

Die "Patientenverfügung" im privatrechtlichen System

Jörg Neuner

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Neuner, Jörg. 2008. "Die 'Patientenverfügung' im privatrechtlichen System." In *Patientenverfügungen*, edited by Marion Albers, 113–31. Baden-Baden: Nomos.
<https://doi.org/10.5771/9783845211145-113>.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright



Die „Patientenverfügung“ im privatrechtlichen System

Jörg Neuner

I. Einleitung

Der Ausdruck „Patientenverfügung“ hat sich mittlerweile sowohl umgangs- als auch fachsprachlich eingebürgert. Er ist im Rahmen des zivilrechtlichen Sprachgebrauchs allerdings etwas unpräzise, da keine Verfügung im Sinne einer unmittelbaren Einwirkung auf subjektive Rechte vorliegt. Vielmehr handelt es sich um eine antizipative Bestimmung über die Rechtmäßigkeit medizinischer Maßnahmen für den Fall zukünftiger Äußerungs- oder Einwilligungsunfähigkeit.¹ Die besondere existentielle Dimension der Thematik liegt darin, dass Patientenverfügungen meist das Ziel verfolgen, lebenserhaltende Maßnahmen zu unterbinden.² Die besondere historische Dimension führt zu weiterer Komplexität (Stichwort: „Ballastexistenzen“³). Im Folgenden wird daher keine interdisziplinäre oder gar umfassende rechtliche Beurteilung von Patientenverfügungen angestrebt, sondern lediglich eine Detailskizze aus der Perspektive des privatrechtlichen (Sub-)Systems entworfen. Ausgeklammert bleiben insbesondere die grundgesetzlichen Vorgaben in Form des Übermaß- und Untermaßverbots. Eine potentielle verfassungsrechtliche Dimension erlangen die Ausführungen allein unter dem Aspekt der Systemkonformität.

II. Die Patientenautonomie

Den zivilrechtlichen Ausgangspunkt bildet das Prinzip der Patientenautonomie als Unterfall des Fundamentalprinzips der Selbstbestimmung des Menschen. Der Grundsatz der Patientenautonomie besagt, dass Rechtssubjekte über die Vornahme oder Nichtvornahme medizinischer Maßnahmen nach ihrem eigenen Willen entscheiden können.

- 1 Patientenverfügungen richten sich häufig nicht nur an Ärzte und Pflegende, sondern sollen auch das persönliche Umfeld entlasten; siehe näher *van Oorschot et al.*, Patientenverfügungen aus Patientensicht, Ethik in der Medizin 2004, 112 (120 f.).
- 2 Zur geschichtlichen, vor allem US-amerikanischen, Entwicklung von Patientenverfügungen siehe näher *Eisenbart*, Patienten-Testament und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten, 2. Aufl. 2000, S. 29 ff.
- 3 Vgl. *Hoche*, in: *Binding/Hoche*, Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens, 2. Aufl. 1922, S. 42 (55 ff.); siehe dazu auch *Oduncu*, Ärztliche Sterbehilfe im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Recht, MedR 2005, 437 (438 f.); *Wolf*, Patientenverfügung zwischen Autonomie-Ethos und Nützlichkeitsdenken, in: *Hager* (Hrsg.), Die Patientenverfügung, 2006, S. 10 (11 f., 16 ff.); *Conradi*, Der Arzt an den Grenzen seines Behandlungsauftrages, 2002, S. 216 ff.

1. Gesetzlicher Schutz

Wurde ein Behandlungsvertrag geschlossen, bestimmt sich das ärztliche Pflichtenprogramm nach dem privatautonom Vereinbarten, hängt also von dem vertragskonstituierenden Willen der Akteure ab.⁴ Nimmt der Arzt eigenmächtig einen Heileingriff vor, impliziert dies eine Pflichtverletzung gem. § 280 Abs. 1 BGB. Neben dem Vertragsrecht wird die Patientenautonomie umfassend deliktsrechtlich geschützt. Hervorzuheben ist der Schutz des Körpers, der Gesundheit und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. § 823 Abs. 1 BGB sowie die flankierende Absicherung über § 823 Abs. 2 BGB im Falle des Verstoßes gegen ein Schutzgesetz.⁵ Komplettiert wird der Schutz der Patientenautonomie durch die Möglichkeit einer vorbeugenden Unterlassungsklage analog § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB.

2. Drittinteressen

Im Rahmen des abwehrrechtlichen Schutzes der Patientenautonomie sind gegenläufige Interessen des Arztes prinzipiell unbeachtlich.⁶ Auch eine vertragliche Sonderbeziehung legitimiert zu keiner eigenmächtigen ärztlichen Intervention.⁷ Für den Arzt besteht gem. § 275 Abs. 3 BGB nur die Möglichkeit, seinerseits die Leistung zu verweigern, wenn die Erbringung ihm nicht zugemutet werden kann. Ähnlich ist die Interessenlage im Rahmen eines bestehenden Heimvertrags zu bewerten. Führt die Behandlungsverweigerung eines Heimbewohners zu unzumutbaren Belastungen gegenüber dem Pflegepersonal oder Mitbewohnern, darf aus diesem Grund ebenfalls keine Zwangsbehandlung eingeleitet werden.⁸ Als ultima ratio kommt allenfalls eine Kündigung des Heimvertrags aus wichtigem Grund gem. § 8 Abs. 3 HeimG in Betracht.

- 4 Vgl. nur *Taupitz*, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, *Verhandlungen des 63. Deutschen Juristentages*, 2000, Bd. I, A 14.
- 5 Siehe ausführlich *Katzenmeier*, *Arzthaftung*, 2002, S. 111 ff.; *Schöllhammer*, Die Rechtsverbindlichkeit des Patiententestaments, 1993, S. 29 ff.
- 6 Hingegen kann der Arzt eine Behandlung verweigern, die nicht indiziert oder gar kontraindiziert ist; vgl. nur *Lipp*, „Sterbehilfe“ und Patientenverfügung, *FamRZ* 2004, 317 (319); *Kutzer*, Patientenautonomie am Lebensende, 2006, S. 22 m.w.N.
- 7 Vgl. *Verrel*, Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung, *Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages*, 2006, Bd. I, C 40 ff.; *Wagenitz*, Finale Selbstbestimmung? Zu den Möglichkeiten und Grenzen der Patientenverfügung im geltenden und künftigen Recht, *FamRZ* 2005, 669 (670 f.); a.A. OLG München, *NJW-RR* 2002, 811 (812).
- 8 Vgl. BGH, *NJW* 2005, 2385 (2386); *Uhlenbrück*, Bedenkliche Aushöhlung der Patientenrechte durch die Gerichte, *NJW* 2003, 1710 (1711 f.); *Hufn*, Verfassungsrechtliche Grenzen des Richterrechts - Zum neuen Sterbehilfe-Beschluss des BGH, *ZRP* 2003, 248 (252); a.A. OLG München, *NJW* 2003, 1743 (1744 f.).

3. Eingriff

Ein Eingriff in die Patientenautonomie kann auf unterschiedliche Weise erfolgen. Er kann zum einen (horizontal) von anderen Privatrechtssubjekten ausgehen, falls diese eine Zwangsbehandlung durchführen. Zu denken ist etwa an die (Weiter-) Benutzung einer PEG-Sonde,⁹ aber auch an Maßnahmen der Basisversorgung. Wird beispielsweise gegen den erklärten Willen des Patienten die Nahrung durch Füttern verabreicht, liegt tatbestandlich ein Eingriff vor. Zum anderen kann ein Eingriff auch (vertikal) durch den Gesetzgeber erfolgen, wenn die Verbindlichkeit des Patientenwillens von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht wird. So greifen beispielsweise gesetzliche Formvorschriften oder Bestätigungserfordernisse in das Selbstbestimmungsrecht des einzelnen Privatrechtssubjekts ein. Solche Eingriffe sind zwar nicht per se rechtswidrig, doch handelt es sich bei der Patientenautonomie um ein Optimierungsgebot, das zumindest tatbestandlich die uneingeschränkte Bestimmung über medizinische Maßnahmen durch den Einzelnen nach seinem Willen erfasst.

III. Die Willensbekundung

Eine Patientenverfügung ist keine Willenserklärung im gesetzestehnischen Sinne. Sie bezieht sich nicht auf ein rechtsgeschäftliches Handeln, sondern enthält die Erlaubnis oder (regelmäßig) das Verbot zur Vornahme tatsächlicher Handlungen im Rechtskreis des Bestimmenden. Selbst wenn eine Patientenverfügung ausnahmsweise eine Einwilligung enthält, liegt der Sinn dieser Bestimmung nicht darin, einem anderen ein subjektives Recht zu verschaffen, sondern den tatsächlichen Eingriff als an sich unerlaubte Handlung zu legitimieren.¹⁰ Kennzeichnend ist ferner, dass die Einwilligung vom Rechtsinhaber jederzeit durch Widerruf gegenstandslos gemacht werden kann.¹¹ Demgemäß wird bereits in den Gesetzesmotiven zu den unerlaubten Handlungen betont, dass die Einwilligung nicht „immer den Charakter eines Rechtsgeschäftes habe; dieselbe könne ganz verschieden zu charakterisieren sein“.¹² Auch der moderne Gesetzgeber unterscheidet, namentlich im Betreuungsrecht gem. §§ 1903 ff. BGB, ausdrücklich zwischen Willenserklärungen und Einwilligungen in einen ärztlichen Eingriff.¹³ Ungeachtet dieser Differenzierung handelt

9 Vgl. BGH, NJW 2005, 2385 (2385); BGHZ 154, 205 (210); Uhlenbruck (Fn. 8), S. 1711; Hufen (Fn. 8), S. 250; Verrel (Fn. 7), C 44.

10 Siehe zur Diskussion über die Rechtsnatur der Einwilligung ausführlich Ohly, „Volenti non fit iniuria“ - Die Einwilligung im Privatrecht, 2002, S. 25 ff., 35 ff., 178 ff.; Kothe, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 185 (1985), 105 (108 ff.) m.w.N.

11 Siehe näher unten VI.

12 Mugdan II, S. 1080.

13 Vgl. Posselt-Wenzel, Medizinische Eingriffe bei geistig behinderten Menschen, 2004, S. 36.

es sich aber auch bei einer Patientenverfügung teleologisch um eine Willensbekundung mit Geltungskraft für die Zukunft.

1. Die Bedeutung

Eine Willenserklärung bedeutet ihrem Sinne nach, dass eine bestimmte Rechtsfolge in Geltung gesetzt werden soll („*Ita jus esto!*“).¹⁴ In ähnlicher Weise wird bei einer Patientenverfügung zum Ausdruck gebracht, dass ein bestimmter ärztlicher Eingriff rechtens oder rechtswidrig sein soll.¹⁵ An dieser Kennzeichnung als Geltungserklärung ändert sich auch dadurch nichts, dass Patientenverfügungen in die Zukunft gerichtet sind und unter erheblichen Ungewissheitsbedingungen abgegeben werden.

Der Rechtsakt der (verweigerten) Einwilligung bezieht sich typischerweise auf zukünftige Ereignisse, nämlich auf den Eintritt potentieller Krankheitsfälle. Dies hat ontologisch zur Folge, dass der Entscheidungsträger bis zum medizinisch relevanten Zeitpunkt Identitätsveränderungen durchlebt. Zudem kann in voluntativer Hinsicht eine Divergenz zwischen dem aktuellen und dem zukünftigen Willen auftreten. Ein späterer Ereigniseintritt ist im Zivilrecht indes eine ganz häufig anzutreffende Konstellation. Zu denken ist nur an Dauerschuldverhältnisse oder testamentarische Verfügungen. Auch bei Einwilligungen zu ärztlichen Eingriffen unter Narkose beschränkt sich die Geltungskraft des Rechtsakts nicht auf die logische Sekunde der Abgabe, sondern erfasst selbstredend die Phase der zeitlich nachfolgenden Operation. Der Eingriff wird also nicht durch einen „mutmaßlichen“ Willen gerechtfertigt, sondern durch die ursprüngliche Willensbekundung, solange kein wirksamer actus contrarius vorliegt.

Bei Patientenverfügungen besteht insofern eine Besonderheit, als sie unter sehr starken Ungewissheitsbedingungen, vor allem hinsichtlich der tatsächlichen späteren Krankheitssituation, verfasst werden. Diese Unwägbarkeiten berücksichtigt das Gesetz jedoch bereits auf verschiedene Weise. So können Patientenverfügungen beispielsweise jederzeit widerrufen werden und bedürfen bei Willensmängeln keiner Anfechtung.¹⁶ Die besonderen Imponderabilien, die mit einer Patientenverfügung verbunden sind, erlauben indes nicht, die Wirkkraft eines solchen Rechtsakts gene-

14 Vgl. *Larenz*, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, 1930, S. 34 ff.; *Canaris*, Die Vertrauenschaft im deutschen Privatrecht, 1971, S. 418 ff.

15 Vgl. auch *Hahne*, Zwischen Fürsorge und Selbstbestimmung - Über die Grenzen von Patientenautonomie und Patientenverfügung, FamRZ 2003, 1619 (1620): „wirkt quasi wie ein Rechtsbefehl“; a.A. *Roth*, Die Verbindlichkeit der Patientenverfügung und der Schutz des Selbstbestimmungsrechts, JZ 2004, 494 (497): „Es handelt sich somit um etwas Tatsächliches, ohne dass damit etwas über ihre Verbindlichkeit gegenüber Dritten gesagt ist.“

16 Siehe näher unten IV. 3. b), VI.

rell in Frage zu stellen.¹⁷ Der Gedanke der Selbstbestimmung verlangt vielmehr, auch risikobehaftete Entscheidungen treffen zu können, und zwar gerade in existentiellen Angelegenheiten.¹⁸ Infolgedessen bestimmt § 130 Abs. 2 BGB, dass es auf die Wirksamkeit einer Willenserklärung ohne Einfluss ist, wenn der Erklärende nach der Abgabe geschäftsunfähig wird.¹⁹ Dadurch soll nicht nur der Erklärungsgegner geschützt werden,²⁰ sondern die Norm dient - wie bereits der häufige Fall der späteren Geschäftsunfähigkeit des Testators nach Abgabe einer nichtempfangsbedürftigen Willenserklärung exemplarisch belegt - gerade auch der effektiven Gewährleistung der Privatautonomie. Speziell im Recht der Stellvertretung wird dies nochmals hervorgehoben. So besagen die §§ 168 S. 1, 672 S. 1 BGB, dass eine Vollmacht nicht durch die Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers erlischt, sondern exakt für diesen Fall weiter besteht.

2. Die Zurechnung

Stimmt das in der Patientenverfügung Erklärte mit dem späteren Willen überein, handelt es sich unter dem Aspekt der Selbstbestimmung um einen vollumfänglich gelungenen, fehlerfreien Rechtsakt. Denkbar ist allerdings auch, dass der spätere Wille mit dem ursprünglich Erklärten nicht (mehr) übereinstimmt, weil der Erklärende beispielsweise einem Irrtum unterlag oder seine Einstellung nachträglich änderte. Sind solche Willensmängel oder Willensänderungen für Dritte nicht erkennbar, handelt es sich dennoch um wirksame Rechtsakte.²¹ Auch hierfür ist allein der Autonomiedanke maßgeblich,²² der gleichsam als Kehrseite die Verantwortung für missglückte Formen der Selbstbestimmung mit einschließt.²³ Der redliche Arzt,

17 Vgl. auch *Sternberg-Lieben*, Strafbarkeit des Arztes bei Verstoß gegen ein Patienten-Testament, NJW 1985, 2734 (2735 ff.); *Becker-Schwarze*, FS E. Schmidt, 2005, S. 1 (18 ff.); *Taupitz/Weber-Hassemer*, FS Laufs, 2006, S. 1107 (1116 f.); *Höfling*, Forum: „Sterbehilfe“ zwischen Selbstbestimmung und Integritätsschutz, JuS 2000, 111 (115 f.); *Palandt/Diederichsen*, BGB, 67. Aufl. 2008, Einf. v. § 1896 Rn. 9; *Ohly* (Fn. 10), S. 248 f.; *Ingelfinger*, Tötungsverbot und Sterbehilfe - Im Spannungsfeld zwischen selbstbestimmtem Sterben und „absolutem“ Lebensschutz, ZfL 2005, 38 (41 ff.); *ders.*, Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbegleitung, JZ 2006, 821 (827 ff.); a.A. namentlich *Spickhoff*, Anmerkung zum Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 17.03.2003, JZ 2003, 739 (741): bloßes „Indiz“; *Conradi* (Fn. 3), S. 582 ff. (651); „auch keine Indizfunktion“.

18 Vgl. auch *Taupitz* (Fn. 4), A 107 f.

19 Vgl. auch BGHZ 154, 205 (210 f.); *Kutzer* (Fn. 6), S. 29.

20 A.A. *Wolf* (Fn. 3), S. 10 (13 f.).

21 Siehe auch *Lipp*, Rechtliche Grundlagen der Entscheidung über den Einsatz lebenserhaltender Maßnahmen, in: *Kettler et al.* (Hrsg.), Selbstbestimmung am Lebensende, 2006, S. 89 (102); *Keilbach*, Vorsorgeregelungen zur Wahrung der Selbstbestimmung bei Krankheit, im Alter und am Lebensende, FamRZ 2003, 969 (978).

22 Ebenso trägt der Patient das Risiko, die, wenn auch äußerst geringe, Chance der Genesung zu vergeben; vgl. *Eisenbart* (Fn. 2), S. 175.

23 Siehe dazu auch *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 55; *MünchKomm-Kramer*, BGB, 5. Aufl. 2006, Vorbem. zu § 116 Rn. 39.

der eine „fehlerhafte“ Patientenverfügung beachtet, handelt also aufgrund des weisungskonformen Verhaltens rechtmäßig und unterliegt nicht seinerseits einem Irrtum über die Eingriffsbefugnisse. Insgesamt gesehen besteht der Sinn einer Patientenverfügung somit nicht in der trügerischen, rein spekulativen Vorstellung, einen zukünftigen Willen formulieren zu können, sondern es wird zum Ausdruck gebracht, was später einmal gelten und rechtmäßig sein soll.

IV. Die Auslegung

Gegenstand der Interpretation ist das vom Patienten ausdrücklich oder konkludent Erklärte. Die Patientenverfügung ist als Kommunikationsakt dazu bestimmt, von Dritten verstanden und beachtet zu werden, und bedarf deshalb der Interpretation. Die Auslegung hat dabei nicht nur zu ergründen, ob überhaupt eine Patientenverfügung vorliegt, sondern zugleich deren konkrete Direktiven zu ermitteln.

1. Das Auslegungsziel

Die Sinnermittlung einer Patientenverfügung beginnt mit der semantischen Auslegung. Diese hat die Aufgabe, die Bedeutung der schriftlich oder mündlich kundgetanen Worte, der Zeichen oder der Gebärden festzustellen. Sind die Worte „eindeutig“, dürfte im Sinne der sog. „plain meaning rule“ bzw. „acte clair doctrin“ nach dem tatsächlich Gemeinten nicht mehr weiter gefragt werden.²⁴ Diese Interpretationsmaxime ist indes verfehlt, da bereits die Annahme der „Eindeutigkeit“ der Auslegung bedarf.²⁵ Zudem würde eine reine Buchstabeninterpretation den Patientenwillen missachten. Eine Wortlautbindung kommt lediglich bei Schriftformforderungen in Betracht, doch beruht die Bindung dann auf dem jeweiligen Formzweck und ist von der Ermittlung des Auslegungsergebnisses zu unterscheiden.²⁶ Letztlich maßgebend ist somit der telos der Patientenverfügung, den es analog § 133 BGB subjektiv zu bestimmen gilt, da schutzwürdige Drittinteressen nicht entgegenstehen.²⁷

24 Siehe dazu näher *Meder*, Missverständen und Verstehen, 2004, S. 13 f., 17 ff., 234 ff.; *Lüderitz*, Auslegung von Rechtsgeschäften, 1966, S. 65 ff.

25 Vgl. auch *Roth* (Fn. 15), S. 498.

26 Vgl. *Staudinger/Singer*, BGB, 2004, § 133 Rn. 30 m.w.N.

27 Vgl. auch *Roth* (Fn. 15), S. 499; *Kothe* (Fn. 10), S. 125 (dort generell zur Einwilligung).

a) Der wirkliche Wille

Im Lichte des Selbstbestimmungsrechts ist der wirkliche Wille prioritär, d.h. es ist das maßgeblich, was der Patient zu einem bestimmten Zeitpunkt als das Gewollte bekundete. Dieser Wille kann prinzipiell formlos, konkudent und ohne vorherige Aufklärung kundgetan werden. Ordnet der Gesetzgeber demgegenüber spezielle Form- oder Aufklärungserfordernisse an, handelt es sich um einen Eingriff in die Patientenautonomie. In der weiteren Folge wird der Wille des Patienten missachtet, falls der von ihm getroffenen Verfügung wegen eines Formverstoßes oder Aufklärungsdefizits nicht entsprochen wird.

Diese Eingriffs- und Derogationswirkung wird nicht hinreichend berücksichtigt, wenn man einer Patientenverfügung, die mündlich oder ohne vorherige Aufklärung abgegeben wurde, nur eine subsidiäre Bedeutung im Sinne eines „mutmaßlichen Willens“ beimisst.²⁸ Deshalb vermag beispielsweise auch § 8 des österreichischen Patientenverfügungsgesetzes dogmatisch nicht zu überzeugen, der lautet: „Eine Patientenverfügung, die nicht alle Voraussetzungen der §§ 4 bis 7 (Aufklärung, Errichtung, Erneuerung; J.N.) erfüllt, ist dennoch für die Ermittlung des Willens des Patienten beachtlich.“²⁹ Entweder wird der rekonstruierbare Wille beachtet oder es wird fremdbestimmt entschieden: *tertium non datur*.

b) Der mutmaßliche Wille

Der mutmaßliche Wille erlangt subsidiäre Bedeutung, falls ein wirklicher Wille nicht zu ermitteln ist. Seine Berücksichtigung soll dem Selbstbestimmungsrecht annäherungsweise Rechnung tragen. Auf den mutmaßlichen Willen ist zu rekurren, soweit überhaupt keine Patientenverfügung errichtet wurde oder diese den konkreten Fall nicht erfasst. Die Berufung auf den „mutmaßlichen“ Willen ist hingegen verfehlt und ein rhetorischer Deckmantel für heteronome Entscheidungsgründe, soweit eine Patientenverfügung bereits den wirklichen Willen hinreichend zum Ausdruck bringt.³⁰ Insbesondere der im „Kemptener-Urteil“³¹ enthaltenen Argumentation, dass

28 So aber z. B. *Taupitz* (Fn. 4), A 114 f. (betr. Aufklärung); *Heßler*, Patientenverfügung – Eckpunkte einer gesetzlichen Regelung im Zivilrecht, in: *Hager* (Fn. 3), S. 40 (46 betr. Schriftform); zutreffend hingegen *Berger*, Privatrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Sicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens, *JZ* 2000, 797 (798).

29 Ähnlich auch der Gesetzentwurf (*Stünker et al.*), BT-Drucks. 16/8442, S. 1 (4, 11, 15); Bericht der Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz vom 23. April 2004, Kom.-Drucks. 15/172, These 5 (S. 11, 43) sowie § 1 Abs. 4 des Gesetzesentwurfes von *Höfling*, Gesetz zur Sicherung der Autonomie und Integrität von Patienten am Lebensende (Patientenautonomie- und Integritätsschutzgesetz), MedR 2006, 25 (26).

30 Vgl. auch *Ohly* (Fn. 10), S. 220, 245; *Hahne* (Fn. 15), S. 1620.

31 BGHSt 40, 257 (263).

schriftlichen Äußerungen nur ein Indizwert für die Ermittlung des mutmaßlichen Willens zukommt, ist daher nicht zu folgen.

c) Das objektive Interesse

Lässt sich auch der mutmaßliche Wille nicht feststellen, fehlt es gänzlich an einer selbstbestimmten Anordnung über ärztliche Betreuungsmaßnahmen. Als Entscheidungsmaßstab verbleibt dann nur das objektive Wohl des Patienten. Man kann zwar noch versuchen, rein spekulativ auf einen „hypothetischen“ Willen Bezug zu nehmen,³² doch ist es aus Gründen der Methodenklarheit sachgerechter, die objektiven Faktoren beim Namen zu nennen, die im Zweifel auf Lebenserhaltung abzielen.³³

2. Der Rechtsfolgewillen

Im Rahmen der Auslegung einer „Patientenverfügung“ kann insbesondere zweifelhaft sein, ob der Erklärende tatsächlich eine rechtsverbindliche Erklärung abgeben wollte. Ähnlich wie es im Bereich der Rechtsgeschäftslehre an einem Rechtsbindungswillen fehlt, wenn beispielsweise eine bloße Gefälligkeitszusage oder invitatio ad offerendum abgegeben wird, kann es auch bei der Kundgabe potentieller Behandlungswünsche an der hinreichenden Intention fehlen. Deshalb ist zunächst mittels Auslegung zu erforschen, inwieweit das Gesagte dem Gewollten wirklich entspricht. Verschiedene Indikatoren können hierbei eine Rolle spielen. So macht es einen erheblichen Unterschied, ob eine Erklärung in Kenntnis der konkret eingetretenen Erkrankung abgegeben wird (etwa bei Diagnose „Krebs“) oder nur beiläufig und ohne jeden aktuellen Situationsbezug.³⁴ Wird beispielsweise von einer gesunden Person ganz pauschal und undifferenziert die Einstellung geäußert, „nicht im Rollstuhl leben zu wollen“, ist dieser Kundgabe noch keine hinreichende rechtliche Verbindlichkeit zu entnehmen.

Als weiterer potentieller Indikator für die Ernsthaftigkeit der Erklärung kommt der Grad der Aufklärung in Betracht. Wird eine Patientenverfügung im Anschluss an eine fachkundige Beratung verfasst, ist dies ein sehr starkes Indiz für einen Rechtsfolgewillen.³⁵ Umgekehrt darf man dem nicht oder wenig Informierten indes nicht pauschal unterstellen, er habe das Gesagte nicht gewollt. Hierfür bedarf es zusätzlicher Anhaltspunkte. Die fehlende Aufklärung allein ist kein hinreichender Beleg für

32 Vgl. BGHSt 45, 219 (221).

33 Vgl. auch Kutzer, Stellungnahme zum Fragenkatalog der nichtöffentlichen Anhörung „Patientenverfügungen“ der Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“ des Deutschen Bundestages am 9. Februar 2004, Kom.-Drucks. 15/118, S. 1 (4).

34 Vgl. auch MünchKomm-Wagner, BGB, 4. Aufl. 2004, § 823 Rn. 674; Taupitz (Fn. 4), A 46.

35 Vgl. auch Taupitz/Weber-Hassemer, FS Laufs, 2006, S. 1107 (1116); MünchKomm-Wagner (Fn. 34), § 823 Rn. 674.

einen mangelnden Bindungswillen. Dieser Auslegungsmaxime liegt der Gedanke zugrunde, dass prinzipiell jedes Privatrechtssubjekt selbstbestimmt und selbstverantwortlich Erklärungen abgeben kann, ohne sich Informationen aufdrängen lassen zu müssen. Nach traditionellem Privatrechtsverständnis kann eine Patientenverfügung grundsätzlich auch in bewusster Unkenntnis von ihrem konkreten Inhalt und sogar unter Verwendung unbekannter medizinischer Fachtermini abgegeben werden. Diese Feststellung schließt die Erkenntnis nicht aus, dass die Patientenautonomie, ebenso wie die Freiheit als solche, von materialen Grundbedingungen abhängig ist. Zum Schutze des Individuums und dessen allgemeiner Handlungsfreiheit sollte man materiale Grunderfordernisse indes als Eingriffe werten, die vom verfassungsrechtlichen Untermaßverbot indiziert sein können, zugleich aber auch dem Übermaßverbot standhalten müssen.

3. Willensmängel

Eine Patientenverfügung kann wie jede Willenserklärung oder Einwilligung Willensmängeln unterliegen, deren Charakteristikum in der fehlenden Übereinstimmung von Erklärtem und Gewolltem besteht.

a) Fallgruppen

Im Wesentlichen lassen sich drei Fallgruppen unterscheiden. Die erste Gruppe betrifft Mentalreservationen, Scheinerklärungen sowie sämtliche Arten von Irrtümern, wie zum Beispiel die falsche Vorstellung über einen verwendeten medizinischen Fachaussdruck. Die zweite Gruppe umfasst alle exogenen Beeinträchtigungen des Willensbildungsprozesses. Hierzu zählen Drohungen, Täuschungen sowie Beeinflussungen der Entscheidungsfindung durch ökonomische oder sonstige äußere Zwänge.³⁶ Zu denken ist etwa an Aufnahmebedingungen von Pflegeheimen, die vom Heimbewohner die Errichtung einer bestimmten Patientenverfügung verlangen, oder an günstige Krankenversicherungsbedingungen, die an die Abgabe einer Patientenverfügung gekoppelt sind.³⁷ Die dritte Fallgruppe erfasst schließlich die clausula rebus sic stantibus, also vornehmlich eine Veränderung jener Umstände, die bei dem Verfassen der Patientenverfügung maßgeblich waren. Zu denken ist etwa an einen unerwarteten medizinisch-technischen Fortschritt, der neue Behandlungsoptionen eröffnet.

36 Vgl. auch Nationaler Ethikrat, Patientenverfügung, 2005, S. 34; *Schroth*, Der Handlungsspielraum des Arztes am Ende des Lebens – Die strafrechtliche Sichtweise, in: Hager (Fn. 3), S. 60 (72).

37 Letzteres wird aber bereits gefordert, vgl. *Coeppicus*, Anreize zur Errichtung von Patientenverfügungen, ZRP 2003, 175 (176).

b) Rechtsfolge

Vermag der Interpret einer Patientenverfügung einen Willensmangel zu erkennen, ist „nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften“, sondern analog § 133 BGB der „wirkliche Wille“ zu berücksichtigen. Die Patientenverfügung ist dann im Zweifel gegenstandslos. Eines besonderen Gestaltungsaktes in Form einer Anfechtung bedarf es hierfür nicht, da keine legitimen Schutzinteressen an dem Erfordernis einer solchen Erklärung erkennbar sind.³⁸ Stattdessen ist dem wahren Willen unmittelbar durch Auslegung Rechnung zu tragen, vorausgesetzt, dieser ist vom Interpreten verifizierbar.

V. Die Sachverhaltsfeststellung

Neben der Auslegung der Patientenverfügung bedarf es ferner der Feststellung, ob ein in der Patientenverfügung für maßgeblich erklärter Krankheitszustand tatsächlich eingetreten ist.³⁹ Beispielhaft zu erwähnen ist die Anordnung des Behandlungsabbruchs bei Vorliegen einer „infausten Prognose“. Die Feststellung dieser Prämissen obliegt primär dem ärztlichen Sachverständigen und kann ähnliche Schwierigkeiten aufwerfen wie die Interpretation der Patientenverfügung.⁴⁰ Solange daher das Vorliegen einer bestimmten Diagnose oder Prognose medizinisch nicht sicher feststeht, bleibt die daran anknüpfende Willensbekundung in einer Patientenverfügung irrelevant. Dies gilt erst recht, wenn sich ein Behandlungsverbot auf einen medizinisch überhaupt nicht verifizierbaren Zustand bezieht, wie etwa „kein menschenunwürdiges Dasein“⁴¹ führen zu wollen.⁴²

VI. Der actus contrarius

Ungeachtet der Erkennbarkeit eines Willensmangels besteht jederzeit die Möglichkeit eines Widerrufs der Patientenerklärung. Man kann diese Option aus einer Analogie zu § 40 Abs. 2 S. 3 AMG sowie aus Art. 1 Abs. 1, 2 und Art. 2 Abs. 2 GG herleiten. Teleologisch spricht für die Widerrufbarkeit vor allem, dass der Patient in eine Objektrolle gedrängt würde, könnte er nicht permanent über die betroffenen

38 Vgl. auch *Staudinger/Hager*, BGB, 1999, § 823 I Rn. 111.

39 Siehe dazu allgemein *Koch/Riessmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 271 ff.

40 Vgl. nur *Spickhoff* (Fn. 17), S. 740 f. m.w.N.

41 Siehe z.B. das Muster eines Patienten-Testaments bei *Uhlenbruck*, Der Patientenbrief - die privatautonome Gestaltung des Rechts auf einen menschenwürdigen Tod, NJW 1978, 566 (570): „(...) so bitte ich um Einstellung der Therapie, sobald durch mindestens zwei Ärzte festgestellt wird, dass ich künftig nicht mehr in der Lage sein werde, ein menschenwürdiges Dasein zu führen“.

42 Vgl. auch *Sternberg-Lieben* (Fn. 17), S. 2736; *Eisenbart* (Fn. 2), S. 176.

Rechtsgüter des Lebens und der Gesundheit bestimmen.⁴³ Gegenläufige (Vermögens-)Interessen des Arztes, der im Vertrauen auf die Patientenverfügung bereits tätig wurde, sind hinsichtlich der Widerrufbarkeit unbeachtlich und allein vertragsrechtlich zu beurteilen.⁴⁴ Es bedarf deshalb auch keiner Anfechtung, sondern der Widerruf kann nach Belieben erklärt werden.⁴⁵ Erforderlich ist lediglich, dass der Widerruf Dritten zugeht, also potentiell erkennbar ist.⁴⁶ Erhöhte Anforderungen an die Erkennbarkeit im Sinne von Evidenz oder dergleichen sind nicht veranlasst.⁴⁷

1. Die Formfreiheit

Eine Patientenverfügung kann zu jeder Zeit formfrei widerrufen werden.⁴⁸ Der Widerruf kann also vor allem auch konkudent erklärt werden, indem beispielsweise ein Demenzkranker sichtbare Lebensfreude entfaltet oder das Verlangen nach einer künstlichen Ernährung auf irgendeine Weise zum Ausdruck bringt. Neben der Auslegung der Willensbekundung und der Feststellung der medizinischen Sachlage bildet die Möglichkeit des Widerrufs und dessen Interpretation somit das dritte praktische Kardinalproblem bei der Berücksichtigung von Patientenverfügungen. Medizinische Untersuchungen an Krebspatienten im Endstadium haben beispielhaft aufgezeigt, dass der Lebenswille innerhalb von zwölf Stunden sehr unterschiedlich ausgeprägt sein kann.⁴⁹ Nicht die dogmatische Einordnung des Widerrufs, sondern dessen konkrete Feststellung im Einzelfall kann daher exzeptionelle Schwierigkeiten bereiten.

2. Die Einwilligungsfähigkeit

Für den Widerruf ist keine Einwilligungsfähigkeit im Sinne von Geschäftsfähigkeit erforderlich. Ferner bedarf es grundsätzlich auch nicht jenes Maßes an Einwilligungsfähigkeit, das für die wirksame Errichtung einer Patientenverfügung unverzichtbar ist.⁵⁰ Für den Widerruf einer behandlungsablehnenden Willensbekundung ist vielmehr bereits die natürliche Einsichtsfähigkeit ausreichend, über die bei-

43 Siehe näher *Kothe* (Fn. 10), S. 137 ff. m.w.N.

44 Vgl. auch *MünchKomm-Wagner* (Fn. 34), § 823 Rn. 672.

45 Vgl. auch *Staudinger/Hager* (Fn. 38), § 823 I Rn. 111.

46 Vgl. auch *Schöllhammer* (Fn. 5), S. 61.

47 So auch *Roth* (Fn. 15), S. 497.

48 Vgl. nur BGH, NJW 2005, 2385 (2386); *Berger* (Fn. 28), S. 802; *Taupitz* (Fn. 4), A 115; *Eisenhart* (Fn. 2), S. 66 ff., 105 f.; *Rudolf/Bittler*, Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung, 2000, S. 81.

49 *Eisenmenger*, Salus versus voluntas – Ist die Patientenverfügung ein Prokrustesbett für den Arzt?, in: *Hager* (Fn. 3), S. 19 (22 f.) m.w.N.

50 Siehe dazu näher unten VII.

spielsweise auch ein Demenzkranker verfügt, wenn er von seinem früheren, in einer Patientenverfügung bekundeten Willen durch konkludente Äußerungen abrückt.⁵¹ Entscheidet sich ein Patient zugunsten des Lebens und der körperlichen Integrität, sind die elementarsten Rechtsgüter berührt, die auch nach der Wertung der Art. 1 Abs. 1, 2 und Art. 2 Abs. 2 GG soweit wie möglich zu schützen und dem Rechtsträger zu überlassen sind. In der Gesamtschau gibt es mithin abgestufte konstitutionelle Mindestvoraussetzungen für die Bestimmung von Rechtsfolgen, wobei die geringsten Anforderungen an die Äußerung des fundamentalen Lebenswillens (im Sinne einer Widerrufserklärung) zu stellen sind.

3. Die Unabdingbarkeit

Die Problematik des Widerrufs erlangt eine zusätzliche Komplexität, falls der Verfasser in der Patientenverfügung spätere Anzeichen eines gegenläufigen Lebenswillens ausdrücklich für unmaßgeblich erklärt, also die Widerrufbarkeit privatautonom auszuschließen versucht. Nach Ansicht des Nationalen Ethikrates ist eine solche explizite Unbeachtlichkeitserklärung bindend.⁵²

Mit den herkömmlichen zivilrechtlichen Grundprinzipien ist eine Disponibilität der Widerrufsmöglichkeit indes unvereinbar. Es gehört zu den anerkannten zivilrechtlichen Mindeststandards, dass die Perspektive auf eine positive Veränderung der Lebensbedingungen nicht gänzlich verloren gehen darf.⁵³ Dieses Recht auf Reversibilität zieht sich wie ein roter Faden durch das gesamte Zivilrecht: Beispielhaft hervorzuheben sind Dauerschuldverhältnisse, durch die sich der Einzelne zwar in starke Abhängigkeiten begeben kann, dabei allerdings nicht die Perspektive verlieren darf, dass die Verpflichtungen irgendwann einmal auch wieder aufgehoben werden können. Zeitlich übermäßige, im Laufe der Zeit unverhältnismäßig belastende oder sogar ewige Bindungen sind daher in der Regel unwirksam.⁵⁴ Als weitere Fallgruppe sei das Stellvertretungsrecht hervorgehoben. Auch hier ist anerkannt, dass eine unwiderrufliche Generalvollmacht das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen konterkarieren würde und deshalb gem. § 138 BGB nichtig ist.⁵⁵ Aus dem gleichen Grund ist eine unwiderrufliche Vorsorgevollmacht ebenfalls unwirksam.⁵⁶ Insgesamt ist kennzeichnend, dass sich nach der geltenden Privatrechtsordnung nie-

51 Vgl. auch Berger (Fn. 28), S. 802 (unter Hinweis auf § 1897 Abs. 4 S. 3 a.E. BGB); Kutzer (Fn. 33), S. 17 f.; Heßler (Fn. 28), S. 40 (47).

52 Nationaler Ethikrat (Fn. 36), S. 34; ähnlich Taupitz/Weber-Hassemer, FS Laufs, 2006, S. 1107 (1117 f.); tendentiell zustimmend Schroth (Fn. 36), S. 60 (75).

53 Der „Schutz vor Hoffnungslosigkeit“ hat zudem eine menschenrechtliche Dimension und ist mit der Idee des Sozialstaats untrennbar verknüpft; siehe näher Neuner, Privatrecht und Sozialstaat, 1998, S. 104 f.

54 Vgl. nur Friedmann, Recht und sozialer Wandel, 1969, S. 102 f.; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 3. Aufl. 1979, § 18, 2, b, dd (S. 370 f.).

55 Vgl. Kothe (Fn. 10), S. 138.

56 Vgl. Berger (Fn. 28), S. 803.

mand vollständig und unumkehrbar einem Dritten unterordnen kann.⁵⁷ Ein freiwilliger „Versklavungsvertrag“ wäre nach § 138 BGB, § 311 b Abs. 2 BGB oder nach § 134 BGB i.V.m. Art. 1 Abs. 1, 2 und Art. 2 Abs. 1 GG nichtig.⁵⁸ Folgerichtig ist auch eine Selbstbindung im Rahmen einer Patientenverfügung für unwirksam zu erachten, bei der der Erklärende sich selbst zum Objekt seiner einmal getroffenen Entscheidung degradiert.⁵⁹ Ein Vergleich mit dem Erbrecht bestätigt zusätzlich dieses Ergebnis: Gemäß § 2302 BGB kann man auf das Recht auf Widerruf eines Testaments gleichfalls nicht verzichten.⁶⁰

VII. Materiale Mindeststandards

Mindestvoraussetzung für die rechtliche Wirksamkeit einer Patientenverfügung ist die Einsichtsfähigkeit.⁶¹

1. Volljährige

Steht ein Volljähriger unter Betreuung, kann er trotzdem selbstständig eine Patientenverfügung errichten, soweit er über die Fähigkeit verfügt, die Bedeutung und Tragweite der Entscheidung zu erfassen.⁶² Diese Einsichtsfähigkeit bezieht sich auf die konkret zur Entscheidung stehende Maßnahme und ist von der Geschäftsfähigkeit im Sinne der §§ 104 ff. BGB zu unterscheiden.⁶³ Das Leben und die körperliche Integrität bilden höchstpersönliche Rechtsgüter, deren Disponibilität sich mit (vermögensrelevanten) Entscheidungen im rechtsgeschäftlichen Bereich nicht vergleichen lässt. Auch das Entscheidungsumfeld ist in der Regel anders strukturiert, da es bei Verträgen typischerweise um einen Ausgleich divergierender Interessen geht, wohingegen bei dem Verfassen einer Patientenverfügung die Gefahr einer Interessenkollision relativ gering ist.

57 Ein weiteres aktuelles Beispiel bietet BGH, NJW 2007, 1058 (1059): „Wird die Anfechtung für den Fall der arglistigen Täuschung im Voraus ausgeschlossen, liefert sich der Erklärende der Willkür des Vertragspartners aus und gibt seine (...) freie Selbstbestimmung vollständig auf.“

58 Siehe nur *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 1995, S. 364 m.w.N.

59 Vgl. auch *Roth* (Fn. 15), S. 496 f.; i.E. ebenso *Wagenitz* (Fn. 7), S. 671; *Lipp* (Fn. 6), S. 318 m.w.N.

60 Siehe dazu auch *Palandt/Edenhofer* (Fn. 17), § 2253 Rn. 1.

61 Vgl. auch *Berger* (Fn. 28), S. 802; a.A., nämlich die volle Geschäftsfähigkeit fordernd, *Taupitz* (Fn. 4), A 117 m.w.N.

62 Vgl. auch *Taupitz* (Fn. 4), A 62 f.

63 Vgl. *Palandt/Diederichsen* (Fn. 17), § 1904 Rn. 2 m.w.N.

2. Minderjährige

Komplexer ist die Rechtslage im Minderjährigenrecht, das von dem Recht und der Pflicht der elterlichen Sorge überlagert wird. Analog zur Rechtslage bei Erwachsenen sind auch hier die §§ 104 ff. BGB nicht weiterführend. Ebenso scheidet ein vor schneller Rekurs auf die „Grundrechtsmündigkeit“ des Minderjährigen aus, weil die Idee der Gewaltenteilung zunächst und zuvörderst die Berücksichtigung der einfachgesetzlichen Regelebene verlangt.

Hierbei ist kennzeichnend, dass der Gesetzgeber ganz überwiegend der Vollendung des 16. Lebensjahres eine entscheidende kompetentielle Bedeutung beimisst. Es gilt dies sowohl innerhalb als auch außerhalb des Zivilrechts. Außerhalb des BGB sind exemplarisch hervorzuheben die Regelungen über die eidliche Vernehmung gem. § 393 ZPO, § 60 Nr. 1 StPO, über die Organentnahme nach dem Tod gem. § 2 Abs. 2 S. 3 TPG sowie über die sexuelle Selbstbestimmung gem. § 182 Abs. 2 StGB. Innerhalb des Zivilrechts gilt die 16-Jahresgrenze vor allem für die Testierfähigkeit gem. § 2229 Abs. 1 BGB, die mit einer Einwilligung insofern vergleichbar ist, als der Erklärende keinen Interessenausgleich mit einem Vertragskontrahenten herbeiführen muss und die Erklärung gem. § 2253 BGB jederzeit widerrufen kann. Ein weiteres zivilrechtliches Beispiel bildet die Ehefähigkeit gem. § 1303 Abs. 2 BGB. Aus diesen Bestimmungen kann man per analogiam den Schluss ziehen, dass eine Patientenverfügung frühestens mit Vollendung des 16. Lebensjahres wirksam errichtet werden kann.

Noch nicht entschieden ist damit allerdings, ob diese Altersgrenze eine hinreichende Bedingung darstellt. Die Ehefähigkeit nach § 1303 Abs. 2 BGB ist nämlich an eine Entscheidung des Familiengerichts gebunden. Der minderjährige Erblasser kann das Testament gem. § 2233 Abs. 1 BGB ebenfalls nur durch eine mündliche Erklärung gegenüber dem Notar oder durch Übergabe einer offenen Schrift errichten. Daneben sieht das Gesetz hinsichtlich einiger personenbezogener Rechtsgeschäfte und Rechtsakte auch eine kumulative Zuständigkeit von gesetzlichem Vertreter und Minderjährigem vor. Das Erfordernis einer zusätzlichen Zustimmung seitens des gesetzlichen Vertreters gilt namentlich für den Abschluss von Ehe- und Erbverträgen gem. §§ 1411 Abs. 1, 2275 Abs. 2 BGB, für die Weitergabe von Untersuchungsbefunden gem. § 45 JArbSchG sowie für die Namensänderung gem. §§ 1617 c Abs. 1 S. 2, 1618 S. 3 BGB. Eine doppelte Einwilligung ist ferner gem. § 40 Abs. 4 Nr. 3 AMG, § 20 Abs. 4 Nr. 4 MPG zum Zwecke der klinischen Prüfung eines Arzneimittels bzw. Medizinproduktes erforderlich. Eine analoge Zuständigkeitsregelung befindet sich schließlich auch in § 4 Abs. 3 KastrG, sofern die medizinische Behandlung eines abnormen Geschlechtstriebes zwar nicht dem Zweck dient, die Keimdrüsen dauernd funktionsunfähig zu machen, eine solche Folge aber eintreten kann.

Vor dem Hintergrund dieser gesetzlichen Wertungen erscheint es folgerichtig, bei besonders risikoreichen, vor allem lebensbedrohlichen Behandlungen von einem Zustimmungserfordernis sowohl des Kindes als auch seines gesetzlichen Vertreters auszugehen. In der weiteren Konsequenz ist für die wirksame Errichtung einer Pati-

entenverfügung ebenfalls ein Konsens zwischen dem mindestens 16-Jährigen und seinem gesetzlichen Vertreter erforderlich.⁶⁴ Die sachliche Rechtfertigung ist dabei in sämtlichen Konstellationen jeweils in der außerordentlichen Komplexität der Entscheidungsfindung sowie in der Intensität der Rechtsgutbeeinträchtigung zu sehen.

VIII. Materiale Optionen

Nach der derzeit primär „richterrechtlich“ geprägten Rechtslage kommt es für die Wirksamkeit einer Patientenverfügung darauf an, ob das „Grundleiden einen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen (hat)“.⁶⁵ Des Weiteren kann der Betreuer „seine Einwilligung in eine ärztlicherseits angebotene lebenserhaltende oder – verlängernde Behandlung (...) nur mit Zustimmung des Vormundschaftsgerichts wirksam verweigern“.⁶⁶ Es ist hier kein Raum, die Zulässigkeit dieser Rechtsfortbildung methodisch und verfassungsrechtlich näher zu analysieren.⁶⁷ Im Folgenden sollen lediglich ganz generell die zur Diskussion stehenden materialen Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Patientenverfügung⁶⁸ auf ihre Konformität mit dem geltenden Zivilrecht untersucht werden.

1. Die Schriftform

De lege lata kann eine Patientenverfügung formlos, also auch durch mündliche Erklärung, verbindlich zum Ausdruck gebracht werden.⁶⁹ Das BGB enthält allerdings mehrere Schriftformerfordernisse in vergleichbaren Konstellationen. Beispielhaft hervorzuheben sind die Formbedürftigkeit der Einwilligungsvollmacht gem. § 1904 Abs. 2 BGB sowie das Erfordernis der Eigenhändigkeit der Testamentserrichtung gem. § 2247 Abs. 1 BGB. Auch die Bürgschaftserklärung bedarf gem. § 766 BGB der Schriftform, wodurch der Erklärende vor einer Verpflichtung gewarnt werden soll, die sich erst in der Zukunft potentiell auswirkt.

64 Für Minderjährige unter 16 Jahren gilt umgekehrt, dass grundsätzlich keine wirksame Patientenverfügung errichtet werden kann. Zu berücksichtigen ist lediglich, dass bei besonders massiven oder risikoreichen medizinischen Eingriffen die Zustimmung des einsichtsfähigen Minderjährigen analog § 2 Abs. 1 KastrG, § 40 Abs. 4 Nr. 3 AMG, § 20 Abs. 4 Nr. 4 MPG notwendig ist.

65 BGHZ 154, 205 (205, 214 ff.).

66 BGHZ 154, 205 (205, 225 ff.); bestätigt durch BGH, NJW 2005, 2385 (2385).

67 Siehe dazu z.B. kritisch *Hufen* (Fn. 8), S. 248 ff.; *Höfling/Rixen*, Vormundschaftsgerichtliche Sterbeherrschaft?, JZ 2003, 884 (893 f.).

68 Siehe zum Diskussionsstand, einschließlich einer bundesweiten Befragung von Vormundschaftsrichtern 1. Instanz, ausführlich *Höfling/Schäfer*, Leben und Sterben in Richterhand?, 2006, S. 18 ff., 60 ff.

69 Vgl. *Kutzer* (Fn. 6), S. 31 f. (mit dem zusätzlichen rechtstatsächlichen Hinweis auf die Hospizpraxis); *Lipp* (Fn. 6), S. 320; *Palandt/Diederichsen* (Fn. 17), Einf. v. § 1896 Rn. 9 m.w.N.

Vor dem Hintergrund dieser gesetzlichen Wertungen liegt es nahe, Patientenverfügungen ebenfalls einem Schriftformerfordernis zu unterwerfen.⁷⁰ Neben der Warnfunktion und dem Übereilungsschutz tritt auch noch der Aspekt der Verifizierbarkeit hinzu, da mündliche Erklärungen meist nur schwer rekonstruier- und belegbar sind.

Eine besondere notarielle Beurkundung ist hingegen nicht indiziert, weil Patientenverfügungen primär medizinische Behandlungsmaßnahmen betreffen und der Notar über keine entsprechende (Beratungs- und Formulierungs-)Kompetenz verfügt.⁷¹ Es erscheint deshalb als unverhältnismäßiger Eingriff in die Patientenautonomie, wollte man den Erklärenden zu einem kostenintensiven Gang zum Notar zwingen.

2. Die Aufklärung

De lege lata hängt die Wirksamkeit behandlungsablehnender Anordnungen von keiner vorherigen Aufklärung ab. Soweit zwischen dem Arzt und dem Patienten eine schuldrechtliche Sonderbeziehung besteht, können sich daraus zwar Informationspflichten ergeben,⁷² doch ist die Aufklärung keine generelle Wirksamkeitsvoraussetzung einer Patientenverfügung.⁷³ In der Literatur wird ergänzend bemerkt, dass sich die Verfasser einer Patientenverfügung mit der Thematik ohnehin regelmäßig näher befassen und ihre Entscheidung gewissenhaft vorbereiten, da sie sich gerade über das gesellschaftliche Tabuthema des „Sterbens“ hinwegsetzen.⁷⁴ Sind Anordnungen gleichwohl zu unbestimmt oder zu speziell, trägt der Verfasser das Risiko ihrer Unwirksamkeit.

Im Unterschied zu einer notariellen Belehrung und Beurkundung wäre das gesetzliche Erfordernis einer medizinischen Sachaufklärung aber durchaus zivilrechtskonform. Vor allem dem privatrechtlichen Verbraucherschutz liegt maßgeblich die Idee zugrunde, Privatrechtsakteure durch hinreichende Aufklärung dazu zu befähigen, rechtsgeschäftliche Entscheidungen sachgerecht treffen zu können. Auch im Bereich des europäischen Vertragsrechts bilden Informationspflichten ein zentrales Schutzinstrument.⁷⁵ Übertragen auf die Patientenverfügung verlangt dieses Informationsmodell eine hinreichende Aufklärung des Patienten vor allem über mögliche Krankheitsverläufe und entsprechende Therapieoptionen.⁷⁶

70 Siehe z.B. den Gesetzentwurf (*Stünker et al.*), BT-Drucks. 16/8442 (Fn. 29), S. 4, 13.

71 Vgl. auch *Verrel* (Fn. 7), C 83 f.

72 Siehe *Taupitz* (Fn. 4), A 33 m.w.N.

73 Vgl. auch *Kutzer* (Fn. 33), S. 8; *Lipp* (Fn. 6), S. 320; a.A. *Berger* (Fn. 28), S. 801 f.; *Duttge*, Lebensschutz und Selbstbestimmung am Lebensende, ZfL 2004, 30 (37).

74 Vgl. *Sternberg-Lieben* (Fn. 17), S. 2736; *Schöllhammer* (Fn. 5), S. 77.

75 Vgl. näher *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, 2003, S. 566 f. m.w.N.

76 Siehe zu den potentiellen Informationsdefiziten näher *Meran/Geissendorfer/May/Simon* (Hrsg.), Möglichkeiten einer standardisierten Patientenverfügung – Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Gesundheit, 2002, S. 21 ff.

Gegen eine solche Materialisierung der Patientenverfügung lässt sich ganz allgemein einwenden, dass Informationspflichten hinsichtlich unvorhersehbarer Konstellationen kaum weiterführend sind. Zudem wird selbst aus dem Kreis sachkundiger Mediziner zu bedenken gegeben, dass „die Ärzteschaft in ihrer Gesamtheit derzeit (leider) nicht über die wünschenswerte Breite der neuesten Erkenntnisse auf dem Gebiet der Intensivtherapie und Palliativmedizin (verfügt), um eine entsprechende optimale Unterrichtung von medizinischen Laien zu gewährleisten“.⁷⁷ Schließlich wäre auch rechtsvergleichend in Erfahrung zu bringen, inwieweit ärztliche Aufklärungspflichten, wie etwa nach § 5 österreichisches Patientenverfügungsgesetz, tatsächlich zu einem verbesserten Kenntnisstand führen. Dies alles sind indes Faktoren, die grundsätzlich in die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers fallen. Aus zivilrechtlicher Sicht sind keine apriorischen Vorbehalte gegen die Idee des informed consent ersichtlich.

3. Die Nichtigkeit

Neben eingriffsschwachen Schutzmechanismen in Form von Aufklärungspflichten und Schriftformerfordernissen kennt das BGB auch streng paternalistische Normen, die bestimmte Präferenzentscheidungen definitiv unterbinden.⁷⁸ Hervorzuheben ist § 311 b Abs. 2 BGB, wonach ein Vertrag nichtig ist, bei dem der eine Teil sich verpflichtet, sein künftiges oder einen Bruchteil seines künftigen Vermögens zu übertragen. Nach den Gesetzesmaterialien liegt der Hauptgrund dieses Verbots darin, „daß Jedem seine wirthschaftliche Freiheit erhalten bleiben soll“.⁷⁹ Ein weiteres Beispiel einer Nichtigkeitsanordnung bildet das Verbot der Verfallvereinbarung gem. § 1229 BGB, bei der dem Pfandgläubiger das Eigentum an der Sache zufallen soll, falls er nicht rechtzeitig befriedigt wird. Auch hier will der Gesetzgeber Mängeln und Gefahren des Willensbildungsprozesses bei der Einschätzung zukünftiger Entwicklungen Rechnung tragen. Dieser telos wird auch außerhalb des BGB, namentlich im Verfahrensrecht, weiter verfolgt. So können Gerichtsstandsvereinbarungen unter Nichtkaufleuten gem. § 38 Abs. 3 Nr. 1 ZPO erst nach dem Entstehen der Streitigkeit wirksam geschlossen werden, weil man die Konsequenzen einer solchen Vereinbarung im Voraus nicht hinreichend abschätzen kann.⁸⁰

Berücksichtigt man dieses breit gefächerte zivilrechtliche Regelwerk zum Schutze zukünftiger Freiheiten, erweisen sich auch gesetzliche Restriktionen zur Wirkkraft von Patientenverfügungen als systemkonform. Das gilt insbesondere für die Beschränkung der Reichweite von Patientenverfügungen auf Fallkonstellationen, „in denen das Grundleiden irreversibel ist und trotz medizinischer Behandlung nach

77 Eisenmenger (Fn. 49), S. 19 (23).

78 Siehe dazu auch Enderlein, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996, S. 309 ff.

79 Mugdan II, S. 619.

80 Vgl. auch Wolf (Fn. 3), S. 10 (14).

ärztlicher Erkenntnis zum Tode führen wird".⁸¹ Soweit gegen diese Einschränkung eingewandt wird, dass sie „wegen ihrer Unbestimmtheit und wegen ihrer Folgen für die betroffenen Patientinnen und Patienten nicht tragfähig (ist)“,⁸² sei lediglich unter dem Aspekt der Folgerichtigkeit darauf hingewiesen, dass auch die alternativ propagierte, weniger einschneidende Unwirksamkeit des Ausschlusses von Maßnahmen der Basisversorgung⁸³ einen paternalistischen Eingriff in die Patientenautonomie impliziert und gleichfalls Abgrenzungsprobleme aufwirft.⁸⁴ Im Ergebnis stellen beide Reichweitenbegrenzungen keine zivilrechtlichen Fremdkörper dar, sondern sind ebenso wie das Aufklärungsmodell gesetzgeberische Optionen zur Bestimmung der Wirkkraft von Patientenverfügungen.

4. Die Validität

Willenserklärungen oder Willensbekundungen unterliegen im Regelfall keiner besonderen Validitätsprüfung. Angesichts der exzeptionellen Entscheidungsdimension über Leben und körperliche Integrität steht es dem Zivilrechtsgesetzgeber aber offen, qualifizierte Anforderungen hinsichtlich der Validität einer Patientenverfügung zu stellen. Neben dem Schriftformerfordernis kommen temporäre Bestätigungs-nachweise, die Einberufung eines Konzils oder vormundschaftsgerichtliche Über-prüfungen in Betracht. Auch hier hat der Gesetzgeber einen breiten Gestaltungsspielraum, der von zivilrechtsimmanenten Vorgaben (etwa gem. §§ 1904 ff. BGB) nicht wesentlich determiniert wird.

IX. Schlussbetrachtung

Eine Patientenverfügung ist kein bloßes „Indiz“, sondern, rechtsgeschäftlichen Willensäußerungen vergleichbar, eine Geltungserklärung. Sie ist Ausdruck des Prinzips der Selbstbestimmung und besagt regelmäßig, dass bei zukünftiger Äußerungs- oder Einwilligungsunfähigkeit bestimmte medizinische Maßnahmen zu unterlassen sind und unrechtmäßig sein sollen. Wird eine solche Anordnung missachtet, handelt es

81 Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Ethik und Recht der modernen Medizin“, Patientenverfügungen, Deutscher Bundestag - Referat Öffentlichkeitsarbeit (Hrsg.), 2005, S. 89 ff.; *Riedel*, Selbstbestimmung am Lebensende durch Patientenverfügungen – Entwicklungen in der politischen Diskussion, Zeitschrift für Biopolitik, 2004, 211 (212, 214 ff.).

82 Sondervotum *Albers et al.*, in: Zwischenbericht der Enquete-Kommission (Fn. 81), S. 139 (139).

83 Sondervotum *Albers et al.*, in: Zwischenbericht der Enquete-Kommission (Fn. 81), S. 139 (146 f.); *Ingelfinger* (Fn. 17), S. 826.

84 Vgl. auch *Schöch/Verrel*, Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung (AE-StB), GA 2005, 553 (561 f.).

sich um einen Eingriff in die Patientenautonomie, der schon aus Gründen der Methodenklarheit offen zu benennen ist.

Dem BGB ist allerdings kein bedingungsloser Vorrang der voluntas gegenüber der salus aegroti zu entnehmen. Das BGB kennt zahlreiche mehr oder minder stark ausgeprägte Eingriffe in die Privatautonomie, die dem „Schutz des Menschen vor sich selbst“ dienen. Mit der geltenden Zivilrechtsordnung ist deshalb sowohl ein kompetenzmaximierendes Modell der Patientenautonomie teleologisch vereinbar, das eine „Richtigkeitsgewähr“ durch hinreichende Aufklärung sicherzustellen versucht, als auch ein stärker paternalistisch ausgerichtetes Modell, das Patientenverfügungen nur in begrenztem Umfang als verbindlich anerkennt. Im Widerstreit zu zivilrechtlichen Grundprinzipien stehen lediglich privatautonome Anordnungen, die eine veränderte zukünftige Lebenseinstellung für unbeachtlich erklären, also die Möglichkeit des Widerrufs ausschließen. Denn auch im Privatrecht gilt als Fundamentalmaxime: Die Hoffnung stirbt zuletzt!

Ungeachtet dieser Vorgaben stößt das privatrechtliche Systemdenken bei der Beurteilung von Patientenverfügungen rasch an Grenzen. So lassen sich im theoretischen Ausgangspunkt zwar Selbst- und Fremdbestimmung relativ klar voneinander abgrenzen und strukturieren, doch liegen die Kernprobleme im Bereich der Auslegung der Patientenverfügung, dem Nachweis eines (konkludenten) Widerrufs sowie der Feststellung des maßgeblichen Krankheitszustands. Die Problematik erlangt damit nicht nur eine stark interdisziplinäre Dimension, sondern es stellt sich in Bezug auf solche exzeptionellen Situationen auch für den Gesetzgeber die Frage nach der Sinnhaftigkeit des Legiferierens im Spannungsfeld zwischen Wesentlichkeitstheorie und Überreglementierung, Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit.⁸⁵

85 Gegen gesetzliche Spezialregelungen z. B. *Borasio/Putz/Eisenmenger*, Neuer Beschluss des Bundesgerichtshofs: Verbindlichkeit von Patientenverfügungen gestärkt - Vormundschaftsgericht soll in Konfliktlagen entscheiden, DÄBl. 100 (2003), S. A 2062 (2065); Sondervotum *Beckmann*, in: Zwischenbericht der Enquete-Kommission (Fn. 81), S. 128 ff.