abs. 6) den in einer Patientenverfügung enthaltenen Wünschen oder Entscheidungen, die auf den Abbruch oder die Nichtvornahme lebenserhaltender medizinischer Maßnahmen gerichtet sind, dann „Geltung zu verschaffen,

1. wenn nach ärztlicher Überzeugung eine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit vorliegt oder

2. wenn der Betreute ohne Bewußtsein ist, nach ärztlicher Überzeugung mit einem an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit trotz Ausschöpfung aller medizini-

---

<sup>49</sup> Siehe hierzu die Problembeschreibung, BT-Drs. 16/11360, S. 2 f.



schen Möglichkeiten das Bewußtsein niemals wieder erlangen wird und eine Behandlung für diesen Zustand ausdrücklich untersagt hat“ (§ 1901b Abs. 3 BGB-E). Für beide Typen von Patientenverfügungen gilt, daß sie nicht verbindlich sind, wenn die darin formulierten Wünsche und Entscheidungen erkennbar in Unkenntnis der Möglichkeiten medizinischer Behandlung oder späterer medizinischer Entwicklungen abgegeben wurden und anzunehmen ist, daß der Betroffene bei deren Kenntnis eine andere Entscheidung getroffen hätte (Abs. 4 Satz 1 der Vorschrift).

Nach Auffassung der Entwurfsverfasser können einer Patientenverfügung von der Rechtsordnung nur bei Einhaltung der skizzierten besonderen Verfahrensvorkehrungen die gleichen rechtlichen Wirkungen wie einer aktuellen Willenserklärung eines Einwilligungsfähigen beigelegt werden. „Wenn auf diese Weise durch *vorgelegte* Verfahrensvorkehrungen sichergestellt ist, daß die antizipierte Willenserklärung des Betroffenen einer aktuellen Willenserklärung qualitativ vergleichbar ist, kann auch unter Lebensschutzaspekten auf einen *nachgelagerten* Schutz durch Reichweitenbegrenzung verzichtet werden“.<sup>50</sup>

Der Gesetzentwurf weist auch den Vormundschaftsgerichten eine relativ starke Entscheidungsposition zu. Auf eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung kann nur unter drei kumulativen Voraussetzungen verzichtet werden, nämlich in den Fällen, in denen (1) eine unheilbar, tödlich verlaufende Krankheit vorliegt, (2) ein auf Abbruch oder Nichtvornahme lebenserhaltender medizinischer Maßnahmen gerichteter, in einer Patientenverfügung geäußerter antizipierter Wille des Betroffenen vorliegt und (3) nach Beratung in einem Konsil Einvernehmen zwischen Betreuer und Arzt besteht, daß der Abbruch der lebenserhaltenden Behandlung in der konkreten Situation dem Patientenwillen entspricht (§ 1904 Abs. 3 BGB-E).<sup>51</sup>

Zur Ermittlung des mutmaßlichen Willens verweist § 1904a Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 auf „frühere mündliche und schriftliche Äußerungen des Betreuten, seine religiösen Überzeugungen, persönlichen Wertvorstellungen und Einstellungen zu Sterben und verbleibender Lebenszeit sowie unvermeidbare und für den Betroffenen unerträgliche Schmerzen“.

### *c) Kritische Würdigung*

<sup>50</sup> BT-Drs. 16/11360, S. 27.

<sup>51</sup> Siehe hierzu auch die Begründung, BT-Drs. 16/11360, S. 46 f.

Angesichts der *strukturellen Asymmetrie* zwischen einer grundsätzlich in einen kommunikativen Prozeß eingebetteten Willensbekundung eines Einwilligungsfähigen einerseits und einer antizipativen Patientenverfügung, deren Implementierung ohne die Möglichkeit einer Erklärung durch den Betroffenen selbst folgen muß, verdient der *Grundansatz* des Gesetzentwurfs der Abgeordneten *Bosbach u. a.* durchaus *Zustimmung*: Ein Verzicht auf eine Reichweitenbegrenzung, der seinerseits Ausdruck der Respektierung des grundrechtlichen Selbstbestimmungsrechts ist, bedarf um der *Selbstbestimmung* und Integrität des Betroffenen selbst, aber auch mit Rücksicht auf die berechtigten Rechtssicherheitsinteressen der beteiligten Akteure der prozeduralen Kompensation. Im Ernstfall irreversible Entscheidungen über Leben und Tod bedürfen einer hinreichend breiten Legitimationsbasis. Aktualisierung und fachkundige Beratung als Voraussetzung der strikten Bindungswirkung einer Patientenverfügung sind deshalb angemessene Steuerungsinstrumente.<sup>52</sup>

Wegen der komplexen und schwierigen Herausforderung, vor der jede(r) steht, der/die sich mit der Frage der antizipativen Gestaltung seines Sterbeprozesses auseinandersetzt, verdient auch das Koppelungsverbot des § 1901b Abs. 5 Satz 2 BGB-E ebenso Zustimmung wie Satz 1 der genannten Vorschrift, wonach niemand zur Errichtung einer Patientenverfügung verpflichtet werden kann.

Zwei *kritische Anmerkungen* sind allerdings angebracht:

(1) So zustimmungswürdig das Modell eines Junktims von strikter Verbindlichkeit einer Patientenverfügung ohne Reichweitenbegrenzung einerseits und prozeduraler Ermöglichung sowie Sicherstellung einer informierten Willensbildung andererseits auch ist: Fraglich erscheint die „Doppelung“ von notarieller und ärztlicher Beratung. Sinnvoll erscheint demgegenüber eine fachkundige Beratung aus einer Hand.

(2) Auf Bedenken stößt auch die Konzeption des Patientenverfügungs-Modells 2, d. h. der Patientenverfügung ohne vorangegangene Beratung und mit Reichweitenbegrenzung. Zweifelhaft erscheint schon, ob es einer eigenständigen Zwischenkategorie dieser Art – zwischen der verbindlichen Patientenverfügung ohne Reichweitenbegrenzung und der Entscheidungsgrundlage des mutmaßlichen Willens – wirklich bedarf. Schwerer wiegt aber noch, daß mit der expliziten Benennung eines bestimmten pathophysiologischen Zustands, nämlich (vereinfacht ausgedrückt) des

---

<sup>52</sup> Dazu auch vorstehend sub II. 2.

stabilen (Wach-)Komas jedenfalls der Anschein eines „Lebenswert-Urteils“ verbunden ist.<sup>53</sup>

## **V. Änderungsantrag der Abgeordneten *Göring-Eckardt u. a.* vom 3.12.2008 zum Gesetzentwurf der Abgeordneten *Bosbach u. a.***

Mit der letzten Bemerkung ist bereits übergeleitet zum Änderungsantrag der Abgeordneten *Göring-Eckardt u. a.* zum vorstehend skizzierten Gesetzentwurf der Abgeordneten *Bosbach u. a.* (BT-Drs. 16/11360). Der Antrag zielt auf eine Änderung des § 1900b Abs. 3 in dem genannten Gesetzentwurf, mit der für den Typus der Patientenverfügung ohne vorangegangene Beratung der Verbindlichkeitsanspruch der Patientenverfügung auf die Situation einer unheilbaren, tödlich verlaufenden Krankheit beschränkt werden soll; der Zustand eines irreversiblen Komas soll nicht mehr erfaßt werden. Sieht man von den grundsätzlichen Bedenken gegenüber dieser Konzeption eines eigenständigen Patientenverfügungs-Typus ab,<sup>54</sup> so verdient jedenfalls das Anliegen Zustimmung, Fälle des irreversiblen (Wach-)Komas *nicht* mit Situationen mit tödlich verlaufenden Erkrankungen gleichzusetzen.<sup>55</sup> Der Änderungsantrag verlangt deshalb für Patientenverfügungen, die auf die Einstellung bzw. den Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen in einer solchen Lage gerichtet sind, daß sie den strengen Anforderungen an eine beratende Patientenverfügung genügen. Der Wunsch müsse unter diesen Bedingungen respektiert werden; es müsse aber auch „gewährleistet sein, daß diese Entscheidung nicht aus Fehlvorstellungen über das Krankheitsbild oder aus gesellschaftlichem Druck“ entspringe.<sup>56</sup>

## **VI. Zusammenfassende Bewertung**

Ein den eingangs skizzierten Vorgaben entsprechendes „gutes“ Patientenverfügungsgesetz, das zum einen auf einen optimierenden Ausgleich von Selbstbe-

---

<sup>53</sup> Gerade für das sog. Wachkoma bestätigen im übrigen neueste neurodiagnostische Erkenntnisse die ohnehin schon in der Literatur formulierten Zweifel (dazu *Andreas Zieger*, Beziehungsmedizinisches Wissen im Umgang mit sog. Wachkomapatienten, in: Höfling [Hrsg.], *Das sog. Wachkoma*, 2. Aufl. 2007, S. 49 ff. daran, daß Patienten mit apallischem Syndrom ohne kommunikativen Kontakt zu ihrer Umwelt leben; s. dazu die Untersuchungen aus dem Institut für Neurowissenschaften und Biophysik des Forschungszentrums Jülich: *S. B. Eickhoff et al.*, fMRI reveals cognitive and emotional processing in a long-term comatose patient, *Experimental Neurology* 214 (2008), 240 ff.

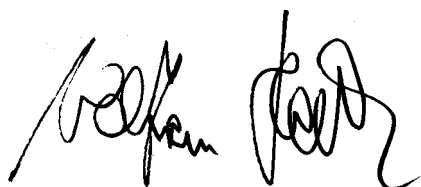
<sup>54</sup> Dazu vorstehend III. 4. c).

<sup>55</sup> Siehe die Begründung zum Änderungsantrag, aaO, S. 2 unter Bezugnahme auf die Mehrheitsauffassung der Enquete-Kommission Recht und Ethik der modernen Medizin (BT-Drs. 15/3700).

<sup>56</sup> AaO, S. 2.

stimmungsrecht und Integritätsschutz zielt und zum anderen den Steuerungsanforderungen angesichts der komplexen Entscheidungsprozesse am Ende des Lebens gerecht wird, läßt sich – wie der Gesetzentwurf *Bosbach u. a.* einerseits und der Änderungsantrag *Volkmer u. a.* andererseits in ihrer jeweiligen Grundstruktur zeigen – durchaus formulieren. Insoweit bieten die Gesetzentwürfe eine hinreichende Basis für einen gelingenden Kompromiß.

Köln, den 16.2.2009

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Wolfram Höfling', written in a cursive style.

(Prof. Dr. Wolfram Höfling, M. A.)