Ethik Med 2008 · 20:248–257
DOI 10.1007/s00481-008-0570-6
© Springer Medizin Verlag GmbH 2008

**Martino Mona** · Cambridge, USA

# Wille oder Indiz für mutmaßlichen Willen?

## Die Konzeptualisierung und strafrechtliche Bedeutung der Patientenverfügung im Kontext einer kulturübergreifenden Bioethik

## Einleitung

Die Patientenverfügung basiert auf dem Gedanken der Privatautonomie, des Selbstbestimmungsrechts und – in einem abstrakten Sinne – dem Prinzip der Vertragsfreiheit. Als solche scheint sie sich grundsätzlich einer Anwendung in Gesellschaftsformen zu entziehen, die nicht oder nicht in gleichem Maße diese Prinzipien verkörpern. Da in einer liberalen und zugleich multikulturellen Gesellschaft die Einbeziehung anderer Vorstellungen vom guten Leben nicht nur naheliegt, sondern geradezu notwendig ist, stellt sich die Frage, wie man die Patientenverfügung ausgestalten oder verstehen könnte, damit sie tatsächlich zur Minimierung oder Lösung von Rechtskonflikten beitragen kann. Von zentraler Bedeutung ist hier insbesondere die Berücksichtigung eines eher relationalen oder kollektivistischen Autonomiebegriffs, der die wichtige Funktion von Beziehungen und Verbundenheit für das Selbstverständnis einer Person und für die Reichweite ihrer Selbstbestimmung betont. Eine entsprechend stärkere Gewichtung der Familien- oder Sippenbande und eine Relativierung von Individualität und privater Selbstbestimmung sind nicht nur in verschiedenen eingewanderten Kulturen, sondern auch in einheimischen Lebensformen und Gesellschaftsvorstellungen zu finden.

Ich werde zunächst die rechtliche Grundstruktur der Patientenverfügung darlegen und diese als wirksames und schützenswertes Rechtsinstitut positionieren. Die Patientenverfügung soll im Wesentlichen auf der bestehenden rechtlichen Basis aufbauen, die für die Patientenverfügung auch eine zentrale Rolle bei der strafrechtlichen Absicherung medizinischer Eingriffe vorsieht. Wie soll aber unter diesen Voraussetzungen eine Annäherung oder gar Anpassung stattfinden? Eine Möglichkeit liegt in der Klärung der umstrittenen Frage, ob die Patientenverfügung eine Einwilligung oder bloß ein Indiz für eine mutmaßliche Einwilligung – bzw. eine verbindliche Willensbekundung oder ein bloßes Indiz für den Willen des Verfügenden – darstellt. In dieser an sich sehr technischen Frage steckt das Potenzial für zwei unterschiedlich ausgerichtete Konzeptualisierungen der Patientenverfügung. *Prima facie* vermag die Konzeptualisierung als bloßes Indiz für den mutmaßlichen Willen das Selbstbestimmungsrecht des Verfügenden – angesichts der stärkeren Gewichtung der Meinungen und Kenntnisse Dritter im Sinne einer relational begründeten Entscheidung – eher zurückzudrängen; die notwendige Berücksichtigung solcher Autonomiekonzepte in einer multikulturellen Gesellschaft könnte sich entsprechend als wichtiges Argument für die Bestimmung der Patientenverfügung als Indiz für eine mutmaßliche Einwilligung erweisen, da die Patientenverfügung nicht allein an den darin geäußerten Willen des Verfügenden gebunden wäre und so möglicherweise anpassungsfähiger würde. Ich werde die gegenteilige These aufstellen und darlegen,

dass gerade auch die Berücksichtigung eines kulturübergreifenden Kontextes für die Bestimmung der Patientenverfügung als *verbindliche* Einwilligung bzw. Willensbekundung des Verfügenden spricht.

## Die rechtliche Basis

Ausgangspunkt ist das verfassungsrechtlich geschützte Recht auf Selbstbestimmung über den eigenen Körper (vgl. [15], S. 1109) und das damit einhergehende Prinzip, dass niemand verpflichtet ist, Eingriffe anderer in seine körperliche Integrität hinzunehmen. Außer in Fällen, in denen Schaden für Dritte abgewendet werden soll, darf niemand gezwungen werden, medizinische Hilfe anzunehmen und seine Genesung zu fördern ([6], S. 641). Gegen den Willen des Patienten darf „eine ärztliche Behandlung grundsätzlich weder eingeleitet noch fortgesetzt werden".[1] Für den Patienten bedeutet dies, dass er nach eigenem Ermessen in eine Behandlung einwilligen oder sie ablehnen darf – die Gründe dafür werden *keinen* objektiven Vernünftigkeitskriterien unterworfen (vgl. [16], S. 163). Aus strafrechtlicher Sicht gilt für Ärzte und Pfleger, dass sie sich einer Körperverletzung strafbar machen, wenn sie in Missachtung des Patientenwillens medizinische Maßnahmen ergreifen, die mit einer nicht unerheblichen Beeinträchtigung der körperlichen Integrität verbunden sind ([6], S. 642; vgl. auch [14], S. 61–62), bzw. einer Nötigung oder Freiheitsberaubung, wenn eine anderweitige Behandlung ohne den Willen des Patienten durchgeführt wird. Die Einwilligung des Patienten in ein bestimmtes Verhalten des medizinischen Personals nimmt diesem gemäß einer Sichtweise, die das Selbstbestimmungsrecht in das geschützte Rechtsgut integriert, bereits die Tatbestandsmäßigkeit, d. h., das Verhalten erfüllt erst gar nicht die Voraussetzungen, um unter die strafrechtliche Gesetzesnorm zu fallen. Nach der anderen – vorzugswürdigen – Sichtweise nimmt die Einwilligung des Patienten dem an sich strafbaren Verhalten von Ärzten und Pflegern lediglich die Rechtswidrigkeit, d. h., ihr Verhalten fällt zwar unter eine Verbotsnorm, ist aber ggf. durch die Einwilligung gerechtfertigt ([6], S. 642).

## Formen und Reichweite der Einwilligung

Es ist unbestritten, dass die Einwilligung in verschiedenen Formen vorliegen kann. Sie kann nicht nur durch eine aktuelle Zustimmung gegeben werden, sondern insbesondere auch als mutmaßliche Einwilligung, wenn das medizinische Personal die Einwilligung aufgrund der Urteilsunfähigkeit – und entsprechend der Einwilligungsunfähigkeit – des Patienten nicht einholen kann und nach den Vorgaben zu handeln hat, die der Patient gewollt hätte (vgl. [5], S. 78 f.). Es geht dabei aber nicht um eine Abwägung seiner objektiven Interessen, sondern um die Bestimmung des Willens, so wie der Patient ihn äußern würde, wenn er könnte. Entscheidend ist, dass hierzu alle feststellbaren Indizien und Informationen gesammelt werden, insbesondere auch Aussagen von Familienangehörigen, aus denen dann der Patientenwille gleichsam als Produkt einer gemeinsamen Erkenntnisleistung hervorgeht.

Sowohl die erklärte wie auch die mutmaßliche Einwilligung transformieren den an sich strafbaren medizinischen Eingriff in die Freiheit oder körperliche Integrität des Patienten in ein rechtmäßiges Verhalten (vgl. auch [3], S. 24 f.). Da also jede medizinische Behandlung eine zumindest mutmaßliche rechtfertigende Einwilligung voraussetzt, kann der Patient durch die Verweigerung der Einwilligung jede (weitere) Behandlung unterbinden und somit unter anderem die passive Sterbehilfe begründen und legitimieren (zum Ganzen [6], S. 642).

[1] So die Formulierung in BGHSt 40, 257, 262.

## Die Patientenverfügung

Ziel einer Patientenverfügung ist es, dem Verfügenden die Möglichkeit vorzeitiger Anweisungen über das von ihm gewünschte Vorgehen zu geben für den Fall, dass er später infolge von Urteilsunfähigkeit nicht mehr selber über medizinische Eingriffe entscheiden kann.[2] Dem Patienten ist es erlaubt, solche Vorabverfügungen zu treffen, um im Zustand der Urteilsunfähigkeit sein Selbstbestimmungsrecht zu wahren und paternalistische Eingriffe abwehren zu können ([8], S. 142 ff.). Die Anweisungen in einer Patientenverfügung können auch dahin gehen, die Entscheidung zu delegieren[3] oder eine bestimmte Grundlage für eine Entscheidung zu schaffen, bspw. durch Einbeziehung der Ansichten und Meinungen anderer in einem kommunikativen Austausch. Strafrechtlich wirken sich die Aussagen in der Patientenverfügung als Verweigerung der *eigenen* Einwilligung in medizinische Behandlungen aus, die zu einer Verlängerung der Lebenserwartung führen könnten. Sofern die Patientenverfügung keine anderweitige Bestimmung des Entscheidungsträgers vorsieht, soll damit die Intervention in die Freiheit oder körperliche Integrität zu therapeutischen Zwecken untersagt werden, und zwar selbst dann, wenn dies zu einem früheren Tod führt. In diesen Fällen geht es letztlich nicht um die Einwilligung in eine Fremdtötung als vielmehr um den Schutz der eigenen Rechtssphäre vor unerwünschten (und strafbaren) Eingriffen (vgl. [6], S. 648).

Während sich die umfassende medizinische Aufklärung als zentrale Voraussetzung für die Einwilligung in einen Heileingriff etabliert hat, bedarf der Entscheid zu einem Behandlungsabbruch oder ein Behandlungsveto keinerlei vorhergehender Aufklärung durch Drittpersonen, und zwar genauso wenig wie der völlige Verzicht auf Rat und Hilfe ([6], S. 647). Insofern die Patientenverfügung nicht eine Einwilligung in eine bestimmte medizinische Behandlung, sondern vielmehr eine *Verweigerung* der Einwilligung in (weitere) medizinische Behandlungen ist, ist sie also auch dann wirksam, wenn ihr keine umfassende medizinische Aufklärung vorausgeht. Der Patient muss seine Verweigerung der Einwilligung bzw. seinen Entscheid, eine medizinische Behandlung nicht zuzulassen, nicht begründen. Die Verweigerung der Einwilligung in mögliche (weitere) medizinische Behandlungen mittels der Patientenverfügung ruft gleichsam die geltende Ausgangsregel auf den Plan: Die medizinische Behandlung ist ein Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten und somit grundsätzlich tatbestandsmäßig und unzulässig. Mit der Patientenverfügung bestätigt der Verfügende, dass diese Regel gelten soll. Da hingegen die Einwilligung des Patienten ein Abweichen von dieser Grundregel bzw. eine Rechtfertigung des an sich tatbestandsmäßigen Eingriffs ermöglicht, muss dafür mit der hinreichenden Aufklärung eine Voraussetzung der Wirksamkeit eingeführt werden.

Im Folgenden soll die Frage nach der Verbindlichkeit und der Konzeptualisierung der Patientenverfügung gestellt werden. Ich setzte dabei voraus, dass eine Annäherung oder Anpassung der Patientenverfügung an Wertvorstellungen einer kulturübergreifenden Bioethik nicht über eine Verdrängung der bisher genannten Strukturelemente der Einwilligungsdogmatik und der Anliegen der Patientenverfügung erfolgen darf. Da diese die eigentliche Natur einer sinnvollen Patientenverfügung konstituieren, würde eine solche Verdrängung dazu führen, dass man die Vorteile, die eine Patientenverfügung überhaupt erst attraktiv machen, einbüßen würde (vgl. auch [2], S. 110).

[2] Vgl. zum privatrechtlichen Rahmen der Patientenverfügung in der Schweiz: [1], S. 309 f.

[3] Vgl. dazu die Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 28. Juni 2006 (06.063), S. 7031.

Ethik Med 2008 · 20:248–257
DOI 10.1007/s00481-008-0570-6
© Springer Medizin Verlag GmbH 2008

Martino Mona

## Wille oder Indiz für mutmaßlichen Willen? Die Konzeptualisierung und strafrechtliche Bedeutung der Patientenverfügung im Kontext einer kulturübergreifenden Bioethik

**Zusammenfassung**
Erleichtert die Konzeptualisierung der Patientenverfügung als bloßes Indiz für den mutmaßlichen Willen die notwendige Einbeziehung eines relationalen Autonomieverständnisses in eine zunehmend kulturübergreifende Bioethik? Ich lege dar, dass die Berücksichtigung relationaler Autonomiekonzepte kein überzeugendes Argument für die Bestimmung der Patientenverfügung als bloßes Indiz für den mutmaßlichen Willen ist, sondern vielmehr – neben einer Reihe anderer Argumente – für die Patientenverfügung als verbindliche Willensbekundung spricht. Diese erweist sich als flexibel genug, um unterschiedlichen Formen von Autonomie gerecht zu werden.

**Schlüsselwörter**
Patientenverfügung · Einwilligung · mutmaßlicher Wille · relationale Autonomie · Strafrecht

## Binding consent or element of presumed consent? – Conceptualization and legal relevance of advance health care directives in the context of multicultural bioethics

**Abstract**
*Definition of the problem* What kind of conceptualization of advance directives offers a more suitable instrument for the inclusion of a less individualistic and more relational notion of autonomy in multicultural bioethics? *Arguments* Two options are discussed: The conceptualization of advance directives a) as documents merely containing some indications pertaining to the presumed consent of the patient or b) as declarations of a comprehensive binding will. *Conclusion* Arguing in favor of advance directives as binding declarations, I will not only conclude that this concept embraces the original function and purpose of advance directives, i.e. the protection of individualized patient autonomy in states of incompetence, but also that it is flexible enough to incorporate and give weight to different notions of autonomy.

**Key words**
advance directive · consent · presumed consent · relational autonomy · criminal law

## Wille oder Indiz für mutmaßlichen Willen?

Während also nach übereinstimmender Auffassung der Wille des Patienten die notwendige Grundlage für medizinische Entscheidungen bildet, ist umstritten, ob die Patientenverfügung als verbindliche Anweisung gelten soll, in der gleichsam der Wille des Patienten ausgemacht werden kann, oder ob sie nur als mehr oder weniger gewichtiger Aspekt einer ganzen Reihe von zu berücksichtigenden Elementen fungiert, mit denen auf den mutmaßlichen Willen des Patienten geschlossen werden kann. Dies ist vor allem im Hinblick auf die Frage relevant, ob es erlaubt oder gar notwendig ist, die Meinung anderer im Sinne eines relationalen Autonomieverständnisses zu berücksichtigen. Indem man die Patientenverfügung als bloßes Indiz für den mutmaßlichen Willen auffasst, könnte man zweierlei erreichen: Erstens würde man deren Inhalt über eine zulässige Auslegung hinaus Mutmaßungen und Ergänzungen durch Drittpersonen zugänglich machen.[4] Zweitens könnte man, über die eigentliche Interpretation hinaus, die Ansichten, Meinungen, Vorstellungen und Kenntnisse Dritter (insbesondere von Familienangehörigen) einbeziehen, sofern man davon ausgeht, dass die Selbstbestimmung nicht isoliert und außerhalb von sozialen Kontexten verstanden werden soll (vgl. [15], S. 1110). Konkret könnte dies durch folgende Art von Aussagen geschehen: „[Der Patient] fühlt sich nur im Kreise seiner Familie geborgen und nur als Teil der Familie als Mensch ernst genommen." – „[Der Patient] hat sich immer wieder negativ über die kaltherzige Individualisierung und soziale Vereinsamung in der Gesellschaft geäußert." – „Erst im höheren Alter hat [der Patient] erkannt, worauf es ihm wirklich ankommt: auf ein Gefühl der Zugehörigkeit und Verbundenheit und nicht auf die Durchsetzung des eigenen Willens." – „[Der Patient] möchte sicher, dass seine Familie als relevante Einheit über sein Schicksal entscheidet."

Da die tatsächliche Entscheidung und das Vorgehen des medizinischen Personals sehr unterschiedlich ausfallen können, je nachdem, ob man die Patientenverfügung als verbindliche und in sich geschlossene Willensbekundung oder als bloßes Indiz für den gegenwärtigen mutmaßlichen Willen auffasst, ist es verfehlt, den Streit zwischen den beiden Positionen als unbedeutend zu bezeichnen (vgl. [9], S. 497). Alles andere als eine klare Lösung dieses Streites dürfte nicht im Sinne der (potentiellen) Patienten sein, da diese beim Verfassen der Patientenverfügung zu recht wissen wollen, was gilt und welcher Stellenwert ihren Aussagen zugemessen wird.

## Die Verbindlichkeit der Patientenverfügung

Das Spektrum der Meinungen bezüglich des genauen Umfangs der Verbindlichkeit bzw. der Wirkung der Patientenverfügung reicht von der Verbindlichkeit[5] über eine bloße Indizwirkung (vgl. [12], N. 16) bis hin zur Unbeachtlichkeit (zum Ganzen [9], S. 495). Im Hinblick auf die erstgenannte Meinung ist relevant, dass Verbindlichkeit nicht im engeren Sinne als „uneingeschränkt" bezeichnet werden darf, da nicht alle geäußerten Wünsche wörtlich umgesetzt werden müssen und man durchaus gewisse formelle Voraussetzungen an die Patientenverfügung stellen kann (Schriftlichkeit, eigenhändige Unterschrift, Verständlichkeit etc.) (vgl. [9], S. 498), so dass nicht einfach jede Äußerung, die als Pa-

[4] Kritisch dazu im Hinblick auf die strafrechtliche Einwilligung: Geth [4], S. 92.

[5] Vgl. BGE 127 I 6 E. 9a: „Eine urteilsfähige Person kann sich durch eine entsprechende Willensäußerung unmittelbar vor der geplanten Intervention oder in einem früheren Zeitpunkt (etwa mittels einer so genannten Patientenverfügung) dagegen zur Wehr setzen und auf eine Behandlung verzichten. Diesfalls ist von einer Behandlung abzusehen und der freie Wille des Betroffenen zu respektieren."

tientenverfügung bezeichnet wird, auch als solche gelten kann.[6]

Gegen eine Überprüfung der Anordnungen sowie hohe Hürden für deren Gültigkeit ist grundsätzlich nichts einzuwenden, sofern dies dazu dient, die Willensbekundung vor Missbrauch zu schützen. Auch für die Patientenverfügung gilt, dass sie nur dann verbindlich sein kann, wenn sie inhaltlich hinreichend klar ist (man muss verstehen können, was der Verfügende will) und die formellen Kriterien erfüllt sind. Die Patientenverfügung muss zudem von bloßen mündlichen allgemeinen Äußerungen, Wünschen oder Ansichten unterschieden werden: Letztere dienen klarerweise (nur) als Hinweise auf den mutmaßlichen Willen, während Erstere ein Mehr zum Ziel hat, nämlich die Bindung (und die strafrechtliche Entlastung) Dritter durch den darin geäußerten Willen des Verfügenden. Dies gilt insbesondere für allgemeine mündliche Äußerungen, die das zuständige medizinische Personal nicht unmittelbar gehört hat; eine Patientenverfügung im eigentlichen Sinne liegt dann nicht vor (vgl. [9], S. 498). Dass hingegen konkrete mündliche Äußerungen des *urteilsfähigen* Patienten im Vorfeld einer konkreten Entscheidung Dritte binden, ist unumstritten. Ebenso besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass die Patientenverfügung widerrufbar sein muss (vgl. [10], S. 57 ff. und [7], S. 321 f.) und dass ihr nur dann Verbindlichkeit zukommt, wenn ihr keine aktuelle Willensbekundung entgegensteht (vgl. [9], S. 496).

Die Tatsache, dass bei einem entgegenstehenden Willen die Patientenverfügung gänzlich unwirksam wird, ist nicht problematisch, da dies der Intention der neuen Willensäußerung entspricht. Da die bloß innere neue Willensbildung *(forum internum)* zu recht als nicht ausreichend bezeichnet wird, um als Anknüpfung von Rechtsfolgen zu dienen ([6], S. 653), ist das Erkennbarmachen des Widerrufs oder des aktuell entgegenstehenden Willens Sache des Verfügenden.[7] Hier sollte der Grundsatz gelten, dass die Voraussetzungen dafür so weit zu gehen haben, dass sie den Widerruf und den neuen Willen als genuine Willensbekundung des Betroffenen garantieren und grundsätzlich unerwünschte Interventionen von außen verhindern können, ohne aber exzessive Hürden aufzustellen. Dazu möchte ich nur zwei mögliche Kriterien erwähnen:[8] Die Willensänderung und -bekundung muss in urteilsfähigem Zustand erfolgen und sie muss unmittelbar an die Adressaten der zu ändernden Patientenverfügung gerichtet werden – d. h., in der Regel an das medizinische Personal, das zu entscheiden hat, ob eine medizinische Behandlung begonnen oder weitergeführt werden soll –, kann aber formfrei sein.[9] Eine undokumentierte (vermeintliche) Aussage gegenüber Dritten ist nicht ausreichend.

## Argumente gegen die Patientenverfügung als bloßes Indiz für den mutmaßlichen Willen

Für die Verbindlichkeit der Patientenverfügung und gegen ihre „Degradierung" zu einem bloßen Indiz sprechen eine Reihe von allgemeinen Argumenten, die man im Wesentlichen als anti-paternalistisch bezeichnen könnte (vgl. ausführlich dazu [13], S. 1192 ff.) und auf die ich hier nicht weiter eingehen möchte. Vertiefen möchte ich aber einige Aspekte, die auf die eigentliche Intention des Verfügenden abzielen.

a) In einem gewissen Sinn bekräftigt die Patientenverfügung als Behandlungsveto nur das, was ohnehin gilt: Medizinische Behandlungen sind zu unterlassen, weil sie

[6] Vgl. dazu die Literaturangaben in [9], S. 495 f.

[7] So im Wesentlichen auch Popp ([6], S. 653 f.): Der Verfügende belaste sich „mit der Obliegenheit, eine Änderung der inneren Einstellung kundzutun".

[8] Vgl. ausführlich dazu, wenn auch mit einer nicht überzeugenden Schlussfolgerung, [9], S. 497.

[9] Anders bzgl. der Formfreiheit der Entwurf zur Revision des Schweizerischen Vormundschaftsrechts, Art. 371 Abs. 3 ZGB.

als Eingriff in die körperliche Integrität grundsätzlich verboten sind und nur mittels Einwilligung des Patienten gerechtfertigt werden können ([6], S. 650). Wenn sich aber die Aufgabe der Patientenverfügung und die Intention des Verfügenden in der bloßen Nennung von ohnehin bestehenden und bekannten Rechten erschöpft, ist es kaum nachvollziehbar, warum dieses Rechtsinstitut eine solch kontroverse Debatte auszulösen vermag.

Die Patientenverfügung ist indes gerade nicht gleichzusetzen mit einer Aussage der Art „ich will nicht bestohlen werden" und geht vielmehr über die bloße Nennung von bereits existierenden Rechten (bspw. nicht bestohlen zu werden) hinaus, indem sie nicht nur die eigenen Rechte betont, sondern dem potentiell Eingreifenden das Recht nimmt, einzugreifen. Da ein solcher Eingriff aufgrund der herrschenden Dogmatik auch über eine mutmaßliche Einwilligung erfolgen kann, ist die Patientenverfügung also im Wesentlichen darauf ausgerichtet, dem medizinischen Personal und anderen Dritten die Möglichkeit zu entziehen, bestimmte Eingriffe unter Berufung auf den mutmaßlichen Willen zu rechtfertigen (zum Ganzen [6], S. 651). Der Verfügende will gerade nicht, dass sein Wille und seine Angaben durch die Berücksichtigung eines durch Dritte zu gestaltenden (zu mutmaßenden) mutmaßlichen Willens unterwandert werden. Es gilt zu vermeiden, dass einerseits das medizinische Personal, andererseits aber auch – durchaus wohlmeinende – Familienangehörige den Willen des Patienten einem „wahren" mutmaßlichen Willen unterordnen und so letztlich nach eigenen Vorstellungen des Guten und Richtigen entscheiden.[10] Da es hier allein um das prinzipielle Risiko einer Unterwanderung geht, spielt es auch keine Rolle, ob man die Patientenverfügung als „gewichtiges" Indiz bezeichnet oder nicht.[11] Die Patientenverfügung soll mit anderen Worten die mutmaßliche Einwilligung gänzlich außer Gefecht setzen. Dies kann sie aber nur, wenn sie hierarchisch höher gestellt wird als der mutmaßliche Wille und nicht grundsätzlich als Teilaussage – als Indiz unter anderen – eines mutmaßlichen Willens betrachtet wird.

b) Wenn man hingegen will, dass die Willensbekundung in der eigenen Patientenverfügung nur ein Indiz für die mutmaßliche Einwilligung sein soll, kann man dies genau so in der Patientenverfügung festhalten, indem man bspw. den Willen äußert, dass auch die Familienangehörigen Meinungen, Ansichten und „Beweismittel" einbringen dürfen oder dass man bei der Entscheidung immer von einem „ganzheitlichen" Bild der aktuellen Situation ausgehen soll. Das medizinische Personal wird damit nicht in einen luftleeren Raum ohne Anhaltspunkte für die Entscheidung gedrängt, sondern auf die ganz übliche Eruierung des mutmaßlichen Willens verwiesen. Die Ausrichtung der Patientenverfügung als verbindliche Willensbekundung im Sinne der grundlegenden Privatautonomie erlaubt ohne Weiteres auch die autonome Selbstbeschränkung der Patientenverfügung zu einem bloßen Indiz für die mutmaßliche Einwilligung. Die Patientenverfügung wird zudem ohnehin bloßes Indiz, wenn sie nicht hinreichend präzis formuliert ist. Ihre Wirkung entfällt hingegen vollständig, wenn ein ihr entgegenstehender wirksamer aktueller Wille geäußert wurde. Solange man die Patientenverfügung als verbindliche Darlegung des Willens bezüglich des darin Erklärten auffasst, kann mit ihr ein viel breiteres Spektrum der möglichen Vorgehensweisen im Sterbeprozess abgedeckt werden. Sie schließt damit nicht etwa gewisse Konzeptionen von Selbstbestimmung oder Autonomie grundsätzlich aus der Sphäre des

[10] Diese treffende Formulierung stammt von Geth ([4], S. 89). Vgl. dort auch den Hinweis darauf, dass vor allem Patientenorganisationen deshalb immer wieder fordern, die Verbindlichkeit der Verfügung müsse vom Gesetzgeber ausdrücklich angeordnet werden.

[11] So aber offenbar die SAMW ([11], S. 107).

Rechts aus, sondern ermöglicht vielmehr die rechtliche Umsetzung und den Schutz sowohl von individualistischen als auch von relationalen oder kollektivistischen Autonomieverständnissen. Es wäre verfehlt, diese vielfältigen Optionen mittels der Bestimmung der Patientenverfügung als bloßes Indiz für den mutmaßlichen Willen erreichen zu wollen, da dies die notwendige Rechtssicherheit unterminieren und den hinreichenden Bestand der in einer Patientenverfügung festgehaltenen spezifischen Willensbekundung gefährden würde.

c) Wenn aber die Willensbekundung des Patienten in der Verfügung aus Prinzip zu einem bloßen Indiz degradiert wird und man so letztlich auch entgegen dem in der Patientenverfügung geäußerten Willen entscheiden kann, stellt sich die Frage, warum wir es in der Regel nicht akzeptabel finden, wenn bspw. A dem sterbenden B verspricht, sein Erbe an eine bestimmte Institution X (für die Errichtung eines selbstherrlichen Mausoleums) zu geben, und es stattdessen an eine ganz andere Institution Y (für die Bekämpfung von schweren Kinderkrankheiten) gibt. Die grundsätzliche Achtung der Verstorbenen oder ein archaisches Verständnis, nach dem die Toten auf unsere Welt schauen und sehen können, dass das Versprechen nicht eingehalten wurde und ihr Geld in andere Hände kommt, sind nur die eine, wenig überzeugende Begründung, warum wir die anderweitige Verteilung der Güter als nicht zulässig betrachten. Viel wichtiger ist die Erkenntnis, dass die Funktionalität des Versprechens im Diesseits geschädigt würde, wenn man sich ein bestimmtes Verhalten nach dem Tod nur in dem Wissen versprechen lassen könnte, dass die Einhaltung des Versprechens letztlich zufällig wäre, ja dass ein ganz anderes Verhalten sehr wahrscheinlich sogar auf Zustimmung stieße, insbesondere dann, wenn es ein objektiv gesehen wichtigeres Ziel verfolgt. Wäre dies zulässig und würde dies praktiziert, würden die Menschen das Vertrauen in ihre Willensbekundungen verlieren, was zum einen dazu führt, dass sie sich nicht ernst genommen fühlen, und zum anderen dazu, dass niemand mehr vom Rechtsinstitut der Willenserklärung Gebrauch machen bzw. diesen Willen mit anderen, kostspieligen und möglicherweise illegalen Mitteln schützen würde.

d) Die Patientenverfügung als verbindliche Willensäußerung kann zudem mehr erreichen als nur die Bestätigung eines Abwehrrechtes gegenüber Eingriffen Dritter, die man aufgrund der Urteilsunfähigkeit nicht mehr aktiv verhindern kann:

*Erstens* kann die Patientenverfügung die tatsächlichen Entscheidungsvollstrecker von Strafunrecht und bestehenden Handlungspflichten entlasten. Dies tut sie aber nur dann, wenn sie im umfassenden Sinne als verbindlich angesehen wird.

*Zweitens* kann die Patientenverfügung erst dann auch als sinnvolles und wirksames Kommunikationsmittel verstanden werden, wenn sie verbindlich ist. Wenn aber der Verfügende mit der Patientenverfügung nicht etwa ein bestimmtes medizinisches Verhalten ausschließen, sondern nur ein Kommunikationsbedürfnis, eine Ansicht oder eine Haltung darlegen möchte, muss er die Gewissheit haben, dass genau dies auch ernst genommen und respektiert wird. Die Vorstellung, dass in diesen Fällen der Patientenverfügung als Kommunikationsmittel die Verfügung als solche eine geringere Verbindlichkeit hat oder dass der Kommunikationscharakter erst durch eine Einschränkung der Verbindlichkeit erzielt wird, ist verfehlt und unterminiert den Anspruch auf Bestimmung des Vorgehens in der Sterbephase, den der Verfügende beim Verfassen der Patientenverfügung unzweifelhaft hat. Dies kann sehr wohl allein der Wunsch sein, dass dabei ein Problem artikuliert und diskutiert werden soll, ohne dass konkrete Vorgaben zur Verhaltensweise des medizinischen Personals gemacht würden. Das eine ist aber genauso eine Willensbekundung wie das andere und wird nur dann mit hinreichender Sicherheit tatsächlich umgesetzt, wenn diese verbindlich ist. Der

Patient wird also auch dann wollen, dass die Patientenverfügung grundsätzlich verbindlich ist, wenn es ihm allein darum geht, dass „darüber gesprochen wird".

## Fazit

Relationale und kollektivistische Autonomiekonzepte, die entgegen der klassischen liberalen Tradition eine relative Beschränkung von Individualität und privater Selbstbestimmung anstreben, können am sinnvollsten in das zunehmend bedeutende Rechtsinstitut der Patientenverfügung eingegliedert werden, wenn die Patientenverfügung als verbindliche Willensäußerung definiert wird. Wenn der Einzelne also will, dass Aussagen Dritter im Sinne eines relationalen Autonomieverständnisses mitberücksichtigt werden, hat er zwei Möglichkeiten: Entweder er verfasst eine Verfügung, in der das verbindlich so festgehalten wird, oder er verfasst gar keine Verfügung. Der Einzelne wird durch die Konzeptualisierung der Patientenverfügung als verbindliche Willensbekundung nicht in ein individualistisches Autonomieverständnis gedrängt, sondern kann ein relationales Autonomie-Ideal auch dadurch verfolgen, indem er sich nicht mittels einer Patientenverfügung äußert. Da eine mutmaßliche Einwilligung nach dem bisher Gesagten subsidiär ist und nur dann zur Anwendung kommt, wenn keine tatsächliche aktuelle oder verfügte Willensbekundung vorliegt, kommt bei fehlender Patientenverfügung automatisch die Bestimmung des mutmaßlichen Willens – und somit in der Regel die Einbeziehung der Familie und des sozialen Umfeldes des Patienten – zum Zug. Damit aber die Patientenverfügung in einem kulturübergreifenden Kontext der Komplexität und Vielfalt in der Tat gerecht wird und auch für denjenigen wirksam sein kann, der gerade diese Berücksichtigung mittels seiner Willensbekundung verhindern möchte, muss sie als solche Verbindlichkeit haben und nicht bloß Indizwirkung.

## Anschrift

**Dr. iur. et lic. phil. Martino Mona**

126c Oxford Street
Cambridge (MA) 02140, USA
E-Mail: mmona@llm08.law.harvard.edu

### Danksagung

Ich bedanke mich sehr bei den Teilnehmern der Arbeitstagung „Patientenverfügung aus der Perspektive einer kulturübergreifenden Bioethik" in Zürich für anregende Diskussionen. Ein besonderer Dank geht an Dr. Susanne Brauer und Dr. Tom Frischknecht für zahlreiche wertvolle Hinweise und ausführliche Kommentare. Verbleibende Fehler sind alleine dem Autor zuzuschreiben.

## Literatur

1. Baumgarten MO (2000) The Right to Die? Rechtliche Probleme um Sterben und Tod, 2. Aufl. Peter Lang, Bern
2. Buchanan A, Brock D (1990) Deciding for Others. The Ethics of Surrogate Decision Making. Cambridge University Press, Cambridge
3. Fletcher G (2007) The Grammar of Criminal Law. Oxford University Press, Oxford
4. Geth C (2008) Die Patientenverfügung als Konservierung des gegenwärtigen Willens – präventiver Schutz vor ärztlicher Fremdbestimmung. In: Wolf S, Hürzeler M, Mona M (Hrsg) Prävention im Recht. Helbing Lichtenhahn, Basel, S 81–94
5. Lilie H (2001) Strafrechtliche Gesichtspunkte. In: Wienke A, Lippert HD (Hrsg) Der Wille des Menschen zwischen Leben und Sterben – Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht. Ausgewählte medizinrechtliche Aspekte. Springer, Berlin, S 75–86
6. Popp A (2006) Patientenverfügung, mutmassliche Einwilligung und prozedurale Rechtfertigung. ZStW 118:639–681
7. Rehberg J (1994) Arzt und Strafrecht. In: Honsell H (Hrsg) Handbuch des Arztrechts. Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, S 303–362
8. Reusser K (1994) Patientenwille und Sterbebeistand. Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich
9. Roth A (2004) Die Verbindlichkeit der Patientenverfügung und der Schutz des Selbstbestimmungsrechts. JZ 10:494–502
10. Schöllhammer L (1993) Die Rechtsverbindlichkeit des Patiententestaments. Eine Untersuchung aus zivilrechtlicher Sicht. Duncker und Humblot, Berlin
11. Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (2006) Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung vom 24. November 2005. SÄZ 87:103–110
12. Seelmann K (2007) vor Art. 14. In: Niggli M, Wiprächtiger H (Hrsg) Basler Kommentar Strafrecht I, 2. Aufl. Helbing Lichtenhahn, Basel

13. Sternberg-Lieben D (2005) Begrenzung lebensverlängernder Maßnahmen aus strafrechtlicher Sicht – juristischer statt ärztlicher Paternalismus? In: Arnold J, Burkhardt B, Gropp W, Koch HG (Hrsg) Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag. C.H. Beck, München, S 1185–1204
14. Stratenwerth G, Jenny G (2003) Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil I, 6. Aufl. Stämpfli, Bern
15. Taupitz J, Weber-Hassemer K (2006) Zur Verbindlichkeit von Patientenverfügungen. In: Kern BR, Wadle E, Schröder KP, Katzenmeier C (Hrsg) Humaniora. Medizin – Recht – Geschichte. Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag. Springer, Berlin, S 1107–1121
16. Wiegand W (1994) Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung. In: Honsell H (Hrsg) Handbuch des Arztrechts. Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, S 119–213