

Göttinger Schriften zum Medizinrecht
Band 1



Gunnar Duttge (Hg.)

Perspektiven des Medizinrechts im 21. Jahrhundert



Universitätsverlag Göttingen

Gunnar Duttge (Hg.)
Perspektiven des Medizinrechts im 21. Jahrhundert

Except where otherwise [noted](#), this work is licensed under a [Creative Commons License](#)



Erschienen als Band 1 in der Reihe „Göttinger Schriften zum Medizinrecht“
im Universitätsverlag Göttingen 2007

Gunnar Duttge (Hg.)
Perspektiven des
Medizinrechts im
21. Jahrhundert

Göttinger Schriften
zum Medizinrecht
Band 1



Universitätsverlag Göttingen
2007

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Herausgeber der Reihe

Zentrum für Medizinrecht

Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen

Geschäftsführender Direktor: Prof. Dr. Gunnar Duttge

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den OPAC der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek (<http://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar und darf gelesen, heruntergeladen sowie als Privatkopie ausgedruckt werden. In der Onlineversion wird außerdem ein ergänzender Tabellenanhang zu dieser Arbeit verfügbar gemacht. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion. Es ist nicht gestattet, Kopien oder gedruckte Fassungen der freien Onlineversion zu veräußern.

Umschlaggestaltung: Kilian Klapp und Margo Bargheer

© 2007 Universitätsverlag Göttingen

<http://univerlag.uni-goettingen.de>

ISBN: 978-3-940344-08-3

ISSN: 1864-2144

Vorwort

Erblickt ein Kind das Licht der Welt, so verbinden sich mit diesem freudigen Ereignis stets die besten Wünsche für ein gesundes Wachsen und ein langes erfolgreiches Leben. Solchermaßen am Anfangspunkt stehend vermag allerdings niemand genau zu wissen, was dereinst aus dem kleinen Sprößling einmal werden wird, welche „Höhen“ er zu erringen vermag, welche Erfahrungen ihm im Laufe seiner Entwicklung auf seinem Weg zuteil werden. Manches wird sicherlich von glücklichen Umständen abhängen, nicht wenig aber gewiß ebenso von ihm selbst: von seinen Neigungen, seinen Interessen und Talenten. Einiger Ehrgeiz dürfte zweifelsohne sehr hilfreich sein im Hinblick auf die erkorenen Ziele, ebenso ein gutes Gespür für die Chancen des Augenblicks, nicht zuletzt aber auch die nötige Unterstützung und Förderung von dritter Seite, um das erstrebte Vorankommen zu erleichtern.

Die im November 2006 begangene feierliche Eröffnung des Göttinger Zentrums für Medizinrecht, die Gegenstand dieses ersten Bandes der neu gegründeten Reihe „Göttinger Schriften zum Medizinrecht“ bildet, weist scheinbar auf eine vergleichbare Situation. Bei näherem Betrachten ist jedoch zu erkennen, daß der vermeintlich noch so kleine Sprößling in Wahrheit schon längst zu laufen und die Welt zu erobern begonnen hat. Nichts ist zu sehen von der vermuteten Unsicherheit erster Gehversuche, viel mehr dagegen von Aufbruch und Veränderung – in Forschung wie in der Lehre. Auf beiden Feldern besteht allerdings auch enormer Bedarf für medizinrechtliche Innovation: Denn seit längerem sind es nicht mehr nur die klassischen Fragen des Arzt-Patienten-Verhältnisses, etwa die Reichweite der Aufklärungspflicht oder haftpflichtrechtliche Folgen von Behandlungsfehlern, die uns bewegen und beschäftigen; hinzugekommen sind vielmehr gänzlich neue Themen und Dimensionen angesichts vor allem der rasanten Entwicklungen der modernen Biomedizin, die uns triftigen Anlaß geben, über die vertrauten Gefilde hinauszuschreiten und gleichsam auf Entdeckungsreise zu neuen Ufern vorzustoßen.

Wie lassen sich etwa im rechtlich wie ethisch hochumstrittenen Feld der Forschung mit embryonalen Stammzellen die Hoffnungen auf künftige Entwicklung neuer Heilmethoden zu einem tragfähigen Ausgleich bringen mit dem Anliegen nach schonender Behandlung menschlichen Lebens in seinem frühesten und schutzbedürftigsten Stadium? Wie soll künftig der Umgang mit personenbezogenen Informationen, insbesondere mit genetischen Daten, im Widerstreit konfligierender Interessen und Belange gehandhabt werden, sei es im Kontext steigenden Informationsbedarfs nach humangenetischer Beratung, sei es im Zusammenhang mit einer immer stärker elektronisch vernetzten Gesundheitsversorgung oder aber bei der Errichtung und Nutzung sog. Biobanken? Was sind die erforderlichen, aber auch hinreichenden Qualitäts- und Sicherheitsstandards für eine angemessene Regulierung der Gewebespende (unter Einschluß der humanen Körperzellen) – konkret: Ist mit dem kürzlich in Kraft getretenen Gewebegesetz bereits das letzte Wort gesprochen? Welche Konsequenzen ergeben sich beispielsweise aus der hierdurch bewirkten Unterstellung (auch) unter das Arzneimittelrecht¹ für das Niveau der Patientenversorgung, welche Rückwirkungen sind – auch infolge der dadurch ermöglichten Kommerzialisierung (vgl. § 17 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TPG) – zu erwarten für die bisher dem Solidaritätsprinzip verpflichtete Organtransplantation?² Oder nicht weniger aktuell und bedeutsam: Wie läßt sich in der rauen Luft eines zunehmend vom Ökonomieprinzip beherrschten Gesundheitssystems das hehre Leitbild einer individualisierten, an den Bedürfnissen des je einzelnen Menschen ausgerichteten Heilkunst überhaupt noch lebenspraktisch verwirklichen, wo sich doch in unserer Rechtsordnung unübersehbar Einfallstore und Instrumente einer längst im Gange befindlichen Rationierung von Gesundheitsleistungen entdecken lassen? Das Problem der Verteilungsgerechtigkeit steht wie viele andere Fragen bedrohlich und bedrängend vor unserer Türe – oder ist schon in unser behagliches Heim eingebrochen: Es wird daher höchste Zeit, überzeugende, zukunftsfähige Antworten auf die Herausforderungen unserer und kommender Tage zu finden.

Mit der früheren Forschungsstelle für Arzt- und Arzneimittelrecht darf sich dank der Weitsicht ihrer damaligen Gründer die Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen schon seit gut 25 Jahren zu den wenigen herausragenden Standorten medizinrechtlichen Forschens zählen. Diese Tradition ist Verpflichtung und Vorbild zugleich. In diesem

¹ Vgl. § 4 Abs. 30 AMG i.d.F. des Gesetzes über Qualität und Sicherheit von menschlichen Geweben und Zellen v. 20.7.2007 (BGBl. I, 1574): „Gewebezubereitungen sind Arzneimittel, die Gewebe im Sinne von § 1a Nr. 4 des Transplantationsgesetzes sind oder aus solchen Geweben hergestellt worden sind“. Siehe weiterhin die Zulassungspflicht für die Gewinnung, Verarbeitung und das Inverkehrbringen von Gewebezubereitungen gem. § 21a AMG.

² Dazu eindrucksvoll die ausführliche Stellungnahme der Bundesärztekammer v. 24.1.2007, S. 39 ff. (www.baek.de/downloads/ZRegStell20070124.pdf).

Lichte erklärt sich aber auch, daß dem raschen Entwachsen des neuen Zentrums aus noch unsicheren Kinderschuhen kein biologisches Rätsel zugrunde liegt, zumal zwei der drei sich seinerzeit zusammenfindenden Persönlichkeiten, neben dem langjährigen Mitglied der Medizinischen Fakultät Prof. Dr. Dr. h.c. Fritz Scheler also die beiden in Deutschland renommiertesten Medizinrechtswissenschaftler, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Erwin Deutsch und Prof. Dr. Dr. h.c. Hans-Ludwig Schreiber, noch heute sich mit ungebremsster Freude nunmehr unter dem Dach des neuen Zentrums den aktuellen Fragen widmen. Diesen beiden ist daher nicht nur die Entdeckung und Etablierung des Medizinrechts in Göttingen mit weit hin sichtbarer Resonanz zu verdanken, sondern in gewisser Weise auch der gelungene Übergang in eine neue Form medizinrechtlichen Zusammenwirkens und Forschens in verstärkter Interdisziplinarität und Kooperation mit Einrichtungen insbesondere der Medizinischen Fakultät. Glücklicherweise sind heute – hoffentlich – die Zeiten vorüber, in denen sich Juristen und Mediziner vorzugsweise in einer Art „Schützengrabenmentalität“ begegnet sind, schwer bewaffnet und voller Argwohn, stets mit dem Schlimmsten rechnend. Diesen Luxus kann sich heute keine Seite mehr leisten: Vonnöten sind vielmehr Dialog und Zusammenarbeit, wechselseitiges Zuhören und Verstehenlernen, um durch fruchtbares Zusammenwirken die anstehenden Aufgaben zu allseitigem Nutzen in Angriff zu nehmen.

Auf Seiten der Jurisprudenz finden sich im neuen Zentrum unter Einfluß der Grundlagenfächer wohlweislich alle Teildisziplinen des Rechts vereint, woraus sich der juristische Teil der Eröffnungsveranstaltung wie infolgedessen auch des vorliegenden Bandes erklärt: So braucht man nur die im vergangenen Jahr in der strafrechtlichen Abteilung des Deutschen Juristentages getroffenen Beschlüsse zur „Patientenautonomie am Lebensende“ ein wenig sorgfältiger zu studieren, um zu erkennen, daß sich medizinrechtliche Fragen auch innerhalb des Rechts sachadäquat nur noch interdisziplinär klären lassen. Es ist deshalb wohlkalkulierte Absicht der Veranstalter gewesen, mit Herrn Bundesrichter Prof. Dr. Wagenitz einen Referenten zu gewinnen, der die Thematik in Kenntnis des strafrechtlichen Diskussionsstandes aus der Perspektive des Zivilrechts beleuchtet auf der Suche nach „Möglichkeiten und Grenzen privatautonomer Vorsorge de lege lata et ferenda“; zugleich ist auf diese Weise die höchstgerichtliche Praxis einbezogen, da Herr Prof. Wagenitz die beiden jüngsten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zur Therapiebegrenzung am Lebensende³ maßgeblich mitverantwortet hat. In Person des Präsidenten der Deutschen Gesellschaft für Medizinrecht, Herrn Prof. Dr. Dierks, erhebt sich im Anschluß die Stimme des Sozialrechts, als „Kostenkontrolle des Gesundheitswesens“ je nach Blickwinkel gelobt oder gescholten. Mit

³ BGHZ 154, 205 ff.; BGH NJW 2005, 2385.

der Züricher Medizinrechtlerin Prof. Dr. Tag folgt sodann das Strafrecht, zugleich in internationaler Dimension, exemplarisch zum modernen Problemfeld der strafrechtlichen bzw. strafrechtsethischen Herausforderungen, die aus dem Umgang mit menschlichem Gewebe, menschlichen Zellen und der Errichtung von Biobanken resultieren. Der Generalsekretär des Weltärztebundes, Herr Dr. Kloiber, beschließt mit seinem Beitrag zu „Gegenwarts- und Zukunftsfragen“ des Medizinrechts das originäre Programm der Eröffnungsveranstaltung, das in diesem Band freilich noch erweitert und umrahmt wird durch Beiträge von Mitgliedern des Zentrums: Am Anfang stehen Überlegungen zum „Hippokratischen Eid im Selbstbild des modernen Menschen“ (Prof. Dr. Duttge); der letzte Teil widmet sich praxisrelevanten „Haftungsfragen der arbeitsteiligen Medizin“ (Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Deutsch) sowie noch einmal der „Sterbehilfe“ und „Selbstbestimmung am Lebensende“, aus zivilrechtlicher (Prof. Dr. Lipp) ebenso wie aus strafrechtlicher Warte (Prof. Dr. Dr. h.c. Schreiber).

Alle Beiträge eint das Wissen um die Komplexität ärztlicher und pflegerischer Kunst im 21. Jahrhundert wie auch das Bemühen um Entwicklung und Bereitstellung angemessener rechtlicher Regelungen, die einerseits die nötigen Grenzen verdeutlichen, ohne andererseits den ebenso nötigen Freiraum zu ersticken. Der „gute Arzt“ sieht sich heute zwar einem umfangreichen Arsenal an gesetzlichen Vorgaben und richterrechtlicher Kasuistik, an Leit- und Richtlinien ausgesetzt, vermisst aber in vielen Bereichen dennoch eine gelungene Synthese von Rechtssicherheit und Sachgerechtigkeit. So berechtigt das Streben nach Verbesserung der medizinrechtlichen Rahmenbedingungen auch ist, wird ihn freilich ein jedes „externe Stützkorsett“ nicht vor den inneren Konflikten im Hinblick auf sein ärztliches Selbstverständnis bewahren (Axel Bauer).

Göttingen, im August 2007

Prof. Dr. Gunnar Duttge
Geschäftsführender Direktor

Grußwort des Präsidenten der Georg-August-Universität

Festveranstaltung aus Anlaß der Gründung des Zentrums für
Medizinrecht an der Juristischen Fakultät der Georg-August-
Universität Göttingen am 10. November 2006, 18 Uhr in der
Aula am Wilhelmsplatz

Prof. Dr. Kurt von Figura

Sehr geehrter Herr Dekan Lipp, sehr geehrter Herr Duttge,
sehr geehrte Gäste, sehr geehrte Damen und Herren!

Vielleicht ist es manchem so ergangen wie mir, als er die Einladung zur
Festveranstaltung aus Anlaß der Gründung des Zentrums für Medizin-
recht an der Juristischen Fakultät erhalten hat, daß er sich gefragt hat,
gibt es das nicht schon, gibt es so etwas nicht schon seit Jahren in Göt-
tingen?

Das mit der Gründungsfeier heute hat natürlich seine Richtigkeit. Das
Zentrum für Medizinrecht wurde im Wintersemester 2005/06 als eine
Einrichtung der Juristischen Fakultät gegründet, um aktuelle Fragen im
Querschnittsbereich von Recht und Medizin wissenschaftlich zu erfor-

schen. Die juristische Fakultät hat sich im Rahmen ihrer Entwicklungsplanung auf drei Forschungsschwerpunkte geeinigt, die „Europäisierung und Internationalisierung“, die „Wirtschafts- und Sozialordnung“ und die „Stellung des Menschen in Medizin und Familie“. Das neue Zentrum für Medizinrecht ist ein Eckpfeiler des letztgenannten Schwerpunktes. Neun Kolleginnen und Kollegen aus der juristischen Fakultät, deren Fachspektrum von Medizin- und Biorecht über die Rechtsgeschichte bis hin zum Handels- und Wirtschaftsrecht und Strafrecht reicht, sind eingebunden und tragen die neue Einrichtung. Das Zentrum ist nicht nur interdisziplinär, sondern auch fakultätsübergreifend angelegt. Kooperationen bestehen mit der Medizin, dort vor allem mit der Abteilung Ethik und Geschichte der Medizin, mit der Theologischen Fakultät (genannt seien hier die Lehrstühle für Ethik und Systematische Theologie) und der Philosophischen Fakultät. Dies ist ein Beginn.

Wenn ich vorher erwähnte, daß sich mancher vielleicht gefragt hat, ob es dieses Zentrum nicht schon längst gibt, dann hat das seinen Grund darin, daß sich die Göttinger Universität in den letzten 30 bis 40 Jahren an medizinrechtlichen Debatten mit prominenten Teilnehmern beteiligt hat. Die Juristen Erwin Deutsch und Hans-Ludwig Schreiber und der Nephrologe Fritz Scheler seien hier genannt. Die Kollegen Deutsch und Schreiber dieser Fakultät vorzustellen, hieße: Eulen nach Athen zu tragen.

Lassen Sie mich deshalb einige Worte zu Fritz Scheler sagen, der 2002 verstorben ist. Er leitete von 1967 bis 1993 die Abteilung Nephrologie und Rheumatologie. Sein starkes Interesse für Pharmakologie, für Arzneimittelsicherheit, paarte sich mit einem großen Einsatz für die Fortbildung von Ärztinnen und Ärzten auf dem Gebiet der Arzneimitteltherapie. Von 1985 bis 1993 war er Vorsitzender der Arzneimittelkommission der Ärzteschaft. 1979 hatten Erwin Deutsch, Hans-Ludwig Schreiber und Fritz Scheler die Forschungsstelle für Arzt- und Arzneimittelrecht gegründet, auf die das jetzt eröffnete Zentrum aufbaut. Die Thematik war damals geprägt von Arzneimittelunsicherheit, ausgelöst durch die Contergankatastrophe 1961 und die Einführung eines ersten Arzneimittelgesetzes noch im selben Jahr, das aber erst 1976 zu einem Arzneimittelgesetz wurde, wie wir es heute kennen und im Jahr 1978 in Kraft trat.

Ethikkommissionen, Patientenaufklärung, Arzneimittelsicherheit, unerwünschte Arzneimittelwirkungen, Arzthaftung sind Themen, die damals die Diskussionen beherrschten und die auch weiterhin aktuell bleiben. Aber neue Themen sind hinzugekommen: Sterbehilfe, selbst bestimmtes Sterben, lebensverlängernde Intensivmedizin, Organ- und Gewebespenden, gentechnisch veränderte Gewebe und Organe, Embryonenforschung, Stammzellenforschung. Diese Liste läßt sich beliebig erweitern. Was folgt aus dem Umstand, daß wir heute nicht mehr jedem das ganze Spektrum der gewünschten therapeutischen Maßnahmen zukommen

lassen können, ja nicht einmal die medizinisch sinnvollen und begründbaren Maßnahmen?

Deutlich wird, daß eine Fülle von Fragen auf das Zentrum für Medizinrecht wartet. Fragen, die die Menschen bewegen, für die sie sich Antworten von Experten erhoffen und die für die zukünftige Gestaltung unserer Gesellschaft zentral sind. Die Gründung dieses Zentrums ist daher ein richtiger Schritt, eine Entwicklung zu der diese Universität in den vergangenen Jahrzehnten maßgeblich beigetragen hat, in zeitgemäßer Form fortzusetzen: d. h. anstehende und zukünftige Fragen vorausschauend zu erfassen, Antworten in abgestimmtem Zusammenwirken aller betroffenen Fachdisziplinen zu entwickeln und diese in die Öffentlichkeit zu tragen. Dazu dient die heutige Festveranstaltung mit hochrangigen Referenten zu Fragen des Medizinrechts. Wie ich hören durfte, wird schon in wenigen Wochen eine Fachtagung zu „Therapiebegrenzung am Lebensende“ folgen, die Medizinrechtsexperten zu dieser hochaktuellen Thematik zusammenführen wird.

Die Universität ist nicht nur eine Stätte an der neues Wissen geschaffen wird, ihr geht es auch um die Weitergabe von Wissen. An einer Forschungsuniversität wie Göttingen müssen beides, Wissensgenerierung und Wissensvermittlung, eng miteinander verwoben werden. Deshalb erwarten wir alle von dem neuen Zentrum eine Ergänzung und Bereicherung des Lehrangebots im Rahmen der juristischen Ausbildung, eine Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses auf dem Gebiet des Medizinrechts und gleichzeitig eine Befruchtung dieses Gebiets durch die forschenden Bemühungen unseres hiesigen wissenschaftlichen Nachwuchses. Ich möchte mich bei allen Beteiligten, insbesondere Ihnen, Herr Kollege Duttge, für Ihr Engagement für das neue Zentrum bedanken.

Ich wünsche dem Zentrum für Medizinrecht einen guten Start und eine fruchtbare Zukunft, für heute bereichernde Vorträge und ein festliches Gelingen der Gründungsveranstaltung.

Grußwort des Dekans der Juristischen Fakultät

Eröffnung des Zentrums für Medizinrecht am 10.11.2006

Prof. Dr. Volker Lipp

Herr Präsident,
Spectabiles,
sehr geehrte Frau Präsidentin Wenker,
sehr geehrte Gäste aus Fern und Nah,
liebe Kolleginnen und Kollegen!

Ich freue mich, Sie im Namen der Juristischen Fakultät hier in Göttingen begrüßen zu dürfen. Mehrere Grußworte und vier Vorträge mahnen mich zur äußersten Kürze! Ich möchte mich deshalb auf drei Bemerkungen beschränken:

Die erste Bemerkung gilt dem Zentrum für Medizinrecht. Das Göttinger „Zentrum für Medizinrecht“ ist zunächst einmal natürlich eine Einrichtung der Universität und ihrer Juristischen Fakultät. Als eine solche Einrichtung ist das Zentrum recht jung. Seine Gründung erfolgte im Zuge einer

grundlegenden Neuorganisation unserer Fakultät mit dem Ziel, die organisatorischen Voraussetzungen für Forschung und Lehre zu verbessern. Die jüngsten Evaluationen von Forschung und Lehre an unserer Fakultät haben dies bereits sehr positiv gewürdigt. Die heutige Feierstunde gilt deshalb nicht dem Zentrum allein, sondern einem wichtigen und bedeutsamen Glied in unserer neuen Fakultätsstruktur. Mit der Gründung dieses Zentrums bringt die Fakultät zum Ausdruck, daß sie das Medizinrecht als wichtigen Bestandteil ihres Profils ansieht. Sechs Kolleginnen und Kollegen der Juristischen Fakultät – und damit ein Viertel ihrer Mitglieder – gehören dem Zentrum an, dessen erklärtes Ziel es ist, die interdisziplinäre Zusammenarbeit auf dem wichtigen Gebiet des Medizinrechts auszubauen und zu stärken. Ich freue mich daher sehr, daß wir heute Abend auch zahlreiche Mitglieder anderer Fakultäten und Institutionen begrüßen dürfen.

Dem Fach „Medizinrecht“ gilt meine zweite Bemerkung. Auch wenn das Zentrum für Medizinrecht noch sehr jung ist, so hat doch die Forschung im Medizinrecht an der Fakultät eine große Tradition. Das Zentrum führt die Arbeit der weltweit renommierten Forschungsstelle und späteren Abteilung für Arzt- und Arzneimittelrecht fort, die von unseren verehrten Kollegen Deutsch und Schreiber aus der Juristischen und Scheller aus der Medizinischen Fakultät aufgebaut worden ist. Auch in diesem Fall trifft daher der wissenschaftsgeschichtliche Satz zu, daß wir Jüngeren auf den Schultern von Riesen stehen. Ihnen sei auch an dieser Stelle einmal mehr gedankt.

Gestatten Sie mir drittens und abschließend noch eine kleine Anmerkung zum Verhältnis der drei Rechtsgebiete des Privatrechts, des Öffentlichen Rechts und des Strafrechts. So getrennt, wie es manchmal scheint, wenn man auf die ersten drei Vorträge schaut, waren sie nie, gerade auch nicht hier in Göttingen. Denn das Medizinrecht ist geradezu ein Paradebeispiel dafür, dass man zwar die eigene Disziplin beherrschen, zugleich aber ihre Grenzen auch überschreiten muss, wenn man zu neuen Erkenntnissen gelangen will. In dieser guten Göttinger Tradition sieht sich das neue Zentrum für Medizinrecht und ich bin zuversichtlich, daß es eine vielversprechende Zukunft vor sich hat. Ich wünsche dem Zentrum und seinen Mitarbeitern alles Gute und viel Erfolg!

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	I
Grußwort des Präsidenten der Georg-August-Universität <i>Prof. Dr. Kurt von Figura</i>	V
Grußwort des Dekans der Juristischen Fakultät <i>Prof. Dr. Volker Lipp</i>	IX
Der hippokratische Eid im Selbstbild des modernen Menschen <i>Prof. Dr. Gunnar Duttge</i>	1
Selbstbestimmung am Lebensende Zu den Möglichkeiten und Grenzen privatautonomer Vorsorge de lege lata et ferenda <i>Prof. Dr. Thomas Wagenitz</i>	21
Das Sozialrecht als Kostenkontrolle im Gesundheitswesen? Kritische Anmerkungen zur Normgebung <i>Prof. Dr. med. Dr. iur. Christian Dierks</i>	37
Menschliches Gewebe, menschliche Zellen und Biobanken Strafrechtliche und strafrechtsethische Herausforderungen <i>Prof. Dr. iur. utr. Brigitte Tag</i>	49
Gegenwarts- und Zukunftsfragen aus der Sicht des Weltärztebundes <i>Dr. med. Dr. h.c. Otmar Kloiber</i>	61
Den Letzten beißen nicht die Hunde: Die Haftung bei der arbeitsteiligen Medizin <i>Prof. Dr. jur. Dr. jur. h.c. mult. Drs. med. h.c. Erwin Deutsch</i>	69
Selbstbestimmung und Vorsorge <i>Prof. Dr. Volker Lipp</i>	79
Gesetzliche Regelung der Sterbehilfe? <i>Professor Dr. jur. Dr. med. h.c. Hans-Ludwig Schreiber</i>	97

Der hippokratische Eid im Selbstbild des modernen Menschen*

*Prof. Dr. Gunnar Duttge
Universität Göttingen*

I. Ärztliche Heilkunst: Quo vadis?

Wer nach symptomatischen Begebenheiten Ausschau hält, die veranschaulichen, welchen Versuchungen und Dilemmata die moderne Medizin ausgesetzt ist, muß nur mit wachem Auge beobachten, um fündig zu werden. Beispielsweise in der Weihnachtszeit vor Beginn des letzten Jahres; die Nachrichtenagenturen warteten mit folgendem Bericht auf:¹ Der durch seinen spektakulären Erfolg um „Dolly“ weltweit bekannt gewordene schottische Klonwissenschaftler *Ian Wilmut* plädiert für „Heil-

* Es handelt sich um die aktualisierte Fassung meiner Göttinger Antrittsvorlesung vom 20.1.2006.

¹ Entnommen aus Süddeutsche Zeitung v. 28.12.2005, S. 9.

versuche“ mit embryonalen Stammzellen bei unheilbar Erkrankten. Zwar müsse „normalerweise“ am Gebot einer vorsichtigen Erprobung neuer Therapien festgehalten werden; im Falle der embryonalen Stammzellen dürfe man hingegen nicht weiter zuwarten, bis „erst alles genau im Tierversuch analysiert“ worden sei; ansonsten würden viele Patienten von dieser „Behandlungsmöglichkeit“ ausgeschlossen. Er – *Wilmut* – kenne zahlreiche, vor allem an unaufhaltsam fortschreitenden Erkrankungen wie Alzheimer oder Parkinson leidende Patienten, die „nur allzu gerne“ bereit wären, an derartigen Versuchen mit hohem Risiko, aber auch guten Erfolgsmöglichkeiten teilzunehmen. Dieser Heilungschancen wegen seien solche „Stammzellversuche“ gerechtfertigt, sofern die Betroffenen nur „über die Risiken insbesondere einer Tumorbildung ... informiert würden“.

Wem diese Nachricht begegnet, wird unwillkürlich vielleicht an die zuvor unternommenen Versuche der Trennung siamesischer Zwillinge gedacht haben.² Jeweils geht es um die Wahl einer hochriskanten Behandlungsstrategie mit dem Ziel, die Chance der „guten Tat“ – mag sie auch noch so klein sein – zu ergreifen, und dies selbst dann, wenn mit der Wahl dieser Option womöglich alles auf eine Karte gesetzt wird. Gewiß: Schon bei *Johann Gottfried von Herder* konnte man lernen, daß die Gegenwart stets von Zukunft „schwanger“ ist: Es liegt danach „das Schicksal der Nachwelt [wie ebenso unser eigenes] in unserer Hand, wir haben den Faden geerbt, wir weben und spinnen ihn weiter“³. Wer daher – so die vermeintlich schlagende Logik – untätig bleibt, behindert den „Fortschritt“⁴ und „versündigt“ sich – bezogen auf die Rettung von Menschen durch Einsatz von Medizin – an seinem ureigensten Auftrag, der doch auf die notwendig fürsorgliche *Aktivität* implizierende Erhaltung des Lebens und Wiederherstellung von Gesundheit gerichtet ist.⁵ Was aber ist heute – im 21. Jahrhundert – überhaupt noch „Gesundheit“, gemessen an den neueren biomedizinischen Möglichkeiten?

Bei *Hans-Georg Gadamer* war es noch das „Verborgene“, das dem Menschen erst bei Defiziten, also im Stadium einer manifesten Erkrankung bewußt wird, die zur Wiederherstellung des verlorengegangenen

² Vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 16.9.2004 zu *Lea* und *Tabea*; zuvor Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 19.7.2003 zum gescheiterten Versuch, die beiden iranischen Frauen *Ladan* und *Laleh Bijani* zu trennen. – Zur komplexen normativen Problematik vgl. etwa *Merkel*, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), *Medizinstrafrecht*, 2. Aufl. 2001, S. 145 ff.

³ *Herder*, Briefe zur Beförderung der Humanität, 1793, in: *Bibliothek deutscher Klassiker* Bd. 63, 1991.

⁴ Kritische Bemerkung zur „Fortschritts“-Euphorie in rechtspolitischen Debatten: *Duttge*, in: Schweighofer/Liebwald/Augeneder/Menzel (Hrsg.), *Effizienz von e-Lösungen in Staat und Gesellschaft. Aktuelle Fragen der Rechtsinformatik* (Tagungsband zum 8. Internationalen Rechtsinformatik Symposiums IRIS), 2005, S. 546 ff.

⁵ S. dagegen *Höffe*, *Medizin ohne Ethik?*, 2002, S. 44 ff.: „humanitaristischer Fehlschluß“.

Gleichgewichts der „Naturanlage“ drängt.⁶ Kann diese Vorstellung aber ebenso noch Geltung beanspruchen für die moderne Reproduktionsmedizin, für Gendiagnostik und künftige Gentherapie oder etwa für die Stammzellforschung, oder machen diese Bereiche nicht vielmehr nur auf besonders anschauliche Weise deutlich, daß medizinisches Handeln – wie übrigens menschliches Handeln allgemein – stets auf eine Überwindung naturgegebener Hemmnisse, letztlich auf die eigene „Vervollkommnung“ gerichtet ist? Wie und wo soll sich dann aber noch eine „objektive“ Grenze auffinden und ausweisen lassen zwischen „echter Heilbehandlung“ und Anthropotechnik,⁷ zwischen „Treatment“ und außerhalb des ärztlichen Handlungsspektrums liegendes „Enhancement“⁸, etwa durch Dopingmittel bei Leistungssportlern, Wachstumshormonen für angehende Models, vom gesamten Bereich der Schönheitschirurgie, des Anti-Aging und der sog. Lifestylemedizin ganz abgesehen? Eine „patientenzentrierte Sichtweise“ vermag dies jedenfalls nicht, und es ist bezeichnend, wenn profilierte Medizinethiker wie etwa *Erik Parens* vom Hastings Center in New York eine Beurteilung der Sachfrage gar nicht mehr anstreben, sondern – so geschehen in einer Sitzung des Nationalen Ethikrats im September 2005⁹ – sich auf einen Metadiskurs beschränken mit dem bescheidenen Resultat, daß eben beide Lager – das progressive wie das konservative – je nach zugrunde gelegter Prämisse und je nach Vorverständnis „gute Gründe“ für sich reklamieren könnten. Ist es lediglich „Sache einer historisch wandelbaren und einer Begründung weder fähigen noch bedürftigen bloßen Meinung ... , was als Krankheit anerkannt und entsprechend klassifiziert wird“?¹⁰

Was diese Beispiele schlaglichtartig illuminieren, ist der Umstand, daß die moderne Medizin längst einem Paradigmenwechsel unterworfen ist, der das überschaubare Feld des klassischen Arzt-Patienten-Verhältnisses – zuletzt mehr in dialogisch-partnerschaftlicher denn in paternalistischer

⁶ *Gadamer*, Über die Verborgenheit der Gesundheit, 1993, S. 133 ff.

⁷ Instrukтив *Lanzerath* und *Taupitz*, in: Nationaler Ethikrat, Forum Bioethik v. 14.4.2004 (www.ethikrat.org/veranstaltungen/forum_bioethik.html); jüngst hat es das Sozialgericht Berlin dahinstehen sein lassen, „ob es sich bei der Präimplantationsdiagnostik überhaupt um eine Krankenbehandlung“ handelt (Urteil v. 23.3.2007 – 586 KR 660/04, ZfL 2007, 54, 55).

⁸ Dazu etwa *Gesang*, Ethik in der Medizin 2006, 10 ff.; *Herrmann*, Ethik in der Medizin 2006, 71 ff. (Schönheitschirurgie); *Kettner*, Ethik in der Medizin 2006, 81 ff. („wunscherfüllende Medizin“); *Lenk*, Therapie und Enhancement. Ziele und Grenzen der modernen Medizin, 2002; *Turner/Sabakian*, Poiesis Prax 4/2006, 81 ff. (Neuroimaging); *Walcher-Andris*, Ethik in der Medizin 2006, 27 ff. (pharmakologisches „cognition enhancement“).

⁹ Forum Bioethik: Auf dem Weg zum besseren Menschen? (www.ethikrat.org/veranstaltungen/forum_bioethik.html).

¹⁰ So die pointierte Fragestellung bei *Wieland*, Strukturwandel der Medizin und ärztliche Ethik, 1986, S. 37.

Struktur verstanden¹¹ – zunehmend hinter sich läßt. In Schlagworten benannt könnte man von einer verstärkt auf genetische Dispositionen fixierten „Futurisierung“ des Krankheitsbegriffs („Prävention statt Behandlung“ bzw. „Genotyp statt Phänotyp“)¹² und von einer durch weit vorangeschrittene Spezialisierung und damit Verantwortungsseparierung sowie wachsende Ressourcensensibilität¹³ bewirkten „Entpersönlichung“ („Anonymisierung“)¹⁴ der Medizin sprechen. Indem jedoch das Leitbild einer „personalen Zweierbeziehung“ von Arzt und Patient zur Disposition gestellt wird, verschwimmt paradoxerweise immer mehr auch das Ziel ärztlichen Handelns in seiner Eigenwertigkeit gegenüber den Wünschen der „Verbraucher“¹⁵, und hiermit verbunden zugleich der Maßstab dafür, welche Mittel und Wege aus ärztlicher Sicht verantwortbar sind. Der hippokratische Eid mit seiner Betonung des Fürsorge- und Nichtschädigungsgebots galt über zweieinhalb Jahrtausende als „Grundgesetz ärztlicher Sittlichkeit“, wenn seine Genese auch im Dunkeln liegt,¹⁶ seine konkreten Aussagen unvermeidlich geschichtlich bedingt waren¹⁷ und seine Beschwörung somit stets eher als allgemeiner Appell zur Wahrung eines hohen ethischen Standards begriffen werden muß. Seine Konkretisierung ist somit keineswegs erst der Gegenwart aufgegeben, bei der „Wirkmächtigkeit“ moderner medizinischer Praktiken jedoch heute weit schwieriger geworden als zu Zeiten des Hippokrates.¹⁸ Die zentrale Frage lautet daher: Was sind in unserer Zeit die legitimen Handlungsfelder und legitimen Zwecke ärztlicher Profession; und vor allem: Was sind Kriterien und Maßstab ihres Zusammenspiels, die den verbindlichen Rahmen des Einsatzes von Medizin abstecken?

Gilt doch: Erst das Setzen eines Rahmens erhebt das Sichtbare zum Erkenn- und Identifizierbaren, bewirkt und bewahrt die Eigenständigkeit

¹¹ Zu den verschiedenen „Modellen“ des Arzt-Patientenverhältnisses siehe etwa *E.J. Emanuel / L.L. Emanuel*, *Journal of the American Medical Association* 1992, 2221 ff.; *Wolff*, *Arzt und Patient. Medizin und Ethik*, 1989.

¹² Im Überblick: *Kreß*, *Medizinische Ethik*, 2003, S. 50 ff.; zum Begriff des „Risikofaktors“ als Zentralbegriff einer probabilistisch orientierten Ätiologie: *Wieland* (o. Fn 10), S. 102 ff.

¹³ Zur ärztlichen Berufs- und Gewissensfreiheit im Rahmen eines ökonomisch gesteuerten Gesundheitssystems näher *Kluth*, in: Thomas (Hrsg.), *Ärztliche Freiheit und Berufsethos*, 2005, S. 127 ff.

¹⁴ Vgl. *Wieland* (o. Fn 10), S. 58 ff.; *Bergdolt* (in: Nationaler Ethikrat, Jahrestagung v. 21.10.2004 zum Thema: „Welche Ärzte will unsere Gesellschaft?“) spricht von einer „schleichenden Zerstörung der Arzt-Patienten-Beziehung“ (S. 7).

¹⁵ Parallelen zwischen Patienten- und Verbraucherschutz zieht *Damm*, in: FS für Eike Schmidt, 2005, S. 73 ff.

¹⁶ Zur Überlieferung und Wirkungsgeschichte im Überblick: *Bergdolt*, *Das Gewissen der Medizin*, 2004, S. 48 ff.; *Boschung*, in: Ausfeld-Hafter (Hrsg.), *Der hippokratische Eid und die heutige Medizin*, 2003, S. 9 ff.

¹⁷ Treffend *Bauer*, *Universitas* 2003, S. 824 f.: „zeitgebundenes medizinhistorisches Dokument“.

¹⁸ Vgl. *Thomas*, in: ders. (o. Fn 13), S. 183, 199: „Hippokrates war Arzt, nicht Bioethiker“!

des „Bildes“ gegenüber seiner Umgebung, von der es ansonsten vollends assimiliert würde.¹⁹ Der französische Philosoph *Rémi Brague*²⁰ spricht treffend von einer unverwechselbaren „Haltung“, die dem von einem Rahmen ummantelten Gegenstand verliehen wird, so daß dieser erst als solcher gesehen und erkannt werden kann. Das Bild, von dem in unserem Kontext die Rede ist, zeigt jene Rollenzuschreibung, die vom Selbstverständnis der personalen Träger dieser Rolle in fortlaufender Wechselwirkung mit den Erwartungen der Gesellschaft getragen wird und durch die Begründung normativer Standards die Fremd- wie Selbstidentifikation des Arztes *als Arzt* bewirkt. Das in diesem Sinne spezifizierte „Menschenbild“ ist allerdings in ständiger Bewegung, um der Gefahr einer Erstarrung und dadurch Verfehlung der Lebenswelt zu entrinnen: Menschenbilder können somit niemals endgültige Ordnungen, sondern stets nur „vorläufige geschichtliche Entwürfe“ sein,²¹ auf die eine Gesellschaft allerdings bei ihrer Selbstorganisation nicht verzichten kann, und damit insbesondere auch nicht das Recht, sofern und solange es seinem friedensstiftenden Gestaltungsauftrag nachkommen will.²²

Was im Folgenden unternommen werden soll, ist freilich nicht, die im Titel dieses Beitrags aufgeworfene Frage schon einer substantiellen oder gar abschließenden Antwort zuzuführen. Vorrangig klärungsbedürftig ist vielmehr der methodische Weg, auf dem mögliche Antworten überhaupt nur zu suchen sind. Darauf gilt es sich vor allem anderen zu konzentrieren, ausgehend von einer medizin- bzw. bio(medizin-)ethischen²³ Konzeption, die allem Anschein nach das Selbstverständnis der Medizin ohne Rücksicht auf nationale Grenzen jedenfalls in den wesentlichen Zügen prägt und die aktuelle medizinethische Debatte weithin beherrscht:²⁴ Gemeint ist das sog. „Georgetown Mantra“²⁵, also die von den Amerikanern *Beauchamp* und *Childress* begründete „Prinzipienethik“²⁶, die sich stützt auf die Leittopoi des (1) Respekts gegenüber der patientenseitigen Autonomie (urteilsfähiger Menschen), weiterhin (2) auf das Schädigungsverbot als negative Verpflichtung sowie (3) das positive Gebot des Wohl-

¹⁹ Grundlegend *Pöppel*, *Der Rahmen*, 2006, S. 19 passim.

²⁰ Vortrag v. 25.6.2005 anlässlich einer Tagung der Evangelischen Akademie Tutzing zum Thema: „Der religiöse Rahmen“.

²¹ Vgl. *J.P. Müller*, *Der politische Mensch – Menschliche Politik*, 1999, S. 3.

²² Versuch einer näheren Verhältnisbestimmung zwischen Medizinrecht und Medizinethik: *Duttge*, *Ethik in der Medizin* 2006, 331 ff.

²³ Die Gründe für diesen Begriffswandel liegen vor allem im erweiterten Aufgabenfeld der Medizin, vgl. *Düwell/Steigleder*, in: dies. (Hrsg.), *Bioethik*, 2003, S. 9, 21 ff.; *Schöne-Seifert*, in: *Nida-Rümelin* (Hrsg.), *Angewandte Ethik*, 1996, S. 553 f.

²⁴ Von einer „Bibel der biomedizinischen Ethik“ spricht *Hoffmaster*, *Dialogue* 1991, 213, 219. Überblick zur Theoriegeschichte: *Rauprich*, in: *Rauprich/Steger* (Hrsg.), *Prinzipienethik in der Biomedizin. Moralphilosophie und medizinische Praxis*, 2005, S. 11 ff.

²⁵ *Holm*, in: *Rauprich* (o. Fn 24), S. 210, 211.

²⁶ Grdl. *Beauchamp/Childress*, *Principles of Biomedical Ethics*, 5. Edition 2001.

tuns aufgrund einer Abwägung aller Chancen und Risiken, Wirkungen und Nebenwirkungen, und schließlich (4) auf das Prinzip der Gerechtigkeit, orientiert vor allem an der Frage einer fairen Verteilung von Gesundheitsleistungen (nach Kriterien wie Gleichheit, Bedürftigkeit, Verdienst sowie unter Wahrung prozeduraler Gerechtigkeit). Nach überblicksartiger Vorstellung dieses Konzepts wird sich das Augenmerk sogleich auf den entscheidenden Schwachpunkt dieses Modells richten (im Anschluß II., 1.) und auf die sich daraus ergebenden unzuträglichen Folgen in der konkreten Anwendung, beispielhaft veranschaulicht anhand einiger Wertentscheidungen des geltenden Medizinrechts im Quervergleich (sodann II., 2.). Überlegungen, wie die sich hier offenbarenden Inkonsistenzen beseitigt und für die Zukunft vermieden werden könnten, lassen sich im vorliegenden Rahmen nur ansatzweise in Form einer zentralen richtungweisenden Überlegung skizzieren (u. II., 3.).

II. Klare Prinzipien und unklare Folgerungen

1. Die Besonderheit der eben erwähnten „prinzipienorientierten Medizinethik“ liegt darin, daß Ausgangspunkt und Grundlage der Positionierung anders als bei klassischen Ethikkonzeptionen nicht ein einziges, übergeordnetes Axiom bildet, aus dem dann alles weitere abgeleitet wird,²⁷ sondern eine Mehrzahl gleichrangiger „guidelines“²⁸ auf „mittlerer Abstraktionshöhe“ angeführt werden, die für sich betrachtet weithin konsensfähig sind. *Beauchamp* und *Childress* haben sich von Beginn an mit Nachdruck gegen eine Hierarchisierung etwa im Verhältnis der Patientenautonomie zum Wohltun ausgesprochen und stets betont, daß im Falle der Pflichtenkollision eine jede Verpflichtung das Potential habe, die betreffende Person „aus einer anderen Verpflichtung zu entlassen“²⁹. Mit dieser Idee sog. „Prima-facie-Pflichten“³⁰ ist scheinbar das Kunststück gelungen, den vorherrschenden Werte- und Theorienpluralismus einerseits einzufangen und ihm andererseits gleichwohl weiten Raum zu eröffnen. So ließe sich die Betonung etwa des Prinzips wohlthätiger Fürsorge als Beleg dafür verstehen, daß auf die Folgen ärztlichen Handelns acht

²⁷ Unmißverständlich *Beauchamp*, in: Rauprich (o. Fn 24), S. 109, 117: „Wir haben nicht versucht, eine allgemeine ethische Theorie aufzustellen und behaupten nicht, daß unsere Prinzipien die fundierenden Prinzipien führender klassischer Theorien wie Utilitarismus und Kantianismus nachahmen, analog zu ihnen sind oder sie ersetzen. Wir haben unsere tiefe Skepsis gegenüber diesem Fundamentalismus geäußert und bezweifeln, daß eine solche einheitliche Fundierung der Ethik gefunden werden kann“.

²⁸ *Steinmann*, in: Rauprich (o. Fn 24), S. 120, 122; vgl. die Kennzeichnungen bei *Beauchamp*, in: Rauprich (o. Fn 24), S. 48, 49: „relativ allgemein gehaltene Verhaltensnorm“, „regulative Richtlinie“.

²⁹ *Beauchamp*, in: Rauprich (o. Fn 24), S. 48, 50.

³⁰ *Beauchamp/Childress* verweisen auf dazu *David Ross*, *The Right and the Good*, 1930.

gegeben werden müsse. In der Einbeziehung des Autonomieprinzips mag man eine Bestätigung für die Richtigkeit kantischen Denkens erkennen, im Rekurs auf das Prinzip der Gerechtigkeit die *Rawls*schen Verteilungsregeln usw. Leicht zu erkennen ist die weit größere Differenziertheit des Ansatzes gegenüber Vorstellungen, die simplifizierend allein das Selbstbestimmungsrecht oder allein das nach „ärztlicher Vernunft“ definierte „Wohl“ pauschaliter zum „höchsten Gesetz“ erklären.³¹

Die Schwierigkeiten beginnen dort, wo auf konkrete (rechts-)ethische Anfragen überzeugende und sachgerechte Antworten gegeben werden müssen: Welches Prinzip soll durchschlagen, wenn etwa die „an sich gebotene“ Mitteilung eines schlimmen Befundes die Heilungschancen dieses Patienten erheblich beeinträchtigen könnte³² oder im Rahmen der Lebendorganspende unter Erwachsenen die Sterblichkeitsrate der Spender einer Teil-Leber bei bis zu 1 % liegt (also in einer Dimension, mit der bei Arzneimittelstudien mehr als nur „gelegentliche“ Risiken beschrieben werden), das Risiko schwerwiegender Komplikationen gar bei 20 – 30%³³? Fehlt dann nicht das begründende Fundament, wenn lediglich behauptet wird: „Das Schädigungsverbot *muss* ... angesichts einer Entscheidung des einwilligungsfähigen ... Organspenders ... zurücktreten; potentielle Organspender *müssen* das Recht haben, ihre wertbezogenen Interessen zu realisieren, auch wenn dies mit der Schädigung ihrer Körper verbunden ist“³⁴. Wie lautet die richtige Entscheidung, wenn Angehörige der „Zeugen Jehovas“ die Vornahme einer Bluttransfusion mittels schriftlicher Patientenverfügung kategorisch ablehnen und dies im konkreten Fall tödliche Folgen nach sich ziehen würde;³⁵ was ist zu tun, wenn das Ergebnis einer in Anspruch genommenen genetischen Diagnostik auch für die

³¹ Zum „ärztlichen Spagat zwischen *salus* und *voluntas aegroti*“ zuletzt vor allem *Geilen*, in: FS für Hans-Dieter Schwind, 2006, S. 289 ff.; *Schreiber*, in: Forensische Psychiatrie – Entwicklungen und Perspektiven (Ulrich Venzlaff zum 85. Geburtstag), 2006, S. 408 ff.

³² Stichwort: „Wahrheit am Krankenbett“, dazu aus jüngerer Vergangenheit *Duttge*, Kann eine „barmherzige Illusionierung“ des Patienten gerechtfertigt sein?, in: Juristische Fakultät der Yeditepe Universität Istanbul (Hrsg.), Journal of Yeditepe University, Volume III/2 (2. Türkisch-Deutsches Symposium zum Medizinrecht), 2006, S. 91 ff.

³³ Eine amerikanische Studie nennt geringere Zahlen: Mortalitätsrisiko: 0,2-0,4 %; Komplikationen: 14,5 % (*Brown Jr.* u.a., in: The New England Journal of Medicine 2003, 818 ff.). Weiterhin *Kirste*, in: Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung - Gesundheitsschutz 2002, 768, 772: 0,5 % bzw. 10-25 %. Die Empfehlungen der Bundesärztekammer zur Lebendorganspende begrenzen das zulässig in Kauf genommene Risiko auf das Ausmaß eines „vergleichbaren Heileingriffs bei einem im übrigen gesunden Patienten“ (DÄBl 2000, A-3288).

³⁴ *Schroth*, in: ders./Schneewind/Gutmann/Fateh-Moghadam (Hrsg.), Patientenautonomie am Beispiel der Lebendorganspende, 2006, S. 79, 82 f.; weniger ergebnisorientiert, dafür hochgradig unbestimmt *Gutmann*, in: Ethik in der Medizin 1998, 58, 62: „Das *primum non nocere* kann ... nur ein Aspekt unter mehreren sein“ – wesentlich zurückhaltender dagegen *J. Beckmann*, in: Zeitschrift für medizinische Ethik 2007, 3 ff., 12.

³⁵ Zum Meinungsstand näher *A. Bender*, Zeugen Jehovas und Bluttransfusionen, MedR 1999, 260 ff.; *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2003, S. 111 ff.

Angehörigen des Beratenen von größter Relevanz ist, jedoch niemand abschätzen kann, ob diese davon überhaupt etwas erfahren wollen?³⁶ Und da es sich bei den Angehörigen zumeist nicht um einen monolithischen Meinungsblock handelt dürfte (siehe etwa die Aufzählung und Reihung in § 4 Abs. 2 TPG), steht womöglich das Recht auf Wissen des einen gegen das Recht auf Nichtwissen des anderen, und beides in Konkurrenz zum ärztlichen Fürsorgegebot und ggf. auch noch zu einem Geheimhaltungsinteresse desjenigen, der die Beratung überhaupt in Anspruch genommen hat.³⁷ Und wieder stellt sich die Grundfrage praktischer Vernunft: „Was sollen wir tun?“³⁸

Die „prinzipienorientierte (Bio-)Medizinethik“ erhofft sich nähere Aufschlüsse durch das Instrument der sog. „Spezifizierung“, die einen reflexiv angelegten Prozeß fortlaufender „Anpassung“³⁹ der abstrakten Prinzipien an die konkrete Lebenswelt qua schrittweiser „kreativer“ Anreicherung mit Inhalten und Gewichtung einzelner Aspekte in Wechselwirkung mit konkreten moralischen Konflikten meint; hierdurch lasse sich immer schärfer erkennen, was das jeweilige Prinzip für die jeweiligen Einzelfälle bedeutet. „Wohlüberlegte Urteile“ sollen dies bewirken, „die ihrerseits abhängig sind von Charakter, moralischer Einsicht sowie einem Bewußtsein für persönliche Verantwortung und Integrität“ des Urteilenden.⁴⁰ Die Rationalität solcher Entscheidungsfindung werde gesichert durch das Erfordernis der Kohärenz, die ähnlich dem *Rawls*chen „Überlegungsgleichgewicht“⁴¹ allgemeine Überzeugungen, Regeln und Prinzipien verschiedenster Abstraktionshöhe sowie relevante Hintergrundtheorien so lange dialektisch ineinander spiegeln und miteinander ausbalancieren läßt, bis in Ansehung des Einzelfalls eine begründete Entscheidung getroffen werden kann.

³⁶ Die Richtlinie der Bundesärztekammer zur prädikativen genetischen Diagnostik v. 14.2.2003 (in: DÄBl 2003, A-1297 ff.) beschränkt sich auf die vage Vorgabe: „Durch eine genetische Diagnostik gerät ... u.U. das Recht auf Kenntnis der eigenen genetischen Konstitution mit dem Recht auf persönliche und informationelle Selbstbestimmung der Verwandten in Konflikt. Hier ist eine Abwägung nach dem Grad der Betroffenheit und nach den Möglichkeiten einer Geheimhaltung erforderlich. ... Falls bei der genetischen Untersuchung ein stark erhöhtes Risiko für eine genetische Erkrankung bei einem Verwandten festgestellt wird, ... der ebenfalls in der Behandlung desselben Arztes steht, ... hat der Arzt eine Weitergabe der Information möglichst mit Zustimmung des Getesteten und insbesondere bei behandelbaren Patienten in Betracht zu ziehen. Zudem muß er das Recht auf Nichtwissen des Verwandten achten und schonend erkunden, ob dieser überhaupt an Informationen über ein erhöhtes Erkrankungsrisiko interessiert ist“.

³⁷ Zur Komplexität dieser „Informationskonflikte“ vgl. jüngst *Damm*, in: Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz 2007, 145, 149 f.

³⁸ *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, 1781, A 805.

³⁹ Vgl. *Beauchamp*, in: Rauprich (o. Fn 24), S. 48, 54: „Prinzipien werden weniger angewandelt als vielmehr expliziert und für spezielle Aufgaben passend gemacht“.

⁴⁰ *Beauchamp*, in: Rauprich (o. Fn 24), S. 48, 51.

⁴¹ *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975, S. 68 ff. – ausdrückliche Bezugnahme hierauf bei *Beauchamp*, in: Rauprich (o. Fn 24), S. 48, 56 f. m. Fn 3.

Nun ist „Kohärenz“ allerdings ein rein formales Wahrheitskriterium, das außerstande ist, ein hier gewonnenes „Überlegungsgleichgewicht“ vor einem anderen auszuzeichnen. Führen Spezifikationen daher zu mehr als einem einzigen „wohlüberlegten Urteil“, kann demzufolge ein jedes dieselbe Gültigkeit beanspruchen; unsere daraufhin ergehende Entscheidung, das eine und nicht das andere zugrunde zu legen, bedeutet dann, nur hoffen, nicht aber wissen zu können, ob die darin generierten Überlegungen *zu Recht* als die moralisch ausschlaggebenden angesehen wurden. Solche „normative Unterbestimmtheit“ infolge Fehlens einer übergreifenden konzeptionellen Klammer bei der Spezifikation der vier Prinzipien⁴² zwingt also dazu, die Probleme an entscheidender Stelle ohne Theorie lösen zu müssen.⁴³ Der Vorgang der Spezifizierung ist nicht durch die Prinzipien selbst angeleitet, so daß der Konsens auf der Prinzipienebene „selbst bei nachhaltigen Anstrengungen ... nicht auf die Ebene konkreter Handlungsanweisungen übertragen“ werden kann.⁴⁴ Da die Spezifikation auf empirisch vorhandene Überzeugungen zurückgreift, mit deren Hilfe die ihrerseits in der „common morality“ vorgefundenen Prinzipien lediglich rekonstruierend konkretisiert, nicht aber revidiert werden sollen,⁴⁵ besteht sogar die Gefahr, daß hieraus nur rhetorische Rechtfertigungen für vorhandene Vorurteile hervorgehen: *Sören Holm*, dänischer Bioethiker, hat überzeugend den Nachweis geführt, daß die Explikationen bei *Beauchamp/Childress* ersichtlich Werthaltungen der amerikanischen Gesellschaft widerspiegeln.⁴⁶ Dies für sich betrachtet kann zwar kaum überraschen und wäre noch kein Einwand gegen die Prinzipienethik, da die kulturelle Bedingtheit ethischer Positionen nur demjenigen als Übel erscheinen kann, der noch an universelle und womöglich gar letztbegründete Normen glaubt. Das Problem der „Letztbegründung“ ist aber offensichtlich eher ein solches der Letztbegründer,⁴⁷ jedenfalls keines der Mediziner. Nur verlangt eine ärztliche Ethik, die ihren Namen verdient, eine kritische Instanz gegenüber den herrschenden Moralvorstellungen; fungieren letztere dagegen selbst als Beurteilungsmaßstab, verliert sich der in Anspruch genommene präskriptive Status; daraus hervorgehende Urteile richten sich nach einem pragmatischen Erfolgskriteri-

⁴² Vgl. *Rauprich*, in: ders. (o. Fn 24), S. 11, 30: Es „...reicht nicht aus, auf die allgemeine Anerkennung der vier Prinzipien auf mittlerer Ebene zu verweisen, sondern es bedarf der Rechtfertigung einer bestimmten Spezifikation der Prinzipien, die sich nicht auf einen Konsens berufen kann“.

⁴³ Siehe auch *Strong*, in: *Rauprich* (o. Fn 24), S. 291, 295 ff., der deshalb keinen Vorzug der „Prinzipienethik“ gegenüber kasuistischen Ethiken sieht.

⁴⁴ Vgl. *Wiesing*, in: *Rauprich* (o. Fn 24), S. 74, 77 f.

⁴⁵ So explizit *Beauchamp*, in: *Rauprich* (o. Fn 24), S. 48, 52 ff.

⁴⁶ *Holm*, in: *Rauprich* (o. Fn 24), S. 210, 212 ff.

⁴⁷ Treffend *Wiesing*, in: *Rauprich* (o. Fn 24), S. 74, 80 f.: „der erste ... zu sein, der nicht nur sich selbst und seine Anhänger, sondern alle überzeugt“.

um, nicht aber nach einer Idee des „Richtigen“. Von hier aus erklärt sich die ernüchternde, im Lichte der eben beleuchteten Zusammenhänge aber höchst plausible Einschätzung bei *Sören Holm*, wonach eine solche Konzeption je nach vorhandener und durchschlagskräftiger Moralvorstellung auf moralische Fragen „nahezu jede Antwort produzieren kann“⁴⁸.

2. Das Fehlen einer normativen Orientierung, die das Zusammenspiel der Prinzipien wie auch deren Sachgehalt systematisiert und in den verschiedensten Kontexten auf eine einheitliche, übergreifende Grundlage stellt, dürfte – so die zentrale These, welche die hier angestellten Überlegungen motiviert – der Grund dafür sein, daß auch das geltende *Medizinrecht* zum Teil nicht recht erklärliche Inkonsistenzen aufweist. Beispiele: Nach hippokratischer Tradition bildet das Schädigungsverbot eine herausragende *Maxime*, die in allen Bereichen – wenn auch in unterschiedlicher Weise – ihren Niederschlag gefunden hat. Geboten ist danach eine Strategie größtmöglicher Sorgfalt und Risikominimierung, die zur Wahl der jeweils weniger belastenden und weniger gefährlichen Therapie drängt. Die innere Logik, die dem Ausweis des „*nihil nocere*“ als eigenständiger Leitgedanke insbesondere im Verhältnis zum Prinzip fürsorglicher Hilfe eigen ist, impliziert jenseits von komparativen Risiko-Nutzen-Kalkülen auch das Bestehen einer – wenngleich je nach betroffenem Kontext durchaus verschiebbaren – *absoluten* Eingriffsgrenze. Wo sich etwa der hippokratische Eid noch ablehnend zu chirurgischen Eingriffen verhielt⁴⁹ – natürlich wegen der seinerzeit noch fehlenden Fertigkeiten und infolgedessen nicht zu verantwortenden Risikoträchtigkeit⁵⁰ –, lehnt das ärztliche Ethos heute – jedenfalls überwiegend – eine Tötung auf Verlangen (vgl. auch § 216 StGB), ja selbst die ärztliche Beihilfe zur Selbsttötung *kategorisch* ab.⁵¹ Die Organentnahme unter Lebenden setzt nach § 8 Abs. 1 Nr. 1c TPG⁵² u.a. die Feststellung voraus, daß der Spender „nach ärztlicher Beurteilung ... voraussichtlich nicht über das Operationsrisiko hinaus gefährdet oder über die unmittelbaren Folgen der Entnahme hinaus gesundheitlich schwer beeinträchtigt wird“. Für die nicht-eigennützige klinische Prüfung von Arzneimitteln bei Minderjährigen (arg. § 41 Abs. 2 Nr. 2a AMG: lediglich „Gruppenutzen“ erforderlich)

⁴⁸ *Holm*, in: Rauprich (o. Fn 24), S. 210, 223.

⁴⁹ „Ich werde nicht schneiden, sogar Steinleidende nicht, sondern werde das den Männern überlassen, die dieses Handwerk ausüben“.

⁵⁰ Vgl. *Bauer*, Der Hippokratische Eid, abrufbar unter: www.ruhr-uni-bochum.de/zme/bauerhip.htm: „Strategie der Risikominimierung“.

⁵¹ Siehe die Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung v. 7.4.2004, Präambel: „Die Mitwirkung des Arztes bei der Selbsttötung widerspricht dem ärztlichen Ethos und kann strafbar sein“. Zur Begründung: *Hoppe*, in: Rehmann-Sutter/Bondolfi/Fischer/Leuthold (Hrsg.), *Beihilfe zum Suizid in der Schweiz*, 2006, S. 79 ff.

⁵² Insoweit unverändert auch i.d.F. des Gewebegesetzes v. 20.7.2007 (BGBl. I, 1574).

darf das Forschungsvorhaben „für die betroffene Person nur mit einem minimalen Risiko⁵³ und einer minimalen Belastung⁵⁴ verbunden sein“ (§ 41 Abs. 2 Nr. 2d AMG).

Bei Erwachsenen hingegen bedarf es – jedenfalls den buchstabengetreuen Vorgaben des AMG gemäß – nur einer „ärztlich vertretbaren“ (und daher – so die h.M. – nach medizinischen Gesichtspunkten zu begreifen) ⁵⁵ Verhältnisbestimmung von Nutzen und Risiko (§ 40 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 AMG), die selbst „schwerwiegende unerwünschte Ereignisse“⁵⁶ zunächst in Kauf nimmt (vgl. die Anzeigepflichten in § 12 Abs. 4-6 GCP-V), sofern die finanziellen Folgen hernach von einer Versicherung getragen werden (vgl. § 40 Abs. 1 S. 3 Nr. 8 AMG). Dies gilt selbst dann, wenn der volljährige Proband einwilligungsunfähig ist: Leidet dieser an einer Krankheit, zu deren Behandlung das zu prüfende Arzneimittel angewendet werden soll, so beschränkt sich das Gesetz wiederum auf eine nur relative Grenzziehung, wonach die klinische Prüfung „mit *möglichst* wenig Belastungen und anderen vorhersehbaren Risiken verbunden sein“ muß (§ 41 Abs. 3 Nr. 1 AMG). Im Falle erheblicher Gesundheits- oder gar Todesgefahr dürfe bei Therapieversuchen „ein großes Risiko in Kauf genommen werden“⁵⁷, obgleich unsere Rechtsordnung doch ansonsten weit eher geneigt ist, bei Gleichrangigkeit der kollidierenden Belange und zu erwartenden Effekte der Unterlassungspflicht das höhere Gewicht beizumessen (z.B. § 34 StGB). Einer demgegenüber stärkeren Betonung der Hilfeleistungspflicht entsprechend den eben genannten Beispielen soll jedoch wiederum nicht grundsätzlich entgegenstehen, wenn aus Gründen des Forschungsinteresses eine Probandengruppe die bisherige, möglicherweise schlechtere Therapie oder gar Placebos erhält, sofern nur alle Studienteilnehmer hierüber informiert werden.⁵⁸ Die sub-optimale Be-

⁵³ D.h. es ist allenfalls eine „sehr geringfügige und vorübergehende Beeinträchtigung der Gesundheit“ zu erwarten (§ 41 Abs. 2 Nr. 2d, 2. Hs. AMG).

⁵⁴ D.h. es sind allenfalls „Unannehmlichkeiten“ zu erwarten, die „vorübergehend auftreten und sehr geringfügig sein werden“ (§ 41 Abs. 2 Nr. 2d, 2. Hs. AMG).

⁵⁵ Etwa *Deutsch*, in: *Deutsch/Lippert* (Hrsg.), *Kommentar zum Arzneimittelgesetz*, 2. Aufl. 2006, § 40 Rn 8 m.w.N.

⁵⁶ Vgl. § 3 Abs. 8 GCP-V: „jedes unerwünschte Ereignis oder jede Nebenwirkung, das oder die tödlich oder lebensbedrohlich ist, eine stationäre Behandlung oder deren Verlängerung erforderlich macht oder zu bleibender oder schwerwiegender Behinderung oder Invalidität führt oder eine kongenitale Anomalie oder einen Geburtsfehler zur Folge hat“.

⁵⁷ So allgemein zu Heilversuchen: *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, 5. Aufl. 2003, Rn 664, aber auch Rn 925 zu § 40 Abs. 1 AMG: „Man hätte erwarten können, daß Versuche, die mit der konkreten Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit einer schweren Körperverletzung oder des Todes belastet sind, generell nicht durchgeführt werden dürfen“.

⁵⁸ Zur Problematik grdl. die Beiträge in *Hippius u.a.* (Hrsg.), *Das Placebo-Problem*, 1986; weiterhin *Maio*, in: *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik* 2001, 259 ff.; zurückhaltender dagegen *Deutsch/Spickhoff* (o. Fn 57), Rn 679: „Es würde eine zu große Gesundheitsgefährdung des Patienten bedeuten, wollte man ihm statt der Standardbehandlung nur ein Placebo geben. Deshalb rechtfertigt auch seine Zustimmung zur Placebobehandlung bei einer ernsthaften Erkrankung ... nicht den Übergang zum Scheinpräparat“.

Behandlung jedenfalls einer Gruppe ist damit geradezu essentieller Bestandteil solcher Studien. Nichts könnte die bestehenden Unklarheiten auf diesem Gebiet deutlicher zum Ausdruck bringen als die aktuelle Fassung der Deklaration von Helsinki (2000)⁵⁹: Sie hebt unter den „allgemeinen Grundsätzen für jede Art von medizinischer Forschung“ (= Abschnitt B) das Erfordernis einer hinreichenden „Beherrschung“ der Risiken und *unbedingten* Vermeidung erheblicher Gefahren hervor (Ziff. 17); an anderer Stelle jedoch (in Abschnitt C zu den „weiteren Grundsätzen“) wird für den Fall einer hiermit verbundenen therapeutischen Zwecksetzung dem Arzt die jetzt mit keinerlei Begrenzung mehr versehene „Freiheit“ zugestanden, selbst „nicht erprobte neue ... Maßnahmen anzuwenden“, wenn sie nach seinem Urteil „die Hoffnung (!) bieten, das Leben des Patienten zu retten, seine Gesundheit wiederherzustellen oder seine Leiden zu lindern“ (Ziff. 32).

Um nicht mißverstanden zu werden: Es mag nicht ausgeschlossen sein, daß diese prima vista gegenläufigen Erscheinungen sich am Ende unter Berücksichtigung der dabei möglicherweise relevanten Differenzierungskriterien von Eigen-, Gruppen- und Fremdnützigkeit, einerseits zugunsten konkret Hilfsbedürftiger und andererseits zum Wohle der medizinischen Forschung und somit künftig Erkrankter, im Lichte eines übergreifenden Bewertungsmaßstabs doch als widerspruchsfrei erweisen. Von selbst versteht sich dies allerdings nicht, und es ist weit und breit keine Theorie und keine umfassende Anstrengung erkennbar, um den gesamten Rechtsstoff auf ein einheitliches normatives Fundament zu stellen. Allein die jeweilige Kasuistik mit dem dafür „passenden“ (d.h. kraft intuitiver Vorwertung als prioritär angesehenen) medizinethischen „Prinzip“ in Beziehung zu setzen mag die problematische Konstellation mit ihrem normativen Umfeld durchaus etwas klarer und greifbarer vor Augen führen; solange es jedoch an jedweder Wegweisung fehlt, wie das weite Feld zwischen den beiden Polen einerseits der abstrakten Prinzipienebene und andererseits der Einzelfallbeurteilung überbrückt werden kann, haftet letzterer stets der Geruch eines Willkürakts an. Nicht ohne Grund ist der „Prinzipienethik“ daher bereits andernorts vorgehalten worden, daß „die eigentliche ethische Arbeit erst auf einer anderen Ebene geleistet wird“⁶⁰.

Einige der bisher benannten Beispiele haben schon gezeigt, daß der Patientenwille die Wahrung des Nichtschadens- bzw. des Fürsorgegebots nicht zu ersetzen vermag,⁶¹ sondern die Legitimation der Intervention um der gebotenen Anerkennung des Betroffenen als Rechtssubjekt („Person“)

⁵⁹ Abrufbar unter: www.uni-goettingen.de/de/sh/33811.html.

⁶⁰ *Rauprich*, in: ders. (o. Fn 24), S. 11, 33.

⁶¹ So jüngst auch *Schreiber*, in: *Forensische Psychiatrie* (o. Fn 31), S. 413: „Aber die grundsätzliche Ausrichtung am Wohl ... bleibt ... [und] kann auch nicht durch verschärfte Aufklärung erweitert werden“.

willen lediglich ergänzt. Die Vornahme eines kontra-indizierten Eingriffs bleibt selbst bei dahingehendem explizitem Verlangen des (aufgeklärten) Patienten unvereinbar mit den ärztlichen Pflichten, mag das geltende Recht auch Schwierigkeiten haben, die fehlende Legitimation friktionsfrei zu begründen.⁶² Allem Anschein nach besteht heute jedoch eine große Versuchung, den Gedanken der Patientenautonomie überzubetonen; der eingangs erwähnte Bericht zu den embryonalen Stammzellen mag dies veranschaulichen. Auch die In-vitro-Fertilisation ist bekanntlich mit gravierenden Belastungen und Risiken verbunden bis hin zu möglichen Langzeitfolgen, und das bei sehr bescheidenen Erfolgsaussichten in Höhe von durchschnittlich etwa 15 % der Fälle und der Gefahr von Mehrlingsschwangerschaften, die häufig einen Fetozid nach sich ziehen.⁶³ Wie hier die selbstbestimmte Entscheidung des Paares die gesamte Verantwortung tragen können soll, bleibt klärungsbedürftig, zumal noch keineswegs erwiesen ist, ob nicht der vermeintliche Zuwachs an „Selbstbestimmung“ zuweilen in einen „präventiven Zwang“ umschlagen könnte.

Um sicherzustellen, daß die Adressaten medizinischer Heileingriffe ihre Zustimmung im Zustand größtmöglicher „Autonomie“ erklären, verlangt die Rechtsordnung eine weitreichende Aufklärung der Betroffenen und erlaubt nicht-konsentiertere Eingriffe nur in Notfallsituationen, sofern es zu deren Wohl und mit deren mutmaßlichem Willen geschieht. Während das TPG daher die Lebendorganspende für Minderjährige oder Einwilligungsunfähige gänzlich sperrt (vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 1a)⁶⁴, sind in die Durchführung von Arzneimittelstudien bekanntlich beide Personengruppen einbezogen, hiervon die Gruppe der Minderjährigen – aber nur diese (!) – selbst dann, wenn damit kein direkter Nutzen für die einzelne Person verbunden ist (vgl. §§ 40 Abs. 4, 41 Abs. 2 Nr. 2 bzw. Abs. 3 AMG). Soweit hingegen die Vorsorge für das Lebensende in Form einer Patientenverfügung in Frage steht, gehen sämtliche Gesetzentwürfe⁶⁵ wie selbstverständlich davon aus, daß die Abfassung einer solchen Erklärung nur durch die jeweilige Person selbst in einwilligungsfähigem Zustand⁶⁶ erfolgen kann. Bei Fehlen oder Nichtanwendbarkeit einer Patientenverfügung soll hingegen wiederum das Wirken selbst von *gesetzlichen* Vertretern, den Betreuern (§§ 1896 ff. BGB), zulässig sein. Eine Aufklärung oder Beratung des Erklärenden vor Abfassung der Patientenverfügung sei, so der

⁶² Als „Klassiker“ kann der berühmte Zahnextraktionsfall gelten, BGH NJW 1978, 1206; zur Begründungsproblematik näher *Duttge*, in: MedR 2005, 706 ff.

⁶³ Vgl. etwa *Graumann*, in: Düwell/Steigleder (o. Fn 23), S. 246, 250 ff.

⁶⁴ Wie o. Fn 52.

⁶⁵ Zu diesen näher *Schreiber* (in diesem Band).

⁶⁶ Was allerdings nicht notwendig Volljährigkeit voraussetzt, siehe auch Beschluß VI., 5. des 66. Deutschen Juristentages 2006 (www.djt.de).

vorherrschende Zeitgeist, ebenso entbehrlich⁶⁷ wie („an sich“)⁶⁸ auch die Einhaltung einer bestimmten Form; solche Anforderungen gelten weithin als unverhältnismäßige Eingriffe in das „Selbstbestimmungsrecht“. Die Einwilligungserklärungen des AMG und des TPG sind dagegen formbedürftig (siehe § 40 Abs. 1 Nr. 3b AMG; §§ 4 Abs. 1 S. 1, 8 Abs. 2 S. 3 TPG) und setzen, ausgenommen der postmortalen Organspende, auch eine entsprechende Aufklärung zwingend voraus (vgl. §§ 40 Abs. 1 Nr. 3b, Abs. 2, Abs. 4 Nr. 3, § 41 Abs. 3 Nr. 2 AMG; § 8 Abs. 2 S. 1 TPG⁶⁹).

Es ließen sich noch viele weitere Beispiele entdecken, die stets aufs neue die Frage aufwerfen, warum das, was an der einen Stelle für notwendig und richtig erachtet wird, in anderem Sachzusammenhang entbehrlich oder falsch sein soll. Mitunter wird sogar eine (zumindest de jure) „selbstbestimmte“ Erklärung nur in eingeschränktem Umfang akzeptiert wie etwa bei der Lebendorganspende, die das geltende Recht hinsichtlich nicht regenerierungsfähiger Organe (wie v.a. Niere, Leberteile, Lungenlappen) nur zugunsten von Personen zuläßt, die dem Spender „in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestehen“ (vgl. § 8 Abs. 1 S. 2 TPG); *Hans-Ludwig-Schreiber*, der verehrte Vorgänger in Göttingen, langjährige Vorreiter des Medizinrechts und heute erfahrene Wegbegleiter, hat diese wenig überzeugende Beschränkung sehr zu Recht beanstandet.⁷⁰ Bzgl. der postmortalen Organspende wird längst für eine „solidarische Widerspruchslösung“ (nach österreichischem Vorbild) gestritten,⁷¹ was meint, daß der Wille des Verstorbenen (und im übrigen evtl. auch der Angehörigen) nur noch dann Beachtung finden könnte, wenn er rechtzeitig – eben in Form eines Widerspruchs – erklärt wurde. Beim Datenschutz finden sich dagegen teilweise wieder – jedenfalls formaliter – sehr hohe Hürden errichtet, insbesondere im AMG (vgl. § 40 Abs. 2a), während der zunehmende Einsatz der modernen Kommunikationstechnologie und die Einführung der elektronischen Gesundheitskarte gerne mit den erhofften positiven Auswirkungen auf die Qualität der

⁶⁷ Zur Kritik vgl. *Duttge u.a.*, Preis der Freiheit, 2. Aufl. 2006 sowie *ders.*, in: Zeitschrift für Palliativmedizin 6/2006, 48 ff.

⁶⁸ Daß die jüngsten Gesetzentwürfe mehrheitlich die Schriftform verlangen, dürfte wohl eher einem Streben nach politischer Konsensfindung denn einer Sachüberzeugung geschuldet sein.

⁶⁹ Nunmehr modifiziert i.d.F. des Gewebegesetzes v. 20.7.2007 (BGBl. I, 1574).

⁷⁰ Näher *Schreiber*, in: Kirste (Hrsg.), Nieren-Lebendspende, 2000, S. 33 ff.; *ders.*, in: Ritter/Paul (Hrsg.), Ethik der Lebendorganspende, 2005, S. 61, 63 f.; siehe auch *Gutmann*, Für ein neues Transplantationsgesetz, 2006, S. 3 ff.; *Schroth*, in: FS für Reinhard Böttcher, 2007, S. 535, 538 ff.

⁷¹ Siehe zuletzt die Stellungnahme des Nationalen Ethikrats v. April 2007 mit dem Vorschlag eines „Stufenmodells“, sich zusammensetzend aus einer „Erklärungsregelung“ und einer „Widerspruchslösung“ (www.ethikrat.org/stellungnahmen/stellungnahmen.html).

medizinischen Versorgung gerechtfertigt wird.⁷² – Unstimmigkeiten, wohin man auch sieht! Und es bleibt die bedrängende Frage: Wie kann das, was auf der Ebene der Prinzipien unterbestimmt ist, in der Praxis konsistent bestimmend werden?

3. Erforderlich ist – wie schon mehrfach angedeutet – ein übergreifender, verbindender (damit notwendig einheitlicher) und dennoch ausdifferenzierungsfähiger Beurteilungsmaßstab, der die nötigen Kriterien und deren Wertigkeiten ausweist, damit die Relevanz der „Prinzipien“ (bzw. Unterprinzipien) für den jeweiligen Konfliktfall einsichtig und akzeptierbar wird. Der „Prinzipienethik“ fehlt also – wie *Clouser* und *Gert* zu Recht betont haben – die nötige „systematische Einheit“, aus der erst Geltungsanspruch wie handlungsanleitende Kraft hervorgehen können: „Da es keine »Moraltheorie«⁷³ gibt, gibt es weder eine einheitliche Anleitung zum Handeln, die klare, stimmige, umfassende und spezifische Verhaltensregeln hervorbringt, noch irgendeine Rechtfertigung für solche Regeln“⁷⁴. Mit anderen Worten bleibt das Verfahren der Konkretisierung intuitiv-eklektizistisch und damit willkürlich-irrational, solange die Prinzipien keinem verbindenden Theorie-„Dach“ unterstellt werden. Gegen eine rein kasuistische Ethik⁷⁵, wie sie insbesondere von *Jonsen* und *Toulmin* vertreten wird,⁷⁶ hat *Beauchamp* selbst ins Feld geführt, daß konstruktiv von Fall zu Fall nur voranschreiten kann, wer bereits über eine moralisch relevante Theorie verfügt, welche die Fälle verbindet.⁷⁷ Dieser Vorhalt trifft jedoch auch die Prinzipienethik in ihren Grundfesten, weil sie noch immer viel zu schwach strukturiert ist, um das erklärte Ziel erreichen zu können: „ein bißchen Ordnung ... in die Diskussion zu bringen“⁷⁸. Um es in Anlehnung an ein von *Norman Daniels*⁷⁹ gezeichnetes Bild zu veran-

⁷² In diesem Sinne etwa *Zipperer*, RPG 2005, 31 ff.; differenzierter dagegen die „Einbecker Empfehlungen“ der Deutschen Gesellschaft für Medizinrecht, abgedr. in: MedR 1999, 557 f.; weiterführend *Berg*, MedR 2004, 411 ff.

⁷³ Zur Vermeidung von Mißverständnissen sollte man allerdings von einer „Moraltheorie“ besser nicht sprechen, dazu sogleich im Text.

⁷⁴ *Clouser/Gert*, in: Rauprich (o. Fn 24), S. 88, 98 f.: Es bedarf eine übergreifenden Theorie, „um all die Überlegungen zu vereinen, die durch die Prinzipien aufgeworfen werden“; siehe auch *Rauprich*, in: ders. (o. Fn 24), S. 226, 233: „Ethik ohne feste Ordnung“.

⁷⁵ In welcher „die moralische Autorität von entschiedenen paradigmatischen Fällen und Maximen ausgeht], wobei es jedoch keine festen Regeln oder Prinzipien gibt, weil die jeweiligen Umstände mit ihren Besonderheiten die Art und Weise verändern, in der die Fälle behandelt und entschieden werden“ (*Beauchamp*, in: Rauprich [o. Fn 24], S. 48, 58).

⁷⁶ Insb. *Jonsen*, in: *Theoretical Medicine* 1986, 65 ff.; 1991, 295 ff.; in: *Kennedy Institute of Ethics Journal* 1995, 237 ff.; *Jonsen/Toulmin*, *The Abuse of Casuistry*, 1988.

⁷⁷ *Beauchamp*, in: Rauprich (o. Fn 24), S. 48, 62 f.: „Paradigmatische Fälle werden zu Paradigmen, weil man sich zuvor zentralen Werten (und vielleicht Theorien) verschrieben hat, die von einem Fall zum nächsten erhalten bleibt“.

⁷⁸ So noch *Beauchamp/Childress* in der Erstauflage ihrer „Principles“ (1979), S. VII.

⁷⁹ In: Rauprich (o. Fn 24), S. 340, 341.

schaulichen: Die topographische Karte der medizinethischen Landschaft zeigt zum einen die „Tiefländer“, die „Kasuisten“, die den hohen Plätzen mißtrauen und lieber „das Gefühl jedes Grashalms zwischen ihren nackten Zehen mögen“; die „Streitkräfte der Prinzipienethiker“ hingegen „besetzen das Mittlere Königreich, eine Anzahl befestigter Hügel“. Ihr „Herrschaftsbereich“ beschränkt sich allerdings notwendig auf jenes Gebiet, das ihnen zu Füßen liegt. Ihrem ungehinderten Machtanspruch kann nur entgegentreten, wer die „Hochebene“ besetzt, ohne damit gleich den Anspruch über-irdischer Herrschaftsquellen zu verbinden.

Damit das begonnene Werk vollendet werden kann, muß daher mitnichten die höchste Metaebene einer „ethischen Supertheorie“^{79a} erklimmen werden, um mit dem Licht des dort (vermeintlich) gefundenen „absoluten“ Standpunkts sodann wieder in die Niederungen der medizinethischen und -rechtlichen Probleme herabzusteigen. Ich teile die Skepsis der amerikanischen Pragmatiker gegenüber einem solchen „Fundamentismus“⁸⁰, weil schlechterdings nicht zu übersehen ist, daß bei der Lösung konkreter Konfliktfälle etwa utilitaristisch geprägte Argumente zumeist ebenso wie deontologische Gesichtspunkte eine Rolle spielen (können).⁸¹ Voreilig ist jedoch, hieraus auf die Unausweichlichkeit jedweder Abstinenz von Theorie zu schließen. Wie bereits *Schöne-Seifert* herausgestellt hat: „Hinter der Kontroverse »Theorie contra Prinzipien« deckungsgleich die Kontroverse »Fundamentismus contra Kohärenzismus« auszumachen, wie Beauchamp/Childress das offenbar tun, ist mir eine unzulässige Vereinfachung der Problematik. (...) Auch wer den moralischen Fundamentismus und damit ein rein deduktives Anwendungsmodell moralischen Wissens ablehnt, kann sehr wohl das ... Entwickeln einer vereinheitlichten Theorie für möglich und erforderlich halten.“⁸²

Wie läßt sich das näher vorstellen? In groben Federstrichen: Den Prinzipien vorgeordnet, jedoch weit unterhalb der Fundamentaltheorien müssen die „fallrelevanten Dimensionen“⁸³ systematisierend herausgearbeitet werden, die sich daran erkennen lassen, daß Veränderungen in dieser Hinsicht potentiell Auswirkungen auf das Urteil vernünftiger Personen haben. Bei der Erörterung einiger Beispiele sind vorstehend bereits Unterscheidungen etwa nach der Art eines Nutzens und die Frage einer absoluten Schadensgrenze sichtbar geworden. In der Verhaltensmodalität – aktives Tun oder Unterlassen –, in der Willensrichtung des Handelnden, im Bestehen eines interpersonellen Bandes (mit daraus resultieren-

^{79a} *Quante/Vieth*, in: Düwell/Steigleder (o. Fn 23), S. 136, 147.

⁸⁰ *Vieth*, in: Rauprich (o. Fn 24), S. 163, 167 m. Fn 6.

⁸¹ Zu Recht betont von *Wiesing*, in: Rauprich (o. Fn 24), S. 74, 82 f.

⁸² *Schöne-Seifert*, in: Nida-Rümelin (o. Fn 23), S. 564.

⁸³ Der Begriff entstammt (jedenfalls auch) der rechtstheoretischen Analyse juristischer Begriffsbildung, genauer: der Konzeption des „Typus-Begriffs“, dazu näher *Duttge*, in: *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Bd. 11 (2003), S. 103 ff.

den besonderen Verantwortlichkeiten)⁸⁴, in der Frage nach Alternativen und milderem Mitteln oder im Aspekt der Mitverantwortung des Betroffenen könnten weitere, gewiß noch keineswegs abschließend benannte Kriterien zu entdecken sein. Diese im einzelnen herauszuarbeiten und in ihrer Relevanz in den jeweiligen Kontexten systematisch zu erfassen, ist eine Aufgabe, die in Angriff zu nehmen im wesentlichen noch bevorsteht. Erst hierdurch wird ein *strukturiertes* dialektisches Vorgehen jenseits rein deduktiver (*top-down*) oder rein induktiver (*bottom-up*) Betrachtungs- und Vorgehensweisen entsprechend der Idee der „hermeneutischen Spirale“⁸⁵ ermöglicht, d.h. ein fortlaufendes schöpferisches In-Beziehung-Setzen von „Umständen“ bzw. Topoi aus den verschiedensten Kontexten zu ihrem jeweiligen Wertbezug auf der Prinzipienebene wie vor allem auch zueinander zwecks Herausbildung von Regeln, die widerspruchsfrei nebeneinander bestehen können. Das am Ende des Horizonts erhoffte Ziel läge in der – zugegeben idealistischen – Vorstellung, einst eine fein ausdifferenzierte Struktur von Regeln und Topoi zu gewinnen, mit deren Hilfe es besser gelänge, bisher unbekannte Problemkonstellationen in ihrer normativen Dimension zu erfassen und diskursiv-rational jenseits willkürlich-autoritärer (und zumeist höchst unbeständiger) Dekrete⁸⁶ einer abgewogenen Beurteilung zuzuführen.

Es ist unschwer zu erkennen, daß es hierfür einer großen und gemeinsamen Anstrengung bedarf, um letztlich ein der Lebenswelt angemessenes differenziertes „Merkmalsprofil“⁸⁷ ärztlicher Heilkunst in ihren verschiedensten Erscheinungsformen und Wertdimensionen systematisch zu entwickeln, auf dem Weg zu überzeugend begründeten und daher akzeptierbaren Grenzl意思ines auf dem Boden größtmöglicher Rechtssicherheit gleichwohl in Freiheit ausgeübten „Dienstes am Menschen“. Das Unternehmen kann nur gelingen durch Bündelung allen Sachverstands, auf normativem wie auf naturwissenschaftlichem Gebiet. Der interdisziplinäre Dialog ist deshalb heute dringlicher denn je, vor allem zwischen Rechtswissenschaft und Medizin (in ihren je verschiedenen Spezialgebiete-

⁸⁴ Wie sie insbesondere die sog. „*ethics of care*“ zu erfassen sucht, dazu näher *Biller-Adorno*, Gerechtigkeit und Fürsorge. Zur Möglichkeit einer integrativen Medizinethik, 2001; *Wiesemann*, in: Düwell/Neumann (Hrsg.), Wie viel Ethik verträgt die Medizin?, 2005, S. 277 ff.

⁸⁵ Rechtstheoretisch: *Hassemer*, Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik, 1968, S. 104 ff.; *Arthur Kaufmann*, Das Verfahren der Rechtsgewinnung, 1999, S. 62 ff. m.w.N. – philosophisch: *Gadamer*, in: Schönherr-Mann (Hrsg.), Hermeneutik als Ethik, 2004, S. 33 ff.

⁸⁶ Wozu ich nicht zuletzt auch „Insel“-Entscheidungen des Gesetzgebers zähle, wie sie derzeit zur Regelung der Patientenverfügung wieder in Aussicht steht. Zur „Verrechtlichung“ im modernen Gesetzesstaat schreibt *Laufs*: Sie verheißt „keineswegs eine wohlbe gründete, verlässliche, dauerhafte Ordnung, eher die Überflutung mit unbeständigen Vorschriften ohne Konsistenz und überzeugendes Fundament“ (Festvortrag anlässlich der Eröffnung des 83. Deutschen Röntgenkongresses am 8.5.2002).

⁸⁷ Wie o. Fn 83.

ten), aber auch unter Einbeziehung von Philosophie und Theologie, von Psychologie, Soziologie und Ökonomie. Das gemeinsame Bemühen muß nicht zuletzt der Suche nach einem zeitgemäßen Verständnis jener besonderen Teleologie gelten, die sich mit dem Anrufen der auch heute noch einzigartigen Identifikationsfigur heilkundlichen Wirkens der Sache nach verbindet – und die hoffentlich auch in Zukunft weit jenseits der bloßen Erfüllung individueller Lebenswünsche und/oder gesamtgesellschaftlicher Erwartungen liegen wird. In letztgenannter Hinsicht lassen sich als Grundprobleme der modernen Medizin schon heute insbesondere die zunehmenden ökonomischen Bedrängnisse, mithin die Frage der impliziten oder künftig expliziten Rationierung, sowie die Bedrohung der Patientenautonomie durch „Forscherdrang und medizinische Expertenkultur“⁸⁸ ausmachen. Zu besorgen ist der Umschlag in eine „neopaternalistische“⁸⁹ „Zuteilungsmedizin“⁹⁰, die den einzelnen Patienten gänzlich aus dem Blick zu verlieren droht, zugleich aber auch der Verlust eines Selbstverständnisses und Selbstbildes vom „guten Arzt“, wenn sich der einzelne Mediziner immer mehr als hilfloser Akteur im bürokratisierten System der Gesundheitsversorgung tief verunsichert erlebt.⁹¹

III. Unverfügbares im Wandel

Welche Entwicklungen darüber hinaus die Sorge vor einem Zusammenbruch des überlieferten, vom christlichen Wertesystem geprägten Arztbildes angesichts des „Aufschwungs der Bio- und Hochleistungsmedizin im verarmenden Sozialstaat“ begründen, hat der „Altmeister“ des Medizinrechts *Adolfs Laufs* erst in jüngerer Vergangenheit noch einmal in einem eindrucksvollen Gemälde gezeichnet.⁹² Zu Recht findet sich dies jedoch verbunden mit dem Appell, „unsere Hoffnung auf das richtige Maß der Fortschritte und unser Bemühen darum“ nicht fahren zu lassen.⁹³ In schwierigen Zeiten gewinnt um so mehr die Konzentration auf den Wesenskern Gewicht,⁹⁴ der für den „guten Arzt“ unbestreitbar in seinem

⁸⁸ *Anselm*, in: Zeitschrift für medizinische Ethik 1999, 91.

⁸⁹ Zu dahingehenden Tendenzen siehe die Beiträge im gleichnamigen Band, hrsg. von *Feuerstein/Kublmann*, 1999.

⁹⁰ *Hoppe*, in: DÄBl 2005, A-2137 ff. – ebenso jüngst der Paderborner Bischof *Hans-Josef Becker*, berichtet in: Katholische Nachrichten-Agentur v. 29.7.2007.

⁹¹ Instrukтив *Geisler*, Der gute Arzt: Auf der Suche nach einem verlorenen Ideal?, Vortrag v. 24.3.2004 (www.linus-geisler.de/vortraege/0403guter_arzt.html).

⁹² *Laufs*, Arzt zwischen Heilkunst, Forschung und Dienstleistung, in: Thomas (o. Fn 13), S. 77 ff.

⁹³ Ebd., S. 96.

⁹⁴ *Dörner* plädiert eindrucksvoll für eine „Reduktion auf das Kerngeschäft“ (in: Das Gesundheitsdilemma, 2004, S. 95 passim), wobei allerdings sorgfältig acht gegeben werden muß, was künftig nicht mehr zur „Heilbehandlung“ gezählt wird.

Heilauftrag liegt: „Moralisches Gravitationszentrum“ ist dabei – so *Pellegrino* – „der Akt des Bekenntnisses zum Beruf, die öffentliche und private Erklärung hinreichenden Fachwissens“, was erst die Grundlage des *fraglos* entgegengebrachten Vertrauens darstellt; der Bezugsgegenstand des „Bekenntnisses“, das medizinisch „Gute“, zeigt sich sodann darin, „was der Patient braucht und unmittelbar sucht: Hilfe, Zuwendung, Pflege, Heilbehandlung“ – wobei das „Heilen“ technisch und moralisch auf die *condition humaine* gerichtet ist: biologisch, personal und spirituell.⁹⁵ Es ist also nicht weniger als das humanistische Erbe, das es im Zeitalter der biotechnologischen Herausforderung zu bewahren gilt: im medizinischen Kontext also die Begründung und Wahrung eines spezifischen Vertrauensverhältnisses, resultierend aus einer dem Arzt als Arzt wie selbstverständlich zukommenden Glaubwürdigkeit. Diese darf nicht untergraben werden, weil die hilfesuchenden Patienten letztlich „zu Vertrauen verurteilt“ sind.⁹⁶ Und was ist dabei die Funktion des Rechts? Mit den treffenden Worten *Hans-Ludwig Schreibers*: nicht die einer „verbindlichen Sinninstanz, die dem Menschen sagen könnte, was er zu tun hat“ – wohl aber die einer „notwendigen Basis für menschliches Leben“, um die unverzichtbaren „Bedingungen der Möglichkeit von Leben, Freiheit und Kultur“ zu erhalten.⁹⁷

⁹⁵ *Pellegrino*, Bekenntnis zum Arztberuf – und was moralisch daraus folgt (eine tugendorientierte Moralphilosophie des Berufs), in: Thomas (o. Fn 13), S. 17 ff., insbes. S. 27 ff., 54.

⁹⁶ Treffend *Dörner* (o. Fn 94), S. 176.

⁹⁷ *Schreiber*, in: Elsner/Schreiber (Hrsg.), Was ist der Mensch?, 2002, S. 231, 246.

Selbstbestimmung am Lebensende

Zu den Möglichkeiten und Grenzen privatautonomer
Vorsorge de lege lata et ferenda

Prof. Dr. Thomas Wagenitz

*Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg**

I. Einführung

Jeder wünscht sich, ein hohes Alter in geistiger Frische zu erreichen, seine letzten Lebensjahre in der gewohnten Umgebung zu verbringen und zu guter Letzt ohne Leiden in Würde sterben zu können. Dieses Ideal zu erreichen ist leider nicht jedem vergönnt. Viele von uns wissen – sei es aus eigenem Erleben im Verwandtenkreis, sei es aus Bildern im Fernsehen – wie es um Menschen bestellt ist, deren Vitalfunktionen nur noch über Apparate einer hochtechnisierten Medizin aufrechterhalten werden, oder die mithilfe einer – auch langfristig möglichen – künstlichen Ernährung an einem Leben festgehalten werden, von dem Körper, Geist und Seele bereits abgelassen haben. Auf solche Eindrücke reagieren Men-

* Der Verf. ist Richter am Bundesgerichtshof. Der Beitrag gibt seine persönliche Auffassung wieder. Die Vortragsform wurde beibehalten.

schen nicht selten mit dem Wunsch: „So möchte *ich nicht* sterben“ oder „Ich möchte nicht, daß mein Leben unnötig verlängert wird“. Und sie wollen dies für die Zukunft verbindlich festlegen, solange sie dazu noch rechtlich in der Lage sind. Das Recht bietet ihnen diese Chance, indem es ihnen die Möglichkeit eröffnet, rechtzeitig sog. Vorsorgeverfügungen zu treffen.

II. Was sind Vorsorgeverfügungen?

Vorsorgeverfügungen sind rechtliche Anordnungen, die erst im Falle einer künftigen, bislang nur gedachten eigenen Entscheidungsunfähigkeit Wirkungen entfalten sollen. Der einzelne trifft diese Anordnungen schon jetzt, um für den Fall künftiger Entscheidungsunfähigkeit – also für einen Zeitpunkt, in dem es für eigene aktuelle Regelungen zu spät ist – vorzusorgen. D.h.: Er will sicherstellen, *von wem* und *wie* für ihn gehandelt werden soll.

So verstanden haben Vorsorgeverfügungen eine doppelte Funktion: Sie erstrecken die Autonomie des einzelnen – sein Recht auf Selbstbestimmung – über die Zeit seiner rechtlichen Handlungsfähigkeit hinaus: Auch im Zustand der Hilflosigkeit bleiben die Wünsche und Vorstellungen des Betroffenen für die späteren Entscheidungen anderer – also der Ärzte, der Betreuer, der Bevollmächtigten – verbindlich. Und sie schaffen größere Sicherheit für diejenigen, die bei Hilflosigkeit anstelle des Betroffenen für ihn entscheiden müssen.

Solche Vorsorgeverfügungen beschränken sich nicht darauf, medizinische Wünsche für das Ende des Lebens zu fixieren. Sie können und sollen weitaus mehr leisten als nur die Frage beantworten, ob und wann die lebenserhaltenden medizinischen Geräte abgeschaltet werden. Sie regeln auch, wer diese Entscheidung treffen soll und – nicht minder wichtig – in welcher Weise und von wem die übrigen Lebensverhältnisse des Betroffenen bis zu diesem Zeitpunkt X gestaltet werden sollen. Damit öffnet sich die Vorsorgeverfügung der vollen Bandbreite persönlicher Entscheidungen: Das Spektrum reicht von der sog. Vermögenssorge bis hin zu den unterschiedlichsten Angelegenheiten der Personensorge.

III. Der gesetzliche Regelfall: Die Betreuung

Die Frage, ob man solche rechtlichen Vorsorgemaßnahmen ergreifen sollte, beantwortet sich am besten, wenn man zunächst eine Kontrollfrage stellt, nämlich: Was passiert, wenn man nichts unternimmt, insbesondere also keine Vorsorgeverfügung trifft?

1. Betreuungsbedürfnis

Dieser Fall ist im Gesetz klar geregelt. Jeder Mensch ist Rechtssubjekt; er muß deshalb grundsätzlich in der Lage sein, rechtlich zu handeln. Ist ihm diese rechtliche Handlungsfähigkeit – etwa aufgrund von Behinderung oder Demenz – abhanden gekommen, muß ein anderer gefunden werden, der für ihn handelt. Früher wurde der Hilfsbedürftige in solchen Fällen entmündigt und ein Vormund bestellt. Heute erhält ein Volljähriger, der seine Angelegenheiten (wie das Gesetz es formuliert:) „aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung“ nicht mehr selbst zu regeln vermag, einen Betreuer.¹ Der Betreuer soll nicht – wie sein Name es vielleicht vermuten läßt – dem Hilfsbedürftigen Zuwendung und tatsächliche Hilfsleistungen erbringen. Seine Aufgabe ist die Vertretung des Betroffenen im Rechtsverkehr.² Der Betreuer ist gesetzlicher Vertreter des Betroffenen; nur für diese Aufgabe ist er bestellt.³

2. Erforderlichkeit der Betreuung, Aufgabenkreise

Eine Betreuerbestellung kommt nur in Betracht, wenn und soweit sie *erforderlich* ist.⁴ Daran fehlt es, wenn anderweitige rechtliche Hilfen zur Verfügung stehen, insbesondere wenn der Betroffene zu einer Zeit, als er noch selbst rechtlich agieren konnte, einen Bevollmächtigten bestellt hat, der jetzt für ihn rechtlich handeln kann.⁵ Im übrigen wird dem Erforderlichkeitsprinzip dadurch Rechnung getragen, daß der Aufgabenkreis des Betreuers vom VormG strikt nach dem Bedarf bestimmt und deshalb möglichst eng begrenzt wird.⁶

3. Auswahl und Vergütung des Betreuers

Wer wird zum Betreuer bestellt? Das Gesetz empfiehlt, auf die verwandtschaftlichen und persönlichen Bindungen des Betroffenen Bedacht zu nehmen, aber auch die Gefahr von Interessenkonflikten zu berücksichtigen.⁷ Das Gesetz legt also die Bestellung von Eltern, Kindern oder Ehegatten einerseits nahe, rät aber andererseits gerade hier zu Vorsicht. Außenstehende Betreuer können als ehrenamtliche Betreuer tätig sein; sie

¹ § 1896 Abs. 1 S. 1 BGB.

² Vgl. die Überschrift vor § 1896 „Titel 2. Rechtliche Betreuung“; Zur Bedeutung Wagenitz/Engers, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)1998, 1272.

³ Zum Verfahren der Bestellung vgl. §§ 35, 65 ff. FGG.

⁴ Zu diesem Grundsatz ausführlich Schwab, in: Münchener Kommentar zum BGB (MünchKomm), 4. Aufl. § 1896 BGB Rn. 2, 38 ff.

⁵ § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB.

⁶ § 1896 Abs. 2 S. 1 BGB.

⁷ § 1897 Abs. 5 BGB.

werden vielfach aber auch als berufsmäßig tätige Betreuer agieren.⁸ Ehrenamtlich tätige Betreuer arbeiten für Gotteslohn und erhalten nur eine Aufwandsentschädigung;⁹ außerhalb des Familienkreises gibt es ihrer nur wenige. Berufsbetreuer gibt es dagegen viele – was sich vielleicht auch daraus erklärt, daß dieser Beruf kein klar fixiertes Anforderungsprofil kennt und deshalb manchem Absolventen einer sicher schönen, zum Broterwerb aber weniger tauglichen Ausbildung ein brauchbares Auskommen verschaffen kann.

Die Vergütung des Berufsbetreuers wird aus dem Vermögen des Betreuten bestritten; bei Mittellosigkeit des Betreuten muß die Staatskasse für das Salär des Berufsbetreuers aufkommen.¹⁰ Ein Großteil der Bemühungen, die der Gesetzgeber in den letzten Jahren auf das Betreuungsrecht verwandt hat, war der Frage gewidmet, wie man die Honorarforderungen der Berufsbetreuer kontrollieren und die mit der Berufsbetreuung von Mittellosen einhergehende enorme Kostenlast im Interesse der Staatsfinanzen angemessen begrenzen kann.¹¹ Am besten gelingt dies, indem man Betreuungen vermeidet. Der Gesetzgeber bringt deshalb Vorsorgeverfügungen besonderes Interesse, ja Wohlwollen, entgegen.¹²

4. Bindung an den Willen des Betreuten, auch an den mutmaßlichen Willen

Als gesetzlicher Vertreter des Betroffenen ist der Betreuer in seinen Entscheidungen frei; Dritte – etwa Angehörige, Vertragspartner, Ärzte – können ihm also über das „Wie“ seiner Amtsführung keine Vorschriften machen.¹³ Im Innenverhältnis zum Betroffenen ist er freilich an die Wünsche des Betroffenen gebunden, soweit sie dessen Wohl nicht entgegenstehen.¹⁴ Ist der Betroffene – wie zumeist – zu einer eigenen Willensbildung oder

⁸ Zur Berufsmäßigkeit vgl. § 1908i Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 1836 Abs. 1 Satz 2, 3 BGB i.V.m. mit §§ 1, 4 Abs. 3 S. 2 des Vormünder- und Betreuervergütungsgesetzes (VBVG) i.d.F. der Bekanntmachung durch das 2. BtÄndG vom 21. April 2005 (BGBl. I S. 1073); Vgl. auch Wagenitz, in: Münchener Kommentar zum BGB (MünchKomm), 4. Aufl. § 1836 BGB Rn. 6 ff.

⁹ § 1908i Abs. 1 Satz 1 i.V.m. §§ 1835, 1835a, 1836 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB; zum System des Vergütungsrechts vgl. MünchKomm/Wagenitz (Fn. 8), Vor § 1835 BGB Rn. 6ff, 23; zur Vergütung des ehrenamtlich tätigen Betreuers MünchKomm/Wagenitz (Fn. 8), § 1836 BGB Rn. 62 ff.

¹⁰ § 1908i Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 1836 Abs. 1 Satz 2, 3 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Satz 2 VBVG (Fn. 8); zum Ganzen MünchKomm/Wagenitz (Fn. 8), § 1836 BGB Rn. 6 ff., § 1836a Rn. 2 ff; zu den Änderungen durch das 2. BtÄndG vgl. etwa: Fröschle, Betreuungsrecht, 2005, Rn. 216 ff.; Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 2005, Rn. 18 ff.

¹¹ 1. BtÄndG vom 25. Juni 1998 (BGBl. I 1580); dazu Wagenitz/Engers (Fn. 2), 1274 ff; 2. BtÄndG (Fn. 8); dazu Fröschle (Fn. 10), Rn. 216 ff; Müller/Renner (Fn. 10), Rn. 18 ff.

¹² Vgl. dazu Fröschle (Fn. 10), Rn. 12 ff.; Müller/Renner (Fn. 10), Rn. 25 ff.

¹³ MünchKomm/Schwab (Fn. 4), § 1901 BGB Rn. 19 f.

¹⁴ § 1901 Abs. 2, 3 BGB; dazu MünchKomm/Schwab (Fn. 4), § 1901 BGB Rn. 9 ff.

Willensbekundung nicht mehr in der Lage, hat sich der Betreuer bei seinen Entscheidungen am *mutmaßlichen* Willen des Betroffenen auszurichten.¹⁵ Wie wenig faßbar diese Richtschnur ist, wird namentlich im Bereich der Gesundheitsfürsorge – und hier vor allem im Grenzbereich von Leben und Sterben – deutlich:

Der mutmaßliche Wille ist hier – jedenfalls in einem ersten Schritt – der individuelle mutmaßliche Wille des unter Betreuung stehenden Patienten; zu beantworten ist also die Frage, ob der konkrete Patient, könnte er einen aktuellen Willen bilden, sich in der konkreten Situation – nach seiner Religion, seiner Weltanschauung, seinen ihn prägenden Lebensumständen – für oder gegen die in Frage stehende ärztliche Maßnahme entscheiden würde.¹⁶ Der Schwachpunkt liegt auf der Hand: Ein solcher individuell-mutmaßlicher Wille wird sich häufig nicht ermitteln lassen. Aus diesem Dilemma gibt es drei mögliche Auswege: Die eine Meinung rekurriert auf den objektiv mutmaßlichen Willen des Patienten, d.h. auf die Frage, wie sich ein gedachter vernünftiger Patient (und das ist im Zweifel immer der Beurteiler selbst – in praxi also der Betreuer oder im Eilfall der Arzt) entscheiden würde.¹⁷ Die zweite Auffassung – die auch beim BGH im sog. Kemptener Urteil von 1994 anklingt¹⁸ – sucht Zuflucht bei allgemeinen Wertvorstellungen, über deren Herleitung und Verbindlichkeit man dann trefflich rechten kann; denn auch hier ist die Versuchung jedes Beurteilers groß, den eigenen Überzeugungen Allgemeingültigkeit zu attestieren. Die dritte Auffassung schließlich argumentiert scheinbar nur juristisch, indem sie aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ein Regel-Ausnahme-Verhältnis ableitet. Damit werden, wie das kontroverse Ergebnis zeigt, die persönlichen Wertungen des Beurteilers aber wohl nur verdeckt: Während die einen – gern unter Berufung auf die Verfassung – mit dem Schlagwort „in dubio pro vita“ für den non-liquet-Fall lebensverlängernde Maßnahmen einfordern,¹⁹ argumentieren die anderen mit dem Charakter solcher Maßnahmen als einem Eingriff in die körperliche Unversehrtheit. Ein solcher Eingriff bedürfe einer zumindest individuell mutmaßlichen Einwilligung und müsse folglich unterbleiben, wenn ein solcher individuell mutmaßlicher Wille nicht feststellbar sei.²⁰

¹⁵ BGHZ (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen) 154, 205, 217 = FamRZ 2003, 748, 752.

¹⁶ BGHZ 154, 205, 217 = FamRZ 2003, 748, 752.

¹⁷ Lipp, in: May/Geißendörfer/Simon/Strätling (Hg.), Passive Sterbehilfe: besteht gesetzlicher Regelungsbedarf?, 2002, 37, 48 f.; in diese Richtung auch Taupitz, Verhandlungen des 43. DJT 2000, Gutachten A 41: „objektive Interessenabwägung mit subjektivem Korrekturvorbehalt“.

¹⁸ BGHSt (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen) 40, 257 = Neue juristische Wochenschrift (NJW) 1995, 204.

¹⁹ Vgl. etwa Höfling/Rixen, Juristenzeitung (JZ) 2003, 884, 894.

²⁰ Vgl. etwa Schneider, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2003, vor §§ 211 ff. StGB Rn. 121.

IV. Vorsorge

Betreuung ist immer Fremdbestimmung und von daher gefährlich. Diese Gefahren lassen sich begrenzen, wenn man Vorsorge trifft, indem man vorausschauend bestimmt, von wem und wie für einen gehandelt werden soll, falls man in einer künftigen Situation zu eigenem Handeln nicht mehr in der Lage ist. Vorsorgeverfügungen können rein personenbezogene oder inhaltliche Verfügungen (oder auch beides in einem) sein.

1. Personale Vorsorge, insbes. Vorsorgevollmacht

Personenbezogene Vorsorgeverfügungen regeln, *wer* anstelle der Person, die zur eigenen rechtlichen Aktion nicht mehr in der Lage ist, handeln soll. Dies ist auf zweierlei Weise möglich: Durch eine Betreuungsverfügung oder durch eine Vorsorgevollmacht. Die Betreuungsverfügung legt fest, wer für den Fall, daß eine Betreuerbestellung erforderlich wird, zum Betreuer bestellt werden soll. Das VormG ist an diese Festlegung grundsätzlich gebunden.²¹ Die Bestellung eines Betreuers ist nicht erforderlich und damit unzulässig, wenn die rechtliche Handlungsfähigkeit des Hilfsbedürftigen bereits anderweitig sichergestellt ist, weil er nämlich rechtzeitig eine Vorsorgevollmacht erteilt hat.²²

a) Eine Vorsorgevollmacht kann auf bestimmte Aufgabenbereiche beschränkt oder auf sämtliche Lebensbereiche ausgedehnt werden. Sie ist – wie jede andere Vollmacht auch – grundsätzlich formfrei, in praxi aber nur verkehrsfähig, wenn sie schriftlich, oder – besser – notariell erteilt wird.²³

b) Eine Vollmacht gilt, sobald sie erteilt ist. Bei der Vorsorgevollmacht möchte der Vollmachtgeber diesen Zeitpunkt hinausschieben: Der Bevollmächtigte soll für ihn erst rechtlich handeln können, wenn er selbst dazu nicht mehr in der Lage ist. Am einfachsten erreicht der Vollmachtgeber dieses Ziel, wenn er die Vollmacht in seiner Verwahrung beläßt, sie jedoch – unter Angabe des Verwahrungsortes – beim Zentralen Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer registrieren läßt.²⁴ Der Vollmachtgeber kann die Vollmacht aber auch dem Bevollmächtigten sofort übergeben, ihre Wirksamkeit im Außenverhältnis aber an objektive Voraussetzungen binden, aus denen sich die eigene Handlungsunfähigkeit des Vollmachtgebers ergibt – also etwa an die Vorlage eines ärztlichen Attests. Auf solche Wirksamkeitsbedingungen wird sich der Rechtsverkehr

²¹ § 1897 Abs. 4 S. 1 BGB.

²² § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB; vgl. MünchKomm/Schwab (Fn. 4), Rn. 47 ff.

²³ Vgl. auch § 1904 Abs. 2 S. 2, § 1906 Abs. 5 S. 1 BGB, § 29 GBO.

²⁴ § 20a BeurkG, §§ 78a bis 78c BNotO; vgl. Müller/Renner (Fn.10), Rn. 30, 480 ff.

indes vielfach nicht einlassen.²⁵ Bei notariellen Vorsorgevollmachten ergibt sich die weitere Möglichkeit, die Vollmacht sofort gelten zu lassen, den Notar jedoch anzuweisen, eine Ausfertigung der Vollmacht erst zu erteilen, wenn ihm das Vorliegen des Vorsorgefalls durch ein ärztliches Attest nachgewiesen wird.²⁶

c) Anders als der Betreuer unterliegt der Vorsorgebevollmächtigte nicht der Aufsicht des Vormundschaftsgerichts. Er ist also dem VormG weder berichts- noch rechenschaftspflichtig; ebenso kann ihm das VormG keine Weisungen erteilen. Darin liegt eine nicht unerhebliche Gefahr: Im Normalfall wird der Bevollmächtigte vom Vollmachtgeber kontrolliert, der die Vollmacht jederzeit widerrufen kann. Die Dramatik der Vorsorgevollmacht besteht nun aber gerade darin, daß der Vollmachtgeber dann, wenn die Vollmacht praktisch werden soll, rechtlich nicht mehr handlungsfähig ist, ihm also eine Kontrolle nicht mehr möglich und ein Widerruf faktisch, bei Geschäftsunfähigkeit auch rechtlich, verwehrt ist. In begründeten Fällen kann deshalb ein sogenannter Kontrollbetreuer bestellt werden, der den Bevollmächtigten zu überwachen hat²⁷ und im Notfall dessen Vollmacht widerrufen kann.²⁸

2. Inhaltliche Vorsorge, insbes. Patientenverfügungen

Rechtliche Vorsorge trifft man nicht nur dadurch, daß man regelt, *wer* für einen als Betreuer oder Vorsorgebevollmächtigter handelt, wenn man selbst zu solchem Handeln nicht mehr in der Lage ist. Nicht minder wichtig ist es, für den Vorsorgefall vorausschauend festzulegen, *wie* der Betreuer oder Vorsorgebevollmächtigte die Angelegenheiten des Betreuten oder Vollmachtgebers wahrnehmen soll. Das geltende Recht hält auch für solche Anweisungen – also für die *inhaltlichen* Vorsorgeverfügungen – einen rechtlichen Rahmen bereit.

Er findet sich für den Betreuer in § 1901 BGB; danach hat sich der Betreuer (wie schon erwähnt) grundsätzlich an den Wünschen des Betreuten zu orientieren. Solche Wünsche sind nicht nur aktuelle Willensäußerungen; grundsätzlich bindend sind vielmehr auch Wünsche, die der Betreute früher – in geistiger Klarheit – für den Fall einer späteren Willensunfähigkeit geäußert hat. Zwar muß der Betreuer nach § 1901 BGB auch das Wohl des Betreuten im Auge haben; dieses Wohl ist jedoch nicht rein objektiv zu verstehen (also im Sinn dessen, was der Betreuer für angemessen und vernünftig hält); das Wohl des Betroffenen ist vielmehr auch

²⁵ Müller/Renner (Fn. 10), Rn. 216 ff.

²⁶ Müller/Renner (Fn. 10), Rn. 220 ff.

²⁷ Deshalb auch „Vollmachtsüberwachungsbetreuer“ genannt; vgl. § 1896 Abs. 3 BGB.

²⁸ MünchKomm/Schwab (Fn. 4), § 1896 BGB Rn. 238.

subjektiv zu interpretieren und insoweit seinerseits von den Wünschen des Betroffenen mitbestimmt.²⁹

Für den Bevollmächtigten gilt nichts anderes. Was im Außenverhältnis eine Vollmacht ist, stellt sich im Innenverhältnis als ein Auftrag des Vollmachtgebers an den Bevollmächtigten dar. Und natürlich hat der Auftragnehmer nach allgemeinem Schuldrecht das zu tun, was der Auftraggeber – im Rahmen des übernommenen Auftrags – von ihm verlangt.

Die *Regelungsmaterien* inhaltlicher Vorsorgeverfügungen sind vielgestaltig: An die im Bereich der Vermögenssorge auftretenden Fragen haben wir uns gewöhnt. Ganz anders im Bereich der Gesundheitsfürsorge. Vordergründig stellt sich die Situation hier nicht anders dar als bei der Vermögenssorge: Mit seiner Anweisung – hier Patientenverfügung oder (wenig optimistisch) auch „Patiententestament“ genannt – regelt jemand, wie für den Fall einer etwaigen künftigen Handlungsunfähigkeit mit ihm medizinisch verfahren werden soll. Betreuer oder Bevollmächtigter haben, so könnte man denken, diese Anweisung bei Eintritt des Vorsorgefalls schlechthin umzusetzen. Freilich – ganz so einfach liegen die Dinge nicht: Mit dem Arzt, womöglich auch mit dem Pflegepersonal, treten Dritte als Anweisungsadressaten auf den Plan; von ihnen wird ein Tun oder Unterlassen gefordert. Im Grenzbereich von menschlichem Leben und Sterben befinden wir uns in einem ethisch aufgeladenen Raum. Das erschwert die Durchsetzung allgemeiner Verhaltenspflichten. Und natürlich hat hier auch das Strafrecht über die Befolgung der Vorsorgeverfügung mit zu entscheiden.

a) Der einwilligungsfähige Patient

Am einfachsten macht man sich die Dinge auch hier klar, wenn man vom Normalfall – dem Fall des selbst entscheidungsfähigen Patienten – ausgeht. Solange der Patient zu eigenen Willensentscheidungen fähig ist, lässt sich der Verantwortungsbereich des Arztes vom Zuständigkeitsbereich des Patienten strikt trennen.³⁰

aa) Dem Arzt obliegt die Untersuchung des Patienten, die Diagnose und die Indikation für eine bestimmte Behandlung. Was indiziert ist, wird dabei nicht allein durch naturwissenschaftliche Überlegungen bestimmt, sondern auch durch medizinethische Aspekte – zunehmend wohl auch durch gesundheitsökonomische Gesichtspunkte – beeinflusst. Auf eine griffige Formel gebracht: Nicht alles, was technisch machbar ist, ist medizinisch auch geboten.³¹

²⁹ MünchKomm/Schwab (Fn. 4), § 1901 BGB Rn. 11, 14.

³⁰ Zum folgenden luzide Lipp, FamRZ 2004, 317, 318 ff.

³¹ Vgl. Taupitz, (Fn. 17), A 24.

bb) Andererseits hat der Arzt kein eigenes Behandlungsrecht; sein Rat ist deshalb immer nur Empfehlung.³² Der Rat des Arztes und das Aufklärungsgespräch leiten über in die Verantwortlichkeitssphäre des Patienten. Hier beginnt die Domäne der Patientenautonomie: Jede ärztlich empfohlene Maßnahme bedarf – als Eingriff in die körperliche Integrität – der Einwilligung des Patienten.

Auch lebenserhaltende Maßnahmen sind vom Einwilligungserfordernis nicht freigestellt; die Selbstbestimmung des Patienten umfaßt auch das Recht zu sterben.³³ Ein Behandlungs- oder Pflegevertrag ändert daran nichts: Er mag den Arzt oder das Pflegepersonal zwar zu lebenserhaltenden Maßnahmen verpflichten; die geschuldeten Leistungen anzunehmen verpflichtet er den Patienten jedenfalls nicht.³⁴ Auch ihre Gewissensfreiheit können Arzt und Pflegepersonal schwerlich gegen den Patientenwillen ins Feld führen: Art. 4 GG verleiht niemandem das Recht, sich über das Selbstbestimmungsrecht eines anderen – hier: des Patienten – hinwegzusetzen und seinerseits in dessen Recht auf körperliche Unversehrtheit einzugreifen.³⁵

Das Erfordernis der Patienteneinwilligung gilt dabei nicht nur für den Beginn einer ärztlichen Behandlung, sondern auch für deren Fortsetzung: Nur der Patient bestimmt das „Ob“ und das „Wie lange“ der vom Arzt empfohlenen Maßnahme. Eine einmal erteilte Einwilligung kann deshalb jederzeit widerrufen werden; ein Verzicht auf künftigen Widerruf ist nicht möglich³⁶. Folglich macht es auch rechtlich keinen Unterschied, ob der Patient sich einer erstmaligen Behandlung widersetzt oder deren Abbruch (etwa die Einstellung seiner künstlichen Ernährung) verlangt: In beiden Fällen begehrt er rechtlich ein Unterlassen. Das gilt auch dort, wo es zur Einstellung der Behandlung eines positiven Tuns (namentlich des Abschaltens von Geräten) bedarf: Die apparative Behandlung ist ein fort-dauernder Eingriff in die körperliche Integrität; die Beendigung dieses dauerhaften Eingriffs ist rechtlich ein Unterlassen.³⁷

b) Der willensunfähige Patient

Diese klare Trennung der Verantwortungssphären von Arzt und Patient droht zu verschwimmen, sobald der Patient zur Bildung oder Bekundung eines eigenen aktuellen Willens nicht mehr in der Lage ist. Ein Aufklärungsgespräch mit dem Patienten macht dann keinen Sinn. Vor allem

³² Lipp (Fn. 30), 318.

³³ BGHZ 154, 205, 215 = FamRZ 2003, 748, 751; BGH FamRZ 2004, 1474, 1475.

³⁴ BGH FamRZ 2005, 1474, 1475.

³⁵ BGH FamRZ 2005, 1474, 1476.

³⁶ BGH FamRZ 2005, 1474, 1475.

³⁷ BGHZ 154, 205, 210 = FamRZ 2003, 748, 750; Lipp (Fn. 30), 318.

aber kann sich der Patient zum „Ob“ und „Wie lange“ der nach ärztlicher Auffassung indizierten Behandlung nicht mehr äußern. Hier entstehen mehrere Probleme.³⁸

aa) Der Patientenwille

Klar ist: Mit dem Verlust der Fähigkeit des Patienten, einen aktuellen Willen zu bilden oder zu artikulieren, geht nicht auch sein Recht auf Selbstbestimmung verloren. Das leuchtet ein, wenn der Patient in einem Zeitpunkt, in dem er noch zur eigenen Willensbildung in der Lage war, erklärt hat, wie in der nunmehr eingetretenen Situation mit ihm verfahren werden soll. Freilich tut man sich mit der rechtlichen Einordnung solcher Vorsorgeverfügungen – genauer: Patientenverfügungen – schwer:

Allgemein anerkannt ist, daß ein Patient im Vorfeld einer konkret in Aussicht genommenen ärztlichen Maßnahme deren Ob und Wie festlegen kann, also beispielsweise die vorhersehbaren Modalitäten einer unter Betäubung erfolgenden Operation.³⁹ Schwieriger liegen die Dinge, wenn jemand losgelöst von einer konkreten Behandlungssituation – also für den Fall einer nur vorgestellten künftigen Krankheit – Festlegungen über Ob, Wie und Wielange ärztlicher Maßnahmen trifft. Das Problem solcher Vorausverfügungen ist ihr psychologisches Defizit: Über den eigenen Tod zu verfügen fällt, wenn man gesund ist, leicht; sterbenskrank geworden wird der Verfügende aber womöglich an dem – einst abstrakt als unwert erachteten – Leben hängen.

Diese Unwägbarkeit läßt es erklärlich erscheinen, daß Patientenverfügungen vielfach nicht als verbindliche – also Arzt und Pflegepersonal bindende – Willenserklärungen des Patienten verstanden werden, sondern nur als ein Indiz für dessen Willen. Der BGH hat es anders gesehen – und liegt (modern gesprochen) damit wohl auch im Trend: Die Patientenverfügung erscheint danach als eine verbindliche Willensbekundung – also als eine Rechtshandlung – des Patienten: Einmal verlautbart, erlangt die Patientenverfügung – wie eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung auch – rechtliche Eigenständigkeit, die fort dauert, auch wenn der Verfügende zur Bildung oder Bekundung eines Willens nicht mehr fähig ist.⁴⁰ In ihrer Wirkung steht die Patientenverfügung damit der Einwilligung oder deren Verweigerung durch den willensfähigen Patienten gleich. Sie bindet Arzt und Pflegepersonal strikt. Und sie ist jederzeit widerruflich – freilich (und darin liegt die Dramatik solcher Verfügungen) für den Verfügenden selbst nur solange, als die von ihm besorgte eigene Willensunfähigkeit noch nicht eingetreten ist.

³⁸ Vgl. zum folgenden Lipp (Fn. 30), 319 ff.

³⁹ Lipp (Fn. 30), 320.

⁴⁰ BGHZ 154, 205, 211 = FamRZ 2003, 748, 750.

bb) Die Entscheidungskompetenz

Bleibt zu fragen, wer denn nun legitimiert ist, anhand dieser Patientenverfügung den Willen des Patienten zu ermitteln, erforderlichenfalls auch zu interpretieren und notfalls gegenüber Dritten durchzusetzen.

(1) Solange der Patient rechtlich nicht handlungsfähig ist (eine Vorsorgevollmacht ist nicht erteilt oder nicht bekannt, ein Betreuer ist nicht bestellt oder nicht erreichbar), entscheidet der Arzt für den Patienten – und zwar nach Maßgabe des (in einer Patientenverfügung zum Ausdruck kommenden) wirklichen oder, falls eine Patientenverfügung nicht vorliegt, nach Maßgabe des mutmaßlichen Willens des Patienten (was immer man mit diesen unscharfen Begriff verbindet).

(2) Ist für den Patienten ein Betreuer oder ein Vorsorgebevollmächtigter bestellt und erreichbar, ist damit die rechtliche Handlungsfähigkeit des Patienten hergestellt. Die Situation unterscheidet sich damit juristisch nicht vom Normalfall: Arzt und Patient stehen sich – nach Verantwortungsbereichen getrennt – gegenüber; sie wirken in einer Behandlung zusammen, die vom Arzt – weil indiziert – empfohlen wird und in die der Patient – weil ordnungsgemäß aufgeklärt – rechtswirksam einwilligt (oder auch nicht). Freilich: Der Patient handelt nicht mehr selbst; für ihn handelt sein Betreuer oder Bevollmächtigter. Im Außenverhältnis – zum Arzt oder Pflegepersonal – ist der Betreuer dabei in seiner Entscheidung frei. Arzt oder Pflegepersonal können mit ihm – als gesetzlichem Vertreter – nicht über den wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Betroffenen rechten.⁴¹ Im Innenverhältnis zum Patienten sieht die Sache anders aus: Hier ist der Betreuer an die Vorgaben des von ihm betreuten Patienten gebunden. Er hat dessen in der Patientenverfügung niedergelegten Willen zu erforschen, erforderlichenfalls zu interpretieren und sodann in – wie der BGH es genannt hat – „eigener rechtlicher Verantwortung“ – d.h. im Klartext: ohne daß ihm Dritte hineinreden dürften – umzusetzen.⁴²

cc) Die Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts

Mit dieser Aufgabe wird dem Betreuer viel, vielleicht zu viel zugemutet, wenn er sich bei der Umsetzung des Willens des Patienten in Widerspruch zu den Empfehlungen setzt, die ihm ärztlicherseits gegeben werden. Das gilt namentlich dann, wenn ärztlicherseits eine lebenserhaltende oder verlängernde Behandlung als medizinisch indiziert angesehen und angeboten wird, die so angebotene Behandlung aber – jedenfalls nach der Auffassung des Betreuers – dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des von ihm betreuten Patienten widerspricht. Der Betreuer soll, so

⁴¹ BGHZ 154, 205, 211 = FamRZ 2003, 748, 750; BGH FamRZ 2004, 1474, 1475.

⁴² BGHZ 154, 205, 211 = FamRZ 2003, 748, 750; BGH FamRZ 2004, 1474, 1475.

eine vieldiskutierte Entscheidung des BGH vom März 2003, in diesem Zwiespalt – ärztlicher Rat hier und Patientenwille dort – nicht allein gelassen werden. Er kann sich zwar gegen die ärztlicherseits empfohlenen lebenserhaltenden oder -verlängernden Maßnahmen entscheiden, bedarf dazu jedoch der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.⁴³ Das Genehmigungserfordernis verfolgt dabei ein doppeltes Ziel: Zum einen wird die Ermittlung, Auslegung und Umsetzung des Patientenwillens einer Kontrolle unterzogen. Zum andern erfährt die dem ärztlichen Rat oder doch Angebot konträre Betreuerentscheidung eine Art „Legitimation durch Verfahren“.⁴⁴

dd) Die Prüfungskriterien des Vormundschaftsgerichts

Bleibt zu fragen, an welchen Kriterien sich das Vormundschaftsgericht bei seiner Entscheidung auszurichten hat. Die Antwort ergibt sich aus den bereits angestellten Überlegungen: Das Vormundschaftsgericht entscheidet nicht - wie so gern pathetisch formuliert wird - über Leben oder Tod des Patienten.⁴⁵ Diese Entscheidung hat der Patient selbst mit seiner Patientenverfügung getroffen. Das Vormundschaftsgericht kontrolliert lediglich, ob die Betreuerentscheidung gegen die ärztlich vorgeschlagenen Maßnahmen den rechtlichen Vorgaben – und d.h. vorrangig: dem wirklichen Willen des Patienten – entspricht. Das Vormundschaftsgericht muß dabei – natürlich – auch prüfen, ob die Rechtsordnung – insbesondere das Strafrecht – die vom Betreuer gewünschte Unterlassung der ärztlicherseits angebotenen Maßnahmen gestattet; denn das Zivilrecht kann nicht erlauben, was das Strafrecht verbietet.⁴⁶

ee) Der strafrechtliche Rahmen für den Patientenwillen

Eine Antwort auf die Frage, was das Strafrecht in den Randzonen von Noch-Leben und Noch-Nicht-Sterben genau verbietet, fällt allerdings nicht leicht. In Stichworten:

Die aktive zielgerichtete Tötung eines Menschen ist, auch wenn der Betroffene sie verlangt, unzulässig (aktive, direkte Sterbehilfe). Maßnahmen, die die Leiden des Betroffenen lindern sollen, sind dagegen auch dann zulässig, wenn diese Maßnahmen – als eine in Kauf genommene Nebenfolge – den Todeseintritt beschleunigen (aktive, aber sog. indirekte Sterbehilfe).⁴⁷

⁴³ BGHZ 154, 205, 211 = FamRZ 2003, 748, 750; zur Abgrenzung BGH FamRZ 2004, 1474, 1475.

⁴⁴ BGHZ 154, 205, 227 = FamRZ 2003, 748, 755.

⁴⁵ Deichmann, Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR) 1995, 983, 984.

⁴⁶ BGHZ 154, 205, 214 ff. = FamRZ 2003, 748, 751; BGH FamRZ 2004, 1474, 1475.

⁴⁷ Vgl. statt aller: Jähneke, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Aufl. 2003-2006, Vor § 211 StGB Rn. 14 ff.

Die eigentlichen Probleme bereiten jene Fälle, in denen der Patient stirbt, wenn er nicht durch medizinisch-technische Apparate oder durch die Zuführung von Sondenernährung gleichsam künstlich am Leben erhalten wird. Das unterlassene Anschließen oder das spätere Abschalten der Geräte ist ebenso wie das Unterlassen oder die Einstellung der künstlichen Ernährung – als sog. passive Sterbehilfe („Hilfe beim Sterben“) – zulässig, wenn das Leiden des Patienten einen irreversiblen tödlichen Verlauf genommen und der Sterbevorgang bereits begonnen hat.⁴⁸ Ist das nicht oder noch nicht der Fall, spricht man von der „Hilfe zum Sterben“. Ihre Zulässigkeit ist streitig: Die einen halten hier das Unterlassen bzw. den Abbruch der lebensverlängernden Maßnahmen für straffrei, wenn der Patient deren Unterbleiben in einer Vorsorgeverfügung verlangt hat. Die anderen halten in einem solchen Fall das Sterbenlassen nur dann für straffrei, wenn weitere objektive Voraussetzungen erfüllt sind.⁴⁹

3. Rechtspolitischer Ausblick

Angesichts solcher Unwägbarkeiten hat das Thema Patientenverfügung rechtspolitisch Konjunktur.⁵⁰ Das Bundesjustizministerium hat einen Gesetzentwurf vorgelegt und wieder zurückgezogen.⁵¹ SPD und CDU denken noch intensiv nach; auch die FDP hätte dies besser getan, bevor sie dem Parlament einen Entschließungsantrag präsentierte.⁵² Enquetekommission und Ethik-Rat sind mit voluminösen Papieren auf dem rechtspolitischen Markt der Vorschläge vertreten;⁵³ EKD und ZdK haben sich demgegenüber eher kurz gefaßt, was der Klarheit ihrer Darlegungen nicht

⁴⁸ BGHSt 40, 257 = NJW 1995, 204.

⁴⁹ Zum Ganzen BGHSt 40, 257 = NJW 1995, 204; zur unterschiedlichen Auslegung dieser Entscheidung vgl. statt aller: Zwischenbericht der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, Patientenverfügungen, BT-Drucks. 15/3700 S. 20; nach Auffassung des XII. ZS des BGH muß die Frage vom Strafrecht beantwortet werden: BGH FamRZ 2005, 1474, 1476; vgl. auch Wagenitz, FamRZ 2005, 669, 677.

⁵⁰ Zur rechtspolitischen Diskussion u. a.: Duttge u. a., Preis der Freiheit – Zum Abschlußbericht der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“, 2004; Duttge, Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL) 2006, 81; Wagenitz, FamRZ 2005, 669, 673 ff.; Lipp, Patientenautonomie und Lebensschutz, Zur Diskussion um eine gesetzliche Regelung der „Sterbehilfe“, 2005; Lipp/Nagel, Forum Frauenforschung (FF) 2005, 83; Gaßner in: Hager (Hrsg.), Die Patientenverfügung 2005, 24; Heßler in: Hager (Hrsg.), Die Patientenverfügung, 2005, 40; Albrecht in: Hager (Hrsg.), Die Patientenverfügung 2005, 51, 58; Eva Schumann, Dignitas-voluntas-vita; Überlegungen zur Sterbehilfe aus rechtshistorischer, interdisziplinärer und rechtsvergleichender Sicht, 2006.

⁵¹ Entwurf eines 3. Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts. BT-Drucks. 15/2494.

⁵² Antrag der FDP „Patientenverfügungen neu regeln – Selbstbestimmungsrecht und Autonomie von nichteinwilligungsfähigen Patienten stärken“ BT-Drucks. 16/397.

⁵³ Zwischenbericht der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin. Patientenverfügungen. BT-Drucks. 15/3700; Nationaler Ethikrat „Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende“ vom 13. Juli 2006 (abrufbar unter www.ethikrat.org.de).

schadet.⁵⁴ Der Alternativ-Entwurf streut Samen für eine Novellierung des StGB aus.⁵⁵ Und auch der Deutsche Juristentag hat sich dieses Feldes angenommen.⁵⁶ Die Linien der Diskussion nachzuziehen ist hier nicht Zeit; ich will mich auf wenige Aspekte beschränken.

a) Eine Patientenverfügung wirkt, so sagt man, über den Zeitpunkt der Willensunfähigkeit des Verfassers hinaus fort. Das hat manchen verführt, Patientenverfügung und Patientenwille gleichzusetzen. Die fortgeltende Verfügung – also die Erklärung des Patienten – wird dann zum fortgeltenden Willen und der fortgeltende Wille unversehens zum aktuellen Willen des Patienten. Die Folgerung liegt auf der Hand: Gegen den Willen des Patienten kommen medizinische Maßnahmen nicht in Betracht; für die Patientenverfügung könne als fortgeltender Wille nichts anderes gelten. Das klingt plausibel, ist aber wohl schief: Denn natürlich gilt – wie auch in der Rechtsgeschäftslehre – mit der Patientenverfügung nicht der Wille des Patienten fort, sondern nur dessen Erklärung. Und gerade um die künftige Wirkung dieser Erklärung wird gestritten.

b) Für die Entscheidung dieses Streits erscheinen mir zwei Punkte von Belang: Zum ersten die Frage, inwieweit sich eine Patientenverfügung, mit der jemand eine zukünftige, von ihm noch nicht durchlebte, aber existentielle Situation regelt, in ihrer Wirkung einer Bestimmung gleichsetzen läßt, die ein Patient in einer aktuellen, von ihm selbst erfahrenen Leidenssituation für sein Leben oder Sterben trifft. Zum zweiten die Frage nach der grundsätzlichen Tragweite von Patientenautonomie: Ein willensfähiger Patient, der sich einer an sich sinnvollen Therapie verweigert, schädigt damit objektiv sich selbst. Das ist Ausfluß seiner Selbstbestimmung und sein gutes Recht. Bei der Patientenverfügung sehen die Dinge anders aus: Ein aktueller Wille des Patienten liegt, weil willensunfähig, nicht vor. Statt dessen wird nunmehr einem Dritten – sei es Arzt, Pflegepersonal oder Betreuer – womöglich eine objektive Fremdschädigung abverlangt; der Dritte muß für den Patienten und, wenn er dessen Verfügung befolgt, u. U. *contra vitam* handeln. Die Patientenautonomie allein gibt dafür den Grund nicht her. Eher im Gegenteil: Die Patientenverfügung wird, indem sie den Dritten in die Pflicht nimmt, ein Stückweit auch zur Fremdbestimmung über Dritte.⁵⁷

⁵⁴ Stellungnahme der EKD „Sterben hat seine Zeit“ (EKD-Texte 80, 2005; abrufbar unter www.ekd.de); Stellungnahme des ZDK „Zur rechtlichen Verbindlichkeit von Patientenverfügungen“ vom 30.06.2006 (abrufbar unter www.zdk.de).

⁵⁵ Schöch/Verrel, Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung (AE-StB), *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (GA) 2005, 553; dazu auch Duttge, GA 2006, 573.

⁵⁶ Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentags 2006, Abt. Strafrecht.

⁵⁷ Vgl. zum Ganzen Stellungnahme der EKD (Fn. 54) sub 4.5.

c) Daraus folgt, daß nicht jede Regelung, die für das Sterbenlassen eines Menschen neben einer validen Patientenverfügung bestimmte objektive Voraussetzungen normiert, per se als eine inakzeptable Beschneidung des Selbstbestimmungsrechts zu werten ist. Freilich zeigt die Erfahrung, daß sich eine solche objektive Grenze abstrakt schwer ziehen läßt. Vielleicht läßt sie sich jedoch konkret bestimmen – durch den fallbezogenen Ausgleich zweier gegenläufiger Belange:⁵⁸

aa) Für jeden Menschen kann bei Eintreten bestimmter Umstände die Zeit gekommen sein, den eigenen Tod zwar nicht aktiv herbeizuführen, aber auf ihn zu warten und seinem Kommen nichts mehr entgegenzusetzen. Alles hat seine Zeit. Es liegt grundsätzlich in der Verantwortung des einzelnen, selbst zu erkennen, wann was im Hinblick auf sein Leben und Sterben an der Zeit ist. Eine medizinische Prognose (wie etwa der vom BGH bemühte irreversible tödliche Verlauf) mag dafür eine Grundlage bieten. Aber sie kann die Erkenntnis, welche Zeit dem eigenen Leben noch bestimmt ist, nicht ersetzen. Insoweit kommt es allein auf die Sicht des Patienten an: er soll – jedenfalls im Grundsatz – nicht gegen seinen früher geäußerten Willen am Leben festgehalten und am Sterben gehindert werden.

bb) Andererseits ist die medizinische Prognose nicht irrelevant. Von ihr hängt ab, ob die Erwartung des Todes seitens des Patienten in Ansehung der Gesamtumstände realistisch ist und deshalb für das ärztliche Handeln angemessen und maßgebend sein kann. Ist dies nicht der Fall, kann es die medizinische Fürsorge für den willensunfähigen Patienten gebieten, dessen früher geäußertem Willen nicht Folge zu leisten.

cc) Zwei Dinge müßten danach für ein zulässiges Sterbenlassen (mit modischem Euphemismus spricht man von Therapiebegrenzung) zusammenkommen: Erstens ein valider Patientenwille. Und zweitens eine medizinische Indikation, welche die Erwartung und das Zulassen des Todes rechtfertigt.

d) Eine solche Abwägung zwischen Patientenwille und ärztlicher Indikation für das Sterbenlassen wird immer irgendwo eine Ermessensfrage sein. Hier müßte ein Entscheidungskorridor offengehalten werden, der sich nicht normativ, sondern wohl nur prozedural begrenzen läßt – dies nicht im Sinne forensischer Genehmigungsverfahren, sondern eher durch Befassung ärztlich-ethischer Konsilien, wie wir sie ja auch aus dem Transplantationsrecht kennen. Daß solche Konsilien die maßgebenden ethischen Orientierungen nicht für jeden Einzelfall neu erfinden, sondern

⁵⁸ Vgl. zum Folgenden ausführlich Stellungnahme der EKD (Fn. 54) sub 4.5.

auf zuvor erarbeitete Maßstäbe zurückgreifen können müssen, versteht sich von selbst. Daß sich solche generellen und im Einzelfall sensibel zu handhabenden Maßstäbe entwickeln lassen, hat die Stellungnahme der EKD vom Juni 2006 eindrucksvoll bewiesen.⁵⁹

e) Ginge man einen solchen Weg, wäre für alle Beteiligten viel gewonnen: Dem potentiellen Patienten käme es zu, vorausschauend festzulegen, was wann im Blick auf sein individuelles Leben und Sterben an der Zeit ist. Arzt und Pflegepersonal würden durch eine solche Festlegung nicht fremdbestimmt; sie blieben zur lebenserhaltenden Fürsorge oder aber zu einem nach Patientenwille und medizinischer Indikation angemessenen Zulassen des Todes verpflichtet. Die Institution eines medizinisch-ethischen Konsils böte eine adäquate Kontroll- und Legitimationsinstanz; Medizinpersonal wie Betreuer und Bevollmächtigte würden durch sie – moralisch wie strafrechtlich – entlastet. Ganz am Rande fänden in diesem Wunschgemälde auch die Gerichte Platz: Sie wären einer ungeliebten Aufgabe und der Verteidigung gegen manch herbe Kritik seitens der (auch Göttinger) Medizinrechtler enthoben.

⁵⁹ Vgl. Stellungnahme der EKD (Fn. 54) sub 4.6.

Das Sozialrecht als Kostenkontrolle im Gesundheitswesen?

Kritische Anmerkungen zur Normgebung

*Prof. Dr. med. Dr. iur. Christian Dierks
Deutsche Gesellschaft für Medizinrecht, Berlin*

I. Zur Rolle des Sozialrechts

Das Sozialrecht bildet den Rahmen für die sozialen Sicherungssysteme. Die historischen Grundlagen dieser Rechtsmaterie reichen weit in die vorkonstitutionelle Zeit zurück. Im beginnenden 19. Jahrhundert gab es bereits erste sozialpolitische Regelungen im Arbeitsbereich, etwa das preußische Regulativ von 1839 zum Schutz von Kindern und Jugendlichen,¹ die Kranken- und Unterstützungskasse in Preußen,² die Gewerbeordnung vom 09.02.1849, die erstmals selbständigen Gewerbetreibenden die Verpflichtung auferlegen konnte, den Krankenkassen beizutreten,³

¹ „Regulativ über die Beschäftigung jugendlicher Arbeiten in Fabriken vom 09.03.1839“.

² Erste Rechtsgrundlage war die Allgemeine Gewerbeordnung vom 17.01.1845, PrGS, S. 41.

³ PrGS, S. 93.

ebenso wie die betrieblichen Vorsorgeeinrichtungen, das Knappschaftswesen und die Beamtenversorgung. Im Deutschen Kaiserreich wurde dem „sozialdemokratischen Umsturzgespenst“ die kaiserliche Botschaft vom 17.11.1881 entgegengesetzt. Schon damals ging man davon aus, daß eine soziale Absicherung für die Wechselfälle des Lebens ein kostenintensives Unterfangen sein dürfte: *„Für diese Fürsorge die rechten Mittel und Wege zu finden, ist eine schwierige, aber auch eine der höchsten Aufgaben jedes Gemeinwesens, welches auf den sittlichen Fundamenten des christlichen Volkslebens steht. Der engere Anschluß an die realen Kräfte dieses Volkslebens und das Zusammenfassen der Letzteren in der Form kooperativer Genossenschaften unter staatlichem Schutz und staatlicher Förderung werden, wie wir hoffen, die Lösung auch von Aufgaben möglich machen, denen die Staatsgewalt allein in gleichem Umfange nicht gewachsen sein würde. Immerhin aber würde auch auf diesem Wege das Ziel nicht ohne die Aufwendung erheblicher Mittel zu erreichen sein.“*⁴ Die ersten grundlegenden Sozialversicherungsgesetze waren das Krankenversicherungsgesetz von 1883, das Unfallversicherungsgesetz von 1884 und das Invaliditäts- und Altersversicherungsgesetz von 1889. Im Jahre 1911 erfolgte eine erste Kodifizierung des Sozialversicherungsrechts in einem geschlossenen Gesetzeswerk unter Einschluß der Krankenversicherung im 2. Buch, das am 01.01.1914 in Kraft trat. 41 Jahre später, also bereits 1955, wurden in der Rothenfelder Denkschrift Forderungen nach einer umfassenden und einheitlichen Gestaltung des gesamten Sozialrechts erhoben.⁵ Doch sollte es noch 15 Jahre dauern, bis die im Mai 1970 eingesetzte Sachverständigenkommission vorschlug, die „soziale Entschädigung bei Gesundheitsschäden“ in einem 5. Buch des Sozialgesetzes zu kodifizieren. Fast weitere 20 Jahre sollten vergehen, bis mit dem GRG das SGB V als besonderer Sozialleistungsbereich in das SGB aufgenommen wurde.

Die Eckpfeiler in der Gesetzlichen Krankenversicherung haben sich über die Jahrzehnte erhalten. Der Versicherte hat in der Sozialversicherung einen Anspruch auf die notwendigen Maßnahmen zum Schutz, zur Erhaltung, zur Besserung und zur Wiederherstellung der Gesundheit.⁶ Und auch die Grundprinzipien des sozialen Sicherungssystems bilden sich in der Gesetzlichen Krankenversicherung ab. Solidarität,⁷ Eigenverantwortung,⁸ Subsidiarität⁹ und Beitragsgerechtigkeit¹⁰ bilden die Eckpfeiler für das gesetzliche Grundgerüst der GKV.

⁴ *Frerich/Frey*, Handbuch der Geschichte der Sozialpolitik in Deutschland, Band 1, 1996, 2. Auflage, S. 93.

⁵ *Frerich/Frey*, S. 413.

⁶ § 4 Abs. 2 Satz 1 SGB I.

⁷ „Die Krankenversicherung als Solidargemeinschaft“, vgl. § 1 Satz 1 SGB V.

⁸ „Die Versicherten sind für ihre Gesundheit mitverantwortlich“, vgl. § 1 Satz 2 SGB V.

Zur Ausgestaltung des Versichertenanspruchs bedient sich die deutsche Gesetzliche Krankenversicherung eines Vertragssystems, in dem die Krankenkassen als Leistungsträger ihre Aufgaben durch Übertragung auf die Leistungserbringer erfüllen. Dementsprechend kodifiziert das Sozialgesetzbuch die Verfassung der Leistungsträger,¹¹ die Ansprüche der Versicherten,¹² die Vertragsbeziehungen zu den Leistungserbringern¹³ und das Verwaltungsverfahren¹⁴.

II. Öffentliche und legislative Wahrnehmung des Gesundheitswesens

Nach diesem Blick auf die Rechtsgrundlagen der Gesetzlichen Krankenversicherung soll nun die öffentliche Wahrnehmung dieses Systems der sozialen Sicherung einer kurzen Betrachtung unterzogen werden. Welches Bild hat die Bevölkerung von einem Gesundheitswesen, in dem weit über 3,3 Mio. Menschen beschäftigt sind? „Die Gesundheit ist das höchste Gut“, so hört man doch allenthalben, und der breite Raum, den die Berichterstattung über Gesundheitsthemen in den Printmedien, Rundfunk- und Fernsehsendungen, aber auch im Internet einnimmt, legt ein beredtes Zeugnis von der Bedeutung eines Wirtschaftszweiges ab, der auf „Gesundwerdung“ und „Gesunderhaltung“ ausgerichtet ist. Die medizinische Innovation, die verbesserte Allokation von Gesundheitsdienstleistungen und der berechnete Anspruch der Bevölkerung, die Fortschritte eines modernen Gesundheitssystems auch für sich in Anspruch zu nehmen, sind die treibenden Faktoren eines Wachstumsmarktes. Er erscheint uns als derjenige Markt, der am ehesten ein Wachstum garantieren kann, sind doch Gesundheitsdienstleistungen im Gegensatz zu Programmierleistungen, Industrieprodukten oder dem wachsenden Markt der „Hotlines“ nicht beliebig aus dem Ausland beziehbar. Kurzum: Das Gesundheitswesen ist ein Wachstumsmarkt mit ganz erheblichen Auswirkungen auf die Beschäftigung der Gesundheitsdienstleister, die Produktion der Arzneimittel und Medizinprodukte ebenso wie für die daran anknüpfende

⁹ „Soweit diese Leistungen nicht der Eigenverantwortung der Versicherten zugerechnet werden“, vgl. § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB V.

¹⁰ Finanzierung durch Beiträge, „die sich in der Regel nach dem beitragspflichtigen Einnahmen der Mitglieder richten“, vgl. § 3 Satz 2 SGB V.

¹¹ Vgl. den vierten Abschnitt „Träger der Sozialversicherung“, SGB IV und das sechste Kapitel „Organisation der Krankenkassen“, SGB V.

¹² Hier insbesondere drittes Kapitel, fünfter Abschnitt des SGB V „Leistungen bei Krankheit“.

¹³ Insbesondere viertes Kapitel SGB V.

¹⁴ Hier insbesondere SGB X „Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz“.

Dienstleistungs- und Herstellungsgewerbe.¹⁵ Auch wenn Deutschland schon längst nicht mehr die „Apotheke der Welt“ ist, so bildet sich doch das Gesundheitswesen zum Teil auch als Exportmarkt ab. Und schließlich: Umfragen belegen immer wieder, daß die Bevölkerung mit dem Gesundheitswesen überaus zufrieden ist und sich gut versorgt fühlt.¹⁶ Freilich steht dieser Ausdruck der Zufriedenheit im krassen Gegensatz zu der im selben Atemzug genannten und oft bestätigten diffusen Empfindung einer Notwendigkeit, das System zu reformieren. Dieselben Umfragen, die die Zufriedenheit der Bürger bestätigen, bilden auch den immer wieder geäußerten Eindruck ab, das System sei dringend reformbedürftig.¹⁷

Die vorstehend zitierte Reformbedürftigkeit ist in der öffentlichen Diskussion verknüpft mit Schlagworten wie „Kostenexplosion“, „Abzocke“, „Über-, Unter-, Fehlversorgung“ und vieles andere mehr. Die vorstehenden Schlagworte dienen denn auch fortlaufend zur Rechtfertigung einer Reformgesetzgebung im Gesundheitswesen, die ihre immer tieferen Eingriffe in die Grundrechte der Leistungserbringer mit Behauptungen zu legitimieren versucht, die einer näheren Überprüfung oftmals nicht standhalten. Werfen wir einen Blick auf das Arzneimittelversorgungs-Wirtschaftlichkeitsgesetz (AVWG). Ausweislich der Gesetzesbegründung war der Anstieg der Arzneimittelkosten im Jahr 2005 „etwa doppelt so hoch wie der von der Selbstverwaltung vereinbarte Zuwachs“¹⁸ und damit Begründung für ein neues System pauschaler Kostenkontrolle bezüglich der Verordnung von Arzneimitteln, der „Bonus-Malus-Prüfung“ gem. § 84 Abs. 7 a SGB V. In der Tat waren die Arzneimittelausgaben vom Jahr 2004 auf das Jahr 2005 um 16 Prozent gestiegen (vgl. Abb. 1). Verschwiegen wurde jedoch, daß dieser Anstieg zum überwiegenden Teil auf die Absenkung des im Jahr zuvor gesetzlich beschlossenen Herstellerabatts um 10 Prozent zurückzuführen war.¹⁹ Die Auswertung der Arzneimittelkosten im langjährigen Jahresverlauf belegt, daß von einer „Kostenexplosion“ schlechterdings keine Rede sein kann. Überproportional erscheint demgegenüber das Wachstum der Regelungsdichte im Sozial-

¹⁵ Vgl. *Nefiodow*, Der sechste Kondratieff, 2006, 6. Auflage.

¹⁶ 67,8 % der Bürger sind mit den Leistungen der GKV zufrieden, Allensbach <http://www.mlp.de/Presse/Pressemitteilungen/Presse-Archiv-2005/11158/11300/050919-pm-umfrage.html>; siehe auch: Pressemeldung der BÄK vom März 2006: <http://www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his=3.71.792.1033>; vgl. auch das Krankenkassen-Benchmarking unter <http://www.wikio.de/article=19647084>.

¹⁷ 61% der Bürger halten „einschneidende Maßnahmen für notwendig“, Meldung der Bertelsmann-Stiftung v. 02.02.2006, www.gesundheitsstrukturreform.de; „grundlegende Veränderungen“, vgl.: <http://www.forum-gesundheitspolitik.de/dossier/index403.htm>.

¹⁸ Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wirtschaftlichkeit in der Arzneimittelversorgung, BT-Drucks. 16/194, (künftig BT-Drucks. 16/194), S. 1, 1. und 2. Satz.

¹⁹ § 130 a Abs. 1 a SGB V eingeführt durch Art. 1 Nr. 95 a, Gesetz v. 14.11.2003 I 2190 mit Wirkung vom 1.1.2004.

recht. Als Beispiel sei die gesetzliche Regelung der Wirtschaftlichkeitsprüfung genannt. Genügte dem Gesetzgeber im Jahr 1988 noch 147 Worte, um dieses Prüfverfahren zu regeln,²⁰ so sind es zum Zeitpunkt der Eröffnung des Zentrums für Medizinrecht in Göttingen schon 2.035 Worte.²¹ Dies entspricht einer Steigerung von 1.384 Prozent!

Das Sozialrecht gestaltet den Leistungsanspruch durch ein anspruchsvolles, sich fortlaufend wandelndes System gesetzlicher Regelungen. Das in der GKV verankerte Prinzip der Selbstverwaltung der Körperschaften der Leistungsträger und der Leistungserbringer bringt es mit sich, daß der gesetzliche Anspruch in vielen Fällen durch eine Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses, durch Verträge zwischen den Körperschaften (z.B. Bundesmantelvertrag-Ärzte) und durch eine kaum überschaubare Vielzahl untergesetzlicher Regelungen weiter konkretisiert wird. Neben dieser Zersplitterung des Leistungsrechts ist auch das Leistungserbringungsrecht durch den föderalen Aufbau der 17 Kassenärztlichen Vereinigungen komplex und dynamisch. Er berührt auch die Ansprüche des Versicherten durch eine differenzierte Ausgestaltung des Leistungsrechts²², ja geht diesen seit der „September-Rechtsprechung“²³ des BSG sogar vor. Für zahlreiche Leistungen der Gesetzlichen Krankenversicherung existieren Genehmigungsvorbehalte durch Krankenkassen oder Beschlußgremien, wie z.B. der Dialysekommission bei der Kassenärztlichen Vereinigung. Gesetzgeber, untergesetzlicher Normgeber und genehmigende Gremien sind in unterschiedlicher Leistungsnähe dem Anspruch des Versicherten auf Leistungen, deren Qualität dem anerkannten Stand der medizinischen Wissenschaft entsprechen und den medizinischen Fortschritt berücksichtigen muß,²⁴ verpflichtet.

Dem Sozialrecht kommt nicht nur die Funktion der Ausgestaltung des Leistungsanspruchs zu, es muß zugleich Gewähr dafür übernehmen, daß die solidarisch finanzierten Beiträge einer möglichst effizienten Verwendung (Merksatz: „Versuche das vorgegebene Ziel mit dem geringst möglichen Aufwand zu erreichen“) zugeführt werden. Der Anspruch des Versicherten ist deshalb nicht grenzenlos. Er wird u. a. durch das Wirtschaftlichkeitsgebot begrenzt: Danach müssen die Leistungen ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein, sie dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten.²⁵ Das Interesse der (noch) nicht Erkrankten an einem sparsamen Ressourceneinsatz ist mit dem Interesse der (bereits)

²⁰ Vgl. § 368 n Abs. 5 RVO.

²¹ Vgl. § 106 SGB V.

²² Man denke nur an die auf KV-Ebene vereinbarten Disease-Management-Programme nach § 137 f SGB V und die speziellen Therapievereinbarungen, wie z.B. zur Schmerztherapie.

²³ BSGE (Entscheidungen des Bundessozialgerichts) 81, 54.

²⁴ Vgl. § 2 Abs. 1 Satz 3 SGB V.

²⁵ Vgl. §§ 2, 12, 70 SGB V.

Erkrankten an einem möglichst weit reichenden Mitteleinsatz zu versöhnen. Gemessen an der Zufriedenheit der Patienten und der Kostenentwicklung in der GKV muß man konzedieren, daß es bislang offenbar gelungen ist, die Balance zwischen diesen beiden durchaus konträren Interessen im Großen und Ganzen zu halten. Dennoch ist die Tendenz des Gesetzgebers, der untergesetzlichen Normgeber und der für die im Einzelfall zur Ausgestaltung des Leistungsanspruchs befugten Gremien nicht zu verkennen, die Kostenkontrolle über den Leistungsanspruch des Versicherten zu stellen. Nachfolgend illustrieren drei Beispiele Situationen, in denen die zu fordernde Balance zwischen sozialrechtlichem Anspruch und Kostenkontrolle nicht hergestellt werden konnte und gerichtliche Kontrolle bedurfte oder noch bedarf. Sie sollen nicht als fundamentale Kritik an der Ausgestaltung eines vertragsbasierten Gesundheitswesens verstanden werden, allerdings zur Wachsamkeit mahnen.

III. Drei Beispiele

1. Beispiel: Die „Bonus Malus-Regelung“ nach § 84 Abs. 7 a SGB V

Das bereits erwähnte Arzneimittelversorgungs-Wirtschaftlichkeitsgesetz verpflichtet die Kassenärztliche Bundesvereinigung gemeinsam mit den Spitzenverbänden der Krankenkassen, Durchschnittskosten je definierter Dosiereinheit für Gruppen von Arzneimitteln bundesweit einheitlich festzusetzen. Folgt die Festsetzung nicht bis zum jeweils 30.09. für das folgende Kalenderjahr, ist das Schiedsamt zuständig. Die Festsetzung dieser Durchschnittskosten ist Grundlage für einen neuen, die bisherige Wirtschaftlichkeitsprüfung ergänzenden Mechanismus, der bei einer Überschreitung dieser Durchschnittskosten Honorarabzüge vorsieht, denen Praxisbesonderheiten voraussichtlich nicht entgegen gehalten werden können.²⁶ Für sechs Arzneimittelgruppen²⁷ gelten nun Obergrenzen für „DDDs“²⁸, deren Überschreitung in gestaffelten Grenzen zu Regressen führt, die durch den Prüfungsausschuß bei der Kassenärztlichen Vereinigung auf der Basis vorläufiger (!) Verordnungsdaten festgesetzt und vom ärztlichen Honorar abgezogen werden. Die einzelnen Kassenärztlichen Vereinigungen haben allerdings die Möglichkeit, die Geltung dieser Vor-

²⁶ Die gesetzliche Verweisung des § 84 Abs. 7 a S. 9 2. HS SGB V auf § 106 Abs. 5 und 5c SGB V ist hierzu nicht eindeutig. Von den Kassenärztlichen Vereinigungen wird wohl überwiegend die Auffassung vertreten, daß eine Anerkennung nicht möglich ist.

²⁷ Ursprünglich waren es sieben, vgl. die Rahmenvorgaben nach § 84 Abs. 7 SGB V und die Vereinbarung nach § 84 Abs. 7 a SGB V – Arzneimittel – für das Jahr 2007 vom 19.09.2006, abrufbar unter www.kbv.de.

²⁸ Defined Daily Doses, dies sind von der WHO und DIMDI entsprechend der Klassifikation des ATC-Codes festgesetzte Dosierungseinheiten für zum Teil indikationsbezogene Therapieansätze, siehe: www.dimdi.de/static/de/klasi/atcddd/index.htm.

gaben der Bundesebene durch regionale Arzneimittelvereinbarungen abzudingen. Voraussetzung ist freilich, daß diese regionalen Vereinbarungen Einsparungen in gleicher Höhe ermöglichen. Voraussetzung ist ferner, daß diese Vereinbarungen bis spätestens zum 15.11. eines Jahres für das jeweils folgende Kalenderjahr geschlossen werden. Diese Konstruktion des Gesetzgebers bringt erhebliche Unsicherheiten mit sich. Soweit die im Gesetz vorgegebenen Termine überschritten wurden, stellt sich die Frage, ob das zuständige Gremium gehandelt hat und ob die verspätet getroffenen Regelungen überhaupt wirksam wurden. Ebenso ist zweifelhaft, ob die regionalen Ablösevereinbarungen die Forderung einer „gleichwertigen Einsparung“ ermöglichen. Im Ergebnis kann der niedergelassene Vertragsarzt daher nicht auf den Bestand einer regionalen Ablösevereinbarung vertrauen, weiß also nicht sicher im Zeitpunkt der Verordnung, ob die Regelung auf Bundesebene oder die regionale Ablösevereinbarung für ihn gelten wird.

Eine weitere Analyse des neuen Regreßverfahrens nach Bonus-Malus-Regeln zeigt, daß die Zuständigkeiten für den Abschluß der Vereinbarung unklar und die Belastbarkeit der Datenbasis fraglich sind. Der im Gesetzgebungsvorhaben ursprünglich vorgesehene Ansatz, die Regresse im Folgejahr auf Grundlage der tatsächlichen Verwaltungsdaten richtig zu stellen, wurde gestrichen.²⁹ Weitere Zweifel sind anzumelden hinsichtlich der fehlenden Berücksichtigung von Praxisbesonderheiten, die für Schwerpunktpraxen mit ausgewählter Klientel geboten ist, um in einem statistischen Verfahren überleben zu können. Aus medizinischer Sicht ist überdies die dem Verfahren zugrundeliegende Annahme einer therapeutischen Äquivalenz, mithin einer generell anzunehmenden Austauschbarkeit aller Substanzen in einer Arzneimittelgruppe nicht nachvollziehbar. Zahlreiche Experten des Medizinrechts sind sich daher einig, daß die Bonus-Malus-Prüfung in dieser Form mit höherrangigem Recht nicht vereinbar ist. So nimmt es nicht Wunder, daß beim Vertragsarzt der Eindruck entsteht, die Gesetz- und Normgeber ließen sich mehr von der Motivation „Hauptsache, es wirkt!“ leiten, als vom Schutz grundrechtlich geschützter Positionen der Leistungserbringer und dem sozialrechtlichen Anspruch des Versicherten.

2. Beispiel: Ausschluß kurzwirksamer Insulin-Analoga

Kurzwirksame Insulin-Analoga sind Arzneimittel, die dem menschlichen Insulin weitgehend gleichen, aber durch eine minimal veränderte Molekülstruktur unmittelbar nach der Injektion wirken. Sie ermöglichen eine flexiblere Handhabung der Insulingabe und führen über die verbesserte Blutzuckerkontrolle zu einer hohen Patientenzufriedenheit und einer

²⁹ Vgl.: BT-Drucks. 16/194, S.6, insbes. § 84 Abs.4 a S.8 SGB V i. d. F. AVWG-Entw. v. 13.12.2005.

verbesserten Stoffwechsellage unter Vermeidung von Folgekrankheiten. Die Substanzen gehören zum Standard der Diabetestherapie in den meisten zivilisierten Ländern der „Ersten Welt“.³⁰ Am 18.01.2005 beschloß der Gemeinsame Bundesausschuß³¹ die Beauftragung des Instituts für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (IQWiG) mit zahlreichen Arbeiten nach § 139 a. Unter anderem enthielt die Beauftragung Fragestellungen zum Thema „Behandlung mit schnell wirkenden Insulin-Analoga“. Am 22.02.2005 konkretisierte der Gemeinsame Bundesausschuß den Behandlungsauftrag zum Behandlungsfeld Diabetes mellitus Typ 2. Das IQWiG unterteilte den Auftrag zum Behandlungsfeld Diabetes mellitus Typ 2 in eine Fülle von Unteraufträgen, darunter eine Nutzenbewertung unter der Auftrags-Nr.: A 05/04 zu „kurz wirksame Insulin-Analoga zur Behandlung des Diabetes mellitus Typ 2“. Auf der Grundlage eines vom IQWiG selbst verfaßten Methodenpapiers³² erstellte dieses zunächst einen Berichtsplan, dann einen Vorbericht und schließlich zum 15.12.2005 einen Abschlußbericht, der zu folgendem Ergebnis kam: „Es existieren keine überzeugenden Belege für eine Überlegenheit kurz wirksamer Insulin-Analoga gegenüber Humaninsulinen hinsichtlich patientenrelevanter Therapieziele bei der Behandlung des Typ 2 Diabetes mellitus.“³³ Auf der Grundlage dieses Abschlußberichts beschloß der Gemeinsame Bundesausschuß am 18.07.2006 eine Änderung der Arzneimittelrichtlinie, die zum 29.09.2006 in Kraft trat. Nach Nr. 1 Anlage 10 der so neu gefaßten Arzneimittelrichtlinie sind kurz wirksame Insulin-Analoga nunmehr in der Gesetzlichen Krankenversicherung nicht mehr verordnungsfähig, „solange ihre Verordnung mit Mehrkosten verbunden ist“. Für die Versicherten ergibt sich aus diesem Ausschluß, daß eine Verordnung lediglich in medizinisch begründeten Ausnahmefällen nach § 31 Abs. 1 Satz 4 SGB V möglich ist. Solange Insulin-Analoga mehr kosten als herkömmliches Humaninsulin steht die Bindungswirkung der Arzneimittelrichtlinien³⁴ einer Verordnung durch den Vertragsarzt entgegen. Anders als bei der Festsetzung von Festbeträgen kann die Versorgung auch nicht durch eine „Aufzahlung“ sichergestellt werden. Versicherte, die nach Änderung der Arzneimittel-Richtlinie die Medikamente weiterhin verordnet erhalten wollen, müssen die Arzneimittelkosten vollständig selbst übernehmen, zumindest sofern sie nicht die Voraussetzungen für eine Ausnahmeverordnung erfüllen und der Vertragsarzt in Kenntnis dieser Ausnahmemöglichkeit eine entsprechende Verordnung erstellt. Doch gerade die Mög-

³⁰ Siehe hierzu die „Global Guideline for Type 2 Diabetes“, 2005, S. 39 ff; Evidenzbasierte Leitlinie – Antihyperglykämische Therapie des Diabetes mellitus Typ 2, S. 22-23.

³¹ Es handelt sich um eine gemeinsame Einrichtung der Krankenkassen und Leistungserbringer nach § 91 SGB V.

³² Version 1.0 vom 01.03.2005.

³³ Abschlußbericht des IQWiG, 05-04, S. 79.

³⁴ Vgl. § 91 Abs. 9 SGB V.

lichkeit der Ausnahmeverordnung erschwert den Versicherten die gerichtliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit dieses Ausschlusses. Obwohl das „Ausnahmerezept“ in der Praxis einen seltenen Sonderfall darstellt, so reicht es doch im streitigen Verfahren dazu aus, den Versicherten auf die Möglichkeit zu verweisen, unter begründeten medizinischen Befunden das notwendige Medikament verordnet zu erhalten. Hat der konkrete Einzelfall schon wenig Aussicht auf Erfolg in der rechtlichen Durchsetzung, schützt das Gesetz auf der anderen Seite überdies die Nutzenbewertung des IQWiG selbst vor gerichtlicher Kontrolle: Eine Klage gegen die Nutzenbewertung ist nach § 35 b Abs. 4 SGB V ausgeschlossen. So verweist der Richter den Arzt auf die Möglichkeit der Ausnahmeverordnung, der GBA auf die vom IQWiG erarbeiteten Grundlagen seiner Entscheidung und das IQWiG auf den Ausschluß der Klage gegen seine Nutzenbewertung. Eine gerichtliche Kontrolle der Beschränkung des Anspruchs auf Versorgung mit kurzwirksamen Insulinanaloga ist dem Versicherten damit faktisch kaum möglich.

Die praktische Relevanz dieses rechtsstaatlich doch eher problematischen Konzeptes hat sich freilich weitgehend erledigt. Die betroffenen Hersteller haben durch Rabattverträge mit den meisten Krankenkassen die Kosten soweit gesenkt, daß die einschränkende Bedingung des Ausschlusses der „damit verbundenen Mehrkosten“ entfallen ist. Rechtsstaatliche Bedenken mögen hinsichtlich dieses ohne Zweifel pragmatischen Vorgehens angebracht sein.

3. Beispiel: Hilfsmittelversorgung

Ein sieben Monate altes Kind mit Spina bifida (sog. „Offener Rücken“) muß zweimal wöchentlich von einem Physiotherapeuten behandelt werden und zwei- bis fünfmal täglich mit der Mutter Krankengymnastik machen. Hierzu verordnete der behandelnde Kinderarzt eine „Vojta-Liege“, die eine entsprechende Lagerung ermöglicht und Verkrampfungen bei den Übungen verhindert. Der von der Krankenkasse zur Begutachtung der Verordnung eingeschaltete Medizinische Dienst (MDK) kommt zu dem Ergebnis, daß zur Durchführung der Vojta-Therapie im häuslichen Bereich eine ausreichend dicke Gymnastikmatte auf dem Boden, aber auch auf einem Tisch mit entsprechend angepaßten Tischbeinen ausreiche. Die Krankenkasse lehnt eine Kostenübernahme ab, ein Widerspruchsverfahren bleibt erfolglos. Die Eltern schaffen die Liege zu einem Preis von 2951,95 € selbst an und verklagen die Kasse auf Kostenerstattung nach § 13 Abs. 3 S. 1 SGB V³⁵. Erinstanzlich wird dem Begehren stattgegeben, aber das LSG weist die Berufung mit der Begründung zurück, die Liege sei nicht im Hilfsmittelverzeichnis gelistet. Auch die Kasse beruft sich im Revisionsverfahren darauf, daß bereits 1998 eine Aufnahme

³⁵ In der Fassung des Art. 5 Nr. 7 i. V. m. Art 67 des Gesetzes vom 19. Juni 2001 (BGBl. I 1046).

der Liege in das Hilfsmittelverzeichnis abgelehnt worden sei. Das BSG hat diese Begründung mit Entrüstung verworfen: „Die Annahme des Berufungsgerichts, der Ausschluß ergebe sich aber daraus, daß die streitige Therapie-Liege nicht im Hilfsmittelverzeichnis der Spitzenverbände der Krankenkassen gemäß § 128 SGB V enthalten sei, widerspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG), die zu ändern kein Anlaß besteht (vgl. BSG SozR 3-2500 § 33 Nr. 16, 20 und 27 – 3. Senat – sowie SozR 3-2500 § 33 Nr. 25 – 8. Senat –). Danach haben die Spitzenverbände der Krankenkassen keine gesetzliche Ermächtigung erhalten, durch das Hilfsmittelverzeichnis ihre Leistungspflicht gegenüber den Versicherten im Sinne einer "Positivliste" abschließend festzulegen. Die Hilfsmittelrichtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen vom 17. Juni 1992 (BANz Beilage Nr. 183 b) in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Oktober 2004 (BANz 2005 Nr. 2 S. 89), die unter Nr. 8 dem Vertragsarzt nach wie vor verbieten, Hilfsmittel zu Lasten der Krankenkassen zu verordnen, sofern sie nicht im Hilfsmittelverzeichnis der Spitzenverbände der Krankenkassen aufgeführt sind, widersprechen der Gesetzeslage, worauf das BSG ebenfalls wiederholt hingewiesen hat.“³⁶

Die harsche Formulierung zeigt deutlich, daß die Krankenkassen und der MDK nicht zum ersten Mal glauben, das Hilfsmittelverzeichnis als Instrument einer Positivliste verwenden zu dürfen, um Versichertenansprüche zu reduzieren. Ein weit verbreiteter Irrtum, dem übrigens auch die verordnenden Ärzte oft erlegen sind.

IV. Resümee

Die vorstehenden Beispiele zeigen, daß die im dritten Kapitel SGB V („vorne“) verankerten Ansprüche des Versicherten durch Regelungen im vierten Kapitel („hinten“) und das untergesetzliche Dickicht des GKV-Rechts („unten“) unter Berufung auf die Finanzierbarkeit des Systems nicht nur in sinnvoller und notwendiger Weise konkretisiert, sondern bisweilen auch ausgehebelt werden. Dies ist mit den Grundrechten der Versicherten („oben“) nicht in Einklang zu bringen. Doch nicht erst seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 06.12.2005 („Nikolaus-Entscheidung“)³⁷ gilt, daß ein Staat, der seine Bürger in ein beitragspflichtiges Solidarsystem zwingt, zugleich auch dafür Sorge tragen muß, daß im Bedarfsfall Leistungen zur Verfügung stehen. Diese höchstrichterliche Aussage ist notwendig und zu begrüßen. Und doch: In der Versorgungsrealität des Versicherten stehen der den Restriktionen des Vertragsarztrechts ausgesetzte Arzt und der für Anträge und Genehmigungen zu-

³⁶ BSG vom 03.08.2006 – B 3 KR 25/05 R, Rn. 11.

³⁷ BVerfGE (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts) 115, 25.

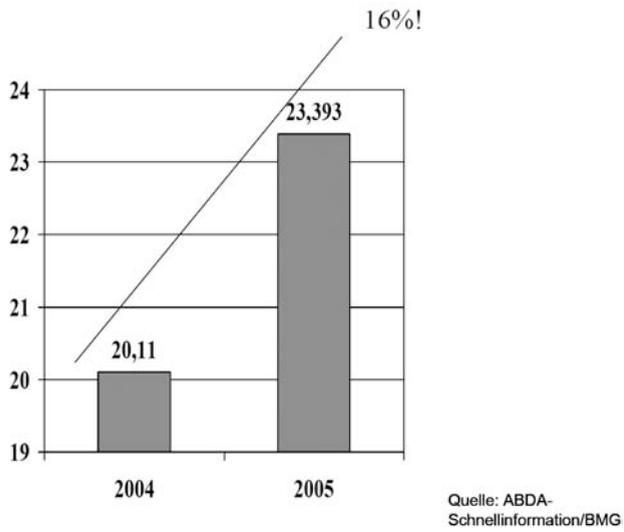
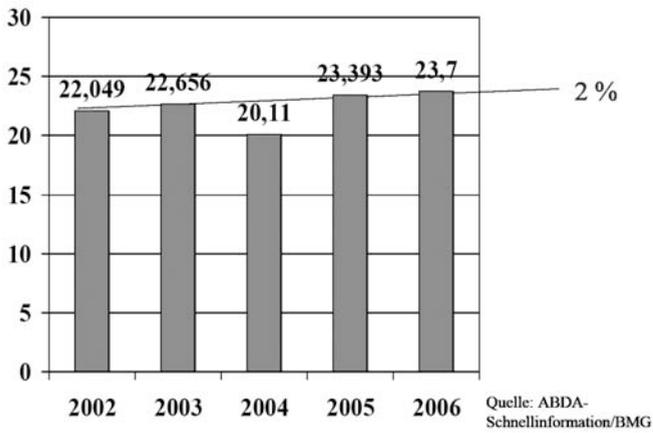
ständige „Beamte“ seiner Krankenversicherung im Vordergrund, und die Spruchpraxis der höchsten Richter in Karlsruhe liegt in weiter Ferne.

Das Fazit der vorstehenden Kritik sei wie folgt zusammengefaßt:

1. Eine überbordende Regelungsdichte steht einer patientenorientierten Realisierung des Versorgungsanspruchs entgegen.
2. Individuelle, patientenbezogene Entscheidungen werden zugunsten pauschaler und restriktiver Verdichtungen durch untergesetzliche Einschränkungen verdrängt.
3. Eine Fokussierung auf Arzneimittelkosten versperrt den Blick für notwendige Effizienzsteigerungen in anderen Bereichen des Gesundheitswesens.
4. Unsinnige und teilweise wohl auch verfassungswidrige Regelungen zerstören das Vertrauen des Bürgers in den Rechtsstaat.

Ausgestaltung des Leistungsanspruchs und Kostenkontrolle sind zwei gegensätzliche, zugleich aber komplementäre Funktionen des Sozialrechts. Um die Balance zwischen diesen Funktionen herzustellen, sind folgende Überlegungen in den Blick zu nehmen:

1. Die Finanzierbarkeit des Solidarsystems ist Voraussetzung für dessen Funktionsfähigkeit.
2. Ein optimales und zugleich statisches System kann es zur Erfüllung dieser Funktion nicht geben, weil die Rahmenbedingungen stets eine fortlaufende Anpassung erfordern.
3. Eine Kollision mit den Rechtsgütern der Patienten und der Ärzte ist dem System als Konflikt immanent.
4. Die Auflösung dieses Konflikts erfordert praktikable, verfassungsgemäße und patientenorientierte Regelungen, sowie Mitspracherecht und Wahlmöglichkeiten des Versicherten.

Abb. 1**Abb. 2**

Menschliches Gewebe, menschliche Zellen und Biobanken

Strafrechtliche und strafrechtsethische Herausforderungen

Prof. Dr. Brigitte Tag
Universität Zürich

I. Ausgangslage

Menschliches Gewebe und Zellen werden dringend benötigt für Zwecke der Transplantation und Transfusion, für die Herstellung von Arzneimitteln, Medizinprodukten und die Humanforschung. Forschung an menschlichem Gewebe und an Zellen ist die Voraussetzung für das Wissen um die Ursachen und den Verlauf von Krankheiten wie auch für die Entwicklung neuer oder die Optimierung bestehender Diagnose-, Therapie- und Präventionsmethoden. Diese vielseitige Nutzbarmachung in und außerhalb der Medizin steht im deutlichen Spannungsfeld zu den fragmentarischen Rechtsnormen, die Inhalt und Grenzen der Gewinnung, Aufbewahrung und Nutzung von Substanzen menschlicher Herkunft regeln.

Das klassische Kernstrafrecht beheimatet u.a. Straftatbestände zum Schutz des lebenden menschlichen Körpers vor Verletzungen¹ oder Tötung². Es setzt sich aber ebenso wenig wie das Bürgerliche Recht mit der Frage auseinander, ob vom lebenden Körper abgetrennte Teile, Gewebe und Zellen weiterhin zum Rechtsgut und Handlungsobjekt des menschlichen Körpers gehören oder anderen Rechtsgütern, wie z.B. dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht oder Eigentum, zuzuschreiben sind. Vergleichbare Fragen stellen sich bei der Nutzung der Leiche oder ihren Teilen. Einige Beispiele sollen die hiermit verwobenen Folgen erläutern.

II. Beispiele der Gewinnung und Nutzung von biologischem Material menschlicher Herkunft

1. Die besonderen Zellen von John Moore

Der von Jochen Taupitz bereits im Jahre 1991 geschilderte US-amerikanische Fall des John Moore³ birgt bis heute große Schwierigkeiten. Die Zellen von John Moore hatten sich im Rahmen einer Leukämiebehandlung als einzigartig herausgestellt, sie wurden daher von der Forschung und der Pharmaindustrie mit hohem Gewinn, aber ohne Kenntnis des über seine Besonderheit nicht informierten Spenders weiterverarbeitet. Die Spenderzellen wurden im Rahmen von Blutentnahmen gewonnen, die John Moore lange Zeit freiwillig über sich ergehen ließ – ging er doch davon aus, daß sie allein aus medizinischen Zwecken zur Kontrolle seines Gesundheitszustandes durchgeführt wurden. Erst durch einen Zufall erfuhr er von der Weiterverwendung und beanspruchte einen Gewinnanteil. Auf den ersten Blick erscheint sein Begehren durchaus nachvollziehbar – unter juristischen Aspekten ist es aber höchst umstritten. Denn seine zum Zeitpunkt der Blutentnahme vorhandene Unwissenheit über die pharmazeutischen Verarbeitungszwecke wird bislang sehr unterschiedlich bewertet. Die Bandbreite reicht von der Unbeachtlichkeit seines Willensdefizits⁴ bis hin zu einem Aufklärungsfehler bezüglich des Entnahmeverganges.⁵ Aber auch die daran anknüpfende Frage, ob die Verarbeitung von menschlichem Gewebe und Zellen unter das Patentrecht fällt und wem der daraus erzielte Erlös zusteht, der Pharmaindustrie, dem Spender oder der entnehmenden Stelle, und wenn ja, zu wel-

¹ Vgl. §§ 223 ff. StGB

² Vgl. §§ 212 ff. StGB

³ Taupitz, Wem gebührt der Schatz im menschlichen Körper? Archiv civilistischer Praxis 1010 (1991), 210, 204 ff.

⁴ Schröder/Taupitz, Menschliches Blut - Verwendbar nach Belieben des Arztes?, 1991, 29 ff.

⁵ Zusammenfassend Tag, Der Körperverletzungstatbestand zwischen Patientenautonomie und Lex artis, 2000.

chen Teilen, wird je nach Sichtweise und Interessenvertretung unterschiedlich beurteilt.

2. Der Spermafall

Der sog. Spermafall des 6. Zivilsenats des BGH⁶ zeigt weitere Facetten der Gewinnung, Lagerung und beabsichtigten Verwendung von menschlichen Zellen. Ein Mann, aufgrund einer medizinischen Behandlung zeugungsunfähig geworden, hatte um einen künftigen Kinderwunsch realisieren zu können, vor der Behandlung Sperma kryokonservieren lassen. Der spätere Wunsch, darauf zurückzugreifen und mittels In-vitro-Fertilisation die Familienplanung in die Tat umzusetzen, wurde bitter enttäuscht. Das Sperma war zwischenzeitlich aufgrund eines Kommunikationsdefizits von der lagernden Stelle vernichtet worden. Seine noch vor der Schuldrechtsreform höchstrichterlich beurteilte zivilrechtliche Klage auf Schmerzensgeld wegen Körperverletzung wurde gutgeheißen.

Diese Entscheidung stieß unter verschiedensten Aspekten auf vehemente Kritik. Überträgt man die dem Fall zugrunde liegende Rechtsproblematik ins Strafrecht und prüft, ob die abrede- und sorgfaltswidrige Vernichtung ein strafbares Verhalten darstellt, vermag selbst der scharfsinnigste Argumentationsaufwand nicht davon zu überzeugen⁷, daß das kryokonservierte Sperma noch als Teil des Ursprungkörpers des Spenders zu betrachten, seine Vernichtung mithin als Körperverletzung zu bewerten wäre. Wollte man die Strafbarkeit wegen Sachbeschädigung, § 303 StGB, erwägen, so scheidet diese unabhängig von den zahlreich zu klärenden Vorfragen zumindest auch daran, daß die fahrlässige Begehungsweise nicht unter Strafe gestellt ist. Der Spermafall verdeutlicht, daß vom menschlichen Körper dauerhaft getrennte biologische Substanzen – selbst wenn sie noch einen Bezug zum Spender aufweisen und dazu dienen, Leben weiterzugeben – derzeit den kernstrafrechtlichen Schutz erfahren, der herkömmlicherweise Sachen zukommt.

3. Neuroimaging

Das Themenfeld soll durch ein weiteres Beispiel aus dem Bereich Biobanken und Biodatenbanken abgerundet werden. Die Möglichkeiten der modernen Hirnforschung erlauben dem Gehirn der untersuchten Person – sei sie Patient oder Proband –, „beim Arbeiten“, d.h. Nachdenken zuzusehen. Die erzeugten bunten Bilder, die wir in letzter Zeit immer häufiger zu sehen bekommen, vermitteln allerdings auch eine Illusion. Denn sie

⁶ Urteil vom 9.11.1993, BGH Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1994, 127 f.

⁷ A.A. Freund/ Heubel, Medizinrecht (MedR) 1995, 194, 197.

sind kein Abbild der Realität, sondern beruhen auf Berechnungen⁸, die mit Hilfe der erhobenen, bewerteten und verknüpften Daten in realitätsnahe oder analoge Gehirnstrukturmodelle umgewandelt werden. Die Hoffnung ist, daß über diese Datenverarbeitung eine neue Qualität an Erkenntnissen über das Gehirn, seine Funktionsweise und möglicherweise das Bewußtsein des Menschen gewonnen werden kann.

Im medizinischen Kontext werden Untersuchungen z.B. bei Multipler Sklerose durchgeführt, um die räumliche Verteilung und die zeitliche Entwicklung der Verletzungen besser zu erkennen. Bei Schizophrenie können mit Hilfe von Neuroimaging Veränderungen der Asymmetrie festgestellt werden, die normalerweise zwischen der rechten und der linken Gehirnhälfte bestehen.

Es ist eine schlichte Selbstverständlichkeit, daß die Patienten⁹ und Probanden vor der Durchführung der Untersuchung auf die hiermit verbundenen Risiken hingewiesen werden müssen und ihr informed consent hergestellt wird.

Die wahren Probleme zeigen sich allerdings bei der Speicherung und Weiterverwendung der erhobenen Daten. Sie beziehen sich auf die Reichweite der Aufklärung, die Schadenvermeidung und Fürsorge. In der deutschen Diskussion noch weitgehend ungeklärt ist die Frage, wie weit die Pflicht zur Aufklärung geht. Umfaßt sie auch den Hinweis, daß ggf. medizinische Erkenntnisse gewonnen werden, die auf nicht behandelbare Fehlfunktionen hinweisen? Daß genetische Dispositionen festgestellt werden, die Aussagen auch über die Gehirnfunktionen von nahen Angehörigen zulassen? Daß die erhobenen Daten gespeichert und vernetzt werden? Daß ggf. Versicherungen und Arbeitgeber über die gewonnenen Erkenntnisse unterrichtet werden müssen? Daß die Gefahr von Diskriminierung und Stigmatisierung besteht? Daß die aufgrund des Persönlichkeitsschutzes vorrangig anzustrebende Anonymisierung der erhobenen Daten einerseits eine nur beschränkt umsetzbare Idealvorstellung, andererseits wegen der künftig möglicherweise medizinisch notwendigen Information des Patienten bzw. Probanden nicht immer wünschenswert ist? Der Fragenkatalog ließe sich beliebig verlängern.

4. Postmortal entnommenes Gewebe und Zellen

Die rechtlichen und ethischen Fragen werden nicht weniger, nimmt man Gewebe und Zellen von toten Körpern und Föten mit in den Blick. Naturgemäß ist die Zahl der dem toten Körper entnommenen Organen, Gewebe und Zellen größer als beim lebenden Spender. Diese biologi-

⁸ Herkömmlicherweise werden die Untersuchungen mittels PET (Positron Emission Spectroscopy) oder fMRI (Functional Magnetic Resonance Imaging) durchgeführt, näher *Hüing/Jähnke/Tag, Impact of Neuroimaging*, 2006.

⁹ Bzw. bei ihrer Urteilsunfähigkeit der Betreuer.

schen Materialien sind für die Transplantationsmedizin¹⁰, aber auch für die Grundlagen- und die angewandte Forschung sowie für die Industrie von großem Interesse. Das Herstellen von neuartigen, maßgeschneiderten Medikamenten ist nur ein Projekt, das mit Hilfe menschlicher Substanzen verwirklicht wird. Die Rechtstatsachen belegen, daß auf der Suche nach Heilung oder Linderung von Krankheitszuständen zugleich weitere Ziele, wie das Enhancement¹¹, an Bedeutung gewinnen. Auf dem Weg von der Entnahme hin zur Weiterverwendung oder Verarbeitung bedarf es vielfältiger Anstrengungen, die im Spannungsfeld stehenden Interessen in einen Wertungsgleichklang zu bringen.

Ein Beispiel soll die Problematik verdeutlichen. Der Schmerz der Mutter, deren 18jährige Tochter den Kampf mit der tödlichen Krankheit verloren hat, ist groß. Er ist noch größer, wenn sie ihr Kind, das zu Lebzeiten seine langen blonden Haare mit Liebe pflegte, kahl geschoren und ohne Gehirn, dafür aber mit offener Gehirnschale im Sarg vorfindet. Nicht erst dann, wenn sich das Gehirn der Verstorbenen später in einer Biobank wieder findet, eröffnen sich weitreichende rechtliche und ethische Fragen. Von der Bevölkerung emotional und kontrovers diskutiert, spiegeln Schlagzeilen wie „Geplündert ins Grab“¹² die Ängste und Verunsicherungen wider.

§ 168 StGB, die sog. Störung der Totenruhe, kann in derartigen Fällen ein stumpfes Schwert sein. Der Tatbestand schützt zwar ausdrücklich Teile des toten menschlichen Körpers und der toten Leibesfrucht vor unbefugter Wegnahme. Die zentralen Fragen nach der Zulässigkeit des Eingriffs in den toten Körper, der Entnahme und Weiterverwendung von Gewebeteilen beantwortet das Gesetz aber außerordentlich lückenhaft¹³. Denn die strafbaren Handlungen sind auf die unbefugte Wegnahme und das Verüben beschimpfenden Unfugs beschränkt. Ersteres scheitert idR daran, daß die Entnahme des Körpergewebes noch im Krankenhaus, insbesondere im Rahmen von Sektionen, erfolgt. Tritt der Tod im Krankenhaus ein, besteht nach überwiegender Ansicht zumindest so lange die tatsächliche Obhut der Anstaltsleitung am toten Körper, bis die Angehörigen Mitteilung erhalten, die Leiche könne abgeholt werden.¹⁴

¹⁰ Daher zu Recht nun § 4a TPG, wonach die Gewebe- und Organentnahme bei toten Föten und Embryonen von der Einwilligung der Person, die mit dem Embryo oder Fötus schwanger war, abhängt, vgl. BT-Drucks. 16/3146, S. 8, 47.

¹¹ Statt vieler *Lenk*, „Verbesserung als Selbstzweck? Psyche und Körper zwischen Abweichung, Norm und Optimum.“, in: Ach/ Pollmann (Hrsg.): „No Body Is Perfect. Baumaßnahmen am menschlichen Körper.“ 2006, 63 ff.

¹² Vgl. *Der Spiegel* 1993 (49), 68 ff.

¹³ Näher *Tag*, in: Heidelberger Kommentar zum StGB, 2007, § 168 Rn. 8 ff.

¹⁴ KG v. 20.11.1989 - 4 Ws 80/89 - Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 1990, 185. Allein das Totensorgerecht der Angehörigen genügt nicht, ein solches Obhutsverhältnis zu begründen. Zur Verfassungskonformität dieser Auslegung vgl. BVerfG v. 9.4.2002 - 2 BvR 710/01 - NJW 2002, 2861.

Dies eröffnet dem Zugriff auf den toten Körper weit die Türen – was besonders brisant ist vor dem Hintergrund, daß heute viele Menschen in Kliniken und Pflegeeinrichtungen sterben, gesetzlich bzw. vertraglich nicht legitimierte Eingriffe in den toten Körper primär in medizinischen Einrichtungen geschehen und der Körper des Menschen als Schatz des 21. Jahrhunderts betrachtet wird.

Das Transplantationsgesetz (TPG)¹⁵ vermag in solchen Fällen keinen Schutz zu bieten. Es pönalisiert als *lex specialis* zwar die Verletzung der Vorschriften über die postmortale Organentnahme mit Einwilligung des Spenders oder seiner Angehörigen, §§ 3, 4 TPG.¹⁶ Sein Anwendungsbereich ist aber auf die Spende und die Entnahme von menschlichen Organen, Organteilen oder Geweben zum Zwecke der Übertragung auf andere Menschen beschränkt, vgl. § 1 Abs. 1 TPG. Jede Entnahme mit anderem Verwendungszweck ist nicht erfaßt. Das Gewebegesetz,¹⁷ das die EG-Geweberichtlinie¹⁸ vom 7.4.2004 umsetzen soll, hat daran nicht grundlegend gerüttelt. Sein Anwendungsbereich wurde zwar auf die Entnahme von Zellen und Föten erweitert. Es gilt aber nur für die Entnahme zum Zwecke der Übertragung, d.h. für die Verwendung von Organen oder Geweben in oder an einem menschlichen Empfänger sowie für die Verwendung beim Menschen außerhalb des Körpers, Artikel 1, §§ 1, 1a Nr. 7 TPG. Innerhalb dieses Verwendungszweckes legen die Europäischen Vorgaben großes Gewicht auf die Aufklärung der spendenden Person bezüglich aller Entnahme- und Verwendungszwecke. Eine Verwendung, über welche vor der Entnahme nicht aufgeklärt wurde, ist unzulässig. Dieser bereits in Art. 22 der von Deutschland nicht unterzeichneten Bio-Ethikkonvention¹⁹ niedergelegte Grundsatz muß aber erst recht gelten, wenn der Eingriff aus anderen als den solidarisch motivierten Übertragungszwecken erfolgt. Konsequentermaßen mahnt die Empfehlung des Ministerrats über die Forschung mit biologischem Material menschlicher Herkunft²⁰ vom März 2006 in Art. 12 (Lebendspende) und Art. 13 (postmortale Entnahme) „appropriate consent or authorisation“ an, d.h. eine angemessene Einwilligung oder Bewilligung.

¹⁵ TPG in der Fassung des Gewebegesetzes vom 20. Juli 2007, BGBl I, 1574.

¹⁶ *Tag*, in: Münchner Kommentar zum Strafrecht, TPG, 2007, § 1 Rn. 14.

¹⁷ Gesetz über Qualität und Sicherheit von menschlichen Geweben und Zellen, BR-Drucks. 543/06; BT-Drucks. 16/3146.

¹⁸ 2004/23/EG, ABl. EU Nr. L 102, S. 48.

¹⁹ Art. 22: Wird bei einer Intervention ein Teil des menschlichen Körpers entnommen, so darf er nur zu dem Zweck aufbewahrt und verwendet werden, zu dem er entnommen worden ist, jede anderweitige Verwendung setzt angemessene Informations- und Einwilligungsverfahren voraus. Die Bioethik-Konvention wurde von Deutschland bislang weder unterzeichnet noch ratifiziert, vgl. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=164&CM=1&DF=8/23/2007&CL=GER> (Stand: 23.08.2007).

²⁰ Empfehlung 2006/4, adopted by the Committee of Ministers on 15. March 2006.

III. Berechtigte Anliegen der Medizin und der Humanforschung

Verändern wir die Blickrichtung vom Spender zum Verwender. Die Entnahme und Verwendung von biologischem Material menschlicher Herkunft muß dem Schutz der Würde und der Persönlichkeit des Menschen – aber unter Beachtung der berechtigten Anliegen der Ärzte, Forscher und Unternehmen – Rechnung tragen. Um eine qualitativ hoch stehende und transparente Forschung zu erreichen, sind insbesondere auch Maßnahmen zur Sicherstellung der Qualität und Transparenz von Forschungsprojekten zu treffen. Wenn Körpergewebe und Zellen beim lebenden bzw. toten Menschen entnommen werden, die Gewebeteile und hieraus gewonnene Daten gesammelt und in sog. Biobanken oder Biodatenbanken zusammengeführt werden, so geschieht dies auch im Interesse einer funktionierenden Gesundheitsfürsorge. Das Odium des Halb- oder Illegalen, das seit dem legendären Wirken von John Hunter im 18. Jahrhundert insbesondere den Umgang mit der Leiche prägt²¹, ist nicht mehr zeitgemäß. Die Gesellschaft benötigt die Erkenntnisse der Humanforschung – unabhängig davon, ob sie mit Gewebe und Zellen verstorbener oder lebender Menschen durchgeführt wird.

Und diejenigen, die die Forschung ermöglichen, durchführen und im Rahmen der Arzneimittel- und Medizinprodukteversorgung der Allgemeinheit zugänglich machen, sind in diesem ethisch und rechtlich diffizilen Gebiet angewiesen auf Rechtsklarheit und Rechtssicherheit. Klare Rahmenbedingungen für den Umgang mit biologischen Substanzen menschlicher Herkunft dienen nicht nur dem Schutz des Menschen, sondern geben auch den Forschenden und medizinisch Tätigen die nötige Sicherheit. Auf dem Weg dahin bedarf es auch einer Reform von § 168 StGB.²² Denn abgesehen vom Straf- und Strafprozeßrecht²³ sowie dem Transplantationsrecht²⁴ fällt der Umgang mit dem toten Körper in die Gesetzgebungskompetenz der Länder. Die Bestattungsgesetze und vereinzelt auch Sektionsgesetze²⁵ enthalten zwar einige Sonderregelungen zu Sektion und Gewebeentnahme. Sie sind aber weit davon entfernt, die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Gewinnung und Weiterverwendung

²¹ Instruktiv *Moore*, *The Knife Man. The extraordinary Life and Times of John Hunter, Father of Modern Surgery*, 2005.

²² Kritisch ebenfalls *Kopp*, *MedR* 1997, 547; *Stellpflug*, *Der strafrechtliche Schutz des menschlichen Leichnams*, Frankfurt 1996, S. 17; *Sternberg-Lieben*, *NJW* 1987, S. 206; Reformvorschläge z.B. bei *Czerner*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 115 (2003), 91, 99 ff.

²³ Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG.

²⁴ Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 GG.

²⁵ Näher Stellungnahme *wiss. Beirat* der BÄK „Autopsie“ vom 26.8.2005.

von menschlichen Geweben und Zellen bundeseinheitlich und transparent zu regeln.

IV. Rechtsnatur biologischer Materialien menschlicher Herkunft

1. Entnommenes Gewebe und Zellen als verkehrsfähige Sachen

Ein Schritt zu mehr Rechtsklarheit und Rechtssicherheit ist zudem die Klärung der Rechtsnatur des entnommenen Gewebes und der Zellen. Obgleich bis heute im Schrifttum nicht einhellig geklärt, erscheint es unumgänglich, daß mit der endgültigen Trennung vom bzw. Entnahme aus dem menschlichen Körper, Gewebe und Zellen zum Bezugsobjekt von Rechten und Pflichten, mithin zur Sache im Sinne von § 90 BGB werden.²⁶

Die Verkehrsfähigkeit dieser Substanzen zeigt sich rechtstatsächlich an der vielfältigen Nutzung von biologischem Material menschlicher Herkunft. Das Handelsverbot, wie es prominent in § 17 TPG geregelt, in § 18 TPG strafbewehrt und als Kommerzialisierungsverbot in etlichen europarechtlichen Richtlinien und internationalen Abkommen über die Weiterverarbeitung von menschlichem Gewebe und menschlichen Zellen anzutreffen ist, beweist geradezu, daß der menschliche Körper und Teile davon seit langem Gegenstand des Handels sind. Dies ist kein Widerspruch in sich. Denn das Verbot des Transplantationsgesetzes und das des Gewebegesetzes erfassen nicht den Handel aus und zu wissenschaftlichen Zwecken. Die in § 17 Abs. 1 S. 2 TPG verortete Arzneimittelklausel zeigt, daß Arzneimittel, die der arzneimittelrechtlichen Zulassungs- und Registrierungspflicht unterliegen oder von ihr freigestellt sind, vom Handelsverbot ebenfalls nicht betroffen sind. Der Verkauf von unentgeltlich erlangtem Blut seitens der Blutspendezentralen an die Krankenhäuser²⁷ ist ein zentrales Beispiel von Handel mit regenerierbaren Substanzen Lebender. Daran wird weder durch das Transfusionsgesetz, das Arzneimittelgesetz noch durch das Transplantationsgesetz – alle eingekleidet in das Gewebegesetz – gerüttelt.

2. Eigentumsfähigkeit von entnommenem Gewebe und Zellen

Obgleich diese Beispiele vielfältige Einblicke in die Wirklichkeit erlauben und zeigen, daß menschlichem Gewebe und Zellen Verkehrsfähigkeit

²⁶ So z.B. *Bilsdorfer*, Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR) 1984, 803 f.; *Brandenburger*, Juristische Schulung (JuS) 1984, 47; *Kindhäuser*, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 242 Rn. 12 f.

²⁷ *Schröder/Taupitz* (Fn. 4), 10 f.

zukommt, ist davon die Frage zu unterscheiden, ob bzw. wie Eigentum an Gewebe und Zellen erlangt werden kann. Bei der Beantwortung dieser Frage ist zwischen prämortaler und postmortaler Entnahme zu differenzieren. Werden dem lebenden Menschen Gewebe oder Zellen entnommen, vollzieht sich der Eigentumserwerb in entsprechender Anwendung von § 953 BGB. Die Trennung verwandelt das Gewebe in eine Sache, die dem Eigentum des ursprünglichen Trägers unterliegt.²⁸

Die postmortale Entnahme hat einen etwas anderen Ausgangspunkt. Zwar verwandelt der Tod den menschlichen Körper zum Bezugsobjekt von Rechten und Pflichten, d.h. zur Sache.²⁹ Da der tote Körper zu Lebzeiten aber keine Sache war, nicht im Eigentum des ehemaligen Menschen stand und bei Eintritt des Todesfalls auch nicht zum Nachlaß zählt,³⁰ ist er im Regelfall herrenlos.³¹ Dennoch kann auch an der Leiche bzw. ihren Teilen Eigentum begründet werden, und zwar aufgrund einer Spendeverfügung, einer behördlichen Bewilligung oder Anordnung oder entsprechend der zivilrechtlichen Grundsätze der Verarbeitung.

3. Schranken des Eigentumsrechts

Die in diesem Kontext immer wieder geäußerte Ansicht, postmortal entnommenes Gewebe und der tote Körper an sich seien *res extra commercium*, erscheint als eine realitätsferne Idealisierung.³² Und dennoch: ihr

²⁸ *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT/2, 28. Aufl. 2005, Rn. 65; BGH bei *Dallinger* MDR 1958, 739. Bisweilen werden die abgelösten Körperbestandteile aber auch - entsprechend dem Rechtsgedanken des § 958 Abs. 2 BGB - zunächst als herrenlose, dem Aneignungsrecht des ursprünglichen Trägers unterliegende Sachen betrachtet, vgl. *Kallmann*, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 1969, 572, 577; LG Mainz MedR 1984, 199 f.

²⁹ *Hoyer*, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 242 Rn. 4; *Tag*, MedR 1998, S. 387; zur Leiche als *res extra commercium* *Madea*, Leichenschau, 2. Aufl. 2006, 21. Die Objektqualität zeigt sich u.a. in § 4 TPG, das Verfügungsrecht des Angehörigen muss nur dem tatsächlichen bzw. mutmaßlichen Willen des Verstorbenen weichen, und dem Erbrecht, § 1922 BGB, wonach mit dem Tode einer Person deren Vermögen als Ganzes auf die Erben übergeht.

³⁰ NK-*Kindhäuser*, § 242 Rn. 26.

³¹ Strittig bei künstlich eingefügten Teilen, vgl. *Schünemann*, Die Rechte am menschlichen Körper, 1985, 30 ff.; SK-*Hoyer*, § 242 Rn. 16; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 28), Rn. 65; für die Beibehaltung der Sach- und Eigentumsqualität z.B. *Strätz*, Zivilrechtliche Aspekte der Rechtsstellung des Toten unter besonderer Berücksichtigung der Transplantationen, 1971, 53 ff.; für die Trennung nach Ersatz- und Zusatzimplantat vgl. *Gropp*, Juristische Rundschau (JR) 1985, 183.

³² Weder die geltenden Bestattungs- und Sektionsgesetze noch das StGB, das BGB und die europäischen Richtlinien entziehen menschliches Gewebe zwingend und ausnahmslos dem Rechtsverkehr. Die Anatomieleichen und Präparate sind prominente Beispiele, die Bandbreite zulässiger Nutzung von postmortal entnommenem Gewebe ist erheblich. Rechtstatsächlich zeigt sich dies an der vielfältigen, von der Gesellschaft zumindest tolerierten Nutzung der Leiche, so z.B. Organentnahme, Herstellen von Fertigarzneimitteln, vgl. BT-Drucks. 13/4355, S. 40, Kosmetika aus Körpersubstanzen, Verwendung in der wissenschaftlichen und industriellen Forschung, vgl. *Pulisch/Heifer*, NJW 1994, 2377; Landtag Baden-Württemberg, Drucks. 11/2978 v. 24.11.1993.

zentrales Anliegen, den Schutz der Menschenwürde und des postmortalen Persönlichkeitsrechtes zu unterstreichen, ist bedeutsam und muß bei der Bestimmung der Schranken des Eigentumsrechtes an biologischen Substanzen menschlicher Herkunft fruchtbar gemacht werden. Die besondere, die menschliche Herkunft von Gewebe und Zellen stehen ihrer grenzenlosen oder gar beliebigen Nutzung entgegen. Ihre persönlichkeitsrechtliche Prägung überdauert die Trennung, so daß bei einer Weiterverwendung der Respekt vor dem Menschen zu wahren ist. Der lebende Mensch und der tote Körper dürfen nicht zum bloßen Objekt kommerzieller oder auch Forschungsinteressen degradiert werden.³³

Wenngleich in einem anderen Kontext, hat der Bundesgerichtshof jüngst darauf hingewiesen, daß menschliches Gewebe nicht zu beliebigen Zwecken weiterverarbeitet und verwendet werden darf. Ohne die sozialetisch hoch stehende Verwendung von biologischen Substanzen zu medizinischen und Forschungszwecken auch nur ansatzweise in die Nähe des gleichermaßen erschütternden wie ethisch verwerflichen Kannibalenfalles³⁴ rücken zu wollen, kann aber durchaus festgestellt werden, daß die hier getroffene Grundaussage des Bundesgerichtshofes weit über den entschiedenen Fall hinaus Bedeutung für die Grenzen der Selbstbestimmung über den eigenen Körper und den Umgang mit der Leiche begründet. Denn neben Aufklärung und Einwilligung des Spenders bezüglich Entnahme und Weiterverwendung der Substanzen sind zudem die Vorgaben der verfassungsmäßigen Ordnung zu beachten. Hierzu zählt neben den Mindestanforderungen des Gesundheitsschutzes auch der ethisch korrekte Umgang mit dem Körper und seinen Teilen.

4. Bio(-daten-)banken

Die menschliche Herkunft der Substanzen entfaltet ihre Bedeutung nicht nur als Schranke des Eigentums- und Verwendungsrechtes, sondern gewinnt zentrale Bedeutung auch bezüglich der Achtung der informationellen Selbstbestimmung.³⁵ Die im Rahmen der Untersuchung der Körpersubstanz entnommenen Proben und erhobenen Daten von Patienten und Probanden werden mit zunehmender Tendenz in nationalen und internationalen Biobanken bzw. Datensammlungen aufbewahrt und vernetzt. Als Beispiele seien das Krebsregister oder auch die Brainbanks genannt.

³³ Vgl. Art. 1 Abs. 1 GG sowie Art. 21 der Bioethik-Konvention Artikel 21 (Verbot der Erzielung eines finanziellen Gewinns): „Der menschliche Körper und Teile davon dürfen als solche nicht zur Erzielung eines finanziellen Gewinns verwendet werden.“ Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin wurde von Deutschland bislang nicht unterzeichnet.

³⁴ BGH v. 22.4.2005 - 2 StR 310/04 - NJW 2005, 1876, 1878 „Kannibalenfall“.

³⁵ Ausführlich *Nationaler Ethikrat*, Stellungnahme Biobanken für die Forschung, 2004; zum Volkszählungsurteil vgl. BVerfG Urt. v. 15.12.1983 - 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83, BVerfGE (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts) 65, 1 ff.

Die Gewebe- und Datensammlungen werden dazu genutzt, einerseits medizinische Aussagen zu treffen und Forschung zu betreiben. Sie werden andererseits aber auch dazu eingesetzt, zu verstehen, wie der menschliche Körper funktioniert.

Bei den Gehirndatenbanken sollen Forschungsuntersuchungen kognitive, emotionale oder instinktive Elementarleistungen des Gehirns so darstellen, daß dabei die mentale Welt des Menschen zum Vorschein kommt. Zudem geht es darum, herauszufinden, wie das Gehirn vernetzt und wie Bewußtsein gebildet wird, ob Gedächtnisspuren im Gehirn entdeckt werden können. Untersucht wird, ob der Mensch in der Lage ist, seine eigenen inneren Prozesse zu identifizieren und kritisch zu hinterfragen. So spannend und bedeutsam derartige Themen für die Gesellschaft sind, so wichtig ist es zu beachten, daß die gewonnenen Daten erst durch Interpretation zu Information und Wissen werden und damit eine Fehleranfälligkeit nicht von der Hand zu weisen ist.

Die Konsequenzen zeigen sich in allen Bereichen der Gesellschaft, am deutlichsten jedoch im Recht. Denn die Untersuchung von menschlichen Geweben und Zellen ist höchst sensibel. Die dabei genommenen Proben und erhobenen Daten sind vielfältig nutzbar.³⁶ Aufgrund ihrer Prädiktivität, d.h. der hiermit eröffneten Möglichkeit von Wahrscheinlichkeitsaussagen und ihres Bezugs zu einem konkreten Menschen, erfordern sie eine erhöhte Sensibilität.

Um zu vermeiden, daß die Sammlung von Proben und Speicherung der Daten zum „gläsernen Menschen“ führen, daß Stigmatisierung und Diskriminierung ermöglicht wird, sind Bedeutung und Tragweite der Ergebnisse der Untersuchung für den Betroffenen bzw. seine Angehörigen und die Ziele und Qualität der Forschung in die Betrachtung mit einzubeziehen.

Zu Recht wurde in der gegenwärtigen Diskussion darauf hingewiesen, daß Forschung mit Daten, die aus der Untersuchung und Verwendung mit menschlichem Gewebe stammen, die Forschung an den untersuchten Personen mit umfaßt. Die gesammelten Proben und die gewonnenen Daten bilden den Gesundheitszustand, das genetische Profil, möglicherweise aber auch den Seelenzustand und das Persönlichkeitsprofil der untersuchten Person ab. Veränderungen in diesen Bereichen haben regelmäßig auch Veränderungen der entsprechenden personenbezogenen Daten zur Folge. Damit besteht die Möglichkeit, über die Daten einer untersuchten Person diese selbst zu erforschen. Die Untersuchung und Bewertung der Proben und Daten anstelle der untersuchten Person minimiert für diese nur die Fühlbarkeit ihrer unmittelbaren Betroffenheit.

³⁶ *Sprumont*, La protection des sujets de recherche, notamment dans le domaine biomédical, 1993, 205 ff.

V. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf

Die bisherigen Ausführungen konnten nur streiflichtartig einige Problemfelder aus dem großen Themenbereich Gewinnung, Entnahme und (Weiter-)Verwendung von biologischen Substanzen und Biobanken beleuchten. Dennoch scheint die Schlußfolgerung eindeutig. Die heutigen Gesetze können nur unzureichend Antworten geben auf Fragen, die beim Umgang mit menschlichen Substanzen entstehen. Daß das Kernstrafrecht keine Sonderregelung bezüglich fehlerhafter oder eigenmächtiger (Heil-)behandlung kennt³⁷, daran haben wir uns gewöhnt. Können und sollen wir uns aber damit abfinden, daß bislang ungeklärt ist, ob der Patient oder Proband auch über Sekundärzwecke der Entnahme, wie z.B. die Weiterverwendung des Gewebes im Rahmen der Forschung, aufzuklären ist? Daß vom Körper getrennte Substanzen unter die schlichten Regelungen zum Schutz von Sachen fallen und die persönlichkeitsrechtliche Komponente im Strafrecht weitgehend ausser Betracht bleibt? Daß das Gesetz den zulässigen Umgang mit dem toten Körper nur ansatzweise und ohne die erforderliche Rechtssicherheit regelt? Und ist das Recht darauf vorbereitet, daß die Vision des „gläsernen Menschen“ gerade im Bereich der Biobanken und Biodatenbanken die Schwelle vom virtuellen in die reale Welt überschritten hat?

Diese Fragen fordern den Gesetzgeber mit guten Gründen auf, tätig zu werden. Neben der Umsetzung der EU-Geweberichtlinie und einer Reform von § 168 StGB, sollte über ein Humanforschungsgesetz nachgedacht werden, wie es bereits in der Schweiz als Entwurf der Öffentlichkeit vorgestellt und in Fachkreisen, aber auch in der Allgemeinbevölkerung diskutiert wird³⁸. Damit können zwar nicht alle Probleme gelöst werden – aber zumindest wird ein Rahmen abgesteckt, in welchem die Chancen und Nachteile in einem vertretbaren Maß und mit entsprechenden Verfahrensgarantien abgewogen werden. Mindestens gleich gewichtig ist das Führen einer breit angelegten gesellschaftlichen Diskussion über die Zulässigkeit und Grenzen der Forschung mit und (Weiter-)Verwendung von Geweben und Zellen menschlicher Herkunft sowie dem Führen von Biobanken und Biodatenbanken.

Dem Göttinger „Zentrum für Medizinrecht“ steht nicht nur in diesem Bereich ein weites Betätigungsfeld offen. Dem Vorstand und allen am Zentrum Mitarbeitenden sei viel Freude und Erfolg bei dieser wichtigen Aufgabe beschieden. Und wenn ein Rechtsvergleich mit der Schweiz oder ein Rechtsgespräch mit dem befreundeten Nachbarland willkommen ist, wäre es stets eine Freude, den Austausch und die Zusammenarbeit zwischen dem Göttinger Zentrum für Medizinrecht und der Universität Zürich zu pflegen.

³⁷ *Tag* (Fn. 5), S. 445 ff.

³⁸ Nähere Angaben unter <http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/00701/00702/01769/index.html?lang=de> (Stand 22.08.2007).

Gegenwarts- und Zukunftsfragen aus der Sicht des Weltärztebundes

Dr. med. Dr. h.c. Otmar Kloiber

Secretary General, Weltärztebund - World Medical Association

I. Einführung

Lassen Sie mich zunächst ein paar Worte über den Weltärztebund verlieren: Bereits zu Ende des Zweiten Weltkrieges trafen sich im Juli 1945 im Londoner Haus der British Medical Association Ärztevertreter von 29 nationalen Ärzteorganisationen.¹ Man beschloss, die 1926 gegründete „L'Association Professionnelle Internationale des Médecins“ (APIM), einen klassischen internationalen Berufsverband mit bis dahin 23 Mitgliedsorganisationen, nicht mehr fortzuführen. Auch und vor allem vor dem Hintergrund des Missbrauchs der Medizin in Deutschland wollte man in der internationalen Zusammenarbeit einen Neuanfang machen und von da an ein ausdrückliches Gewicht auf die Befassung mit der medizinischen Ethik und der Berufsordnung legen.

¹ WMA, W.M.A. *WMA History*. [WWW] 2003 [cited; Available from: <http://www.wma.net/e/history/index.htm>].

Nach einigen Vorbereitungen wurde am 18. September 1947 – man bemerke, wenige Tage nach dem Abschluss des Nürnberger Ärzteprozesses – der Weltärztebund, die World Medical Association, in Paris gegründet. Seitdem beschäftigen wir uns vornehmlich mit Fragen der Medizinethik, insbesondere der Deontologie. Wir haben aber nie das soziale, ökonomische und das ökologische Umfeld der Medizin vergessen und stets versucht, diese Bereiche und auch ihre Bedeutung für die Medizinethik zu beleuchten.

Drei Themenfelder, die uns teilweise seit vielen Jahren bewegen, sind vorausgehend schon angesprochen worden:

- Die Fragen zur ärztlichen Behandlung am Lebensende,
- zur Steuerung der Ökonomie der Gesundheitswesen durch staatliche Regelungen und
- die Forschung, Verwendung und Kommerzialisierung von menschlichen Organen, Geweben, Zellen, Biobanken und Biodatenbanken.

Alle drei Themenfelder waren und sind Teil unserer Agenda, und in diesen Kanon einfügen möchte ich auch die Fragen der Reproduktionsmedizin – oder allgemeiner – die Fragen um den Anfang menschlichen Lebens.

Ich werde diese Themen hier nicht vertiefen, möchte aber dennoch zu erkennen geben, dass gerade die Fragen um Anfang und Ende menschlichen Lebens momentan in der Ärzteschaft keinen internationalen Konsens finden. Zwar ist deutlich erkennbar, dass die Ablehnung der Euthanasie, der aktiven Sterbehilfe und der ärztlichen Hilfe zum Selbstmord in den ärztlichen Organisationen zugenommen hat, dennoch verteidigen die Ärzteorganisationen Hollands und Belgiens eine aktive Rolle des Arztes bei der Beendigung des Lebens ihrer Patienten.

Völlig anders gestalten sich die Fragen um den Anfang menschlichen Lebens: Hier werden zwei starke Lager sichtbar: Das eine befürwortet eine Liberalisierung neuer Methoden, und das schließt den gesamten Bereich von der Gametenspende über die Beforschung embryonaler Stammzellen bis hin zum Klonen zu Forschungszwecken ein. Das andere Lager hat demgegenüber eine eher ablehnende Haltung zu diesen Methoden. Die ehrliche Feststellung der Konsenslosigkeit hat den Weltärztebund aber nicht daran gehindert, Vorschläge und Forderungen für Mindestregelungen in diesen Bereichen zu machen - dies stets unter dem Vorbehalt der grundsätzlichen Akzeptanz dieser Methoden im jeweiligen Land.²

² WMA, W.M.A. *WMA Policy Handbook*. [WWW] 2003 2006 [cited; Available from: <http://www.wma.net/e/policy/handbook.htm>].

Ich würde gerne drei sehr unterschiedliche Themen anreißen, die uns ärztliche Organisationen auf internationaler Ebene gegenwärtig, und sicher auch in der Zukunft, massiv berühren und die dennoch bisher nicht immer genügend Aufmerksamkeit in unseren Gremien gefunden haben.

Dies sind:

1. ein spezieller Aspekt der Patientensicherheit,
2. die Krise der Humanressourcen in der Welt und die damit verbundene Migration von Ärzten und anderen Fachkräften und
3. der Verlust an ärztlicher Autonomie und der stete Abbau von Selbstverwaltungsrechten. Diesen, das darf ich vorwegnehmen, werte ich als einen bedrohlichen Demokratieabbau.

II. Patientensicherheit: Produktfälschungen

Nicht nur in Deutschland werden wir ein System finden müssen, das es uns erlaubt, Informationen über Fehler in der Patientenbehandlung sammeln zu können, ohne dass die Berichte mehr oder weniger direkt einer strafrechtlichen Würdigung zugeführt werden können. Dabei wird die Schwierigkeit sein, ein – „neudeutsch“ – Blame-free reporting system mit der nötigen Verantwortlichkeit auszustatten. Aber das soll heute nicht mein Thema sein, sondern heute möchte ich über eine andere Bedrohung der Patientensicherheit sprechen: Jener, die von Produktfälschungen ausgeht.

Während allenthalben über gefälschte Rolexuhren, Jeans oder auch raubkopierte Computersoftware gesprochen wird, ist der Gesundheitsbereich bisher völlig ausgeblendet gewesen. In der Tat haben auch wir angenommen, dass gefälschte Arzneimittel ein Problem der Entwicklungsländer seien. Schaut man sich jedoch die „Top Ten“-Liste der Erzeuger- und Verbraucherländer gefälschter Arzneimittel an, die vom Pharmaceutical Security Institute erstellt wurde, dann wird man eines Besseren belehrt: Unter den ersten Zehn tauchen auch die USA, Südkorea, das Vereinigte Königreich, Deutschland und Israel auf.³ Betrachtet man die starke Zunahme der Produktpiraterie im medizinischen Bereich, dann darf man mit einem bitteren Beigeschmack auch diese reichen Länder „Entwicklungsländer“ nennen.

Auch bei uns sind gefälschte Arzneimittel und Medizinprodukte im Umlauf. Das reicht vom Pseudo-Viagra aus der vermeintlich kanadischen Internetapotheke bis hin zum schlecht kopierten Elektrorollstuhl. Das Fälschen eines Medikamentes ist wahrscheinlich noch einfacher als das

³ Kubic, T., *The 2005 Situation Report*, W.M.A.R. Meeting, Editor. 2006: Amelia Island.

Fälschen einer Markenuhr. Hingegen ist die Chance, entdeckt zu werden, enorm gering. Letztendlich ist es bei dieser Kriminalität wie bei jedem anderen Handel mit illegalen Substanzen: Sie folgt dem Geld. Wer glaubt, wir in Deutschland seien davor geschützt, irrt.

Produktfälschungen sind allerdings keineswegs ein nur ökonomisches und strafrechtliches Problem. Sie sind auch und vor allem ein gravierendes und teilweise extrem bedrohliches gesundheitliches Problem. Counterfeits, wie wir sie nennen, können den aktiven Wirkstoff, also das eigentliche Medikament, enthalten oder auch nicht. Es kann sein, dass es die angegebene Dosierung hat; es kann sein, dass etwas anderes darin ist; es kann sein, dass die Substanzen giftig oder einfach nur unwirksam sind.

Daraus ergeben sich mehrere konkrete oder indirekte Gefährdungen für die Patienten:

1. Patienten können durch Toxine oder Verunreinigungen vergiftet oder infiziert werden.
2. Nicht-vorhandene Wirkstoffe, nicht ausreichend dosierte oder unwirksame Inhaltsstoffe machen die Behandlung wirkungslos. Tritt dies im Zusammenhang mit einer Antibiotikatherapie ein, so kann die zu gefährlichen mikrobiellen Resistenzen führen, die ein massives öffentliches Gesundheitsrisiko darstellen.
3. Gefälschte Medikamente gefährden die korrekte Erfassung von Nebenwirkungen und können zu fatalen Rückschlüssen auf die echten Arzneimittel führen.
4. Produktfälschungen berauben die rechtmäßigen Hersteller um ihren wirtschaftlichen Erfolg. Die Neuentwicklung von Medikamenten wird damit erheblich behindert oder gar verhindert.
5. Und: Gefälschte Medikamente zerstören Vertrauen und wirken sich negativ auf die Compliance der Patienten aus. Auch dies gefährdet indirekt die Behandlung der Patienten.

Wir werden alsbald unter der Führung der WHO gemeinsam mit anderen privaten Organisationen, nationalen Regierungen, internationalen Strafverfolgungsbehörden und dem Zoll sowie der Industrie eine Arbeitsgemeinschaft (IMPACT) formell einsetzen und mit der koordinierten Bekämpfung der Produktpiraterie beginnen.⁴ Sie wird allerdings fruchtlos bleiben, wenn nationale Zoll- und Strafverfolgungsbehörden dieses Thema nicht wesentlich ernster nehmen als bisher.

⁴ WHO, W.H.O. *International Medical Products Anti-Counterfeiting Taskforce - IMPACT*. 2006 [cited; Available from: <http://www.who.int/medicines/services/counterfeit/en/>].

III. Humanressourcen in der Medizin

Sie werden die Klagen der Bundesärztekammer⁵ und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung über den sich entwickelnden Ärztemangel in Deutschland schon gehört haben. In der Tat wandern deutsche Ärzte aus nach Großbritannien, Skandinavien, die Schweiz, die USA, Frankreich und die Niederlande. Aber gleichzeitig sind wir auch Einwanderungsland für Ärzte aus Mittel- und Osteuropa. So ist Deutschland zentraler Teil einer globalen Migration von Gesundheitsfachkräften, die sich auf europäischer Ebene als eine Migration von Ost nach West und auf globaler Ebene von Süd nach Nord beschreiben lässt.

Während unsere Probleme zwar als schwierig und lästig zu bezeichnen sind, so z.B. der Mangel an Allgemeinärzten in ländlichen Regionen und die Nachwuchssorgen in den Fachkliniken unserer Universitäten, sie wirken verglichen mit den Problemen ganz besonders einiger afrikanischen Staaten geradezu kosmetisch.

Die Attraktivität gerade der angelsächsischen Länder hat zu einem wahren Exodus von Ärzten aus afrikanischen und asiatischen Ländern geführt. Die ohnehin schon geringe Arztdichte in vielen Ländern südlich der Sahara ist nunmehr in eine echte Katastrophe gemündet.⁶ In den USA alleine arbeiten mehr als 210.000 Ärzte, die in anderen Ländern ausgebildet worden sind, das entspricht 27 % der dort tätigen Ärzte. In Großbritannien sind es mehr als 68.000, entsprechend 33 %, und in Kanada mehr als 13.000, d.h. 23 %. Und umgekehrt: Fast 20 % aller angolanischen Ärzte arbeiten in OECD-Ländern, genauso 30 % aller ghanaischen Ärzte und gar 37% aller südafrikanischen Ärzte. Das sind nur einige Beispiele, aber sie zeigen deutlich den Trend: Die wesentlich bessere Bezahlung in den westlichen Ländern ist ein starker Anreiz für die Migration. Aber alleine darauf abzustellen wäre ein fataler Irrtum.

Die Arbeitsbedingungen, die Arbeitsumgebungen sind ein weiterer wichtiger Grund, warum Länder verlassen werden. Gewalt am Arbeitsplatz, kaum Behandlungsmöglichkeit für die Patienten, Gängelung durch die Regierungen oder die Versicherungen, mangelnde Bildungschancen für die eigenen Kinder, eine überbordende Bürokratie, extrem lange Arbeitszeiten, kaum Freizeit und mangelnde Chancen für den eigenen Aufstieg sind einige Beispiele, die als Gründe für das Verlassen des eigenen Landes genannt werden. An dieser Stelle muss die Frage erlaubt sein, ob die von der internationalen Gemeinschaft und besonders von der WHO seit mehreren Jahrzehnten verfolgte Politik der Konzentration auf die

⁵ Kopetsch, T., *Bundesärztekammer-Statistik: Ärztemangel trotz Zuwachsraten*. Deutsches Ärzteblatt, 2006. 103(10): p. A-588 / B-509 / C-489.

⁶ WHO, W.H.O., *Working together for Health - World Health Report 2006*. World Health Report, ed. W.H.O. WHO. 2006, Geneva. 209.

Einrichtung und Förderung von primären Versorgungssystemen der richtige Weg ist?

Auf den ersten Blick ist in einer wirtschaftlich schwierigen Situation die Konzentration auf das Wesentliche, und als das wird die Primärversorgung gemeinhin angenommen, auch in der Medizin ein Gebot der Stunde. Aber einem ersten Schritt sollte, wenn man ein Ziel verfolgt, auch der zweite folgen. Mag sein, dass die Fokussierung auf die Primärversorgung in der Stunde der Not effektive Hilfe bringen kann, aber wenn es dabei bleibt, hat man nichts als eine Sackgasse gebaut.

Für die Patienten bedeutet diese Beschränkung auf die Primärversorgung, dass sie mit komplizierten und schwierigen Erkrankungen und Behinderungen nicht mit Hilfe rechnen können, denn eine entsprechende Kompetenz fehlt. Für die Ärzte und Krankenschwestern bedeutet dies – ich übertreibe etwas – dass Sie sich auf das Verteilen von Aspirin und Pflastern konzentrieren dürfen. Weder können Sie ihren Schwerkranken richtig helfen, noch haben sie selbst eine berufliche Perspektive in einem solchen System.

Für die Regierung ist dies ein Freibrief, ihre Anstrengungen für eine sinnvolle Entwicklung des Gesundheitswesens einzustellen. Kann man doch so das eingesparte Geld für andere Zwecke abzweigen. Nicht nur hat sich unter dieser Politik der Konzentration auf Primärsysteme seit mehr als zwei Jahrzehnten die Versorgungssituation in den ärmsten Ländern nicht gebessert, sondern sie hat sich verschlechtert. Schaut man auf die langfristigen Effekte, zum Beispiel bei den Fachkräften im Gesundheitswesen, dann muss man die so erzeugte Perspektivlosigkeit wohl auch als eine der Ursachen der jetzigen Misere ansehen.

Natürlich kommt hinzu, dass etliche der reichen und der sehr reichen Nationen, so die Schweiz, die skandinavischen Länder, Kanada und die USA, die Ausbildung von Ärzten und Krankenschwestern sträflich vernachlässigt und damit einen erheblichen Sog erzeugt haben. Sie lassen jetzt andere Länder für diese Versäumnisse die Zeche zahlen. Interessant ist allerdings, und das ist besonders gut in Deutschland zu sehen: Neben der räumlichen Migration, über die Grenzen hinweg, gibt es auch eine soziale Migration: Ein erheblicher Anteil der erfolgreichen Absolventen des Medizinstudiums tritt den Arztberuf gar nicht erst an, und während früher Ärzte eher zu den Selbstständigen gehörten, die sehr spät in Rente gingen, müssen nun die Versorgungswerke eine erhebliche Vorverlegung des Rentenalters feststellen.

Es wäre Unsinn zu bestreiten, dass gerade die schlechte Bezahlung der angestellten Ärzte in Deutschland einen wesentlichen Teil unseres Problems darstellt. Aber es ist eben nur ein Aspekt. Die mitunter menschenverachtenden Arbeitsbedingungen, die zunehmende Rationierung – die ja obendrein noch den Ärzten angelastet wird – und die bürokratische Gän-

gelung sind mindestens ebenso wichtige Gründe für die Unzufriedenheit der Ärzte hier und in etlichen anderen Ländern.

IV. Abbau der ärztlichen Autonomie und Selbstverwaltung

Dies führt mich lückenlos zu meinem dritten Thema: Dem Verlust an ärztlicher Autonomie und dem Abbau der beruflichen Selbstverwaltung: Ärztliche Autonomie, lassen Sie mich das vorwegschicken, ist keine Narrenfreiheit und auch kein göttliches Privileg. Sie ist für mich, ähnlich wie die Schweigepflicht, ein fortgeleitetes Recht des Patienten. Sie ist ein Schutz der Patient/Arzt-Beziehung, die dem Arzt ermöglichen soll, die jeweils beste Behandlung dem Patienten in einer Atmosphäre des gegenseitigen Vertrauens, frei von Einflüssen Dritter, zukommen zu lassen.

In einer Zeit, in der „Managed Care“ und „Diagnosis Related Groups“ und nicht mehr die Bedürfnisse des Patienten den ärztlichen Alltag bestimmen, hat natürlich die ärztliche Autonomie keinen Platz mehr. In einer kommerzialisierten Medizin hat der Arzt sich nach dem Profit auszurichten. An Stelle seiner Entscheidung im Sinne des Patienten – oder besser noch: mit dem Patienten – tritt eine vorgefertigte, kommerziell ausgerichtete Entscheidung des Arbeitgebers oder des Geldgebers, die vom Arzt zu vollstrecken ist. Patienten werden auf Geschäftsprozesse reduziert, Ärzte werden zu weisungsgebundenen Gesundheitstechnikern. Die Scheinselbständigkeit im System der gesetzlichen Krankenversicherung in Deutschland macht da auch keine Ausnahme.

Doch die Gängelung beschränkt sich nicht auf die individuell professionelle Autonomie: Zur Kommerzialisierung der Medizin gehört auch, die kollektive Selbstverwaltung abzubauen. Die gegenwärtigen Vorschläge, den „Gemeinsamen Bundesausschuss“ in Zukunft durch das Ministerium zu benennen, fallen in die gleiche Kategorie des Demokratieabbaus, wie die Übertragung der Fortbildungsregelung von den Kammern auf den „Gemeinsamen Bundesausschuss“. Diese Entdemokratisierung findet keineswegs nur in Deutschland statt. Sehr ähnliche Bemühungen, sich der lästigen Selbstverwaltungen zu entledigen, finden Sie auch in Neuseeland, Australien, Hong Kong, Israel, Ungarn, Großbritannien, den Niederlanden, in Bolivien und Venezuela.

Während einst den westlichen Demokratien bürgernahe Entscheidungsprozesse als ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal zu den kommunistischen Diktaturen dienten, gibt es nun offenbar keine Skrupel mehr, Selbstverwaltung, meist heimlich und in kleinen Stücken, zu demontieren. Wir sind an einem Wendepunkt angelangt, bei dem die Frage der Würde und der Rechte unserer Patienten und damit auch unserer Arbeit zur Disposition gestellt wird. Es betrifft dies wegen der erhebli-

chen wirtschaftlichen Bedeutung des Gesundheitswesens zunächst die Ärzte, andere Freie Berufe werden folgen, wenn dieser Trend nicht gestoppt wird.

Ich bin auch fest davon überzeugt, dass die Bereitschaft der Bürger, auf regionaler und beruflicher Ebene Verantwortung und damit verbundenen Pflichten zu übernehmen, eine der besten Garantien für den demokratischen Staat ist. Und wer auch immer an Demokratie glaubt, sollte sie stärken und nicht unterminieren. Der Abbau von Freiheit und Demokratie ist immer auch mit einer Beschränkung der Patientenrechte verbunden. Sie sind, das hat die Historie des 20. Jahrhunderts gezeigt, untrennbar miteinander verbunden.

Wir sehen unsere Freiheit als Bürger und als Angehörige eines Freien Berufes nicht als einfach gegeben an. Wir wissen, dass Sie überall und jederzeit eine Verteidigungsbereitschaft braucht, und wir sind bereit, dafür einzutreten.

Den Letzten beißen nicht die Hunde: Die Haftung bei der arbeitsteiligen Medizin

*Prof. Dr. jur. Dr. jur. h.c. mult. Drs. med. h.c. Erwin Deutsch
Universität Göttingen*

Wladimir Iljitsch Lenin wird der Ausspruch zugeschrieben: „Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser.“ In der arbeitsteiligen Medizin, insbesondere in der mehr und mehr spezialisierten Medizin, ist ein gewisser Grad des Vertrauens notwendig, schon aus Zeitgründen. Die Wiederholung aller möglichen diagnostischen, aber auch präoperativen Untersuchungen, wäre zeitaufwendig und kostenreich. Es gibt aber auch Verhältnisse, in denen die Kontrolle oder sogar die Wiederholung dieser Tests notwendig ist. Jedenfalls wird man wohl auf einer kursorischen Übersicht bestehen müssen, die auch Anlass zur Nachprüfung geben kann.

I. Notwendigkeit und Arten der arbeitsteiligen Medizin

1. Notwendigkeit der arbeitsteiligen Medizin

a) Konsiliartätigkeit

Die Hinzuziehung eines Arztes einer anderen Fachdisziplin zur Beratung ist keine arbeitsteilige Medizin. Vielmehr erteilt der Konsiliar einen selbständigen Rat, den der behandelnde Arzt in seine Behandlung aufzunehmen hat. Natürlich ist auch der Konsiliarius ein Zuarbeiter, er gehört jedoch nicht zu dem Bereich, der herkömmlicherweise als arbeitsteilige Medizin bezeichnet wird.¹

b) Zusammenarbeit im Team

Viele medizinische Maßnahmen erfordern ein Zusammenwirken mehrerer Personen. Dabei kann es sich um Vorgesetzte und Untergebene handeln, ein besonderes Problem, das hier nicht behandelt werden soll. Es kann sich aber auch um die Zusammenarbeit verschiedener Ärzte unterschiedlicher Fachdisziplinen handeln. Dann ist, insbesondere wenn sie in einer gewissen Zeitfolge tätig werden, die Problematik des Vertrauens und Misstrauens angesprochen.

2. Arten der arbeitsteiligen Medizin

a) Grundsätzliche Einteilung

In der Literatur wird deutlich zwischen vertikaler und horizontaler Arbeitsteilung unterschieden.² Die Einteilung in vertikale und horizontale Arbeitsteilung scheint relativ unsicher zu sein. Unter vertikaler Arbeitsteilung wird meistens die Zusammenarbeit zwischen Chef und Assistenten, bzw. zwischen Vorgesetzten und Untergebenen angesehen.³ Dabei gibt es aber Abgrenzungsprobleme, wenn sich die Fächer nahe kommen und sich die Verantwortlichkeiten überschneiden.

¹ Er wird auch niemals bei der arbeitsteiligen Medizin aufgeführt, vgl. *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2002, § 101 Rn. 6 ff.; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 5. Aufl. 2003, Rn. 168: Zusammenarbeit im Team.

² *Rumler-Detzel*, Arbeitsteilung und Zusammenarbeit in der Chirurgie, Zeitschrift für Versicherungsrecht (VersR) 1994, 254 ff.; *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage 2002, § 101, Rn. 3. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 5. Auflage 2003, Rn. 168 behandeln unter „Arbeitsteilung“ nur die horizontale.

³ Vgl. *Rumler/Detzel* und *Laufs/Uhlenbruck*, a.a.O.

b) Vertikale Arbeitsteilung

Mit dem Begriff vertikaler Arbeitsteilung ist meistens die Leitungsebene angesprochen. Es geht also darum, ob ein Arzt einem anderen Weisungen erteilen kann oder nicht.⁴ Hier wird auch vom hierarchischen Prinzip gesprochen, das die vertikale Arbeitsteilung trägt.⁵ Es gibt aber auch aneinandergrenzende Gebiete, bei denen die Vertikalität vom Fach her gegeben ist, etwa die Neurologie und die Neurochirurgie, die Unfallchirurgie und die Orthopädie. In einzelnen Bereichen wird man hier auch von vertikaler Arbeitsteilung sprechen können.

c) Horizontale Arbeitsteilung

Die wirkliche arbeitsteilige Medizin wird horizontal geleistet. Dabei handelt es sich um selbständig tätige Mediziner, in gleichen oder benachbarten Gebieten, bei denen man sich auf die Angaben oder die Tätigkeiten des anderen verlassen kann. Die Beispiele sind Legion: die Angaben der klinischen Medizin über Blutgruppen, erhobene Werte von dem Patienten, die bei der Behandlung in der Chirurgie oder Anästhesiologie eine Rolle spielen. Zu nennen ist hier ebenfalls die Trennung in der Nachsorge zwischen der Anästhesie einerseits sowie der Chirurgie bzw. der Intensivmedizin andererseits. Dabei kommt es sogar vor, daß der Patient von einer Klinik in die andere geschickt wird und die Frage der Aufklärung zur Debatte steht. Auch kann es sein, dass aus einer Arztpraxis der Patient in die Klinik geschickt wird und wieder zur Arztpraxis zurückkehrt, sodass aus der Klinik die notwendigen Mitteilungen erfolgen müssen.⁶

⁴ Rumler/Detzel, VersR 1994, 256 f.; Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage 2002, § 101 Rn. 10.

⁵ Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage 2002, Rn. 10.

⁶ Vgl. BGHZ (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen) 89, 263 (Betreuung eines zur Narkose gelegten zentralvenösen Zugangs in der postoperativen Phase); BGHSt (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen) Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1980, 649 (Abgrenzung der Verantwortlichkeit zwischen Chirurgen und Anästhesisten hinsichtlich einer Aspirationspneumonie); BGH (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes) NJW 1994, 797 (Berichtspflicht eines hinzugezogenen Arztes); BGH NJW 1984, 1403 (Verantwortlichkeit für die Lagerung des Patienten bei der Operation); BGH NJW 1990, 2929 (Aufklärung in erster Klinik hinsichtlich des Eingriffs in der zweiten); BGHSt Zeitschrift für Medizinrecht (MedR) 1998, 102 (Urlaubsvertreter zur Plausibilitätskontrolle verpflichtet; zahlreiche Nachlässigkeiten erlauben kein Vertrauen); OLG Köln, VersR 1993, 1157 (Vertrauen des niedergelassenen Arztes in die Diagnostik des ihm in personeller und apparativer Ausstattung überlegenen Krankenhauses); BGH NJW 1989, 767 (fehlerhaftes Verhalten des zugezogenen und des behandelnden Arztes).

II. Grundsätze der Rechtsprechung bei der horizontalen Arbeitsteilung

1. Vertrauen beim Haftungsgrund

Die Rechtsprechung in Zivil- und Strafsachen erlaubt es grundsätzlich, auf die sorgfältige Zuarbeit des jeweiligen anderen Arztes zu vertrauen. So darf der Anästhesist darauf vertrauen, daß das Kind in der Nachsorge des Urologen besonders eng überwacht wird, wenn ein zentraler Venenkatheter am Ort geblieben ist und die Möglichkeit des Herausfallens besteht.⁷ Die Anästhesistin darf dem Chirurgen vertrauen, daß dieser den Patienten befragt hat, ob er vor Kurzem etwas gegessen hat, ebenso ist der Anästhesist nicht strafrechtlich verantwortlich, wenn in der postoperativen Phase eine Weiterbehandlung teilweise unterlassen wird.⁸ Dieses Vertrauen bezieht auch die Erwartung auf eine Mitteilung des hinzugezogenen Arztes ein, wenn Maßnahmen über den Überweisungsauftrag hinausgehen sollten, wegen Nichterscheinens des Patienten aber nicht mehr durchgeführt worden sind. Ein vom BGH entschiedener Fall betraf die Überweisung des Patienten durch einen Augenarzt an eine Klinik zur Tränenwegsspülung mit Glaukomverdacht, der von der Klinik nicht mitgeteilt wurde.⁹

2. Gegenseitiges Vertrauen

Das Vertrauen in der arbeitsteiligen Medizin kann auch gegenseitig sein, etwa wenn sowohl der Anästhesist als auch der Operateur die Befunde gleicher Art nicht erhoben haben. Relevant wurde dieses in einem Fall, in dem es um eine Entbindung mittels Kaiserschnitt ging, in deren Verlauf bei der Narkose Halothan verwandt wurde. Bei einer erforderlich werdenden Wundrevision wurde wiederum Halothan verwendet. Die Patientin verstarb an Leberversagen. Sowohl der Operateur bei der zweiten Operation als auch der Anästhesist hätten Laboruntersuchungen veranlassen müssen, welche die hepatische Vorbelastung (Leberanfälligkeit) der Patientin aufgezeigt hätten. Hier ging es darum, dass sowohl der Anästhesist als auch der Operateur sich aufeinander verlassen haben.¹⁰ Beide haften als Gesamtschuldner gemäß §§ 840, 426 BGB.

⁷ BGHZ 89, 263.

⁸ BGH NJW 1980, 649; BGH NJW 1980, 650.

⁹ BGH NJW 1994, 797.

¹⁰ BGH NJW 1987, 2293.

3. Unterbrechung des Haftungszusammenhangs

Es kann auch sein, daß der Haftungszusammenhang durch einen schweren Fehler des nachbehandelnden Arztes unterbrochen wird, wenn dieser dieselbe Diagnostik betrifft. In einem Beispielsfall ging es um eine Verdachtsdiagnose der Rötelinfection, für welche der Dermatologe (Hautarzt) haften würde. Jedoch hatte der später die Schwangerschaft betreuende Gynäkologe (Frauenarzt) grob fehlerhaft selbst keine Rötelndiagnostik betrieben.¹¹

4. Vertrauensschutz bei der Aufklärung

Es kann schließlich auch sein, daß zwei Kliniken zusammenarbeiten. Wenn hier eine Spezialklinik den Patienten untersucht, berät und auf einen Eingriff vorbereitet, der dann von den Ärzten in der Universitätsklinik vorgenommen wird, ist es auch Aufgabe des Arztes der Spezialklinik den Patienten umfassend über Verlauf, Risiken und Erfolgsaussichten des Eingriffs aufzuklären. Hier handelte es sich um die Operation zur Entfernung von Verkalkungen des Herzbeutels, die sogenannte Pericardektomie.¹²

5. Zusammenfassung der Rechtsprechung

Der Arzt, der von einem anderen Arzt in herkömmlicher Weise Mitteilungen bekommt oder jedenfalls erwarten kann, darf sich grundsätzlich auf den Vertrauensgrundsatz berufen. Das gilt insbesondere, wenn der mitteilende Arzt in einer personell und apparativ überlegen ausgestatteten Klinik tätig ist. Wenn sich allerdings Zweifel an der Richtigkeit der Mitteilung aufdrängen, etwa zahlreiche Nachlässigkeiten vorgekommen sind, ist für Vertrauen kein Platz. Jedenfalls muss eine Plausibilitätskontrolle erfolgen.¹³

¹¹ OLG Hamm VersR 1989, 1263.

¹² BGH NJW 1990, 2929.

¹³ Besonders deutlich in OLG Köln VersR 1993, 1157 (Vertrauen so lange sich Zweifel an der Richtigkeit aufdrängen müssen); BGH MedR 1998, 102 (Kein Vertrauen, wenn zahlreiche Nachlässigkeiten vorgekommen sind; jedenfalls Plausibilitätskontrolle).

III. Vertrauen als Merkmal des Fahrlässigkeitsbegriffs

1. Fahrlässigkeit als Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt

Nach § 276 Abs. 2 BGB handelt derjenige fahrlässig, der die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Dieser dritte bei der Beratung des BGB gewählte Begriff,¹⁴ ist auch der gelungenere.

Zunächst wählte man „die Sorgfalt des ordentlichen Hausvaters“ oder die „übliche Sorgfalt“.¹⁵ Der Begriff der „erforderlichen Sorgfalt“ hat sich durchgesetzt, da der Begriff unvollständig und insbesondere normativ anzupassen, umstandsabhängig und sozialbezogen ist.¹⁶

Die Sorgfalt ist normativ zu bestimmen, so daß nicht ein übliches Verhalten, gar etwa ein eingerissener „Schlendrian“¹⁷ ausreicht. Gewiss hat der BGH gelegentlich auch die Üblichkeit ausreichen lassen, sofern sie nicht einen Missbrauch darstelle.¹⁸ Jedoch ist dieser Ausweg auf die Üblichkeit eine seltene Ausnahme geblieben. Regelmäßig wird der Sorgfaltsbegriff von den technischen Möglichkeiten bestimmt.¹⁹

Die Umstandsbezogenheit des Sorgfaltsbegriffs wird allgemein anerkannt. Wenn davon gesprochen wird, dass die objektiv-typisierte Sorgfalt zu leisten ist, so wird diese aus den Umständen und Erwartungen des Verkehrs abgeleitet.²⁰ Die Sozialbezüglichkeit der erforderlichen Sorgfalt wird dadurch hervorgehoben, dass davon gesprochen wird, sie sei „im Verkehr erforderlich“. Daraus ist auch im Ausland geschlossen worden, dass nicht auf eine abstrakte Person, sondern auf die äußeren Umstände des Handelnden abgestellt werde. Damit sei auch der soziale Charakter hervorgehoben.²¹ Bei der Röntgenreihenuntersuchung im Keller eines

¹⁴ Zur Geschichte der Fahrlässigkeitsdefinition vgl. *Deutsch*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 2. Auflage 1995, S. 1, 15 ff.

¹⁵ Mot. I 279; Prot. I 187, 302 f.; Prot. II 598.

¹⁶ Vgl. *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Auflage 1996, Rn. 376 ff.

¹⁷ Prot. II 598, 604.

¹⁸ BGH, Juristenzeitung (JZ) 1971, 63 (Ausfall eines Kommas: 25% anstatt 2,5% in der Differentialdiagnose innerer Krankheiten).

¹⁹ *Grundmann*, in: Münchener Kommentar zum BGB (MünchKomm), 4. Auflage 2002, § 276 Rn. 159; *Bamberger/Roth/Grüneberg*, 1. Auflage 2003, § 276 Rn. 24.

²⁰ *Soergel/Spickhoff*, 13. Auflage 2005, § 823, Rn. 142; *Deutsch*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 2. Auflage 1995, S. 93 ff.

²¹ Vgl. *Mazeaud-Tunc*, Responsabilité civile I, Nr. 442: „Elle ne fit que gagner en profondeur et en précision, car, en parlant du soin exigible «im Verkehr», on mit en lumière le caractère social de la responsabilité et on marqua que le type de comparaison n'était pas une pure abstraction, une entité, mais qu'il y avait lieu de le placer dans les circonstances externes où se trouvait l'auteur du dommage“.

ausgebombten Hauses durch die Universität Kiel im Jahre 1948 durften beispielsweise keine hohen Anforderungen gestellt werden.²²

2. Vertrauen als Merkmal der Sorgfalt

Die Umstände müssen auf das Vertrauen und seine Anerkennung hinweisen, etwa dass man sich wegen der Zusammenarbeit und der Fächer- verschiedenheit auf die Mitteilung des anderen verlässt. Die Umstände dürfen auch nicht dagegen sprechen, etwa wenn früher zahlreiche Nachlässigkeiten vorgekommen sind.²³ Die Umstände bestimmen auch die Normativität, etwa wenn neue Diagnosemethoden auf den Markt kommen oder alte sich als untauglich herausgestellt haben, so ist sofort auf die neuen umzuschalten. Das gilt jedenfalls bis zur Grenze des finanziell Möglichen. Ist es finanziell unmöglich, dann wird man ohnehin kein Vertrauen haben dürfen.²⁴

Die Sozialbezogenheit des Vertrauens ergibt sich aus den Erwartungen des Verkehrs. Wenn § 276 Abs. 2 BGB davon spricht, dass es sich um die „im Verkehr“ erforderliche Sorgfalt handelt, ist mit dem „Verkehr“ der normale, positive Umgang unter den einzelnen Disziplinen gemeint.

Insoweit kann man sich „grundsätzlich“ auf die Mitteilung aus einer anderen Disziplin verlassen, wenn nicht Umstände vorhanden sind, die einen zum Nachprüfen veranlassen müssen. Die cursorische Nachprüfung bleibt ohnehin noch erhalten.²⁵

3. Verschuldensprinzip

Das Schuldrecht wird vom Verschuldensprinzip beherrscht. Dies bedeutet, daß man zwar grundsätzlich für Verschulden, also für Vorsatz und Fahrlässigkeit einzustehen hat, aber auch nicht ohne Verschulden eintreten muss. Das beinhaltet, daß vom Recht auch zugefügte Verluste hingenommen werden, bei denen kein Verschulden mitgewirkt hat. Die Reichstagskommission zur Beratung des BGB hat dies dadurch ausgedrückt, daß mit dem Verschuldensprinzip „die Freiheit zum Handeln“ gewahrt werden solle.²⁶ Die Handlungsfreiheit wird durch das verkehrsmäßige Vertrauen gewahrt. Demnach ist das normale Vertrauen unter dem Vorbehalt einer cursorischen Nachprüfung Ausdruck des Verschuldensprinzips.

²² BGH NJW 1961, 600.

²³ OLG Köln VersR 1993, 1157; BGH MedR 1998, 102.

²⁴ Vgl. BGH NJW 1989, 2321 (Dosisleistungsmessgerät für Strahlentherapie); *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 5. Auflage 2003, Rn. 166; *Deutsch*, VersR 1998, 261 ff.

²⁵ BGH MedR 1998, 102 (Plausibilitätskontrolle).

²⁶ Bericht der RT-Kommission zum BGB 1998.

IV. Haftung bei doppeltem Fehler

1. Unterbrechung des Kausalzusammenhangs

Von der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs oder noch genauer der Unterbrechung des Haftungszusammenhangs spricht man dann, wenn ein späteres Ereignis derart den ersten Haftungsgrund überlagert, daß er verdrängt wird. Es muss sich um einen *novus actus interveniens* handeln.²⁷ Normalerweise haftet der fahrlässig Handelnde auch für den Schaden, der durch einen weiteren Fehler eines anderen verursacht wird. Mit der „normalen Fahrlässigkeit“ des späteren, insbesondere des behandelnden oder des nachbehandelnden Arztes hat der Täter zu rechnen, zumindest wird es ihm zugerechnet.²⁸ Nur wenn das spätere Verschulden so erheblich und verdrängend ist, daß der ersten Fahrlässigkeit kaum noch Bedeutung zukommt, wird der Haftungszusammenhang unterbrochen. In den USA ist ein Fall entschieden worden, in dem ein Patient wegen einer Schulterverletzung in die Notaufnahme kam und nur Valium erhielt, aber nicht weiter überwacht wurde. Er verließ dann das Hospital und hat seine Frau erschossen. Arzt und Krankenhaus sind dafür nicht haftbar, denn ihr Fehlverhalten ist zu entfernt, um zu einer Haftung zu führen.²⁹

2. Regress unter Gesamtschuldnern

Begehen zwei Ärzte eine fahrlässige Verletzung des Patienten, so sind sie als Gesamtschuldner haftbar gemäß § 840 BGB. Die Gesamtschuldnerschaft impliziert, dass jeder für den ganzen Schaden verantwortlich ist, im Innenverhältnis aber ein Ausgleich nach den §§ 426, 254 BGB erfolgt. Dieser Regress spielt auch bei den behandelnden und nachbehandelnden Ärzten eine Rolle. Der BGH hat für den Fall der unterlassenen Berichterstattung über den hinzugezogenen Arzt diese Frage behandelt. Es ging um einen Augenarzt, der ein Kind zur Tränenwegsspülung in die Augenklinik eingewiesen hatte. Dort wurde diese durchgeführt, zu gleicher Zeit aber der Verdacht geäußert, daß ein Glaukom vorliegen könne. Dieser Verdacht wurde dem einweisenden Augenarzt nicht mitgeteilt, der selbst daran schuldhaft nicht gedacht hatte. Nach Ansicht des BGH findet zwischen beiden, dem behandelnden Arzt und dem nicht berichtenden Klinikarzt ein Gesamtschuldnerausgleich statt.³⁰ Bei der Abwägung in analo-

²⁷ So der Ausdruck im englischen Recht. Vgl. *Overseas Tankship v. Morts Dock & Engineering Company* (1961) A.C. 417.

²⁸ BGH NJW 1989, 767 (Fehlerhafte Einrichtung eines Bruchs und spätere fehlerhafte Korrekturoperation); *Deutsch*, Allg. Haftungsrecht, 2. Auflage 1996, Rn. 155 ff.

²⁹ *Strickland v. DeKalb Hospital* 397 S. E.2d 577 (Georgia 1990).

³⁰ BGH NJW 1994, 797.

ger Anwendung des § 254 BGB³¹ über das Mitverschulden ist auch das Vertrauen oder die Misstrauensnotwendigkeit des hauptbehandelnden Arztes wichtig. Deswegen wird es im Allgemeinen zu einer prozentualen Schadensteilung kommen.

V. Fazit

Den letztbehandelnden Arzt beißen nicht die Hunde. Nach geltendem Recht können sie ihn nur beißen, wenn er gar nicht an Hunde gedacht hat oder die Anzeichen der Verfolgung nicht beachtet oder beherzigt hat. Jenseits dieses Wortspiels heißt es: In der horizontalen arbeitsteiligen Medizin darf grundsätzlich auf die sorgfältige Tätigkeit des anderen Arztes vertraut werden. Allerdings ist eine kursorische Prüfung erforderlich. Eine vollständige Überprüfung ist erforderlich, wenn die Umstände dies notwendig machen. Im Vordergrund steht aber das Vertrauen. Dieses ist Ausdruck der „Freiheit zum Handeln“, die im Verschuldensprinzip des geltenden Rechts zum Ausdruck kommt.

³¹ Zuerst RGZ (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen) 75, 251.

Selbstbestimmung und Vorsorge

*Prof. Dr. Volker Lipp
Universität Göttingen*

I. Einleitung

Aus der Forderung nach einem menschenwürdigen Sterben ist eine Fülle schwieriger Rechtsprobleme entstanden. Als Ausgangspunkt anerkannt ist mittlerweile, daß auch eine lebenserhaltende ärztliche Behandlung einerseits *ärztlich indiziert* sein muß und daß die grundrechtlich geschützte *Patientenautonomie* andererseits dem Patienten das Recht gibt, sich für oder gegen diese Behandlung zu entscheiden¹. Bedeutung und Tragweite dieser Grundsätze für die Möglichkeiten der Vorsorge sind jedoch heftig umstritten. Die rechtspolitische Debatte² hat bislang noch nicht zu einer gesetzlichen Regelung geführt. Will man sich in dieser unübersichtlichen

¹ Vgl. *Lipp*, Patientenautonomie und Lebensschutz - Zur Diskussion um eine gesetzliche Regelung der „Sterbehilfe“, 2005, 5, 11 ff.; *Taupitz*, Gutachten A zum 63. Deutschen Juristentag (DJT), 2000, A 12 ff.; *Verrel*, Gutachten C zum 66. DJT, 2006, C 70 ff.

² Die wichtigsten aktuellen Berichte und Stellungnahmen sind u. a. zusammengestellt auf <http://www.aem-online.de/aemaktuell/patientenautonomie.htm> (Stand: April 2007); vgl. im Übrigen die Nachweise in der vorigen Fn.

Diskussion Klarheit verschaffen, muß man zuerst *das geltende Recht* analysieren (II.-V.), bevor man die aktuelle *rechtspolitische Debatte* erörtert (VI.).

II. Die Entwicklung der Rechtsprechung³

Zu Beginn der Rechtsprechung stehen strafgerichtliche Entscheidungen, die die Einstellung lebenserhaltender Maßnahmen auf Wunsch des Patienten („passive Sterbehilfe“)⁴ für grundsätzlich zulässig erklärten, ebenso die ärztlich gebotene und mit Einwilligung des Patienten erfolgende Gabe von Medikamenten, die als Nebenwirkung das Leben des Patienten verkürzt („indirekte Sterbehilfe“)⁵. Die Zivilgerichte bejahten dann die Frage, ob auch ein Vertreter die Einstellung lebenserhaltender Maßnahmen verlangen kann und forderten nur in Konfliktfällen eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung⁶. Diese Entscheidungen sind jedoch im Grundsatz wie in den Einzelheiten umstritten⁷.

Wir werden uns deshalb zunächst mit den Grundfragen der ärztlichen Behandlung am Lebensende befassen (dazu III.), um dann die Rolle des Vertreters (dazu IV.) und die Bedeutung der Patientenverfügung (dazu V.) nach geltendem Recht zu klären.

III. Ärztliche Behandlung am Lebensende

1. Rechtliche Struktur der ärztlichen Behandlung

Für die ärztliche Behandlung eines Menschen am Ende seines Lebens gilt dasselbe wie für jede andere Behandlung. Die *dialogische Struktur* des Behandlungsprozesses drückt sich in der Verpflichtung des Arztes aus, den Patienten kontinuierlich zu beteiligen und über die Bedeutung und Tragweite der vorgeschlagenen Schritte zu informieren. Dieser fachlichen Kompetenz folgt die rechtliche Verantwortung: Der Arzt verantwortet die fachgerechte Untersuchung, Diagnose sowie Indikation und hat den Patienten hierüber jeweils aufzuklären. Der Patient entscheidet, ob er in eine bestimmte ärztliche Maßnahme einwilligt⁸.

³ Vgl. auch *Verrel* (Fn. 1), C 13 ff.

⁴ *BGHSt* (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen) 37, 376 (379); 40, 257 (262).

⁵ *BGHSt* 42, 301 (305); 46, 279 (284 f.).

⁶ *BGHZ* (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen) 154, 205 ff.; dazu *Lipp*, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (*FamRZ*) 2004, 317 ff.; *BGHZ* 163, 195 ff. m. Anm. *Lipp/Nagel*, Lindenmaier-Möring, kommentierte BGH-Rechtsprechung (LMK) 2006 (Beck-online Datenbank, 166262).

⁷ Überblick bei *Lipp*, (Fn. 1), 5 ff.; *Verrel*, Gutachten (Fn. 1), C 15 ff., C 34 ff.

⁸ Zum Vorstehenden *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 5. Aufl. 2003, Rn. 16, 187; *Uhlenbruck*, in: *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2002, § 52 Rn. 9.

Der Arzt hat daher *kein* eigenständiges Behandlungsrecht. Recht und Pflicht zur Behandlung ergeben sich allein aus dem Auftrag des Patienten. Jede ärztliche Maßnahme bedarf einer zusätzlichen Einwilligung des Patienten, weil sie seine Patientenautonomie betrifft. Diese Einwilligung muss vor Beginn der Maßnahme eingeholt werden und setzt eine entsprechende Aufklärung durch den Arzt voraus⁹. Der Patient kann die Behandlung jederzeit ablehnen, also seine Einwilligung auch noch nach Beginn der Behandlung für die Zukunft widerrufen. Ein Verzicht auf den Widerruf (z.B. in einem Heimvertrag) ist wegen des Persönlichkeitsbezugs der Einwilligung ausgeschlossen¹⁰.

Diese rechtliche Grundstruktur der ärztlichen Behandlung mißachtet, wer fragt, ob der Abbruch der Behandlung zulässig ist. Damit verkehrt man die Legitimationslast für eine ärztliche Behandlung in ihr Gegenteil. Denn nicht der Verzicht, sondern die *Aufnahme* der Behandlung, nicht ihr Abbruch, sondern ihre weitere *Durchführung* bedarf der Einwilligung des Patienten¹¹. Auch eine lebensverlängernde Maßnahme ist nur zulässig, wenn und solange ihr der Patient zustimmt¹². Behandelt der Arzt den Patienten gegen dessen Willen, begeht er eine Körperverletzung.

Die Patientenautonomie verleiht dem Patienten allerdings nur ein *Abwehrrecht* gegen eine vom Arzt vorgeschlagene Behandlung, verschafft ihm aber keinen Anspruch auf eine Behandlung. Es ist keine Frage der Patientenautonomie, ob z.B. eine bestimmte Behandlungsmethode von der Krankenkasse finanziert wird¹³. Vor allem kann der Arzt eine Behandlung verweigern, für die keine ärztliche Indikation besteht¹⁴. Ist eine Maßnahme gar kontraindiziert, darf er sie auch nicht auf ausdrücklichen Wunsch des Patienten durchführen¹⁵.

Hieran knüpft der BGH an, wenn er ausführt, daß für eine Einwilligung erst dann Raum sei, wenn der Arzt eine Behandlung „anbiete“¹⁶. Damit wird deutlich, daß das Erarbeiten einer ärztlichen Indikation im konkre-

⁹ BGHZ 29, 46 (49 ff.); BGH Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1980, 1333; BGH NJW 1993, 2372 (2373 f.); vgl. Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck (Fn. 8), § 61 Rn. 14 f., § 63.

¹⁰ BGHZ 163, 195 (199); Kohle, Archiv für civilistische Praxis (AcP) 185 (1985), 105 (137 f.); Deutsch/Spickhoff (Fn. 8), Rn. 197.

¹¹ BGHZ 154, 205 (210 f., 212); 163, 195 (197); BGHSt 37, 376 (378); Verrel, Gutachten (Fn. 1), C 37 f.

¹² BGHZ 163, 195 (197 f.); Wagenitz (in diesem Band), S. 29.

¹³ Zur Verteilungsproblematik vgl. Spickhoff, NJW 2000, 2297 (2298); Taupitz (Fn. 1), A 25 ff.

¹⁴ BGHZ 154, 205 (224); Laufs, NJW 1998, 3399 (3400); Spickhoff, NJW 2000, 2297 (2298); Taupitz (Fn. 1), A 23 f.

¹⁵ OLG Karlsruhe Medizinrecht (MedR) 2003, 104 ff.; OLG Düsseldorf Zeitschrift für Versicherungsrecht (VersR) 2002, 611; OLG Köln VersR 2000, 492; Deutsch/Spickhoff (Fn. 8), Rn. 12, 198.

¹⁶ BGHZ 154, 205 (225).

ten Fall¹⁷ zwar im Gespräch mit dem Patienten erfolgt¹⁸, aber letztlich allein in den Verantwortungsbereich des Arztes fällt¹⁹.

2. „Hilfe im Sterben“ und „Hilfe zum Sterben“

Liegt ein Patient im Sterben, ist eine lebensverlängernde Behandlung nicht mehr indiziert²⁰. Ihr Unterlassen bedeutet keine Tötung des Patienten. Geboten ist vielmehr ärztliche Hilfe und Begleitung im Sterbeprozess, die so genannte „Hilfe im Sterben“²¹. Diese Änderung des Behandlungsziels muß zwar nach allgemeinen Grundsätzen zwischen Arzt und Patient besprochen werden. Die Entscheidung gegen lebenserhaltende Maßnahmen beruht jedoch auf der *fehlenden ärztlichen Indikation* und nicht auf einem Widerspruch des Patienten gegen diese Maßnahmen²².

Hält der Arzt dagegen eine Maßnahme für indiziert, obliegt es dem Patienten zu bestimmen, ob und wie er behandelt werden will. Lehnt er eine angebotene lebenserhaltende Maßnahme ab oder widerruft er seine Einwilligung, darf der Arzt diese Maßnahme nicht durchführen²³. Stirbt der Patient deshalb, liegt darin keine Tötung, weil der Arzt gar nicht mehr behandeln darf. Es ist also kein Fall der „aktiven Sterbehilfe“, d.h. der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB). Vielmehr handelt es sich um die „Hilfe zum Sterben“ genannte Einstellung der Behandlung auf Wunsch des Patienten²⁴.

Die Unterscheidung zwischen der „Hilfe beim Sterben“ in der Sterbephase und der „Hilfe zum Sterben“ in allen anderen Fällen verweist demnach auf die unterschiedlichen Gründe für die Einstellung der lebenserhaltenden Maßnahmen. Im Sterbeprozess ist sie zulässig, weil es an einer ärztlichen Indikation fehlt. Hat der Sterbevorgang noch nicht eingesetzt, muß eine ärztlich indizierte lebenserhaltende Maßnahme unterlassen oder abgebrochen werden, wenn es an der erforderlichen Einwilligung des Patienten fehlt²⁵.

¹⁷ *Spickhoff*, NJW 2003, 1701 (1709); *Taupitz* (Fn. 1), A 24.

¹⁸ *Borasio/Putz/Eisenmenger*, Deutsches Ärzteblatt (DÄBl) 2003, A 2062 (2064).

¹⁹ *Ankermann*, MedR 1999, 387 (389); *Dodegge/Fritsche*, Neue Justiz (NJ) 2001, 176.

²⁰ Vgl. die Grundsätze der Bundesärztekammer (BÄK) zur ärztlichen Sterbebegleitung vom 30.4.2004, Ziff. I., DÄBl 2004, A 1298; *Schreiber*, Festschrift Deutsch, 1999, 773 ff.; *Opderbecke/Weißsauer*, MedR 1998, 395 (397); *Saliger*, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV) 2001, 382 (424 ff.).

²¹ *BGHSt* 40, 257 (260).

²² *Ankermann*, MedR 1999, 387 (389); *Lipp*, in: May/Geißendörfer/Simon/Strätling, Passive Sterbehilfe: besteht gesetzlicher Regelungsbedarf?, 2002, 37 (52 f.); *Schwab*, in: Münchener Kommentar zum BGB (MünchKomm), 4. Aufl. 2002, § 1904 BGB Rn. 38.

²³ *BGHZ* 163, 195 (197 f.); vgl. auch *Wagenitz*, FamRZ 2005, 669 (671).

²⁴ Zum Vorstehenden ausführlich *Lipp*, in: Passive Sterbehilfe (Fn. 22), 41 f.; *Hufen*, NJW 2001, 849 (851).

²⁵ Vgl. *BGHSt* 40, 257 (260); *Lipp*, Patientenautonomie (Fn. 1), 16 ff.; *Verrel*, Gutachten (Fn. 1), C 77 ff., C 99 ff.

Der 1. Strafsenat des BGH umschrieb 1994 die Sterbephase dahingehend, daß das Grundleiden irreversibel ist, einen tödlichen Verlauf genommen hat und der Tod in kurzer Zeit eintreten wird²⁶. Dieses *Abgrenzungskriterium* hat der 12. Zivilsenat in seinem Beschluß vom 17.3.2003 in einem die Gerichte nicht bindenden obiter dictum²⁷ als strafrechtliche Grenze für die Zulässigkeit der „Sterbehilfe“ mißverstanden: Er hielt einen Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen nur in der Sterbephase für zulässig²⁸. Eine solche Grenze existiert jedoch nicht und wurde vom 1. Strafsenat auch nicht aufgestellt²⁹. Sie wäre im Übrigen ein verfassungswidriger Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, weil er dann u. U. gegen seinen Willen zwangsweise behandelt werden würde³⁰. Dieses unzutreffende obiter dictum hat der Senat inzwischen aufgegeben³¹. Allerdings bezeichnet er nun die strafrechtlichen Grenzen einer Sterbehilfe im weiteren Sinn („Hilfe zum Sterben“) als „nicht hinreichend geklärt“. Auch dies ist – wie gezeigt – unzutreffend. Eine gesetzliche Klarstellung würde hier allerdings zur dringend gebotenen Rechtssicherheit beitragen³².

IV. Der entscheidungsunfähige Patient und sein Vertreter

1. Die Aufgabe des Vertreters

Ist der Patient einwilligungsunfähig, kann er weder mit dem Arzt die vorgeschlagenen Maßnahmen besprechen noch über ihre Durchführung entscheiden. Die fehlende tatsächliche Fähigkeit läßt allerdings das Recht des Patienten zur Selbstbestimmung nicht entfallen³³.

Ist der Patient im Vorfeld der Behandlung (z.B. vor einer Narkose) von dem behandelnden Arzt informiert und aufgeklärt worden und hat er

²⁶ *BGHSt* 40, 257 (260), unter Hinweis auf die (damaligen) Richtlinien der BÄK, Ziff. II.d., MedR 1985, 38. Die heutigen Richtlinien (Fn. 20), Ziff. I, beschreiben sie als „irreversibles Versagen einer oder mehrerer vitaler Funktionen, bei denen der Eintritt des Todes in kurzer Zeit zu erwarten ist“.

²⁷ *Deutschb*, NJW 2003, 1567; *Lipp*, FamRZ 2003, 756.

²⁸ *BGHZ* 154, 205 (214 f.).

²⁹ Vgl. *BGHSt* 40, 257 (260 f.); *Kutzer*, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2003, 213 f.

³⁰ *Hufen*, ZRP 2003, 248 (252).

³¹ *BGHZ* 163, 195 (200 f.).

³² Vgl. zuletzt die Beschlüsse der strafrechtlichen Abteilung des 66. DJT 2006 zu II. Lebenserhaltende Maßnahmen und Behandlungsbegrenzung, abrufbar unter <http://www.djt.de> (Stand: April 2007), sowie *Wagenitz* (in diesem Band), S. 33 ff.; *Schreiber* (in diesem Band), S. 97 ff.

³³ *Lipp*, Deutsche Richterzeitung (DRiZ) 2000, 231 (233 f.); *Höfling*, Juristische Schulung (JuS) 2000, 111 (113 f.); *Hufen*, NJW 2001, 849 (850 ff.).

seine Einwilligung dazu erklärt, ist sein Selbstbestimmungsrecht nach allgemeiner Ansicht gewahrt³⁴. In allen anderen Fällen muß ein *Vertreter* an Stelle des Patienten dessen Rechte wahrnehmen und die nötigen Entscheidungen treffen. Hierzu ist zunächst die vom Patienten bevollmächtigte Vertrauensperson berufen³⁵, andernfalls hat das Vormundschaftsgericht einen Betreuer als gesetzlichen Vertreter zu bestellen. In Eilfällen kann das Vormundschaftsgericht nach §§ 1908i Abs. 1, 1846 BGB unmittelbar selbst an Stelle eines Betreuers entscheiden. Nur falls auch das zu spät käme, darf und muß der *Arzt*³⁶ auf der Grundlage einer Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) bzw., soweit es um den Eingriff in die körperliche Integrität geht, aufgrund einer mutmaßlichen Einwilligung des Patienten behandeln³⁷.

Hat der Patient eine Vertrauensperson bevollmächtigt, umfaßt die Vollmacht i. d. R. alle Behandlungsentscheidungen. Ebenso wird das Vormundschaftsgericht einem Betreuer regelmäßig die gesamte Gesundheitsvorsorge zuweisen. Er ist dann auch zur Entscheidung befugt, ob lebensverlängernde Maßnahmen eingeleitet oder fortgesetzt werden sollen³⁸. Ein Vertreter in Gesundheitsangelegenheiten hat jedoch nicht nur die Aufgabe, einer vom Arzt vorgeschlagenen Behandlung zuzustimmen oder sie abzulehnen. Er hat darüber hinaus die Rechte und Interessen des Patienten im *gesamten Behandlungsprozeß* wahrzunehmen.

2. Handlungsmaßstab für den Vertreter

Der Vertreter des Patienten ist bei der Ausübung seiner Vertretungsmacht durch das jeweilige Innenverhältnis gebunden, der Bevollmächtigte durch den Auftrag, der Betreuer durch § 1901 Abs. 2 und 3 BGB. Auch im Rahmen der Gesundheitsvorsorge hat sich deshalb der Bevollmächtigte bzw. der Betreuer nach den *Wünschen des Patienten* zu richten. Davon dürfen sie nur abweichen, falls der Wunsch zu sterben ausnahmsweise krankheitsbedingt ist (§§ 665, 1901 Abs. 3 S. 1 BGB)³⁹.

Kennt der Vertreter die Wünsche des Patienten nicht, muß er die Angelegenheit mit dem Patienten besprechen⁴⁰. Nur in Eilfällen darf der Vertreter sofort entscheiden. Der Bevollmächtigte hat dann dem *mutmaßli-*

³⁴ *Deutsch/Spickhoff* (Fn. 8), Rn. 199; *Wagenitz*, FamRZ 2005, 669 (671).

³⁵ § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB.

³⁶ Zum Vorrang der Vertreterbestellung *BGHZ* 29, 46 (52); *BGH* NJW 1966, 1855 (1856); *Lipp*, Betreuungsrechtliche Praxis (BtPrax) 2002, 47 (51) m.w.N.

³⁷ *Deutsch/Spickhoff* (Fn. 8), Rn. 83.

³⁸ *BGHZ* 154, 205 (214); 163, 195 (198); MünchKomm/*Schwab* (Fn. 22), § 1904 BGB Rn. 38.

³⁹ *Baumann/Hartmann*, Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ) 2000, 594 (608 ff.); *Lipp*, BtPrax 2002, 47 (49).

⁴⁰ § 665 BGB bzw. § 1901 Abs. 3 S. 3 BGB.

chen Willen des Patienten zu folgen⁴¹. Der mutmaßliche Wille des Patienten ist jedoch nicht mit dessen tatsächlich geäußertem Willen gleichzusetzen⁴². Es handelt sich vielmehr um einen *Entscheidungsmaßstab* für den Vertreter⁴³. Für den Betreuer ist nach § 1901 Abs. 2 BGB das vom Patienten her zu bestimmende *subjektive Wohl* maßgeblich. Danach hat der Vertreter neben den Wünschen auch die Vorstellungen des Patienten, d.h. seine Lebensentscheidungen, Wertvorstellungen und Überzeugungen zu berücksichtigen. Der Rückgriff auf die Interessen des Patienten ist ihm nur gestattet, wenn er die Wünsche und Vorstellungen des Patienten nicht feststellen kann⁴⁴. Trotz der unterschiedlichen gesetzlichen Formulierungen für Beauftragte einerseits und Betreuer andererseits handelt es sich demnach beim mutmaßlichen Willen und beim subjektiven Wohl des Patienten in der Sache um denselben Maßstab⁴⁵: Der Vertreter hat sich daran zu orientieren, wie der Patient selbst entschieden hätte. Sind dessen individuelle Präferenzen nicht zu ermitteln, hat sich der Vertreter an den Interessen des Patienten zu orientieren. Auch hier ist allerdings kein Raum für die Regel „in dubio pro vita“, denn angesichts der Menschenwürdegarantie und ihres Primats kann eine solche Regel nur lauten: „in dubio pro dignitate“⁴⁶.

3. Vormundschaftliche Genehmigung

Lange umstritten war, ob der Vertreter eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts benötigt, wenn er lebenserhaltende Maßnahmen ablehnt⁴⁷. Der 12. Zivilsenat des BGH hat dies in seinem Beschluß vom 15.3.2003 im Grundsatz bejaht, jedoch nicht mit einer entsprechenden Anwendung des § 1904 BGB begründet, sondern aus einer Gesamtschau des Betreuungsrechts gewonnen⁴⁸. Die danach bestehende Unsicherheit, wann eine Genehmigung des Vormundschaftsgericht eingeholt werden muß, hat der Senat in seinem Beschluß vom 8.6.2005 geklärt⁴⁹: Eine Genehmigung ist erst erforderlich, wenn der Arzt eine lebenserhaltende Maßnahme anbietet, weil sie aus seiner Sicht *ärztlich indiziert* ist, der Vertreter sie jedoch

⁴¹ Palandt/*Sprau*, BGB, 66. Aufl. 2007, § 665 BGB Rn. 6; *Czub*, in: Bamberger-Roth, Beck-Onlinekommentar BGB, Stand 1.7.2006, § 665 BGB Rn. 16; vgl. auch *Wagenitz* (in diesem Band), S. 26.

⁴² Insofern zutreffend *Höfling/Rixen*, Juristenzeitung (JZ) 2003, 884 (892 f.).

⁴³ *Lipp*, FamRZ 2004, 317 (322 f.).

⁴⁴ *Habne*, FamRZ 2003, 1619 (1621); *Lipp*, BtPrax 2002, 47 (49 f.). Diese Frage ließ *BGHZ* 154, 205 (218 f.) ausdrücklich offen; unentschieden auch *Wagenitz* (in diesem Band), S. 26.

⁴⁵ *Baumann/Hartmann*, DNotZ 2000, 594 (609 f.).

⁴⁶ *Hufen*, NJW 2001, 849 ff.

⁴⁷ Zur Diskussion um vormundschaftsgerichtliche Genehmigung und Konsil *Lipp*, Patientenautonomie (Fn. 1), 41 ff.

⁴⁸ *BGHZ* 154, 205 (219 ff.).

⁴⁹ *BGHZ* 163, 195 ff. m. Anm. *Lipp/Nagel*, LMK 2006 (Becklink 166262, Fn. 6).

unter Hinweis auf den *Willen des Patienten* ablehnen möchte und der Arzt hieran zweifelt. Eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist daher nur im Falle eines Konflikts zwischen Arzt und Betreuer einzuholen, d.h. wenn sie sich über den maßgeblichen Willen des Patienten nicht einig sind. Umgekehrt ist sie nicht erforderlich, wenn Betreuer und behandelnder Arzt sich gemeinsam gegen eine lebenserhaltende Maßnahme entscheiden⁵⁰.

Die Behandlung des Patienten während des Genehmigungsverfahrens ist verfassungsrechtlich unbedenklich, weil gerade der Wille des Patienten im Streit steht⁵¹. Das Genehmigungserfordernis dient der *präventiven Kontrolle* des Vertreters und damit dem Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Patienten⁵², denn es gewährleistet, daß eine ärztlich indizierte lebenserhaltende Maßnahme nur mit dem Willen des Patienten eingestellt wird. Zugleich schafft die Genehmigung Rechtssicherheit für den Vertreter und andere Beteiligte⁵³.

Der BGH hat die Genehmigung im Falle des Betreuers aus einer „Gesamtschau des Betreuungsrechts“ abgeleitet. Daher ist unklar, ob dasselbe auch für den *Bevollmächtigten* gilt, der nur durch § 1904 Abs. 2 BGB einer Genehmigungspflicht unterworfen wird. Da die Lösung des BGH trotz ihrer anderen Begründung im Ergebnis einer analogen Anwendung des § 1904 BGB entspricht und die angeführten Gründe für eine Genehmigung auf alle Vertreter zutreffen, dürfte für den Bevollmächtigten letztlich nichts anderes gelten.

V. Die Patientenverfügung

1. Formen von Patientenverfügungen und ihre rechtliche Verbindlichkeit

Vorausverfügungen werden allgemein akzeptiert, wenn sie vom Patienten im Gespräch mit dem behandelnden Arzt erklärt werden, z.B. im Vorfeld einer unter Narkose erfolgenden Behandlung⁵⁴. Als „*Patientenverfügung*“ bezeichnet man eine Vorausverfügung, wenn sie unabhängig von einer konkreten Behandlungssituation erfolgt.

Häufig enthält sie die Erklärung des Patienten gegenüber dem unbekanntem künftigen Arzt, er stimme bestimmten Maßnahmen zu bzw. lehne sie ab. Der Patient übt damit sein Selbstbestimmungsrecht im Hinblick

⁵⁰ So schon zuvor *Lipp*, FamRZ 2004, 322 ff.

⁵¹ *Hufen*, ZRP 2003, 248 (251 f.).

⁵² *BGHZ* 154, 205 (216 f., 223, 227).

⁵³ *BGHZ* 154, 205 (218 f., 227); ebenso z.B. *OLG Karlsruhe* FamRZ 2002, 488 (490); *Bauer*, BtPrax 2002, 60 (62).

⁵⁴ *Deutsch/Spickhoff* (Fn. 8), Rn. 199; *Wagenitz*, FamRZ 2005, 669 (671).

auf eine künftige Behandlung aus⁵⁵. Dieser Ansicht hat sich nun auch der 12. Zivilsenat⁵⁶ angeschlossen. Für eine derartige *antizipierte Einwilligung* bzw. Ablehnung des Patienten gelten dieselben Grundsätze wie für jede Einwilligung⁵⁷. Sie entfaltet ihre Wirkung, wenn sie die konkrete Behandlungssituation erfaßt und frei von Willensmängeln ist. Dafür bedarf sie keiner bestimmten Form und ist auch ohne Aufklärung durch den Arzt wirksam, weil der Patient auf diese verzichten kann. Sie bindet zwar den Arzt, nicht aber den Patienten, da sie nur solange gilt, bis er seine Erklärung ändert oder konkrete Anhaltspunkte für eine Willensänderung vorliegen⁵⁸.

Neben derartigen antizipierten Erklärungen kann eine Patientenverfügung auch *Wünsche, Einstellungen und Werthaltungen* des Patienten mitteilen⁵⁹. Diese Mitteilung erzeugt keine unmittelbare Rechtswirkung, sondern muß erst von einem Vertreter oder dem Arzt konkretisiert werden. Eine solche narrative Patientenverfügung enthält Anhaltspunkte, wie der Patient in der aktuellen Situation entschieden hätte⁶⁰. Sie dient zur Konkretisierung des mutmaßlichen Willens bzw. subjektiven Wohls des Patienten und bindet daher den Bevollmächtigten bzw. Betreuer nach den oben dargelegten Grundsätzen⁶¹.

Eine Patientenverfügung ist daher stets verbindlich. Den *Grad ihrer Verbindlichkeit* bestimmt der verfügende Patient selbst, indem er entweder eine Entscheidung bereits vorwegnimmt oder Vertreter und Arzt einen Spielraum beläßt.

2. Notwendigkeit der Auslegung

Jede Patientenverfügung bedarf daher der *Auslegung*⁶². Sie ist Aufgabe derjenigen, an die sich eine Patientenverfügung richtet, d.h. des Arztes,

⁵⁵ So z.B. die Richtlinien der BÄK (Fn. 20), Ziff. IV. und V.; vgl. schon die Handreichungen der BÄK für Ärzte zum Umgang mit Patientenverfügungen, DÄBl. 1999, A 2720, Ziff. 1.1.; *Taupitz* (Fn. 1), A 105 ff.; *Lipp*, DRiZ 2000, 231 (234).

⁵⁶ BGHZ 154, 205 (210 f.).

⁵⁷ Zum Folgenden *Taupitz* (Fn. 1), A 28 ff.; *Wagenitz*, FamRZ 2005, 669 (671); *ders.* (in diesem Band), S. 30; *Lipp*, in: Passive Sterbehilfe (Fn. 22), 43 f.; Handreichungen der BÄK für Ärzte zum Umgang mit Patientenverfügungen, DÄBl. 1999, A 2720, Ziff. 6.

⁵⁸ Ebenso die Richtlinien der Bundesärztekammer (Fn. 20), Ziff. IV.; *Eisenbart*, Patienten-Testament und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten, 2. Aufl. 2000, 67; *Baummann/Hartmann*, DNotZ 2000, 594 (608 ff.); gegen eine mutmaßliche Änderung z.B. *Taupitz* (Fn. 1), A 115f.

⁵⁹ Vgl. z.B. *Sass/Kielstein*, Patientenverfügung und Betreuungsvollmacht, 2. Aufl. 2003, 50 ff., 58; *Wagenitz*, FamRZ 2005, 669 (671).

⁶⁰ Viele verstehen „die“ Patientenverfügung *generell* als ein solches Indiz, vgl. z.B. *Laufs*, NJW 1998, 3399 (3400); *Deutsch/Spickhoff* (Fn. 8), Rn. 513 ff.

⁶¹ Oben IV.2.

⁶² Palandt/*Diederichsen* (Fn. 41), vor § 1896 BGB Rn. 9 a.E.; *Roth*, JZ 2004, 494 (498 ff.).

des Vertreters oder der Angehörigen⁶³. Sie dürfen dabei den Text des Dokuments oder die mündliche Äußerung nicht einfach wörtlich nehmen, sondern müssen vielmehr fragen, was der Patient damit erklären wollte (vgl. § 133 BGB). Bei dieser *Feststellung des Patientenwillens* müssen sie alle Informationen über den Patienten berücksichtigen, die ihnen bekannt geworden sind, und sich darüber hinaus, soweit möglich, weitere Informationen verschaffen. Vor diesem Hintergrund haben sie dann die Patientenverfügung auszulegen⁶⁴.

3. Patientenverfügung und Vertreter

Der Vertreter ist an den in der Patientenverfügung geäußerten Willen des Patienten nach den oben dargelegten Grundsätzen⁶⁵ gebunden. Dieser Wille des Patienten muß allerdings erst noch verwirklicht werden, indem z.B. Arzt und Pflegepersonal über die Patientenverfügung informiert oder zu ihrer Beachtung aufgefordert werden. Der BGH beschreibt deshalb die Aufgabe des Betreuers zutreffend damit, daß er „dem Willen des Betroffenen gegenüber Arzt und Pflegepersonal in eigener rechtlicher Verantwortung (...) Ausdruck und Geltung zu verschaffen“ hat⁶⁶. Betreuer wie Bevollmächtigter müssen mit haftungs- und strafrechtlichen Folgen rechnen, falls sie gegen diese Verpflichtung verstoßen. Darüber hinaus kann das Vormundschaftsgericht gegenüber dem Betreuer Aufsichtsmaßnahmen ergreifen (§§ 1908i, 1837, 1908b BGB) bzw. einen Kontrollbetreuer zur Überwachung des Bevollmächtigten bestellen (§ 1896 Abs. 3 BGB) oder in Eilfällen selbst tätig werden (§§ 1908i Abs. 1 S. 1, 1846 BGB).

Im *Außenverhältnis* gegenüber dem Arzt ist dagegen die Entscheidung des Vertreters maßgeblich⁶⁷. Ein „Durchgriff“ auf die Patientenverfügung ist dem Arzt verwehrt. Diese Bindung entfällt nach allgemeinen Grundsätzen bei einem Mißbrauch der Vertretungsmacht, d. h. wenn der Vertreter sich nicht an den Willen des Patienten hält und dies für den Arzt evident ist⁶⁸. Im Übrigen kann der Arzt stets das Vormundschaftsgericht anrufen.

4. Bestellung eines Betreuers trotz Patientenverfügung?

Eine Patientenverfügung macht demnach die Bestellung eines Betreuers in aller Regel *nicht entbehrlich*. Er bleibt zum einen für alle weiteren,

⁶³ *Rotb*, JZ 2004, 494 (500 ff.).

⁶⁴ Zu den Auslegungsgrundsätzen *Rotb*, JZ 2004, 494 (499 ff.).

⁶⁵ Oben IV.2.

⁶⁶ *BGHZ* 154, 205 (211); 163, 195 (198).

⁶⁷ *BGHZ* 163, 195 (198 f.); vgl. auch *Wagenitz*, FamRZ 2005, 669 (672); *ders.* (in diesem Band), S. 31.

⁶⁸ *Lipp*, Patientenautonomie (Fn. 1), 35 f.

nicht in der Patientenverfügung vorweggenommenen Entscheidungen erforderlich, und muß zum anderen die Patientenverfügung durchsetzen⁶⁹.

Eine „isolierte“ Patientenverfügung ist daher die schwächste Form der privaten Vorsorge. Sie sollte stets mit der Benennung einer Vertrauensperson verbunden werden, entweder in Form einer Betreuungsverfügung oder einer Vorsorgevollmacht. Welche Form vorzugswürdig ist, läßt sich dagegen nicht generell sagen. Das hängt vom Ausmaß des persönlichen Vertrauens in die ausgewählte Person ab und von dem Grad an Freiheit, den der Betroffene seinem Vertreter einräumen möchte, bzw. dem Maß an Kontrolle, das er über den Vertreter wünscht.

VI. Die Möglichkeiten privater Vorsorge in der aktuellen rechtspolitischen Debatte⁷⁰

1. Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung?

Seit dem Beschluß des BGH vom 8.6.2005⁷¹ dürfen viele Fragen als geklärt betrachtet werden. Die hiernach noch bestehende Unsicherheit über die so genannten „strafrechtlichen Grenzen der Sterbehilfe“ läßt sich zwar durch eine Lektüre der einschlägigen Entscheidung des 1. Strafsenats des BGH⁷² beseitigen. Angesichts der in der Praxis allenthalben konstatierten Rechtsunsicherheit besteht jedoch erheblicher gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Er betrifft jedoch allein das *Strafrecht*, nicht das Zivilrecht und die dort geregelten Möglichkeiten privater Vorsorge. Klarzustellen ist dort vor allem, daß eine lebenserhaltende Maßnahme stets der Zustimmung des Patienten bedarf und daher insbesondere auch ein Veto des Patienten gegen eine bestimmte Behandlung immer beachtlich ist, ohne daß dies auf eine bestimmte Phase der Erkrankung beschränkt ist⁷³.

Im Bereich der *privaten Vorsorgemöglichkeiten* existieren gesetzliche Regelungen für die Betreuungsverfügung und die Vorsorgevollmacht, die auch die Bindung dieser Vertreter an eine Patientenverfügung sicher stellen⁷⁴. Keine Regelung hat die Patientenverfügung lediglich im Verhältnis zum Arzt gefunden, da das Behandlungsverhältnis von Arzt und Patient insgesamt nicht gesetzlich geregelt ist, sondern von den Grundsätzen

⁶⁹ Lipp, BtPrax 2002, 47 (51 f.); Das übersieht z.B. Vosseler, BtPrax 2002, 240 (241).

⁷⁰ Vgl. dazu auch Lipp, Patientenautonomie (Fn. 1), passim; Lipp/Nagel, Forum Familienrecht (FF) 2005, 83 ff.

⁷¹ BGHZ 163, 195 ff.

⁷² Zu BGHSt 40, 257 ff. siehe oben bei Fn. 26.

⁷³ Dazu Verrel (Fn. 1), C 78 ff.

⁷⁴ Oben IV.2.; ebenso Wagenitz (in diesem Band), S. 27 f.

beherrscht wird, die Rechtsprechung und Rechtswissenschaft entwickelt haben. Auch hier besteht nach der inzwischen erfolgten Klärung dieser Grundsätze durch die Rechtsprechung⁷⁵ *kein Handlungsbedarf für den Gesetzgeber*, sondern ein - allerdings erheblicher - Bedarf nach Aufklärung und Information über das geltende Recht.

Insgesamt erscheint daher eine gesetzliche Regelung der Patientenverfügung entbehrlich. Falls sie gleichwohl in Angriff genommen werden sollte, sind dabei die nachfolgenden Punkte von zentraler Bedeutung.

2. „Reichweite“ der Patientenverfügung

Ein wesentlicher Streitpunkt in der gegenwärtigen Debatte betrifft die sogenannte „Reichweite der Patientenverfügung“. Insbesondere die Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“ hatte vorgeschlagen, sie für alle Formen der Patientenverfügung auf die Fälle zu beschränken, in denen das Grundleiden irreversibel ist und trotz medizinischer Behandlung nach ärztlicher Erkenntnis zum Tode führen wird⁷⁶. Andere wollen eine Patientenverfügung nur dann anerkennen, wenn das Sterbenlassen indiziert sei.⁷⁷ Auch das bedeutet im Ergebnis nichts anderes als die Beschränkung der Patientenverfügung auf die Sterbephase, denn diese ist gerade dadurch gekennzeichnet, dass weitere lebenserhaltende Maßnahmen nicht mehr indiziert sind.⁷⁸ Zum Teil wird dies auch nur für bestimmte Krankheitsbilder gefordert. Demgegenüber lehnen der Deutsche Juristentag und der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums eine solche Einschränkung ausdrücklich ab⁷⁹. Der Sache nach geht es hier jedoch nicht um die Reichweite der Patientenverfügung, sondern um die *allgemeine Frage*, ob der Patient auch außerhalb der Sterbephase auf lebenserhaltende Maßnahmen verzichten kann, also um die strafrechtliche Problematik⁸⁰.

3. Wirksamkeitsvoraussetzungen für eine Patientenverfügung?

In der Praxis werden die meisten Patientenverfügungen schon deshalb schriftlich niedergelegt, um damit ihre spätere Beachtung zu sichern. Zwingend vorgeschrieben ist dies freilich nicht. Insbesondere hängt die

⁷⁵ Oben V.

⁷⁶ Zwischenbericht „Patientenverfügungen“ vom 13.9.2004, BT-Drucks. 15/3700 (künftig: Enquete-Kommission, EK), S. 38.

⁷⁷ So z.B. *Wagenitz* (in diesem Band), S. 35 f.

⁷⁸ Siehe oben III.2.

⁷⁹ Beschlüsse des 66. DJT 2006 (Fn. 32); Referentenentwurf eines 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetzes vom 1.11.2004 (künftig: Referentenentwurf, RefE), S. 13, 18 f., abgedruckt u.a. bei *Lipp*, Patientenautonomie (Fn. 1), 65 ff.

⁸⁰ Vgl. dazu *Verrel* (Fn. 1), C 85 ff.; *Wagenitz* (in diesem Band), S. 33 ff.; *Schreiber* (in diesem Band), S. 97 ff.

rechtliche Wirksamkeit des Patientenwillens nicht davon ab, in welcher Form er erklärt oder nachgewiesen ist⁸¹.

In der rechtspolitischen Diskussion wird von manchen gefordert, nur *schriftliche* Patientenverfügungen als bindend anzuerkennen. Zum Teil verlangt man zusätzlich eine vorherige *Beratung*⁸². Mit der Schriftform sollen der Nachweis der Ernstlichkeit und des Inhalts der Erklärung erleichtert werden⁸³. Die Aufklärung soll sicherstellen, daß sich der Patient der Bedeutung und Tragweite seiner Erklärung bewußt ist⁸⁴. Andere Erklärungen sollen als Indiz für den mutmaßlichen Willen dienen⁸⁵.

a) Schriftform?

Problematisch ist ein Formzwang vor allem deshalb, weil die antizipierte Einwilligung bzw. Ablehnung des Patienten nur deshalb einen geringeren Grad von Verbindlichkeit haben soll, weil sie nicht formgerecht erklärt worden ist. Ist sie auf andere Weise nachgewiesen, besteht jedoch kein Grund, ihr nicht die gleiche Verbindlichkeit zuzubilligen wie einer schriftlich niedergelegten Erklärung. Gerade wenn man dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten Geltung verschaffen will, dürfen keine Hürden aufgebaut werden, die nicht schon in der Sache selbst begründet sind, wie z.B. das Erfordernis der Einwilligungsfähigkeit⁸⁶. Auch nach Ansicht der Enquete-Kommission soll deshalb z.B. der Widerruf formlos möglich sein⁸⁷. Das Ziel der Beweissicherheit rechtfertigt also die Schriftform nicht.

Im Übrigen wären mit der Einführung einer Formvorschrift weitere Probleme verbunden: Es genügt für eine im Vorfeld einer Behandlung gegenüber dem Arzt erklärte Einwilligung oder Ablehnung weiterhin, daß sie mündlich erklärt wird. Auch für den Betreuer und für den Bevollmächtigten bleiben Anweisungen des Patienten unabhängig von ihrer Form verbindlich. Die mit der Schriftform für Patientenverfügungen notwendig verbundene eingeschränkte Verbindlichkeit für nicht formgerechte Erklärungen führt deshalb zu Abgrenzungsproblemen und Wertungswidersprüchen. Die angeführten Beweisschwierigkeiten treten nämlich bei vielen in die Zukunft gerichteten Anweisungen an den künftigen Betreuer (Betreuungsverfügung, § 1901a BGB) oder Bevollmächtigten (§ 665

⁸¹ Siehe oben V.1.

⁸² Z.B. die Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz in ihrem Bericht "Sterbehilfe und Sterbebegleitung" vom 23.4.2004, abrufbar unter www.justiz.rlp.de (Stand: April 2007; künftig: Bioethik-Kommission Rheinland-Pfalz (RPF)), S. 42 f.

⁸³ *EK*, 40 f.; vgl. auch *RPF*, 42 f.

⁸⁴ *RPF*, 42 f.

⁸⁵ *EK*, 41; *RPF*, 43.

⁸⁶ So zutreffend in anderem Zusammenhang *Roth*, JZ 2004, 494 (497).

⁸⁷ *EK*, 42 f.

BGB) auf, ohne daß hierfür die Einhaltung der Schriftform erforderlich ist. Letztlich spricht daher alles dagegen, für die Patientenverfügung die Schriftform durch Gesetz vorzuschreiben.

b) Beratungspflicht?

Hinsichtlich der Aufklärung stellt sich die Frage, ob eine ärztliche bzw. rechtliche Beratung bei der Errichtung einer Patientenverfügung lediglich empfohlen sein sollte, oder aber ob sie zur Voraussetzung für deren rechtliche Verbindlichkeit erhoben werden sollte. Eine vorherige *Aufklärung* kann zum einen den Patienten über seine Krankheit und die möglichen Behandlungsalternativen informieren und ihn so in die Lage versetzen, sich zu entscheiden. Zum anderen kann sie dem später behandelnden Arzt das Verständnis einer Patientenverfügung erleichtern⁸⁸.

Unter dem erstgenannten Gesichtspunkt dient die Aufklärung der *Wahrnehmung des Selbstbestimmungsrechts* des Patienten; auf sie kann der Patient deshalb auch verzichten⁸⁹. Die Aufklärung als Wirksamkeitsvoraussetzung macht die Beratung zur Pflicht und bedarf daher als Beschränkung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten der Rechtfertigung. Eine Beratungspflicht erscheint dann sachlich sinnvoll und deshalb gerechtfertigt, wenn die Beratung durch einen Arzt erfolgt und der Bezug zu einer bestimmten Krankheit bereits vorhanden oder absehbar ist. Die Beratungspflicht würde aber auch für diejenigen gelten, die in gesunden Tagen für Unfall oder plötzlich auftretende Krankheiten vorsorgen wollen. Hier ist eine ärztliche Information über die gesundheitliche Situation und mögliche Behandlungsalternativen nur in sehr allgemeiner Form möglich, so daß eine mit der Pflicht zur Beratung verbundene generelle Beschränkung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten unter diesem Gesichtspunkt nicht als gerechtfertigt erscheint. Die Beratungspflicht könnte somit allenfalls mit dem *Interesse des Arztes* an einer verständlichen Patientenverfügung, also dem zweiten Aspekt, gerechtfertigt werden. Auf die Interessen bzw. den Schutz des Arztes kommt es aber bei der Einwilligung generell nicht an⁹⁰; entscheidend ist hier allein der Wille des Patienten.

Eine ärztliche bzw. rechtliche Beratung bei der Errichtung einer Patientenverfügung sollte zwar empfohlen und gefördert, aber nicht zur Voraussetzung ihrer rechtlichen Verbindlichkeit erhoben werden.

⁸⁸ *RPf*, 42 f., nennt zwar beide Aspekte, unterscheidet sie aber nicht deutlich.

⁸⁹ Vgl. nur *Taupitz* (Fn. 1), A 28 ff.

⁹⁰ *Deutsch/Spickhoff* (Fn. 8), Rn. 197.

4. Patientenverfügung und Vertreter

Teilweise wird vorgeschlagen, die Bindungswirkung einer Patientenverfügung gegenüber einem Vertreter zu beschränken. So soll z.B. nach dem Vorschlag der Enquete-Kommission eine nicht formgültig errichtete Patientenverfügung nur ein Indiz für die Ermittlung des mutmaßlichen Willens darstellen und darüber hinaus ein allgemeiner Vorbehalt zugunsten des Wohls und des Lebensschutzes des Betreuten eingeführt werden⁹¹.

Beides würde zu Wertungswidersprüchen im Betreuungsrecht führen: *Erstens* ist der Wille des Patienten für den Betreuer oder Bevollmächtigten nach §§ 1901 Abs. 3 S. 1, 1901a BGB bzw. § 665 BGB auch dann verbindlich, wenn er nicht formgerecht erklärt wird⁹². Er ist also bereits *de lege lata* mehr als das Indiz, zu dem ihn die *Enquete-Kommission* machen will und es besteht kein Grund, hier hinter das geltende Betreuungsrecht zurückzugehen. *Zweitens* findet die Wohlschranke des § 1901 Abs. 3 S. 1 BGB bei einer antizipierten Einwilligung oder Ablehnung keine Anwendung⁹³; der Vorschlag würde sie erst einführen. *Drittens* ist verfassungswie betreuungsrechtlich eine Behandlung gegen den Willen des Patienten allenfalls dann erlaubt, wenn die Ablehnung krankheitsbedingt ist⁹⁴. Der Vorrang des Wohls und vor allem des Lebensschutzes ist daher insgesamt abzulehnen.

5. Verfahrensregelungen: Konsil und Vormundschaftsgericht

Nach geltendem Recht, wie es insbesondere die jüngste Rechtsprechung ausgeformt hat, ist eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung (nur) dann erforderlich, wenn der Arzt eine (weitere) lebenserhaltende Maßnahme für indiziert hält und sie vorschlägt, der Vertreter des Patienten sie jedoch ablehnt⁹⁵. Während von den einen eine regelmäßige Einschaltung des Vormundschaftsgerichts und eines Konsils verlangt wird, schlagen andere die Abschaffung der Genehmigungspflicht für Bevollmächtigte vor.

a) *Konsil?*

Zum Teil wird verlangt, zunächst ein *Konsil* aus Arzt, Betreuer, Pflegedienst und Angehörigen einzuschalten, und erst danach und zusätzlich die *Genehmigung des Vormundschaftsgericht* einzuholen. Gleiches soll

⁹¹ *EK*, 41, vgl. auch *RefE*, 23.

⁹² Siehe oben V.1., 3.

⁹³ *BGHZ* 154, 205 (216 ff.).

⁹⁴ Vgl. nur *BVerfGE* (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts) 58, 208 (225); *BVerfG BtPrax* 1998, 144 (145).

⁹⁵ Dazu oben IV.3.

für den Bevollmächtigten gelten⁹⁶. Die Beratung im Konsil soll die Berücksichtigung aller verfügbaren Informationen und vorhandenen Ansichten sicherstellen⁹⁷, die zwingende Einschaltung des Vormundschaftsgerichts soll die Mißbrauchsfahr bannen⁹⁸.

Diese umfassende Absicherung bewirkt, daß der Patient für die Dauer des Verfahrens auch dann behandelt wird, wenn dies seinem Willen widerspricht. Ein solcher Eingriff in die Patientenautonomie bedarf der Rechtfertigung und muß dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen: Die Einbeziehung weiterer Personen in den Behandlungs- bzw. Entscheidungsprozeß ist vielfach sinnvoll, um die Wünsche und Vorstellungen des Patienten zu ermitteln. Allerdings kann die Notwendigkeit, weitere Personen zu beteiligen, nur im Einzelfall beurteilt werden⁹⁹. Ein *obligatorisches Konsil* würde jedoch die Verwirklichung des Willens des Patienten auch dann verzögern, wenn seine Einschaltung weder erforderlich noch sinnvoll ist, um diesen Willen zu ermitteln und umzusetzen. Die zwingende Einschaltung eines Konsils ist daher weder praktikabel¹⁰⁰ noch verfassungsrechtlich zu rechtfertigen.

b) Regelmäßige Einschaltung des Vormundschaftsgerichts?

Die *Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht* dient der präventiven Kontrolle des Betreuers. Sie soll verhindern, daß der Betreuer seine Rechtsmacht mißbraucht und damit dem Patienten irreparablen Schaden zufügt. Nach der Vorstellung insbesondere der Enquete-Kommission ist dieser Schutz nur mit einer *umfassenden Genehmigungspflicht* gewährleistet¹⁰¹.

Normalerweise ist eine präventive Kontrolle im Vorfeld der Behandlungsentscheidung bereits dadurch gewährleistet, daß ein Konsens zwischen Arzt und Betreuer über die Notwendigkeit der Behandlung und den maßgeblichen Willen des Patienten erforderlich ist¹⁰². Wenn allerdings der Betreuer eine Maßnahme *ablehnt*, die nach Ansicht des Arztes sowohl indiziert ist als auch dem Willen des Patienten entspricht, versagt diese Form der präventiven Kontrolle. Denn gegen das Veto des Betreuers darf der Arzt grundsätzlich nicht behandeln. In einem solchen Fall ist daher die Erzwingung einer präventiven Kontrolle durch die Genehmigungspflicht erforderlich. Aus Sicht des Patienten und seines Selbstbestimmungsrechts ist die damit verbundene Verzögerung in der Verwirkli-

⁹⁶ EK, 44.

⁹⁷ EK, 43 f.

⁹⁸ EK, 44 f.

⁹⁹ Die EK, 43 stellt dies selbst ausdrücklich fest; ebenso RefE, 21.

¹⁰⁰ RefE, 21.

¹⁰¹ EK, 44 f.

¹⁰² So auch RefE, 23.

chung seines Willens unvermeidbar, denn es ist gerade umstritten, was der Patient will. Insofern ist die Behandlung des Patienten während des Verfahrens verfassungsrechtlich unbedenklich. Stimmen Betreuer und Arzt jedoch überein, hat die präventive wechselseitige Kontrolle keine Beanstandungen ergeben. Für das verbleibende Risiko des Mißbrauchs genügen die auch hier eingreifenden allgemeinen Sicherungen: Jedermann kann sich bei Verdacht des Mißbrauchs an das Vormundschaftsgericht wenden; darüber hinaus sichern zivil- und strafrechtliche Sanktionen, daß Arzt und Betreuer ihre rechtlichen Pflichten einhalten¹⁰³. Eine nochmalige präventive Kontrolle durch das Vormundschaftsgericht ist daher nicht erforderlich. Eine Genehmigungspflicht führt hier zu einer nicht zu rechtfertigenden Zwangsbehandlung des Patienten; sie ist deshalb verfassungswidrig¹⁰⁴.

Demnach ist eine *umfassende Genehmigungspflicht abzulehnen*. Vorzugswürdig ist hier das geltende Recht, d.h. die Genehmigungspflicht in Konfliktfällen, in denen Arzt und Betreuer kein Einvernehmen über den Willen des Patienten herstellen können¹⁰⁵.

c) Keine Genehmigungspflicht für Bevollmächtigte?

Zum Teil wird vorgeschlagen, die Genehmigungspflicht für den Bevollmächtigten ganz abzuschaffen und auf die allgemeine Kontrollmechanismen zu vertrauen. Die Formvorschrift des § 1904 Abs. 2 S.2 BGB für die Vollmacht steht dabei jedoch nicht in Frage¹⁰⁶.

Der Verzicht auf eine präventive Kontrolle des Bevollmächtigten, der eine lebenserhaltende Maßnahme ablehnt, die der Arzt für indiziert hält und die aus dessen Sicht dem Willen des Patienten entspricht, ist nur gerechtfertigt, wenn der Patient selbst auf diese Form der Kontrolle verzichtet hat¹⁰⁷. Insofern kommt dem Erfordernis, daß der Vollmachtgeber die Befugnis zum Verzicht auf eine lebenserhaltende Behandlung *ausdrücklich* und *schriftlich* erteilen muß (§ 1904 Abs. 2 BGB), besondere Bedeutung zu. Bestehen bleibt darüber hinaus die unverzichtbare *allgemeine Mißbrauchskontrolle* durch das Vormundschaftsgericht, das von jedermann angerufen werden und entweder einen Vollmachten- bzw. Kontrollbetreuer einsetzen (§ 1896 Abs. 3 BGB) oder in Eilfällen selbst tätig werden kann (§§ 1908i Abs. 1 S. 1, 1846 BGB)¹⁰⁸.

¹⁰³ Zum Vorstehenden nur *RefE*, 23.

¹⁰⁴ Eine Zwangsbehandlung ist nur zulässig, wenn die Ablehnung der Behandlung krankheitsbedingt ist, vgl. nur *BVerfGE* 58, 208 (225 f.); *BVerfG* BtPrax 1998, 144 (145).

¹⁰⁵ Siehe oben IV.3.

¹⁰⁶ *RefE* 13, 24.

¹⁰⁷ *RefE*, 24; Arbeitsgruppe (AG) „Patientenautonomie am Lebensende“ des Bundesjustizministeriums („Kutzer-Kommission“), Bericht vom 10.6.2004, 49 f., abrufbar unter http://www.bmj.bund.de/files/-/695/Bericht_AG_Patientenautonomie.pdf (Stand: April 2007).

¹⁰⁸ *RefE*, 24; AG, 49 f.

Letztlich bestehen gegen die Abschaffung der Genehmigungspflicht für Bevollmächtigte daher keine durchschlagenden Bedenken. Es bleibt allein die praktische Frage, ob man das Vertrauen in die Vorsorgevollmacht nicht besser dadurch fördert, daß man auch dem Bevollmächtigten im Konfliktfall den Weg zum Vormundschaftsgericht eröffnet, wie dies die Bioethik-Kommission Rheinland-Pfalz vorschlägt¹⁰⁹.

VII. Schlußbemerkung

Seit dem Beschluß des BGH vom 8.6.2005¹¹⁰ dürfen die *zivilrechtlichen Fragen* als geklärt betrachtet werden. Die Unsicherheit über die so genannten „*strafrechtlichen Grenzen* der Sterbehilfe“ läßt sich zwar durch eine Lektüre der einschlägigen Entscheidung des 1. Strafsenats des BGH¹¹¹ beseitigen. Eine höchstrichterliche Entscheidung, die die hier dringend gebotene Rechtssicherheit herstellen könnte, ist jedoch zurzeit nicht in Sicht. Der Gesetzgeber ist daher aufgefordert, die strafrechtliche Rechtslage klarzustellen; eine zivilrechtliche Regelung der Patientenverfügung ist dagegen nicht erforderlich.

¹⁰⁹ *RPf*, 60.

¹¹⁰ *BGHZ* 163, 195 ff.

¹¹¹ Zu *BGHSt* 40, 257 ff. siehe oben bei Fn. 26.

Gesetzliche Regelung der Sterbehilfe?

*Professor Dr. jur. Dr. med. h.c. Hans-Ludwig Schreiber
Universität Göttingen*

Eine gesetzliche Regelung der Sterbehilfe steht bevor. Sie ist im Koalitionsvertrag für diese Legislaturperiode angekündigt. Seit 2004 häufen sich Kommissionsberichte, Memoranden, Stellungnahmen in der Literatur sowie Gesetzentwürfe, zuletzt aus der Mitte des Deutschen Bundestages. Nur einiges sei herausgegriffen.

Zu nennen sind zunächst der Bericht der Arbeitsgruppe des Justizministeriums „Patientenautonomie am Lebensende“ vom 10.06.2004 der so genannten „Kutzer Gruppe“ und weiter der Bericht der Enquete Kommission des Bundestages zum Thema Patientenverfügung, eine Stellungnahme des Nationalen Ethikrates aus dem Juni 2005 „Patientenverfügung ein Instrument der Selbstbestimmung“, ferner der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums für ein drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts, der sich ebenfalls mit der Patientenverfügung beschäftigt. Ein Vorschlag der Bioethikkommission des Landes Rheinland Pfalz „Sterbehilfe und Sterbebegleitung“ liegt vor. Der Nationale Ethikrat hat nach einem vorangegangenen Papier zur Patientenverfügung im Juli 2006 aus Anlaß des folgenden Juristentages eine Stellungnahme „Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende“ publiziert. Im Oktober 2005 ist ein Alternativ-

entwurf „Sterbegleitung“ eines Arbeitskreises Deutscher, Österreichischer und Schweizer Strafrechtslehrer erschienen, der den Alternativentwurf „Sterbehilfe 1986“ fortgeführt und weiter entwickelt hat. Der 66. Deutsche Juristentag Stuttgart 2006 hat in seiner strafrechtlichen Abteilung unter dem Thema „Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbegleitung“ ein detailliertes Programm für eine Gesetzgebung vorgelegt; Elemente daraus sind jetzt in den aktuellen Entwürfen aus dem Deutschen Bundestag herausgegriffen worden.

Ein Gesetzentwurf der Bundesregierung ist nicht zu erwarten, vielmehr wird es fraktionsübergreifende Initiativen für die Sterbehilfe durch ein Gesetz zur Patientenverfügung geben. Es sollen ohne Fraktionszwang verschiedene Gesetzesentwürfe über eine Patientenverfügung eingebracht und diskutiert werden. Es mehren sich Stimmen, die bis auf die Regelung der Patientenverfügung gesetzgeberische Regelungen nicht für erforderlich halten. In Rechtsprechung und Literatur bestehe ein weitgehender Konsens, von dem ausgegangen werden könne.

I. Definitionen und Grenzlinien

Ganz überwiegend wird für ein Festhalten am Verbot der aktiven direkten Sterbehilfe in § 216 StGB plädiert. Im weitgehenden grundsätzlichen Konsens mit der überwiegenden Meinung in der Literatur sollen die Regelungen jedenfalls im Felde dessen liegen, was bisher als *passive* und *indirekte* Sterbehilfe bezeichnet wurde. Die Grundsätze der Bundesärztekammer sind von der Rechtsprechung beinahe wie ein Gesetz behandelt worden, obwohl der Bundesgerichtshof in einem Beschluß aus Jahre 2005 festgestellt hat, die strafrechtlichen Grenzen der Sterbehilfe seien bisher nicht hinreichend geklärt.

Mit Recht nimmt der Nationale Ethikrat die Kritik an der gängigen Terminologie auf, er hält die verwendeten Begriffe der aktiven, passiven und indirekten Sterbehilfe für mißverständlich und irreführend. Von passiver Sterbehilfe sprach und spricht man, beim Unterbleiben einer lebensverlängernden Behandlung, wenn diese nur den Todeseintritt bei unaufhaltbarem Grundleiden verzögern könne. Die passive Sterbehilfe wird charakterisiert als ein für die konkrete Lebensverkürzung ursächliches Unterlassen. Wie viele Diskussionen gezeigt haben, geht es dabei um das praktisch wichtigste Problem der gegenwärtigen Situation, um den Umfang und die Begrenzung der ärztlichen Behandlungspflicht.

Von indirekter Sterbehilfe wird gesprochen, wenn die Linderung von Leiden und Schmerzen beim Sterbenden so dringlich ist und so im Vordergrund steht, daß eine damit verbundene, möglicherweise nicht vermeidbare Lebensverkürzung hingenommen werden darf. Diesen Formen der Sterbehilfe soll nach den neuen Vorschlägen auch durch die Patientenverfügung der Weg geöffnet werden. Freilich nur für den Fall der Ent-

scheidungsunfähigkeit des Patienten, für den die Patientenverfügung alleine gilt.

Diese beiden Arten der Sterbehilfe sind zur Einschränkung des Tötungsverbotes in § 216 StGB (Tötung auf Verlangen) entwickelt worden. Die Einwilligungssperre des § 216 StGB soll beim Unterlassen auch eines Garanten, wie der Arzt es ist, nicht entgegenstehen. Bei der indirekten Sterbehilfe fehlt es am Vorsatz in Form der Absicht, die Unterscheidung zur aktiven Sterbehilfe ist freilich nur eine hauchdünne Grenze. Sie liegt nur auf subjektivem Gebiet. Von ärztlicher Seite wird teilweise dazu ausgeführt, angesichts der Entwicklung der modernen Anästhesie bedürfe es dieser Form überhaupt nicht mehr, weil die Mittel der modernen Schmerzbekämpfung so verwendet werden könnten, daß eine Lebensverkürzung durch sie nicht mehr eintreten müsse.

Mit Recht wird die Bezeichnung passive Sterbehilfe als problematisch angesehen, sie ist in Abgrenzung zur abgelehnten aktiven Sterbehilfe entwickelt worden, der Begriff kommt zunehmend auch in den Memoranden des Juristentages und des Nationalen Ethikrates außer Gebrauch. Passivität besteht nur im Hinblick auf eine Grunderkrankung. Bloße ärztliche Untätigkeit beim Sterben eines Menschen darf es aber gar nicht geben. Das hat die sich entwickelnde Palliativmedizin deutlich gemacht. Bei der Frage der sogenannten passiven Sterbehilfe geht es, wie die Grundsätze der Bundesärztekammer formuliert haben, um eine Änderung des Behandlungszieles, wenn lebensverlängernde Maßnahmen Leiden nur verlängern würden und die Änderung des Therapiezieles dem Willen des Patienten entspricht. An die Stelle von Lebensverlängerung und Lebenserhaltung treten dann palliativmedizinische Versorgung einschließlich pflegerischer Maßnahmen.

So hatte schon die juristische Diskussion, um es als zulässige Sterbehilfe durch Unterlassen erlauben zu können, etwa das Abschalten eines Beatmungsgerätes als „Unterlassen durch Tun“ qualifiziert, weil das Abschalten der Sache nach nichts anderes sei als das Nichteinschalten des Beatmungsgerätes. Weitgehender Konsens besteht dahin, daß Eingriffe zur Verlängerung des Lebens nicht erforderlich sind, wenn sie sich als sinnlos erweisen und nur die Verlängerung von Leiden bedeuten. Die Abgrenzung ist freilich schwierig. Bei der indirekten Sterbehilfe geht es der Sache nach um die Zulässigkeit eines Stückes durch Intervention geschehender insoweit aktiver Sterbehilfe, die sich nur auf der subjektiven Seite von der direkten aktiven Sterbehilfe unterscheidet. Der Grat der Unterscheidung ist sehr schmal. Der Tod ist nicht beabsichtigt, wird aber als Folge des Handelns gesehen und akzeptiert. Nach überwiegender Auffassung wird er nicht nur als Nebenfolge in Kauf genommen, sondern auch bei sicherem Wissen soll bei Einsatz von schmerzlindernden Mitteln die Inkaufnahme des Todes zulässig sein. Etwa bei der terminalen Sedierung, die zwar den Tod nicht beabsichtigt, ihn aber hinnimmt.

II. Aus der jetzigen Debatte

Wenden wir uns einigen Entwürfen kurz zu.

1. Der Vorschlag der Arbeitsgruppe beim Bundesjustizministerium ging dahin dem bisherigen § 216 StGB einen neuen Absatz 3 anzufügen, der in lapidarer Kürze lautet:

„Nicht strafbar ist,

- 1) *die Anwendung einer medizinisch angezeigten lebensmindernden Maßnahme, die das Leben als nicht beabsichtigte Nebenwirkung verkürzt;*
- 2) *das Unterlassen oder Beenden einer lebenserhaltenden medizinischen Maßnahme, wenn dies dem Willen des Patienten entspricht.“*

Daneben rückt dann die Patientenverfügung. Die Ministerin Zypries hat diesen Ansatz ihrer Arbeitsgruppe nicht mehr weiter übernommen, sondern im Entwurf eines 3. Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechtes lediglich einen § 1901a für das Bürgerliche Gesetzbuch vorgeschlagen der lautet:

„§ 1901a Patientenverfügungen. (1) *Eine Patientenverfügung, in der der Betreute seinen Willen zu Untersuchungen seines Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen oder ärztlichen Eingriffen für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit geäußert hat, gilt bei Einwilligungsunfähigkeit fort, falls keine konkreten Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß der Betreute die Patientenverfügung widerrufen hat.*

(2) *Der Betreuer hat den in einer Patientenverfügung geäußerten Willen des Betreuten zu beachten und die darin vom Betreuten getroffenen Entscheidungen durchzusetzen, soweit ihm dies zumutbar ist. Dies gilt auch dann, wenn eine Erkrankung noch keinen tödlichen Verlauf genommen hat. Eine vom Betreuten getroffene Entscheidung liegt vor, wenn die Patientenverfügung eine Einwilligung oder eine Nichteinwilligung in bestimmte Untersuchungen des Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen oder ärztlichen Eingriffe enthält, die auf die konkrete Situation zutrifft.“*

2. Ausführlicher sind die Vorschläge des Alternativentwurfs „Sterbehilfe“ (2005) und die Beschlüsse des Deutschen Juristentages 2006.

Alternativentwurf Sterbehilfe:

§ 214 Beenden, Begrenzen oder Unterlassen lebenserhaltender Maßnahmen. (1) Wer lebenserhaltende Maßnahmen beendet, begrenzt oder unterläßt, handelt nicht rechtswidrig, wenn

1. der Betroffene dies ausdrücklich und ernstlich verlangt oder
2. der Betroffene dies in einer wirksamen schriftlichen Patientenverfügung für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit angeordnet hat oder
3. der Betroffene nach ärztlicher Erkenntnis zu einer Erklärung über Aufnahme oder Fortführung der Behandlung außerstande ist und aufgrund verlässlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, daß er im Hinblick auf Art, Dauer und Verlauf seiner Erkrankung diese Behandlung ablehnen würde, oder
4. bei nahe bevorstehendem Tod im Hinblick auf den Leidenszustand des Betroffenen und die Aussichtslosigkeit einer Heilbehandlung die Aufnahme oder Fortführung lebenserhaltender Maßnahmen nach ärztlicher Erkenntnis nicht mehr angezeigt ist.

(2) Absatz 1 gilt auch für den Fall, daß der Zustand des Betroffenen auf einem freiverantwortlichen Selbsttötungsversuch beruht.

§ 214a Leidensmindernde Maßnahmen. Wer als Arzt oder mit ärztlicher Ermächtigung bei einem tödlich Kranken mit dessen ausdrücklicher Einwilligung oder aufgrund des in einer wirksamen schriftlichen Patientenverfügung geäußerten Willens oder gemäß mutmaßlicher Einwilligung nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft Maßnahmen zur Linderung schwerer, anders nicht zu behebender Leidenszustände trifft, handelt nicht rechtswidrig, wenn dadurch als nicht vermeidbare und nicht beabsichtigte Nebenwirkung der Eintritt des Todes beschleunigt wird.

3. Der Juristentag formuliert in seinen Beschlüssen wie folgt:

II. Lebenserhaltende Maßnahmen und Behandlungsbegrenzung

1. Unterlassen, Begrenzen oder Beenden lebenserhaltender Maßnahmen

Es ist im StGB klarzustellen, daß das Unterlassen, Begrenzen oder Beenden lebenserhaltender Maßnahmen straflose Behandlungsbegrenzung ist (bisher sog. „passive Sterbehilfe“),

- a) wenn für solche Maßnahmen keine medizinische Indikation (mehr) besteht,

- b) wenn dies vom Betroffenen ausdrücklich und ernstlich verlangt wird,
- c) wenn dies vom (einwilligungsunfähigen) Betroffenen in einer Patientenverfügung für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit angeordnet wurde,
- d) wenn dies vom Vorsorgebevollmächtigten verlangt wird (Antrag Dr. Helgerth)
- e) wenn dies von einem Vertreter des Patienten (Betreuer, sonstiger gesetzlicher Vertreter oder Vorsorgebevollmächtigter) - erforderlichenfalls mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts - verlangt wird und der erklärte oder mutmaßliche Wille des Betroffenen nicht erkennbar entgegensteht,
- f) wenn der Patient einwilligungsunfähig ist und aufgrund verlässlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, daß er diese Behandlung ablehnen würde (mutmaßlicher Wille),

Die indirekte Sterbehilfe wird vom Juristentag wie folgt zur Regelung vorgeschlagen:

III. Leidenslinderung bei Gefahr der Lebensverkürzung

1. Strafgesetzliche Klarstellung

- a) Die Voraussetzungen für die Strafflosigkeit einer nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft erfolgenden Leidenslinderung bei Gefahr der Lebensverkürzung sollten gesetzlich geregelt werden.
- b) Sie ist zulässig
 - aa) nicht nur bei Sterbenden, sondern auch bei tödlich Kranken.
 - bb) auch dann, wenn die Lebensverkürzung zwar nicht beabsichtigt, aber als sichere Folge vorhergesehen wird

2. Bußgeldbewehrte Dokumentationspflicht

Um den Mißbrauchsgefahren bei leidenslindernden Medikationen entgegenzuwirken, ist eine bußgeldbewehrte Verpflichtung des Arztes zur Dokumentation des Behandlungsverlaufs einzuführen.

III. Vergleichende Analyse

Juristentag und Alternativentwurf Sterbebegleitung nehmen die schriftliche Patientenverfügung auf. Sie erscheint für den Fall der Willensunfähigkeit als Instrument zur Durchsetzung des Patientenwillens zur Selbstbestimmung am Lebensende als gegenwärtiger Kern der Sterbehilfediskussionen. Ist der Kranke nicht mehr in der Lage, seinen Willen über Behandlung oder die Beschränkung der Behandlung zu äußern, so soll

auf eine vorher im Zustand der Einwilligungsfähigkeit errichtete Patientenverfügung zurückgegriffen werden.

Patientenverfügungen sind damit das Mittel, den Willen zur Verweigerung bzw. zu Art und Beschränkung der Behandlung nach Eintritt von Einwilligungsunfähigkeit aus Krankheitsgründen zu vermitteln. Dann gilt, was vorher bei Einwilligungsfähigkeit für eine konkrete Entscheidungssituation gesagt worden ist. Diese Patientenverfügung wird wohl alleine im Mittelpunkt der Gesetzgebung des Deutschen Bundestages stehen. Patientenverfügungen greifen damit dann weit über den bloßen Zustand der Einwilligungsunfähigkeit hinaus und werden zum Instrument der Behandlungsbegrenzung. Neben die Patientenverfügung kann die Bestellung eines Vorsorgebevollmächtigten gemäß § 1896 Abs. 2 BGB treten. Die Patientenverfügung ist auch in Österreich in einem besonderen Patientenverfügungsgesetz, das am 01.06.2006 in Kraft getreten ist, geregelt. In Österreich unterscheidet man nach verbindlichen und bloß beachtlichen Patientenverfügungen.

In Deutschland unterscheiden sich die Ansichten zur Patientenverfügung noch in einigen Punkten. Nahezu alle Stellungnahmen gehen aber von der grundsätzlichen Verbindlichkeit eindeutiger und auf die konkrete Situation bezogener Patientenverfügungen aus. Auch in Deutschland zeichnet sich jetzt Einigkeit dahin ab, daß für Patientenverfügungen die Schriftform erforderlich ist und Mündlichkeit nicht genügt. Streitig ist das Erfordernis einer vorherigen Aufklärung. Auch der Deutsche Juristentag hat sich nicht dafür ausgesprochen.

Ein wesentlicher Dissens besteht in Deutschland aber noch zur Reichweite der Geltung einer Patientenverfügung. Auch die zu erwartenden Entwürfe aus dem Bundestag unterscheiden sich darin. Die Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages - und ein Entwurf aus der Mitte des Bundestages geht auch in diese Richtung - will die Geltung von Patientenverfügungen mit Behandlungsverzicht, der zum Tode führen kann, auf solche Konstellationen beschränken, in denen das Grundleiden irreversibel ist und nach ärztlicher Erkenntnis trotz medizinischer Behandlung zum Tode führen wird. Das lehnt sich an die frühere Rechtsprechung an, nach der die Zulässigkeit passiver Sterbehilfe auf das unmittelbare Finalstadium einer tödlichen Krankheit beschränkt war, Ausnahmen freilich zuließ. Dagegen wollen die Arbeitsgruppe und der Referententwurf des Justizministeriums eine wirksame Ablehnung weiterer lebensverlängernder Behandlungen dann schon zulassen, wenn das Grundleiden noch keinen irreversibeln Verlauf genommen hat. Auch der Deutsche Juristentag will eine Begrenzung der Reichweite der Patientenverfügung auf irreversibel tödlich verlaufende Grundkrankheiten nicht befürworten. Der Juristentag verlangt Eindeutigkeit und Situationsbezogenheit, das Fehlen konkreter Anhaltspunkte für Willensmängel (Einwilligungsunfähigkeit, Irrtum, Täuschung, Zwang) sowie das Fehlen konkre-

ter Anhaltspunkte für eine zwischenzeitliche Willensänderung. Eine Aktualisierung oder Bestätigung des Inhalts innerhalb einer Frist, ist vom Juristentag nicht befürwortet worden. Freilich will der Juristentag mit knapper Mehrheit eine fehlende Verbindlichkeit der Patientenverfügung bei neuen medizinischen Entwicklungen annehmen. Dann, wenn der Patient solche neuen medizinischen Möglichkeiten bei Abfassung seiner Verfügung noch nicht gekannt hat, soll klargestellt werden, daß seine Patientenverfügung nicht mehr verbindlich ist.

IV. Aktuelle Vorschläge

Drei Entwürfe sollen aus dem Bundestag zu erwarten sein.

Einer soll vom Abgeordneten der SPD, Stünker kommen. Er orientiert sich für die Patientenverfügung konsequent am Prinzip der Autonomie. Schriftlich niedergelegte Patientenverfügungen gelten, wenn die Festlegungen auf die konkrete Situation zutreffen.

Ein Entwurf des Abgeordneten Bosbach (CDU), der sich insoweit mit einem des Abgeordneten Röspel (SPD) deckt, kennt als entscheidenden Unterschied eine Reichweitenbegrenzung für die Patientenverfügung. Sie soll nur dann bindende Wirkung haben, wenn die Grunderkrankung einen irreversibel tödlichen Verlauf genommen hat. Ausnahmen soll es beim Wachkoma und bei weit fortgeschrittenen Demenzen geben, wenn nach aller Wahrscheinlichkeit der Patient nie wieder das Bewußtsein erlangen wird. Dagegen regt sich in Teilen des Bundestages lebhaft Kritik.

Eine Beschränkung der Patientenverfügung auf den unmittelbaren Sterbevorgang, auf unmittelbare Todesnähe wie bei Bosbach und Röspel erscheint nicht richtig, zumal ein Sterbevorgang gar nicht exakt gegenüber vorhergehenden Krankheitszuständen abgegrenzt werden kann. Eine Möglichkeit, Behandlungen per Verfügung abzubrechen, soll sicher nicht für gesunde und kurierbare Patienten eröffnet werden. Zu beachten ist, daß Behandlung überhaupt nur mit Einwilligung vorgenommen werden darf. Richtig scheint mir, wie es in den Grundsätzen der Bundesärztekammer heißt, Patientenverfügungen seien auch gültig bei Patienten, die sich zwar noch nicht im Sterben befinden, aber wegen ihrer fortgeschrittenen Krankheit in absehbarer Zeit sterben werden.

V. Königsweg Patientenverfügung

Es ist zu begrüßen, daß der Gesichtspunkt der Selbstbestimmung mit der Patientenverfügung in den Vordergrund gerückt worden ist. Was bei eingetretener Willens- und Erklärungsunfähigkeit am Lebensende geschehen soll, ist von wesentlicher Bedeutung. Mit dem Mittel der Patientenverfügung kann das Problem des Lebensendes mit den zukünftigen Patienten

erörtert und Regelungen dafür besprochen werden. Die Patientenverfügung ist sicher ein wichtiges Instrument. Aber Patientenverfügungen dürfen nicht isoliert als das entscheidende allein wesentliche Mittel zur Lösung der individuellen und gesellschaftlichen Probleme im Umgang mit dem Sterben betrachtet werden. Es besteht die Gefahr, daß die für den Sonderfall der Willensunfähigkeit in der Patientenverfügung enthaltenen Anordnungen zu Prinzipien stilisiert werden, die auch für den Umgang mit willensfähigen Kranken gelten. Dann sollte man auch im Gesetz sagen, daß die Patientenverfügung nicht nur für den Zustand der Willensunfähigkeit gilt, sondern auch dann, wenn noch Willensfähigkeit gegeben ist und man sich auf diese Patientenverfügung soll beziehen können.

Die Patientenverfügung ist nicht der Königsweg für die Sterbehilfe. Nicht immer liegen Patientenverfügungen vor. Es gibt auch andere Wege den Willen zum Ausdruck zu bringen und zu dokumentieren, z.B. durch eine Vorsorgevollmacht. Auch der ausdrückliche Wille und in Notfällen der mutmaßliche Wille, wie es in den Beschlüssen des Juristentages ausgeführt ist, müssen maßgeblich sein können.

Sehr zweifelhaft ist es, ob und inwieweit ein einseitiger Abbruch zulässig sein soll. Ihn läßt der Alternativentwurf Sterbebegleitung in seinem § 214 Abs. 1 Nr. 4 zu, wenn bei nahe bevorstehendem Tod im Hinblick auf den Leidenszustand des Betroffenen und die Aussichtslosigkeit einer Heilbehandlung, die Aufnahme oder Fortführung lebenserhaltender Maßnahmen nach ärztlicher Erkenntnis nicht mehr angezeigt ist. Es ist, wie Duttge gezeigt hat, schwierig hier Grundsätze festzulegen, wann es dem Wohle des Patienten dient und bei welcher Lebensqualität noch weiterbehandelt werden soll und wann, wie es im Futility Konzept gesagt wird, Aussichtslosigkeit bzw. Sinnlosigkeit der Behandlung gegeben ist.

Zunehmend werden auch in deutschen Diskussionen Kostengesichtspunkte mit einbezogen. Rein medizinische Umschreibungen der Sinnlosigkeit bestimmter Therapien sind schwierig. Daß überhaupt keine Selbstbestimmung mehr möglich sei, ist auch kein geeignetes, tragendes Konzept. Die unmittelbare Todesnähe vermag gewisse Anhaltspunkte zu geben, wie es Verrel im Gutachten für den Juristentag versucht hat. Mit Recht weist Duttge darauf hin, daß es in den Kliniken offenbar weithin an verbindlichen, konkreten Konzepten fehlt, die für Therapiereduktionen oder Therapieeinstellungen verwendet werden.

Man sollte nicht meinen, daß solche Entscheidungen überflüssig oder hinfällig werden, wenn man auf die Patientenverfügung abstellt.

Die Patientenverfügung ist, wie Heinrich Wefing am 05.02.2007 in der FAZ geschrieben hat, auch ein „politischer Krückstock“. Auf ihn wollen sich die Parlamentarier stützen, weil sie - so Wefing - an die großen Fragen nicht rühren wollen. Zum Beispiel an die Straflosigkeit der Leidenslinderung mit der Folge der Lebensverkürzung und die Frage der Grenzen für die lebensverlängernde Behandlung. Mit Recht spricht Wefing

von der Mutlosigkeit, die sich in einer Ausweichbewegung ganz auf die Kodifizierung der Patientenverfügung konzentrierte.

Das spricht freilich nicht gegen deren gesetzliche Regelung, die einen Schritt zur notwendigen Klärung der offenen Fragen darstellt. Die Patientenverfügung ist ein Transportmittel, was sie transportieren darf, wird freilich in den Entwürfen nicht gesagt.

Es bleibt dann daneben bei der indirekten Sterbehilfe und der zulässigen Begrenzung der lebensverlängernden Behandlung, früher passive Sterbehilfe genannt.

VI. Problem der aktiv-direkten Sterbehilfe

Zur Aufnahme der aktiven direkten Sterbehilfe in das Gesetz wird es aller Voraussicht nach nicht kommen, die politische Szene ist ganz überwiegend dagegen.

Manches scheint für die aktive Sterbehilfe zu sprechen. In den Niederlanden ist sie durch Gesetz vom 01.04.2002 zugelassen worden. Daß das Recht auf Leben i.S. von Artikel 2 GG gleichsam als Kehrseite das Recht auf den je gewählten eigenen Tod umfasse, wird aber mit Recht von der ganz überwiegenden Ansicht nicht anerkannt.

Die theologischen Argumente gegen eine aktive Sterbehilfe überzeugen freilich nicht. Wenn wir zu Gott zurückkehren, dann wird dieser Gott, so wie ich ihn jedenfalls verstehe, uns nicht hinauswerfen, wenn wir wegen schwerer Schmerzen es hier nicht mehr aushalten und bitten eher zu ihm zurückkehren zu dürfen. Er wird uns auch dann aufnehmen.

Die möglichen sozialen Folgen der Zulassung aktiver Sterbehilfe sollten aber ernst genommen werden. Die Frage an einen Kranken, ob er mit der Beendigung seines Lebens einverstanden sei, ob man ihm dabei helfen solle, ist angesichts knapper werdender medizinischer Ressourcen gerade gegenüber einem Schwerkranken, der sich selbst zur Last ist, sich als Last für andere empfindet, eine gefährliche Sache. Man kann einem Kranken leicht plausibel machen, daß es richtig und eigentlich angezeigt sei, das eigene Ende zu verlangen und zu fragen, ob man noch behandelt werden wolle oder nicht doch eher ein schnelles Ende wünsche, zumal wenn das Weiterleben und die Behandlung mit Schmerzen und Leiden verbunden ist. Die Mainzer Bioethikkommission weist darauf hin, daß angesichts vielfältiger möglicher Drucksituationen eine generelle Freigabe aktiver Sterbehilfe das Selbstbestimmungsrecht selbst beeinträchtigen könne. Muß die Selbstbestimmung durch Begrenzung der Selbstbestimmung geschützt werden? Ein sicher problematisches aber nicht leicht von der Hand zu weisendes Argument.

VII. Assistierter Suizid

In lebhafter Diskussion geraten ist in letzter Zeit der ärztlich assistierte Suizid, insbesondere im Zusammenhang mit der Tätigkeit der Schweizer Sterbehilfe Organisation DIGNITAS, die von einem Rechtsanwalt Minelli betrieben wird. Sie hat vor kurzem in Hannover eine Niederlassung eingerichtet. Mehrere hundert Fälle jährlich sollen es sein, in denen aus Deutschland sterbewillige Kranke in die Schweiz gebracht werden. Ihnen wird dort ein Medikament zur Verfügung gestellt, durch dessen eigenhändige Einnahme sie ihr Leben beenden. Eine bloße Beihilfe zum freiverantwortlichen Suizid ist schon heute auch in der Bundesrepublik straflos, soweit sie nicht in Täterschaft übergeht, das heißt, wenn der das Medikament zur Verfügung Stellende nicht selbst zum Bestimmenden wird.

Der Alternativentwurf Sterbehilfe will den ärztlich assistierten Suizid ausdrücklich zulassen (§ 4 Entwurf eines Sterbebegleitungsgesetzes). Der Deutsche Juristentag hat im Zusammenhang damit eine Änderung der ausnahmslosen ärztlich-standesrechtlichen Mißbilligung der ärztlichen Beihilfe zum Suizid vorgeschlagen. Bei unerträglichem, mit Palliativ-Medizinischen Mitteln nicht ausreichend zu linderndem Leiden, solle die Mitwirkung eines Arztes beim Suizid eine nicht nur strafrechtlich zulässige, sondern auch ethisch vertretbare Form der Sterbebegleitung sein. Von ärztlicher Seite wird das bisher prinzipiell abgelehnt. Fraglich ist freilich, ob ein grundlegender Unterschied darin liegt, ob jemandem vom Arzt eine den Tod herbeiführende Infusion gegeben wird oder wenn der Kranke die Medizin selbst einnimmt. Eine Differenz ist es schon, aber ob die Beihilfe zulässig wird, wenn der Kranke das Medikament selbst nimmt, ist sicher nicht einfach zu sagen. Aber auch das wird in der zu erwartenden Gesetzgebung nicht berücksichtigt werden.

Besondere Beachtung findet die organisierte Beihilfe zum Suizid durch die Organisation DIGNITAS. Nach der überwiegend im Nationalen Ethikrat vertretenen Ansicht bestehen grundsätzliche Bedenken gegen jede Form der organisierten Vermittlung von Suizidbeihilfe, weil dadurch der Schutzauftrag der Gesellschaft gegenüber Suizidgefährdeten beeinträchtigt würde. Auch könne die in klarer Willensfreiheit und in eindeutig extremer Notlage ausgesprochene Bitte um Hilfe bei der Selbsttötung die moralische Mißbilligung mildern oder äußerstenfalls ganz entfallen lassen. In der Tat bestehen Bedenken, ob bei der Zulassung solcher organisierter Beihilfe die Grenzen straflosen Tuns, insbesondere die Freiverantwortlichkeit hinreichend beachtet wird. Hierfür müssen jedenfalls gesetzliche Regelungen geschaffen werden. Diskutiert wird die Einführung eines § 115 des Schweizer Strafgesetzbuches nachgebildeten Tatbestandes der ein Handeln aus selbstsüchtigen Motiven bei der Sterbehilfe verbieten soll.

Von der Mainzer Bioethikkommission vorgeschlagen wird eine Strafbarkeit der gewerblichen Beihilfe zur Selbsttötung aus Gewinnsucht. Ein Gesetzesantrag der Länder Saarland, Thüringen und Hessen im Bundesrat zur Einbringung im Bundestag sieht die Einführung eines neuen § 217 StGB vor, der die geschäftsmäßige Vermittlung oder Verschaffung von Gelegenheit zur Selbsttötung unter Strafe stellen will. Ob eine verwaltungsrechtliche Lösung, die staatliche Aufsicht und Kontrolle von Sterbehilfeorganisationen ausreicht, erscheint zweifelhaft. Im Zusammenhang mit einer notwendigen gesetzlichen Regelung der Suizidbeihilfe bedürfte es auch einer Beschränkung der organisierten Beihilfe zum Suizid.

Aber auch das wird in der zu erwartenden Gesetzgebung keine Berücksichtigung finden. Diese wird wohl nur die Patientenverfügung regeln und die dort noch vorhandenen Differenzen austragen. Für mehr fehlt dem Gesetzgeber der Mut. Die Debatte wird dann weitergehen.

Literaturangaben:

- Baumann u.a., Alternativentwurf eines Gesetzes eines Gesetzes über Sterbehilfe, Stuttgart 1986
- Bernat, Erwin, Das Österreichische Patientenverfügungsgesetz, ein Schritt vorwärts, zwei Schritte zurück, Gesundheitsrecht 2007, S. 1
- Bundesärztekammer, Grundsätze zur Sterbebegleitung, Deutsches Ärzteblatt, 2004, SA 1298
- Bundesministerium der Justiz, Entwurf eines 3. Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechtes, Berlin 2004
- Deutscher Bundestag, Enquete-Kommission, Ethik und Recht der Modernen Medizin, Zwischenbericht Patientenverfügung, Berlin 2004
- Deutscher Juristentag, Beschlüsse des 66. Deutschen Juristentages Stuttgart 2006, Abteilung Strafrecht C, München 2007
- Duttge, Gunnar, Einseitige („objektive“) Begrenzung ärztlicher Lebenserhaltung, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2006, S. 479
- Duttge u.a., Preis der Freiheit, Reichweite und Grenzen individueller Selbstbestimmung zwischen Leben und Tod, 2. Aufl., Thüningersheim 2006
- Hillgruber, Christian, Die Würde des Menschen am Ende seines Lebens, Verfassungsrechtliche Anmerkungen, Zeitschrift für Lebensrecht, 2006, S. 69
- Kuschel, Amelia, Der ärztlich assistierte Suizid, Frankfurt/Berlin 2007
- Lüderssen, Klaus, Aktive Sterbehilfe – Rechte und Pflichten, Juristenzeitung, 2006, S. 689
- Merkel, Reinhard, Aktive Sterbehilfe, Festschrift für F.C. Schroeder, 2006, S. 297
- Nationaler Ethikrat, Stellungnahme Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende, Berlin 2006
- Schneider, Hartmut, Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, Vor §§ 211 ff., München 2003
- Schöch, Heinz, Verrel, Torsten u.a., Alternativentwurf Sterbebegleitung, Goltdammer's Archiv 2005, S. 353
- Schreiber, Hans-Ludwig, Das ungelöste Problem der Sterbehilfe, Neue Zeitschrift für Strafrecht, 2006, S. 473
- Schreiber, Hans-Ludwig, Strafbarkeit des assistierten Suizides, Festschrift für Günther Jakobs, 2007, S. 615

- Schreiber, Hans-Ludwig, Soll die Sterbehilfe nach dem Vorbild der Niederlande und Belgiens neu geregelt werden? Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi, 2004, S. 543
- Verrel, Torsten, Gutachten für den 66. Deutschen Juristentag, Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung, 2006, S. C 9
- Wolfslast, Gabriele, Rechtliche Neuordnung der Tötung auf Verlangen, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber, 2003, S. 916

Längst sind es nicht mehr nur die klassischen Gebiete des Arzt–Patienten–Verhältnisses, etwa die Reichweite der Aufklärungspflicht oder haftpflichtrechtliche Folgen ärztlicher Behandlungsfehler, die klärungsbedürftige rechtliche und ethische Fragen aufwerfen. Heute stehen gänzlich neue Themen und Dimensionen der modernen Medizin im Fokus: von der Forschung mit embryonalen Stammzellen zur Errichtung von Biodatenbanken, von der Gendiagnostik und Gentherapie über die Gewebespende bis zu der immer stärker spürbaren Ökonomisierung des gesamten Gesundheitswesens. Die rasante Entwicklung weckt nicht nur Hoffnungen, sondern zugleich Ängste, die nach Transparenz und Rechtssicherheit rufen.

Die Sachgerechtigkeit der Regeln macht das interdisziplinäre Gespräch zwischen Recht und Medizin unabdingbar; das im WS 2004/05 neu gegründete Göttinger Zentrum für Medizinrecht bietet hierfür in Fortführung einer langen Tradition ein breites Dach. Die neue Reihe der „Göttinger Schriften zum Medizinrecht“ schafft ein Forum, um der interessierten Öffentlichkeit die aktuellen Forschungsergebnisse zugänglich zu machen. Der vorliegende erste Band führt die (um weitere Abhandlungen ergänzten) Beiträge anlässlich der Eröffnungsveranstaltung des Zentrums vom November 2006 unter dem Generaltitel „Perspektiven des Medizinrechts“ zusammen.



ISBN–13: 978–3–940344–08–3
ISSN: 1864–2144

Universitätsverlag Göttingen