

**Sondervotum Dr. Martin Mayer, PD Dr. Marion Albers, Dr. Carola Reimann und Dr. Marlies Volkmer
zum „Zwischenbericht der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin zu Patientenverfügungen (Anhang Seite 60)
Deutscher Bundestag – 15. Wahlperiode – Drucksache 15/3700 vom 13.9.2004**

Sondervotum von PD Dr. Marion Albers, Dr. Martin Mayer, Dr. Carola Reimann und Dr. Marlies Volkmer

Wir stimmen wesentlichen Punkten der Empfehlungen, die die Mehrheit der Enquete-Kommission im 6. Kapitel dieses Zwischenberichts abgibt, nicht zu. Eine Einschränkung der Verbindlichkeit von Patientenverfügungen, die eine lebenserhaltende oder -verlängernde Behandlung untersagen, auf diejenigen Fallkonstellationen, in denen das Grundleiden irreversibel ist und trotz medizinischer Behandlung nach ärztlicher Erkenntnis zum Tode führen wird, ist wegen ihrer Unbestimmtheit und wegen ihrer Folgen für die betroffenen Patientinnen und Patienten nicht tragfähig. Patientenverfügungen weisen als Vorausverfügung zwar Unterschiede zu aktuellen Willensäußerungen auf und sind mit bestimmten, in Kapitel 2.3 des Zwischenberichts näher erörterten Problemen verbunden. Rechtliche Schutzmechanismen müssen aber genau darauf reagieren, also die Unterschiede möglichst weitgehend ausgleichen und die Probleme vermindern. Deswegen vertreten wir ein Schutzkonzept, bei dem der Verbindlichkeitsgrad von Patientenverfügungen danach differenziert wird, inwieweit bestimmte Wirksamkeitsvoraussetzungen erfüllt sind. Hier kommt vor allem einer sachgerechten Aufklärung und Information Bedeutung zu. Dieses Schutzkonzept wird ergänzt durch die verfahrensrechtlichen Regelungen über die Umsetzung und über Kontrollvorkehrungen. Auf diese Weise werden sowohl der Wille als auch das Wohl der Patientinnen und Patienten bestmöglich geschützt.

Wir geben deshalb die folgenden Empfehlungen ab:

1 Verbindlichkeit und Reichweite von Patientenverfügungen

Wir empfehlen dem Deutschen Bundestag, die Verbindlichkeit von Patientenverfügungen gesetzlich zu regeln. Dabei sollte eine Patientenverfügung ihre Adressaten (insbes. Bevollmächtigte, Betreuer oder Ärzte) binden, soweit sie wirksam ist und soweit nicht konkrete Anhaltspunkte die Annahme tragen, dass die Patientin oder der Patient sie aufgrund ihres/seines aktuellen Willens zum Behandlungszeitpunkt nicht mehr gelten lassen will oder dass die Erklärung ihr/ihm nicht mehr zuzurechnen ist.

Die Verbindlichkeit sollte bei Patientenverfügungen, die einen Behandlungsabbruch oder -verzicht vorsehen, der zum Tode führen würde, nicht davon abhängen, dass das Grundleiden irreversibel ist und trotz medizinischer Behandlung nach ärztlicher Erkenntnis zum Tode führen wird.

Soweit Patientenverfügungen Maßnahmen der Basisversorgung ausschließen, sollten sie unwirksam sein.

Im Übrigen sollten die Verbindlichkeit und der Verbindlichkeitsgrad in differenzierender Form von besonderen Wirksamkeitsvoraussetzungen abhängen.

Die Verbindlichkeit der Patientenverfügung muss mit Rücksicht auf den aktuell bestehenden Willen und auf die normative Zurechenbarkeit der früheren Verfügung eingeschränkt werden.

Eine danach gegebene Rechtsverbindlichkeit einer Patientenverfügung ändert nichts daran, dass diese in einer späteren konkreten Entscheidungssituation interpretiert und umgesetzt werden muss. Dabei ist zu prüfen, ob die Wirksamkeitsvoraussetzungen erfüllt sind. Weiter ist festzustellen, ob und inwiefern die konkrete aktuelle medizinische Situation mit einer der in der Verfügung beschriebenen Situationen übereinstimmt und inwiefern die in der Patientenverfügung gewünschte oder unerwünschte Behandlung mit der aktuell indizierten Behandlung übereinstimmt. Immer ist zudem der aktuelle Wille zu ermitteln, der der Verbindlichkeit der früher getroffenen Verfügung entgegenstehen kann. Die Umsetzung muss gesonderten verfahrensrechtlichen Regelungen unterliegen.

1.1 Hintergrund: Selbstbestimmungsrecht und Menschenwürde

Das Recht, für den Fall der Entscheidungs- oder Äußerungsunfähigkeit eine Patientenverfügung zu treffen, wird verfassungsrechtlich durch das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Artikel 2 Abs. 1 GG) und durch das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Artikel 2 Abs. 2 S. 1 GG) gewährleistet. Das in beiden Grundrechten enthaltene Selbstbestimmungsrecht wird durch die Garantie der Unantastbarkeit der Menschenwürde (Artikel 1 Abs. 1 GG) verstärkt. Die Patientenverfügung genießt also einen hohen verfassungsrechtlichen Schutz. Dieser erklärt sich damit, dass die darin getroffenen Entscheidungen über erwünschte oder unerwünschte medizinische Behandlungen oder über erwünschte und unerwünschte Umstände des eigenen Sterbens persönlichkeitsnah sind oder sogar zum Kernbereich der Persönlichkeit zählen. Gerade wenn jemand entscheidungs- oder äußerungsunfähig ist, kann zugleich die Gefahr bestehen, dass er zum Objekt medizinischer Eingriffe gemacht wird, die zwar gut gemeint sind, aber nicht seinen eigenen Vorstellungen und Wünschen über den Umgang mit seinem Körper oder über sein Leben und sein Sterben entsprechen. Der Wert des Lebens wird durch ein Sterben in Würde gestärkt. Vor diesem Hintergrund ist die Achtung der Selbstbestimmung und der Menschenwürde zugleich ethisch geboten.

Auch Verfügungen, die festhalten, unter welchen Voraussetzungen welche medizinischen Maßnahmen unerwünscht sind oder wann lebensverlängernde Behandlungen nicht mehr fortgeführt werden sollen, genießen diesen hohen verfassungsrechtlichen Schutz. Aus einer ethischen Perspektive, die die Selbstbestimmung und die Menschenwürde achtet, sind sie ebenso anzuerkennen wie Verfügungen, die vorab die Einwilligung in sämtliche lebenserhaltenden Maßnahmen erklären. Behandlungsablehnende Patientenverfügungen sind in der Regel eine Reaktion auf die gesteigerten Möglichkeiten der modernen Intensivmedizin. Aufgrund der technischen und medikamentösen Entwicklungen kann Leben einerseits in deutlich weiter reichendem Umfang als früher aufrechterhalten und verlängert werden. Andererseits können die Durchführung, die Neben- und Folgewirkungen oder die sonstigen Umstände entsprechender medizinischer Maßnahmen hohe körperliche oder psychische Belastungen mit sich bringen. Es steht jedem einsichts- und urteilsfähigen Menschen zu, für sich zu entscheiden, dass das eigene Leben nicht um den Preis erheblicher körperlicher oder seelischer Beeinträchtigungen aufgrund

oder infolge medizinischer Maßnahmen künstlich verlängert oder dass nach Eintritt bestimmter Voraussetzungen der natürliche Sterbeprozess nicht mehr aufgehalten werden soll. Das ist bei Einwilligungsfähigen unbestritten. Bei Personen, die einwilligungsunfähig geworden sind, aber für die jeweilige Situation eine Patientenverfügung getroffen haben, darf nicht etwas im Grundsatz anderes gelten. Unterschiede darf und muss es nur geben, damit die Defizite aufgefangen werden, die eine Vorabverfügung und ihre Anwendung in einer späteren Situation mit sich bringen.

Im Falle einer gesetzlichen Regelung ist daher eine differenzierte Gestaltung der Rechtsfolgen, der Wirksamkeitsvoraussetzungen und der Umsetzungsbedingungen einer Patientenverfügung erforderlich. Auf Rechtsfolgenseite sollte eine Patientenverfügung Bindungswirkung haben, also rechtsverbindlich sein, sofern nicht konkrete Anhaltspunkte die Annahme tragen, dass die Patientin oder der Patient sie aufgrund ihres/seines aktuellen Willens zum Behandlungszeitpunkt nicht mehr gelten lassen will oder dass die frühere Erklärung ihr/ihm wegen einer vollständigen Diskontinuität der Persönlichkeit normativ nicht mehr zugerechnet werden darf.¹⁾ Dass eine Bindungswirkung der früheren Verfügung bei entgegenstehendem aktuellen Willen ausscheidet, ist eine sachgerechte Reaktion darauf, dass die spätere Situation auch im Falle einer Aufklärung nur in begrenztem Umfang antizipiert werden kann und dass sich in der späteren Situation die Wertvorstellungen und Einschätzungen der Betroffenen ändern können (vgl. Kapitel 2.3.1, 2.3.4 des Zwischenberichts). Die angemessene Ermittlung des aktuellen Willens erfordert besondere Sorgfalt und ist deshalb durch verfahrensrechtliche Regelungen abzusichern. Die Rechtsverbindlichkeit einer Patientenverfügung besagt noch nichts über den Verbindlichkeitsgrad. Dieser sollte in Abhängigkeit vom Vorliegen bestimmter Wirksamkeitsvoraussetzungen differenziert werden. Eine solche Gestaltung ist eine sachgerechte Reaktion darauf, dass eine aktuelle Entscheidungsfindung im Dialog mit dem Arzt oder der Ärztin nicht möglich ist (dazu Kapitel 2.3.2, 2.3.3 des Zwischenberichts) und dass deshalb besondere Schutzmechanismen nötig sind.

¹⁾ Der Begriff „Zurechnung“ ist primär normativer, nicht empirischer Art. Deshalb muss die Bestimmung des klinischen und mentalen Zustands, der die Zurechnung einer früheren Verfügung zum jetzigen Patienten möglicherweise ausschließt, ebenfalls nach normativen Kriterien erfolgen. Nicht jede Persönlichkeitsveränderung, die zur Einwilligungsunfähigkeit im rechtlichen Sinne führt, schließt auch die Zurechenbarkeit einer zuvor verfassten Verfügung aus; gerade für solche Situationen werden Patientenverfügungen gemacht. Ein Zurechnungsausschluss verlangt vielmehr drei eng zu fassende Voraussetzungen: Der Patient darf erstens keinerlei subjektive Verbindung zu den individuell-persönlichen Werten mehr haben, die der früher verfassten Patientenverfügung zugrunde liegen; das setzt regelmäßig voraus, dass der jetzige Patient gänzlich außerstande ist, von seinen früheren Werten auch nur irgendetwas zu verstehen oder zu empfinden. Er muss zweitens nun gänzlich andere, mit jenen Motiven der früheren Verfügung unverträgliche persönliche Interessen haben (etwa: mit dem Leben in seinem jetzigen Zustand erkennbar zufrieden sein, während die früher verfasste Verfügung gerade für einen solchen Zustand lebenserhaltende Maßnahmen ablehnt). Drittens müssen diese gegenwärtigen persönlichen Interessen normativ erheblich gewichtiger sein als die der Verfügung zugrundeliegenden Motive (etwa: der aktuell eindeutige Überlebenswunsch verglichen mit dem Interesse an der Vermeidung eines früher als unwürdig antizipierten Zustands). Nur wenn diese drei Kriterien erfüllt sind, darf die Zurechnung einer für die gegenwärtige Situation verfassten und darauf anwendbaren Patientenverfügung verneint werden. Das wird nur in wenigen extremen Falltypen in Betracht kommen.

1.2 Keine Einschränkung der Verbindlichkeit auf Konstellationen, in denen das Grundleiden irreversibel ist und trotz medizinischer Behandlung nach ärztlicher Erkenntnis zum Tode führen wird

Wir sind der Ansicht, dass die Verbindlichkeit von Patientenverfügungen, die eine lebenserhaltende oder -verlängernde Behandlung untersagen, nicht auf die Fallkonstellationen beschränkt werden sollte, in denen das Grundleiden irreversibel ist und trotz medizinischer Behandlung nach ärztlicher Erkenntnis zum Tode führen wird. Eine solche Einschränkung ist weder verfassungsrechtlich noch ethisch hinreichend tragfähig.

Die einschränkenden Kriterien sind höchst unbestimmt und durch Ungewissheitsbedingungen geprägt. Eine solche Einschränkung wäre mit erheblich beeinträchtigenden Folgen für die betroffenen Patientinnen und Patienten verbunden.

Die Kriterien der Irreversibilität und des tödlichen Verlaufs des Grundleidens decken sich mit den Kriterien, die der 12. Zivilsenat des BGH in seinem Urteil vom 17. März 2003 anführt. Der Zwischenbericht legt zutreffend dar, dass der BGH diese beiden Kriterien ohne das vormalig eingeschlossene zeitliche Kriterium des „Todesintritts in kurzer Zeit“ aufzählt und dass wegen des Wegfalls des zeitlichen Kriteriums zwingend Abgrenzungsprobleme und Unsicherheiten entstehen (dazu Kapitel 3.3.4, auch mit Hinweisen auf die heftige Kritik am BGH-Urteil). Denn erst das zusätzliche Kriterium, dass der Tod in kurzer Zeit eintreten wird, führt dazu, dass die Fragen, ob das Grundleiden irreversibel ist und ob es tödlich verläuft, mit hinreichender Sicherheit beantwortet werden können. Ohne dieses Kriterium hat man mit einer Entscheidung unter relativ hohen Ungewissheitsbedingungen zu tun. Entsprechend subjektiv und unterschiedlich kann diese – dem behandelnden Arzt oder der Ärztin überantwortete – Entscheidung ausfallen. Dass sie „nach ärztlicher Erkenntnis“ getroffen werden soll, ändert daran nichts.

Die Empfehlungen der Mehrheit der Enquete-Kommission fügen hinzu, dass das Grundleiden „trotz medizinischer Behandlung“ nach ärztlicher Erkenntnis zum Tode führen muss. Damit klären sie einen Punkt, der in der BGH-Entscheidung offen geblieben ist (vgl. Kapitel 3.3.4 des Zwischenberichts). Die Ungewissheitsbedingungen, mit denen die ärztliche Entscheidung zu kämpfen hat, werden dadurch aber nicht verringert. Sie werden noch erhöht. Die Ärzte oder Ärztinnen müssen nicht nur den künftigen Verlauf der Krankheit, hier ihre Irreversibilität und ihre Tödlichkeit, beurteilen. Sie müssen weiter die Wirkungen der in Betracht kommenden Formen medizinischer Behandlung prognostizieren und diese in eine Beziehung zum Krankheitsverlauf setzen. Auch solche Prognosen sind regelmäßig subjektiv beeinflusst und fallen unterschiedlich aus. Sie sind zudem in den einschlägigen Krankheitssituationen oft vielschichtig, prozesshaft und nach dem „trial-and-error“-Prinzip angelegt: Man muss zunächst ausprobieren, ob und wie eine bestimmte Behandlung anschlägt, bevor man weitere Urteile treffen kann.

Würde eine Einschränkung der Verbindlichkeit von Patientenverfügungen realisiert, wie sie die Mehrheit der Enquete-Kommission vorschlägt, erwartete man von den Ärzten und Ärztinnen somit ein Urteil, das kaum mit hinreichender Gewissheit gefällt werden kann. Damit besteht einerseits die Gefahr, dass behandlungsablehnende Patientenverfügungen praktisch nicht beachtet würden. Denn den behandelnden Ärzten oder Ärztinnen drohen Sanktionen, falls ein Urteil, das die Irreversibilität und den tödlichen Verlauf eines Grundleidens trotz medizinischer Behandlung bejaht, im Nachhinein als fehlerhaft eingestuft werden sollte. Unter Umständen können sie strafrechtlich wegen Tötung in einer Garantenstellung (§§ 212, 13 StGB) belangt werden. Andererseits sind Missbrauchsgefahren nicht ausgeschlossen (dazu sogleich unten im Text dieses Punktes).

Für betroffene Patientinnen und Patienten hätte eine Realisierung der vorgeschlagenen Einschränkung der Verbindlichkeit behandlungsuntersagender Patientenverfügungen unzumutbar beeinträchtigende Folgen. Sie führte in einer Vielzahl von Fällen dazu, dass einwilligungsunfähige Personen zwangsweise medizinischen Maßnahmen unterworfen werden, die sie nach ihrem vorab erklärten Willen und angesichts der Berücksichtigung ihres aktuellen Willens auch in der Behandlungssituation ablehnen. Das gilt umso mehr, als oft erst ausprobiert werden muss, ob eine Behandlung Erfolg hat oder nicht. Häufig ginge es dabei um intensivmedizinische Maßnahmen, die eben nicht nur lebenserhaltend wirken, sondern auch mit hohen Belastungen verbunden sein können. Nach den Kriterien des Mehrheitsvorschlages wären nämlich keineswegs nur Maßnahmen hinzunehmen, die „vitale Lebensfunktionen“ aufrechterhalten, etwa eine Nahrungs- oder Flüssigkeitszufuhr im Wege der künstlichen Ernährung. Unabhängig davon können Betroffene auch eine künstliche Nahrungs- oder Flüssigkeitszufuhr, erst recht, wenn nach ihrem eigenen Erleben der Tod naht, als Qual erleben.

Was Menschen für sich ablehnen und als unerträgliche Belastung oder sogar als unwürdig empfinden, ist höchst subjektiv und zutiefst von religiösen oder weltanschaulichen Lebens- und Sterbensvorstellungen geprägt. Dieses Selbstverständnis der Betroffenen ist, da es um ihren Körper, um ihr Leben und um ihr Sterben geht, zu achten. Der Staat, der Patientenverfügungen gesetzlich regelt, darf es nicht übergehen. Allerdings darf und muss ihm ein Anliegen sein, dass die Ansichten und Entscheidungen der Betroffenen nicht auf Vor- oder Fehlurteilen beruhen, sondern sich auf der Basis einer hinreichenden Aufklärung, Beratung und Information bilden. Über individuelle Arzt- Patienten-Gespräche hinaus kann diese im Wege der Öffentlichkeitsarbeit etwa des Bundesministeriums für Gesundheit oder bestimmter Verbände erfolgen. Bei komplexen und zugleich Ängste auslösenden Krankheitszuständen wie etwa dem Wachkoma oder bei besonders tabuisierten Krankheitssituationen ist eine solche Aufklärungsarbeit angebracht.

Wünsche in Bezug auf das eigene Sterben sind zwar nicht nur Ergebnis eines isolierten individuellen Entscheidungsprozesses, sondern auch des Einflusses der Bilder, die in der Gesellschaft oder in den Medien erzeugt werden. Ein eindimensionaler Trend ist aber nicht ersichtlich. Es gibt zahlreiche Berichte über die Erfolge der modernen Medizin, über die Möglichkeiten der Behandlung von Krankheiten, der Rehabilitation oder der Schmerzbekämpfung und über die Hospizbewegung. Reportagen über Patientenverfügungen berichten über Menschen, die Verfügungen verfasst haben oder verfassen wollen, über Konflikte zwischen Ärzten, Betreuern, Bevollmächtigten oder Angehörigen oder über die Rechtsunsicherheit auf Seiten der Ärzte; sie haben selten den Charakter einer Aufforderung, den Ablauf des eigenen Todes zu planen. Anlass für Patientenverfügungen sind oft konkrete Erfahrungen mit Sterbesituationen im persönlichen Nahbereich.

Bei der Beurteilung der Folgen für betroffene Patientinnen und Patienten kommt hinzu, dass eine Einschränkung der Verbindlichkeit nach Maßgabe der von der Mehrheit genannten Kriterien Missbrauchsgefahren nicht ausschließt. Die Vagheit der Kriterien „Irreversibilität des Grundleidens“ und „tödlicher Verlauf trotz medizinischer Behandlung“ und der Maßstab der „ärztlichen Erkenntnis“ könnten in bestimmten Fällen nämlich auch umgekehrt dazu führen, dass die ärztliche Entscheidung mit Blick auf Ressourcenknappheit und ökonomische Kalkulationen gegen lebenserhaltende Maßnahmen ausfällt, sofern eine behandlungsuntersagende Patientenverfügung vorliegt. Dann fällt ins Gewicht, dass die anderweitigen Schutzmechanismen

in den Mehrheitsempfehlungen nur schwach ausgeprägt sind: Eine zwar schriftlich festgehaltene, im Übrigen aber ohne angemessene Aufklärung und Information unbedacht verfasste Patientenverfügung soll danach in vollem Umfang verbindlich sein.

Schon deswegen trägt die Vermutung, dass ohne die vorgeschlagene Einschränkung der Reichweite von Patientenverfügungen ein Klima des Drucks für ältere oder schwer kranke Menschen entstehen könnte, die Mehrheitsempfehlungen nicht. Voreiligen oder aufgrund äußeren Drucks abgefassten Verfügungen ist durch Wirksamkeitsvoraussetzungen, insbesondere durch das Erfordernis einer hinreichenden ärztlichen Aufklärung, entgegenzuwirken.

Die Einschränkung ist auch nicht deshalb gerechtfertigt, weil es sich um eine Vorausverfügung für eine nur schwer voraussehbare Situation statt um eine unmittelbare Ausübung des Selbstbestimmungsrechts handelt. Auf die vielfältigen Unterschiede, die zwischen der im Voraus getroffenen Patientenverfügung einer nunmehr einwilligungsunfähigen Person und der aktuellen Willenserklärung einer einwilligungsfähigen Person bestehen, muss der Gesetzgeber zwar reagieren. Die vorgeschlagenen Kriterien sind dafür jedoch ungeeignet. Stattdessen müssen die Unterschiede zwischen Patientenverfügung und aktueller Willenserklärung durch genau dazu passende Schutzmechanismen möglichst weitgehend ausgeglichen werden. Deshalb schlagen wir eine Differenzierung des Verbindlichkeitsgrades und bestimmte Wirksamkeitsvoraussetzungen vor (vgl. sogleich Punkt 2). Wir weisen außerdem darauf hin, dass ein entgegenstehender aktueller Wille, in dem eine Änderung der früheren Vorstellungen über das eigene Sterben zum Ausdruck kommen kann, oder eine vollständige Diskontinuität in der Persönlichkeit des oder der Betroffenen mit der Folge, dass die frühere Verfügung ihm oder ihr normativ nicht mehr zugerechnet werden darf, die Verbindlichkeit der Patientenverfügung ausschließt. Für die Umsetzung der Verfügung sind verfahrensrechtliche Schutzmechanismen zu verankern, die sowohl eine angemessene Interpretation der Verfügung als auch eine sorgfältige, alle relevanten Aspekte berücksichtigende Ermittlung des aktuellen Willens sicherstellen. Ein Schematismus der Rechtssicherheit in dem negativen Sinne, dass Patientenverfügungen ohne weiteres zu „vollziehen“ wären, entsteht auf diese Weise nicht. An dieser Stelle ist außerdem die von uns geteilte Empfehlung der Enquete-Kommission hervorzuheben, dass die Patientenverfügung mit einer Vorsorgevollmacht oder Betreuungsverfügung kombiniert werden sollte (Kapitel 6.8 des Zwischenberichts).

Insgesamt erweist sich die von der Mehrheit vorgeschlagene Einschränkung der Verbindlichkeit nach Maßgabe des Krankheitszustandes als unverhältnismäßig. Sie führte dazu, dass einwilligungsunfähige Patienten und Patientinnen trotz und entgegen ihrer Patientenverfügung zwangsweise oder zumindest ohne ihren Willen medizinische Maßnahmen dulden müssten. Missbrauchsgefahren schließt sie nicht aus. Für die Ärzte und Ärztinnen produzierte die vorgeschlagene Einschränkung wegen ihrer Unbestimmtheit eine Klemme zwischen grundsätzlicher zivilrechtlicher Verbindlichkeit und strafrechtlichen Sanktionsdrohungen.

1.3 Unwirksamkeit bei Ausschluss von Maßnahmen der Basisversorgung

Soweit Patientenverfügungen Maßnahmen der Basisversorgung ausschließen, sollten sie unwirksam sein. Zur Basisversorgung gehören dabei insbesondere Pflegemaßnahmen und das Stillen von Hunger und Durst auf natürlichem Wege, nicht die künstliche Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr, insbesondere das Legen einer PEG-Sonde.

In der Regel werden Patientenverfügungen Maßnahmen der Basisversorgung nicht ausschließen. Aus den Niederlanden sind aber vereinzelt Fälle bekannt geworden, in denen auch pflegerische Maßnahmen wie etwa das Waschen als unerwünscht bezeichnet worden waren. Da solche Maßnahmen nicht mit Eingriffen in die körperliche Integrität verbunden sind und ihr Nutzen deutlich überwiegt, ist es hier legitim, deren Ausschluss als unwirksam zu bezeichnen.

1.4 Einschränkung der Verbindlichkeit mit Rücksicht auf den aktuell bestehenden Willen

Wir empfehlen ebenso wie die Mehrheit, dass eine Patientenverfügung nur verbindlich sein sollte, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte die Annahme tragen, dass die Patientin oder der Patient sie aufgrund ihres/seines aktuellen Willens zum Behandlungszeitpunkt nicht mehr gelten lassen will oder dass die frühere Erklärung ihr/ihm wegen einer vollständigen Diskontinuität der Persönlichkeit normativ nicht mehr zugerechnet werden darf.

2 Wirksamkeitsvoraussetzungen

Wir empfehlen dem Deutschen Bundestag, die Verbindlichkeit und den Verbindlichkeitsgrad von Patientenverfügungen in differenzierender Form von besonderen Wirksamkeitsvoraussetzungen abhängig zu machen. Patientenverfügungen kann ein uneingeschränkter Verbindlichkeitsgrad oder eine mehr oder weniger weit reichende Indizwirkung zukommen.

Ein uneingeschränkter Verbindlichkeitsgrad sollte einer Patientenverfügung zukommen, wenn sie über die allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen hinaus besondere Anforderungen an die Schriftlichkeit, an eine ihr vorangegangene ärztliche Aufklärung und Information sowie an die Aktualisierung erfüllt.

Erfüllt eine Patientenverfügung bestimmte oder sämtliche dieser besonderen Anforderungen nicht, sollte ihr eine mehr oder weniger weit reichende Indizwirkung zukommen.

Die im Zusammenhang mit der Abfassung einer Patientenverfügung geleistete ärztliche Aufklärung sollte als Versicherungsleistung und in den Gebührenordnungen abgedeckt werden.

2.1 Verbindlichkeit, Verbindlichkeitsgrad und Wirksamkeitsvoraussetzungen

Nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regeln setzt die Wirksamkeit einer Patientenverfügung voraus, dass die Patientin oder der Patient bei Abfassung oder Bestätigung der Verfügung einsichts- und urteilsfähig gewesen ist und die Verfügung frei von äußerem Druck getroffen hat. Fehlt es bereits an diesen grundlegenden Voraussetzungen, ist die Verfügung unverbindlich.

Im Übrigen kann der Gesetzgeber Patientenverfügungen in Abhängigkeit vom Vorliegen bestimmter Wirksamkeitsvoraussetzungen einen uneingeschränkten Verbindlichkeitsgrad oder eine gradualisierte Indizwirkung zuerkennen. Ein uneingeschränkter Verbindlichkeitsgrad bedeutet, dass die Festlegungen der Patientenverfügung die maßgeblichen Faktoren für die Ermittlung des Patientenwillens sind. Sie können dann zwar durch aktuelle Willensäußerungen,

nicht aber durch den Verweis auf (sonstige) allgemeine Wertvorstellungen der betroffenen Person, Hinweise auf vage mündliche Äußerungen in einer früheren Situation oder unter Berufung auf das objektive Wohl aufgehoben oder relativiert werden. Hat eine Patientenverfügung Indizwirkung, muss dagegen ermittelt werden, welche weiteren Faktoren neben ihr relevant sein könnten (zum Beispiel sonstige frühere Äußerungen oder Wertvorstellungen der Person, gegebenenfalls auch das objektive Wohl). Die Indizwirkung der Festlegungen der Verfügung kann mehr oder weniger gewichtig sein (vgl. noch Punkt 2.3).

2.2 Wirksamkeitsvoraussetzungen im Falle eines uneingeschränkten Verbindlichkeitsgrades

2.2.1 Schriftlichkeit

Im Gesetz sollte vorgesehen werden, dass eine Patientenverfügung schriftlich niedergelegt sein, eine Unterschrift enthalten und datiert sein muss. Ihr Widerruf kann formlos erfolgen.

In der Begründung folgen wir hier der Mehrheitsempfehlung. Allerdings sollte auch das Datum wegen des Aktualisierungserfordernisses zwingend sein.

2.2.2 Aufklärungs- und Beratungsgespräch

Wird in einer Patientenverfügung vorab eine Einwilligung in Behandlungsmaßnahmen festgehalten, die die körperliche Integrität beeinträchtigen, sollte dies nur dann wirksam sein, wenn dem eine ärztliche Aufklärung vorangegangen ist, es sei denn, die Patientin oder der Patient hat hierauf verzichtet. Aufklärung oder Verzicht darauf sollten in der Patientenverfügung zu dokumentieren sein.

Patientenverfügungen, die die Einleitung oder Fortsetzung lebenserhaltender oder -verlängernder medizinischer Maßnahmen untersagen, sollten nur dann mit uneingeschränktem Verbindlichkeitsgrad verbindlich sein, wenn ihnen eine qualifizierte Aufklärung durch eine/n Arzt/Ärztin vorangegangen ist, im Rahmen derer die in der Patientenverfügung genannten Krankheitszustände und die in Betracht kommenden, insbesondere auch die in der Verfügung untersagten medizinischen Behandlungsmaßnahmen und die denkbaren Folgen der Untersagung umfassend und verständlich erläutert worden sind. Diese Aufklärung ist in der Patientenverfügung zu dokumentieren.

Nach allgemeinen Regeln setzt die Wirksamkeit einer Einwilligung in Behandlungsmaßnahmen, die die körperliche Integrität beeinträchtigen, eine ärztliche Aufklärung voraus, sodass eine informierte Zustimmung (informed consent) erteilt werden kann. Im Falle einer gesetzlichen Regelung der Patientenverfügung sollte klargelegt werden, dass die Wirksamkeit einer solchen Einwilligung in einer Patientenverfügung in entsprechender Weise eine ärztliche Aufklärung voraussetzt, sofern die Patientin oder der Patient darauf nicht in konkreter Form verzichtet hat. Aufklärung oder Verzicht darauf sollten in der Patientenverfügung zu dokumentieren sein.

Lehnt eine einwilligungsfähige Person eine medizinische Behandlung ab, hängt die Wirksamkeit dieser ablehnenden Erklärung zwar nicht von einer ärztlichen Aufklärung ab. Bereits aus

haftungsrechtlichen Gründen werden im Arzt-Patienten-Verhältnis dennoch bestimmte Aufklärungs- und Belehrungspflichten ausgelöst. Die einwilligungsfähigen Patienten können darauf zwar verzichten, aber nur in einer konkreten Form, bei der deutlich wird, dass ihnen bewusst war, worauf sie verzichten. Unabhängig davon haben sie – anders als einwilligungsunfähig gewordene Personen – die Möglichkeit, sowohl einen Aufklärungsverzicht als auch die Ablehnung der medizinischen Behandlung zu überdenken und sich gegebenenfalls anders zu entscheiden.

Lehnt eine Person vorab in einer Patientenverfügung die Einleitung oder Fortsetzung lebenserhaltender oder -verlängernder medizinischer Maßnahmen ab, ist es im Rahmen der gesetzlichen Regelung sinnvoll, einer solchen Festlegung nur dann einen uneingeschränkten Verbindlichkeitsgrad zuzuerkennen, wenn ihr eine hinreichende qualifizierte Aufklärung durch eine/n Arzt/Ärztin vorangegangen ist. Eine solche Aufklärung erfüllt mehrere unverzichtbare Funktionen. Sie ist geeignet, im Rahmen des Möglichen auszugleichen, dass in der späteren Behandlungssituation eine aktuelle Entscheidungsfindung im Dialog mit dem Arzt oder der Ärztin nicht möglich ist. Sie dient dazu, die betroffene Person über Krankheiten und denkbare Krankheitsverläufe, über die medizinischen Möglichkeiten und über Behandlungsalternativen zu informieren, etwaige Fehlvorstellungen und Ängste zu reduzieren und die Folgen eines Behandlungsverzichts deutlich zu machen. Sie bietet einerseits die Grundlage, die die betroffene Person benötigt, damit sie unerwünschte Behandlungsmaßnahmen oder den Krankheitszustand, von dem an Maßnahmen unterbleiben sollen, hinreichend konkret beschreiben kann. Sie liefert andererseits die Grundlage, auf der die betroffene Person Bedeutung und Tragweite ihrer Entscheidung einzuschätzen vermag. Daher ist eine qualifizierte Aufklärung Bedingung der Möglichkeit einer selbstbestimmten behandlungsablehnenden Verfügung.

Zudem sollte ein uneingeschränkter Verbindlichkeitsgrad einer behandlungsablehnenden Patientenverfügung von einer qualifizierten Aufklärung abhängig sein, damit die Bindungswirkung für die in der späteren Behandlungssituation verantwortlichen Ärzte oder Ärztinnen zumutbar ist. Ohne diese Voraussetzung wären sie – im Falle einer Verbindlichkeit – an eine solche Verfügung mit ihren weit reichenden Folgen gebunden, obwohl sie nicht einschätzen könnten, ob der betroffenen Person die Bedeutung und die Tragweite ihrer Entscheidung überhaupt klar gewesen sind.

In inhaltlicher Hinsicht muss die Aufklärung eine umfassende und verständliche Erläuterung zumindest der in der Patientenverfügung genannten Krankheitszustände, der in Betracht kommenden, insbesondere auch der in der Verfügung untersagten medizinischen Behandlungsmaßnahmen und der denkbaren Folgen der Untersagung umfassen. Die Aufklärung muss in der Patientenverfügung dokumentiert werden.

In personeller Hinsicht muss die Aufklärung in Form einer qualifizierten Beratung durch einen Arzt oder eine Ärztin erfolgen. Das folgt aus ihren Funktionen und ihren gerade genannten notwendigen Inhalten. Eine zusätzliche Beratung aus den Bereichen der Rechtspflege, Psychologie, Pflege, Hospiz und Seelsorge kann je nach Konstellation und Präferenzen der verfügbaren Person sehr empfehlenswert sein. Sie sollte aber nicht Voraussetzung eines uneingeschränkten Verbindlichkeitsgrades behandlungsablehnender Verfügungen sein.

Der Einwand, eine solche Aufklärung sei als paternalistische Zwangsberatung abzulehnen, greift angesichts der eben ausgeführten Gründe, die eine qualifizierte Aufklärung und Information als

Voraussetzung eines uneingeschränkten Verbindlichkeitsgrades der Patientenverfügung notwendig machen, nicht durch. Im Übrigen sind selbst weniger folgenreiche Entscheidungen wie ein Grundstückskauf zum Schutz des Betroffenen vor uninformierten oder übereilten Entscheidungen nur im Falle vorangegangener qualifizierter Belehrungen verbindlich. Eine Aufklärung vor der Abfassung einer Patientenverfügung, in der lebenserhaltende oder -verlängernde Maßnahmen abgelehnt werden, wird in aller Regel von den Betroffenen auch nicht als unangemessen empfunden werden, zumal wenn sie als Versicherungsleistung und in den ärztlichen Gebührenordnungen abgedeckt wird. Unabhängig davon sollte eine behandlungsablehnende Patientenverfügung, der keine derartige Aufklärung vorangegangen ist, nicht völlig unverbindlich sein, sondern Indizwirkung haben.

2.2.3 Aktualisierung der Verfügung einschließlich der jeweils vorhergehenden Aufklärung

Ein uneingeschränkter Verbindlichkeitsgrad einer Patientenverfügung, die die Einleitung oder Fortsetzung lebenserhaltender oder -verlängernder medizinischer Maßnahmen untersagt, sollte zudem davon abhängen, dass die Verfügung in regelmäßigen Zeitabständen, mindestens alle drei oder vier Jahre, aktualisiert wird. Der Aktualisierung hat eine erneute ärztliche Aufklärung voranzugehen.

Das Erfordernis einer Aktualisierung mit erneuter Aufklärung stellt sicher, dass die notwendige ärztliche Aufklärung ihre eben beschriebenen Funktionen mit der Folge erfüllt, dass ein uneingeschränkter Verbindlichkeitsgrad der Patientenverfügung tragfähig ist. Das wäre nicht der Fall, wenn eine lange zurückliegende Aufklärung genügte. Im Falle einer Aktualisierung kann die betroffene Person über neue medizinische Entwicklungen, über den Verlauf einer begonnenen oder drohenden Krankheit und über neue Behandlungsoptionen informiert werden, und sie kann ihre Wertvorstellungen und Präferenzen gezielt überprüfen. Darauf kann sie ihre Patientenverfügung einstellen. Hinzu kommt, dass die in der späteren Behandlungssituation verantwortlichen Ärzte oder Ärztinnen eine auch in zeitlicher Hinsicht angemessen abgesicherte Grundlage zur Verfügung haben.

Das Erfordernis einer Aktualisierung mit erneuter Aufklärung ist nicht zu verwechseln mit einer Aktualität der Patientenverfügung. Eine Aktualisierung ist möglich, solange die verfügende Person einsichts- und urteilsfähig ist; von dann an gilt die Verfügung vom letzten Aktualisierungsstand an. Wegen des funktionalen Zusammenhanges mit der ärztlichen Aufklärung ist die Aktualisierung mehr als eine lediglich schematische Bestätigung einer bereits getroffenen Verfügung.

Erfüllt eine Patientenverfügung diese Anforderungen nicht, sollte ihren Festlegungen kein uneingeschränkter Verbindlichkeitsgrad, aber eine Indizwirkung zukommen.

2.3 Verbindlichkeit in Form einer Indizwirkung

Patientenverfügungen, die die Einleitung oder Fortsetzung lebenserhaltender oder -verlängernder medizinischer Maßnahmen untersagen und die genannten zusätzlichen Voraussetzungen teilweise oder insgesamt nicht erfüllen, sollten eine eingeschränkte Bindungswirkung dahin entfalten, dass sie (nur) als ein mehr oder minder gewichtiges Indiz (neben anderen maßgeblichen Faktoren) bei der Ermittlung des Patientenwillens zu berücksichtigen sind. Je präziser die Patientenverfügung

abgefasst ist, je deutlicher sie erkennen lässt, dass die betroffene Person hinreichend informiert und die Tragweite der Festlegungen abzuschätzen in der Lage gewesen ist, und je aktueller die Verfügung ist, desto mehr Gewicht muss den Bestimmungen der Verfügung zukommen. Zu den Faktoren, die im konkreten Fall neben den Äußerungen in der Patientenverfügung eine Rolle spielen können, gehören anderweitige frühere Äußerungen, die religiösen oder weltanschaulichen Wertvorstellungen der Person oder auch das objektive Wohl. Dieses kann vor allem dann bedeutsam sein, wenn eine Verfügung ersichtlich unbedacht erscheint oder auf einem erkennbar unzureichenden Informationsstand über medizinische Aspekte beruht.

3 Weitere Empfehlungen

Im Übrigen schließen wir uns den Mehrheitsempfehlungen an. Dies gilt mit den Modifikationen, die sich aus dem von uns vertretenen Schutzkonzept ergeben, auch für die Empfehlungen zur Umsetzung der Patientenverfügung und zur Beteiligung des Vormundschaftsgerichts.

Das einzubeziehende Konsil hat beratende Funktionen im Rahmen der Entscheidung über die Umsetzung der Patientenverfügung. Es ist hilfreich beim Abgleich der aktuellen medizinischen Situation mit einer der in der Verfügung beschriebenen Situationen oder der in der Patientenverfügung beschriebenen mit der aktuell indizierten Behandlung. Mit den an ihm Beteiligten spielt es eine besondere Rolle bei der Beurteilung, ob es konkrete Anhaltspunkte dafür gibt, dass sich der aktuelle Wille der Patientin oder des Patienten gegenüber den Festlegungen der Patientenverfügung geändert hat.

Dem Vormundschaftsgericht sollen in bestimmten Fällen kontrollierende Funktionen zukommen. Es hat die Rechtmäßigkeit der Entscheidung des Bevollmächtigten oder Betreuers zu kontrollieren, die dieser nicht etwa gemeinsam mit dem Konsil, sondern eigenverantwortlich nach Beratung durch das Konsil trifft. Diese Entscheidung ist mit Rücksicht auf die Patientenverfügung darauf gerichtet, die Einwilligung in medizinisch indizierte lebenserhaltende Maßnahmen nicht zu geben; insofern besteht immer ein „Dissens“ zur medizinischen Indikation. Das Vormundschaftsgericht hat dann zum Beispiel die Wirksamkeit der Patientenverfügung zu prüfen, die nach dem hier vertretenen Schutzkonzept freilich nicht vom Vorliegen eines bestimmten medizinischen Zustandes abhängt. Es hat zu prüfen, ob die Auslegung der Patientenverfügung erkennbar fehlerhaft ist, ob die Beratung durch das Konsil stattgefunden hat oder ob bei der Beurteilung des aktuellen Willens alle relevanten Aspekte berücksichtigt und fehlerfrei gewichtet worden sind. In bestimmtem Umfang sind Beurteilungsspielräume des Bevollmächtigten oder Betreuers anzuerkennen, sofern und weil dieser die Patientin oder den Patienten, seine Überzeugungen und Wertvorstellungen besser kennt als das Gericht. Es geht also nicht darum, dass das Vormundschaftsgericht seine Entscheidung an die Stelle derjenigen des Bevollmächtigten oder Betreuers setzt. Eine funktionsgerecht ausgestaltete Kontrolle ist aber wegen der Bedeutung sinnvoll, die die Ablehnung medizinisch indizierter lebenserhaltender Maßnahmen für die betroffene Patientin oder den Patienten hat.

Sofern Patientenverfügungen Maßnahmen der Notfallmedizin betreffen, müssen Ausnahmen von der Beteiligung eines Konsils und der vormundschaftsgerichtlichen Kontrolle geregelt werden.

(Den gesamten Zwischenbericht der Enquete-Kommission zu Patientenverfügungen finden Sie im Internet unter

<http://dip.bundestag.de/btd/15/037/1503700.pdf>)