

Prof. Dr. Friedhelm Hufen
o. Professor für Öffentliches Recht -
Staats- und Verwaltungsrecht
an der Universität Mainz

Schriftliche Stellungnahme
Zur Expertenanhörung des Rechtsausschusses
am 4.3. 2009

Patientenverfügung und mutmaßlicher Wille
aus verfassungsrechtlicher Sicht

I. Problemstellung

1. Im Mittelpunkt der derzeitigen Diskussion um eine gesetzliche Regelung der Patientenverfügung steht die Frage von deren *rechtlicher Verbindlichkeit nach eingetretener Einwilligungsunfähigkeit*. Das gilt auch in den Fällen, in denen eine Krankheit noch keinen irreversiblen tödlichen Verlauf genommen hat oder in denen der Verlust der Einwilligungsfähigkeit auf anhaltende Bewusstlosigkeit, schwere *Demenz* oder auf ein sog. *Wachkoma* zurückgeht. Wegen der offenkundigen Bedeutung dieser Fragen für die Menschenwürde und andere wesentliche Grundrechtspositionen einerseits und der ebenso offenkundigen Ungewissheit in der Anwendungspraxis ist eine gesetzliche Regelung dieser Fragen unabdingbar.

2. Aus verfassungsrechtlicher Sicht stellt sich *nicht* die Frage, ob die Beachtung der Patientenverfügung nach Eintritt der Einwilligungsunfähigkeit in solchen Fällen „erlaubt“ ist; es ist vielmehr umgekehrt zu fragen, ob eine Reichweitenbegrenzung bzw. Nichtbeachtung einer vorhandenen Patientenverfügung mit den Grundrechten des Patienten

vereinbar ist. Das ist nicht der Fall, wenn einer solchen Entscheidung ein verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigter Eingriff in die Grundrechte des Patienten vorliegt.

II. Schutzbereiche von Patientengrundrechten

3. Das Sterben in Würde und die Beachtung einer in freier Selbstbestimmung geäußerten Patientenwillens gehören zum Schutzbereich der *Menschenwürde* (Art. 1 Abs. 1 GG). Ein einseitig interpretierter Lebensschutz darf insofern den Schutz der Menschenwürde nicht verdrängen (*in dubio pro dignitate*). Die Menschenwürde kann insbesondere in Fällen der Zwangsbehandlung bzw. Zwangsernährung berührt sein.

4. Der Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1/Art. 2 Abs. 2 GG umfasst die Selbstbestimmung des Menschen über seinen eigenen Körper. Der erwachsene und einwilligungsfähige Mensch kann selbst bestimmen, ob und welche medizinischen Maßnahmen bei ihm vorgenommen werden. Dies schließt das Recht ein, auch medizinisch notwendige oder nützliche Eingriffe und die Aufnahme von Nahrung (insbesondere durch künstliche Ernährung) abzulehnen. Auch der Widerruf einer Patientenverfügung fällt grundsätzlich in den Schutzbereich des Selbstbestimmungsrechts. Deren Formfreiheit darf aber nicht zum Ausspielen des erklärten Willens führen.

5. Die genannten Grundrechte gelten auch für den Zustand der Einwilligungsunfähigkeit durch schwere Verletzungen, lang anhaltende Bewusstlosigkeit, schwere Demenz usw. Die Selbstbestimmung kann durch eine in der Regel schriftlich niederzulegende Patientenverfügung im Vorhinein ausgeübt werden. Liegt eine solche nicht vor, so nimmt auch der mutmaßliche Wille am Schutz der individuellen Selbstbestimmung teil. Die Beachtlichkeit von Patientenverfügungen und nachgewiesenem mutmaßlichen Willen sind Teil des grundrechtlichen Gewährleistungsgehalts. Dieser Schutz erstreckt sich auch auf die antizipierte Situation einer eingetretenen Einwilligungsunfähigkeit und ist nicht von einer bestimmten Krankheitsart oder einem Stadium der natürlichen Todesnähe abhängig. Der geäußerte Wille darf nicht

durch einen späteren „natürlichen“, „wirklichen“ oder z.B. durch Gesten oder Dankbarkeit gegenüber Ärzten und Pflegern konkludent geäußerten Willen überspielt und überholt werden.

6. Ärzte, Betreuer und Gerichte sind unmittelbar an den verfassungsrechtlich geschützten Patientenwillen gebunden. Die Grundrechtsbindung gilt auch für den Gesetzgeber. Dieser hat im Rahmen seiner objektiven Schutzpflicht der individuellen Selbstbestimmung grundsätzlich Rechnung zu tragen. Das setzt die unmittelbare Geltung der Patientenverfügung gegenüber ärztlichen Maßnahmen Ärzten und Pflegern voraus.

7. Die mittelbare Geltung der Patientenverfügung durch Bindung eines Betreuers ist dann eine noch zulässige Konkretisierung der Selbstbestimmung, wenn dieser – ggf. nach einem Diskurs mit dem behandelnden Arzt - über hinreichende Mittel verfügt, die Erklärung auch durchzusetzen.

III. Reichweitenbegrenzungen und Formerfordernisse als Eingriff

8. Jedes Übergehen des Willens ist ein Eingriff in die genannten Grundrechte. Das gilt auch für alle über die Schriftform hinausgehende Formerfordernisse und jede Reichweitenbegrenzung. Das gilt auch für den Fall, dass die Beachtlichkeit der Patientenverfügung an einen bestimmten Krankheitszustand gebunden oder dass umgekehrt bestimmte Krankheitsbilder (Demenz, Wachkoma usw.) ausgeschlossen werden.

9. Die ärztliche Beratung ist eine sinnvolle Verstärkung der Selbstbestimmung des informierten Patienten und stärkt unabhängig von einer gesetzlichen Regelung die Validität der Patientenverfügung und die Beachtlichkeit eines mutmaßlichen Willens. Wird die Beratung aber zur Form- oder Verfahrensvoraussetzung der Wirksamkeit einer Patientenverfügung gemacht, so liegt darin gleichfalls ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff.

10. Das Erfordernis einer Übereinstimmung des niedergelegten Willens mit der realen medizinischen Situation und diesbezügliche Irrtumsklauseln sind nicht Eingriffe in die Selbstbestimmung des Patienten, sondern Regeln für deren angemessene Interpretation.

11. Das gesetzliche Verbot des Ausschlusses von Maßnahmen der Basisversorgung ist ein (im Bezug auf das Angebot natürlicher Ernährung, Grundpflege und Zuwendung allerdings in der Regel gerechtfertigter) Eingriff in die Selbstbestimmung. Soweit mit der Ernährung das Anlegen einer PEG-Sonde verbunden ist, liegt darin ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit. Sofern damit eine Zwangsernährung bewirkt wird, dürfte auch ein Eingriff in die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) vorliegen. Schon deshalb muss es in jedem Fall möglich sein, diese Form der Ernährung unabhängig vom Vorliegen einer tödlichen Krankheit zuverlässig auszuschließen.

IV. Rechtfertigung von Eingriffen

12. Eingriffe in die Selbstbestimmung und die körperliche Unversehrtheit können nach der Schrankensystematik der Grundrechte durch oder auf Grund eines Gesetzes gerechtfertigt werden. Das gilt aber nicht, wenn die Menschenwürde tangiert ist.

13. Entschieden sich der Gesetzgeber, das Problem der Patientenverfügung zu regeln, so müssen alle für die Ausübung der Grundrechte wesentlichen Voraussetzungen hinreichend konkret und für alle Beteiligten verbindlich im Gesetz selbst niedergelegt sein. Das gilt insbesondere für die gesetzliche Reichweitenbegrenzung von Patientenverfügung und mutmaßlichem Willen. Für die Formulierungen „*unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit*“ bestehen erhebliche Zweifel an der Erfüllung des Bestimmtheitsgebots.

14. Auch die Formulierung: „*nach ärztlicher Überzeugung*“ ist in diesem Zusammenhang nicht hinreichend bestimmt. Sie überträgt dem Arzt selbst die Entscheidung, ob er dem erkennbaren Patientenwillen Rechnung tragen will oder nicht und verschafft insbesondere dem Verfasser einer Patientenverfügung nicht die hinreichende Sicherheit,

dass seinem niedergelegten Willen auch in den dort beschriebenen Fällen wirklich Rechnung getragen wird.

15. Die Nichtbeachtung einer Patientenverfügung kommt nur in Betracht, wenn die reale medizinische Situation erkennbar von der in der Patientenverfügung vorausgesetzten abweicht und es sich um einen echten Irrtum über die Schwere einer Krankheit oder deren Heilungsmöglichkeiten handelt. Die Formulierung: *„Wünsche und Entscheidungen einer Patientenverfügung sind nicht verbindlich, wenn sie erkennbar in Unkenntnis der Möglichkeiten medizinischer Behandlung oder späterer medizinischer Entwicklung abgegeben wurden und anzunehmen ist, dass der Betroffene bei deren Kenntnis eine andere Entscheidung getroffen hätte“* trägt diesen Voraussetzungen (noch) Rechnung. Grundrechtsnäher wäre die Formulierung: *„Offenbar“* statt *„anzunehmen ist“*. Diese Formel darf nicht zum Einlassort für paternalistisch bestimmte Auslegungen des Patientenwillens oder gar dessen Durchbrechung werden.

16. Die gesetzliche Aufnahme einer Beratungspflicht ist verfassungsgemäß, wenn sie als Wirksamkeitsverstärkung der Patientenverfügung formuliert wird. Sie ist unverhältnismäßig, wenn eine ohne dokumentierte Beratung, aber gleichwohl hinreichend bestimmte Patientenverfügung ohne eine solche Beratung für unwirksam erklärt wird. Unabhängig davon bliebe eine „unberatene“ Erklärung ein kaum zu widerlegendes Indiz für einen entsprechenden mutmaßlichen Willen. Auch die Zeitnähe und Wiederholungspflichten sind nur Indiz für die Aktualität und Ernsthaftigkeit, nicht aber rechtliche Geltungsvoraussetzung der Patientenverfügung.

17. Weitere Formerfordernisse, insbesondere eine notarielle Beurkundung der ärztlichen Beratung, stoßen auf schwerwiegende Bedenken. Zum Beweis einer stattgefundenen Beratung sind sie nicht erforderlich. Zur Erhöhung der Ernsthaftigkeit und der Erkenntnis der Bedeutung der getroffenen Entscheidung sind sie bei erwachsenen Menschen unzumutbar, wenn nicht bereits ungeeignet. Nur der Arzt, nicht aber der Notar ist insofern der richtige Ansprechpartner. Ein Vergleich mit anderen Rechtsgeschäften ist schon wegen der Höchstpersönlichkeit der Patientenverfügung unangebracht.

18. Als Gründe für eine Reichweitenbegrenzung oder Nichtbeachtung des erklärten oder mutmaßlichen Willens scheiden aus:

- Der „Schutz des Patienten vor sich selbst“ widerspricht – abgesehen von evidenten Irrtumsfällen – sowohl dem Menschenbild des Grundgesetzes als auch den konkreten Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 GG. Das Grundgesetz geht vom Leitbild des „mündigen Patienten“ aus und schließt einen kurativ - paternalistischen Ansatz grundsätzlich aus. Die staatlich bewirkte Durchsetzung der Auffassung: *„Da niemand weiß, in welchem Zustand er sich bei Einwilligungsunfähigkeit befindet, ist sein zuvor geäußelter Wille nicht beachtlich“*, wäre schlicht verfassungswidrig.
- Die Nichtbeachtung des Patientenwillens zum Schutz eines etwaigen nicht mehr erklärbaren „wirklichen“ oder „aktuellen“ Willens kommt – wiederum außer in offenkundigen Irrtumsfällen - nicht in Betracht. Auch wenn man Wachkoma und schwerste Fälle von Demenz als besondere und mit „normalen“ Willenskategorien nicht zu beurteilende Daseinsformen sieht, steht jedenfalls fest, dass in diesen Zuständen zwar noch das Schutzgut Leben und körperliche Unversehrtheit gilt, von einer aktuellen Willensäußerung aber keine Rede mehr sein kann. Diese kann also auch keinen Eingriff in einen zuvor geäußerten Akt der Selbstbestimmung rechtfertigen.
- Die objektive Schutzpflicht des Staates für das Leben (Art. 2 Abs. 2 GG) schützt den Einzelnen vor Eingriff Dritter, nicht aber vor seiner eigenen Bestimmung über Leben und körperliche Unversehrtheit. Das gilt – außer in den beschriebenen Irrtumsfällen – auch für den antizipierten Zustand von Wachkoma und schwerster Demenz. Es gilt umso mehr, je deutlicher der Patient selbst exakt für diese Zustände einen Entscheidung für den Abbruch medizinischer Maßnahmen oder gegen eine invasive Ernährung getroffen hat.

- Die objektive Verpflichtung zum Lebensschutz über den einzelnen Patienten hinaus (Generalprävention, Dammbrechargument) kann gleichfalls den Eingriff in die Selbstbestimmung des Menschen nicht rechtfertigen. Anders als bei der aktiven Sterbehilfe ist der Behandlungsabbruch bei schwersten Krankheiten kein Präzedenzfall oder ein Anzeichen für eine geringere Achtung des menschlichen Lebens. Die Bekämpfung eines etwaigen Missbrauchs hat durch die Klärung der rechtlichen Voraussetzungen, nicht aber durch das Verbot der Beachtung von Patientenverfügungen stattzufinden.
- Die Gewissensfreiheit des Arztes ist ein auch in den beschriebenen Konfliktfällen zu beachtendes Verfassungsgut. So kann im Einzelfall kein Arzt gezwungen werden, bestimmte seiner Auffassung zum Tode führende Maßnahmen aktiv vorzunehmen. Auch die Gewissensfreiheit rechtfertigt aber keinen Eingriff in die Grundrechte anderer.

V. Beurteilung der Entwürfe im Einzelnen

19. Der Entwurf Stünker trägt am konsequentesten dem Selbstbestimmungsrecht und dem Schutz vor nicht konsentierten ärztlichen Eingriffen Rechnung. Durch die Prüfungspflicht hinsichtlich des Übereinstimmens von Patientenverfügung und aktueller- Lebens- und Behandlungssituation (§ 1901a Abs. 1 S. 1 BGB) ist dem Schutz vor Fehleinschätzungen und Irrtümern hinreichend Rechnung getragen. Gegen die gleichgewichtige Berücksichtigung von Patientenverfügung und mutmaßlichem Willen (§ 1901a Abs. 2 BGBE) bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Wünschenswert wäre eine präzisere Fassung der Widerrufsvoraussetzungen, um eine unfreiwillige Unwirksamkeit der Patientenverfügung zu vermeiden.

20. Der Änderungsantrag Volkmer vereinigt die Vorzüge des selbstbestimmungsorientierten Entwurfes Stünker und die auf Information und Konsens setzenden Elemente des Entwurfes Zöller. Das gilt

insbesondere auf die Voraussetzung einer informierten Willensbekundung und die Klarstellung, dass auch im Bereich der Basisversorgung mit Eingriffen verbundene Massnahmen wie die künstliche Ernährung durch eine PEG- Sonde zuverlässig ausgeschlossen werden können.

21. Im Hinblick auf den Entwurf Bosbach bestehen Bestimmtheitsprobleme hinsichtlich der entscheidend wichtigen Begriffe „unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit“ und „nach ärztlicher Überzeugung“ sowie die Nichtigkeitsfolge bei Verstoß gegen die „guten Sitten“ und den Begriff der „Basisversorgung“. Eine Interpretation der auf die Basisversorgung bezogenen Reichweitenbegrenzung, die den Ausschluss künstlicher Ernährung ausschließen würde, wäre auch inhaltlich verfassungswidrig. Die Anforderungen an die Geltung der Patientenverfügung bei Nichtvorliegen einer unheilbaren, tödlich verlaufenden Krankheit sind im Hinblick auf das Beratungserfordernis, nicht aber im Hinblick auf dessen notarielle Beurkundung verhältnismäßig. Der Entwurf enthält nach wie vor eine nicht behobene Widersprüchlichkeit, weil der Wille des Patienten bis zum Eintritt der Einwilligungsunfähigkeit beachtlich, nach Eintritt der Einwilligungsunfähigkeit bei nicht tödlicher Krankheit nur höchst eingeschränkt beachtlich, bei tödlichem Verlauf dann aber wieder beachtlich ist.

22. Der Entwurf Zöller versucht aber durch das Modell des „konsensualen Verfahrens“ den Lebensschutz gegenüber einem zu starren und irreversiblen Festhalten an der Patientenverfügung zu wahren. Als Ausdruck des Grundrechtsschutzes durch Verfahren entspricht dieser Entwurf zwar den verfassungsrechtlichen Belangen des Lebensschutzes, ist aber insofern bedenklich, als die Patientenverfügung letztlich nicht unmittelbar den Arzt, sondern nur den Betreuer bindet. Voraussetzung einer verfassungskonformen Anwendung ist deshalb, dass der Betreuer über ausreichende rechtliche Mittel verfügt, um den erklärten oder mutmaßlichen Willen des Patienten am Ende des Verfahrens auch wirklich durchzusetzen.

Professor Dr. Friedhelm Hufen

- Studium Jura und Politikwissenschaft Münster, Freiburg, Princeton (USA)
- 1. und 2. juristisches Staatsexamen, Freiburg 1969 und 1975
- Promotion (Prof. Dr. Konrad Hesse), Freiburg 1974
- Habilitation (Prof. Dr. Hans-Peter Schneider), Hannover 1982
- Professor für Öffentliches Recht, Universität Augsburg (1982-1986)
- o. Professor für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie, Universität Regensburg (1986-1993)
- seit 1993: o. Professor für Öffentliches Recht - Staats- und Verwaltungsrecht Universität Mainz
- Gastprofessuren in New Orleans, Cape-Town, Paris.
- Stellvertretender Vorsitzender der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer (2004/2005).
- Mitglied des Verfassungsgerichtshofs Rheinland-Pfalz (seit 11.02.2008)
- Mitglied in der Bioethikkommission des Landes Rheinland-Pfalz und in der Zentralen Ethikkommission der Bundesärztekammer.

Hauptarbeitsgebiete: Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Kulturrecht, Lebensmittelrecht, Medizinrecht; Grenzfragen von Recht und Ethik; Monographien u. Lehrbücher u.a. *Gleichheitssatz und Bildungsplanung* (1975); *Die Freiheit der Kunst in staatlichen Institutionen* (1982); *Fehler im Verwaltungsverfahren* (4.Aufl. 2002); *Verwaltungsprozessrecht* (7. Aufl., 2008); *Staatsrecht II – Grundrechte* (2. Aufl. 2009). Zahlreiche Aufsätze und gutachtliche Stellungnahmen medizinrechtlichen Inhalts.

hufen(at)uni-mainz.de www//universität-mainz.de