

Benedikt Kaufmann

Patientenverfügungen zwischen Selbstbestimmung und staatlicher Fürsorge

Mehr Patientenautonomie
durch das 3. BtÄndG?

Benedikt Kaufmann

Patientenverfügungen zwischen
Selbstbestimmung und staatlicher Fürsorge

Benedikt Kaufmann

Patientenverfügungen zwischen
Selbstbestimmung und staatlicher Fürsorge

Mehr Patientenautonomie durch das 3. BtÄndG?



Würzburg
University Press

Dissertation, Julius-Maximilians-Universität Würzburg
Juristische Fakultät, 2015
Gutachter: Prof. Dr. Inge Scherer, Prof. Dr. Florian Bien

Impressum

Julian-Maximilians-Universität Würzburg
Würzburg University Press
Universitätsbibliothek Würzburg
Am Hubland
D-97074 Würzburg
www.wup.uni-wuerzburg.de

©2015 Würzburg University Press
Print on Demand

Coverdesign: Anna Hönig

ISBN: 978-3-95826-016-0 (print)
ISBN: 978-3-95826-017-7 (online)
URN: urn:nbn:de:bvb:20-opus-107257



This document – excluding the cover – is licensed under the Creative Commons Attribution-ShareAlike 3.0 DE License (CC BY-SA 3.0 DE):
<http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/de/>



The cover page is licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 3.0 DE License (CC BY-NC-ND 3.0 DE):
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/de/>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2014/2015 von der Juristischen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung sind bis Ende 2013 berücksichtigt.

Mein Dank gilt zuerst meiner Doktormutter Prof. Dr. Inge Scherer, die diese Arbeit angeregt sowie durch wertvolle Hinweise begleitet hat und mir ermöglichte, während meines Doktorandenseins an ihrer Professur zu arbeiten. Herrn Prof. Dr. Florian Bien möchte ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens danken.

Mein persönlicher Dank gilt meiner Familie. Gewidmet ist diese Arbeit meiner Mutter, die mir eine breite akademische Ausbildung ermöglicht und diese stets mit Interesse begleitet hat. Besonders möchte ich mich bei meiner Frau Kathi bedanken, die mir nicht nur mit Verständnis, Geduld und als Motivator bedingungslos zur Seite stand, sondern mich auch mit dem ein oder anderen fachlichen Hinweis von medizinischer Seite unterstützt hat.

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung: Die Patientenverfügung als zivilrechtliche Antwort auf gesellschaftlichen Regelungsbedarf	13
B. Methodik und Vorgehensweise	15
C. Mehr Patientenautonomie durch das 3. BtÄndG?	16
I. Der Begriff der Patientenautonomie	18
1. Patientenautonomie als medizinethisches Grundprinzip	18
a) Medizinethische und philosophische Grundlagen	18
(1) Historische Grundlagen: Kant und Mill als philosophische Wegbereiter	19
(2) Der prinzipienorientierte Ansatz von Beauchamp und Childress	19
(3) Feinberg: Patientenautonomie als ethisches Selbstbestimmungsrecht	21
b) Paternalismus als Gegenbegriff	22
c) Rationalität als Element der Patientenautonomie?	24
d) Freiwilligkeit (voluntariness) als Bedingung autonomer Entscheidungen	27
e) Patientenautonomie: Schwellenkonzept vs. graduelles Begriffsverständnis	27
(1) Schwellenkonzept	27
(2) Graduelles Begriffsverständnis	29
f) Authentizität autonomer Entscheidungen	29
g) Patientenautonomie als intrinsischer Eigenwert?	30
h) Zwischenergebnis: Weites Begriffsverständnis der Patientenautonomie	31
2. Die rechtliche Ausgestaltung der Patientenautonomie	31
a) Verfassungsrechtliche Verankerung der Patientenautonomie	31
(1) Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG	32
(2) Allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) und Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG)	33
(3) Verfassungsrechtliche Schranken und staatliche Schutzpflicht zugunsten des Rechtsguts Leben?	34
b) Patientenautonomie und Privatautonomie	34

3. Kritik am Prinzip der Patientenautonomie	35
4. Patientenautonomie und Fürsorge – Widerspruch oder Wechselwirkung?	37
5. Patientenautonomie im Zeitverlauf	38
6. Zwischenergebnis: Patientenautonomie als voraussetzungsreiches Prinzip	39
II. Die Rechtslage vor dem 3. BtÄndG	39
1. Anerkennung des Instituts der Patientenverfügung trotz fehlender gesetzlicher Grundlage	40
2. Rechtsprechung vor dem 3. BtÄndG	41
a) „Kemptener Urteil“ vom 13.09.1994 – BGHSt 40, 257	41
(1) Einsetzen des Sterbevorgangs und Todesnähe als notwendige Zulässigkeitsvoraussetzung eines Behandlungsabbruchs?	41
(2) Strenge Anforderungen an die Ermittlung des mutmaßlichen Willens	42
(3) Allgemeine Wertvorstellungen als Gefahr für die Patientenautonomie?	43
(4) Bedeutung des Kemptener Urteils	43
b) „Lübecker Entscheidung“ vom 13.03.2003 – BGHZ 154, 205	43
(1) Festlegung zivilrechtlicher Wirksamkeitskriterien für verbindliche Patientenverfügungen	44
(2) Kritik an der „Lübecker Entscheidung“	45
c) OLG Karlsruhe/Freiburg vom 29.10.2001 – NJW 2002, 685	46
d) „Traunsteiner Entscheidung“ vom 08.06.2005 – BGHZ 163, 195	46
e) Weitere Verfahren	48
3. Entwicklung von Wirksamkeitskriterien durch Rechtsprechung und Literatur	48
III. De lege lata – Gesetzliche Verankerung der Patientenverfügung	49
1. Zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Normierung	49
a) Empfehlungen des 66. Deutschen Juristentags 2006	50
b) „Patientenautonomie am Lebensende“ (sog. Kutzer-Kommission des Bundesministeriums der Justiz)	50
c) Referentenentwurf – Bundesministerium der Justiz	51

d) Enquête-Kommission des Bundestags „Ethik und Recht der modernen Medizin“	51
e) Nationaler Ethikrat	51
f) Bundesärztekammer – Hoppe	52
2. Gesetzgebungsverfahren zum 3. BtÄndG	52
a) Pro Lebensschutz: „Bosbach-Entwurf“	52
b) Patientenautonomie und mutmaßlicher Patientenwille: „Zöller-Entwurf“	53
c) Stärkung der Patientenautonomie durch Vorrang des schriftlich verfügbaren Patientenwillens: „Stünker-Entwurf“	54
d) „Gesetzliche Überregulierung der Patientenverfügung vermeiden“ (BT-Drs. 16/13262)	54
e) Streitpunkte	54
(1) Form	55
(2) Beratungserfordernis als GKV-Anspruch	55
(3) Aktualisierungspflicht	56
(4) Notwendigkeit gerichtlicher Beteiligung	56
(5) Reichweite der Bindungswirkung	56
3. Das 3. BtÄndG als Fortschreibung der bisherigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung	56
4. Die Patientenverfügung im Zivilrechtssystem	57
a) Verankerung des Instituts der Patientenverfügung im Betreuungsrecht	57
b) Rechtsnatur der Patientenverfügung	59
c) Verhältnis zu Vorsorgevollmacht und Betreuungsverfügung	62
5. Die gesetzliche Ausgestaltung der Patientenverfügung	62
a) Gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzungen	63
(1) Einwilligungsfähigkeit	63
(2) Volljährigkeit	65
(3) Schriftform nach § 126 BGB	67
(4) Höchstpersönlichkeit der Verfügung	68

(5) Festlegungen für nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen des Gesundheitszustands, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe	68
(6) Bestimmtheitsgebot	69
b) Verzicht auf weitere Wirksamkeitsvoraussetzungen und Formerfordernisse	70
(1) Formfreiheit und Patientenautonomie	71
(2) Das Formalismus-Argument	71
(3) Eigenhändige Errichtung – Angabe von Ort und Datum – Notarielle Beurkundung	73
c) Anwendungssituation: Einwilligungsunfähigkeit	76
d) Behandlungswünsche nach § 1901a Abs. 2 BGB als Auffangtatbestand	77
6. Der mutmaßliche Wille als „Einfallstor für Fremdbestimmung“?	78
a) Der mutmaßliche Wille als fragwürdiger Begriff	79
b) Wohl und Wille des Patienten als Orientierungspole	81
(1) Wohl und Wille des Patienten in Medizinethik und Medizinrecht – <i>voluntas aegroti suprema lex</i>	81
(2) Wohl und Wille des Patienten aus rechtlicher Sicht	84
c) Grundsätzlicher Vorrang des (antizipierten) Patientenwillens	85
d) Verfahren zur Ermittlung des mutmaßlichen Patientenwillens	87
(1) Prüfung der medizinischen Indikation durch den Arzt nach § 1901b Abs. 1 S. 1 BGB – Wirksamkeit vs. Nutzen der Behandlung?	88
(2) Erörterung der medizinischen Indikation zwischen Arzt und Betreuer unter Berücksichtigung des Patientenwillens nach § 1901b Abs. 1 S. 2 BGB	91
(3) Gelegenheit zur Äußerung für nahe Angehörige sowie Vertrauenspersonen nach § 1901b Abs. 2 BGB	93
(4) Bewertung des Verfahrens aus Sicht der Patientenautonomie	96
e) Das Problem der Beteiligung Dritter	96
(1) Die Beteiligung des Patientenvertreters	98
(i) Ausdrucks- und Geltungsverschaffung	99

(ii) Überprüfung der Kongruenz von Patientenverfügung sowie aktueller Lebens- und Behandlungssituation	99
(iii) Weitere Prüfpflichten des Patientenvertreters	101
(iv) Prüfungspflicht hinsichtlich eines möglichen Widerrufs	102
(v) Überforderung des Patientenvertreters?	102
(2) Ist stets eine Entscheidung bzw. Erklärung des Patientenvertreters nötig?	102
(i) Vertreterentscheidung notwendig – keine direkte Bindung des behandelnden Arztes	103
(ii) Keine Vertreterentscheidung notwendig – direkte Bindung des behandelnden Arztes	104
(iii) Stellungnahme aus Sicht der Patientenautonomie	105
(3) Aufgaben des Arztes und dessen Verhältnis zum Patientenvertreter	107
(4) Betreuer vs. Bevollmächtigter	109
(5) Die Kontrolle der beteiligten Dritten	110
f) § 1901a Abs. 2 S. 2, 3 BGB als Gefahr für die Selbstbestimmung?	110
(1) Frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen	111
(2) Ethische oder religiöse Überzeugungen	111
(3) Sonstige persönliche Wertvorstellungen	112
(4) Zwischenergebnis	113
(5) Im Zweifel für das Leben?	113
7. Die Beteiligung des Betreuungsgerichts im Sinne staatlicher Fürsorge	114
a) Konsens zwischen Arzt und Patientenvertreter	115
b) Dissens zwischen Arzt und Patientenvertreter	115
c) Zwischenergebnis	116
d) Kritik am Konsensprinzip des § 1904 Abs. 4 BGB	117
e) Bewertung aus Sicht der Patientenautonomie – Vor- und Nachteile des Genehmigungsverfahrens	119
f) Weitere verfahrensrechtliche Vorkehrungen zur Sicherung der Patientenautonomie	121

8. Generelle Notwendigkeit einer Betreuerbestellung?	122
9. Deutungshoheit und Patientenautonomie	127
a) Auslegung von Patientenverfügungen	127
b) Adressaten der Patientenverfügung	128
c) Hierarchie Arzt vs. Patientenvertreter	130
d) Wechselseitige Kontrollmöglichkeiten	130
e) Zwischenergebnis	131
10. Das Bestimmtheitserfordernis als Hemmschuh der Selbstbestimmung?	131
a) Rechtsfolgen der Nichteinhaltung des Bestimmtheitsgebots	133
b) Abschwächung des Kongruenzerfordernisses: Aktuelle Lebens- und Behandlungssituation genügt	134
c) Behandlungswünsche und mutmaßlicher Wille nach § 1901a Abs. 2 BGB als Rettungsanker des Patientenwillens	135
d) Bewertung unter dem Aspekt der Patientenautonomie	136
11. Die Reichweite der Patientenverfügung	136
a) Grundsatz: Keine Reichweitenbegrenzung	137
b) Keine Unumkehrbarkeit des Sterbevorgangs (mehr) nötig	137
c) Kein Recht auf eine medizinisch nicht indizierte Behandlung	139
d) Maßnahmen der Grund- bzw. Basisversorgung	139
e) Folgerungen für die Patientenautonomie	140
12. Eine Aktualisierungspflicht als dogmatischer Fremdkörper?	142
13. Die Bindungswirkung der Patientenverfügung	146
14. Möglichkeit und Voraussetzungen des Widerrufs – § 1901a Abs. 1 S. 3 BGB	149
a) Einwilligungsfähigkeit als Voraussetzung des Widerrufs?	151
b) Teilweiser Widerruf	155
c) Demenz und Erkrankungen mit schleichender Progredienz	155
d) Restzweifel als unauflösbarer Zielkonflikt?	159
15. Der Verzicht auf eine ärztliche Beratungspflicht als Autonomiehindernis	160
a) Parallelen zur aktuellen Einwilligung in medizinische Maßnahmen	162

b) Das Erfordernis des <i>informed will</i> – Ärztliche Beratung für die Passgenauigkeit von Verfügungen	164
c) Der Patient als juristisch und medizinisch mündiger Bürger angesichts der medizinischen Komplexität	165
d) Patientenautonomie, Patientenverfügung und Informiertheit	167
e) Ärztliche Beratung im Spannungsfeld zwischen Selbstbestimmung und Fürsorge	167
f) Risikoverteilung zulasten des Patienten – Unwirksame Patientenverfügungen mangels Einhaltung des Bestimmtheitsgebots	169
g) Inhaltliche Anforderungen an eine ärztliche Beratung	170
h) Juristische Beratung durch Rechtsanwälte, Notare oder unabhängige Beratungsstellen	175
i) Zwischenergebnis	176
16. Verwendung von Mustern und Formularen für Patientenverfügungen	178
17. Das Koppelungs- und Verpflichtungsverbot des § 1901a Abs. 4 BGB als Schutz der negativen Patientenautonomie	180
18. Höchstgerichtliche Rechtsprechung infolge des 3. BtÄndG	181
a) „Bad Hersfelder Entscheidung“ vom 25.06.2010 – BGHSt 55, 191	181
b) BGH, Beschluss vom 10.11.2010 – 2 StR 320/10	182
c) Zwischenergebnis	182
19. Auswirkungen des 3. BtÄndG auf die klinische und juristische Praxis	183
IV. De lege ferenda – Gesetzlicher Handlungsbedarf?	185
D. Fazit: Auflösung des Widerspruchs zwischen Selbstbestimmung und Fürsorge?	186
E. Schlussbemerkung und Ausblick	188
F. Literaturverzeichnis	190
G. Verzeichnis der verwendeten Internetquellen	227

Abkürzungsverzeichnis

3. BtÄndG	Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts
a. A.	andere Ansicht
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
Arch Intern Med	Archives of Internal Medicine
Art.	Artikel
ArztR	Arztrecht
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar BGB
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-E	BGB-Entwurf
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BT	Bundestag
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BtPrax	Betreuungsrechtliche Praxis
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

bzw.	beziehungsweise
DMW	Deutsche Medizinische Wochenschrift
DNotI-Report	Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
ErbR	Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis
et. al.	et alii
etc.	et cetera
Ethik Med	Ethik in der Medizin
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamFR	Familienrecht und Familienverfahrensrecht
FamRB	Der Familien-Rechts-Berater
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FF	Forum Familienrecht
FPR	Familie – Partnerschaft – Recht
FS	Festschrift
GesR	Gesundheitsrecht
GG	Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GKV	gesetzliche Krankenversicherung
HFR	Humboldt Forum Recht
h. M.	herrschende Meinung

Hrsg.	Herausgeber
i. d. F.	in der Fassung
i. E.	im Ergebnis
i. d. R.	in der Regel
i. S.	im Sinne
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
Kap.	Kapitel
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m. E.	meines Erachtens
MedR	Medizinrecht
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MüKo	Münchener Kommentar zum BGB
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neuer Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
RDG	Rechtsdepesche für das Gesundheitswesen

RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
RPfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
sog.	sogenannt
StGB	Strafgesetzbuch
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
SZ	Süddeutsche Zeitung
u. a.	unter anderen
v. a.	vor allem
vgl.	vergleiche
vs.	versus
VuR	Verbraucher und Recht
z. B.	zum Beispiel
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfL	Zeitschrift für Lebensrecht
ZfmE	Zeitschrift für medizinische Ethik
ZMGR	Zeitschrift für das gesamte Medizin- und Gesundheitsrecht
zit. n.	zitiert nach
ZNotP	Zeitschrift für die Notarpraxis
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

A. Einleitung: Die Patientenverfügung als zivilrechtliche Antwort auf gesellschaftlichen Regelungsbedarf

Das Thema „Patientenverfügung“ ist zunehmend in den Fokus gesellschaftlicher Diskussion geraten, betrifft es doch einen sensiblen und höchstpersönlichen Bereich des menschlichen Lebens. Angesichts der gestiegenen Lebenserwartung, des medizinisch-technischen Fortschritts sowie der damit verbundenen Möglichkeiten neuer Behandlungs- und Therapiemöglichkeiten steht auch das Selbstbestimmungsrecht des einzelnen Patienten vor neuen Herausforderungen: Wie kann einem Patienten¹ in jedem Stadium seiner Krankheit eine von diesem selbst bestimmte Behandlung zuteilwerden? Wie kann ein Patient selbst darüber bestimmen, auch wenn er – in rechtlichen Kategorien – zu keiner Äußerung mehr fähig ist? Wie muss dieser Wille dann durchgesetzt werden? Kann der Einzelne auch auf medizinisch Machbares verzichten, um ein nach eigener Ansicht menschenwürdiges Leben oder auch Sterben zu ermöglichen? Diese Fragen waren und sind Kern der ethischen, medizinischen und juristischen Debatte. Sie zeigen angesichts ihrer Komplexität und ihres teils existenziellen Hintergrunds gleichzeitig allerdings auch, wie schwierig hierauf eine allgemein verbindliche Antwort gefunden werden kann. Die Patientenverfügung besitzt darüber hinaus aber ebenso empirisch-praktische Relevanz. Mittlerweile haben in der Bundesrepublik über acht Millionen Menschen ihren Wunsch nach medizinischer Behandlung bzw. Therapie am Lebensende oder deren Unterlassung in einer Patientenverfügung vorab niedergelegt².

Auch der Gesetzgeber hat angesichts der gesellschaftlichen Debatten und rechtlichen Zweifelsfragen gesetzlichen Regelungsbedarf gesehen und daher mit dem am 18. Juni 2009 von Deutschen Bundestag verabschiedeten „Dritte[n] Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts“³ den Versuch einer rechtlichen Normierung unternommen: Das Institut der Patientenverfügung wurde durch Aufnahme ins BGB auf eine gesetzliche Grundlage gestellt.

Gerade im Vorfeld der gesetzlichen Normierung sowie anlässlich entsprechender höchstgerichtlicher Urteile wurden Stellungnahmen zu Möglichkeiten, Grenzen und Reichweiten des Instituts der Patientenverfügung abgegeben und publiziert. Diese kamen dabei nicht nur von juristischer Seite, sondern auch aus den medizinischen, ethischen und philosophischen Disziplinen, welche die Bedeutung der Patientenverfügung als Querschnittsthema belegen⁴.

Angesichts der Sensibilität und der möglicherweise gravierenden Folgen der mittels einer Patientenverfügung zu treffenden Entscheidungen kann die gesetzliche Normierung jedoch nicht den Endpunkt der Diskussion darstellen. Vielmehr ist diese selbst darauf zu untersuchen, inwiefern sie ihrem Ziel, der Achtung und Stärkung der Patientenautonomie bzw. des

¹ Hier sind sowohl Patientinnen als auch Patienten angesprochen. Der Übersichtlichkeit und Lesbarkeit wegen wird im Folgenden bei Personenbezeichnungen jedoch nur die maskuline Form verwendet.

² *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2009, S. 426 (427); *Müller*, ZEV 2008, S. 583; da es keine zentrale Erfassung gibt, handelt es sich um Schätzungen, die Zahl dürfte m. E. stetig zunehmen. Darüber hinaus will ein Großteil der Bundesbürger entsprechende Vorsorge treffen, BT-Drs. 16/8442, S. 8; vgl. zur Verbreitung von Patientenverfügungen auch die empirischen Studien von *Sahm/Schröder*, Verbreitung von Patientenverfügung und stellvertretende Entscheidung durch Angehörige, S. 89 (98 ff.); zur Verbreitung bei Tumorpatienten *Sahm/Hilbig*, ZfME 2013, S. 283 ff. sowie *Sahm*, Sterbebegleitung und Patientenverfügung, S. 95 ff.

³ BGBl. I 2009, 2286 f.

⁴ Vgl. zur Übersicht über die vor dem 3. BtÄndG geführten Diskussionen *Strätling/Sedemund-Adib/Scharf/Schmucker*, ZRP 2003, S. 289 ff. m. w. N.

individuellen Selbstbestimmungsrechts in medizinischen Angelegenheiten⁵ gerecht wird. Zudem gebieten Änderungen der gesellschaftlich maßgebenden ethisch-moralischen Wertvorstellungen sowie die stetigen medizinisch-technischen Fortschritte und Veränderungen eine Evaluation, Überprüfung und gegebenenfalls Anpassung entsprechender rechtlicher Regelungen.

Aufgrund der Singularität der Patientenverfügung sowie ihrer Wirkung und Folgen für existenzielle Lebenssituationen ist dabei eine interdisziplinäre Sichtweise geboten. Die vorliegende Arbeit will sich daher für eine Bewertung der rechtlichen Regelungen den Aspekten und Argumenten anderer betroffener Disziplinen öffnen.

Die Bewertung des 3. BtÄndG – auch und gerade hinsichtlich der Gewährleistung der Patientenautonomie – muss zu einem bestimmten Grad zwangsläufig auf metaethische oder anthropologische Grundannahmen rekurrieren. Geht es um die juristische Antwort auf sowie die rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten von existenziellen Fragen des eigenen Lebens und Sterbens, ist eine solche Bezugnahme aber wohl unvermeidbar. Dies bestätigt sich, wenn man sich vor Augen führt, um welche menschlichen Schicksale es sich in der rechtlichen Praxis tatsächlich handelt und was man hier – auch angesichts der Unumkehrbarkeit der zu treffenden Entscheidungen – juristisch durchdeklinieren möchte⁶.

Die Notwendigkeit von Vorsorgemöglichkeiten wie der Patientenverfügung zeigt sich zudem an dem häufig zu beobachtenden und v. a. altersbedingten Rückgang der individuellen Einsichts- und Handlungsfähigkeit, der gerade in existenziellen Lebenssituationen – wie bei schweren Krankheiten – die selbstbestimmte Teilnahme nicht nur am täglichen Leben, sondern auch am Rechtsverkehr gefährdet. Dazu kommt eine quantitative Zunahme dieses Phänomens durch den demographischen Wandel, die gestiegene Lebenserwartung sowie die gestiegenen medizinischen und therapeutischen Möglichkeiten⁷.

Die Rechtswissenschaft, die Rechtsprechung sowie mit dem 3. BtÄndG nun der Gesetzgeber haben auf diese Entwicklungen reagiert und mit der Patientenverfügung eine Vorsorgemöglichkeit für derartige Situationen geschaffen. Doch auch dieses Institut ist angesichts seiner Komplexität und seiner ethischen Relevanz aus Sicht der Patientenautonomie zu dekonstruieren und in seiner konkreten Ausgestaltung zu hinterfragen. Es ist fraglich, ob die Patientenverfügung gar den „Königsweg für die Bewältigung der Herausforderung des Sterbens in der modernen Welt“⁸ darstellt.

Empirisch quantitativ eröffnet sich der Patientenverfügung ein großer Anwendungsbereich: Jährlich versterben in der Bundesrepublik mehr als 850.000 Menschen⁹. Statistisch geht einem Großteil davon die Nicht-Einleitung oder der Abbruch einer lebensnotwendigen bzw. -verlängernden medizinischen Maßnahme voraus¹⁰. Gerade diese Fälle können durch eine

⁵ BT-Drs. 16/8442, S. 3.

⁶ Vgl. die geschilderten Fälle bei *Putz/Steldinger*, Patientenrechte am Ende des Lebens, S. 15 ff.; *Putz/Steldinger*, Pflege- und Krankenhausrecht 2007, S. 29 ff. beschreiben an einem realen Beispiel, wie sich derartige Fälle in tatsächlicher und juristischer Hinsicht entwickeln können.

⁷ Dies betrifft v. a. Demenzerkrankungen, vgl. *Röthel*, AcP 2011, S. 196 (197).

⁸ *Maio*, DMW 2008, S. 2582; vgl. auch *Höfling*, Das neue Patientenverfügungsgesetz, S. 11.

⁹ Vgl. Statistisches Bundesamt, <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Sterbefaelle/Sterbefaelle.html> (zuletzt aufgerufen am 30.12.2013).

¹⁰ *Van der Heide et al.*, End-of-life decision making in six European countries, S. 345 ff. weisen dies für einige europäische Staaten nach. Die Ergebnisse dürften sich auch auf die Bundesrepublik übertragen lassen.

Patientenverfügung vorab geregelt werden. Regelmäßig steht im Rahmen der Errichtung einer Patientenverfügung beim Verfasser und potenziellen Patienten aufgrund des Auseinanderfallens von „medizinisch ermöglichtem Überleben und verbleibender Lebensqualität“¹¹ der Wunsch im Vordergrund, bei infauster Prognose das ärztliche Therapieziel der Lebenserhaltung zugunsten einer (ggf. palliativen) ärztlichen und pflegerischen Begleitung des Sterbens zu begrenzen oder aufzugeben¹². Impetus und Motiv stellt häufig die Angst vor einem Dahinsiechen und Ausgeliefertsein gegenüber der apparativen Medizin dar.

Bereits die Alltagserfahrung lehrt, dass potenziell jeder Mensch in Situationen geraten kann, für deren Regelung sich eine Patientenverfügung anbietet. Durch einige tragische und medienwirksame Einzelschicksale¹³ hat sich zudem bei vielen Menschen ein Bewusstsein für antizipative Vorsorge in den eigenen Gesundheitsangelegenheiten herausgebildet.

B. Methodik und Vorgehensweise

Die vorliegende Arbeit will das Institut der Patientenverfügung aus dem Blickwinkel der Patientenautonomie überprüfen und untersuchen, ob durch das 3. BtÄndG bzw. die gesetzliche Neuregelung die Patientenautonomie gestärkt oder geschwächt wurde. Die gegensätzlichen Pole zur Patientenautonomie und zum Willen des Patienten stellen dabei das Prinzip der staatlichen Fürsorge sowie das eher paternalistisch verstandene Wohl des Patienten dar. Zwischen diesen beiden idealtypischen Extremen bewegt sich der Untersuchungsbereich.

Wenngleich das Institut der Patientenverfügung primär die individuelle Selbstbestimmung sichern soll, sind doch – auch und gerade im Anwendungsfall – nicht nur der Verfasser der Verfügung betroffen, sondern ebenso weitere Personen wie Patientenvertreter¹⁴, Angehörige sowie v. a. der behandelnde Arzt bzw. das Pflegepersonal an der Durchsetzung der Patientenverfügung beteiligt. Die vorliegende Arbeit will daher nicht nur rechtswissenschaftliche Betrachtungen, sondern darüber hinaus ärztliche Stellungnahmen aus der medizinischen Praxis berücksichtigen, da der Arzt – wie später noch zu zeigen sein wird – als weiterer zentraler Akteur beim Verfahren der Patientenverfügung agiert.

Es geht darum, welche konkrete rechtliche bzw. gesetzliche Regelung und Ausgestaltung der Patientenverfügung die Patientenautonomie gebietet, auch wenn hierfür zwangsläufig bisweilen auf ethische Grundannahmen rekurriert werden muss. Generell ist dabei allerdings darauf zu achten, nicht auf gesinnungsethische Motive und Argumentationslinien zurückzufallen, die in der Diskussion und v. a. in der öffentlichen Debatte durchaus vertreten werden.

¹¹ Quante, Menschenwürde und personale Autonomie, S. 188.

¹² Grübler, Deutsches Ärzteblatt 2011, S. A1473 ff.; Rieger, FamRZ 2010, S. 1601 (1604); vgl. zu den Bedingungen des Sterbens im Krankenhaus die empirischen Ergebnisse der sog. Gießener Sterbestudie, George/Dommer/Szymczak, Sterben im Krankenhaus.

¹³ Etwa den Fall der US-Amerikanerin *Terri Schiavo*, deren Angehörige die Abschaltung der lebenserhaltenden Apparate durch die Instanzen einklagen mussten (vgl. hierzu umfassend Goodman, The case of Terri Schiavo; *Eidenschink*, Die Patientenverfügung in der öffentlichen Debatte), oder auch das Wirken des ehemaligen Hamburger Justizsenators *Roger Kusch* im Rahmen des begleiteten Sterbens bzw. der Sterbehilfe (vgl. *Kusch/Spittler*, Weißbuch 2011); vgl. zur Sterbehilfe-Debatte in anderen Ländern auch *Schreiber*, DRiZ 2005, S. 241 (243) sowie zu den spezifisch deutschen Aspekten der Debatte *Kutzer*, ZRP 2003, S. 209 ff.)

¹⁴ Der Begriff des Patientenvertreters umfasst Betreuer und Bevollmächtigten, die nach § 1901a Abs. 5 BGB hinsichtlich der Patientenverfügung grundsätzlich gleich behandelt werden. Falls sich Unterschiede ergeben sollten, wird hierauf entsprechend hingewiesen.

Die vorliegende Arbeit untersucht die Regelung des deutschen BGB und nimmt keine originär rechtsvergleichende Perspektive ein, sondern verweist auf Regelungen fremder Rechtsordnungen nur, wenn dies zur Bewertung der deutschen Regelungen sinnvoll erscheint¹⁵.

Da es – wie der Titel der Arbeit bereits impliziert – um die Frage eines Zuwachses und einer Stärkung der Patientenautonomie durch die gesetzliche Neuregelung geht, wird zum Vergleich auf die alte Rechtslage und den Meinungsstand vor dem 01.09.2009 eingegangen.

Zunächst wird jedoch der Begriff der Patientenautonomie herausgearbeitet. Hierzu werden nicht nur die medizinethischen inhaltlichen Implikationen erörtert, sondern auch die Voraussetzungen der Autonomie und autonomer Entscheidungen selbst dargestellt. Daneben wird die (verfassungs-)rechtliche Verankerung der Patientenautonomie sowie deren Verhältnis zum Fürsorgeprinzip und zum Wohl des Patienten behandelt. Anschließend wird anhand der höchstgerichtlichen Rechtsprechung auf die alte Rechtslage eingegangen und wie hierzu von der Rechtswissenschaft Wirksamkeitskriterien für das richterrechtlich anerkannte Institut der Patientenverfügung entwickelt wurden. Im Hauptteil der Arbeit wird das 3. BtÄndG untersucht. Dabei werden zunächst die rechtspolitischen Forderungen nach einer gesetzlichen Normierung sowie die einzelnen Gesetzentwürfe dargestellt, die bereits einiges über den bisherigen Streitstand aussagen und aufzeigen, welche verschiedenen Regelungsmöglichkeiten der Patientenverfügung denkbar waren und sind.

Danach wird die gesetzliche Ausgestaltung des Instituts der Patientenverfügung *de lege lata* untersucht, die sie durch das 3. BtÄndG gefunden hat. In den Blick werden dabei die einzelnen gesetzlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen genommen. Anhand des gesetzlich vorgesehenen Verfahrens folgt eine Untersuchung der ersten Problemkreise der bestehenden Regelung: Das Verhältnis zwischen Wohl und Wille des Patienten, die Beteiligung Dritter und des Betreuungsgerichtes als mögliches Einfallstor für Fremdbestimmung sowie die Frage, wem letztlich die Deutungshoheit bezüglich der Patientenverfügung zukommt. Mit den hohen Anforderungen hinsichtlich der Bestimmtheit, die möglicherweise als Hemmschuh für die individuelle Selbstbestimmung wirken können, der Bindung und Reichweite der Patientenverfügung, einer möglichen Aktualisierungspflicht, der Widerrufsmöglichkeit sowie dem Verzicht auf eine Beratungspflicht werden sodann Kernprobleme der neuen gesetzlichen Regelung hinsichtlich der Sicherstellung der Patientenautonomie kritisch überprüft. Im Folgenden wird mit der Möglichkeit der Verwendung von Mustern und Formularen bei der Abfassung einer Patientenverfügung auf ein auch praktisch relevantes Problem eingegangen, bevor das Koppelungsverbot als Schutz der negativen Patientenautonomie sowie die Auswirkungen auf die klinische und juristische Praxis – auch anhand neuer BGH-Rechtsprechung – untersucht werden.

Abschließend wird *de lege ferenda* ein entsprechender gesetzgeberischer Handlungs- bzw. Nachbesserungsbedarf postuliert.

C. Mehr Patientenautonomie durch das 3. BtÄndG?

Während durch den wissenschaftlichen und technischen Fortschritt bisher ungeahnte Therapieformen möglich wurden und sich damit für viele Patienten neue Chancen eröffneten, ent-

¹⁵ Gleichwohl zeigt die rechtsvergleichende Perspektive, wie spät – im Vergleich zu anderen europäischen Ländern – in der Bundesrepublik eine gesetzliche Regelung der Patientenverfügung vorgenommen wurde; vgl. *Duttge*, ZfL 2006, S. 81 ff.; *Heggen*, ZNotP 2008, S. 184 ff.; *Röthel*, FPR 2007, S. 79 ff.

stand bei vielen Menschen gleichzeitig auch die Sorge vor einer unnötigen Verlängerung des eigenen Krankheitsleidens und eines Hinauszögerns des Sterbens. Viele Menschen befürchten, im Falle der eigenen Handlungsunfähigkeit der Apparatedizin hilflos ausgeliefert zu sein und wollen daher auch für dieses Stadium des eigenen Lebens ihren Willen vorab festlegen. Dadurch stand auch die Patientenautonomie vor neuen Herausforderungen. Gerade hier will das 3. BtÄndG ansetzen, das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen sichern und die Gewährleistung der Patientenautonomie gesetzlich verankern¹⁶. Dabei wurde an das 2. BtÄndG¹⁷ und die grundlegenden Reformen im Betreuungsrecht angeknüpft, die bereits eine allgemeine Stärkung der Autonomie des Betreuten bei der Personensorge zum Ziel hatten¹⁸.

Bereits bisher war anerkannt, dass die Selbstbestimmung und Autonomie des einzelnen Patienten in medizinischen Angelegenheiten zu beachten sind: So muss der Arzt gemäß des Patientenwillens handeln und dazu vor jedem medizinischen Eingriff die Einwilligung des Patienten einholen, um sich nicht der Körperverletzung strafbar zu machen¹⁹. Der betroffene Patient muss danach also selbst entscheiden, ob er sich ärztlicherseits behandeln lässt oder nicht. Daneben obliegen dem behandelnden Arzt umfassende Aufklärungspflichten gegenüber dem Patienten. In Situationen, in denen der Patient explizit nach seinem eigenen und autonom gebildeten Willen gefragt werden kann, bestehen damit insofern keine Probleme. Ein derartiges Vorgehen ist jedoch leider oft nicht möglich – etwa nach Unfällen, bei Komapatienten oder bei alterschwachen Demenzkranken. Wie kann aber in diesen Fällen, in denen der Patient nicht mehr in der Lage ist, seinen Willen wirksam zu äußern, sichergestellt werden, dass eine Therapie oder ein Behandlungsverzicht oder -abbruch vom autonomen Willen des Patienten gedeckt ist? Eine Frage, die auch aus Sicht des grundgesetzlich und in jeder Lebensphase geschützten Selbstbestimmungsrechts des Einzelnen geboten ist²⁰. Hierbei kann schon aus praktischen, tatsächlichen Gründen nicht auf den aktuell geäußerten, sondern nur auf den vor dem Eintritt der Einwilligungsunfähigkeit – mittels Patientenverfügung – niedergelegten oder in der konkreten Behandlungssituation mutmaßlichen Willen des betroffenen Patienten abgestellt werden. Durch die fehlende Einwilligungsfähigkeit des Patienten müssen zudem zwangsläufig Dritte an der zu treffenden Entscheidung beteiligt werden: Dies können etwa Betreuer, Bevollmächtigte oder auch Ärzte sein, die den Willen des Patienten ermitteln, auslegen und ggf. entsprechend durchsetzen müssen, dadurch aber auch in Konflikt mit der Patientenautonomie des Betroffenen geraten können. Zentral wird daher bei der Beurteilung des 3. BtÄndG die Frage sein, ob die dadurch geschaffenen juristischen und medizinischen Regularien und Verfahren eher als Hemmschuh der Selbstbestimmung fungieren oder ob es sogar noch weiterer Vorkehrungen bedarf, um die Patientenautonomie überhaupt erst zu gewährleisten. Um bewerten zu können, ob das 3. BtÄndG die Patientenautonomie sichert, stärkt oder ihr sogar schadet, ist jedoch zunächst der Begriff der Patientenautonomie selbst

¹⁶ BT-Drs. 16/8442, S. 3.

¹⁷ 2. Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 21.04.2005, BGBl. I 2005, 1073 ff.; vgl. hierzu auch *Diekmann*, FPR 2004, S. 678 ff. (680).

¹⁸ BT-Drs. 11/4528, S. 49 f., 52, 70; *Lipp*, DRiZ 2000, S. 231 (234); *Saliger*, JuS 1999, S. 16 (18).

¹⁹ St. Rspr., BGHSt 37, 376 (378); darauf bezieht sich auch der *Nationale Ethikrat*, Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende, S. 66 sowie die Gesetzesbegründung zum 3. BtÄndG, BT-Drs. 16/8442, S. 7; vgl. auch *BeckOK-Spindler*, § 823, Rn. 638 ff.; *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, Kap. V, Rn. 8 ff.; *Staudinger-Hager*, § 823, Rn. I.1.

²⁰ Vgl. hierzu ausführlich später noch unter noch unter C.I.2.a).

– auch und v. a. in seinen Voraussetzungen – zu klären respektive zu definieren. Schließlich erkennt 3. BtÄndG die Patientenautonomie als zentrales medizinethisches Prinzip an, das – ausweislich der Gesetzesbegründung – u. a. die Vertraulichkeit der Arzt-Patienten-Beziehung, das Erfordernis der Einwilligung nach entsprechender Aufklärung durch den Arzt, das Recht auf Information und Wahrheit durch den Arzt, ausdrücklich aber auch das Recht beinhalten soll, dem eigenen Sterben und Krankheitsverlauf durch Ablehnung einer bestimmten Behandlung seinen natürlichen Lauf zu lassen²¹.

I. Der Begriff der Patientenautonomie

Der Begriff der Patientenautonomie stellt einen vielschichtigen Terminus mit vielfältigen Konnotationen dar: Er kann in rechtlicher, ethischer, medizinischer und sogar moralischer Lesart interpretiert werden.

1. Patientenautonomie als medizinethisches Grundprinzip

a) Medizinethische und philosophische Grundlagen

Im Sinne des herrschenden Paradigmas der Medizinethik²² wird unter Patientenautonomie das prinzipielle Recht des Patienten verstanden, über jeglichen diagnostischen und therapeutischen Eingriff durch Zustimmung oder Ablehnung selbst zu entscheiden²³.

Zum Begriff der Patientenautonomie gibt es medizinethisch verschiedene Zugänge, der Ansatz der Medizinethiker *Beauchamp* und *Childress* stellt dabei wohl den prominentesten dar: Danach ist die Patientenautonomie in den medizinethischen Gesamtkontext von vier grundlegenden medizinethischen Moralprinzipien eingebettet. Diese sind: Der Respekt vor der Autonomie des Einzelnen (*autonomy*), die Schadensvermeidung (*non-maleficence*), sowie die Fürsorge (*beneficence*) und die Gerechtigkeit (*justice*)²⁴. Aus diesen Prinzipien leiten sie Regeln und normative Beurteilungskriterien für den zu entscheidenden Einzelfall ab²⁵. Diese vier – auch medizinrechtlich und von der Rechtsprechung anerkannten²⁶ – Grundprinzipien stecken dabei den Rahmen für die Untersuchung des Instituts der Patientenverfügung hinsichtlich der Gewährleistung der Patientenautonomie ab. Es wird zu zeigen sein, inwieweit sie sich gegenseitig ergänzen, Grenzen ziehen oder sogar ausschließen.

²¹ BT-Drs. 16/8442, S. 9.

²² Vgl. etwa *Meran et al. (Hrsg.)*, Möglichkeiten einer standardisierten Patientenverfügung, S. 17 m. w. N.; zum Begriff der Autonomie in der Bioethik aus theologischer Sicht *Schallenberg*, ZfL 2010, S. 49 ff.

²³ *Schöne-Seifert*, Grundlagen der Medizinethik, S. 39.

²⁴ *Beauchamp/Childress*, Principles of biomedical ethics, S. 99 ff.; vgl. hierzu auch *Beauchamp*, Prinzipien und andere aufkommende Paradigmen in der Bioethik, S. 48 (50); *Giesen*, JZ 1990, S. 929 (930 ff.).

²⁵ Wenn auch – v. a. aus philosophisch-systematischen Gründen – nicht ganz unbestritten, stellt der Ansatz von *Beauchamp* und *Childress* wohl den Standardzugang dar; vgl. zur Kritik etwa *Clouser/Gert*, A critique of principlism, The Journal of Medicine and Philosophy 1990, S. 219 ff., *Gert/Culver/Clouser*, Bioethics, S. 99 ff. sowie *Steinmann*, Ein Prinzip für die Prinzipien, S. 120 ff.

²⁶ *Damm*, MedR 2010, S. 451; die ehemalige Vorsitzende Richterin des VI. Zivilsenats des BGH *Müller*, MedR 2009, S. 309 (313).

(1) Historische Grundlagen: Kant und Mill als philosophische Wegbereiter

Zunächst soll ausgehend von historischen Grundlegungen untersucht werden, welche Ausprägungen und Interpretationen des Prinzips der Patientenautonomie sich ideengeschichtlich bis heute entwickelt haben und damit auch den Kern der aktuellen Debatte um das Institut der Patientenverfügung bilden. Einerseits ergibt sich hierdurch die notwendige Grundlegung für die Bewertung des 3. BtÄndG, andererseits zeigen die definitorischen Abgrenzungen bereits einige Probleme der aktuellen gesetzlichen Regelung auf.

Die Notwendigkeit der Achtung der Autonomie jedes Einzelnen kann dabei unterschiedlich begründet werden, etwa deontologisch wie durch den Kategorischen Imperativ *Kants*, aber auch teleologisch oder konsequentialistisch.

Etymologisch knüpft der Begriff der Autonomie am griechischen *autonomía* an und meint übersetzt den Zustand der Selbstbestimmung, Selbständigkeit oder Unabhängigkeit²⁷. In der Neuzeit wurde dieser Terminus wesentlich von *Immanuel Kant* als Begründungsprinzip der sittlichen Moral geprägt²⁸. Eine andere klassisch liberale Konzeption – von *John Stuart Mill* begründet – fasst personale Autonomie als die Fähigkeit auf, die Menschen besitzen können, indem sie ihr Leben selbst bestimmen²⁹. *Mill* stellt dabei auf die individuelle Selbstentwicklung ab³⁰. Dies muss nach *Gutwald* auch die Möglichkeit einschließen, Fehler zu machen, aus diesen zu lernen und die Konsequenzen daraus zu tragen³¹. Diese Freiheit, die auch das Recht, sich zu irren beinhaltet, und die auch bei der Frage der Rationalität autonomer Entscheidungen eine Rolle spielt³², ist zwar prinzipiell richtig. Beim vorliegend zu untersuchenden Institut der Patientenverfügung handelt es sich aber um Entscheidungen am Ende des Lebens, sodass etwa bei einem Behandlungsabbruch schon aus tatsächlichen Gründen keine Korrekturmöglichkeit mehr besteht. Die genannte klassische Konzeption muss im vorliegenden Untersuchungskontext also insoweit eingeschränkt werden.

Dies bedeutet gleichzeitig aber auch, dass die übrigen Voraussetzungen, die für eine autonome Entscheidung notwendig sind, umso intensiver untersucht werden müssen, gerade weil es keine Korrekturmöglichkeit mehr gibt.

(2) Der prinzipienorientierte Ansatz von Beauchamp und Childress

Beauchamp und *Childress* wollen eine medizinethische Fundierung und Begründung der Patientenautonomie leisten, ohne dabei auf metaethische Grundannahmen rekurren zu müssen. In Anlehnung an *John Rawls*' Überlegungsgleichgewicht³³ entwickeln sie Prinzipien, welche die Gewährleistung der Patientenautonomie bei im Einzelfall zu treffenden Entscheidungen über konkrete medizinische Maßnahmen sicherstellen sollen.

²⁷ *Kluge*, Etymologisches Wörterbuch, Stichwort „Autonomie“.

²⁸ *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 440; vgl. hierzu ausführlich *Platzer*, Autonomie und Lebensende, S. 147 ff.

²⁹ *Mill/Brandt*, Über die Freiheit, englisches Original: *Mill/Gray*, On liberty and Other Essays; vgl. auch *Gutwald*, Autonomie, Rationalität und Perfektionismus, S. 73 (78).

³⁰ *Mill/Brandt*, Über die Freiheit, S. 78 ff.; vgl. hierzu ausführlich *Platzer*, Autonomie und Lebensende, S. 153 ff.

³¹ *Gutwald*, Autonomie, Rationalität und Perfektionismus, S. 73 (84).

³² Hierauf wird später noch unter C.I.I.c) ausführlich eingegangen.

³³ Vgl. zum Überlegungsgleichgewicht (*reflective equilibrium*) *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit; *Daniels*, „Reflective Equilibrium“, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, (Spring), <http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/reflective-equilibrium/>, (zuletzt aufgerufen am 30.12.2013).

Faden und Beauchamp³⁴ haben hierzu Merkmale einer Begriffsdefinition ausgearbeitet, die als Bedingungen erfüllt sein müssen, um von einer autonomen Patientenentscheidung sprechen zu können.

Nach der *condition of intentionality*³⁵ muss zunächst eine intentionale, also bewusste oder absichtliche Handlung vorliegen³⁶. Der Verfasser einer Patientenverfügung muss sie bewusst zum Zwecke der prospektiven Zulassung oder Ablehnung einer bestimmten Maßnahme errichten und auch dementsprechend verstehen. Diese Voraussetzung ist selbstverständlich und in der Praxis in den seltensten Fällen problematisch, da es kaum zu zufällig unterzeichneten, untergeschobenen oder unbeabsichtigten Patientenverfügungen kommen dürfte. Die zweite Voraussetzung stellt die *condition of understanding*³⁷ dar, die besagt, dass der betroffene Patient entscheidungsfähig bzw. kompetent und so informiert sein muss, dass er versteht, worum es inhaltlich überhaupt geht und worüber er entscheidet. Gerade diese Voraussetzung kann bei Patientenverfügungen sehr spannungsreich sein, ist diese Bedingung doch auch maßgeblich von den individuellen kognitiven Fähigkeiten und dem medizinischen Vorwissen einer Person abhängig. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass der durchschnittliche Laie ohne genauere Aufklärung die juristischen und medizinischen Termini einer gängigen Patientenverfügung versteht³⁸: Beim Prozess des Verstehens, Bewertens und Abwägens der eigenen zur Verfügung stehenden Regelungsmöglichkeiten – auch und gerade hinsichtlich des aktuellen sowie zukünftigen medizinischen Forschungsstands, möglicher Behandlungssituationen und Therapiemaßnahmen – handelt es sich um eine komplexe Aufgabe. Es ist hierbei fraglich, ob der Betroffene immer ohne weiteres die bestehenden Optionen sowie die damit verbundene Chancen und Risiken überblicken kann. Bei der dritten Voraussetzung, der *condition of noncontrol*³⁹, geht es schließlich um die Freiheit von steuernder Einflussnahme durch dritte Personen.

Die genannten Bedingungen müssen dabei nicht zwangsläufig unabhängig voneinander sein, eine steuernde Einflussnahme kann etwa auch durch eine gezielte Fehlinformation des Patienten geschehen⁴⁰. Im Wesentlichen korrespondieren diese Kriterien mit der rechtlichen Definition der informierten Einwilligung (*informed consent*⁴¹). Aus der Entscheidungsfreiheit des Einzelnen über seine körperliche Integrität resultiert dabei die Notwendigkeit einer aufgeklärten Einwilligung in jede medizinische Behandlung oder Nichtbehandlung⁴².

³⁴ Faden/Beauchamp, A history and theory of informed consent; vgl. aber auch Beauchamp/Childress, Principles of biomedical ethics, S. 99 ff. sowie Wear, Informed consent, S. 29 ff.

³⁵ Faden/Beauchamp, A history and theory of informed consent, S. 241 ff.

³⁶ Vgl. auch Becker-Schwarze, FPR 2007, S. 52 (53); auf das Merkmal der Freiwilligkeit wird später noch ausführlich unter C.I.1.d) eingegangen.

³⁷ Faden/Beauchamp, A history and theory of informed consent, S. 248 ff.

³⁸ Diese Problematik stellt sich v. a. auch bei der Verwendung von Mustern und Formularen, bei denen entsprechend vorgegebene Festlegungen lediglich angekreuzt werden, vgl. hierzu später auch noch C.III.16.

³⁹ Faden/Beauchamp, A history and theory of informed consent, S. 256 ff.

⁴⁰ Schöne-Seifert, Grundlagen der Medizinethik, S. 45.

⁴¹ Auch als *le consentement libre et éclairé* bezeichnet; Laufs, Arztrecht, V.A., Rn. 5 ff.; Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 6, Rn. 22 ff.; Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 13, Rn. 82; Rehbock, Ethik Med 2002, S. 131 (132).

⁴² BeckOK-Spindler, § 823 BGB, Rn. 604 ff.; MüKO-Wagner, § 823 BGB Rn. 729 ff.; Staudinger-Hager, § 823 BGB, Rn. 176 ff.

(3) Feinberg: Patientenautonomie als ethisches Selbstbestimmungsrecht

Einen spezifizierten Ansatz, welcher die mit der Ausgestaltung der Patientenverfügung zusammenhängenden Probleme beschreibt, bietet der amerikanische Sozialphilosoph *Joel Feinberg*, der vier verschiedene Dimensionen von Autonomie unterscheidet⁴³: *capacity* (Autonomie als persönliche Fähigkeit)⁴⁴, *actual condition* (Autonomie als situative Disposition)⁴⁵, *ideal of character* (Autonomie als Charakterideal)⁴⁶ sowie *sovereign authority* (Autonomie als moralisches Recht)⁴⁷.

Bereits das Erfordernis der *capacity* kann dabei in vielen Konstellationen problematisch sein: Wie kann jemand autonom entscheiden, wenn er – zwar unabhängig von äußerem Zwang – jedoch nur ein ungefähres Bild von den Folgen seiner Erklärung hat oder gar die zur Verfügung stehenden Optionen nicht versteht und deshalb überhaupt nicht gegeneinander abwägen kann? Im Rahmen der vom Gesetz vorgesehenen Widerrufsmöglichkeit kann daneben die Ausprägung der Patientenautonomie als situative Disposition virulent werden.

Auch die vierte Kategorie der Autonomie erweist sich im vorliegenden Untersuchungskontext der Patientenautonomie aus juristischer Perspektive als fruchtbar. Dabei zeichnet sich Autonomie als moralisches Recht dadurch aus, dass sie absolut zu achten ist und als Anspruch ggf. entsprechend eingeklagt werden kann: Dritte haben danach eine Pflicht zur Wahrung und Achtung der Patientenautonomie als moralisches Recht⁴⁸. Dieser Rechtsanspruch bedeutet allerdings nicht, dass jemand selbstbestimmt an sich ist – es wird im weiteren Verlauf der Untersuchung noch zu zeigen sein, welche Voraussetzungen eine Patientenverfügung erfüllen muss, damit es sich um eine autonome Entscheidung handelt –, sondern vielmehr, dass er ein Recht darauf hat, dass bestimmte Eingriffe und medizinische Maßnahmen nicht gegen oder ohne seine Zustimmung durchgeführt werden. Es handelt sich also um ein Recht *auf* Selbstbestimmung⁴⁹.

Aus der hier dargestellten Konzeption der Patientenautonomie folgt aber auch, dass Autonomie und Selbstbestimmungsrecht nur dann als synonyme Begriffe verwandt werden können, wenn sie auch auf einen *erga omnes* geltenden Rechtsanspruch auf Selbstbestimmung gerichtet sind⁵⁰. Dieser muss selbst dann beachtet werden, wenn im aktuellen bzw. im Zeitpunkt des Eingreifens der Patientenverfügung die Fähigkeit zur Ausübung der Selbstbestimmung nicht vorliegt⁵¹: Das Recht auf Autonomie gebietet eine Achtung des Selbstbestimmungsrechts auch in Situationen, in denen der Betroffene dieses selbst nicht wahrnehmen kann und daher auf

⁴³ Feinberg, Harm to self; vgl. zu dessen Konzeption auch Meran et al. (Hrsg.), Möglichkeiten einer standardisierten Patientenverfügung, S. 17 ff.; die deutschsprachigen Entsprechungen der einzelnen Prinzipien sind Geißendörfer, Die Selbstbestimmung des Entscheidungsunfähigen an den Grenzen des Rechts, S. 28 f. entnommen; zu den einzelnen Ausprägungen auch Birnbacher, Patientenautonomie und ärztliche Ethik am Beispiel der prädiktiven Diagnostik, S. 105 (107 ff.) sowie May, KritV 2004, S. 428 f.

⁴⁴ Feinberg, Harm to self, S. 28 ff.

⁴⁵ Feinberg, Harm to self, S. 31 ff.

⁴⁶ Feinberg, Harm to self, S. 44 ff.

⁴⁷ Feinberg, Harm to self, S. 47 ff.

⁴⁸ Meran et al. (Hrsg.), Möglichkeiten einer standardisierten Patientenverfügung, S. 18.

⁴⁹ Meran et al. (Hrsg.), Möglichkeiten einer standardisierten Patientenverfügung, S. 18.

⁵⁰ So auch Geißendörfer, Die Selbstbestimmung des Entscheidungsunfähigen an den Grenzen des Rechts, S. 62 f.

⁵¹ Von Seiten der Ärzteschaft ist dies auch entsprechend anerkannt; vgl. bereits Bundesärztekammer, Handreichungen für Ärzte zum Umgang mit Patientenverfügungen, Deutsches Ärzteblatt 1999, S. A2720 f.

die Hilfe dritter Personen angewiesen ist – sei es bei der Durchsetzung des in der Patientenverfügung vorher niedergelegten Willens oder bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens bzw. entsprechender Behandlungswünsche. Das Prinzip der Patientenautonomie fordert in Anknüpfung an die dargestellten Kategorien allerdings mehr als das bloße Recht, eine Entscheidung als Betroffener selbst treffen zu können und ist daher umfassender sowie voraussetzungsreicher als die Selbstbestimmung im eigentlichen Wortsinne.

Die genannten vier Kategorien sind nicht nur streng patientenbezogen, sondern wirken sich auch auf die Behandlungsbeziehung zwischen Patient und Arzt aus, der als Dritter die Autonomie des betroffenen Patienten achten muss. Diese sollte dabei generell als Leitideal für das Arzt-Patienten-Verhältnis dienen. Die Autonomie als *erga omnes* wirkender Rechtsanspruch stellt dabei die normative Grundlage auch für das Behandlungsverhältnis zwischen Arzt und Patient dar, wobei die Patientenautonomie in ihrem Geltungsanspruch nicht von den anderen drei genannten Dimensionen abhängig gemacht werden darf. Der Anspruch gilt grundsätzlich für jeden Patienten unmittelbar in jedem Stadium von Krankheit, Leben sowie Sterben und damit unabhängig von individuellen Eigenschaften, konkreten Prognosen und Verläufen: Auch die Patienten, die z. B. die Bedingungen der Autonomie als Fähigkeit selbst nicht oder nur eingeschränkt erfüllen, haben keinen geringeren Rechtsanspruch auf Selbstbestimmung als diejenigen, die diese Voraussetzungen erfüllen⁵².

Auf *Feinberg* geht auch folgende dichotome Unterscheidung zurück: Autonomie als die grundlegende Fähigkeit, sein Leben selbst zu bestimmen – was zweifellos ein Mindestmaß an kognitiven Fähigkeiten voraussetzt – und ausgeübte Autonomie als aktueller Zustand auf eine konkrete Entscheidung bezogen⁵³. Auch bei der Errichtung einer Patientenverfügung sind bestimmte kognitive Fähigkeiten notwendig, mittels derer der Betroffene überhaupt eine wie auch immer geartete Entscheidung treffen kann⁵⁴. Bezogen ist die Patientenverfügung allerdings nicht auf eine konkrete aktuelle Entscheidung, sondern auf eine zukünftige Behandlungssituation, deren Eintritt bzw. konkreter Zeitpunkt ungewiss ist.

Schon bei der Definition der Patientenautonomie zeigt sich, wie schwierig diese als komplexes Prinzip in allen Krankheitsphasen und Lebensstadien zu realisieren ist, da bereits die individuelle Selbstbestimmungsfähigkeit insbesondere bei fortgeschrittenen Demenzerkrankungen einer effektiven Selbstbestimmung tatsächliche Grenzen ziehen kann⁵⁵.

Im Rahmen der einzelnen Voraussetzungen zur wirksamen Errichtung einer Patientenverfügung nach dem 3. BtÄndG wird zu überprüfen sein, inwieweit der Gesetzgeber die genannten Ausprägungen der Patientenautonomie – v. a. hinsichtlich der *capacity*, *actual condition* sowie *sovereign authority* – ausreichend berücksichtigt hat.

b) Paternalismus als Gegenbegriff

Dem Begriff der Patientenautonomie kann man sich aber auch über eine negative Definition und damit in Abgrenzung zum Gegenbegriff des Paternalismus nähern⁵⁶. Hierbei geht es um

⁵² *Meran et al. (Hrsg.)*, Möglichkeiten einer standardisierten Patientenverfügung, S. 18; *Geißendörfer*, Die Selbstbestimmung des Entscheidungsunfähigen an den Grenzen des Rechts S. 62. Hierauf wird auch noch bei der Frage nach der Patientenautonomie als Schwellen- oder gradueller Begriff unter C.I.1.e) eingegangen.

⁵³ *Feinberg*, Harm to self, S. 28.

⁵⁴ *Becker-Schwarze*, FPR 2007, S. 52 (53).

⁵⁵ *Vollmann*, Patientenselbstbestimmung und Selbstbestimmungsfähigkeit, S. 122 ff.

⁵⁶ Vgl. grundlegend zum Begriff des Paternalismus *Anderheiden*, Paternalismus und Recht.

die Zulässigkeit fürsorglicher Fremdbestimmung Dritter, die allerdings zulasten der individuellen Patientenautonomie wirken kann. Der Begriff des Paternalismus hat seinen Ursprung in dem auf *Hippokrates* zurückgehenden ärztlichen Grundprinzip des *primum non nocere*, dem klassischen Fürsorgeprinzip des Nicht-Schadens und der Verpflichtung auf das Wohlergehen des Patienten⁵⁷.

Die Anhänger des Paternalismus haben sich das Wohl des Patienten auf die Fahne geschrieben, das dazu berechtige, dessen Präferenzen, Entscheidungen oder Handlungen zu übergehen, um zu verhindern, dass ihm geschadet werde⁵⁸. Obwohl der Begriff des Paternalismus meist negativ i. S. unberechtigter Fremdbestimmung konnotiert ist, gibt es viele Fälle und Situationen, in denen eine paternalistische Behandlung des betroffenen Patienten durch den Arzt anerkannt ist: Dies gilt etwa bei Minderjährigen, Alkoholisierten, schlecht Informierten oder geistig Behinderten⁵⁹. Paternalistische Entscheidungen werden v. a. dann akzeptiert, wenn das hierdurch gewonnene Patientenwohl groß ist, der Einschnitt an Patientenautonomie aber gering ausfällt⁶⁰. Im konkreten Einzelfall muss der Nutzen derartigen paternalistischen Eingreifens umfassend mit der Autonomie des Patienten abgewogen werden.

Ein strenges, apodiktisches Verständnis des Paternalismus ist aus Sicht der Patientenautonomie allerdings *per se* abzulehnen, da durch deren Abstellen auf den Patientenwillen ja gerade verhindert werden soll, dass Dritte sich ein Urteil über die Motive des einzelnen Patienten anmaßen oder eine Korrektur der für falsch erachteten Entscheidungsgründe betreiben.

Mittlerweile werden daher – zwischen beiden auf den ersten Blick antagonistischen Prinzipien – vermittelnde Konzepte vertreten, die nicht auf einer starren Trennung von Patientenautonomie und paternalistischen Instrumenten beharren, sondern versuchen, sich die Vorteile beider Konzeptionen zunutze zu machen⁶¹. Die beiden Prinzipien hängen dabei insofern voneinander ab, dass, je mehr und je eher der Betroffene die vorzunehmenden Entscheidungen selbst und autonom treffen kann, desto mehr von einer paternalistische Einflussnahme abgesehen werden muss. Weisen die Willensbekundungen des Betroffenen selbst – dies würde dann auch für die Festlegungen einer Patientenverfügung gelten – dagegen keinen hinreichenden Autonomiegehalt auf, desto eher kann auch eine paternalistische Einmischung vertretbar sein. Diese dient dann als Ersatz für die fehlende Autonomie des Betroffenen. Solche weich paternalistischen Maßnahmen sind – im Gegensatz zu harten paternalistischen Eingriffen⁶² – auch aus Sicht der Patientenautonomie zulässig⁶³. Entsprechende Autonomiedefizite können hier durch weich paternalistische Maßnahmen korrigiert werden und letztlich wieder zu einer Stärkung der Patientenautonomie beitragen. Unter bestimmten Voraussetzungen können also auch paternalistische Maßnahmen durchaus autonomieorientiert sein. Es wird noch zu zeigen sein, inwieweit der Gesetzgeber des 3. BtÄndG weich paternalistische Maßnahmen zu-

⁵⁷ *Psyhyrembel*, Klinisches Wörterbuch, Stichwort „Hippokratischer Eid“, S. 699.

⁵⁸ *Schöne-Seifert*, Grundlagen der Medizinethik, S. 50.

⁵⁹ *Magnus*, Deutsches Ärzteblatt 2012, S. A918 (A919); *Schöne-Seifert*, Grundlagen der Medizinethik, S. 50.

⁶⁰ *Beauchamp/Childress*, Principles of biomedical ethics, S. 214; *Rehbock*, Ethik Med 2002, S. 131 (132); *Schöne-Seifert*, Grundlagen der Medizinethik, S. 54.

⁶¹ In der Literatur werden diese Konzepte als „Fürsorge ohne Paternalismus“ (*Rehbock*, Ethik Med 2002, S. 131 (143)), „gestützte Autonomie“ (*Geisler*, DMW 2004, S. 453 (454)) oder „assistierte Selbstbestimmung“ (*Graumann*, Assistierte Freiheit, S. 80 ff.) bezeichnet; vgl. hierzu auch *Damm*, MedR 2010, S. 451 (461).

⁶² Diese Unterscheidung geht bereits zurück auf *Feinberg*, Harm to self, S. 12 ff.

⁶³ *Joost*, Begrenzte Rationalität und ärztliche Aufklärungspflichten, S. 126 (135).

lässt oder auf derartige Instrumente verzichtet. Mit Blick auf die mit einer Patientenverfügung zu treffenden Festlegungen für den Fall der eigenen Einwilligungsunfähigkeit⁶⁴ kann – auch und besonders hinsichtlich eines möglichen späteren Widerrufs – der Ausprägung des sog. „Odysseus-Paternalismus“⁶⁵ eine besondere Bedeutung zukommen. Dabei handelt es sich um die Bitte, die später in der konkreten Behandlungssituation in welcher Form auch immer möglicherweise geäußerten Behandlungspräferenzen zu missachten, sondern stattdessen strikt an den Vorgaben der Vorabverfügung festzuhalten. Hierbei unterwirft sich der Patient in eigener Entscheidung selbst zukünftig paternalistischer Fremdbestimmung. Auch dies stellt grundsätzlich einen zulässigen Ausdruck der Selbstbestimmung dar. Problematisch aus Sicht der Patientenautonomie kann es hierbei aber werden, wenn der betroffene Patient seinen Willen tatsächlich geändert hat und nicht mehr an seinen früheren Vorgaben festhalten will⁶⁶. In der im Rahmen der Anwendung einer Patientenverfügung ggf. vorzunehmenden Güterabwägung entspricht das Prinzip des Paternalismus der noch zu erörternden verfassungsrechtlich gebotenen Schutzpflicht für das Leben.

Mit dem Paternalismus korrespondiert ein weiterer definitorischer Gegenbegriff zur Patientenautonomie: Heteronomie ist gegeben, wenn nicht mehr der Patient selbst entscheidet, sondern er durch Dritte fremdbestimmt wird⁶⁷. Auch dieser Gefahr muss das 3. BtÄndG vorbeugen.

c) Rationalität als Element der Patientenautonomie?

Ein Ziel des paternalistischen Eingreifens Dritter kann dabei auch sein, die Rationalität von Patientenentscheidungen zu erhöhen. Es ist allerdings umstritten, ob Rationalität überhaupt ein notwendiges Element der Patientenautonomie darstellt. Grundsätzlich rekurriert das Merkmal der Rationalität auf Erkenntnisse der Verhaltens- und Entscheidungspsychologie⁶⁸ sowie der *rational choice*- bzw. Spieltheorie. Nach deren Modellbild des *homo oeconomicus* müsse der Mensch immer rational und nutzenmaximierend entscheiden⁶⁹, so auch der betroffene Patient bei der Frage der Einwilligung in oder der Untersagung von medizinischen Maßnahmen mittels Patientenverfügung. Bei der Frage der Rationalität spielt der Prognosecharakter der Entscheidungen – auch und v. a. bei einer Patientenverfügung „in gesunden Tagen“ ohne konkrete Krankheitsdiagnose – sowie die mangelnde Wirkungserfahrung einer Krankheit bzw. Behandlungssituation eine bedeutende Rolle: Irrational können daher besonders die Unterschätzung oder Nichtbeachtung unvertrauter oder in ferner Zukunft liegender Risiken,

⁶⁴ Dies stellt bereits nach § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB ein Tatbestandsmerkmal der Patientenverfügung dar. Bei deren Fehlen wäre das Vorliegen einer aktuellen Einwilligung des Patienten in die medizinische Maßnahme aus rechtlicher Sicht entscheidend.

⁶⁵ In Anlehnung an die griechische Sage des Odysseus, der sich an den Mast seines Schiffes fesseln ließ, um den Versuchungen der Sirenen zu widerstehen und seinen Männern aufgab, ihn beim Gesang der Sirenen unter keinen Umständen zu befreien. Vgl. *Schöne-Seifert*, Grundlagen der Medizinethik, S. 54; im Englischen ist der Begriff des *Ulysses contract* gebräuchlich; vgl. auch *Platzer*, Autonomie und Lebensende, S. 285 sowie *Wolf*, Die liberale Paternalismuskritik von John Stuart Mill, S. 57 (61).

⁶⁶ Vgl. zu dieser Problematik auch die Möglichkeiten eines Widerrufs unter C.III.14.

⁶⁷ Vgl. ausführlich zur Dichotomie von Autonomie und Heteronomie *Spickhoff*, AcP 2008, S. 345 ff.

⁶⁸ *Lorenz*, Gesetzliche Regulierung existenzieller medizinischer Entscheidungen, S. 179 (189 f.).

⁶⁹ Vgl. zu diesem komplexen Theorieansatz den Überblick bei *Wiesenthal*, Zeitschrift für Soziologie 1987, S. 434 ff. m. w. N.

aber auch Chancen sowie die Fehleinschätzung von Schmerzen und Leiden sein⁷⁰. Das Konzept der *bounded rationality*⁷¹ greift diesen Aspekt auf und beruht auf der Einsicht, dass Menschen nicht immer optimal im Sinne ihrer eigenen Präferenzen entscheiden und die Voraussetzungen einer klassischen *rational choice* in der Realität selten gegeben sein dürften. Dieser Ansatz lässt daher zu, die beschränkte Rationalität vorzunehmender Entscheidungen in der bereits beschriebenen Weise durch einen eingreifenden weichen Paternalismus zu korrigieren, um wiederum den Autonomiegrad der Entscheidung selbst zu erhöhen. Aber auch dies kann aus Sicht der Patientenautonomie nicht unbeschränkt gelten, um sie über diese Voraussetzung nicht vollständig auszuhöhlen bzw. zu konterkarieren. Rationalität darf demnach allenfalls eine ggf. notwendige, aber keine hinreichende Voraussetzung von Autonomie darstellen und nicht mit ihr gleichgesetzt werden. Man könnte sonst mit dem Argument, die Rationalität – und damit auch den Autonomiegrad der Entscheidung – immer noch ein Stück verbessern zu wollen, die unbegrenzte Legitimation für paternalistische Eingriffe zulasten der Patientenautonomie schaffen⁷². Die beschriebene Konzeption geht aber ja gerade zu Recht davon aus, dass der Einzelne eben nicht immer vollkommen rational handelt und entscheidet. Autonomie manifestiert sich auch in dem Recht, objektiv unvernünftige, irrationale oder unkluge Entscheidungen zu treffen, selbst wenn diese – wie im Fall des Behandlungsabbruchs – zum Tod führen können⁷³. Eine Überbetonung der Rationalität würde auch weg von der subjektbezogenen Patientenautonomie des Entscheidenden hin zu einem objektiven Rationalitätsbegriff führen⁷⁴. Das Merkmal der subjektiv auszulegenden Rationalität ist im vorliegenden Kontext der Patientenverfügung daher zwar einerseits zu berücksichtigen, andererseits darf es aber auch nicht überbetont werden.

Die Voraussetzung der Rationalität kann im Rahmen von Patientenverfügungen ebenso in umgekehrter Richtung bei der Frage virulent werden, welche Maßnahmen der Patient hierin ausdrücklich verlangen kann⁷⁵. Die individuellen Wünsche des Patienten können dabei in Konflikt mit den Zielbestimmungen ärztlicher Maßnahmen treten. Wie sich diese Rationalitätserwägungen aus Ärzte- und Patientensicht unterscheiden können, zeigt die sog. *futility-*

⁷⁰ Brock/Wartman, *New England Journal of Medicine* 1990, S. 1595 (1597 f.).

⁷¹ „Bounded rationality“ wird dabei sowohl mit „beschränkter Rationalität“, vgl. Englerth, *Vom Wert des Rauchens und der Rückkehr der Idioten - Paternalismus als Antwort auf beschränkte Rationalität?*, S. 231 als auch mit „begrenzter Rationalität“ übersetzt, vgl. van Aaken, *Begrenzte Rationalität und Paternalismusgefahr*; vgl. zu diesem Ansatz auch Englerth, *Behavioural Law and Economics – eine kritische Einführung*, S. 60 ff.; Schroth, in: FS Volk, S. 719 (726); Sunstein/Thaler, *The American Economic Review* 2003, S. 175 ff. sowie Thaler/Sunstein, *Nudge – Wie man kluge Entscheidungen anstößt*; einführend auch Gutwald, *Autonomie, Rationalität und Perfektionismus*, S. 73.

⁷² Gutwald, *Autonomie, Rationalität und Perfektionismus*, S. 73 (84).

⁷³ Becker-Schwarze, *FPR* 2007, S. 52; Borasio, *Über das Sterben*, S. 60; Feinberg, *Harm to self*, S. 108 f.; Francke/Hart, *Charta der Patientenrechte*, S. 220 f.; Höfling, *JuS* 2000, S. 111 f.; Hufen, *NJW* 2001, S. 849 (851); Laufs/Kern, *Handbuch des Arztrechts*, § 149 Rn. 16; May, *KritV* 2004, S. 428; auch für die strafrechtlich relevante Einwilligung in medizinische Eingriffe ist dies anerkannt, vgl. MüKo-Schneider, vor §§ 211 ff. StGB, Rn. 96; Rönna, *Willensmängel bei der Einwilligung*, S. 215 ff.; Schönke/Schröder-Eser, *Vorbemerkung §§ 211 ff.*, Rn. 28 begründet dies auch mit der grundsätzlichen Straflosigkeit des Suizids.

⁷⁴ Joost, *Ärztliche Aufklärungspflichten und begrenzte Rationalität*, S. 126 (154).

⁷⁵ Dieser Frage wird auch noch bei der Problematik des Rechts auf Maximalversorgung im Rahmen der gesetzlichen Neuregelung nachgegangen, vgl. C.III.11.c).

Debatte⁷⁶: Dabei geht es um die Frage, ob der Patient ein Recht auf ärztliche Maßnahmen hat, die nach medizinischen Kriterien eigentlich sinnlos, nutzlos, aussichtslos oder ineffektiv – letztlich irrational – sind. Hierzu müsste dem Patienten aus seiner Autonomie nach dem bisher vorgestellten Begriffsverständnis eigentlich ein positiver Anspruch auf alle prinzipiell denkbaren medizinischen und therapeutischen Maßnahmen zustehen. Bei der Ablehnung einer Behandlung oder lebensverlängernden Maßnahme stellt sich diese Frage insofern nicht, als dass der betroffene Patient ja sogar effektive oder aussichtsreiche Maßnahmen wirksam ablehnen kann. Wie sieht es jedoch aus, wenn der Betroffene in seiner Patientenverfügung autonom festgelegt hat, dass er in einer bestimmten Krankheitssituation unbedingt und um jeden Preis am Leben gehalten werden will? Hier könnte nun ein Argument herangezogen werden, das mit der eigentlich in die umgekehrte Richtung des Behandlungsabbruchs gemeinten fehlenden Reichweitenbegrenzung in § 1901a Abs. 3 BGB Gesetz geworden ist: Wenn schon ein Behandlungsabbruch keiner Reichweitenbegrenzung – unter Geltung der strafrechtlich entwickelten Sterbehilfekriterien – unterliegt, müsste dies auch positiv gewendet als Behandlungsauftrag gelten. Hieraus könnte man einen positiven Anspruch auf Durchführung aller zumindest möglichen medizinischen Maßnahmen konstruieren. Dies würde jedoch zu einer Verabsolutierung der Patientenautonomie führen, der in diesem Fall mangels medizinischer Kapazitäten auch tatsächliche Grenzen gesetzt wären. Außerdem ist eine Abwägung mit dem bereits erwähnten Prinzip der Gerechtigkeit (*justice*) gegenüber anderen Patienten vorzunehmen, das insofern die Patientenautonomie begrenzt. Jedoch stehen zur hierzu notwendigen Auslegung der unbestimmten Begriffe der Erfolgsaussicht, Effektivität und Wirksamkeit letztlich auch wieder nur rationale, medizinische und wissenschaftliche Kriterien zur Verfügung, die mit dem Patientenwillen abgewogen werden müssen. Es zeigt sich, welche umfassenden Abwägungsvorgänge im Anwendungsfeld von Patientenverfügungen vorzunehmen sind und welche Konstellationen eine abstrakt-generelle Regelung wie das 3. BtÄndG bedenken muss, um im konkreten Einzelfall nicht an Grenzen zu stoßen.

Hält man an der Voraussetzung der Rationalität fest, muss diese als Schwelle interpretiert werden: Man könnte sonst in den meisten Fällen einwenden, die Entscheidung eines Patienten – etwa in einer Patientenverfügung für oder gegen einen Behandlungsabbruch – sei (noch weiter) optimierbar. Dies würde zu einer – beim Konzept der *bounded rationality* bereits beschriebenen – nicht endenden Kette führen, welche der betreffenden Entscheidung aber zu häufig Rationalität und damit letztlich Autonomie absprechen würde. Vielmehr muss Rationalität „nur“ hinsichtlich eines bestimmten Mindestniveaus gesichert werden. Um dies zu gewährleisten, sind dann wiederum auch weich paternalistische Maßnahmen zulässig⁷⁷.

Die Gesetzesbegründung des 3. BtÄndG stellt zumindest darauf ab, dass es nicht auf die medizinische Vernünftigkeit der Entscheidung des Patienten ankommen darf⁷⁸. Auch die Recht-

⁷⁶ Die „futility“-Debatte wurde hauptsächlich im angloamerikanischen Raum geführt, vgl. *Brody*, *The Healer's Power*, S. 173 ff. m. w. N. und *Youngner*, *Medical Futility*, S. 1718, traf in der Bundesrepublik jedoch nur auf vergleichsweise wenig Resonanz, vgl. etwa *Ridder/Dißmann*, *DER SPIEGEL* 18/1998, S. 202 ff.; *Schöne-Seifert*, *Grundlagen der Medizinethik*, S. 41; bei *Kamps*, *ZMGR* 2009, S. 207 (208) klingt dieser Gedanke zumindest an.

⁷⁷ *Van Aaken*, *Begrenzte Rationalität und Paternalismusgefahr*, S. 133 ff. spricht hierbei von schonendstem Paternalismus; *Joost*, *Begrenzte Rationalität und ärztliche Aufklärungspflichten*, S. 126 (143); *Sunstein/Thaler*, *The American Economic Review* 2003, S. 175 ff. bezeichnen dies als „libertarian paternalism“.

⁷⁸ BT-Drs. 16/8442, S. 7; vgl. auch *Taupitz*, *Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?*, S. A12.

sprechung verbietet ein bloßes Abstellen auf objektive Kriterien wie allgemeine Wertvorstellungen bezüglich der Erforderlichkeit bzw. Sinnhaftigkeit der vom Patienten zu treffenden Entscheidung⁷⁹. All dies sind Indizien für ein subjektiv am Willen des betreffenden Patienten orientiertes Verständnis der Patientenautonomie.

d) Freiwilligkeit (voluntariness) als Bedingung autonomer Entscheidungen

Ein weiteres Merkmal der Definition der Patientenautonomie stellt der Begriff der Freiwilligkeit (*voluntariness*) dar. Teilweise wird dieser Begriff – wie bei *Feinberg*⁸⁰ – so weit gefasst, dass er alle von *Faden* und *Beauchamp* aufgestellten Kriterien enthält⁸¹. Das Erfordernis der Freiwilligkeit reiht sich dann in die Kriterien der Aufklärung, Einsichtsfähigkeit und des Verstehens ein, die als notwendige und gemeinsam hinreichende Bedingungen der Patientenautonomie gelten⁸².

Das Merkmal der Freiwilligkeit kann – mit der *condition of noncontrol* nach *Faden* und *Beauchamp* – aber in einem engeren Sinne auch dahingehend ausgelegt werden, dass die Entscheidung frei von allen äußeren kontrollierenden Einflüssen sein muss, obgleich sie meistens in den jeweiligen materiellen, sozialen und wirtschaftlichen Kontext des Betroffenen eingebettet sein wird⁸³. Patientenautonomie und Selbstbestimmungsrecht kommen allen Individuen aber unabhängig von den letztgenannten Parametern zu, Zwang ist nicht zulässig. Zumindest in diesem engeren Sinn ist die Freiwilligkeit auch der Untersuchung des 3. BtÄndG zugrunde zu legen.

Der Frage der Freiwilligkeit kann v. a. beim sog. Koppelungsverbot, also der Frage nach einer etwaigen Pflicht zur Errichtung einer Patientenverfügung entscheidende Bedeutung zukommen⁸⁴.

e) Patientenautonomie: Schwellenkonzept vs. graduelles Begriffsverständnis

Patientenautonomie kann einerseits als Schwellenkonzept, andererseits aber auch als graduelles Begriff verstanden werden: Beim Schwellenkonzept wird ein bestimmtes Maß an Autonomie als ausreichend angesehen. Diese Schwelle muss dann überschritten sein, um von einer autonomen Entscheidung sprechen zu können, während die graduelle Konzeption davon ausgeht, dass der Einzelne – relativ gesehen zu einem bestimmten Standard oder Idealtyp – mehr oder weniger autonom sein kann⁸⁵.

(1) Schwellenkonzept

Die Medizinethik stellt v. a. auf das Schwellenkonzept ab. Dieses rekuriert dabei auf ein „Alles-oder-nichts-Motto“⁸⁶: Überschreitet der Zustand einer Person eine gewisse Schwelle, muss ihr auch in vollem Sinne Autonomie zugesprochen werden. Voraussetzung hierfür ist lediglich, dass ihre Entscheidungen auch ihren eigenen Wünschen entsprechen – selbst wenn diese

⁷⁹ Anders noch BGHSt 40, 257, vgl. hierzu unter C.II.2.a) (3).

⁸⁰ *Feinberg*, Harm to self, S. 104 ff.

⁸¹ Vgl. zu diesen Bedingungen bereits oben C.I.1.a) (2).

⁸² *Schöne-Seifert*, Grundlagen der Medizinethik, S. 45.

⁸³ *Becker-Schwarze*, FPR 2007, S. 52 (53).

⁸⁴ Vgl. hierzu ausführlich später C.III.17.

⁸⁵ Vgl. *Gutwald*, Autonomie, Rationalität und Perfektionismus, S. 73 (80).

⁸⁶ *Gutwald*, Autonomie, Rationalität und Perfektionismus, S. 73 (80).

irrational, unüberlegt oder nicht unbedingt zu ihrem mutmaßlichen Wohl sind⁸⁷. Bei dieser Konzeption schließt sich jedoch unweigerlich die Frage an, wie hoch diese Schwelle zu setzen ist bzw. welche Bedingungen erfüllt sein müssen, um sie zu erreichen. *Feinberg* stellt hierzu auf den Kontext der Entscheidung ab: Je wichtiger, komplexer und folgenreicher die Entscheidung sei, desto höhere Anforderungen müsse man auch an die Autonomiebedingungen stellen⁸⁸. Geht es bei der Patientenverfügung gerade um die Vorsorge in medizinischen Angelegenheiten – letztlich häufig sprichwörtlich um Leben und Tod – wird man in diesem Fall höhere bzw. überdurchschnittliche Anforderungen stellen müssen⁸⁹. Zum Erreichen dieser Schwelle dürfen Entscheidungen dann auch nicht unter Nervosität, Müdigkeit, Schmerzen oder Zeitdruck und nur mit einem möglichst hohen Maß an Informationen getroffen werden⁹⁰.

Kritiker wenden ein, dass hierbei die Gefahr bestehe, zu hohe bzw. zu perfektionistische Anforderungen an die Autonomieschwelle zu stellen und damit – bei Verneinung des Erreichens – die Patientenautonomie letztlich doch hinter paternalistische Fremdbestimmung zurücktreten zu lassen⁹¹. Deshalb muss auf eine insgesamt verhältnismäßige Schwelle abgestellt werden, die aufgrund der Tragweite der in einer Patientenverfügung möglichen Festlegungen aber in jedem Fall die grundlegenden Voraussetzungen der Patientenautonomie nach *Feinbergs* bzw. *Faden* und *Beauchamps* Kriterien enthalten muss. Auch der Gesetzgeber des 3. BtÄndG berücksichtigt dieses Argument, wollte er aufgrund der möglichen gravierenden und ggf. unumkehrbaren Folgen von Patientenverfügungen dieses Institut zum Schutz der Patientenautonomie gesetzlich verankern und gerade deren Wirksamkeitsvoraussetzungen einer rechtlichen Klärung zuführen⁹².

Fraglich ist beim Schwellenkonzept, inwieweit in Fällen, in denen es etwa bei bewusstlosen, komatösen oder dementen Patienten an der Einwilligungsfähigkeit fehlt, dann überhaupt noch von Patientenautonomie gesprochen werden kann. Auf den ersten Blick ist Selbstbestimmung nach dem Schwellenkonzept an das Vorliegen bestimmter kognitiver Fähigkeit gebunden. Gehen diese verloren, so scheint dies auch für die damit zusammenhängende Autonomie zu gelten. *Jox* wendet dagegen ein, dass es sich bei der Patientenautonomie um ein „liminales Konzept“⁹³ handle: Auch unterhalb einer sozial definierten Schwelle persönlicher Fähigkeiten könne es danach mit Wünschen, Intentionen oder moralischen Gefühlen auch Elemente persönlicher Autonomie geben⁹⁴. Dem Einzelnen muss daher Patientenautonomie in so umfassender Weise wie möglich zukommen. An diesem strengen Maßstab soll auch das 3. BtÄndG gemessen werden.

⁸⁷ *Feinberg*, Harm to self, S. 104 f.

⁸⁸ *Feinberg*, Harm to self, S. 118 ff.

⁸⁹ Inwieweit die gesetzgeberische Normierung bzw. das durch diese vorgesehene Verfahren diesen Anspruch einhält, wird unter C.III.5 untersucht.

⁹⁰ *Feinberg*, Harm to self, S. 115; *Feinberg* liefert hier auch einen Entscheidungsbaum zur Prüfung des Autonomiegehalts von Entscheidungen.

⁹¹ *Gutwald*, Autonomie, Rationalität und Perfektionismus, S. 73 (82).

⁹² Vgl. BT-Drs. 16/8442, S. 2 ff.

⁹³ *Jox*, Ethik Med 2004, S. 404.

⁹⁴ *Jox*, Ethik Med 2004, S. 404.

(2) Graduelles Begriffsverständnis

Zu diesem Ergebnis gelangt man auch über ein graduelles Begriffsverständnis der Patientenautonomie: Patientenentscheidungen können danach schon dann als autonom angesehen werden, wenn sie nicht den maximal möglichen, aber zumindest einen hinreichend substanziellen Grad an Autonomie aufweisen⁹⁵. Aus medizinethischer Sicht ist auch diese imperfekte Autonomie schutzwürdig, eine Achtung der Patientenautonomie darf daher nicht auf deren Absolutierung zielen, sondern muss deren bestmögliche Optimierung bezwecken⁹⁶. Nach dem graduellen Begriffsverständnis erschöpft sich Patientenautonomie aber nicht in den „Möglichkeiten des Vorhandenseins und Nicht-Vorhandenseins“⁹⁷. Allerdings muss auch hier – wie beim Schwellenkonzept – eine bestimmte Grenze überschritten sein, um von Patientenautonomie sprechen zu können. Darüber hinaus gehende Abstufungen sind daher letztlich lediglich deskriptiver Natur.

Rechtliche Regime müssen damit auch nach diesem Begriffsverständnis die Patientenautonomie umfassend schützen und dafür sorgen, den Autonomiegrad von Entscheidungen soweit wie möglich zu erhöhen. Allerdings ist es schwierig, dieses graduelle Konzept auf die juristisch strengen und starren Kategorien der Geschäfts- bzw. Einwilligungsfähigkeit zu übertragen, die eher dem Schwellenkonzept entsprechen.

f) Authentizität autonomer Entscheidungen

Teilweise wird zusätzlich zu den genannten Kriterien die Authentizität autonomer Patientenentscheidungen gefordert⁹⁸. Diese soll gegeben sein, wenn eine Person sich mit ihren handlungsleitenden Wünschen nach kritischer Überprüfung einverstanden erklärt⁹⁹ und ggf. auch nach diesen selbst aufgestellten Vorgaben lebt. Zur Feststellung des Autonomiegrades werden die genannten Kategorien damit um eine zweite Stufe der kritischen Reflexion mit dem Ziel der Wohlüberlegtheit bzw. Authentizität¹⁰⁰ der jeweiligen Entscheidung ergänzt: Eine Entscheidung wäre danach nur autonom, wenn sie zum kohärenten Lebensentwurf sowie der Lebensführung des Betroffenen passt. Das Begriffsverständnis der Authentizität impliziert damit nicht nur ein prozedurales Verständnis von Autonomie, bei dem die materiellen Inhalte der Lebenspläne und -entwürfe an sich nicht entscheidend für den Autonomiegehalt individueller und konkreter Entscheidungen sind¹⁰¹. Der Einzelne müsse sich vielmehr mit seinen eigenen Entscheidungen identifizieren, sie nach kritischer Reflexion gutheißen und sein Leben daran ausrichten¹⁰².

⁹⁵ Faden/Beauchamp, A history and theory of informed consent, S. 237 ff.; vgl. auch Schöne-Seifert, Grundlagen der Medizinethik, S. 43.

⁹⁶ Damm, MedR 2010, S. 451 (460).

⁹⁷ Rothhaar/Kipke, Die Patientenverfügung als Ersatzinstrument, S. 61 (62).

⁹⁸ Faden/Beauchamp, A history and theory of informed consent, S. 262 ff.; vgl. zu diesem Punkt auch das Kapitel „§ 1901a Abs. 2 S. 2, 3 BGB als Gefahr für die Selbstbestimmung?“ unter C.III.6.f) sowie Dworkin, Die Grenzen des Lebens, S. 311.

⁹⁹ Schöne-Seifert, Grundlagen der Medizinethik, S. 47.

¹⁰⁰ Faden/Beauchamp, A history and theory of informed consent, S. 262 ff.; Splett, Was bedeutet eigentlich „Patientenwille“, S. 19 (22) verwendet hierfür die Dichotomie „Identifikation versus Distanzierungsmöglichkeit“.

¹⁰¹ O'Neill, Autonomy and Trust in Bioethics, S. 29 ff. weist dies unter Bezugnahme auf Mill nach.

¹⁰² Christman, Canadian Journal of Philosophy 1991, S. 1 (4 ff.); Gutwald, Autonomie, Rationalität und Perfektionismus, S. 73 (77); O'Neill, Autonomy and Trust in Bioethics, S. 33 f. spricht von „reflective scrutiny“.

Einerseits kann diese Voraussetzung viele potenzielle Verfasser einer Patientenverfügung ohne medizinische oder juristische Vorkenntnisse intellektuell überfordern, zu kohärenten Festlegungen zu gelangen¹⁰³, mit der Folge, dass vielen Patientenverfügungen die Autonomie abgesprochen werden müsste. Auch wenn man eine solche Reflektiertheit für eine autonome Entscheidung in den meisten anderen Lebensbereichen nicht verlangt, macht es andererseits angesichts der zu regelnden existenziellen Fragen sowie gravierenden und möglicherweise unumkehrbaren Folgen aber gerade bei Patientenverfügungen Sinn, eine gewisse Überzeugtheit von den darin niedergelegten Inhalten zu verlangen¹⁰⁴. In Abwägung beider Aspekte wird – wenn auch normativ wünschenswert – bei Patientenverfügungen kein maximales Maß an Authentizität zu fordern sein, sondern nur ein hinreichender Grad, um an sich autonome Entscheidungen nicht noch über das Authentizitätserfordernis auszuhebeln.

Hierfür spricht auch ein pragmatischer Grund: Während die bisher genannten Autonomiebedingungen im Vorhinein, also *ex ante* getestet werden können, kann die Authentizität erst überprüft werden, wenn man die Entscheidung des Patienten kennt bzw. vielleicht sogar schon angewandt hat, und damit *ex post*¹⁰⁵. Dies kann jedoch wieder zu einer heteronomen Einengung und Übergehung des autonomen Patientenwillens führen, wenn im Ergebnis verbindliche Festlegungen und Entscheidungen des Patienten mangels Authentizität abgelehnt werden, weil sie lediglich aus dem Rahmen der sonstigen Festlegungen oder Wertvorstellungen des Betroffenen fallen¹⁰⁶. Bei Fragen eines unumkehrbaren Behandlungsabbruchs sind dieser nachträglichen Überprüfung zudem aus tatsächlichen Gründen von vornherein Grenzen gesetzt. Die Patientenautonomie ist aber gerade in ihrer umfassenden Form und damit auch mit ihrem Recht auf individuelle und ggf. auch inkohärente Entscheidungen zu verstehen und zu schützen, das Erfordernis der Authentizität in strenger, absoluter Geltung daher abzulehnen.

g) Patientenautonomie als intrinsischer Eigenwert?

Daneben kann der Patientenautonomie axiomatisch ein intrinsischer Eigenwert beigemessen werden. Als gewichtiger Aspekt ist sie dann in die im Rahmen der Auslegung und Anwendung von Patientenverfügungen vorzunehmenden Abwägungen einzustellen. Auch die gesetzliche Ausgestaltung der Patientenverfügung hat dieses Prinzip in der Folge in ausreichender Weise zu berücksichtigen. Unabhängig von diesem ethisch sicherlich noch genauer zu begründenden Eigenwert soll die Patientenautonomie mit den geschilderten Voraussetzungen und Ausprägungen für den Fortgang der Untersuchung als grundsätzlich zu achtender Wert als ausreichend begründet vorausgesetzt werden, lautet die Ausgangsfrage doch, inwieweit das

¹⁰³ Dies ist auch der Grund, weshalb *Faden/Beauchamp*, *A history and theory of informed consent*, S. 266 sowie *Beauchamp/Childress*, *Principles of biomedical ethics*, S. 127 ff. diese Bedingung ablehnen.

¹⁰⁴ Dies gilt umso mehr, je weiter die Möglichkeit zur antizipativen Regelung medizinischer Angelegenheiten mittels des Instituts der Patientenverfügung reicht. Auf die fehlende Reichweitenbegrenzung des § 1901a Abs. 3 BGB wird unter C.III.11 noch ausführlich eingegangen.

¹⁰⁵ So auch *Schöne-Seifert*, *Grundlagen der Medizinethik*, S. 49.

¹⁰⁶ Wie einige Autoren einwenden, empfiehlt sich nun, den Patienten auf diese Tatsache hinzuweisen und sie mit ihm ausführlich zu diskutieren, letztlich die Entscheidung des Patienten aber zu akzeptieren, vgl. etwa *Brock/Wartman*, *New England Journal of Medicine* 1990, S. 1595 (1599); bei Patientenverfügungen besteht diese Möglichkeit aber ja gerade nicht, da der betroffene Patient nicht mehr befragt werden kann. Dieses Problem kann aber durch ein vorheriges ärztliches Beratungsgespräch aufgefangen werden, worauf unter C.III.15 noch ausführlich eingegangen wird.

3. BtÄndG ein Mehr an Patientenautonomie schafft. Die gesetzlichen Regelungen sind dann daraufhin zu untersuchen, ob bzw. inwieweit sie deren notwendige Implikationen beachten und gewährleisten.

h) Zwischenergebnis: Weites Begriffsverständnis der Patientenautonomie

Die vorgestellte Konzeption der Patientenautonomie erhebt ein Begriffsverständnis zur Richtschnur, das sich zu allererst am autonomen, subjektiven Willen des Patienten orientiert, gleichzeitig aber bestimmten Bedingungen unterliegt. Trotz der möglichen medizinethischen Einwände gegen den Geltungsgrund der Patientenautonomie und von Patientenverfügungen an sich¹⁰⁷ sollen die dargestellten Bedingungen und Formen der Patientenautonomie dem weiteren Fortgang der Untersuchung zugrunde gelegt werden, was auch den Gradmesser für die Beurteilung der rechtlichen Umsetzung des Instituts der Patientenverfügung durch das 3. BtÄndG und die damit zusammenhängenden Implementierungsprobleme darstellt. Wird mit der vorgestellten Konzeption der Patientenautonomie alleine der autonome Wille des betroffenen Patienten als Richtschnur herangezogen, muss zudem nicht auf philosophische Grundannahmen auf der Metaebene oder gesellschaftlich strittige Wertvorstellungen abgestellt werden.

2. Die rechtliche Ausgestaltung der Patientenautonomie

Die Definition der Patientenautonomie hat gezeigt, wie umstritten bereits die ethischen Vorstellungen dieses Begriffs sind und welche hochrangigen, gegeneinander abzuwägenden Güter bei Inhalt und Grenzen der Patientenautonomie eine Rolle spielen können. Gerade diese Begriffsdifferenzen, welche die gesellschaftliche Diskussion um das Thema Patientenverfügung prägen, verstärken aber auch das Bedürfnis nach einer rechtlichen Normierung der Patientenautonomie bzw. der Patientenverfügung sowie die Frage nach den juristischen Implikationen des vorgestellten Begriffsverständnisses. Im Folgenden soll daher dargestellt werden, wie die Patientenautonomie als zu achtendes Prinzip in der Rechtsordnung verankert ist und welche rechtlichen Rahmenbedingungen der Gesetzgeber des 3. BtÄndG bei der Normierung des Instituts der Patientenverfügung vorfand.

a) Verfassungsrechtliche Verankerung der Patientenautonomie

Verfassungsrechtlich ist die Patientenautonomie als Selbstbestimmungsrecht im grundgesetzlich gewährleisteten Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), im allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG) sowie in der in Art. 1 Abs. 1 GG verbürgten Menschenwürde enthalten¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Vgl. hierzu etwa *Quante*, Menschenwürde und personale Autonomie, S. 190 ff.; zur philosophischen Grundlegung auch *ders.*, Personales Leben und menschlicher Tod, S. 224 ff.

¹⁰⁸ *Conradi*, Der Arzt an den Grenzen seines Behandlungsauftrages, S. 54 f.; *Hufen*, Geltung und Reichweite von Patientenverfügungen, S. 28 ff., 47; *Hufen*, NJW 2001, S. 849 (850 f. m. w. N.); *Isensee/Kirchhof-Müller-Terpitz*, § 147, Rn. 99; *Kamps*, ZMGR 2009, S. 207; *Maunz/Dürig-Herdeggen*, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 89 zum „Sterben in Würde“; *May*, KritV 2004, S. 428 (429); *Meran et al. (Hrsg.)*, Möglichkeiten einer standardisierten Patientenverfügung, S. 18; *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, § 2, Rn. 36; *Spickhoff*, Medizinrecht; Art. 1 GG, Rn. 8, Art. 2 GG, Rn. 12; *Taupitz*, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, S. A12; *Wietfeld*, Selbstbestimmung und Selbstverantwortung, S. 30 ff.; BVerfGE 52, 131 (168).

Auch die Gesetzesbegründung¹⁰⁹, die einzelnen Gesetzentwürfe¹¹⁰ sowie etliche Stellungnahmen¹¹¹ nehmen auf diese verfassungsrechtlichen Wertungen Bezug. Im Folgenden soll der grundrechtliche Gehalt der Patientenautonomie sowie deren grundgesetzliche Absicherung herausgearbeitet werden.

Hierdurch zeigt sich der verfassungsrechtliche Rahmen, an dem sich das 3. BtÄndG und mit- hin die einfachgesetzliche Ausgestaltung der Patientenautonomie und -verfügung orientieren muss.

(1) Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG

Die Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG gebietet, dass jeder Patient selbstbestimmt medizinische Maßnahmen untersagen, verweigern bzw. auf sie verzichten kann¹¹². Danach hat jeder Mensch das Recht, selbst zu entscheiden, was er hinsichtlich seines eigenen Lebens sowie des ärztlichen Umgangs mit seinem Körper für sich selbst als würdevoll, angemessen und insbesondere lebenswert erachtet¹¹³. Zwar ist nicht jede Lebensbeendigung oder abgelehnte Behandlung zugleich automatisch ein Eingriff in die Menschenwürde¹¹⁴. Niemand darf aber aus rechtlichen oder ethischen Gründen zu einer Therapie gezwungen werden, die er für sich ausdrücklich als unwürdig ablehnt, und damit letztlich Opfer einer Menschenwürdedefinition eines anderen werden¹¹⁵ – etwa des behandelnden Arztes, des Patientenvertreters oder eines Angehörigen. Eine klare antizipative Willensäußerung in Bezug auf die eigene Krankheit oder das eigene Sterben im Rahmen einer Patientenverfügung muss daher aus Respekt vor der Würde des Menschen beachtet werden¹¹⁶. Angesichts der Motivation vieler potenzieller Patienten zur Errichtung einer Patientenverfügung lässt sich hierfür auch die Objektformel des Bundesverfassungsgerichts¹¹⁷ fruchtbar machen: Die Menschenwürde gebietet es, dass der individuelle Patient nicht zum hilflosen, willenlosen und passiven Objekt der Intensiv- bzw. Apparatemedizin gemacht wird¹¹⁸. Das Recht auf Selbstbestimmung als ein Kern der Menschenwürde schützt den Einzelnen vor Fremdbestimmung gerade auch im Falle der eigenen krankheitsbedingten Einwilligungsunfähigkeit, in Grenzsituationen und am Ende des Le-

¹⁰⁹ BT-Drs. 16/8442, S. 2, 8 f.

¹¹⁰ BT-Drs. 16/11360, S. 11 f.; BT-Drs. 16/11493, S. 3, 10.

¹¹¹ Vgl. etwa *Nationaler Ethikrat (Hrsg.)*, Die Patientenverfügung – Ein Instrument der Selbstbestimmung, S. 9 sowie *Enquête-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“*, Zwischenbericht Patientenverfügungen, BT-Drs. 15/3700, S. 15.

¹¹² *Spickhoff*, Medizinrecht, Art. 1 GG, Rn. 11 ff. Vgl. zum Verhältnis von Menschenwürde und Autonomie auch *Quante*, Menschenwürde und personale Autonomie; instruktiv zum verfassungsrechtlichen Diskurs hinsichtlich der Menschenwürde beim Sterben *Anderheiden*, Die Menschenwürde beim Sterben erhalten, S. 213 ff.

¹¹³ *Hufen*, Geltung und Reichweite von Patientenverfügungen, S. 29; *Putz*, FPR 2012, S. 13 (14).

¹¹⁴ *Fink*, Selbstbestimmung und Selbsttötung, S. 65 ff.; *Höfling*, JuS 2000, S. 111 (114); *Hufen*, NJW 2001, S. 849 (850).

¹¹⁵ *Hufen*, NJW 2001, S. 849 (851). Zum Problem unterschiedlicher individueller und kollektiver Menschenwürdedefinitionen grundlegend *Seelmann*, Menschenwürde als Problem der Gattung – ein Problem des Paternalismus?, S. 206 ff.

¹¹⁶ *Härle*, FPR 2007, S. 47 (51).

¹¹⁷ St. Spr., vgl. bereits BVerfGE 9, 89 (95); hierzu *Maunz/Dürig-Herdegen*, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 36; *Rieger*, Die mutmaßliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch, S. 36 f.

¹¹⁸ *Höfling*, JuS 200, S. 111 (114); *Hufen*, NJW 2001, S. 849 (850).

bens¹¹⁹. Nach Ansicht des BGH bindet eine Patientenverfügung als fortgeltendes Selbstbestimmungsrecht des Patienten und als Ausdruck seiner Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG auch dessen Vertreter bezüglich der zu treffenden Entscheidung¹²⁰.

- (2) Allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) und Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG)

Soll die Patientenautonomie zur Abwehr eigenmächtiger ärztlicher Eingriffe geltend gemacht werden, wird deren Gewährleistung auch in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gesehen¹²¹. Steht dagegen die Selbstverfügungsfreiheit über den eigenen Körper sowie die Einwilligungsmöglichkeit in Fremdgefährdungen und -schädigungen in Frage, soll entweder der Schutzbereich von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG oder von Art. 2 Abs. 1 GG eröffnet sein¹²². Das Bundesverfassungsgericht sieht das Grundrecht auf Selbstbestimmung über den eigenen Körper in Art. 2 Abs. 2 GG gewährleistet¹²³. Das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit stelle die *lex specialis* zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG dar¹²⁴. Letztlich kann die genaue dogmatische Zuordnung der Patientenautonomie für die vorliegende Untersuchung allerdings dahingestellt bleiben, da ein vergleichbares Schutzniveau nach h. M. anerkannt ist¹²⁵.

Was den Gewährleistungsgehalt bzw. Schutzbereich betrifft, wird dabei vertreten, dass der verfassungsrechtliche Schutz der Selbstbestimmung sogar das Verfügungsrecht über das eigene Leben erfasse¹²⁶. Das Selbstbestimmungsrecht als Implikation der Patientenautonomie umfasst zumindest auch ein Recht zur Selbstgefährdung und zur Selbstaufgabe¹²⁷ und schließt ein Recht des Einzelnen auf Ablehnung lebensverlängernder oder gesundheitserhaltender Maßnahmen ein¹²⁸: Neben dem Willen, sich behandeln zu lassen, ist auch der entgegenstehende Wille geschützt, sich eben nicht behandeln zu lassen¹²⁹.

¹¹⁹ Fink, Selbstbestimmung und Selbsttötung, S. 52 f.; Hufen, NJW 2001, S. 849 (851); Lipp, BtPrax 2002, S. 47; Sternberg-Lieben/Reichmann, NJW 2012, S. 257 (259) sowie bereits Wilms/Jäger, ZRP 1988, S. 41 ff.; Kritik am Menschenwürdekonzept aus medizinethischer Sicht findet sich dagegen bei Wuketits, Bioethik, S. 53 ff.

¹²⁰ Vgl. zu BGHZ 154, 205 ausführlich noch später unter C.II.2.b).

¹²¹ Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, S. 594 (597); Höfling, JuS 2000, S. 111 (114); Hufen, Geltung und Reichweite von Patientenverfügungen, S. 30; Isensee/Kirchhof-Müller-Terpitz, § 147, Rn. 101; BVerfGE 52, 131 (171 ff.), Minderheitsvotum der Richter Hirsch, Niebler und Steinberg; BGHSt 11, 111 (113 f.).

¹²² Fateh-Moghadam, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 75 ff. m. w. N.

¹²³ Vgl. BVerfGE 52, 131 (171 ff.), Minderheitsvotum der Richter Hirsch, Niebler und Steinberg; Becker-Schwarze, FPR 2007, S. 52; Mangoldt/Klein/Starck-Starck, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 58.

¹²⁴ Fink, Selbstbestimmung und Selbsttötung, S. 58 f.; Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 49.

¹²⁵ So auch grundlegend Fink, Selbstbestimmung und Selbsttötung, S. 50 ff.; Hufen, NJW 2001, S. 849 (851); Vossler, ZRP 2002, S. 295.

¹²⁶ Maunz/Dürig-Di Fabio, Art. 2 Abs. 2 GG, Rn. 15; Hufen, NJW 2001, S. 849 (851); vgl. hierzu auch Fink, Selbstbestimmung und Selbsttötung, S. 126 ff.

¹²⁷ Hufen, NJW 2001 S. 849 (851); Dreier, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 31; Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 2 Abs. 2 GG, Rn. 84; Taupitz, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, S. A12; BVerwGE 82, 45 (48), vgl. auch Schitteck, BayVBl. 1990, S. 137 f.; Wassermann, DRiZ 1986, S. 291 ff.

¹²⁸ Füllmich, Der Tod im Krankenhaus und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, S. 32; Höfling, JuS 2000, 111 (114); Hufen, NJW 2001 S. 849 (851); Lipp, BtPrax 2002, S. 47, differenzierend Rieger, Die mutmaßliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch, S. 32.

¹²⁹ Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 2 Abs. 2 GG, Rn. 63.

Dies gilt ebenso für den mutmaßlichen Willen¹³⁰. Dem Patienten steht es grundsätzlich frei, den Lebensschutz etwa zugunsten der eigenen Leidensfreiheit zurückzustellen¹³¹. Zu einer Lebenserhaltung um jeden Preis kann der Einzelne nicht gezwungen werden, sein – mittels Patientenverfügung ggf. vorab niedergelegte – individuelle Behandlungswille hat Vorrang¹³². Das bereits medizinethisch begründete und ausdifferenzierte Prinzip der Patientenautonomie ist also durch das Grundgesetz auch verfassungsrechtlich geschützt.

(3) Verfassungsrechtliche Schranken und staatliche Schutzpflicht zugunsten des Rechtsguts Leben?

Da Art. 2 GG nicht schrankenlos gewährleistet ist, sind aber auch verfassungsrechtliche Schranken der Patientenautonomie denkbar. Ein solcher Fall liegt etwa dann vor, wenn der Staat in Erfüllung seiner Schutzpflicht den Schutz des Lebens gegen Bestrebungen der aktiven Sterbehilfe durchsetzt¹³³.

Rechte Dritter spielen bei möglichen Schranken nur eine untergeordnete Rolle. Eigentlich kann die Selbstbestimmung im Wortsinn dabei schon begriffslogisch nicht mit den subjektiven Rechten Dritter in Konflikt geraten. Im Rahmen der Beteiligung Dritter bei der Umsetzung der Selbstbestimmung – beispielsweise der Anwendung der Patientenverfügung – wäre allenfalls ein Konflikt mit der Selbstbestimmung oder Gewissensfreiheit eines Dritten – etwa des Arztes oder Pflegepersonals – möglich¹³⁴. Wie bereits gezeigt wurde, ist aber auch in derartigen Fällen aus Menschenwürdegesichtspunkten der individuelle Wille des betroffenen Patienten maßgeblich. Allenfalls ist ein Konflikt mit der staatlichen Pflicht zum Lebensschutz¹³⁵ möglich, der jedoch aufgrund der skizzierten Argumente zugunsten der individuellen Selbstbestimmung zu lösen sein wird.

Verfassungsrechtlich ist damit das sog. *patient knows best*-Prinzip abgesichert, wonach der betroffene Patient seine Entscheidung allenfalls gegenüber sich selbst, aber nicht gegenüber Dritten oder deren Maßstäben rechtfertigen muss¹³⁶.

b) Patientenautonomie und Privatautonomie

Auch im Zivilrecht wird das Prinzip der Patientenautonomie anerkannt und geschützt. Den gemeinsamen Bezugspunkt von Privat- und Patientenautonomie¹³⁷ stellt die bereits verfassungsrechtlich geschützte Menschenwürde dar¹³⁸. Zivilrechtlich bezeichnet der Autonomiebegriff die normative Kompetenz des Einzelnen, im Rahmen ihm zuerkannter Individualrechtsgüter selbstverantwortlich und selbstbestimmt zu entscheiden¹³⁹. Privatautonomie lässt sich

¹³⁰ Hufen, NJW 2001 S. 849 (850).

¹³¹ Hufen, NJW 2001, S. 849 (852).

¹³² Taupitz, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, S. A12.

¹³³ Hufen, NJW 2001, S. 849 (850).

¹³⁴ Hufen, NJW 2001, S. 849 (851).

¹³⁵ BVerfGE 39, 1 (41).

¹³⁶ BVerfGE 52, 131 (178).

¹³⁷ Vgl. zum Zusammenhang beider Begriffe auch Damm, Privatautonomie und Patientenautonomie, S. 73 f., sowie Röthel, AcP 2011, S. 196 (199), nach der die Verortung und das Verhältnis beider Begriffe noch am Anfang stehe.

¹³⁸ Röthel, AcP 2011, S. 196 (201); Lipp, Handbuch der Vorsorgeverfügungen, § 3, Rn. 1.

¹³⁹ Vgl. Schroth, Die rechtliche Absicherung der autonomen Entscheidung des Lebendspenders, S. 79 (89 ff.); in

danach als allgemeine Freiheit rechtlicher Selbstgestaltung und Patientenautonomie als die diesbezügliche Freiheit zur Selbstgestaltung in medizinischen Angelegenheiten begreifen¹⁴⁰. Das deutsche Zivilrecht hat bereits vor dem 3. BtÄndG auf den Wandel der gesellschaftlichen Vorstellungen vom Fürsorgeprinzip hin zu mehr Selbstbestimmung und Autonomie des Individuums reagiert: So wurde zum 01.01.1992 Entmündigung und Vormundschaft durch die Betreuung nach §§ 1896 ff. BGB n. F. ersetzt¹⁴¹. Mit den sog. Vorsorgeverfügungen wurden darüber hinaus Rechtsinstitute entwickelt, die eine selbstbestimmte Vorsorge auch für Zeiten eingeschränkter Einsichts- und Handlungsfähigkeit gewährleisten sollen. Zwar wurde mit der Einfügung des § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB die Subsidiarität hoheitlicher Betreuung gegenüber privatautonomer Vorsorge durch Vorsorgevollmachten gesetzlich klargestellt¹⁴². Die Anerkennung solcher antizipierenden Vorsorge bezog sich dabei jedoch v. a. auf Vermögensangelegenheiten. Die Einzelheiten der Vorsorgemöglichkeiten in personalen und medizinischen Angelegenheiten – wie die Möglichkeit der Übertragung der Einwilligung- bzw. Verweigerungsbefugnis in medizinische Maßnahmen auf Bevollmächtigte oder die Bindungswirkung von Patientenverfügungen – waren dagegen weiterhin umstritten¹⁴³. Mit der Einfügung des § 1904 Abs. 2 BGB a. F. durch das Betreuungsrechtsänderungsgesetz aus dem Jahr 1998¹⁴⁴ wurden Vorsorgevollmachten auch für den Bereich der medizinischen Angelegenheiten gesetzlich anerkannt und mit dem 3. BtÄndG im Jahr 2009¹⁴⁵ das Institut der Patientenverfügung durch § 1901a BGB in das BGB aufgenommen. Auch die Rechtsprechung entschied auf dieser Entwicklungslinie und in verfassungsrechtlichem Rekurs, indem der BGH im Jahr 2003 klarstellte, dass die Menschenwürde es gebiete, das in einwilligungsfähigem Zustand ausgeübte Selbstbestimmungsrecht auch dann noch zu respektieren, wenn der Betroffene zu eigenverantwortlichem Entscheiden nicht mehr in der Lage ist¹⁴⁶.

3. Kritik am Prinzip der Patientenautonomie

Es finden sich aber auch Stimmen, die den Begriff der Patientenautonomie bereits begriffslosig kritisch sehen. *Härle* etwa betrachtet ihn als einen „überzogene[n], anmaßende[n], [...] lächerliche[n] Begriff“¹⁴⁷: Die Autonomievorstellung scheitere gerade in schweren Krankheitssituationen an natürlichen Grenzen, da der Patient aufgrund seiner eigenen Handlungsunfähigkeit *realiter* auf die Hilfe und die Entscheidungen Dritter angewiesen sei. Die Begriffe

staatsrechtlicher Ausdeutung wird das juristische Prinzip der Autonomie mit „Selbstgesetzgebung“ übersetzt, vgl. *Creifelds*, Rechtswörterbuch, Art. „Autonomie“, S. 129.

¹⁴⁰ *Röthel*, AcP 2011, S. 196 (199).

¹⁴¹ Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz – BtG) vom 12.9.1990, BGBl. I 1990, 2002.

¹⁴² *BeckOK-Müller*, § 1896 BGB, Rn. 26 ff.; *MüKo-Schwab*, § 1896 BGB, Rn. 48 ff.; *Spickhoff*, Medizinrecht, § 1896 BGB, Rn. 12.

¹⁴³ Vgl. hierzu Kapitel C.II.

¹⁴⁴ Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts sowie weiterer Vorschriften (Betreuungsrechtsänderungsgesetz – BtÄndG) vom 25.6.1998, BGBl. I 1998, 1580, in Kraft getreten am 1.7.1998; seit dem 1.9.2009 findet sich die Regelung aufgrund des Dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts (3. BtÄndG) vom 29.7.2009, BGBl. I 2009, 1580 in § 1904 Abs. 5 BGB n.F.

¹⁴⁵ Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts (3. BtÄndG) vom 29.7.2009, BGBl. I 2009, 2286.

¹⁴⁶ BGHZ 154, 205 (217), vgl. hierzu ausführlich noch unter C.II.2.b).

¹⁴⁷ *Härle*, FPR 2007, S. 47.

„Patient“ und „Autonomie“ seien daher ein Widerspruch in sich, weshalb sich Patientenautonomie als ein „irreführendes, letztlich leeres Versprechen [herausstelle], aber offenbar als eines, das dem Selbstbewusstsein oder der Eitelkeit schmeichelt und darum auf große Resonanz stößt“¹⁴⁸.

Auch von Seiten der Medizinethik gibt es Einwände gegen das individualistische Paradigma der Patientenautonomie. Eine Ansicht knüpft dabei an die Einbettung der individuellen Entscheidung in ein vielfältiges soziales Beziehungsgeflecht an: In Anlehnung an das Fürsorge-Ethos wird der Anteil und der Einfluss Dritter – etwa durch Verwandte und Freunde – an Patientenentscheidungen herausgestellt und der Charakter der Entscheidungsfindung als „kollektives Geschehen“¹⁴⁹ betont¹⁵⁰. Eine autonome Entscheidung soll dann nur gegeben sein, wenn der Betroffene eine entsprechende Begleitung in der für ihn existenziellen Entscheidung erhält.

Außerdem wird auf eine Vernachlässigung der zwischen den Beteiligten bestehenden intersubjektiven Werte hingewiesen. Diese meinen das Vertrauen zwischen Arzt und Patient, die Fürsorge- und Verantwortungsübernahme durch Ärzte, Pflegende und weitere Bezugspersonen sowie die Integrität ärztlicher Fachurteile¹⁵¹. Auch empirische Untersuchungen belegen, dass das Vertrauen der Patienten in die Fürsorge und Fähigkeiten des Arztes nach wie vor hoch ist. Danach ist vielen Patienten ein vertrauensvolles Arzt-Patienten-Verhältnis, in dem der Patient davon ausgehen kann, dass der Arzt aufrichtig darum bemüht ist, seine Behandlung am Wohl des Patienten zu orientieren, häufig wichtiger als ihre eigene autonome Selbstbestimmung¹⁵².

Ein dritter Einwand, dem sich der Gesetzgeber zu Recht nicht angeschlossen hat¹⁵³, moniert die grundsätzlich falsche Prioritätensetzung der medizinischen Ressourcenverteilung und will die durch eine Betonung der Patientenautonomie möglicherweise entstehenden unverhältnismäßigen Behandlungskosten am Lebensende zugunsten des Gemeinwohls und dem Prinzip der Gerechtigkeit (*justice*) begrenzen¹⁵⁴.

¹⁴⁸ Härle, FPR 2007, S. 47 (48).

¹⁴⁹ Schöne-Seifert, Grundlagen der Medizinethik, S. 55.

¹⁵⁰ Bockenheimer-Lucius, Die Patientenverfügung in der Praxis, S. 17 (23); Brody, The Healer's Power, S. 48 ff.; darauf, welche Gefahren mit einer rechtlich vorgesehenen Beteiligung Dritter verbunden sind, wird noch unter C.III.6.e) eingegangen.

¹⁵¹ Vgl. Brody, The Healer's Power, S. 44 ff.; Held, The ethics of care, S. 29 ff., 44 ff.; Pellegrino/Thomasma, For the patient's good, S. 51 ff., 162 ff.; Sherwin, No longer patient, S. 137 ff.; Schöne-Seifert, Grundlagen der Medizinethik, S. 55. Die Literaturquellen belegen, dass diese Diskussion hauptsächlich im angelsächsischen Raum geführt wird; vgl. aber auch Berndt, SZ vom 30.11.13, S. V1.

¹⁵² Eibach/Schaefer, MedR 2001, S. 21 (22).

¹⁵³ Im Vordergrund stand eindeutig eine Stärkung der Patientenautonomie und des Selbstbestimmungsrechts des einzelnen Patienten, vgl. BT-Drs. 16/8442, S. 2 ff.; einer solchen wirtschaftlichen Betrachtungsweise stände auch schon das ärztliche Berufsethos entgegen, vgl. Grundsätze der Bundesärztekammer zur Sterbebegleitung, Deutsches Ärzteblatt 2011, S. A346; grundlegend zu diesem Einwand Schöne-Seifert, Grundlagen der Medizinethik, S. 55 m. w. N.

¹⁵⁴ Vgl. zu diesem Prinzip C.I.1.a) sowie C.III.11.c). Kritisch hierzu Bickhardt, Der Patientenwille, S. 24.

4. Patientenautonomie und Fürsorge – Widerspruch oder Wechselwirkung¹⁵⁵?

Die deutlichste Kritik an der Patientenautonomie kommt von Anhängern des bereits auf *Hippokrates* zurückgehenden ärztlichen Fürsorgegedankens. Patientenautonomie dürfe danach nicht nur ein bloßes „Mein Wille geschehe!“¹⁵⁶ darstellen. Eine solche Eingrenzung verkenne den Sinn und die Möglichkeiten des Instituts der Patientenverfügung¹⁵⁷. Der Fürsorgegedanke setzt sich in Opposition zur Patientenautonomie und steht dabei grundsätzlich dem Begriff des Paternalismus¹⁵⁸ sowie dem Wohl des Patienten nahe¹⁵⁹. Für die Fürsorge stehen dabei der Patientenvertreter, aber auch der behandelnde Arzt sowie das Pflegepersonal, während die Selbstbestimmung dadurch zum Ausdruck kommen soll, dass der betroffene Patient sicher sein kann, von diesen auch im Falle fehlender Einwilligungsfähigkeit als individuelle Person mit eigenen Wertvorstellungen und Wünschen wahrgenommen zu werden¹⁶⁰.

Hinsichtlich des Verhältnisses von Selbstbestimmung als Ausdruck der Patientenautonomie und der Fürsorge lassen sich zwei Extrempositionen ausmachen, die jeweils den Vorrang des einen vor dem jeweils anderen Prinzip postulieren. *Härle* etwa versucht zu begründen, warum das Prinzip der Fürsorge dem Prinzip der Selbstbestimmung in ethischer Hinsicht überlegen sei und letzteres einschließe bzw. Selbstbestimmung teilweise sogar überhaupt erst ermögliche¹⁶¹. Im Sinne des herrschenden medizinethischen Paradigmas wird aber auch der Vorrang der Selbstbestimmung bzw. der Patientenautonomie vor dem Fürsorgeprinzip postuliert¹⁶². Für deren Vorrang vor dem Wohl und aktuellem Wohlbefinden sprechen folgende Gründe¹⁶³: Einerseits besteht die Gefahr, dass Entscheidungen gefällt werden, die trotz benevolenter Absichten Dritter nicht im Sinne des betroffenen Patienten sind. Dieser weiß selbst am besten, was gut für ihn ist¹⁶⁴. Psychologisch gesehen trägt das Gefühl von Autonomie und Selbstbestimmung, sowie das Gefühl, vom behandelnden Arzt mit den individuellen Wünschen, Sorgen und Ängsten ernst genommen sowie ehrlich behandelt zu werden, zudem zum subjektiven Wohlbefinden des Patienten bei. Die Achtung der Patientenautonomie sowie die individuelle Selbstbestimmung weist für viele Menschen einen intrinsischen Wert auf¹⁶⁵.

Im Sinne des dargestellten weichen Paternalismus kann Fürsorge aber durchaus der Patien-

¹⁵⁵ Dieses Begriffspaar verwendet auch *Härle*, FPR 2007, S. 47 (49).

¹⁵⁶ So etwa bereits die Titel der Beiträge von *Eibach*, ZfME 1998, S. 201 („Mein Wille geschehe?“) und *Maio*, DMW 2008, S. 2582 („Hauptsache mein Wille geschehe“) – unabhängig von den jeweiligen inhaltlichen Aussagen.

¹⁵⁷ *Bockenheimer-Lucius*, Die Patientenverfügung in der Praxis, S. 17 (23); *Mieth*, ICEP Argumente 2005/3, S. 1 f.

¹⁵⁸ Differenzierend *Damm*, MedR 2010, S. 451 (461).

¹⁵⁹ Vgl. hierzu auch *Platzer*, Autonomie und Lebensende, S. 22 ff.

¹⁶⁰ BT-Drs. 16/8442, S. 12.

¹⁶¹ *Härle*, FPR 2007, S. 47 (49 ff.).

¹⁶² Vgl. hierzu *Damm* MedR 2010, S. 451 (452 f.) m. w. N. Auch Anhänger des Fürsorgeprinzips wenden sich gegen dessen Verabsolutierung: Das Selbstbestimmungsrecht müsse gerade beachtet werden, „*obwohl und weil* in ethischer Sicht das Prinzip der Fürsorge dem Prinzip der Selbstbestimmung *vorzuordnen* ist.“, so etwa *Härle*, FPR 2004, S. 47 (50).

¹⁶³ Vgl. zum Folgenden *Schöne-Seifert*, Grundlagen der Medizinethik, S. 56.

¹⁶⁴ Vgl. zum *patient knows best*-Prinzip bereits oben C.I.2.a).

¹⁶⁵ Diese klassischen Gründe sind bei *Schöne-Seifert*, Grundlagen der Medizinethik, S. 56 aufgeführt.

tenautonomie zuträglich sein, worüber sich beide Prinzipien entsprechend vermitteln lassen. Ist dem Patienten überhaupt keine autonome Entscheidung möglich, kann die staatliche Fürsorgepflicht zum Schutz vor sich selbst eingreifen¹⁶⁶. Patientenautonomie muss daher nicht *per se* als unvereinbar mit dem Prinzip der Fürsorge begriffen werden: „Der Respekt vor der Selbstbestimmung der Patienten ist [...] geradezu eine Implikation der Fürsorge.“¹⁶⁷ Die Patientenautonomie soll hier quasi aus dem Fürsorgeprinzip selbst heraus und gleichsam als ein der Fürsorge inhärentes und immanentes Prinzip begründet werden. Das Arzt-Patienten-Verhältnis soll dabei beide Aspekte berücksichtigen und von Partnerschaftlichkeit geprägt sein¹⁶⁸. Nach der obigen Definition der Menschenwürde kann diese als Maß für das Verhältnis von Selbstbestimmung und Fürsorge herangezogen werden. Wird sie als der jedem Menschen kraft seines Daseins zukommende Anspruch auf Achtung¹⁶⁹ interpretiert, kommt diese Achtung sowohl in der Fürsorge als auch in der Achtung seiner Patientenautonomie zum Ausdruck¹⁷⁰. Das Prinzip der Fürsorge stellt also grundsätzlich keinen notwendigen Gegensatz zur Patientenautonomie dar, muss – ebenso wie weich paternalistische Maßnahmen – aber im Lichte der Patientenautonomie verstanden und ausgelegt werden.

5. Patientenautonomie im Zeitverlauf

Das Prinzip der Patientenautonomie besitzt – auch und gerade hinsichtlich des Instituts der Patientenverfügung – einen temporalen Zusammenhang. Es liegt dabei auf der Hand, dass es bei der Frage des Schutzes der Patientenautonomie mittels Patientenverfügungen *per se* nicht um eine temporäre, aktuelle Ausprägung der Patientenautonomie gehen kann, liegt das praktische Dilemma doch gerade in der Tatsache, dass der betroffene Patient aufgrund seiner Einwilligungsunfähigkeit zum maßgeblichen Zeitpunkt eben nicht mehr nach seinem aktuellen Willen befragt werden kann. Bei Patientenverfügungen handelt es sich daher um eine Ausprägung der prospektiven Autonomie¹⁷¹, soll durch sie der autonome Wille des Patienten gerade *pro futuro* vorausverfügt und auch im Fall der Einwilligungsunfähigkeit durchgesetzt werden. Der Patient kann damit nicht nur in der aktuellen Situation über sich bestimmen, sondern durch die Niederlegung seines Willens auch für zukünftige und zum gegenwärtigen Zeitpunkt ggf. unvorhersehbare Situationen verbindliche Vorgaben zu seinen Behandlungswünschen machen.

Bei der Frage nach der Gewährleistung der Patientenautonomie im Rahmen der gesetzlichen Ausgestaltung der Patientenverfügung muss daher beachtet werden, dass die Errichtung der Patientenverfügung und die Entfaltung der Wirkungen der Erklärung zeitlich auseinanderklaffen: Die Abfassung einer Patientenverfügung „in gesunden Tagen“ liegt häufig lange vor der Situation, in der sie greifen soll. Auch bezüglich der inhaltlichen Wirkungen ist kaum absehbar, wie man sich als Betroffener in der konkreten Situation fühlen wird. Erklärt man in

¹⁶⁶ Sternberg-Lieben/Reichmann, NJW 2012, S. 257 (260).

¹⁶⁷ Rat der Evangelischen Kirche in Deutschland, Sterben hat seine Zeit, Überlegungen zum Umgang mit Patientenverfügungen aus evangelischer Sicht, S. 17; in diese Richtung auch Geisler, DMW 2004, S. 453 (454).

¹⁶⁸ Bickhardt, Der Patientenwille, S. 22; Damm, MedR 2010, S. 451 (453).

¹⁶⁹ Vgl. hierzu bereits C.I.2.a).

¹⁷⁰ Härle, Patienten-Selbstbestimmung und ärztliche Fürsorge am Lebensende, S. 539 (552 f.).

¹⁷¹ Jox, Ethik Med 2004, S. 401 (407); die Bezeichnung in der Literatur ist nicht eindeutig. Hiermit korrespondiert etwa der Begriff der „antizipativen Patientenerklärung“, vgl. Röthel, AcP 2011, S. 196 (198 ff.)

jungen Jahren und ohne eigene Erfahrung entsprechender Krankheitssituationen und damit zusammenhängenden pathologischen Leidens, dass man jegliche künstlichen oder apparativen lebenserhaltenden Maßnahmen ablehne, trifft man eine Festlegung auf unsicherer Entscheidungsgrundlage. Empirisch feststellbar ist, dass sich das Vorstellungsvermögen über das eigene Verhalten und Empfinden bei Krankheit, Leiden und Sterben i. d. R. als unvollständig erweist¹⁷². Die meisten Menschen zeigen daher bei der Beschäftigung mit dem eigenen Erfahren von Krankheit, Sterben und Tod ambivalente und sich im Laufe der Zeit durchaus ändernde Einstellungen und Erwartungen¹⁷³.

Betrachtet man den möglichen Lebenszeitverlauf des potenziellen Patienten, muss die Patientenautonomie allerdings jederzeit sowie prinzipiell in jedem Krankheitsstadium gewährleistet werden. Bereits die dargelegten medizinethischen sowie verfassungsrechtlichen Gewährleistungen gebieten eine derartige kontinuierliche und umfassende Geltung in allen Lebensphasen – unabhängig von entsprechenden juristischen Kategorien wie der Einwilligungs- oder Geschäftsfähigkeit.

Daraus folgt gleichzeitig aber auch, dass zeitliche Verzögerungen bei der Durchsetzung des Patientenwillens zu einem Einschnitt an Patientenautonomie führen können. Dies ist etwa möglich, wenn der Patient einen gewissen Zeitraum gegen seinen Willen behandelt wird, weil sein Wille nicht sofort zweifelsfrei ermittelt werden kann oder weil sich ein betreuungsgerichtliches Genehmigungsverfahren in die Länge zieht. Andererseits darf die dadurch gebotene Eile nicht zulasten eines gründlich ermittelten und überprüften Patientenwillens gehen. Die vorzunehmende Abwägung stellt daher gewissermaßen eine Gratwanderung dar, weil der Patientenautonomie auch nicht durch einen unsauber ermittelten Patientenwillen entsprochen wird, der dem tatsächlichen zuwiderläuft. Die gesetzliche Regelung des 3. BtÄndG muss auf diese Problematik sensibel reagieren und versuchen, derartige Konfliktsituationen bereits vorab zu vermeiden.

6. Zwischenergebnis: Patientenautonomie als voraussetzungsreiches Prinzip

Die Patientenautonomie erweist sich als ein voraussetzungsreiches Prinzip. Es können zwar notwendige, aber kaum allgemein gültige und hinreichende Voraussetzungen definiert werden. Die gesetzlichen Regelungen müssen daher Sorge tragen, dass in jedem Einzelfall – trotz der Besonderheiten der individuell zugrundeliegenden Konstellation – ein bestmögliches Maß an Patientenautonomie gewährleistet wird. Am dargestellten materiell aufgeladenen Autonomiebegriff muss sich auch das 3. BtÄndG messen lassen.

II. Die Rechtslage vor dem 3. BtÄndG

Im Folgenden soll geschildert werden, inwieweit sich aus dem Bedürfnis der Sicherung des Selbstbestimmungsrechts das Institut der Patientenverfügung als Ausprägung der prospektiven Patientenautonomie entwickelt und zu deren Schutz beigetragen hat. Dies stellt die Vergleichsgrundlage für die Beantwortung der Frage dar, ob das 3. BtÄndG zu einem „Mehr“ an Patientenautonomie geführt hat.

¹⁷² Röthel, AcP 2011, S. 196 (204).

¹⁷³ Höfling, NJW 2009, S. 2849 (2852).

1. Anerkennung des Instituts der Patientenverfügung trotz fehlender gesetzlicher Grundlage

Zunächst soll dazu auf die alte Rechtslage eingegangen und untersucht werden, wie sich das Institut der Patientenverfügung¹⁷⁴ ohne gesetzliche Grundlage entwickelt hat sowie bis zum 3. BtÄndG rezipiert und fortentwickelt wurde. Hierzu hat einerseits die medizinrechtliche Literatur beigetragen. Andererseits kam es aber auch zu entsprechenden Gerichtsentscheidungen, nachdem Fragen der Zulässigkeit eines Behandlungsabbruchs – aufgrund des ausdrücklich mittels einer Patientenverfügung vorab erklärten oder des mutmaßlichen Willens des betroffenen Patienten – Gegenstand entsprechender gerichtlicher Verfahren geworden waren. An den damit zusammenhängenden Meinungsstreitigkeiten zeigen sich einige hinsichtlich der Patientenautonomie relevante Probleme, die durch das 3. BtÄndG ausgeräumt werden sollten. Virulent waren derartige Fragen auch angesichts des medizinischen Fortschritts geworden, der erst langsam mittels einer rechtlichen Durchdringung dieses Bereichs juristisch nachvollzogen wurde. Aus Sicht der Patientenautonomie war dabei v. a. die Frage interessant, ob der Arzt dem Wunsch des Patienten respektive Patientenvertreters nach einem Behandlungsabbruch zwingend Folge leisten muss – auch um sich nicht strafbar zu machen bzw. rechtlich entsprechend abzusichern. Die Beantwortung der Frage der Bindungswirkung war jedoch umstritten: Eine traditionellere Auffassung lehnte eine strikte Bindung des Arztes an den geäußerten Willen ab, sondern maß ihr lediglich indizielle Wirkung für den mutmaßlichen Patientenwillen zu¹⁷⁵. Grund hierfür waren Bedenken, dass der Patient möglicherweise nicht unabänderlich an seinen früheren Ausführungen festhalten wolle. Vielmehr könnte er seinen Willen seit Abfassung der Verfügung tatsächlich oder hypothetisch wieder geändert haben.

Der Adressat der Patientenverfügung solle daher erst mittels weiterer Indizien feststellen können, ob diese auch befolgt werden müsse. Maßgebliche Anzeichen können daher etwa der zeitliche Abstand zwischen Abfassung und kritischer Situation¹⁷⁶ sowie die Häufigkeit der Wiederholung bzw. Bestätigung darstellen¹⁷⁷.

Eine – im Vordringen befindliche – Gegenansicht sah den in einer Patientenverfügung niedergelegten Willen dagegen als strikt verbindlich für Arzt, Pflegepersonal, Bevollmächtigten und Betreuer als Adressaten an¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Früher wurde die Patientenverfügung teilweise auch als Patiententestament oder Patientenbrief bezeichnet, vgl. *Deutsch*, NJW 1979, S. 1905 (1908); *Eisenbart*, Patienten-Testament und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten; *May*, KritV 2004, S. 428 (430 f.); *Rickmann*, Zur Wirksamkeit von Patiententestamenten im Bereich des Strafrechts; *Schöllhammer*, Die Rechtsverbindlichkeit des Patiententestaments; *Silberg*, HFR 2010, S. 104; *Spann*, MedR 1983, S. 13; *Sternberg-Lieben*, NJW 1985, S. 2734 ff.; *Taupitz*, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, S. A106; *Uhlenbruck*, NJW 1978, S. 566; *ders.*, NJW 1996, S. 1583 ff.

¹⁷⁵ So etwa *Deutsch*, NJW 1979, S. 1905 (1908 f.); *Dölling*, MedR 1987, S. 6 (9); *Füllmich*, NJW 1990, S. 2301 (2302); *Laufs*, NJW 1998, 3399 (3400); *ders.*, NJW 1999, S. 1758 (1762); *Schreiber*, in: FS *Deutsch*, S. 773 (782); *Spann*, MedR 1983, S. 13 (14); *Spickhoff*, NJW 2000, S. 2297 (2301); *ders.*, AcP 2008, S. 345 (405); *Verrel*, MedR 1999, S. 547 (548); eine umfassende Darstellung des Meinungsstreits findet sich bei *Baumann/Hartmann*, DNotZ 2000, S. 594 (604 ff.) m. w. N.

¹⁷⁶ *Laufs*, NJW 1999, S. 1758 (1762).

¹⁷⁷ *Albrecht/Albrecht*, Die Patientenverfügung, Rn. 13.

¹⁷⁸ So *Coeppicus*, NJW 1998, S. 3381 (3384 f.); *Höfling*, JuS 2000, S. 111 (115); *Lipp*, FamRZ 2003, S. 756; *Stern-*

2. Rechtsprechung vor dem 3. BtÄndG¹⁷⁹

Einige Streitfragen hinsichtlich der Verbindlichkeit sowie der Wirksamkeitsvoraussetzungen der Patientenverfügung wurden dabei durch die Rechtsprechung geklärt, wenngleich diese nicht kritiklos von der Literatur rezipiert wurden. Zunächst soll daher anhand der maßgeblichen höchstgerichtlichen Rechtsprechung zum Institut der Patientenverfügung geschildert werden, wie sich vor der Verabschiedung des 3. BtÄndG richterrechtliche Wirksamkeitskriterien herausgebildet haben. Insgesamt wurde dabei – trotz einiger Detailprobleme – das Prinzip der Patientenautonomie von der Rechtsprechung immer weiter gestärkt und ihm eine „ständig zunehmende Bedeutung“¹⁸⁰ beigemessen.

a) „Kemptener Urteil“ vom 13.09.1994 – BGHSt 40, 257

Den Ausgangspunkt bildet eine Sterbehilfeentscheidung des BGH zur Zulässigkeit eines Behandlungsabbruchs. Dem sog. „Kemptener Urteil“¹⁸¹ lag dabei die Frage der Zulässigkeit des Abbruchs der künstlichen Ernährung bei einer Demenz- und Wachkomapatientin zugrunde. Auch wenn im damaligen konkreten Fall keine Patientenverfügung vorlag und daher auf den mutmaßlichen Willen der Patientin abgestellt werden musste, dürften derartige Krankheitssituationen auch heute wohl einen häufigen Anwendungsfall darstellen, in denen lebenserhaltende bzw. lebensverlängernde Maßnahmen aufgrund der Festlegungen einer Patientenverfügung abgebrochen werden. Als Urteil eines Strafsenats hatte das BGH-Urteil eine strafrechtliche Ausgangsfrage, bei der es um die Strafbarkeit der am Behandlungsabbruch Beteiligten, namentlich des behandelnden Arztes sowie des Sohnes der Patientin als Betreuer, ging. Der BGH definierte hierbei v. a. die Zulässigkeit und Grenzen der passiven bzw. aktiven Sterbehilfe und setzte sich dabei auch mit der Bedeutung des (mutmaßlichen) Willens des betroffenen Patienten und damit letztlich mit dem Prinzip der Patientenautonomie auseinander.

(1) Einsetzen des Sterbeprozesses und Todesnähe als notwendige Zulässigkeitsvoraussetzung eines Behandlungsabbruchs?

Über den Sterbeprozess hat der BGH die Zulässigkeit des Abbruchs lebenserhaltender Maßnahmen grundsätzlich über drei Voraussetzungen definiert: Das Grundleiden des betroffenen Kranken muss nach ärztlicher Überzeugung irreversibel, also unumkehrbar sein, einen tödlichen, infausten Verlauf angenommen haben und der Tod muss in kurzer Zeit eintreten¹⁸². Liegen diese Voraussetzungen vor, handelt es sich um eine zulässige Sterbehilfe in Form des Sterbenlassens durch Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen. Im zu entscheidenden Fall lag aber die eigentlich geforderte Todesnähe noch nicht vor, da die Patientin mittels künstlicher Ernährung noch lange hätte am Leben gehalten werden können. Mit Verweis auf das Selbstbestimmungsrecht des Patienten stellte der BGH aber fest, dass ein Sterbenlassen durch Behandlungsabbruch auch ohne Todesnähe ausnahmsweise dann zulässig ist, wenn der Betroffene

berg-Lieben, NJW 1985, S. 2734 (2738); *Uhlenbruck*, MedR 1992, S. 134 (135 ff.); *ders.*, NJW 1996, S. 1583; vgl. auch *Albrecht/Albrecht*, Die Patientenverfügung, Rn. 14 m. w. N. Auch der Gesetzgeber hat sich letztlich dieser Meinung angeschlossen, vgl. BT-Drs. 16/8442, S. 14 f.

¹⁷⁹ Eine Übersicht der Rechtsprechung zur alten Rechtslage bezüglich des Problemkreises Patientenverfügung und Betreuung findet sich auch in FPR 2007, S. 98 ff.

¹⁸⁰ BGHSt 46, 279 (284).

¹⁸¹ Siehe auch BGH, NJW 1995, 204 ff.

¹⁸² BGHSt 40, 257 (260).

damit mutmaßlich einverstanden ist¹⁸³. Dadurch wurde der Wille des Patienten maßgeblich einbezogen. Das Problem einer möglichen Reichweitenbegrenzung hatte der BGH damit in diesem Urteil geklärt, da noch keine höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Zulässigkeit des Verzichts auf lebensverlängernde Maßnahmen vorgelegen hatte. Dieser Bereich richtete sich bis dahin nach den Regeln der ärztlichen Standesethik bzw. des ärztlichen Standesrechts: Nach den damals gültigen „Richtlinien für die Sterbehilfe“¹⁸⁴ der Bundesärztekammer war die Zulässigkeit des Verzichts auf lebensverlängernde Maßnahmen auf den Fall beschränkt, dass der Sterbeprozess bereits eingesetzt hatte. Diese Bestimmungen waren in ihrer damaligen Form durch das Urteil des BGH aber letztlich rechtswidrig, da im zu entscheidenden Fall der Wachkomapatientin der Sterbeprozess nach bisheriger Definition eben noch nicht eingesetzt hatte, weil es sich zwar um ein nach Ansicht der Ärzte irreversibles Grundleiden handelte, durch die künstliche Ernährung sowohl der zwangsläufig infauste Verlauf als auch die Nähe des Todeszeitpunkts aber nicht gegeben waren¹⁸⁵. Damit wurde der autonome Wille des Patienten auch dann als maßgeblich erklärt, wenn der Sterbevorgang noch nicht eingesetzt hatte. Die beiden Angeklagten wurden freigesprochen, da der von ihnen konsentiert und durchgeführte Behandlungsabbruch vom festgestellten mutmaßlichen Willen der Patientin getragen war. Das individuelle Selbstbestimmungsrecht und die Patientenautonomie wurden dabei durch den BGH gestärkt.

(2) Strenge Anforderungen an die Ermittlung des mutmaßlichen Willens

Der BGH setzte sich in der Entscheidung zudem intensiver mit der Figur des mutmaßlichen Willens auseinander, der im vorliegenden Fall für den Behandlungsabbruch maßgeblich war, da es an einer ausdrücklichen Willensbekundung des betroffenen Patienten fehlte. An den mutmaßlichen Willen seien in tatsächlicher Hinsicht strenge Anforderungen zu stellen: Zu dessen Ermittlung sollen frühere mündliche und schriftliche Äußerungen, die religiöse Überzeugung, sonstige persönliche Wertvorstellungen, aber auch die altersbedingte Lebenserwartung sowie das Erleiden von Schmerzen herangezogen werden¹⁸⁶. Zwar stellt der BGH hier ausdrücklich fest, dass die Vernünftigkeit einer Entscheidung keine Rolle spielen darf¹⁸⁷, ließ derartige Erwägungen als Anhaltspunkt des individuellen mutmaßlichen Willens aber durchaus zu und scheint damit für die heteronomen Gefahren, die derartige objektive oder verobjektivierte Kategorien mit sich bringen, nur begrenzt sensibilisiert zu sein¹⁸⁸. Dadurch werden die eigentlich vom BGH geforderten strengen Anforderungen relativiert und es bleibt damit bei einem bloßen Postulat ohne konkreten inhaltlichen, der Patientenautonomie hinreichend Rechnung tragenden Gehalt.

¹⁸³ BGHSt 40, 257 (262).

¹⁸⁴ Vgl. bereits *Bundesärztekammer*, Deutsches Ärzteblatt 1979, S. 957 ff. sowie *Bundesärztekammer*, Deutsches Ärzteblatt 1993, S. A2404 (A2406).

¹⁸⁵ Die Bundesärztekammer änderte daraufhin ihre „Grundsätze zur ärztlichen Sterbegleitung“ und sah eine Lebenserhaltungspflicht des Arztes nur noch unter Beachtung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten vor – und das unabhängig von Art und Stadium der Erkrankung, vgl. *Bundesärztekammer*, Deutsches Ärzteblatt 1998, S. A2366 f.; siehe auch NJW 1998, S. 3406 f.

¹⁸⁶ BGHSt 40, 257 (263).

¹⁸⁷ BGHSt 40, 257 (263).

¹⁸⁸ Auf die Gefahren, die damit für die Patientenautonomie einhergehen, wird später noch in einem eigenen Kapitel unter C.III.6.f) ausführlich eingegangen.

(3) Allgemeine Wertvorstellungen als Gefahr für die Patientenautonomie?

Da im vorliegenden Fall aber auch keine hinreichenden Ansatzpunkte zur Ermittlung des mutmaßlichen Willens der Patientin festgestellt werden konnten, verwies der BGH diesbezüglich auf allgemeine Wertvorstellungen¹⁸⁹.

Von der Literatur wurde dabei jedoch kritisiert, dass der mutmaßliche Patientenwille anhand von Wertvorstellungen der Gemeinschaft und damit nicht aufgrund des individuellen Patientenwillens interpretiert werde¹⁹⁰. Andererseits hatte der BGH wohl auch die Patientenautonomie im Blick, wenn er feststellt, dass bezüglich dieser allgemeinen Kriterien Zurückhaltung geboten sei¹⁹¹. Letztlich verweist er jedoch wieder auf allgemeine Wertvorstellungen und will im Zweifel für das Leben (*in dubio pro vita*) entscheiden. Es bleibt zudem fraglich, wie allgemeine Wertvorstellungen von den persönlichen Überlegungen und Überzeugungen des Arztes bzw. Patientenvertreters sauber getrennt werden sollen, welche diese allgemeinen Wertvorstellungen hinsichtlich der zu treffenden Entscheidung erst selbst ermitteln müssen. Die Allgemeinheit dieser Wertvorstellungen wird danach divergieren, ob man an die Ärzteschaft, die Patienten oder die Bevölkerungsmehrheit bzw. an Juristen, Theologen oder Philosophen anknüpft¹⁹².

Systematisch gelangt der BGH zu den allgemeinen Wertvorstellungen über einen Dreischritt: Fehlt es an einer ausdrücklichen Willensbekundung des betroffenen Patienten, muss zunächst dessen mutmaßlicher Willen ermittelt werden. Finden sich auch hierfür nicht genügend Anhaltspunkte, ist auf allgemeine Wertvorstellungen abzustellen und im Zweifel für das Leben entscheiden.

(4) Bedeutung des Kemptener Urteils

Die Bedeutung dieser BGH-Entscheidung zeigt sich auch darin, dass die Gesetzesbegründung des 3. BtÄndG ausdrücklich auf diese Entscheidung sowie die darin aufgestellten Kriterien und Argumente – insbesondere zum Verzicht auf eine Reichweitenbegrenzung – Bezug nimmt¹⁹³. Letztlich konnte aber auch der BGH durch diese Entscheidung die Rechtsunsicherheit bei betroffenen Richtern, beteiligten Ärzten, Betreuern, Bevollmächtigten oder Familienangehörigen bei Zweifelsfragen im Zusammenhang mit dem Institut der Patientenverfügung nicht vollends ausräumen¹⁹⁴.

b) „Lübecker Entscheidung“ vom 13.03.2003 – BGHZ 154, 205

Zivilrechtlich maßgeblich – insbesondere auch im Bereich der notwendigen Wirksamkeitskriterien einer Patientenverfügung – war die sogenannte „Lübecker Entscheidung“¹⁹⁵. Zu urteilen war hier über die Frage, ob der Betreuer als Patientenvertreter der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf, wenn er den Behandlungsabbruch anordnet, indem er die Ein-

¹⁸⁹ BGHSt 40, 257 (263).

¹⁹⁰ Vgl. etwa Dörner, ZRP 1996, S. 93 ff.; Laufs, NJW 1998, S. 3399 f.; Probst, FF 2010, S. 144 (147); Weißauer/Opderbecke, MedR 1995, S. 456 (459).

¹⁹¹ BGHSt 40, 257 (263).

¹⁹² Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 149 Rn. 18.

¹⁹³ BT-Drs. 16/8442, S. 16.

¹⁹⁴ So auch Putz, FPR 2012, S. 13 (14).

¹⁹⁵ BGH, Beschluss vom 17.3.2003 (XII ZB 2/03), BGHZ 154, 205 = NJW 2003, S. 1588 ff. = FamRZ 2003, S. 748 = JZ 2003, S. 732 = FPR 2003, S. 443 = MittBayNot 2003, S. 387.

willigung in die weitere Sondenernährung des Patienten verweigert¹⁹⁶. Die Krankheit des betroffenen Patienten war dabei so weit fortgeschritten, dass mit ihm aufgrund eines apallischen Syndroms¹⁹⁷ zwar kein Kontakt mehr aufgenommen, er mittels künstlicher Ernährung durch eine PEG-Sonde¹⁹⁸ aber am Leben gehalten werden konnte. Unter Verweis auf die Patientenverfügung des Betroffenen beantragte dessen Sohn als Betreuer beim Vormundschaftsgericht die Einstellung dieser künstlichen Ernährung.

(1) Festlegung zivilrechtlicher Wirksamkeitskriterien für verbindliche Patientenverfügungen

In Bezugnahme auf die bereits dargestellte strafrechtliche „Kemptener Entscheidung“¹⁹⁹ legte der BGH zivilrechtliche Wirksamkeitskriterien für eine verbindliche Patientenverfügung fest. Die eigentlich strafrechtlich entwickelten Kriterien der Zulässigkeit des Abbruchs lebensverlängernder Maßnahmen übertrug er dabei aus Gründen der Einheit der Rechtsordnung auch auf das Zivilrecht und entwickelte folgende Voraussetzungen zur Rechtmäßigkeit des vom Betreuer gewünschten Behandlungsabbruchs bzw. im zu entscheidenden Fall zu dessen rechtmäßiger Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht:

Den maßgeblichen Ausgangspunkt stelle die vom Arzt zu bestimmende medizinische Indikation dar. Ist diese für die fragliche Maßnahme nicht gegeben, müsse sie unterbleiben. Auf den Willen des Patienten sowie eine ggf. notwendige Einwilligung des Patientenvertreters in den Behandlungsabbruch kommt es dann gar nicht mehr an²⁰⁰.

Ist die medizinische Indikation dagegen zu bejahen, ist auf den Willen des Patienten abzustellen. Der Patient darf einen Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen jedoch nur zulässigerweise anordnen, wenn (1) das Grundleiden nach ärztlicher Überzeugung irreversibel, also unumkehrbar ist und (2) einen tödlichen Verlauf angenommen hat sowie (3) der Tod in kurzer Zeit eintritt²⁰¹.

Der BGH betont durch diese Systematik die grundsätzliche Aufgabe und Stellung des Arztes. Sieht dieser überhaupt keine medizinische Indikation für die Weiterbehandlung, dann spielt auch die mögliche Einwilligung des Patientenvertreters in den Abbruch der Behandlung keine Rolle und die Behandlung wird beendet. Nur wenn der behandelnde Arzt eine Indikation der fraglichen Maßnahmen bejaht, sind die genannten Kriterien zu prüfen. Dem Arzt wird damit ein weiter Einschätzungsspielraum und die maßgebliche Weichenstellung zugestanden²⁰².

¹⁹⁶ Das Vormundschaftsgericht wird seit Inkrafttreten des FamFG am 1. September 2009 als Betreuungsgericht bezeichnet, vgl. BGBl. I 2009, 2586 (2587 ff.).

¹⁹⁷ Beim apallischen Syndrom kommt es in Anschluss an ein Koma zu einer Bewusstseinsstörung mit Funktionsausfall der Großhirnrinde, wobei der Patient wach ist, jedoch keine Spontan- oder Reaktivbewegungen sowie Blickfixierung und Spontanäußerungen erfolgen können. Eine Erholung hiervon ist zwar möglich, nach mehr als drei Monaten aber unwahrscheinlich. Der Patient verstirbt dann meist innerhalb von zwei bis fünf Jahren infolge von Komplikationen; vgl. *Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch, Stichwort „Syndrom, apallisches“.

¹⁹⁸ PEG steht für „perkutane endoskopische Gastrostomie“ und meint eine Magensonde durch die Bauchdecke zum Zweck der künstlichen Ernährung; vgl. hierzu *Schreiber*, BtPrax 2003, S. 148 ff.

¹⁹⁹ Vgl. bereits C.II.2.a).

²⁰⁰ BGHZ 154, 205 (225 f.).

²⁰¹ BGHZ 154, 205 (214 f.).

²⁰² Zu Beteiligung und Aufgabe des Arztes sowie damit zusammenhängender Probleme vgl. auch C.III.7.d) und e) (3) sowie C.III.9.

Aus der Entscheidung des BGH lassen sich aber auch einige Aspekte herauslesen, welche die Wirkung der Patientenverfügung beschreiben oder die im Umkehrschluss gerade keine notwendigen Voraussetzungen einer wirksamen Patientenverfügung darstellen sollen²⁰³: Eine Patientenverfügung ist als Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen bindend und nicht nur bloßes Indiz seines Willens²⁰⁴. Eine Aktualisierung ist nicht notwendig, wodurch sie immer verbindlich bleibt – es sei denn, der Patient hat sie wirksam widerrufen²⁰⁵. Die Patientenverfügung richtet sich an den Patientenvertreter als Adressaten, der dem darin festgelegten Willen „Ausdruck und Geltung“²⁰⁶ verschaffen soll und damit nicht direkt an den Arzt. Insofern hat der BGH zur Rechtsklarheit beigetragen.

Auch aus Sicht der Patientenautonomie ist es zu begrüßen, dass dem Patientenwillen – entweder in Form eines ausdrücklich mittels Patientenverfügung vorab erklärten oder über das Hilfsinstrument des mutmaßlichen Willens – Bindungswirkung zukommt, wenngleich der BGH die Zulässigkeit eines Behandlungsverzichts oder -abbruchs an die genannten Kriterien der Reichweite knüpft. Liegt allerdings kein ausdrücklich erklärter Wille vor und können trotz sorgfältiger Prüfung keine konkreten Anhaltspunkte für einen mutmaßlichen Willen des Betroffenen gefunden werden, solle nach Ansicht des BGH auf allgemeine Wertvorstellungen zurückgegriffen werden, wenngleich der BGH zugibt, dass es sich hierbei um schwer fassbare Kategorien handelt²⁰⁷. Tatsächlich können hiermit – wie beim „Kemptener Urteil“ – Gefahren für die Patientenautonomie und die Durchsetzung des autonomen Willens des betroffenen Patienten verbunden sein²⁰⁸.

(2) Kritik an der „Lübecker Entscheidung“

Die „Lübecker Entscheidung“ traf zumindest insoweit auf ein positives Echo, als dass aufgrund der Schaffung von Rechtsklarheit bezüglich der Verbindlichkeit von Patientenverfügungen ein gewisses Maß an Rechtssicherheit für die an deren Umsetzung Beteiligten geschaffen wurde²⁰⁹. Die Entscheidung des BGH hatte aber auch zur Folge, dass dem Patienten die Möglichkeit versagt wurde, einen Behandlungsabbruch schon unterhalb der Schwelle eines irreversibel tödlichen Verlaufs der Krankheit anordnen zu können, was einen Rückschritt hinter das „Kemptener Urteil“ des BGH darstellt, der dies darin noch zugelassen hatte²¹⁰. Diese Reichweitenbegrenzung wurde mit Blick auf das bereits beschriebene durch Art. 2 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Selbstbestimmungsrecht sowie die Patientenautonomie des Einzelnen in der Literatur teils heftig kritisiert²¹¹: Die Kommentare zu und die Kritik an dieser Reichweitenbegrenzung reichen von „Fehlinterpretation“²¹² bis zur Abkehr vom „Kemptener Urteil“²¹³.

²⁰³ Vgl. zum Meinungsstand auch Müller, ZEV 2008, S. 583 f.

²⁰⁴ BGHZ 154, 205 (217).

²⁰⁵ BGHZ 154, 205 (210 f.) unter Verweis auf den Rechtsgedanken des § 130 Abs. 2 BGB.

²⁰⁶ BGHZ 154, 205 (211); diese Formulierung findet sich nun auch in § 1901a Abs. 1 S. 2 BGB n. F.

²⁰⁷ BGHZ 154, 205 (218 f.).

²⁰⁸ Vgl. zu dieser Problematik auch C.II.2.a) (3).

²⁰⁹ Müller, ZEV 2008, S. 583 (584).

²¹⁰ Vgl. C.II.2.a); danach konnte auf das Kriterium der unmittelbaren Todesnähe verzichtet werden, sofern der betroffene Patient mit dem Abbruch der Behandlung einverstanden ist.

²¹¹ Vgl. zur verfassungsrechtlichen Beurteilung von Reichweitenbegrenzungen auch Hufen, Geltung und Reichweite von Patientenverfügungen, S. 25 ff.

²¹² Verrel, Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung, S. C43 m. w. N.

²¹³ Albrecht/Albrecht, Die Patientenverfügung, Rn. 97; Holzhauser, ZRP 2004, S. 41 (42); kritisch auch Saliger,

Insbesondere bei Krankheitsbildern wie der fortgeschrittenen Demenz oder bei Wachkoma-patienten mit apallischem Syndrom, bei denen der betroffene Patient möglicherweise noch sehr lange lebenserhaltend therapiert werden kann, konnten die Vorgaben des BGH zu einer divergierenden rechtlichen Bewertung führen²¹⁴.

c) OLG Karlsruhe/Freiburg vom 29.10.2001 – NJW 2002, 685

Der Entscheidung des OLG Karlsruhe/Freiburg vom 29.10.2001²¹⁵ lag folgender Sachverhalt zugrunde: Infolge einer Lungenembolie und eines Herzstillstands befand sich der Patient im Wachkoma und wurde mittels einer PEG-Sonde künstlich ernährt, da er Nahrung nicht selbstständig zu sich nehmen konnte. Auch war keine Kommunikation mit ihm möglich, sein Gesamtzustand über fünf Jahre hinweg aber stabil.

Die als Betreuerin bestellte Ehefrau verlangte nun die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der Einstellung der künstlichen Ernährung.

Auch hier stellte das OLG zunächst klar, dass es sich bei der Frage des Behandlungsabbruchs nicht um eine höchstpersönliche Entscheidung handelt, die nicht vom Betreuer als Patientenvertreter erklärt werden könne, sondern vielmehr nur der mutmaßliche Wille des betroffenen Patienten durch den Patientenvertreter umgesetzt werde²¹⁶. Ebenso sei der Aufgabenbereich der Gesundheitsfürsorge einschlägig²¹⁷.

Kritisiert hat das OLG dagegen das Abstellen auf allgemeine Wertvorstellungen, falls sich keine hinreichenden Anhaltspunkte für einen mutmaßlichen Willen des betroffenen Patienten feststellen lassen, da dies nicht der Durchsetzung der Patientenautonomie diene, sondern einen unzulässigen Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht sowie das Rechtsgut Leben darstelle²¹⁸.

Hieran zeigen sich der Wandel des herrschenden Paradigmas von der Fürsorge zu mehr Selbstbestimmung sowie die auch unterinstanzliche Kritik an der bisherigen Rechtsprechung des BGH, die durch das 3. BtÄndG aufgegriffen wurde.

d) „Traunsteiner Entscheidung“ vom 08.06.2005 – BGHZ 163, 195

In der sog. „Traunsteiner Entscheidung“²¹⁹ verlangte der Patient, vertreten durch seinen Vater als Betreuer, den Behandlungsabbruch durch Einstellung der künstlichen Ernährung mittels PEG-Sonde.

MedR 2004, 237 (240), wonach das Kemptener Urteil „in sein Gegenteil“ verkehrt werde; *Kutzer*, FPR 2004, S. 683 (686), nach dem der Strafsenat „eine solche starre Grenze nicht gefordert“ habe; das Diktum der missverständlichen Interpretation findet sich im Ergebnis auch bei *Otto*, NJW 2006, S. 2217 (2218 f.); *Höfling/Rixen*, JZ 2003, S. 891 (894); *Holzhauser*, FamRZ 2006, S. 518 (521 f.); *Ingelfinger*, JZ 2006, S. 821 (828). Eine zu enge Interpretation sehen auch *Hufen*, ZRP 2003, S. 248 (249); *Kutzer*, ZRP 2003, S. 213; *Lipp*, FamRZ 2004, S. 317 (318) sowie *Lipp/Nagel*, FF 2005, S. 83 (84); eher zustimmend dagegen *Spickhoff*, JZ 2003, S. 739 (740 f.). Vgl. zur Rezeption der „Lübecker Entscheidung“ aus medizinethischer Sicht auch *Strätling et al.*, Entscheidung am Lebensende in Deutschland.

²¹⁴ *Müller*, ZEV 2008, S. 583 (584).

²¹⁵ OLG Karlsruhe/Freiburg vom 29.10.2001 – 19 Wx 21/01 = NJW 2002, 685.

²¹⁶ OLG Freiburg/Karlsruhe, NJW 2002, S. 685 f.

²¹⁷ OLG Freiburg/Karlsruhe, NJW 2002, S. 685 (686).

²¹⁸ OLG Freiburg/Karlsruhe, NJW 2002, S. 685 (688 f.). Auf die Probleme, die derartige allgemeine Klauseln für die Durchsetzung der Patientenautonomie aufwerfen können, wird angesichts der durch das 3. BtÄndG geschaffenen Formulierung noch unter C.III.6.f) ausführlich eingegangen.

²¹⁹ BGH vom 8.6.2005 – XII ZR 177/03, BGHZ 163, 195 = NJW 2005, 2385.

Nach einem Suizidversuch war der Patient über drei Jahre hinweg in ein Wachkoma in Form eines apallischen Syndroms gefallen und wurde in einem Pflegeheim betreut. Dieses bzw. das betreuende Pflegepersonal lehnte es jedoch – unter Verweis auf den zugrundeliegenden Heimvertrag sowie ihre eigene Gewissensfreiheit – auf die entsprechende ärztliche Anordnung hin ab, die künstliche Ernährung einzustellen.

Auch wenn der Patient während des Rechtsstreits gestorben und daher eigentlich nur noch über die Prozesskosten zu entscheiden war, nahm der BGH einige Klarstellungen vor: Erstens klärte er die Frage nach der Notwendigkeit der betreuungsgerichtlichen Genehmigung des Behandlungsabbruchs. Diese beschränkte er auf einen Dissens zwischen Arzt und Betreuer und setzte damit die Linie der „Lübecker Entscheidung“²²⁰ fort. Nur wenn der behandelnde Arzt eine lebenserhaltende oder -verlängernde Maßnahme für medizinisch geboten oder zumindest vertretbar erachtet und diese daher entsprechend anbietet, der Vertreter des Patienten dieses Angebot jedoch ablehnt, bedürfe es einer betreuungsgerichtlichen Entscheidung. Die Mitwirkung des Betreuungsgerichts müsse danach also auf diesen Konfliktfall beschränkt bleiben²²¹. Auch aus dem Heimvertrag ergebe sich keine Berechtigung zur Fortsetzung der künstlichen Ernährung: Dieser erlaube es nicht, sich über den mittels des Patientenvertreters verbindlich geäußerten Willen des Patienten hinwegzusetzen²²². Eine vorher erteilte Einwilligung in die künstliche Ernährung könne der betroffene Patient jederzeit widerrufen²²³, das Recht auf Selbstbestimmung mache Zwangsbehandlungen unzulässig, auch wenn sie lebensverlängernd wirkten²²⁴.

An der „Traunsteiner Entscheidung“ wird zudem deutlich, wie am Lebensende auch verfassungsrechtliche Vorgaben sowie grundrechtliche Gewährleistungen eine entscheidende Rolle spielen können:

Das behandelnde Personal konnte sich nicht auf seine Gewissensfreiheit und sein eigenes Menschenwürdeverständnis berufen. Die eigenen ethisch-moralischen Vorstellungen gelten nicht bei der Anwendung auf Dritte und sind daher nicht vom Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG erfasst.

Der BGH hat die Maßgeblichkeit des Willens des betroffenen Patienten – auch gegenüber den vom BGH vorher noch herangezogenen allgemeinen Wertvorstellungen – noch einmal gestärkt: Dritte dürfen sich nicht aufgrund eigener Erwägungen über das Selbstbestimmungsrecht des Patienten und dessen mittels seines Vertreters verbindlich erklärten Patientenwillen hinwegsetzen²²⁵. Das dieser Untersuchung zugrunde gelegte Verständnis der Patientenautonomie als *sovereign authority* und absolut zu achtendes Recht auf Selbstbestimmung im eigentlichen Wortsinn wurde hier vom BGH bestätigt. Dritte dürfen nicht – selbst verfassungsrechtlich verbürgte – eigene Rechte und Motive an die Stelle des autonomen Willens des individuell betroffenen Patienten setzen.

²²⁰ BGHZ 154, 205 (227).

²²¹ BGHZ 163, 195 (198 f.).

²²² BGHZ 163, 195 (199).

²²³ BGHZ 163, 195 (199).

²²⁴ BGHZ 163, 195 (198).

²²⁵ BGHZ 163, 195 (200).

e) Weitere Verfahren²²⁶

Neben den genannten Verfahren gab es weitere Entscheidungen, denen ähnliche Konstellationen zugrunde lagen, die dogmatisch sowie hinsichtlich der Patientenautonomie jedoch keine Neuerungen brachten, sondern vielmehr an den vom BGH aufgestellten Kriterien festhielten²²⁷.

3. Entwicklung von Wirksamkeitskriterien durch Rechtsprechung und Literatur

Hinsichtlich der Patientenautonomie bleibt festzuhalten, dass deren Gewährleistung und Realisierung durch die höchstgerichtliche Rechtsprechung grundsätzlich gestärkt worden war. Die einzelnen Voraussetzungen hinsichtlich einer wirksamen Errichtung einer Patientenverfügung wurden dabei jedoch offen gelassen und waren entsprechend umstritten. Im Rahmen der rechtswissenschaftlichen Diskussion haben sich folgende Voraussetzungen und Wirksamkeitskriterien für die Patientenverfügung herausgebildet²²⁸: Zur wirksamen Errichtung genüge die natürliche Einsichts- und Steuerungsfähigkeit des Patienten, Testier- oder Geschäftsfähigkeit sei nicht erforderlich. Ebenso sei eine vorherige ärztliche Aufklärung oder Beratung nicht notwendig, da auf diese wirksam verzichtet werden könne. Bei der Ablehnung einer ärztlichen Maßnahme bedürfe es schon keiner rechtfertigenden Einwilligung. Daneben bestünden keine Formerfordernisse, eine Patientenverfügung sei also formlos wirksam²²⁹. Ein Verlangen des Betreuers nach der Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen muss vormundschaftsgerichtlich genehmigt werden, allerdings nur dann, wenn sich Arzt und Patientenvertreter hierüber im Dialog nicht einigen können²³⁰. Sofern die konkrete Behandlungssituation mit der in der Patientenverfügung beschriebenen übereinstimmt, also diesbezüglich Kongruenz gegeben ist und sich keine Anhaltspunkte für eine nachträgliche Willensänderung oder einen möglichen Widerruf ergeben, ist die Patientenverfügung grundsätzlich auch verbindlich.

Dass eine derartige Bindung in der klinischen Praxis allerdings nicht unumstritten war, illustriert ein im Jahr 2009 – kurz vor dem 3. BtÄndG – im Deutschen Ärzteblatt veröffentlichter, aus den USA stammender Fall, in dem sich die behandelnden Ärzte bewusst über die vorab festgelegten Behandlungsvorgaben des betroffenen Patienten hinwegsetzten, was aber die Zustimmung der deutschen Kommentatoren aus dem ärztlichen Bereich fand²³¹. Zwar mag dies nur ein Einzelfall sein, er zeigt jedoch, wie umstritten die Verbindlichkeit der Patientenverfügung – auch und gerade im medizinischen Alltag sowie bei den an der Umsetzung

²²⁶ Eine Auflistung der grundlegenden Gerichtsentscheidungen und v. a. eine ausführliche Schilderung der zugrunde liegenden Fälle findet sich bei *Putz/Steldinger*, Patientenrechte am Ende des Lebens, S. 192 ff. sowie *Grimm/Hillebrand*, Sterbehilfe, S. 80.

²²⁷ Vgl. etwa zuletzt OLG Düsseldorf vom 2.7.2009 - 25 Wx 25/09 = RDG 2009, S. 268, bei der es um eine Beschwerde gegen eine Wiederaufnahme der künstlichen Ernährung ging.

²²⁸ Vgl. zum Folgenden *Müller*, ZEV 2008, S. 583 f.

²²⁹ Obgleich sie aus Beweisgründen zumindest schriftlich abgefasst werden sollte, wobei teilweise sogar eine notarielle Beurkundung empfohlen wird, vgl. etwa *Baumann/Hartmann*, DNotZ 2000, S. 594 (612).

²³⁰ Vgl. BGHZ 163, 195 (198 f.) unter C.II.2.d).

²³¹ *Gaul/Helm*, Deutsches Ärzteblatt 2009, S. A84 ff., die allerdings einschränken, dass das darin beschriebene Vorgehen im Widerspruch zum geltenden deutschen Recht stünde; kritisch erst später *Borasio/Frick*, Deutsches Ärzteblatt 2009, S. A510 f.

einer Patientenverfügung Beteiligten – nach wie vor war. Dies belegt die Notwendigkeit und Sinnhaftigkeit einer über die vorhandenen Kriterien der Rechtsprechung hinausgehenden allgemein-verbindlichen gesetzlichen Regelung zur Patientenverfügung und zur Sicherung der Patientenautonomie.

III. De lege lata – Gesetzliche Verankerung der Patientenverfügung

Es wurde bereits bei der Klärung des Begriffs der Patientenautonomie dargelegt²³², dass eine juristische Einschränkung der Patientenautonomie wenn überhaupt nur zu deren Schutz erfolgen darf und selbst wiederum mit einer größtmöglichen Gewährleistung der Patientenautonomie abgewogen werden muss. Unter diesen Vorgaben soll nun die gesetzliche Neuregelung durch das 3. BtÄndG daraufhin untersucht werden, ob bzw. inwieweit der Gesetzgeber das Prinzip der Patientenautonomie bei der gesetzlichen Normierung beachtet hat und ob Einschränkungen – zumindest *prima facie* als solche wahrgenommene – zulasten der Patientenautonomie gehen bzw. diese unzulässig beschneiden. Dies ist auch ausschlaggebend für die Beantwortung der Frage, ob die Patientenautonomie im Vergleich zur Rechtslage vor dem 01.09.2009 durch das 3. BtÄndG gestärkt wurde.

1. Zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Normierung

Forderungen nach einer gesetzlichen Regelung, die der Patientenautonomie einen grundsätzlichen Vorrang einräumt, wurden von verschiedenen Seiten geäußert. Ebenso wurde die fehlende Rechtssicherheit diesbezüglich moniert. Die Literatur sah unter Geltung der alten Rechtslage insbesondere in möglichen strafrechtlichen Konsequenzen ein besonderes Risiko für den behandelnden Arzt, der sich einer möglichen Ahndung seiner Behandlung als Körperverletzung ausgesetzt sah. Mangels gesetzlicher Regelung der Verbindlichkeit einer Patientenverfügung konnte er sich nicht sicher sein, inwieweit der – ggf. in einer Patientenverfügung niedergelegte – Patientenwille sein Handeln rechtfertigt²³³.

Daneben wurde behauptet, dass in der Praxis noch Unsicherheit bestünde, da die genauen materiellen und prozeduralen Voraussetzungen für einen Verzicht auf lebensverlängernde Maßnahmen offen seien²³⁴. Auch die Gesetzesbegründung des 3. BtÄndG stellte fest, dass einige Fragen im Zusammenhang mit dem Institut der Patientenverfügung durch die Rechtsprechung nicht ausreichend geklärt seien²³⁵. Im Folgenden sollen daher die prominentesten rechtspolitischen Forderungen²³⁶ nach einer gesetzlichen Regelung geschildert werden, die

²³² Vgl. hierzu oben C.I.

²³³ Scheffen, ZRP 2000, S. 313 (314).

²³⁴ Albrecht/Albrecht, Die Patientenverfügung, Rn. 26.

²³⁵ BT-Drs. 16/8442, S. 11; dies betreffe v. a. die Erforderlichkeit einer Vertreterentscheidung bei Vorliegen einer Patientenverfügung und die Bindung des Vertreters an den Patientenwillen in allen Stadien einer Erkrankung.

²³⁶ Neben den im Folgenden aufgeführten sind noch zu nennen: Meran et al. (Hrsg.), Möglichkeiten einer standardisierten Patientenverfügung – Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Gesundheit (Akademie für Ethik in der Medizin); Strätling et al., Passive und indirekte Sterbehilfe. Eine praxisorientierte Analyse des Regelungsbedarfs gesetzlicher Rahmenbedingungen in Deutschland (Interdisziplinäre Arbeitsgruppe der Akademie für Ethik in der Medizin); Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz (Hrsg.), Sterbehilfe

einerseits das Gesetzgebungsverfahren vorprägen und erklären, andererseits aber auch aufzeigen, welche Interessen und Belange bei der Gesetznovellierung einzustellen waren bzw. aufeinander trafen. Auch die Gesetzesbegründung rezipierte diese Forderungen²³⁷. Geprägt war die Diskussion dabei v. a. durch die divergierende Rechtsprechung des Straf- und Betreuungssenats des BGH hinsichtlich einer möglichen Reichweitenbegrenzung²³⁸.

a) Empfehlungen des 66. Deutschen Juristentags 2006

Das Institut der Patientenverfügung zur Sicherung der Patientenautonomie war bereits im Jahr 2000 Thema des Deutschen Juristentags²³⁹. Auch der 66. Deutsche Juristentag im Jahr 2006 beschäftigte sich mit dieser Materie und trat für eine gesetzliche Regelung ein. Im entsprechenden Beschluss heißt es: „Der Schutz des menschlichen Lebens und der Patientenautonomie sowie das Gebot der Rechtssicherheit erfordern für den Bereich der Sterbebegleitung gesetzliche Regelungen.“²⁴⁰ Die gesetzliche Normierung sollte sich danach nicht nur sektoral auf eine Fragestellung (z. B. auf die Patientenverfügung) beschränken, sondern den Gesamtbereich lebensverkürzender Maßnahmen einschließlich des Sozialversicherungs- sowie ärztlichen Gebührenrechts umfassen²⁴¹.

b) „Patientenautonomie am Lebensende“ (sog. Kutzer-Kommission des Bundesministeriums der Justiz)²⁴²

Die vom Bundesministerium der Justiz im Jahr 2003 eingesetzte Kommission „Patientenautonomie am Lebensende“ unter Leitung des ehemaligen BGH-Richters *Klaus Kutzer* plädierte für die Verbindlichkeit von Patientenverfügungen, die allerdings formfrei errichtet werden können, denen aber eine ärztliche Beratung vorausgehen sollte²⁴³. Die Kommission empfahl dem Gesetzgeber die Aufnahme des Instituts der Patientenverfügung in das Betreuungsrecht des BGB ohne eine entsprechende Reichweitenbegrenzung²⁴⁴.

und Sterbebegleitung, ethische, rechtliche und medizinische Bewertung des Spannungsverhältnisses zwischen ärztlicher Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung des Patienten, Bericht der Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz vom 23. April 2004; *Nationaler Ethikrat (Hrsg.)*, Die Patientenverfügung – Ein Instrument der Selbstbestimmung – Stellungnahme. Es gab aber auch entsprechende Impulse aus der Zivilgesellschaft, wie etwa die Initiative „Patientenverfügungsgesetz – jetzt“ der Deutschen Hospiz Stiftung. Vgl. zur rechtspolitischen Forderung nach einer Regelung auch *Strätling/Sedemund-Adib/Scharf/Schmucker*, ZRP 2003, S. 289 ff.; *dies.*, BtPrax 2003, S. 154; a. A. *Vossler*, ZRP 2002, S. 295 ff.; *ders.*, BtPrax 2002, S. 240 (243 f.). Für einen Überblick der Stellungnahmen siehe auch *Höfling/Schäfer*, Leben und Sterben in Richterhand?, S. 30 ff.

²³⁷ BT-Drs. 16/8442, S. 11.

²³⁸ Vgl. hierzu bereits oben C.II.2.

²³⁹ Vgl. das hierzu erstellte Gutachten von *Taupitz*, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens? – Gutachten A für den 63. Deutschen Juristentag 2000 sowie dessen Beschlüsse in FPR 2007, S. 88 f.

²⁴⁰ *Deutscher Juristentag (Hrsg.)*, Beschlüsse des 66. Deutschen Juristentags, S. 7.

²⁴¹ *Deutscher Juristentag (Hrsg.)*, Beschlüsse des 66. Deutschen Juristentags, S. 7; vgl. hierzu ausführlich auch *Renner*, FPR 2007, S. 85 ff.

²⁴² *Bundesministerium der Justiz (Hrsg.)*, Patientenautonomie am Lebensende – Ethische, rechtliche und medizinische Aspekte zur Bewertung von Patientenverfügungen, Bericht der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ vom 10. Juni 2004; vgl. hierzu auch *Duttge et al.*, Preis der Freiheit; *Kutzer*, BtPrax 2005, S. 50 ff. sowie *May*, BtPrax 2004, S. 234.

²⁴³ *Bundesministerium der Justiz (Hrsg.)*, Patientenautonomie am Lebensende, S. 16 f.

²⁴⁴ *Bundesministerium der Justiz (Hrsg.)*, Patientenautonomie am Lebensende, S. 40.

c) Referentenentwurf – Bundesministerium der Justiz

Der erste Versuch einer parlamentarischen Entscheidung zur gesetzlichen Regelung der Patientenverfügung wurde im Jahr 2004 unternommen. Im November dieses Jahres legte das Bundesjustizministerium einen mit den Empfehlungen der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ (sog. Kutzer-Kommission)²⁴⁵ im Wesentlichen übereinstimmenden Referentenentwurf vor, der jedoch vor Ende der Legislaturperiode im Februar 2005 zurückgezogen wurde, wohl auch weil er als zu liberal und zu weitgehend kritisiert wurde²⁴⁶.

d) Enquête-Kommission des Bundestags „Ethik und Recht der modernen Medizin“²⁴⁷

Ebenfalls im Jahr 2004 hatte die Enquête-Kommission des Bundestags „Ethik und Recht der modernen Medizin“²⁴⁸ ihren Zwischenbericht verabschiedet und vorgelegt. Dieser knüpft an die BGH-Rechtsprechung an und stellt für die Wirksamkeit einer Patientenverfügung folgende Voraussetzungen im Sinne einer Reichweitenbegrenzung auf: Erstens muss ein irreversibler Verlauf des Grundleidens vorliegen und zweitens muss dieses Grundleiden nach ärztlicher Erkenntnis zum Tode führen²⁴⁹. Zwar forderte die Kommission die grundsätzliche Verbindlichkeit des vorab verfügten Willens des betroffenen Patienten, allerdings solle davon in der konkreten Behandlungssituation – etwa bei fehlender Kongruenz zur Patientenverfügung oder bei einer Willensänderung – abgewichen werden können, bei Entscheidungsschwierigkeiten solle sogar im Zweifel für das Leben entschieden werden²⁵⁰. Die Kommission betonte den staatlichen Auftrag zum Lebensschutz, hinter den die Patientenautonomie ggf. zum Schutz des betroffenen Patienten zurücktreten müsse²⁵¹. Daneben befürwortete sie ein Kopplungsverbot, um keinen unzulässigen Druck auf den Einzelnen aufzubauen²⁵². Hinsichtlich der Wirksamkeitsvoraussetzungen sollte die Schriftform festgeschrieben werden²⁵³. Weitere mögliche Voraussetzungen wie eine ärztliche Beratung, eine regelmäßige Aktualisierung, eine Hinterlegung der Verfügung etc. wurden zur praktischen Handhabbarkeit der Patientenverfügung aber lediglich empfohlen²⁵⁴. Die Sondervoten einzelner Mitglieder²⁵⁵ zeigen jedoch, wie unterschiedlich die konkrete Ausgestaltung der Instrumente zur Sicherung der Patientenautonomie selbst innerhalb dieser Kommission war.

e) Nationaler Ethikrat

Der *Nationale Ethikrat* sprach sich für eine Aufnahme der Patientenverfügung in das BGB sowie ergänzende strafrechtliche Regelungen aus. Der Ethikrat forderte ebenso die grundsätz-

²⁴⁵ Vgl. oben III.1.b).

²⁴⁶ Müller, ZEV 2008, S. 583 (584); vgl. zu diesem Entwurf auch *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann*, Betreuungsrecht, § 1904 BGB, Rn. 10.

²⁴⁷ BT-Drs. 15/3700; vgl. hierzu ausführlich auch *Riedel*, BtPrax 2005, S. 45 ff.

²⁴⁸ Vgl. oben III.1.b).

²⁴⁹ BT-Drs. 15/3700, S. 38 f.

²⁵⁰ BT-Drs. 15/3700, S. 37.

²⁵¹ BT-Drs. 15/3700, S. 38, 45.

²⁵² BT-Drs. 15/3700, S. 46.

²⁵³ BT-Drs. 15/3700, S. 40 f.

²⁵⁴ BT-Drs. 15/3700, S. 41 ff.

²⁵⁵ BT-Drs. 15/3700, S. 55 ff.

liche Verbindlichkeit von schriftlich verfassten Patientenverfügungen, selbst wenn die damit verbundene Entscheidung nicht unbedingt dem Wohl des Patienten entspricht²⁵⁶. Innerhalb des Gremiums war dies allerdings umstritten, da man den behandelnden Ärzten teilweise auch einen ausreichenden Spielraum lassen wollte²⁵⁷. Den Verzicht auf eine Reichweitenbeschränkung befürwortete es dagegen mehrheitlich²⁵⁸. Ebenfalls sollten die Kompetenzen von Betreuern und Bevollmächtigten genauer geregelt werden, wobei einem Bevollmächtigten beim Fehlen einer Patientenverfügung größere Entscheidungsfreiheiten als einem Betreuer zustehen sollten; eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung war nur für den Konfliktfall zwischen Arzt und Patientenvertreter vorgesehen²⁵⁹. Eine Aktualisierung sowie vorherige ärztliche Beratung sollten lediglich empfohlen, nicht aber gesetzlich vorgeschrieben werden²⁶⁰.

f) Bundesärztekammer – Hoppe

Die Stellungnahmen der Ärzteschaft waren zurückhaltender, was die Forderung nach einer gesetzlichen Regelung betrifft. Trotz ggf. nachteiliger fehlender Rechtssicherheit sprach sie sich gegen eine gesetzliche Novellierung mit entsprechender Regelungstiefe aus und wollte die mit dem potenziellen Anwendungsbereich einer Patientenverfügung zusammenhängenden Fälle weiterhin über das ärztliche Standesrecht abwickeln. Begründet wurde dies damit, dass ärztliches Handeln allgemein sowie der durch das Institut der Patientenverfügung zu regelnde, individuelle und vielgestaltige Prozess des Sterbens einer abstrakt-generellen Normierung nicht zugänglich sei; vielmehr müsse der Patient in einem – nicht abstrakt zu regelnden – Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient individuell begleitet werden²⁶¹. Ein gesetzlicher Regelungsbedarf sei daher überhaupt nicht gegeben.

2. Gesetzgebungsverfahren zum 3. BtÄndG

Im parlamentarischen Verfahren kam es aber erst in der 16. Legislaturperiode zu drei fraktionsübergreifenden Gesetzentwürfen aus der Mitte des Bundestags, die zur Schlussabstimmung standen. Im Folgenden sollen diese kurz geschildert werden²⁶².

a) Pro Lebensschutz: „Bosbach-Entwurf“²⁶³

Der „Bosbach-Entwurf“ wollte das Institut der Patientenverfügung durch zwei Modelle unterschiedlicher Qualität gesetzlich verankern und damit der Pflicht zum Lebensschutz Rechnung tragen. Bei der „qualifizierten Patientenverfügung“ sollte der Abfassung eine zeitnahe

²⁵⁶ *Nationaler Ethikrat (Hrsg.)*, Die Patientenverfügung – ein Instrument der Selbstbestimmung, S. 31 f., 33.

²⁵⁷ *Nationaler Ethikrat (Hrsg.)*, Die Patientenverfügung – ein Instrument der Selbstbestimmung, S. 31.

²⁵⁸ *Nationaler Ethikrat (Hrsg.)*, Die Patientenverfügung – ein Instrument der Selbstbestimmung, S. 31.

²⁵⁹ *Nationaler Ethikrat (Hrsg.)*, Die Patientenverfügung – ein Instrument der Selbstbestimmung, S. 32.

²⁶⁰ *Nationaler Ethikrat (Hrsg.)*, Die Patientenverfügung – ein Instrument der Selbstbestimmung, S. 33.

²⁶¹ *Hoppe/Hübner*, ZRP 2008, S. 225 fragten daher bereits im Titel ihres Aufsatzes „Ist Sterben normierbar?“.

²⁶² Vgl. zum Gesetzgebungsverfahren auch *Kübler/Kübler*, ZRP 2008, S. 236 ff.; *Kutzer*, Rechtslage und Entwicklung des parlamentarischen Verfahrens zur Patientenverfügung, S. 139 (150 ff.); *May*, BtPrax 2007, S. 149 (150 ff.); *Platzer*, Autonomie und Lebensende, S. 256 ff. sowie aus verfassungsrechtlicher Perspektive *Hufen*, Geltung und Reichweite von Patientenverfügungen, S. 9 ff.; eine Bewertung der einzelnen Entwürfe findet sich bei *Höfling*, GesR 2009, S. 181 (185 ff.).

²⁶³ BT-Drs. 16/11360.

ärztliche Aufklärung vorausgehen, zudem sollte sie notariell beurkundet werden²⁶⁴. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, sollte es sich nur um eine „einfache Patientenverfügung“ handeln, bei der eine Reichweitenbeschränkung vorgesehen war. Richtet sich die Patientenverfügung auf den Abbruch oder die Nichtvornahme lebenserhaltender Maßnahmen, sollte der Patientenvertreter dieser nur Geltung verschaffen, wenn eine der folgenden Voraussetzungen gegeben ist: Entweder muss nach ärztlicher Überzeugung eine unheilbare, tödlich verlaufende Krankheit vorliegen oder der Patient – wenn er ohne Bewusstsein ist – „nach ärztlicher Überzeugung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit trotz Ausschöpfung aller medizinischen Möglichkeiten das Bewusstsein niemals wiedererlangen [...] und eine Behandlung für diesen Zustand ausdrücklich untersagt [haben]“²⁶⁵. Diese Regelung zielt etwa auf Fälle des Wachkomas und fortgeschrittener Demenz. Der Entwurf der Abgeordneten um *Bosbach* wurde schnell mit den Etiketten „Lebensschutz“, „restriktiv“ bzw. „Paternalismus“ belegt²⁶⁶, da dieser die Zulässigkeit des Abbruchs lebensverlängernder Maßnahmen zudem – wenn es an einer infausten Prognose fehlte – immer an die betreuungsgerichtliche Genehmigung knüpfte²⁶⁷. Der Entwurf nahm auch das Institut des mutmaßlichen Willens auf, nach dem ein Behandlungsabbruch aber nur bei einer unheilbaren, tödlich verlaufenden Krankheit möglich war²⁶⁸. Bei diesem Gesetzentwurf herrscht also eine differenzierte Betrachtungsweise unterschiedlicher Krankheitsbilder vor, was aber auch Patientenverfügungen unterschiedlicher Qualität mit einer Vielzahl unbestimmter Medizin- und Rechtsbegriffe zur Folge hat. Dadurch ergibt sich allerdings kaum Rechtsklarheit und -sicherheit für die behandelnden Ärzte²⁶⁹. Daneben können die hierin vorgesehenen Einschränkungen in Widerspruch mit dem grundgesetzlich garantierten Recht auf Selbstbestimmung in medizinischen Angelegenheiten treten²⁷⁰. Der „Bosbach-Entwurf“ versuchte zwar ebenso, dem potenziellen Patienten im Sinne einer umfassend zu gewährleistenden Patientenautonomie möglichst weitgehende Regelungsmöglichkeiten zu bieten, legte seinen Schwerpunkt jedoch auch bei schwerstkranken Patienten auf die staatliche Schutzpflicht für das Leben sowie die ärztliche Fürsorgepflicht²⁷¹. Aufgrund der dadurch entstehenden Komplexität der Regelung wurde der Entwurf als massive Verrechtlichung und Entmenschlichung der letzten Lebensphase kritisiert und sogar als „Patientenverfügung-Verhinderungsgesetz“ tituliert²⁷².

b) Patientenautonomie und mutmaßlicher Patientenwille: „Zöller-Entwurf“²⁷³

Auch der „Zöller-Entwurf“ knüpfte an die bisherige Rechtslage an und sah die Schriftform als bloße Soll-Vorschrift vor²⁷⁴. Bei Zweifeln hinsichtlich des Patientenwillens zwischen Arzt

²⁶⁴ § 1901b Abs. 2 BGB-E i. d. F. BT-Drs.16/11360.

²⁶⁵ § 1901b Abs. 3 BGB-E i. d. F. BT-Drs.16/11360.

²⁶⁶ Vgl. *Albrecht/Albrecht*, Die Patientenverfügung, Rn. 32; *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2009 S. 426; *Müller*, ZEV 2008, S. 583 (584); *Olzen*, JR 2009, S. 354 (256).

²⁶⁷ § 1904 Abs. 1-3 i. d. F. BT-Drs. 16/11360.

²⁶⁸ § 1904a Abs. 2 Nr. 2 BGB-E i. d. F. BT-Drs.16/11360.

²⁶⁹ *Kübler/Kübler*, ZRP 2008, S. 236 (240).

²⁷⁰ *Kübler/Kübler*, ZRP 2008, S. 236 (240).

²⁷¹ *Müller*, ZEV 2008, S. 583 (585).

²⁷² So etwa der Palliativmediziner *Borasio*, zit. n. v. *Mallinckrodt/Schmidt/Schwägerl*, DER SPIEGEL 44/2008, S. 156 (157).

²⁷³ BT-Drs. 16/11493.

²⁷⁴ § 1901c BGB-E i.d.F. BT-Drs. 16/11493.

und Betreuer sollten zunächst Pflegepersonen oder Mitglieder des Behandlungsteams sowie dem Patienten nahestehende Personen zur Klärung herangezogen werden, bevor das Betreuungsgericht bei einem Dissens zwischen Arzt und Patientenvertreter eingeschaltet wird²⁷⁵. In jedem Fall müsse aber der Patientenwille für den konkreten Anwendungsfall ermittelt werden²⁷⁶. Dies gilt sowohl bei Vorliegen einer Patientenverfügung als auch beim mutmaßlichen Willen, dem genauso unmittelbare Verbindlichkeit wie einer Patientenverfügung im eigentlichen Sinne zukommen sollte²⁷⁷.

c) Stärkung der Patientenautonomie durch Vorrang des schriftlich verfügbaren Patientenwillens: „Stünker-Entwurf“²⁷⁸

Der Entwurf der Gruppe um den Abgeordneten *Stünker* betonte das Selbstbestimmungsrecht des betroffenen Patienten in einer „gemäßigt liberale[n] Konzeption“²⁷⁹: Nach § 1901a BGB-E sollte die – nur bei schriftlicher Abfassung wirksame – Patientenverfügung unabhängig von der Art der Krankheit und in jedem Stadium des Krankheitsverlauf beachtet werden müssen. Nur bei fehlendem Konsens zwischen behandelndem Arzt und Patientenvertreter bezüglich des Inhalts des Patientenwillens bedürfe es einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung. Insgesamt betonte dieser Vorschlag die Patientenautonomie gegenüber dem Lebensschutz.

d) „Gesetzliche Überregulierung der Patientenverfügung vermeiden“ (BT-Drs. 16/13262)

Eine vierte Abgeordnetengruppe wollte eine gesetzliche Neuregelung verhindern und an der bestehenden Rechtslage ohne ausdrückliche gesetzliche Normierung des Instituts der Patientenverfügung festhalten.

Hierzu wurde auf das Ständesrecht der Ärzteschaft verwiesen, welche die bisherige individuelle und sensible ärztliche Sterbebegleitung ebenfalls durch eine abstrakt-generelle Regulierung bedroht sah²⁸⁰.

e) Streitpunkte

Trotz des prinzipiell gleichen Ansatzes zur gesetzlichen Normierung der Patientenverfügung divergierten die einzelnen Gesetzentwürfe hinsichtlich verschiedener Details – v. a. bezüglich der Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Patientenverfügung. Hintergrund war dabei eine unterschiedliche Auffassung darüber, wie die Patientenautonomie bestmöglich gewährleistet werden kann. Im Folgenden werden daher einige Streitpunkte²⁸¹ dargestellt und daraufhin untersucht, welche der vorgeschlagenen Lösungen zu einer Stärkung der Patientenautonomie beitragen kann. Hieraus ergeben sich auch Rückschlüsse zur Bewertung des 3. BtÄndG.

²⁷⁵ § 1901d Abs. 2 BGB-E i.d.F. BT-Drs. 16/11493.

²⁷⁶ § 1901d Abs. 1 BGB-E i.d.F. BT-Drs. 16/11493.

²⁷⁷ § 1901b Abs. 2 BGB-E i.d.F. BT-Drs. 16/11493.

²⁷⁸ BT-Drs. 16/8442; vgl. hierzu auch *Stünker*, Die Krankenversicherung 2008, S. 307 f.

²⁷⁹ *Probst*, FF 2010, S. 144 (145).

²⁸⁰ Vgl. hierzu bereits oben C.III.1.f); *Hoppe/Hübner*, ZRP 2008, S. 225 f.; gegen eine gesetzliche Normierung um jeden Preis auch die damalige Bundesjustizministerin *Zypries*, „Bürokratisches Lebensende“, DER SPIEGEL 44/2008, S. 157; vgl. auch *Student*, ZfL 2007, S. 90 ff.

²⁸¹ Vgl. zu den Unterschieden der einzelnen Gesetzentwürfe auch *Höfling*, NJW 2009, S. 2849 f.; *May*, BtPrax 2007, S. 149 (151 ff.); *Olzen/Metzmacher*, FPR 2010, S. 249 (251 f.).

(1) Form

Der „Bosbach-Entwurf“ setzte die höchsten Formanforderungen und differenzierte zwei Arten von Festlegungen: Bei „einfachen“ Patientenverfügungen sollte die einfache Schriftform genügen, während bei „qualifizierten“ Patientenverfügungen, die sich auf den Abbruch oder die Nichtvornahme lebenserhaltender Maßnahmen richten, eine notarielle Errichtung nach dokumentierter ärztlicher Beratung vorgesehen war²⁸². Der „Zöller-Entwurf“ sah dagegen auch mündliche Patientenverfügungen als wirksam an, formulierte das Schriftformerfordernis aber als Soll-Vorschrift²⁸³.

(2) Beratungserfordernis als GKV-Anspruch

Anders als die beiden übrigen Gesetzentwürfe schloss der „Zöller-Entwurf“ auch eine sozialrechtliche Änderung mit ein. In der letzten vom Rechtsausschuss des Bundestags beratenen Fassung war die Einfügung eines neuen § 24c SGB V vorgesehen:

Danach sollten Versicherte zur Erstellung einer Patientenverfügung einen Anspruch haben „auf eine ärztliche Beratung über Krankheitsbilder, Möglichkeiten ihrer medizinischen Behandlung und Folgen des Abbruchs oder der Nichtvornahme von Behandlungsmaßnahmen“²⁸⁴. Die Kosten für eine ärztliche Beratung vor bzw. bei der Errichtung einer Patientenverfügung²⁸⁵ sollten danach von der gesetzlichen Krankenversicherung übernommen werden.

Auf die Frage, ob eine ärztliche Beratungspflicht aus Sicht der Patientenautonomie geboten ist, wird später noch ausführlich eingegangen²⁸⁶, bereits hier soll aber festgehalten werden:

Sieht man ein allgemeines ärztliches Beratungserfordernis als notwendig für die Errichtung einer Patientenverfügung an²⁸⁷, ist auch die Kostenübernahme durch die GKV folgerichtig. Sie wird auch von der Ärzteschaft gefordert²⁸⁸, die zudem die Bedeutung einer ärztlichen Aufklärung bzw. Beratung für die Bestimmtheit und Passgenauigkeit von Patientenverfügungen betont.

Da das Prinzip der Patientenautonomie eine solche Übernahme gebietet, darf eine ärztliche Beratung dann aber nicht mit weiteren, wenngleich lediglich finanziellen Hürden versehen werden. Die Ausgestaltung der ärztlichen Beratung als Leistung der GKV würde das mögliche finanzielle Hemmnis beseitigen. *De lege lata* muss eine ärztliche Beratung vom Betroffenen selbst übernommen werden, was dazu führen wird, dass Patientenverfügungen oftmals ohne eine solche vorherige Beratung errichtet werden.

²⁸² § 1901b Abs. 1 und Abs. 2 BGB i.d.F. der BT-Drs. 16/11360, S. 4.

²⁸³ § 1901b BGB-E i.d.F. von BT-Drs. 16/11493. Der Frage, welche Formanforderungen der Patientenautonomie am besten gerecht werden, wird unter C.III.5.b) ausführlich nachgegangen.

²⁸⁴ BT-Drs. 16/13314, S. 16 f.

²⁸⁵ Zwischen 40 und 240 Euro laut NAV-Virchowbund und Bundesärztekammer; bei einer vollumfassenden ärztlichen Patientenverfügung inklusive Beratung sowie Eintragung in das Zentrale Vorsorgeregister belaufen sich die Kosten auf ca. 130 bis 190 Euro, vgl. <http://www.aerztlichepatientenverfuegung.de/was-kostet-die-aerztliche-patientenverfuegung.html> (zuletzt aufgerufen am 30.12.2013).

²⁸⁶ Vgl. zur Beratungspflicht später noch ausführlich unter C.III.15.

²⁸⁷ Im Gesetzgebungsverfahren war dies umstritten, vgl. die Expertenanhörung im BT-Rechtsausschuss, BT-Drs. 16/13314, S. 22.

²⁸⁸ *Borasio/Heßler/Wiesing*, Deutsches Ärzteblatt 2009, S. A1952 (A1957).

(3) Aktualisierungspflicht

Auch die Frage einer möglichen Aktualisierungspflicht war bereits im Gesetzgebungsverfahren umstritten. Eine Aktualisierungspflicht sah dabei nur der Bosbach-Entwurf mit einem Zeitrahmen von fünf Jahren vor²⁸⁹.

(4) Notwendigkeit gerichtlicher Beteiligung

Nach dem „Bosbach-Entwurf“ sollte die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht nur bei einem Dissens zwischen Arzt und Patientenvertreter hinsichtlich des Patientenwillens, sondern immer dann erforderlich sein, wenn eine lebenserhaltende Maßnahme ohne Vorliegen einer unheilbaren, tödlich verlaufenden Krankheit oder nur aufgrund des mutmaßlichen Willens abgebrochen werden soll²⁹⁰. Hintergrund war hier die Betonung des Lebensschutzes angesichts der „existentiellen Bedeutung der irreversiblen Entscheidung zur Beendigung einer lebenserhaltenden Behandlung“²⁹¹. Der „Zöller-Entwurf“ dagegen sah eine Beteiligung des Vormundschaftsgerichts – unabhängig von Art oder Stadium der Krankheit – nur bei Dissens zwischen Arzt und Patientenvertreter vor²⁹².

(5) Reichweite der Bindungswirkung

Gerade die Frage nach der Reichweite bzw. deren möglicher Beschränkung war Inhalt der parlamentarischen Debatte²⁹³. Der „Bosbach-Entwurf“ forderte – wie der BGH – beim Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen einen irreversibel tödlichen Verlauf der Krankheit. Zumindest sollte der betroffene Patient diesen nur anordnen können, wenn er nach ärztlicher Erkenntnis trotz Ausschöpfung aller medizinischen Möglichkeiten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit das Bewusstsein niemals wieder erlangen wird und eine vormundschafts- bzw. betreuungsgerichtliche Genehmigung vorliegt²⁹⁴. Damit waren auch Fälle des Wachkomas bzw. apallischen Syndroms oder schwerer und weit fortgeschrittener Demenzerkrankungen erfasst. Angesichts dieser medizinisch kaum fassbaren und mit starken Prognoseunsicherheiten belasteten Begrifflichkeiten dürfte auf dieser Grundlage allerdings kaum ein im ärztlichen Alltag praktisch handhabbares Abgrenzungskriterium vorliegen²⁹⁵.

Es wird noch zu zeigen sein, inwieweit eine Reichweitenbeschränkung aus Sicht der Patientenverfügung zulässig ist.

3. Das 3. BtÄndG als Fortschreibung der bisherigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung

In der Abstimmung im Deutschen Bundestag wurde der „Stünker-Entwurf“ angenommen und als 3. BtÄndG Gesetz²⁹⁶. Dieses ist in zweifacher Hinsicht auf die bis zu seiner Verabschie-

²⁸⁹ § 1901a Abs. 2 Nr. 1, 2 und 3 BGB-E i.d.F. von BT-Drs. 16/11360.

²⁹⁰ Vgl. § 1904 Abs. 3 BGB-E i.d.F. von BT-Drs. 16/11360.

²⁹¹ BT-Drs. 16/11360, S. 23.

²⁹² § 1904 Abs. 2 BGB-E i.d.F. von BT-Drs. 16/11493.

²⁹³ Protokoll des Deutschen Bundestags, 16. Wahlperiode, 227. Sitzung, 18. Juni 2009, S. 25094 ff.

²⁹⁴ BT-Drs. 16/11360, S. 2 f.; § 1901b Abs. 3 BGB-E.

²⁹⁵ Müller, ZEV 2008, S. 583 (588).

²⁹⁶ Protokoll des Deutschen Bundestags, 16. Wahlperiode, 227. Sitzung, 18. Juni 2009, S. 25124. Das 3. BtÄndG enthält neben der Regelung der Patientenverfügung weitere Änderungen und Verfahrensvorgaben – etwa im

dung ergangene und bereits dargestellte Rechtsprechung bezogen. Einerseits schreibt es diese fort, indem es das bereits richterrechtlich anerkannte Institut der Patientenverfügung auf eine gesetzliche Grundlage stellt²⁹⁷. Andererseits nahm es die von der Rechtsprechung entwickelten Wirksamkeitskriterien bzw. Wirksamkeitsvoraussetzungen auf. Dies geschah jedoch nur selektiv, wie das Beispiel der fehlenden, vom BGH ursprünglich noch geforderten Reichweitenbegrenzung zeigt²⁹⁸. Bezüglich der Verbindlichkeit sowie des Adressatenkreises der Patientenverfügung rekurriert das 3. BtÄndG aber ausdrücklich auf die Rechtsprechung des BGH²⁹⁹. Auch bezüglich der konkreten Anhaltspunkte, die zur Ermittlung des mutmaßlichen Willens des Patienten herangezogen werden sollen, stellt der Gesetzgeber auf höchstgerichtliche Urteile ab³⁰⁰. *Summa summarum* orientieren sich daher die – hinsichtlich der Gewährleistung der Patientenautonomie noch zu untersuchenden – im 3. BtÄndG normierten Wirksamkeitsvoraussetzungen an den von der Rechtsprechung aufgestellten Kriterien. Daneben bezog der Gesetzgeber aber auch die rechtspolitischen und zivilgesellschaftlichen Forderungen bezüglich des Instituts der Patientenverfügung mit ein³⁰¹.

4. Die Patientenverfügung im Zivilrechtssystem

Zunächst soll aber untersucht werden, wie sich das Institut der Patientenverfügung in das Zivilrechtssystem einfügt, womit sich verschiedene dogmatische Probleme verbanden und verbinden³⁰². Einerseits ist die Verankerung im Betreuungsrecht fraglich, da das Institut der Patientenverfügung einige Unterschiede zu den normalen betreuungsrechtlichen Prinzipien und Mechanismen aufweist. Andererseits geht es um die Rechtsnatur der Patientenverfügung selbst, die bisher umstritten war und eng mit der Frage nach deren Adressaten und der Bindungswirkung der Patientenverfügung zusammenhängt. Auch die Bezeichnung als Verfügung, die sich im Alltagssprachgebrauch durchgesetzt hat, führt insoweit in die Irre, als es sich weder um eine klassische Verfügung im Rechtssinne, noch – ausweislich ihres Anwendungszeitraums – um eine Verfügung von Todes wegen handelt³⁰³. Im Folgenden wird daher untersucht, inwieweit sich diese unterschiedlichen dogmatischen Auffassungen auf die Gewährleistung der Patientenautonomie auswirken.

a) Verankerung des Instituts der Patientenverfügung im Betreuungsrecht

Der Gesetzgeber hat die Patientenverfügung als Rechtsinstitut im Betreuungsrecht der §§ 1896 ff. BGB verankert. Ausweislich der Gesetzesbegründung beschränkt sich die Geset-

FamFG, vgl. BGBl. I 2009, 2286, Art. 2.

²⁹⁷ Teilweise verweist die Gesetzesbegründung sogar explizit auf entsprechende höchstgerichtliche Urteile, vgl. etwa BT-Drs. 16/8442, S. 7 f., 10 f., 15 f.

²⁹⁸ Vgl. Beschluss vom 17.3.2003 (XII ZB 2/03), BGHZ 154, 205 = BGH NJW 2003, 1588 = FamRZ 2003, 748, siehe bereits oben unter C.II.2.b). Auf die Reichweitenbegrenzung wird später unter C.III.11. noch ausführlich eingegangen.

²⁹⁹ BT-Drs. 16/8442, S. 11.

³⁰⁰ BGHSt 35, 246 (249); 40, 257 („Kemptener Urteil“, siehe bereits oben unter C.II.2.a)), vgl. BT-Drs. 16/8442, S. 11.

³⁰¹ Vgl. BT-Drs. 16/8442, S. 12.

³⁰² Vgl. zur Zeit vor dem 3. BtÄndG Neuner, Die „Patientenverfügung“ im privatrechtlichen System, S. 113 ff.

³⁰³ Spickhoff, FamRZ 2009, S. 1949 (1950).

zesänderung daher auf Regelungen, welche die Berücksichtigung eines für den Fall der späteren Einwilligungsunfähigkeit geäußerten Behandlungswillens des Betreuten im Verhältnis zu einem Betreuer oder einem Bevollmächtigten betreffen³⁰⁴. Obwohl es sich bei der Patientenverfügung um keine originär betreuungsrechtliche Materie handelt, herrscht eine Betreuungs- und Akteursorientierung vor: Es wird festgelegt, welche Person die Entscheidung über die Durchführung oder die Unterlassung einer ärztlichen Maßnahme treffen darf und durch wen der in einer Patientenverfügung niedergelegte Wille des Patienten durchgesetzt werden soll sowie wann eine Entscheidung des Patientenvertreters gerichtlich genehmigt werden muss. Der potenzielle Patient selbst als zentraler Betroffener wird aus der Perspektive dieser Regelungssystematik zunächst nicht in den Blick genommen.

Auch die Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen Arzt, Pflegepersonal und Patient werden insoweit ausgeklammert³⁰⁵. In der Praxis betreffen problematische Fälle aber gerade Konstellationen, in denen die behandelnden Ärzte oder das zuständige Pflegepersonal die Patientenverfügung nicht oder nur mangelhaft umsetzen und weniger, dass sich Patientenvertreter über den Willen des Betroffenen hinwegsetzen wollen³⁰⁶. Neben der Zustimmung zur Einordnung ins Betreuungsrecht³⁰⁷ finden sich in der Literatur v. a. kritische Stimmen³⁰⁸.

Neuer-Miebach begründet dies mit der eigentlichen Intention des Betreuungsrechts als staatliche Sorge sowie Schutz für entscheidungsunfähige Menschen, wogegen es bei der Patientenverfügung um Selbstbestimmung gehe³⁰⁹. Hier müsse der Betreuer nicht wie im sonstigen geltenden Betreuungsrecht das Wohl und die Wünsche des Betreuten für bestimmte Aufgabenkreise eigenverantwortlich an dessen Stelle vertreten, sondern dürfe nur als bloßer Vollstrecker eines früher niedergelegten Willens fungieren³¹⁰.

Putz, der als Sachverständiger an der Entstehung des 3. BtÄndG beteiligt war, betont zudem die strafrechtliche Komponente des Regelungskreises der Patientenverfügung und fordert daher eine Klarstellung im Rahmen der §§ 228 und 216 StGB³¹¹. Seines Erachtens scheuten viele

³⁰⁴ Vgl. BT-Drs. 16/8442, S. 11; auch der „Bosbach-Entwurf“, der vollständig sogar „Entwurf eines Gesetzes zur Verankerung der Patientenverfügung im Betreuungsrecht“ hieß, entschied sich gegen eine sondergesetzliche Regelung der Patientenautonomie am Lebensende und für eine Normierung im Kontext des Betreuungsrechts, vgl. BT-Drs. 16/11360, S. 15; dies gilt ebenso für den „Zöller-Entwurf“, vgl. BT-Drs. 16/11493, S. 4.

³⁰⁵ *Silberg*, HFR 2010, S. 104; a. A. *Holzhauser*, FamRZ 2006, S. 518 (528), der eine solch umfassende Regelung als unrealistisch ablehnt bzw. *Becker-Schwarze*, FPR 2007, S. 52 (55), die dies als politisch nicht durchsetzbar ansieht; vgl. auch *Müller*, ZEV 2008, S. 583 (586); *dies.*, DNotZ 2010, S. 169 (170).

³⁰⁶ *Müller*, ZEV 2008, S. 583 (586) unter Verweis auf BGHZ 154, 205.

³⁰⁷ *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2009, S. 426 (427), *dies.*, Die Patientenverfügung, Rn. 33 betonen die vorrangig zivilrechtliche Bedeutung.

³⁰⁸ *Renner*, ZNotP 2009, S. 371 (375) sowie *ders.*, in: *Müller/Renner*, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, Rn. 478 spricht gar vom „Geburtsfehler“ des Gesetzes; *Wagenitz*, FamRZ 2005, S. 669 (674).

³⁰⁹ *Neuer-Miebach*, Sondervotum zu *Nationaler Ethikrat (Hrsg.)*, Die Patientenverfügung – ein Instrument der Selbstbestimmung, S. 35; auch *Putz*, FPR 2012, S. 13 sieht die materiellrechtliche Grundlage der Patientenverfügung im Medizinrecht und nicht im Betreuungsrecht.

³¹⁰ *Neuer-Miebach*, Sondervotum zu *Nationaler Ethikrat (Hrsg.)*, Die Patientenverfügung – ein Instrument der Selbstbestimmung, S. 35, die daher eine umfassende und grundlegende Regelung des Arzt-Patienten-Verhältnisses im BGB – etwa im Allgemeinen Teil oder im Schuldrecht – fordert. Auch bezüglich der Stellung des Patientenvertreters zeigt sich ein möglicher Widerspruch zwischen Wohl und Wille des Patienten, vgl. auch Kapitel C.III.6.b).

³¹¹ *Putz*, FPR 2012, S. 13 (14), der bei einer zivilrechtlichen Verankerung zudem eher das Dienstvertragsrecht des BGB als den geeigneten Regelungsort ansieht, was für den juristischen Laien – wie er selbst konstatiert –

Parlamentarier aber vor einer solchen strafrechtlichen Regelung zurück, da diese emotional eine schwerwiegendere Bedeutung habe als eine zivilrechtliche Regelung und in der gesellschaftlichen Debatte als Freigabe von aktiver Sterbehilfe missverstanden werden könnte³¹².

Auch *Röthel* erkennt im Betreuungsrecht einen abgelegenen Regelungsstandort, bei dem die Gefahr bestehe, dass die Patientenautonomie als etwas „Abgesondertes“ empfunden werde³¹³. Untermauert wird dieses Argument, wenn man bedenkt, dass es ja gerade Sinn und Folge einer Patientenverfügung ist, in ihrem Geltungsbereich eine Betreuung überflüssig zu machen³¹⁴. Andererseits ist fraglich, ob es in der Breitenwirkung auf den gesetzlichen Regelungsstandort ankommt. So ist wohl die „Signalwirkung“³¹⁵, die davon ausgeht, dass die Patientenverfügung überhaupt gesetzlich geregelt wurde, nicht zu unterschätzen.

Entscheidend ist hier aber ein weiteres, praktisches Argument: Durch die Einordnung ins Betreuungsrecht stößt die Patientenverfügung an tatsächliche Grenzen, wenn weder ein Betreuer noch ein Bevollmächtigter vorhanden sind. Das Gesetz geht unberechtigtweise davon aus, dass in allen Fällen ein Patientenvertreter existiert³¹⁶. Eine derartige Regelungslücke kann dazu führen, dass die Patientenverfügung und damit die autonome Entscheidung im konkreten Anwendungsfall nicht hinreichend umgesetzt werden können, woraus eine Gefahr für die Patientenautonomie erwachsen kann³¹⁷. Das dieser Untersuchung zugrunde gelegte Begriffsverständnis der Patientenautonomie zeigt zudem, dass diese über betreuungsrechtliche Verfahren und Zielsetzungen hinausgeht und umfassend gewährleistet werden muss³¹⁸.

Aus Sicht der Patientenautonomie wäre daher – unabhängig vom dogmatischen Regelungsstandort und damit zusammenhängenden Streitigkeiten – eine umfassende Normierung derselben sowie der Patientenverfügung in zivil-, straf-, sozial- und verfahrensrechtlicher Hinsicht wünschenswert gewesen.

Sowohl für den Verfasser einer Patientenverfügung als potenziellen Patienten als auch für die an der Umsetzung einer Patientenverfügung Beteiligten hätte dies außerdem größere Rechtssicherheit geschaffen.

b) Rechtsnatur der Patientenverfügung

Fraglich ist neben dem Regelungsstandort, welche Rechtsnatur die Patientenverfügung überhaupt besitzt. Diese Einordnung kann Auswirkungen auf die entsprechenden Formanforderungen bei der Errichtung sowie die Rechtsfolgen haben, betrifft aber auch die Frage einer möglichen Begrenzung der Reichweite oder Geltungsdauer: Bei Willenserklärungen ist etwa – sieht man von der Möglichkeit der Bedingung nach § 158 BGB ab – allgemein keine Möglichkeit zur automatischen Beschränkung ihrer Wirkung gegeben. Mit der Rechtsnatur hängt zudem die Frage zusammen, ob eine Patientenverfügung in der konkreten Situation noch der

jedoch „unerwartet [...] unverständlich oder geschmacklos“ wirken könne; zu strafrechtlichen Implikationen *Kutzer*, FPR 2007, S. 59 ff. Eine strafrechtliche Regelung klingt auch bei *Müller*, ZEV 2008, S. 583 (586) an.

³¹² *Putz*, FPR 2012, S. 13 (14).

³¹³ *Röthel*, AcP 2011, S. 196 (199).

³¹⁴ *Palandt-Götz*, §1901a BGB, Rn. 15.

³¹⁵ *Renner*, ZNotP 2009, S. 371 (372).

³¹⁶ *Renner*, ZNotP 2009, S. 371 (375).

³¹⁷ Die auch für die Patientenautonomie wichtige Frage, ob stets eine Entscheidung des Patientenvertreters bei der Anwendung der Patientenverfügung notwendig ist, wird unter C.III.6.e) (2) noch ausführlich untersucht.

³¹⁸ Vgl. hierzu bereits C.I.

Umsetzung mittels einer eigenen Entscheidung durch den Betreuer oder Bevollmächtigten bedarf³¹⁹ oder ob sie eine unmittelbare – wenn auch antizipative – Entscheidung des Patienten selbst darstellt.

Vor der Neuregelung durch das 3. BtÄndG war umstritten, welche Rechtsnatur der Patientenverfügung zugeordnet werden kann, hatte diese durch das Zusammenspiel zwischen der direkten Bindung durch die Vorabverfügung und der Vertreterentscheidung doch eine Sonderstellung bezüglich der Rechtsnatur inne. So wurde von einem „janusköpfigen“ Charakter gesprochen³²⁰.

Die früher wohl überwiegende Meinung sah in ihr eine (rechts)geschäftsähnliche Handlung bzw. eine Verlautbarung oder Richtungsentscheidung³²¹, die vom Patientenvertreter noch umgesetzt werden müsse³²² und lediglich ein Indiz für den mutmaßlichen Willen des betroffenen Patienten darstelle³²³.

Von einer vordringenden Meinung wurde die Patientenverfügung dagegen als verbindliche Willenserklärung³²⁴ oder als Sonderform der Einwilligung³²⁵ betrachtet³²⁶. Durch diese direkte Bindung käme es bei einer wirksamen und kongruenten Patientenverfügung dann auf den Patientenvertreter oder eine betreuungsgerichtliche Genehmigung eigentlich nicht mehr an³²⁷. Durch das 3. BtÄndG wurde unter Bezugnahme auf diesen Meinungsstreit die Patientenverfügung zugunsten der Verbindlichkeit der antizipativen Willenserklärung geregelt³²⁸. Unter Ver-

³¹⁹ So *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2003, S. 348 (354); *dies.*, Die Patientenverfügung, Rn. 298.

³²⁰ *BeckOK-Müller*, § 1901a BGB, Rn. 20; *Dieckmann*, BWNotZ 2004, S. 49 (54); in diese Richtung bereits *Baumann/Hartmann*, DNotZ 2000, S. 594 (604).

³²¹ *Eisenbart*, Patienten-Testament und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten, S. 172 ff.; *Holzhauser*, FamRZ 2006, S. 518 (519); *Lange*, Inhalt und Auslegung von Patientenverfügungen, S. 36; *Roth*, JZ 2004, S. 494 (496); *Schaffer*, BtPrax 2003, S. 143 (146) sieht in ihr aber mehr als ein Indiz für den mutmaßlichen Willen; vgl. zur rechtfertigenden Einwilligung auch *Kohte*, AcP 1985, S. 105 f. m. w. N.

³²² *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2003, S. 348 (354); *Kutzer*, FPR 2004, S. 683 (687).

³²³ *Laufs*, NJW 1998, S. 3399 (3400); *Scheffler*, Sterbehilfe mit System, S. 249 (270); *Spickhoff*, NJW 2000, S. 2297 (2301); vgl. zu diesem Meinungsstreit bereits C.II.1.

³²⁴ *Baumann/Hartmann*, DNotZ 2000, S. 594 (606); *Diederichsen*, in: FS Schreiber, S. 635 (646 ff.); in diese Richtung auch *Taupitz*, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, S. A106 (A107); weitere Nachweise bei *Renner*, in: *Müller/Renner*, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, Rn. 472; a. A. *Dodegge/Roth*, Betreuungsrecht, Teil C, Rn. 110; *Spickhoff*, AcP 2008, S. 345 (385 ff.); *ders.*, FamRZ 2009, S. 1949 (1950); *Enquête-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“*, Zwischenbericht Patientenverfügungen, BT-Drs. 15/3700, S. 15 m. w. N.; vgl. zum Meinungsstreit auch *Lange*, Inhalt und Auslegung von Patientenverfügungen, S. 36 ff.

³²⁵ *Berger*, JZ 2000, S. 797 (800); *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 696, 255, 257; *Lipp*, FamRZ 2004, S. 317 (320); *Spickhoff*, AcP 2008, S. 345 (403 f.); *ders.*, FamRZ 2009, S. 1949 (1950, 1952); *ders.*, Medizinrecht, § 1901a BGB, Rn. 4; *Staudinger-Bienwald*, § 1901a BGB, Rn. 54; *Taupitz*, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, S. A106 (A107); wohl auch *Wilckens*, MDR 2011, S. 143 (144); die Gesetzesbegründung nimmt ebenso auf die Grundsätze zur Einwilligung Bezug, vgl. BT-Drs. 16/8442, S. 9 f.

³²⁶ *Lipp*, Handbuch der Vorsorgeverfügungen, § 17, Rn. 96 spricht von einer allgemein gehaltenen antizipierten Erklärung, die sich an einen noch unbestimmten Adressaten richtet; *Roth*, JZ 2004, S. 494 m. w. N.

³²⁷ *Coeppicus*, RPFleger 2004, S. 262 (266); *Keilbach*, FamRZ 2003, S. 969 (975); *Strätling/Sedemund-Adib/Scharf/Schmucker*, ZRP 2003, S. 289 (290); kritisch hierzu *Spickhoff*, JZ 2003, S. 739 (740). Dies wird noch ausführlich im Kapitel C.III.6.e) (2) untersucht.

³²⁸ BT-Drs. 16/8442, S. 14; *BeckOK-Müller*, § 1901a BGB, Rn. 19 m. w. N.; *Müller*, DNotZ, 2010, S. 169 (175 f.) m. w. N.; *MüKo-Schwab*, § 1901a BGB, Rn. 8; *Palandt-Götz*, § 1901a BGB, Rn. 16; *Zimmermann*, Vorsor-

weis auf den dem Betreuungsrecht zugrundeliegenden Grundsatz der Erforderlichkeit stellt die Gesetzesbegründung ausdrücklich klar, dass es sich bei der Patientenverfügung um eine verbindliche Entscheidung des Patienten selbst handle und es bei Bejahung der Bestimmtheit sowie Kongruenz zur aktuellen Behandlungssituation keiner weiteren, eigenen Entscheidung des Patientenvertreters bedürfe, da der Patient diese Entscheidung in bindender Weise bereits selbst getroffen habe³²⁹. Die Patientenverfügung stellt damit eine nach außen gerichtete Erklärung dar, die jeden Beteiligten unmittelbar bindet und deren rechtsgeschäftlicher Gehalt inhaltlich auf direkte Verbindlichkeit der Einwilligung oder Versagung bezüglich ärztlicher Maßnahmen im Fall der Einwilligungsunfähigkeit gerichtet ist³³⁰. Der Patient selbst trifft mit der wirksamen Patientenverfügung die zivil- und strafrechtlich maßgebliche Einwilligung³³¹. Die Festschreibung einer derartigen Verbindlichkeit *erga omnes* stellt aus der Perspektive der Patientenautonomie, die ja gerade das Recht auf verbindliche Achtung des autonomen Willens beinhaltet (*sovereign authority*), eine Stärkung derselben dar. Dies gilt umso mehr, als trotzdem in der Patientenverfügung individuell festgelegt werden kann, dass diese eben doch nicht unmittelbar gelten soll, sondern von der Entscheidung und dem Ermessensspielraum des Patientenvertreters abhängig gemacht werden kann³³². Auch die Nutzung dieser Möglichkeit beinhaltet eine Ausdrucksform der Patientenautonomie. Der potenzielle Patient muss sich aber darauf verlassen können, dass den wie auch immer gearteten inhaltlichen Festlegungen seiner Patientenverfügung Bindungswirkung zukommt. Ansonsten liefe auch seine Autonomie ins Leere. Die Patientenverfügung weist im Gegensatz zu den meisten anderen Formen von Erklärungen allerdings ein Spezifikum in ihrer temporalen Komponente auf: Hier kann der Erklärende nicht – wie normalerweise – seine Ansicht vom Inhalt der Erklärung selbst durchsetzen oder sie bei einem Irrtum ggf. entsprechend anfechten. In der Diskussion um die Einordnung der Patientenverfügung wird daher auch auf eine gewisse Nähe zu Verfügungen von Todes wegen verwiesen³³³. Doch selbst im Erbrecht sorgen die subjektiven Interessen der potenziellen Erben für eine Überprüfung des wirklichen Willens des Erklärenden³³⁴. Bei einer Patientenverfügung kann eine derartige – auch aus Sicht der Patientenautonomie zu fordernde – Überprüfung schon aus tatsächlichen Gründen nur durch Dritte wie den Adressaten der Patientenverfügung wahrgenommen werden. Aber auch dieser Personenkreis muss sich an den autonomen, in der Patientenverfügung niedergelegten Willen des Patienten halten, um der Patientenautonomie Rechnung zu tragen. Dieser Wirkmechanismus muss bei der Bewertung des 3. BtÄndG beachtet werden. Es wird noch zu untersuchen sein, inwiefern die

gevollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung, Rn. 381 bezeichnet den Streit um die Rechtsnatur als „müßig“, da sich hieraus kaum Folgerungen ergäben.

³²⁹ BT-Drs. 16/8442, S. 14.

³³⁰ Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 16.

³³¹ Brosey, BtPrax 2009, S. 175; Lange, ZEV 2009, S. 537 (539); Müller, DNotZ, 2010, S. 169 (175 f.); Olzen, JR 2009, S. 354 (358); Renner, ZNotP 2009, S. 371 (375); Reus, JZ 2010, S. 80 (81); a. A. Albrecht/Albrecht, Mitt-BayNot 2009, S. 426 (432 f.); dies., Die Patientenverfügung, Rn. 39; Diehn/Rebhan, NJW 2010, S. 326 (327 ff.); Ihrig, notar 2009, S. 380 (383).

³³² BT-Drs. 16/8442, S. 15.

³³³ Röthel, AcP 2011, S. 196 (206 f.).

³³⁴ Nach Roth, JZ 2004, S. 494 (500) steht mit dem Erbscheinsverfahren und dem damit zusammenhängenden Amtsermittlungsgrundsatz sowie dem gegenüber dem Allgemeinen Teil des BGB erweiterten Kreis der Anfechtungsberechtigten und -möglichkeiten ein umfassendes rechtliches Instrumentarium zur Verfügung, das die Ermittlung des wirklichen Willens des Erklärenden gewährleisten soll.

rechtliche Ausgestaltung der Patientenverfügung diesem Umstand Rechnung trägt und entsprechende Sicherungsmechanismen zur Wahrung der Patientenautonomie – ggf. als weich paternalistische Instrumente – einbaut.

c) Verhältnis zu Vorsorgevollmacht und Betreuungsverfügung

Die Patientenverfügung ergänzt zudem die bestehenden Vorsorgeverfügungen der Vorsorgevollmacht und Betreuungsverfügung³³⁵. Dem potenziellen Patienten steht damit ein umfassendes rechtliches Instrumentarium zur Regelung seiner Gesundheitsangelegenheiten für den Fall seiner eigenen Einwilligungsunfähigkeit zur Verfügung. Zur umfassenden Absicherung wird daher teilweise eine Verbindung empfohlen³³⁶, wobei ggf. § 139 BGB zu beachten ist³³⁷. Auch aus Sicht der Patientenautonomie liefert eine derartige Konstruktion einen Mehrwert, da der Patient mittels dieser Instrumente nicht nur inhaltliche Festlegungen für den Fall der eigenen Einwilligungsunfähigkeit treffen, sondern auch bestimmen kann, wer seinen Willen im Anwendungsfall durchsetzt. Dabei besitzt jedoch die Verbindung einer Patientenverfügung mit einer Vorsorgevollmacht Vorteile gegenüber der Betreuungsverfügung: Durch sie ist kein betreuungsgerichtliches Verfahren zur Einrichtung einer rechtlichen Betreuung notwendig, was den Betroffenen – gerade in Krankheitssituationen – kostbare Zeit, Bürokratie und letztlich auch Kosten spart³³⁸. Hierbei sind jedoch die Voraussetzungen des § 1904 Abs. 1, 2 und 5 BGB zu beachten: Danach muss wie bei der bisherigen Bevollmächtigung in Gesundheitsangelegenheiten die Vollmacht schriftlich erteilt werden und die Maßnahmen, über die eine Entscheidung zu treffen ist – etwa einen Behandlungsabbruch i. S. v. § 1904 Abs. 2 BGB – ausdrücklich umfassen. Eine diesbezüglich hinreichende Formulierung kann sich für den einzelnen Laien allerdings als schwierig erweisen. Es empfiehlt sich deshalb eine Bezugnahme auf die Patientenverfügung und eine entsprechende ärztliche oder juristische Vorabberatung³³⁹. Nur bei entsprechender Informiertheit bzw. ausreichendem Kenntnisstand kann der Betroffene auch autonom entscheiden.

5. Die gesetzliche Ausgestaltung der Patientenverfügung

Nach der Klärung der grundlegenden Bedeutung des Instituts der Patientenverfügung im Zivilrechtssystem soll im Folgenden deren konkrete gesetzliche Ausgestaltung durch das

³³⁵ Vgl. hierzu ausführlich *Kierig/Behlau*, Der Wille des Patienten entscheidet, S. 27 ff.

³³⁶ *Alberts*, FPR 2007, S. 73 ff.; *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2009, S. 426 (433); *Bobbert*, Chancen und Schwierigkeiten von Patientenverfügungen aus ethischer Sicht, S. 697 (704); *Bundesministerium der Justiz (Hrsg.)*, Patientenverfügung, Leiden, Krankheit, Sterben, S. 15; *Schmidt-Recla*, MedR 2008, S. 181 (1183); *Bayerisches Staatsministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Hrsg.)*, Vorsorge für Unfall, Krankheit, Alter durch Vollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung, S. 19; *Beetz*, Stellvertretung als Instrument der Sicherung und Stärkung der Patientenautonomie, S. 37 hält die Vorsorgevollmacht sogar für am besten geeignet zur Sicherung der Patientenautonomie; vgl. zur gemeinsamen Hinterlegung im zentralen Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer *Görk*, FPR 2007, S. 82 ff. sowie weiteren Hinterlegungsmöglichkeiten *Meier*, BtPrax 2001, S. 181 (186).

³³⁷ Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 2.

³³⁸ *Putz*, FPR 2012, S. 13 (16).

³³⁹ Hinweise zu entsprechend notwendigen und hinreichenden Formulierungen finden sich bei *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2009, S. 426 (432); *BeckOK-Müller*, § 1904 BGB, Rn. 18 m. w. N.; *MüKo-Schwab*, § 1904 BGB, Rn. 73 ff.

3. BtÄndG untersucht werden. Dazu wurde § 1901a BGB normtextlich novelliert und in dessen Abs. 1 S. 1 eine Legaldefinition der Patientenverfügung aufgenommen. Danach handelt es sich um eine Patientenverfügung, wenn „ein einwilligungsfähiger Volljähriger für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit schriftlich festgelegt [hat], ob er in bestimmte, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen seines Gesundheitszustands, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe einwilligt oder sie untersagt“.

Eine Patientenverfügung im Gesetzessinne ist danach nur gegeben, wenn diese engen Vorgaben und Voraussetzungen des § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB vorliegen. Aber auch wenn diese Kriterien nicht erfüllt sind und lediglich Behandlungswünsche i. S. v. § 1901 Abs. 2 BGB existieren, handelt es sich in beiden Fällen um ein entsprechendes Vorsorgeinstrument. Man kann daher im ersten Fall von einer Patientenverfügung im engeren Sinne und bei den allgemeineren Behandlungswünschen nach § 1901a Abs. 2 BGB von einer Patientenverfügung im weiteren Sinne sprechen. Die Subsumtion beider Erscheinungsformen unter das Instrument der Patientenverfügung sowie die einheitliche Begrifflichkeit dürften dabei auch der laienhaften Wertung der Durchschnittsbevölkerung entsprechen³⁴⁰. Im Folgenden soll aber dogmatisch korrekt zwischen der Patientenverfügung nach § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB und den Behandlungswünschen nach § 1901a Abs. 2 BGB getrennt werden, da diese jeweils auch unterschiedlicher Bewertung aus Sicht der Patientenautonomie unterliegen können.

Der Gesetzgeber hat auf einige vorab diskutierte Voraussetzungen bzw. Gestaltungsmöglichkeiten – wie die ärztliche Beratungs- sowie eine Aktualisierungspflicht – verzichtet. Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass der Respekt vor dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten es gebiete, die Zahl der Voraussetzungen für die Errichtung einer wirksamen Patientenverfügung möglichst gering zu halten³⁴¹. Im Folgenden soll daher auch untersucht werden, wie sich ein Verzicht auf bestimmte Errichtungsvoraussetzungen auf die Patientenautonomie auswirkt. Zunächst sollen jedoch die ausdrücklich vom Gesetz für eine Patientenverfügung aufgestellten Wirksamkeitsvoraussetzungen dargestellt und untersucht werden.

a) Gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzungen

(1) Einwilligungsfähigkeit

Die erste Wirksamkeitsvoraussetzung einer Patientenverfügung stellt nach § 1901a Abs. 1 BGB das Kriterium der Einwilligungsfähigkeit des Verfassers dar. Rechtlich ist dies zunächst die Fähigkeit, die ein Patient notwendigerweise besitzen muss, um wirksam und verbindlich in einen medizinischen Eingriff einwilligen zu können. Es handelt sich nach h. M. um die natürliche Einsichts- und Steuerungsfähigkeit, mittels derer der Betroffene Art, Bedeutung, Folgen und Tragweite, aber auch die Risiken seiner Entscheidung geistig erfassen und seinen Willen nach dieser Einsicht bestimmen kann³⁴². Die Einwilligungsfähigkeit ist dabei relativ bezogen auf die kognitiven Fähigkeiten des Betroffenen sowie die Komplexität der medizi-

³⁴⁰ Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2009, S. 426 (433).

³⁴¹ BT-Drs. 16/13314, S. 21 f.

³⁴² BT-Drs. 16/8442, S. 9 f., 12 f.; BeckOK-Müller, § 1901a BGB, Rn. 12; Brosey, BtPrax 2010, S. 161 (163); May, KritV 2004, S. 428 (429); MüKo-Schwab, § 1901a BGB, Rn. 9; Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 10; vgl. zur Rechtsprechung hierzu auch Meran et al. (Hrsg.), Möglichkeiten einer standardisierten Patientenverfügung, S. 19.

nischen Behandlung. Daher kann auch ein Minderjähriger oder ein geistig Behinderter in medizinische Eingriffe einwilligen, weil und insoweit er sie versteht³⁴³. Im Gegensatz zur Willenserklärung bezieht sich die Einwilligung nicht auf einen rechtlichen, sondern mit der ärztlichen Maßnahme auf einen tatsächlichen Erfolg³⁴⁴. Die vom Gesetz in § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB geforderte Einwilligungsfähigkeit ist daher von der Geschäftsfähigkeit nach §§ 104 ff. BGB zu trennen³⁴⁵. Sofern keine gegenteiligen Anhaltspunkte ersichtlich sind, soll vom Vorliegen der Einwilligungsfähigkeit ausgegangen werden können³⁴⁶.

Aus Sicht der Patientenautonomie ist die Abgrenzung mittels Einwilligungsfähigkeit grundsätzlich zu begrüßen. Das vorgestellte Begriffsverständnis der Patientenautonomie als Schwellenkonzept gebietet es, dass Entscheidungen ab dem Überschreiten eines gewissen Niveaus als autonom anerkannt werden können, aber auch müssen. Auf die Geschäftsfähigkeit als diese Schwelle abzustellen, wäre ein unzulässiger Eingriff und eine zu hohe Hürde für die Patientenautonomie gewesen, da es nur um die Einwilligung oder Untersagung ärztlicher Eingriffe und nicht um die allgemeine Teilnahme am Rechtsverkehr geht. Die Einwilligungsfähigkeit stellt daher die geeignetere Grenze dar, da sie ermöglicht, in möglichst vielen Fällen dem Selbstbestimmungsrecht sowie dem autonomen Willen des Einzelnen zur Geltung zu verhelfen und auf heteronome, paternalistische Fremdbestimmung zu verzichten. Nicht nur diese quantitative Betrachtungsweise, sondern auch die individuell zu treffenden existenziellen Entscheidungen verlangen normativ eine größtmögliche Achtung der individuellen Selbstbestimmung. Daneben bietet die Einwilligungsfähigkeit auch in die andere Richtung – sozusagen nach unten zur Einwilligungsunfähigkeit hin – eine geeignete Grenze, um sicherzustellen, dass nur Entscheidungen beachtet werden, die tatsächlich autonom gefällt worden sind. Nach der vorgestellten Konzeption der Patientenautonomie ist diese ja durchaus nicht voraussetzungslos³⁴⁷. Auch diesem Umstand trägt die gesetzliche Regelung durch das Kriterium der Einwilligungsfähigkeit Rechnung. Da die Autonomie des betroffenen Patienten möglichst umfassend zu achten und zu schützen ist, muss – wenn möglich – ggf. mittels weich paternalistischer Maßnahmen wie einer entsprechenden Information des Patienten dafür gesorgt werden, dass die Schwelle der Einwilligungsfähigkeit überschritten wird.

Die Geeignetheit des Kriteriums der Einwilligungsfähigkeit bestätigt auch ein Blick über den Tellerrand der juristischen Disziplin hinaus. In der Medizinethik wird bezüglich der Einwilligungsfähigkeit auf ein Konzept der personalen Autonomie mit drei unterschiedlichen Dimensionen abgestellt³⁴⁸: Nach *Jox* beinhaltet die Einwilligungsfähigkeit erstens eine kommunikative Fähigkeit, angebotene Information zu verstehen und eigene Wünsche entsprechend nach außen mitzuteilen. Daneben wird zweitens auf eine deliberative Fähigkeit aufgebaut, mittels derer Argumente abgewogen werden können sowie aus diesem Prozess dann wiederum eine

³⁴³ *Jauernig-Mansel*, § 630d BGB, Rn. 3; *Kierig/Behlau*, *Der Wille des Patienten entscheidet*, S. 6; *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, Kap. V, Rn. 41 ff.; *Laufs/Kern*, *Handbuch des Arztrechts*, § 139, Rn. 45.

³⁴⁴ *Ihrig*, *notar* 2009, S. 380 (381).

³⁴⁵ Vgl. hierzu *Sternberg-Lieben/Reichmann*, *NJW* 2012, S. 257 (258).

³⁴⁶ *Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis*, *Deutsches Ärzteblatt* 2013, S. B1392 (B1396).

³⁴⁷ Vgl. bereits oben C.I.1.

³⁴⁸ Vgl. zum Folgenden *Jox*, *Ethik Med* 2004, S. 401 f. unter Verweis auf *Brock*, *An ethical framework for surrogate decision-making*, S. 41 ff.

Entscheidung abgeleitet werden kann. Die dritte Komponente beschreibt die normative Fähigkeit, persönlichen Werten in der Entscheidung Ausdruck zu verleihen und Verantwortung hierfür zu übernehmen³⁴⁹. Bei diesen Kriterien fällt die Parallele zur medizinethischen Ausdeutung der Patientenautonomie selbst auf. Der Gesetzgeber hat deren Implikationen zutreffenderweise in das rechtliche Kriterium der Einwilligungsfähigkeit übersetzt.

Aus praktischen Erwägungen und zu Beweis Zwecken kann etwa ein Notar bei der Beurkundung der Patientenverfügung die Einwilligungsfähigkeit in der Urkunde feststellen. Bei Zweifeln daran – etwa wenn sich der Verfügende bereits im fortgeschrittenen Stadium einer v. a. mit Hirnabbauprozessen einhergehenden Krankheit befindet – kann ein medizinisches Gutachten Klarheit und Rechtssicherheit bezüglich der Einwilligungsfähigkeit bringen.

(2) Volljährigkeit

Durch die Festlegung in § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB hat der Gesetzgeber zudem entschieden, dass nur Volljährige eine Patientenverfügung wirksam errichten können. Dies ist zwar systematisch folgerichtig, da das Betreuungsrecht nach § 1896 Abs. 1 BGB grundsätzlich nur für Erwachsene gilt, insofern aber problematisch, als kaum Argumente dagegen genannt werden können, warum nicht auch einem einsichts- und einwilligungsfähigen 16- oder 17-Jährigen das Recht zustehen soll, seinen Willen als Ausdruck seiner Patientenautonomie in einer Patientenverfügung verbindlich niederlegen zu können. Überraschenderweise ist das Volljährigkeitserfordernis aber weder in den parlamentarischen Beratungen und den einzelnen Gesetzentwürfen, noch in der amtlichen Gesetzesbegründung näher thematisiert worden³⁵⁰.

Teilweise wird zur Durchsetzung des Willens des Minderjährigen vorgeschlagen, diesen als Behandlungswunsch über § 1901a Abs. 2 BGB zu berücksichtigen³⁵¹. Aber auch diese Ersatzkonstruktion birgt Konflikte und Widersprüche³⁵². Das Volljährigkeitserfordernis wird in der Literatur daher zu Recht weitgehend abgelehnt³⁵³. Parallel zu den Regelungen zur Testierfähigkeit wird stattdessen vorgeschlagen, auch allen 16- und 17-Jährigen die Möglichkeit zur

³⁴⁹ Die genannten drei Dimensionen sind Jox, Ethik Med 2004, S. 401 f. entnommen.

³⁵⁰ Müller, DNotZ 2010, S. 169 (182); Sternberg-Lieben/Reichmann, NJW 2012, S. 257 (258); vgl. BT-Drs. 16/8442; BT-Drs. 16/11360 („Bosbach-Entwurf“), S. 18 verweist lediglich auf das Volljährigkeitserfordernis für Betreuungsverfügungen des bisherigen § 1897 Abs. 4 BGB; der *Deutsche Juristentag* hatte eine gesetzliche Regelung hinsichtlich Minderjähriger allerdings sogar ausdrücklich gefordert, vgl. die Beschlüsse des 63. Deutschen Juristentags, FPR 2007, S. 88 (90).

³⁵¹ Albrecht/Albrecht, Die Patientenverfügung, Rn. 153; Beckmann, FPR 2010, S. 278 (281); Beermann, FPR 2010, S. 252 f.; Coeppicus, Das „Gesetz über Patientenverfügungen“ und Sterbehilfe, S. 26; Dodegge/Roth, Betreuungsrecht, Teil C, Rn. 107; Kierig/Behlau, Der Wille des Patienten entscheidet, S. 5; nach Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 10 in analoger Anwendung; Spickhoff, FamRZ 2009, S. 1949 (1951); ders., Medizinrecht, § 1901a BGB, Rn. 5; Sternberg-Lieben/Reichmann, NJW 2012, S. 257 (261); eine Alternativlösung über das Kindeswohl versucht Bichler, GesR 2014, S. 1 (3 f.).

³⁵² Gaidzik, Patientenverfügungen, S. 12; Sternberg-Lieben/Reichmann, NJW 2012, S. 257 (261). Vgl. zur Problematik des mutmaßlichen Willens und der Behandlungswünsche nach § 1901a Abs. 2 BGB später noch unter C.III.6.

³⁵³ BeckOK-Müller, § 1901a BGB, Rn. 13; Jürgens, Betreuungsrecht, § 1901a BGB, Rn. 5; Lange, ZEV 2009, S. 537 (539); ders., Inhalt und Auslegung von Patientenverfügungen, S. 95; MüKo-Schwab, § 1901a BGB, Rn. 10; Müller, DNotZ 2010, S. 169 (182); Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 10; Probst, FF 2004, S. 144 (147); Renner, in: Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, Rn. 503; Schumacher, FPR 2010, S. 478 m. w. N.; Spickhoff, FamRZ 2009, S. 1949 (1951); ders., Medizinrecht, § 1901a BGB, Rn. 5; Sternberg-Lieben/Reichmann, NJW 2012, S. 257 (260 f.).

Errichtung einer Patientenverfügung zu öffnen³⁵⁴. Andere schlagen sogar 14 Jahre als Grenze vor³⁵⁵, wenngleich pauschale Altersgrenzen aufgrund der individuellen unterschiedlichen Entwicklung und persönlichen Reife nur schwierig festzulegen sind³⁵⁶.

Begründet wird diese Herabsetzung der Altersgrenze einerseits mit verfassungsrechtlichen Argumenten: Verfassungsgerichtliche Rechtsprechung steht hierzu zwar noch aus, bezüglich seines Rechts auf Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 3 GG kann ein Minderjähriger aber durchaus grundrechtsmündig sein³⁵⁷. Dieses Recht müsste er dann auch mittels einer Patientenverfügung verwirklichen können. Auf verfassungsrechtlicher Ebene können dann allerdings andere Grundrechte wie das Erziehungsrecht der Eltern mit dem Recht des Minderjährigen auf Selbstbestimmung konfliktieren³⁵⁸.

Auch ein vergleichendes Argument spricht für eine Herabsetzung der Altersgrenze. Bei der Frage der aktuellen Einwilligung in medizinische Behandlungen benötigt der Minderjährige die Einwilligung der Eltern, sofern er selbst nicht die nötige Reife aufweist³⁵⁹. Besitzt er diese allerdings, soll sich in derartigen Konstellationen der Minderjährige mit einem entsprechenden Vetorecht durchsetzen können³⁶⁰, was dann auch bei Patientenverfügungen entsprechend gelten müsste³⁶¹. Eine Möglichkeit wäre es daher, die Eltern als Adressaten einer solchen „Patientenverfügung“ eines Minderjährigen in die Pflicht zu nehmen³⁶². Auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive maßgeblich ist dabei das Kindeswohl³⁶³, es darf jedoch nicht nur schlicht pro Lebensschutz ausgelegt werden³⁶⁴. Nach § 1626 Abs. 2 BGB müssen die Eltern vielmehr die wachsenden Fähigkeiten und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbständigem verantwortungsbewussten Handeln berücksichtigen sowie – soweit es nach dem Entwicklungsstand des Kindes angezeigt ist – Fragen der elterlichen Sorge mit diesem besprechen und ein Einvernehmen erzielen³⁶⁵. Die Behandlungswünsche und der Wille des minderjährigen Patienten sind letztendlich dann auch über diesen Umweg wie eine Patientenverfügung als Ausdruck des autonomen Willens des minderjährigen Patienten zu berücksichtigen.

³⁵⁴ Lange, ZEV 2009, S. 537 (539).

³⁵⁵ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 256; Spickhoff, NJW 2000, S. 2297 (2300) in diese Richtung auch Lipp, Freiheit und Fürsorge, S. 84.

³⁵⁶ Sternberg-Lieben/Reichmann, NJW 2012, S. 257 (259).

³⁵⁷ Bichler, GesR 2014, S. 1 (2); Sternberg-Lieben/Reichmann, NJW 2012, S. 257 (259) m. w. N.

³⁵⁸ Vgl. hierzu Hufen, NJW 2001, S. 849 (852 f.); Rixen, MedR 1997, S. 351 ff.; Spickhoff, FamRZ 2009, S. 1949 (1950 f.); Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 66.

³⁵⁹ Sternberg-Lieben/Reichmann, NJW 2012, S. 257 (259) m. w. N.

³⁶⁰ Conradi, Der Arzt an den Grenzen seines Behandlungsauftrages, S. 89; Lorz, Arzthaftung bei Schönheitsoperationen, S. 141 f.; Spickhoff, AcP 2008, S. 345 (389 ff.); BGH, NJW 2007, S. 217 (218); vgl. hierzu auch Taupitz, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, S. 63 ff.; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 110 ff.; Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 66 ff. sowie die spezialgesetzliche Regelung in § 8a S. 1 Nr. 4 und Nr. 5 TPG bei Knochenmarkentnahmen.

³⁶¹ Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 10; Spickhoff, FamRZ 2009, S. 1949 (1951).

³⁶² Vgl. Putz, FPR 2012, S. 13 (16). Zu den verfassungsrechtlichen Problemen der elterlichen Sorge in diesem Bereich auch Hufen, NJW 2001, S. 849 (852 f.) sowie Sternberg-Lieben/Reichmann, NJW 2012, S. 257 (259).

³⁶³ BVerfGE 68, 176 (188); 75, 201 (218); Sternberg-Lieben/Reichmann, NJW 2012, S. 257 (259).

³⁶⁴ Hufen, NJW 2001, S. 849 (856).

³⁶⁵ Köchl/Fegert, FPR 2007, S. 76 (77). Auch die behandelnden Ärzte müssen den Willen des Minderjährigen entsprechend beachten, vgl. Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, Deutsches Ärzteblatt 2013, S. B1392 (B1393).

Denkbar zur Sicherstellung der Patientenautonomie wäre auch eine Lösung über § 1901a Abs. 5 BGB. Danach könnte eine schriftliche, ausdrücklich den Behandlungsabbruch umfassende Vollmacht auch durch Minderjährige erteilt werden³⁶⁶. Hier entscheidet der minderjährige Patient jedoch nicht selbst über die Frage des Behandlungsabbruchs, sondern nur darüber, wer für ihn entscheiden soll.

Es gibt keine umfassenden empirischen Zahlen zu Patientenverfügungen von Minderjährigen und Kindern, wengleich sich auch im Kindesalter schwere, infauste Krankheiten manifestieren können. Aber auch hier sind Konstellationen denkbar, in denen es bei einer akut notwendigen Entscheidung hinsichtlich des Kindes nicht möglich ist, die Eltern rechtzeitig zu erreichen. Es empfiehlt sich daher auch aus praktischen, tatsächlichen Gründen, Minderjährigen eine entsprechende Vorabverfügung zu gestatten.

Bei Verfügungen minderjähriger Patienten handelt es sich zugegebenermaßen um ein schwieriges und sensibles Thema, das auch aus medizinethischer Sicht einige Unterschiede zum selbstbestimmten Sterben am Lebensende aufweist. Festzuhalten bleibt aber, dass unter dem Aspekt der Patientenautonomie sowie aus verfassungsrechtlichen Gründen das Institut der Patientenverfügung Minderjährigen nicht verschlossen bleiben darf. Auch das 3. BtÄndG stellt ja gerade auf die Einwilligungsfähigkeit und nicht auf die Geschäftsfähigkeit ab, das Erfordernis der Volljährigkeit erweist sich daher als deplatziert, widersprüchlich und systematisch eigentlich überflüssig³⁶⁷. Die Patientenautonomie fordert, dass es sich bei der Patientenverfügung um eine autonome Entscheidung des Betroffenen handeln, diese dann aber uneingeschränkt beachtet werden muss. Die für eine autonome Entscheidung notwendigen Voraussetzungen – auch und insbesondere hinsichtlich der nötigen *capacity* – können durchaus ebenso bei Minderjährigen vorliegen. Das juristische Kriterium der Einwilligungsfähigkeit stellt daher aus Sicht der Patientenautonomie eine geeignete und hinreichende Schwelle für die Errichtung einer Patientenverfügung dar. Die gesetzgeberische und normtextliche Klarstellung, dass Minderjährigen der Zugang zum Institut der Patientenverfügung nach § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB und nicht nur zum Behandlungswunsch nach § 1901a Abs. 2 BGB offensteht, würde daher zur Stärkung des Selbstbestimmungsrechts in Gesundheitsangelegenheiten bei minderjährigen Patienten beitragen.

(3) Schriftform nach § 126 BGB

Nach § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB kann eine Patientenverfügung wirksam nur unter Wahrung der Schriftform nach § 126 BGB errichtet werden. Bloße mündliche konkrete und situationsbezogene Vorabklärungen – selbst wenn sie den notwendigen Grad an Bestimmtheit erreichen und sich auf die Einwilligung oder Untersagung bestimmter, nicht unmittelbar bevorstehender ärztlicher Maßnahmen beziehen – stellen daher keine Patientenverfügung im Sinne des Gesetzes dar, können aber als Behandlungswunsch oder über den mutmaßlichen Willen des betroffenen Patienten nach § 1901a Abs. 2 BGB berücksichtigt werden³⁶⁸.

³⁶⁶ Albrecht/Albrecht, Die Patientenverfügung, Rn. 154; Sternberg-Lieben, in: FS Roxin, S. 537 (543); Sternberg-Lieben/Reichmann, NJW 2012, S. 257 (261 f.).

³⁶⁷ So auch Müller DNotZ 2010, S. 169 (182); Sternberg-Lieben/Reichmann, NJW 2012, S. 257 ff. Auch der „Zöller-Entwurf“ stellte lediglich auf die Einwilligungsfähigkeit einer natürlichen Person ab, § 1901b Abs. 1 BGB-E i.d.F. BT-Drs. 16/11493.

³⁶⁸ Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 11.

Der Gesetzgeber will angesichts der möglichen weitreichenden Folgen der Festlegungen für Gesundheit und Leben der Betroffenen durch das Schriftformerfordernis v. a. vor übereilten oder unüberlegten Festlegungen warnen³⁶⁹. Als Begründung für das Schriftformerfordernis werden zudem Erfahrungen aus der Praxis angeführt: Diese hätten gezeigt, dass es bei einem bloß mündlich geäußerten Willen in der konkreten Entscheidungssituation oftmals zu Beweis- und Auslegungsproblemen komme, wodurch Betreuer, Bevollmächtigte, aber auch Angehörige und Ärzte in große Konfliktsituationen gelangen könnten³⁷⁰. Ebenso kann im Gegensatz zum einwilligungsfähigen Patienten im Anwendungsfall der Patientenverfügung der einwilligungsunfähige Patient ja gerade nicht mehr nach seinem aktuellen Willen befragt werden. Es ist daher nahezu offensichtlich, dass schriftliche Festlegungen den Willen des Patienten langfristig besser sowie klarer darstellen und beweisen als mündliche Äußerungen. Die an der Umsetzung der Patientenverfügung Beteiligten haben dadurch ein höheres Maß an Rechtssicherheit.

(4) Höchstpersönlichkeit der Verfügung

Mit dem durch die Schriftform bezweckten Übereilungsschutz geht auch einher, dass die Höchstpersönlichkeit der Errichtung einer Patientenverfügung nach h. M. eine notwendige Voraussetzung darstellt und damit keine Vertretung möglich ist, was sich zwar nicht direkt aus dem Wortlaut des Gesetzes, aber aus dem Gesamtzusammenhang ergibt³⁷¹. Aus der geforderten Höchstpersönlichkeit folgt aber auch, dass Eltern keine Patientenverfügung stellvertretend für ihr minderjähriges Kind, dem dieses Institut nach § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB verschlossen ist³⁷², errichten können³⁷³.

Auch die Patientenautonomie, die den autonomen Willen des Betroffenen erfasst, gebietet, dass die schriftliche Äußerung und Vorabverfügung dieses Willens vom Betroffenen selbst stammt.

(5) Festlegungen für nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen des Gesundheitszustands, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe

Nach § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB dürfen die Untersuchungen des Gesundheitszustands, Heilbehandlungen oder ärztlichen Eingriffe nicht unmittelbar bevorstehen. Andernfalls ist für die Zulässigkeit der fraglichen Maßnahmen auf die Kriterien der aktuellen Einwilligung bzw. Einwilligungsverweigerung abzustellen, die auch mündlich erklärt werden kann³⁷⁴. Bei dem Terminus der Unmittelbarkeit handelt es sich allerdings um ein wertendes Element mit Pro-

³⁶⁹ BT-Drs. 16/8442, S. 13.

³⁷⁰ So die Beschlussempfehlung und Stellungnahme des BT-Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/13314, S. 7.

³⁷¹ *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2009, S. 426 (431); *BeckOK-Müller*, § 1901a BGB, Rn. 13; *Locher*, FamRB 2010, S. 56 (58); *MüKo-Schwab*, § 1901a BGB, Rn. 8; *Spickhoff*, FamRZ 2009, S. 1949 (1950); *ders.*, Medizinrecht, § 1901a BGB, Rn. 4; *Splett*, Was bedeutet eigentlich „Patientenwille“?, S. 19 (25 ff.); vgl. auch BGHZ 154, 205 (213). Davon zu unterscheiden ist die ggf. durch den Patientenvertreter im Anwendungsfall der Patientenverfügung vorzunehmende Behandlungsentscheidung, bei der die Höchstpersönlichkeit keine notwendige Voraussetzung darstellt; in diese Richtung BGHZ 154, 205 (213) m. w. N., wo dies im Rahmen des betreuungsgerichtlichen Genehmigungserfordernisses erörtert wird; vgl. auch OLG Karlsruhe/Freiburg, NJW 2002, S. 685 f.

³⁷² Vgl. hierzu bereits oben C.III.5.a) (2).

³⁷³ *Sternberg-Lieben/Reichmann*, NJW 2012, S. 257 (261).

³⁷⁴ BT-Drs. 16/8442, S. 13; *BeckOK-Müller*, § 1901a BGB, Rn. 8; *Palandt-Götz*, § 1901a BGB, Rn. 4, 19.

gnoserisiken, das der Rechtssicherheit entgegenstehen kann³⁷⁵. Der Grenzfall der palliativen Sedierung³⁷⁶ illustriert, wie schwierig sich eine Abgrenzung zur aktuellen Einwilligung in ärztliche Eingriffe gestalten kann. Auch die Patientenautonomie in ihrer Dimension als *actual condition* gebietet einen Vorrang des aktuell erklärten Willens. Das Kriterium der Unmittelbarkeit muss daher immer im Einzelfall überprüft werden, um eine Grenzziehung zur aktuellen Einwilligung zu ermöglichen.

(6) Bestimmtheitsgebot

Mit dem Bestimmtheitsgebot hat der Gesetzgeber das zentrale, wohl aber auch problematischste Tatbestandsmerkmal der Patientenverfügung normiert. Nach § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB muss der Verfasser einer Patientenverfügung in „bestimmte [...] Untersuchungen seines Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe“ einwilligen oder diese gerade untersagen. Fraglich ist jedoch, welchen Grad an Bestimmtheit die Festlegungen aufweisen müssen.

In den Gesetzesmaterialien lassen sich zumindest Hinweise darauf finden, was nicht unter einer Patientenverfügung zu verstehen ist, weil kein hinreichender Bestimmtheitsgrad erreicht wird: Gemeint sind dabei allgemeine Richtlinien für eine künftige Behandlung oder Behandlungswünsche bezüglich des Ortes sowie der Art und Weise der Behandlung³⁷⁷. Eine Aussage wie „Wenn ich einmal sehr krank und nicht mehr in der Lage bin, für mich selbst zu sorgen und ein für mich erträgliches umweltbezogenes Leben zu führen, möchte ich in Würde sterben dürfen und nicht der Apparatedizin ausgeliefert sein.“³⁷⁸ oder „Wenn keine Aussicht auf Besserung im Sinne eines für mich erträglichen und umweltbezogenen Lebens besteht, möchte ich keine lebensverlängernden Maßnahmen [...]“³⁷⁹ sollen daher nicht dem von § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB geforderten Bestimmtheitsgebot entsprechen.

Es liegt auf der Hand, dass es kaum möglich ist, im Voraus alle denkbaren Krankheits- und Behandlungssituationen vollumfänglich in einer Patientenverfügung zu erfassen³⁸⁰. Dieses grundsätzliche, der Patientenverfügung aber wohl immanente Problem lässt sich nur schwer überwinden, da nicht voraussehbar ist, ob, wann und in welchem Fall eine Patientenverfügung überhaupt Anwendung findet³⁸¹.

Andererseits ist bezüglich der Bestimmtheit eine Grenze gegenüber zu konkreten, speziellen Vorgaben zu ziehen. Prinzipiell ist eine Patientenverfügung anlässlich einer konkreten Krankheit möglich. Dabei empfiehlt sich eine Rücksprache mit dem behandelnden Arzt über den weiteren Krankheitsverlauf, mögliche Therapien, aber auch Komplikationen etc., um die Passgenauigkeit der inhaltlichen Festlegungen zu gewährleisten und auch bei bereits diagnostizierten, schwerwiegenden Erkrankungen mit entsprechend voraussehbarer Verlaufsprognose so ausreichend informiert zu sein – Stichwort *capacity* –, dass die Patientenverfügung eine autonome Entscheidung enthält. Der Anwendungsbereich wird hierbei lediglich dadurch

³⁷⁵ Spickhoff, FamRZ 2009, S. 1949 (1951); Sternberg-Lieben, in: FS Roxin, S. 537 (542).

³⁷⁶ Albrecht/Albrecht, Die Patientenverfügung, Rn. 73.

³⁷⁷ Z. B. „Ich möchte von Herrn Dr. X im Krankenhaus Y behandelt werden.“, was lediglich als Behandlungswunsch i. S. v. § 1901a Abs. 2 BGB qualifiziert werden kann, vgl. BT-Drs. 16/8442, S. 13.

³⁷⁸ Vgl. Kierig/Behlau, Der Wille des Patienten entscheidet, S. 8.

³⁷⁹ BT-Drs. 16/8442, S. 14.

³⁸⁰ Kierig/Behlau, Der Wille des Patienten entscheidet, S. 8.

³⁸¹ Kierig/Behlau, Der Wille des Patienten entscheidet, S. 8.

begrenzt, dass die Maßnahmen nach § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB nicht – wie bereits dargestellt – unmittelbar bevorstehen dürfen.

Für die Bestimmtheit einer Patientenverfügung aus „gesunden Tagen“ entscheidend ist dagegen nicht die spezifische Krankheit, bezüglich derer der betroffene Patient in eine medizinische Maßnahme einwilligt oder sie ablehnt, sondern vielmehr – in weiter Auslegung des Bestimmtheitsgebots – die entsprechende Behandlungssituation³⁸². Der gesund Verfügende sollte sich daher auf einige exemplarische Krankheitssituationen und die diesbezüglich gewünschten Therapieziele und Behandlungen beschränken³⁸³.

Es wird noch genauer zu untersuchen sein, wie sich das Bestimmtheitsgebot zum Prinzip der Patientenautonomie verhält³⁸⁴. Wie schwierig die gesetzlichen Bestimmtheitsvorgaben zu fassen sind, lässt sich aber am Beispiel eines offensichtlich lebensfrohen Demenzkranken illustrieren, der an einer Lungenentzündung erkrankt, in seiner Patientenverfügung aber festgelegt hat: „Wenn ich einmal dement bin, möchte ich keine lebensverlängernden Maßnahmen.“³⁸⁵ Hier kommt es gar nicht zur Frage, ob die Festlegungen der Patientenverfügung für den Fall der Demenz auch auf die fragliche, indizierte Antibiotika-Behandlung der Lungenentzündung übertragbar sind. Denn hier liegt eigentlich schon keine hinreichend konkrete Behandlungsentscheidung in einer bestimmten Krankheitssituation vor³⁸⁶. Die genannte Äußerung kann also keine unmittelbare Bindungswirkung entfalten, sondern auch hier als allgemeine Aussage wiederum lediglich im Rahmen der Prüfung des mutmaßlichen Willens und der Behandlungswünsche nach § 1901a Abs. 2 BGB berücksichtigt werden³⁸⁷.

b) Verzicht auf weitere Wirksamkeitsvoraussetzungen und Formerfordernisse

Neben den dargestellten, in § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB aufgestellten Voraussetzungen verzichtet das 3. BtÄndG auf einige denkbare Errichtungs- bzw. Wirksamkeitsvoraussetzungen, die in der Diskussion um das Institut der Patientenverfügung erörtert bzw. gefordert wurden³⁸⁸ und die nun aus Sicht der Patientenautonomie zu bewerten sind.

Der bereits anfangs erwähnten Intention des Gesetzgebers, möglichst geringe Hürden zur wirksamen Errichtung einer Patientenverfügung aufzustellen, ist grundsätzlich zuzustimmen. Der Gesetzgeber hat dabei durchaus den möglichen Wertungswiderspruch gesehen, dass die aktuelle Einwilligung in medizinische Maßnahmen auch mündlich erfolgen kann, während für eine vorab erklärte Einwilligung oder Untersagung mittels Patientenverfügung die Schrift-

³⁸² BeckOK-Müller, § 1901a BGB, Rn. 9; Jürgens, Betreuungsrecht, § 1901a BGB, Rn. 8 spricht von der „Art der Maßnahme“; Ihrig, notar 2009, S. 380 (383); Kierig/Behlau, Der Wille des Patienten entscheidet, S. 10; Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 18; Renner, ZNotP 2009, S. 371 (376); Spickhoff, Medizinrecht, § 1901a BGB, Rn. 7; für einen engeren Maßstab MüKo-Schwab, § 1901a BGB, Rn. 17, 20 sowie Albrecht/Albrecht, Die Patientenverfügung, Rn. 163 ff.; dies., MittBayNot 2009, S. 426 (428).

³⁸³ Zimmermann, Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung, Rn. 382 mit Verweis auf BT-Drs. 15/3700, S. 11.

³⁸⁴ Siehe C.III.10.

³⁸⁵ BT-Drs. 16/8442, S. 15.

³⁸⁶ A. A. Ihrig, notar 2009, S. 380 (383), der darauf hinweist, dass zwar eine konkrete Antibiotika-Behandlung nicht genannt ist, mit der Demenz aber die Krankheitssituation ebenso eindeutig beschrieben sei wie die Behandlungsentscheidung der Ablehnung lebensverlängernder Maßnahmen.

³⁸⁷ BT-Drs. 16/8442, S. 15.

³⁸⁸ Vgl. hierzu bereits C.III.1. und 2.

form erforderlich ist³⁸⁹. So könnte eine zu hoch gesetzte Schwelle als paternalistischer Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht und die Autonomie des Patienten angesehen werden. Es wurde gezeigt, dass dies etwa für das Kriterium der Einwilligungsfähigkeit gilt. Die Errichtung einer Patientenverfügung muss einem möglichst großen Kreis der Bevölkerung möglich sein. Insofern hat der Gesetzgeber in seinem Bemühen, nicht allzu hohe Hürden zur Errichtung einer Patientenverfügung aufzustellen³⁹⁰, aus Sicht der Patientenautonomie grundsätzlich richtig gehandelt. Auf der anderen Seite gibt es aber auch Voraussetzungen, die als weich paternalistische Maßnahmen die Patientenautonomie stärken oder überhaupt erst gewährleisten können. Es wird noch zu zeigen sein, inwieweit dies für die Beratungs- und Aktualisierungspflicht gilt, auf die der Gesetzgeber verzichtet hat. Zunächst sollen allerdings die formalen Errichtungsvoraussetzungen diesbezüglich näher untersucht werden.

(1) Formfreiheit und Patientenautonomie

Die Begründungen der einzelnen Gesetzentwürfe und Stellungnahmen lassen sich eher als Rechtfertigung des Schriftformerfordernisses gegenüber mündlichen Erklärungen interpretieren, denn als Begründung dafür, warum auf stärkere Formvorgaben für die Errichtung verzichtet wurde³⁹¹. Im Folgenden soll daher erörtert werden, wie gegenüber dem 3. BtÄndG erhöhte Formanforderungen der Patientenautonomie gesteigerte Rechnung tragen können. Diese wären durchaus mit der gesetzgeberischen Intention des Übereilungsschutzes vereinbar: Der Abfassende soll sich umfassend mit den zu regelnden Fragekomplexen auseinandersetzen und seinen Willen erst anschließend in der Patientenverfügung schriftlich fixieren³⁹². Dazu empfiehlt der Gesetzgeber, sich zusätzlich noch entsprechend medizinisch und juristisch beraten zu lassen, erkennt also, dass es durchaus noch weiterer Voraussetzungen bedarf, um eine autonome, selbstbestimmte und wohlüberlegte Entscheidung zu treffen. Folgerichtig wäre es daher gewesen, die Schriftformanforderungen zu erhöhen, worauf jedoch mit Hinweis auf das Formalismus-Argument verzichtet wurde.

(2) Das Formalismus-Argument

Auf den ersten Blick scheint der Verzicht auf weitere Formanforderungen nämlich mit dem Autonomiegedanken und dem zivilrechtlichen Grundprinzip der Privatautonomie kompatibel zu sein. Als Begründung wird darauf verwiesen, dass die Aufstellung bestimmter Formanforderungen zu einer Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts führen würde. So heißt es etwa im „Zöller-Entwurf“ unter Hinweis auf die allgemeinen Regeln des Zivilrechts, nach denen grundsätzlich Formfreiheit für Erklärungen gelte: „Die Festlegung auf eine bestimmte Form würde eine Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts beinhalten. Formalerfordernisse dürfen die Verwirklichung des Patientenwillens jedoch nicht unnötig erschweren.“³⁹³ Formfreiheit gilt hier als Ausdruck von Selbstbestimmung, die in antizipativer Form durch

³⁸⁹ BT-Drs. 16/8442, S. 13.

³⁹⁰ Vgl. BT-Drs. 16/8442, S. 12 ff.

³⁹¹ BT-Drs. 16/8442, S. 13 („Stünker-Entwurf“) und BT-Drs. 16/13314, S. 7 (Bericht des Rechtsausschusses); vgl. auch *Röthel*, AcP 2011, S. 196 (202).

³⁹² BT-Drs. 16/8442, S. 13; a. A. *Kutzer*, BtPrax 2005, S. 50 f., der auch mündliche Erklärungen zulässt, wenn diese im Gespräch mit dem Arzt erklärt worden sind und zweifelsfrei festgestellt werden kann, dass Rechtsbindungswillen vorliegt.

³⁹³ BT-Drs. 16/11493, S. 11.

das Institut der Patientenverfügung gesetzlich anerkannt und ausgestaltet werden sollte³⁹⁴. Der pauschalen Aussage, dass Formfreiheit automatisch zu einem Mehr an Autonomie und Selbstbestimmung führt, ist aber nicht zuzustimmen. Vielmehr bedarf es angesichts der Problematik, dass Patientenverfügungen ihre Wirkungen für den Erklärenden zeitlich erst zukünftig und in einem bei Abfassung noch nicht voraussehbaren Moment entfalten³⁹⁵, entsprechender Vorkehrungen.

Röthel weist nach, dass derartige Formanforderungen, welche daneben durch die notwendige Informiertheit bzw. *capacity* als Entscheidungsgrundlage auch die autonome Selbstbestimmung der Folgen einer Erklärung sichern sollen, der Zivilrechtsordnung durchaus nicht fremd sind: Als derartige antizipative Erklärungsformen nennt sie etwa das Beurkundungserfordernis von Schenkungsversprechen (§ 518 BGB) und Grundstücksverpflichtungen (§ 331b Abs. 1 BGB) sowie das Verbraucherschutz- und Gesellschaftsrecht als aktuellere Materien, bei denen ebenso eine Belehrung durch Fachleute die Bedeutung und Tragweite der Entscheidung bewusst machen soll³⁹⁶. Dieses Argument lässt sich mit einem Blick auf die jeweiligen Heilungsvorschriften untermauern. Danach heilt die Bewirkung der Leistung den Formmangel, weil der real spürbare Verlust genauso wirkungsvoll über die Folgen belehrt wie die notarielle Beurkundung³⁹⁷. Es liegt auf der Hand, dass bei der Anwendung einer Patientenverfügung im Falle eines irreversiblen Behandlungsabbruchs eine derartige Heilung aus tatsächlichen Gründen nicht möglich ist. Dies spricht allerdings erst recht dafür, dass es bei bestimmten Erklärungen eines besonderen Schutzes vor leichtfertigen und unüberlegten Erklärungen bedarf, was sich auch an den dem Regelungskreis der Patientenverfügung nahestehenden erbrechtlichen Bestimmungen zum Testament zeigt³⁹⁸.

Zwar regeln die genannten Beispiele antizipative Erklärungen nur in Vermögensangelegenheiten. Wenn aber bereits in diesen Fällen ein Schutz des Erklärenden durch erhöhte Formanforderungen anerkannt wird, muss dies erst recht bei den existenziellen Regelungsmöglichkeiten einer Patientenverfügung hinsichtlich der Gesundheitsvorsorge gelten. Auch die Privatrechtsordnung erkennt folglich bei antizipativen Erklärungen entsprechende Errichtungsvoraussetzungen zur Gewährleistung der Selbstbestimmung und Autonomie an. Eine diesem Prinzip folgende rechtliche Ausgestaltung der Formanforderungen bei der Errichtung einer Patientenverfügung wäre daher kein Widerspruch zur generellen Formfreiheit des Zivilrechts. Ein systematischer Formalismus-Einwand kann daher nicht greifen.

Die Behauptung, dass es bisher auch ohne weitere Voraussetzungen bzw. erhöhte Formerfordernisse in der Praxis weder zu besonderen Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Patientenwillens noch zu gravierenden Fehlentscheidungen entgegen dem Willen des Betroffenen gekommen sei³⁹⁹, liefert mangels empirischen Beweises und aufgrund der Unumkehrbarkeit der mittels Patientenverfügung für den Anwendungsfall zu treffenden Entscheidungen kein allzu starkes Argument. *Ex post* kann im Normalfall keine Kontrolle der Validität von Patientenverfügungen stattfinden.

³⁹⁴ BT-Drs. 16/11360, S. 13; BT-Drs. 16/8442, S. 3; BT-Drs. 16/11493, S. 3.

³⁹⁵ Vgl. zu dieser Problematik auch Kapitel C.I.5.

³⁹⁶ Röthel, AcP 2011, S. 196 (205) m. w. N.; Taupitz, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, S. A113.

³⁹⁷ Röthel, AcP 2011, S. 196 (205).

³⁹⁸ §§ 2247 ff. BGB; vgl. Röthel, AcP 2011, S. 196 (206 f.) m. w. N.

³⁹⁹ Müller, ZEV 2008, S. 583 (588).

Zwar ist zuzugeben, dass durch gesteigerte Formerfordernisse zusätzliche Hemmnisse für die Errichtung einer Patientenverfügung, etwa durch zusätzliche Kosten oder erhöhten Zeitaufwand, entstehen können. Das Prinzip der Patientenautonomie fordert jedoch nicht nur den zuverlässigen Beweis des vorab niedergelegten Willens, sondern in seiner Ausprägung der *capacity* auch ein Verständnis und die Reflektiertheit der vom potenziellen Patienten getroffenen Festlegungen. Im Folgenden soll daher gezeigt werden, wie erhöhte Formerfordernisse dieses Verständnis beim Verfasser einer Patientenverfügung erhöhen können. In diesem Sinne ist dem Formalismus-Argument entgegenzuhalten, dass sich Formerfordernisse auch als Garant der Freiheit und Selbstbestimmung erweisen können⁴⁰⁰. Dies gilt ebenso hinsichtlich der Patientenverfügung, des 3. BtÄndG sowie der Patientenautonomie.

(3) Eigenhändige Errichtung – Angabe von Ort und Datum – Notarielle Beurkundung

Als erhöhte Formerfordernisse sind verschiedene Modelle möglich. Zu denken wäre zunächst an eine eigenhändige Errichtung⁴⁰¹, wie dies beispielsweise in § 2247 Abs. 1 BGB für das Testament verlangt wird. Der Sinn bzw. Mehrwert dieses Formerfordernisses lässt sich anhand eines Gedankenexperiments erläutern: Müsste der potenzielle Patient die Patientenverfügung eigenhändig errichten, würde er wohl über einige der von Formularen gängigerweise verwendeten medizinischen Termini „stolpern“, weil er sie nicht ausreichend verstehen könnte. Dies zeigt einerseits, dass ein Übereilungsschutz tatsächlich besser durch eine eigenhändige Errichtung gewährleistet wird, andererseits aber auch, dass der durchschnittliche Patient nicht *per se* die notwendige *capacity* besitzt, um in medizinischen Angelegenheiten eine autonome Entscheidung zu treffen. Bei der bloßen Schriftform besteht daher die Gefahr, dass der Verfasser einer Patientenverfügung lediglich unreflektiert seine Unterschrift unter einen – ggf. sogar extern vorgegebenen – Inhalt setzt, den er sich überhaupt nicht zu eigen gemacht hat oder sogar noch nicht einmal ausreichend versteht. Dies mindert deutlich den Autonomiegrad der zu treffenden Entscheidung.

Das Motiv des Gesetzgebers, keine allzu hohen Hürden für die Wirksamkeit der Patientenverfügung errichten zu wollen⁴⁰², steht einem derartigen Formerfordernis angesichts der Vorteile einer solchen Regelung durchaus nicht entgegen, da sich die vermeintliche Hürde als Garant der Patientenautonomie erweisen kann. Dies gilt umso mehr, als dass – wie der Gesetzgeber selbst anerkennt – die Patientenverfügung weitreichende Folgen für Gesundheit und Leben der Betroffenen haben kann⁴⁰³.

Dass einer derartigen Regelung auch in der Praxis keine Hindernisse im Wege stehen und sich vielmehr der Autonomiegrad der Entscheidung erhöhen lässt, zeigt die rechtsvergleichende Perspektive: Nach dem österreichischen Patientenverfügungsgesetz etwa kann eine Patientenverfügung nur schriftlich unter Angabe des Datums vor einem Rechtsanwalt oder einem Notar errichtet werden, der vorher auf die jederzeitige Widerrufsmöglichkeit und deren Folgen hingewiesen hat⁴⁰⁴.

⁴⁰⁰ So etwa auch *Di Fabio*, DNotZ 2006, S. 342 (345 ff.).

⁴⁰¹ *Röthel*, AcP 2011, S. 196 (212).

⁴⁰² BT-Drs. 16/13314, S. 19.

⁴⁰³ BT-Drs. 16/8442, S. 13.

⁴⁰⁴ § 6 des Bundesgesetzes über Patientenverfügungen vom 8. Mai 2006 (BGBl. Nr. 55/2006); vgl. hierzu auch

Die Regelung des 3. BtÄndG kann zudem zu Problemen beim Beweis der Urheberschaft führen. Wie können sich Arzt und Patientenvertreter als Adressaten der Patientenverfügung⁴⁰⁵ sicher sein, dass die Verfügung wirklich vom betroffenen Patienten stammt und dessen Willen richtig wiedergibt, wenn die Patientenverfügung lediglich aus einem allgemein gehaltenen, vorgedruckten Formular besteht, auf dem einige Kästchen angekreuzt sind und am Ende nur unleserlich der eigene Name darunter gesetzt worden ist⁴⁰⁶? Zwar dürfte eine diesbezügliche Missbrauchsgefahr durch Dritte mittels untergeschobener Patientenverfügungen eher gering einzuschätzen sein, insbesondere bei mehreren, sich widersprechenden bzw. widerrufenen Patientenverfügungen kann dieser Frage aber entscheidende Bedeutung zukommen. Der Mehrwert einer eigenhändigen Errichtung zu Beweis Zwecken setzt dabei natürlich voraus, dass der Verfasser seine Festlegungen insgesamt leserlich niederschreibt. Zur Gewährleistung der Autonomiebedingungen der vorgenommenen Festlegungen kann eine eigenhändige Errichtung aus den dargestellten Gründen allerdings einen wichtigen Beitrag leisten.

Abhilfe könnte ebenso zumindest die Angabe des Ortes und des Tages der Errichtung schaffen, wie dies teilweise vorgeschlagen wird⁴⁰⁷. Neben der Überprüfung der Aktualität kann dies auch zur Klärung der Frage beitragen, ob bei der Errichtung die Einwilligungsfähigkeit des Betroffenen vorlag, da dann ein für die Beurteilung maßgeblicher Zeitpunkt in der Patientenverfügung genannt wird. Dies würde darüber hinaus keine allzu hohe Hürde für die Errichtung einer Patientenverfügung schaffen, da in der Praxis die meisten Verfasser einer Verfügung – wie bei der sonstigen Unterschrift von Verträgen oder Urkunden – vermutlich sowieso Ort und Datum angeben würden. Eine Aufnahme in und Klarstellung durch die gesetzliche Regelung wäre daher nur folgerichtig. Der Einwand der „Formalismus-Gegner“ kann auch hier aus den genannten Gründen nicht durchgreifen.

Teilweise wird hinsichtlich des Verzichts auf weitere Formanforderungen mit einer Ersatzkonstruktion argumentiert. Dabei wird selbst dem Schriftformerfordernis im Ergebnis nur Appellcharakter zugewiesen, da der Wille des Patienten unabhängig von der Wahrung der Formvorschriften als Behandlungswunsch über § 1901a Abs. 2 BGB umzusetzen sei⁴⁰⁸. Diese Verbindlichkeit des Patientenwillens ist zwar aus Sicht der Patientenautonomie folgerichtig. Es bleibt allerdings fraglich, warum der Gesetzgeber angesichts der existenziellen Regelungsmöglichkeiten der Patientenverfügung diesen Umweg über den Behandlungswunsch des § 1901a Abs. 2 BGB vorsieht, dessen Prozedere mit weiteren Gefahren für die Patientenautonomie verbunden ist⁴⁰⁹. Es wäre besser, direkt § 1901a Abs. 1 BGB derart zu gestalten, dass

Heggen, FPR 2010, S. 272 (274) sowie ders., ZNotP 2008, S. 184 ff.

⁴⁰⁵ Zum Adressatenkreis der Patientenverfügung siehe auch Kapitel C.III.9.b).

⁴⁰⁶ Kierig/Behlau, Der Wille des Patienten entscheidet, S. 22. Vgl. hierzu etwa die Vordrucke und Formulierungshilfen des Bayerischen Staatsministeriums für Justiz und Verbraucherschutz (Hrsg.), Vorsorge für Unfall, Krankheit, Alter durch Vollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung, S. 31 ff., die das Ankreuzen entsprechend vorformulierter Passagen und Optionen vorsehen. Eine derartige Ankreuz-Wahlmöglichkeit ist bei den meisten Formularen Standard. Auf die Problematik der Verwendung von Formularen aus Sicht der Patientenautonomie wird unter C.III.16 eingegangen.

⁴⁰⁷ Lange, Inhalt und Auslegung von Patientenverfügungen, S. 74, der auch hier wieder eine Parallele zur Testamenterrichtung nach § 2247 Abs. 1 BGB zieht; Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 11; Spickhoff, FamRZ 2009, S. 1949 (1951); auch der Zöller-Entwurf sah dies als Soll-Vorschrift vor, vgl. BT-Drs. 16/11493, S. 11; BT-Drs. 16/13314, S. 19.

⁴⁰⁸ Ihrig, notar 2009, S. 380 (383).

⁴⁰⁹ Hierauf wird später unter C.III.6.d) noch ausführlich eingegangen.

für den Betroffenen sichergestellt ist, dass sein Wille als tatsächlich autonome Entscheidung zweifelsfrei und beweisfest direkt über die Patientenverfügung im engeren Sinne verbindliche Berücksichtigung finden kann und muss.

Geht es um einen Schutz vor Übereilung oder Irrtümern bei der Abfassung einer Patientenverfügung⁴¹⁰, könnte auch eine notarielle Beurkundung Abhilfe schaffen, da der Notar nicht nur die Einwilligungsfähigkeit überprüft, sondern neben Beratung und Belehrung über die rechtlichen Wirkungen sowie die Reichweite der Patientenverfügung gemäß § 17 BeurkG auch eine rechtlich ordnungsgemäße, treffende und klare Formulierung des Willens des potenziellen Patienten sicherstellt⁴¹¹. Dies bietet aus Sicht der Patientenautonomie einen Mehrwert, da diese Hilfe zu einer rechtlich ordnungsgemäßen und verbindlichen Abfassung des Patientenwillens führt und dadurch eine höhere Gewähr für die Beachtung des individuellen Willens im konkreten Anwendungsfall bietet sowie den Autonomiegrad der Entscheidung erhöht. Gerade aufgrund der existenziellen Regelungsmöglichkeiten durch das Institut der Patientenverfügung kann eine solche, die rechtliche Verbindlichkeit sicherstellende Formanforderung geboten sein. Sonst droht dem Verfasser lediglich eine Scheinsicherheit, da sein in der Patientenverfügung vorab verfügter Wille *in concreto* doch nicht diejenige Bindungswirkung hat, die er bei der Errichtung annahm. Auch das Beurkundungserfordernis erscheint daher nur auf den ersten Blick als eine Hürde für die Selbstbestimmung. Vielmehr trägt es dazu bei, dass die Voraussetzungen für eine autonome Entscheidung vorliegen und dieser auch rechtliche sowie tatsächliche Bindungswirkung zukommt. Die notarielle Beurkundung kann also zuverlässig gewährleisten, dass der Verfasser eine höhere Sicherheit erhält, tatsächlich eine valide Patientenverfügung errichtet zu haben, die im Anwendungsfall greift und angewendet werden kann. Dieser Aspekt überwiegt aus Sicht der Patientenautonomie in der Abwägung mit den dem Einzelnen dadurch auferlegten Pflichten und Kosten.

Da eine notarielle Beurkundung durch die damit verbundenen Hürden aber durchaus ein höheres subjektives Hemmnis für potenzielle Verfasser einer Patientenverfügung darstellen kann als die bloße eigenhändige Errichtung, sind diese Nachteile der erhöhten Formanforderung mit den Bedingungen der Patientenautonomie in Ausgleich zu bringen. Um die vom Autonomieprinzip geforderte Reflektiertheit zu erfüllen, kann daher aus tatsächlichen Gründen eine eigenhändige Errichtung zur Gewährleistung der Autonomie der getroffenen Festlegungen genügen.

Unabhängig von der gesetzlich in § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB vorgeschriebenen Schriftform kann der Verfasser einer Patientenverfügung selbständig auch eine der genannten höherwertigen Formen wählen, was aus praktischen Gründen zu empfehlen ist⁴¹². Eine derart beurkundete Patientenverfügung bietet eine höhere Gewähr dafür, dass einerseits alle gesetzlichen Vorgaben eingehalten sind und andererseits – was aus Sicht der Patientenautonomie entscheidend ist – der darin niedergelegte Wille tatsächlich in der vom Verfasser vorgesehenen Weise verstanden und angewandt wird. Eine Verschärfung der Formvorschriften würde daher der Patientenautonomie dienen.

⁴¹⁰ BT-Drs. 16/8442, S. 13; Schäfer/Sommer, ZRP 2007, S. 135.

⁴¹¹ Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, S. 594 (612); BeckOK-Müller, § 1901a BGB, Rn. 10; Gaidzik, Patientenverfügungen, S. 16 f.; Höfling/Schäfer, Leben und Sterben in Richterhand?, S. 19 f.; Müller, ZEV 2008, S. 583 (588).

⁴¹² So etwa aus der Notarpraxis Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2009, S. 426 (431).

c) Anwendungssituation: Einwilligungsunfähigkeit

Der Gesetzgeber hat in § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB nicht nur die Errichtungs- und Wirksamkeitsvoraussetzungen normiert, sondern auch den Anwendungsfall der Patientenverfügung festgelegt. Mit der Einwilligungsunfähigkeit handelt es sich dabei um die Kehrseite der Errichtungsvoraussetzung der Einwilligungsfähigkeit⁴¹³ und damit den Fall, dass dem Betroffenen die natürliche Einsichts- und Steuerungsfähigkeit fehlt. Dies zielt auf komatöse, bewusstlose Patienten sowie auf Schädigungen des Gehirns nach Unfällen, Schlaganfällen, Schock, Lungenversagen oder nach Reanimation, aber auch schleichende Hirnabbauprozesse wie die Demenz. Häufig beziehen sich die Verfasser aber auch auf Zustände, in denen der Wille nicht mehr frei und eigenständig gebildet oder nicht mehr verständlich geäußert bzw. Nahrung und Flüssigkeit nicht mehr auf natürliche Weise aufgenommen werden können⁴¹⁴. Daneben können die Anwendungssituationen andererseits – im Sinne einer vor dem 3. BtÄndG geforderten Reichweitenbegrenzung – inhaltlich eingegrenzt werden, indem etwa ein mit aller Wahrscheinlichkeit unumkehrbarer Sterbeprozess bereits eingesetzt haben oder zumindest das Endstadium einer unheilbaren, tödlich verlaufenden Krankheit vorliegen muss, obwohl der Todeszeitpunkt noch nicht absehbar ist.

An das Kriterium der Einwilligungsunfähigkeit schließt sich die Folgefrage an, wer in der Praxis feststellt, ob der betroffene Patient einwilligungsunfähig ist bzw. wie das hierfür notwendige Verfahren aussehen muss⁴¹⁵. Während dies etwa bei Komapatienten relativ leicht zu beantworten sein wird, lässt sich bei Patienten mit Hirnabbauprozessen eine Grenze schwieriger ziehen.

Eine Abgrenzung zur Einwilligungsfähigkeit ist allerdings nicht nur medizinisch und aus Sicht der Patientenautonomie als *actual condition* geboten⁴¹⁶, sondern auch rechtlich erforderlich, da bei bestehender Einwilligungsfähigkeit die aktuelle Entscheidung des Betroffenen vorrangig ist. Patientenverfügungen dagegen verlängern die eigene Autonomie gerade für die Zeit, in welcher der betroffene Patient zu keiner eigenen autonomen Entscheidung mehr fähig ist.

Der Gesetzgeber hat allerdings nicht festgelegt, ob diese Einwilligungsunfähigkeit unumkehrbar sein muss. Aus Sicht der Patientenautonomie und in Anbetracht des ausdrücklichen Verzichts auf eine Reichweitenbegrenzung nach § 1901a Abs. 3 BGB ist dieses Erfordernis nicht geboten. Die Anordnung eines Behandlungsabbruchs mittels Patientenverfügung ist damit auch für ärztliche Maßnahmen möglich, die ggf. eine Genesung erwarten lassen⁴¹⁷. Das Erfordernis der – empirisch nur schwer feststellbaren – Unumkehrbarkeit würde eine paternalisti-

⁴¹³ Vgl. hierzu C.III.5.a) (1).

⁴¹⁴ Vgl. zu entsprechenden Formulierungen für Anwendungssituationen *Bayerisches Staatsministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Hrsg.), Vorsorge für Unfall, Krankheit, Alter durch Vollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung*, S. 31; *Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Patientenverfügung, Leiden, Krankheit, Sterben*, S. 21 f.

⁴¹⁵ Auf die Gefahren und Chancen aus Sicht der Patientenautonomie bei der Beteiligung Dritter an der Umsetzung der Patientenverfügung wird unter C.III.6.e) noch ausführlich eingegangen.

⁴¹⁶ *Quante, Menschenwürde und personale Autonomie*, S. 192 f.; ethische Kritik an der Patientenverfügung als Vorsorgeinstrument knüpft ja gerade daran an, dass aktuelle Präferenzen gegenüber vergangenen vorrangig sein müssen.

⁴¹⁷ *Coepicus*, NJW 2011, S. 2085 (2087); *Palandt-Götz*, § 1901a BGB, Rn. 20; *Rieger*, FamRZ 2010, S. 1601; *Verrel*, in: *Verrel/Simon, Patientenverfügungen*, S. 31 f.

sche Begrenzung zugunsten des Lebensschutzes, aber zum Nachteil der Patientenautonomie darstellen. Der potenzielle Patient kann unabhängig davon in seiner Patientenverfügung aber individuell die Unumkehrbarkeit zur Voraussetzung machen.

Durch das weite Kriterium der Einwilligungsunfähigkeit können in Patientenverfügungen grundsätzlich auch Vorgaben zu Notfallmedizinischen Maßnahmen⁴¹⁸ und psychiatrischen Erkrankungen⁴¹⁹ niedergelegt werden. Gerade in Notfallsituationen kann es allerdings schwierig sein, rechtzeitig an den Inhalt der Patientenverfügung zu gelangen. In derartigen Fällen ist daher im Zweifel die medizinisch indizierte Behandlung einzuleiten, von der ausgegangen werden kann, dass sie dem mutmaßlichen Willen des Patienten entspricht, was allerdings im weiteren Verlauf – anhand der ggf. beschafften Patientenverfügung – immer wieder überprüft werden muss⁴²⁰.

d) Behandlungswünsche nach § 1901a Abs. 2 BGB als Auffangtatbestand

Mit den Behandlungswünschen des § 1901a Abs. 2 BGB hat der Gesetzgeber einen Auffangtatbestand geschaffen, der alle Wünsche des Patienten bezüglich der medizinischen Behandlung umfasst, die nicht den insoweit strengeren Anforderungen des § 1901a Abs. 1 BGB genügen sowie insbesondere nicht den darin vorgeschriebenen Bestimmtheitsgrad aufweisen. Diese Behandlungswünsche sind für den Patientenvertreter trotzdem in gleicher Weise verbindlich wie die Patientenverfügung im engeren Sinne nach § 1901a Abs. 1 BGB⁴²¹. Um Behandlungswünsche kann es sich daneben handeln, wenn es an der notwendigen Schriftlichkeit fehlt, die Patientenverfügung durch Minderjährige errichtet wird, die Festlegungen der Patientenverfügung wirksam widerrufen worden sind oder die aktuelle Lebens- bzw. Behandlungssituation und die Festlegungen der Patientenverfügung nicht kongruent sind. Sie sind aber auch einschlägig, wenn in der Patientenverfügung festgelegt wurde, dass diese nicht unmittelbar gelten soll, sondern erst nach der Patientenvertreter im Rahmen eines ihm eingeräumten Ermessens entscheiden muss⁴²². Unter Autonomiegesichtspunkten wichtig ist, dass über § 1901a Abs. 2 BGB auch Äußerungen eines Einwilligungsunfähigen beachtet werden können⁴²³, dessen Patientenautonomie ebenfalls soweit wie möglich geachtet werden muss.

Inhaltlich gekennzeichnet sind die Formulierungen von Behandlungswünschen durch die Verwendung unbestimmter und deshalb interpretationsbedürftiger Begriffe. Ein Behandlungswunsch stellt eine „mehr oder weniger konkrete Äußerung des Patienten über die Einwilligung oder Verweigerung einer künftigen ärztlichen Maßnahme [dar], die sowohl dem konkret geäußerten Willen, aber ggf. auch nur dem mutmaßlichen Willen des Patienten zu

⁴¹⁸ Vgl. hierzu *Kreß*, ZRP 2009, S. 69 ff.; *Palandt-Götz*, § 1901a BGB, Rn. 20; *Stolz*, BtPrax 2011, S. 103 ff., der eine Aufnahme entsprechender Notfallklauseln in die Patientenverfügung empfiehlt.

⁴¹⁹ Vgl. *Bickhardt*, Der Patientewille, S. 37; *Brosey*, BtPrax 2010, S. 161 ff.; *Olzen/Schneider*, MedR 2010, S. 745 ff.

⁴²⁰ Empfehlungen der *Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer* zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, Deutsches Ärzteblatt 2013, S. B1392 (B1397).

⁴²¹ Bereits nach alter Rechtslage war der Betreuer durch § 1901 Abs. 3 S. 1 BGB zur Berücksichtigung der Wünsche des Betreuten verpflichtet.

⁴²² BT-Drs. 16/8442, S. 15.

⁴²³ *Beckmann*, FPR 2010, S. 278 (279).

entsprechen hat⁴²⁴. Bereits diese Formulierung zeigt, wie schwierig eine positive Definition des Behandlungswunsches und eine Abgrenzung zur Patientenverfügung nach § 1901a Abs. 1 BGB *realiter* vorzunehmen sein wird⁴²⁵.

Gleichzeitig ermöglichen die Behandlungswünsche dem Patientenvertreter aber auch ein größeres Maß an Flexibilität. So kann er der den meisten Krankheiten wohl immanenten Möglichkeit unvorhersehbarer Entwicklungen sowie unerwarteter Verläufe besser begegnen⁴²⁶. Auch für die Äußerung von Behandlungswünschen muss aber die Einwilligungsfähigkeit vorliegen und die Wünsche des Patienten gerade den Fall der Einwilligungsunfähigkeit betreffen, da ansonsten auf eine aktuelle Einwilligungserklärung bzw. den mutmaßlichen Willen abgestellt werden müsste⁴²⁷.

Auch hinsichtlich der Änderungen durch das 3. BtÄndG, das keine Übergangsvorschriften vorsieht, besitzen die Behandlungswünsche eine wichtige Funktion. Über § 1901a Abs. 2 BGB kann auch die Verbindlichkeit von vor dem 01.09.2009 errichteten Patientenverfügungen aufrecht erhalten werden, welche – sieht man von ggf. notariell beurkundeten einmal ab – die hohen Bestimmtheitsanforderungen des § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB in den meisten Fällen nicht erfüllen dürften⁴²⁸.

Aus Sicht der Patientenautonomie ist der beschriebene Auffangtatbestand positiv zu bewerten, da hierdurch jeder Behandlungswunsch als Ausdruck des autonomen Willens des Patienten – unabhängig von der konkreten Äußerungsform – beachtet werden muss, wengleich der ggf. notwendige Umweg über § 1901a Abs. 2 BGB eine regelungstechnisch fragwürdige Konstruktion darstellt und das Instrument der Patientenverfügung im engeren Sinne eher entwertet. Stattdessen sollten für den potenziellen Patienten die Möglichkeiten erhöht werden, direkt eine wirksame Patientenverfügung nach § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB errichten zu können und damit das hinsichtlich der Patientenautonomie höherwertige Institut der Patientenverfügung im engeren Sinne dem durchschnittlichen Patienten zugänglich gemacht werden. Auch in der Laiensphäre wird sich der dogmatische Unterschied zwischen der Patientenverfügung und den bloßen Behandlungswünschen nur schwierig vermitteln lassen können.

6. Der mutmaßliche Wille als „Einfallstor für Fremdbestimmung“⁴²⁹?

Fehlt es an einem ausdrücklichen Willen i. S. einer – unter Wahrung der dargestellten Wirksamkeitsvoraussetzungen errichteten – Patientenverfügung nach § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB oder entsprechenden Behandlungswünschen des Patienten, ist nach § 1901a Abs. 2 BGB auf den

⁴²⁴ *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2009, S. 426 (427).

⁴²⁵ Die meisten Kommentare sind zurückhaltend bei einer Definition des Behandlungswunsches und verstehen darunter negativ alles, was nicht unter § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB fällt, vgl. etwa MüKo-Schwab, § 1901a BGB, Rn. 41; *Jürgens*, Betreuungsrecht, § 1901a BGB, Rn. 16.

⁴²⁶ *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2009, S. 426 (429).

⁴²⁷ *Ihrig*, notar 2009, S. 380 (382). Insoweit missverständlich die Gesetzesbegründung, die sofort auf den mutmaßlichen Willen und nicht erst auf das Vorliegen von Behandlungswünschen abstellt, vgl. BT-Drs. 16/8442, S. 15. Aus Sicht der Patientenautonomie müssen aber immer erst individuelle Äußerungen des Betroffenen herangezogen werden, bevor Dritte heteronom auf den mutmaßlichen Willen des Betroffenen abstellen dürfen, was zwangsläufig die Gefahr von Fremdbestimmung in sich trägt, wengleich die Behandlungswünsche in der Praxis erst bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens eine Rolle spielen dürften.

⁴²⁸ *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2009, S. 426 (428).

⁴²⁹ *Höfling*, NJW 2009, S. 2849 (2851); *Kierig/Behlau*, Der Wille des Patienten entscheidet, S. 16.

mutmaßlichen Willen des betroffenen Patienten abzustellen, der insoweit als Ersatzinstrument fungiert⁴³⁰. Dies gilt ebenso, wenn es an einer Kongruenz zwischen den Festlegungen und der aktuellen Lebens- sowie Behandlungssituation fehlt. Der mutmaßliche Wille kann – wie noch zu zeigen sein wird – aber auch eingreifen, wenn sich die bei der Abfassung der Patientenverfügung zugrundeliegenden Umstände derart verändert haben, dass die ursprüngliche autonome Entscheidung nicht mehr mit der jetzigen Lebenssituation korrespondiert⁴³¹. In den genannten Fällen muss dann der Patientenvertreter selbst gemäß dem mutmaßlichen Willen des betroffenen Patienten über die Vornahme oder Nicht-Vornahme einer ärztlichen Behandlung entscheiden.

Nach § 1901a Abs. 2 S. 2, 3 BGB soll der Patientenvertreter bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens auf individuelle, konkrete und aussagekräftige Anhaltspunkte wie frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen, ethische oder religiöse Überzeugungen sowie sonstige persönliche Wertvorstellungen des Patienten abstellen.

Der Gesetzgeber greift damit in nicht abschließender Aufzählung die wesentlichen von der Rechtsprechung entwickelten Ermittlungskriterien zum mutmaßlichen Willen auf⁴³². Dabei muss es sich aber gerade um Überzeugungen des betroffenen Patienten handeln, weshalb weder auf allgemeine Wertvorstellungen noch auf ein allgemeines Dogma oder eine *petitio principii* wie „im Zweifel für das Leben“⁴³³ zurückgegriffen werden darf. Wenn, dann müsste diese schon aus verfassungsrechtlichen Gründen⁴³⁴ nicht *in dubio pro vita*, sondern *in dubio pro dignitate*⁴³⁵ lauten.

Im Folgenden soll die vom Gesetzgeber vorgesehene Figur des mutmaßlichen Willens sowie das Verfahren zur Ermittlung bzw. Feststellung diesbezüglicher konkreter Anhaltspunkte erläutert und hinsichtlich der Gefahren für die Patientenautonomie untersucht werden.

a) Der mutmaßliche Wille als fragwürdiger Begriff

Mit der Heranziehung des mutmaßlichen Willens können bereits grundsätzliche Probleme einhergehen, die in der Natur des mutmaßlichen Willens selbst angelegt sind⁴³⁶. *Gerlin-*

⁴³⁰ *Hufen*, NJW 2001, S. 849 (852); *Jox*, Ethik Med 2004, S. 401 (406 f.) spricht von „substitutiver Autonomie“.

⁴³¹ Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 25.

⁴³² Vgl. BGHSt 35, 246 (249 f.); 40, 257 (263), die auch noch die Kriterien der altersbedingten Lebenserwartung sowie des Erleidens von Schmerzen nannten.

⁴³³ *Bühler/Stolz*, BtPrax 2009, S. 261 (263); *Höfling* NJW 2009, S. 2849 (2851); *Kierig/Behlau*, Der Wille des Patienten entscheidet, S. 16; *Locher*, FamRB 2010, S. 56 (59); MüKo-Schwab, § 1901a BGB, Rn. 45; Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 7, 28; *Probst*, FF 2010, S. 144 (147); vgl. zur Problematik der vom BGH noch in der „Kemp-tener Entscheidung“ (BGHSt 40, 257 (263)) herangezogenen allgemeinen Wertvorstellungen bereits oben C.II.2.a) (3).

⁴³⁴ Vgl. hierzu bereits oben C.I.2.a).

⁴³⁵ *Hufen*, NJW 2001, S. 849 (856); *ders.*, Geltung und Reichweite von Patientenverfügungen, S. 44; kritisch hierzu *Schmidt-Recla*, MedR 2008, S. 181 (183).

⁴³⁶ *Beckmann*, MedR 2009, S. 582 (584) m. w. N.; *ders.*, BT-Drs. 15/3700, S. 55 (59); *Höfling*, JuS 2000, S. 111 (116 f.); *Höfling/Rixen*, JZ 2003, S. 884 (892 f.). Interessant sind dabei auch die Ergebnisse einer Studie von *Höfling*, FPR 2007, S. 67 (68), wonach lediglich 55 % der befragten deutschen Vormundschaftsrichter den Rückgriff auf die Rechtsfigur des mutmaßlichen Willens grundsätzlich für eine legitime Entscheidungsgrundlage halten und diesen in knapper Mehrheit sogar als Instrument der Fremdbestimmung beurteilten. *Taupitz*, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, S. 39 nennt den mutmaßlichen Willen „zweifelhaft, aber alternativlos“.

ger etwa nennt das Institut des mutmaßlichen Willens plakativ das „trojanische Pferd der Fremdbestimmung“⁴³⁷. *Tolmein* behauptet sogar, dass es einen mutmaßlichen Patientenwillen als solchen gar nicht gäbe, da ein einwilligungsunfähiger Patient überhaupt keinen aktuellen Willen habe, der gemutmaßt werden oder aus einer vergangenen Willensbekundung in die Gegenwart hinein verlängert werden könne⁴³⁸. Dieser Ansatz geht jedoch in zweierlei Hinsicht fehl: Einerseits kann – wie bei der Patientenverfügung im engeren Sinn nach § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB – auf den Zeitpunkt vor Verlust der Einwilligungsfähigkeit abgestellt werden, andererseits kann Ziel und Bezugspunkt der Mutmaßung auch ein hypothetischer und nicht nur der wirkliche Wille sein⁴³⁹.

Gegner des mutmaßlichen Willens verweisen zudem darauf, dass die für den mutmaßlichen Willen heranzuziehenden Kriterien bloß Wahrscheinlichkeitsaussagen hervorbringen könnten, die für eine existenzielle Frage wie den Verzicht auf oder den Abbruch von lebenserhaltenden Maßnahmen nicht entscheidend sein dürften⁴⁴⁰.

Der mutmaßliche Wille beinhalte daher lediglich die Mutmaßungen Dritter, weshalb es sich nicht um einen realen Willen des Betroffenen an sich, sondern nur um einen „Entscheidungsmaßstab“ für den Patientenvertreter handele⁴⁴¹.

Wie schwierig der mutmaßliche Wille eines Patienten zu ermitteln sein kann, zeigt sich am Kriterium des Schmerzempfindens, auf das auch der BGH ursprünglich abgestellt hatte⁴⁴². Bereits die Alltagserfahrung lehrt, dass dieses individuell höchst unterschiedlich ausgeprägt sein kann⁴⁴³. Hier besteht daher die Gefahr, dass Dritte über das Einfallstor des mutmaßlichen Willens letztlich doch wieder eigene oder objektive Wertungen in die Entscheidungsfindung einbeziehen.

Den Gegnern des mutmaßlichen Willens ist zuzugeben, dass dieser nur sehr schwer feststellbar bzw. ermittelbar sein kann und dadurch die Gefahr der Fremdbestimmung in sich trägt, wenn Dritte letztlich doch eigene Wertvorstellungen unterschieben bzw. unterstellen. Der mutmaßliche Wille kann dabei auch aus Sicht der Patientenautonomie aufgrund der Ermittlung, Formulierung und Interpretation durch Dritte zwar lediglich ein Hilfskonstrukt darstellen, ist aber genauso verfassungsrechtlich geschützt⁴⁴⁴. Die Patientenautonomie, welche den Willen des Patienten zum Maßstab erhebt, gebietet gleichzeitig allerdings einen Vorzug der Figur des mutmaßlichen Willens vor den Maßstäben Dritter.

Damit die Patientenautonomie hier nicht an ihre Grenzen stößt, muss die gesetzliche Regelung daher dafür Sorge tragen, dass der mutmaßliche Wille des betroffenen Patienten hinrei-

⁴³⁷ *Gerlinger*, Betrifft Justiz 2004, S. 396.

⁴³⁸ *Tolmein*, Selbstbestimmungsrecht und Einwilligungsfähigkeit, S. 296; in diese Richtung auch *Beckmann*, MedR 2009, S. 582 (584); *ders.*, FPR 2010, S. 278 (279); *Wagenitz*, FamRZ 2005, S. 669 (671).

⁴³⁹ Vgl. *Holzhauser*, FamRZ 2006, S. 518 (523), der auf die Geschäftsführung ohne Auftrag nach § 677 BGB verweist: Hier werde ein wirklicher Wille (beispielsweise des abwesenden Geschäftsherrn) gemutmaßt. Wenn der Geschäftsherr die Situation, in der die Geschäftsführung notwendig wird, aber gar nicht kennen kann, werde auch hier auf dessen hypothetischen Willen abgestellt.

⁴⁴⁰ *Beckmann*, BT-Drs. 15/3700, S. 55 (59); *ders.*, MedR 2009, S. 582 (584).

⁴⁴¹ *Beckmann*, FPR 2010, S. 278 (279); *Brosey*, BtPrax 2009, S. 175 (176 f.). Mittlerweile wird die Konstruktion des mutmaßlichen Willens in weiteren Gesundheitsangelegenheiten wie der Organspende diskutiert und kritisiert, vgl. *Himpsl/Schmidt-Petri*, SZ vom 7.5.2013, S. 13.

⁴⁴² Vgl. BGHSt 35, 246 (249); 40, 257 (263).

⁴⁴³ Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 25.

⁴⁴⁴ *Hufen*, NJW 2001, S. 849 (852).

chend genau ermittelt wird und festlegen, wie umfangreich diese Ermittlung ausfallen muss bzw. was die maßgeblichen Anhaltspunkte darstellen sollen. Der Gesetzgeber hat dies durch noch zu untersuchende Verfahrensvorgaben – etwa nach § 1901b BGB – zu regeln versucht. Ebenso können die tatsächlichen klinischen Gegebenheiten dem Institut des mutmaßlichen Willens entgegenstehen. Ist der mutmaßliche Wille des Betroffenen nicht gerade offensichtlich, dürfte es mangels entsprechender Kapazitäten im klinischen Alltag schwierig sein, diesen ausreichend und umfassend zu ermitteln⁴⁴⁵.

Dies zeigt aber auch, wie wichtig es ist, mittels Patientenverfügung selbst und autonom für den Fall der eigenen Einwilligungsfähigkeit vorzusorgen und dadurch nicht auf die Ermittlung des mutmaßlichen Willens durch Dritte angewiesen zu sein.

Dazu besteht für den potenziellen Patienten mittels Vorsorgevollmacht die Möglichkeit, dem Patientenvertreter einen entsprechenden Spielraum bzw. die Möglichkeit, nach freiem Ermessen über die Behandlung zu entscheiden, einzuräumen und damit insofern einen Rückgriff auf den mutmaßlichen Willen auszuschließen⁴⁴⁶. Aus Sicht der Patientenautonomie ist dies zulässig, wenn es sich hierbei um eine autonome Entscheidung handelt. Sie liefert den potenziellen Patienten allerdings der umfassenden Entscheidungsmacht eines Dritten aus, was mit weiteren Problemen verbunden sein kann.

b) Wohl und Wille des Patienten als Orientierungspole

Statt des Rückgriffs auf den umstrittenen mutmaßlichen Willen wird teilweise – in Anlehnung an § 1901 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 BGB – gefordert, nach dem subjektiven Wohl des Patienten zu entscheiden⁴⁴⁷ bzw. den mutmaßlichen Willen am Patientenwohl zu orientieren. Im Folgenden soll daher auf das Verhältnis von Wohl und Wille des Patienten eingegangen werden, in dessen Spannungsfeld sich auch das 3. BtÄndG sowie die Patientenautonomie bewegen.

(1) Wohl und Wille des Patienten in Medizinethik und Medizinrecht – *voluntas aegroti suprema lex*

Die Selbstbestimmung und damit der Wille des Patienten spielte historisch keine, allenfalls eine untergeordnete Rolle in der Arzt-Patienten-Beziehung, die vom hippokratischen Heil-auftrag zum Wohl des Patienten geprägt war. Der Wandel des Verständnisses beider Begriffe zeigt sich aber am Paradigmenwechsel, der sich in den letzten Jahrzehnten sowohl in der Medizinethik als auch in der praktischen Medizin vollzogen hat⁴⁴⁸: Galt früher *salus aegroti suprema lex*, hat sich dieses Prinzip zum Grundsatz *voluntas aegroti suprema lex*⁴⁴⁹ gewandelt – statt dem Wohl des Patienten stellt nun dessen Wille das oberste Gebot und die maßgebliche

⁴⁴⁵ Verrel, JR 1999, S. 5 (8).

⁴⁴⁶ Müko-Schwab, § 1901a BGB, Rn. 58.

⁴⁴⁷ Beckmann, BT-Drs. 15/3700, S. 55 (59); ders., FPR 2010, S. 278 (279); Brosey, BtPrax 2009, S. 175 (177).

⁴⁴⁸ Damm, JZ 1998, S. 926 (928); ders., MedR 2010, S. 451 (453); Geisler, DMW 2004, S. 453 (454); Jox, Ethik Med 2004, S. 401 (402); instruktiv zum Begriff des Patientenwillens Splett, Was bedeutet eigentlich „Patientenwille“?, S. 19 ff.

⁴⁴⁹ Conradi, Der Arzt an den Grenzen seines Behandlungsauftrages, S. 54; in der Schmitten, Die Patienten-Vorausverfügung, S. 131 (132); Jox, Ethik Med 2004, S. 401 (402); Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 59, Rn 5ff.; Kamps, ZMGR 2009, S. 207 (208); Salomon, Das Patientenverfügungsgesetz 2009, S. 180; Schöch, Die Aufklärungspflicht des Arztes und seine Grenzen, S. 47 (50); Vossenkuhl, Ethische Grundlagen ärztlichen Handelns, S. 3 (10 f.).

Richtlinie für den Arzt dar. Es hat sich dabei die Einsicht durchgesetzt, dass der Patient nicht nur Objekt der ärztlichen Behandlung und Heilkunst sein darf, sondern selbstbestimmt und auf gleicher Augenhöhe das Verhältnis zum Arzt partnerschaftlich sowie im Vertrauen ausgestalten können muss⁴⁵⁰. Da der Vorrang des Patientenwillens durch das Grundgesetz verbürgt wird, ist dies ist auch verfassungsrechtliches Gebot⁴⁵¹.

Das Arzt-Patienten-Verhältnis hat sich dadurch vom herrschenden Paternalismus hin zur individuellen Selbstbestimmung entwickelt, wobei der Patient mittlerweile in ökonomischer Betrachtungsweise auch als Kunde wahrgenommen wird⁴⁵². Andererseits ist zu bedenken, dass in der Beziehung zwischen Patient und Arzt nicht nur rein rationale Faktoren eine Rolle spielen, weshalb es nicht bloß um die Selbstbestimmung von rechtlichen „Vertragspartnern“ gehen kann⁴⁵³. Vielmehr haben ebenso intersubjektive und individuelle emotionale Faktoren – wie Vertrauen und Fürsorge – eine enorme Bedeutung⁴⁵⁴.

Wohl und Wille können aber auch als interdependent betrachtet werden, indem das Wohl des Patienten in subjektiver Perspektive so interpretiert wird, dass es sich daran orientiert, was der betroffene Patient für sein eigenes Wohl will⁴⁵⁵. Andererseits ist ohne Berücksichtigung des Patientenwillens diesem Wohl nicht gedient, wobei der Patient ohne ein Mindestmaß an Wohlergehen allerdings auch keinen selbstbestimmten Willen bilden kann. Beide Prinzipien stehen also in einem komplementären und interdependenten Verhältnis⁴⁵⁶. Auch die Vernünftigkeit – und damit das Rationalitätselement – der den Entscheidungen einer Patientenverfügung zugrundeliegenden Risikohaltungen und Werturteilen kann subjektiv⁴⁵⁷ oder objektiv⁴⁵⁸ beurteilt werden. Zur Gewährleistung der Autonomie des Patienten müssen sich dessen Erwägungen nach dem der Untersuchung zugrundeliegenden Konzept der Patientenautonomie allerdings nur am eigenen, subjektiven Maßstab messen lassen⁴⁵⁹.

Fraglich ist zur Beurteilung des 3. BtÄndG das „richtige“ Verhältnis zwischen Wohl und Willen des Patienten: Je mehr Mutmaßungen die gesetzlichen Regelungen hinsichtlich eines hypothetischen Willens des Betroffenen vorsehen, desto eher werden auch Erwägungen zum Wohl des Patienten eine Rolle spielen. Zwar bietet die Orientierung am Wohl des Patienten dem Arzt einen ggf. notwendigen Handlungsspielraum⁴⁶⁰. Dies kann jedoch zulasten der Patientenautonomie wirken, wenn dem Willen und der Autonomie des Patienten nicht mehr ausreichend Rechnung getragen wird. Muss aber – wenn es etwa an einem ausdrücklich vorab erklärten Willen fehlt – aus tatsächlichen Gründen auf den mutmaßlichen Willen des Patienten abgestellt werden, muss gewährleistet sein, dass nur der Wille des Patienten maßgeblich bleibt

⁴⁵⁰ Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 3. Kritisch hierzu v. a. aufgrund krankheitsbedingter Grenzen der Selbstbestimmung im klinischen Alltag *Sahm*, Sterbebegleitung und Patientenverfügung, S. 69 f.

⁴⁵¹ *Taupitz*, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, S. A12; vgl. hierzu auch C.I.2.a).

⁴⁵² *Härle*, FPR 2007, S. 47 (48) m. w. N.

⁴⁵³ *Vollmann*, Patientenselbstbestimmung und Selbstbestimmungsfähigkeit, S. 62.

⁴⁵⁴ *Vollmann*, Patientenselbstbestimmung und Selbstbestimmungsfähigkeit, S. 62 m. w. N.

⁴⁵⁵ *Bickhardt*, Der Patientenwille, S. 55; *Gutwald*, Autonomie, Rationalität und Perfektionismus, S. 73 (87).

⁴⁵⁶ *Jox*, Ethik Med 2004, S. 401 (402 ff.).

⁴⁵⁷ Vgl. etwa *Kamps*, ZMGR 2009, S. 207 (208); *Wear*, Patient Freedom and Competence in Health Care, S. 227 ff.

⁴⁵⁸ *Culver/Gert*, Philosophy in medicine, S. 20 ff.

⁴⁵⁹ Vgl. hierzu bereits oben C.I.1.c).

⁴⁶⁰ *Jox*, Ethik Med 2004, S. 401 (405 f.).

und nicht auf objektive, allgemeine Kriterien oder Werthaltungen Dritter abgestellt wird, selbst wenn diese aus wohl gemeinten Erwägungen heraus dem Patienten unterstellt werden. Auch die §§ 1901a ff. BGB müssen dieser Willensorientierung hinreichend Rechnung tragen. Geht der konkret erklärte oder mutmaßliche Wille dem ärztlichen Heilauftrag vor und setzt er diesen Grenzen, darf diesem subjektiven Willen auch kein quasi objektivierter und mit der medizinischen Indikation korrespondierender Wille entgegengesetzt werden, den der Patient nach Ansicht Dritter – seien es Arzt, Vertreter oder Angehörige – in seiner Situation eigentlich haben müsste⁴⁶¹. Folgerichtig dürfen nach der Gesetzesbegründung daher nicht „objektive“ Kriterien wie die ärztliche Diagnose über Art und Stadium der Erkrankung herangezogen und dadurch der Willen des Betroffenen unterlaufen werden⁴⁶². Aspekte wie Lebensqualität und das Erleben von Leid kann der betroffene Patient nur subjektiv selbst beurteilen⁴⁶³. Dies gilt umso mehr als selbst benevolente Dritte subjektiv entsprechend sozioökonomisch, ethisch, kulturell und religiös vorgeprägt sind⁴⁶⁴, was sich die Beteiligten bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens bewusst sein müssen.

Auch wenn eine Auflösung beider Prinzipien im Sinne eines Leitsatzes *salus et voluntas aegroti suprema lex* pauschal nicht möglich ist⁴⁶⁵, versucht eine vermittelnde Ansicht – dem Konzept des weichen Paternalismus ähnlich – Wille und Wohl des Patienten miteinander zu versöhnen⁴⁶⁶. Hierbei ist der Gedanke tragend, dass eine Selbstorganisation in medizinischen Angelegenheiten jeder Form von Fremdbestimmung vorzugswürdig ist und es daher auch bei der Fürsorge nicht um die Durchsetzung eines wie auch immer gearteten objektiven Wohls gehen kann⁴⁶⁷. Richtschnur und Maßstab kann danach auch bei Wohlerwägungen aus dem Fürsorgegedanken heraus nur der Wille sowie die Autonomie des Patienten sein. Die genannten Ansichten lassen aber im Ausnahmefall ein Abstellen auf das Wohl des Patienten zu, wenn sich ein ausdrücklicher oder mutmaßlicher Wille nicht ermitteln lässt⁴⁶⁸. Auch hier zeigt sich wieder das praktische Dilemma beim selbstbestimmten Sterben, das sich in der fehlenden Kommunikationsfähigkeit des Patienten und der fehlenden Überprüfbarkeit der getroffenen Entscheidung über die Vornahme oder Nicht-Vornahme einer medizinischen Maßnahme äußert. Wenn überhaupt kein Wille des Patienten feststellbar ist, also weder eine Patientenverfügung, noch Anhaltspunkte zur Ermittlung des mutmaßlichen Willens vorliegen und dieser sich daher nicht zweifelsfrei ermitteln lässt, stößt auch eine gesetzliche Normierung der Patientenautonomie an tatsächliche Grenzen. Fürsorge stellt nach alledem zwar keine absolut notwendige, jedoch eine günstige Voraussetzung für das Selbstbestimmungsrecht des betroffenen Patienten dar, die nur in Ausnahmefällen – etwa wenn die ärztliche Fürsorge eine lebenserhaltende Therapie gebietet, der betroffene Patient aufgrund seines ausdrücklichen Sterbewunsches dies aber ablehnt – mit dem autonomen Willen des Patienten in Konflikt geraten kann⁴⁶⁹.

⁴⁶¹ Hufen, NJW 2001, S. 849 (851).

⁴⁶² BT-Drs. 16/8442, S. 12.

⁴⁶³ Jox, Ethik Med 2004, S. 401 (406).

⁴⁶⁴ Elliott/Elliott, Journal of Medical Ethics 1991, S. 173.

⁴⁶⁵ Lange, Inhalt und Auslegung von Patientenverfügungen, S. 405.

⁴⁶⁶ Vgl. etwa Damm, MedR 2010, S. 451 (453); Eibach/Schäfer, MedR 2001, S. 21 (26, 28); Rehbock, Ethik Med 2002, S. 131.

⁴⁶⁷ Röthel, AcP 2011, S. 196 (199).

⁴⁶⁸ Borasio/Hefler/Wiesing, Deutsches Ärzteblatt 2009, S. A1952 (A1957); Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 28.

⁴⁶⁹ Härle, FPR 2007, S. 47 (49).

Im Ergebnis ist daher medizinethisch und aus Sicht der Patientenautonomie eine Art Wechselwirkungslehre zwischen Wohl und Wille mit grundsätzlicher Superiorität des Patientenwillens geboten. Erwägungen zum Wohl des Patienten müssen mit möglichen Einschnitten an Patientenautonomie abgewogen werden. Der Begriff des Wohls selbst muss im Lichte der Superiorität des Patientenwillens und der Patientenautonomie interpretiert werden. Wie noch zu untersuchen sein wird, müssen auch das 3. BtÄndG und insbesondere dessen prozedurale Regelungen diese Vorgaben hinreichend berücksichtigen und dadurch Selbstbestimmung und Fürsorge im Sinne der Patientenautonomie in der dargelegten Weise austarieren.

(2) Wohl und Wille des Patienten aus rechtlicher Sicht

Auch im Betreuungsrecht finden sich Bestimmungen, die sich mit dem Verhältnis von Wohl und Wille auseinandersetzen: Nach § 1901 Abs. 2 und Abs. 3 BGB sind die Angelegenheiten des Betreuten so zu besorgen, wie es dessen Wohl entspricht und der Betreuer muss den Wünschen des Betreuten nachkommen, soweit dies dessen Wohl entspricht. Diese Vorschriften, die bezüglich der Patientenverfügung von den *leges speciales* der § 1901a und § 1901b BGB verdrängt werden, könnten als grundsätzliche gesetzgeberische Wertung zur Begrenzung der Patientenautonomie interpretiert werden, die sich dann nur bei einer Kongruenz mit dem Wohl des Patienten durchsetzen dürfte. Hiermit würde aber eine Beschränkbarkeit des Patientenwillens einhergehen, die im Gegensatz zum ausdrücklich mit dem 3. BtÄndG verfolgten Ziel der Stärkung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten steht⁴⁷⁰. Ein derartiges Verständnis würde außerdem Tür und Tor dafür öffnen, sich mittels des mutmaßlichen Willens bzw. eines objektiv verstandenen Wohls über den subjektiven und autonomen Willen des Betroffenen hinwegzusetzen. Die Patientenautonomie wäre letztlich zu einer leeren Hülle degradiert. Für medizinische Angelegenheiten ist zudem höchstgerichtlich geklärt, dass auch eine im objektiven medizinischen Interesse des Patienten geschehende Nichtbeachtung seines Willens einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des betroffenen Patienten darstellt⁴⁷¹.

Auch der BGH stellte in der bereits dargestellten „Lübecker Entscheidung“ auf das Wohl des Patienten ab, nach dem sich der Betreuer zu richten habe, verstand dieses Kriterium bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens aber in einer subjektiven Perspektive. Danach müsse das Wohl des Betroffenen subjektiv interpretiert werden und sich nach dessen Lebensentscheidungen, Wertvorstellungen und Überzeugungen bestimmen⁴⁷². Hieran zeigt sich, dass die gesetzliche Neuregelung durch das 3. BtÄndG in einer Linie mit der Rechtsprechung steht, die bereits auf eine Stärkung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen und der Patientenautonomie eingeschwenkt war. Die Rechtsprechung versuchte eine Austarierung der Begriffe des Wohls und des Willens des Patienten. Sie verwendete aber einen „zumindest objektivierbaren Maßstab“ bzw. ein dem „objektiv zu mutmaßenden Willen des Betroffenen angenähertes Verständnis“ des Patientenwohls, „das einerseits eine ärztlich für sinnvoll erachtete lebenserhaltende Maßnahme gebietet, andererseits aber nicht jede medizinisch-technisch mögliche

⁴⁷⁰ BT-Drs. 16/8442, S. 7 ff.

⁴⁷¹ BGHSt 37, 376 (378); vgl. auch *Taupitz*, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, S. A18 f.

⁴⁷² BGHZ 154, 205 (217) m. w. N.

Maßnahme verlangt⁴⁷³. Dieses Begriffsverständnis bietet jedoch weder einen definitorischen Mehrwert, noch einen konkreten Entscheidungsmaßstab für individuelle Fälle und führt vielmehr zum Ausgangspunkt des Problems zurück. *Notabene* zeigt es, wie schwierig konkret zu treffende Entscheidungen nach allgemeinen Maßstäben und objektivierbaren Moralvorstellungen ohne ausreichende Berücksichtigung der Patientenautonomie sowie des autonomen Willens des Betroffenen juristisch zu fassen und zu bewerten sind. Auch der BGH stößt an systematisch-dogmatische Grenzen: Er bezieht sich für eine Interpretation des Patientenwohls zwar auf allgemeine Wertvorstellungen, kapituliert letztlich aber doch bei dessen konkreter inhaltlicher Ausgestaltung. Da es an allgemein konsentierten medizinethischen Wertvorstellungen hinsichtlich des Patientenwohls fehlt, kann für existenzielle medizinische Entscheidungen am Lebensende – auch in dieser praktischen Hinsicht – nur der individuelle Wille des Betroffenen maßgeblich sein. Die Patientenautonomie stellt daher die praktisch handhabbare und ethisch sowie juristisch gebotene Richtschnur dar. Die gesetzlichen Regelungen müssen dafür Sorge tragen, dass der autonome Patientenwille in allen Phasen und bei allen zu treffenden Entscheidungen beachtet sowie durchgesetzt wird. Allenfalls hilfswise dürfen sie auf ein subjektiv verstandenes Wohl des Patienten abstellen.

c) Grundsätzlicher Vorrang des (antizipierten) Patientenwillens

Richtigerweise setzt der Gesetzgeber des 3. BtÄndG daher nach § 1901a Abs. 1 BGB auf den Vorrang des mittels Patientenverfügung antizipativ erklärten Willens des betroffenen Patienten. Jedenfalls darf durch ein Abstellen auf den mutmaßlichen Willen oder das Wohl des Patienten die Verbindlichkeit des mittels Patientenverfügung ausdrücklich erklärten Willens nicht umgangen oder ausgehebelt werden. Diese darf nicht durch einen Rückgriff auf die spekulative Behauptung unterlaufen werden, der Patient hätte in der konkret vorliegenden Situation vielleicht doch etwas anderes gewollt⁴⁷⁴. Zudem besteht sonst die Gefahr, dass gerade derjenige Wille unterstellt wird, der den Handelnden nach ihren eigenen Vorstellungen am zielführendsten oder genehmsten erscheint⁴⁷⁵. Auch der BGH befürchtete, dass der ausdrücklich erklärte Wille des Patienten auf diese Weise korrigiert bzw. ausgehebelt werden könnte und erklärte den mutmaßlichen Willen daher zum bloßen Hilfsinstrument⁴⁷⁶. Trotz alledem lässt der Gesetzgeber eine Ausnahme von der direkten Bindungswirkung des ausdrücklich in der Patientenverfügung erklärten Willens zu, wenn sich die Sachlage nachträglich so erheblich geändert hat, dass die frühere, in der Patientenverfügung niedergelegte autonome Entscheidung die aktuelle und konkret vorliegende Lebenssituation gerade nicht erfasst⁴⁷⁷. Auch der BGH unterstellte, dass der Patient seine Festlegungen in diesem Fall nicht mehr gelten lassen wolle⁴⁷⁸. Die Patientenautonomie, die in ihrer Ausprägung als *actual condition* einer derartigen, wenn-

⁴⁷³ BGHZ 154, 205 (219).

⁴⁷⁴ BT-Drs. 16/8442, S. 16; *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2009, S. 426 (427); *Ihrig*, notar 2009, S. 380 (384); Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 18; *Taupitz*, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, S. A41.

⁴⁷⁵ *Taupitz*, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, S. A40.

⁴⁷⁶ BGHZ 154, 205 (217 f.).

⁴⁷⁷ BT-Drs. 16/8442, S. 15.

⁴⁷⁸ BGHZ 154, 205 (217); vgl. auch *Bundesministerium der Justiz (Hrsg.)*, Patientenautonomie am Lebensende, S. 17.

gleich engen Abweichungsmöglichkeit offen gegenübersteht, gebietet es jedoch, dass hiervon nur in sorgfältig ermittelten Ausnahmefällen Gebrauch gemacht wird, um der erwähnten Gefahr zu begegnen, dass Dritte ihre eigenen Wertungen und Motive über das Institut des mutmaßlichen Willens in den Entscheidungsprozess einbringen und dadurch die Patientenverfügung des Betroffenen übergehen.

Dies gilt umso mehr, als der ausdrückliche Wille des Patienten – trotz des grundsätzlichen Vorrangs – im Anwendungsfall immer durch den Patientenvertreter als Dritten festgestellt bzw. zumindest aus der schriftlichen Patientenverfügung exzerpiert und anschließend durchgesetzt werden muss, da der Patient selbst mangels Einwilligungsfähigkeit hierzu nicht mehr in der Lage ist. Bereits hier besteht die Gefahr, dass Interessen und Motive Dritter unzulässigerweise in den Ermittlungsprozess eingeführt werden.

Wenn der vorab erklärte Wille des Betroffenen hinreichend bestimmt ist und die Kongruenz der beschriebenen Lebens- und Behandlungssituation mit der aktuell vorliegenden übereinstimmt, muss dieser Wille verbindlich sein und vom Patientenvertreter – unabhängig von eigenen Motiven und Interessen – daher unmittelbar um- bzw. durchgesetzt werden.

Dabei konstatiert der Gesetzgeber selbst, dass es im Einzelfall schwierig oder sogar unmöglich sein kann, den Willen eines Einwilligungsunfähigen zweifelsfrei festzustellen:

Keine materielle gesetzliche Regelung könne den Beteiligten pauschal die im Einzelfall sehr schwer zu treffenden Entscheidungen abnehmen⁴⁷⁹. Das 3. BtÄndG – dessen Begründung das Verfahren des § 1901b BGB jedoch vollständig ausspart⁴⁸⁰ – sieht daher eine vorwiegend prozedurale Lösung mittels eines mehrstufigen Verfahrens zur Ermittlung des Patientenwillens vor, in dem die Patientenverfügung als Ausgangspunkt das tragende Element darstellt.

Der darin festgelegte Wille und damit die Entscheidungshoheit des Patienten sollen danach bindend sein und nicht durch die Eigeninteressen Dritter übergangen werden dürfen⁴⁸¹. Der Gesetzgeber lehnt es zudem ab – trotz der Schwierigkeiten bei der Ermittlung des ausdrücklichen und mutmaßlichen Willens – an dessen Stelle generell objektive Entscheidungskriterien wie den ärztlichen Befund über Art oder Stadium einer Erkrankung zu setzen. Vielmehr stellt die Prüfung der medizinischen Indikation lediglich den ersten Verfahrensschritt dar (vgl. hierzu Punkt (1)).

Erst dann ist „im Zusammenwirken zwischen Arzt und Vertreter verantwortungsvoll zu prüfen, welche Behandlungsentscheidung im Sinne des Betroffenen zu treffen ist“⁴⁸² (vgl. hierzu Punkt (2)). Dabei sollen alle verfügbaren Kommunikationswege genutzt und nahen Angehörigen sowie sonstigen Vertrauenspersonen die Gelegenheit zur Stellungnahme nach § 1901b Abs. 2 BGB gegeben werden (vgl. hierzu Punkt (3)). Erst anschließend soll der Betreuer oder Bevollmächtigte als Patientenvertreter auf Grundlage des auf diese Weise ermittelten Patientenwillens eine Entscheidung bezüglich der konkreten Maßnahme treffen.

⁴⁷⁹ BT-Drs. 16/8442, S. 12.

⁴⁸⁰ Danach handele es sich lediglich um Folgeänderungen durch die Einfügung des § 1901a BGB n. F., vgl. BT-Drs. 16/8442, S. 18.

⁴⁸¹ BT-Drs. 16/8442, S. 12.

⁴⁸² BT-Drs. 16/8442, S. 12.

d) Verfahren zur Ermittlung des mutmaßlichen Patientenwillens⁴⁸³

Das Verfahren zur Feststellung des mutmaßlichen Patientenwillens kann entscheidend für die Patientenautonomie werden, da der mutmaßliche Patientenwille zwar zunächst nur einen Ersatz zu dem in der Patientenverfügung niedergelegten Willen darstellt, wenn er eingreift, aber genauso bindend ist wie die Festlegungen einer Patientenverfügung⁴⁸⁴. Fraglich ist daher auch, ob bzw. inwieweit auch bei diesem Verfahren, bei dem es sich um eine Art „Verfahrenspaternalismus“⁴⁸⁵ handelt, das Prinzip der Patientenautonomie ausreichend Berücksichtigung findet. Grundsätzlich soll das Verfahren der § 1901a f. BGB – wie die meisten prozeduralen Vorschriften zur Patientenverfügung⁴⁸⁶ – dafür sorgen, dass der Wille des Patienten, egal ob ausdrücklich erklärter oder mutmaßlicher Natur, sorgfältig ermittelt wird. Es institutionalisiert somit einen gewissen „Schutz durch Verfahren“⁴⁸⁷. Angesichts der existenziellen zu treffenden Entscheidungen gebietet dies neben der Patientenautonomie bereits die staatliche Schutzpflicht für das Leben und die körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 GG⁴⁸⁸. Dadurch soll ausweislich der Gesetzesbegründung u. a. zum Schutz des Lebens gewährleistet werden, dass eine medizinische Heilbehandlung nicht nur deshalb unterlassen wird, weil es an einer mit der aktuellen Behandlungssituation kongruenten Patientenverfügung fehlt, eine nicht mehr aktuelle Patientenverfügung der Entscheidung zugrunde gelegt oder eine unfreiwillige Willensäußerung maßgeblich wird⁴⁸⁹.

Der Gesetzgeber hat sich bei der Regelung des Verfahrens im Rahmen der § 1901a f. BGB auf die Grundsätze des Medizinrechts und damit die zwei Legitimationsstränge einer jeglichen ärztlichen Behandlung bezogen: Danach muss erstens die vom Arzt angebotene Maßnahme indiziert sein und im Anschluss⁴⁹⁰ zweitens danach entschieden werden, ob der betroffene Patient entsprechend der Indikation behandelt werden möchte oder ob er die indizierte Behandlung ablehnt⁴⁹¹. Zudem wurde mit den §§ 1901a f. BGB ein „System der checks and balances“⁴⁹² zum Schutz der selbstbestimmten Autonomie des betroffenen Patienten geschaffen: Wenn es schon mangels Einwilligungsfähigkeit des Betroffenen aus tatsächlichen Gründen unvermeidlich zu einem gewissen Maß an Fremdbestimmung bei der Durchsetzung dieses autonomen Willens kommen muss, ist zumindest eine sorgfältige Ermittlung des Patientenwillens und dadurch auch eine höhere Richtigkeitsgewähr der zu treffenden Entscheidung zu garantieren⁴⁹³. Allgemein müssen bei der Feststellung des behandlungsbezogenen Willens des Patienten aufgrund der hohen Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter strenge Maßstäbe angelegt werden⁴⁹⁴. Dies gilt umso mehr, wenn eine Behandlung lediglich aufgrund eines mutmaßlichen

⁴⁸³ Das im Folgenden geschilderte Verfahren zur Ermittlung des mutmaßlichen Patientenwillens ist mit den vorzunehmenden Einschränkungen auch bei Vorliegen einer Patientenverfügung anzuwenden.

⁴⁸⁴ *Coeppicus*, NJW 2013, S. 2939 f.; *Ihrig*, notar 2009, S. 380 (382).

⁴⁸⁵ *Joost*, Begrenzte Rationalität und ärztliche Aufklärungspflichten, S. 126 (136).

⁴⁸⁶ Vgl. zu verfahrensrechtlichen Änderungen des 3. BtÄndG auch unter C.III.7.f).

⁴⁸⁷ *Hufen*, NJW 2001, S. 849 (857).

⁴⁸⁸ BT-Drs. 16/8442, S. 9.

⁴⁸⁹ BT-Drs. 16/8442, S. 9.

⁴⁹⁰ Diese zeitliche Abfolge schreibt auch § 1901b Abs. 1 BGB vor.

⁴⁹¹ *Putz*, FPR 2012, S. 13 (15).

⁴⁹² *Albrecht/Albrecht*, Die Patientenverfügung, Rn. 271.

⁴⁹³ *Sternberg-Lieben*, in: FS Roxin, S. 537 (545, 552); *Albrecht/Albrecht*, Die Patientenverfügung, S. 96; *dies.*, MittBayNot 2009, S. 426 (433).

⁴⁹⁴ BGH 2 StR 454/09 vom 25.6.2010, Rn. 38 sowie bereits BGHSt 40, 257, 260 f.

Willens vorgenommen oder unterlassen werden soll. Gerade in diesem Fall kommt aus Sicht der Patientenautonomie dem Verfahren zur Ermittlung des Patientenwillens eine gesteigerte Bedeutung zu.

- (1) Prüfung der medizinischen Indikation durch den Arzt nach § 1901b Abs. 1 S. 1 BGB – Wirksamkeit vs. Nutzen der Behandlung?

Am Beginn des Verfahrens zur Feststellung des Patientenwillens steht der behandelnde Arzt, dem damit bereits hier eine entscheidende Schlüsselrolle zukommt⁴⁹⁵:

Nach § 1901b Abs. 1 S. 1 BGB muss der Arzt prüfen, welche ärztliche Maßnahme im Hinblick auf den Gesamtzustand und die Prognose des Patienten indiziert ist. Auch die standesrechtlichen Bestimmungen der Ärzteschaft zur Sterbebegleitung schreiben zunächst die Stellung einer entsprechenden Indikation vor⁴⁹⁶. In dem hier zu untersuchenden Verfahren zur Ermittlung des Patientenwillens geht es v. a. um die Frage, ob bei einer Indikationsstellung durch den Arzt der autonome Wille des Patienten ausreichend Berücksichtigung findet. Die Indikation bedeutet zwar zunächst lediglich, dass eine ärztliche Maßnahme medizinisch angezeigt ist, oder eben nicht⁴⁹⁷. Es handelt sich hierbei um das fachliche Urteil über den Wert oder Unwert einer bestimmten medizinischen Behandlung⁴⁹⁸, wonach Risiko und Schwere der medizinischen Maßnahme bzw. des Eingriffs, aber auch Erfolgsaussichten sowie der erstrebte Zweck der Heilbehandlung in einem angemessenen und vernünftigen Verhältnis zueinander stehen müssen⁴⁹⁹. Dies ist nicht abstrakt, sondern im konkreten Einzelfall zu ermitteln⁵⁰⁰. Die medizinische Indikation kann aber bereits in diesem Verfahrensstadium auf die Patientenautonomie einwirken und als eine Art Stellschraube fungieren: Kommt der Arzt zu dem Ergebnis, dass bestimmte Behandlungen nicht oder sogar überhaupt keine medizinischen bzw. ärztlichen Maßnahmen indiziert sind, kommt es auf den Patientenwillen nicht mehr an⁵⁰¹. Er muss daher auch nicht mehr – wie im eigentlich als nächstem Verfahrensschritt vorgesehenen Dialog zwischen Arzt und Patientenvertreter – ermittelt werden. In dieser Konstellation kommt damit ebenso eine ggf. vorliegende Patientenverfügung nicht zur Anwendung.

Andererseits kann die Bejahung der medizinischen Indikation für medizinische Maßnahmen, zu denen in der Patientenverfügung keine Aussagen getroffen wurden, dazu führen, dass das Verfahren bereits auf dieser Stufe in eine Richtung gelenkt wird, die dem Patientenwillen widerspricht. Der betroffene Patient muss dann darauf vertrauen, dass sein ggf. ablehnender mutmaßlicher Wille im weiteren Verfahren entsprechend zweifelsfrei ermittelt wird, damit ihm letztendlich keine Behandlung zuteil wird, die er eigentlich ablehnt. Zwar sind, um dieser

⁴⁹⁵ *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2009, S. 426 (431) etwa sprechen von „der Vorfrage scheckthin“; *Kamps*, ZMGR 2009, S. 207 (208). Gleichwohl erwächst nach *Sahm*, Sterbebegleitung und Patientenverfügung, S. 67 f. daraus auch eine gewisse Rechtfertigungs- und Transparenzpflicht für den Arzt.

⁴⁹⁶ *Bundesärztekammer*, Deutsches Ärzteblatt 2011, S. A346 f.; vgl. zur Beurteilung der medizinischen Indikation gerade bei lebenserhaltenden Maßnahmen *Möller*, Die medizinische Indikation lebenserhaltender Maßnahmen, S. 35 ff.

⁴⁹⁷ Vgl. *Creifelds*, Rechtswörterbuch, Stichwort „Indikation“, S. 621; *Gaidzik*, Patientenverfügungen, S. 21.

⁴⁹⁸ Vgl. BGHZ 154, 205 (224). Gleichwohl basiert die Indikationsstellung am Lebensende wohl auch auf ärztlichen Bewertungen der Lebenssituation des Patienten, vgl. *Schildmann*, ErbR 2013, S. 173 (177).

⁴⁹⁹ *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 49, Rn. 1.

⁵⁰⁰ *Bickhardt*, Der Patientenwille, S. 17.

⁵⁰¹ So bereits BGHZ 154, 205 (225); *BeckOK-Müller*, § 1901b BGB, Rn. 2.

Gefahr vorzubeugen, weitere Verfahrensvorkehrungen vorgesehen⁵⁰², der Arzt kann jedoch mit der Bejahung oder Ablehnung der medizinischen Indikation bereits auf der ersten Stufe eine richtungweisende Entscheidung treffen. Aus der umgekehrten Perspektive heraus gilt allerdings auch, dass der betroffene Patient keinen Anspruch auf eine nicht (mehr) indizierte Maßnahme hat⁵⁰³. Der Arzt darf – bereits aus seinem Grundrecht auf Berufsfreiheit – zumindest solche Behandlungen verweigern, die medizinisch nicht indiziert sind⁵⁰⁴.

Dabei stellt die Gesetzesbegründung klar, dass es immer auf den Willen des Patienten ankomme und der ärztliche Befund an sich daher nicht zum Entscheidungsmaßstab für die Zulässigkeit ärztlicher Maßnahmen gemacht werden dürfe⁵⁰⁵. Zwar konstituiert damit allein die ärztlicherseits zu beurteilende Wirksamkeit oder der Nutzen der fraglichen Behandlung nicht das entscheidende Kriterium. Einzige Grenze und rechtlicher Rahmen für die ärztliche Entscheidung wäre in der vorliegenden Konstellation aber lediglich das rechtlich bzw. für den Arzt standesrechtlich Zulässige: Zur Aufgabe des Arztes gehört die Diagnosestellung, die Aufklärung über die therapeutischen Möglichkeiten und Risiken sowie das konkrete Angebot einer bestimmten medizinischen Maßnahme, wobei er eigenverantwortlich anhand des aktuellen Stands der Wissenschaft entscheidet und nur seiner medizinischen Kompetenz sowie seinem ärztlichen Gewissen verpflichtet ist⁵⁰⁶. Diese Problematik wird dadurch verstärkt, dass es sich bei der Indikation nicht um einen Rechtsbegriff handelt⁵⁰⁷. Dies zeigt ein Blick auf die medizinische Definition der Indikation: Medizinisch bezieht sie sich auf den Grund für eine therapeutische oder diagnostische Maßnahme, welcher deren Durchführung in einem Krankheitsfall hinreichend rechtfertigt⁵⁰⁸. Formen bzw. Grade werden nach dem Aspekt der Dringlichkeit unterschieden⁵⁰⁹: Bei der absoluten Indikation muss eine medizinische Behandlung vorgenommen werden, da sonst keine Möglichkeit der Krankheitsbeeinflussung besteht. Bei der vitalen Indikation muss eine medizinische Maßnahme sogar angewandt werden, da sonst Lebensgefahr für den betroffenen Patienten droht. Die relative Indikation bezeichnet dagegen nur die generelle Möglichkeit zur Vornahme einer ärztlichen Maßnahme – ggf. als eine unter mehreren Behandlungsoptionen.

Bezüglich der jeweiligen Zielsetzung wird die kausale Indikation, bei der das Grundleiden beeinflusst wird, von der symptomatischen Indikation unterschieden. Bei Letzterer werden nur bestimmte Symptome und nicht das Grundleiden beeinflusst⁵¹⁰. Sie zielt daher v. a. auf Schmerztherapie, palliative Maßnahmen sowie eine medizinische Grundversorgung ab. Eine

⁵⁰² Vgl. hierzu Kapitel C.III.7.f).

⁵⁰³ BeckOK-Müller, § 1901b BGB, Rn. 2; Kutzer, MedR 2010, S. 531.

⁵⁰⁴ Vgl. auch BGHZ 154, 205 (224).

⁵⁰⁵ BT-Drs. 16/8442, S. 12, a. A. Kutzer, MedR 2010, S. 531 (532), der im Zweifel auf die medizinische Indikation abstellen will.

⁵⁰⁶ MüKo-Schwab, § 1901b BGB, Rn. 5; Locher, FamRB 2010, S. 56 (61).

⁵⁰⁷ Silberg, HFR 2010, S. 104 (110).

⁵⁰⁸ *Psyhyrembel, Klinisches Wörterbuch*, Stichwort „Indikation“, S. 788; vgl. zu Problemen der Indikation auch *Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts*, § 49, Rn. 1 sowie *Sternberg-Lieben*, in: FS Seebode, S. 401 (412 ff.).

⁵⁰⁹ Vgl. zum Folgenden *Psyhyrembel, Klinisches Wörterbuch*, Stichwort „Indikation“, S. 788. Daneben ist noch die elektive Indikation zu nennen, bei der zwar kein zwingender Grund vorliegt, der Zeitpunkt der Behandlungsvornahme jedoch bewusst gewählt werden soll. Die Ausnahmeindikation dagegen beschreibt die Möglichkeit einer medizinischen Behandlung – aber nur aufgrund einer seltenen, für einen konkreten Einzelfall spezifischen Symptomkonstellation.

⁵¹⁰ Silberg, HFR 2010, S. 104 (111).

derartige Versorgung ist unabhängig von den Festlegungen einer Patientenverfügung und auch einer möglicherweise darin niedergelegten Ablehnung jeglicher lebenserhaltender Maßnahmen indiziert⁵¹¹. Bei Anwendungsfragen der Patientenverfügung dürfte es sich in den meisten Fällen um Probleme vitaler und kausaler Indikationen handeln. Da der Gesetzgeber nach § 1901a Abs. 3 BGB auf eine Reichweitenbeschränkung verzichtet und festgelegt hat, dass der Sterbeprozess nicht unumkehrbar eingesetzt haben muss⁵¹², können aber auch andere Indikationsformen einschlägig sein.

Die Stellung der Indikation durch den Arzt und dessen Beurteilung der Wirksamkeit einer Maßnahme gewährleistet die Einbeziehung ärztlichen und medizinischen Sachverstands nach dem Prinzip der *evidence-based medicine*⁵¹³. Dass aber auch dies ein Einfallstor für Fremdbestimmung sein kann, zeigt die bereits erwähnte *futility*-Debatte⁵¹⁴.

Meist sieht sich der entscheidende Arzt zudem mit hochkomplexen Behandlungssituationen konfrontiert, bei denen die Schwierigkeit nicht im Stellen einer einzigen medizinischen Indikation, sondern in der Fülle von einzelnen Indikationen besteht⁵¹⁵. Gerade in Anwendungsfällen von Patientenverfügungen gibt es die einzige medizinische Indikation nicht. Dies stellt ja gerade einen Unterschied zu den rechtlichen Anforderungen an eine aktuelle Einwilligung dar, bei der es immer um eine konkrete Behandlungsmaßnahme geht. Generelle Unsicherheiten ärztlicher Diagnosen und Prognosen sind auch bei dieser aktuellen Einwilligung gegeben, insofern handelt es sich um kein Sonderproblem der antizipativen Patientenverfügung. Aber da es hierbei um existenzielle Fragen am Lebensende geht, bezüglich derer der Betroffene ja gerade nicht mehr befragt werden kann, besteht die Gefahr, dass der behandelnde Arzt – wenn auch unbewusst – sein eigenes Urteil bei der Indikationsstellung einfließen lässt. Zu denken wäre daher daran, als Patientenvertreter bei Zweifeln hinsichtlich der Indikationsstellung eine zweite fachliche Meinung einzuholen⁵¹⁶.

Hinzu kommt, dass es sich bei der Indikationsstellung um eine medizinische Frage handelt, deren Beantwortung je nach medizinisch-technischem Fortschritt differiert. Für den durchschnittlichen Verfasser einer Patientenverfügung dürfte es schwierig sein, diesen zu antizipieren und bei den eigenen inhaltlichen Festlegungen entsprechend zu bedenken. Dies schmälert den Autonomiegrad der Patientenentscheidung und liefert ein weiteres Argument für eine ärztliche Beratung⁵¹⁷.

Problematisch ist auch der Fall, dass ein Patient in seiner Patientenverfügung Maßnahmen verlangt, die nicht bzw. kontraindiziert sind⁵¹⁸. Dies ist etwa bei folgender Konstellation mög-

⁵¹¹ Vgl. hierzu auch Kapitel C.III.11.d).

⁵¹² Vgl. hierzu auch Kapitel C.III.11.

⁵¹³ *Schöne-Seifert*, Grundlagen der Medizinethik, S. 43.

⁵¹⁴ Vgl. hierzu bereits oben C.I.1.c).

⁵¹⁵ *Klinkhammer*, Deutsches Ärzteblatt 2010, S. A1246 (A1247).

⁵¹⁶ *Borasio/Hefßler/Wiesing*, Deutsches Ärzteblatt 2009, S. A1952 (A1957).

⁵¹⁷ Auf eine mögliche ärztliche Beratungspflicht wird unter C.III.15 noch ausführlich eingegangen.

⁵¹⁸ Kontraindikation meint dabei einen Umstand, der die Anwendung eines diagnostischen oder therapeutischen Verfahrens bei an sich gegebener Indikation verbietet bzw. nur unter strenger Abwägung sich dadurch ergebender Risiken zulässt; vgl. *Psyhyrembel*, Klinisches Wörterbuch, Stichwort „Kontraindikation“, S. 890. Bei den vom Patienten gewünschten Maßnahmen wird es sich meist nicht um kontraindizierte Maßnahmen im eigentlichen Sinne handeln, da sie keinen Schaden verursachen, sondern vielmehr um sinnlose Maßnahmen, weil sie keinen Nutzen mehr bringen. Diese Erwägungen wird der Arzt aber bei der Indikationsstellung wohl auch berücksichtigen. Vgl. zur hiermit zusammenhängenden *futility*-Debatte auch C.I.1.c).

lich: Ein Patient möchte ausweislich seiner Patientenverfügung eine Lebenserhaltung „um jeden Preis“. Hierzu hat er in seiner Patientenverfügung für bestimmte Krankheitssituationen festgeschrieben, dass in diesem Fall ganz bestimmte Maßnahmen vorgenommen werden sollen. Selbst wenn diese Festlegungen bei einer engen Auslegung des § 1901a Abs. 1 BGB keine Patientenverfügung darstellen, sind sie über § 1901a Abs. 2 BGB als Behandlungswünsche bzw. im Rahmen des mutmaßlichen Willens bindend zu berücksichtigen. Es kann auch hier ein autonomer Wunsch des Patienten in Widerspruch zur ärztlichen Indikation treten: Lehnt bereits der Arzt die vom Patienten eigentlich gewünschte Maßnahme mangels Indikation ab, kommt es auf den in der Patientenverfügung niedergelegten oder mutmaßlichen Willen des Patienten gar nicht mehr an, da das Verfahren bereits auf der vorherigen Stufe wegen Verneinung der Indikation abgebrochen wird.

Die beschriebene starke Stellung des Arztes wurde daher als „Verärztlichung“ der Wertentscheidungsprozesse am Lebensende⁵¹⁹ kritisiert, kommt dem Arzt über die Indikation doch eine wichtige Vorentscheidungsfunktion zu. Diese kann zulasten des Patientenwillens gehen, auf den es überhaupt nicht mehr ankommt, falls der Arzt die medizinische Indikation verneint⁵²⁰. Aus Sicht der Patientenautonomie wäre es daher folgerichtig, bei Zweifeln hinsichtlich der Indikation bereits den ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen des Patienten einzubeziehen und damit auf den eigentlich erst anschließend vorgesehenen Verfahrensschritt abzustellen, statt das gesetzlich vorgeschriebene Verfahren bereits hier abbrechen zu lassen und dementsprechend keine Behandlung vorzunehmen⁵²¹. Hierüber lässt sich ein auch der Patientenautonomie gerecht werdender Ausgleich zwischen ärztlicher Professionalität und Fürsorge sowie der Maßgeblichkeit des Patientenwillens herstellen.

- (2) Erörterung der medizinischen Indikation zwischen Arzt und Betreuer unter Berücksichtigung des Patientenwillens nach § 1901b Abs. 1 S. 2 BGB

Der nächste Verfahrensschritt enthält das sog. Konsultations- bzw. Dialogverfahren: Dazu soll nach § 1901b Abs. 1 S. 2 BGB die medizinisch indizierte Maßnahme unter Berücksichtigung des Patientenwillens als Grundlage für die nach § 1901a BGB zu treffende Entscheidung in einem „dialogischen Prozess“⁵²² erörtert werden. Der Betreuer oder Bevollmächtigte soll dabei als Vertreter des betroffenen Patienten im Behandlungsverlauf den Kommunikationspartner für den Arzt darstellen⁵²³. Mögliche Inhalte des Gesprächs können zudem die Frage der Einwilligungsfähigkeit des Patienten und eine ggf. notwendige Aufklärung des Patientenvertreters sein⁵²⁴. Auch wenn der Wortlaut der Norm nur vom behandelnden Arzt im Singular spricht, sind hierunter – angesichts des üblichen arbeitsteiligen medizinischen Behandeln

⁵¹⁹ Becker-Schwarze, FPR 2007, S. 52 (54).

⁵²⁰ Becker-Schwarze, FPR 2007, S. 52 (54); Höfling/Rixen, JZ 2003, S. 884 (887 f.); vgl. auch *Enquête-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“*, Zwischenbericht Patientenverfügungen, BT-Drs. 15/3700, S. 61 f., 66.

⁵²¹ In diese Richtung hinsichtlich der Beteiligung des Patientenvertreters sowie der Angehörigen auch Kutzer, MedR 2010, S. 531.

⁵²² BT-Drucks 16/13314 S. 20; MüKo-Schwab, § 1901b BGB, Rn. 1; Schmitz, FamFR 2009, S. 64 (66).

⁵²³ BT-Drs. 16/8442, S. 12. Die Empfehlungen der *Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer* zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, Deutsches Ärzteblatt 2013, S. B1392 (B1396) sprechen von einer „therapeutischen Arbeitsgemeinschaft“ zwischen Arzt, Patient und Patientenvertreter.

⁵²⁴ MüKo-Schwab, § 1901b BGB, Rn. 6.

über die einzelnen Disziplinen hinweg – alle beteiligten Ärzte zu verstehen, mit denen der Patientenvertreter einen Konsens herbeiführen muss⁵²⁵.

Der Gesetzgeber wollte durch das Dialogverfahren verhindern, dass es zu einem Automatismus bei der Anwendung der Patientenverfügung – besonders hinsichtlich eines Behandlungsabbruchs – kommt, sondern der darin festgelegte Wille noch einmal durch den Patientenvertreter sowie den behandelnden Arzt hinterfragt und überprüft wird⁵²⁶. Daher lässt sich von „Selbstbestimmung im Dialog“⁵²⁷ sprechen. Auch aus Sicht der Patientenautonomie ist eine derartige Absicherung durch Verfahren zu begrüßen, da festgestellt werden muss, ob es sich tatsächlich um eine autonome Entscheidung des Patienten handelt, wenngleich damit keine unnötige zeitliche Verzögerung einhergehen darf. Die Patientenautonomie und der Patientenwille kann hier aber nur durch entsprechende formale und prozedurale Vorgaben geschützt werden, da eine pauschale materielle Lösung nicht möglich ist⁵²⁸.

Bezüglich des Spannungsfeldes zwischen Patientenautonomie und dem Prinzip der Fürsorge stellt das Gespräch zur Feststellung des Patientenwillens nach § 1901b Abs. 1 S. 2 BGB ein vermittelndes Instrument dar: Der Patientenvertreter setzt sich dabei für den Willen des Patienten ein, um diesem Ausdruck und Geltung zu verschaffen, während der behandelnde Arzt schon nach ärztlichem Standesrecht auch dem Wohl des Patienten verpflichtet ist. Aus Sicht der Patientenautonomie stellt aber für beide Beteiligte der Wille des betroffenen Patienten die maßgebliche Grundlage dar, schließlich ist auch der Arzt Adressat der Patientenverfügung und diese ihm gegenüber verbindlich⁵²⁹. Ein kollusives Zusammenwirken von Arzt und Vertreter zum Nachteil des Patienten kann dadurch nahezu vollständig ausgeschlossen werden.

Idealtypisch läuft das Verfahren folgendermaßen ab: Der behandelnde Arzt legt dem Patientenvertreter die festgestellte medizinische Indikation dar und stellt ihm dabei die Maßnahmen vor, die er angesichts der Indikation für angebracht hält. Der Patientenvertreter dagegen stellt den autonomen Willen des Patienten dar – sei es der in der Patientenverfügung niedergelegte, seien es bloße Behandlungswünsche oder der mutmaßliche Willen nach § 1901a Abs. 2 BGB. Gemeinsam erörtern nun beide diesen Willen des betroffenen Patienten in Anbetracht der medizinisch indizierten Maßnahme. Der Arzt kann dabei qua seines Fachwissens dem Patientenvertreter helfen, in der Patientenverfügung oder den Behandlungswünschen verwendete Begriffe zu interpretieren bzw. zu klären. Dies setzt allerdings wiederum voraus, dass der Patient diese Termini auch im gebräuchlichen medizinischen Sinn verwendet und ihnen keine eigene Wertung der Laiensphäre zugrunde gelegt hat. Entspricht deren Sinn, von dem der Patient in seiner Verfügung ausging, nicht demjenigen, der bei der Kongruenzprüfung und bei der Erörterung der medizinischen Maßnahme durch den Patientenvertreter sowie den behan-

⁵²⁵ Renner, in: Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, Rn. 511; Spickhoff, FamRZ 2009, S. 1949 (1957).

⁵²⁶ Plenarprotokolle der 227. Sitzung des 16. Deutschen Bundestags vom 18.6.2009, S. 25096; vgl. auch BeckOK-Müller, § 1901b, Rn. 1; Ihrig, notar 2009, S. 380 (384).

⁵²⁷ Borasio, Selbstbestimmung im Dialog, S. 148.

⁵²⁸ Geht es allerdings nicht um den mutmaßlichen Patientenwillen, sondern liegt eine hinreichend bestimmte und kongruente Patientenverfügung vor, kann die Patientenautonomie eine direkte Verbindlichkeit auch für den behandelnden Arzt gebieten, der diese entsprechend beachten und umsetzen muss; vgl. hierzu auch C.III.13.

⁵²⁹ Unter C.III.6.b) wurde bereits gezeigt, dass auch bei einer Orientierung am Wohl des Patienten dem Patientenwillen maßgebliche Bedeutung zukommt.

delnden Arzt angewandt wird, kann es sich zwar ursprünglich eventuell noch um eine autonome Entscheidung handeln, deren Gehalt letztlich jedoch zulasten der Patientenautonomie bei der Anwendung der Verfügung konterkariert wird. Auch um derartigen Missverständnissen vorzubeugen, empfiehlt sich eine vorherige fachkundige ärztliche Beratung⁵³⁰.

Können Arzt und Patientenvertreter kein Einvernehmen über den Willen des Patienten bezüglich der konkreten Behandlungssituation erzielen – entweder hinsichtlich des in der Patientenverfügung niedergelegten Willens nach § 1901a Abs. 1 BGB oder der Behandlungswünsche bzw. des mutmaßlichen Willens nach § 1901a Abs. 2 BGB – ist unter den Voraussetzungen des § 1904 Abs. 1, 2 BGB gemäß § 1904 Abs. 4 BGB das Betreuungsgericht anzurufen. Dies gilt etwa auch, wenn der Patientenvertreter eine Weiterbehandlung verlangt, obwohl diese nach Ansicht des Arztes in der Patientenverfügung abgelehnt wird. Selbst wenn die Voraussetzungen des § 1904 BGB nicht vorliegen, können die Beteiligten jeweils ein betreuungsgerichtliches Überprüfungsverfahren anregen, wenn sie der Meinung sind, dass entgegen dem Wohl oder Willen des Patienten gehandelt wird.

Das skizzierte Verfahren des § 1901b BGB setzt natürlich voraus, dass überhaupt ein Patientenvertreter existiert. Ob – wenn diese Voraussetzung nicht erfüllt ist – ein Betreuer zwingend bestellt werden muss oder wie in derartigen Fällen zu verfahren ist, wird später noch untersucht⁵³¹.

(3) Gelegenheit zur Äußerung für nahe Angehörige sowie Vertrauenspersonen nach § 1901b Abs. 2 BGB

§ 1901b Abs. 2 BGB sieht weiterhin vor, dass sowohl bei der Feststellung des Patientenwillens nach § 1901a Abs. 1 BGB, also der eigentlichen Heranziehung der Patientenverfügung⁵³², als auch bei der Ermittlung der Behandlungswünsche und des mutmaßlichen Willens nach § 1901a Abs. 2 BGB nahen Angehörigen sowie sonstigen Vertrauenspersonen die Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden soll. Dies gilt jedoch nur, soweit dies ohne erhebliche Verzögerung möglich ist, also nicht bei Eilbedürftigkeit, wenn der gesundheitliche Zustand eines Patienten eine sofortige Entscheidung erfordert⁵³³. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll die vom Patientenvertreter und dem behandelnden Arzt vorzunehmende Entscheidung durch den Dialog mit den Angehörigen „auf eine umfassende Grundlage gestellt“⁵³⁴ werden. Gleichzeitig kann das Gespräch mit den Angehörigen aber auch dem Arzt und dem Patientenvertreter bei der Entscheidungsfindung helfen, indem es bestehende Zweifel beseitigt, das bereits gefundene Urteil bestärkt und dadurch die beiden Entscheider von einem gewissen Druck entlastet⁵³⁵. Empirisch wünschen die meisten Betroffenen für den Fall der eigenen Einwilligungsunfähigkeit eine Entscheidung durch den Arzt und die Angehörigen, während die Beteiligung sonstiger Dritter mehrheitlich abgelehnt wird⁵³⁶. Bei nahen Angehörigen handelt es sich klassischerweise um den Ehegatten bzw. Lebenspartner, Eltern, Kinder und Geschwi-

⁵³⁰ Von einer entsprechenden Beratungspflicht hat der Gesetzgeber des 3. BtÄndG allerdings abgesehen. Zu den daraus entstehenden Gefahren für die Patientenautonomie vgl. später noch ausführlich unter C.III.15.

⁵³¹ Vgl. unter C.III.8.

⁵³² MüKo-Schwab, § 1901b BGB, Rn. 2.

⁵³³ BeckOK-Müller, § 1901b BGB, Rn. 7; MüKo-Schwab, § 1901b BGB, Rn. 14.

⁵³⁴ BT-Drs. 16/8442, S. 11.

⁵³⁵ BT-Drs. 16/8442, S. 16.

⁵³⁶ Sahm, Sterbebegleitung und Patientenverfügung, S. 95 ff., 185 weist dies entsprechend nach.

ster, aber auch andere Verwandte und Verschwägte in einem tatsächlichen persönlichen Näherverhältnis, während eine Vertrauensperson nicht unbedingt in einem Verwandtschaftsverhältnis mit dem Patienten stehen, sondern lediglich ein besonderes Vertrauensverhältnis besitzen muss⁵³⁷. Dadurch sollen nach der Gesetzesbegründung auch Pflegeeltern bzw. -kinder, aber auch Lebensgefährten, enge Freunde sowie Seelsorger und langjährige Pflegepersonen als entsprechende Vertrauenspersonen fungieren können⁵³⁸. Gerade diese Personengruppen können durch ihre besondere Nähe und die dadurch in den meisten Fällen gegebene Kenntnis des Patienten bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens helfen und dadurch dazu beitragen, dass dieser autonome Wille des Betroffenen durchgesetzt wird. Der Gesetzeswortlaut, der von der „Gelegenheit zur Äußerung“ spricht, geht von einem dialogorientierten Gespräch als Idealfall aus, lässt aber auch eine einseitige – ggf. schriftliche – Erklärung genügen⁵³⁹.

Die Funktion der Beteiligung der Angehörigen und Vertrauenspersonen kann bei der Patientenverfügung im engeren Sinne nach § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB auch in der Feststellung der Kongruenz zwischen den Festlegungen der Patientenverfügung und der aktuellen Lebens- und Behandlungssituation liegen⁵⁴⁰. Gesteigerte und eigentliche Bedeutung kommt der Anhörung allerdings bei den Behandlungswünschen und dem mutmaßlichen Willen nach § 1901a Abs. 2 BGB zu: Je weniger der Patientenvertreter – dies wird v. a. für Berufsbetreuer gelten – über den Patienten, dessen Willen, Wertvorstellungen und Vorgeschichte weiß, desto intensiver wird er Vertrauenspersonen einbeziehen müssen⁵⁴¹. Eine Grenze wird lediglich in einem sinnvollen Verhältnis zwischen Aufwand und zu erwartendem Nutzen gesehen⁵⁴².

Die eigenen Vorstellungen sowie den Inhalt der eigenen Patientenverfügung als Patient mit nahen Angehörigen und Vertrauenspersonen abzusprechen, macht in jedem Fall Sinn: Diese können die Festlegungen – falls nötig – zu gegebener Zeit entsprechend bezeugen oder bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens des Betroffenen helfen, falls die Patientenverfügung nicht auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation passt oder sie aus anderen Gründen unwirksam sein sollte⁵⁴³. Daneben können sie das vom Patientenvertreter und behandelndem Arzt nach § 1901b Abs. 1 S. 2 BGB gefundene Ergebnis bestätigen und bestärken, was gerade aufgrund der – häufig als schwer empfundenen – moralischen Last und Verantwortung, welche die Beteiligten bei der Durchsetzung einer Patientenverfügung und v. a. eines Behandlungsabbruchs tragen müssen, zu einer Entlastung der entscheidenden Personen beitragen kann⁵⁴⁴. Eine entsprechende Beteiligung sahen daher ebenso alle anderen Gesetzentwürfe vor⁵⁴⁵.

Bezüglich der Ausnahme der „erheblichen [zeitlichen] Verzögerung“ nach § 1901b Abs. 2 a. E. BGB stellt der Gesetzgeber sowohl auf die Dringlichkeit der gebotenen Behandlung als auch darauf ab, wie aufwändig die betreffenden Personen bzw. deren Anschrift zu ermitteln

⁵³⁷ BT-Drs. 16/13314, S. 20; BT-Drs. 16/8442, S. 16; vgl. auch BeckOK-Müller, § 1901b BGB, Rn. 6; MüKo-Schwab, § 1901b BGB, Rn. 10; Spickhoff, Medizinrecht, § 1901b, Rn. 3.

⁵³⁸ BT-Drs. 16/8442, S. 16; BeckOK-Müller, § 1901b BGB, Rn. 6.

⁵³⁹ Spickhoff, FamRZ 2009, S. 1949 (1952).

⁵⁴⁰ Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2009, S. 426 (432).

⁵⁴¹ Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2009, S. 426 (432).

⁵⁴² Spickhoff, FamRZ 2009, S. 1949 (1952).

⁵⁴³ Kierig/Behlau, Der Wille des Patienten entscheidet, S. 9 f.

⁵⁴⁴ Müller, ZEV 2008, S. 583 (587). In diese Richtung auch die Gesetzesbegründung BT-Drs. 16/8442, S. 16.

⁵⁴⁵ § 1904 Abs. 4 BGB-E i.d.F. BT-Drs. 16/11360 sowie § 1901d Abs. 2 BGB-E i.d.F. BT-Drs. 16/11493.

sind oder ob diese nur sehr schwer erreicht werden können⁵⁴⁶. Auch hier kann die Heranziehungspflicht eine Grenze in einem möglichen Missverhältnis zwischen Aufwand und zu erwartendem Nutzen finden⁵⁴⁷.

Es stellt sich darüber hinaus die Frage, ob das gesetzlich vorgesehene Anhörungserfordernis als „soziale Kontrolle“⁵⁴⁸ verpflichtend ist oder ob von ihm abgesehen werden kann. Der Wortlaut, der die Anhörung zwar als Regelfall vorsieht⁵⁴⁹, aber eine bloße Soll-Vorschrift normiert⁵⁵⁰, lässt dies grundsätzlich zu. An einen Anhörungsverzicht ist daher etwa bei Streitigkeiten oder Meinungsverschiedenheiten mit Verwandten bzw. nahen Angehörigen zu denken⁵⁵¹. Hierdurch wird auch einer entsprechenden – aber wohl eher gering einzuschätzenden – Missbrauchsgefahr durch die Angehörigen begegnet, kann doch auf die Anhörung zumindest verzichtet werden, wenn eine Heranziehung bestimmter Personen dem erklärten oder erkennbaren Willen des Betroffenen widerspricht⁵⁵². Aus Sicht der Patientenautonomie kann hier nur der individuelle Wille des Betroffenen maßgeblich sein. Das durch die Beteiligung der Angehörigen verfolgte Erkenntnisinteresse muss dahinter zurückstehen⁵⁵³.

Daraus folgt darüber hinaus die grundsätzliche Möglichkeit eines vollständigen vorherigen Verzichts auf die Anhörung⁵⁵⁴, wenngleich der Patient die dadurch entstehenden Risiken, die in einer Fehlinterpretation seiner Verfügung mangels klarstellender Äußerungen Dritter liegen können, dann selbst tragen muss. Daher sollte ein solcher Verzicht lediglich in Ausnahmefällen je nach persönlicher Situation und bei außergewöhnlich schlechten bzw. schwierigen Vertrauensbeziehungen im persönlichen Umfeld des Patienten in Erwägung gezogen werden. Mit der Einbeziehung Dritter zum Wohl des Patienten – welches auch hier durchaus in der Durchsetzung von dessen eigenen, wenn auch mutmaßlichen Willen liegen kann – liegt wiederum ein Beispiel vor, wie die Patientenautonomie zu ihrer effektiven Durchsetzung durch die Beteiligung Dritter gestärkt werden kann. Soll die Patientenautonomie als verbindliches und allgemein zu achtendes Recht des Betroffenen im Sinne einer *sovereign authority* realisiert werden, bedarf es aus praktischen Gründen – der Patient selbst ist ja einwilligungsunfähig – auch eines bestimmten Maßes an Fürsorge Dritter, die allerdings wiederum ihre Grenze darin finden muss, dem Selbstbestimmungsrecht und Willen des betroffenen Patienten Ausdruck

⁵⁴⁶ BT-Drs. 16/8442, S. 16; BT-Drs. 16/13314, S. 20f.; BeckOK-Müller, § 1901b BGB, Rn. 7; MüKo-Schwab, § 1901b BGB, Rn. 14.

⁵⁴⁷ Spickhoff, Medizinrecht, § 1901b BGB, Rn. 4; ders., FamRZ 2009, S. 1949 (1952).

⁵⁴⁸ Beckmann, MedR 2009, S. 582 (583).

⁵⁴⁹ Albrecht/Albrecht, Die Patientenverfügung, Rn. 249; gegen eine Anhörungspflicht Ihrig, notar 2009, S. 380 (385).

⁵⁵⁰ MüKo-Schwab, § 1901b BGB, Rn. 9; Palandt-Götz, § 1901b, Rn. 1; Schmitz, FamFR 2009, S. 64 (66).

⁵⁵¹ Albrecht/Albrecht, Die Patientenverfügung, S. 88, Rn. 249; BeckOK-Müller, § 1901b BGB, Rn. 7; Schmitz, FamFR 2009, S. 64 (66); Sternberg-Lieben, in: FS Roxin, S. 537 (543).

⁵⁵² Etwa bei getrennt lebenden Ehegatten sowie Kindern oder Pflegepersonen, mit denen sich der Betroffene zerstritten hat; so etwa BeckOK-Müller, § 1901b BGB Rn. 7; Diehn/Rebhan, NJW 2010, S. 326 (327); MüKo-Schwab, § 1901b BGB, Rn. 15; Sternberg-Lieben, in: FS Roxin, S. 537 (544); Palandt-Götz, § 1901b BGB, Rn. 1 sowie bereits der BT-Rechtausschuss in BT-Drs. 16/13314, S. 21.

⁵⁵³ MüKo-Schwab, § 1901b BGB, Rn. 15.

⁵⁵⁴ Diehn/Rebhan, NJW 2010, S. 326 (327); MüKo-Schwab, § 1901b BGB, Rn. 15; a. A. Albrecht/Albrecht, Die Patientenverfügung, Rn. 250, die darauf verweisen, dass das Betreuungsrecht nicht disponibel sei, den Charakter der Norm als bloße Soll-Vorschrift damit aber verkennen; offen gelassen bei BeckOK-Müller, § 1901b BGB, Rn. 7.

und Geltung zu verschaffen. Die Angehörigen dürfen nicht – etwa über die Berufung auf den mutmaßlichen Willen – auf die für sie ökonomisch günstigste und entlastendste Entscheidung drängen⁵⁵⁵. Die Einbeziehung sollte daher auf Personen beschränkt werden, die tatsächlich nach Einschätzung des Patientenvertreters Wesentliches zur Ermittlung oder Interpretation des Willens des Betroffenen beitragen können, wobei eine klare, kongruente Patientenverfügung nicht durch Meinungen Dritter in Zweifel gezogen werden sollte⁵⁵⁶. Andernfalls käme es aus Sicht der Patientenautonomie zu einer für den betroffenen Patienten nicht hinnehmbaren zeitlichen Verzögerung und Umgehung seiner autonomen Vorabentscheidung.

(4) Bewertung des Verfahrens aus Sicht der Patientenautonomie

Das Verfahren nach § 1901b BGB soll – im Einklang mit der Patientenautonomie – für eine gründliche Ermittlung des Patientenwillens als Grundlage der zu treffenden Behandlungsentscheidung sorgen. Gleichzeitig kann der Autonomiegrad der zu treffenden Entscheidung erhöht werden. Angehörige, die den Betroffenen meist in jahrelanger Nähebeziehung am besten kennen, können hierzu einen wichtigen Beitrag leisten. Sowohl die direkt Beteiligten als auch die hinzugezogenen Angehörigen dürfen dabei aber nicht ihre eigenen Wertvorstellungen einbringen, sondern müssen sich fragen, was der Betroffene selbst für sich wollen würde. Ein Ausschluss des kompletten Konsultationsverfahrens vorab macht daher wenig Sinn⁵⁵⁷, es kann aber – je nach persönlichem Umfeld – v. a. hinsichtlich der Einbeziehung Angehöriger entsprechend modifiziert werden.

Ein Kritikpunkt bleibt jedoch: Bei hinreichend bestimmter und kongruenter Patientenverfügung ist das gesetzliche Verfahren nach § 1901b BGB eigentlich überflüssig. Der Patient hat seine Entscheidung bereits autonom getroffen und alle Beteiligten sind durch den Achtungsanspruch der *sovereign authority* unmittelbar daran gebunden. Aus Sicht der Patientenautonomie bedarf es des dargestellten Verfahrens daher lediglich bei Zweifeln hinsichtlich des in der Patientenverfügung niedergelegten Inhalts.

e) Das Problem der Beteiligung Dritter

Die Möglichkeiten der Beeinflussung durch exogene Faktoren und dritte Personen sind vielfältig – nicht nur im Rahmen des eben geschilderten Verfahrens zur Ermittlung der Behandlungswünsche bzw. des mutmaßlichen Patientenwillens nach § 1901b BGB. Durch diese Einflüsse Dritter kann es allerdings zu Beschränkungen der Patientenautonomie kommen. Bereits das „Kemptener Urteil“ erkannte die Gefahr, dass statt des Willens des Patienten die eigenen Wertvorstellungen Dritter zum Maßstab gemacht werden⁵⁵⁸. Auch das Prinzip der Patientenautonomie fordert, dass alle Beteiligten für diese Problematik sensibilisiert werden. Dies gilt für alle Stadien einer Patientenverfügung von der Abfassung über die Durchsetzung bis zur Ausführung durch Dritte. Eine Beteiligung und insbesondere ein paternalistisches Eingreifen Dritter ist aus Sicht der Patientenautonomie nur zulässig, um den wirklichen subjektiven Wil-

⁵⁵⁵ So etwa die Befürchtung von *Beckmann*, FPR 2010, S. 278 (281).

⁵⁵⁶ MüKo-Schwab, § 1901b BGB, Rn. 10.

⁵⁵⁷ Nach *Diehn/Rebhan*, NJW 2010, S. 326 (327) sei dieses ohnehin nicht disponibel.

⁵⁵⁸ BGHSt 40, 257 (260 f.); vgl. hierzu bereits oben C.II.2.a); *Kamps*, ZMGR 2009, S. 207 (208). Ebenso lassen sich die empirischen Untersuchungen von *Fagerlin et al.*, Health Psychology 2001, S. 166 ff. dahin gehend deuten, dass diese Befürchtung nicht ganz unberechtigt ist.

len des Patienten herauszufinden oder Einflussfaktoren zu beseitigen, die diesen autonomen Willen behindern⁵⁵⁹. Dritten kann im Rahmen der Errichtung einer Patientenverfügung daher lediglich die Aufgabe und Funktion zukommen, herauszufinden, ob der Verfasser einer Patientenverfügung und potenzielle Patient weiß, was er darin festlegt, die möglichen Folgen bedenkt bzw. versteht und diese auch tatsächlich in nachvollziehbarer Weise will.

Weitere Probleme können bei der Anwendung bzw. Durchführung der Festlegungen der Patientenverfügung entstehen: Eines der rechtlichen, aber wohl auch tatsächlichen Probleme liegt in der Tatsache, dass die Patientenverfügung ja gerade für die Fälle gelten soll, in denen sich der Betroffene nicht mehr selbst äußern kann. Selbst wenn dieser seinen Willen vorher möglichst genau und autonom niedergelegt hat, muss dieser letztlich durch Dritte durchgesetzt werden. Durch die Delegation der Durchsetzung des Patientenwillens stellt sich auch die Frage nach der Missbrauchsanfälligkeit dieser Konstruktion, da der Betroffene selbst auf die entscheidenden Vorgänge keinen Einfluss mehr nehmen kann.

Teilweise wird behauptet, bei der Selbstbestimmung durch Patientenverfügungen handle es sich daher um bloße „Illusion“⁵⁶⁰, da die Ausführung einer Patientenverfügung durch Dritte nicht den Anforderungen an eine aktuelle autonome Selbstbestimmung entspreche. Es könne sich deshalb immer nur um eine Form der „delegierte[n] Patientenautonomie“⁵⁶¹ handeln. Andererseits können beteiligte Dritte aber wichtige Impulse für eine dem Willen des Betroffenen entsprechende Behandlung geben und bei der Auslegung der Patientenverfügung sowie der Feststellung der Kongruenz helfen. Letztlich wird hierdurch auch die Patientenautonomie gestärkt.

Die gesetzliche Regelung durch das 3. BtÄndG muss daher gewährleisten, dass den entscheidenden Maßstab – auch und gerade bei einer stellvertretenden Entscheidung durch Dritte⁵⁶² – der subjektive Wille des betroffenen Einwilligungsunfähigen bildet. Die Beteiligten müssen sich daher immer fragen, wie der Betroffene „selbst entscheiden würde, wenn er gefragt werden könnte“⁵⁶³. Ausgeschlossen ist damit auch das Abstellen auf objektivierte allgemeine Wertvorstellungen, wie dies noch in der „Kemptener Entscheidung“ formuliert wurde⁵⁶⁴.

Gerade die Ermittlung des mutmaßlichen Willens nach dem geschilderten Verfahren kann sich dabei als problembehaftet darstellen. Schuldgefühle und Eigeninteressen von Angehörigen oder eine Selbstüberschätzung der behandelnden Ärzte können die Ermittlung des tatsächlichen mutmaßlichen Willens erschweren oder sogar verhindern⁵⁶⁵. Empirische Studien haben gezeigt, dass der von Dritten gemutmaßte Willen nicht häufiger mit dem tatsächlichen Willen des Patienten übereinstimmt, als dies statistisch per Zufall zu erwarten wäre⁵⁶⁶, wobei

⁵⁵⁹ Gutwald, Autonomie, Rationalität und Perfektionismus, S. 73 (87).

⁵⁶⁰ Neuer-Miebach, Sondervotum zu *Nationaler Ethikrat (Hrsg.)*, Die Patientenverfügung – ein Instrument der Selbstbestimmung, S. 35.

⁵⁶¹ Milzer, FPR 2007, S. 69.

⁵⁶² Jox, Ethik Med 2004, S. 401 (404 ff.) hat hierzu Kriterien für stellvertretende Patientenentscheidungen Dritter entwickelt; vgl. zur Delegation von Patientenautonomie mittels Vorsorgevollmacht auch Milzer, FPR 2007, S. 69 ff.

⁵⁶³ Hufen, NJW 2001, S. 849 (852).

⁵⁶⁴ BGHSt 40, 257 (263), vgl. hierzu bereits C.II.2.a).

⁵⁶⁵ Burchardi, in: FS Schreiber, S. 615 (616); Scheffler, Sterbehilfe mit System, S. 249 (270).

⁵⁶⁶ Covinsky et al., Journal of the American Geriatrics Society 2000, S. 187 ff.; Seckler et al., Annals of Internal Medicine 1991, S. 92 ff.; Suhl et al., Archives of Internal Medicine 1994, S. 90 ff.; vgl. hierzu auch Jox, Ethik Med 2004, S. 401 (407).

vorherige Gespräche des Patienten mit seinem Vertreter über persönliche Werthaltungen zu Entscheidungen in existenziellen Krankheitssituationen diese Übereinstimmungsrate grundsätzlich erhöhen⁵⁶⁷.

Interessen Dritter können sowieso nur – sei es bei der Auslegung einer Patientenverfügung oder der Ermittlung des mutmaßlichen Willens – insoweit in die Entscheidung über Fortsetzung oder Abbruch einer medizinischen Behandlung eingehen, wie sie auch bei einem einwilligungsfähigen Patienten berücksichtigt werden könnten; andernfalls käme es zu einer Ungleichbehandlung von einwilligungsfähigen und nicht einwilligungsfähigen Patienten, deren Folge ein nicht begründbarer geringerer ethischer bzw. moralischer Achtungsanspruch nichteinwilligungsfähiger Patienten bezüglich ihrer Autonomie wäre⁵⁶⁸.

Festzuhalten bleibt hinsichtlich der Beteiligung Dritter und der Patientenautonomie: Alle beteiligten Dritten müssen sich überlegen, wie der betroffene Patient entscheiden würde, wenn er einwilligungsfähig wäre und befragt werden könnte. Sie müssen sich am subjektiven und ggf. mutmaßlichen Willen des Betroffenen orientieren und dürfen nicht ihre eigenen Ansichten und Wertvorstellungen zur Entscheidungsgrundlage machen⁵⁶⁹. Dies macht eine Beteiligung und insbesondere ein paternalistisches Eingreifen Dritter aus Sicht der Patientenautonomie nur zulässig, um den wirklichen subjektiven Willen des Patienten herauszufinden oder Einflussfaktoren zu beseitigen, die diesen Willen behindern. Gleichzeitig muss ein Schutz vor Missbrauch gewährleistet sein, wobei v. a. bei Zweifeln hinsichtlich des Patientenwillens eine neutrale Instanz notwendig sein kann. Im Folgenden sollen anhand der gesetzlich vorgesehenen Beteiligten die Neuregelungen durch das 3. BtÄndG daraufhin untersucht werden, ob die genannten, von der Patientenautonomie geforderten Voraussetzungen bzw. Einschränkungen ausreichend beachtet werden.

(1) Die Beteiligung des Patientenvertreters

Zunächst steht der Patientenvertreter als dem Patienten am nächsten stehender Akteur im Vordergrund. Dem Betreuer oder einem nach § 1901a Abs. 5 BGB insoweit gleichgestellten Bevollmächtigten kommen v. a. folgende Aufgaben und Funktionen zu: Einerseits muss er nach § 1901a Abs. 1 S. 1 und S. 2 BGB die Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung des Inhalts der Patientenverfügung mit der aktuellen Lebens- und Behandlungssituation feststellen und andererseits entsprechend des Ergebnisses dieser vorangegangenen Überprüfung dem in der Patientenverfügung festgelegten Willen Ausdruck und Geltung verschaffen. Zudem fungiert der Patientenvertreter während der gesamten Behandlung – auch im Rahmen des Dialogverfahrens nach § 1901b BGB – als Kommunikationspartner für den behandelnden Arzt⁵⁷⁰. Daneben muss er ggf. nach Anhaltspunkten für einen nach § 1901a Abs. 1 S. 3 BGB jederzeit möglichen Widerruf suchen⁵⁷¹.

⁵⁶⁷ *Suhl et al.*, Archives of Internal Medicine 1994, S. 90 ff.; *Sulmasy et al.*, Annals of Internal Medicine 1998, S. 621 ff.

⁵⁶⁸ *Jox*, Ethik Med 2004, S. 401 (404).

⁵⁶⁹ So auch *Füllmich*, Der Tod im Krankenhaus und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, S. 80 f.; *Hufen*, NJW 2001, S. 849 (856); *Taupitz*, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, S. A40, A69.

⁵⁷⁰ BT-Drs. 16/8442, S. 12.

⁵⁷¹ BT-Drs. 16/8442, S. 14 f.

(i) Ausdrucks- und Geltungsverschaffung

Mit der Pflicht des Patientenvertreters nach § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB, der Patientenverfügung bzw. dem Willen des Patienten „Ausdruck und Geltung zu verschaffen“, hat der Gesetzgeber eine Formulierung des BGH aus der „Lübecker Entscheidung“⁵⁷² übernommen. Unter „Ausdruck verschaffen“ wird verstanden, dass der Patientenvertreter sich dafür einsetzen muss, dass den inhaltlichen Vorgaben der Patientenverfügung im konkreten Fall Folge geleistet wird, indem er die Patientenverfügung den an der Behandlung des Patienten beteiligten Personen bekanntmacht und präsentiert⁵⁷³. Die Geltungsverschaffung bezeichnet dagegen die Pflicht, auf diese an der medizinischen Behandlung beteiligten Personen entsprechend dem in der Patientenverfügung niedergelegten Willen des Patienten einzuwirken und Sorge dafür zu tragen, dass dieser Wille auch tatsächlich beachtet wird⁵⁷⁴.

Klargestellt ist damit, dass die Vertreter dem Willen des Patienten Ausdruck zu verleihen haben und nicht ihre eigenen Erwägungen bzw. Vorstellungen an dessen Stelle setzen dürfen – auch nicht durch eine vermeintlich dem Wohl des Patienten entsprechende und subjektiv gut gemeinte Korrektur. Es kann also immer nur um die Durchsetzung des Willens des betroffenen Patienten gehen. Verstöße hiergegen oder ein Missbrauch dieser Betreuerpflichten werden aber wohl kaum geahndet werden können. Daher stellt sich die Frage, wie dies von Dritten in Unkenntnis der Patientenverfügung beurteilt werden kann und wer einen solchen Verstoß etwa durch Klage sanktionieren soll⁵⁷⁵.

(ii) Überprüfung der Kongruenz von Patientenverfügung sowie aktueller Lebens- und Behandlungssituation

Der Maßstab der Pflicht des Patientenvertreters zur Kongruenzprüfung, die sogar eine zwingende Voraussetzung für die richtige Umsetzung des Willens des betroffenen Patienten darstellen soll⁵⁷⁶, ergibt sich direkt aus dem Gesetz: Der Vertreter muss nach § 1901a Abs. 1 S. 1 a. E. BGB prüfen, ob die Festlegungen der Patientenverfügung „auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen“. Zunächst muss der Patientenvertreter dabei bereits begrifflich feststellen, ob überhaupt eine Patientenverfügung im Rechtssinne vorliegt. Anschließend muss er überprüfen, ob sich die vom Betroffenen darin geschilderte Behandlungssituation mit der nun tatsächlich eingetretenen deckt, oder ein derart großer Unterschied vorliegt, der es rechtfertigt, die Kongruenz zu verneinen und insofern von den inhaltlichen Festlegungen der Patientenverfügung abzuweichen⁵⁷⁷. Nach der Gesetzesbegründung handelt es sich hierbei um eine umfassende Prüfungspflicht, die alle Gesichtspunkte beinhalten muss, die sich aus der Lebens- und Behandlungssituation des betroffenen Patienten ergeben⁵⁷⁸. Es werden bezüglich der Kongruenz daher verschiedene weitere Prüfkriterien vorgeschlagen: Etwa die

⁵⁷² BGHZ 154, 205.

⁵⁷³ MüKo-Schwab, § 1901a BGB, Rn. 27; Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 23.

⁵⁷⁴ MüKo-Schwab, § 1901a BGB, Rn. 28; Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 23.

⁵⁷⁵ Wenngleich, worauf Spickhoff, FamRZ 2009, S. 1949 (1952 f.) hinweist, an die Dissensmöglichkeit des Arztes nach § 1904 Abs. 4 BGB sowie die Anregung einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung durch jedermann zu denken ist.

⁵⁷⁶ Ithrig, notar 2009, S. 380 (384).

⁵⁷⁷ Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2009, S. 426 (429); Spickhoff, FamRZ 2009, S. 1949 (1956) favorisiert entgegen der gesetzlichen Formulierung „zutreffen“ den Ausdruck „zugeschnitten“.

⁵⁷⁸ BT-Drs. 16/8442, S. 14.

Frage, ob dem Patienten die konkrete Krankheitssituation aus vergleichbaren Fällen bekannt war, er seinen Behandlungswunsch anlässlich einer konkreten Situation mit anderen Personen besprochen hat oder ob der Patient bewusst nur eine ganz bestimmte Krankheitssituation beschrieben hat, weil er mit einem abweichenden Verlauf nicht rechnen musste⁵⁷⁹.

Hierbei ist auch der mittlerweile eingetretene medizinisch-technische Fortschritt einzubeziehen. Die Anpassung der Wünsche des Patienten an die medizinisch-technischen Möglichkeiten stellt aus Sicht der Patientenautonomie in ihrer Ausprägung als *actual condition* einen notwendigen Vorgang dar und man wird – trotz der Vornahme durch Dritte – die damit zusammenhängende Entscheidung eines Patienten trotz allem noch als autonom und nicht heteronom bezeichnen können. Bei gravierenden wissenschaftlichen Neuerungen und Fortschritten kann eine derartige Anpassung ggf. sogar überhaupt erst die Autonomie der Entscheidung herstellen. Daher sollte der potenzielle medizinische Fortschritt bereits bei der Willensbildung des Patienten im Rahmen der Errichtung der Patientenverfügung berücksichtigt werden. In jedem Fall muss aus Sicht der Patientenautonomie zumindest vorausgesetzt werden, dass der Patient bei der Abfassung über diese Problematik informiert und die Notwendigkeit exogener Einflussfaktoren dadurch möglichst gering gehalten wird⁵⁸⁰.

Im Rahmen der Kongruenzprüfung könnte dadurch berücksichtigt werden, ob mittlerweile schonendere Behandlungsmethoden und Therapien existieren als zur Zeit der Errichtung der Patientenverfügung⁵⁸¹. Es ist dann zu untersuchen, ob der Patient, hätte er Kenntnis davon gehabt, in die schonendere Behandlungsmethode eingewilligt hätte. Durch eine entsprechende Formulierung der Behandlungswünsche, die nur Ziele der Behandlung, also etwa eine entsprechende Schmerzlinderung bzw. Schmerztherapie, vorschreiben und eben nicht die konkreten Maßnahmen, über welche die gewünschten Ziele erreicht werden sollen, kann der Patient sicherstellen, dass er nicht bereits vorab später entwickelte Behandlungs- und Therapiemethoden – in deren zwangsläufiger Unkenntnis – ausschließt⁵⁸².

Das wohl wirksamste Mittel, um derartige Entwicklungen zu berücksichtigen, stellt allerdings die regelmäßige Kontrolle und Überprüfung der Vorabfestlegungen der Patientenverfügung dar – ein Argument, dass auch gut für eine Aktualisierungspflicht herangezogen werden kann⁵⁸³.

Der systematischen Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass im Rahmen des § 1901a Abs. 2 BGB – bei Verneinung der Kongruenz oder wenn überhaupt keine Patientenverfügung existiert – für den Patientenvertreter noch die Ermittlung der Behandlungswünsche bzw. des mutmaßlichen Willens des Betroffenen hinzu kommt.

Es zeigt sich auch bei der Kongruenzprüfung wieder, dass der Betroffene selbst mittels des Instruments der Patientenverfügung bei der Umsetzung seines Willens auf Dritte angewiesen ist. Aus Sicht der Patientenverfügung lässt sich hieraus folgern, dass die Errichtungsvoraussetzungen möglichst so gestaltet werden müssen, dass es sich bei der Patientenverfügung um

⁵⁷⁹ Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2009, S. 426 (429).

⁵⁸⁰ Dies kann auch als ein Argument für eine Beratungspflicht herangezogen werden, vgl. hierzu auch unter C.III.15.

⁵⁸¹ Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2009, S. 426 (429), die als Beispiel hierfür die künstliche Beatmung nennen, die früher nur mittels Luftröhrenschnitts möglich war, mittlerweile aber auch mittels einer speziell angepassten Gesichtsmaske vorgenommen werden kann.

⁵⁸² Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2009, S. 426 (429).

⁵⁸³ Vgl. hierzu später ausführlich noch C.III.12.

eine klare und autonome Vorabentscheidung des Patienten handelt, die im Anwendungsfall möglichst wenig Anhaltspunkte für Zweifel und dadurch für die Notwendigkeit einer Entscheidung und Einflussnahme durch Dritte bietet.

(iii) Weitere Prüfpflichten des Patientenvertreters

Ungeklärt ist allerdings die Frage, in welchem Maß der Patientenvertreter – neben der Prüfung der Kongruenz von Patientenverfügung und aktueller Behandlungssituation – ermitteln muss, ob die Patientenverfügung überhaupt wirksam ist, also ob der betroffene Patient beim Verfassen einwilligungsfähig war oder er die Verfügung mittlerweile widerrufen hat⁵⁸⁴. Der „Bosbach-Entwurf“ hatte für den Betreuer eine solche Aufgabe statuiert⁵⁸⁵. Auch die Gesetzesbegründung des 3. BtÄndG lässt sich dahingehend verstehen⁵⁸⁶.

Dies ist aus Sicht der Patientenautonomie geboten. Denkbar wäre hier sogar, dass man zur Schaffung von Rechtssicherheit eine ärztliche oder notarielle Bestätigung der Einwilligungsfähigkeit als Wirksamkeitsvoraussetzung in § 1901a Abs. 1 BGB aufnimmt. Hierdurch kann der Gefahr möglicher Fremdbestimmung, etwa wenn der Patientenvertreter zu Unrecht die Einwilligungsfähigkeit annimmt oder ablehnt, bereits vorab begegnet werden.

Außerdem muss der Patientenvertreter überprüfen, ob der Patient die nun gegebene Lebenssituation mitbedacht hat und daher auch unter den gegebenen Umständen an seinen Verfügungen festhalten will⁵⁸⁷. Ein Beispiel für eine derartige Konstellation wäre eine junge Mutter, die nach einem Unfall schlechte Heilungschancen hat, in ihrer Patientenverfügung aus der Zeit vor der Geburt des Kindes aber jegliche intensivmedizinische Behandlung untersagt hat⁵⁸⁸, da sich hier die Begleitumstände wesentlich geändert haben. Sinnvoller wäre es allerdings, die diesbezügliche Autonomie der Entscheidung bereits bei der Errichtung der Verfügung durch eine Beratung bzw. durch eine Aktualisierungspflicht noch zum Zeitpunkt der Einwilligungsfähigkeit zu gewährleisten. Nicht nur die Patientenautonomie spricht hierfür, auch stellt die gesetzliche Regelung den Patientenvertreter hinsichtlich seiner Prüfpflichten durchaus vor eine schwierige Aufgabe⁵⁸⁹.

Die Patientenautonomie erfordert bei der Überprüfung der Patientenverfügung also grundsätzlich eine strikte Bindung des Vertreters, von der nur im Sinne des Patienten und nicht aus Eigeninteresse oder persönlichen Motiven abgewichen werden darf. Eine inhaltliche Abweichung von der Vorabverfügung des Patienten ist nur möglich, wenn sich die Sachlage nachträglich so geändert hat, dass die vorliegende aktuelle Lebenssituation nicht mit umfasst ist⁵⁹⁰. Hier wird der Patientenautonomie in ihrer Ausprägung als situative Disposition (*actual condition*) Rechnung getragen, die eine solche Ausnahme gebieten kann. Diese muss gleich-

⁵⁸⁴ Vgl. *Albrecht/Albrecht*, Die Patientenverfügung, Rn. 179 sowie 264 f., *Sternberg-Lieben*, in: FS Roxin, S. 537 (541); gegen diese weite Prüfungspflicht und nur für eine Kongruenzprüfung *Spickhoff*, FamRZ 2009, S. 1949 (1951).

⁵⁸⁵ § 1901b Abs. 1 S. 2 BGB-E d.F. BT-Drs. 16/11360: „Der Betreuer hat ihnen [gemeint sind hier die Festlegungen der Patientenverfügung, B.K.] Geltung zu verschaffen, wenn sie auf die eingetretene Situation zutreffen, es sei denn, dass der Betreute sie widerrufen hat oder an ihnen erkennbar nicht festhalten will.“

⁵⁸⁶ BT-Drs. 16/8442, S. 14 f.

⁵⁸⁷ BT-Drs. 16/8442, S. 15.

⁵⁸⁸ *Spickhoff*, FamRZ 2009, S. 1949 (1951 f.).

⁵⁸⁹ *Höfling*, NJW 2010, S. 2849 (2850 f.).

⁵⁹⁰ BT-Drs. 16/8442, S. 15.

zeitig aber mit dem absoluten Achtungsanspruch der *sovereign authority* abgewogen werden. Richtschnur und Maßstab kann und darf daher wiederum nur der Wille des Patienten selbst sein. Derartige Ausnahmeregelungen müssen folglich vorsichtig gehandhabt werden, um die Vorabfestlegungen des Patienten nicht zu konterkarieren. Dies liefert zudem einen weiteren Grund dafür, dass der potenzielle Patient bei der Errichtung einer Patientenverfügung bestmöglich informiert sein sollte – er muss also die notwendige *capacity* besitzen –, damit es zu derartigen Zweifelsfällen überhaupt erst nicht kommen kann. Letztlich spricht auch dies für eine entsprechende Beratungspflicht. Dadurch kann auf die Änderungsmöglichkeit der persönlichen Lebensverhältnisse, durch einen entsprechend ausgebildeten Mediziner v. a. aber auch auf Änderungsmöglichkeiten von Krankheitsverläufen, ggf. eintretende Eventualitäten und den möglichen medizinischen Fortschritt hingewiesen werden.

(iv) Prüfungspflicht hinsichtlich eines möglichen Widerrufs

Daneben fordert der Gesetzgeber, dass sorgfältig überprüft werden muss, ob der Betroffene seine Patientenverfügung zwischen Errichtung und Anwendungsfall bzw. Beginn der Einwilligungsunfähigkeit widerrufen hat⁵⁹¹, was nach § 1901a Abs. 1 S. 3 BGB jederzeit formlos möglich ist⁵⁹². Bezüglich der Prüfung, ob der Patient die Festlegungen der Patientenverfügung nicht mehr gelten lassen will, wird dabei auch auf den Dialog mit dem behandelnden Arzt, dem Pflegeteam sowie den Angehörigen verwiesen⁵⁹³.

(v) Überforderung des Patientenvertreters?

Aus praktischen Gründen darf andererseits der Vertreter hinsichtlich seiner Prüfpflichten aber nicht überfordert werden – dies gilt v. a. für den Nachweis negativer und formlos vorliegender Tatsachen⁵⁹⁴ und damit auch für die Frage eines möglichen Widerrufs nach § 1901a Abs. 1 S. 3 BGB. Bestehen keine konkreten Anhaltspunkte für eine Meinungsänderung bzw. einen Widerruf des Patienten, wird der Patientenvertreter darauf vertrauen dürfen, dass der Betroffene seine Verfügung nicht widerrufen hat⁵⁹⁵.

Auch wenn der Patientenvertreter durch eine inhaltlich bestimmte sowie kongruente Patientenverfügung unmittelbar gebunden ist, kommen diesem weitere wichtige Aufgaben und Entscheidungen zu. So muss er bei allen nicht in der Patientenverfügung vorab getroffenen Entscheidungen handeln, wie der Auswahl des Krankenhauses oder behandelnden Arztes und allen mit der Behandlung zusammenhängenden vermögensrechtlichen Fragen⁵⁹⁶.

(2) Ist stets eine Entscheidung bzw. Erklärung des Patientenvertreters nötig?

An die Kompetenzen des Patientenvertreters schließt sich die Folgefrage an, ob der Patientenvertreter stets noch eine eigene Entscheidung bzw. Erklärung vornehmen muss oder ob unmittelbar auf die Patientenverfügung abgestellt werden kann.

⁵⁹¹ BT-Drs. 16/8442, S. 14; zustimmend *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2009, S. 426 (431); *Ihrig*, notar 2009, S. 380 (384).

⁵⁹² Auf die Frage des Widerrufs wird unter C.III.14 noch ausführlich eingegangen.

⁵⁹³ BT-Drs. 16/8442, S. 15.

⁵⁹⁴ *Albrecht/Albrecht*, Die Patientenverfügung, Rn. 179, 264 f.; *dies.*, MittBayNot 2009, S. 426 (431).

⁵⁹⁵ *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2009, S. 426 (431); *Jürgens*, Betreuungsrecht, § 1901a BGB, Rn. 11, 14; *MüKo-Schwab*, § 1901a BGB, Rn. 26.

⁵⁹⁶ BT-Drs. 16/8442, S. 15.

Auch hier ist im Spannungsfeld von Selbstbestimmung und Paternalismus die Tragweite der Funktion und Aufgabe des Patientenvertreters – korrespondierend mit der Frage der Rechtsnatur der Patientenverfügung⁵⁹⁷ – umstritten: Nach *Albrecht/Albrecht* konstituiert das Gesetz eine eigene Prüfkompetenz des Vertreters, der selbst entscheidet und nicht lediglich eine frühere Entscheidung des vertretenen Patienten als Bote überbringt⁵⁹⁸. Eine andere Ansicht fordert eine „Aktualisierungsentscheidung“, die durch den Patientenvertreter notwendigerweise vorzunehmen sei⁵⁹⁹. Dem widerspricht jedoch die Gesetzesbegründung, nach der eine Einwilligung und Entscheidung des Vertreters nicht mehr erforderlich ist, weil diese in der Patientenverfügung bereits vorab vom betroffenen Patienten selbst verbindlich vorgenommen worden ist und den Vertreter entsprechend bindet⁶⁰⁰. Danach bedarf es keiner eigenen Entscheidung durch den Patientenvertreter mehr. Hiermit korrespondiert die Einordnung der Rechtsnatur der Patientenverfügung.

Die Frage der Notwendigkeit einer Vertreterentscheidung stellt sich aber auch, wenn überhaupt kein Patientenvertreter existiert. Da es an einer ausdrücklichen Normierung durch den Gesetzgeber fehlt⁶⁰¹, ist hier strittig, ob es stets noch einer Entscheidung des Patientenvertreters bedarf, oder der behandelnde Arzt durch die Festlegungen der Patientenverfügung direkt gebunden wird⁶⁰².

In beiden Fällen ist das Erfordernis einer eigenen Vertreterentscheidung *de lege lata* in der Literatur umstritten und bedarf auch unter dem Aspekt der Patientenautonomie einer genaueren Untersuchung. Hierzu lassen sich zwei Ansichten ausmachen:

- (i) Vertreterentscheidung notwendig – keine direkte Bindung des behandelnden Arztes

Teilweise wird der Patientenverfügung in den genannten Konstellationen die unmittelbare Bindungswirkung abgesprochen, eine eigene Entscheidung und Erklärung des Patientenvertreters soll dann immer notwendig sein⁶⁰³. Dies wird bereits aus der gesetzlichen Prüfpflicht des Patientenvertreters hinsichtlich der Kongruenz und dem gesetzlichen Auftrag, dem Willen des Patienten Ausdruck und Geltung zu verschaffen, herausgelesen⁶⁰⁴.

Als weitere Argumente werden die Einordnung ins Betreuungsrecht – was allerdings, wie bereits gezeigt wurde⁶⁰⁵, fragwürdig ist – sowie die Notwendigkeit der Mitwirkung bzw. die verfahrensrechtliche Partizipation im Dialogverfahren des § 1901b BGB genannt, da dieses in je-

⁵⁹⁷ Vgl. hierzu bereits oben C.III.4.b).

⁵⁹⁸ *Albrecht/Albrecht*, Die Patientenverfügung, S. 17, Rn. 38; vgl. auch *Diehn/Rebhan*, NJW 2012, S. 326 (327 f.); *Locher*, FamRB 2010, S. 56 (60); *Wagenitz*, FamRZ 2005, S. 669 (674).

⁵⁹⁹ *Brosey*, BtPrax 2010, S. 161 (162).

⁶⁰⁰ BT-Drs. 16/8442 S. 14; *Borasio/Hefler/Wiesing*, Deutsches Ärzteblatt 2009, S. A1952 ff.

⁶⁰¹ *Schumacher*, FPR 2010, S. 474 (477) spricht hierbei von einem „Regelungsdefizit“.

⁶⁰² Die Frage, ob hier stets ein gerichtliches Verfahren zur Betreuerbestellung beantragt werden muss, wird später noch ausführlich unter C.III.8 untersucht.

⁶⁰³ *Albrecht/Albrecht*, Die Patientenverfügung, Rn. 39; dies., MittBayNot 2009, S. 426 (433); *Beckmann*, MedR 2009, S. 582 (583), der aber Eilfälle ausschließt; *BeckOK-Müller*, § 1901a BGB, Rn. 21; *Bühler/Stolz*, BtPrax 2009, S. 261 (266); *Diehn/Rebhan*, NJW 2010, S. 326 (329); *Dodegge/Roth*, Betreuungsrecht, Teil C, Rn. 111; *Kamps*, ZMGR 2009, S. 207 für den Fall der Verbindung mit einer Vorsorgevollmacht; *Locher*, FamRB 2010, S. 56 (60); *Olzen*, JR 2009, S. 354 (358); *Roglmeier*, FPR 2010, S. 282 (284); *Tamm*, VuR 2009, S. 449 (456); i. E. auch *Spickhoff*, FamRZ 2009, S. 1949 (1953 f.); *Staudinger-Bienwald*, § 1901a BGB, Rn. 55 ff.

⁶⁰⁴ *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2009, S. 426 (433).

⁶⁰⁵ Vgl. hierzu bereits oben C.III.4.a).

dem Fall durchgeführt werden müsse. Fehlt es an einem Patientenvertreter, müsste nach dieser Ansicht folglich über das Betreuungsgericht zunächst ein Betreuer bestellt werden. Denkt man diesen Ansatz weiter, wäre jedoch eine eigene Vorabentscheidung in medizinischen Angelegenheiten ohne Beteiligung eines Patientenvertreters überhaupt nicht möglich. Von Selbstbestimmung kann dann keine Rede mehr sein. Intention des 3. BtÄndG war es aber gerade, die Verbindlichkeit eigener, autonomer Vorabentscheidungen zu stärken.

Interessant ist in diesem Zusammenhang eine Argumentationslinie des BGH aus der „Lübeker Entscheidung“: Durch den Patientenvertreter sei die rechtliche Handlungsfähigkeit des betroffenen Patienten gerade wieder hergestellt, andere Dritte wie Ärzte und Pflegepersonal dürften daher nicht direkt auf den Willen des Patienten durchgreifen⁶⁰⁶. Hintergrund ist hierfür wohl die Angst davor, dass der eigentliche Patientenwille durch ein Abstellen auf den mutmaßlichen Willen des Patienten ausgehebelt werde. Diese Gefahr besteht allerdings ebenso bei einem Tätigwerden des Patientenvertreters selbst, der ja auch als Dritter fungiert. Der BGH sieht hier unverständlicherweise die möglicherweise ebenso eigenmotivierte Beteiligung weiterer Dritter wesentlich kritischer als eine Entscheidung durch den Patientenvertreter selbst⁶⁰⁷. Die beteiligten Dritten sollten aber nicht gegeneinander ausgespielt werden, vielmehr müssen sie kooperativ zur Durchsetzung des tatsächlichen Patientenwillens zusammenwirken. Richtschnur kann nach dem Prinzip der Patientenautonomie für alle Beteiligten nur der autonome Wille des Betroffenen sein.

Insofern missverständlich war daher die Formulierung des BGH, die Zulässigkeit der Maßnahme richte sich „nach dem mutmaßlichen Willen des Patienten, bis [!] für diesen ein Betreuer bestellt ist“⁶⁰⁸. Die Patientenautonomie gebietet, dass es allein auf den ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen des Patienten ankommt, die zusätzliche Entscheidung eines Dritten bietet aus dieser Perspektive keinen Mehrwert. Dem hat sich auch die gesetzliche Neuregelung angeschlossen und mit dem vorgeschriebenen Konsensprinzip⁶⁰⁹ eine wechselseitige Kontrollmöglichkeit der beteiligten Dritten vorgesehen sowie klargestellt, dass deren Tätigwerden nur zur Ermittlung bzw. Durchsetzung des Patientenwillens zulässig ist.

Da die Patientenautonomie eine Verwirklichung des *erga omnes* geltenden Selbstbestimmungsrechts fordert, ist es daher unzulässig, diesen Anspruch durch die Forderung einer eigenen Vertreterentscheidung zu begrenzen.

(ii) Keine Vertreterentscheidung notwendig – direkte Bindung des behandelnden Arztes

Zuzustimmen ist daher der Gegenansicht, die eine direkte Bindung aller Beteiligten, insbesondere des Arztes – auch ohne eigene Erklärung des Patientenvertreters – annimmt⁶¹⁰. Als

⁶⁰⁶ BGHZ 154, 205 (211).

⁶⁰⁷ BGHZ 154, 205 (214).

⁶⁰⁸ BGHZ 154, 205 (211).

⁶⁰⁹ Hierauf wird später unter C.III.7. noch ausführlich eingegangen.

⁶¹⁰ Brosey, BtPrax 2009, S. 175; Coepicus, NJW 2011, S. 2085 (2086); ders., NJW 2013, S. 2939; Damrau/Zimmermann, Betreuungsrecht, § 1901a BGB, Rn. 6, 56, 60; Diederichsen, in: FS Schreiber, S. 635 (649); Hoffmann, BtPrax 2009, S. 7; Kierig/Behlau, Der Wille des Patienten entscheidet, S. 14; Kutzer, BtPrax 2005, S. 50 (51); ders., MedR 2010, S. 531 (532); Lipp, Handbuch der Vorsorgeverfügungen, § 17, Rn. 46, 51; MüKo-Schwab, § 1901a BGB, Rn. 29; Müller, DNotZ 2010, S. 169 (178); Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 6, 22; Renner, ZNotP 2009, S. 371 (375); Reus, JZ 2010, S. 80 (82); Schumacher FPR 2010, S. 474 (477); Verrel, Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung, S. C81; so auch die Empfehlungen der Bundesärztekammer und der

Argument lässt sich hierbei neben der Gesetzesbegründung⁶¹¹ auf die Parallele zur aktuellen Einwilligung in medizinische Maßnahmen verweisen, die ohne Vertreter möglich ist, was erst recht für antizipative Einwilligungs- oder Verweigerungserklärungen gelten müsse⁶¹². Außerdem richte sich die Notwendigkeit einer Betreuerentscheidung nach dem Prinzip der Erforderlichkeit des § 1896 Abs. 2 BGB, welche wegen der durch den Betroffenen mittels Patientenverfügung bereits selbst getroffenen Entscheidung zu verneinen sei⁶¹³. Hierin zeigt sich, wie die Einordnung des Instituts der Patientenverfügung in das Betreuungsrecht ausnahmsweise als Argument für eine Auslegung im Sinne der Patientenautonomie herangezogen werden kann. Dieses Ergebnis wird auch von der Ärzteschaft vertreten⁶¹⁴ und stimmt mit der grundsätzlichen gesetzgeberischen Intention überein, die davon ausgeht, dass der betroffene Patient die maßgebliche Entscheidung durch die Patientenverfügung bereits selbst getroffen hat⁶¹⁵. Darüber hinaus korrespondiert es mit der Rechtsnatur und der Bindungswirkung, die der Gesetzgeber der Patientenverfügung beimessen wollte.

Für diese Ansicht lässt sich zudem ein systematisches Argument anführen: Nur der Wortlaut des § 1901a Abs. 2 S. 1 BGB spricht von einer eigenen Entscheidung des Patientenvertreters und dies auch nur dann, wenn keine Patientenverfügung bzw. keine Kongruenz vorliegt, während § 1901a Abs. 1 BGB dies nicht vorsieht und davon ausgeht, dass Patientenverfügungen unmittelbar verbindlich sind⁶¹⁶. Im Umkehrschluss gibt daher der Wortlaut des § 1901a Abs. 1 BGB die Erforderlichkeit einer eigenen Vertreterentscheidung nicht explizit her.

(iii) Stellungnahme aus Sicht der Patientenautonomie

Die Frage der Notwendigkeit einer eigenen Entscheidung des Patientenvertreters ist daher aus Sicht der Patientenautonomie wie folgt zu beantworten: Im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen „Ausdrucks- und Geltungsverschaffung“ handelt es sich beim Betreuer nur um einen „Implementationsbetreuer“⁶¹⁷, da er keine eigene Entscheidung treffen, sondern lediglich die vorab getroffene Entscheidung des betroffenen Patienten tatsächlich umsetzen und durchsetzen soll⁶¹⁸. Er besitzt daher nur „subsidiäre Zuständigkeit“ mit einer formellen, nicht materiellen Mitwirkungspflicht und -berechtigung an der Umsetzung der Entscheidung⁶¹⁹. Dies gilt

Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, Deutsches Ärzteblatt 2013, S. B1392 (B1397).

⁶¹¹ BT-Drs. 16/8442, S. 14.

⁶¹² Coepicus, NJW 2013, S. 2939; Conradi, Der Arzt an den Grenzen seines Behandlungsauftrages, S. 79.

⁶¹³ Coepicus, NJW 2011, S. 2085 (2087); Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 27; Höfling/Rixen, JZ 2003, S. 884 (891); Lipp, FamRZ 2004, S. 317 (321); ders., BtPrax 2002, S. 47 (51); Taupitz, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, S. A120; noch für die alte Rechtslage Conradi, Der Arzt an den Grenzen seines Behandlungsauftrages, S. 170.

⁶¹⁴ Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, Deutsches Ärzteblatt 2010, S. A877 (A879).

⁶¹⁵ BT-Drs. 16/8442, S. 14.

⁶¹⁶ Coepicus, NJW 2011, S. 2085 (2087); Müller, DNotZ 2010, S. 169 (177).

⁶¹⁷ Höfling/Rixen, JZ 2003, S. 884 (890).

⁶¹⁸ Becker-Schwarze, FPR 2007, S. 52 (55); Coepicus, NJW 2011, S. 2085 (2087) spricht vom „Vollstrecker der bereits durch den Patienten getroffenen Entscheidung“; Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Patientenautonomie am Lebensende, S. 45.

⁶¹⁹ Müller, DNotZ 2010, S. 169 (176 f.); Schumacher, FPR 2010, S. 474 (477).

entsprechend für einen Bevollmächtigten, § 1901a Abs. 5 BGB. Der Patientenvertreter besitzt damit eine Mitwirkungsberechtigung und -pflicht, was die Kongruenzprüfung, die Subsumtion der Behandlungssituation unter die Festlegungen der Patientenverfügung sowie deren Durchsetzung betrifft. Aus Sicht der Patientenautonomie bedarf es aber keiner eigenen Einwilligungserklärung bzw. Entscheidung mehr.

Unter der gesetzlich vorgesehenen Entscheidung des Patientenvertreters ist demnach nicht die eigentliche Einwilligung oder Versagung der fraglichen Behandlung bzw. des vorzunehmenden Eingriffs, sondern eine Entscheidung darüber zu verstehen, ob das Kongruenzerfordernis erfüllt ist, also die inhaltlichen Festlegungen der Patientenverfügung auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation passen⁶²⁰. Nach Bejahung der Kongruenz wirkt die in der Patientenverfügung festgelegte Willenserklärung des betroffenen Patienten unmittelbar rechtfertigend für den ärztlichen Eingriff oder den Behandlungsabbruch⁶²¹.

Diese unmittelbare, aus Sicht der Patientenautonomie gebotene Verbindlichkeit lässt sich auch systematisch gegenüber der Gegenmeinung rechtfertigen. Wenn die Entscheidung des Betreuers bzw. Bevollmächtigten für alle Beteiligten verbindlich ist, dann muss dies erst recht gelten, wenn der Patient diese Entscheidung vorab selbst mittels Patientenverfügung getroffen hat⁶²². Diese direkte Verbindlichkeit hat zugegebenermaßen gleichzeitig aber zur Folge, dass es zu keinem Dissens zwischen Arzt und Patientenvertreter kommen kann, da der Arzt alleine aufgrund der hinreichend bestimmten und kongruenten Patientenverfügung handeln darf. In der Folge ist dadurch ein betreuungsgerichtliches Genehmigungsverfahren nach § 1904 Abs. 3 BGB entbehrlich⁶²³. Zur Sicherung der Patientenautonomie ist dieser Widerspruch aber hinzunehmen, da der Arzt zudem bereits standesrechtlich an den Willen des Patienten gebunden ist.

Die genannten Grundsätze gelten prinzipiell ebenso für die Behandlungswünsche nach § 1901a Abs. 2 BGB. Hat der betroffene Patient bereits wirksam vorab entschieden, kann es aus Sicht der Patientenautonomie auf die Entscheidung des Patientenvertreters nicht mehr ankommen. Eine eigene Entscheidungsbefugnis steht diesem nur zu, wenn es an einer autonomen, verbindlichen Vorabklärung des Betroffenen fehlt⁶²⁴. In diesem Fall dürfte in der Regel aber auch bereits der Tatbestand des § 1901a Abs. 2 S. 1 BGB der fehlenden Patientenverfügung bzw. der fehlenden Kongruenz erfüllt sein. Bei Behandlungswünschen und mutmaßlichem Willen nach § 1901a Abs. 2 BGB ist – schon nach dem eindeutigen Wortlaut der Norm – allerdings stets eine Entscheidung des Patientenvertreters notwendig⁶²⁵. Obwohl § 1901a Abs. 2 BGB daher insoweit dogmatisch eigentlich nicht zum sonstigen Pflichtenprogramm des Betreuers passt⁶²⁶, begegnet dies aus Sicht der Patientenautonomie keinen Problemen, wenn der Autonomiegehalt des Willens des betroffenen Patienten erst noch festgestellt werden muss. Dass sich der Betreuer bzw. Patientenvertreter dabei an den Wünschen des Patienten orientieren muss, ergibt sich im Allgemeinen bereits aus § 1901 Abs. 3 BGB.

⁶²⁰ Müller, DNotZ 2010, S. 169 (177); Olzen, JR 2009, S. 354 (358).

⁶²¹ Der BGH hat diese Interpretation mittlerweile bestätigt, vgl. BGHSt 55, 191 (hierzu ausführlich später noch C.III.18); Kierig/Behlau, Der Wille des Patienten entscheidet, S. 12.

⁶²² Coepicus, NJW 2011, S. 2085 (2086).

⁶²³ Renner, ZNotP 2009, S. 371 (375 f.); Schumacher, FPR 2010, S. 474 (477).

⁶²⁴ Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 26.

⁶²⁵ Beckmann, FPR 2010, S. 278 (279); Brosey, BtPrax 2009, S. 175 (177).

⁶²⁶ Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 26.

Der Gesetzgeber sollte angesichts des genannten Meinungsstreits die direkte Bindungswirkung und die Entbehrlichkeit einer eigenen Vertreterentscheidung bei Patientenverfügungen im engeren Sinn nach § 1901a Abs. 1 BGB auch im Normtext der §§ 1901a f. BGB klarstellen sowie das Dialogverfahren des § 1901b BGB in dessen Abs. 1 auf die Fälle des § 1901a Abs. 2 BGB beschränken, da es sonst zu regelungstechnischen Widersprüchen kommt.

(3) Aufgaben des Arztes und dessen Verhältnis zum Patientenvertreter

Mit der Frage der direkten Bindungswirkung sowie der Notwendigkeit einer Vertreterentscheidung hängt auch das Verhältnis von Patientenvertreter und behandelndem Arzt zusammen, der als weiterer Akteur an der Umsetzung der Patientenverfügung mitwirkt. Berührungspunkte besitzen beide zunächst über das Dialogverfahren nach § 1901b BGB Abs. 1 S. 2 BGB, das zur Grundlage der zu treffenden Entscheidung werden, aber auch der wechselseitigen Kontrolle des Patientenvertreters und des behandelnden Arztes dienen soll. Bereits durch das Erfordernis des gegenseitigen Einvernehmens soll sichergestellt werden, dass der individuell-mutmaßliche Wille des betroffenen Patienten korrekt ermittelt wird⁶²⁷. Zu denken wäre weiterhin daran, dass dem Arzt die sich ggf. an den Patientenvertreter richtende Untersuchungspflicht bezüglich der Einwilligungsfähigkeit und eines möglichen Widerrufs auferlegt wird sowie dieser die Kongruenz nach § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB überprüfen muss.

Anerkannt ist, dass der Arzt zumindest in Eilsituationen direkt an die Patientenverfügung gebunden ist und den Willen aus der Patientenverfügung selbst ermitteln kann bzw. muss⁶²⁸. Es ist aber umstritten, welche Aufgaben dem Arzt darüber hinaus im Rahmen der §§ 1901a f. BGB zukommen.

Eine Ansicht beschränkt den behandelnden Arzt auf die Aufgabe einer „passiven Evidenzkontrolle“⁶²⁹ und misst ihm damit keine aktive Prüfpflicht bezüglich der Frage zu, ob die Entscheidung des Patientenvertreters tatsächlich dem Willen des Betroffenen entspricht. Dabei sollen vom Arzt nur evidente Hinweise auf einen divergierenden Willen des Patienten berücksichtigt werden, da nicht er, sondern der Patientenvertreter den Willen des Patienten feststellen müsse und der Arzt daher bei einer entsprechenden Einwilligung oder Untersagung der medizinischen Maßnahme darauf vertrauen könne, dass dies auch dem Willen des betroffenen Patienten entspreche⁶³⁰. Da der Patientenvertreter am Ende des Dialogverfahrens entscheiden müsse, komme dem behandelnden Arzt insbesondere hinsichtlich der Bejahung oder Verneinung der Kongruenz keine eigene Entscheidungskompetenz zu⁶³¹.

Eine derartige Funktionsbeschränkung des Arztes als vermeintlich paternalistischer Dritter dient zwar *prima facie* der Durchsetzung des autonomen Patientenwillens. Der mit der Patientenautonomie zusammenhängende *erga omnes* wirkende Achtungsanspruch der Patientenverfügung als *sovereign authority* gebietet jedoch, dass der tatsächliche, autonome Wille des betroffenen Patienten von allen Beteiligten direkt berücksichtigt werden muss. Hat der Betrof-

⁶²⁷ BT-Drs. 16/8442, S. 19.

⁶²⁸ Beckmann, MedR 2009, S. 582 (583); BeckOK-Müller, § 1901a BGB, Rn. 22; Müller, DNotZ, S. 169 (178); Spickhoff, FamRZ 2009, S. 1949 (1953 f.); ders., Medizinrecht, § 1901a BGB, Rn. 16. Teilweise wird dies bis zur Erreichbarkeit des Betreuungsgerichts oder des Vertreters beschränkt, vgl. Olzen/Schneider, MedR 2010, S. 745 (746).

⁶²⁹ Ihrig, notar 2009, S. 380 (382), der dies aus § 1901b Abs. 1 S. 2 und § 1904 Abs. 4 BGB herausliest.

⁶³⁰ Ihrig, notar 2009, S. 380 (386).

⁶³¹ Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2009, S. 426 (431).

fene seine Entscheidung bereits vorab in der Patientenverfügung getroffen, muss auch der Arzt als Adressat der Patientenverfügung diesen Willen des Patienten ermitteln und überprüfen. Hierdurch erhöht bzw. schafft er möglicherweise sogar erst den entsprechenden Autonomiegehalt der zu treffenden Entscheidung. Die genannte Ansicht setzt sich daher in Widerspruch dazu, dass auch der behandelnde Arzt durch eine hinreichend bestimmte und kongruente Patientenverfügung nach § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB direkt gebunden wird.

Ebenso zeigt die Gesetzessystematik, dass die Prüfpflichten nicht nur einseitig dem Patientenvertreter, sondern auch dem behandelnden Arzt auferlegt werden: In dessen Hand liegt beim Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen zumindest die Einschaltung des Betreuungsgerichts, da er über das Konsensprinzip des § 1904 Abs. 4 BGB durch die Verweigerung des Einverständnisses mit dem Patientenvertreter im Rahmen des § 1901b BGB die Einschaltung des Betreuungsgerichts steuern kann⁶³². Außerdem ergäbe das Konsensprinzip, das davon ausgeht, dass Arzt und Patientenvertreter zu unterschiedlichen Ansichten hinsichtlich des Patientenwillens gelangen können, keinen Sinn, wenn allein dem Patientenvertreter die maßgeblichen Prüfungs- und Entscheidungsschritte zustünden⁶³³. Zudem ist der Arzt bereits standesrechtlich aufgrund seines hippokratischen Eides dazu verpflichtet, die Selbstbestimmung sowie den autonomen Willen des betroffenen Patienten zu achten.

All dies spricht für eine umfassende, eigenverantwortliche Ermittlungs-, Kontroll- und Prüfungspflicht⁶³⁴ sowie die Pflicht zur Anregung einer betreuungsgerichtlichen Überprüfung, wenn der Arzt – unabhängig von § 1904 Abs. 4 BGB – der Meinung ist, dass dem Willen des Betroffenen zuwider gehandelt wird. Gemäß dieses weit verstandenen Aufgabenkreises und der stark interpretierten Rolle des Arztes ist dieser damit auch nicht an die Einschätzung des Patientenvertreters gebunden, ob die Festlegungen der Patientenverfügung auf den Fall zutreffen⁶³⁵. Bezüglich des Nachweises negativer Tatsachen gilt jedoch das zum Patientenvertreter Gesagte.

Aus der Perspektive der Patientenautonomie darf aber für den Arzt wiederum nur der autonome Patientenwille den entscheidenden Maßstab darstellen. Zwar ließe sich die Beschränkung der ärztlichen Pflichten auf eine Evidenzkontrolle auch im Sinne der Patientenautonomie dadurch rechtfertigen, dass in Konfliktfällen ja sowieso das Betreuungsgericht entscheiden müsse⁶³⁶, das als neutraler Akteur besser zu einer Entscheidung im Sinne der Patientenautonomie befähigt sein könnte als der behandelnde Arzt, der als direkter Beteiligter das Wohl des Patienten im Auge hat.

Dieses Argument gilt jedoch hinsichtlich des dem Standesrecht verpflichteten Arztes nur bedingt. Gerade der Arzt kann durch sein Fachwissen und seine Erfahrung dem Patientenvertreter bei der Auslegung und Erforschung des autonomen Willens des betroffenen Patienten helfen. Dies gilt v. a. bei in der Patientenverfügung verwandten medizinischen Begriffen, die der Patientenvertreter etwa im Rahmen der Kongruenzprüfung auslegen muss. Hierzu dürften dem Patientenvertreter in den meisten Fällen die notwendigen medizinischen Vorkenntnisse

⁶³² Spickhoff, FamRZ 2009, S. 1949 (1952).

⁶³³ MüKo-Schwab, § 1901a BGB, Rn. 25.

⁶³⁴ Kutzer, MedR 2010, S. 531 (532 f.); Reus, JZ 2010, S. 80 (82); in diese Richtung auch Damrau/Zimmermann, Betreuungsrecht, § 1901a BGB, Rn. 64 ff.; Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, Deutsches Ärzteblatt 2011, A346 (A347).

⁶³⁵ MüKo-Schwab, § 1901a BGB, Rn. 25.

⁶³⁶ Vgl. hierzu C.III.7., wenngleich hierdurch neue Gefahren für die Patientenautonomie entstehen können.

fehlen. Es empfiehlt sich daher, dass Arzt und Patientenvertreter die Kongruenz gemeinsam im Dialog überprüfen⁶³⁷, was die Gewähr dafür erhöht, dass eine Behandlungsentscheidung gemäß des autonomen Willens des betroffenen Patienten getroffen wird.

Die *erga omnes* wirkende Verbindlichkeit der Patientenautonomie und -verfügung gebietet daher die Auslegung der gesetzlichen Regelungen im Sinne einer umfassenden Ermittlungs- und Prüfpflicht auch des Arztes, der alles Notwendige zur Ermittlung und Durchsetzung des autonomen Patientenwillens unternehmen muss.

(4) Betreuer vs. Bevollmächtigter

Das 3. BtÄndG geht durch die Einordnung des Instituts der Patientenverfügung in das Betreuungsrecht vom Betreuer als Patientenvertreter aus. Jedoch kann auch ein rechtsgeschäftlich mittels Vorsorgevollmacht Bevollmächtigter als Dritter im Prozess der Anwendung einer Patientenverfügung fungieren.

In § 1901a Abs. 5 BGB n. F. ist nun ausdrücklich klargestellt, dass § 1901a Abs. 1 bis 3 BGB für Bevollmächtigte entsprechend gelten, sich die Patientenverfügung damit gleichermaßen an einen Betreuer sowie einen Bevollmächtigten richtet und diesen entsprechend bindet. Die Pflichten des Bevollmächtigten sollen sich dabei aber vorrangig aus dem der Vollmacht zugrundeliegenden Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsverhältnis ergeben⁶³⁸. Bei einer entsprechenden Vollmacht in Gesundheitsangelegenheiten müssen die fraglichen Maßnahmen jedoch nach § 1904 Abs. 5 S. 2 BGB ausdrücklich und schriftlich umfasst sein.

In früheren Entwürfen war angedacht worden, den Betreuer strengeren Kontrollen zu unterwerfen, da dieser als staatlich berufener Akteur nicht wie der Bevollmächtigte aufgrund einer privatautonomen Entscheidung des Vollmachtgebers bestellt werde⁶³⁹. Dies ist insofern angebracht, als zwar bei beiden gleichermaßen eine entsprechende Missbrauchsgefahr besteht, der Bevollmächtigte dem betroffenen Patienten im Regelfall aber näher stehen sowie besser persönlich bekannt sein dürfte als ein Berufsbetreuer⁶⁴⁰. Im Interesse der Patientenautonomie wäre eine solche Regelung daher zu begrüßen gewesen. Angehörigen sollte aus diesem Grund und in verfassungskonformer Auslegung des Betreuungsrechts daher zumindest Vorrang bei der Bestellung zum Betreuer zukommen⁶⁴¹.

Die Vorschriften des § 1901a Abs. 1 bis 3 BGB gelten für Bevollmächtigte nur entsprechend, sodass durchaus Abweichendes vereinbart werden könnte, was jedoch in der Praxis kaum einen Anwendungsbereich finden dürfte⁶⁴². Es wäre dann nicht mehr der autonome Patientenwille sondern ein anderes Rechtsgut zum Maßstab zu erklären, was aus Sicht der Patientenautonomie abzulehnen ist und zudem den Charakter des Instituts der Patientenverfügung als Instrument der Selbstbestimmung konterkarieren würde.

Bezüglich Aufgabe, Funktion und Verhalten des Bevollmächtigten gelten aus Sicht der Patientenautonomie die gleichen Maßstäbe: Auch den rechtsgeschäftlich Bevollmächtigten treffen

⁶³⁷ Beckmann, MedR 2009, S. 582 (584).

⁶³⁸ Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestags, BT-Drs. 16/13314, S. 20; BeckOK-Müller, § 1901a BGB, Rn. 27; Müko-Schwab, § 1901a BGB, Rn. 55; Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 31; Spickhoff, Medizinrecht, § 1901a BGB, Rn. 21.

⁶³⁹ Albrecht/Albrecht, Die Patientenverfügung, Rn. 37.

⁶⁴⁰ Spickhoff, FamRZ 2009, S. 1949 (1956).

⁶⁴¹ Hufen, NJW 2001, S. 849 (853).

⁶⁴² Ihrig, notar 2009, S. 380 (386).

daher die bereits hinsichtlich des Betreuers dargestellten Rechte und Pflichten. Daneben sind die prozeduralen Vorgaben des Dialogverfahrens nach § 1901b BGB gemäß § 1901b Abs. 3 BGB für Bevollmächtigte entsprechend anwendbar.

Mit dem 3. BtÄndG wurde damit nicht nur die gesetzliche Möglichkeit zur autonomen Vorsorge in Gesundheitsangelegenheiten mittels Patientenverfügung geschaffen, sondern auch die autonome Auswahl des Patientenvertreters gestärkt.

(5) Die Kontrolle der beteiligten Dritten

Es ist zuzugeben, dass jeder Beteiligung Dritter – seien es Betreuer, Bevollmächtigte, Arzt oder Angehörige – eine mögliche Missbrauchsgefahr innewohnt. Fraglich ist jedoch, wie dieser zu begegnen ist. Durch eine immer weiter gehende Kontrolle mittels zusätzlicher Akteure oder Instanzen entsteht zwangsläufig eine nicht endende paternalistische Kontrollkette. Trotz der bei Patientenverfügungen infrage stehenden hohen Schutzgüter ist eine derartige Ausgestaltung aus Sicht der Patientenautonomie nicht geboten und bringt unter Autonomiegesichtspunkten keinen Mehrwert. Die gesetzliche Ausgestaltung muss vielmehr dafür sorgen, dass einerseits nur der autonome Wille des Betroffenen maßgeblich bleibt und nicht unnötig durch weitere Beteiligte manipuliert werden kann. Andererseits muss aber – wenn aus tatsächlichen Gründen Dritte an der Durchsetzung des autonomen Patientenwillens beteiligt werden müssen – nur insofern eine ausreichende Kontrollmöglichkeit bestehen. Auch das durch die gesetzliche Neuregelung geschaffene Prozedere muss sich an diesen Vorgaben messen lassen und diesen beiden Bedürfnissen ausreichend Rechnung tragen. Durch die Maßgeblichkeit des Patientenwillens und der Patientenverfügung sowie die gegenseitige Kontrolle der an deren Umsetzung Beteiligten wird der Missbrauchsgefahr in vertretbarer Weise entgegengetreten sowie der Patientenautonomie ausreichend Rechnung getragen.

f) § 1901a Abs. 2 S. 2, 3 BGB als Gefahr für die Selbstbestimmung?

Nicht nur das gesetzlich vorgesehene Handeln Dritter, sondern auch die gesetzlichen Vorgaben zur Ermittlung des mutmaßlichen Willens selbst können die Patientenautonomie einschränken. Eine besondere Gefahr durch den Einfluss heteronomer Fremdbestimmung stellen die Vorschriften des § 1901a Abs. 2 S. 2, 3 BGB dar. Danach sollen für die Ermittlung des mutmaßlichen Willens konkrete Anhaltspunkte, insbesondere auch frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen, ethische oder religiöse Überzeugungen sowie sonstige persönliche Wertvorstellungen des betroffenen Patienten zu berücksichtigen sein. Hierbei greift der Gesetzgeber einige von der BGH-Rechtsprechung entwickelte Kriterien auf, während er auf andere – wie die altersbedingte Lebenserwartung oder das Erleiden von Schmerzen – verzichtet⁶⁴³. Wie der Begriff „insbesondere“ zeigt, handelt es sich in § 1901a Abs. 2 S. 3 BGB allerdings nicht um eine abschließende Aufzählung, sodass die Gefahr besteht, dass auf weitere gleichartige Kriterien abgestellt wird und hierüber die Patientenautonomie durch heteronome Wertungen eingeschränkt wird.

Problematisch ist dabei zunächst der Terminus der „konkreten Anhaltspunkte“. Als unbestimmter und ausfüllungsbedürftiger Begriff dürften bloße „Anhaltspunkte“ auf erhebliche Schwierigkeiten in der Praxis treffen und angesichts der zu treffenden existenziellen Entscheidung – etwa hinsichtlich eines Behandlungsabbruchs – nur eine vage und unzureichende

⁶⁴³ BGHSt 40, 257 (263); vgl. hierzu auch bereits oben C.II.2.

Legitimationsgrundlage darstellen⁶⁴⁴. Zwar betont auch der Gesetzgeber, dass der Patientenvertreter als Grundlage der von ihm zu treffenden Entscheidung gerade nicht auf eigene Vorstellungen oder die Vorstellungen der Allgemeinheit, mithin objektive Kriterien oder auch lediglich die ärztliche Diagnose zurückgreifen darf⁶⁴⁵. Damit wird dem Abstellen auf allgemeine Wertvorstellungen – wie dies noch der BGH getan hatte⁶⁴⁶ – eine eindeutige Absage erteilt. In konkreten Fällen werden die stattdessen vom Gesetzgeber gewählten „konkreten Anhaltspunkte“ aber auf Schwierigkeiten treffen, die sich zu einer Gefahr für die Patientenautonomie auswachsen können. Dies soll im Folgenden anhand der einzelnen gesetzlichen Kriterien des § 1901a Abs. 2 S. 3 BGB begründet werden.

(1) Frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen

Frühere, v. a. singuläre mündliche oder schriftliche Äußerungen können Ausdruck einer lediglich kurzweiligen momentanen Stimmung des Äußernden sein und nicht in Bezug auf die langfristigen und grundlegenden Wirkungen wie bei einer Patientenverfügung abgegeben worden sein. Daneben ist fraglich, inwieweit sich der Äußernde dadurch binden wollte bzw. inwieweit er sich der Bindungswirkung sowie der Bedeutung seiner Aussage überhaupt bewusst war⁶⁴⁷.

(2) Ethische oder religiöse Überzeugungen

Auch ethische oder religiöse Überzeugungen bieten nur bedingt konkrete Anhaltspunkte. In der gegenwärtigen pluralistischen Gesellschaft, die durch unterschiedliche, individuelle Lebensentwürfe geprägt ist, kann eine Trennung anhand gesellschaftlicher *cleavages* kaum mehr sinnvoll vorgenommen werden. Dies gilt auch angesichts der häufigen Komplexität der zugrundeliegenden Lebenswelten. Insbesondere bei religiösen Fragen stünden zwar die entsprechenden Lehrmeinungen und Empfehlungen der Kirchen zur Verfügung⁶⁴⁸. Ob der betroffene Patient sich allerdings gerade hierauf beziehen wollte oder diese überhaupt kannte, kann jedoch in vielen Fällen bezweifelt werden⁶⁴⁹. Die Bezugnahme auf „ethische oder religiöse Überzeugungen“ i. S. v. § 1901a Abs. 2 S. 3 BGB wird in der Literatur daher überwiegend kritisiert⁶⁵⁰. Aus Sicht der Patientenautonomie erweist sich diese Kategorie als nicht zielführend, da in jeder Situation der autonome Wille des Betroffenen maßgebend sein muss. Dieser müsste sich die allgemeinen und kollektiven religiösen Wertvorstellungen ausdrücklich zu Eigen gemacht haben, wovon in den meisten Fällen allerdings nicht ausgegangen werden kann. Allein die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religionsgemeinschaft rechtfertigt nicht den Schluss

⁶⁴⁴ Beckmann, FPR 2010, S. 278 (279 f.).

⁶⁴⁵ BT-Drs. 16/8442, S. 17. Normativ kommen diese Erwägungen auch in § 1901 Abs. 2 und 3 BGB zum Ausdruck; vgl. auch Beetz, Stellvertretung als Instrument der Sicherung und Stärkung der Patientenautonomie, S. 65.

⁶⁴⁶ Vgl. hierzu bereits C.II.2.a)(3).

⁶⁴⁷ Beckmann, FPR 2010, S. 278 (280).

⁶⁴⁸ Vgl. für die katholische und die evangelische Kirche etwa *Deutsche Bischofskonferenz/Rat der Evangelischen Kirche* (Hrsg.), *Christliche Patientenvorsorge*.

⁶⁴⁹ Beckmann, FPR 2010, S. 278 (280).

⁶⁵⁰ Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2009, S. 426 (429), die plakativ formulieren, welche Implikationen die Angabe „Ich bin überzeugter Katholik.“ für die Beantwortung der Frage bereithalte, ob die palliative Sedierung zur Bekämpfung der durch eine Tumorerkrankung ausgelösten Unruhe dem mutmaßlichen Willen des Betroffenen entspreche oder eben nicht.

auf den Inhalt des mutmaßlichen Willens. Dies zeigt sich auch daran, dass entsprechende ethische Fragen und damit zusammenhängende unbestimmte Begriffe ethisch und auch innerhalb einzelner Glaubensrichtungen höchst umstritten sein können.

(3) Sonstige persönliche Wertvorstellungen

Um entsprechenden Mutmaßungen Dritter vorzubeugen, macht es – auch zum Wohl der Patientenautonomie – daher eher Sinn, der Patientenverfügung entsprechende, schriftlich dokumentierte Angaben zu den eigenen Wertvorstellungen beizufügen. Dies wird häufig gerade aus der Praxis und in entsprechenden Beratungshilfen zur besseren Nachvollziehbarkeit des Patientenwillens und zur Hilfestellung bei Auslegungsfragen empfohlen⁶⁵¹. Die Ausführungen können sich dabei auf die Bewertung vergleichbarer Krankheitssituationen anderer Personen, aber auch auf das bisherige Erleben eigener Krankheiten und Behandlungen beziehen⁶⁵². Daneben lässt sich durch eine schriftliche Dokumentation der eigenen Wertvorstellungen die Ernsthaftigkeit einer Patientenverfügung unterstreichen⁶⁵³.

Hier besteht jedoch die Gefahr, dem Patienten einen stimmigen einheitlichen Lebensentwurf zu unterstellen. Die Patientenautonomie gewährt aber gerade auch ein Recht, inkohärente, ja sogar unvernünftige⁶⁵⁴ Entscheidungen zu treffen, die nicht in Einklang mit dem bisherigen Lebensentwurf bzw. der bisherigen Lebensführung stehen⁶⁵⁵. Dieses Problem wurde auch von der Rechtsprechung gesehen⁶⁵⁶, fand in der gesetzlichen Regelung sowie der Gesetzesbegründung jedoch keinen Niederschlag. Ein Patient kann zudem in der konkreten Behandlungssituation andere Wünsche haben, als man ihm aufgrund seiner bisherigen Wertvorstellungen unterstellen würde. Eine heteronome Bewertung sowohl der konkreten Entscheidung selbst, als auch der Wertvorstellungen an sich ist aus Sicht der Patientenautonomie dabei nicht zulässig. Persönliche Wertvorstellungen können aus Sicht der Patientenautonomie als Entscheidungshilfe für die konkret vorzunehmende Entscheidung nur herangezogen werden, wenn sie selbst hinreichende Gewähr für einen ausreichenden Autonomiegehalt bieten.

⁶⁵¹ Vgl. etwa *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2009, S. 426 (429); *Bayerisches Staatsministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Hrsg.)*, Vorsorge für Unfall, Krankheit, Alter durch Vollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung, S. 14 f.; *Bundesministerium der Justiz (Hrsg.)*, Patientenverfügung, Leiden, Krankheit, Sterben, S. 13 f. sowie – v. a. hinsichtlich der Verwendung entsprechender Muster – die Empfehlungen der *Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer* zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, Deutsches Ärzteblatt 2013, S. B1392 (B1395).

⁶⁵² *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2009, S. 426 (429), die die Bewertung der Reanimation des dementen Vaters bzw. der bereits durchgeführten Chemotherapiezyklen bezüglich der eigenen Tumorerkrankung als Beispiele anführen.

⁶⁵³ *Bickhardt*, Der Patientenwille, S. 30; *Bundesministerium der Justiz (Hrsg.)*, Patientenverfügung, Leiden, Krankheit, Sterben, S. 14. Hier finden sich auch exemplarische Fragen zu den eigenen Wertvorstellungen.

⁶⁵⁴ *Sternberg-Lieben/Reichmann*, NJW 2012, S. 257 (259) m. w. N.; man denke hier auch an die verfassungsrechtlich akzeptierte Ablehnung von Bluttransfusionen durch die Zeugen Jehovas, vgl. BVerfG, 1 BvR 618/93 vom 2.8.2001 sowie *Kamps*, ZMGR 2009, S. 207 (208). Siehe zur Vernünftigkeit autonomer Entscheidungen auch bereits C.I.1.c).

⁶⁵⁵ *Dworkin*, Die Grenzen des Lebens, S. 311; *Quante*, Personales Leben und menschlicher Tod, S. 192 ff.

⁶⁵⁶ Vgl. etwa BGHSt 40, 257 (263), der eine Vernünftigkeit als bloßen Anhaltspunkt für die Ermittlung des mutmaßlichen Willens letztlich aber doch berücksichtigen will. Das Recht auf die „unvernünftige“ Entscheidung, eine möglicherweise lebensrettende Therapie abzulehnen ist aber auch von der Rechtsprechung grundsätzlich anerkannt, vgl. BGHSt 11, 111 (114); BGHZ 90, 103 (111).

(4) Zwischenergebnis

Letztlich handelt es sich bei den vom Gesetz genannten – dies gilt genauso für weitere denkbare – Kriterien um Bewertungsfragen, denen weitreichende metaethische Grundannahmen zugrundeliegen können und die trotz Einordnung in übergreifende Lebenskonzepte und Religionszugehörigkeiten individuell stark variieren können. Diese im Gesetz angelegte Verobjektivierungstendenz schränkt die individuelle Patientenautonomie unzulässig ein, sie sollten daher in der Praxis mit Vorsicht gehandhabt werden.

Den Gegnern des mutmaßlichen Willens ist daher zuzugeben, dass sich die einzelnen gesetzlichen Kriterien als defizitär erweisen und die Gefahr der Fremdbestimmung in sich tragen. Da aus Sicht der Patientenautonomie aber auch keine anderen allgemeinen Entscheidungskriterien zur Verfügung stehen, bieten sie andererseits die Möglichkeit, in einer Gesamtschau und -abwägung den Willen des betroffenen Patienten zumindest hinsichtlich einer Richtungsentscheidung zu ermitteln. Der Patientenvertreter muss dabei freilich sorgfältig vorgehen und immer den Patientenwillen als Richtschnur beachten.

(5) Im Zweifel für das Leben?

Liegt keine Patientenverfügung vor und lassen sich auch nach Ende des beschriebenen Verfahrens keine Indizien bzw. konkreten Anhaltspunkte für einen mutmaßlichen Willen des Patienten finden, stellt sich die Frage, nach welchen Kriterien in diesem Fall eine Entscheidung über das Ob einer medizinischen Behandlung zu treffen ist. Diese Problematik ergibt sich auch *de lege lata* nach der gesetzlichen Verankerung der Patientenverfügung. Es wäre hierbei aus eher paternalistischer Sichtweise – ein selbstbestimmter Wille ist ja gerade nicht feststellbar – daran zu denken, „im Zweifel für das Leben“⁶⁵⁷, also *in dubio pro vita* zu entscheiden. Dagegen stärkt eine andere Meinung die Rolle des Arztes und vertritt, dass die Entscheidung in diesem Fall vom Bestehen oder Nicht-Bestehen der ärztlichen Indikation abhängen sollte⁶⁵⁸. Zur alten Rechtslage vor dem 3. BtÄndG wurde noch vertreten, dass der Arzt vor Beginn des Sterbeprozesses keinen Grund habe, an passive Sterbehilfe zu denken, weshalb er die vorzunehmende Entscheidung nach eigenem ärztlichen Ermessen treffen könne⁶⁵⁹. Dies klingt auch in den aktuellen ärztlichen Leitlinien an, wonach – wenn nichts über den Willen des betroffenen Patienten bekannt ist – Arzt und Patientenvertreter davon ausgehen können sollen, dass der Patient den fraglichen ärztlichen Maßnahmen zustimmen würde⁶⁶⁰. Der Gesetzgeber hat sich jedoch der erstgenannten Meinung angeschlossen. Danach gebiete es „das hohe Rechtsgut auf Leben, entsprechend dem Wohl des Betreuten zu entscheiden und dabei dem Schutz seines Lebens Vorrang einzuräumen“⁶⁶¹.

⁶⁵⁷ So *Dodegge/Roth*, Betreuungsrecht, Teil C, Rn. 113; *Laufs*, NJW 1996, S. 763; *Sass*, Patientenverfügung und Betreuungsvollmacht, S. 41; *Spickhoff*, FamRZ 2009, S. 1949 (1950); vgl. auch BT-Drs. 16/13314, S. 4 sowie BGHSt 40, 257 (263).

⁶⁵⁸ *Borasio*, Über das Sterben, S. 156 f.; *Kutzer*, MedR 2010, S. 531 (532); diese Indikation sei dann i. S. des § 1901b BGB aber zusammen mit dem Patientenvertreter und den Angehörigen zu erarbeiten. Auch BGHSt 40, 257 (263) nennt noch die Aussichtslosigkeit der ärztlichen Prognose als Kriterium.

⁶⁵⁹ *Holzhauser*, FamRZ 2006, S. 518 (526).

⁶⁶⁰ Empfehlungen der *Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer* zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, Deutsches Ärzteblatt 2013, S. B1392 (B1394).

⁶⁶¹ BT-Drs. 16/8442, S. 16; BT-Drs. 16/13314, S. 4.

Jedoch müssen hierbei wiederum das grundgesetzlich garantierte Selbstbestimmungsrecht und die Menschenwürde des Betroffenen beachtet werden⁶⁶². Dies gelte umso mehr, wenn die individuelle Prognose keine Hoffnung auf eine erfolgreiche Therapie lässt oder davon ausgegangen werden kann, dass der betroffene Patient auf unbestimmte Zeit dahinsiechen muss, was die meisten Menschen wohl eher nicht für sich wünschen würden⁶⁶³. Aber auch diese Aussage ist aus Sicht der Patientenautonomie fragwürdig, da ein derartiges „Lebenswerturteil“⁶⁶⁴ über die Unwürdigkeit der eigenen Situation nur vom Betroffenen selbst gefällt werden darf. Die gesinnungsethische Alternative – im Zweifel immer dem Lebensschutz Vorrang einzuräumen – ist daher mit dem Prinzip der Patientenautonomie nicht vereinbar, auch wenn gelegentlich behauptet wird, der Autonomie des Patienten werde am besten dadurch Rechnung getragen, dass „man die Lebensrettung zulässt, die ihm die nachträgliche Entscheidung – selbst die für den Tod – offen hält“⁶⁶⁵. Dies würde aber gerade zu einer Verlängerung der ggf. vom Patienten autonom abgelehnten Behandlung führen und die Patientenautonomie zur bloßen Hülle des Lebensschutzes verkommen lassen. Dabei ist auch zu bedenken, dass es sich bei den zu treffenden Entscheidungen – etwa für einen Behandlungsabbruch – i. d. R. um irreversible Maßnahmen handelt und häufig der Zustand der Einwilligungsunfähigkeit ebenfalls unumkehrbar ist. Hier macht die Lebensverlängerung keinen Sinn, wenn sich der Betroffene aufgrund seines komatösen Zustands nie mehr zu Behandlungsfragen äußern können wird. Ansonsten muss aus Sicht der Patientenautonomie *in dubio pro voluntate*, also gemäß des zumindest rudimentär als Richtungsentscheidung ermittelten und verstandenen Willens des betroffenen Patienten entschieden werden. Gerade in Zweifelsfällen muss sichergestellt werden, dass zur Entscheidung allein der autonome Wille des Betroffenen herangezogen und eine heteronome Einmischung Dritter verhindert wird. Der rechtlichen Gestaltung der Behandlung am Lebensende sowie des Sterbens sind dabei zugegebenermaßen tatsächliche Grenzen gesetzt. Restzweifel können aber auch durch eine allgemeine gesetzliche Regelung nicht ausgeräumt werden. Die individuell vom Patientenvertreter gerade in Zweifelsfällen vorzunehmende Entscheidung, welche – besonders wenn es sich um einen Angehörigen handelt – eine hohe psychische Belastung darstellen kann⁶⁶⁶, kann nicht vom Gesetzgeber abgenommen werden.

7. Die Beteiligung des Betreuungsgerichts im Sinne staatlicher Fürsorge

Zusätzlich zur gesetzlichen Aufnahme des Instituts der Patientenverfügung und des damit zusammenhängenden Verfahrens gestaltete das 3. BtÄndG einige flankierende Regelungen um. Eine der Intentionen des Gesetzgebers war es dabei, die Frage zu klären, wann bzw. in welchen Fällen das Betreuungsgericht beteiligt werden muss⁶⁶⁷. So wurde in § 1904 Abs. 2

⁶⁶² Hufen, NJW 2001, S. 849 (855); Bundesärztekammer, Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, Deutsches Ärzteblatt 2011, S. A346 f.

⁶⁶³ Ankermann, MedR 1999, S. 387 (390); Coeppecius, NJW 1998, S. 3381 (3382); a. A. Laufs, NJW 1998, S. 3399 (3400).

⁶⁶⁴ Eibach, ZfmE 1998, S. 201 (202).

⁶⁶⁵ Beckmann, FPR 2010, S. 278 (280).

⁶⁶⁶ Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2009, S. 426 (429).

⁶⁶⁷ Vgl. BT-Drs. 16/8442, S. 2 f.; vgl. zur Herleitung des Genehmigungserfordernisses vor der Gesetzesänderung auch Deutsch, NJW 2003, S. 1567 f.; Müller, ZEV 2008, S. 583 (584); Fallbeispiele zur Beteiligung des Betreuungsgerichts in der Praxis finden sich bei Seichter, KritV 2004, S. 451 ff.

BGB das betreuungsgerichtliche Genehmigungserfordernis auch für den Behandlungsabbruch bzw. die Nichteinwilligung und den Widerruf der Einwilligung in eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff⁶⁶⁸ durch den Patientenvertreter normiert. Zusammen mit § 1904 Abs. 1 BGB bedeutet dies, dass der Patientenvertreter seine Entscheidung vom Betreuungsgericht genehmigen lassen muss, wenn die Maßnahme medizinisch angezeigt ist und die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund des Unterbleibens oder des Abbruchs der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet⁶⁶⁹. Gleichzeitig wurde dieses Genehmigungserfordernis mit § 1904 Abs. 4 BGB aber auf die Fälle des Dissenses zwischen Patientenvertreter und behandelndem Arzt bezüglich des nach § 1901a BGB festgestellten Patientenwillens beschränkt⁶⁷⁰. Das Betreuungsgericht muss in diesem Fall das Verfahren nach § 298 FamFG beachten. Im Folgenden soll daher genauer dargestellt werden, in welchen Fällen die prozedurale Beteiligung des Betreuungsgerichts vorgeschrieben ist und wie sich dies auf die Patientenautonomie auswirkt.

Bezüglich der Notwendigkeit der betreuungsgerichtlichen Genehmigung ist zunächst zu unterscheiden, ob ein Konsens oder ein Dissens zwischen Arzt und Patientenvertreter vorliegt:

a) Konsens zwischen Arzt und Patientenvertreter

Nach § 1904 Abs. 4 BGB muss das Betreuungsgericht nicht beteiligt werden, wenn zwischen dem Patientenvertreter und dem behandelnden Arzt Einvernehmen darüber besteht, dass die Erteilung, die Nichterteilung oder der Widerruf der Einwilligung dem nach § 1901a BGB festgestellten Willen des Betreuten entspricht⁶⁷¹. Mit der ausdrücklichen Forderung eines Konfliktfalls ist damit nicht mehr – wie dies in der klinischen Praxis allerdings häufig zur Voraussetzung des Behandlungsabbruchs gemacht wurde⁶⁷² – stets eine betreuungsgerichtliche Genehmigung einzuholen. Diese böte bereits aus praktischen Gründen keinen Mehrwert: Das Betreuungsgericht müsste zur Überprüfung bzw. Ermittlung des tatsächlichen Patientenwillens sowieso die Beteiligten anhören. Wenn zwischen diesen jedoch bereits Einigkeit besteht, macht ein betreuungsgerichtliches Prüfverfahren wenig Sinn und führt lediglich zu einer unnötigen Zeitverzögerung, die zulasten der Patientenautonomie wirken kann.

b) Dissens zwischen Arzt und Patientenvertreter

Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass es nach § 1904 Abs. 4 BGB einer Genehmigung durch das Betreuungsgericht bedarf, wenn sich Arzt und Patientenvertreter im Dialogverfahren des § 1901b BGB nicht einigen können. Zu klären ist dabei zunächst, ob eine betreuungsgerichtliche Genehmigungspflicht generell regelungstechnisch konstruiert werden kann und welche Voraussetzungen hierfür vorliegen müssen.

⁶⁶⁸ Diese Trias entspricht auch der Terminologie des § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB.

⁶⁶⁹ Hiervon sind Eilfälle abzugrenzen, in denen der Patientenvertreter aufgrund der Dringlichkeit der zu treffenden Entscheidung nicht rechtzeitig erreicht werden kann; vgl. Müller, DNotZ 2010, S. 169 (178) sowie Spickhoff, FamRZ 2009, S. 1949 (1953 f.).

⁶⁷⁰ Wie ein derartiger Dissens im Verfahren des § 1901b BGB entstehen kann, wurde bereits unter C.III.6.d) dargestellt.

⁶⁷¹ Neben der bereits zitierten Rechtsprechung wurde und wird dies auch von der Literatur anerkannt, vgl. Dodegge, NJW 2007, 2673 (2676) m. w. N.; Kutzer, BtPrax 2005, S. 50 (52); Schmitz, FPR 2010, S. 275 (276).

⁶⁷² Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 8 m. w. N. aus der Rechtsprechung.

Mit der Frage der grundsätzlichen Möglichkeit einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung beschäftigte sich der BGH – im Ergebnis bejahend – bereits in der „Lübecker Entscheidung“: Umstritten war damals noch, ob – da es sich bei der Entscheidung über die Zulässigkeit lebensverlängernder bzw. -erhaltender Maßnahmen um eine höchstpersönliche Entscheidung des betroffenen Patienten selbst handele – der Patientenvertreter überhaupt eine dementsprechende Entscheidung treffen könne, die der betreuungsgerichtlichen Genehmigung zugänglich sei⁶⁷³. Eine patientenautonomefreundliche Auslegung muss dahin gehen, dass eine Entscheidung des Patientenvertreters möglich ist, diese als Ausdrucks- und Geltungsverschaffung jedoch nur die Umsetzung der vom Patienten selbst getroffenen autonomen Festlegungen meint. Davon zu trennen, aber mit dieser Auslegung korrespondierend, ist das Erfordernis der Höchstpersönlichkeit der Errichtung der Patientenverfügung⁶⁷⁴. Eine betreuungsgerichtliche Überprüfung der den Willen des Patienten umsetzenden Entscheidung des Patientenvertreters ist damit möglich.

Dass nicht nur das Verlangen des Patientenvertreters auf Vornahme, sondern auch nach Abbruch einer lebenserhaltenden Maßnahme zu seiner Wirksamkeit der betreuungsgerichtlichen Genehmigung bedürfen kann, war bereits vor der gesetzlichen Neuregelung durch das 3. BtÄndG anerkannt. Der BGH hatte dies in der genannten Entscheidung in richterlicher Rechtsfortbildung und in Rechtsanalogie der betreuungsrechtlichen Vorschriften klargestellt⁶⁷⁵, gleichzeitig aber auf Fälle des sog. nichtkonsentierten Behandlungsabbruchs beschränkt, wenn sich also Arzt und Patientenvertreter über diese Frage nicht einigen konnten⁶⁷⁶. Insofern knüpfen § 1904 Abs. 2 und Abs. 4 BGB n. F. an diese Rechtsprechungslinie an. Der BGH sah den Sinn des betreuungsgerichtlichen Kontrollvorbehalts im Lebensschutz als staatliche Fürsorge⁶⁷⁷ sowie das Betreuungsgericht als geeignete Instanz an, die Vorgaben der – mittlerweile über § 1901a Abs. 3 BGB weggefallenen – Reichweitenbegrenzung zu kontrollieren⁶⁷⁸. Daneben sollte das Betreuungsgericht prüfen, ob der Patientenvertreter den Willen des betroffenen Patienten ausreichend ermittelt hat sowie die Kongruenz der Patientenverfügung mit der konkreten Behandlungssituation feststellen⁶⁷⁹. Letzteres ist nach § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB allerdings nun ausdrücklich Aufgabe des Patientenvertreters.

c) Zwischenergebnis

Das gesetzliche Verfahren sieht demnach vor, dass das Betreuungsgericht als staatlicher Akteur und unabhängige Kontrollinstanz nur eingeschaltet werden muss, wenn sich die für die

⁶⁷³ BGHZ 154, 205 (213) m. w. N., wo dies im Rahmen des betreuungsgerichtlichen Genehmigungserfordernisses erörtert wird; vgl. auch OLG Karlsruhe/Freiburg, NJW 2002, S. 685 f.

⁶⁷⁴ Vgl. hierzu bereits C.III.5.a) (4).

⁶⁷⁵ Für eine direkte Analogie des § 1904 Abs. 1 BGB fehle es bereits an einer planwidrigen Regelungslücke, vgl. BGHZ 154, 205 (208 f.); a. A. OLG Karlsruhe/Freiburg, NJW 2002, S. 685 (687).

⁶⁷⁶ BeckOK-Müller, § 1904 BGB, Rn. 32; Müller, ZEV 2008, S. 583 (584); auch die Gesetzesbegründung nimmt hierauf Bezug, vgl. BT-Drs. 16/8442, S. 19. Eine umfassende Zuständigkeit auch im Konsensfall hätte die Gerichte quantitativ wohl überfordert und wäre nicht mit der ihnen zukommenden Funktion im Rechtssystem vereinbar gewesen, da dann jegliches ärztliche Handeln am Lebensende kontrolliert werden würde, BGHZ 154, 205 (227 f.); vgl. auch OLG München, Urteil vom 25.1.2007, 33 Wx6/07, = NJW 2007, S. 3506 = DNotZ 2007, S. 625; zur zeitlichen Auslastung von Betreuungsrichtern *Coeppicus*, ZRP 2002, S. 44.

⁶⁷⁷ BGHZ 154, 205 (212, 223, 227).

⁶⁷⁸ BGHZ 154, 205 (216).

⁶⁷⁹ BGHZ 154, 205 (218).

Umsetzung der Patientenverfügung Verantwortlichen nicht über den vorab verfügten oder mutmaßlichen Willen des betroffenen Patienten einig sind. Durch die Neufassung des § 1904 Abs. 2 BGB wurde zwar eine grundsätzliche betreuungsgerichtliche Genehmigungspflicht gesetzlich festgeschrieben und der hierzu zur alten Rechtslage geführte Meinungsstreit beendet. Die Konsenslösung bewirkt gleichzeitig aber auch, dass die in der Patientenverfügung vorgesehenen Maßnahmen nicht *per se* einem betreuungsgerichtlichen Kontrollvorbehalt unterliegen, sofern die allgemeinen Wirksamkeitskriterien zur Errichtung einer Patientenverfügung beachtet wurden⁶⁸⁰.

d) Kritik am Konsensprinzip des § 1904 Abs. 4 BGB

Bedarf es keiner betreuungsgerichtlichen Genehmigung, entscheiden letztlich Patientenvertreter und Arzt existenziell über Leben und Tod. Kritiker sprechen daher von einer „konsensualen Hinwegdisponierung staatlicher Kontrolle“⁶⁸¹, bei der staatliche, gerichtliche Fürsorgeaufgaben auf private Personen übertragen werden. Auch aus verfassungsrechtlicher Sicht ist an eine zwingende Beteiligung des Betreuungsgerichts zu denken, um angesichts der unter Umständen widerstreitenden hohen Rechtsgüter wie dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten und der staatlichen Schutzpflicht für das Leben aus Art. 2 Abs. 2 GG sowie der Schwere der Krankheit, des möglicherweise zu erwartenden Leidens und der emotionalen Belastung der Beteiligten einen angemessenen Ausgleich garantieren zu können⁶⁸².

Angesichts einer eventuellen Missbrauchsgefahr wird dabei die staatliche Schutzpflicht betont, was sich an zwei Beispielen illustrieren lässt: Ein dem betroffenen Patienten persönlich nicht bekannter Betreuer könnte zusammen mit dem einem gewissen Kostensenkungsdruck unterliegenden Arzt eher versucht sein, im Zweifel den Willen des Patienten im Sinne des Abbruchs lebenserhaltender, aber kostenintensiver Maßnahmen zu interpretieren, während ein Arzt anlässlich einer gewinnbringenden Maßnahme auf einen dem betroffenen Patienten persönlich verbundenen Bevollmächtigten eher dahingehend einwirken könnte, lebensverlängernde Maßnahmen zuzustimmen⁶⁸³. Hierbei handelt es sich jedoch um überspitzte, nicht allgemein repräsentative Unterstellungen. Es ist jedoch zuzugeben, dass in derartigen Fällen das betreuungsgerichtliche Verfahren ausnahmsweise zur Stärkung der Patientenautonomie beitragen kann, wenn es eine ordnungsgemäße Ermittlung des autonomen Willens des Patienten und eine demgemäße Entscheidung sicherstellt.

Die Patientenautonomie gebietet eine Verhinderung von Missbrauch dahingehend, dass Patientenvertreter und behandelnder Arzt kollusiv zum Nachteil und gegen den Willen des betroffenen Patienten zusammenwirken. Der Gesetzgeber ist allerdings ebenso davon überzeugt, dass ein genereller Missbrauchsverdacht gegenüber den genannten Beteiligten in der geschilderten Art wohl überzogen und empirisch nicht belegbar ist⁶⁸⁴. Aber auch in Ausnahmefällen, in denen es ggf. zu einem Missbrauch von Entscheidungsmacht kommen kann, muss die gesetzliche Regelung aus Sicht der Patientenautonomie dafür sorgen, dass dieses Prinzip

⁶⁸⁰ Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 21, vgl. zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen auch oben C.III.5.a).

⁶⁸¹ Rixen, „Patientenverfügung im Kontext“, S. 175 (176); a. A. Bickhardt, Der Patientenwille, S. 31.

⁶⁸² Hufen, NJW 2001, S. 849 (857).

⁶⁸³ Diese Beispiele finden sich bei Spickhoff, FamRZ 2009, S. 1949 (1957).

⁶⁸⁴ So auch die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/8442, S. 19; vgl. auch Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2009, S. 426 (434); zurückhaltend bezüglich möglicher Missbrauchsgefahren auch Eidam, Goldammer's Archiv für Strafrecht 2011, S. 232 (243 f.).

hinreichend gewährleistet und durchgesetzt wird. Aus tatsächlichen Gründen kaum aufzulösen ist dabei ein möglicher Widerspruch, der dadurch entstehen kann, dass sich ein entsprechender Missbrauch erst in der *ex post*-Sicht als ein solcher darstellen und erweisen wird. *Ex ante* wird sich dies wesentlich schwieriger ermitteln lassen, der Patientenautonomie sind hier natürliche Grenzen gezogen. An den Missbrauchsverdacht sind zudem hohe Anforderungen zu stellen, da bereits das ärztliche Standesrecht und die Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung disziplinierende und abschreckende Wirkung haben dürften. Wenngleich es hier wohl eine entsprechende Dunkelziffer gibt, fehlt es an empirischen Daten, welche die Annahme einer entsprechend hohen Missbrauchsrate rechtfertigen und zu einer restriktiveren Pflicht zur betreuungsgerichtlichen Genehmigung Anlass bieten.

Der grundsätzlichen Notwendigkeit eines staatlichen Eingreifens zur Durchsetzung der Patientenautonomie bzw. des Patientenwillens bei einem Missbrauch im Rahmen der Interpretation einer Patientenverfügung oder der Entscheidungsbefugnis des Patientenvertreters wird insofern Rechnung getragen, als jedermann beim Betreuungsgericht nach § 24 FamFG eine Überprüfung anregen kann, wenn er der Ansicht ist, dass die Entscheidung des Patientenvertreters dem Willen des Patienten zuwiderläuft bzw. nicht in dessen Sinne ist. Auf diese Weise wird ein zusätzlicher Schutzmechanismus zur Gewährleistung der Berücksichtigung der autonomen Entscheidung des betroffenen Patienten geschaffen: Das Betreuungsgericht kann – in der vorliegenden Konstellation wohl hauptsächlich durch nahe Vertrauenspersonen oder Angehörige – angerufen werden und muss einem vorgebrachten Verdacht gemäß des Amtsermittlungsgrundsatzes entsprechend nachgehen. Hierdurch kann bei einem Missbrauchsverdacht die Entscheidung des Patienten gerichtlich überprüft werden lassen. An dieser geltenden und anerkannten Rechtslage wollte auch der Gesetzgeber nichts ändern⁶⁸⁵. Das Betreuungsgericht darf eine Prüfung aber nur dann vornehmen, wenn es angerufen wird und ist nicht zu einer eigenen Entscheidung von sich aus berufen.

Die am Anfang dieses Abschnitts dargestellte Kritik, wonach Privatpersonen über Leben und Tod entscheiden, muss aus Sicht der Patientenautonomie außerdem dahingehend eingeschränkt werden, dass der Patient mittels der Patientenverfügung, an die Arzt und Patientenvertreter gebunden sind, ja gerade selbst entscheidet. Damit können der Arzt und der Patientenvertreter nicht im Konsens konstitutiv die zu treffende Entscheidung vornehmen, vielmehr geht es nur noch um Kongruenz- und Auslegungsfragen zur Umsetzung der vom Patienten selbst getroffenen autonomen Entscheidung.

Daneben sind Alternativen zur durch das 3. BtÄndG eingeführten Verfahrensregelung, die ein Mehr an Patientenautonomie bieten, nur schwer vorstellbar. Ein etwas differenzierteres Regelungssystem zur betreuungsgerichtlichen Genehmigungspflicht hatte zwar die Arbeitsgruppe des BMJ vorgeschlagen⁶⁸⁶: Das Betreuungsgericht sollte danach generell – auch unabhängig von der medizinischen Indikation – bei Zweifeln oder Meinungsverschiedenheiten über den Inhalt der Patientenverfügung bzw. des Patientenwillens zwischen Arzt und Patientenvertreter angerufen werden müssen. Dies sollte aber nur hinsichtlich des mutmaßlichen Willens gelten. Falls aber eine unzweifelhafte Willensäußerung des Patienten – etwa in Form einer Patientenverfügung – vorliegt, sollte das Betreuungsgericht feststellen, dass es einer Entscheidung des

⁶⁸⁵ BT-Drs. 16/8442, S. 12, 19.

⁶⁸⁶ Vgl. zum Folgenden *Bundesministerium der Justiz (Hrsg.)*, Bericht der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“, S. 47 ff.

Betreuers überhaupt nicht bedarf, da der Betroffene die Entscheidung bereits selbst getroffen habe. Zwar umgeht diese Lösung die Probleme der Feststellung einer medizinischen Indikation unabhängig von der Berücksichtigung des Willens des Patienten, aus Sicht der Patientenautonomie ist jedoch nur der letztgenannten Konstellation ein grundsätzlicher Mehrwert gegenüber der gesetzlich vorgesehenen Konsensregelung abzugewinnen. Wenn es keiner Entscheidung des Betreuers bedarf, da der Patient die Entscheidung bereits selbst getroffen hat, bedarf es eigentlich erst recht keiner Entscheidung des Betreuungsgerichts mehr hierzu. Die Durchsetzung der Patientenautonomie würde in dieser Konstellation durch ein betreuungsgerichtlichliches Verfahren unnötig zeitlich verzögert und erschwert.

e) Bewertung aus Sicht der Patientenautonomie – Vor- und Nachteile des Genehmigungsverfahrens

Die dargestellte Regelung *de lege lata* ist nun aus Sicht der Patientenautonomie zu bewerten. Zwar handelt es sich durch die Beteiligung eines dritten Akteurs, der in das Verfahren zur Ermittlung des Willens des betroffenen Patienten eingreifen kann, um ein paternalistisches Verfahrensmuster. Es ist jedoch genauer zu untersuchen, ob damit eine Beschränkung der Patientenautonomie einhergeht oder ob die Beteiligung des Betreuungsgerichts letztlich nicht doch auch zu einer Stärkung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten beitragen kann.

Das Betreuungsgericht als staatlicher Akteur ist dabei zunächst eher dem Prinzip der Fürsorge durch den Staat zuzurechnen als der Patientenautonomie, da dessen Beteiligung nach der Gesetzesbegründung v. a. dem (Lebens-)Schutz des betroffenen Patienten dienen soll⁶⁸⁷. Daneben biete eine gerichtliche Kontrolle der Einwilligung des Patientenvertreters ein größeres Maß an Rechtssicherheit und den Schutz vor Missbrauch, gewährleiste aber auch einen Ausgleich zwischen dem Lebensschutz des Betroffenen und der Durchsetzung seines Selbstbestimmungsrechts⁶⁸⁸. Ein weiterer Vorteil des Betreuungsgerichts kann darin liegen, dass es gerade nicht – wie etwa der Patientenvertreter oder der behandelnde Arzt – direkt beteiligt und ggf. sogar emotional und materiell betroffen ist, sondern durch seine Unabhängigkeit die notwendige Gewähr für die Neutralität und Objektivität der Entscheidung bietet⁶⁸⁹. Aus Sicht der Patientenautonomie muss dies allerdings dahingehend eingeschränkt werden, dass nur der autonome Wille des Betroffenen ermittelt bzw. durchgesetzt werden muss und gerade nicht verschiedene Ansprüche oder Interessen Dritter objektiv gegeneinander abgewogen werden müssen. Noch in der Rezeption der „Kemptener Entscheidung“ wurde die Ausdehnung des gerichtlichen Genehmigungserfordernisses daher kritisiert und moniert, dass sich mit dem Gericht der Staat als „Richter über Leben und Tod“ geriere⁶⁹⁰.

⁶⁸⁷ BT-Drs. 16/8442, S. 11.

⁶⁸⁸ So bereits OLG Freiburg/Karlsruhe, NJW 2002, S. 686; *Frister*, JR 1999, S. 73 (74); *Knieper*, NJW 1998, S. 2720; *Lipp*, DRiZ 2000, S. 231 (238); *Saliger*, JuS 1999, S. 16 (21); *Verrel*, JR 1999, S. 5 (8).

⁶⁸⁹ *Meyer-Götz*, FPR 2010, S. 270 (271) schlägt daher die Einrichtung einer – schneller entscheidenden – außergerichtlichen Schlichtungsstelle vor.

⁶⁹⁰ *Alberts*, NJW 1999, S. 835 (836); *Deichmann*, MDR 1995, S. 983 (984); *Laufs*, NJW 1998, S. 3399 ff.; *Verrel*, MedR 1999, S. 547 (550); *ders.*, JR 1999, S. 5. Die Rolle des Richters bei Entscheidungen am Lebensende untersucht – noch zur alten Rechtslage – *Vollmert*, Richter über Leben und Tod?; so auch der Titel von *Höfling/Schäfer*, Leben und Sterben in Richterhand?; *Kutzer*, Der Vormundschaftsrichter als Schicksalsbeamter, ZRP 2003, S. 213 sowie *Seichter*, Richter über Leben und Tod?, KritV 2004, S. 451; vgl. zur betreuungsgerichtlichen Perspektive auch *Coepicus*, FPR 2007, S. 63 ff.

Andererseits bleibt fraglich, ob die bloße betreuungsgerichtliche Anrufungsmöglichkeit sowie die Beschränkung auf den Konfliktfall wiederum den strengen Anforderungen genügen, welche die Patientenautonomie mit ihrem *erga omnes* geltenden Achtungsanspruch (*sovereign authority*) aufstellt. Dabei ist jedoch ein Belang zu berücksichtigen, den auch der Gesetzgeber in seine Erwägungen eingestellt hat: Die Einleitung eines betreuungsgerichtlichen Genehmigungsverfahrens, womöglich über mehrere Instanzen, kann zu einer erheblichen zeitlichen Verzögerung führen, welche die Durchsetzung des autonomen Patientenwillens erschweren oder gar unmöglich machen kann, wenn für die Dauer des Verfahrens die fraglichen medizinischen Maßnahmen gegen den Willen des Patienten durchgeführt oder eben gerade noch nicht vorgenommen werden⁶⁹¹. Dies würde der Patientenautonomie entgegenlaufen. Andererseits ist bei einem Dissens zwischen Arzt und Betreuer der Wille des Patienten gerade streitig und das Betreuungsgericht kann hier als neutrale Instanz in umfassender Prüfung eine Klärung des Willens des Betroffenen herbeiführen. Die Beteiligung des Betreuungsgerichts erweist sich also je nach tatsächlicher Fallkonstellation als ambivalent. Auch der Gesetzgeber sah das Genehmigungserfordernis in diesem Sinne v. a. zum Schutz des betroffenen Patienten bei Zweifeln hinsichtlich des Behandlungswillens, indem das Betreuungsgericht überprüfen muss, ob der ermittelte auch tatsächlich dem wirklichen Willen des betroffenen Patienten entspricht. Letztlich wird auch hier über eine weich paternalistische Maßnahme der autonome Wille des betroffenen Patienten geschützt.

Muss das Betreuungsgericht einbezogen werden, wird es – plakativ formuliert – allerdings tatsächlich gleichsam zum „Richter über Leben und Tod“. Hier steht jedoch klar der Schutz vor der Durchsetzung eigenmotivierter Interessen Dritter und letztlich vor Missbrauch im Vordergrund⁶⁹². Die gesetzgeberische Regelungssystematik lässt zudem – wie beschrieben – nicht nur das Betreuungsgericht über Leben und Tod entscheiden, sondern im Konsensfall ggf. lediglich den Patientenvertreter sowie den behandelnden Arzt. Sind sich beide über einen Behandlungsabbruch einig, kommt es gar nicht mehr zu einer gerichtlichen Überprüfung. Das betreuungsgerichtliche Genehmigungsverfahren kann darüber hinaus der subjektiven psychischen Entlastung und strafrechtlichen Absicherung des Patientenvertreters dienen, der eine für den Patienten existenzielle Entscheidung treffen muss, sowie die objektive Akzeptanz dieser Entscheidung erhöhen⁶⁹³.

Zur Bewertung aus Sicht der Patientenautonomie bleibt daher festzuhalten: Die gesetzliche Regelung des Genehmigungserfordernisses nur bei einem Dissens bietet grundsätzlich ein austariertes System, das die genannten teils widerstreitenden Implikationen der Patientenautonomie, aber auch damit zusammenhängende Gefahren berücksichtigt und ausgleicht. Es sollte daher nicht angeraten werden, zur juristischen Absicherung der Beteiligten in haftungs- und strafrechtlicher Sicht in jedem Fall auch bei einem erzielten Konsens – wie dies teilweise Ärzten und Patientenvertretern nahe gelegt wird⁶⁹⁴ – über einen künstlichen Dissens ein be-

⁶⁹¹ BT-Drs. 16/8442, S. 19; May, KritV 2004, S. 428 (447); Meyer-Götz, FPR 2010, S. 270 f. nennt aufgrund der notwendigen Bestellung eines Verfahrenspflegers, der Einholung zusätzlicher Gutachten sowie entsprechender gerichtlicher Einlassungsfristen einen Zeitraum von mindestens zwei bis drei Monaten bis zur Rechtskraft der erstinstanzlichen Entscheidung, bei Beschreiten des Rechtswegs bis zur Rechtskraft der Entscheidung einen Zeitraum von bis zu sechs Monaten.

⁶⁹² Vgl. BT-Drs. 16/8442, S. 12.

⁶⁹³ So auch der BGH in BGHZ 154, 205 (227).

⁶⁹⁴ Spickhoff, FamRZ 2009, S. 1949 (1952 f.). Zur Begründung wird auch angeführt, dass der Arzt aufgrund der

treuungsgerichtliches Genehmigungsverfahren zur rechtlichen Absicherung herbeizuführen, welches durch die gesetzliche Systematik eigentlich gerade verhindert werden soll⁶⁹⁵. Hat der Patient in der Patientenverfügung selbst – wovon auch der Gesetzgeber ausgeht⁶⁹⁶ – eine autonome Entscheidung getroffen, bietet dies aus Sicht der Patientenautonomie keinen Mehrwert, sondern kann vielmehr zu einer mitunter erheblichen zeitlichen Verzögerung führen, in welcher der Betroffene ggf. gegen seinen Willen behandelt wird.

Hierbei zeigt sich gleichzeitig, dass der Gesetzgeber umso mehr sicherstellen muss, dass es sich bei der Errichtung einer Patientenverfügung um eine autonome Entscheidung handelt, da hier der maßgebliche Anknüpfungspunkt für die Patientenautonomie liegt⁶⁹⁷.

f) Weitere verfahrensrechtliche Vorkehrungen zur Sicherung der Patientenautonomie

Zur Wahrung der Verfahrensrationalität und -objektivität wurden durch das 3. BtÄndG einige weitere verfahrensrechtliche Vorkehrungen Gesetz, die als prozedurale Sicherungsmechanismen zur Achtung der Patientenautonomie beitragen können:

In jedem Fall muss gemäß § 298 Abs. 2 FamFG ein Verfassungspfleger für das betreuungsgerichtliche Genehmigungsverfahren eines Behandlungsabbruchs bestellt werden, was die Bedeutung der zu treffenden Entscheidung belegt. Es liegt auf der Hand, dass die Wirkung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung – wie dies § 287 Abs. 3 FamFG anordnet – erst zwei Wochen nach Bekanntgabe an Patientenvertreter und Verfassungspfleger wirksam werden kann, um den Beteiligten einen entsprechenden Rechtsschutz zu ermöglichen, da der aufgrund der Genehmigungsentscheidung vorzunehmende Behandlungsabbruch im Regelfall irreversibel sein wird. Gleichwohl ist zuzugeben, dass hierdurch in bestimmten Fällen dem betroffenen Patienten für diesen Zeitraum eine Behandlung zuteil werden kann, die seinem Willen widerspricht.

In § 298 Abs. 1 S. 1 FamFG ist die Pflicht zur persönlichen Anhörung des Betroffenen normiert. Weil es sich bei der Anwendung einer Patientenverfügung um einen einwilligungsunfähigen Patienten handelt, der im Regelfall nicht mehr angehört werden kann, kommt hier meist nur die Anhörung der sonstigen Beteiligten sowie einer dem Patienten nahestehenden Person nach § 298 Abs. 1 S. 2 bzw. S. 3 FamFG in Frage. Ist der einwilligungsunfähige Patient allerdings noch kommunikationsfähig, muss er entsprechend der staatlichen Schutzpflicht für die Selbstbestimmung auch angehört werden⁶⁹⁸. Ebenso in Betracht kommt die Einholung eines entsprechenden Sachverständigengutachtens nach § 298 Abs. 3 BGB, wobei nach dieser Vorschrift der Sachverständige nicht der behandelnde Arzt sein sollte. Dieser ist im Dialogprozess des § 1901b BGB bereits vor dem betreuungsgerichtlichen Genehmigungsverfahren selbst beteiligt.

häufig fehlenden Passgenauigkeit der Patientenverfügung häufig überfordert sei, vgl. *Klinkhammer*, Deutsches Ärzteblatt 2010, S. A 1246 (A1247). Dies wäre wiederum ein Argument für eine vorherige ärztliche Beratungspflicht.

⁶⁹⁵ Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 21; *Schumacher*, FPR 2010, S. 474 (478); einschränkend *Spickhoff*, FamRZ 2009, S. 1949 (1953).

⁶⁹⁶ BT-Drs. 16/8442, S. 14.

⁶⁹⁷ Auch dies kann wiederum als Argument für eine ärztliche Beratungspflicht herangezogen werden, vgl. noch C.III.15.

⁶⁹⁸ *Spickhoff*, FamRZ 2009, S. 1949 (1956).

Durch die genannten Verfahrensabsicherungen entsteht jedoch wieder das bereits angesprochene Problem, dass sich das gerichtliche Verfahren möglicherweise sehr lange hinziehen kann⁶⁹⁹, was je nach Fallkonstellation der Patientenautonomie zu- oder abträglich wirkt.

8. Generelle Notwendigkeit einer Betreuerbestellung?

Das Betreuungsgericht kann neben dem dargestellten Genehmigungsverfahren auch über das Verfahren zur Betreuerbestellung in die Anwendung einer Patientenverfügung einbezogen werden. Dies könnte insbesondere in Fällen gelten, in denen bisher weder ein Betreuer noch ein Bevollmächtigter vorhanden ist, und hängt wiederum mit der bereits dargestellten Frage zusammen, ob der Patientenvertreter stets noch eine eigene Entscheidung treffen muss⁷⁰⁰ oder ob er nur die mittels Patientenverfügung getroffene Vorabentscheidung des Patienten umsetzt, indem er ihr i. S. v. § 1901a Abs. 1 S. 2 BGB Ausdruck und Geltung verschafft. Im Folgenden soll daher auf weitere Argumente eingegangen werden, die unter dem Aspekt der Patientenautonomie für oder gegen die generelle Notwendigkeit einer Betreuerbestellung sprechen. Dazu sind zunächst die geltenden Regelungen zu untersuchen und diese anschließend zu bewerten. Die vorliegende Frage stellt sich freilich nur, wenn kein Patientenvertreter existiert, also bisher weder ein Vorsorgebevollmächtigter, noch ein Betreuer bestellt wurde. Da der Patient im Anwendungsfall einer Patientenverfügung einwilligungsunfähig ist und daher keine rechtsgeschäftliche Vollmacht in Gesundheitsangelegenheiten mehr erteilen kann, kommt zur Erlangung eines Patientenvertreters nur die Bestellung eines Betreuers über das entsprechende betreuungsgerichtliche Verfahren in Betracht. Muss der behandelnde Arzt aber – selbst bei bzw. trotz Vorliegen einer einschlägigen Patientenverfügung – stets ein Verfahren zur Betreuerbestellung durch das Betreuungsgericht anregen?

Eine Ansicht vertritt, dass eine Patientenverfügung die Bestellung eines Betreuers, der diese durchsetzen müsse und darüber hinaus für alle nicht in der Patientenverfügung vorweggenommenen Entscheidungen benötigt werde, im Regelfall nicht entbehrlich mache⁷⁰¹. Dies muss v. a. die Position fordern, die eine unmittelbare Außenwirkung der Patientenverfügung ablehnt⁷⁰²: Im Außenverhältnis gegenüber dem Arzt sei danach nur die Entscheidung des Patientenvertreters maßgeblich und ein Durchgriff direkt auf die Patientenverfügung bliebe dem Arzt verwehrt⁷⁰³. Fehlt es an einem Betreuer, müsse danach der Arzt das Betreuungsgericht zur Anregung einer Betreuerbestellung anrufen. Diese Ansicht betont zudem die Kompetenz

⁶⁹⁹ Meyer-Götz, FPR 2010, S. 270 (271).

⁷⁰⁰ Dies wurde aus Sicht der Patientenautonomie bereits unter C.III.6.e) (2) verneint.

⁷⁰¹ Beckmann, MedR 2009, S. 582 (583); BeckOK-Müller, § 1901a BGB, Rn. 23; Boemke, NJW 2013, S. 1412 (1414); Brosey, BtPrax 2010, S. 161 (162 f.); Bühler/Stolz, BtPrax 2009, S. 261 (266); Damrau/Zimmermann, Betreuungsrecht, § 1901a BGB, Rn. 83 ff.; Gaidzik, Patientenverfügungen, S. 24 f.; Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. VI, Rn. 147; Lipp, BtPrax 2002, S. 47 (51, 53); Lipp/Klein, FPR 2007, S. 56 (59); Müller, DNotZ 2010, S. 169 (174 f.); Olzen, JR 2009, S. 354 (358); Olzen/Schneider, MedR 2010, S. 745 (746); Eilfälle stellten aber auch nach dieser Ansicht eine Ausnahme hierzu dar, vgl. Beckmann, MedR 2009, S. 582 (583); BeckOK-Müller, § 1901a BGB, Rn. 22.

⁷⁰² MüKo-Schwab § 1901a BGB, Rn. 29 m. w. N.

⁷⁰³ Lipp/Klein, FPR 2007, S. 56 (59); Wagenitz, FamRZ 2005, S. 669 (672); eine Ausnahme gelte dabei nur für den Missbrauch der Vertretungsmacht, wenn sich also der Vertreter nicht an den Willen des Patienten hält und dies für den behandelnden Arzt evident ist, vgl. Lipp, Patientenautonomie und Lebensschutz, S. 36.; Lipp/Klein, FPR 2007, S. 56 (59).

und Professionalität von Berufsbetreuern und befürchtet, dass die behandelnden Ärzte im konkreten Fall unsachgemäße Eigeninteressen verfolgen könnten – sei es sachlicher Art bei ihrer ärztlichen Betätigung bzw. hinsichtlich ökonomischer Interessen zur Kapazitätsauslastung des Krankenhauses oder umgekehrt zur materiellen Schonung von Ressourcen⁷⁰⁴.

Auch ein dogmatisches und systematisches Argument lässt sich für die Notwendigkeit einer Betreuerbestellung fruchtbar machen: Die bereits beschriebene Genehmigungszuständigkeit des Betreuungsgerichts nach § 1904 BGB ließe sich nur durch die Notwendigkeit einer Vertreterentscheidung und der Existenz eines Patientenvertreters begründen, da gerichtliche Genehmigungspflichten nur das Handeln des Vertreters betreffen könnten und nicht die Festlegungen des Betroffenen in der Patientenverfügung selbst⁷⁰⁵.

Allerdings war – auch schon vor der Gesetzesnovellierung – die Gegenansicht im Vordringen, nach der es unter dem Aspekt der Patientenautonomie nicht notwendigerweise einer Betreuung bedürfe⁷⁰⁶. Hierfür lässt sich auch das im Betreuungsrecht geltende und in § 1896 Abs. 2 S. 1 BGB normierte Prinzip der Erforderlichkeit anführen⁷⁰⁷. Bei einer Patientenverfügung hat der betroffene Patient bereits selbst eine Entscheidung getroffen, insoweit ist eine Betreuerbestellung nicht erforderlich und daher auch keine Wirksamkeitsvoraussetzung⁷⁰⁸.

Dem hat sich der Gesetzgeber angeschlossen: Die Gesetzesbegründung des 3. BtÄndG geht richtigerweise davon aus, dass der betroffene Patient die Entscheidung bereits selbst – in für den Patientenvertreter bindender Weise – getroffen hat⁷⁰⁹. Auch seitens der Ärzteschaft wird in den Empfehlungen der *Bundesärztekammer* zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis eine direkte Bindung des Arztes durch eine eindeutige Patientenverfügung vertreten⁷¹⁰. Der Arzt soll danach direkt auf Grundlage der Patientenverfügung entscheiden können, sofern er keinen berechtigten Zweifel daran hat, dass diese – wie vom Gesetz in § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB gefordert – auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutrifft⁷¹¹.

⁷⁰⁴ *Holzauer*, FamRZ 2006, S. 518 (525 f.); *Deutsch* NJW 2003, S. 1567 sieht in § 1904 BGB den Ausdruck dieses – nach seiner Ansicht aber nicht begründeten – Misstrauens gegenüber Ärzten.

⁷⁰⁵ *Müller*, ZEV 2008, S. 583 (587).

⁷⁰⁶ Vgl. *Coeppicus*, NJW 2013, S. 2939 (2941); *Heyers*, Passive Sterbehilfe bei entscheidungsunfähigen Patienten und das Betreuungsrecht, S. 350 f. (S. 335 ff. zu den Gefahren einer Betreuung); *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann*, Betreuungsrecht, § 1904 BGB, Rn. 180; *Lipp*, Patientenautonomie und Lebensschutz, S. 32; *Roth*, BtPrax 2003, S. 215 (216); *Schöllhammer*, Die Rechtsverbindlichkeit des Patiententestaments, S. 137; *Vossler*, ZRP 2002, S. 295 (296); differenzierend hinsichtlich der mit einer Betreuerbestellung einhergehenden Zeitdauer *Saliger*, KritV 1998, S. 118 (132).

⁷⁰⁷ *MüKo-Schwab*, § 1901a BGB, Rn. 33; *Palandt-Götz*, § 1901a BGB, Rn. 15; Grundsätze der *Bundesärztekammer* zur ärztlichen Sterbebegleitung, Deutsches Ärzteblatt 2011, S. A346 (A347).

⁷⁰⁸ *MüKo-Schwab*, § 1901a BGB, Rn. 33; *Palandt-Götz*, § 1901a BGB, Rn. 16; sowie bereits vor dem 3. BtÄndG *Coeppicus*, RPflegler 2004, S. 262 (266); *Keilbach*, FamRZ 2003, S. 969 (978); *Strätling/Sedemund-Adib/Scharf/Schmucker*, ZRP 2003, S. 289 (290); so auch die Empfehlungen der *Bundesärztekammer* und der *Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer* zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, Deutsches Ärzteblatt 2013, S. B1392 (B1394); a. A. *Beckmann*, MedR 2009, S. 582 (583); kritisch auch *Spickhoff*, JZ 2003, S. 739 (740); vgl. hierzu bereits C.III.6.e) (2) (ii).

⁷⁰⁹ BT-Drs. 16/8442, S. 14.

⁷¹⁰ Empfehlungen der *Bundesärztekammer* und der *Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer* zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, Deutsches Ärzteblatt 2013, S. B1392 (B1394); so auch *Borasio/Hefßler/Wiesing*, Deutsches Ärzteblatt 2009, S. A1952 (A1954).

⁷¹¹ *BeckOK-Müller*, § 1901a BGB, Rn. 19; *Bundesministerium der Justiz*, Patientenverfügung, S. 9; *Hufen*, Gel-

Es ist daher der bereits geschilderten Gegenansicht zu folgen, die eine Patientenverfügung als bindende antizipative Einwilligung oder Untersagung einer ärztlichen Maßnahme betrachtet und die folgerichtig von einer direkten Bindung des Arztes ohne Pflicht zur Betreuerbestellung ausgeht⁷¹². Teilweise wird hierbei aber auch nach verschiedenen Konstellationen differenziert: Ist der Inhalt der Patientenverfügung mit dem behandelnden Arzt – etwa anlässlich einer schwerwiegenden Erkrankung mit absehbarem Verlauf – vorab ausführlich abgesprochen worden oder hat sich dieser vor der Behandlung davon überzeugt, dass die Verfügung durch einen entsprechend informierten Patienten⁷¹³ errichtet wurde, soll dies genügen, während bei pauschal formulierten, inhaltlich unbestimmteren Patientenverfügungen eine gründliche Feststellung des Patientenwillens durch eine Betreuerbestellung einer ggf. schneller möglichen Entscheidung vorausgehen soll⁷¹⁴. Der Patientenautonomie trägt diese Differenzierung insofern Rechnung, als sie dafür sorgt, dass einer Patientenverfügung nur dann direkte Geltung zukommt, wenn zweifelsfrei festgestellt werden kann, dass es sich hierbei tatsächlich um den autonomen Willen des Patienten handelt. Eine schnelle Umsetzung entgegen dem tatsächlichen Willen des Betroffenen brächte hinsichtlich der Patientenautonomie keinen Mehrwert.

Bei Fehlen eines Patientenvertreters können zugegebenermaßen praktische Grenzen gesetzt sein, da etwa der Aufenthalts- und Behandlungsort des einwilligungsunfähigen Patienten bestimmt werden muss⁷¹⁵. Auch muss nach dem Wortlaut des § 1901a Abs. 1 S. 1 a. E. BGB der Patientenvertreter die Kongruenz der Festlegungen der Patientenverfügung mit der aktuellen Lebens- und Behandlungssituation überprüfen bzw. feststellen. Diese Aufgabe kann allerdings direkt durch den Arzt übernommen werden, der in gleicher Weise an die Festlegungen des Patienten gebunden ist und – was die medizinischen Festlegungen bzw. Fragestellungen betrifft – im Regelfall sogar wesentlich besser ausgebildet und geschult ist⁷¹⁶.

Ebenso ließe sich einwenden, dass das beschriebene Dialogverfahren nach § 1901b BGB ins Leere liefe: Die Erörterung der indizierten Maßnahme zwischen Arzt und Patientenvertreter wäre sinnlos, wenn der Arzt als dann direkter und einziger Adressat das weitere Vorgehen und die letztendlich zu treffende Entscheidung mit sich selbst besprechen müsste⁷¹⁷. Diese Ansicht

tung und Reichweite von Patientenverfügungen, S. 48; *Kreß*, ZRP 2009, S. 69 (70 f.); *Müller*, DNotZ 2010, S. 169 (175 f.) geht zumindest von einer nur „subsidiären“ Zuständigkeit des Patientenvertreters aus; *Palandt-Götz*, § 1896 BGB, Rn. 12 und § 1901a BGB, Rn. 15; *Putz*, FPR 2012, S. 13 (16); in diese Richtung auch *Reus*, JZ 2010, S. 80 (82 f.); *Spickhoff*, FamRZ 2009, S. 1949 (1953); *Verrel*, in: *Verrel/Simon*, Patientenverfügungen, S. 39 f.; *Verrel*, Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung, S. C98; a. A. *Albrecht/Albrecht*, Die Patientenverfügung, Rn. 39; *dies.*, MittBayNot 2009, S. 426 (433); *Diehn/Rebhan*, NJW 2010, S. 326 (329); vgl. auch *Sternberg-Lieben*, in: FS Roxin, S. 537 (546) m. w. N.

⁷¹² *Palandt-Götz*, § 1901a BGB, Rn. 15, 24; vgl. bereits *Ingelfinger*, JZ 2006, S. 821 (829 f.); *Lipp*, FamRZ 2004, S. 317 (321); differenzierend *Bickhardt*, Der Patientewille, S. 19.

⁷¹³ Hier bleibt jedoch fraglich, welcher Maßstab an Informiertheit als notwendige *capacity* zu fordern ist. Abhilfe könnte hierbei eine ärztliche Beratung schaffen, die standardmäßig ein bestimmtes Niveau gewährleistet. ⁷¹⁴ *Spickhoff*, FamRZ 2009, S. 1949 (1953 f.).

⁷¹⁵ BT-Drs. 16/8442, S. 15; *Sternberg-Lieben*, in: FS Roxin, S. 537 (545) m. w. N.

⁷¹⁶ MüKo-Schwab, § 1901a BGB, Rn. 25.

⁷¹⁷ *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2009, S. 426 (433), die diese verfassungsrechtlich gebotene Erörterung zur Abwägung zwischen Lebensschutz und Selbstbestimmungsrecht des Patienten als zentralen Schritt zur Entscheidungsfindung ansehen. Auch die Ärzteschaft sieht den Patientenvertreter – wenn er existiert – als Ansprechpartner für den behandelnden Arzt, vgl. *Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis*, Deutsches Ärzteblatt 2013, S. B1392 (B1393 f.); *Gaidzik*, Patientenverfügungen, S. 24.

übersieht jedoch, dass die Patientenverfügung einen direkten Ausdruck der Autonomie darstellt. Zwar ist einzuräumen, dass – wenn es schon zu einer wie auch immer gearteten Form von Einflussnahme Dritter aus tatsächlichen Gründen kommen muss – die gesetzlich vorgesehenen Verfahrensvorschriften einzuhalten sind, um den wirklichen Willen des betroffenen Patienten möglichst genau zu ermitteln. Maßgeblich ist und muss zur effektiven Sicherung der Patientenautonomie aber immer der Wille des Patienten sein: Liegt dieser unzweifelhaft vor, braucht auf das in §§ 1901a f. BGB vorgesehene Verfahren *in toto* nicht mehr abgestellt werden. Es bedarf keiner zusätzlichen prozeduralen Rechtfertigung, wenn mit der Patientenverfügung oder den Behandlungswünschen bereits eine unmittelbar gültige und rechtfertigende Willensbekundung des betroffenen Patienten vorliegt⁷¹⁸. Dass mit einer bloß formalen Einhaltung der gesetzlich vorgesehenen Verfahrensvorschriften der Patientenautonomie genauso wenig gedient ist, zeigt auch der Umkehrschluss: Entscheiden sich Arzt und Betreuer zwar in prozedural korrekter Weise gemeinsam (§ 1901b Abs. 1 BGB) nach Anhörung der Vertrauenspersonen (§ 1901b Abs. 2 BGB) für den Abbruch der Behandlung eines Patienten, setzen sie sich dabei aber bewusst über die vorausverfügteten Vorgaben der Patientenverfügung hinweg, so sind zwar die Verfahrensvorschriften eingehalten, der eigentliche Zweck des Verfahrens aber nicht erreicht⁷¹⁹. Maßgebender Bezugspunkt kann aus Sicht der Patientenautonomie nur der Wille des Patienten sein. Der Arzt ist aufgrund der *erga omnes*-Wirkung also – genauso wie alle anderen Beteiligten – direkt an den vorausverfügteten Willen des Betroffenen gebunden.

Einer formalistischen Bestellung eines Betreuers bedarf es daher nicht, da dieses weitere mögliche Korrektiv für den autonom verfügteten Willen des Patienten keinen Mehrwert bringt. Vielmehr schafft es die Gefahr, dass weitere Beteiligte zur Verwässerung der eigentlich eindeutigen Patientenverfügung beitragen. Vorausgesetzt werden muss für den Verzicht auf eine Betreuerbestellung jedoch, dass der behandelnde Arzt keine Zweifel an Echtheit, Inhalt und Gültigkeit der Patientenverfügung hat. Abzuwägen ist dabei die Gefahr der Fehlinterpretation und des Missbrauchs der Patientenverfügung mit den Anforderungen an die Sicherung der Patientenautonomie, die eine zeitnahe und inhaltlich genaue Entscheidung anhand des wirklichen Willens des Betroffenen erfordern. Hierzu kann – wie bereits dargestellt – angeführt werden, dass die Gefahr eines Missbrauchs durch den Arzt mangels eigener Interessen sowie aufgrund seiner standesrechtlichen Pflichten gering einzuschätzen ist. Eine solche ist eher noch bei vom Betreuungsgericht zum Betreuer bestellten Verwandten aufgrund ökonomischer Eigeninteressen gegeben⁷²⁰. Vor der Gefahr der Fehlinterpretation der Patientenverfügung ist darüber hinaus keiner der Beteiligten gefeit. Aufgrund entsprechender Vorbildung ist die Kompetenz zur richtigen Interpretation der Patientenverfügung zwar am ehesten beim Betreuungsgericht anzusiedeln. Im Vergleich zum Betreuer bzw. Bevollmächtigten ist aber der Arzt schon berufsbedingt besser qualifiziert.

Bestätigen lässt sich dieses Ergebnis mit einem regelungssystematischen Gedankengang. An der unmittelbaren Wirkung der Patientenverfügung würde auch die nachträgliche Bestellung eines Betreuers nichts ändern, der die Patientenverfügung prüft und dann – gemäß des beschriebenen Verfahrens⁷²¹ – mit dem behandelnden Arzt erörtert. Eine solche lediglich for-

⁷¹⁸ So auch *Sternberg-Lieben*, in: FS Roxin, S. 537 (552).

⁷¹⁹ *Sternberg-Lieben*, in: FS Roxin, S. 537 (553) sowie *Sternberg-Lieben/Reichmann*, NJW 2012, S. 257 (262).

⁷²⁰ Empirische Untersuchungen liegen zu dieser Problematik leider nicht vor.

⁷²¹ Vgl. hierzu Kapitel C.III.6 d).

male Betreuerbestellung führt weder automatisch zu einer betreuungsgerichtlichen Überprüfung der Patientenverfügung selbst sowie der konkreten Entscheidung des Betreuers noch zu sonstigen prozeduralen Absicherungen⁷²². Hierzu kommt es nach § 1904 Abs. 4 BGB nur bei einem Dissens zwischen behandelndem Arzt und Betreuer über den Patientenwillen⁷²³.

Mittels Durchführung des Verfahrens zur Betreuerbestellung und der damit ggf. verbundenen Hinauszögerung etwa eines Behandlungsabbruchs würde zudem genau die Situation bzw. der Zustand verlängert, den der Patient durch die Patientenverfügung eigentlich gerade verhindern wollte. Der mögliche Einschnitt an Patientenautonomie liegt auf der Hand, wenn der Patient während des Verfahrenszeitraums der gerichtlichen Betreuerbestellung gegen seinen Willen behandelt und die Entscheidung für einen Behandlungsabbruch ggf. unnötig hinausgezögert wird⁷²⁴.

Letztlich ist aus Sicht der Patientenautonomie wieder entscheidend, wie der Patientenvertreter agiert respektive welche Funktion ihm zugesprochen wird. *Prima facie* scheint die notwendige Beteiligung eines Dritten der Patientenautonomie abträglich, da sie eine weitere Möglichkeit für heteronome Fremdbestimmung eröffnet. Demnach dürfte nicht generell notwendigerweise ein Betreuer bestellt werden müssen. Allerdings kann dessen Beteiligung auch die effektive Durchsetzung des Patientenwillens stärken⁷²⁵, zu der der Betroffene mangels Einwilligungsfähigkeit selbst nicht mehr in der Lage ist und so sicherstellen, dass letzten Endes die Patientenautonomie gewährleistet wird. Hierfür muss er jedoch streng nach dem Willen des Patienten handeln und eigene Motive außen vor lassen.

Abzulehnen ist die Notwendigkeit einer Betreuerbestellung aus Sicht der Patientenautonomie daher v. a., wenn die Patientenverfügung so genau und detailliert ist, dass sie infolge eindeutiger Kongruenz die notwendigen Handlungsanweisungen enthält. Hier hat der Patient über die Patientenverfügung seinen Willen bereits eindeutig zum Ausdruck gebracht. Mit der Einleitung eines Verfahrens zur Betreuerbestellung müssten in dieser Konstellation Maßnahmen gegen den Willen des Patienten, der in seiner Verfügung etwa eindeutig einen Behandlungsabbruch vorschreibt, aufrecht erhalten werden. Aus Sicht der Patientenautonomie muss aber der vorab verfügte tatsächliche Willen des Patienten bindend bleiben.

Je mehr die Patientenverfügung die genannten Vorgaben nicht erfüllt und je mehr hinsichtlich des Willens des betroffenen Patienten gemutmaßt werden muss, desto eher ist auch aus Sicht der Patientenautonomie an eine Betreuerbestellung zur Sicherung der Ermittlung des wirklichen Willens des Patienten zu denken.

Übersetzt in die Regelungssystematik des § 1901a BGB bedeutet dies: Liegt eine Patientenverfügung nach § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB vor, bindet diese alle Beteiligten direkt. Einer zusätzlichen Betreuerbestellung bedarf es in dieser Konstellation daher nicht. Bei Behandlungswünschen und dem mutmaßlichen Willen nach § 1901a Abs. 2 BGB ist – schon nach dem eindeutigen Wortlaut der Norm – allerdings eine Entscheidung des Patientenvertreters und damit ggf. eine Betreuerbestellung notwendig⁷²⁶.

⁷²² Putz, FPR 2012, S. 13 (16).

⁷²³ Davon zu unterscheiden ist natürlich der Fall, dass der Arzt berechtigte Zweifel etwa an der Echtheit der Patientenverfügung hat. Hier muss er das Betreuungsgericht anrufen.

⁷²⁴ Empirische Daten zu Fällen, in denen ein derartiger Widerspruch vorlag, fehlen leider.

⁷²⁵ So auch Müller, ZEV 2008, S. 583 (587).

⁷²⁶ Beckmann, FPR 2010, S. 278 (279); Brosey, BtPrax 2009, S. 175 (177).

Dass eine Regelung unter Verzicht auf eine automatische Pflicht zur Betreuerbestellung praktisch möglich ist, bestätigt ein rechtsvergleichender Blick: Nach österreichischem Recht bedarf es gemäß § 268 Abs. 2 ABGB bei einer verbindlichen Patientenverfügung keines Vertreters für den Einwilligungsunfähigen, der Arzt ist vielmehr unmittelbar an diese Verfügung gebunden⁷²⁷. Aus Sicht der Patientenautonomie wäre eine derartige gesetzliche Klarstellung auch in der Bundesrepublik zu begrüßen.

9. Deutungshoheit und Patientenautonomie

Bei mehreren Beteiligten stellt sich im Anwendungsfall der Patientenverfügung das Problem der Deutungshoheit⁷²⁸. Aufgrund der zu diesem Zeitpunkt vorliegenden Einwilligungsunfähigkeit ist der Betroffene für die Durchsetzung seines Willens auf Dritte angewiesen. Entscheidend ist – gerade aufgrund der existenziellen Regelungsmöglichkeiten vorab – hierbei, welcher der Beteiligten als Adressat der Verfügung aufgrund der gesetzlichen Regelungen letztverbindlich entscheiden kann. Dabei wird es häufig auch um die Frage gehen, wie eine vorliegende Patientenverfügung auszulegen ist.

a) Auslegung von Patientenverfügungen

Wie andere Erklärungen ist die Patientenverfügung i. d. R. im Anwendungsfall auszulegen. Schriftliche Patientenverfügungen stellen dabei ein eher statisches Instrument dar: Zunächst steht nur der Text der Patientenverfügung zur Verfügung, den es im Fall der Einwilligungsunfähigkeit auf die vorliegende Behandlungssituation anzuwenden gilt. Der Betroffene selbst kann sich ja nicht mehr wirksam äußern.

Für eine Interpretation der Patientenverfügung stehen zwar grundsätzlich alle juristischen und medizinischen Exegese-Verfahren zur Verfügung, nach dem *telos* des Instituts der Patientenverfügung an sich muss der Schwerpunkt auf der Ermittlung des wirklichen Willens des Verfassers liegen. Hier können die zur Auslegung von Willenserklärungen nach § 133 BGB entwickelten Grundsätze herangezogen werden⁷²⁹: Es ist also nicht allein der Wortlaut der Erklärung maßgeblich und nicht nur am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften. Vielmehr ist der wirkliche Wille des Patienten zu erforschen. Auf das Vertrauen Dritter kommt es nicht an, da das Selbstbestimmungsrecht des betroffenen Patienten vorgeht⁷³⁰ und dieses nicht mit möglichen Interessen Dritter abgewogen werden muss. Da es sich bei der Patientenverfügung nach § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB um ein formbedürftiges Rechtsgeschäft handelt, werden bezüglich außerhalb der Erklärung liegender Umstände teilweise die zu Verfügungen von Todes wegen entwickelten Grundsätze einschließlich der Andeutungstheorie auf dieses

⁷²⁷ Wobei *Olzen*, JR 2009, S. 354 (361) zurecht einschränkt, dass sich dies nur begrenzt auf die deutsche Rechtslage übertragen lasse, da es in Österreich ungleich höhere formale Hürden gibt, welche die Bestimmtheit der Patientenverfügung gewährleisten sollen. Auf die deutsche Rechtslage angewendet lässt sich dies als Argument für höhere Wirksamkeitsvoraussetzungen und eine vorherige ärztliche Beratungspflicht fruchtbar machen.

⁷²⁸ *Hoffmann*, BTPrax 2009, S. 7.

⁷²⁹ *Beer mann*, FPR 2010, S. 252; *Brose y*, BTPrax 2010, S. 161 (164); *Dodegge/Roth*, Betreuungsrecht, Teil C, Rn. 111; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, § 76, Rn. 63; *Ihrig*, notar 2009, S. 380 (384); *Kutzer*, MedR 2010, S. 531 (532); *Lange*, Inhalt und Auslegung von Patientenverfügungen, S. 41 ff., 161 ff.; *Lipp*, Handbuch der Vorsorgeverfügungen, § 17, Rn. 17 ff., 105 ff.; *Ludyga*, FPR 2010, S. 266 (269).

⁷³⁰ *Ludyga*, FPR 2010, S. 266 (269).

Vorsorgeinstrument übertragen⁷³¹. Gleichzeitig wird aber durch einen Erst-Recht-Schluss vom mutmaßlichen Willen des § 1901a Abs. 2 BGB dabei insoweit eingeschränkt, dass auch bei der Patientenverfügung im engeren Sinn nach § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB nur tatsächliche Anhaltspunkte herangezogen werden dürfen⁷³².

Wie sieht es nun aber mit Zweifeln hinsichtlich des Patientenwillens aus, die auch im Wege der Auslegung nicht ausgeräumt werden können? Hier kommt den Adressaten der Patientenverfügung, mithin auch dem bereits beschriebenen Verfahren der §§ 1901a Abs. 2, 1901b BGB gesteigerte Bedeutung zu. Dazu ist zunächst der Adressatenkreis der Patientenverfügung zu klären⁷³³.

b) Adressaten der Patientenverfügung

Die Patientenautonomie in ihrer Ausprägung der *sovereign authority* verlangt grundsätzlich eine umfassende Bindung aller an der Behandlung des Patienten beteiligter Personen an dessen Willen. Es ist daher zu untersuchen, ob die gesetzliche Neuregelung dieser Forderung der Patientenautonomie Rechnung trägt und ausreichend Gewähr für eine derartige Bindung bietet. Ins Rechtstechnische übertragen ist diesbezüglich der Adressatenkreis der Patientenverfügung in den Blick zu nehmen⁷³⁴.

Eine Ansicht, die an die „Lübecker Entscheidung“ des BGH anknüpft⁷³⁵ und noch auf die Zeit vor Verabschiedung des 3. BtÄndG zurückreicht⁷³⁶, geht davon aus, dass sich die Patientenverfügung – falls mit Betreuer oder Bevollmächtigtem ein Patientenvertreter existiert – nur an den Vertreter des Patienten und nicht an den Arzt selbst richte, weshalb auch der Vertreter und nicht der Arzt über vorzunehmende oder abzulehnende Maßnahmen sowie den Verlauf der Behandlung zu entscheiden habe⁷³⁷. Der Arzt könnte danach als direkter Adressat lediglich dann in Frage kommen, wenn mangels Betreuer oder Bevollmächtigtem überhaupt kein Patientenvertreter existiert⁷³⁸. Die Patientenverfügung wäre nach dieser Ansicht zu verstehen als Handlungsanweisung an den Patientenvertreter im Innenverhältnis, also im Rahmen des der Vollmacht zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses, i. d. R. eines Auftrags gemäß § 662 BGB und eben nicht an den Arzt⁷³⁹.

Die gesetzliche Neuregelung durch das 3. BtÄndG habe dieser Ansicht nach bestätigt: Der Patientenwille – sei es in Form der Patientenverfügung nach § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB oder auch des Behandlungswunsches nach § 1901a Abs. 2 BGB – als Willensäußerung des betroffenen

⁷³¹ *Ihrig*, notar 2009, S. 380 (384); *Roth*, JZ 2004, S. 494 (499); vgl. hierzu Palandt-*Ellenberger*, § 133 BGB, Rn. 19; grundsätzlich in diese Richtung auch *Hoffmann*, BtPrax 2009, S. 7 (11 f.); vgl. zur Parallele zu letztwilligen Verfügungen *Röthel*, AcP 2011, S. 196 (203 f., 206 f.).

⁷³² *Ihrig*, notar 2009, S. 380 (384).

⁷³³ Dieser Frage wurde auch bereits im Rahmen der Rechtsnatur der Patientenverfügung nachgegangen, vgl. C.III.4.b).

⁷³⁴ Eine umfassende Übersicht zum Streitstand findet sich bei *Sternberg-Lieben*, in: FS Roxin, S. 537 (546).

⁷³⁵ BGHZ 154, 205 (211); vgl. hierzu bereits oben C.II.2.b).

⁷³⁶ BeckOK-*Müller*, § 1901a BGB, Rn. 20.

⁷³⁷ *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2009, S. 426 (432); vgl. hierzu auch die Frage der Rechtsnatur der Patientenverfügung unter C.III.4.b).

⁷³⁸ BGHZ 154, 205 (211).

⁷³⁹ *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2009, S. 426 (433); *Baumann/Hartmann*, DNotZ 2000, S. 594 (604), die aber darauf verweisen, dass sich die Patientenverfügung an alle richten solle, „die es angeht“; *Ihrig*, notar 2009, S. 380 (383).

Patienten richte sich an den Patientenvertreter und stelle keine vorweggenommen Einwilligung oder Nichteinwilligung gegenüber dem Arzt dar⁷⁴⁰. Demnach handele es sich bei der Patientenverfügung nach § 1901 Abs. 1 S. 1 BGB und den Behandlungswünschen nach § 1901a Abs. 2 BGB um keine direkt gegenüber dem behandelnden Arzt als Adressaten oder sogar *erga omnes* wirkende Willenserklärung.

Als Begründung wird auf ein Argument verwiesen, das bereits für die Notwendigkeit einer Betreuerbestellung angeführt wurde: So würde das gesetzlich nach § 1901b BGB vorgesehene Dialogverfahren zwischen behandelndem Arzt und Betreuer bzw. Bevollmächtigtem wenig Sinn machen und ins Leere laufen, wenn ein Patientenvertreter überhaupt nicht existiert⁷⁴¹. Daraus im Umkehrschluss zu folgern, dass sich die Patientenverfügung daher nicht direkt an den Arzt richten könne, ist jedoch weder zwingend noch begründet. Diese rein prozedurale gesetzliche Vorgabe soll ihrem *telos* nach ja gerade die effektive und wahrheitsgemäße Ermittlung sowie Durchsetzung des Patientenwillens sichern. Ist dies allerdings gar nicht nötig, da eine der Patientenautonomie genügende Vorabfestlegung des Patienten mittels Patientenverfügung vorliegt oder keine Zweifel am Behandlungswunsch bzw. dem mutmaßlichen Willen hinsichtlich der konkreten Behandlungssituation bestehen, ist der Patientenautonomie bereits durch eine direkte Bindung des Arztes an die Vorgaben des Patienten Genüge getan. Wie bei der Frage der Betreuerbestellung bietet die Beschränkung daher – falls keine Zweifel am Patientenwillen bestehen – hinsichtlich der Gewährleistung der Patientenautonomie keinen Mehrwert, sondern eher die Gefahr für Fremdbestimmung durch die Beteiligung einer weiteren dritten Person⁷⁴² sowie eines unnötigen zeitlichen Aufschubs der Entscheidung. Es macht daher wenig Sinn, eine Verfahrensvorgabe zur Sicherung der Patientenautonomie zulasten des weiten Adressatenkreises, der ebenfalls der umfassenden Gewährleistung dieses Prinzips dienen soll, heranzuziehen. Unter den genannten Voraussetzungen muss sich die Patientenverfügung daher an den Arzt richten können. Hierfür ist aus Sicht der Patientenautonomie allerdings wiederum notwendig, dass es sich bei der Patientenverfügung tatsächlich um den autonomen Willen des Patienten handelt.

Diese Gedanken wurden auch vom Gesetzgeber des 3. BtÄndG berücksichtigt. Bezüglich des vor der Gesetzesnovellierung bestehenden Meinungsstreits stellte er klar, dass ebenso der Arzt und alle anderen an der Behandlung beteiligten Personen Adressaten der Patientenverfügung sind⁷⁴³.

Eine andere Ansicht sieht daher – korrespondierend mit der Rechtsnatur der Patientenverfügung – zu Recht auch den Arzt und das Pflegepersonal als Adressaten der Patientenverfügung an⁷⁴⁴. Aufgrund der umfassenden und direkten Bindungswirkung der Patientenverfügung

⁷⁴⁰ Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2009, S. 426 (432); Ihrig, notar 2009, S. 380 (383).

⁷⁴¹ Vgl. hierzu bereits oben C.III.8.

⁷⁴² Vgl. hierzu bereits oben C.III.6.e).

⁷⁴³ BT-Drs. 16/8442, S. 11 und 15 unter Berufung auf die Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung aus dem Jahr 2007; dies ist auch in den Empfehlungen aus dem Jahr 2010 enthalten, Deutsches Ärzteblatt 2010, S. A877 (A879); bestätigt zuletzt durch Deutsches Ärzteblatt 2013, S. B1392 (B1394).

⁷⁴⁴ Hoppe, FPR 2010, S. 257 (259); Kamps, ZMGR 2009, S. 207; Kutzer, MedR 2010, S. 531 (532); Lipp, Handbuch der Vorsorgeverfügungen, § 17, Rn. 51, 96; Renner, in: Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, Rn. 482 ff.; Reus, JZ 2010, S. 80 (82 f.); Rixen/Reinecke, Casebook Patientenverfügung, S. 13 f.; Verrel, Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung, S. C81; in diese Richtung wohl

erga omnes ergibt sich ein umfassender Adressatenkreis, der – neben den Genannten – aus Familienangehörigen, dem Betreuungsgericht, dem Hospizpersonal sowie allen sonstigen an der Umsetzung des Patientenwillens beteiligten Personen besteht⁷⁴⁵.

Soll die Patientenautonomie in ihrer Ausprägung als *sovereign authority* ernst genommen werden, muss der Adressatenkreis derart weit gezogen werden. Stimmen in der Literatur, die weitere an der Behandlung des individuellen Patienten beteiligte Adressaten – wie das Pflegepersonal und gerade im terminalen Stadium auch Hospizpersonal – nicht binden wollen⁷⁴⁶, sind daher abzulehnen. Folgte man dieser einschränkenden Literaturmeinung, wonach der Arzt bzw. das Pflegepersonal keine Adressaten der Patientenautonomie darstellen, würde das 3. BtÄndG diesbezüglich hinsichtlich der Patientenautonomie einem Rückschritt gleichkommen.

c) Hierarchie Arzt vs. Patientenvertreter

Stehen die Adressaten der Patientenverfügung fest, ist weiterhin zu klären, wie sich die möglichen Adressaten zueinander verhalten, da sich dies ebenfalls auf die Frage der Deutungshoheit auswirkt. Entscheidend ist hier wiederum, welcher Akteur letztverbindlich entscheiden kann. Hierzu ist zunächst auf die bereits geschilderte Konsenslösung zu verweisen.

Im Rahmen des Dialogverfahrens wurde ebenfalls darauf eingegangen, dass dem Arzt gegenüber dem Vertreter des Patienten die dominierende Rolle zukommt: Zum einen ist er beim gesetzlich vorgesehenen Verfahren mit der Indikationsstellung zuerst am Zug. Daneben besitzt er kraft seiner medizinischen Ausbildung und der tatsächlichen Gegebenheiten des Krankenhauses bzw. des Behandlungsverhältnisses einen Wissensvorsprung gegenüber dem Patienten und dessen Vertreter⁷⁴⁷. Das Verhältnis des Arztes zum Patienten bzw. zu dessen Vertreter ist daher von Haus aus „inhärent paternalistisch“⁷⁴⁸. Teilweise wird daher versucht, die Kompetenzen des Arztes auf die medizinischen Fachfragen zu beschränken⁷⁴⁹. Der Patient, aber auch der Patientenvertreter können sich die ärztliche Expertise allerdings auch zu Nutze machen. Während ersterer sich vor der Errichtung einer Patientenverfügung vorab medizinisch beraten lassen kann, kann letzterer den behandelnden Arzt im Rahmen der Kongruenzprüfung bei der Anwendung der Patientenverfügung über das Dialogverfahren des § 1901b Abs. 1 S. 2 BGB heranziehen.

Maßgeblich darf als Leitlinie nach der *sovereign authority* der Patientenautonomie für den Arzt allerdings wiederum lediglich der tatsächliche Wille des betroffenen Patienten sein.

d) Wechselseitige Kontrollmöglichkeiten

Der geschilderte weite Adressatenkreis i. V. m. dem Dialogverfahren des § 1901b BGB ermöglicht eine zusätzliche Kontrollmöglichkeit der Adressaten untereinander, die – zumindest

auch *Olzen*, JR 2009, S. 354 (358), der aber gleichwohl von der Notwendigkeit einer Betreuerbestellung ausgeht.

⁷⁴⁵ *Coepicus*, NJW 2011, S. 2085 (2086); *Hoppe*, FPR 2010, S. 257 (259); *Palandt-Götz*, § 1901a BGB, Rn. 16.

⁷⁴⁶ *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2009, S. 426 (433); a. A. daher zu Recht *Allert*, Bundes-Hospiz-Anzeiger 2009, Ausgabe 36, S. 1.

⁷⁴⁷ *Fateh-Moghadam*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 192; *Joost*, Begrenzte Rationalität und ärztliche Aufklärungspflichten, S. 126 (129); *Schroth*, in: FS Volk, S. 719 (724).

⁷⁴⁸ *Wulff*, The Journal of Medicine and Philosophy 1995, S. 299.

⁷⁴⁹ *Ihrig*, notar 2009, S. 380 (383, 386), in diese Richtung auch *Boemke*, NJW 2013, S. 1412 (1413), der eine vorrangige Entscheidungskompetenz des Patientenvertreters annimmt.

idealtypisch – einerseits für einen Ausgleich von Fürsorge und Selbstbestimmung sorgen können, da die Patientenautonomie auch ein Mindestmaß an Fürsorge bedarf. Andererseits kann überprüft werden, ob der tatsächliche, autonome Wille des betroffenen Patienten zutreffend ermittelt wird. Als Kontrolle dieser Kontrolleure kommt allerdings nur das Betreuungsgericht in Frage, das im Falle eines Dissens zwischen Arzt und Patientenvertreter gemäß § 1904 Abs. 4 BGB entscheiden muss sowie von jedermann – in Betracht kommen hier etwa die Angehörigen des betroffenen Patienten – bei Missbrauchsverdacht angerufen werden kann. Dieser Verfahren bedarf es aus Sicht der Patientenautonomie aber – wie dargestellt – wiederum nur, wenn Zweifel an den autonomen Vorabfestlegungen des Patienten bestehen.

e) Zwischenergebnis

Bezüglich einer möglichen Deutungshoheit hinsichtlich der Patientenverfügung im Anwendungsfall stellt der behandelnde Arzt aufgrund seines medizinischen Vorsprungs allenfalls einen *primus inter pares* dar. Er muss sich trotzdem mit dem Patientenvertreter einigen, sonst bedarf es nach § 1904 Abs. 4 BGB einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung. Aufgrund des *erga omnes* geltenden Achtungsanspruchs der Patientenautonomie kann in allen Konstellationen gegenüber dem weiten Adressatenkreis nur der tatsächliche – sei es der vorab verfügte oder der mutmaßliche – Wille des betroffenen Patienten maßgeblich sein. Dies ist auch im Rahmen der Auslegung im Anwendungsfall der Patientenverfügung bei Einwilligungsunfähigkeit des betroffenen Patienten zu beachten. Jox hat hierzu entsprechende Kriterien entwickelt, die Dritte bei der Auslegung von Patientenverfügungen, aber auch bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens heranziehen sollten, um der Patientenautonomie weitestmöglich Rechnung zu tragen⁷⁵⁰.

Hieran zeigt sich wiederum, wie wichtig es aus Sicht der Patientenautonomie ist, bereits bei der Errichtung der Verfügung dafür zu sorgen, dass möglichst genaue und inhaltlich im Anwendungsfall praktisch handhabbare Patientenverfügungen abgefasst werden. Je konkreter die Vorabfestlegungen des Patienten sind, desto weniger besteht die Gefahr, dass dessen tatsächlicher Wille durch Interpretationsschwierigkeiten später verwässert oder gar konterkariert wird. Derartigen Problemen könnte die gesetzliche Regelung durch die Statuierung einer ärztlichen Beratungspflicht begegnen.

Eine Ausdeutung und Auslegung kann eine Patientenverfügung auch hinsichtlich der Einhaltung der vom Gesetz vorgeschriebenen Bestimmtheit erfordern, was zum nächsten aus Sicht der Patientenautonomie zu untersuchenden Aspekt des Bestimmtheitsgebots überleitet.

10. Das Bestimmtheitserfordernis als Hemmschuh der Selbstbestimmung?

Neben der externen Beteiligung Dritter sind die immanenten Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer Patientenverfügung zu untersuchen. Durch die gesetzliche Regelung der Patientenverfügung sollen grundsätzlich das Selbstbestimmungsrecht sowie die Autonomie des Einzelnen gestärkt werden. Diesem Zweck soll auch das vom Gesetzgeber geforderte Bestimmtheitsniveau der Festlegungen dienen. Es stellt sich jedoch die Frage, ob das in § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB normierte Bestimmtheitsgebot nicht das Gegenteil bewirkt und der Patien-

⁷⁵⁰ Jox, Ethik Med 2004, S. 401 (410 f.).

tenautonomie einen Bären dienst erweist⁷⁵¹. Es wurde bereits dargestellt⁷⁵², wie unhandhabbar das Bestimmtheitserfordernis angesichts der geringen Interpretationsvorgaben des Gesetzgebers sein kann, sodass es kaum zur Rechtssicherheit für die Verfasser und Anwender einer Patientenverfügung beitragen wird. Die Gesetzesbegründung bleibt letztlich eine spezifizierte, detailliertere Bezeichnung des Bestimmtheitsmaßstabs schuldig. Probleme mit dem Bestimmtheitsgebot können sich daneben ergeben, wenn es in einer Patientenverfügung zu widersprüchlichen Festlegungen kommt.

Wird die Patientenverfügung für eine konkrete und sich bereits abzeichnende Krankheitssituation verfasst, dürfte sie in den meisten Fällen hinreichend bestimmt sein. Sie passt i. d. R. auf die gesetzlich vorgeschlagene Formulierung, dass der Verfügende in einer bestimmten Situation in eine ärztlicherseits vorgeschlagene medizinische Behandlung einwilligt oder diese untersagt. Eine solche Verfügung würde wohl auch einem engen Bestimmtheitsbegriff gerecht werden⁷⁵³. In diese Richtung geht auch die Ansicht, die für Patientenverfügungen einen Bestimmtheitsgrad fordert, der mit der aktuellen Einwilligung in eine konkrete ärztliche Behandlung oder medizinische Maßnahme vergleichbar ist⁷⁵⁴.

Anders sieht es dagegen bei Verfügungen aus, die in gesunden Tagen und ohne einen konkreten Krankheitsbezug errichtet werden. Hier ist es nahezu unmöglich, alle theoretisch denkbaren Krankheits- und Behandlungssituationen zu antizipieren und hierfür festzulegen, welche Maßnahmen und Behandlungen im konkreten Fall gewünscht oder abgelehnt werden⁷⁵⁵. Ein solch umfassendes Regelwerk wäre – wenn überhaupt – nur mit großem Umfang und unter enormem Erstellungsaufwand möglich. Hinzu kommt noch die Herausforderung, den medizinischen und therapeutischen Fortschritt mitzubedenken⁷⁵⁶.

Würde ein entsprechend enger Bestimmtheitsbegriff als Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Patientenverfügung angelegt, könnte sich der „gesund“ Verfügende nicht mehr auf die Wirksamkeit seiner Verfügung verlassen. Seine Festlegungen könnten allenfalls über das Prozedere des § 1901a Abs. 2 BGB Berücksichtigung finden, also in Form von Behandlungswünschen oder über das Institut des mutmaßlichen Willens. Um die Patientenverfügung nicht lediglich zu einem Baustein im Prozess der Ermittlung des mutmaßlichen Willens des Betroffenen⁷⁵⁷ zu degradieren, wird daher eine weite Auslegung des Bestimmtheitsbegriffs vertreten⁷⁵⁸, die eine direkte Verbindlichkeit der Patientenverfügung über § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB ermöglicht. Der Verfasser einer Patientenverfügung befindet sich meist in folgendem Dilemma: Einerseits muss er in der Patientenverfügung möglichst präzise Vorgaben machen, um dem gesetzlich

⁷⁵¹ Müller, DNotZ 2010, S. 169 (178 f.). Allerdings besitzt das Bestimmtheitserfordernis auch gewisse Vorteile, indem der Verfasser sich etwa selbst explizit verdeutlichen muss, welche Behandlung er wünscht oder ablehnt, vgl. hierzu Röthel, AcP 2011, S. 196 (208).

⁷⁵² Vgl. C.III.5.a) (6).

⁷⁵³ Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2009, S. 426 (428) fordern hier zusätzlich noch eine ärztliche Beratung, um die notwendige Bestimmtheit zu erreichen.

⁷⁵⁴ Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2009, S. 426 (428).

⁷⁵⁵ Bobbert, Chancen und Schwierigkeiten von Patientenverfügungen aus ethischer Sicht, S. 697 (701 f.).

⁷⁵⁶ In diese Richtung auch Ihrig, notar 2009, S. 380 (383) sowie BeckOK-Müller, § 1901a BGB, Rn. 9.

⁷⁵⁷ Hoffmann, BT-Prax 2009, S. 7 (11).

⁷⁵⁸ BeckOK-Müller, § 1901a BGB, Rn. 9; Kierig/Behlau, Der Wille des Patienten entscheidet, S. 10. In diese Richtung ist auch die parlamentarische Äußerung der damaligen Bundesjustizministerin Zypries zu verstehen, wonach sich in einer „Gesamtschau des Lebens und der Situation, in der sich der Patient befindet“ feststellen können lassen muss, „was der Patient gewollt hat“; zitiert nach Hoffmann, BtPrax 2009, S. 7.

geforderten Bestimmtheitsgebot Rechnung zu tragen. Andererseits wird er hierzu aufgrund mangelnder medizinischer sowie juristischer Kenntnis nur selten selbst in der Lage sein. Es besteht daher die Gefahr, dass er sich unberechtigterweise in der Sicherheit wiegt, eine wirksame Patientenverfügung verfasst und für die beschriebenen Krankheitssituationen seinem Willen entsprechende Vorgaben gemacht zu haben. Tatsächlich kann sein autonomer Wille mangels Einhaltung des Bestimmtheitsgebots im Anwendungsfall der Patientenverfügung aber nicht direkt berücksichtigt werden. Die Vorstellung, den medizinischen Ernstfall umfassend geregelt zu haben, würde sich als bloße Illusion erweisen.

Ebenso könnte man das *de lege lata* fehlende Beratungserfordernis dahingehend auslegen, dass die Anforderungen an die Bestimmtheit nicht allzu hoch angesetzt werden dürfen, da der durchschnittliche Verfasser als medizinischer und juristischer Laie sonst kaum die Möglichkeit hätte, eine den gesetzlichen Bestimmtheitsanforderungen genügende Patientenverfügung zu errichten⁷⁵⁹. Ansonsten wären nur konkrete, spezifische bzw. situationsangepasste Patientenverfügungen möglich. Der Verfasser einer Patientenverfügung muss aber auch Krankheiten benennen können, die weder diagnostiziert oder bereits ausgebrochen noch vorauszusehen sind, letztlich also nur bestimmte Krankheitsbilder bzw. Behandlungssituationen beschreiben⁷⁶⁰. Man könnte daher genügen lassen, dass sich aus der Patientenverfügung zumindest durch Auslegung zweifelsfrei ermitteln lässt, in welcher konkreten Situation welche medizinische Maßnahme durchgeführt werden soll und welche untersagt wird⁷⁶¹.

Dagegen wird argumentiert, dass – sozusagen als Kompensation – ein hoher Bestimmtheitsmaßstab angelegt werden müsse, da durch die gesetzliche Neureglung die Reichweitenbegrenzung weggefallen sei und damit der Patientenautonomie – auch ohne Todesnähe – uneingeschränkt Vorrang vor dem Lebensschutz zukomme⁷⁶². Letzterer gebiete danach hohe Anforderungen. Dieses Argument überzeugt aber nur bedingt, da die Reichweitenbegrenzung unabhängig davon sowieso umstritten war. Wie noch zu zeigen sein wird⁷⁶³, war dieser gesetzgeberische Verzicht auch aus Sicht der Patientenautonomie geboten, weswegen er nicht durch die Aufstellung anderer Hürden umgangen oder konterkariert werden darf. Zudem steht dies grundsätzlich nicht Gründen entgegen, die gerade aus Anforderungen der Patientenautonomie selbst einen gewissen Grad an Bestimmtheit erfordern oder genügen lassen.

a) Rechtsfolgen der Nichteinhaltung des Bestimmtheitsgebots

Bei der Bewertung des 3. BtÄndG ist zunächst zu berücksichtigen, welche Folgen sich überhaupt für die Patientenautonomie aus der Nichteinhaltung des Bestimmtheitsgebots ergeben.

⁷⁵⁹ Vgl. zu ungenügenden Beispielen etwa BT-Drs. 16/8442, S. 13; *Albrecht/Albrecht*, Die Patientenverfügung, S. 58 f., Rn. 163 ff.; *Bundesministerium der Justiz*, Patientenverfügung, Leiden, Krankheit, Sterben, S. 16; *Höfling*, NJW 2009, S. 2849 (2850); positive Beispiele und Formulierungshilfen finden sich in *Bayerisches Staatsministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Hrsg.)*, Vorsorge für Unfall, Krankheit, Alter durch Vollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung, S. 31. Ein Beispiel für einen Grenzfall, der auch in den Empfehlungen des *Bayerischen Staatsministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz* enthalten ist, findet sich bei *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2009, S. 426 (428).

⁷⁶⁰ *Müller*, DNotZ 2010, S. 180 f.; *Spickhoff*, FamRZ 2009, S. 1949 (1951); a. A. *Albrecht/Albrecht*, Die Patientenverfügung, Rn. 168; *dies.*, MittBayNot 2009, S. 426 (428).

⁷⁶¹ *Ihrig*, notar 2009, S. 380 (383); *Kierig/Behlau*, Der Wille des Patienten entscheidet, S. 10; vgl. zur Auslegung von Patientenverfügungen bereits C.III.9.a).

⁷⁶² *Albrecht/Albrecht*, Die Patientenverfügung, Rn. 167; *dies.*, MittBayNot 2009, S. 426 (428).

⁷⁶³ Vgl. zur fehlenden Reichweitenbeschränkung C.III.11.

Fehlt es der Patientenverfügung an Festlegungen, die dem Bestimmtheitsgebot des § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB genügen, liegt zwar keine Patientenverfügung im engeren bzw. Gesetzessinne vor, der vorausverfügte Wille des Betroffenen kann jedoch trotzdem über den „Umweg“ des § 1901a Abs. 2 BGB für die vorzunehmende Behandlungsentscheidung berücksichtigt werden⁷⁶⁴. Diese Behandlungswünsche sind zwar genauso verbindlich wie eine Patientenverfügung selbst⁷⁶⁵ und eine derartige Bindungswirkung ist zudem aus Sicht der Patientenautonomie geboten. Regelungssystematisch ist diese Konstruktion allerdings unglücklich, da hierüber auf das bloße Ersatzinstrument des mutmaßlichen Willens – mit den damit ggf. verbundenen Gefahren für die Patientenautonomie – abgestellt werden muss⁷⁶⁶.

Zu den bereits genannten⁷⁶⁷ kommt also ein weiterer Anwendungsfall der Behandlungswünsche nach § 1901a Abs. 2 BGB, wenn die Festlegungen des Patienten das Bestimmtheitsgebot des § 1901 Abs. 1 S. 1 BGB nicht einhalten.

Die Gefahr, dass es angesichts der Nichteinhaltung des Bestimmtheitserfordernisses zu gewollten, aber unwirksamen Patientenverfügungen kommt, kann durch die Festlegung einer obligatorischen vorherigen ärztlichen Beratung abgefedert werden. Dies zeigt, dass augenscheinliche Hürden für die Patientenautonomie auf den zweiten Blick diese eher fördern und damit den Autonomiegehalt der Entscheidung erhöhen oder überhaupt erst gewährleisten, indem sie die notwendigen individuellen *capacities* für eine autonome Entscheidung schaffen. Es greift daher zu kurz, derartige Wirksamkeitserfordernisse – wie beim Formalismusargument⁷⁶⁸ – einseitig als Hürden oder Hindernisse der Selbstbestimmung aufzufassen.

b) Abschwächung des Kongruenzerfordernisses: Aktuelle Lebens- und Behandlungssituation genügt

Zu hohe Anforderungen an das Bestimmtheitserfordernis können also in vielen Fällen dazu führen, dass der in der Patientenverfügung niedergelegte Wille nicht beachtet werden kann, da er nicht passgenau und detailliert mit der vorliegenden Krankheit und der zu treffenden Behandlungsentscheidung übereinstimmt. Dies hat auch der Gesetzgeber erkannt und gewissermaßen ein Korrektiv in die gesetzliche Regelung eingebaut: Das Kongruenzerfordernis zwischen dem Wortlaut der Patientenverfügung und der zu treffenden Entscheidung wird insofern abgeschwächt, als es ausreicht, dass die Festlegungen in der Patientenverfügung i. S. v. § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen. Es genügt, wenn der Patient einen krankheitsbedingten Zustand bezeichnet, bei dessen Eintreten keine Einwilligungsfähigkeit mehr besteht sowie festlegt, was er dann will und was nicht, sodass sowohl die Situation, in der die Patientenverfügung gelten soll als auch die Zielvorstellungen des Patienten klar sind⁷⁶⁹. Auf diese Weise wird dem Verfügenden erleichtert, Grundsatzentscheidungen für die Zukunft zu treffen – auch ohne Kenntnis der aktuellen und zukünftigen medizinischen Möglichkeiten zur Therapie und Lebenserhaltung sowie mittels eines zumutbaren Umfangs eigener Abwägungen⁷⁷⁰. Der potenzielle Patient muss also nicht seine eigene Patientenbiographie

⁷⁶⁴ Beermann, FPR 2010, S. 252 (255).

⁷⁶⁵ Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 26 ff.; Spickhoff, Medizinrecht, § 1901a BGB, Rn. 11.

⁷⁶⁶ Vgl. hierzu bereits oben C.III.6.

⁷⁶⁷ Vgl. C.III.5.d).

⁷⁶⁸ Vgl. zum Formalismusargument bereits oben C.III.5.b) (2).

⁷⁶⁹ Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 5.

⁷⁷⁰ Kierig/Behlau, Der Wille des Patienten entscheidet, S. 11.

vorausahnen, sondern nur umschreibend festlegen, was er in bestimmten Lebens- und Behandlungssituationen will und was nicht.

Es muss sich dabei aus den inhaltlichen Festlegungen der Patientenverfügung zumindest ergeben, in welcher Behandlungssituation welcher ärztliche Eingriff bzw. welche medizinische Maßnahme zugelassen bzw. ausgeschlossen werden soll⁷⁷¹. Eine Aufzählung kann hierbei genügen⁷⁷², ebenso wie eine Ermittlung im Wege der Auslegung⁷⁷³. Dabei ist jedoch zu bedenken, dass enumerative Aufzählungen zu Unvollständigkeits führen können und die Verwendung allzu vieler Fachbegriffe durch medizinische Laien die Frage aufwirft, ob sich die Verfasser über deren wissenschaftliche Bedeutung bewusst sind und diese entsprechend gelten lassen wollen⁷⁷⁴. In den meisten Fällen werden die verwendeten Termini als inhaltlich unbestimmte (Rechts-)Begriffe wiederum auslegungsbedürftig sein. Dies zeigt umso mehr, wie problematisch eine saubere Abgrenzung zwischen bestimmten und unbestimmten Festlegungen i. S. v. § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB sein kann.

Die Frage der notwendigen Bestimmtheit stellt sich auch angesichts des zeitlichen Auseinanderfallens von Errichtung und Anwendung der Patientenverfügung sowie des damit zusammenhängenden Prognosecharakters der vorgenommenen Festlegungen, da es *realiter* bei vielen Krankheiten sowie Krankheitsbildern zu individuellen und teilweise erheblichen Abweichungen im Krankheitsverlauf kommen kann. Problematisch kann daher auch der Maßstab bzw. die Reichweite der Abweichungen werden, also die Frage, inwieweit Abweichungen des erwarteten und in der Patientenverfügung beschriebenen vom dann tatsächlich eingetretenen Krankheitsverlauf zulässig sind, aber trotzdem noch zu einer Bejahung der Kongruenz führen⁷⁷⁵. Dies lässt sich an einem Beispiel verdeutlichen⁷⁷⁶: Wird in einer Patientenverfügung ausnahmslos auf jegliche Art der Magensonde verzichtet, könnte nun das Erbrechen infolge eines Darmverschlusses aber durch eine ableitende Magensonde erheblich verringert werden, ist fraglich, ob diese Untersagung im vorliegenden Fall gelten soll, da diese Behandlungssituation in der Verfügung nicht beschrieben ist. Mit diesem Argument könnte man nun die Kongruenz verneinen.

Aus der Verbindlichkeit der Patientenverfügung folgt umgekehrt aber auch, dass der Patientenvertreter inhaltlich von der Vorabverfügung des Patienten nur abweichen darf, wenn sich die Sachlage nachträglich so geändert hat, dass die vorliegende aktuelle Lebens- bzw. Behandlungssituation nicht mit umfasst ist⁷⁷⁷.

c) Behandlungswünsche und mutmaßlicher Wille nach § 1901a Abs. 2 BGB als Rettungsanker des Patientenwillens

Wie das genannte Beispiel zeigt, kann dem Willen des Patienten, wenn entsprechende Zweifel nicht ausgeräumt werden können und daher mangels Kongruenz eine direkte Bindung über

⁷⁷¹ Ihrig, notar 2009, S. 380 (383); Müller, DNotZ 2010, S. 181; Sternberg-Lieben, in: FS Roxin, S. 537 (542).

⁷⁷² Sternberg-Lieben, in: FS Roxin, S. 537 (542).

⁷⁷³ Müller, DNotZ 2010, S. 181; Sternberg-Lieben, in: FS Roxin, S. 537 (542); Verrel, in: Verrel/Simon, Patientenverfügungen, S. 13 (28).

⁷⁷⁴ Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, S. 594 (613).

⁷⁷⁵ Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2009, S. 426 (427).

⁷⁷⁶ Das folgende Beispiel ist Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2009, S. 426 (427) entnommen.

⁷⁷⁷ BT-Drs. 16/8442, S. 15; Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2009, S. 426 (427) folgern hieraus mit Blick auf den festgestellten aktuellen Willen des Betroffenen sogar eine entsprechende Verpflichtung.

§ 1901a Abs. 1 S. 1 BGB abgelehnt wird, nur über den mutmaßlichen Willen und den Behandlungswunsch nach § 1901a Abs. 2 BGB Geltung verschafft werden. Aber auch hier muss aus Sicht der Patientenautonomie eine Grenze dahingehend gezogen werden, dass durch den Rückgriff auf den mutmaßlichen Willen durch Dritte nicht der vom Betroffenen selbst autonom vorab verfügte Wille umgangen werden darf.

Greift die Abschwächung des Kongruenzerfordernisses nicht, um zu einer Einhaltung der Bestimmtheitsanforderungen zu gelangen, sieht die gesetzliche Systematik also nur noch einen weiteren „Rettungsanker“ für den Patientenwillen vor. Diesen Weg gehen auch Ansichten, die einen hohen Maßstab an das Bestimmtheitserfordernis anlegen⁷⁷⁸.

d) Bewertung unter dem Aspekt der Patientenautonomie

Liegen mangels Bestimmtheit nicht alle Voraussetzungen des § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB vor, kommt der Patientenverfügung keine unmittelbare Wirkung zu und es bedarf über den Umweg des § 1901a Abs. 2 BGB einer eigenen Entscheidung des Patientenvertreters⁷⁷⁹. Hierdurch können jedoch die mit einer Beteiligung Dritter verbundene – wenn auch in den meisten Fällen gering einzuschätzende – Gefahr des Missbrauchs sowie das Problem entstehen, dass der festgelegte Wille des Patienten durch die Interpretation Dritter verwässert und dadurch der Autonomiegrad der Entscheidung verringert wird. Aus normativer Perspektive sollten die gesetzlichen Regelungen daher gewährleisten, dass der in der Patientenverfügung niedergelegte autonome Wille des Patienten möglichst eine unmittelbare Bindungswirkung i. S. der Ausprägung der *sovereign authority* entfalten kann. Hierzu muss die – möglicherweise mangelnde – Kompetenz der potenziellen Verfasser berücksichtigt werden und die Hürden zur Errichtung möglichst gering angesetzt, gleichzeitig aber noch ausreichende Gewähr für die Autonomie der Entscheidung geboten werden. Diese Problematik kann durch eine vorherige Beratungspflicht abgemildert werden, um hierüber die Einhaltung der Bestimmtheitsanforderungen und damit letztlich die Wirksamkeit von Patientenverfügungen zu sichern⁷⁸⁰.

Kommt es allerdings zu einer Nichteinhaltung des Bestimmtheitsgebots, darf dies nicht als Argument dahingehend missverstanden werden, dass dem Betroffenen nicht an der Respektierung seiner eigenen Vorstellungen und Behandlungswünsche gelegen sei⁷⁸¹, auch wenn formale und inhaltliche Defizite in bestimmten Fällen Zweifel an der Bindungswirkung einer Patientenverfügung aufkommen lassen können⁷⁸². Aus Sicht der Patientenautonomie wie auch nach dem Willen des Gesetzgebers müssen diese Wünsche zumindest über § 1901a Abs. 2 BGB Berücksichtigung finden und die gleiche Bindungswirkung entfalten⁷⁸³.

11. Die Reichweite der Patientenverfügung

Neben der Bindungswirkung stellt sich beim Institut der Patientenverfügung die Frage der Reichweite. Mit der Einfügung von § 1901a Abs. 3 BGB hat sich der Gesetzgeber klar gegen

⁷⁷⁸ Albrecht/Albrecht, Die Patientenverfügung, S. 65 ff., Rn. 186 ff. *dies.*, MittBayNot 2009, S. 426 (428).

⁷⁷⁹ BT-Drs. 16/8442, S. 11.

⁷⁸⁰ Vgl. hierzu auch noch ausführlich C.III.15.

⁷⁸¹ So noch zur alten Rechtslage Vossler, ZRP 2002, S. 295 (297).

⁷⁸² Strätling/Sedemund-Adib/Scharf/Schmucker, ZRP 2003, S. 289 (290).

⁷⁸³ Vgl. BT-Drs. 16/8442, S. 15 f.

eine Reichweitenbegrenzung entschieden und damit auch den von der Rechtsprechung aufgeworfenen und in der Literatur geführten Streit beendet⁷⁸⁴. Im Folgenden ist dieser Verzicht auf eine Reichweitenbegrenzung hinsichtlich der Gewährleistung von Patientenautonomie zu untersuchen und zu bewerten.

a) Grundsatz: Keine Reichweitenbegrenzung

§ 1901a Abs. 3 BGB legt nun ausdrücklich fest, dass das Institut der Patientenverfügung keiner Reichweitenbegrenzung unterworfen ist⁷⁸⁵. Es kommt danach nicht auf Art und Stadium einer Erkrankung an. Der Gesetzgeber zieht dabei eine Parallele zur aktuellen Einwilligung in medizinische Eingriffe: Wenn der Patient hierbei unabhängig von Art und Stadium über die vorzunehmenden Maßnahmen entscheiden könne, dann müsse dies auch bezüglich seines vorab für den Fall der eigenen Einwilligungsunfähigkeit verfügten Willens mittels Patientenverfügung gelten, was durch sein grundgesetzlich verbürgtes Selbstbestimmungsrecht garantiert werde⁷⁸⁶.

b) Keine Unumkehrbarkeit des Sterbevorgangs (mehr) nötig

Aus dem Fehlen einer Reichweitenbegrenzung folgt, dass ein irreversibles Grundleiden bzw. eine Unumkehrbarkeit des Sterbevorgangs und die Schwelle des – trotz entsprechender medizinischer Behandlung – tödlich endenden Verlaufs einer Krankheit nicht mehr für die Verbindlichkeit einer Patientenverfügung notwendig sind.

Derartige Reichweitenkriterien konnte man noch aus der bisherigen Rechtsprechung herauslesen⁷⁸⁷. Auch die *Enquête-Kommission des Bundestages „Ethik und Recht der modernen Medizin“* hatte im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens eine solche Schwelle unter dem Aspekt des Lebensschutzes vorgesehen⁷⁸⁸. Sie hat aber keinen Eingang in das 3. BtÄndG gefunden, das sich in der Gesetzesbegründung allerdings explizit mit den Erwägungen der *Enquête-Kommission* auseinandersetzte⁷⁸⁹.

Für den Gesetzgeber war das Argument tragend, dass eine Reichweitenbegrenzung darauf hinausliefe, dass es in Krankheitsstadien außerhalb der möglichen Reichweite, die von der Patientenverfügung dann nicht mehr wirksam erfasst werden könnten, quasi – trotz eines entgegenstehenden ausdrücklich erklärten oder mutmaßlichen Willens des betroffenen Pa-

⁷⁸⁴ Vgl. hierzu oben C.III.1.

⁷⁸⁵ BT-Drs. 16/8442, S. 16 ff. m. w. N.; nach *Hufen*, Geltung und Reichweite von Patientenverfügungen, S. 51 wäre eine derartige Reichweitenbegrenzung auch nicht verfassungsgemäß.

⁷⁸⁶ BT-Drs. 16/8442, S. 16. Gegen eine Reichweitenbegrenzung aus verfassungsrechtlicher Perspektive daher auch *Hufen*, NJW 2001, S. 849 (852); a. A. *Mieth*, ICEP Argumente 2005/3, S. 1 f. sowie *Rothhaar/Kipke*, Die Patientenverfügung als Ersatzinstrument, S. 61 (67 f.) m. w. N., die den substitutiven Charakter von Patientenverfügungen betonen: Es könne sich bei diesem Institut nicht um einen gleichwertigen Ersatz für den aktuell geäußerten unmittelbaren Willen handeln.

⁷⁸⁷ Vgl. die „Lübecker Entscheidung“ des BGH, BGHZ 154, 205 ff. bereits oben unter C.II.2.b); kritisch hierzu *Lipp*, FamRZ 2003, S. 756; *Höfling/Rixen*, JZ 2003, S. 884 (885 ff.); *Spickhoff*, AcP 2008, S. 345 (405 ff.); *Holzhauser*, FamRZ 2006, 518 (520 ff.). Der Gesetzgeber sah den Verzicht auf eine Reichweitenbegrenzung zumindest im Einklang mit dem „Kemptener Urteil“ (BGHSt 40, 257, hierzu bereits oben C.II.2.a)), vgl. BT-Drs. 16/8442, S. 16.

⁷⁸⁸ BT-Drs. 15/3700, S. 38; vgl. auch *Riedel*, BtPrax 2005, S. 45 (46); *Vetter*, Selbstbestimmung am Lebensende, S. 78 ff.

⁷⁸⁹ BT-Drs. 16/8442, S. 17.

tienten – zu einem Behandlungszwang mit allen vom Patienten selbst zu tragenden Risiken und Konsequenzen kommen würde, was dem Selbstbestimmungsrecht sowie der Autonomie des einzelnen Patienten zuwider liefe⁷⁹⁰. Der betroffene Patient kann und soll aber auch die Behandlung von Krankheiten ablehnen dürfen, für deren Ausbruch noch keinerlei Symptome vorhanden sind⁷⁹¹.

Im Rahmen der Begründung des Verzichts auf eine Reichweitenbegrenzung finden sich das einzige Mal Ausführungen dazu, von welcher grundsätzlichen Konzeption der Patientenautonomie der Gesetzgeber ausgeht. In gewisser Weise räumt er dem Einzelnen hier – wie bereits dargestellt⁷⁹² – das von der Patientenautonomie umfasste Recht ein, objektiv unvernünftige Entscheidungen auch gegen indizierte medizinische Maßnahmen zu treffen, da „jeder Mensch das Recht hat, über die Zulässigkeit von Eingriffen in seine körperliche Integrität selbst zu bestimmen, ärztliche Behandlungen also abzulehnen, und zwar auch dann, wenn sie *lebensrettend* [eigene Hervorhebung, B.K.] sein können“⁷⁹³. Dieses Selbstbestimmungsrecht, welches mittels Patientenverfügung vorab ausgeübt werden kann, müsse dann auch im Fall der Einwilligungsunfähigkeit in jedem Krankheitsstadium und unabhängig von einer entsprechenden Reichweite gelten⁷⁹⁴. Ebenso rechtfertige die staatliche Schutzpflicht für das Leben keine unterschiedliche Behandlung des Selbstbestimmungsrechts außerhalb und innerhalb einer möglichen Reichweite⁷⁹⁵. Außerdem könne das Problem der Prognoseunsicherheit nicht als Argument für eine Reichweitenbegrenzung und damit eine Übergehung des Patientenwillens herangezogen werden: Zwar gebe es Fälle, die sich entgegen der Prognose unerwartet gut entwickeln und *vice versa*. Letztlich müsse die Entscheidung über die Vornahme einer Behandlung und die damit verbundene Abwägung der Chancen und Risiken aber demjenigen überlassen bleiben, der auch die Risiken eines möglichen Eingriffs trägt – und das ist der betroffene Patient selbst⁷⁹⁶.

Daneben wäre es in der klinischen Praxis für den behandelnden Arzt sowie den Patientenvertreter schwierig, einen – mittels Reichweitenbegrenzung geforderten – irreversibel tödlichen Verlauf einer Krankheit mit letzter Gewissheit festzustellen⁷⁹⁷. Diese unbestimmten Begriffe

⁷⁹⁰ BT-Drs. 16/8442, S. 17. Die mögliche Folge der Zwangsbehandlung findet sich auch bei *Ihrig*, notar 2009, S. 380 (386).

⁷⁹¹ Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 29.

⁷⁹² Vgl. hierzu bereits oben C.II.1.c) und C.II.2.a).

⁷⁹³ BT-Drs. 16/8442, S. 17; vgl. auch *Coeppicus*, Das „Gesetz über Patientenverfügungen“ und Sterbehilfe, S. 14 f.; *Höfling*, JZ 2006, S. 146; *Kutzer*, BtPrax 2005, S. 50 f.; Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 6; *Taupitz*, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, S. A12.

⁷⁹⁴ Vgl. hierzu sowie zum Folgenden BT-Drs. 16/8442, S. 17.

⁷⁹⁵ BT-Drs. 16/8442, S. 17.

⁷⁹⁶ BT-Drs. 16/8442, S. 17.

⁷⁹⁷ *Becker-Schwarze*, FPR 2007, S. 52 (53); vgl. auch BT-Drs. 16/8442, S. 17. Illustriert wird diese Problematik hier mit den möglichen Folgen der Reichweitenbegrenzung: Danach müssten bei Eintritt der Einwilligungsunfähigkeit – im Gegensatz zum einwilligungsfähigen Patienten – etwa Dialysen, Chemotherapien und sogar Transplantationen, aber auch alle sonstigen Operationen zwangsweise gegen den Willen des Patienten durchgeführt werden, da sich die Patientenverfügung aufgrund der Reichweitenbegrenzung und des nicht sicher feststellbaren tödlichen Verlaufs der Krankheit auf dieses Stadium nicht beziehen könnte. Koma- und Demenzpatienten wären danach in jedem Fall zwangsweise zu beatmen und zu ernähren, vgl. *Wilckens*, MDR 2011, S. 143 (144). Auch bei *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2009, S. 426 (430) finden sich Beispiele, in denen eine Reichweitenbegrenzung mangels irreversiblen tödlichen Verlaufs greifen würde.

wären daher praktisch nur begrenzt handhabbar⁷⁹⁸. Zudem wären bestimmte Krankheitsbilder wie das Wachkoma, das apallische Syndrom oder Hirnabbauprozesse aufgrund fortgeschrittener Demenzerkrankungen vom Anwendungsbereich einer Patientenverfügung quasi *per se* ausgeschlossen.

c) Kein Recht auf eine medizinisch nicht indizierte Behandlung

Umgekehrt statuiert die gesetzliche Neuregelung nach der Gesetzesbegründung allerdings kein Recht auf eine aus fachlicher bzw. ärztlicher Sicht nicht oder nicht mehr indizierte medizinische Behandlung⁷⁹⁹. Der Patient kann damit keine wie auch immer geartete Maximaltherapie verlangen⁸⁰⁰, maßgeblich bleibt bei dieser Frage allein das gesetzlich vorgeschriebene Verfahren nach §§ 1901a und 1901b BGB⁸⁰¹. An dessen Beginn steht wiederum die medizinische Indikation, bei der dem behandelnden Arzt die Schlüsselrolle zukommt.

Daneben gibt es eine weitere Begrenzung, welcher der potenzielle Patient bei der Errichtung einer Patientenverfügung unterliegt. So kann er weder den Arzt noch den Patientenvertreter durch eine Festlegung binden, welche diese zu – etwa nach §§ 134, 138 Abs. 1 BGB – strafbarem oder sittenwidrigem Handeln verpflichten würde⁸⁰².

Dass durch diese Beschränkungen die Patientenautonomie nicht unzulässigerweise beschnitten wird, zeigt ein Blick auf die zugrundeliegenden medizinethischen Wertungen. Denn auch die Patientenautonomie unterliegt normativen und tatsächlichen Grenzen, wenn ein Bezug zur Gemeinschaft besteht und das medizinethische Grundprinzip der Gerechtigkeit (*justice*) als Schranke und Begrenzung zum Tragen kommt⁸⁰³. Insofern bringt die gesetzliche Regelung des 3. BtÄndG nur diese Abwägungsentscheidung zum Ausdruck.

d) Maßnahmen der Grund- bzw. Basisversorgung

Patientenverfügungen sind in ihrer Reichweite nicht nur nach oben hin zur Maximaltherapie, sondern auch nach unten hin insoweit begrenzt, als dass sie grundlegende lindernde Therapien und Maßnahmen der sog. Grund- bzw. Basisversorgung nicht erfassen können.

Hierbei handelt es sich um allgemeine pflegerische Maßnahmen wie das natürliche Stillen von Hunger und Durst, Schmerz, Übelkeit und Atemnot, sonstige lindernde Maßnahmen sowie eine menschenwürdige Unterbringung, aber auch ein Mindestmaß an Körperpflege und sozialer Zuwendung⁸⁰⁴.

⁷⁹⁸ Becker-Schwarze, FPR 2007, S. 52 (54); Höfling/Rixen, JZ 2003, S. 884 (886 f.); Holzhauer, FamRZ 2006, S. 518 (521); eine Systematisierung unternimmt Sahn, Ethik Med 2004, S. 133 (136 ff.).

⁷⁹⁹ BT-Drs. 16/8442, S. 7; vgl. auch BeckOK-Müller, § 1901b, Rn. 2; Beermann, FPR 2010, S. 252 (255); Kamps, ZMGR 2009, S. 207 (208); Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 29; Renner, in: Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, Rn. 585 ff.

⁸⁰⁰ Dies klang bereits in BGHZ 154, 205 (224) m. w. N. an.

⁸⁰¹ Vgl. oben C.III.6.d).

⁸⁰² MüKo-Schwab, § 1901a BGB, Rn. 30; Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 12; BT-Drs. 16/8442, S. 8; dies gilt insbesondere auch hinsichtlich der aktiven Sterbehilfe, Renner, in: Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, Rn. 564 ff.

⁸⁰³ Vgl. hierzu bereits oben C.I.1.a).

⁸⁰⁴ Vgl. Bundesärztekammer, Richtlinien der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, Deutsches Ärzteblatt 2011, S. A346; Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 9; Renner, in: Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, Rn. 441; zum Hungergefühl Sterbender Bickhardt, Der Patientewille, S. 32.

Zwar muss diese Basisbetreuung nicht extra mittels Patientenverfügung angeordnet werden, andererseits kann sie aber auch nicht entsprechend abbedungen werden⁸⁰⁵. Hiervon zu trennen sind Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Grundfunktionen des Organismus, die mit einem ärztlichen Eingriff verbunden sind, z. B. die enterale und intravenöse künstliche Ernährung – etwa mittels PEG-Sonde durch die Bauchdecke – oder die Anlage eines Blasenkatheters⁸⁰⁶.

Am Problem der Basisversorgung zeigt sich die Wechselwirkung zwischen Autonomie und Fürsorge: Die Fürsorge gebietet es, dass dem Patienten ein grundlegendes Mindestmaß an Betreuung zuteil wird, selbst wenn dies gleichzeitig zu einem „überraschende[n] Reserwat“⁸⁰⁷ gegenüber der Patientenautonomie führt. Maßnahmen der Basisversorgung werden sich im Regelfall allerdings mit dem autonomen Willen des Patienten decken und gerade dessen Vorstellung von einem autonomen Sterben ohne Apparatedizin decken. Sie stellen i. d. R. schon keine Eingriffe in die körperliche Integrität des Patienten dar, führen zu keinem Einschnitt an Patientenautonomie und sind daher aus deren Sicht nicht zu beanstanden.

e) Folgerungen für die Patientenautonomie

Darüber hinaus sind die weiteren Vor- und Nachteile einer Reichweitenbegrenzung aus Sicht der Patientenautonomie gegeneinander abzuwägen. Als mögliche Vorteile sind zwar durch den geringeren Anwendungsbereich größere Klarheit bzw. Praktikabilität und ein geringerer Interpretationsspielraum bei der Umsetzung der Patientenverfügung sowie die Begrenzung möglicher Anwendungsfehler, als Nachteile aber die trotzdem existierende Möglichkeit entsprechender Konfliktsituationen und – im Sinne eines Dambrucharguments – die möglicherweise sogar zunehmende Forderung nach der Legalisierung noch weitergehender Maßnahmen zu nennen⁸⁰⁸.

Nach Ansicht von *Albrecht/Albrecht* habe sich durch den Verzicht auf die Reichweitenbegrenzung der „Schwerpunkt des staatlichen Lebensschutzes von dem Erfordernis des objektiven Vorliegens einer bestimmten Krankheitssituation verschoben zu der subjektiven Kontrolle des präventiv geäußerten Willens des Patienten durch den Vertreter in der aktuellen Situation“⁸⁰⁹. Kritiker der unbeschränkten Reichweite verweisen zusätzlich auf die Problematik von Lebenswerturteilen⁸¹⁰: Meist könne ein potenzieller Patient bei der Abfassung der Patientenverfü-

⁸⁰⁵ *Albrecht/Albrecht*, Die Patientenverfügung, Rn. 77, die allerdings eine Ausnahme bei der Schmerzmittelverabreichung zulassen wollen; *Jürgens*, Betreuungsrecht, § 1901a BGB, Rn. 10; eine Ausschlussmöglichkeit befürwortend *Sternberg-Lieben*, in: FS Roxin, S. 537 (540); *Verrel*, in: *Verrel/Simon*, Patientenverfügungen, S. 26; die Grundsätze der *Bundesärztekammer* zur Sterbebegleitung vom 18. Februar 2011 differenzieren nach der subjektiven Empfindung des Patienten; vgl. Deutsches Ärzteblatt 2011, S. A346 (A347); der „Bosbach-Entwurf“ sah ein entsprechendes Verbot des Ausschlusses der Basisversorgung explizit vor, vgl. § 1901 Abs. 4 a. E. BGB-E d.F. BT-Drs.16/11360.

⁸⁰⁶ *Albrecht/Albrecht*, Die Patientenverfügung, Rn. 77 f.; *Sternberg-Lieben*, in: FS Roxin, S. 537 (540); vgl. auch BT-Drs. 16/8442, S. 13 unter Verweis auf die Grundsätze der Bundesärztekammer zur Sterbebegleitung vom 7. Mai 2004, Deutsches Ärzteblatt 2004, S. A1298; bestätigt durch die überarbeiteten, gleichnamigen Grundsätze aus dem Jahr 2011, Deutsches Ärzteblatt 2011, S. A346 (A347)).

⁸⁰⁷ *Albrecht/Albrecht*, Die Patientenverfügung, Rn. 77.

⁸⁰⁸ *Enquête-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“*, Zwischenbericht Patientenverfügungen, BT-Drs. 15/3700, S. 31.

⁸⁰⁹ *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2009, S. 426 (430).

⁸¹⁰ Diese Argumente können auch für die Problematik des Widerrufs herangezogen werden.

gung im Voraus überhaupt nicht abschätzen, wie subjektiv lebenswert auch ein von Krankheit geprägtes und aus *ex ante*-Sicht vermeintlich miserables Leben sein könne⁸¹¹. Mieth spricht daher von einer „Überforderung der Selbstbestimmung“⁸¹².

Es ist jedoch ein wesentliches Argument, das – entgegen den genannten Lebensschutzerwägungen – aus Sicht der Patientenautonomie zählt: Eine Reichweitenbegrenzung führt zu einer Einschränkung der Selbstbestimmung in bestimmten Stadien der Krankheit, des Lebens sowie des eigenen Sterbens und letztlich zu einem nicht hinnehmbaren Vorbehalt gegenüber der Patientenautonomie.

Hieran zeigt sich wiederum, wie das Verhältnis zwischen dem Prinzip der Fürsorge bzw. der staatlichen Schutzpflicht für das Leben und der individuellen Autonomie – in der vorliegenden Konstellation zugunsten der Patientenautonomie – auszutarieren ist. Aus Sicht der Patientenautonomie gebietet die *sovereign authority*, dass der Wille des Patienten in allen Krankheitsstadien beachtet werden muss und insoweit keiner Reichweitenbeschränkung zugänglich ist. Hierdurch würde paternalistisch von staatlicher Seite das umfassende Recht auf Autonomie behindert bzw. beschränkt und der Patient außerhalb der Reichweite letztlich ggf. einer Zwangsbehandlung ausgeliefert. Bei der Reichweitenbegrenzung handelt es sich auch nicht um ein schwach paternalistisches Instrument, das zur Stärkung der Patientenautonomie selbst gerechtfertigt wäre. Es ist daher zu begrüßen, dass der Gesetzgeber bei der juristischen Normierung der Patientenverfügung auf eine Reichweitenbegrenzung verzichtet hat.

Durch diesen Verzicht ist mittels Patientenverfügung die Anordnung eines Behandlungsabbruchs ohne infauste Prognose und ohne Todesnähe, mithin in einem besonders frühen Krankheitsstadium möglich. Den Kritikern des Verzichts auf eine Reichweitenbegrenzung ist daher zuzugeben, dass sowohl die Patientenautonomie als Implikation der Fürsorge als auch die Patientenautonomie selbst in ihrer Ausprägung als *capacity*, die eine bestimmte Informiertheit des Patienten notwendigerweise voraussetzt, es bei einem derart frühen Behandlungsabbruch umso mehr erfordern, dass es sich bei der Patientenverfügung tatsächlich um eine autonome Entscheidung des Patienten handeln muss. Wenn hier also allein der Wille des individuellen Patienten entscheiden soll, muss auch aufgrund der staatlichen Schutzpflicht für das Leben – die zwar eigentlich mit der Patientenautonomie im Gegensatz steht, hier aber insoweit die Patientenautonomie verstärkt – dafür Sorge getragen werden, dass die Bedingungen und Voraussetzungen für eine autonome Vorabentscheidung des Patienten gewährleistet sind. Konkret bedeutet dies: Je weniger es sich um eine infauste Prognose handelt, desto intensiver muss der Patient vorher informiert sein bzw. beraten werden und desto genauer müssen die inhaltlichen Festlegungen der Patientenverfügung sein, die einen Behandlungsabbruch veranlassen sollen⁸¹³. Der Patientenautonomie wäre nicht gedient, wenn ein Behandlungswunsch nach § 1901a Abs. 2 BGB – eine Patientenverfügung würde schon mangels Bestimmtheit nicht vorliegen – derart pauschal und unbestimmt wäre, dass der Patientenvertreter den Patientenwillen angesichts von Auslegungsproblemen *volens nolens* missversteht und ihm daher in einem sehr frühen Krankheitsstadium überhaupt nicht Ausdruck und Geltung verschaffen

⁸¹¹ *Enquête-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“*, Zwischenbericht Patientenverfügungen, BT-Drs. 15/3700, S. 10 f.

⁸¹² Mieth, ICEP Argumente 2005/3, S. 1.

⁸¹³ Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2009, S. 426 (430).

könnte⁸¹⁴. Es bedarf in derartigen Fällen umso mehr einer vorherigen ärztlichen Beratung, aufgrund derer die Adressaten der Patientenverfügung sicher sein können, dass der Patient seine Festlegungen – auch und gerade für Behandlungssituationen ohne infauste Prognose – ausreichend informiert und aufgeklärt getätigt hat⁸¹⁵.

Selbstverständlich steht es dem Verfasser einer Patientenverfügung weiterhin frei, die ursprünglich von der Rechtsprechung entwickelte Reichweitenbegrenzung in seine Festlegungen aufzunehmen. Dies stellt dann jedoch seine eigene autonome Entscheidung dar und wird ihm nicht mangels alternativer Regelungsmöglichkeiten aufgedrängt. Eine derartige Option ist daher mit der Patientenautonomie kompatibel.

12. Eine Aktualisierungspflicht als dogmatischer Fremdkörper?

Nach der gesetzlichen Regelung durch das 3. BtÄndG besteht keine Pflicht zur Aktualisierung einer Patientenverfügung. Diese ist daher auch dann wirksam, wenn ihre Abfassung Jahrzehnte zurückliegt und sich die persönlichen Verhältnisse des Betroffenen – etwa durch Heirat, die Geburt von Kindern oder einen Wechsel der Religionszugehörigkeit – geändert haben und sich der medizinisch-technische Fortschritt⁸¹⁶ weiterentwickelt hat. Angesichts dieser ggf. unvorhersehbaren Möglichkeiten ist fraglich, ob der Patientenautonomie in ihrer Zeitkomponente durch den Verzicht auf eine Aktualisierungspflicht tatsächlich gedient ist. Etliche Informationsbroschüren sowie Formulierungshilfen⁸¹⁷ und selbst die Gesetzesbegründung⁸¹⁸ empfehlen zumindest eine regelmäßige Überprüfung und Aktualisierung.

Vor der Bewertung aus Sicht der Patientenautonomie ist jedoch zunächst terminologisch zwischen einer regelmäßig notwendigen Bestätigung des in der Patientenverfügung erklärten Willens – etwa durch regelmäßig erneuerte Unterschrift oder eine entsprechende Befristung der ursprünglichen Verfügung – sowie einer echten Aktualisierung des in der Patientenverfügung niedergelegten Willens – etwa durch ausdrücklichen Widerruf oder inhaltliche Änderung – zu unterscheiden. Im hier zu untersuchenden Kontext geht es darum, ob eine Patientenverfügung zur Wahrung der Patientenautonomie einer entsprechenden, ggf. regelmäßigen Aktualisierung durch eine Bestätigung der ursprünglichen Verfügung auch ohne Vornahme inhaltlicher Änderungen bedarf⁸¹⁹.

Bereits vor dem 3. BtÄndG wurde hierzu vertreten, dass die Patientenverfügung nach Ablauf einer bestimmten Zeitspanne – etwa zwei Jahren – *per se* unwirksam werden soll und entsprechend erneuert werden müsse⁸²⁰. Besonders angesichts des Formularwesens, also angesichts

⁸¹⁴ Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2009, S. 426 (430).

⁸¹⁵ Auf eine Beratungspflicht wird später noch unter C.III.15 ausführlich eingegangen.

⁸¹⁶ Dies gilt v. a. für sich entwickelnde schonendere Behandlungsmethoden; deren Existenz kann auch bei der Kongruenzprüfung durch den Patientenvertreter virulent werden, vgl. hierzu bereits oben C.III.6.e) (1).

⁸¹⁷ Bayerisches Staatsministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Hrsg.), Vorsorge für Unfall, Krankheit, Alter durch Vollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung, S. 13 – auch und v. a. bei schwerer Krankheit; Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Patientenverfügung, Leiden, Krankheit, Sterben, S. 19, 31; vgl. auch Damrau/Zimmermann, *Betreuungsrecht*, § 1901a BGB, Rn. 46; Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 14.

⁸¹⁸ BT-Drs. 16/8442, S. 14.

⁸¹⁹ Zur Frage der auch gesetzlich vorgesehenen Widerrufsmöglichkeit siehe später noch C.III.14.

⁸²⁰ Roth, JZ 2004, S. 494 (495) m. w. N.; Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, S. 594 (613 f.); Vossler, BtPrax 2002, S. 240 (242); ders., ZRP 2002, S. 295 (296); Eisenbart, Patienten-Testament und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten, S. 235 sowie Meier, BtPrax 2001, S. 181 (185) forderten sogar eine mindestens jährliche

der zahlreichen existierenden und ggf. unreflektiert unterschriebenen Patientenverfügungsformulare wurde eine zeitlich unbefristete Wirkung angezweifelt⁸²¹. *Milzer* bezeichnete die Patientenverfügung daher pointiert als „Rechtsgeschäft mit ablaufendem Haltbarkeitsdatum“⁸²². Rechtsdogmatisch lässt sich eine entsprechende Aktualisierungspflicht allerdings nur schwierig begründen: Grundsätzlich ist es nicht möglich, die Patientenverfügung *ipso iure* einer Befristung zu unterwerfen, eine solche Regelung wäre ein Fremdkörper in der bestehenden Zivilrechtsordnung⁸²³. Hierfür wäre vielmehr ein Grundsatz nötig, nach dem rechtliche Erklärungen durch Zeitablauf ihre Bindungswirkung verlieren, der als solcher aber bisher nicht existiert. Die Beispiele vergleichbarer Voraberkklärungen wie dem Testament, der Vorsorgevollmacht, aber auch der Organspendeerklärung belegen, dass Wirksamkeit solange vorliegt, bis entsprechende Erklärungen mittels Widerruf ausdrücklich aufgehoben werden⁸²⁴. Auch subjektiv wird der Verfasser einer Patientenverfügung davon ausgehen, dass seine Festlegungen unbegrenzt Gültigkeit besitzen⁸²⁵. Allein der zeitliche Abstand zur Errichtung der Patientenverfügung gebe aus rechtlicher Sicht keine Rechtfertigung, den in der Patientenverfügung niedergelegten Willen des Betroffenen in einer aktuell zu treffenden Entscheidung zu übergehen⁸²⁶.

Stattdessen wird an die Eigenverantwortung des betroffenen Patienten appelliert, dem es durchaus zuzumuten sei, seine Patientenverfügung wieder aus dem Rechtsverkehr zu ziehen, wenn er sie nicht mehr gelten lassen wolle⁸²⁷. Der Verfasser einer Patientenverfügung müsse seine Vorabfestlegungen selbst im Auge behalten und die geänderten Umstände oder gewandelten Einstellungen zu Krankheit, Tod und Sterben ggf. rechtzeitig modifizieren und bekannt machen⁸²⁸.

In Anknüpfung daran verweist die Gesetzesbegründung bezüglich des Verzichts auf eine Aktualisierungspflicht lapidar darauf, dass allein der zeitliche Abstand zwischen Errichtung, Änderung oder Bestätigung der Verfügung und deren Anwendungsfall in der konkreten Behandlungssituation nicht den Schluss rechtfertige, dass die inhaltlichen Festlegungen nicht mehr gelten sollen⁸²⁹. Der Gesetzgeber führt dazu folgende Probleme auf, die durch eine allgemeine

Erneuerung; auch ärztlicherseits wurde eine Erneuerung der Unterschrift im zweijährigen Turnus empfohlen, vgl. Deutsches Ärzteblatt 2007, S. A891 (A893). Nach OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. 3. 2001 – 25 Wx 128/00 = NJW 2001, S. 2807 (2808) sollte der entsprechende Wille zumindest in jüngerer Zeit geäußert worden sein. Die österreichische Rechtslage sieht eine fünfjährige Geltungsdauer vor, vgl. § 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Patientenverfügungen vom 8. Mai 2006 (BGBl. Nr. 55/2006).

⁸²¹ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 697.

⁸²² *Milzer*, NJW 2004, S. 2277.

⁸²³ Skeptisch auch *Müller*, ZEV 2008, S. 583 (588); *Renner*, in: *Müller/Renner*, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, Rn. 534; *Strätling/Sedemund-Adib/Scharf/Schmucker*, ZRP 2003, S. 289 (291). § 163 BGB würde etwa zur Befristung die *Bestimmung* eines Endtermins voraussetzen, vgl. *Milzer*, NJW 2004, S. 2277; gegen die Annahme eines dadurch bedingten „mutmaßlichen Widerrufs durch Unterlassen“ auch *Friedrich*, ZfME 2013, S. 311 (319).

⁸²⁴ *Müller*, ZEV 2008, S. 583 (588).

⁸²⁵ *Ludyga*, FPR 2010, S. 266 (269).

⁸²⁶ So auch *Hufen*, NJW 2001, S. 849 (856); *Ihrig*, notar 2009, S. 380 (385).

⁸²⁷ *Müller*, ZEV 2008, S. 583 (588).

⁸²⁸ *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2009, S. 426 (433); *Palandt-Götz*, § 1901a BGB, Rn. 14.

⁸²⁹ Vgl. BT-Drs. 16/8442, S. 14; BT-Drs. 16/13314, S. 20.

Aktualisierungspflicht entstehen würden⁸³⁰: Zum einen verweist er auf den Unterschied und die individuelle Bedeutung von Zeitspannen in verschiedenen Lebensabschnitten. Der Zeitraum, innerhalb dessen ein junger Mensch eine Patientenverfügung verfasst und kurze Zeit später in den Beruf eintritt oder familiäre Verantwortung übernimmt, könne sich ganz anders beurteilen als die gleiche Zeitspanne im Leben eines älteren Menschen, der bereits auf ein erfülltes Leben, aber auch auf entsprechende Krankheitserfahrungen zurückblicken könne; bei einer derartigen Vielfalt unterschiedlicher Lebens- und Krankheitsverläufe helfe auch eine allgemeine Aktualisierungspflicht nicht weiter⁸³¹.

Zum anderen befürchtet der Gesetzgeber ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit, welches dadurch entstehen könne, dass – wie das Beispiel der Demenz mit seiner individuellen und schleichenden Progredienz zeige – im Anwendungsfall häufig nicht zweifelsfrei festgestellt werden könne, ob für entsprechende Aktualisierungen oder Bestätigungen überhaupt noch die notwendige Einwilligungsfähigkeit vorlag⁸³².

Andererseits besteht der Vorteil einer regelmäßigen Aktualisierung darin, dass der Patientenverfügung eine höhere Glaubwürdigkeit und damit der darin vorab getroffenen Entscheidung eine höhere Akzeptanz bei den an der Behandlung des Patienten beteiligten Personen zukommt⁸³³. Je zeitnah sie formuliert wurde, desto eher wird sie wohl herangezogen⁸³⁴. Allerdings können den Anwendern der Patientenverfügung möglicherweise Auslegungsprobleme entstehen. *Albrecht/Albrecht* schildern hierzu folgende Konstellation⁸³⁵: Ein Patient bestätigt seine Patientenverfügung zunächst mehrfach in regelmäßigen, etwa jährlichen Abständen. Im Anwendungsfall der Patientenverfügung stellt sich heraus, dass nun aber seit einigen Jahren keine erneute Unterschrift mehr vorliegt. Fraglich ist, ob dieses Fehlen dahingehend auszuliegen ist, dass der Patient von seinen inhaltlichen Festlegungen Abstand nehmen wollte oder seine Patientenverfügung sogar konkludent widerrufen hat. Bleibt etwa bei länger dauernden Hirnabbauprozessen eine zuvor regelmäßig vorgenommene Aktualisierung schlicht aufgrund des Krankheitsfortschritts aus, darf jedoch nicht unterstellt werden, der Betroffene wolle sich von seinen Festlegungen distanzieren. Vielmehr ist das Ausbleiben der Aktualisierung aufgrund des Eintritts sowie der Progredienz der Krankheit zu würdigen.

Unabhängig von den geschilderten rechtsdogmatischen Problemen kann die Patientenautonomie in ihrer Ausprägung als *actual condition* eine Aktualisierung erfordern. Bei autonomen Entscheidungen des Patienten muss es sich nach dem dieser Untersuchung zugrunde gelegten Autonomieverständnis um eine situative und aktuelle Disposition handeln⁸³⁶. Die *actual condition* ist dabei allerdings wiederum mit dem absoluten Achtungsanspruch und der Bindungswirkung der Vorabfestlegungen des Patienten als Ausprägung seiner *sovereign authority* abzuwägen.

⁸³⁰ Vgl. zum Folgenden BT-Drs. 16/8442, S. 14 sowie *Tamm*, VuR 2009, S. 449 (454). Gegen eine Aktualisierungspflicht auch *Milzer*, NJW 2004, S. 2277 f.; *Müller*, ZEV 2008, S. 583 (588), *Spickhoff*, FamRZ 2009, S. 1949 (1952), der gleichwohl einräumt, dass eine Aktualisierung sicherlich sinnvoll wäre.

⁸³¹ BT-Drs. 16/8442, S. 14.

⁸³² BT-Drs. 16/8442, S. 14.

⁸³³ *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2009, S. 426 (433).

⁸³⁴ *Stolz*, BWNotZ 1998, S. 75 (76).

⁸³⁵ Vgl. zum Folgenden *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2009, S. 426 (433); diesbezügliche Rechtsunsicherheit befürchtet auch *Milzer*, NJW 2004, S. 2277 (2278).

⁸³⁶ Vgl. hierzu bereits Kapitel C.I.1.a) (3).

Selbst wenn eine Aktualisierungspflicht einen dogmatischen Fremdkörper darstellt, ist sie am ehesten bei der Patientenverfügung zu rechtfertigen: Kaum ein anderes Institut eröffnet die Möglichkeit, derartig gravierende und folgenschwere, mitunter existenzielle Entscheidungen vorab zu treffen. Häufig sind mit dem angeordneten Behandlungsabbruch die Folgen der Anwendung der Patientenverfügung unumkehrbar, weshalb es besonderer Rechtssicherheit für das behandelnde Personal und die an der Umsetzung der Patientenverfügung beteiligten Personen bedarf.

Dass sich die einer Patientenverfügung zugrundeliegenden subjektiven Werthaltungen und Einstellungen durchaus ändern können, scheint zu einem gewissen Grad auch der Gesetzgeber zu erkennen, wenn er vorschreibt, dass insbesondere bei längeren zeitlichen Abständen zwischen Errichtung der Patientenverfügung und Anwendung in der konkreten Behandlungssituation sorgfältig geprüft werden müsse, ob die inhaltlichen Festlegungen mittlerweile geändert oder widerrufen worden sind⁸³⁷. Hierbei liegt zumindest latent die Annahme zugrunde, dass, je länger die Zeitspanne von der Errichtung bis zur Anwendung ausfällt, desto eher sich die ursprünglichen Motive und Rahmenbedingungen bei der Abfassung der Patientenverfügung verändert haben können. Auch der Gesetzgeber geht also – trotz der angeführten Bedenken – von der häufigen Möglichkeit sich ändernder Einstellungen und Begleitumstände aus. Ebenso muss jedoch umgekehrt aus Sicht der Patientenautonomie verhindert werden, dass das Argument der Änderung der Begleitumstände dazu missbraucht wird, den an sich autonom in der Patientenverfügung niedergelegten Willen durch aktuelle heteronome Einflussnahme zu übergehen. Hat sich der Wille des Betroffenen tatsächlich geändert, sichert die Übergehung dieses Willens durch die Aktualisierungsentscheidung einerseits die Autonomie des Betroffenen. Da eine solche Willensänderung andererseits jedoch nur sehr schwierig feststellbar sein wird⁸³⁸ und auch nicht in bloße Mutmaßungen ausarten darf, die zwangsläufig zu Fremdbestimmung führen, bietet eine Aktualisierungspflicht ein probates Instrument zur Gewährleistung der Patientenautonomie bei möglichst geringer Eingriffsintensität: Der Betroffene hat es selbst und autonom in der Hand – und ist dabei nicht auf Dritte angewiesen –, seine Festlegungen zu überprüfen und zu bestätigen. Hierdurch kann er selbstbestimmt der dem Institut der Patientenverfügung nach dem geltenden rechtlichen Verfahren immanenten Gefahr begegnen, dass der vorab verfügte Wille dadurch übergangen wird, dass Dritte auf den mutmaßlichen Willen des Betroffenen abstellen und damit möglicherweise im Anwendungsfall der Patientenverfügung zu einem Zurücktreten der Patientenautonomie hinter eine heteronome Fremdbestimmung beitragen. Der Patient selbst kann durch regelmäßige Aktualisierung sicherstellen, dass sein autonom gebildeter und niedergelegter Wille auch tatsächlich beachtet wird und von Dritten in seinem Sinn durchgesetzt werden kann⁸³⁹. Subjektiv und psychologisch kann er eine höhere Gewissheit erhalten, was einen entlastenden Effekt bewirken kann. Die Funktion und der Mehrwert der Aktualisierung für die an der Umsetzung der Verfügung beteiligten Dritten liegt auf der Hand: Eine regelmäßige Bestätigung der Patientenverfügung

⁸³⁷ BT-Drs. 16/8442, S. 14.

⁸³⁸ Vgl. hierzu später noch die Problematik des Widerrufs unter C.III.14.

⁸³⁹ Will der potentielle Patient nicht, dass ihm bei fehlender regelmäßiger Aktualisierung der Patientenverfügung eine Änderung seines Willens unterstellt wird, kann er dies in entsprechenden „Fortgeltungsklauseln“ unterbinden bzw. auf einen ausdrücklichen Widerruf als notwendige Voraussetzung hierfür verweisen, vgl. hierzu Renner, in: Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, Rn. 537 ff.; hiermit geht allerdings die entsprechende Gefahr der Selbstbindung zulasten der *actual condition* einher.

hilft denjenigen, die die Patientenverfügung auslegen und durchsetzen müssen. Sie führt damit zu einer Entlastung der Überprüfungspflicht, ob sich der Wille des Betroffenen seit Abfassung der Verfügung geändert hat⁸⁴⁰.

Die beschriebenen Gefahren für die Patientenautonomie können durch eine entsprechende Aktualisierungspflicht daher zumindest bis zu einem gewissen Grad abgefedert werden. Hierin liegt auch kein autoritärer „Schutz des Patienten vor sich selbst“⁸⁴¹, sondern ein notwendiges – wenn auch zugegebenermaßen weich paternalistisches – Mittel zur Sicherung der Autonomie und Selbstbestimmung des Patienten. An den geschilderten Konstellationen zeigt sich, wie voraussetzungsreich die Patientenautonomie sein kann, aber auch, wie mit Achtungsanspruch und Aktualitätsbedingung einer autonomen Entscheidung einzelne Ausprägungen der Patientenautonomie austariert werden müssen. Es ist aus Sicht der Patientenautonomie allerdings falsch, vor der Vielfalt unterschiedlicher Lebens- und Krankheitsverläufe zu kapitulieren, wie dies der Gesetzgeber tut.

Dass eine Aktualisierungspflicht normtechnisch möglich ist, beweist ein rechtsvergleichender Blick: Das österreichische Patientenverfügungsgesetz schreibt in § 7 etwa vor, dass eine Patientenverfügung nach fünf Jahren ab Errichtung ihre Verbindlichkeit verliert⁸⁴².

Anhand der beschriebenen Problematik einer Aktualisierungspflicht zeigt sich, dass die gesetzgeberische Intention, durch den Verzicht auf weitere Wirksamkeitsvoraussetzungen keine allzu hohen Hürden für die Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts aufzustellen⁸⁴³, nur scheinbar der Patientenautonomie dient. Normativ fordert diese eine aktuelle, situative Disposition, deren Wahrscheinlichkeit durch eine Aktualisierungspflicht erheblich erhöht würde. Verfassungsrechtlich ist eine derartige Aktualisierungspflicht dem Einzelnen angesichts der existenziellen Tragweite der Regelungsmöglichkeiten durch den in der Patientenverfügung niedergelegten Willen prinzipiell auch zumutbar⁸⁴⁴.

13. Die Bindungswirkung der Patientenverfügung

Bereits bei der Frage der Rechtsnatur der Patientenverfügung sowie des möglichen Adressatenkreises wurde festgestellt, dass einer Patientenverfügung Bindungswirkung *erga omnes* zukommt und dies aus Sicht der Patientenautonomie auch zu fordern ist. Durch den Willen des Gesetzgebers des 3. BtÄndG sind damit diejenigen Ansichten überholt, welche die Verbindlichkeit antizipativer Patientenerklärungen grundsätzlich in Zweifel gezogen hatten⁸⁴⁵ oder sie nur als Indiz für den mutmaßlichen Willen des betroffenen Patienten ansehen wollten⁸⁴⁶. An dieser Stelle sollen die bisherigen Ausführungen daher nur dahingehend ergänzt werden, welche Besonderheiten sich aus Sicht der Patientenautonomie angesichts der gesetzlichen Regelung des 3. BtÄndG dazu weiterhin ergeben.

⁸⁴⁰ Vgl. hierzu bereits C.III.6.e) (1).

⁸⁴¹ *Hufen*, NJW 2001, S. 849 (856).

⁸⁴² Bundesgesetz über Patientenverfügungen vom 8. Mai 2006 (BGBl. Nr. 55/2006).

⁸⁴³ BT-Drs. 16/13314, S. 19.

⁸⁴⁴ *Schuler-Harms*, Maßstabs- und Koordinierungsleistungen des Verfassungsrechts bei der gesetzlichen Regulierung von Patientenverfügungen, S. 69 (86); a. A. *Renner*, in: *Müller/Renner*, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, Rn. 524.

⁸⁴⁵ Vgl. hierzu noch *Lipp*, Freiheit und Fürsorge, S. 218 m. w. N. sowie oben C.III.4.b).

⁸⁴⁶ So etwa noch BGHSt, 40, 257 (263).

Zunächst ist festzuhalten, dass der Verlust der Einwilligungs- oder Geschäftsfähigkeit grundsätzlich keinen Einfluss auf die Weitergeltung einer Willenserklärung oder Vollmacht besitzt. Dieser Rechtsgedanke ist etwa in §§ 130 Abs. 2, 153 sowie 672 S. 1 BGB verwirklicht⁸⁴⁷. Eine uneingeschränkte Bindungswirkung von Patientenverfügungen für den Fall der eigenen Einwilligungsunfähigkeit ist auch aus folgender subjektorientierter Überlegung heraus zu fordern: Die potenziellen Patienten müssen darauf vertrauen können, dass ihre Patientenverfügung als Ausdruck ihrer Autonomie uneingeschränkt berücksichtigt und beachtet wird. Kommt es zu Ausnahmen von diesem Prinzip, könnten die potenziellen Verfasser das Vertrauen in das gesamte System der Vorabverfügungen verlieren, da nicht mehr gewährleistet ist, dass ihre Festlegungen in jedem Fall gelten werden⁸⁴⁸.

Eine Aufweichung der uneingeschränkten Bindungswirkung lässt sich zwar in der Prüfpflicht des Betreuers, den hohen Bestimmtheitsanforderungen sowie der Prüfung der Aktualität der Lebens- und Behandlungssituation bezüglich bestimmter ärztlicher Maßnahmen sehen⁸⁴⁹. Die Bindungswirkung des autonomen Patientenwillens darf aber gerade nicht über den mutmaßlichen Willen durch einen Rückgriff auf das Wohl des betroffenen Patienten unterlaufen werden. § 1901 Abs. 3 BGB, wonach der Betreuer zum Wohl des Betreuten von dessen Wünschen abweichen kann, gilt in dieser Konstellation gerade nicht⁸⁵⁰.

Quante dagegen schlägt eine prozedurale Beweislastverschiebung vor, sodass einer wirksamen Patientenverfügung zwar Bindungswirkung zukomme, bei guten, auf den Einzelfall bezogenen Argumenten aber eine Abweichung möglich sei⁸⁵¹. Dies führt jedoch eher zum Ausgangspunkt der vorliegenden Fragestellung zurück und bietet für sich keine prozedurale abstrakt-generelle Regelungsmöglichkeit, da es dem Einzelnen ja gerade auf die Verbindlichkeit seiner Patientenverfügung ankommt und der Vorschlag insofern ein Einfallstor für Fremdbestimmung darstellt. Maßgeblich kann aus Sicht der Patientenautonomie nur der Wille des Betroffenen sein. Aus medizinethischer Sicht könnte sich eine Beschränkung der Bindungswirkung allenfalls durch die Problematik eines personalen Identitätswechsels im Verlauf des Übergangs von der Einwilligungsfähigkeit zur Einwilligungsunfähigkeit und damit zum Anwendungsfall der Patientenverfügung ergeben⁸⁵². Begründet wird die Begrenzung der Bindungswirkung dabei mit der Diskontinuität der Persönlichkeit⁸⁵³, ein gesunder Einwilligungsfähiger stelle danach eine andere Person dar als ein kranker Einwilligungsunfähiger. Der Achtungsanspruch der Patientenautonomie in ihrer Ausprägung als *sovereign authority* gebietet jedoch die grundsätzliche Verbindlichkeit der autonomen Vorabfestlegungen, da eine grundsätzliche Vermutung eines Persönlichkeitswechsels die Möglichkeit und den *telos* einer wirksamen Vorabverfügung aus-

⁸⁴⁷ Auch BGHZ 154, 205 (210 f.) stellte auf den Rechtsgedanken des § 130 Abs. 2 BGB ab, wonach der in der Patientenverfügung festgelegte Wille nach Eintritt der Einwilligungsunfähigkeit unbegrenzt fortgelte; vgl. bereits C.II.2.a)

⁸⁴⁸ Dieses quasi „kollektive Dammbrechargument“ vertritt *Tännsjö*, *Coercive Care*, S. 7; vgl. auch *Schöne-Seifert*, *Grundlagen der Medizinethik*, S. 54.

⁸⁴⁹ *Spickhoff*, *FamRZ* 2009, S. 1949 (1951); letzteres unter Verweis auf das Institut des § 313 BGB.

⁸⁵⁰ *Ihrig*, *notar* 2009, S. 380 (385 f.).

⁸⁵¹ *Quante*, *Menschenwürde und personale Autonomie*, S. 201.

⁸⁵² *Becker-Schwarze*, *FPR* 2007, S. 52 (54); *Holzhauser*, *FamRZ* 2006, S. 518 (523) m. w. N.; für demente Patienten *Vollmann*, *Patientenselbstbestimmung und Selbstbestimmungsfähigkeit*, S. 161 ff.

⁸⁵³ *Schmidt-Recla*, *MedR* 2008, S. 181 (184); *Steenbreker*, *MedR* 2012, S. 725 (726); vgl. auch *Kutzer*, *FPR* 2004, S. 683 (687); *Wetzstein*, *Diagnose Alzheimer*, S. 185 ff.

schließen bzw. ins Gegenteil verkehren würde. Rechtlich gesehen handelt es sich bei einem Einwilligungsunfähigen daher um die gleiche Person wie im Zustand der Einwilligungsfähigkeit⁸⁵⁴.

Auch die vermeintliche Unvernünftigkeit einer Patientenverfügung kann unter Zugrundelegung der in dieser Arbeit herangezogenen Autonomiekonzeption⁸⁵⁵ nicht gegen die umfassende Bindungswirkung angeführt werden. Aus der grundgesetzlich garantierten Selbstbestimmung wird ein Recht des einwilligungsfähigen Patienten abgeleitet, weitere medizinische Behandlungen abzulehnen, selbst wenn diese Entscheidung objektiv unvernünftig ist und zum Tod führen kann⁸⁵⁶. Die Beachtung des antizipativ in der Patientenverfügung niedergelegten Willens ist damit auch verfassungsrechtlich in jedem Fall geboten, selbst wenn es um den Abbruch oder das Unterlassen lebensverlängernder Maßnahmen geht⁸⁵⁷.

Im Rahmen der Bindungswirkung ist andererseits die Möglichkeit eines tatsächlichen oder hypothetischen Meinungswechsels des Patienten zu bedenken. Dies ist der Fall, wenn der betroffene Patient angesichts der konkreten Behandlungssituation nicht mehr an den eigentlich eindeutigen und bindenden Festlegungen seiner Patientenverfügung festhalten möchte. Hypothetisch ist ein derartiger Meinungswechsel, wenn er von Dritten gemutmaßt werden muss, da der Betroffene sich selbst nicht mehr äußern und damit seine Festlegungen auch nicht mehr widerrufen kann.

Diese Möglichkeit eines Meinungswechsels besteht grundsätzlich ebenso bei anderen antizipativen Verfügungen wie testamentarischen Vermögensregelungen. Auch hier muss ein entsprechender prognostischer Unsicherheitsfaktor eingerechnet werden, der jedoch anerkanntermaßen nichts an der Bindungswirkung ändert⁸⁵⁸. In derartigen Fällen ist zwar eine Übertragung der Rechtsfigur der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 1 BGB i. S. eines Wegfalls der Erklärungsgrundlage auf die Patientenverfügung nicht möglich, da es sich bei dieser nicht um einen Vertrag mit gegenseitigen Rechten und Pflichten handelt⁸⁵⁹. Die diesem Institut zugrundeliegende Idee kann allerdings über die Prüfungspflicht des Patientenvertreters, ob der Patient bei der Errichtung der Verfügung auch die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation mitbedacht hat, aufgefangen werden. Danach können Patientenvertreter und Arzt – wenn sich die der Abfassung der Patientenverfügung zugrundeliegenden Umstände derart verändert haben, dass die früheren autonomen Festlegungen mit der aktuellen Lebenssituation nicht mehr korrespondieren – insofern von der Patientenverfügung abweichen und auf den mutmaßlichen Willen des Patienten abstellen⁸⁶⁰. Hierin ist eine weich paternalistische Maßnahme zu sehen, die dem Schutz der Patientenautonomie in ihrer aktuellen temporären

⁸⁵⁴ Kutzer, FPR 2004, S. 683 (687); vgl. zu dieser Problematik auch die Stellungnahme der *Enquête-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“*, Zwischenbericht Patientenverfügungen, BT-Dr 15/3700, S. 38, 61, 67.

⁸⁵⁵ Vgl. hierzu bereits oben C.I.1.c).

⁸⁵⁶ Becker-Schwarze, FPR 2007, S. 52; Hufen, NJW 2001, S. 849 (851); Francke/Hart, Charta der Patientenrechte, S. 220 f.; Scheffler, Sterbehilfe mit System, S. 249 (266) unter Bezugnahme auf die „Myom-Entscheidung“ des BGH (BGHSt 11, 111); Rieger, Die mutmaßliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch, S. 22.

⁸⁵⁷ Hufen, NJW 2001, S. 849 (854) m. w. N.; Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 2 Abs. 2 GG, Rn. 63, Isensee/Kirchhof-Müller-Terpitz, § 147, Rn. 101; vgl. zur verfassungsrechtlichen Bedeutung der Patientenautonomie bereits oben C.I.2.a).

⁸⁵⁸ Schöne-Seifert, Grundlagen der Medizinethik, S. 62.

⁸⁵⁹ Vgl. zu diesem Ansatz auch Spickhoff, FamRZ 2009, S. 1949 (1951) m. w. N.

⁸⁶⁰ Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 25.

Ausprägung dient, aber vorsichtig angewendet werden muss. Richtschnur und gleichzeitig Grenze dieser Korrektur kann aus Sicht der Patientenautonomie wiederum nur der tatsächliche autonome Wille des Betroffenen sein, welcher gerade beim Abstellen auf einen mutmaßlichen Willen besonders sorgfältig ermittelt werden muss.

Die Problematik eines Meinungswechsels des Patienten sah auch der Gesetzgeber des 3. BtÄndG und ordnete daher in § 1901a Abs. 1 S. 3 BGB eine jederzeitige formlose Widerrufsmöglichkeit durch den Verfasser selbst an, die im folgenden Kapitel untersucht wird.

14. Möglichkeit und Voraussetzungen des Widerrufs – § 1901a Abs. 1 S. 3 BGB

Die Patientenautonomie in ihrer Ausprägung als *actual condition* – unabhängig von entsprechenden juristischen bzw. rechtlichen Kategorien – gebietet, dass der Wille des Patienten in seiner zeitlich aktuellen Ausprägung maßgeblich sein muss. Insofern kann es sich aus dieser Perspektive bei der Patientenverfügung als Vorabverfügung nur um ein Ersatzinstrument handeln, wenn eine Willensäußerung aufgrund der Einwilligungsunfähigkeit des Patienten aktuell nicht mehr möglich ist. Das Abstellen auf eine vorab errichtete Patientenverfügung darf daher nicht zu einem Automatismus in deren Anwendung führen⁸⁶¹. Vielmehr muss überprüft werden, ob der Patient seine früheren Festlegungen in der konkreten Behandlungssituation überhaupt noch gelten lassen will. Neben der bereits dargestellten Problematik der Kongruenz kann dies aufgrund der vom Gesetzgeber in § 1901a Abs. 1 S. 3 BGB vorgesehenen jederzeitigen formlosen Widerrufsmöglichkeit durch den Verfasser selbst fraglich sein. Das Recht zum Widerruf aufgrund einer Willensänderung ist dabei als Ausfluss der Selbstbestimmung in medizinischen Angelegenheiten in gleicher Weise geschützt wie das eigentliche Recht zur Vorabentscheidung mittels Patientenverfügung⁸⁶².

Die Frage des Widerrufs einer Patientenverfügung ist aus Sicht der Patientenautonomie aus verschiedenen Gründen von wichtigem Belang. Zum einen kann den ursprünglichen Festlegungen der Patientenverfügung aufgrund der mit deren Errichtung einhergehenden Bindungswirkung existenzielle Bedeutung zukommen. Gerade wenn darin die Ablehnung lebenserhaltender oder -verlängernder medizinischer Maßnahmen festgelegt wird, geht es im wirklichen Sinne um Leben und Tod.

Wird zum anderen in der konkreten Entscheidungssituation die Patientenverfügung des Betroffenen herangezogen, hat sich dessen Wille aber hinsichtlich der fraglichen Behandlung inzwischen geändert, stellt sich die Frage, wie dieser Willensänderung konkret Rechnung getragen werden kann – eine Problematik, die bereits bei der Bindungswirkung sowie einer möglichen Aktualisierungspflicht virulent wurde. Da der betroffene Patient zu diesem Zeitpunkt seinen Willen mangels Einwilligungsfähigkeit nicht mehr wirksam kundtun kann – gerade für den Fall der Einwilligungsunfähigkeit hat er seine Verfügung ja errichtet – kann es zu einer faktischen Selbstbindung kommen, welcher der Patient ausgeliefert ist, wenn nicht auch auf andere Willensäußerungen mit Widerrufscharakter abgestellt wird.

⁸⁶¹ Dies gilt v. a., wenn Zweifel hinsichtlich der Autonomie der Entscheidung bestehen oder auf den mutmaßlichen Willen des Patienten abgestellt wird, vgl. C.III.6.d).

⁸⁶² Quante, Menschenwürde und personale Autonomie, S. 193; vgl. zur medizinethischen sowie verfassungsrechtlichen Gewährleistung bereits oben C.I.1. und 2.

Andererseits würde durch eine zu leichte bzw. zu vorschnelle Annahme eines Widerrufs die mit der Ausprägung der *sovereign authority* verbundene Bindungswirkung der Patientenverfügung unzulässig eingeschränkt. Der vorab verfügte Wille des Patienten könnte dann leicht ausgehebelt werden.

Bereits vor dem 3. BtÄndG wurde bei Vorabverfügungen auf mögliche Anhaltspunkte für eine nachträgliche Willensänderung des betroffenen Patienten abgestellt⁸⁶³. Diese kann in einem Interessenkonflikt zwischen den früheren Festlegungen der in gesunden Tagen verfassten Patientenverfügung und dem aktuellen Willen angesichts einer schweren Krankheit bedingt sein: Psychologische Studien haben bewiesen, dass Menschen deutlich mehr Lebensmut entwickeln, wenn sie eine schwere Krankheit diagnostiziert bekommen, als sie sich dies in gesunden Tagen vorstellen konnten⁸⁶⁴ und sich daher die persönlichen Einstellungen sowie die Bewertung der eigenen Situation wandeln können, was zu einem Widerspruch zu den früheren Festlegungen der Patientenverfügung führen kann⁸⁶⁵. Dabei keimt häufig selbst bei Schwerstkranken Lebenswille auf⁸⁶⁶ und die Bereitschaft steigt, anstrengende Therapien auf sich zu nehmen⁸⁶⁷. Eine Widerrufsmöglichkeit macht folglich gerade bei Patientenverfügungen Sinn. Die Frage ist jedoch, wie diese ausgestaltet sein muss, um der Patientenautonomie ausreichend Rechnung zu tragen.

Auch der Gesetzgeber erkannte dabei die *actual condition* der Patientenautonomie grundsätzlich in der Möglichkeit, dass der betroffene Patient in existenziellen Fragen anders entscheidet, als er sich dies vorab vorstellen konnte bzw. als er eventuell sogar verfügt hat⁸⁶⁸.

Die Problematik einer entsprechenden Willensänderung soll folgende – empirisch wohl nicht allzu seltene – Konstellation verdeutlichen⁸⁶⁹: In seiner Patientenverfügung hat der Patient in gesunden Tagen festgelegt, dass er für den Fall, dass er nicht mehr selbständig gehen, sprechen und schlucken kann, keine lebenserhaltenden Maßnahmen mehr wünsche und sterben wolle. Der bezeichnete Zustand stelle für ihn kein menschenwürdiges Leben mehr dar. Nach mehreren Jahren in einem Pflegeheim wird er bettlägerig, kann nicht mehr sprechen und verschluckt sich immer öfter, weshalb die Anlage einer PEG-Sonde zur künstlichen Ernährung erwogen wird. Die Angehörigen lehnen dies unter Hinweis auf die vorliegende Patientenverfügung ab. Das Pflegepersonal beruft sich dagegen auf den Lebenswillen des Patienten, der sich über Besuch freue, gerne Musik höre und auch die physiotherapeutischen Anwendungen sichtlich genieße. Sie meinen daher, dass der Patient seinen in der Patientenverfügung niedergelegten

⁸⁶³ Vgl. etwa Empfehlungen der *Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer* zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, Deutsches Ärzteblatt 2007, S. A891 (A893).

⁸⁶⁴ Vgl. BT-Drs. 15/3700, S. 12 m. w. N.

⁸⁶⁵ *Weißbauer/Opderbecke*, MedR 1995, S. 456 (459).

⁸⁶⁶ *Conradi*, Der Arzt an den Grenzen seines Behandlungsauftrages, S. 575 f.; *Schäfer/Sommer*, ZRP 2007, S. 135; je schwerer die Krankheit, desto eher besitzen Patienten wohl auch eine Patientenverfügung, vgl. hierzu die empirische Studie von *Knauss*, Patientenverfügungen aus der Sicht unterschiedlicher Patientengruppen, S. 79 ff.

⁸⁶⁷ *Dodegge/Roth*, Betreuungsrecht, Teil C, Rn. 127 ff.; *Sahm*, Sterbebegleitung und Patientenverfügung, S. 154 ff.

⁸⁶⁸ BT-Drs. 16/8442, S. 17 lässt diesen Einwand etwa für eine mögliche Reichweitenbegrenzung allerdings nicht durchgreifen.

⁸⁶⁹ Vgl. zum Folgenden *Jox*, Der „natürliche Wille“ als Entscheidungskriterium, S. 69; weitere mögliche Fallbeispiele und Konfliktsituationen finden sich bei *Rixen/Reinecke*, Casebook Patientenverfügung, S. 33 ff.

Willen geändert habe, auch wenn er dies nun nicht mehr äußern bzw. mitteilen könne⁸⁷⁰. Auf eine anschauliche Formel gebracht, kann es also zu einem Interessenkonflikt zwischen wertebezogenen Interessen zum Zeitpunkt t_1 , der Abfassung der Patientenverfügung, und erlebnisbezogenen Interessen zum Zeitpunkt t_2 , der Anwendung der Patientenverfügung, kommen⁸⁷¹. Diese möglichen Konfliktsituationen bieten jedoch keinen generellen Einwand gegen das Institut der Patientenverfügung⁸⁷², vielmehr muss die konkrete Ausgestaltung und gesetzliche Regelung der Patientenverfügung dafür Sorge tragen, dass eine entsprechende Willensänderung – wenn sie vorliegen sollte – im Einzelfall zur Gewährleistung der Bedingungen der Patientenautonomie hinreichend berücksichtigt werden kann.

Der Staat hat dabei allerdings grundsätzlich keine Pflicht, den einzelnen Bürger vor sich selbst und einer möglichen Selbstbindung durch eine Vorabverfügung zu schützen⁸⁷³. Die Realbedingungen der Patientenautonomie müssen daher von einem etwaigen Sterbehilfepaternalismus klar getrennt werden: So war auch bei der Entstehung des 3. BtÄndG zentrales Motiv nicht der Schutz des Erklärenden, sondern die Freiheit des Erklärenden⁸⁷⁴.

Dies müsste dann auch für die eigene Selbstbindung mittels Patientenverfügung gelten, falls ein Widerruf derselben mangels Äußerungsfähigkeit nicht mehr möglich ist. Prinzipiell lässt sich dieses Argument der fehlenden Pflicht zum Schutz des Einzelnen vor sich selbst zwar auch gegen eine Beratungspflicht oder bei Auslegungszweifeln anlässlich mangelnder Bestimmtheit der inhaltlichen Festlegungen der Patientenverfügung fruchtbar machen. Allerdings kann es bei den vorliegenden Fragestellungen aus Sicht der Patientenautonomie nicht nur um eine prinzipielle Schutzpflicht des Staates gehen. Vielmehr stehen die Bedingungen der Autonomie – hier der *actual condition* in ihrer Zeitkonstante – in Frage. Diese fordert, dass der autonome Wille des betroffenen Patienten in jedem Stadium einer Krankheit respektiert und umgesetzt wird. Entsprechende Willensänderungen müssen sich folglich bei der Anwendung der Patientenverfügung niederschlagen. Es ist daher zu untersuchen, ob die gesetzliche Regelung eine entsprechende Gewähr dafür bietet, dass die Patientenautonomie auch in ihrer konkret-temporären Ausprägung Beachtung findet.

a) Einwilligungsfähigkeit als Voraussetzung des Widerrufs?

Zunächst bleibt diesbezüglich festzuhalten, dass sich der Widerruf zu Zeiten der Einwilligungsfähigkeit des Verfassers als unproblematisch darstellt⁸⁷⁵: Durch die formlose Widerrufsmöglichkeit kann der Verfasser seine Festlegungen jederzeit und in jeder Lage wieder ändern. Will er andere Festlegungen für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit treffen, kann er seine bisherige Patientenverfügung ändern oder eine neue unter den Voraussetzungen des § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB errichten. Hierzu muss er gemäß § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB allerdings einwilligungsfähig sein. Ist er bereits einwilligungsunfähig, kann er eine neue Patientenverfügung nicht mehr wirksam errichten.

⁸⁷⁰ Das geschilderte Beispiel ist *Jox*, Der „natürliche Wille“ als Entscheidungskriterium, S. 69 entnommen.

⁸⁷¹ *Platzer*, Autonomie und Lebensende, S. 280; *Conradi*, Der Arzt an den Grenzen seines Behandlungsauftrages, S. 575 f.; in der Medizinethik und Philosophie wird diese Problematik als „Einwand des epistemischen Zweifels“ umschrieben, vgl. *Quante*, Menschenwürde und personale Autonomie, S. 199 f.

⁸⁷² So auch *Quante*, Menschenwürde und personale Autonomie, S. 200 f.

⁸⁷³ BT-Drs. 16/8442, S. 9; vgl. auch *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2009, S. 426 (431).

⁸⁷⁴ *Röthel*, AcP 2011, S. 196 (200).

⁸⁷⁵ *MüKo-Schwab*, § 1901a BGB, Rn. 35; *Spickhoff*, Medizinrecht, § 1901a BGB, Rn. 19 f.

Weiterhin ist daher zu untersuchen, welche grundsätzlichen Voraussetzungen das 3. BtÄndG für die Wirksamkeit eines Widerrufs aufstellt. Der bloße Verweis der Gesetzesbegründung, dass für einen Widerruf die Willensänderung nur hinreichend zum Ausdruck kommen muss⁸⁷⁶, lässt zunächst keinen Aufschluss darüber zu, ob es für einen Widerruf der Einwilligungsfähigkeit bedarf bzw. welche kognitiven Voraussetzungen hierfür beim Betroffenen grundsätzlich vorliegen müssen. Der Gesetzgeber hat sich aber zumindest gegen die früher vertretene *actus contrarius*- bzw. Kehrseitentheorie entschieden⁸⁷⁷ und folgerichtig in § 1901a Abs. 1 S. 3 BGB festgelegt, dass eine Patientenverfügung – Gleiches muss erst recht für den Behandlungswunsch nach § 1901a Abs. 2 BGB gelten – jederzeit formlos, also grundsätzlich auch mündlich und konkludent bzw. durch nonverbales Verhalten widerrufen werden kann⁸⁷⁸. Nach den allgemeinen Grundsätzen ist auch hier die Aufhebung eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts vom Zweck des Formzwanges nicht umfasst⁸⁷⁹, der Widerruf als Aufhebung des formbedürftigen Rechtsgeschäfts der Patientenverfügung unterliegt daher nicht dem Schriftformerfordernis der Errichtung. Es bedarf in diesem Fall der nicht-schriftlichen Aufhebung aber immer einer Entscheidung des Patientenvertreters⁸⁸⁰. Die Schriftform wäre hier eine zu starke Einschränkung der Selbstbestimmung des einwilligungsfähigen, jedoch lediglich nicht mehr schreibfähigen Patienten⁸⁸¹.

Bezüglich entsprechender konkreter Anhaltspunkte dafür, dass der Patient unter den gegebenen Umständen die schriftlichen Vorabfestlegungen nicht mehr gelten lassen will, soll nach der Gesetzesbegründung auch situativ spontanes Verhalten gegenüber vorzunehmenden oder zu unterlassenden ärztlichen bzw. medizinischen Maßnahmen – mit Ausnahme unwillkürlicher, rein körperlicher Reflexe – herangezogen werden⁸⁸². Dies deutet bereits ein Abstellen auf eine Art natürlichen Willen beim Widerruf an, was jedoch die Frage nach sich zieht, welche natürlichen, aber noch als autonom geltenden Ausdrucksformen unterhalb rechtlich fassbarer Schwellen für einen möglichen Widerruf der Patientenverfügung herangezogen werden können. Dabei sind die tatsächlichen Grenzen zu bedenken. Es ist in der Praxis schwierig, eine genaue Abgrenzung vorzunehmen, wann noch eine entsprechende Willensbekundung vorliegt, die als Widerruf zu werten ist: So sollen teilweise bereits deutliche Anzeichen sowie die Willens- und Äußerungsfähigkeit des Patienten – mithin jede Form der Kommunikation – genügen, die ihre Grenze lediglich in der „vollständig spekulative[n] Interpretation bestimmter Verhaltensweisen“ finden soll⁸⁸³.

In der Literatur ist umstritten, welche Fähigkeiten beim Patienten vorliegen müssen, insbesondere ob für den Widerruf der Patientenverfügung Einwilligungsfähigkeit notwendig ist⁸⁸⁴.

⁸⁷⁶ BT-Drs. 16/8442, S. 13.

⁸⁷⁷ Danach seien an einen wirksamen Widerruf die gleichen Formanforderungen wie an die Errichtung zu stellen, vgl. *Beermann*, FPR 2010, S. 252 (254); *Gaidzik*, Patientenverfügungen, S. 18 f.; *Olzen/Schneider*, MedR 2010, S. 745; *Wilckens*, MDR 2011, S. 143 (144) verlangt Entscheidungsfähigkeit. Bei einer schriftlichen Errichtung wäre danach streng genommen auch ein schriftlicher Widerruf nötig.

⁸⁷⁸ BT-Drs. 16/8442, S. 13; vgl. auch *Brosey*, BtPrax 2009, S. 175 (176); *Palandt-Götz*, § 1901a BGB, Rn. 25.

⁸⁷⁹ BT-Drs. 16/8442, S. 13; *Palandt-Götz*, § 1901a BGB, Rn. 25.

⁸⁸⁰ BT-Drs. 16/8442, S. 13.

⁸⁸¹ Eine Aufhebung wäre dann nur durch notarielle Beurkundung unter Zuhilfenahme eines Schreibzeugen möglich gewesen, vgl. *Albrecht/Albrecht*, Die Patientenverfügung, Rn. 178.

⁸⁸² BT-Drs. 16/8442, S. 15.

⁸⁸³ *Spickhoff*, FamRZ 2009, S. 1949 (1955).

⁸⁸⁴ Dafür: *Damrau/Zimmermann*, *Betreuungsrecht*, § 1901a BGB, Rn. 53; *Meyer-Götz*, FPR 2010, S. 270;

Eine Bejahung findet sich v. a. bei der Ansicht, welche die Patientenverfügung ihrer Rechtsnatur nach als Einwilligung einordnet, da der Widerruf der inhaltlichen Festlegungen der Patientenverfügung die Einwilligung oder eben Nicht-Einwilligung in die medizinische Maßnahme darstellt und diese entsprechend rechtfertigen kann⁸⁸⁵.

Es stellt sich daher die Frage, ob bzw. wie Patientenautonomie durch gesetzliche Regelungen unterhalb der Schwelle der Einwilligungsfähigkeit gewährleistet und durchgesetzt werden kann. Dies gilt umso mehr angesichts des beschriebenen drohenden Automatismus beim Umgang mit Patientenverfügungen in der Praxis: Ärzte könnten sich auf den Standpunkt zurückziehen, dass eine wirksame und nicht ausdrücklich widerrufen Patientinnenverfügung vorliege, die einfach schematisch befolgt werden müsse, ohne sich noch einmal genauer über den darin zum Ausdruck gebrachten Willen zu vergewissern und einen autonom gewünschten möglichen Widerruf zu prüfen⁸⁸⁶.

Im Rahmen des Widerrufs ist daher der natürliche Wille⁸⁸⁷ unterhalb der juristischen Kategorie der Einwilligungsfähigkeit besonders in den Blick zu nehmen. Bezüglich der Voraussetzung, dass es sich bei diesem wie auch immer gearteten Ausdruck des Widerrufs noch um eine autonome Entscheidung des Patienten handeln muss, ist auf das dieser Untersuchung zugrunde gelegte Schwellenkonzept zu verweisen⁸⁸⁸.

Fehlen beim Patienten – wie dies etwa bei Demenzkranken zu beobachten ist – aufgrund des fortgeschrittenen Krankheitsverlaufs die Fähigkeiten zum begrifflichen Verstehen sowie zur sprachlichen Kommunikation und Artikulation, können nur Äußerungsformen eines natürlichen Willens für die Entscheidung herangezogen werden. Auf der nichtsprachlichen Ebene können Weinen, Schreien, Sich-Verkrampfen, Zittern und aggressives Um-sich-Schlagen, aber auch in umgekehrter Weise eine positive Mimik und Gestik des Patienten Hinweise auf den Willen des Patienten geben – mit Ausnahme von Willensäußerungen, die selbst Symptom oder Ausdruck eines pathologischen Zustands sind, wie einer Depression oder Essstörung⁸⁸⁹. Dadurch kann Selbstbestimmung auf dieser Ebene gewährleistet werden, selbst wenn der Zustand des betroffenen Patienten mit den juristischen Kategorien der Einwilligungs- oder

MüKo-Schwab, § 1901a BGB, Rn 35; Olzen, JR 2009, S. 354 (357 f.); Olzen/Schneider, MedR 2010, S. 745; Spickhoff, FamRZ 2009, S. 1949 (1955), der die Entscheidungskompetenz dem Patientenvertreter einräumt, der sich an den Wünschen des Betreuten zu orientieren habe; dagegen: Beermann, FPR 2010, S. 252 (254); Höfling, NJW 2009, S. 2849 (2850f.); Jürgens, Betreuungsrecht, § 1901a BGB, Rn. 12; Kutzer, FPR 2004, S. 683 (687); Lange, ZEV 2009, 537 (541) wohl auch Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2009, S. 426 (431). Bayerisches Staatsministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Hrsg.), Vorsorge für Unfall, Krankheit, Alter durch Vollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung, S. 32 stellt für einen möglichen Widerruf auf ausdrückliche (schriftliche oder nachweislich mündliche) Äußerungen ab; nach Deutsche Bischofskonferenz/Rat der Evangelischen Kirche (Hrsg.), Christliche Patientenvorsorge, S. 20 soll es genügen, sich mit Zeichen verständlich zu machen, der Widerrufs- bzw. Änderungswillen soll dabei aber allerdings hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen müssen.

⁸⁸⁵ Spickhoff, FamRZ 2009, S. 1949 (1955).

⁸⁸⁶ So etwa die Befürchtung von Maio, DMW 2008, S. 2582 (2583); ders., DMW 2009, S. 1565.

⁸⁸⁷ Jox, Der „natürliche Wille“ als Entscheidungskriterium, S. 69 ff.; Jürgens, Betreuungsrecht, § 1901a BGB, Rn. 12; Lange, ZEV 2009, S. 537 (541); kritisch *Enquête-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“*, Zwischenbericht Patientenverfügungen, BT-Drs. 15/3700, S. 12 f. sowie – auch aus systematischen Gründen – Steenbreker, NJW 2012, S. 3207 (3209 f.).

⁸⁸⁸ Vgl. C.I.1.e). Zu Problemen kann es möglicherweise v. a. hinsichtlich der notwendigen *capacity* kommen.

⁸⁸⁹ Härle, FPR 2007, S. 47 (49).

Geschäftsfähigkeit nicht erfasst werden kann. Als Grenze darf hier aber ein entsprechender Widerrufswille – mit der Folge der Behandlung entgegen der Untersagung in der Patientenverfügung – nicht nur aufgrund der sog. kreatürlichen *compliance* angenommen werden, die auch noch bei dementen Patienten etwa im Rahmen der Nahrungsaufnahme intuitiv ablaufen kann⁸⁹⁰. Stellt man bezüglich einer möglichen Willensänderung bzw. eines Widerrufs auf bloße Gesten und Gebärden des betroffenen Patienten ab, kann dies – wie bereits der oben geschilderte Fall zeigt – für die Anwender der Patientenverfügung allerdings zu enormen Interpretationsschwierigkeiten führen⁸⁹¹, die in einem Verfahren vor dem Betreuungsgericht enden können: Dabei ist sowohl das Gericht als auch ein entsprechend bestellter Gutachter bei seiner Entscheidung wiederum auf das behandelnde Arzt- bzw. Pflegepersonal als Zeugen der Äußerungen des Patienten angewiesen⁸⁹². Der betroffene Patient steht damit in derartigen Konstellationen hinsichtlich eines Widerrufs vor dem Dilemma, dass er in jedem Fall auf Dritte angewiesen ist.

Härle wählt für die Beachtung der beschriebenen Äußerungen den Begriff der „wahrnehmungssensiblen Fürsorge“⁸⁹³, wonach viele Vorurteile über das Fehlen von Selbstbestimmungsmöglichkeiten bei bestimmten Krankheitsverläufen oder bestimmten Patientengruppen voreilig und unzutreffend seien, da sie auf einem Mangel an sensibler Wahrnehmungsfähigkeit beruhten⁸⁹⁴. Dem ist zuzustimmen, kann durch eine Interpretation der mimisch-gestischen Äußerungen Selbstbestimmung jenseits rechtlich bisher fassbarer Kategorien bzw. Einteilungen auch in kommunikativ eingeschränkten Lebensphasen gewährleistet werden. Diese Konstellation zeigt gleichzeitig, dass Autonomie und Selbstbestimmung in bestimmten Fällen nur im Zusammenwirken mit einer entsprechenden Fürsorge Dritter gewährleistet werden können. Autonomie und Fürsorge können sich durchaus als interdependent erweisen. *Maio* befürchtet allerdings, dass sich die behandelnden Ärzte kaum trauen würden, die Gültigkeit der schriftlichen Patientenverfügung zugunsten des aktuellen natürlichen Willens anzuzweifeln: Überspitzt kritisiert er, dass der betroffene Patient durch die Möglichkeit der Patientenverfügung „sein eigenes Todesurteil unterschreiben kann, bei dem sich kaum jemand finden wird, der am Ende noch einmal kritisch nachfragt“⁸⁹⁵.

Wie bei der Frage einer Aktualisierung der Patientenverfügung wird auch hier an die Eigenverantwortlichkeit des Patienten appelliert, da eine entsprechende Änderungslast notwendigerweise mit der Ausübung des Selbstbestimmungsrechts verbunden sei: Der betroffene Patient müsse selbst das Risiko tragen, dass er – etwa weil er aufgrund von Bewusstlosigkeit seine Willensänderung nicht mehr mitteilen kann – seine Erklärung nun nicht mehr ändern kann oder nicht rechtzeitig geändert hat⁸⁹⁶.

Aus Sicht der Patientenautonomie muss ein aktueller und autonomer Widerrufswille aber auch unterhalb der Schwelle der Einwilligungsfähigkeit beachtet werden, was allerdings einer besonders sensiblen Fürsorge und Interpretation der Äußerungen des Patienten bedarf.

⁸⁹⁰ *Beermann*, FPR 2010, S. 252 (254); *Locher*, FamRB 2010, S. 56 (59); Palandt-Götz, § 190Ia BGB, Rn. 25.

⁸⁹¹ *Steenbreker*, NJW 2012, S. 3207 (3210).

⁸⁹² *Meyer-Götz*, FPR 2010, S. 270.

⁸⁹³ *Härle*, FPR 2007, S. 47 (49).

⁸⁹⁴ *Härle*, FPR 2007, S. 47 (49).

⁸⁹⁵ *Maio*, DMW 2009, S. 1565.

⁸⁹⁶ *Lipp/Brauer*, Patientenvertreter, Betreuungsgericht und Patientenwille, S. 17 (41).

b) Teilweiser Widerruf

Neben dem vollständigen Widerruf ist an einen teilweisen Widerruf der Patientenverfügung zu denken, der letztlich zu einer Abänderung der inhaltlichen Festlegungen – etwa durch Erweiterung oder Beschränkung der untersagten Maßnahmen – führen kann. Teilweise wird eine solche Möglichkeit abgelehnt, da der Wortlaut des § 1901a Abs. 1 S. 3 BGB ausdrücklich nur den Widerruf und damit nicht eine Abänderung oder einen teilweisen Widerruf erfasse⁸⁹⁷. Bei Ablehnung eines teilweisen Widerrufs bliebe nur die Möglichkeit der Errichtung einer komplett neuen Patientenverfügung i. S. v. § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB in schriftlicher Form.

Andererseits widersprüche in derartigen Konstellationen eine Weiterbehandlung dem mutmaßlichen Willen des Betroffenen⁸⁹⁸. Eine andere Ansicht verweist daher darauf, dass es sich lediglich um ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers handle, der von der Änderungsmöglichkeit bezüglich einzelner Festlegungen und damit auch von der Möglichkeit eines teilweisen Widerrufs ausgehe⁸⁹⁹. Zu Recht wird dazu auf das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen verwiesen⁹⁰⁰. Die Patientenautonomie gebietet, dass die Widerrufsmöglichkeit und damit die Geltungsverschaffung des aktuellen autonomen Willens nicht dadurch eingeschränkt werden, dass ein Widerruf nur *in toto* und nicht auch bezüglich einzelner Festlegungen möglich ist. Hat sich der Wille des betroffenen Patienten nur in einzelnen Teilen geändert, muss diese teilweise Willensänderung ebenfalls beachtet werden und bei der Existenz der Möglichkeit eines Totalwiderrufs erst recht auch ein Teilwiderruf zulässig sein.

Gerade beim teilweisen, aber auch beim vollständigen Widerruf macht es Sinn, auf die bisherige Patientenverfügung Bezug zu nehmen und genau festzulegen, welche Festlegungen aufgehoben werden und welche weiterhin gelten sollen, um entsprechenden Zweifeln zulasten der Patientenautonomie bei der Anwendung der Patientenverfügung zuvorzukommen⁹⁰¹.

c) Demenz und Erkrankungen mit schleichender Progredienz

Illustrieren lässt sich die Problematik der Selbstbindung und der Widerrufsmöglichkeit am Verlauf einer länger andauernden Krankheit mit schleichender Progredienz wie der Demenz⁹⁰². Hier stellt sich erstens die Frage als problematisch dar, ob eine Patientenverfügung auch dann bindend ist, wenn ihr Verfasser anschließend dement wird und sie mangels Einwilligungsfähigkeit nicht mehr widerrufen kann⁹⁰³. Zweitens ist diskutabel, wann unterhalb

⁸⁹⁷ Albrecht/Albrecht, Die Patientenverfügung, Rn. 180.

⁸⁹⁸ Sternberg-Lieben, in: FS Roxin, S. 537 (543).

⁸⁹⁹ Ihrig, notar 2009, S. 380 (383) unter Verweis auf BT-Drs. 16/8442, S. 13 aber gleichzeitiger Einschränkung, dass von einem Teilwiderruf aus Gründen der Klarheit regelmäßig abgesehen werden sollte. Für die Möglichkeit des Teilwiderrufs auch Gaidzik, Patientenverfügungen, S. 17 f.; Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 25.

⁹⁰⁰ Ihrig, notar 2009, S. 380 (383).

⁹⁰¹ Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2009, S. 426 (431) verweisen dazu auf die zur Errichtung sowie kompletten und teilweisen Aufhebung von Verfügungen von Todes wegen entwickelten Formulierungen.

⁹⁰² Die Gesetzesbegründung setzt sich – anlässlich der Frage der Bindungswirkung – ausdrücklich mit Demenzerkrankungen auseinander, vgl. BT-Drs. 16/8442, S. 14 f.; zu den (verfassungs-)rechtlichen Implikationen des Schutzes Dementer Gärditz, ZfL 2010, S. 38 ff.; vgl. auch Steenbreker, MedR 2012, S. 725 ff.; hierzu ausführlich Platzer, Autonomie und Lebensende, S. 171 ff.; Wetzstein, Diagnose Alzheimer; Nationaler Ethikrat (Hrsg.), Demenz und Selbstbestimmung; eine philosophische Grundlegung der Selbstbestimmung Dementer findet sich bei Dworkin, Die Grenzen des Lebens, S. 303 ff.

⁹⁰³ Simon, in: Verrel/Simon, Patientenverfügungen, S. 87; Sternberg-Lieben, in: FS Roxin, S. 537 (539) m. w. N.; umfassend mit der Widerrufsproblematik aufgrund der personalen Diskontinuität bei Demenzerkrankten beschäftigte

der Schwelle der Einwilligungsfähigkeit noch von einem wirksamen Widerruf ausgegangen werden kann. Bei einer Demenzerkrankung verliert der Betroffene seine Einwilligungsfähigkeit in einem teilweise sehr langsamen und schleichenden Prozess, sodass oftmals nicht ganz klar sein wird, ob im Zeitpunkt der Errichtung, einer Aktualisierung, aber v. a. des Widerrufs der Patient überhaupt noch einwilligungsfähig ist oder die genannten Erklärungen überhaupt wirksam vornehmen kann. Dies kann zwangsläufig zu einer gewissen Rechtsunsicherheit bei der Anwendung der Patientenverfügung führen. Abhilfe und Entlastung bei der diesbezüglichen Prüfung könnte auch hier die Feststellung und Bestätigung der Einwilligungsfähigkeit im Rahmen einer notariellen Beurkundung oder einer ärztlichen Beratung bereits bei Errichtung der Verfügung schaffen. Bezüglich der Frage des Widerrufs diagnostiziert der Gesetzgeber ebenso entsprechende Probleme. So soll hier – wie bereits dargestellt – situativ spontanes Verhalten für konkrete Anhaltspunkte als Anzeichen dafür ausreichen, dass der Betroffene seine Festlegungen unter den aktuellen Bedingungen nicht mehr gelten lassen und entsprechend widerrufen will⁹⁰⁴. Es ist daher zu untersuchen, inwieweit derartige Äußerungen auch von einem Dementen wirksam vorgenommen werden können.

Zunächst ist festzuhalten, dass Demente nach dem dieser Arbeit zugrundeliegenden Autonomiekonzept – selbst im weit fortgeschrittenen Stadium – aus rechtlicher und ethischer Perspektive personal den gleichen Anspruch auf Achtung ihrer Patientenautonomie haben wie in gesunden Tagen⁹⁰⁵.

Der *Nationale Ethikrat* etwa empfiehlt bei Demenzerkrankungen allerdings, die Bindungswirkung eines in der Patientenverfügung angeordneten Behandlungsabbruchs bei sichtlich erkennbarem Lebenswillen des betroffenen Patienten unter bestimmten Voraussetzungen aufzuheben⁹⁰⁶. In Anknüpfung an das zu Beginn dieses Kapitels erwähnte Beispiel könnte eine derartige Fallkonstellation etwa lauten: Ein Demenzkranker hat in seiner Patientenverfügung jegliche Gabe von Antibiotika abgelehnt und lebt nun augenscheinlich und von Dritten bestätigt glücklich in einem Pflegeheim. Der Patient wird nun aber von einer – von der Demenzerkrankung unabhängigen – Lungenentzündung bedroht, die nur mittels dieser Antibiotika erfolgversprechend behandelt werden kann. Darf hier nun aufgrund dieses wahrnehmbaren Lebenswillens von den Vorgaben der Patientenverfügung abgewichen werden?

Bei der Beantwortung dieser Frage handelt es sich um einen komplexen Abwägungsprozess: Es bedarf besonderer Anstrengungen im Rahmen der Fürsorge Dritter, um ggf. einen Widerrufswillen festzustellen und so der *actual condition* der Patientenautonomie gerecht zu werden. Dabei sind freilich auch die eigentlich im Sinne der *sovereign authority* bindenden Vorabfestlegungen der Patientenverfügung und die Gesamtumstände des Einzelfalles zu würdigen. Eine gesetzliche Vermutung – in die eine oder die andere Richtung – existiert in derartigen Konstellationen nicht, wäre aus Sicht der Patientenautonomie aber auch mit der Gefahr verbunden, deren umfassenden und voraussetzungsreichen Ausprägungen in der konkreten Fallgestaltung nicht gerecht zu werden. Soll in derartigen Konstellationen die Annahme eines

sich die *Enquête-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“*, Zwischenbericht Patientenverfügungen, BT-Drs. 15/3700, S. 12 f.; vgl. auch *Platzer*, Autonomie und Lebensende, S. 280 ff.

⁹⁰⁴ BT-Drs. 16/8442, S. 15.

⁹⁰⁵ *Kutzer*, FPR 2004, S. 683 (687); vgl. auch C.I.1..

⁹⁰⁶ *Nationaler Ethikrat (Hrsg.)*, Die Patientenverfügung – ein Instrument der Selbstbestimmung, S. 34; in diese Richtung auch *Spickhoff*, FamRZ 2009, S. 1949 (1951).

Widerrufs durch Dritte aufgrund situativen Verhaltens des betroffenen Patienten allerdings vorab ausgeschlossen werden, ist an eine Bezugnahme auf den späteren, ggf. geänderten natürlichen Willen bereits in der Patientenverfügung zu denken. Teilweise wird daher die Aufnahme sog. Widerrufsabwehrklauseln empfohlen⁹⁰⁷. Diese sollen dafür sorgen, dass Dritte durch wie auch immer geartete Äußerungen, Bekundungen oder bloßes non-verbales Verhalten des einwilligungsunfähigen Patienten nicht unberechtigterweise einen Widerruf der Patientenverfügung annehmen, der ja jederzeit formlos nach § 1901a Abs. 1 S. 3 BGB möglich ist. Dabei könnte im Rahmen der Anordnung eines Behandlungsabbruchs ausdrücklich verfügt werden, dass im späteren Zustand der Einwilligungsunfähigkeit selbst ein offenkundiger Lebenswille nicht als Widerrufskriterium zu interpretieren sei und die Festlegungen der Patientenverfügung trotzdem gelten sollen⁹⁰⁸. Hierbei würde sich der potenzielle Patient selbst binden und dadurch einer späteren paternalistischen Fremdbestimmung unterwerfen, wodurch ein Anwendungsfall des bereits erwähnten „Odysseus-Paternalismus“⁹⁰⁹ vorliegen würde. Es könnte dann etwa heißen: „Wenn ich meine Patientenverfügung nicht widerrufen habe, wünsche ich nicht, dass mir in der konkreten Anwendungssituation eine Änderung meines Willens unterstellt wird.“⁹¹⁰ Als weitere mögliche Vorgabe wird die Ergänzung für den Fall empfohlen, dass einer der Beteiligten – also Betreuer, Bevollmächtigter oder behandelnder Arzt – aufgrund von Gesten, Blicken oder anderen Äußerungen des betroffenen Patienten zu der Auffassung gelangt, dass die Patientenverfügung nicht mehr dem aktuellen Willen entspricht, eine Entscheidung darüber im Konsens aller Beteiligten herbeigeführt werden soll⁹¹¹. Trotz der damit einhergehenden Selbstbindung liegt darin eine autonome Entscheidung – vorausgesetzt, der Verfasser der Patientenverfügung und potenzielle Patient kennt bzw. versteht beim Verfassen der Festlegungen die damit möglicherweise einhergehenden Folgen und Gefahren. Die bei der Errichtung einer Vorabverfügung zwangsläufig bestehende Prognoseunsicherheit und Möglichkeit einer späteren Willensänderung lässt sich dabei auch allgemein als Argument für das Institut der Patientenverfügung selbst heranziehen: Gerade weil der potenzielle Patient nicht voraussehen kann, ob im Falle der Einwilligungsunfähigkeit – bzw. im geschilderten Fall einer Demenzerkrankung – eine Bildung respektive Änderung des Willens oder überhaupt Empfindungen und Wahrnehmungen möglich sein werden, nimmt er eigene verbindliche Festlegungen gemäß seines Willens in gesunden Tagen vor, damit er später nicht auf die Ent-

⁹⁰⁷ Von sich aus würden wohl nur die wenigsten potenziellen Verfasser auf eine derartige Regelung zur Gewährleistung ihrer Patientenautonomie kommen, was einen weiteren Grund für eine vorherige Beratung darstellt.

⁹⁰⁸ Davis, *Bioethics* 2002, S. 114 (119 ff.) sowie der *Nationale Ethikrat*, Patientenverfügung – Ein Instrument der Selbstbestimmung, S. 22 ff.

⁹⁰⁹ Vgl. bereits oben C.I.1b). Es handelt sich hierbei um eine Form des schwachen Paternalismus.

⁹¹⁰ *Bundesministerium der Justiz (Hrsg.)*, Patientenverfügung, Leiden, Krankheit, Sterben, S. 27; *Bayerisches Staatsministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Hrsg.)*, Vorsorge für Unfall, Krankheit, Alter durch Vollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung, S. 32; ein entsprechender Formulierungsvorschlag findet sich auch bei *Ihrig*, *notar* 2009, S. 380 (385) und *Renner*, in: *Müller/Renner*, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, Rn. 515, 1008; für den Fall einer Demenzerkrankung vgl. die Formulierung bei *Wilckens*, *MDR* 2011, S. 143 (145).

⁹¹¹ *Bundesministerium der Justiz (Hrsg.)*, Patientenverfügung, Leiden, Krankheit, Sterben, S. 27; nach diesem Vorschlag kann der Betroffene zudem regeln, dass bei unterschiedlicher Auffassung einer beteiligten Person „besondere Bedeutung“ zukommen soll; wie dies in der Praxis berücksichtigt werden kann, bleibt allerdings fraglich.

scheidungen Dritter angewiesen ist⁹¹². Aus seiner Sicht wird er quasi lieber „schlimmstenfalls Opfer seiner eigenen Patientenverfügung (mit subjektiv gering geschätzter Wahrscheinlichkeit) als schlimmstenfalls Opfer der Wertvorstellungen anderer (mit subjektiv hoch eingeschätzter Wahrscheinlichkeit)“⁹¹³. Zwischen der jetzigen dementen Person und der früheren gesunden Person besteht zumindest eine persönliche biographische Kontinuität, weshalb sich eine Selbstbindung in diesem Fall immer noch als besser erweist als die der individuellen Autonomie zuwiderlaufende heteronome Fremdbestimmung durch Dritte, die durch Eigeninteressen motiviert sein können⁹¹⁴.

Diese Sicht aus dem Umkehrschluss führt zu einer scheinbar zufriedenstellenden Lösung. Die Patientenautonomie lässt sich hierüber v. a. mit ihrer personalen, subjektiven und individuellen Komponente sichern: Der betroffene Patient bleibt nur seinem eigenen im Voraus festgelegten Willen unterworfen und ist nicht auf die Entscheidungen Dritter angewiesen. Sollte sich der Wille und die Behandlungswünsche allerdings tatsächlich geändert haben, entsteht das gleiche Dilemma – nach wie vor zulasten der *actual condition*. Zwar ist zuzustimmen, dass es besser ist, dem eigenen autonomen Willen als der Entscheidungsbefugnis Dritter ausgeliefert zu sein. Zur Sicherung der Patientenautonomie trägt dies bei einer tatsächlichen Willensänderung allerdings nichts bei. Zur Feststellung einer Willensänderung ist der betroffene einwilligungsunfähige Patient aus tatsächlichen Gründen dann letztendlich doch wieder auf die Feststellungen und Beurteilungen Dritter angewiesen, was zu einer zumindest graduellen Autonomieeinbuße führt. Daher müssen die beteiligten Dritten, also Betreuer, Bevollmächtigter, Ärzte und Angehörige in die Pflicht genommen werden, damit diese – falls ihre Beteiligung und Entscheidung nötig wird – der Patientenautonomie des Betroffenen in all ihren Ausprägungen gerecht werden können⁹¹⁵. Eine benevolente und die Autonomie des Patienten achtende Entscheidung durch Dritte kann in Ausnahmefällen geeigneter sein, als *per se* am vorausverfügten Willen festzuhalten. Im Einzelfall wird es sich dabei allerdings um eine schwierige Aufgabe und einen voraussetzungsreichen Prozess handeln. Schließlich muss umgekehrt verhindert werden, dass die Vorabfestlegungen der Patientenverfügung dadurch unterlaufen werden, dass Dritte vorschnell einen Widerruf der Patientenverfügung unterstellen⁹¹⁶.

In derartigen Konstellation kann daher die Einschaltung des Betreuungsgerichts wiederum Sinn machen. Hier gilt auch nicht der bereits bei eindeutigen Patientenverfügungen angeführte Einwand, dass ein etwaiges Verfahren zu lange dauern würde, da ja zunächst nach dem vor-

⁹¹² Putz, FPR 2012, S. 13 (15); entlarvend sei daher auch die Aussage in BGHSt 40, 257 (261), wonach frühere Aussagen als Anhaltspunkte für einen mutmaßlichen Willen nicht genügten, da die aktuelle Situation weder vorausgeahnt noch abgeschätzt werden könnte.

⁹¹³ Putz, FPR 2012, S. 13 (15).

⁹¹⁴ Simon, in: Verrel/Simon, Patientenverfügungen, S. 87; für Selbstbindung auch Sternberg-Lieben, in: FS Roxin, S. 537 (539); Verrel, Probleme und Zukunftsperspektiven der Patientenverfügung, S. 197 (207); in diese Richtung auch Wilckens, MDR 2011, S. 143 (145); a. A. Merkel, JZ 1999, S. 502 (507 ff.) zum apallischen Syndrom; Spickhoff, FamRZ 2009, S. 1949 (1951 f.); differenzierend *Enquête-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“*, Zwischenbericht Patientenverfügungen, BT-Drs. 15/3700, S. 12 f.

⁹¹⁵ Vgl. hierzu auch Kapitel C.III.6.e).

⁹¹⁶ Albrecht/Albrecht, Die Patientenverfügung, Rn. 258; Ihrig, notar 2009, S. 380 (385); Renner, in: Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, Rn. 512; ders., ZNotP 2009, S. 371 (377). Eine ähnliche Gefahr ergibt sich auch beim Institut des mutmaßlichen Willens, vgl. zur Problematik eines „mutmaßlichen Widerrufs“ Strätling/Sedemund-Adib/Scharf/Schmucker, BtPrax 2003, S. 154 (156 f.).

ab verfügten Willen des betroffenen Patienten vorgegangen würde, der als hohes Gut – ethisch und juristisch – maßgeblich in die Abwägung der Behandlungsentscheidung eingestellt werden muss. Durch dieses Verfahren könnte dann überprüft werden, ob die Äußerungen des Patienten tatsächlich als Widerruf zu werten sind und nach dessen Abschluss eine endgültige Behandlungsentscheidung vorgenommen werden. Letztlich würde hierüber der Patientenautonomie in all ihren Ausprägungen – auch der *actual condition* – Genüge getan. Der Gesetzgeber hat das dargestellte Interpretationsproblem beim formlosen Widerruf zwar erkannt, bietet – ausweislich der Gesetzesbegründung – allerdings keine Lösung an.

d) Restzweifel als unauflösbarer Zielkonflikt?

Als Ergebnis bleibt zur Bewertung der Widerrufsmöglichkeit nach § 1901a Abs. 1 S. 3 BGB aus Sicht der Patientenautonomie festzuhalten: Die Einwilligungsfähigkeit des Patienten darf keine Voraussetzung für einen wirksamen Widerruf darstellen. Um die *actual condition* zu gewährleisten, muss unterhalb dieser Schwelle auch der – ggf. non-verbal ausgedrückte – natürliche Wille herangezogen werden. Die sorgfältige Interpretation möglicher Widerrufsgesten durch Dritte stellt sich zwar als voraussetzungsreich dar. Als autonomer Willensausdruck ist dieser natürliche Wille aus Sicht der Patientenautonomie allerdings die maßgebliche Richtschnur und mit den ausdrücklichen Vorabfestlegungen der Patientenverfügung sowie der damit zusammenhängenden *sovereign authority* abzuwägen. Notwendig ist dabei eine Einzelfallprüfung, eine pauschale, gesetzliche und abstrakt-generelle Regelung gelangt bei derart existenziellen Fragen zwangsläufig an ihre Grenzen.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, durch wen bzw. wie ermittelt werden muss, ob ein wirksamer Widerruf vorliegt. Eine derartige Pflicht richtet sich vorrangig an den Patientenvertreter aber auch den behandelnden Arzt, mithin aufgrund der *erga omnes*-Bindungswirkung der Patientenverfügung an alle an deren Umsetzung beteiligte Dritte. Bezüglich des Umfangs ist an die bereits beschriebene Prüfungspflicht des Patientenvertreters anzuknüpfen⁹¹⁷.

Die dargestellten Schwierigkeiten bei der Ermittlung eines Widerrufswillens können dazu führen, dass es Konstellationen gibt, in denen die Äußerungen des Patienten – auch nach entsprechender Auslegung – nicht in eindeutiger Weise interpretiert werden können. In diesen Fällen bleiben Restzweifel hinsichtlich des Vorliegens eines Widerrufs und damit hinsichtlich des autonomen Willens des Betroffenen, die nicht mit letzter Gewissheit ausgeräumt werden können. Zur Lösung dieses Problems wird vorgeschlagen, dass es – wenn in der Patientenverfügung lebenserhaltende Maßnahmen ausgeschlossen wurden – genügen soll, wenn der Widerruf nur wahrscheinlich erfolgt ist⁹¹⁸. Dies mag angesichts des hohen Schutzguts Leben zunächst überzeugend sein, für die Patientenverfügung verbirgt sich dahinter jedoch ein paternalistischer Gedanke, der in Widerspruch zur Patientenautonomie treten kann. Aus deren Sicht darf nicht *in dubio pro vita*⁹¹⁹, sondern allenfalls *in dubio pro dignitate*⁹²⁰ oder *in dubio pro voluntate* entschieden werden – was aber in der vorliegenden Konstellation ja gerade nicht möglich ist. Zumindest muss aufgrund des annäherungsweise bestmöglich ermittelten, ggf.

⁹¹⁷ Vgl. bereits oben C.III.6.e) (1).

⁹¹⁸ Spickhoff, FamRZ 2009, S. 1949 (1955).

⁹¹⁹ Vgl. hierzu bereits C.III.6.f) (5); Holzhauser, FamRZ 2006, S. 518 (521); vgl. auch Wasseem, In dubio pro vita? Die Patientenverfügung.

⁹²⁰ Hufen, NJW 2001, S. 849.

mutmaßlichen Willens entschieden werden. Dritte selbst sind dabei aber grundsätzlich nicht zum Widerruf der Patientenverfügung berechtigt⁹²¹.

Das Dilemma, dass die Hürden für einen Widerruf möglichst niedrig gehalten werden müssen, um der Patientenautonomie als situative Disposition gerecht zu werden, andererseits die Möglichkeiten der Erkenntnisgewinnung hinsichtlich des tatsächlichen aktuellen Willens aufgrund des Gesundheitszustands des Betroffenen häufig an tatsächliche Grenzen stoßen, kann nur bedingt aufgelöst werden. Es handelt sich letztlich um eine Gratwanderung: Einerseits würde das Institut der Patientenverfügung ins Leere laufen, wenn zu leicht ein Widerruf angenommen werden könnte. Andererseits muss auch der Patientenautonomie in ihrer Ausprägung als *actual condition* Rechnung getragen werden.

Für den materiellen Autonomiegehalt des Widerrufs selbst gelten die Ausführungen zu den Bedingungen autonomer Entscheidungen *a maiore ad minus* bzw. *a fortiori*. Auch hier darf nicht auf eine wie auch immer geartete objektive Vernünftigkeit oder medizinisch-wissenschaftliche Sinnhaftigkeit abgestellt werden. Maßstab ist hier ebenfalls nur der autonom gebildete Wille des Betroffenen.

Trotz der genannten Defizite sind Alternativen zur aktuellen gesetzlichen Regelung nur schwierig denkbar oder zu konstruieren. Der Zielkonflikt zwischen Selbstbindung in Selbstbestimmung und Flexibilität mit der Gefahr der Fremdbestimmung zugunsten des mutmaßlichen aktuellen Patientenwillens wird sich in einigen denkbaren Fällen nicht restlos auflösen lassen. Umso mehr muss der potenzielle Patient über die Bindungswirkung seiner in einer Patientenverfügung niedergelegten Festlegungen reflektieren und die Widerrufsproblematik bereits hier mit bedenken. Ein Hinweis hierauf könnte etwa in einer Vorabberatung gegeben werden.

15. Der Verzicht auf eine ärztliche Beratungspflicht als Autonomiehindernis

Bereits die Schilderung der Widerrufsproblematik zeigt den Wert einer ärztlichen Beratung. Auch bei der Untersuchung des Verfahrens zur Anwendung der Patientenverfügung, den gesetzlichen Bestimmtheitsanforderungen sowie angesichts der Bindungswirkung der Patientenverfügung und einer möglichen Aktualisierungspflicht wurde auf die Sinnhaftigkeit einer ärztlichen Vorabberatung hingewiesen⁹²². Im Rahmen des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens wollte jedoch lediglich der „Bosbach-Entwurf“ das Problem der mangelnden Informiertheit und der fehlenden medizinischen Kenntnisse des Patienten in eine gesetzliche Regelung übersetzen. Danach sollten die Festlegungen einer einfachen Patientenverfügung – also ohne vorherige ärztliche Beratung – nicht verbindlich sein, wenn sie „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“⁹²³. Auch die verfassungsrechtliche Schutzpflicht für das Leben kann es gebieten, den Betroffenen nicht an einer Patientenverfügung festzuhalten, die auf medizinischer Unkenntnis beruht⁹²⁴.

⁹²¹ Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 25.

⁹²² Vgl. oben C.III.6., 12. und 13.

⁹²³ § 1901b Abs. 4 BGB-E i.d.F. BT-Drs. 16/11360.

⁹²⁴ Ludyga, FPR 2010, S. 266 (269).

Das 3. BtÄndG verzichtet in den gesetzlichen Regelungen der §§ 1901a f. BGB allerdings auf eine entsprechende ärztliche Beratungspflicht. Im folgenden Kapitel soll dieses Fehlen einer Beratungspflicht hinsichtlich möglicher Gefahren für die Patientenautonomie untersucht und bewertet werden.

Grundsätzliche Intention des Gesetzgebers war es dabei, die Zahl der Voraussetzungen für die Errichtung einer wirksamen Patientenverfügung möglichst gering zu halten und damit für jedermann die Errichtung einer Patientenverfügung so leicht wie möglich zu gestalten⁹²⁵. Fraglich ist allerdings, ob die Patientenautonomie es umgekehrt gerade erfordert, eine ärztliche Beratung vorzuschalten. Es wird zu zeigen sein, dass eine ärztliche Beratungspflicht das Institut der Patientenverfügung nicht entwertet, sondern Selbstbestimmung – aus Sicht der Patientenautonomie – gerade erst ermöglicht. Auch in der Literatur zur Patientenverfügung wird daher eine ärztliche Beratungspflicht teilweise gefordert⁹²⁶.

Für eine autonome Entscheidung des Patienten ist es notwendig, dass der dieser Entscheidung zugrundeliegende Wille überhaupt autonom gebildet werden kann. Autonomie manifestiert sich dabei in ihrer Bedingung der notwendigen persönlichen *capacity* – im Feinbergschen Sinne – bzw. in der *condition of understanding*, also in Form einer persönlichen Fähigkeit bzw. Befähigung zum persönlichen Verstehen. Aufgrund der mangelnden Vorbildung und Erfahrung bezüglich möglicher Krankheitsbilder und medizinischer Grenzsituationen besteht die Gefahr, dass der Betroffene antizipative Festlegungen in seiner Patientenverfügung allein deshalb trifft, weil ihm die Kenntnis entsprechender Alternativen und Optionen fehlt. Ebenso kann er später in der Anwendungssituation womöglich nicht gemäß seines autonomen Willens behandelt werden, weil er bei der Errichtung seiner Patientenverfügung an mögliche Regelungsmaterien, Behandlungssituationen und Krankheitsverläufe schlichtweg nicht gedacht hat. Von einer autonomen Entscheidung kann jedoch nur gesprochen werden, wenn der potenzielle Patient nicht einer begrenzten Sichtweise oder mangelnden Kenntnis unterliegt. Er muss die seiner Entscheidung zugrundeliegenden Fakten und Optionen zumindest grundlegend überblicken können; aufgrund der medizinisch-technischen Komplexität wird der Durchschnittspatient – auch und gerade aufgrund des möglicherweise langen Zeitraums zwischen Errichtung und Anwendung der Patientenverfügung – hierzu alleine kaum in der Lage sein⁹²⁷. Für die Patientenautonomie stellt dies ein Hemmnis dar, das durch eine qualifizierte ärztliche Beratung wenn nicht behoben, so doch zumindest verringert werden kann.

⁹²⁵ BT-Drs. 16/13314, S. 21 f.

⁹²⁶ Bobbert, Chancen und Schwierigkeiten von Patientenverfügungen aus ethischer Sicht, S. 697 (703); Conradi, Der Arzt an den Grenzen seines Behandlungsauftrages, S. 561 f.; Höfling, BtPrax 2009, S. 474 (476); Jacobi/May/Kielstein/Bienwald (Hrsg.), Ratgeber Patientenverfügung, S. 19; Probst, FF 2010, S. 144 (147); Roglmeier, FPR 2010, S. 282 (284); Spickhoff, Medizinrecht, § 1901b BGB, Rn. 1; Taupitz, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, S. A33 f. sieht darin eine „selbständige Grundpflicht“ des Arztes; in diese Richtung auch Friedrich, ZfmE 2013, S. 311 (314 ff.); Gaidzik, Patientenverfügungen, S. 15 f.; Jox, ZfmE 2013, S. 269 (276 ff.); May, KritV 2004, S. 428 (441); für eine Ausgestaltung als GKV-Anspruch Platzer, Autonomie und Lebensende, S. 262 f.; a. A. Renner, in: Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, Rn. 523 f.; gegen eine Pflicht auch Verrel, Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung, S. C84.

⁹²⁷ Schroth, in: FS Volk, S. 719 (724).

a) Parallelen zur aktuellen Einwilligung in medizinische Maßnahmen

Hinsichtlich einer vorherigen Beratung ist zunächst vergleichend auf die entwickelten Grundsätze zur aktuellen Einwilligung in ärztliche Eingriffe zu verweisen. Eine entsprechende Parallele sieht normtextlich inzwischen der neu eingefügte § 630d Abs. 1 BGB⁹²⁸ vor. Dass grundsätzlich Aufklärungspflichten für den Arzt gegenüber dem Patienten bestehen, ist anerkannt und ständige Rechtsprechung⁹²⁹. § 630e BGB schreibt dies auf einfach-gesetzlicher Ebene vor. Auch die Literatur fordert eine vorherige ärztliche Aufklärung⁹³⁰, nicht nur als rechtliches, sondern auch als ethisches und moralisches Gebot⁹³¹. Zudem entspricht dies dem ärztlichen Standesrecht und stellt eine in § 8 der Musterberufsordnung für Ärzte kodifizierte Berufspflicht dar⁹³². Ihre Herleitung ist dabei bis auf das verfassungsrechtliche Selbstbestimmungsrecht⁹³³ zurückzuführen⁹³⁴. Die Gesetzesbegründung des 3. BtÄndG geht ebenso davon aus, dass der Arzt den Patienten grundsätzlich zunächst über Diagnose und Indikation aufklärt und der Patient erst danach eigenständig über die Einwilligung oder Untersagung der vorzunehmenden Behandlung entscheidet⁹³⁵. Als Begründung wird angeführt, dass der betroffene Patient nur frei und autonom darüber entscheiden könne, ob er in den medizinischen Eingriff einwilligt oder nicht, wenn er die hierfür notwendigen Informationen sowie eine ausreichende Kenntnis der Begleitumstände besitzt⁹³⁶. Bezüglich der Patientenautonomie bleibt festzuhalten, dass eine derartige Aufklärung „die Selbstbestimmung oft überhaupt erst effektiviert“⁹³⁷.

⁹²⁸ Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20.02.2013, BGBl. I 2013, S. 277; § 630d Abs. 1 S. 2 BGB verweist bei einwilligungsunfähigen Patienten ausdrücklich auf die Patientenverfügung nach § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB, allerdings nicht auf den mutmaßlichen Willen oder die Behandlungswünsche nach § 1901a Abs. 2 BGB; vgl. auch *Boemke*, NJW 2013, S. 1412 (1413).

⁹²⁹ Vgl. bereits BGHSt 11, 111 („Myom-Urteil“); BGH, NJW 1956, 1106 („1. Elektroschock-Urteil“); BGHZ 29, 46 („2. Elektroschock-Urteil“) sowie BGHZ 29, 176 („Strahlenbehandlung“); früher noch ablehnend RGSt 25, 375 sowie RGZ 78, 432. Vgl. zur dogmatischen und historischen Herleitung auch *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 59 sowie *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, Kap. V, Rn. 2 ff.

⁹³⁰ Bereits *Tempel*, NJW 1980, S. 609 (611 ff.); *Kern/Laufs*, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 7 *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, Kap. V, Rn. 5 ff.; vgl. auch grundlegend *Eisner*, Die Aufklärungspflicht des Arztes, S. 63 ff.

⁹³¹ *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, Rn. 247; *Kern/Laufs*, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 8 f.

⁹³² § 8 MBO-Ä 1997, in der Fassung der Beschlüsse des 114. Deutschen Ärztetages 2011: „Aufklärungspflicht: Zur Behandlung bedürfen Ärztinnen und Ärzte der Einwilligung der Patientin oder des Patienten. Der Einwilligung hat grundsätzlich die erforderliche Aufklärung im persönlichen Gespräch vorauszugehen. Die Aufklärung hat der Patientin oder dem Patienten insbesondere vor operativen Eingriffen Wesen, Bedeutung und Tragweite der Behandlung einschließlich Behandlungsalternativen und die mit ihnen verbundenen Risiken in verständlicher und angemessener Weise zu verdeutlichen. Insbesondere vor diagnostischen oder operativen Eingriffen ist, soweit möglich, eine ausreichende Bedenkzeit vor der weiteren Behandlung zu gewährleisten. Je weniger eine Maßnahme medizinisch geboten oder je größer ihre Tragweite ist, umso ausführlicher und eindrücklicher sind Patientinnen oder Patienten über erreichbare Ergebnisse und Risiken aufzuklären.“ Rechtswirkung entfaltet allerdings nur die jeweilige beschlossene und genehmigte Berufsordnung der (Landes-) Ärztekammern. Vgl. auch die Empfehlungen zur Patientenaufklärung der *Bundesärztekammer*, *Deutsches Ärzteblatt* 1990, S. A1279 ff.; *Katzenmeier*, *Arzthaftung*, S. 350 ff.; kritisch aus der ärztlichen Praxis *Engert*, *Aufklärung und Einwilligung*, S. 27 ff.

⁹³³ Vgl. zur grundgesetzlichen Absicherung der Patientenautonomie bereits C.I.2.a).

⁹³⁴ BVerfGE 52, 131, 171 ff.; *Kern/Laufs*, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 9; *Joost*, *Begrenzte Rationalität und ärztliche Aufklärungspflichten*, S. 128 m. w. N.

⁹³⁵ BT-Drs. 16/8442, S. 7.

⁹³⁶ BVerfGE 52, 131 (176).

⁹³⁷ *Spickhoff*, *FamRZ* 2009, S. 1949 (1952), vgl. auch *Dodegge/Roth*, *Betreuungsrecht*, Teil C, Rn. 126.

In Anknüpfung an diese Grundsätze ließe sich allerdings auch für den Verzicht auf eine vorherige ärztliche Beratungspflicht dogmatisch eine Parallele zur aktuellen Einwilligung ziehen, bei welcher der Patient ebenfalls auf eine vorhergehende Aufklärung verzichten könne⁹³⁸. Der Patient muss dann bei der Patientenverfügung aber das Risiko tragen, dass die Formulierungen seiner Patientenverfügung nicht unmittelbar gelten, da die Festlegungen zu weit gehen bzw. unvollständig oder missverständlich sind⁹³⁹.

Hierzu muss jedoch zwischen Aufklärung vor der Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme und der Ablehnung einer ärztlichen Maßnahme unterschieden werden: Die Ablehnung einer ärztlichen Maßnahme hängt nicht von einer ärztlicher Aufklärung ab, während der Einwilligung in eine Behandlung zu ihrer Wirksamkeit grundsätzlich eine ärztliche Aufklärung vorausgehen muss⁹⁴⁰. Dies gilt wiederum nicht, wenn der betroffene Patient hierauf – wie in der gerade dargestellten Konstellation – wirksam verzichtet hat⁹⁴¹. Das Fehlen einer entsprechenden ärztlichen Aufklärung stellt dann für die Verweigerung einer medizinischen Maßnahme kein Wirksamkeitshindernis dar⁹⁴². Diese Wertung könnte auf die möglichen Festlegungen in einer Patientenverfügung übertragen werden. Beinhaltet die Patientenverfügung eine antizipierte Einwilligung, wäre diese nur wirksam bei vorangegangener ärztlicher Aufklärung oder einem entsprechenden Aufklärungsverzicht⁹⁴³. Fehlt ein solcher ausdrücklich erklärter Aufklärungsverzicht, läge keine Wirksamkeit der Patientenverfügung vor und sie könnte nur als Indiz für den mutmaßlichen Willen des Patienten nach § 1901a Abs. 2 BGB herangezogen werden⁹⁴⁴. Auch einige Formulierungshilfen empfehlen daher die Aufnahme einer entsprechenden Verzichts Klausel in die Patientenverfügung⁹⁴⁵. Zwar kann ein durch einen Aufklärungsverzicht bedingter Verzicht auf Selbstbestimmung selbst noch autonom sein. Wenn dies wirklich gewollt wird, handelt es sich auch hier um einen autonomen Umgang mit dem eigenen Leben und Sterben⁹⁴⁶. Hierbei dürfte es sich aber um einen Extremfall handeln, der kaum der klassischen Motivation zur Errichtung einer Patientenverfügung entspricht. Die meisten Menschen nutzen das Institut der Patientenverfügung ja gerade, um die Selbstbestimmung auch im Fall der eigenen Einwilligungsunfähigkeit zu gewährleisten und auf Selbstbestimmung nicht verzichten zu müssen.

Eine vorherige Beratungspflicht – zumindest im Falle der Einwilligung – würde daher der entwickelten Aufklärungsdogmatik im Rahmen der aktuellen Einwilligung in medizinische Eingriffe entsprechen. Dies führt zu einem kohärenten Ergebnis, bedenkt man, dass das Institut der Patientenverfügung quasi das Instrument der antizipativen Einwilligung normiert. Wenn der Patient bei unmittelbar bevorstehenden Eingriffen aufgeklärt werden muss, dann

⁹³⁸ Conradi, Der Arzt an den Grenzen seines Behandlungsauftrages, S. 572 f.

⁹³⁹ Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 13.

⁹⁴⁰ Rixen/Reinecke, Casebook Patientenverfügung, S. 9 f.

⁹⁴¹ Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V, Rn. 34 m. w. N.; so auch die Gesetzesbegründung des 3. BtÄndG, vgl. BT-Drs. 16/8442, S. 14.

⁹⁴² BT-Drs. 16/8442, S. 14; Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 2, 13.

⁹⁴³ BT-Drs. 16/8442, S. 14.

⁹⁴⁴ Folge ist eine Entscheidung durch den Betreuer oder Bevollmächtigten, mithin einen Dritten, vgl. hierzu Kapitel C.III.6.

⁹⁴⁵ Vgl. etwa Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Patientenverfügung, Leiden, Krankheit, Sterben, S. 29; Renner, in: Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, Rn. 1008.

⁹⁴⁶ Eibach/Schaefer, MedR 2001, S. 21 (24).

muss der Betroffene bei Errichtung einer Patientenverfügung, die nicht zuletzt aufgrund der fehlenden Reichweitenbeschränkung des § 1901a Abs. 3 BGB wesentlich weitreichendere Regelungsmöglichkeiten existenzieller Fragen vorsieht, erst recht umfassend informiert sein, um eine eigene, autonome Entscheidung treffen zu können⁹⁴⁷. Das anerkannte Aufklärungserfordernis ist daher analog auf eine Beratungspflicht bei der Errichtung einer Patientenverfügung zu übertragen.

Eine Parallele besteht auch bei einem Aufklärungsverzicht, bei dem ein pauschaler Blankoverzicht nicht möglich ist. Der Patient muss zumindest in wesentlichen Grundzügen über Art, Erforderlichkeit sowie den Risikoeinschlag des Eingriffs informiert sein, um zu wissen, worauf er verzichtet⁹⁴⁸. Daher wird hinsichtlich der Anordnung eines Behandlungsabbruchs oder -verzichts mittels Patientenverfügung zu zeigen sein, dass die Patientenautonomie auch in dieser Konstellation eine vorherige Beratung erfordert.

b) Das Erfordernis des *informed will* – Ärztliche Beratung für die Passgenauigkeit von Verfügungen

Die dargestellten Aufklärungsanforderungen hinsichtlich der aktuellen Einwilligung in medizinische Eingriffe werden auch als *informed consent*⁹⁴⁹ bezeichnet, der zur Wahrung der Patientenautonomie erst recht bei der Errichtung von Patientenverfügungen vorliegen muss⁹⁵⁰. Dies gilt umso mehr aufgrund der mit antizipativen Willenserklärungen einhergehenden Selbstbindung, da der betroffene Patient zeitlich weit im Voraus festlegt, ob und wie er behandelt werden will oder eben nicht. Das genannte Prinzip des *informed consent* ist daher im Sinne eines *informed will*-Konzepts fortzuentwickeln⁹⁵¹. Eine vorherige ärztliche Beratung kann dadurch auch für eine Problematik Abhilfe schaffen, die der Patientenverfügung immanent ist, nämlich die zeitliche und sachliche Entfernung zwischen der in der Patientenverfügung niedergelegten Willenserklärung und der Entscheidungssituation – also dem Anwendungsfall der Patientenverfügung – sowie der dadurch bedingten fehlenden Wirkungserfahrung hinsichtlich der später eingetretenen Krankheit. Die nötige Informiertheit eines *informed will* vorausgesetzt ist es aus Autonomiegesichtspunkten aber dann auch zulässig, in der Patienten-

⁹⁴⁷ In diese Richtung auch Staudinger-Bienwald, § 1901a, Rn. 50.

⁹⁴⁸ Joost, Begrenzte Rationalität und ärztliche Aufklärungspflichten, S. 126 (136); Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V, Rn. 34; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 126; Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 130.

⁹⁴⁹ Vgl. hierzu grundlegend Beauchamp et al., Informed Consent, S. 1271 ff.; Brody, The Healer's Power, S. 83 ff.; Dichgans, Der Arzt und die Wahrheit am Krankenbett, S. 193 (206 f.); Faden/Beauchamp, A history and theory of informed consent; Füllmich, Der Tod im Krankenhaus und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, S. 33 ff. sowie Wear, Informed consent, S. 9 ff.; Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V, Rn. 5 ff.; Parzeller/Wenk/Zedler/Rothschild, Deutsches Ärzteblatt 2007, S. A576 (A577 ff.); Rehbock, Ethik Med 2002, S. 131 (132); zum *informed consent* in der ärztlichen Praxis Vollmann, Patientenselbstbestimmung und Selbstbestimmungsfähigkeit, S. 44 ff.

⁹⁵⁰ Conradi, Der Arzt an den Grenzen seines Behandlungsauftrages, S. 561 f.; Dodegge/Roth, Betreuungsrecht, Teil C, Rn. 124; bezüglich eines Behandlungsverzichts spricht Gaidzik, Patientenverfügungen, S. 32 von einem „informed refusal“.

⁹⁵¹ Röthel, AcP 2011, S. 196 (211); in Anlehnung an den im angelsächsischen Raum entwickelten *living will*, vgl. hierzu Füllmich, Der Tod im Krankenhaus und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, S. 66 ff. Der „informierte Wille“ bezieht sich dabei nicht auf eine konkrete Maßnahme, sondern die umfassenden Vorabfestlegungen einer Patientenverfügung.

verfügung Festlegungen im Sinne eines „Odysseus-Paternalismus“ zu treffen⁹⁵². Der Patient kann sich dabei komplett in die Obhut des Arztes begeben, der in der konkreten Behandlungssituation und damit dem eigentlichen Anwendungsfall der Patientenverfügung eigenverantwortlich entscheiden können soll.

c) Der Patient als juristisch und medizinisch mündiger Bürger angesichts der medizinischen Komplexität

Obwohl es eine fachkundige Beratung durchaus empfiehlt⁹⁵³, verzichtet das 3. BtÄndG allerdings aus folgenden Gründen auf eine Beratungspflicht⁹⁵⁴: Es könne durchaus Absicht des Verfassers einer Patientenverfügung sein, nur allgemeine Regelungen und bloße Richtlinien für zukünftige medizinische Behandlungen niederzulegen, welche dann über § 1901a Abs. 2 BGB zu berücksichtigen seien. Eine Beratungspflicht sei daher gar nicht notwendig, um tatsächlich konkrete und hinreichend bestimmte Festlegungen zu erreichen⁹⁵⁵.

Hierbei handelt es sich jedoch eher um eine Fiktion. Der Verfasser einer Patientenverfügung will mittels konkreter Vorgaben gerade Sicherheit für den Fall der eigenen Einwilligungsunfähigkeit und verlässt sich darauf, dass sein in der Patientenverfügung niedergelegter autonomer Wille in der konkreten Anwendungssituation auch verbindlich beachtet wird, was ihm nur das Institut der Patientenverfügung nach § 1901 Abs. 1 S. 1 BGB ermöglicht. Eine Berücksichtigung über § 1901a Abs. 2 BGB steht möglicherweise erheblichen Problemen bei der Ermittlung des vom betroffenen Patienten Gewollten gegenüber – sei es durch Auslegungsschwierigkeiten bei der Konkretisierung der allgemeinen Festlegungen oder der damit zusammenhängenden notwendigen Beteiligung Dritter, welche die Gefahr heteronomer Fremdbestimmung in sich trägt.

Der Gesetzgeber zieht sich dagegen darauf zurück, dass der Patient eben das Risiko inhaltlich nicht hinreichend bestimmter Festlegungen tragen müsse, infolgedessen der Patientenverfügung ggf. keine unmittelbare Bindungswirkung zukommen könne⁹⁵⁶. In der Gesetzesbegründung des 3. BtÄndG stellt er im Widerspruch dazu allerdings selbst eindeutig fest: „Patienten sind [...] häufig erst durch eine fachkundige Beratung in der Lage, Formulierungen zu finden, die geeignet sind, ihre persönlichen Vorstellungen hinreichend nachvollziehbar und umsetzbar niederzulegen.“⁹⁵⁷

Aus diesem Grund bleibt daher fraglich, warum der Gesetzgeber auf eine entsprechende Beratungspflicht verzichtet und dadurch in Kauf nimmt, dass autonome Patientenentscheidungen entweder überhaupt nicht getroffen werden können – mangels *capacity*, da die *condition of understanding* nicht erfüllt ist – oder mangels Bestimmtheit dann nicht verbindlich als Ausdruck der *sovereign authority* beachtet werden können bzw. müssen. Dies wiegt umso schwerer, als dass der Betroffene gerade von dieser Verbindlichkeit ausgeht und sich diesbezüglich subjektiv

⁹⁵² Vgl. hierzu bereits oben C.I.1.b).

⁹⁵³ BT-Drs. 16/8442, S. 14.

⁹⁵⁴ BT-Drs. 16/8442, S. 14.

⁹⁵⁵ BT-Drs. 16/8442, S. 14.

⁹⁵⁶ BT-Drs. 16/8442, S. 14.

⁹⁵⁷ BT-Drs. 16/8442, S. 14 unter Bezugnahme auf die Empfehlungen der *Bundesärztekammer sowie der Zentralen Ethikkommission* bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis aus dem Jahr 2007, Deutsches Ärzteblatt 2007, S. A891 (A894), aktualisiert in: Deutsches Ärzteblatt 2010, S. A877 ff.

in Sicherheit wiegt⁹⁵⁸. Beim juristisch sowie medizinisch mündigen und kundigen Bürger, von dem der Gesetzgeber bei der geschilderten rechtlichen Konstruktion des 3. BtÄndG ausging, handelt es sich um eine idealtypische und zu optimistische Charakterisierung, besteht doch in vielen Fällen die berechtigte Gefahr „defizitärer Patientenentscheidungen“⁹⁵⁹, da es fraglich bleibt, ob der durchschnittliche Verfasser einer Patientenverfügung die notwendigen medizinischen Kenntnisse besitzt und informiert bzw. mündig genug ist, etwa dem Bestimmtheitsgrundsatz des § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB entsprechende Festlegungen selbst zu treffen⁹⁶⁰. Der durchschnittliche Verfasser einer Patientenverfügung wird daher vor praktischen Problemen stehen, eine Patientenverfügung selbständig und wirksam zu verfassen.

Dies zeigt sich an dem bereits genannten Gedankenexperiment, wonach der Verfasser einer Patientenverfügung über einige der von den meisten Mustern und Formulierungsvorschlägen⁹⁶¹ gängigerweise verwendeten medizinischen Termini „stolpern“ dürfte. Dies belegt die Annahme, dass der durchschnittliche Patient nicht *per se* die notwendige *capacity* besitzt, um in medizinischen Angelegenheiten überhaupt eine autonome Entscheidung treffen zu können, sondern vielmehr die Gefahr besteht, dass der Verfasser einer Patientenverfügung unreflektiert seine Unterschrift unter einen Inhalt setzt, den er mangels eigener Kompetenz nicht versteht. Dies mindert den Autonomiegrad der zu treffenden Entscheidung deutlich, ggf. kann sogar überhaupt nicht mehr von einer autonomen Entscheidung gesprochen werden.

Auch ein Beispiel von *Zimmermann* zeigt diese psychologische und sozio-demographische Problematik: Kann eine Patientenverfügung wirksam sein, wenn eine 75-jährige Landwirtin etwa einen Vordruck unterschrieben hat, nach dem sie im Fall einer „infausten“ Prognose nur „Palliativmedizin“ wünsche?⁹⁶² Darüber hinaus sind durchaus noch spezifischere Termini denkbar und üblich. In derartigen Fällen wird kaum davon ausgegangen werden können, dass der Betroffene seine Festlegungen vollumfänglich versteht. Hier kann nun zugebenermaßen aus der Alltagserfahrung eingewandt werden, dass auch in den meisten Gesprächs- und Beratungssituationen kaum jemand zugibt, dass er etwas nicht verstanden hat. Am ehesten ist dies aber wohl in einem vertrauensvollen Gespräch mit dem – auch an seine Schweigepflicht gebundenen – Arzt möglich.

Sahm spricht angesichts der den Einzelnen teilweise überfordernden Regelungsmöglichkeiten durch Patientenverfügungen von einer „imperfekten Autonomie“⁹⁶³. Auch diese defizitäre Form der Autonomie ist zwar an sich schutzwürdig, muss aber aufgrund des eingeführten Begriffsverständnisses der Patientenautonomie entsprechend erhöht werden. Hierbei kann die ärztliche Vorabberatung angesichts der Komplexität der potenziellen Patientenverfügung gewährleisten, dass der Patient eine eigene autonome Entscheidung treffen kann.

⁹⁵⁸ Vgl. zu der von Verfassern einer Patientenverfügung gewünschten Bindungswirkung auch die empirische Studie von *Jox et al.*, *Ethik Med* 2009, S. 21 ff.

⁹⁵⁹ So die Terminologie bei *Joost*, *Begrenzte Rationalität und ärztliche Aufklärungspflichten*, S. 126; *Höfling*, *ZfmE* 2013, S. 171 ff. spricht von „prekärer Selbstbestimmung“.

⁹⁶⁰ *Müller*, *ZEV* 2008, S. 583 (588); vgl. zu möglichen Informationsdefiziten *Meran et al.*, *Möglichkeiten einer standardisierten Regelung der Patientenverfügung*, S. 21 ff.

⁹⁶¹ Die Gefahren für die Patientenautonomie bei der Verwendung von Mustern werden noch unter C.III.16 untersucht.

⁹⁶² *Zimmermann*, *Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung*, Rn. 409.

⁹⁶³ *Sahm*, *ZfmE* 2005, S. 265; siehe auch *Damm*, *MedR* 2002, S. 375; *ders.*, *MedR* 2009, S. 451 (460).

d) Patientenautonomie, Patientenverfügung und Informiertheit

In der Medizinethik ist dabei allerdings umstritten, welche Informationen der Betroffene vorab benötigt, um von einer autonomen Entscheidung sprechen zu können. Auch aus individuell-subjektiver Sicht werden sich die Vorstellungen, die jemand für eine persönliche Entscheidung hinsichtlich medizinischer Behandlungen als notwendig ansieht, von Person zu Person unterscheiden. Als Maßstab werden hierbei einerseits die Erwartungen eines durchschnittlichen, vernünftigen Patienten, andererseits die Standards der Ärzteschaft, aber auch die rein subjektiven Präferenzen des Einzelnen vertreten⁹⁶⁴. Da sich zweite Lösung dem Paternalismusverdacht aussetzt und die dritte Lösung auf Praktikabilitätsprobleme trifft, präferieren viele Medizinethiker die erste Variante⁹⁶⁵.

Die Unumkehrbarkeit der durch eine Patientenverfügung zu treffenden Entscheidungen spricht dabei – auch und gerade wegen der Schwierigkeiten bei einem möglichen Widerruf – für einen umfassenden Grad an Information bereits bei Abfassung der Patientenverfügung. Hinzu kommt die faktische Selbstbindung durch die Vorabverfügung.

Der im Rahmen der Aufklärungspflicht vor aktuellen medizinischen Eingriffen vertretene Einwand, wonach ein Zuviel an Information den betroffenen Patienten gerade in Grenzsituationen überfordern könne und daher eine autonome Entscheidung nicht fördere, sondern vielmehr sogar erschwere⁹⁶⁶, greift bei Patientenverfügungen als Form der antizipativen Selbstbestimmung gerade nicht⁹⁶⁷. Hier geht es vielmehr darum, den Patienten für die Möglichkeiten und Gefahren zu sensibilisieren, die von der Bindungswirkung einer Patientenverfügung ausgehen können und dem Willen des Betroffenen entsprechende Festlegungen zu ermöglichen. Im Gegensatz zu einer Aufklärung vor einer konkreten, medizinisch indizierten Operation hat der betroffene Patient bei der Errichtung einer Patientenverfügung meist noch keine Erfahrung mit einer Krankheit bzw. einer Krankheits- oder Behandlungssituation, er will ja – wie es schon § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB vorschreibt – gerade Festlegungen für nicht unmittelbar bevorstehende Eingriffe errichten. Trotzdem kann er qua Patientenverfügung existenzielle Entscheidungen für sein eigenes Leben und letztlich sein eigenes Sterben bzw. seinen eigenen Tod treffen. Ebenso wenig wie er mögliche Krankheitsbilder und Behandlungssituationen einzuschätzen weiß, wird er über mögliche Behandlungsoptionen und den derzeitigen und zukünftigen Stand der medizinischen Therapiemöglichkeiten Bescheid wissen. Ein Zuviel an Information kann es unter Autonomiegesichtspunkten hier folglich nicht geben.

e) Ärztliche Beratung im Spannungsfeld zwischen Selbstbestimmung und Fürsorge

Eine Beratungspflicht stärkt nicht nur die Patientenautonomie, sondern könnte ebenso die Brücke zu den Anhängern einer eher paternalistischen Schutz- und Fürsorgepflicht für das Le-

⁹⁶⁴ Gutwald, Autonomie, Rationalität und Perfektionismus, S. 73 (81 f.); vgl. auch Häyry, The limits of medical paternalism, S. 146 m. w. N.

⁹⁶⁵ Gutwald, Autonomie, Rationalität und Perfektionismus, S. 73 (81 f.); Häyry, The limits of medical paternalism, S. 146 f.

⁹⁶⁶ In der Schmitten, Die Patienten-Vorausverfügung, S. 131 (138); Lorz, Arzthaftung bei Schönheitsoperationen, S. 101 spricht von einer „Übermaßaufklärung“.

⁹⁶⁷ Joost, Begrenzte Rationalität und ärztliche Aufklärungspflichten, S. 126 (131); Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 72; Borasio, Selbstbestimmung im Dialog, S. 148 (153) veranschaulicht den Einfluss von Informationen am Beispiel des Wunsches nach Wiederbelebung infolge eines Herzstillstands.

ben bilden. Die Vorabberatung kann dabei sicherstellen, dass der potenzielle Patient nicht in Unkenntnis der medizinisch-technischen Therapiemethoden und Behandlungsmöglichkeiten seine eigenen Heilungschancen verkennt und daher einen Behandlungsabbruch zu früh anordnet⁹⁶⁸. Eine Beratung könnte hier letztlich auch dazu beitragen, dass sich der Betroffene in seiner Verfügung zugunsten der Fürsorge und damit ggf. eher für das Leben entscheidet, da er besser über die Voraussetzungen und Folgen seiner Festlegungen informiert wäre.

Ein weiterer Punkt, der für eine Beratungspflicht zur Gewährleistung autonomer, selbstbestimmter Entscheidungen spricht, stellt die mögliche Überforderung der Betroffenen angesichts menschlicher Grenzsituationen dar, die durch eine entsprechende Fürsorge aufgefangen werden kann⁹⁶⁹: Bei teils dramatischen Krankheitssituationen kann der Betroffene von starken Emotionen wie Angst, Panik oder Verzweiflung geleitet werden. Dies gilt auch für Vorabverfügungen etwa angesichts der Diagnose einer Krankheit mit schleichender Progredienz. Eine selbstbestimmte Entscheidung ist in solch einer Situation zwar nicht unmöglich, zumindest aber erschwert. Der Betroffene bedarf daher einer Fürsorge und Kommunikation, die ihn vor Fremdbestimmung durch diese Gefühle schützt und eine realistische Wahrnehmung der eigenen Lebenssituation gewährleistet, wozu eine ärztliche Beratung beitragen kann⁹⁷⁰.

Diese Argumentation zur Begründung einer ärztlichen Beratungspflicht könnte man pointiert kritisieren, indem man die Frage aufwirft, ob der betroffene Patient denn paternalistisch vor seinem eigenen Willen und letztlich vor sich selbst zu schützen sei⁹⁷¹. Durch eine Beratung soll jedoch lediglich die Autonomie der Entscheidungen des Betroffenen bereits in deren Vorfeld sichergestellt werden, damit der Patient antizipativ auch tatsächlich selbst entscheiden kann. Die Alternative zur autonomen Vorabentscheidung wäre nur eine spätere, möglicherweise heteronome Einflussnahme – wenn der betroffene Patient einwilligungsunfähig ist – im Rahmen der Prüfung, ob mit der Patientenverfügung eine autonome Entscheidung vorliegt⁹⁷².

Außerdem darf nicht übersehen werden, dass Patienten in den meisten Fällen ihren behandelnden Ärzten sowie v. a. ihrem Hausarzt vertrauen und sich in ihren Entscheidungen häufig an deren Ansichten orientieren⁹⁷³. Folgen sie bei der Abfassung einer Patientenverfügung allerdings unreflektiert den Vorschlägen ihres Arztes, unterstellt man zu Unrecht eine informierte und autonome eigene Entscheidung des Verfassers. Vielmehr würde es sich hier trotz bzw. gerade aufgrund der zu intensiven Beratung um ein heteronomes Diktat handeln⁹⁷⁴. Dieses Argument kann aber die Gründe für eine Beratungspflicht nicht entwerten, sondern zeigt lediglich, wie sorgsam der beratende Arzt im Einzelfall agieren muss.

Ein der Fürsorge entspringendes Argument für die Beratungspflicht betrifft auch den Wegfall der Reichweitenbegrenzung nach § 1901a Abs. 3 BGB. Je weniger die Geltung der Patientenverfügung vom Vorliegen einer infausten Prognose abhängig gemacht wird, desto mehr ist eine ärztliche Beratung nötig, um die Formulierungen für das weite Regelungsfeld möglichst

⁹⁶⁸ Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2009, S. 426 (433).

⁹⁶⁹ Vgl. zum Folgenden Härle, FPR 2007, 47 (49 f.), der dies als „stabilisierende Fürsorge“ bezeichnet.

⁹⁷⁰ Härle, FPR 2007, 47 (49 f.).

⁹⁷¹ Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 2 Abs. 2 GG, Rn. 84; Sternberg-Lieben/Reichmann, NJW 2012, S. 257 (260).

⁹⁷² So für das Institut der Patientenverfügung insgesamt auch Putz, FPR 2012, S. 13.

⁹⁷³ Borasio, Über das Sterben, S. 61; Salomon, Das Patientenverfügungsgesetz 2009, S. 180 sieht dies besonders bei älteren Patienten; ein derartiger Odysseus-Paternalismus ist aus Sicht der Patientenautonomie durchaus zulässig, wenn er mit der nötigen *capacity* vorgenommen wird.

⁹⁷⁴ Schöne-Seifert, Grundlagen der Medizinethik, S. 42 f.

präzise gestalten zu können⁹⁷⁵. Nur so kann der vom Patienten autonom gebildete und in der Patientenverfügung niedergelegte Wille als *sovereign authority* im Anwendungsfall beachtet werden.

f) Risikoverteilung zulasten des Patienten – Unwirksame Patientenverfügungen mangels Einhaltung des Bestimmtheitsgebots

Die geschilderten theoretischen Bedenken gegen den Verzicht auf eine ärztliche Beratungspflicht bestätigen sich auch in der Rechtswirklichkeit: Die Empirie zeigt, dass es häufig zu ungenauen bzw. unzutreffenden Patientenverfügungen kommt⁹⁷⁶, die v. a. der in § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB geforderten Bestimmtheit nicht genügen. Der Gesetzgeber hat für den Laien hohe Anforderungen bei der Errichtung einer wirksamen Patientenverfügung aufgestellt, gleichzeitig es jedoch unterlassen, ihm zur Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen medizinische Hilfe und Beratung zur Seite zu stellen.

Verstärkt wird diese Problematik dadurch, dass viele Menschen nach der erstmaligen Errichtung einer Patientenverfügung davon ausgehen, den damit zusammenhängenden Problembereich umfassend und ggf. sogar abschließend geregelt zu haben⁹⁷⁷. Was ursprünglich als Argument gegen eine mögliche Aktualisierungspflicht angeführt wurde, kann hier als Begründung für eine Beratungspflicht herangezogen werden: Können die Patienten mangels *capacity* bzw. Wahrung der *condition of understanding* – insbesondere hinsichtlich möglicher Krankheitsbilder und medizinisch-technischer Therapiemöglichkeiten – überhaupt keine inhaltlich treffende Patientenverfügung errichten, gehen sie aber subjektiv davon aus, dass ihre Wünsche auch wie beabsichtigt Anwendung finden, entsteht für die Betroffenen lediglich eine Scheinsicherheit.

Allerdings ist zuzugeben, dass angesichts der Vielzahl möglicher Krankheits- und Behandlungssituationen sowie des zu erwartenden Fortschritts der medizinisch-technischen Forschung kaum ein Patient die Situation und Fallgestaltung antizipieren können dürfte, die später tatsächlich eintritt. Auch bei einer ärztlichen Beratung müsste eine umfassende Erörterung möglicher Maßnahmen stattfinden – die der zu beratende Patient zudem emotional sowie intellektuell-kognitiv verstehen können müsste – und die hierfür notwendigen Einwilligungen diskutiert werden⁹⁷⁸. Aufgrund der Komplexität der vielen zu bedenkenden Aspekte wird dies nur selten gelingen. Mit diesem Argument wäre letztlich doch wieder lediglich auf den Beratenen bzw. potenziellen Patienten abzustellen und der Sinn sowie Nutzen der ärztlichen Beratung durchaus diskutabel.

Allerdings wird eine idealtypische Informiertheit des Patienten in der Praxis sowieso kaum vorliegen. Härle verweist hierzu auf eine Alltagserfahrung vieler Patienten, die nach umfassender ärztlicher Information und Aufklärung zwar besser Bescheid wüssten als vorher, letzten Endes aber doch nicht aus sich selbst heraus entscheiden könnten, was in ihrer Situation getan oder unterlassen werden sollte⁹⁷⁹. Daraus entspringt jedoch kein prinzipielles Argument gegen eine ärztliche Beratungspflicht. Die ärztliche Beratung wird zugegebenermaßen kein

⁹⁷⁵ Albrecht/Albrecht, Die Patientenverfügung, Rn. 107.

⁹⁷⁶ Klinkhammer, Deutsches Ärzteblatt 2010, S. A1246 (A1247).

⁹⁷⁷ Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2009, S. 426 (433).

⁹⁷⁸ Albrecht/Albrecht, MittBayNot 2009, S. 426 (427).

⁹⁷⁹ Härle, FPR 2007, S. 47 (50).

idealtypisches Optimum erreichen, i. d. R. aber die Fähigkeit bzw. *capacity* des Verfassers einer Patientenverfügung deutlich erhöhen, eine autonome Entscheidung zu treffen. Lässt sich der Patient angesichts einer bereits diagnostizierten oder sogar ausgebrochenen Krankheit beraten, greift das genannte Argument der Komplexität und der Vielzahl der möglichen Krankheiten und Verläufe sowieso nur bedingt.

Es sollen jedoch auch Argumente in die Abwägung einbezogen werden, die scheinbar für den Verzicht auf eine Beratungspflicht sprechen: So wird die damit zusammenhängende Risikoverteilung zulasten des Patienten teilweise mit dem Prinzip der Privatautonomie selbst begründet. Danach könne jeder Vorbehalt dem Patienten gegenüber zu Fremdbestimmung führen, was durch das Institut der Patientenverfügung vermieden werden solle⁹⁸⁰. Dieses pauschale Argument greift jedoch nicht. Aus den dargelegten Gründen fordert es die Patientenautonomie gerade, dass der Patient entsprechend informiert sein muss, um seinem autonomen Willen durch eine Patientenverfügung wirksam Ausdruck zu verleihen und dadurch Fremdbestimmung zu vermeiden. Der alleinige Verweis auf den intrinsischen Eigenwert der Privatautonomie und den dadurch bedingten Verzicht auf weitere Wirksamkeitsvoraussetzungen vermag angesichts der möglichen existenziellen Folgen für Patient und Patientenautonomie nicht zu überzeugen⁹⁸¹.

Der Verzicht auf eine ärztliche Beratung kann ebenso nicht mit dem Argument gerettet werden, dass auch ein Verzicht auf Selbstbestimmung noch autonom sein kann. Wenn dieser wirklich gewollt werde, handle es sich auch hier um einen autonomen Umgang mit dem eigenen Leben und Sterben⁹⁸². Dies wäre zwar mit dem dieser Untersuchung zugrunde gelegten Autonomieverständnis noch vereinbar. Allerdings setzt auch dieser Verzicht erstens eine grundlegende Informiertheit voraus und es dürfte sich zweitens hierbei um einen Extremfall handeln, der kaum der klassischen Motivation zur Errichtung einer Patientenverfügung entspricht. Die meisten Menschen nutzen das Institut der Patientenverfügung, um die Selbstbestimmung gerade auch im Fall der eigenen Einwilligungsunfähigkeit zu gewährleisten.

g) Inhaltliche Anforderungen an eine ärztliche Beratung

Die Patientenautonomie gebietet nicht nur die bloße Existenz einer ärztlichen Beratung, sondern gibt auch deren materielle Mindestgehalte vor. Bezüglich dieser konkreten Anforderungen an den Inhalt der ärztlichen Beratung lässt sich wiederum an die im Rahmen der Aufklärung bei der aktuellen Einwilligung in einen ärztlichen Eingriff entwickelten Grundsätze anknüpfen.

Diesbezüglich besteht weitgehend Einigkeit, dass eine Einwilligung des Patienten nur dann wirksam erteilt ist, wenn sie – zumindest in den Grundzügen – von der Erkenntnis des Wesens, der Bedeutung sowie der Tragweite des ärztlichen Eingriffs getragen ist⁹⁸³. Nach Ansicht des BGH übernimmt der Arzt, der einem Patienten zum Eingriff rät und ihn im Verlauf eines solchen Gesprächs über Art und Umfang sowie mögliche Risiken dieser Operation aufklärt,

⁹⁸⁰ Beermann, FPR 2010, S. 252 (255).

⁹⁸¹ Vgl. zu diesem Argument hinsichtlich formaler Hürden bei der Errichtung von Patientenverfügungen bereits oben C.III.5.b).

⁹⁸² Eibach/Schaefer, MedR 2001, S. 21 (24).

⁹⁸³ Kierig/Behlau, Der Wille des Patienten entscheidet, Rn. 2; Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V, Rn. 19; vgl. bereits BGHZ 29, 176 (180); grundlegend zum Umfang der Aufklärungspflicht Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht S. 53 ff.; siehe bereits oben C.III.15.a).

dadurch einen Teil der ärztlichen Behandlung⁹⁸⁴. Die Aufklärungsanforderungen steigen dabei mit den Risiken des Eingriffs⁹⁸⁵. Diese Grundlagen müssen – wie bereits dargelegt – erst recht bei den existenziellen antizipativen Regelungsmöglichkeiten der Patientenverfügung gelten. Die Aufklärungspflichten des Arztes werden darüber hinaus systematisch ausdifferenziert: Neben der therapeutischen Sicherungsaufklärung muss v. a. eine Selbstbestimmungsaufklärung vorgenommen werden, die eine Diagnose-, Verlaufs- und Risikoaufklärung enthalten muss und bei der auch über die Dringlichkeit des Eingriffs, Erfolgs- und Heilungschancen, aber auch über mögliche Behandlungsalternativen informiert werden muss⁹⁸⁶. Als Maßstab dient dabei der konkrete Fall und der Empfängerhorizont des individuellen Patienten⁹⁸⁷. Dem entspricht auch das Prinzip der schonenden Aufklärung⁹⁸⁸. In einigen Fällen nicht-indizierter Eingriffe ist eine entsprechende Aufklärungspflicht spezialgesetzlich geregelt⁹⁸⁹. Bei derartigen Maßnahmen wird nach st. Rspr. sogar eine gesteigerte Aufklärungspflicht gefordert⁹⁹⁰: Nach der Reziprozitätsthese des BGH⁹⁹¹ müssen sich Genauigkeit und Ausführlichkeit der ärztlichen Aufklärung umgekehrt proportional zur Dringlichkeit und Notwendigkeit des Eingriffs verhalten⁹⁹².

Der durch das sog. Patientenrechte-Gesetz⁹⁹³ neu eingefügte § 630e Abs. 1 S. 1 BGB übernimmt die genannten, außerhalb des Gesetzes entwickelten Vorgaben und nennt beispielhaft eine Aufklärungspflicht über Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken

⁹⁸⁴ BGH, NJW 1980, S. 1905 (1906).

⁹⁸⁵ *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, Kap. V, Rn. 22.

⁹⁸⁶ *Conradi*, Der Arzt an den Grenzen seines Behandlungsauftrages, S. 104 ff.; *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, Kap. V, Rn. 14 f.; *Kern/Laufs*, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 53 ff.; *Lorz*, Arzthaftung bei Schönheitsoperationen, S. 108 ff.; *Schöch*, Die Aufklärungspflicht des Arztes und seine Grenzen, S. 47 (53 ff.) sowie *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 61 ff., wenn auch bei teilweise unterschiedlicher Terminologie. Vgl. auch BGHZ 29, 46; 90, 103 (106).

⁹⁸⁷ *Fateh-Moghadam*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 230 f.; *Joost*, Begrenzte Rationalität und ärztliche Aufklärungspflichten, S. 126 (130); *Lorz*, Arzthaftung bei Schönheitsoperationen, S. 103; *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 80.

⁹⁸⁸ *Joost*, Begrenzte Rationalität und ärztliche Aufklärungspflichten, S. 126 (131); *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 337 m. w. N.; vgl. zur Aufklärung über tödliche Krankheiten *Glaser/Srauss*, Betreuung von Sterbenden, S. 98 ff.

⁹⁸⁹ Etwa bei der Knochenmark- oder Lebendorganspende, der Kastration und der Teilnahme an einer klinischen Arzneimittelprüfung; vgl. §§ 8 Abs. 1 Nr. 1b, Abs. 2, 8a S. 1 Nr. 4 TPG; § 2 Abs. 1 Nr. 1 KastrG i. V. m. § 3 Abs. 1 KastrG; § 40 Abs. 1 S. 3 Nr. 3b, Abs. 2 AMG i. V. m. § 96 Nr. 10 AMG. Die hierin aufgestellten und strafbewehrten Anforderungen entsprechen im Wesentlichen den oben genannten von der Rechtsprechung entwickelten Aufklärungspflichten. Die in einer Patientenverfügung möglichen Festlegungen können sogar noch folgenreicher (und i. d. R. auch irreversibel) sein als diejenigen, für die der Gesetzgeber hier eine besondere Aufklärung vorschreibt. Vgl. zur Aufklärungspflicht bei nicht-indizierten Schönheitsoperationen auch *Lorz*, Arzthaftung bei Schönheitsoperationen, S. 96 ff.

⁹⁹⁰ Vgl. zu in einer Patientenverfügung angeordneten, aber nicht indizierten Maßnahmen bereits oben C.III.11.c).

⁹⁹¹ Vgl. BGH, MedR 1991, S. 85 f.; BGH, VersR 2006, S. 838 (839); BGH, MedR 2006, S. 588 (589); zur Aufklärungspflicht bei relativer Indikation BGH, NJW 1997, S. 1637 f.; BGH, NJW 1998, S. 1784 f.

⁹⁹² *Damm/Schulte in den Bäumen*, KritV 2005, S. 101 (105 ff.); *Fateh-Moghadam*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 192; *Joost*, Begrenzte Rationalität und ärztliche Aufklärungspflichten, S. 126 (132); *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 59, Rn. 6; *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 71 ff.; *Voll*, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 123 m. w. N. sowie bereits *Tempel*, NJW 1980, S. 609 (611).

⁹⁹³ BGBl. I 2013, S. 277; insgesamt hat das „Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten“ eine Stärkung der Autonomie und Selbstbestimmung der Patienten als Zielrichtung, vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 9.

der Maßnahme sowie deren Notwendigkeit, Dringlichkeit, Eignung und Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Diagnose oder die Therapie. Daneben muss nach § 630e Abs. 1 S. 2 BGB auf Alternativen zur fraglichen Maßnahme hingewiesen werden, wenn mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte und übliche Methoden zu wesentlich unterschiedlichen Belastungen, Risiken oder Heilungschancen führen können.

Zwar kann diese Differenzierung aufgrund der bei einer Vorabverfügung regelmäßig fehlenden konkreten und aktuellen Behandlungssituation nicht direkt auf die Patientenverfügung übertragen werden, es fällt jedoch eine Parallele zwischen den Aufklärungserfordernissen bei nicht-indizierten Maßnahmen und der Situation bei der Errichtung einer Patientenverfügung auf: Die Festlegungen einer Patientenverfügung – zumindest „in gesunden Tagen“ – sind ebenso abstrakt, also unabhängig von einer konkreten Krankheit sowie einer bestimmten ärztlichen Indikation. Der Betroffene sieht sich auch hier einer Vielzahl von Regelungsmöglichkeiten, Behandlungsoptionen und damit möglicherweise zusammenhängenden Gefahren konfrontiert, die er vermutlich kaum überblicken kann. Die ihm offenstehenden Möglichkeiten werden dabei ebenfalls durch keine ärztlicherseits gestellte Diagnose, Prognose und dringliche Indikation eingeschränkt oder in bestimmte Bahnen gelenkt. Daher ist auch hier eine gesteigerte Aufklärungs- bzw. Beratungspflicht zu fordern, um die nötige Basis für eine autonome Entscheidung zu schaffen. Der Bedeutungsverlust der konkreten ärztlichen Indikation ist dabei durch erhöhte Aufklärungs- bzw. Informationspflichten auszugleichen⁹⁹⁴.

Damit der potenzielle Patient eine autonome, also eigene, selbstbestimmte und unabhängige Entscheidung treffen, sowie die Vor- und Nachteile, aber auch die Folgen und Risiken einer bestimmten ärztlichen Maßnahme, die er in der Patientenverfügung anordnet oder ausschließt, abwägen kann, bedarf er dieser breiten und realistischen Tatsachen- und Wissensbasis. Es muss ihm durch die Zurverfügungstellung der notwendigen Informationen ein entsprechender „Entscheidungsraum“⁹⁹⁵ eröffnet werden, welcher der eigentlichen und wiederum selbst autonomen Willensbildung des Patienten zeitlich vorausgehen und aufzeigen muss, in welchen Grenzen und Möglichkeiten sich seine Entscheidung vollziehen kann. Zunächst einmal muss der Patient die mittels Patientenverfügung zu regelnde Krankheitssituation überhaupt verstehen, er muss über mögliche und nicht mögliche therapeutische Behandlungen Bescheid wissen, um die verschiedenen Optionen – einschließlich entsprechender Folgen und Belastungen bei Inanspruchnahme, aber auch bei einem Verzicht darauf – selbständig beurteilen zu können. Der medizinisch ausgebildete Arzt kann angesichts seines Wissensvorsprungs hierzu einen erheblichen Beitrag an Aufklärungsarbeit leisten und verhindern, dass der Verfasser nur Regelungen in Betracht zieht, die er sich nach seinem eigenen Kenntnisstand oder aufgrund vorgegebener Alternativen durch entsprechende Muster für sich selbst vorstellen kann. Angesichts des medizinisch-technischen Fortschritts und vieler für den Laien schwieriger medizinischer Fachtermini kann hierfür allerdings ein entsprechend hoher Aufwand nötig sein, damit es beim Patienten zu einem wirklichen Verständnis kommt.

Der beratende Arzt kann zudem auf die gesetzlichen Vorgaben zur Patientenverfügung nach den §§ 1901a f. BGB wie Aktualisierung, Bestimmtheits- und Formanforderungen, Bindungswirkung aber auch Widerrufsmöglichkeiten hinweisen und darüber hinaus Empfehlungen au-

⁹⁹⁴ *Damm/Schulte in den Bäumen*, KritV 2005, S. 101 (109 f.); *Joost*, Begrenzte Rationalität und ärztliche Aufklärungspflichten, S. 126 (145).

⁹⁹⁵ *Härle*, FPR 2007, S. 47 (49).

ßerhalb der gesetzlichen Regelung – etwa zu bestimmten Formulierungen – abgeben. Daneben kann er über Erfahrungen mit Patienten berichten, die sich in vergleichbaren Situationen befunden haben⁹⁹⁶. Gerade Letzteres ist von großer Bedeutung für die Patientenautonomie, da beim Verfassen der Patientenverfügung eine eigene Wirkungserfahrung bezüglich der zu regelnden Krankheits- und Behandlungssituation regelmäßig fehlt⁹⁹⁷.

Der beratende Arzt darf dabei aber nicht nur sein Fachwissen anwenden, sondern muss mittels einer umfassenden Anamnese im Sinne einer „hermeneutische[n] Fürsorge“⁹⁹⁸ den Patienten persönlich begleiten. Es muss geklärt werden, welche Folgen für das alltägliche Leben entstehen können, wie dieses Leben bei Inanspruchnahme und wie bei Verzicht auf eine Therapie aussehen würde sowie ob etwaige Anschlussbehandlungen notwendig sind⁹⁹⁹. Angesichts der oftmals unumkehrbaren Folgen im wahrsten Sinne des Wortes lebenswichtiger Entscheidungen kann hierbei auch nicht von einer paternalistischen Bevormundung gesprochen werden, wenn ein Arzt einem Patienten, der seinen Lebensmut verloren hat, neue mögliche Alternativen und Lebensoptionen vor Augen führt¹⁰⁰⁰. Die weich paternalistische Maßnahme der Beratung eröffnet dem potenziellen Patienten überhaupt eventuell erst den für eine autonome Entscheidung notwendigen Entscheidungsraum.

Andererseits muss die Beratung so ausgestaltet werden, dass der bereits erwähnte inhärente Paternalismus in der Arzt-Patienten-Beziehung nicht wieder durchschlagen kann¹⁰⁰¹. So dürfen dem Patienten bei einer bereits bestehenden Krankheit keine schlechten, schwierigen oder infausten Prognosen vorenthalten werden¹⁰⁰². Der Betroffene muss – falls diese vorliegen – gerade um seine eigenen Krankheitsdiagnosen und -prognosen wissen, denn genau für diese möchte er eine Patientenverfügung errichten.

Hierbei lassen sich wieder die Erkenntnisse des *bounded rationality*-Ansatzes¹⁰⁰³ zunutze machen. Dieser weist aus verhaltensökonomischer Perspektive darauf hin, dass der Einzelne eben nicht immer rein rational und nutzenmaximierend handelt, sondern seine Entscheidungen vom Kontext und von entsprechenden Rahmenbedingungen wie der Informationsgenerierung durch den Arzt, der konkreten Darstellungsweise der Probleme und Optionen während der Beratung sowie den Wahrnehmungsmöglichkeiten des Beratenen abhängen¹⁰⁰⁴. Es kann daher zu vielfältigen Verzerrungseffekten durch kognitive Abweichungen und Schwächen bei der Willensbildung kommen¹⁰⁰⁵. Hier ist v. a. auf den *over-confidentiality-bias* bzw. Überop-

⁹⁹⁶ Hoppe, zitiert nach *Klinkhammer*, Deutsches Ärzteblatt 2010, S. A1246 f.

⁹⁹⁷ Sass, Patientenverfügung und Betreuungsvollmacht, S. 47; Splett, Was bedeutet eigentlich „Patientenwille“?, S. 19 (36).

⁹⁹⁸ Härle, FPR 2007, S. 47 (49) lehnt diesen Begriff an die Hermeneutik als geistes- und kulturwissenschaftliche Theorie des Verstehens an; in diese Richtung auch *Maio*, DMW 2008, S. 2582 f.

⁹⁹⁹ Härle, FPR 2007, S. 47 (49).

¹⁰⁰⁰ So auch *Rat der evangelischen Kirche in Deutschland*, Sterben hat seine Zeit, Überlegungen zum Umgang mit Patientenverfügungen aus evangelischer Sicht, S. 17.

¹⁰⁰¹ Vgl. hierzu im Verhältnis Arzt – Patientenvertreter auch oben C.III.9.c).

¹⁰⁰² Was von Medizinethikern jedoch teilweise gefordert und mit dem Fürsorge-Ethos begründet wird, vgl. etwa *Dichgans*, Der Arzt und die Wahrheit am Krankenbett, S. 193 (195 f., 203).

¹⁰⁰³ Vgl. zu diesem Ansatz bereits oben C.I.1.c).

¹⁰⁰⁴ *Joost*, Begrenzte Rationalität und ärztliche Aufklärungspflichten, S. 126 (138).

¹⁰⁰⁵ Eine umfassende Auflistung und Analyse dieser – auch Bias oder Verhaltensanomalien genannten – Verzerrungseffekte findet sich bei *van Aaken*, Begrenzte Rationalität und Paternalismusgefahr, S. 109 (113, 115 ff.) sowie *dies.*, Das deliberative Element juristischer Verfahren als Instrument zur Überwindung nachteiliger Verhaltens-

timismus hinzuweisen, wonach der Einzelne dazu neigt, Risiken zu unterschätzen und die eigenen Kontrollmöglichkeiten überzubewerten¹⁰⁰⁶. Dies gilt umso mehr, als dass dem Verfasser einer Patientenverfügung eine eigene Wirkungserfahrung hinsichtlich der im Anwendungsfall der Patientenverfügung eintretenden konkreten Behandlungssituation fehlt¹⁰⁰⁷. Da es sich beim Institut der Patientenverfügung um eine Form der antizipativen Vorsorge mit einem entsprechenden Zeitmoment handelt, ist auch auf die Möglichkeit zeitinkonsistenten Verhaltens hinzuweisen, wonach Kurz- und Langzeitinteressen des Entscheidenden in Konflikt geraten können¹⁰⁰⁸.

Die Präferenzen des potenziellen Patienten dürfen ebenso nicht durch tatsächliche äußere Gegebenheiten negativ beeinflusst werden. Dies können etwa vorgegebene Standardoptionen¹⁰⁰⁹, die Formulierung von Alternativen – man spricht hier auch vom sog. *framing*-Effekt – sowie die Anpassung von Präferenzen an Möglichkeiten selbst, sog. adaptive Präferenzen, sein¹⁰¹⁰. Jedoch dürfen hier wieder keine zu perfektionistischen Anforderungen gestellt werden¹⁰¹¹. Die Entscheidungsfreiheit in medizinisch komplexen Angelegenheiten unterliegt bestimmten Grenzen und Gesetzmäßigkeiten, die aus tatsächlichen Gründen nicht auszuräumen sind.

Folge dieser dargestellten Problematik kann jedoch nur sein, die Qualität der Patientenverfügung in praktischer und tatsächlicher Hinsicht zu verbessern und nicht, sie im Anwendungsfall ggf. nicht zu befolgen. Dies wäre aus Sicht der Patientenautonomie inakzeptabel und mit deren Achtungsanspruch der *sovereign authority* nicht vereinbar.

Zu unterscheiden ist von den genannten Anforderungen an die Beratung jedoch der Fall, dass der betroffene Patient keine Informationen erhalten und die von ihm zu treffenden Entscheidungen auf Dritte – seien es der behandelnde Arzt oder der Patientenvertreter – delegieren möchte. Ein solches „Recht auf Nichtwissen“¹⁰¹² ist Ausfluss der Patientenautonomie und *de lege lata* durchaus möglich¹⁰¹³. Jedoch muss der potenzielle Patient auch in diesem Fall auf die grundsätzlich bestehenden Optionen sowie die mit der Delegation verbundenen grundlegenden Gefahren hingewiesen werden.

Dass und mit welchem Arzt ein Beratungsgespräch stattgefunden hat, sollte in der Patientenverfügung vermerkt werden, damit der beratende Arzt bei deren Auslegung vom Vertreter sowie den behandelnden Ärzten ggf. herangezogen werden und dadurch zu einer genaueren Klärung des autonomen Willens des Patienten beitragen kann¹⁰¹⁴. Darüber hinaus kann der

anomalien, S. 189 (193 ff., 218 ff.) m. w. N.

¹⁰⁰⁶ Vgl. hierzu Joost, Begrenzte Rationalität und ärztliche Aufklärungspflichten, S. 126 (141); Prentice et al., The American Journal of Psychiatry 2005, S. 507 ff.

¹⁰⁰⁷ Sass, Patientenverfügung und Betreuungsvollmacht, S. 47; Splett, Was bedeutet eigentlich „Patientenwille“?, S. 19 (36).

¹⁰⁰⁸ Joost, Begrenzte Rationalität und ärztliche Aufklärungspflichten, S. 126 (141).

¹⁰⁰⁹ Dieses Problem stellt sich regelmäßig auch bei der Verwendung von Mustern, vgl. hierzu später noch C.III.16.

¹⁰¹⁰ Gutwald, Autonomie, Rationalität und Perfektionismus, S. 73 (85).

¹⁰¹¹ Vgl. zum Schwellenkonzept der Autonomie bereits oben C.I.1.e).

¹⁰¹² Vgl. zum Recht auf Nichtwissen Katzenmeier, Deutsches Ärzteblatt 2006, S. A1054, der anhand des Mammographie-Screenings auch auf die sonst für die Patientenautonomie bestehenden Gefahren eingeht, sowie Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 126.

¹⁰¹³ Vgl. hinsichtlich einer derartigen Vorsorgevollmacht bereits oben C.III.4c).

¹⁰¹⁴ Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, Deutsches Ärzteblatt

Arzt das Wirksamkeitserfordernis der Einwilligungsfähigkeit bestätigen und bei einer Änderung des Gesundheitszustands des Patienten eine Konkretisierung oder Aktualisierung der Verfügung anregen¹⁰¹⁵. Unabhängig davon bietet der Nachweis einer ärztlichen Beratung ein Indiz dafür, dass der Patient bei Errichtung ausreichend aufgeklärt sowie informiert war und unterstreicht damit letztlich die Ernsthaftigkeit sowie den Autonomiegehalt der Erklärung. Außerdem wird dadurch der Vertreter des Patienten entlastet, der einfacher überprüfen kann, ob der in der Patientenverfügung niedergelegte Wille tatsächlich autonom gebildet wurde. Dies schließt gleichzeitig eine Hintertür für Fremdbestimmung: Da sichergestellt ist, dass die Festlegungen der Patientenverfügung autonom getroffen wurden, wird der Argumentation der Boden entzogen, der betroffene Patient könne es in der konkreten Anwendungssituation gar nicht so gewollt haben, um mittels der Konstruktion des mutmaßlichen Willens auf einen von Dritten – Patientenvertreter oder behandelndem Arzt – bestimmten Willen abzustellen. Der mutmaßliche Wille nach § 1901a Abs. 2 BGB stellt mangels entsprechender Beratung oder Aufklärung immer einen uninformierten Willen dar; hinsichtlich einer zu fordernden Aufklärung könnte dann nur noch auf den Patientenvertreter abgestellt werden¹⁰¹⁶.

Was die Pflicht zu einer ärztlichen Beratung betrifft, gehen die Richtlinien der Ärzteschaft zu Recht davon aus, dass die grundsätzliche Initiative zu einem Beratungsgespräch vom Patienten ausgehen sollte¹⁰¹⁷. Allerdings wird auch hier auf den Fürsorgegedanken abgestellt, wenn davon ausgegangen wird, dass der Arzt in bestimmten Situationen die Möglichkeit der Patientenverfügung von sich aus ansprechen sollte¹⁰¹⁸.

h) Juristische Beratung durch Rechtsanwälte, Notare oder unabhängige Beratungsstellen

Neben der Diskussion um eine mögliche ärztliche Beratungspflicht spielte die Frage nach einer juristischen Beratung durch einen Rechtsanwalt oder Notar sowie die medizinische und rechtliche Beratung durch unabhängige Beratungsstellen¹⁰¹⁹ bei Erlass des 3. BtÄndG nur eine untergeordnete Rolle. Gleichwohl kann der Verfasser hierdurch auf die rechtlichen Wirkungen seiner Patientenverfügung hingewiesen und für möglicherweise entstehende Probleme

2013, S. B1392 (B1395).

¹⁰¹⁵ Empfehlungen der *Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer* zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, Deutsches Ärzteblatt 2013, S. B1392 (B1396); *Meier*, BtPrax 2001, S. 181 (185).

¹⁰¹⁶ *Beckmann*, MedR 2009, S. 582 (585).

¹⁰¹⁷ Empfehlungen der *Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer* zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, Deutsches Ärzteblatt 2013, S. B1392 (B1395).

¹⁰¹⁸ Eine derartige Situation soll etwa vorliegen, wenn „bei einer bevorstehenden Behandlung oder in einem absehbaren Zeitraum der Eintritt der Einwilligungsunfähigkeit mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist und der Patient ohne Kenntnis von den Möglichkeiten der vorsorglichen Willensbekundung seine Sorge über den möglichen Zustand fehlender Selbstbestimmung angesprochen hat“; vgl. Empfehlungen der *Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer* zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, Deutsches Ärzteblatt 2013, S. B1392 (B1395).

¹⁰¹⁹ Die Schiedsstelle der Deutschen Stiftung Patientenschutz etwa bietet eine zeitnahe Klärung und Prüfung von Patientenverfügungen, vgl. hierzu *Simon*, Die Patientenverfügung in der Beratungspraxis – Zur Erstellung von Patientenverfügungen, S. 57 (65) sowie https://www.stiftung-patientenschutz.de/service/patientenverfuegung_vollmacht/schiedsstelle_patientenverfuegung (zuletzt aufgerufen am 30.12.2013).

sensibilisiert werden. Auch die juristische Beratung stellt ein aus Sicht der Patientenautonomie zulässiges weich paternalistisches Instrument zur Erhöhung des Autonomiegrads der in der Patientenverfügung zu treffenden Entscheidungen dar. Eine Beratung von juristischer Seite ist dabei sicherlich vorteilhaft, wird jedoch hinter der fachlich spezialisierten medizinischen Beratung zurückbleiben und kann diese nicht ersetzen¹⁰²⁰. Den am besten zur Beratung geeigneten Mediziner stellt neben dem Hausarzt¹⁰²¹, welcher den Patienten und dessen bisherige Krankengeschichte i. d. R. bereits lange und am besten kennt, ein fachlich spezialisierter Palliativmediziner dar, der mit entsprechenden Behandlungssituationen und Therapien am Lebensende vertraut ist.

Sowohl bei juristischer als auch bei medizinischer Beratung ist eine Ausgestaltung als Anspruch im Rahmen der gesetzlichen Krankenkasse sinnvoll¹⁰²², damit der Einzelne sein Recht auf Selbstbestimmung effektiv wahrnehmen kann. Dadurch kann außerdem dem Argument entgegengetreten werden, eine ärztliche Beratungspflicht stelle eine finanzielle Hürde bei der Errichtung einer Patientenverfügung auf.

i) Zwischenergebnis

Summa summarum sichert eine ärztliche Beratungspflicht die Patientenautonomie im Entscheidungsprozess bei der Errichtung einer Patientenverfügung ab und trägt somit – wenn auch als weich paternalistische Maßnahme – letztlich dazu bei, dem Patienten in vielen Fällen überhaupt erst eine autonome Entscheidung zu ermöglichen¹⁰²³. Während eine nachträgliche *ex post*-Korrektur der Entscheidung – selbst unter Berufung auf die Patientenautonomie – einen paternalistischen Eingriff darstellen und meist wohl auf Mutmaßungen beruhen würde, bietet die vorherige fachkundige Beratung eine schonende Möglichkeit, die Bedingungen für eine autonome Entscheidung bereits *ex ante* zu sichern. Auf diese Weise kann die Patientenautonomie bereits bei den inhaltlichen Festlegungen einer Patientenverfügung gewährleistet und das Risiko defizitärer Patientenentscheidungen auch bei diesem Rechtsinstitut vermieden werden. Die Beratung stellt dabei bei entsprechender inhaltlicher Ausgestaltung keine hart paternalistische Maßnahme, sondern vielmehr als deliberatives Verfahren eine Hilfe dar, die mögliche Verzerrungseffekte berücksichtigen und somit den einzelnen Patienten bei seiner autonomen Entscheidung unterstützen kann¹⁰²⁴. Nicht zuletzt diese Tatsache macht die Beratungspflicht zu einer schonenden Regelung im Wechselspiel von Patientenautonomie und Paternalismus. *Härle* bezeichnet die ärztliche Beratung und Hilfe daher als „informierende Fürsorge“¹⁰²⁵. Eine Beratungspflicht stellt keine allzu große Hürde für die Errichtung einer Patientenverfügung dar, wie dies der Gesetzgeber befürchtet hat. Angesichts der weiten Re-

¹⁰²⁰ *Baumann/Hartmann*, DNotZ 2000, S. 594 (612); *Taupitz*, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, S. A114 f.

¹⁰²¹ Dies empfiehlt *Bickhardt*, Der Patientenwille, S. 12.

¹⁰²² *Platzer*, Autonomie und Lebensende, S. 262 f.; auch der „Zöller-Entwurf“ sah dies in § 24c SGB V-E i. d. F. BT-Drs. 16/13314 S. 16 f. vor.

¹⁰²³ Vgl. zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer entsprechenden Beratungspflicht *Schuler-Harms*, Maßstabs- und Koordinierungsleistungen des Verfassungsrechts bei der gesetzlichen Regulierung von Patientenverfügungen, S. 69 (87).

¹⁰²⁴ *Van Aaken*, Begrenzte Rationalität und Paternalismusgefahr, S. 109 (140); *Joost*, Begrenzte Rationalität und ärztliche Aufklärungspflichten, S. 126 (147).

¹⁰²⁵ *Härle*, FPR 2004, S. 47 (49).

gelungsmöglichkeiten, welche die gesetzliche Regelung des Instituts der Patientenverfügung eröffnet, sowie der möglicherweise damit einhergehenden existenziellen Folgen für das eigene Leben und Sterben ist dies aus den dargelegten Gründen zur Wahrung der Bedingungen der Patientenautonomie normativ gerechtfertigt. Letztlich dient diese dem Schutz des Betroffenen und ermöglicht dessen Selbstbestimmungsfähigkeit als Voraussetzung seines Selbstbestimmungsrechts¹⁰²⁶. Die Beratungspflicht zeigt aber auch, dass paternalistische Maßnahmen zum Schutz der Patientenautonomie nicht vollständig ausgeschlossen werden können.

Das eigentliche Ob und Wie einer Abfassung der Patientenverfügung kann zwar durch eine ärztliche Beratung dem Betroffenen nicht von Dritten abgenommen werden. Eine solche Entscheidung kann und soll er – auch und gerade aus Gründen der Patientenautonomie – nur selbst treffen. Die medizinische Beratung kann jedoch durch Informationsverschaffung als Hilfestellung für die zu treffende Entscheidung fungieren und damit die Entscheidung des Patienten unter Autonomiegesichtspunkten optimieren. Um in *Feinbergs*¹⁰²⁷ Terminologie zu sprechen, steigert sie die persönliche Fähigkeit (*capacity*) und damit den Autonomiegrad der Entscheidung: Der Arzt zeigt dem Patienten potenzielle Regelungsmöglichkeiten, Krankheitsbilder sowie Behandlungssituationen auf, weist aber auch auf die Möglichkeiten der medizinisch-technischen Forschung hin. Daneben kann er Krankheitsbiographien anderer Patienten schildern, die dem Beratenen zumindest die grundlegende Vorstellung geben, worüber er entscheidet.

Der Betroffene kann sich aber trotzdem nach wie vor für oder gegen die Vorschläge des beratenden Arztes entscheiden und von diesen abweichen¹⁰²⁸. Erfolgt die Beratung autonomieorientiert, erhalten die Festlegungen des Patienten mittels der Sicherstellung einer gewissen Überlegtheit bzw. Authentizität¹⁰²⁹ einen qualitativ höheren Autonomiegehalt. Die Patientenautonomie kann durch eine Beratung also nicht nur grundlegend gesichert, sondern sogar optimiert werden.

Zu bedenken ist dabei allerdings, dass die Beratung keine vollständig rationalen Entscheidungen hervorbringen muss. Eine Entscheidung ist auch autonom, wenn sie nicht vollkommen rational bzw. vernünftig ist¹⁰³⁰. Aber selbst der Ansicht, die vom Erfordernis der Rationalität autonomer Entscheidungen ausgeht, kann entgegnet werden, dass mittels Beratung der Rationalitätsgehalt der zu treffenden Entscheidungen erhöht werden kann. Dies ist insofern autonomieskompatibel, als dass der Patient auf weich paternalistisch zur Verfügung gestellter rationaler Grundlage selbst entscheidet und nicht seine eigenen Festlegungen später aus Rationalitätsgründen heteronom übergangen werden können.

Nach alledem sprechen die gewichtigeren Gründe für eine ärztliche Beratungspflicht, wobei die Beratung durch den Arzt wiederum selbst autonomieskompatibel ausgestaltet werden muss. Dass eine solche Beratungspflicht praktisch umsetzbar ist, zeigt ein rechtsvergleichender Blick: Im österreichischen Patientenverfügungsgesetz¹⁰³¹ ist in § 5 und § 6 eine vorhergehende

¹⁰²⁶ Friedrich, ZfmE 2013, S. 311 (315).

¹⁰²⁷ Faden und Beauchamp würden von der *condition of understanding* sprechen.

¹⁰²⁸ So für die Aufklärungspflicht vor konkreten Maßnahmen auch Joost, Begrenzte Rationalität und ärztliche Aufklärungspflichten, S. 126 (135).

¹⁰²⁹ Vgl. zu diesen Bedingungen bzw. Bestandteilen der Patientenautonomie bereits oben C.I.1.f).

¹⁰³⁰ Vgl. zur Begründung bereits oben C.I.1.c).

¹⁰³¹ Bundesgesetz über Patientenverfügungen vom 8. Mai 2006 (BGBl. Nr. 55/2006); vgl. hierzu auch Heggen, ZNotP 2008, S. 184 ff.

ärztliche Beratung verbindlich vorgeschrieben, welche der Arzt vor Errichtung der Verfügung durch Unterschrift zu bestätigen hat.

16. Verwendung von Mustern und Formularen für Patientenverfügungen

Mittlerweile existieren eine Vielzahl von Formularen und vorformulierten Mustern für Patientenverfügungen¹⁰³², die von staatlichen¹⁰³³, kirchlichen¹⁰³⁴ oder privaten Organisationen, aber auch von Seiten der Ärzteschaft¹⁰³⁵ herausgegeben und empfohlen werden. Auch aus der Notarpraxis gibt es entsprechende Formulierungsvorschläge und Muster¹⁰³⁶. Ebenso kursieren im Internet eine Vielzahl an Formularen, Mustern und Formulierungsvorschlägen¹⁰³⁷.

Aus Sicht der Patientenautonomie ist die Verwendung solcher Formulare allerdings kritisch zu sehen¹⁰³⁸. Sie können heteronome Motive und Erwägungen in den autonomen Prozess der Entscheidungsfindung einführen: Einerseits schränken vorgegebene Klauseln die zur Verfügung stehenden Regelungsmöglichkeiten ein, wodurch es zu einer Fremdbestimmung bzw. -steuerung kommen kann, derer sich der Betroffene meist noch nicht einmal bewusst sein wird¹⁰³⁹. Andererseits bedingt die Vorgabe, dass Formulare möglichst viele Fälle erfassen sol-

¹⁰³² Es lässt sich empirisch kaum eine belastbare Zahl bilden; *Lange*, Inhalt und Auslegung von Patientenverfügungen, S. 23 schätzt 180 Stück, die tatsächliche Anzahl dürfte m. E. aber noch darüber liegen. Eine umfassende Analyse von Formularen, Mustern und Ratgebern – allerdings noch für die alte Rechtslage – findet sich bei *Lange*, Inhalt und Auslegung von Patientenverfügungen, S. 195 ff., eine entsprechende Liste findet sich auch bei *Jacobi/May/Kielstein/Bienwald* (Hrsg.), Ratgeber Patientenverfügung, S. 19 ff.; *Taupitz*, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, S. A105.

¹⁰³³ Vgl. etwa *Bayerisches Staatsministerium der Justiz und für Verbraucherschutz* (Hrsg.), Vorsorge für Unfall, Krankheit, Alter durch Vollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung; *Bundesministerium der Justiz* (Hrsg.), Patientenverfügung, Leiden, Krankheit, Sterben, S. 19 ff.; hierzu *Alberts*, FPR 2007, S. 73 ff.; *Gaidzik*, Patientenverfügungen, S. 49 ff.

¹⁰³⁴ *Deutsche Bischofskonferenz/Rat der Evangelischen Kirche* (Hrsg.), Christliche Patientenvorsorge; vgl. hierzu *Meier*, Leben erhalten - Sterben zulassen, S. 33 ff. sowie *Eibach*, Selbstbestimmung angesichts schwerster Krankheit und des Todes?, S. 47 (54 ff.); *ders.*, ZfmE 1998, S. 201 ff.

¹⁰³⁵ Empfehlungen der *Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer* zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, Deutsches Ärzteblatt 2013, S. B1392 (B1395).

¹⁰³⁶ *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2009, S. 426 (435).

¹⁰³⁷ Vgl. etwa die Übersicht unter <http://www.ethikzentrum.de/patientenverfuegung/verfuegungsliste/verfuegungen.htm> (zuletzt aufgerufen am 30.12.2013).

¹⁰³⁸ So auch *Bobbert*, Chancen und Schwierigkeiten von Patientenverfügungen aus ethischer Sicht, S. 697 (702); *Conradi*, Der Arzt an den Grenzen seines Behandlungsauftrages, S. 556 f.; *Dodegge/Roth*, Betreuungsrecht, Teil C, Rn. 114 ff.; *Gaidzik*, Patientenverfügungen, S. 32; *Jox*, ZfmE 2013, S. 269 (275 f.); *Knieper*, BtPrax 1998, S. 160 (161); *Landau*, ZRP 2005, S. 50 (52); *Meier*, BtPrax 2001, S. 181 (183); *Meran et al.* (Hrsg.), Möglichkeiten einer standardisierten Patientenverfügung, S. 22; *Milzer*, NJW 2003, S. 1836 (1837); *Roth*, BtPrax 2003, S. 215 (216); *Rickmann*, Zur Wirksamkeit von Patiententestamenten im Bereich des Strafrechts, S. 208; *Roglmeier*, FPR 2010, S. 282 (284); *Spickhoff*, JZ 2003, S. 739 (741); *Taupitz*, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, S. A118; zur Problematik von Musterformulierungen auch *Renner*, in: *Müller/Renner*, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, Rn. 518 ff.; für die Verwendung von Mustern und Formularen dagegen *Alberts*, FPR 2007, S.73 f.; *Coepicus*, ZRP 2003, S. 175 (176 f.); *Putz/Steldinger*, Patientenrechte am Ende des Lebens, S. 122; *Vetter*, Selbstbestimmung am Lebensende, S. 62 f.; offener auch *Lipp*, FamRZ 2004, S. 317 (320 f.).

¹⁰³⁹ *Conradi*, Der Arzt an den Grenzen seines Behandlungsauftrages, S. 557.

len, zwangsläufig die Unbestimmtheit bzw. Unschärfe der verwendeten Begriffe und damit einhergehend Zweifel an der praktischen Verwertbarkeit¹⁰⁴⁰. Von einer echten individuell-konkreten, auf den persönlichen Fall zugeschnittenen Regelung kann zudem nicht mehr gesprochen werden. Eine Heranziehung vorformulierter Muster kann daher den Autonomiegehalt von Patientenverfügungen vermindern, da häufig eine unreflektierte Unterschrift in dem Glauben stattfinden wird, das vorformulierte Muster werde entsprechend geeignet sein und die rechtlich korrekte Regelung der eigenen Wünsche enthalten. Es bestehen daher Zweifel, dass sich der Unterzeichnende eingehend mit dem Inhalt beschäftigt und seine Entscheidung in der angesichts der möglichen existenziellen Folgen erforderlichen Art und Weise reflektiert und abgewogen hat. Auch werden viele v. a. nicht-amtliche Formulare meist keine Gewähr dafür bieten, den durch das 3. BtÄndG eingeführten gesetzlichen Anforderungen – auch und v. a. hinsichtlich der von § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB geforderten Bestimmtheit – in vollem Umfang zu entsprechen. Die beschriebene Gefahr droht ebenfalls bei der bloßen Kombination von Textbausteinen¹⁰⁴¹.

Musterverfügungen wiegen den Verfasser zudem in einem Gefühl der Vollständigkeit. Ein einzelnes Muster kann diese jedoch aufgrund der vielen möglichen ethischen und weltanschaulichen Grundeinstellungen des potenziellen Patienten und den damit einhergehenden vielfältigen Entscheidungsmöglichkeiten nicht in ausreichendem Umfang gewährleisten¹⁰⁴². *Coeppecus* zeigt anschaulich am Beispiel der Unumkehrbarkeit der Einwilligungsfähigkeit, wie sich einzelne Muster voneinander unterscheiden, aber auch wie leicht der Verwender durch die Vorgaben der Musterformulierungen einzelne Aspekte übersehen kann¹⁰⁴³.

Der potenzielle Patient sollte sich – um zu einer autonomen Entscheidung zu gelangen – bei der Verwendung eines Musters intensiv mit dessen Inhalten auseinandersetzen und überprüfen, ob die darin vorgeschlagenen Formulierungen zu seinen eigenen Behandlungswünschen passen, wobei eine ärztliche Beratung auch unter diesem Aspekt einen wichtigen Beitrag zur Gewährleistung der Patientenautonomie leisten kann¹⁰⁴⁴. Eine schriftliche Ergänzung des Musters durch eigene Wertvorstellungen kann dieses Bemühen zudem verdeutlichen.

Daneben ist eine Parallele zu der für die Einwilligung in aktuelle medizinische Maßnahmen erforderlichen Aufklärung des Patienten zu ziehen: Hier darf die Aufklärung nicht bloß mittels Formularen erfolgen, sondern es muss zumindest um ein mündliches individuelles Gespräch mit dem behandelnden Arzt oder einem autorisierten Stellvertreter ergänzt werden¹⁰⁴⁵. Dies ist auch bei der Errichtung einer Patientenverfügung folgerichtig¹⁰⁴⁶, woran sich zeigt, dass eine ärztliche Beratung in den meisten Fällen eine notwendige Voraussetzung ist, um eine autonome Entscheidung zu gewährleisten und eine Überforderung des Verfassers zu vermeiden.

¹⁰⁴⁰ *Dodegge/Roth*, Betreuungsrecht, Teil C, Rn. 114 ff.

¹⁰⁴¹ *Lange*, Inhalt und Auslegung von Patientenverfügungen, S. 187; *Putz/Steldinger*, Patientenrechte am Ende des Lebens, S. 125.

¹⁰⁴² *Bundesministerium der Justiz (Hrsg.)*, Patientenautonomie am Lebensende, S. 22.

¹⁰⁴³ *Coeppecus*, NJW 2011, S. 2085.

¹⁰⁴⁴ So auch die Empfehlungen der *Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer* zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, Deutsches Ärzteblatt 2013, S. A1580 (A1583).

¹⁰⁴⁵ BGHZ 90, 103 (110); BGHZ 144, 1 (13); vgl. *Dichgans*, Der Arzt und die Wahrheit am Krankenbett, S. 193 (207); *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, Kap. V, Rn. 46.

¹⁰⁴⁶ Vgl. zur Beratungspflicht oben C.III.15.

Eine ärztliche Beratung ist der unreflektierten Verwendung von vorformulierten Formularen aus Sicht der Patientenautonomie vorzugswürdig.

Um die gesetzlichen Vorgaben der §§ 1901a ff. BGB einzuhalten, wäre die Verabschiedung eines gesetzlichen Musters für die Patientenverfügung möglich¹⁰⁴⁷, wie dies in anderen Bereichen des Zivilrechts durchaus üblich ist¹⁰⁴⁸. Dieses könnte zumindest als Richtschnur für individuelle Verfügungen dienen und entsprechend dem aktuellen Stand des medizinisch-technischen Fortschritts angepasst werden. Um eine tatsächlich autonome Entscheidung treffen zu können, muss sich der potenzielle Patient aber bei dessen Verwendung trotzdem intensiv mit seinen inhaltlichen Festlegungen auseinandersetzen.

17. Das Koppelungs- und Verpflichtungsverbot des § 1901a Abs. 4 BGB als Schutz der negativen Patientenautonomie

Das Prinzip der Patientenautonomie beinhaltet neben einer positiven ebenso eine negative Schutzrichtung. Die Ausprägungen der *condition of noncontrol* bzw. *voluntariness* schützen die negative Patientenautonomie und gebieten, dass die Errichtung einer Patientenverfügung freiwillig erfolgen muss. Auch die Rahmenbedingungen der Errichtung einer Patientenverfügung müssen daher autonomiekonform sein, Entscheidungen unter Zwang können dabei nicht als autonome Entscheidungen angesehen werden. Dem folgen die Regelungen des 3. BtÄndG, das nach § 1901a Abs. 4 BGB ein allgemeines zivilrechtliches Verpflichtungs- und Koppelungsverbot statuiert, nach dem niemand zur Errichtung oder Aufrechterhaltung einer Patientenverfügung verpflichtet werden sowie deren Errichtung oder Vorlage nicht zur Bedingung eines Vertragsschlusses gemacht werden darf. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll dadurch individuellem oder gesellschaftlichem Druck zur Abgabe einer Patientenverfügung oder einer Verfügung bestimmten Inhalts entgegengetreten werden, um so das Selbstbestimmungsrecht sowie das grundgesetzliche Recht auf körperliche Unversehrtheit des Betroffenen mit gesetzgeberischen Mitteln zu schützen¹⁰⁴⁹. Befürchtet wurde, dass Patientenverfügungen zur Bedingung zum Abschluss relevanter Heim- und Versicherungsverträge gemacht werden. Eine solche unzulässige Bedingung wäre etwa die Gewährung eines Rabatts in der privaten Krankenversicherung, falls bestimmte kostenintensive medizinische oder therapeutische Maßnahmen – beispielsweise bei Eintreten eines apallischen Syndroms – per Patientenverfügung ausgeschlossen werden¹⁰⁵⁰. Ein Verstoß gegen das Koppelungsverbot stellt einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB dar¹⁰⁵¹, bedingt die Nichtigkeit als Rechtsfolge

¹⁰⁴⁷ Ein derartiges einheitliches Muster fordert *Coeppecus*, ZRP 2003, S. 175 (177); kritisch hierzu *May*, KritV 2004, S. 428 (434); *Strätling/Sedemund-Adib/Scharf/Schmucker*, BtPrax 2003, S. 154 (155); *Taupitz*, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, S. A118, der darin eine unzulässige Einschränkung der Privatautonomie sieht.

¹⁰⁴⁸ Vgl. etwa die Musterbelehrung im Widerrufsrecht nach §§ 355, 360 Abs. 3 BGB, Muster der Anlage 1 zum EGBGB.

¹⁰⁴⁹ BT-Drs. 16/13314, S. 20; das Koppelungsverbot geht auf den „Bosbach-Entwurf“ zurück, vgl. § 1901b Abs. 5 BGB i. d. F. BT-Drs. 16/11360, S. 22, der „Stünker-Entwurf“ (BT-Drs. 16/8442) sah dies ursprünglich nicht vor.

¹⁰⁵⁰ *Jürgens*, Betreuungsrecht, § 1901a BGB, Rn. 22; *Kierig/Behlau*, Der Wille des Patienten entscheidet, S. 18; *Spickhoff*, Medizinrecht, § 1901a BGB, Rn. 17.

¹⁰⁵¹ Palandt-Götz, § 1901a BGB, Rn. 30.

und kann ggf. entsprechende Schadensersatzansprüche begründen¹⁰⁵². Die Nichtwahrung des Koppelungsverbots kann im Rahmen der Kongruenzprüfung sowie des von § 1901b BGB vorgesehenen Verfahrens festgestellt und berücksichtigt werden.

Während bei einem Verstoß gegen das Verpflichtungsverbot die Verpflichtung bzw. die entsprechende Klausel unwirksam ist, ergibt sich diese Rechtsfolge bei einem Verstoß gegen das Koppelungsverbot nicht zwangsläufig. Maßgeblich und ggf. im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln ist daher, ob etwa ein Heimvertrag als gekoppelter Vertrag oder die aufgrund dieses Verstoßes bzw. der unerlaubten Bedingung errichtete Patientenverfügung unabhängig von dem Verstoß dem autonomen Willen des Patienten entsprechen, weil dieser gerade den gekoppelten Vertrag oder die aufgrund der Bedingung errichtete Patientenverfügung tatsächlich will¹⁰⁵³. Hierbei muss letztlich die Patientenautonomie den entscheidenden Maßstab darstellen, also nach dem diesbezüglichen Willen des Patienten gefragt werden.

Bereits vor dem 3. BtÄndG war ein entsprechendes Koppelungsverbot weitgehend konsentiert¹⁰⁵⁴, die gesetzliche Klarstellung hat die Bedeutung der negativen Patientenautonomie diesbezüglich aber noch einmal unterstrichen und verbindlich festgeschrieben. Das 3. BtÄndG hat diesbezüglich ein „Mehr“ an Patientenautonomie geschaffen.

18. Höchstgerichtliche Rechtsprechung infolge des 3. BtÄndG

Die Rechtsprechung des BGH hat die Regelungen des 3. BtÄndG in neueren Entscheidungen rezipiert und entsprechend angewandt. Sie soll daher im Folgenden insoweit geschildert werden, als sich hieraus Rückschlüsse für die dargestellten Problemkreise aus Sicht der Patientenautonomie ergeben.

a) „Bad Hersfelder Entscheidung“ vom 25.06.2010 – BGHSt 55, 191

Der sog. „Bad Hersfelder Entscheidung“¹⁰⁵⁵ lag eine strafrechtliche Ausgangsfrage zugrunde: Ein Rechtsanwalt, der seiner Mandantin zur eigenhändigen Beendigung der künstlichen Ernährung ihrer Mutter geraten hatte, wurde freigesprochen, da der vorgenommene Behandlungsabbruch vom ausdrücklich geäußerten, vorab mündlich erklärten Willen der Patientin gedeckt war. Der BGH passte seine strafrechtliche Rechtsprechung dabei an die durch das 3. BtÄndG eingetretene Änderung der zivilrechtlichen Rechtslage an. Er vollzog die Erwägungen des Gesetzgebers nach und urteilte, dass „der tatsächliche oder mutmaßliche, etwa in konkreten Behandlungswünschen zum Ausdruck gekommene Wille eines aktuell einwilligungsunfähigen Patienten unabhängig von Art und Stadium seiner Erkrankung verbindlich sein und den Betreuer sowie den Arzt binden soll“¹⁰⁵⁶. Nach dem BGH sollen die Neuregelungen unter dem Gesichtspunkt der Einheitlichkeit der Rechtsordnung auch für das Strafrecht Wir-

¹⁰⁵² BT-Drs. 16/11360, S. 22; *Spickhoff*, FamRZ 2009, S. 1949 (1954).

¹⁰⁵³ *Ihrig*, notar 2009, S. 380 (384); *Spickhoff*, FamRZ 2009, S. 1949 (1954 f.); *ders.*, Medizinrecht, § 1901a BGB, Rn. 17.

¹⁰⁵⁴ *Nationaler Ethikrat (Hrsg.)*, Die Patientenverfügung – ein Instrument der Selbstbestimmung, S. 34.

¹⁰⁵⁵ BGH, Urteil vom 25.06.2010 - 2 StR 454/09 = NJW 2011, S. 2963 ff.; vgl. hierzu auch die Anmerkungen von *Albrecht*, DNotZ 2011, S. 40, *Duttge*, MedR 2011, S. 36 sowie *Eidam*, Golttdammer's Archiv für Strafrecht 2011, S. 232.

¹⁰⁵⁶ BGHSt 55, 191 (199).

kung entfalten¹⁰⁵⁷, wobei aufgrund der hohen Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter für die Feststellung des behandlungsbezogenen Patientenwillens strenge Maßstäbe gelten sollen¹⁰⁵⁸. Dies betreffe insbesondere den Fall des Fehlens einer schriftlichen Patientenverfügung und der Feststellung eines in der Vergangenheit bloß mündlich geäußerten Patientenwillens¹⁰⁵⁹. Die Einhaltung dieser Maßstäbe sollen „insbesondere das zwingend erforderliche Zusammenwirken von Betreuer oder Bevollmächtigtem und Arzt sowie gegebenenfalls die Mitwirkung des Betreuungsgerichts“¹⁰⁶⁰ sichern, in denen eine „verfahrensrechtliche Absicherung für die Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts von Patienten“¹⁰⁶¹ zu sehen ist.

Da es in der zu entscheidenden Konstellation allerdings bereits an einer medizinischen Indikation für die Fortsetzung der künstlichen Ernährung fehlte, war über die Vorgaben und Einhaltung des in §§ 1901a ff. BGB vorgeschriebenen Verfahrens durch den BGH nicht zu entscheiden.

b) BGH, Beschluss vom 10.11.2010 – 2 StR 320/10

Bestätigt wurde das genannte Urteil durch den Beschluss vom 10.11.2010 (2 StR 320/10)¹⁰⁶². In dieser wiederum strafrechtlichen Entscheidung nimmt der BGH zwar auf das in §§ 1901a f. BGB vorgesehene Verfahren Bezug¹⁰⁶³, das bei der Frage eines Behandlungsabbruchs auf Grundlage des Patientenwillens zu beachten sei – auch um dem Anwendungsfall der Patientenverfügung den zeitlichen Druck zu nehmen und stattdessen eine sorgfältige Prüfung zu gewährleisten¹⁰⁶⁴.

Der BGH weist zudem dem Patientenvertreter die Aufgabe der Kongruenzprüfung hinsichtlich einer vorliegenden Patientenverfügung zu¹⁰⁶⁵. Eine eindeutige Festlegung hinsichtlich der dargestellten umstrittenen Fragen, etwa ob es stets noch einer Entscheidung des Patientenvertreters bedarf oder ob alle Beteiligten direkt durch die Patientenverfügung gebunden werden, lässt sich daraus allerdings nicht entnehmen¹⁰⁶⁶.

c) Zwischenergebnis

In den beiden genannten Entscheidungen hat der BGH zwar die Änderungen und Wertungen des 3. BtÄndG bestätigt, insgesamt aber kaum zur Klärung der durch die gesetzliche Neuregelung bedingten offenen Fragen beigetragen.

Die neuere Rechtsprechung bietet daher kaum Ansatzpunkte für die durch das 3. BtÄndG geschaffenen Fragestellungen hinsichtlich der Gewährleistung der Patientenautonomie wie

¹⁰⁵⁷ BGHSt 55, 191 (199 f.).

¹⁰⁵⁸ BGHSt 55, 191 (205).

¹⁰⁵⁹ BGHSt 55, 191 (205).

¹⁰⁶⁰ BGHSt 55, 191 (205).

¹⁰⁶¹ BGHSt 55, 191 (200).

¹⁰⁶² Siehe auch BGH, NJW 2011, S. 161.

¹⁰⁶³ BGH, Beschluss vom 10.11. 2010 – 2 StR 320/10, Rn. 14 gibt dieses gesetzlich vorgesehene Verfahren sogar noch einmal *idealiter* wieder.

¹⁰⁶⁴ BGH, Beschluss vom 10.11. 2010 – 2 StR 320/10, Rn. 12 f.

¹⁰⁶⁵ BGH, Beschluss vom 10.11. 2010 – 2 StR 320/10, Rn. 14.

¹⁰⁶⁶ *Coepicus*, NJW 2011, S. 2085 (2086); *ders.*, NJW 2013, S. 2939 (2941), der meint, dass zumindest nicht beanstandet wurde, dass ein Betreuer nur bei Erforderlichkeit bestellt werden darf; a. A. *Ihrig*, DNotZ 2011, S. 583 (584 f.), der auf die Notwendigkeit der Durchführung des Verfahrens nach § 1901b BGB verweist; vgl. auch *Olzen/Metzmacher*, JR 2011, S. 318 f.

Aktualisierungs-, Beratungs- oder Widerrufsproblematik. Es bleibt abzuwarten, inwieweit derartige Fallgestaltungen zukünftig vom BGH zu entscheiden sein werden.

19. Auswirkungen des 3. BtÄndG auf die klinische und juristische Praxis

Im vorliegenden Untersuchungskontext können die empirische Relevanz und die praktischen Auswirkungen von Patientenverfügungen im klinischen Alltag¹⁰⁶⁷ und auf die juristische Praxis¹⁰⁶⁸ leider nicht umfassend erörtert werden.

Es soll jedoch auf das durch das 3. BtÄndG forcierte Ziel der Rechtssicherheit auf dem Gebiet der Patientenverfügung eingegangen werden, das – neben der Stärkung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten – eine weitere Intention des Gesetzgebers darstellte¹⁰⁶⁹: Behandelnden Ärzten, Pflegeern, aber auch Bevollmächtigten oder Betreuern sollten praxistaugliche und klare Leitlinien an die Hand gegeben werden, die einen rechtssicheren Umgang mit der Durchsetzung des in der Patientenverfügung niedergelegten Willens ermöglichen sollen.

Dies scheint die Frage der Patientenautonomie zunächst nur peripher zu tangieren. Die Problematik der Rechtssicherheit spiegelt jedoch quasi den Anwendungsfall der Autonomie wider: Aus Angst vor einer Haftung oder Strafbarkeit bei der Befolgung der Patientenverfügung könnten die Beteiligten eher dazu tendieren, diese nicht zu beachten und den Willen des Patienten nicht umzusetzen. Je mehr Rechts- und Verhaltenssicherheit daher für die Beteiligten geschaffen wird, desto unmittelbarer und zügiger kann auch die Patientenverfügung angewandt sowie die autonome Entscheidung des Patienten durchgesetzt werden.

Spickhoff weist allerdings zu Recht darauf hin, dass angesichts der existenziellen Regelungsmöglichkeiten sowie der grundrechtlich sensiblen Materie die Schaffung absoluter Rechtssicherheit durch starre abstrakt-generelle Regelungen nicht möglich ist, da diese dem individuellen und höchstpersönlichen Charakter der mittels Patientenverfügung zu treffenden Entscheidungen nur bedingt gerecht werden können¹⁰⁷⁰.

Trotzdem ist fraglich, wie mögliche Verstöße gegen die grundlegenden betreuungsrechtlichen Verfahrensvorschriften der §§ 1901a f. BGB, die im Fehlverhalten des Patientenvertreters aber auch des behandelnden Arztes liegen können, zivil- und strafrechtlich sanktioniert werden können und müssen¹⁰⁷¹. Daneben sind aus Sicht der Patientenautonomie materiell falsche, also

¹⁰⁶⁷ Vgl. hierzu *Borasio/Hefßler/Wiesing*, Deutsches Ärzteblatt, S. A1952 ff.; *Bühler/Kren/Stolz*, Betreuungsrecht und Patientenverfügungen im ärztlichen Alltag; *Bühler/Stolz*, BtPrax 2009, S. 261; *Hoppe*, FPR 2010, S. 257 ff.; *Jox*, ZfmE 2013, S. 269 ff.; *Klinkhammer*, Deutsches Ärzteblatt 2010, S. A1246 (A1247) sowie die Sammelbände von *Borasio et al.*, Patientenverfügung, Das neue Gesetz in der Praxis; *Frewer*, Patientenverfügung und Ethik, Beiträge zur guten klinischen Praxis; *Höfling*, Das neue Patientenverfügungsgesetz in der Praxis – eine erste kritische Zwischenbilanz; aus ärztlicher Perspektive auch *Eisenmenger*, Salus versus voluntas – Ist die Patientenverfügung ein Prokrustesbett für den Arzt?, S. 19 ff. sowie zuletzt *Schildmann*, ErbR 2013, S. 173 ff.; Fallbeispiele finden sich bei *Salomon*, Das Patientenverfügungsgesetz 2009, S. 180 (188 ff.).

¹⁰⁶⁸ Die juristische Beratung wird aufgrund der gesetzlichen Vorgaben sowie der klaren Leitlinien des Gesetzgebers nun präziser und orientierter erfolgen können; vgl. zu den Auswirkungen auf die Beratungspraxis *Rieger*, FamRZ 2010, S. 1601 ff. sowie *Tolmein*, Patientenautonomie und Patientenverfügung, Das 3. Betreuungsrecht-änderungsgesetz in der anwaltlichen Praxis, S. 57 ff.

¹⁰⁶⁹ BT-Drs. 16/13314, S. 4.

¹⁰⁷⁰ *Spickhoff*, FamRZ 2009, S. 1949 (1950).

¹⁰⁷¹ Hierzu *Kamps*, ZMGR 2009, S. 207 (208); *Sternberg-Lieben*, in: FS Roxin, S. 537 (544 ff.); *Spickhoff*, FamRZ 2009, S. 1949 (1953); *Silberg*, HFR 2010, S. 104 (114 ff.); aus strafrechtlicher Perspektive *Eidam*, Goldammer's

nicht dem tatsächlichen Willen des betroffenen Patienten entsprechende Entscheidungen des Betreuungsgerichts möglich. Nach h. M. gelten Genehmigungen durch das Betreuungsgericht allerdings als rechtfertigend für den Arzt bzw. Patientenvertreter¹⁰⁷². Auch ist einzuwenden, dass diese Gefahr von falschen, nicht dem Patientenwillen entsprechenden und damit der Patientenautonomie abträglichen Entscheidungen aufgrund der Professionalität und der Spezialisierung der zuständigen Betreuungsrichter empirisch eine geringe Bedeutung zukommen dürfte. Wird – wie in der vorliegenden Arbeit – eine ärztliche Beratungspflicht gefordert, kämen noch mögliche Verstöße hiergegen hinzu. Darüber hinaus stellt sich die Frage, wer die jeweilige Einhaltung kontrollieren soll¹⁰⁷³, dienen die Verfahrensvorschriften doch dem Schutz der Selbstbestimmung des Patienten, der gerade nicht mehr aktiv am Entscheidungsprozess teilnehmen kann¹⁰⁷⁴.

Aus Sicht der Patientenautonomie ist eine entsprechende Sanktionierung von Verstößen geboten, wenn man den Anspruch der Patientenautonomie als *erga omnes* geltendes und von jedem zu achtendes moralisches Recht des Einzelnen (*sovereign authority*) in der Praxis aufrecht erhalten will.

Wurden die nach §§ 1901a f. BGB einzuhaltenden Verfahrensvorgaben beachtet und der tatsächliche Wille des betroffenen Patienten im Rahmen des Möglichen ermittelt, dürften sich die Beteiligten nicht strafbar gemacht haben¹⁰⁷⁵. Auch wenn sich der Arzt direkt auf eine hinreichend konkrete Patientenverfügung stützt, damit gemäß des Willens des Patienten handelt und demgemäß eine Behandlung vornimmt oder unterlässt, liegt keine Strafbarkeit vor¹⁰⁷⁶. Dies gilt ebenso für den Patientenvertreter sowie von diesem hinzugezogene Dritte¹⁰⁷⁷.

Allerdings kann aus Sicht der Patientenautonomie in allen Konstellationen nur der Patientenwille das entscheidende Kriterium einer möglichen Haftung und Strafbarkeit bilden. Wurde also gegen die Verfahrensvorschriften der §§ 1901a f. BGB verstoßen, entsprach die getroffene Entscheidung aber dem wirklichen Willen des Patienten, so kann aus dieser Perspektive ein entsprechender Verfahrensverstöß sanktionslos bleiben. Werden lediglich die Verfahrensvorschriften nicht eingehalten, muss dies aus Sicht der Patientenautonomie daher nicht zwangsläufig dazu führen, dass die Patientenverfügung überhaupt nicht berücksichtigt bzw. angewandt wird, wenn diese den autonomen Willen des Patienten richtig wiedergibt. Dies gilt auch im Umkehrschluss: Nur die bloße Einhaltung der Verfahrensvorschriften, aber die bewusste Verfehlung und Hinwegsetzung über den Patientenwillen, wirkt für die Handelnden nicht rechtfertigend¹⁰⁷⁸.

Archiv für Strafrecht 2011, S. 232 ff.; Klöpperpieper, FPR 2010, S. 260 (265 f.); vgl. auch BGHSt 55, 191 (199 f.) sowie BGH, NJW 2011, S. 161 (162 f.).

¹⁰⁷² BeckOK-Müller, § 1904 BGB, Rn. 34; MüKo-Schwab, § 1904 BGB, Rn. 48 f; Palandt-Götz, § 1904 BGB, Rn. 25; Sternberg-Lieben, in: FS Roxin, S. 537 (545); differenzierend Coeppicus, NJW 2013, S. 2939 (2941).

¹⁰⁷³ Putz, FPR 2012, S. 13 (16); vgl. zu wechselseitigen Kontrollmöglichkeiten im Dialogverfahren auch oben C.III.9.d).

¹⁰⁷⁴ Hierbei stellt sich wieder das Problem der Kontrolle der Kontrolleure, siehe bereits C.III.6.e) (5).

¹⁰⁷⁵ Albrecht, DNotZ 2011, S. 40 (41 f.); Coeppicus, NJW 2011, S. 2085 (2087); Eidam, Goldammer's Archiv für Strafrecht 2011, S. 232 (237 f.).

¹⁰⁷⁶ Reus, JZ 2010, S. 80 (83).

¹⁰⁷⁷ Sternberg-Lieben, in: FS Roxin, S. 537 (555); vgl. auch BGHSt 55, 191 ff. für den Fall eines beratenden Rechtsanwalts.

¹⁰⁷⁸ Sternberg-Lieben/Reichmann, NJW 2012, S. 257 (262) m. w. N.

IV. De lege ferenda – Gesetzlicher Handlungsbedarf?

Es ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber des 3. BtÄndG durch die Normierung der §§ 1901a ff. BGB patientenautonome Vorabregelungen in einem möglichst großen Maß zugelassen hat. Die neuen gesetzlichen Regelungen sind zudem übersichtlicher und praktikabler als die vorherigen Grundsatzurteile, die sich zwangsläufig an konkreten Einzelfällen ausrichten mussten¹⁰⁷⁹.

Die in dieser Arbeit angeführten Kritikpunkte und Unklarheiten haben jedoch gezeigt, wie schwierig es ist, existenzielle Fragen, wie das Selbstbestimmungsrecht in medizinischen Angelegenheiten am Lebensende, generell-abstrakt zu regeln. Keinesfalls dürfen die Schwächen und Defizite der durch das 3. BtÄndG geschaffenen gesetzlichen Regelung jedoch dazu führen, dass pauschal „im Zweifel für das Leben“ entschieden wird. Vielmehr muss – um der Paternalismusgefahr vorzubeugen – alles Mögliche unternommen werden, um den Patientenwillen zu ermitteln und dadurch der Patientenautonomie hinreichend Rechnung zu tragen.

Zwar wurde das Prinzip der Patientenautonomie inzwischen durch weitere Gesetze gestärkt¹⁰⁸⁰, *de lege ferenda* sollten jedoch auch die Defizite der gesetzlichen Regelungen des 3. BtÄndG hinsichtlich der Gewährleistung der Patientenautonomie überprüft und behoben werden. Dies zeigt sich an den dieser Untersuchung zugrunde gelegten einzelnen Ausprägungen der Patientenautonomie:

Hinsichtlich der notwendigen persönlichen *capacity* des Verfassers und potenziellen Patienten wurde gezeigt, dass bereits die Errichtung der Patientenverfügung den entscheidenden Anknüpfungspunkt für die Patientenautonomie darstellt. Schon zu diesem Zeitpunkt muss gesichert werden, dass eine autonome Entscheidung des Patienten vorliegt. Dadurch kann verhindert werden, dass es bei der späteren Anwendung zu Entscheidungen kommt, die der Patientenautonomie zuwider laufen. Daher sollte eine entsprechend ausgestaltete Beratungspflicht in das Gesetz aufgenommen werden. Die Beratung sollte zudem als Anspruch der gesetzlichen Krankenkasse ausgestaltet werden.

Hinsichtlich der *actual condition* sollte das Problem des Widerrufs und entsprechender Widerrufsklauseln mit der damit einhergehenden Selbstbindung klarstellend bzw. deklaratorisch im Gesetz benannt werden. Ebenso wurden die Vorteile einer Aktualisierungspflicht für die Patientenautonomie dargelegt, um der Aktualität als Zeitkomponente der autonomen Entscheidung Rechnung zu tragen.

Da die *sovereign authority* einen *erga omnes* geltenden Anspruch auf Achtung und Wahrung der Patientenautonomie fordert, muss eine hinreichend bestimmte und kongruente Patientenverfügung nach § 1901 Abs. 1 S. 1 BGB unmittelbar verbindlich sein. Der Gesetzgeber sollte aufgrund der hierzu geführten Meinungsstreitigkeiten klarstellen, dass es in diesem Fall weder einer eigenen Entscheidung des Patientenvertreters bedarf, da der Patient diese bereits vorab autonom mit seiner Patientenverfügung getroffen hat¹⁰⁸¹. Noch sind in diesem Fall eine

¹⁰⁷⁹ *Klinkhammer*, Deutsches Ärzteblatt 2010, S. A1246 (A1247).

¹⁰⁸⁰ Vgl. etwa das Gesetz zur Regelung der betreuungsrechtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme vom 18.2.2013 (BGBl. I, 266) sowie das bereits zitierte Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten (Patientenrechtegesetz) vom 26.2.2013 (BGBl. I, 277); kritisch zu letzterem *Bohsem*, SZ vom 16.1.2012, S. 4.

¹⁰⁸¹ So auch *Coeppicus*, NJW 2013, S. 2939 (2942).

Betreuerbestellung sowie das Verfahren nach § 1901b BGB notwendig, da die Patientenverfügung den behandelnden Arzt unmittelbar bindet. Insoweit ist die gesetzliche Regelung sogar widersprüchlich, da das nach § 1901b BGB vorgesehene Verfahren – mit Ausnahme der Indikationsstellung durch den Arzt – in diesem Fall tatsächlich ins Leere liefe. Hier ist eine gesetzgeberische Klarstellung in § 1901b Abs. 1 S. 2 BGB angebracht, die § 1901b BGB auf den Fall des § 1901a Abs. 2 BGB und damit die Behandlungswünsche sowie die Ermittlung des mutmaßlichen Willens beschränkt.

Daneben sollte der Gesetzgeber – v. a. aus verfassungsrechtlichen Gründen – das Erfordernis der Volljährigkeit aus § 1901a Abs. 1 BGB streichen. Maßgeblich ist allein das Kriterium der Einwilligungsfähigkeit, welches diesbezüglich als Wirksamkeitsvoraussetzung für die Errichtung einer Patientenverfügung genügt.

D. Fazit: Auflösung des Widerspruchs zwischen Selbstbestimmung und Fürsorge?

Aufgrund der genannten Defizite der gesetzlichen Regelung zur Patientenverfügung ist die Ausgangsfrage, ob das 3. BtÄndG ein „Mehr“ an Patientenautonomie geschaffen hat, mit einem „Ja – aber“ zu beantworten. Der mögliche Widerspruch zwischen Selbstbestimmung und Fürsorge lässt sich nicht vollends auflösen. Das rechtliche Institut der Patientenverfügung stellt nur einen – wenn auch den wichtigsten – Baustein auf dem Weg zu individueller Selbstbestimmung dar. In jedem Fall fungiert die Patientenverfügung aber nicht nur als ein „Autonomie-Placebo“¹⁰⁸². Selbstbestimmung und Fürsorge schließen sich allerdings dabei nicht gegenseitig aus, sondern können sich über weich paternalistische Maßnahmen ggf. erst effektivieren.

Die Darstellung und Bewertung der gesetzlichen Regelung der Patientenverfügung erfolgte grundlegend aus Sicht der Patientenautonomie. Die Erörterung der einzelnen Probleme hat aber verdeutlicht, dass es durchaus auf den jeweiligen Einzelfall ankommt und ein austariertes Verhältnis zwischen Autonomie und Fürsorge *in concreto* häufig eines komplexen Abwägungsprozesses bedarf. Selbstbestimmung bedarf dabei i. d. R. aber immer auch eines gewissen Maßes an Fürsorge.

Gerade in kritischen Lebenssituationen, in denen existenzielle Entscheidungen gefällt werden, müssen die maßgeblichen abstrakt-generellen gesetzlichen Regelungen sicherstellen, dass der Patientenwille bzw. die Patientenautonomie als ethische Grundprinzipien die maßgebliche Richtschnur für alle Beteiligten darstellen, um zu verhindern, dass formal-juristische Streitigkeiten das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen überlagern und eine Angst vor juristischen Konsequenzen die Beachtung des Patientenwillens verhindert¹⁰⁸³. Die Patientenautonomie gebietet dabei einerseits, dass der Patientenwille beachtet werden muss. Gleichzeitig muss andererseits aber gewährleistet sein, dass es sich auch tatsächlich um eine autonome Entscheidung im Sinne der vorgestellten Kriterien handelt.

Wird mit dem individuellen Willen des Patienten – wie es auch das 3. BtÄndG festlegt – dasjenige zum Maßstab erklärt, was der Betroffene im ureigenen Sinne des Wortes will, darf daher davon nur abgewichen werden, wenn es sich tatsächlich nicht um dessen autonomen Willen

¹⁰⁸² Diesen Begriff verwendet *in der Schmitt*, Die Patienten-Vorausverfügung, S. 131.

¹⁰⁸³ *Gaul/Helm*, Deutsches Ärzteblatt 2009, S. A84 (A87).

handelt. Die Beteiligung Dritter sowie der Einfluss heteronomer Motive sind daher bereits von vornherein beschränkt und nur zulässig, wenn sie bei der Durchsetzung und Erforschung des „wahren“ autonomen Willens des Betroffenen helfen. Auch die gesetzlichen Regelungen waren in der vorliegenden Arbeit daran zu messen, ob sie die Voraussetzungen zur Bildung und Beachtung dieses autonomen Willens schaffen sowie dessen Durchsetzung in allen Stadien einer krankheitsbedingten Einwilligungsunfähigkeit gewährleisten.

Allerdings kann die Beteiligung Dritter als möglicher Unsicherheitsfaktor sowie die aufgrund deren möglicher Eigeninteressen bedingte Missbrauchsgefahr aus tatsächlichen Gründen nicht vollständig eliminiert werden, da der betroffene Patient selbst nicht mehr handlungsfähig ist. Daher müssen einerseits entsprechende Verfahrensvorkehrungen geschaffen werden, andererseits muss der Betroffene auf entsprechende, möglicherweise entstehende Probleme bei der Durchsetzung seines Willens hingewiesen werden, um zunächst eine autonome Entscheidung treffen, andererseits aber seine Patientenautonomie auch für den Fall der Einwilligungsunfähigkeit sichern zu können. Auch wenn Dritte den Inhalt bestimmter Entscheidungen in der konkreten Situation als für sich bzw. intrinsisch falsch halten, müssen sie die grundsätzliche Entscheidungsfreiheit unabhängig davon dem einzelnen Betroffenen überlassen. Auf externe Bewertungsmaßstäbe kann und darf aus Sicht der Patientenautonomie nicht abgestellt werden.

Letztlich gehen in eine Patientenverfügung immer individuelle subjektiv-normative Entscheidungen und Wertungen ein, das Recht kann und darf aus Sicht der Patientenautonomie hier keine pauschalen Maßstäbe bieten. Es muss vielmehr prozedural dafür sorgen, dass diese subjektiven Wünsche und Festlegungen des Betroffenen jederzeit gewährleistet werden. Eine absolute Rechtssicherheit infolge gesetzlich vorgegebener materieller Kriterien ist daher nur bedingt möglich.

Die vorliegende Arbeit hat gezeigt, dass das Prinzip der Patientenautonomie durchaus voraussetzungsreich ist: Seine *capacity*-Ausprägung etwa erfordert, dass der Entscheidende selbst eine entsprechende Befähigung für eine autonome Entscheidung besitzt und v. a. ein Mindestmaß der hierfür notwendigen medizinischen und in Parallelwertung der Laiensphäre auch juristischen Kenntnisse besitzt. Dafür könnte eine Beratungspflicht vor Errichtung einer Patientenverfügung Sorge tragen und somit gewährleisten, dass sich die Betroffenen nicht nur in scheinautonomer Sicherheit wiegen. Wenn der Patientenwillen zum einzigen Maßstab erhoben wird, muss folgerichtig auch ausreichend dafür Sorge getragen werden, dass der betroffene Patient bzw. der Verfasser einer Patientenverfügung diesen autonom bilden kann.

Der Gesetzgeber des 3. BtÄndG appelliert jedoch lediglich an die Selbstverantwortung des Einzelnen, der selbst dafür Sorge tragen müsse, medizinisch und juristisch entsprechend informiert zu sein, um eine Patientenverfügung errichten zu können oder eine solche ggf. zu widerrufen. Eine Verabsolutierung dieser Eigenverantwortung dient der Patientenautonomie allerdings nicht. Es bedarf vielmehr flankierender gesetzlicher Regelungen und Wirksamkeitsvoraussetzungen, um die Voraussetzungen autonomer Entscheidungen zu gewährleisten, auch wenn diese auf den ersten Blick als paternalistische Eingriffe in die Patientenautonomie erscheinen. Letztlich sichern sie diese aber ab. Dies gilt besonders angesichts der medizinischen und juristischen Komplexität der zu regelnden Sachverhalte. Es überrascht daher, dass der Gesetzgeber zur Wahrung der Patientenautonomie die zusätzlich notwendigen Instrumente nicht selbst geregelt hat. Der Gesetzgeber hätte hier im Dienste der Patientenautonomie

mutiger sein können, auch wenn damit im öffentlichen Diskurs möglicherweise ein höherer Begründungsaufwand einhergegangen wäre.

Die vorliegende Untersuchung hat darüber hinaus verdeutlicht, dass es häufig verschiedene ethische Anschauungen sowie grundlegend unterschiedliche Auffassungen vom Prinzip der Patientenautonomie sind, die sich in den jeweiligen Meinungsstreitigkeiten hinsichtlich verschiedener Details der gesetzlichen Regelung manifestieren, sei es bei der Reichweite, dem Adressatenkreis, dem gesetzlichen Regelungsstandort, der Notwendigkeit einer Vertreterbestellung oder einer Beratungspflicht. Diese Aufzählung ließe sich noch weiter fortsetzen.

Das Prinzip der Patientenautonomie mit den dieser Untersuchung zugrunde gelegten Ausprägungen gebietet hinsichtlich der erörterten Streitpunkte allerdings eine autonomiefreundliche Auslegung, bei fehlenden Voraussetzungen fordert sie deren Schaffung. Ansonsten ist zumindest in den genannten Bereichen tatsächlich die vom Gesetzgeber des 3. BtÄndG intendierte Stärkung der Patientenautonomie und die Umsetzung des Patientenverfügungsgesetzes gefährdet¹⁰⁸⁴.

Auch wenn die metaethische und juristisch gebotene Annahme, dass jeder Mensch autonom bzw. selbstbestimmt über sich selbst und seine Gesundheitsangelegenheiten entscheiden können soll, deduktiv aus tatsächlichen Gründen nicht vollkommen widerspruchsfrei auf das Institut der Patientenverfügung und das durch das 3. BtÄndG eingeführte Verfahren heruntergebrochen werden kann, stellt die „einzige Alternative zur Selbstbestimmung im Voraus nach den eigenen Wertvorstellungen [...] die spätere Fremdbestimmung nach den Wertvorstellungen anderer“¹⁰⁸⁵ dar. Die Patientenautonomie gebietet den Vorrang der ersten Alternative.

E. Schlussbemerkung und Ausblick

In der (rechts-)wissenschaftlichen Diskussion über die Patientenverfügung sollte die rechtsvergleichende¹⁰⁸⁶ und interdisziplinäre¹⁰⁸⁷ Perspektive vermehrt in den Blick genommen werden. Die in anderen Ländern, Disziplinen sowie sterbe- und krankheitskulturellen Hintergründen gewonnenen Erfahrungen können für die deutsche Debatte ebenfalls fruchtbar sein. Dabei kann aus praktischen Erfahrungen mit anderen, aus Sicht der Patientenautonomie möglicherweise sogar besseren Regelungen gelernt und Rückschlüsse für die gesetzliche Ausgestaltung der Patientenverfügung und Patientenautonomie hierzulande gezogen werden.

Zudem bedarf es einer genaueren empirischen Untersuchung der tatsächlichen Wirkungsweise der durch das 3. BtÄndG geschaffenen rechtlichen Regelungen zur Selbstbestimmung des Betroffenen, um gesichertere Rückschlüsse hinsichtlich der Gewährleistung der Patientenautonomie ziehen zu können. Die öffentliche Diskussion zur Organspende hat auch deren

¹⁰⁸⁴ So auch die Analyse bei *Schumacher*, FPR 2010, S. 474.

¹⁰⁸⁵ *Putz*, FPR 2012, S. 13.

¹⁰⁸⁶ Bisher systematisch nur *Taupitz*, Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens.

¹⁰⁸⁷ Aus der Palliativmedizin kommen die Konzepte „Umfassender Versorgungsplan“ bzw. das *advanced care planning*, welches die Einbettung der Selbstbestimmung in soziale und kommunikative Strukturen betont, vgl. *Marckmann/in der Schmitten*, ZfmE 2013, S. 213 ff.; *Sahm*, ZfmE 2005, S. 265 ff.; *ders.*, Patientenverfügung oder advanced care planning?, S. 122 ff.; *in der Schmitten et al.*, Patientenverfügungsprogramm, Deutsches Ärzteblatt 2014, S. 50 ff.; sowie „beizeiten begleiten“, vgl. *in der Schmitten et al.*, beizeiten begleiten, S. 81 ff.

bisher noch relativ ungeklärtes Verhältnis zur Patientenverfügung thematisiert¹⁰⁸⁸. Von dieser Diskussion kann ein neuer Impuls zur Beschäftigung mit dem Thema Patientenverfügung an sich ausgehen.

Es bleibt abzuwarten, ob bzw. wie sich der Trend vom Fürsorge- zum Autonomiegedanken weiter fortsetzt. Die vorliegende Arbeit hat aber gezeigt, dass weder das Autonomie-, noch das Fürsorgeprinzip absolut gesetzt werden können und dürfen.

Es gibt wohl kein juristisches Verfahren zur Patientenverfügung, dass die Patientenautonomie am Lebensende optimal sichern und gewährleisten kann. Die von *Hoppe/Hübner* aufgeworfene Frage, ob Sterben und Lebensende überhaupt normierbar sind¹⁰⁸⁹, ist aus Sicht der Patientenautonomie nicht eindeutig und vollständig zu bejahen. Die Gewährleistung der Patientenautonomie muss immer individuell im konkreten Fall überprüft und sichergestellt werden. Eine abstrakt-generelle Regelung kann diese notwendige Arbeit nur schwerlich abnehmen.

Die Selbstbestimmung des Patienten steht damit nach wie vor und trotz der gesetzlichen Regelung des Instituts der Patientenverfügung vor rechtlichen und tatsächlichen Herausforderungen. Der Gesetzgeber täte daher gut daran, die rechtlichen Regelungen noch einmal nachzubessern, um weitestmöglich den Anforderungen der Patientenautonomie am Lebensende gerecht zu werden.

¹⁰⁸⁸ Vgl. die Orientierungshilfe der *Bundesärztekammer* zu Patientenverfügung - Vorsorgevollmacht – Organspendeerklärung, Deutsches Ärzteblatt 2013, S. A1714, das Gutachten des *Deutschen Notarinstituts*, DNotI-Report 2013, S. 14 f. sowie *Klinkhammer*, Deutsches Ärzteblatt 2013, S. B478; *Renner*, in: *Müller/Renner*, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, Rn. 570 ff.

¹⁰⁸⁹ *Hoppe/Hübner*, ZRP 2008, S. 225; in diese Richtung auch *Maio*, Verfügen über das Unverfügbare?, S. 211 ff. sowie *Parzeller*, KritV 2004, S. 397 ff.

F. Literaturverzeichnis

- Alberts, Hermann:** Sterbehilfe, Vormundschaftsgericht und Verfassung, in: NJW 1999, S. 835–836. (zit.: *Alberts*, NJW 1999, S. 835)
- Alberts, Hermann:** Hinweise und Muster für Patientenverfügungen und Vorsorgevollmachten, in: FPR 2007, S. 73–75. (zit.: *Alberts*, FPR 2007, S. 73)
- Albrecht, Andreas:** Behandlungsabbruch und Selbstbestimmungsrecht. Anmerkung zu BGH, Urteil vom 25. 6. 2010 - 2 StR 454/09, in: DNotZ 2011, S. 40–42. (zit.: *Albrecht*, DNotZ 2011, S. 40)
- Albrecht, Andreas/Albrecht, Elisabeth:** Änderungen im Recht der Patientenverfügung, zugleich Besprechung der Entscheidung des BGH vom 17.3.2003, XII ZB 2/03, in: MittBayNot 2003, S. 348–355. (zit.: *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2003, S. 348)
- Albrecht, Andreas/Albrecht, Elisabeth:** Die Patientenverfügung, FamRZ-Buch 32, Bielefeld 2009. (zit.: *Albrecht/Albrecht*, Die Patientenverfügung)
- Albrecht, Andreas/Albrecht, Elisabeth:** Die Patientenverfügung - jetzt gesetzlich geregelt, in: MittBayNot 2009, S. 426–435. (zit.: *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2009, S. 426)
- Allert, Rochus:** Die neue gesetzliche Regelung der Patientenverfügung, in: Bundes-Hospiz-Anzeiger 2009, Ausgabe 36, S. 1–2. (zit.: *Allert*, Bundes-Hospiz-Anzeiger 2009, Ausgabe 36, S. 1)
- Anderheiden, Michael (Hrsg.):** Paternalismus und Recht. In memoriam Angela Augustin (1968-2004), Tübingen 2006. (zit.: *Anderheiden*, Paternalismus und Recht)
- Anderheiden, Michael:** Die Menschenwürde beim Sterben erhalten: Rechtliche Bedingungen, in: Anderheiden, Michael/Eckart, Wolfgang Uwe: Handbuch Sterben und Menschenwürde, Band 1, Berlin u. a. 2012, S. 213–236. (zit.: *Anderheiden*, Die Menschenwürde beim Sterben erhalten, S. 213)
- Ankermann, Ernst:** Verlängerung sinnlos gewordenen Lebens? Zur rechtlichen Situation von Koma-Patienten, in: MedR 1999, S. 387–392. (zit.: *Ankermann*, MedR 1999, S. 387)
- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert (Hrsg.):** Beck'scher Online-Kommentar BGB. Stand: 1.11.2013, München. (zit.: *BeckOK-Bearbeiter*)
- Baumann, Wolfgang/Hartmann, Christian:** Die zivilrechtliche Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens aus der Sicht der notariellen Praxis, in: DNotZ 2000, S. 594–615. (zit.: *Baumann/Hartmann*, DNotZ 2000, S. 594)

- Bayerisches Staatsministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Hrsg.):** Vorsorge für Unfall, Krankheit, Alter durch Vollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung, 12. Aufl., München 2012. (zit.: *Bayerisches Staatsministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Hrsg.), Vorsorge für Unfall, Krankheit, Alter durch Vollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung*)
- Beauchamp, Tom L.:** Prinzipien und andere aufkommende Paradigmen in der Bioethik, in: Rauprich, Oliver (Hrsg.): *Prinzipienethik in der Biomedizin. Moralphilosophie und medizinische Praxis*, Frankfurt am Main, New York 2005, S. 48–73. (zit.: *Beauchamp, Prinzipien und andere aufkommende Paradigmen in der Bioethik*, S. 48)
- Beauchamp, Tom L./Childress, James F.:** *Principles of biomedical ethics*, 6. Aufl., New York 2009. (zit.: *Beauchamp/Childress, Principles of biomedical ethics*)
- Beauchamp, Tom L. et al.:** Informed Consent, in: Post, Stephen Garrard (Hrsg.): *Encyclopedia of bioethics*, 3. Aufl., New York 2004, S. 1271–1313. (zit.: *Beauchamp et al., Informed Consent*, S. 1271)
- Becker-Schwarze, Kathrin:** Patientenautonomie aus juristischer Sicht, in: FPR 2007, S. 52–55. (zit.: *Becker-Schwarze, FPR 2007*, S. 52)
- Beckmann, Rainer:** Patientenverfügungen - Entscheidungswege nach der gesetzlichen Regelung, in: MedR 2009, S. 582–586. (zit.: *Beckmann, MedR 2009*, S. 582)
- Beckmann, Rainer:** Wünsche und Mutmaßungen - Entscheidungen des Patientenvertreters, wenn keine Patientenverfügung vorliegt, in: FPR 2010, S. 278–281. (zit.: *Beckmann, FPR 2010*, S. 278)
- Beermann, Christopher:** Die Patientenverfügung, in: FPR 2010, S. 252–255. (zit.: *Beermann, FPR 2010*, S. 252)
- Beetz, Claudia:** Stellvertretung als Instrument der Sicherung und Stärkung der Patientenautonomie. Ein Beitrag zur Komplementarität von Zivil- und Sozialrecht, Recht und Medizin, Band 115, Frankfurt am Main 2013. (zit.: *Beetz, Stellvertretung als Instrument der Sicherung und Stärkung der Patientenautonomie*, S. 65)
- Berger, Christian:** Privatrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Sicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens, in: JZ 2000, S. 797–805. (zit.: *Berger, JZ 2000*, S. 797)
- Berndt, Christina:** Heile Welt. Wer krank ist, braucht einen guten Doktor. Leider haben wir in Zeit der Informationsflut verlernt, den Profis Glauben zu schenken. Dabei ist Vertrauen zum Arzt die beste Medizin, in: SZ vom 30.11.2013, S. V1. (zit.: *Berndt, SZ vom 30.11.13*, S. V1)

- Bichler, Christian:** Die Patientenverfügung eines Minderjährigen unter dem Aspekt der Kindeswohlgefährdung, in: GesR 2014, S. 1–6. (zit.: *Bichler*, GesR 2014, S. 1)
- Bickhardt, Jürgen:** Der Patientenwille. Was tun, wenn der Patient nicht mehr selbst entscheiden kann? Ein Ratgeber für Angehörige, Betreuer, Bevollmächtigte, Ärzte, Pflegekräfte, Seelsorger und andere, 3. Aufl., München 2013. (zit.: *Bickhardt*, Der Patientenwille)
- Bienwald, Werner/Sonnenfeld, Susanne/Hoffmann, Birgit:** Betreuungsrecht. Kommentar, 4. Aufl., Bielefeld 2005. (zit.: *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann*, Betreuungsrecht)
- Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz (Hrsg.):** Sterbehilfe und Sterbebegleitung. Ethische, rechtliche und medizinische Bewertung des Spannungsverhältnisses zwischen ärztlicher Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung des Patienten, Bericht der Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz vom 23. April 2004, Mainz 2004. (zit.: *Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz (Hrsg.)*, Sterbehilfe und Sterbebegleitung, ethische, rechtliche und medizinische Bewertung des Spannungsverhältnisses zwischen ärztlicher Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung des Patienten)
- Birnbacher, Dieter:** Patientenautonomie und ärztliche Ethik am Beispiel der prädiktiven Diagnostik, in: Honnefelder, Ludger/Streffer, Christian (Hrsg.): Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, Band 2, Berlin 1997, S. 105–119. (zit.: *Birnbacher*, Patientenautonomie und ärztliche Ethik am Beispiel der prädiktiven Diagnostik, S. 105)
- Bobbert, Monika:** Chancen und Schwierigkeiten von Patientenverfügungen aus ethischer Sicht, in: Anderheiden, Michael/Eckart, Wolfgang Uwe: Handbuch Sterben und Menschenwürde, Band 1, Berlin u. a. 2012, S. 697–713. (zit.: *Bobbert*, Chancen und Schwierigkeiten von Patientenverfügungen aus ethischer Sicht, S. 697)
- Bockenheimer-Lucius, Gisela:** Die Patientenverfügung in der Praxis. Grundlagen ärztlichen Handelns und klinischen Entscheidens, in: Frewer, Andreas (Hrsg.): Patientenverfügung und Ethik - Beiträge zur guten klinischen Praxis, Jahrbuch Ethik in der Klinik, Band 2, Würzburg 2009, S. 17–35. (zit.: *Bockenheimer-Lucius*, Die Patientenverfügung in der Praxis, S. 17)
- Boemke, Burkhard:** Unterlassen lebenserhaltender Maßnahmen bei einwilligungsunfähigen Patienten, in: NJW 2013, S. 1412–1414. (zit.: *Boemke*, NJW 2013, S. 1412)
- Bohsem, Guido:** Ein Mensch ist kein Auto. Der Gesetzentwurf zur Neuordnung der Patientenrechte ist ebenso wichtig wie enttäuschend, in: SZ vom 16.1.2012, S. 4. (zit.: *Bohsem*, SZ vom 16.1.2012, S. 4)

- Borasio, Gian Domenico:** Selbstbestimmung im Dialog. Die Beratung über Patientenverfügungen als Ausdruck ärztlicher Fürsorge, in: Meier, Christoph (Hrsg.): Patientenverfügung. Ausdruck der Selbstbestimmung, Auftrag zur Fürsorge, Stuttgart 2005, S. 148–156. (zit.: *Borasio*, Selbstbestimmung im Dialog, S. 148)
- Borasio, Gian Domenico:** Über das Sterben. Was wir wissen, was wir tun können, wie wir uns darauf einstellen, 10. Aufl., München 2012. (zit.: *Borasio*, Über das Sterben)
- Borasio, Gian Domenico/Frick, Eckhard:** Erkenntnistheoretischer Argumentationsfehler, in: Deutsches Ärzteblatt 2009, S. A510-A511. (zit.: *Borasio/Frick*, Deutsches Ärzteblatt 2009, S. A510)
- Borasio, Gian Domenico/Heßler, Hans-Joachim/Jox, Ralf J./Meier, Christoph (Hrsg.):** Patientenverfügung. Das neue Gesetz in der Praxis, Stuttgart 2012. (zit.: *Borasio et al.*, Patientenverfügung, Das neue Gesetz in der Praxis)
- Borasio, Gian Domenico/Heßler, Hans-Joachim/Wiesing, Urban:** Patientenverfügungsgesetz: Umsetzung in der klinischen Praxis, in: Deutsches Ärzteblatt 2009, S. A1952-A1957. (zit.: *Borasio/Heßler/Wiesing*, Deutsches Ärzteblatt 2009, S. A1952)
- Brock, Dan W.:** An ethical framework for surrogate decision-making, in: Grubb, Andrew (Hrsg.): Decision-making and problems of incompetence, Chichester, New York 1994, S. 41–52. (zit.: *Brock*, An ethical framework for surrogate decision-making, S. 41)
- Brock, Dan W./Wartman Steven A.:** When competent patients make irrational choices, in: New England Journal of Medicine 1990, S. 1595–1599. (zit.: *Brock/Wartman*, New England Journal of Medicine 1990, S. 1595)
- Brody, Howard:** The Healer's Power, New Haven u.a. 1992. (zit.: *Brody*, The Healer's Power)
- Brosey, Dagmar:** Der Wille des Patienten entscheidet. Übersicht über die gesetzlichen Regelungen zur Patientenverfügung, in: BtPrax 2009, S. 175–177. (zit.: *Brosey*, BtPrax 2009, S. 175)
- Brosey, Dagmar:** Psychiatrische Patientenverfügungen nach dem 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetz, in: BtPrax 2010, S. 161–167. (zit.: *Brosey*, BtPrax 2010, S. 161)
- Bühler, Ernst/Kren, Rita/Stolz, Konrad:** Betreuungsrecht und Patientenverfügungen im ärztlichen Alltag, 3. Aufl., München 2010. (zit.: *Bühler/Kren/Stolz*, Betreuungsrecht und Patientenverfügungen im ärztlichen Alltag)
- Bühler, Ernst/Stolz, Konrad:** Das neue Gesetz zu Patientenverfügungen in der Praxis, in: BtPrax 2009, S. 261–266. (zit.: *Bühler/Stolz*, BtPrax 2009, S. 261)

- Bundesärztekammer:** Richtlinien für die Sterbehilfe, in: Deutsches Ärzteblatt 1979, S. 957–960. (zit.: *Bundesärztekammer*, Deutsches Ärzteblatt 1979, S. 957)
- Bundesärztekammer:** Empfehlungen zur Patientenaufklärung, in: Deutsches Ärzteblatt 1990, S. A1279-A1283. (zit.: Empfehlungen zur Patientenaufklärung der *Bundesärztekammer*, Deutsches Ärzteblatt 1990, S. A1279)
- Bundesärztekammer:** Richtlinien der Bundesärztekammer für die ärztliche Sterbebegleitung, in: Deutsches Ärzteblatt 1993, S. A2404-A2406. (zit.: *Bundesärztekammer*, Deutsches Ärzteblatt 1993, S. A2404)
- Bundesärztekammer:** Handreichungen für Ärzte zum Umgang mit Patientenverfügungen, in: Deutsches Ärzteblatt 1999, S. A2720-A2721. (zit.: *Bundesärztekammer*, Handreichungen für Ärzte zum Umgang mit Patientenverfügungen, Deutsches Ärzteblatt 1999, S. A2720)
- Bundesärztekammer:** Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, in: Deutsches Ärzteblatt 2010, S. A877-A882. (zit.: Empfehlungen der *Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer* zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, Deutsches Ärzteblatt 2010, S. A877)
- Bundesärztekammer:** Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, in: Deutsches Ärzteblatt 2011, S. A346-A348. (zit.: Grundsätze der *Bundesärztekammer* zur Sterbebegleitung, Deutsches Ärzteblatt 2011, S. A346)
- Bundesärztekammer:** Patientenverfügung - Vorsorgevollmacht - Organspendeerklärung. Orientierungshilfe für Ärzte, in: Deutsches Ärzteblatt 2013, S. A1714. (zit.: Orientierungshilfe der *Bundesärztekammer* zu Patientenverfügung - Vorsorgevollmacht - Organspendeerklärung, Deutsche Ärzteblatt 2013, S. A1714)
- Bundesärztekammer:** Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, in: Deutsches Ärzteblatt 2013, S. B1392-B1397. (zit.: Empfehlungen der *Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer* zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, Deutsches Ärzteblatt 2013, S. B1392)
- Bundesministerium der Justiz** (Hrsg.): Patientenautonomie am Lebensende - Ethische, rechtliche und medizinische Aspekte zur Bewertung von Patientenverfügungen. Bericht der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ vom 10. Juni 2004. (zit.: *Bundesministerium der Justiz (Hrsg.)*, Patientenautonomie am Lebensende)

- Bundesministerium der Justiz** (Hrsg.): Patientenverfügung. Leiden – Krankheit – Sterben. Wie bestimme ich, was medizinisch unternommen werden soll, wenn ich entscheidungsunfähig bin?, Berlin 2011. (zit.: *Bundesministerium der Justiz* (Hrsg.), Patientenverfügung, Leiden, Krankheit, Sterben)
- Burchardi, Hilmar**: Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht bei Krankenhausaufnahme? In: Schreiber, Hans-Ludwig/Amelung Knut (Hrsg.): Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie. Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003. Heidelberg 2003, S. 615–625. (zit.: *Burchardi*, in: FS Schreiber, S. 615)
- Christman, John**: Autonomy and Personal History, in: *Canadian Journal of Philosophy* 1991, S. 1–24. (zit.: *Christman*, *Canadian Journal of Philosophy* 1991, S. 1)
- Clouser, K. Danner/Gert, Bernard**: A critique of principlism, in: *The Journal of Medicine and Philosophy* 1990, S. 219–236. (zit.: *Clouser/Gert*, A critique of principlism, *The Journal of Medicine and Philosophy* 1990, S. 219)
- Coepicus, Rolf**: Behandlungsabbruch, mutmaßlicher Wille und Betreuungsrecht, in: *NJW* 1998, S. 3381–3387. (zit.: *Coepicus*, *NJW* 1998, S. 3381)
- Coepicus, Rolf**: Zivilrechtliche Neuregelung der passiven Sterbehilfe und Sterbebegleitung, in: *ZRP* 2002, S. 44. (zit.: *Coepicus*, *ZRP* 2002, S. 44)
- Coepicus, Rolf**: Anreize zur Errichtung von Patientenverfügungen, in: *ZRP* 2003, S. 175–178. (zit.: *Coepicus*, *ZRP* 2003, S. 175)
- Coepicus, Rolf**: Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen. Sterbehilfe im und nach dem Beschluss des BGH vom 17-3-2003, in: *RPfleger* 2004, S. 262–267. (zit.: *Coepicus*, *RPfleger* 2004, S. 262)
- Coepicus, Rolf**: Aktive und passive Sterbehilfe - Abbruch von Behandlung und Ernährung aus vormundschaftsgerichtlicher Sicht, in: *FPR* 2007, S. 63–66. (zit.: *Coepicus*, *FPR* 2007, S. 63)
- Coepicus, Rolf**: Das „Gesetz über Patientenverfügungen“ und Sterbehilfe. Wann sind die Umsetzung von Patientenverfügungen und eine Sterbehilfe rechtmäßig?, Heidelberg u. a. 2010. (zit.: *Coepicus*, *Das „Gesetz über Patientenverfügungen“ und Sterbehilfe*)
- Coepicus, Rolf**: Offene Fragen zum „Patientenverfügungsgesetz“, in: *NJW* 2011, S. 2085–2091. (zit.: *Coepicus*, *NJW* 2011, S. 2085)
- Coepicus, Rolf**: Erfordernis der Zustimmung eines Betreuers und einer gerichtlichen Genehmigung für einen Behandlungsabbruch, in: *NJW* 2013, S. 2939–2942 (zit.: *Coepicus*, *NJW* 2013, S. 2939).

- Conradi, Matthias:** Der Arzt an den Grenzen seines Behandlungsauftrages. Eine Untersuchung zu Fragen der Sterbehilfe im Zeitalter der Intensivmedizin, Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtswissenschaft, Band 3448, Frankfurt am Main 2002. (zit.: *Conradi*, Der Arzt an den Grenzen seines Behandlungsauftrages)
- Covinsky, K. E. et al.:** Communication and decision-making in seriously ill patients: findings of the SUPPORT project. The Study to Understand Prognoses and Preferences for Outcomes and Risks of Treatments, in: *Journal of the American Geriatrics Society* 2000, S. 187–193. (zit.: *Covinsky et al.*, *Journal of the American Geriatrics Society* 2000, S. 187)
- Creifelds, Carl:** Rechtswörterbuch, hrsg. von Klaus Weber, 20. Aufl., München 2011. (zit.: *Creifelds*, Rechtswörterbuch)
- Culver, Charles M./Gert, Bernard:** Philosophy in medicine, New York u.a. 1982. (zit.: *Culver/Gert*, Philosophy in medicine)
- Damm, Reinhard:** Persönlichkeitsschutz und medizintechnische Entwicklung. Auf dem Weg in die persönlichkeitsrechtliche Moderne, in: *JZ* 1998, S. 926–938. (zit.: *Damm*, *JZ* 1998, S. 926)
- Damm, Reinhard:** Imperfekte Autonomie und Neopaternalismus, in: *MedR* 2002, S. 375–387. (zit.: *Damm*, *MedR* 2002, S. 375)
- Damm, Reinhard:** Privatautonomie und Patientenautonomie - Selbstbestimmung auf Güter-, Dienstleistungs- und Gesundheitsmärkten, in: Schmidt, Eike/Brüggemeier, Gert (Hrsg.): *Liber amicorum Eike Schmidt. Zum 65. Geburtstag am 26.11.2004*. Heidelberg 2005, S. 73–107. (zit.: *Damm*, *Privatautonomie und Patientenautonomie*, S. 73)
- Damm, Reinhard:** Medizinrechtliche Grundprinzipien im Kontext von Pflege und Demenz - „Selbstbestimmung und Fürsorge“, in: *MedR* 2010, S. 451–463. (zit.: *Damm*, *MedR* 2010, S. 451)
- Damm, Reinhard/Schulte in den Bäumen, Tobias:** Indikation und informed consent. Indikatoren eines Gestaltwandels von Medizin und Medizinrecht, in: *KritV* 2005, S. 101–136. (zit.: *Damm/Schulte in den Bäumen*, *KritV* 2005, S. 101)
- Damrau, Jürgen/Zimmermann, Walter:** Betreuungsrecht. Kommentar zum materiellen und formellen Recht, 4. Aufl., Stuttgart 2011. (zit.: *Damrau/Zimmermann*, *Betreuungsrecht*)
- Davis, John K.:** The concept of precedent autonomy, in: *Bioethics* 2002, S. 114–133. (zit.: *Davis*, *Bioethics* 2002, S. 114)

- Deichmann, Marco:** Vormundschaftsgerichtlich genehmigtes Töten durch Unterlassen? In: MDR 1995, S. 983–985. (zit.: *Deichmann*, MDR 1995, S. 983)
- Deutsch, Erwin:** Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antezipierte Einwilligung des Patienten, in: NJW 1979, S. 1905–1909. (zit.: *Deutsch*, NJW 1979, S. 1905)
- Deutsch, Erwin:** Verfassungszivilrecht bei der Sterbehilfe, in: NJW 2003, S. 1567–1568. (zit.: *Deutsch*, NJW 2003, S. 1567)
- Deutsch, Erwin/Spickhoff, Andreas:** Medizinrecht. Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht, 6. Aufl., Berlin 2008. (zit.: *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht)
- Deutsche Bischofskonferenz/Rat der Evangelischen Kirche:** Christliche Patientenvorsorge durch Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung, Behandlungswünsche und Patientenverfügung, Hannover, Bonn 2011. (zit.: *Deutsche Bischofskonferenz/Rat der Evangelischen Kirche* (Hrsg.), Christliche Patientenvorsorge)
- Deutscher Juristentag:** Die Beschlüsse des 63. Deutschen Juristentages Leipzig 2000, in: FPR 2007, S. 88–90. (zit.: *Deutscher Juristentag*, FPR 2007, S. 88)
- Deutscher Juristentag (Hrsg.):** Beschlüsse des 66. Deutschen Juristentags, Bonn 2006. (zit.: *Deutscher Juristentag* (Hrsg.), Beschlüsse des 66. Deutschen Juristentags)
- Deutsches Notarinstitut:** Patientenverfügung und Organspende; Regelungsbedarf? BGB § 1901a; TPG § 3, in: DNotI-Report 2013, S. 14–15. (zit.: Gutachten des *Deutschen Notarinstituts*, DNotI-Report 2013, S. 14)
- Di Fabio, Udo:** Form und Freiheit, in: DNotZ 2006, S. 342–350. (zit.: *Di Fabio*, DNotZ 2006, S. 342)
- Dichgans, Johannes:** Der Arzt und die Wahrheit am Krankenbett. Zur Aufklärung von Kranken und Sterbenden, in: Honnefelder, Ludger/Rager Günter H. (Hrsg.): Ärztliches Urteilen und Handeln. Zur Grundlegung einer medizinischen Ethik, Frankfurt am Main 1994, S. 193–213. (zit.: *Dichgans*, Der Arzt und die Wahrheit am Krankenbett, S. 193)
- Diekmann, Andrea:** Reformdiskussion zur Änderung des Betreuungsrechts, in: FPR 2004, S. 678–683. (zit.: *Diekmann*, FPR 2004, S. 678)
- Dieckmann, Johann Andreas:** Die Patientenverfügung nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17. 03. 2003 (XII ZB 2/03). Überlegungen für die notarielle Praxis, in: BWNotZ 2004, S. 49–57. (zit.: *Dieckmann*, BWNotZ 2004, S. 49)

- Diederichsen, Uwe:** Bemerkungen zu Tod und rechtlicher Betreuung, in: Schreiber, Hans-Ludwig/Amelung Knut (Hrsg.): Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie. Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003. Heidelberg 2003, S. 635–656. (zit.: *Diederichsen*, in: FS Schreiber, S. 635)
- Diehn, Thomas/Rebhan, Ralf:** Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung, in: NJW 2010, S. 326–331. (zit.: *Diehn/Rebhan*, NJW 2010, S. 326)
- Dodegge, Georg:** Die Entwicklung des Betreuungsrechts bis Anfang Juni 2007, in: NJW 2007, S. 2673–2679. (zit.: *Dodegge*, NJW 2007, 2673)
- Dodegge, Georg/Roth, Andreas:** Systematischer Praxiskommentar Betreuungsrecht, Familie, Betreuung, Soziales, 3. Aufl., Köln 2010. (zit.: *Dodegge/Roth*, Betreuungsrecht)
- Dölling, Dieter:** Zulässigkeit und Grenzen der Sterbehilfe, in: MedR 1987, S. 6–12. (zit.: *Dölling*, MedR 1987, S. 6)
- Dörner, Klaus:** Hält der BGH die „Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens“ wieder für diskutabel? In: ZRP 1996, S. 93–96. (zit.: *Dörner*, ZRP 1996, S. 93)
- Dreier, Horst:** Grundgesetz. Kommentar. Band I, Artikel 1-19, 2. Aufl., Tübingen 2004. (zit.: *Bearbeiter*, in: *Dreier*)
- Duttge, Gunnar:** Das österreichische Patientenverfügungsgesetz: Schreckensbild oder Vorbild? In: ZfL 2006, S. 81–87. (zit.: *Duttge*, ZfL 2006, S. 81)
- Duttge, Gunnar:** Sterbehilfe durch Unterlassen (Behandlungsabbruch). Anmerkung zu BGH. Urt. v. 25.6.2010 - 2 StR 454/09, in: MedR 2011, S. 36–38. (zit.: *Duttge*, MedR 2011, S. 36)
- Duttge, Gunnar et al.:** Preis der Freiheit, zum Abschlussbericht der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“, Thüngersheim 2004. (zit.: *Duttge et al.*, Preis der Freiheit)
- Dworkin, Ronald:** Die Grenzen des Lebens, Reinbek bei Hamburg 1994. (zit.: *Dworkin*, Die Grenzen des Lebens)
- Eibach, Ulrich:** Patientenverfügungen - „Mein Wille geschehe!“, in: ZfmE 1998, S. 201–208. (zit.: *Eibach*, ZfmE 1998, S. 201)
- Eibach, Ulrich:** Selbstbestimmung angesichts schwerster Krankheit und des Todes? Kritische Betrachtung eines philosophisch-juristischen Postulats, in: Wienke, Albrecht/Lippert Hans-Dieter (Hrsg.): Der Wille des Menschen zwischen Leben und Sterben. Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht, ausgewählte medizinrechtliche Aspekte. Berlin,

New York 2001, S. 47–64. (zit.: *Eibach*, Selbstbestimmung angesichts schwerster Krankheit und des Todes?, S. 47)

Eibach Ulrich/Schaefer, Klaus: Patientenautonomie und Patientenwünsche. Ergebnisse und ethische Reflexion von Patientenbefragungen zur selbstbestimmten Behandlung in Krisensituationen, in: *MedR* 2001, S. 21–28. (zit.: *Eibach/Schaefer*, *MedR* 2001, S. 21)

Eidam, Lutz: Wider die Bevormundung eines selbstbestimmten Sterbens. Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 25.6.2010, in: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 2011, S. 232–244. (zit.: *Eidam*, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 2011, S. 232)

Eidenschink, Martina: Die Patientenverfügung in der öffentlichen Debatte. Die Akzente der neuen Diskussion in Deutschland, ausgehend von dem Fall Theresa Schiavo, Berlin, Münster 2009. (zit.: *Eidenschink*, *Die Patientenverfügung in der öffentlichen Debatte*)

Eisenbart, Bettina: Patienten-Testament und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten. Alternativen zur Verwirklichung der Selbstbestimmung im Vorfeld des Todes, *Nomos Universitätsschriften Recht*, Band 288, 2. Aufl., Baden-Baden 2000. (zit.: *Eisenbart*, *Patienten-Testament und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten*)

Eisenmenger, Wolfgang: Salus versus voluntas – Ist die Patientenverfügung ein Prokrustesbett für den Arzt? In: Hager, Johannes/Albrecht, Andreas (Hrsg.): *Die Patientenverfügung. Tagungsband*. Baden-Baden 2006, S. 19–23. (zit.: *Eisenmenger*, *Salus versus voluntas – Ist die Patientenverfügung ein Prokrustesbett für den Arzt?*, S. 19)

Eisner, Beat: Die Aufklärungspflicht des Arztes. Die Rechtslage in Deutschland, der Schweiz und den USA, Bern u.a. 1992. (zit.: *Eisner*, *Die Aufklärungspflicht des Arztes*)

Elliott, Carl/Elliott, Britt: From the patients point of view: medical ethics and the moral imagination, in: *Journal of Medical Ethics* 1991, S. 173–178. (zit.: *Elliott/Elliott*, *Journal of Medical Ethics* 1991, S. 173)

Engert, Klaus: Aufklärung und Einwilligung. Erfahrungen aus der ärztlichen Praxis, in: Feuerstein, Günter (Hrsg.): *Neopaternalistische Medizin. Der Mythos der Selbstbestimmung im Arzt-Patient-Verhältnis*. Bern u.a. 1999, S. 27–35. (zit.: *Engert*, *Aufklärung und Einwilligung*, S. 27)

Englerth, Markus: Behavioural Law and Economics - eine kritische Einführung, in: Engel, Christoph (Hrsg.): *Recht und Verhalten. Beiträge zu Behavioral Law and Economics*. Tübingen 2007, S. 60–130. (zit.: *Englerth*, *Behavioural Law and Economics – eine kritische Einführung*, S. 60)

Englerth, Markus: Vom Wert des Rauchens und der Rückkehr der Idioten - Paternalismus als Antwort auf beschränkte Rationalität? In: Engel, Christoph (Hrsg.): *Recht und Ver-*

halten. Beiträge zu Behavioral Law and Economics. Tübingen 2007, S. 231–258. (zit.: *Englerth*, Vom Wert des Rauchens und der Rückkehr der Idioten - Paternalismus als Antwort auf beschränkte Rationalität?)

Enquête-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“: Zwischenbericht - Patientenverfügungen, BT-Drs. 15/3700, Berlin 2004. (zit.: *Enquête-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“*, Zwischenbericht Patientenverfügungen)

Faden, Ruth/Beauchamp, Tom L.: A history and theory of informed consent, New York u. a. 2010. (zit.: *Faden/Beauchamp*, A history and theory of informed consent)

Fagerlin, Angela/Ditto Peter H./Danks, Joseph H./Houts, Renate M./Smucker William D.: Projection in surrogate decisions about life-sustaining medical treatments, in: Health Psychology 2001, S. 166–175. (zit.: *Fagerlin et al.*, Health Psychology 2001, S. 166)

Fateh-Moghadam, Bijan: Die Einwilligung in die Lebendorganspende. Die Entfaltung des Paternalismusproblems im Horizont differenter Rechtsordnungen am Beispiel Deutschlands und Englands, München 2008. (zit.: *Fateh-Moghadam*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende)

Feinberg, Joel: Harm to self, New York, Oxford 1989. (zit.: *Feinberg*, Harm to self)

Fink, Udo: Selbstbestimmung und Selbsttötung. Verfassungsrechtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit Selbsttötungen. Annales Universitatis Saraviensis, Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Abteilung, Band 126, Köln 1992. (zit.: *Fink*, Selbstbestimmung und Selbsttötung)

Francke, Robert/Hart, Dieter: Charta der Patientenrechte. Rechtsgutachten zur Vorbereitung einer Charta der Patientenrechte gemäß dem Beschluß der 70. Konferenz der für das Gesundheitswesen zuständigen Ministerinnen und Minister, Senatorinnen und Senatoren am 20. und 21. November 1997 in Saarbrücken für die Länder Freie Hansestadt Bremen - Senator für Frauen, Gesundheit, Jugend, Soziales und Umweltschutz, Freie und Hansestadt Hamburg, Behörde für Arbeit, Gesundheit und Soziales, Nordrhein-Westfalen - Ministerium für Frauen, Jugend, Familie und Gesundheit, Baden-Baden 1999. (zit.: *Francke/Hart*, Charta der Patientenrechte)

Frewer, Andreas (Hrsg.): Patientenverfügung und Ethik - Beiträge zur guten klinischen Praxis, Jahrbuch Ethik in der Klinik, Band 2, Würzburg 2009. (zit.: *Frewer*, Patientenverfügung und Ethik, Beiträge zur guten klinischen Praxis)

Friedrich, Bernd: Die Bindungsstärke von Patientenverfügungen. Grenzen am Beispiel der formlosen Widerrufbarkeit, in: ZfmE 2013, S. 311–324. (zit.: *Friedrich*, ZfmE 2013, S. 311)

- Frister, Helmut:** Anmerkung zu Beschluß des OLG Frankfurt am Main v. 15.7.1998 – 20 W 224/98, in: JR 1999, S. 73-74. (zit.: *Frister*, JR 1999, S. 73)
- Füllmich, Reiner:** Der Tod im Krankenhaus und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten. Über das Recht des nicht entscheidungsfähigen Patienten, künstlich lebensverlängernde Maßnahmen abzulehnen, Frankfurt am Main, New York 1990. (zit.: *Füllmich*, Der Tod im Krankenhaus und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten)
- Füllmich, Reiner:** Zur Ablehnung künstlich lebensverlängernder medizinischer Maßnahmen durch nicht entscheidungsfähige Patienten, in: NJW 1999, S. 2301–2303. (zit.: *Füllmich*, NJW 1999, S. 2301)
- Gaidzik, Peter W.:** Patientenverfügungen. Rechtssicherheit und Selbstbestimmung?, Wiesbaden 2011. (zit.: *Gaidzik*, Patientenverfügungen)
- Gärditz, Klaus Ferdinand:** Verfassungsrechtliche Grundfragen des Schutzes Demeter, in: ZfL 2010, S. 38–49. (zit.: *Gärditz*, ZfL 2010, S. 38)
- Gaul, Charly/Helm, Jürgen:** Entscheidungen am Lebensende: „Hochkomplex und individuell“. Die Notwendigkeit, zwischen der Willensäußerung des Patienten, den Wünschen der Angehörigen und der ärztlichen Überzeugung abzuwägen - ein Beispiel, in: Deutsches Ärzteblatt 2009, S. A84-A87. (zit.: *Gaul/Helm*, Deutsches Ärzteblatt 2009, S. A84)
- Geisler, L. S.:** Patientenautonomie – eine kritische Begriffsbestimmung, in: DMW 2004, S. 453–456. (zit.: *Geisler*, DMW 2004, S. 453)
- Geißendörfer, Sylke:** Die Selbstbestimmung des Entscheidungsunfähigen an den Grenzen des Rechts. Zur Debatte über „passive Sterbehilfe“ durch Behandlungsverzicht, vor-mundschaftliches Genehmigungsverfahren, Patientenverfügungen und deren gesetzliche Regelungsmöglichkeiten, Berlin, Münster 2009. (zit.: *Geißendörfer*, Die Selbstbestimmung des Entscheidungsunfähigen an den Grenzen des Rechts)
- George, Wolfgang/Dommer, Eckhard/Szymczak, Viktor R.:** Sterben im Krankenhaus. Situationsbeschreibung, Zusammenhänge, Empfehlungen, Forschung Psychosozial, Gießen 2013. (zit.: *George/Dommer/Szymczak*, Sterben im Krankenhaus)
- Gerlinger, Michael:** Der mutmaßliche Wille als trojanisches Pferd der Fremdbestimmung. Sterbehilfe ist verfassungswidrig, wenn sie auf Mutmaßungen über den Willen des Patienten beruht - Fatale Verwechslung von Fremd- und Selbstbestimmung, in: Betrifft Justiz 2004, S. 396–398. (zit.: *Gerlinger*, Betrifft Justiz 2004, S. 396)
- Gernhuber, Joachim/Coester-Waltjen, Dagmar:** Familienrecht, 6. Aufl., München 2010. (zit.: *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht)

- Gert, Bernard/Culver, Charles M./Clouser, K. Danner:** Bioethics. A Systematic Approach, 2. Aufl., New York 2006. (zit.: *Gert/Culver/Clouser*, Bioethics)
- Giesen, Dieter:** Ethische und rechtliche Probleme am Ende des Lebens, in: JZ 1990, S. 929–943. (zit.: *Giesen*, JZ 1990, S. 929)
- Glaser, Barney G./Strauss, Anselm L.:** Betreuung von Sterbenden. Eine Orientierung für Ärzte, Pflegepersonal, Seelsorger und Angehörige, 2. Aufl., Göttingen 1995. (zit.: *Glaser/Strauss*, Betreuung von Sterbenden)
- Goodman, Kenneth W.:** The case of Terri Schiavo. Ethics, politics, and death in the 21st century, Oxford, New York 2010. (zit.: *Goodman*, The case of Terri Schiavo)
- Görk, Stefan:** Das Zentrale Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer - ein zentraler Baustein bei der Durchsetzung des Selbstbestimmungsrechts, in: FPR 2007, S. 82–84. (zit.: *Görk*, FPR 2007, S. 82)
- Graumann, Sigrid:** Assistierte Freiheit. Von einer Behindertenpolitik der Wohltätigkeit zu einer Politik der Menschenrechte, Frankfurt am Main 2011. (zit.: *Graumann*, Assistierte Freiheit)
- Grimm, Carlo/Hillebrand, Ingo:** Sterbehilfe. Rechtliche und ethische Aspekte Ethik in den Biowissenschaften - Sachstandsberichte des DRZE, Band 8, Freiburg 2009. (zit.: *Grimm/Hillebrand*, Sterbehilfe)
- Grübler, Beate:** Therapiebegrenzung bei infauster Prognose. Wann soll das Leben zu Ende gehen? In: Deutsches Ärzteblatt 2011, S. A1473-A1476. (zit.: *Grübler*, Deutsches Ärzteblatt 2011, S. A1473)
- Gutwald, Rebecca:** Autonomie, Rationalität und Perfektionismus. Probleme des weichen Paternalismus im Rechtfertigungsmodell der Bounded Rationality, in: Ellscheid, Günter/Fateh-Moghadam Bijan (Hrsg.): Grenzen des Paternalismus, Stuttgart 2010, S. 73–93. (zit.: *Gutwald*, Autonomie, Rationalität und Perfektionismus, S. 73)
- Härle, Wilfried:** Patienten“autonomie“ aus ethischer Sicht - Zur Aufhebung des Widerspruchs zwischen Selbstbestimmung und Fürsorge, in: FPR 2007, S. 47–51. (zit.: *Härle*, FPR 2007, S. 47)
- Härle, Wilfried:** Patienten-Selbstbestimmung und ärztliche Fürsorge am Lebensende, in: Anderheiden, Michael/Eckart, Wolfgang Uwe: Handbuch Sterben und Menschenwürde, Band 1, Berlin u. a. 2012, S. 539-554. (zit.: *Härle*, Patienten-Selbstbestimmung und ärztliche Fürsorge am Lebensende, S. 539)

- Häyry, Heta:** The limits of medical paternalism, London, New York 1991. (zit.: *Häyry*, The limits of medical paternalism)
- Heggen, Marc:** Die neue österreichische Gesetzgebung im Bereich Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht. Ein Blick über die Grenze aus deutscher notarieller Sicht, in: ZNotP 2008, S. 184–197. (zit.: *Heggen*, ZNotP 2008, S. 184)
- Heggen, Marc:** Regelung der Patientenverfügung im europäischen Ausland, in: FPR 2010, S. 272–275. (zit.: *Heggen*, FPR 2010, S. 272)
- Held, Virginia:** The ethics of care. Personal, political, and global, Oxford, New York 2006. (zit.: *Held*, The ethics of care)
- Heyers, Johannes:** Passive Sterbehilfe bei entscheidungsunfähigen Patienten und das Betreuungsrecht, Berlin 2001. (zit.: *Heyers*, Passive Sterbehilfe bei entscheidungsunfähigen Patienten und das Betreuungsrecht)
- Himpsl, F./Schmidt-Petri, C.:** Herz und Nieren und Moral. Organentnahme ohne Spendenausweis ist die Regel, in: SZ vom 7.5.2013, S. 13. (zit.: *Himpsl/Schmidt-Petri*, SZ vom 7.5.2013, S. 13)
- Höfling, Wolfram:** Forum: „Sterbehilfe“ zwischen Selbstbestimmung und Integritätsschutz, in: JuS 2000, S. 111–118. (zit.: *Höfling*, JuS 2000, S. 111)
- Höfling, Wolfram:** Anmerkung zu BGH, Beschluß vom 8.6.2005 - XII ZR 177/03, in: JZ 2006, S. 145–147. (zit.: *Höfling*, JZ 2006, S. 146)
- Höfling, Wolfram:** Patientenautonomie und Patientenverfügungen aus der Sicht der deutschen Vormundschaftsrichter/innen, in: FPR 2007, S. 67–69. (zit.: *Höfling*, FPR 2007, S. 67)
- Höfling, Wolfram:** Antizipative Selbstbestimmung – eine kritische Analyse der Entwürfe zu einem Patientenverfügungsgesetz, in: GesR 2009, S. 181–188. (zit.: *Höfling*, GesR 2009, S. 181)
- Höfling, Wolfram:** Das neue Patientenverfügungsgesetz, in: NJW 2009, S. 2849–2852. (zit.: *Höfling*, NJW 2009, S. 2849)
- Höfling, Wolfram:** Die Patientenverfügung. Interview mit Professor Dr. Wolfram Höfling, Universität zu Köln, in: BtPrax 2009, S. 474–476. (zit.: *Höfling*, BtPrax 2009, S. 474)

- Höfling, Wolfram:** Das neue Patientenverfügungsgesetz - Königsweg zu selbstbestimmten Sterben? In: Höfling, Wolfram (Hrsg.): Das neue Patientenverfügungsgesetz in der Praxis - eine erste kritische Zwischenbilanz, Recht – Ethik – Gesundheit, Band 6, Baden-Baden 2011, S. 11–16. (zit.: *Höfling*, Das neue Patientenverfügungsgesetz, S. 11)
- Höfling, Wolfram (Hrsg.):** Das neue Patientenverfügungsgesetz in der Praxis - eine erste kritische Zwischenbilanz, Recht – Ethik – Gesundheit, Band 6, Baden-Baden 2011. (zit.: *Höfling*, Das neue Patientenverfügungsgesetz in der Praxis - eine erste kritische Zwischenbilanz)
- Höfling, Wolfram:** Prekäre Selbstbestimmung. Das Institut der Patientenverfügung, in: *ZfmE* 2013, S. 171–178. (zit.: *Höfling*, *ZfmE* 2013, S. 171)
- Höfling, Wolfram/Rixen, Stephan:** Vormundschaftsgerichtliche Sterbeherrschaft? In: *JZ* 2003, S. 884–894. (zit.: *Höfling/Rixen*, *JZ* 2003, S. 884)
- Höfling, Wolfram/Schäfer, Anne:** Leben und Sterben in Richterhand? Ergebnisse einer bundesweiten Richterbefragung zu Patientenverfügung und Sterbehilfe, Tübingen 2006. (zit.: *Höfling/Schäfer*, Leben und Sterben in Richterhand?)
- Hoffmann, Birgit:** Auslegung von Patientenverfügungen. Zugleich eine Betrachtung des Gesetzentwurfs von Stünker et al. (BT-Drs. 16/8442), in: *BtPrax* 2009, S. 7–13. (zit.: *Hoffmann*, *BtPrax* 2009, S. 7)
- Holzhauser, Heinz:** Von Verfassungen wegen: Straffreiheit für passive Sterbehilfe, in: *ZRP* 2004, S. 41–44. (zit.: *Holzhauser*, *ZRP* 2004, S. 41)
- Holzhauser, Heinz:** Patientenautonomie, Patientenverfügung und Sterbehilfe, in: *FamRZ* 2006, S. 518–528. (zit.: *Holzhauser*, *FamRZ* 2006, S. 518)
- Hoppe, Jörg-Dietrich:** Patientenverfügungen - eine Stellungnahme aus ärztlicher Sicht, in: *FPR* 2010, S. 257–260. (zit.: *Hoppe*, *FPR* 2010, S. 257)
- Hoppe, Jörg-Dietrich/Hübner, Marlis:** Ist Sterben normierbar? In: *ZRP* 2008, S. 225–226. (zit.: *Hoppe/Hübner*, *ZRP* 2008, S. 225)
- Hufen, Friedhelm:** In dubio pro dignitate. Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens, in: *NJW* 2001, S. 849–857. (zit.: *Hufen*, *NJW* 2001, S. 849)
- Hufen, Friedhelm:** Verfassungsrechtliche Grenzen des Richterrechts. Zum neuen Sterbehilfe-Beschluss des BGH, in: *ZRP* 2003, S. 248–252. (zit.: *Hufen*, *ZRP* 2003, S. 248)

- Hufen, Friedhelm:** Geltung und Reichweite von Patientenverfügungen. Der Rahmen des Verfassungsrechts, Baden-Baden 2009. (zit.: *Hufen*, Geltung und Reichweite von Patientenverfügungen)
- Ihrig, Thomas:** Mehr Rechtssicherheit durch das Gesetz über die Patientenverfügung, in: *notar* 2009, S. 380–388. (zit.: *Ihrig*, *notar* 2009, S. 380)
- Ihrig, Thomas:** Leitlinien zur Ermittlung und Durchführung des Patientenwillens. Zugleich Anmerkungen zum Beschl. des BGH v. 10.11.2010 - 2 StR 320/10, in: *DNotZ* 2011, S. 583–589. (zit.: *Ihrig*, *DNotZ* 2011, S. 583)
- Ingelfinger, Ralph:** Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung, in: *JZ* 2006, S. 821–831. (zit.: *Ingelfinger*, *JZ* 2006, S. 821)
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.):** Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band VII, Freiheitsrechte, 3. Aufl., Heidelberg 2009. (zit.: *Isensee/Kirchhof-Bearbeiter*)
- Jacobi, Thorsten/May, Arnd T./Kielstein, Rita/Bienwald, Werner:** Ratgeber Patientenverfügung, Vorgesagt oder selbstverfasst?, Münster 2001. (zit.: *Jacobi/May/Kielstein/Bienwald (Hrsg.)*, Ratgeber Patientenverfügung)
- Joacks, Wolfgang/Miebach, Klaus (Hrsg.):** Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., München 2012. (zit.: *MüKo-Bearbeiter*)
- Joost, Nine:** Begrenzte Rationalität und ärztliche Aufklärungspflichten. Soll das Recht dem Risiko defizitärer Patientenentscheidungen entgegenwirken? In: Ellscheid, Günter/Fateh-Moghadam Bijan (Hrsg.): *Grenzen des Paternalismus*, Stuttgart 2010, S. 126–159. (zit.: *Joost*, *Ärztliche Aufklärungspflichten und begrenzte Rationalität*, S. 126)
- Jox, Ralf J.:** Bewusstlos, aber autonom? Ethische Analyse stellvertretender Entscheidungen einwilligungsunfähiger Patienten, in: *Ethik Med* 2004, S. 401–414. (zit.: *Jox*, *Ethik Med* 2004, S. 404)
- Jox, Ralf J.:** Der „natürliche Wille“ als Entscheidungskriterium: rechtliche, handlungstheoretische und ethische Aspekte, in: Schildmann, Jan/Fahr, Uwe/Vollmann, Jochen (Hrsg.): *Entscheidungen am Lebensende in der modernen Medizin, Ethik in der Praxis / Kontroversen*, Band 24, Berlin 2006, S. 69–86. (zit.: *Jox*, *Der „natürliche Wille“ als Entscheidungskriterium*, S. 69)
- Jox, Ralf J.:** Die Patientenverfügung und ihre praktische Umsetzung in Deutschland, in: *ZfmE* 2013, S. 269–281. (zit.: *Jox*, *ZfmE* 2013, S. 269)

- Jox, Ralf J./Krebs, Mirjam/Bickhardt, Jürgen/Heßdörfer, Karlo/Roller, Susanne/Borasio, Gian Domenico:** Verbindlichkeit der Patientenverfügung im Urteil ihrer Verfasser, in: Ethik Med 2009, S. 21-31. (zit.: *Jox et al.*, Ethik Med 2009, S. 21)
- Jürgens, Andreas/Crailsheim, Guido Freiherr von/Kretz, Jutta/Marschner, Rolf/Winterstein, Peter:** Betreuungsrecht. Kommentar zum materiellen Betreuungsrecht, zum Verfahrensrecht und zum Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz, 4. Aufl., München 2010. (zit.: *Jürgens*, Betreuungsrecht)
- Kamps, Hans:** Pflicht zur Beachtung von Patientenverfügungen, in: Zeitschrift für das gesamte Medizin- und Gesundheitsrecht 2009, S. 207–208. (zit.: *Kamps*, ZMGR 2009, S. 207)
- Kant, Immanuel:** Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, in: Kant, Immanuel: Werke. Akademie Textausgabe, Berlin u.a. 1968, S. 385–464. (zit.: *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten)
- Katzenmeier, Christian:** Arzthaftung, Tübingen 2002. (zit.: *Katzenmeier*, Arzthaftung)
- Katzenmeier, Christian:** Mammographie-Screening. Rechtsfragen weitgehend ungeklärt, in: Deutsches Ärzteblatt 2006, S. A1054-A1058. (zit.: *Katzenmeier*, Deutsches Ärzteblatt 2006, S. A1054)
- Keilbach, Heinz:** Vorsorgeregeln zur Wahrung der Selbstbestimmung bei Krankheit, im Alter und am Lebensende, in: FamRZ 2003, S. 969–982. (zit.: *Keilbach*, FamRZ 2003, S. 969)
- Kern, Bernd-Rüdiger/Laufs, Adolf:** Die ärztliche Aufklärungspflicht. Unter besonderer Berücksichtigung der richterlichen Spruchpraxis, Berlin, Heidelberg 1983. (zit.: *Kern/Laufs*, Die ärztliche Aufklärungspflicht)
- Kierig, Franz Otto/Behlau, Wolfgang:** Der Wille des Patienten entscheidet. Patientenverfügung, Vorsorgevollmacht und Behandlungsabbruch, Heidelberg 2011. (zit.: *Kierig/Behlau*, Der Wille des Patienten entscheidet)
- Klinkhammer, Gisela:** Patientenverfügungsgesetz. Die praktische Umsetzung - eine erste Zwischenbilanz, in: Deutsches Ärzteblatt 2010, S. A1246-A1247. (zit.: *Klinkhammer*, Deutsches Ärzteblatt 2010, S. A1246)
- Klinkhammer, Gisela:** Patientenverfügung und Organspendeerklärung. Orientierung für Konfliktsituationen, in: Deutsches Ärzteblatt 2013, S. B478. (zit.: *Klinkhammer*, Deutsches Ärzteblatt 2013, S. B478)
- Klöpperpieper, Dirk:** Patientenverfügung und Strafrecht, in: FPR 2010, S. 260–266. (zit.: *Klöpperpieper*, FPR 2010, S. 260)

- Kluge, Friedrich/Seebold, Elmar:** Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 24. Aufl., Berlin, New York 2002. (zit.: *Kluge*, Etymologisches Wörterbuch)
- Knauss, Kristina:** Patientenverfügungen aus der Sicht unterschiedlicher Patientengruppen - Strahlentherapie, Kardiologie, Unfallchirurgie, Regensburg 2012. (zit.: *Knauss*, Patientenverfügungen aus der Sicht unterschiedlicher Patientengruppen)
- Knieper, Judith:** Inhalt und Auswirkung der Sterbehilfeentscheidung, in: *BtPrax* 1998, S. 160–161. (zit.: *Knieper*, *BtPrax* 1998, S. 160)
- Kölch, Michael/Fegert, Jörg M.:** Patientenautonomie - Minderjährige als Patienten, in: *FPR* 2007, S. 76–78. (zit.: *Kölch/Fegert*, *FPR* 2007, S. 76).
- Kohte, Wolfhard:** Die rechtfertigende Einwilligung, in: *AcP* 1985, S.105–161. (zit.: *Kohte*, *AcP* 1985, S. 105)
- Kreß, Hartmut:** Patientenverfügungen und Selbstbestimmung in Anbetracht der Notfallmedizin, in: *ZRP* 2009, S. 69–71. (zit.: *Kreß*, *ZRP* 2009, S. 69)
- Kübler, Friedrich/Kübler, Wolfgang:** Selbstbestimmung am Lebensende? - Die Patientenverfügung im Gesetzgebungsverfahren, in: *ZRP* 2008, S. 236–240. (zit.: *Kübler/Kübler*, *ZRP* 2008, S. 236)
- Kusch, Roger/Spittler, Johann Friedrich:** Weißbuch 2011, SterbeHilfeDeutschland e.V. – Schriftenreihe, Band 1, Norderstedt 2011. (zit.: *Kusch/Spittler*, Weißbuch 2011)
- Kutzer, Klaus:** Der Vormundschaftsrichter als „Schicksalsbeamter“? Der BGH schränkt das Selbstbestimmungsrecht des Patienten ein. ZRP-Rechtsgespräch mit Klaus Kutzer, Vors. Richter am Bundesgerichtshof a.D., in: *ZRP* 2003, S. 213–216. (zit.: *Kutzer*, *ZRP* 2003, S. 213)
- Kutzer, Klaus:** Die Auseinandersetzung mit der aktiven Sterbehilfe. Ein spezifisches Problem der Deutschen? In: *ZRP* 2003, S. 209–212. (zit.: *Kutzer*, *ZRP* 2003, S. 209)
- Kutzer, Klaus:** Probleme der Sterbehilfe, in: *FPR* 2004, S. 683–689. (zit.: *Kutzer*, *FPR* 2004, S. 683)
- Kutzer, Klaus:** Patientenautonomie am Lebensende, in: *BtPrax* 2005, S. 50–52. (zit.: *Kutzer*, *BtPrax* 2005, S. 50)
- Kutzer, Klaus:** Patientenautonomie und Strafrecht - aktive und passive Sterbehilfe, in: *FPR* 2007, S. 59–63. (zit.: *Kutzer*, *FPR* 2007, S. 59)

- Kutzer, Klaus:** Rechtslage und Entwicklung des parlamentarischen Verfahrens zur Patientenverfügung, in: Frewer, Andreas (Hrsg.): Patientenverfügung und Ethik - Beiträge zur guten klinischen Praxis, Jahrbuch Ethik in der Klinik, Band 2, Würzburg 2009, S. 139–155. (zit.: *Kutzer*, Rechtslage und Entwicklung des parlamentarischen Verfahrens zur Patientenverfügung, S. 139)
- Kutzer, Klaus:** Ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung unter besonderer Berücksichtigung des neuen Patientenverfügungsgesetzes. Schriftliche Fassung eines Vortrages auf der 27. Arbeitstagung der Deutschen Gesellschaft für Neurointensiv- und Notfallmedizin gemeinsam mit der Deutschen Schlaganfall-Gesellschaft am 23.1.2010 in Bad Homburg, in: *MedR* 2010, S. 531–533. (zit.: *Kutzer*, *MedR* 2010, S. 531)
- Landau, Herbert:** Heiligkeit des Lebens und Selbstbestimmung im Sterben, in: *ZRP* 2005, S. 50–54. (zit.: *Landau*, *ZRP* 2005, S. 50)
- Lange, Wolfgang:** Das Patientenverfügungsgesetz. Überblick und kritische Würdigung, in: *ZEV* 2009, S. 537–544. (zit.: *Lange*, *ZEV* 2009, S. 537)
- Lange, Wolfgang:** Inhalt und Auslegung von Patientenverfügungen. Grundlagen für rechtsfehlerfreie Gestaltung, Baden-Baden 2009. (zit.: *Lange*, Inhalt und Auslegung von Patientenverfügungen)
- Laufs, Adolf:** Selbstverantwortliches Sterben? In: *NJW* 1996, S. 763–764. (zit.: *Laufs*, *NJW* 1996, S. 763)
- Laufs, Adolf:** Zivilrichter über Leben und Tod? In: *NJW* 1998, S. 3399–3401. (zit.: *Laufs*, *NJW* 1998, S. 3399)
- Laufs, Adolf:** Arzt, Patient und Recht am Ende des Jahrhunderts, in: *NJW* 1999, S. 1758–1769. (zit.: *Laufs*, *NJW* 1999, S. 1758)
- Laufs, Adolf/Katzenmeier, Christian/Lipp, Volker:** *Arztrecht*, 6. Aufl., München 2009. (zit.: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*)
- Laufs, Adolf/Kern, Bernd-Rüdiger/Clemens, Thomas:** *Handbuch des Arztrechts*, 4. Aufl., München 2010. (zit.: *Laufs/Kern*, *Handbuch des Arztrechts*)
- Lipp, Volker:** Freiheit und Fürsorge: der Mensch als Rechtsperson. Zu Funktion und Stellung der rechtlichen Betreuung im Privatrecht, Tübingen 2000. (zit.: *Lipp*, *Freiheit und Fürsorge*)
- Lipp, Volker:** Privatautonomie, Sterbehilfe und Betreuung, in: *DRiZ* 2000, S. 231–239. (zit.: *Lipp*, *DRiZ* 2000, S. 231)

- Lipp, Volker:** Patientenautonomie und Sterbehilfe, in: BtPrax 2002, S. 47–53. (zit.: *Lipp*, BtPrax 2002, S. 47)
- Lipp, Volker:** Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 17.3.2003 - XII ZB 2/03, in: FamRZ 2003, S. 756. (zit.: *Lipp*, FamRZ 2004, S. 576)
- Lipp, Volker:** „Sterbehilfe“ und Patientenverfügung, in: FamRZ 2004, S. 317–324. (zit.: *Lipp*, FamRZ 2004, S. 317)
- Lipp, Volker:** Patientenautonomie und Lebensschutz: Zur Diskussion um eine gesetzliche Regelung der „Sterbehilfe“, Göttingen 2005. (zit.: *Lipp*, Patientenautonomie und Lebensschutz)
- Lipp, Volker:** Handbuch der Vorsorgeverfügungen. Vorsorgevollmacht - Patientenverfügung - Betreuungsverfügung, München 2009. (zit.: *Lipp*, Handbuch der Vorsorgeverfügungen)
- Lipp, Volker/Brauer, Daniel:** Patientenvertreter, Betreuungsgericht und Patientenwille, in: Höfling, Wolfram (Hrsg.): Das neue Patientenverfügungsgesetz in der Praxis - eine erste kritische Zwischenbilanz, Recht – Ethik – Gesundheit, Band 6, Baden-Baden 2011, S. 17–45. (zit.: *Lipp/Brauer*, Patientenvertreter, Betreuungsgericht und Patientenwille, S. 17)
- Lipp, Volker/Klein, Frederike C. A.:** Patientenautonomie und Sterbehilfe - Stand der aktuellen Debatte, in: FPR 2007, S. 56–59. (zit.: *Lipp/Klein*, FPR 2007, S. 56)
- Lipp, Volker/Nagel, Michael Benedikt:** Die Patientenverfügung - Bemerkungen zur aktuellen rechtspolitischen Debatte, in: Forum Familienrecht 2005, S. 83–88. (zit.: *Lipp/Nagel*, FF 2005, S. 83)
- Locher, Matthias:** Die neuen Regelungen zur Patientenverfügung, in: FamRB 2010, S. 56–64. (zit.: *Locher*, FamRB 2010, S. 56)
- Lorenz, Jörn:** Gesetzliche Regulierung existenzieller medizinischer Entscheidungen. Verfassungsrechtliche Vorgaben und Rahmenkonzept, in: Schildmann, Jan/Fahr, Uwe/Vollmann, Jochen (Hrsg.): Entscheidungen am Lebensende in der modernen Medizin, Ethik in der Praxis / Kontroversen, Band 24, Berlin 2006, S. 179–196. (zit.: *Lorenz*, Gesetzliche Regulierung existenzieller medizinischer Entscheidungen, S. 179)
- Lorz, Sigrid:** Arzthaftung bei Schönheitsoperationen, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 360, Berlin 2007. (zit.: *Lorz*, Arzthaftung bei Schönheitsoperationen)

- Ludyga, Hannes:** Der Abbruch lebensverlängernder oder -erhaltender Maßnahmen auf Grund von Patientenverfügungen und die Genehmigung des Betreuungsgerichts, in: FPR 2010, S. 266–270. (zit.: *Ludyga*, FPR 2010, S. 266)
- Magnus, Dorothea:** Fürsorge oder Selbstbestimmung? Von Arztpflichten und Patientenrechten - rechtliche, ethische und medizinische Aspekte, in: Deutsches Ärzteblatt 2012, S. A918-A921. (zit.: *Magnus*, Deutsches Ärzteblatt 2012, S. A918)
- Maio, Giovanni:** Hauptsache mein Wille geschehe? Der Trend zur Patientenverfügung in seiner ethischen Unzulänglichkeit, in: DMW 2008, S. 2582–2585. (zit.: *Maio*, DMW 2008, S. 2582)
- Maio, Giovanni:** Sterbehilfe nach Checkliste? Zu den Fallstricken einer rechtlichen Verankerung der Patientenverfügung, in: DMW 2009, S. 1565–1566. (zit.: *Maio*, DMW 2009, S. 1565)
- Maio, Giovanni:** Verfügen über das Unverfügbare? Die Patientenverfügung als unvollkommene Antwort auf die ethische Herausforderung des Sterbens, in: Honnefelder, Ludger/Sturma Dieter (Hrsg.): Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, Band 15, Berlin 2010, S. 211–219. (zit.: *Maio*, Verfügen über das Unverfügbare?, S. 211)
- Mallinckrodt, Marie von/Schmidt, Caroline/Schwägerl, Christian:** Angriff auf die Autonomie. Ein parteiübergreifendes Bündnis von Bundestagsabgeordneten will das Selbstbestimmungsrecht massiv beschneiden. Der Plan, Patientenverfügungen gesetzlich zu stärken, droht zu scheitern, in: DER SPIEGEL 2008, Heft 44, S. 156–157. (zit.: v. *Mallinckrodt/Schmidt/Schwägerl*, DER SPIEGEL 44/2008, S. 156)
- Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian:** Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl., München 2005. (zit.: *Mangoldt/Klein/Starck-Bearbeiter*)
- Marckmann, Georg/Schmitt, Jürgen in der:** Patientenverfügungen und Advance Care Planning: Internationale Erfahrungen, in: ZfmE 2013, S. 213–227. (zit.: *Marckmann/in der Schmitt*, ZfmE 2013, S. 213)
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Herzog, Roman/Badura, Peter:** Grundgesetz. Kommentar. Stand: 69. Ergänzungslieferung 2013, München. (zit.: *Maunz/Dürig-Bearbeiter*)
- May, Arnd T.:** Das Recht auf den eigenen Tod - Patientenverfügungen als Autonomie für die Stunde des Todes? In: KritV 2004, S. 428–450. (zit.: *May*, KritV 2004, S. 428)
- May, Arnd T.:** Patientenautonomie am Lebensende. Aufgabe und Zusammensetzung der Arbeitsgruppe beim Bundesministerium der Justiz, in: BtPrax 2004, S. 234. (zit.: *May*, BtPrax 2004, S. 234)

- May, Arnd T.:** Patientenverfügungen, in: BtPrax 2007, S. 149–153. (zit.: *May*, BtPrax 2007, S. 149)
- Meier, Christoph:** Leben erhalten - Sterben zulassen. Zur Diskussion um Patientenverfügungen in den Kirchen, in: Meier, Christoph (Hrsg.): Patientenverfügung. Ausdruck der Selbstbestimmung, Auftrag zur Fürsorge. Stuttgart 2005, S. 33–44. (zit.: *Meier*, Leben erhalten - Sterben zulassen, S. 33)
- Meier, Sybille M.:** Zum Inhalt von und zum Umgang mit Patientenvollmachten in Gesundheitsangelegenheiten, in: BtPrax 2001, S. 181–186. (zit.: *Meier*, BtPrax 2001, S. 181)
- Meran, Johannes G./Geißendörfer, Sylke/May, Arnd T./Simon, Alfred** (Hrsg.): Möglichkeiten einer standardisierten Patientenverfügung. Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Gesundheit, Münster u.a. 2002. (zit.: *Meran et al. (Hrsg.)*, Möglichkeiten einer standardisierten Patientenverfügung)
- Merkel, Reinhard:** Personale Identität und die Grenzen strafrechtlicher Zurechnung. Annäherung an ein unentdecktes Grundproblem der Strafrechtsdogmatik, in: JZ 1999, S. 502–511. (zit.: *Merkel*, JZ 1999, S. 502)
- Meyer-Götz, Heinrich:** Kritische Anmerkung zum Patientenverfügungsgesetz, in: FPR 2010, S. 270–271. (zit.: *Meyer-Götz*, FPR 2010, S. 270)
- Mieth, Dietmar:** Patientenverfügung ohne Reichweitenbegrenzung: eine Überforderung der Selbstbestimmung, in: ICEP Argumente des Instituts für christliche Ethik und Politik 2005, Heft 3, S. 1–2. (zit.: *Mieth*, ICEP Argumente 2005/3, S. 1)
- Mill, John Stuart/Brandt, Horst D.:** Über die Freiheit, Philosophische Bibliothek 583, Hamburg 2009. (zit.: *Mill/Brandt*, Über die Freiheit)
- Mill, John Stuart/Gray, John:** On liberty and other essays, Oxford, New York 1998. (zit.: *Mill/Gray*, On liberty and Other Essays)
- Milzer, Lutz:** Die adressatengerechte Vorsorgevollmacht, in: NJW 2003, S. 1836–1840. (zit.: *Milzer*, NJW 2003, S. 1836)
- Milzer, Lutz:** Die Patientenverfügung - ein Rechtsgeschäft mit ablaufendem Haltbarkeitsdatum? In: NJW 2004, S. 2277–2278. (zit.: *Milzer*, NJW 2004, S. 2277)
- Milzer, Lutz:** Delegierte Patientenautonomie - Wahrnehmung von Patientenrechten durch Vorsorgebevollmächtigte, in: FPR 2007, S. 69–73. (zit.: *Milzer*, FPR 2007, S. 69)
- Möller, Tina:** Die medizinische Indikation lebenserhaltender Maßnahmen, Baden-Baden 2010. (zit.: *Möller*, Die medizinische Indikation lebenserhaltender Maßnahmen)

- Müller, Gabriele:** Verbindlichkeit und Grenzen der Patientenverfügung - Zur Rechtslage der lege lata et de lege ferenda, in: ZEV 2008, S. 583–588. (zit.: Müller, ZEV 2008, S. 583)
- Müller, Gabriele:** Die Patientenverfügung nach dem 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetz: alles geregelt und vieles ungeklärt, in: DNotZ 2010, S. 169–188. (zit.: Müller, DNotZ 2010, S. 169)
- Müller, Gabriele/Renner, Thomas:** Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 3. Aufl., Münster 2011. (zit.: *Bearbeiter*, in: Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis)
- Müller, Gerda:** Ärztliche Kompetenz und Patientenautonomie, in: MedR 2009, S. 309–313. (zit.: Müller, MedR 2009, S. 309)
- Nationaler Ethikrat (Hrsg.):** Die Patientenverfügung – ein Instrument der Selbstbestimmung. Stellungnahme, Berlin 2005. (zit.: *Nationaler Ethikrat (Hrsg.)*, Die Patientenverfügung – Ein Instrument der Selbstbestimmung)
- Nationaler Ethikrat (Hrsg.):** Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende, Stellungnahme, Berlin 2006. (zit.: *Nationaler Ethikrat*, Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende)
- Nationaler Ethikrat (Hrsg.):** Demenz und Selbstbestimmung - Stellungnahme, Berlin 2012. (zit.: *Nationaler Ethikrat (Hrsg.)*, Demenz und Selbstbestimmung)
- Neuner, Jörg:** Die „Patientenverfügung“ im privatrechtlichen System, in: Albers, Marion (Hrsg.): Patientenverfügungen, Baden-Baden 2008, S. 113–131. (zit.: Neuner, Die „Patientenverfügung“ im privatrechtlichen System, S. 113)
- Olzen, Dirk:** Die gesetzliche Neuregelung der Patientenverfügung, in: JR 2009, S. 354–362. (zit.: Olzen, JR 2009, S. 354)
- Olzen, Dirk/Metzmacher, Angela:** Rechtliche Probleme der Patientenverfügung. Einleitung in das Thema, in: FPR 2010, S. 249–252. (zit.: Olzen/Metzmacher, FPR 2010, S. 249)
- Olzen, Dirk/Metzmacher, Angela:** Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH (Beschluss vom 10.11.2010, 2 StR 320/10, JR 2011, 316) - Zur Strafbarkeit des Abbruchs lebenserhaltender Maßnahmen, in: JR 2011, S. 318–319. (zit.: Olzen/Metzmacher, JR 2011, S. 318)
- Olzen, Dirk/Schneider, Frank:** Das Patientenverfügungsgesetz (PatVG) vom 1.9.2009 - Eine erste Bilanz. Unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen auf die Unterbringung psychisch Kranker, in: MedR 2010, S. 745–751. (zit.: Olzen/Schneider, MedR 2010, S. 745)

- O'Neill, Onora:** *Autonomy and Trust in Bioethics*, 3. Aufl., Cambridge, New York 2002. (zit.: *O'Neill, Autonomy and Trust in Bioethics*)
- Otto, Harro:** *Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung*, in: NJW 2006, S. 2217–2222. (zit.: *Otto, NJW 2006, S. 2217*)
- Palandt, Otto/Bassenge, Peter:** *Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen*, 72. Aufl., München 2013. (zit.: *Palandt-Bearbeiter*)
- Parzeller, Markus:** *Sterben und Tod – Sind wesentliche Bereiche am Ende des Lebens nicht normiert oder undefinierbar?* In: KritV 2004, S. 397–427. (zit.: *Parzeller, KritV 2004, S. 397*)
- Parzeller, Markus/Wenk, Maren/Zedler, Barbara/Rothschild, Markus:** *Aufklärung und Einwilligung bei ärztlichen Eingriffen*, in: *Deutsches Ärzteblatt* 2007, S. A576–A586. (zit.: *Parzeller/Wenk/Zedler/Rothschild, Deutsches Ärzteblatt 2007, S. A576*)
- Pellegrino, Edmund D./Thomasma, David C.:** *For the patient's good. The restoration of beneficence in health care*, New York 1988. (zit.: *Pellegrino/Thomasma, For the patient's good*)
- Platzer, Johann:** *Autonomie und Lebensende*, Würzburg 2010. (zit.: *Platzer, Autonomie und Lebensende*)
- Prentice, Kristen J. et al.:** *Optimistic Bias in the Perception of Personal Risk: Patterns in Schizophrenia*, in: *The American Journal of Psychiatry* 2005, S. 507–512. (zit.: *Prentice et al., The American Journal of Psychiatry 2005, S. 507*)
- Probst, Martin:** *Patientenverfügung – gelöste und ungelöste Probleme nach der Neuregelung*, in: *Forum Familienrecht* 2010, S. 144–148. (zit.: *Probst, FF 2010, S. 144*)
- Pschyrembel, Willibald:** *Klinisches Wörterbuch*, bearbeitet von der Wörterbuch-Redaktion des Verlags, 259. Aufl., Berlin 2002. (zit.: *Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch*)
- Putz, Wolfgang:** *Die Patientenverfügung*, in: *FPR* 2012, S. 13–16. (zit.: *Putz, FPR 2012, S. 13*)
- Putz, Wolfgang/Steldinger, Beate:** *Patientenrechte am Ende des Lebens. Vorsorgevollmacht, Patientenverfügung, selbstbestimmtes Sterben*, 3. Aufl., München 2007. (zit.: *Putz/Steldinger, Patientenrechte am Ende des Lebens*)
- Putz, Wolfgang/Steldinger, Beate:** *Wenn das Zulassen des Sterbens indiziert ist*, in: *Pflege- und Krankenhausrecht* 2007, S. 29–33. (zit.: *Putz/Steldinger, Pflege- und Krankenhausrecht 2007, S. 29*)

- Quaas, Michael/Zuck, Rüdiger:** Medizinrecht. Öffentliches Medizinrecht, Pflegeversicherungsrecht, Arzthaftpflichtrecht, Arztstrafrecht, 2. Aufl., NJW Praxis, Band 72, München 2008. (zit.: *Quaas/Zuck*, Medizinrecht)
- Quante, Michael:** Personales Leben und menschlicher Tod. Personale Identität als Prinzip der biomedizinischen Ethik, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft 1573, Frankfurt am Main 2002. (zit.: *Quante*, Personales Leben und menschlicher Tod)
- Quante, Michael:** Menschenwürde und personale Autonomie. Demokratische Werte im Kontext der Lebenswissenschaften, Blaue Reihe Philosophie, Hamburg 2010. (zit.: *Quante*, Menschenwürde und personale Autonomie)
- Rat der evangelischen Kirche in Deutschland (Hrsg.):** Sterben hat seine Zeit. Überlegungen zum Umgang mit Patientenverfügungen aus evangelischer Sicht. Ein Beitrag der Kammer für Öffentliche Verantwortung der Evangelischen Kirche in Deutschland, Hannover 2005. (zit.: *Rat der Evangelischen Kirche in Deutschland*, Sterben hat seine Zeit, Überlegungen zum Umgang mit Patientenverfügungen aus evangelischer Sicht)
- Rawls, John:** Eine Theorie der Gerechtigkeit, 8. Aufl., Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft 271, Frankfurt am Main 1994. (zit.: *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit)
- Rehbock, Theda:** Autonomie – Fürsorge – Paternalismus. Zur Kritik (medizin-)ethischer Grundbegriffe, in: *Ethik Med* 2002, S. 131–150. (zit.: *Rehbock*, *Ethik Med* 2002, S. 131)
- Renner, Thomas:** Die Beschlüsse des 66. Deutschen Juristentages zur Patientenautonomie, in: *FPR* 2007, S. 85–87. (zit.: *Renner*, *FPR* 2007, S. 85)
- Renner, Thomas:** Nur „alter Wein in neuen Schläuchen“? - Zur gesetzlichen Regelung der Patientenverfügung, in: *ZNotP* 2009, S. 371–384. (zit.: *Renner*, *ZNotP* 2009, S. 371)
- Reus, Katharina:** Die neue gesetzliche Regelung der Patientenverfügung und die Strafbarkeit des Arztes, in: *JZ* 2010, S. 80–84. (zit.: *Reus*, *JZ* 2010, S. 80)
- Rickmann, Sabine:** Zur Wirksamkeit von Patiententestamenten im Bereich des Strafrechts, Frankfurt am Main, New York 1987. (zit.: *Rickmann*, *Zur Wirksamkeit von Patiententestamenten im Bereich des Strafrechts*)
- Ridder, Michael de/Dißmann, Wolfgang:** Vom Unheil sinnloser Medizin, in: *DER SPIEGEL* 1998, Heft 18, S. 202–210. (zit.: *Ridder/Dißmann*, *DER SPIEGEL* 18/1998, S. 202)
- Riedel, Ulrike:** Der Zwischenbericht der Enquetekommission Ethik und Recht der modernen Medizin des Deutschen Bundestages zu Patientenverfügungen, in: *BtPrax* 2005, S. 45–47. (zit.: *Riedel*, *BtPrax* 2005, S. 45)

- Rieger, Gregor:** Die mutmaßliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch, *Criminalia*, Band 18, Frankfurt am Main, New York 1998. (zit.: ch)
- Rieger, Gregor:** Gesetzliche Regelung von Patientenverfügungen und Behandlungswünschen: Auswirkungen auf die Beratungspraxis, in: *FamRZ* 2010, S. 1601–1608. (zit.: *Rieger*, *FamRZ* 2010, S. 1601)
- Rixen, Stephan:** Das todkranke Kind zwischen Eltern und Arzt. Ein Überblick über die rechtliche Problematik der Therapie lebensbedrohlicher Erkrankungen nichteinwilligungsfähiger Minderjähriger, in: *MedR* 1997, S. 351–355. (zit.: *Rixen*, *MedR* 1997, S. 351)
- Rixen, Stephan:** „Patientenverfügung im Kontext“ - Das Steuerungspotential des Betreuungsrechts bei der normativen Strukturierung von Patientenverfügungen, in: Albers, Marion (Hrsg.): *Patientenverfügungen*, Baden-Baden 2008, S. 175–183. (zit.: *Rixen*, „Patientenverfügung im Kontext“, S. 175)
- Rixen, Stephan/Reinecke, Siegfried:** *Casebook Patientenverfügung. Vorausverfügung, Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung mit Fallbeispielen, Formulierungshilfen, Checklisten*, Berlin 2004. (zit.: *Rixen/Reinecke*, *Casebook Patientenverfügung*)
- Roglmeier, Julia:** Der Bevollmächtigte oder gerichtlich bestellte Betreuer als zentraler Kompetenzträger im Rahmen der gesetzlichen Neuregelungen zur Patientenverfügung, in: *FPR* 2010, S. 282–285. (zit.: *Roglmeier*, *FPR* 2010, S. 282)
- Rönnau, Thomas:** *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, Tübingen 2001. (zit.: *Rönnau*, *Willensmängel bei der Einwilligung*)
- Roth, Andreas:** Die Einwilligung des Betreuers in den Abbruch einer lebenserhaltenden Maßnahme, in: *BtPrax* 2003, S. 215–217. (zit.: *Roth*, *BtPrax* 2003, S. 215)
- Roth, Andreas:** Die Verbindlichkeit der Patientenverfügung und der Schutz des Selbstbestimmungsrechts, in: *JZ* 2004, S. 494–502. (zit.: *Roth*, *JZ* 2004, S. 494)
- Röthel, Anne:** Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht in europäischer Perspektive, in: *FPR* 2007, S. 79–82. (zit.: *Röthel*, *FPR* 2007, S. 79)
- Röthel, Anne:** Form und Freiheit der Patientenautonomie, in: *AcP* 2011, S. 196–220. (zit.: *Röthel*, *AcP* 2011, S. 196)
- Rothhaar, Markus/Kipke, Roland:** Die Patientenverfügung als Ersatzinstrument. Differenzierung von Autonomiegraden als Grundlage für einen angemessenen Umgang mit Patientenverfügungen, in: Frewer, Andreas (Hrsg.): *Patientenverfügung und Ethik - Beiträge zur guten klinischen Praxis*, Jahrbuch Ethik in der Klinik, Band 2, Würzburg 2009, S. 61–75. (zit.: *Rothhaar/Kipke*, *Die Patientenverfügung als Ersatzinstrument*, S. 61)

- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland (Hrsg.):** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8, Familienrecht 2, §§ 1589–1921, 6. Aufl., München 2012. (zit.: *MüKo-Bearbeiter*)
- Sahm, Stephan:** Selbstbestimmung am Lebensende im Spannungsfeld zwischen Medizin, Ethik und Recht. Eine medizinethische Analyse der jüngsten höchstrichterlichen Rechtsprechung und ihrer akademischen Kritik, in: *Ethik Med* 2004, S. 133–147. (zit.: *Sahm*, *Ethik Med* 2004, S. 133)
- Sahm, Stephan:** Imperfekte Autonomie und die Grenzen des Instruments Patientenverfügung, in: *ZfmE* 2005, S. 265–275. (zit.: *Sahm*, *ZfmE* 2005, S. 265)
- Sahm, Stephan:** Sterbebegleitung und Patientenverfügung. Ärztliches Handeln an den Grenzen von Ethik und Recht, Kultur der Medizin, Band 21, Frankfurt am Main u. a. 2006. (zit.: *Sahm*, *Sterbebegleitung und Patientenverfügung*)
- Sahm, Stephan:** Patientenverfügung oder advanced care planning? In: Höfling, Wolfram (Hrsg.): Das neue Patientenverfügungsgesetz in der Praxis - eine erste kritische Zwischenbilanz, Recht – Ethik – Gesundheit, Band 6, Baden-Baden 2011, S. 123–137. (zit.: *Sahm*, *Patientenverfügung oder advanced care planning?*, S. 122)
- Sahm, Stephan/Hilbig, Joachim:** Nach dem Gesetz: Akzeptanz und Verbreitung von Patientenverfügungen bei Tumorpatienten, in: *ZfmE* 2013, S. 283–295. (zit.: *Sahm/Hilbig*, *ZfmE* 2013, S. 283)
- Sahm, Stephan/Schröder, Lars:** Verbreitung von Patientenverfügungen und stellvertretende Entscheidung durch Angehörige: Präferenzen für die Entscheidung am Lebensende - eine empirische Untersuchung, in: Frewer, Andreas (Hrsg.): Patientenverfügung und Ethik - Beiträge zur guten klinischen Praxis, Jahrbuch Ethik in der Klinik, Band 2, Würzburg 2009, S. 89–108. (zit.: *Sahm/Schröder*, *Verbreitung von Patientenverfügung und stellvertretende Entscheidung durch Angehörige*, S. 89)
- Saliger, Frank:** Sterbehilfe nach Verfahren. Betreuungs- und strafrechtliche Überlegungen im Anschluß an BGHSt 40, 257, in: *KritV* 1998, S. 118–151. (zit.: *Saliger*, *KritV* 1998, S. 118)
- Saliger, Frank:** Sterbehilfe mit staatlicher Genehmigung - OLG Frankfurt a. M., NJW 1998, 2747, in: *JuS* 1999, S. 16–21. (zit.: *Saliger*, *JuS* 1999, S. 16)
- Saliger, Frank:** Sterbehilfe und Betreuungsrecht, in: *MedR* 2004, S. 237–245. (zit.: *Saliger*, *MedR* 2004, 237)
- Salomon, Fred:** Das Patientenverfügungsgesetz 2009 - Chancen und Probleme für die ärztliche Praxis, in: Honnefelder, Ludger/Sturma, Dieter (Hrsg.): Jahrbuch für Wissenschaft

- und Ethik, Band 15, Berlin 2010, S. 180–192. (zit.: *Salomon*, Das Patientenverfügungsgesetz 2009, S. 180)
- Sass, Hans-Martin:** Patientenverfügung und Betreuungsvollmacht, Ethik in der Praxis - Kontroversen, Band 2, Münster u. a. 2001. (zit.: *Sass*, Patientenverfügung und Betreuungsvollmacht)
- Schäfer, Thomas/Sommer, Björn:** Strengere Anforderungen an die Patientenverfügung. Pro, in: ZRP 2007, S. 135. (zit.: *Schäfer/Sommer*, ZRP 2007, S. 135)
- Schaffer, Wolfgang:** Patientenautonomie am Ende des Lebens, in: *Betreuungsrechtliche Praxis* 2003, S. 143–148. (zit.: *Schaffer*, BtPrax 2003, S. 143)
- Schallenberg, Peter:** Sterbehilfe zwischen Selbstbestimmung und Selbstverwirklichung, in: *ZfL* 2010, S. 49–54. (zit.: *Schallenberg*, *ZfL* 2010, S. 49)
- Scheffen, Erika:** Zivilrechtliche Neuregelung der passiven Sterbehilfe und Sterbebegleitung, in: ZRP 2000, S. 313–317. (zit.: *Scheffen*, ZRP 2000, S. 313)
- Scheffler, Uwe:** Sterbehilfe mit System, in: Joerden, Jan C. (Hrsg.): *Der Mensch und seine Behandlung in der Medizin. Bloß ein Mittel zum Zweck?*, Berlin u.a. 1999, S. 249–274. (zit.: *Scheffler*, *Sterbehilfe mit System*, S. 249)
- Schildmann, Jan:** Entscheidungen am Lebensende in der modernen Medizin. Medizinische und ethische Herausforderungen, in: *ErbR* 2013, S. 173–177. (zit.: *Schildmann*, *ErbR* 2013, S. 173)
- Schittek, Lothar:** Das „Recht“ auf Selbsttötung, in: *BayVBl.* 1990, S. 137–139. (zit.: *Schittek*, *BayVBl.* 1990, S. 137)
- Schmidt-Recla, Adrian:** *Voluntas et vita - Tertium non datur.* Über Behandlungsabbruch, Patientenverfügung und artifizielle Ernährung, in: *MedR* 2008, S. 181–185. (zit.: *Schmidt-Recla*, *MedR* 2008, S. 181)
- Schmitt, Jürgen in der:** Die Patienten-Vorausverfügung. Handlungsverbindlicher Ausdruck des Patientenwillens oder Autonomie-Placebo? In: Feuerstein, Günter (Hrsg.): *Neopaternalistische Medizin. Der Mythos der Selbstbestimmung im Arzt-Patient-Verhältnis.* Bern u. a. 1999, S. 131-151. (zit.: *in der Schmitt*, *Die Patienten-Vorausverfügung*, S. 131)
- Schmitt, Jürgen in der/Rothärmel, Sonja/Rixen, Stephan/Marckmann, Georg:** beizeiten begleiten. Modellprojekt in den Senioreneinrichtungen einer Region zur Entwicklung aussagekräftiger, valider und wirksamer Patientenverfügungen, in: Höfling, Wolfram (Hrsg.): *Das neue Patientenverfügungsgesetz in der Praxis - eine erste kritische Zwi-*

schenbilanz, Recht – Ethik – Gesundheit, Band 6, Baden-Baden 2011, S. 81–121. (zit.: *in der Schmitten et al.*, beizeiten begleiten, S. 81)

Schmitten, Jürgen in der/Lex, Katharina, Mellert, Christine/Rothärmel, Sonja/Wegscheider, Karl/Marckmann, Georg: Patientenverfügungsprogramm: Implementierung in Senioreneinrichtungen. Eine interregional kontrollierte Interventionsstudie, in: Deutsches Ärzteblatt 2014, S. 50–57. (zit.: *in der Schmitten et al.*, Patientenverfügungsprogramm, Deutsches Ärzteblatt 2014, S. 50)

Schmitz, Benedikt: Voraussetzungen und Umsetzung der Patientenverfügung nach neuem Recht: Ein dialogischer Prozess, in: FamFR, S. 64–67. (zit.: *Schmitz*, FamFR 2009, S. 64)

Schmitz, Benedikt: Aufgaben des Gerichts, in: FPR 2010, S. 275–278. (zit.: *Schmitz*, FPR 2010, S. 275)

Schöch, Heinz: Die Aufklärungspflicht des Arztes und seine Grenzen, in: Roxin, Claus (Hrsg.): Handbuch des Medizinstrafrechts, 3. Aufl., Stuttgart u. a. 2007, S. 47–70. (zit.: *Schöch*, Die Aufklärungspflicht des Arztes und seine Grenzen, S. 47)

Schöllhammer, Lutz: Die Rechtsverbindlichkeit des Patiententestaments. Eine Untersuchung aus zivilrechtlicher Sicht, Berlin 1993. (zit.: *Schöllhammer*, Die Rechtsverbindlichkeit des Patiententestaments)

Schöne-Seifert, Bettina: Grundlagen der Medizinethik, Stuttgart 2007. (zit.: *Schöne-Seifert*, Grundlagen der Medizinethik)

Schönke, Adolf/Schröder, Horst et al.: Strafgesetzbuch. Kommentar, 28. Aufl., herausgegeben von Albin Eser, München 2010. (zit.: *Schönke/Schröder-Bearbeiter*)

Schreiber, Christiane: Sterbehilfe - Regelungen für den finalen Bereich des Lebens, in: DRiZ 2005, S. 241–243. (zit.: *Schreiber*, DRiZ 2005, S. 241)

Schreiber, Hans-Ludwig: Ein neuer Entwurf für eine Richtlinie der Bundesärztekammer zur Sterbehilfe, in: Ahrens, Hans-Jürgen/Bar, Christian von/Fischer, Gerfried/Spickhoff, Andreas/Taupitz, Jochen (Hrsg.): Festschrift für Erwin Deutsch. Zum 70. Geburtstag, Köln 1999, S. 773–786. (zit.: *Schreiber*, in: FS Deutsch, S. 773)

Schreiber, Lothar Hans: Probleme bei dem Gebrauch einer PEG-Sonde, in: BtPrax 2003, S. 148–153. (zit.: *Schreiber*, BtPrax 2003, S. 148)

Schroth, Ulrich: Die rechtliche Absicherung der autonomen Entscheidung des Lebendspenders, in: Schroth, Ulrich et al. (Hrsg.): Patientenautonomie am Beispiel der Lebendorganspende. Mit 26 Tabellen, Göttingen 2006, S. 79–118. (zit.: *Schroth*, Die rechtliche Absicherung der autonomen Entscheidung des Lebendspenders)

- Schroth, Ulrich:** Die Einwilligung in eine nicht indizierte Körperbeeinträchtigung zur Selbstverwirklichung - insbesondere die Einwilligung in Lebendspende, Schönheitsoperation und Piercing, in: Hassemer, Winfried (Hrsg.): *In dubio pro libertate*. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, München 2009, S. 719–741. (zit.: *Schroth*, in: FS Volk, S. 719)
- Schuler-Harms, Margarete:** Maßstabs- und Koordinierungsleistungen des Verfassungsrechts bei der gesetzlichen Regulierung von Patientenverfügungen, in: Albers, Marion (Hrsg.): *Patientenverfügungen*, Baden-Baden 2008, S. 69–89. (zit.: *Schuler-Harms*, Maßstabs- und Koordinierungsleistungen des Verfassungsrechts bei der gesetzlichen Regulierung von Patientenverfügungen, S. 69)
- Schumacher, Ulrich:** Ist die Umsetzung des Patientenverfügungsgesetzes gefährdet? In: FPR 2010, S. 474–478. (zit.: *Schumacher*, FPR 2010, S. 474)
- Seckler, Allison B./Meier, Diane E./Mulvihill, Michael/Cammer Paris, Barbara E.:** Substituted Judgement: How Accurate Are Proxy Predictions? In: *Annals of Internal Medicine* 1991, S. 92–98. (zit.: *Seckler et al.*, *Annals of Internal Medicine* 1991, S. 92)
- Seelmann, Kurt:** Menschenwürde als Problem der Gattung - ein Problem des Paternalismus? In: Ellscheid, Günter/Fateh-Moghadam Bijan (Hrsg.): *Grenzen des Paternalismus*, Stuttgart 2010, S. 206–219. (zit.: *Seelmann*, *Menschenwürde als Problem der Gattung – ein Problem des Paternalismus?*, S. 206)
- Seichter, Jürgen:** Richter über Leben und Tod? Die praktische Umsetzung von Wünschen auf Behandlungsabbruch mit lebensbeendender Zielsetzung, in: *KritV* 2004, S. 451–468. (zit.: *Seichter*, *KritV* 2004, S. 451)
- Sherwin, Susan:** *No longer patient. Feminist ethics and health care*, Philadelphia 1992. (zit.: *Sherwin*, *No longer patient*)
- Silberg, Sebastian:** Alte und neue Probleme mit Patientenverfügungen. Eine überschlägige Betrachtung, in: *Humboldt Forum Recht* 2010, S. 104–119. (zit.: *Silberg*, *HFR* 2010, S. 104)
- Simon, Alfred:** Medizinethische Aspekte, in: Verrel, Torsten/Simon, Alfred (Hrsg.): *Patientenverfügungen. Rechtliche und ethische Aspekte. Ethik in den Biowissenschaften – Sachstandsberichte des DRZE*, Band 11, Freiburg, München 2010, S. 59–109. (zit.: *Simon*, in: *Verrel/Simon*, *Patientenverfügungen*)

- Simon, Elke:** Die Patientenverfügung in der Beratungspraxis - Zur Erstellung von Patientenverfügungen, in: Höfling, Wolfram (Hrsg.): Das neue Patientenverfügungsgesetz in der Praxis - eine erste kritische Zwischenbilanz, Recht – Ethik – Gesundheit, Band 6, Baden-Baden 2011, S. 57–65. (zit.: *Simon*, Die Patientenverfügung in der Beratungspraxis – Zur Erstellung von Patientenverfügungen, S. 57)
- Spann, Wolfgang:** Das „Patiententestament“, in: MedR 1983, S. 13–16. (zit.: *Spann*, MedR 1983, S. 3)
- Spickhoff, Andreas:** Die Patientenautonomie am Lebensende - Ende der Patientenautonomie? Zur Feststellbarkeit und Durchsetzbarkeit des realen oder hypothetischen Willens des Patienten, in: NJW 2000, S. 2297–2304. (zit.: *Spickhoff*, NJW 2000, S. 2297)
- Spickhoff, Andreas:** Anmerkung zum Beschluß des BGH v. 17.3.2003 (XII ZB 2/03). Bindungskraft von sog. Patientenverfügungen und Einschaltung eines Vormundschaftsgerichts beim Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen, in: JZ 2003, S. 739–741. (zit.: *Spickhoff*, JZ 2003, S. 739)
- Spickhoff, Andreas:** Autonomie und Heteronomie im Alter, in: AcP 2008, S. 345–415. (zit.: *Spickhoff*, AcP 2008, S. 345)
- Spickhoff, Andreas:** Rechtssicherheit kraft Gesetzes durch sog. Patientenverfügungen? Zum Dritten Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts, in: FamRZ 2009, S. 1949–1957. (zit.: *Spickhoff*, FamRZ 2009, S. 1949)
- Spickhoff, Andreas** (Hrsg.): Medizinrecht, Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 64, München 2011. (zit.: *Spickhoff*, Medizinrecht)
- Splett, Thomas:** Was bedeutet eigentlich „Patientenwille“? Drei Perspektiven, in: Schildmann, Jan/Fahr, Uwe/Vollmann, Jochen (Hrsg.): Entscheidungen am Lebensende in der modernen Medizin, Ethik in der Praxis – Kontroversen, Band 24, Berlin 2006, S. 19–37. (zit.: *Splett*, Was bedeutet eigentlich „Patientenwille“?, S. 19)
- Staudinger, Julius von/Beckmann, Roland Michael/Martinek, Michael:** J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfeiler des Zivilrechts, Online-Kommentar, Berlin 2012. (zit.: *Staudinger-Bearbeiter*)
- Steenbreker, Thomas:** Selbstbestimmung und Demenz - medizinethische Grenzen der Patientenverfügung? In: MedR 2012, S. 725–728. (zit.: *Steenbreker*, MedR 2012, S. 725)
- Steenbreker, Thomas:** Zivilrechtliche Unbeachtlichkeit eines „natürlichen Willens“ für den Widerruf einer Patientenverfügung, in: NJW 2012, S. 3207–3211. (zit.: *Steenbreker*, NJW 2012, S. 3207)

- Steinmann, Michael:** Ein Prinzip für die Prinzipien. Kantische Einwände gegen den Ansatz von Beauchamp und Childress, in: Rauprich, Oliver (Hrsg.): Prinzipienethik in der Biomedizin. Moralphilosophie und medizinische Praxis, Frankfurt am Main, New York 2005, S. 120–144. (zit.: *Steinmann*, Ein Prinzip für die Prinzipien, S. 120)
- Sternberg-Lieben, Detlev:** Strafbarkeit des Arztes bei Verstoß gegen ein Patienten-Testament, in: NJW 1985, S. 2734–2739. (zit.: *Sternberg-Lieben*, NJW 1985, S. 2734)
- Sternberg-Lieben, Detlev:** Rechtliche Grenzen einer Patientenverfügung, in: Schneider, Hendrik/Seebode, Manfred (Hrsg.): Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag am 15. September 2008, Berlin 2008, S. 401–420. (zit.: *Sternberg-Lieben*, in: FS Seebode, S. 401)
- Sternberg-Lieben, Detlev:** Gesetzliche Anerkennung der Patientenverfügung: offene Fragen im Strafrecht, insbesondere bei Verstoß gegen die prozeduralen Vorschriften der §§ 1901a ff. BGB, in: Heinrich, Manfred/Jäger, Christian/Schünemann, Bernd et al. (Hrsg.): Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011. Strafrecht als Scientia Universalis, Berlin 2011, S. 537–556. (zit.: *Sternberg-Lieben*, in: FS Roxin, S. 537)
- Sternberg-Lieben, Detlev/Reichmann, Philipp C.:** Die gesetzliche Regelung der Patientenverfügung und das medizinische Selbstbestimmungsrecht Minderjähriger, in: NJW 2012, S. 257–262. (zit.: *Sternberg-Lieben/Reichmann*, NJW 2012, S. 257)
- Stolz, Konrad:** Betreuung ist gut, Vorsorge ist besser (?), in: BWNotZ 1998, S. 75–79. (zit.: *Stolz*, BWNotZ 1998, S. 75)
- Stolz, Konrad:** Patientenverfügungen in Notfallsituationen, in: BtPrax 2011, S. 103–107. (zit.: *Stolz*, BtPrax 2011, S. 103)
- Strätling, Meinolfus et al.:** Passive und indirekte Sterbehilfe. Eine praxisorientierte Analyse des Regelungsbedarfs gesetzlicher Rahmenbedingungen in Deutschland. Empfehlungen einer interdisziplinären Arbeitsgruppe in der Akademie für Ethik in der Medizin e.V., Göttingen 2002. (zit.: *Strätling et al.*, Passive und indirekte Sterbehilfe. Eine praxisorientierte Analyse des Regelungsbedarfs gesetzlicher Rahmenbedingungen in Deutschland)
- Strätling, Meinolfus et al.:** Entscheidung am Lebensende in Deutschland. Zivilrechtliche Rahmenbedingungen, disziplinübergreifende Operationalisierung und transparente Umsetzung, Zentrum für medizinische Ethik, Medizinethische Materialien, Heft 144, Bochum 2003. (zit.: *Strätling et al.*, Entscheidung am Lebensende in Deutschland)

- Strätling, Meinolfus/Sedemund-Adib, Beate/Scharf, Volker Edwin/Schmucker, Peter:** Gesetzliche Normierungen von Patientenverfügungen, in: *BtPrax* 2003, S. 154–158. (zit.: *Strätling/Sedemund-Adib/Scharf/Schmucker*, *BtPrax* 2003, S. 154)
- Strätling, Meinolfus/Sedemund-Adib, Beate/Scharf, Volker Edwin/Schmucker, Peter:** Gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzungen von Patientenverfügungen - Schwächung der Selbstbestimmung der Betroffenen? In: *ZRP* 2003, S. 289–292. (zit.: *Strätling/Sedemund-Adib/Scharf/Schmucker*, *ZRP* 2003, S. 289)
- Student, Johann-Christoph:** Warum wir kein Patientenverfügungs-Gesetz brauchen – Fünf Argumente, in: *ZfL* 2007, S. 90–95. (zit.: *Student*, *ZfL* 2007, S. 90)
- Stünker, Joachim:** Selbstbestimmung bis zum Lebensende. Die gesetzliche Regelung der Reichweite und Wirksamkeit von Patientenverfügungen, in: *Die Krankenversicherung* 2008, S. 307–309. (zit.: *Stünker*, *Die Krankenversicherung* 2008, S. 307)
- Stürner, Rolf** (Hrsg.): *Jauernig - Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz*. Kommentar, 15. Aufl., München 2014. (zit.: *Jauernig-Bearbeiter*)
- Suhl, Jeremia et al.:** Myth of Substituted Judgment. Surrogate Decision Making Regarding Life Support Is Unreliable, in: *Archives of Internal Medicine* 1994, S. 90–96. (zit.: *Suhl et al.*, *Archives of Internal Medicine* 1994, S. 90)
- Sulmasy, Daniel P. et al.:** The Accuracy of Substituted Judgments in Patients with Terminal Diagnoses, in: *Annals of Internal Medicine* 1998, S. 621–629. (zit.: *Sulmasy et al.*, *Annals of Internal Medicine* 1998, S. 621)
- Sunstein, Cass R./Thaler, Richard H.:** Libertarian Paternalism, in: *The American Economic Review* 2003, S. 175–179. (zit.: *Sunstein/Thaler* *The American Economic Review* 2003, S. 175)
- Tamm, Marina:** Patientenverfügung: Selbstbestimmung am Lebensende – Die neue Rechtslage, in: *VuR* 2009, S. 449–458. (zit.: *Tamm*, *VuR* 2009, S. 449)
- Tännsjö, Torbjörn:** *Coercive care. The ethics of choice in health and medicine*, London, New York 1999. (zit.: *Tännsjö*, *Coercive Care*)
- Taupitz, Jochen:** Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens? Gutachten A zum 63. Deutschen Juristentag Leipzig 2000 Deutscher Juristentag, München 2000. (zit.: *Taupitz*, *Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?*)
- Taupitz, Jochen:** *Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens. Eine internationale Dokumentation*, Institut für Deutsches, Europä-

isches und Internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht und Bioethik, Berlin u. a. 2000. (zit.: *Taupitz*, Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens)

Tempel, Otto: Inhalt, Grenzen und Durchführung der ärztlichen Aufklärungspflicht unter Zugrundelegung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, in: NJW 1980, S. 609–617. (zit.: *Tempel*, NJW 1980, S. 609)

Thaler, Richard H./Sunstein, Cass R.: Nudge. Wie man kluge Entscheidungen anstößt, Berlin 2011. (zit.: *Thaler/Sunstein*, Nudge – Wie man kluge Entscheidungen anstößt)

Tolmein, Oliver: Selbstbestimmungsrecht und Einwilligungsfähigkeit. Der Abbruch der künstlichen Ernährung bei Patienten im vegetative state in rechtsvergleichender Sicht. Der Kemptener Fall und die Verfahren Cruzan und Bland, Frankfurt am Main 2004. (zit.: *Tolmein*, Selbstbestimmungsrecht und Einwilligungsfähigkeit)

Tolmein, Oliver: Patientenautonomie und Patientenverfügung - Das 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetz in der anwaltlichen Praxis, in: Höfling, Wolfram (Hrsg.): Das neue Patientenverfügungsgesetz in der Praxis - eine erste kritische Zwischenbilanz, Recht – Ethik – Gesundheit, Band 6, Baden-Baden 2011, S. 47–56. (zit.: *Tolmein*, Patientenautonomie und Patientenverfügung, Das 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetz in der anwaltlichen Praxis)

Uhlenbruck, Wilhelm: Der Patientenbrief - die privatautonome Gestaltung des Rechts auf einen menschenwürdigen Tod, in: NJW 1978, S. 566–570. (zit.: *Uhlenbruck*, NJW 1978, S. 566)

Uhlenbruck, Wilhelm: Vorab-Einwilligung und Stellvertretung bei der Einwilligung in einen Heileingriff, in: MedR 1992, S. 134–141. (zit.: *Uhlenbruck*, MedR 1992, S. 134)

Uhlenbruck, Wilhelm: Die Altersvorsorge-Vollmacht als Alternative zum Patiententestament und zur Betreuungsverfügung, in: NJW 1996, S. 1583–1585. (zit.: *Uhlenbruck*, NJW 1996, S. 1583)

Ulsenheimer, Klaus: Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl., Heidelberg 2008. (zit.: *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis)

van Aaken, Anne: Begrenzte Rationalität und Paternalismusgefahr. Das Prinzip des schonendsten Paternalismus, in: Anderheiden, Michael (Hrsg.): Paternalismus und Recht. In memoriam Angela Augustin (1968-2004), Tübingen 2006, S. 109–144. (zit.: *van Aaken*, Begrenzte Rationalität und Paternalismusgefahr, S. 109)

van Aaken, Anne: Das deliberative Element juristischer Verfahren als Instrument zur Überwindung nachteiliger Verhaltensanomalien. Ein Plädoyer für die Einbeziehung diskur-

- siver Elemente in die Verhaltensökonomik des Rechts, in: Engel, Christoph (Hrsg.): Recht und Verhalten. Beiträge zu Behavioral Law and Economics, Tübingen 2007, S. 189–230. (zit.: *van Aaken*, Das deliberative Element juristischer Verfahren als Instrument zur Überwindung nachteiliger Verhaltenanomalien, S. 189)
- van der Heide, Agnes et al.:** End-of-life decision-making in six European countries: descriptive study, in: *The Lancet* 2003, S. 345–350. (zit.: *van der Heide et al.*, End-of-life decision making in six European countries)
- Verrel, Torsten:** Zivilrechtliche Vorsorge ist besser als strafrechtliche Kontrolle. Zum Stellenwert von Patientenverfügung, Betreuungsverfügung, Vorsorgevollmacht und vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung, in: *MedR* 1999, S. 547–550. (zit.: *Verrel*, *MedR* 1999, S. 547)
- Verrel, Torsten:** Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung. Gutachten C für den 66. Deutschen Juristentag Stuttgart 2006, München 2006. (zit.: *Verrel*, Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung)
- Verrel, Torsten:** Probleme und Zukunftsperspektiven der Patientenverfügung, in: Albers, Marion (Hrsg.): Patientenverfügungen, Baden-Baden 2008, S. 197–213. (zit.: *Verrel*, Probleme und Zukunftsperspektiven der Patientenverfügung, S. 197)
- Verrel, Torsten:** Rechtliche Aspekte, in: Verrel, Torsten/Simon, Alfred (Hrsg.): Patientenverfügungen. Rechtliche und ethische Aspekte. Ethik in den Biowissenschaften – Sachstandsberichte des DRZE, Band 11, Freiburg, München 2010, S. 13–57. (zit.: *Verrel*, in: *Verrel/Simon*, Patientenverfügungen)
- Vetter, Petra:** Selbstbestimmung am Lebensende. Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht, Stuttgart u. a. 2005. (zit.: *Vetter*, Selbstbestimmung am Lebensende)
- Voll, Doris:** Die Einwilligung im Arztrecht. Eine Untersuchung zu den straf-, zivil- und verfassungsrechtlichen Grundlagen, insbesondere bei Sterilisation und Transplantation unter Berücksichtigung des Betreuungsgesetzes, Frankfurt am Main, New York 1996. (zit.: *Voll*, Die Einwilligung im Arztrecht)
- Vollmann, Jochen:** Patientenselbstbestimmung und Selbstbestimmungsfähigkeit. Beiträge zur klinischen Ethik, Stuttgart 2008. (zit.: *Vollmann*, Patientenselbstbestimmung und Selbstbestimmungsfähigkeit)
- Vollmert, Daniel:** Richter über Leben und Tod? Die Rolle des Richters bei der Realisierung von Patientenautonomie am Lebensende, Hamburg 2005. (zit.: *Vollmert*, Richter über Leben und Tod?)

- Vossenkuhl, Wilhelm:** Ethische Grundlagen ärztlichen Handelns. Prinzipienkonflikte und deren Lösungen, in: Roxin, Claus (Hrsg.): Handbuch des Medizinstrafrechts, 3. Aufl., Stuttgart u. a. 2007, S. 3–20. (zit.: *Vossenkuhl*, Ethische Grundlagen ärztlichen Handelns, S. 3)
- Vossler, Norbert:** Bindungswirkung von Patientenverfügungen? Gesetzgeberischer Handlungsbedarf? In: ZRP 2002, S. 295–298. (zit.: *Vossler*, ZRP 2002, S. 295)
- Vossler, Norbert:** Verwirklichung der Patientenautonomie am Ende des Lebens durch Patientenverfügung, in: BtPrax 2002, S. 240–244. (zit.: *Vossler*, BtPrax 2002, S. 240)
- Wagenitz, Thomas:** Finale Selbstbestimmung? Zu den Möglichkeiten und Grenzen der Patientenverfügung im geltenden und künftigen Recht, in: FamRZ 2005, S. 669–678. (zit.: *Wagenitz*, FamRZ 2005, S. 669)
- Wassem, Stephanie:** In dubio pro vita? Die Patientenverfügung. Eine Analyse der neuen Gesetze in Deutschland und der Schweiz, Berlin 2010. (zit.: *Wassem*, In dubio pro vita? Die Patientenverfügung)
- Wassermann, Rudolf:** Das Recht auf den eigenen Tod, in: DRiZ 1986, S. 291–297. (zit.: *Wassermann*, DRiZ 1986, S. 291)
- Wear, Stephen:** Patient Freedom and Competence in Health Care., in: Cutter, Mary Anne Gardell (Hrsg.): Competency, Philosophy and medicine 39, Dordrecht 1991, S. 227–236. (zit.: *Wear*, Patient Freedom and Competence in Health Care, S. 227)
- Wear, Stephen:** Informed consent. Patient autonomy and clinician beneficence within health care, 2. Aufl., Washington D.C. 1998. (zit.: *Wear*, Informed consent)
- Weißbauer, Walther/Opderbecke, Hans Wolfgang:** Behandlungsabbruch bei unheilbarer Krankheit aus medikolegaler Sicht. Anmerkungen zum Urteil des 1. Strafsenats des BGH vom 13. September 1994 - 1 StR 357/194 -, MedR 1995, 72, in: MedR 1995, S. 456–462. (zit.: *Weißbauer/Opderbecke*, MedR 1995, S. 456)
- Wetzstein, Verena:** Diagnose Alzheimer. Grundlagen einer Ethik der Demenz, Kultur der Medizin, Band 16, Frankfurt am Main u. a. 2005. (zit.: *Wetzstein*, Diagnose Alzheimer)
- Wiesenthal, Helmut:** Rational Choice. Ein Überblick über Grundlinien, Theoriefelder und neuere Themenakquisition eines sozialwissenschaftlichen Paradigmas, in: Zeitschrift für Soziologie 1987, S. 434–449. (zit.: *Wiesenthal*, Zeitschrift für Soziologie 1987, S. 434)

- Wietfeld, Dominik:** Selbstbestimmung und Selbstverantwortung - die gesetzliche Regelung der Patientenverfügung. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts, Baden-Baden 2012. (zit.: *Wietfeld*, Selbstbestimmung und Selbstverantwortung)
- Wilckens, Uwe:** Zweifelsfragen zum neuen Patientenverfügungsrecht, Kurzreferat, in: MDR 2011, S. 143–145. (zit.: *Wilckens*, MDR 2011, S. 143)
- Wilms, Heiner/Jäger, York:** Menschenwürde und Tötung auf Verlangen, in: ZRP 1988, S. 41–46. (zit.: *Wilms/Jäger*, ZRP 1988, S. 41)
- Wolf, Jean-Claude:** Die liberale Paternalismuskritik von John Stuart Mill, in: Anderheiden, Michael (Hrsg.): Paternalismus und Recht. In memoriam Angela Augustin (1968–2004), Tübingen 2006, S. 57–68. (zit.: *Wolf*, Die liberale Paternalismuskritik von John Stuart Mill, S. 57)
- Wuketits, Franz M.:** Bioethik. Eine kritische Einführung, München 2006. (zit.: *Wuketits*, Bioethik)
- Wulff, Henrik R.:** The inherent paternalism in clinical practice, in: The Journal of Medicine and Philosophy 1995, S. 299–311. (zit.: *Wulff*, The Journal of Medicine and Philosophy 1995, S. 299)
- Youngner, S. J.:** Medical Futility, in: Post, Stephen Garrard (Hrsg.): Encyclopedia of bioethics, 3. Aufl., New York 2004, S. 1718–1721. (zit.: *Youngner*, Medical Futility, S. 1718)
- Zimmermann, Walter:** Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung für die Beratungspraxis, 2. Aufl., Berlin 2010. (zit.: *Zimmermann*, Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung)
- Zypries, Brigitte:** „Bürokratisches Lebensende“. Bundesjustizministerin Brigitte Zypries, 54, über das Recht eines jeden Menschen, Behandlungen abzulehnen, in: DER SPIEGEL 2008, Heft 44, S. 157. (zit.: *Zypries*, „Bürokratisches Lebensende“, DER SPIEGEL 44/2008, S. 15)

G. Verzeichnis der verwendeten Internetquellen

Ärztliche Patientenverfügung – voxxmed Verlag GmbH

<http://www.aerztlichepatientenverfuegung.de/was-kostet-die-aerztliche-patientenverfuegung.html> (zuletzt aufgerufen am 30.12.2013)

ethikzentrum.de – Zentrum für angewandte Ethik Recklinghausen

<http://www.ethikzentrum.de/patientenverfuegung/verfuegungsliste/verfuegungen.htm> (zuletzt aufgerufen am 30.12.2013)

Statistisches Bundesamt

<https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Sterbefaelle/Sterbefaelle.html> (zuletzt aufgerufen am 30.12.2013)

Stiftung Patientenschutz

https://www.stiftung-patientenschutz.de/service/patientenverfuegung_vollmacht/schiedsstelle_patientenverfuegung (zuletzt aufgerufen am 30.12.2013)

The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Art. „Reflective Equilibrium“

<http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/reflective-equilibrium/> (zuletzt aufgerufen am 30.12.2013)

Mit dem 3. BtÄndG hat der Gesetzgeber das Institut der Patientenverfügung rechtlich normiert und durch Aufnahme in das BGB auf eine gesetzliche Grundlage gestellt. Die vorliegende Arbeit untersucht, inwiefern diese Gesetzesänderung ihrem Ziel, der Achtung und Stärkung der Patientenautonomie, gerecht wird. Sie dekonstruiert dazu das Institut der Patientenverfügung und hinterfragt es – angesichts seiner Komplexität und ethischen Relevanz – in seiner konkreten gesetzlichen Ausgestaltung. Forschungsfrage ist dabei, ob die gesetzliche Neuregelung die Patientenautonomie stärkt oder schwächt. Der Untersuchungsbereich spannt sich mit dem Prinzip der staatlichen Fürsorge sowie dem eher paternalistisch verstandenen Wohl des Patienten bis zu den idealtypischen Gegenpolen der Patientenautonomie.

ISBN 978-3-95826-016-0



Würzburg University Press