

## Anhang: Sondervoten

### Sondervotum von Rainer Beckmann

Ich stimme dem Zwischenbericht „Patientenverfügungen“ nicht zu.

#### Verfehltes Regelungskonzept

Der Zwischenbericht empfiehlt eine gesetzliche Regelung von Patientenverfügungen im Sinne einer Stärkung dieses Rechtsinstituts (Kapitel 6.2). Gleichzeitig schränkt er den Anwendungsbereich von solchen Verfügungen ein, die Behandlungsverzichtserklärungen enthalten (s. ebenfalls Kapitel 6.2). Diese „Beschränkung“ und die Wirksamkeitsvoraussetzung der Schriftlichkeit (6.3) haben aber zur Folge, dass Patientenverfügungen, die die gewünschten Kriterien erfüllen, umso eher als „richtiges“ Modell der „Vorsorge“ erscheinen. Hinzu kommt, dass alle Verfügungen, die einen Behandlungsverzicht enthalten, einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung unterliegen sollen. Auch hierdurch wird der Anschein eines rechtlich und gesellschaftlich anerkannten, gesetzlich geregelten und letzten Endes sogar amtlich geprüften Sterbeverfahrens vermittelt.

Dieses Regelungskonzept verstärkt den auch in der öffentlichen Diskussion entstandenen Eindruck, dass gerade Patientenverfügungen dazu geeignet seien, ein menschenwürdiges Sterben zu ermöglichen bzw. „Planungssicherheit am Lebensende“ zu gewährleisten. Die Angst vieler Mitbürgerinnen und Mitbürger vor einem langwierigen, leidvollen und menschenunwürdigen Sterben wird damit – ob gewollt oder nicht – in eine bestimmte Richtung gelenkt: Die Abfassung einer schriftlichen Verfügung mit dem Ziel des Ausschlusses oder des Abbruchs von bestimmten Behandlungsmaßnahmen gilt als das entscheidende Mittel, um in Krankheit und Sterben vor „Übertherapie“ bzw. einer „seelenlosen Apparatedmedizin“ geschützt zu sein. Tatsächlich können Patientenverfügungen jedoch keine Sicherheit für ein menschenwürdiges Sterben vermitteln. Patientenverfügungen sind vielmehr mit zahlreichen Nachteilen verbunden und eignen sich nicht als gesellschaftspolitisch vorzugswürdiges Instrumentarium zur Lösung von Problemen in der letzten Phase des Lebens.

#### Übertriebener Glaube an die Selbstbestimmung

Patientenverfügungen ermöglichen grundsätzlich selbstbestimmte Entscheidungen am Lebensende. Dieser Selbstbestimmung sind jedoch deutliche Grenzen gesetzt. Es gibt zahlreiche Unsicherheitsfaktoren. Zum einen fehlt es jeder Vorausverfügung an der Unmittelbarkeit der Entscheidungssituation, sodass zum Zeitpunkt der Erstellung der Verfügung nicht alle für eine optimale Entscheidung erforderlichen Informationen bekannt sind. Wird die Patientenverfügung frühzeitig abgefasst, erhöht sich durch den zeitlichen Abstand auch die Unsicherheit über die spätere Anwendungssituation und die dann bestehenden Behandlungsmöglichkeiten. Wird eine Patientenverfügung dagegen erst im Alter oder nach dem Beginn einer schweren Erkrankung abgefasst, können die dann beste-

henden Begleitumstände die Freiheit der Willensentscheidung beeinträchtigen. Die Angst vor künftigem Leiden oder eine bereits als leidvoll empfundene Situation sind keine guten Ratgeber, wenn es darum geht, den Wunsch nach Unterlassung bestimmter Behandlungsmaßnahmen zu äußern. Wie „selbstbestimmt“ ist eine auf Angst vor Leid oder auf Leiderfahrung gegründete Patientenverfügung, die dem Krankheitsverlauf ein schnelles Ende bereiten soll? „Leid“ kann durch schlechte Symptomkontrolle (insb. in der Schmerztherapie), mangelhafte Pflege und soziale Isolierung verursacht sein. Das Begehren nach Behandlungsverzicht ist daher immer auch von den konkreten Umfeldbedingungen abhängig, die durch politische Maßnahmen beeinflusst werden können. Ferner kann der Verweis auf die „Autonomie“ dazu führen, dass ein ohnehin vielen Belastungen ausgesetzter Patient sich in eine Entscheidungssituation hineingedrängt fühlt, die er lieber vermeiden würde. In Hinblick auf den vermeintlichen Zuwachs an Autonomie durch die Propagierung von Patientenverfügungen muss daher vor falschen Hoffnungen gewarnt werden.

#### Einfallstor für negative Selbstbewertungen

Das Instrument der Patientenverfügung ist immer auch mit der Gefahr einer schleichenden *Selbstentwertung* alter und kranker Menschen verbunden. Behandlungsverzichtserklärungen definieren häufig implizit bestimmte Krankheitszustände als nicht mehr lebenswert (z. B. Demenz, Alzheimer, dauerhafte Bewusstlosigkeit, Bettlägerigkeit, Notwendigkeit der künstlichen Ernährung ...). Hierin spiegeln sich auch soziale Einstellungen und Einflüsse wider. Gleichzeitig werden diese durch die zahlreichen Formulare, die Behandlungsverzicht in derartigen Zuständen als Wahlmöglichkeiten vorsehen, verstärkt. Schwerwiegende Krankheitszustände, die einen hohen Aufwand für Pflege, Betreuung und medizinische Versorgung erfordern, erscheinen als unerwünscht und „vermeidbar“. Es wird zwar niemand verpflichtet, für den Fall des Eintretens eines solchen Zustandes auf Behandlung zu verzichten. Durch die gesetzliche Regelung von Patientenverfügungen, die solche Behandlungsverzichtserklärungen enthalten, entsteht aber unweigerlich eine „normative Akzeptanz“, die das Verhalten vieler Menschen beeinflussen wird.

Einer solchen, meist unausgesprochenen Selbstentwertung entgegenzuwirken, versäumt der Zwischenbericht. Er benennt zwar die geschilderten sozialen Trends als Gefahr (6.1 und 6.2.1), zieht aber daraus lediglich die Konsequenz, den Anwendungsbereich von Patientenverfügungen moderat zu beschränken und insbesondere die Krankheitsbilder der Demenz und des Wachkomas als solche (vgl. 6.2 am Ende) aus der Reichweite von Patientenverfügungen auszuschließen. Das ist zu wenig. Auch die von der Mehrheit der Enquete-Kommission anerkannten Situationen, in denen Patientenverfügungen rechtlich wirksam sein sollen, eröffnen einen breiten Anwendungsbereich negativer Selbstbewertung und entsprechender Verzichtserklärungen.

### Ambivalenz von Reichweitenbeschränkungen und formalen Hürden

Die Enquete-Kommission erkennt Patientenverfügungen nicht völlig uneingeschränkt an. Sie schlägt dem Gesetzgeber eine moderate Reichweitenbeschränkung, kombiniert mit wenigen rechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen vor. Sie will damit dem Lebensschutz dienen und besonders weitgehende Patientenverfügungen verhindern, die inhaltlich „Selbsttötungsverfügungen“ nahe kommen. Ich halte dies nicht für einen gangbaren Weg.

- *Beschränkungen der Reichweite* wirken gleichzeitig als *Eröffnung von Verfügungsspielräumen*.

Eine Beschränkung der Reichweite von Patientenverfügungen hat zwar einerseits – unabhängig von der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit – das Ziel, bestimmte Verfügungen von der Wirksamkeit auszuschließen. Andererseits werden die innerhalb der Reichweite liegenden Verfügungen aber auch ausdrücklich als rechtlich wirksam anerkannt. Von den Normadressaten können solche rechtlichen Anerkennungsspielräume als Gestaltungsempfehlung aufgefasst werden. Der vom Gesetzgeber abgesteckte Rahmen wird deshalb in der Praxis normative Wirkung entfalten. Dies eröffnet auch die Möglichkeit, kranken und alten Menschen das Abfassen von Patientenverfügungen zur Abkürzung bestimmter Krankheitszustände nahe zu legen (s. auch unten 1).

- So genannte *Hürden* (wie Schriftlichkeit oder periodische Aktualisierungen) wirken in der Praxis gleichzeitig als *Absicherungen*.

Echte Hürden (wie z. B. eine zwingende ärztliche Beratung oder die notarielle Beurkundung als Formvorschrift) sind kaum zu rechtfertigen und werden daher von der Enquete-Kommission auch nicht verlangt (die BMJ-Arbeitsgruppe kennt gar keine). Geringfügige Hürden – wie das Kriterium der Schriftlichkeit – können leicht genommen werden und verbürgen dann einen umso klareren Anspruch auf Beachtung der Erklärung. Je zahlreicher die Anforderungen an „wirksame“ oder „gültige“ Patientenverfügungen sind, umso eindeutiger wird auch ihre „Qualität“.

Der Versuch, Patientenverfügungen zu beschränken, führt damit gleichzeitig zu ihrer Aufwertung. Es ist aber nicht die Aufgabe der Politik, dem bereits vorherrschenden Trend, Verfügungen mit impliziter Selbstentwertung zu verfassen, einen rechtlichen Rahmen zu geben, ihm hierdurch zwar gewisse Grenzen zu setzen, aber auch insgesamt Vorschub zu leisten. Es wäre daher m. E. richtiger, von einer gesetzlichen Regelung dieser Verfügungen ganz abzusehen und es bei der rechtlichen Geltung zu belassen, die sie aufgrund allgemeiner zivilrechtlicher Grundsätze bereits haben und die auch von der Rechtsprechung anerkannt ist. Ergänzend hierzu sollte im Rahmen von Aufklärungs- und Informationsmaßnahmen auf das Für und Wider von Patientenverfügungen aufmerksam gemacht werden. Vor allem wäre es eine wichtige Aufgabe, vor den Gefahren besonders weit reichender Behandlungsverzichtsverfügungen zu warnen, insbesondere in den Fällen,

in denen bestehende Chancen für eine Besserung des Gesundheitszustandes ausgeschlagen werden.

Eine große Zahl von Bürgerinnen und Bürgern hat noch keine Patientenverfügung und wird auch in Zukunft vermutlich keine haben. Diese Menschen sollten nicht durch die Aktivität des Gesetzgebers auf ein zumindest ambivalentes Instrument hingewiesen werden, dessen massenhafter Gebrauch dazu führen kann, dass die notwendigen Veränderungen im Gesundheitswesen nicht auf den Weg gebracht werden, die wirklich geeignet sind, die Achtung vor dem Leben und der Würde alter, kranker und sterbender Menschen zu stärken. *Jeder Mensch* hat einen Anspruch darauf, menschenwürdig sterben zu dürfen, egal ob er eine Patientenverfügung hat oder nicht. Hierfür die Rahmenbedingungen zu schaffen, ist die vorrangige Aufgabe der Politik. Patientenverfügungen müssen nicht *geregelt*, sondern sollten durch Ausbau der Palliativmedizin und Stärkung der Hospizbewegung *überflüssig* gemacht werden.

Im Einzelnen habe ich an den Empfehlungen der Kommission folgende Kritik, die die bereits genannten Gesichtspunkte konkretisiert:

#### 1 Reichweitenbegrenzung (6.2)

Nach den allgemeinen Regeln für Heilbehandlungen sind medizinische Maßnahmen, die in die körperliche Unversehrtheit des Menschen eingreifen, ohne dessen Einwilligung nicht zulässig. Jeder Patient kann daher Heilmaßnahmen ablehnen. Der Arzt darf seinem Patienten keine Behandlungen aufzwingen, die dieser nicht wünscht. Zwischen einem aktuell und unmittelbar geäußerten Willen und einer vorausverfügten Willenserklärung kann hinsichtlich der rechtlichen Verbindlichkeit kein Unterschied gemacht werden. Vorausverfügungen bedürfen zwar besonderer Sorgfalt bei der praktischen Umsetzung (s. hierzu Kapitel 5.8 und 6.4 des Zwischenberichts). Erweist sich aber nach eingehender Prüfung aller Umstände, dass der Patientenwille eindeutig – und ohne Anzeichen für einen Widerruf – die aktuell anstehende Entscheidungssituation trifft, ist nicht ersichtlich, wie begründet werden könnte, dass er wegen „Überschreiten der zulässigen Reichweite“ missachtet werden darf.

Die Enquete-Kommission führt für die Reichweitenbeschränkung auf Fallkonstellationen, „in denen das Grundleiden irreversibel ist und trotz medizinischer Behandlung nach ärztlicher Erkenntnis zum Tode führen wird“ (6.2), im Wesentlichen zwei Argumente an:

- Vorausverfügungen könne man nicht genauso behandeln wie aktuelle Willensentscheidungen und
- es müsse die Entstehung eines Klimas vermieden werden, „in dem Druck auf ältere und/oder schwerkranke Menschen ausgeübt werden kann, ihr Leben mittels einer Patientenverfügung willentlich beenden zu lassen“ (vgl. 6.2).

Die Argumentation, dass Patientenverfügungen anders behandelt werden müssten als aktuelle Erklärungen (die in Patientenverfügungen festgehaltenen Vorstellungen

über das eigene Sterben in Extremsituationen würden sich ändern; in Patientenverfügungen gehe es um vorweggenommene Entscheidungen für nur schwer voraussehbare Situationen – vgl. 6.2), trifft auf *alle* Patientenverfügungen zu, *insbesondere auch auf solche, die nach Ansicht der Kommissionsmehrheit gesetzlich geregelt und wirksam sein sollen.*

Die Befürchtung, es könne ein *gesellschaftlicher Druck* entstehen, Patientenverfügungen mit Behandlungsverzichtserklärungen zu verfassen – gerade angesichts des Kostendrucks im Gesundheitswesen, trifft ebenfalls auf diejenigen Verfügungen zu, die von der Mehrheit der Enquete-Kommission akzeptiert werden. Gerade in der Situation einer irreversiblen Erkrankung, die nach ärztlicher Erkenntnis zum Tod führen wird, wird durch die Empfehlung der Kommission der Eindruck vermittelt, dass eine „Abkürzung“ des weiteren Geschehensablaufes rechtlich und ethisch billigenwert sei. Durch die von der Enquete-Kommission formulierte Reichweite wird also ein großer Spielraum für die Ausübung sozialen Drucks eröffnet.

Die beabsichtigte Reichweitenbeschränkung beruht in ihrer Begründung damit auf Argumenten, die sich in gleicher Weise gegen die Auffassung der Enquete-Kommission richten. Dieser innere Widerspruch hätte Anlass sein müssen, das gesamte Konzept zu überdenken.

Es ist verständlich, dass nach Ansicht der Enquete-Kommission „Selbsttötungsverfügungen“ nicht als verbindlich akzeptiert werden sollen. Da jedoch eine Rechtfertigung für die Behandlung von Patienten gegen ihren erklärten Willen weder von der Kommissionsmehrheit vorgetragen wurde, noch sonst ersichtlich ist, ist die Möglichkeit der Abfassung solcher Verfügungen hinzunehmen. Der Grund für die gebotene Zurückhaltung des Gesetzgebers hinsichtlich einer Reichweitenbeschränkung ist dabei nicht die genuine Verpflichtungskraft von „Selbsttötungsverfügungen“, sondern allein die mangelnde Eingriffserrechtfertigung für medizinische Behandlungen gegen den ausdrücklich erklärten Patientenwillen.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass Verfügungen, die man als eine Art „Selbsttötungsverfügung“ bezeichnen könnte, eher selten anzutreffen sind. In erster Linie wären darunter Fallkonstellationen zu verstehen, in denen eine vollständige Wiederherstellung der Gesundheit des Patienten möglich wäre, der Patient entsprechende Heilmaßnahmen aber ablehnt. Ähnliches gilt für Verfügungen, in denen bestimmte Krankheits- bzw. Körperzustände als nicht mehr „lebenswert“ definiert und deshalb lebenserhaltende Maßnahmen ausgeschlossen werden. Weniger eindeutig ist die Lage, wenn eine schwerwiegende und letztlich tödlich verlaufende Grunderkrankung gegeben ist. Im Anfangsstadium einer solchen Krankheit stünde der Verzicht auf medizinische Behandlung vielleicht einem Selbsttötungswunsch nahe; im weiteren Verlauf und insbesondere im Endstadium gleicht der Wunsch nach Behandlungsverzicht bzw. Behandlungsabbruch mehr einem Sich-abfinden mit der Krankheit, deren unaufhaltbares Fortschreiten medizinisch ohnehin nicht verhindert werden kann. In vielen Fällen besteht auch von vornher-

rein keine einfache Wahlmöglichkeit zwischen medizinisch eindeutig wirksamer Behandlung und „Nichtstun“. Oft genug sind Behandlungsmaßnahmen nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erfolgreich, können nur der Symptomlinderung dienen und/oder gehen mit erheblichen unerwünschten Nebenwirkungen oder zusätzlichen Belastungen einher. Unter diesen Umständen kann niemand anderes als der Patient selbst die Entscheidung treffen, ob eine bestimmte Behandlung durchgeführt werden soll oder nicht – ggf. auch in einer Patientenverfügung.

Ich halte es für vermessen, wenn der Gesetzgeber hier „objektive“ Kriterien für „zulässige“ und „unzulässige“ Verfügungen vorgeben wollte. Stattdessen sollten Patientenverfügungen generell als Form der Eigeninitiative akzeptiert, aber auch in der Eigenverantwortung belassen werden, ohne dass der Gesetzgeber durch Normsetzung eine abstrakte Festlegung trifft, welche Verfügungen erlaubt sein sollen und welche nicht. Der Umfang einer Patientenverfügung kann nur individuell bestimmt und verantwortet werden – mit all seinen Risiken.

Im Zwischenbericht bleibt unausgesprochen, was geschehen soll, wenn ein Patient sich in seiner Verfügung nicht an die von der Enquete-Kommission für richtig gehaltene Reichweitenbeschränkung hält. Die logische Konsequenz der Reichweitenbeschränkung ist, ihn auch gegen seinen erklärten Willen weiter zu behandeln – was mit dem plakativen und im Kern auch zutreffenden Wort von der „Zwangsbehandlung“ umschrieben werden kann.

Gegen „Zwangsbehandlungen“ bestehen gravierende verfassungsrechtliche Bedenken, die von der Enquete-Kommission nicht ausgeräumt werden. Der in den Empfehlungen (6.1) enthaltene Verweis auf Kapitel 3.1 geht ins Leere, da dort *verfassungsrechtliche* Erwägungen zur Beschränkung der Reichweite von Patientenverfügungen nicht angestellt werden. Es ist nur erwähnt, dass die Interessen der Allgemeinheit, die gegen die aktive Sterbehilfe und die Freigabe der Tötung auf Verlangen sprechen, auch hinsichtlich der Patientenverfügung bedacht werden müssten. Als ein solches Interesse ist angeführt, dass ein indirekter Druck oder die Erwartungshaltung gegenüber Patienten vermieden werden müsse, der Patient solle seine Angehörigen oder die Allgemeinheit durch die Bitte um aktive Sterbehilfe entlasten. Übertragen auf die Situation der Patientenverfügung heißt dies, dass kein indirekter Druck zur Abgabe einer Behandlungsverzichtserklärung aus Rücksicht auf die Angehörigen oder die Allgemeinheit entstehen dürfe. Ein solcher Druck kann aber gerade in den Fallkonstellationen entstehen und bewusst ausgenutzt werden, in denen die Enquete-Kommission Patientenverfügungen zulassen möchte – nämlich bei irreversibel tödlich verlaufenden Erkrankungen. Dieses Argument kann daher von der Kommissionsmehrheit nicht ernsthaft gegen eine unbeschränkte Reichweite von Patientenverfügungen angeführt werden. Eine darüber hinaus gehende verfassungsrechtliche Argumentation für eine Reichweitenbeschränkung findet sich im Zwischenbericht nicht.

## 2 Schriftlichkeit als Wirksamkeitsvoraussetzung (6.3)

Bei der Festlegung der Schriftform als Wirksamkeitsvoraussetzung von Patientenverfügungen handelt es sich um ein Scheinproblem. Alle verbreiteten Informationen über Patientenverfügungen empfehlen die Schriftform und alle existierenden Verfügungen sind schriftlich abgefasst. Gleichzeitig wird auch von denen, die die Schriftform vorschreiben wollen, ausdrücklich betont, dass mündliche Erklärungen nicht unwirksam sein sollen, sondern bei der Ermittlung des „mutmaßlichen Willens“ (s. hierzu unten 4) berücksichtigt werden müssen. Erfüllt aber eine mündlich abgegebene Erklärung auch alle sonstigen „Qualitätskriterien“, die eine praktische Umsetzung erleichtern sollen (vorherige Beratung, Aktualität, Konkretheit u. Ä.; vgl. 6.4), dann wird auch diese als tatsächlicher Patientenwille beachtet werden müssen. Schriftform oder Mündlichkeit entscheiden daher nicht wirklich über die Wirksamkeit der Verfügung, sondern nur über die Art und Weise, wie der Verfügungsinhalt nachgewiesen wird (Urkunden- oder Zeugenbeweis).

Die im Zwischenbericht genannte Parallele zu anderen Formvorschriften des BGB ist nicht haltbar, weil der Formmangel im Fall der Patientenverfügung eben nicht zur Formnichtigkeit führen soll, wie z. B. beim Grundstückskauf, beim Testament oder der Vollmachtserteilung gem. § 1904 Abs. 2 BGB. Die genannten Rechtsgeschäfte haben rechtlich keinerlei gestaltende Wirkung (auch nicht „sinngemäß“, als „Indiz“ o. ä.), wenn sie nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Form abgeschlossen sind (§§ 125 S. 1; 2247 Abs. 1 BGB).

## 3 Zwingende Beteiligung des Vormundschaftsgerichts (6.6)

Die Enquete-Kommission schlägt vor, dass die Ablehnung lebenserhaltender Maßnahmen durch den gesetzlichen Vertreter des Patienten immer einer Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht bedürfen soll. Diese zwingende Einbindung des Vormundschaftsgerichts bei gleichzeitiger Umsetzung einer Patientenverfügung durch ein *Konsil*, an dem alle relevanten Personen beteiligt sind (vgl. 6.5), ist meines Erachtens nicht geboten. Es handelt sich vielmehr um ein inkonsistentes Regelungskonzept.

Ausdrücklich zuzustimmen ist dem Gedanken, die Umsetzung einer Patientenverfügung einem Konsil anzuvertrauen, das den gesetzlichen Vertreter des Patienten bei der Entscheidungsfindung berät. Wenn an dieser Beratung neben dem Arzt und dem gesetzlichen Vertreter (Betreuer oder Bevollmächtigter) auch ein Mitglied des Pflegeteams und ein Angehöriger sowie bei Bedarf noch weitere Personen beteiligt sind, ist sichergestellt, dass alle Gesichtspunkte berücksichtigt werden, die im konkreten Fall bei der Ermittlung des Patientenwillens und bei der Beurteilung eines Wunsches nach Behandlungsabbruch zu beachten sind.

Kommen diese Personen *übereinstimmend* zu dem Ergebnis, dass in der gegebenen Entscheidungssituation der in einer Patientenverfügung festgelegte Wille eine Behand-

lungsmaßnahme verbietet, dann kann dieser Willensentscheidung nicht zuwider gehandelt werden. Eine zusätzliche Prüfung durch das Vormundschaftsgericht erscheint hier weder notwendig noch hilfreich. Es ist nicht ersichtlich, wie der Vormundschaftsrichter zu einem anderen Ergebnis kommen könnte als das Konsil. Die am Konsil beteiligten Personen haben in Bezug auf ihre Patientennähe allesamt einen weiten Vorsprung vor dem Richter, den persönlich nichts mit diesem „Fall“ verbindet. Zwar kann Unbeteiligtsein auch ein Vorteil sein, nämlich dann, wenn ein Streitfall von „objektiver“ und „neutraler“ Sicht aus geschlichtet werden soll. Hier ist die Sachlage aber anders: Bei der Beurteilung einer Verzichtserklärung in einer Patientenverfügung, der Prüfung, ob entgegenstehende Erklärungen bekannt geworden sind und der Beurteilung der medizinischen Situation kommt es gerade nicht auf Neutralität und Sachferne, sondern auf möglichst genaue Kenntnis des Patienten, seines persönlichen Umfeldes, seiner Gefühls- und Gedankenwelt und der konkret gegebenen Behandlungsalternativen an. All dies kann sich ein Richter nur mühsam und zeitaufwendig über die am Konsil beteiligten Personen aneignen. Eine inhaltlich bessere Entscheidung als die des Konsils ist in der Praxis nicht denkbar.

Die von der Kommissionsmehrheit befürchtete Gefahr eines *Missbrauchs* ist deshalb nicht gegeben, weil aufgrund des Amtsermittlungsprinzips jeder Beteiligte oder Unbeteiligte, der ein Vorgehen zum Nachteil des Patienten vermutet, eine vormundschaftsgerichtliche Kontrolle von Behandlungsabbruchentscheidungen in Gang setzen kann. Wenn das Konsil sich keine übereinstimmende Meinung bilden kann und ein Dissens über das weitere Vorgehen entsteht, dann ist auch ein Streitfall gegeben, der einer gerichtlichen Entscheidung bedarf. Solange aber zwischen Arzt, gesetzlichem Vertreter, Pflegeteam und Angehörigen Konsens besteht, ist eine zwingende Einschaltung des Vormundschaftsgerichts nicht geboten. Von daher wäre es besser gewesen, die Enquete-Kommission hätte sich dem ursprünglichen intern diskutierten Vorschlag angeschlossen und das Vormundschaftsgericht nur dann obligatorisch zur Entscheidung berufen, wenn das Konsil keinen allseitigen Konsens findet.

Durch die von der Kommissionsmehrheit vorgesehene Reichweitenbeschränkung ergibt sich noch folgendes Problem: Wenn das Gericht zu dem Ergebnis kommt, dass die Patientenverfügung einen Behandlungsverzicht bei einem nicht irreversibel tödlich verlaufenden Krankheitsbild enthält, muss es die Genehmigung zum Unterlassen der Behandlungsmaßnahme versagen. Die Folge ist, dass das Gericht durch Verweigerung der Genehmigung die Verantwortung dafür übernimmt, dass der Patient gegen seinen erklärten Willen weiterhin behandelt wird. Solche Gerichtsentscheidungen, die einen gewünschten Behandlungsverzicht verhindern, dürften nur schwer mit dem Grundrecht des Patienten auf körperliche Unversehrtheit in Einklang zu bringen sein (s. auch oben 1).

Anfechtbar und wenig überzeugend erscheint auch die Begründung der Enquete-Kommission, eine in jedem Fall

erfolgende gerichtliche Entscheidung diene der „Entlastung“ der Beteiligten „von der alleinigen Verantwortung“, gerade „vor dem Hintergrund strafrechtlicher Risiken“ (6.6). Die Vorstellung einer solchen „Entlastung“ geht m. E. fehl. So können z. B. falsche Angaben über Willensäußerungen des Patienten oder fahrlässig falsche Bewertungen nicht dadurch „rechtmäßig“ und strafrechtlich bedeutungslos werden, dass sie von einem Gericht abgesegnet wurden. Erkennt der Richter etwa die Unrichtigkeit der ihm vorgetragenen Fakten, kann er sich grundsätzlich genauso strafbar machen, wie der Betreuer, der Arzt, der Verwandte oder jeder andere Beteiligte.

#### 4 Grenze der Selbstbestimmung beim „mutmaßlichen Willen“

Im Zwischenbericht wird an mehreren Stellen der Begriff des „mutmaßlichen Willens“ erwähnt. In der Empfehlung 6.3 macht sich schließlich die Enquete-Kommission diese Rechtsfigur auf beiläufige Weise und ohne jede Problematisierung zu eigen, indem sie erklärt, dass nichtschriftliche Willensäußerungen keineswegs unbeachtlich seien, sondern „als Indiz bei der Ermittlung des ... mutmaßlichen Willens des Patienten“ beachtet werden müssten. Ferner wird dem Konsil die Aufgabe zugeschrieben, „in Fällen unvollständiger, auf die Situation nicht übertragbarer oder fehlender Patientenverfügungen gemeinsame Feststellungen des mutmaßlichen Willens“ zu treffen (6.5).

Meines Erachtens stellen mündlich abgegebene Voraussetzungen nicht nur ein „Indiz“ für den Willen oder gar den „mutmaßlichen Willen“ des Patienten dar. Mündliche Erklärungen sind und bleiben echte Erklärungen des Patienten auch dann, wenn sie einem ggf. künftig einzuführenden Formerfordernis der Schriftlichkeit nicht genügen. Sind mündliche Erklärungen durch glaubwürdige Zeugenaussagen nachgewiesen, müssen sie auch beachtet werden.

Darüber hinaus ist die in der Rechtsprechung anerkannte Rechtsfigur des „mutmaßlichen Willens“ aus grundsätzlichen Erwägungen abzulehnen (vgl. hierzu auch Beckmann/Löhr/Schätzle (Hg.): *Sterben in Würde*, Krefeld 2004, 212 ff.). Hat sich ein entscheidungsunfähiger Patient zu einer anstehenden Behandlungsmaßnahme im vorhinein nicht oder nicht konkret genug geäußert, können Mutmaßungen über seinen Willen als Legitimationsgrundlage für die weitere Behandlung oder das Unterlassen lebensverlängernder Maßnahmen nicht ausreichen.

Die zur Ermittlung des „mutmaßlichen Willens“ genannten Kriterien durch die Rechtsprechung (vgl. 3.3.1) ermöglichen allenfalls eine *Wahrscheinlichkeitsaussage* darüber, ob sich der Betroffene für eine bestimmte Behandlungsalternative oder einen Behandlungsverzicht entschieden hätte. Aus der allgemeinen Lebenseinstellung, allgemeinen Äußerungen zum Thema Tod und Sterben, persönlichen Wertvorstellungen, der religiösen Überzeugung und ähnlichen unspezifischen Kriterien lässt sich praktisch nie mit Sicherheit ableiten, wie sich der Patient in einer konkreten Situation *tatsächlich* ent-

schieden hätte. All diese Überlegungen bleiben hypothetisch.

Das Konzept des „mutmaßlichen Willens“ führt im Ergebnis dazu, dass bereits dann lebenserhaltende Maßnahmen nicht ergriffen oder abgebrochen werden können, wenn eine nicht näher spezifizierte (aber wohl „überwiegende“) Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass der betroffene Patient diese abgelehnt hätte. Mit derart unsicheren Wahrscheinlichkeits-Mutmaßungen kann aber ein Behandlungsabbruch nicht gerechtfertigt werden.

In Bezug auf die umgekehrte Situation – im Falle lebensrettender Eingriffe – wird ein mögliches Verfehlen des wirklichen Willens mit dem Argument begegnet, dass der „Autonomie des Patienten“ am besten gedient sei, „wenn man die Lebensrettung zulässt, die ihm die nachträgliche Entscheidung – selbst die für den Tod – offen hält“ (Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. I (1997), § 18 Rz. 25). Bei der „mutmaßlichen Einwilligung“ in die *Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen*, wäre die nachträgliche Entscheidung *für* das Leben dagegen nicht mehr möglich. Von daher kann ein Wahrscheinlichkeitsurteil, das deutlich unterhalb der Schwelle praktischer Gewissheit bleibt, bei Entscheidungen über Leben und Tod nicht akzeptiert werden.

Der Versuch, das Selbstbestimmungsrecht auch bei einem entscheidungsunfähigen Patienten über das Konzept des „mutmaßlichen Willens“ zur Geltung zu bringen, überschreitet prinzipiell die Grenzen, die der Selbstbestimmung in der Realität gezogen sind. Bei dauerhaft zu selbstständigen Entscheidungen unfähigen Patienten, die keine eindeutigen Voraussetzungen erlassen haben, ist definitiv das Ende der Selbstbestimmung erreicht. Das Konzept des „mutmaßlichen Willens“ erweckt durch seinen Namen den Eindruck, als handle es sich tatsächlich um eine Umsetzung des Patientenwillens, also eine Form der Selbstbestimmung. Jede andere Lösung setzt sich damit von vornherein dem Verdacht aus, „gegen“ die Selbstbestimmung gerichtet zu sein. Trotzdem ändert die wohlklingende Bezeichnung nichts an dem Faktum, dass der „mutmaßliche Wille“ tatsächlich kein *Wille*, sondern eine reine *Mutmaßung* ist.

Als Alternative zum Konzept des „mutmaßlichen Willens“ ist eine objektive Interessen- und Güterabwägung im Sinne des *Wohls des Patienten* vorzunehmen. In der nicht ganz unähnlichen Situation der Betreuung hat der Gesetzgeber ebenfalls das „Wohl“ des Betreuten zum entscheidenden Maßstab erhoben (vgl. § 1901 Abs. 2 BGB).

Zu welchem Ergebnis eine Orientierung der Entscheidung am Wohl des Patienten führt, kann hier nur ganz allgemein angedeutet werden. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass es nicht dem Wohl des Patienten entspricht, wenn lebensverlängernde Maßnahmen unterlassen oder abgebrochen werden. Ist eine kurative Behandlung nicht mehr möglich, dann steht in erster Linie die Befriedigung der Grundbedürfnisse des Menschen im Vordergrund: Schmerzlinderung, Ernährung und Flüssigkeitszufuhr, Aufrechterhaltung der Atmung, Körperpflege, Betreuung und Beistand.