

Das sind die letzten 140 Seiten der Dissertation „Selbstbestimmungsrecht und Einwilligungsfähigkeit“ von Oliver Tolmein. Kapitel-, Seiten- und Fußnotennummerierung sind nicht identisch mit der Druckfassung. Sie können daher nach diesem pdf-File auch nicht zitieren, sondern müssen dafür auf die Druckfassung der Arbeit zurückgreifen.

Best-interest-Standard

Der *Best-interest-Standard*¹ hat im *common law* seine Bedeutung vor allem im Familienrecht. Es geht dabei in der Regel um die Wahrung des Wohls von Kindern² in Sorgerechtsauseinandersetzungen oder im Adoptionsrecht³. Der *Best-interest-Standard* wird in diesem Bereich zwar nicht grundsätzlich in Frage gestellt. In den letzten Jahren hat aber die Diskussion über die

¹ Es ist schwierig, diesen Begriff angemessen zu übersetzen. Die wörtliche Übersetzung, dass eine Maßnahme im „besten Interesse“ sein müsse, trifft den Sachverhalt nicht exakt. Im *common law* ist *best interest* am ehesten mit dem Begriff des Wohls, wie er im BGB verwendet wird, gleichzusetzen. So geschieht es auch in der deutschen Übersetzung des „Übereinkommens über die Rechte des Kindes“ (BGBl. 1992 II S. 122), wo der englische Terminus „best interest of the child“ in Artikel 3 I 1 mit „Wohl des Kindes“ übersetzt wird. In *F v West Berkshire HA* werden „welfare of the minor“ und „best interest of the minor“ als „expression with substantially the same meaning“ charakterisiert. (*F v. West Berkshire HA (Lord Brandon) 2 All ER 550 f.*) Dennoch schwingt in *best interest* der Interessenbegriff mit, der auf den (materiellen) Vorteil orientiert ist, während im Begriff des „Wohls“ die Vorstellung, dass etwas „richtig“ oder „gut“ sei, enthalten ist – also eine ideelle Komponente. Deswegen verwende ich im Folgenden, wenn es um das Konzept des *best interest* geht, den englischen Begriff.

² Parker (1994).

³ Siehe z. B. Bell (2001).

Rolle, die Vorurteile und widerstreitende Auffassungen bei der Bestimmung des *best interest* eines Kindes spielen, an Bedeutung gewonnen.⁴

Im Medizinrecht spielt der Standard erst seit vergleichsweise kurzer Zeit eine wichtige Rolle, die zudem in England anders gefasst ist als in den Bundesstaaten der USA.

1. *Best-interest-Standard in der englischen Medizinrechtsprechung*

Es ist charakteristisch, dass die erste medizinrechtliche Entscheidung, in der der *Best-interest-Standard* eine nennenswerte Rolle spielte, erst neun Jahre nach Abschluss des Verfahrens veröffentlicht wurde.⁵ In *re B (a minor)* waren betreuungsrechtliche Aspekte und Medizinrecht zudem eng miteinander verquickt. Bei B, einem Kind, bei dem das Down-Syndrom diagnostiziert worden war, musste ein Darmverschluss operiert werden. Die Eltern stimmten dem Eingriff nicht zu, das Jugendamt übernahm das Sorgerecht und beantragte die Zustimmung des Gerichts zur Operation. Die Richter des Court of Appeal äußerten ihren Respekt und ihr Verständnis für die Wünsche der Eltern, argumentierten aber, dass diesen rechtlich keine Bedeutung zukommen könnte, da es nicht im *best interest* des Kindes wäre zu sterben, weil eine Routineoperation nicht durchgeführt werde. Lordrichter Templeman formulierte in dieser Entscheidung drastisch: „Das Gericht muss entscheiden, ob das Leben dieses Kindes nachweislich so furchtbar sein würde, dass es jetzt zum Sterben verurteilt werden sollte, oder ob das Leben des Kindes doch so erträglich sein wird, dass es falsch wäre, es zum Sterben zu verurteilen. (...) Die Beweise in diesem Fall zeigen, dass

⁴ Beispielsweise wird intensiv über die Frage diskutiert, ob es im *best interest* eines Kindes sei, von einem schwulen oder lesbischen Paar adoptiert zu werden. Auch die Frage der Abhängigkeit der Bestimmung eines *best interest* von der Religionszugehörigkeit ist heftig umstritten. Vgl.: Bell (2001); Vahed (1999).

⁵ Die Veröffentlichung des am 7. August 1981 entschiedenen Falles *re B (a minor)*, (1990) 3 All ER 927, erfolgte, weil sich in einem anderen, späteren Verfahren die eine Partei auf diese Entscheidung gestützt hatte: *Re J (a Minor) (Wardship: Medical Treatment)* (1991) Fam. 33 = [1990] 3 All ER 930.

das Kind, wenn die Operation sachgerecht und erfolgreich durchgeführt wird, die normale Lebensspanne eines mongoloiden Kindes leben kann, mit den Behinderungen und Beeinträchtigungen, die das Leben eines mongoloiden Kindes prägen. Es ist nicht Sache dieses Gerichts festzustellen, dass ein solches Leben ausgelöscht werden sollte.“⁶

In re B (a minor) wurde veröffentlicht, weil es in einem anderen Verfahren erheblich für die Entscheidung wurde. Im Ergebnis lieferte es für re J (a minor) allerdings keine Vorlage, sondern das Material für eine Abgrenzung. In re J (a minor) ging es um die Frage, ob ein extrem früh geborenes Kind, das erhebliche Hirnschädigungen bei seiner Geburt erlitten hatte und bei dem befürchtet wurde, dass es unter erheblichen spastischen Lähmungen leiden und möglicherweise taub-blind sein würde, künstlich beatmet werden sollte oder nicht.

In re J (a minor) zitierte der Official Solicitor, der die Partei des Kindes im Verfahren vertreten sollte,⁷ mehrfach die Entscheidung re B (a minor) von 1981, um den Erhalt des Lebens von J zu erreichen. Während das Leben des Kindes mit Trisomie 21 Anfang der achtziger Jahre den englischen Gerichten nicht so zu sein schien, dass es aus Gründen der Lebensqualität beendet werden sollte, befanden sie 1990, dass bei einem extrem früh geborenen Kind für den Fall von Komplikationen im Verlauf der Behandlung, eine künstliche Beatmung nicht erforderlich sei.⁸ Aus re B

⁶ Re B (a minor), (1990) 3 All ER 927, 928. Diese Passage wurde in späteren Entscheidungen oft aufgegriffen und kritisiert. In re J (a minor) formulierte Lordrichter Taylor: „Ich möchte noch anmerken, dass die Formulierung ‚zum Sterben verurteilt‘, die in dem Urteil von Templeman LF zweimal gebraucht wird, mehr ausdrucksstark als akkurat ist. Wie bereits angemerkt, muss das Gericht in diesen Fällen nicht entscheiden, ob ein Leben beendet wird, sondern ob es durch eine Behandlung verlängert werden soll, ohne die der Tod durch natürliche Ursachen eintreten würde.“ Re J (a Minor) (Wardship: Medical Treatment) (1991) Fam. 33.

⁷ Kinder wie J, deren Sorgerecht das Gericht übernommen hatte, sind „ward of the court“. Für diese Kinder haben die Gerichte in England auch heute noch, anders als für Geistigbehinderte, die *Parens-patriae*-Gewalt.

⁸ Das Verfahren sollte, weil später möglicherweise schnell zu entscheiden wäre, vorab klären, welche Behandlungsmaßnahmen zu

wurde die Lehre gezogen, dass die Anwendung des *Best-interest*-Standards in erster Linie Probleme bei der Abwägung und Gewichtung eventuell widerstreitender Aspekte mit sich bringt. Schmerz und unerträgliche Leiden, darüber war schnell Einigkeit zu erzielen, sollen als Faktoren eine wichtige Rolle spielen. Lord Donaldson of Lymington, der als Master of The Roll die entscheidenden Formulierungen des Urteils verfasste, thematisierte überdies die unterschiedliche Bedeutung von Lebens-Erfahrung: „Auch sehr schwerstbehinderte Menschen entdecken in ihrem Leben eine Lebensqualität, obwohl dieses Leben nichtbehinderten Menschen schier unerträglich erscheint. Menschen haben eine bemerkenswerte Fähigkeit, sich an die Umstände anzupassen. Aber es gibt doch Fälle, in denen die Antwort lautet: Auch wenn man den Wunsch, eines jeden Menschen zu überleben, einbezieht, ist es nicht im Interesse des Kindes, es einer Behandlung zu unterwerfen, die verstärktes Leiden bewirkt ohne ein entsprechendes Maß an Wohlbefinden bewirken zu können.“⁹

In den Gerichtsentscheidungen, die in dieser Phase die medizinische Behandlung von Kindern betrafen, bewegten sich die Richter bei allen ethischen Unsicherheiten auf juristisch halbwegs gefestigtem Terrain: Der *Best-interest*-Standard war gerade im Familienrecht begründet worden und bei Kindern haben auch englische Gerichte in diesen Konstellationen noch die umfassende *Parens-patriae*-Gewalt.

Anders sah die Konstellation in dem kurz zuvor vom House of Lord entschiedenen Verfahren *F v. West Berkshire HA* aus. Hier war die Sterilisation einer geistig behinderten Frau beantragt worden. Die Rechtsgrundlagen für diesen schwerwiegenden, irreversiblen Eingriff waren aber unklar. Es gab kein Gesetz, das so einen Fall regelte. Andererseits ist mit dem Mental Health Act von 1959 die *Parens-patriae*-Macht des Staates

ergreifen die Ärzte verpflichtet werden sollten und welche nicht. Das Neugeborene, das im Verfahren als J bezeichnet wurde, war überaus schwer behindert: Es hatte bei der Geburt einen schweren, irreversiblen Hirnschaden erlitten, würde voraussichtlich taub und blind bleiben, eine spastische Lähmung im oberen Halswirbelbereich behalten und nicht sprechen können. Außerdem hatte es epileptische Anfälle. Die Ärzte schätzten, dass die Lebenserwartung nur wenige Jahre betragen würde.

⁹ 3 All ER 1 930, 932.

für erwachsene Menschen mit geistigen Behinderungen außer Kraft gesetzt worden.¹⁰ Weil auch die Berufung auf einen Notstand, der die Durchführung einer Sterilisation hätte legitimieren können, den Richtern kein überzeugender Entscheidungsansatz zu sein schien, sie aber auch nicht die Konsequenzen des Supreme Court of Canada ziehen wollten, der die Sterilisation bei Einwilligungsunfähigen grundsätzlich für illegal erklärt hatte,¹¹ wurde aus dem *common law* die Regel gezogen, dass in diesen Fällen das Gericht berufen sei, nach dem *Best-interest*-Standard zu entscheiden.¹² Erläuternd wurde in einem Leitsatz festgelegt, dass eine Behandlung oder Operation bei einwilligungsunfähigen Erwachsenen nur dann in ihrem *best interest* sein wird, wenn ihre Durchführung dazu dient, entweder das Leben des Patienten zu retten oder eine Verbesserung seines Gesundheitszustandes zu erreichen bzw. eine Verschlechterung zu verhindern.¹³ Als Maßstab dafür wird in der Entscheidung der so genannte Bolam-Test erwähnt, der verlangt, dass der Arzt auf der Basis des aktuellen Wissensstandes nach den

¹⁰ Vgl. *F v. West Berkshire HA*, 2 All ER 545, 552 (1989). Dass die englischen Gerichte hier eine begrenztere Jurisdiktion ausüben können, führt nach Auffassung englischer Rechtswissenschaftler dazu, dass sie sich stärker auf die Verletzung rechtlicher Pflichten konzentrieren, statt eine allgemeine Analyse der Situation im jeweiligen Fall vorzunehmen. Im Ergebnis bewirkt das eine stärker generalisierte Prinzipien betonende Rechtsprechung, in der die Bedürfnisse individueller Patienten eine vergleichsweise geringe Rolle spielen. Vgl. Fenwick (1998).

¹¹ *In re Eve*, (1986) 31 DLR (4th). Allerdings sehen auch die Richter des House of Lord Grenzen. Lord Griffiths stellt fest, dass bestimmte, radikale Operationen, wie beispielsweise die chirurgische Zerstörung von Hirngewebe, ohne die Einwilligung des Patienten nicht durchgeführt werden dürfen, auch wenn die Ärzte sie für unbedingt erforderlich halten. Lord Griffiths erläutert allerdings weder, wie er diese bestimmten, radikalen Therapien von anderen Eingriffen unterscheiden will, noch nennt er Gründe dafür, warum hier das ärztliche Urteil, was im *best interest* des Patienten sein soll, zurücktreten muss. *F v. West Berkshire HA*, 545, 561 f, g.

¹² Es wurden zudem mehrere Verfahrensregeln entwickelt, die einwilligungsunfähige Erwachsene schützen sollen.

¹³ *F v. West Berkshire HA*, 2 All ER 545, 546 g.

allgemein in der Fachwelt anerkannten Regeln ärztlicher Kunst handelt.¹⁴ Die Lord-Richter gingen in dem Verfahren ebenso wie die behandelnden Ärzte davon aus, dass die Patientin F aufgrund ihrer geistigen Behinderung nicht in der Lage wäre, eine Schwangerschaft auszutragen bzw. sich um das Kind zu kümmern. Sie sei auch nicht fähig zu verhüten. Da sie aber eine sexuelle Beziehung unterhalte, wäre deswegen eine Sterilisation indiziert und auch in ihrem *best interest*.¹⁵

Bemerkenswert ist, wie in *F v. West Berkshire HA* die Behandlung nach dem *Best-interest*-Standard mit lebenserhaltender Behandlung gleichgesetzt wird – eine Sichtweise, die allerdings auch vor englischen Gerichten zu dieser Zeit bereits im Umbruch war. Die neue Tendenz ist in dem fast zeitgleich dazu entschiedenen Verfahren um das Wohl des Kindes *J* erkennbar, in dem das erkennende Gericht auch auf den *Best-interest*-Standard zurückgegriffen hat ohne dabei allerdings den Schutz des Lebens als ein besonders wichtiges Interesse zu charakterisieren.¹⁶ Vor allem aber fällt sowohl in *re J* als auch in *F v. West Berkshire HA* auf, dass die

¹⁴ „The doctor must act in accordance with a responsible and competent body of relevant professional opinion.” *Bolam v. Friern Hospital Management Committee* (1957) 2 All ER 118. Dieser Bolam-Test wurde später interpretierend eingegrenzt: Für den Fall, dass es widerstreitende Experten gibt, die jeweils eine zumindest teilweise anerkannte Auffassung über einen Behandlungsstandard äußern, kann der Richter sich für eine der beiden Auffassungen entscheiden, wenn die andere ihre Position nicht logisch überzeugend herleiten kann. Diese Eingrenzung erschien erforderlich, weil andernfalls jede Zitierung namhafter Zeugen, die seine Position teilten, einen Arzt hätten entlasten können. *Bolitho v. City and Hackney Health Authority*, 1997 (House of Lords).

¹⁵ *F v. West Berkshire HA* 545, 549f. Kritisch zu dieser Argumentation, die auch die Debatte in der Bundesrepublik Deutschland in den 1980er Jahren geprägt hat: Köbsell (1987). Köbsell weist darauf hin, dass stets die Sterilisation der geistig behinderten Frau und nicht die ihres Partners erwogen wird. Außerdem werde nicht berücksichtigt, dass es Hilfsmodelle auch für geistig behinderte Mütter gebe. Zudem werde deren Erfahrungswelt von den Ärzten und Richtern häufig nicht zutreffend erfasst.

¹⁶ *Re J (a Minor) (Wardship: Medical Treatment)* (1991) Fam. 33.

Anwendung des *Best-interest*-Standards im englischen Recht eng verknüpft ist mit der Perspektive des behandelnden Arztes. Die Frage, ob sein Verhalten als fahrlässige Pflichtverletzung (*negligence*) bewertet werden muss, prägt *F v. West Berkshire HA* weitaus mehr, als die Vorstellung, dass durch die Anwendung des *Best-interest*-Standards ein einwilligungsunfähiger Patient, sei es auch nur indirekt, Rechte realisieren könnte. Diese Sichtweise findet auch in der Verbindung von Bolam-Test und *Best-interest*-Standard ihren Ausdruck.

2. *Best-interest*-Standard in der US-amerikanischen Rechtsprechung

Im US-amerikanischen Recht ist der *Best-interest* Standard in Fällen des Behandlungsabbruchs eng verknüpft mit der Conroy-Entscheidung des Supreme Court of New Jersey,¹⁷ die in den folgenden Jahren für die Gerichte in etlichen Staaten als Leitlinie diente und vielfach variiert wurde. Im Conroy-Verfahren haben die Richter allerdings wenig Mühe auf die Herleitung des *Best-interest*-Standards verwandt. Grundsätzlich wird die Kompetenz der Gerichte, nach dem *best interest* des einwilligungsunfähigen Patienten zu entscheiden, aus der *Parens-Patriae*-Macht des Staates abgeleitet.¹⁸ Es ist jedoch festzustellen, dass von den meisten US-amerikanischen Gerichten und von weiten Teilen der Literatur Entscheidungen nach dem, allerdings unterschiedlich hergeleiteten, *Substituted-judgement*-Standard der Vorzug gegeben wird – der *Best-interest*-Standard soll, wenn überhaupt, erst Anwendung finden, wenn die individuellen Wünsche der nunmehr inkompetenten Person nicht zu ermitteln sind oder wenn es sich um einen Menschen handelt, der nie kompetent war.¹⁹ Dabei schlägt der Supreme Court of New Jersey sogar

¹⁷ 486 A. 2d 1209 (N.J. 1985), siehe **Fehler! Textmarke nicht definiert.**

¹⁸ So auch 486 A. 2d 1209, 1231. Eingehend Payton (1992); Dresser (1994): 636 ff.; Griffith (1991).

¹⁹ Vgl. **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.** und Fn. **Fehler! Textmarke nicht definiert.** Siehe auch Guideline 12, Coordinating Council on Life-Sustaining Medical Treatment Decision Making by the Courts (1993): 75ff. Diese Vorgehensweise wird auch

noch die Unterteilung in einen begrenzt objektiven und in einen rein objektiven Test zur Ermittlung des *best interest* vor. Der begrenzt objektive Test soll Anwendung finden, wenn es vertrauenswürdige Informationen gibt, dass der Patient die Behandlung abbrechen lassen würde, diese Informationen aber nicht so abgesichert sind, dass es den Anforderungen für den *Substituted-judgement*-Standard genügen würde. Als subjektives Element dieses Tests sehen die Richter die persönlichen Präferenzen. Wegen der eingeschränkten Beweiskraft kommt dieses subjektive Element aber weniger stark zum Tragen, als wenn es zuverlässig nachweisbar wäre. Das objektive Element dieses Tests besagt, dass die Behandlung in so einem Fall nur abgebrochen werden darf, wenn der Betreuer überzeugt ist, dass die Belastung, die die Fortsetzung der Behandlung mit sich bringt, deren Vorteile für den Patienten klar überwiegt.²⁰

Der rein objektive Test soll dagegen ermöglichen, die lebenserhaltende Behandlung abzubrechen, wenn keinerlei persönliche Präferenzen des ehemals einwilligungsfähigen Patienten bekannt sind. Voraussetzung dafür ist, dass die Nachteile für den Patienten die Vorteile der Behandlung eindeutig erheblich überwiegen, und dass die Behandlung beim Patienten so schwere und dauerhafte Schmerzen verursacht, dass es unmenschlich erscheint, sie fortzusetzen.²¹ Außerdem hat der Supreme Court of New Jersey als Voraussetzung für den Abbruch der lebenserhaltenden Behandlung gefordert, dass der Patient nur noch eine Lebenserwartung von maximal einem Jahr haben soll – diese Vorgabe dient, den Vorstellungen des Gerichts zufolge, insbesondere dem Schutz des Lebens von senilen Menschen und von Alzheimer-Patienten, die in Pflegeheimen leben und die deswegen als besonders gefährdete Gruppe gesehen werden.²²

unterstützt von Buchanan und Brock (1990): 122. Kritisch konstatiert diese Entwicklung Dresser (1994): 637.

²⁰ 482 A 2d. 1209, 1232.

²¹ 482 A 2d. 1209, 1232f.

²² 108 N.J. 365, 377f.; 482 A 2d., 1236ff. Der Supreme Court of New Jersey nimmt hier Bezug auf die soziale Isolation von Pflegebedürftigen in Heimen, setzt sich ausführlich mit der schlechten Ausstattung der Einrichtungen und der unzureichenden Ausbildung des Personals auseinander. Daraus und aus Untersuchungen über Misshandlungen in

Bemerkenswert ist auch die weitreichende Übereinkunft, dass bei Patienten im *vegetative state* der *Best-interest-Test* keine Anwendung finden könne, weil Patienten in dieser Verfassung per definitionem nicht in der Lage seien, irgendwelche der Vor- oder Nachteile zu empfinden, sie also keine Interessen hätten, die der Conroy-Test abzuwägen trachte.²³

3. Elemente des *Best-interest-Standards*

So verbreitet der *Best-interest-Standard* ist, so wenig herrscht Übereinstimmung, was genau für Aspekte im Rahmen dieses Standards erfasst werden sollen, wenn er Anwendung findet, um zu klären, ob eine lebenserhaltende medizinische Behandlung fortzuführen oder abubrechen ist. Schon was Interessen²⁴ im Rahmen des *Best-interest-Standards* sind, ist in der juristischen Literatur kaum näher gefasst. Die Autoren und erst recht die Gerichte begnügen sich im Allgemeinen mit der Benennung der jeweils für wichtig erachteten Interessen: Lebensinteresse, Interesse an Schmerzfreiheit, Interesse an Unabhängigkeit, Interesse am Wohlbefinden. Vereinzelt wird festgestellt, dass es sich bei der Feststellung von Interessen allerdings nicht um das handelt, was umgangssprachlich als Interesse

Institutionen ziehen die Richter den Schluss, dass es sich bei Bewohnern von Pflegeheimen um eine besonders gefährdete Gruppe handelt, bei der der Abbruch der lebenserhaltenden Behandlung nur unter Zugrundelegung spezieller Schutzstandards zulässig sein kann.

²³ So die Formulierung in 108 N.J. 365, 376f. Insbesondere mit Blick auf Patienten im *vegetative state* zustimmend: Rhoden (1988): 399. Nachdrücklich vertreten diese Position auch: Buchanan und Brock (1990): 126ff. Auch Dresser geht davon aus, dass Patienten im *vegetative state* keine Interessen haben können. Für sie ist das allerdings kein Grund, eine *Best-interest-Analyse* zu unterlassen; sie argumentiert, dass die Anwendung des *Best-interest-Standards* sich auf andere Faktoren konzentrieren müsse als auf das Wohl des Patienten: Dresser (1994): 695ff. Gegen diese Positionen allerdings Griffith (1991), der auf das Interesse am Erhalt des Lebens verweist.

²⁴ Unabhängig davon, ob *best interest* mit „bestem Interesse“ oder mit „Wohl“ übersetzt wird, bilden nach Vorstellung der Vertreter dieses Standards jedenfalls Interessen die Grundlage für die Feststellung des *best interest*.

bezeichnet wird. Buchanan und Brock weisen darauf hin, dass zwar von „Interessen eines Baums“ gesprochen werden könnte, dass damit aber nicht wirklich etwas gemeint sei, was dem Baum zu Eigen wäre. Es komme in der juristischen Debatte anders als in der umgangssprachlichen Rede entscheidend darauf an, Interessen als etwas zu verstehen, was eine (rechtliche oder moralische) Verpflichtung auslöse, diese Interessen auch voranzutreiben. „Das *best interest*-Prinzip formuliert eine positive Verpflichtung, etwas zu tun, was jemandes Interesse am besten befördert oder was zur Mehrung seines Wohls am besten beiträgt.“²⁵

Dresser hat, weniger deutlich einen normativen Akzent setzend, herausgearbeitet,²⁶ dass die Analyse einer Entscheidung nach dem *Best-interest*-Standard grundsätzlich zwei Schritte erfordert: Zum einen müssten möglichst detaillierte und genaue Fakten über den Zustand, das Befinden und die Perspektive des Patienten, um dessen Behandlung es geht, zusammengetragen werden.²⁷ Kann er überhaupt Schmerzen empfinden, verspürt er tatsächlich welche, hat er positive Empfindungen, ist er fähig zu kommunizieren, vermag er sich zu bewegen?

Schon diese empirischen Feststellungen zu treffen, ist allerdings schwierig, denn es besteht keinerlei Übereinkunft, in welchem Umfang und mit welcher Zielrichtung Fakten zu erfassen sind: Kommt es beispielsweise auch darauf an, in welchem Umfeld der Patient lebt, wie das Pflegepersonal auf ihn reagiert, ob er Besuch nur von seinen Angehörigen bekommt oder auch von Freundinnen?

In einem zweiten Schritt, den Dresser im Unterschied zum ersten als evaluativ bezeichnet, geht es um die Bewertung der zusammengetragenen Tatsachen als „Vorteil“ oder „Nachteil“ bzw. um ihre Abwägung als „Belastung“ oder „Verbesserung“ – wobei allerdings offen bleibt, wie

²⁵ Buchanan und Brock (1990): 128.

²⁶ Dresser (1994): 638f.

²⁷ Dresser bezeichnet diesen Schritt als deskriptiv. Das ist unzutreffend, weil auch in der Feststellung bestimmter Tatsachen normative Elemente enthalten sind. Vgl. die Ausführungen zu Kommunikation und Kommunikationsfähigkeit in **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**

festzustellen ist, was als Vorteil gilt und vor allem, wie Vor- und Nachteile gegeneinander abgewogen werden sollen.

Das Spektrum der Faktoren, die im Rahmen einer *Best-interest*-Analyse erfasst und bewertet werden, ist meist begrenzt. Zudem werden medizinische Aspekte besonders stark gewichtet. Beispiele dafür liefert die englische Rechtsprechung mit Entscheidungen wie *re F* oder, hier vor allem von Bedeutung, dem Urteil im Fall *Bland*, wo als *best interest* das erwogen wurde, was ein „responsible body of medical opinion“ dafür hielt. Die Literatur setzt bisweilen andere Akzente. So schlagen Buchanan/Brock beispielsweise vor, im Zuge einer *Best-interest*-Analyse zusätzlich zu den medizinischen Faktoren auch allgemeine Lebensqualitäts-Indikatoren einzubeziehen. Sie plädieren überdies dafür, auch den Verbrauch medizinischer und sonstiger Ressourcen, also Interessen der Allgemeinheit, zu berücksichtigen.

Im Folgenden sollen die Probleme einer Entscheidung nach dem *Best-interest*-Standard mit Blick auf medizinische Entscheidungssituationen herausgearbeitet werden. Dabei erweist es sich als sinnvoll, auch auf die Diskussion über Interessen einzugehen, die im Rahmen der Debatte um Sterbehilfe geführt wird, ohne auf den, in der deutschen Rechtspraxis in dieser Form gegenwärtig nicht besonders relevanten, *Best-interest*-Standard zu fokussieren. Abschließend wird in diesem Abschnitt erörtert, inwieweit bei der Entscheidung über den Abbruch der künstlichen Ernährung bei Patienten im *vegetative state* besondere Aspekte zu berücksichtigen sind, bzw. ob der *Best-interest*-Standard überhaupt Anwendung finden kann.

a) *Begriff der Interessen und Probleme bei ihrer Bestimmung*

In der rechtsmethodischen deutschen Debatte ging eine ganze Schule, die Interessenjurisprudenz, davon aus, dass ein juristisch relevanter Sachverhalt stets als ein Bündel zumeist konfligierender Interessen strukturiert werden könnte, die analysiert und abgewogen werden müssten. Die Feststellung von Interessen und ihre Verfolgung ließen sich so als treibende Kräfte gesellschaftlichen Lebens beschreiben.²⁸ Wesentliches Anliegen der

²⁸ Ohne hier eine eingehende Auseinandersetzung mit der philosophischen Dimension der eminenten Rolle von „Interessen“ leisten

Vertreter der Interessenjurisprudenz war es, eine stärkere pragmatische Orientierung des Rechts durchzusetzen. Anstatt durch die oftmals als starr empfundenen Regeln sollte es durch Zweckdienlichkeit geprägt sein.²⁹ Dem Einwand, dass damit die Gesetzesbindung zur Disposition gestellt würde, hielten die Vertreter der Interessenjurisprudenz entgegen, dass auch sie die Entscheidung nicht unmittelbar aus der Interessenlage ableiten wollten. Es komme darauf an, die Rechtsvorschriften vor allem interessenvergleichend und teleologisch³⁰ anzuwenden. Als Schwierigkeit erwies sich jedoch, dass die Feststellung der Interessen und ihre Analyse allenfalls ein erster, wichtiger Schritt zur Entscheidung im juristischen Fall sein kann. Denn die Wertung, die das Recht im Zuge einer Entscheidung vornimmt, ist nicht den Interessen selbst zu entnehmen, sondern muss vom Richter aufgrund von Rechtsvorschriften vorgenommen werden.³¹

Auch in der medizinethisch-juristischen Debatte zielt die Einführung der Kategorie des Interesses als Maßstab für Entscheidungen auf pragmatische Lösungen. Interessen werden dabei allgemein als etwas verstanden, was jemand hat³². Ihre Realisierung oder Nicht-Realisierung soll einen

zu können, erscheint es mir doch wichtig festzustellen, dass deren herausgehobene Bedeutung auch kritisch gesehen wird. Horkheimer setzt sich damit auseinander, dass die Vorherrschaft der Interessen, deren Konkurrenz für den Liberalismus den höchsten Grad von Harmonie der Gesellschaft sichert, dem Individuum jede metaphysische Dimension nimmt. (Horkheimer 1985, 133ff.) Auch Marx thematisiert die Distanz, die das Interesse zwischen dem Menschen und seinem Leben schafft: „Im Interesse schiebt der reflektierende Bourgeois immer ein Drittes zwischen sich und seine Lebensäußerung, eine Manier, die wahrhaft klassisch bei Bentham erscheint, dessen Nase immer erst ein Interesse entwickeln muss, ehe sie sich zum Riechen entschließt.“ (Marx 1956ff., 194f.)

²⁹ Luhmann (1998),: 389.

³⁰ Vgl. Stoll (1974): 162f.

³¹ Luhmann (1998): 398.

³² Oftmals werden Qualifizierungen vorgenommen. So sollen Interessen etwas sein, was nur Personen zukommt. Im Rahmen dieser Untersuchung kann die Debatte um Personalitätskonzepte nicht abstrakt und allgemein geführt werden, weil sie den Umfang und das Anliegen dieser Arbeit sprengen würden. Zur konkreten Situation von Menschen im *vegetative state* und der Frage, ob sie Interessen haben können s.

Unterschied für das subjektive Wohl des entsprechenden Interessentinhabers ausmachen.³³ Da das Interesse stets auf etwas bezogen werden muss (auf das Leben, auf Schmerzfreiheit, auf Würde, darauf, die Angehörigen nicht zu belasten), wird durch die Formulierung von Interessen ein dynamischer Raum eröffnet: Interessen zu haben beschreibt ein Sein, das zwischen etwas ist, ein Verhältnis.³⁴ Interessen, die im medizinethisch-juristischen Bereich thematisiert werden, sind oftmals auf Ziele gerichtet, die sich nicht aus sich selbst heraus verstehen lassen. Mag ein Interesse am Leben noch auf etwas Naturegegebenes gerichtet sein, sind es Interessen wie „in Würde sterben zu können“ oder „autonom leben zu können“ schon nicht mehr.

Selbst das Interesse daran, keine Schmerzen erleiden zu müssen, das so selbstverständlich erscheint, erfordert eine Verständigung darüber, was der oder die Einzelne als Schmerz empfindet und welche Bedeutung Schmerzen im Zusammenhang eines individuellen Lebens haben.³⁵

Interessen, die im Rahmen der medizinethisch-juristischen Debatte formuliert werden, sollen auch bewertet werden können, denn sie stehen oftmals in Widerspruch zueinander. Die Bewertung der Interessen wird häufig, aber nicht notwendigerweise, vom Individuum selbst vorgenommen werden, etwa wenn zwischen einem operativen Eingriff und einer nicht-invasiven Therapie entschieden werden muss, oder wenn zur Diskussion steht, ob eine zusätzliche Chemotherapie durchgeführt werden soll. Interessen werden zudem als etwas verstanden, was auch von Dritten festgestellt und analysiert werden kann.³⁶ Daraus kann sich im Einzelfall

u.I.A.4.

³³ So z. B. Merkel (2001): 447 mit Blick auf Lebensinteressen.

³⁴ Vgl. van der Ven (1974).

³⁵ Vgl. Spaemann (1996): 21: „Im Schmerz zum Beispiel können Menschen etwas anderes sehen, als eine bloße Beeinträchtigung des Lebens ... Sie können sich dem Schmerz bewusst aussetzen oder sie können das Leben selbst als Bedingung des Leidens betrachten und negieren.“ Auch in Palliativstationen machen Ärzte die Erfahrung, dass die Kontrolle der Schmerzen für die Patienten zwar enorm wichtig ist, dass Schmerzfreiheit aber keineswegs immer das Ziel ist. (Tolmein 1993, 139ff.)

³⁶ Es geht hier also nicht um objektive Interessen im Sinne von optimalen Funktions-Bedingungen (also beispielsweise einer bestimmten

ergeben, dass sie unterstützt werden, oder dass ihnen entgegengearbeitet wird. Diese Bewertung von Interessen durch Dritte muss dabei nicht notwendigerweise mit der vom Individuum selbst vorgenommenen Bewertung übereinstimmen: Dabei kann es beispielsweise um die nicht-freiwillige Sterilisation eines Menschen gehen, die von Eltern oder Betreuern angeraten scheint, weil sie es für problematisch halten, wenn ein Mensch mit geistigen Behinderungen ein Kind bekommt, die aber von den betroffenen Geistigbehinderten nicht unbedingt gewünscht wird.³⁷ Noch schwieriger wird es, wenn Kollektiv-Interessen gegen die Interessen des Einzelnen stehen: Eine zusätzliche Chemotherapie könnte ausgesprochen teuer sein, ihr Nutzen für den Patienten nach Meinung von Experten außer jedem vernünftigen Verhältnis zu den dadurch verursachten Kosten stehen.³⁸

Menge von Vitaminen, die ganz allgemein jeder Mensch täglich zu sich nehmen muss). Objektive Interessen beziehen sich auch auf das konkrete Individuum, sind aber aus der Sicht von Dritten zu erschließen. Patzig illustriert das Verhältnis so: „Das Vorhandensein eines subjektiven Bedürfnisses ist wenigstens prima facie ein Indiz dafür, dass ein objektives Bedürfnis vorliegen könnte; das Fehlen subjektiver Bedürfnisse scheint prima facie auf das Fehlen entsprechender objektiver Interessen hinzuweisen. Demnach übernimmt die Beweislast, wer von einer vorgefundenen Bedürfnis- oder Interessenlage in seinen Entscheidungen abweichen will.“ Vgl.: Patzig (1994): 92.

³⁷ § 1905 BGB erlaubt die Sterilisation durch Einwilligung des Betreuers nicht, wenn diese „dem Willen des Betreuten ... widerspricht“. Zu dieser Vorschrift und ihren Problemen: Gaidzik und Hiersche (1999); BayObLG, NJW-RR 1997, 578.

³⁸ Hier gibt es die Möglichkeit, den Konflikt zurückzuverlagern: Dem Einzelnen könnte die Möglichkeit eröffnet werden, die Kosten selbst zu übernehmen. Dann müsste er abwägen, ob für ihn selber der mögliche Nutzen der Therapie den Schaden, den sie durch die Kosten auslöst, überwiegt. Häufig wird so eine Rückverlagerung nicht möglich sein. Interessant ist dann die Abwägung der Interessen des Kollektivs mit denen des Individuums. Zu beachten ist dabei, inwieweit ein Kollektiv, wie beispielsweise eine Krankenkasse, überhaupt eigene Interessen haben kann, die sich sinnvoll mit denen des Patienten abwägen lassen. Fraglich ist hierbei auch, inwieweit die Interessen der Institution Krankenkasse denen der in ihr Versicherten, dem Kollektiv Versichertengemeinschaft entsprechen. Für die hier diskutierte Konstellation, Abbruch der

Im Rahmen dieser Erschließung von Interessen insbesondere einwilligungsunfähiger Patienten durch Dritte werden auch Setzungen vorgenommen, die sich auf den Einzelnen auswirken, die aber nicht von ihm und seiner Person ausgehen. Dazu gehört beispielsweise die Feststellung in Conroy, dass gerade das Erdulden schwerster Schmerzen ein objektives Interesse begründe, eine lebenserhaltende Behandlung abzubrechen.³⁹ Die damit festgeschriebene herausragende Rolle von Schmerzen, das Verhältnis von Schmerz und Lebenserhaltung, gründet auf Annahmen oder eine Wertorientierung, die die Richter für verbindlich halten, sie können sich aber nicht darauf berufen, die Innenperspektive des Patienten aufzuzeigen. Das ist deswegen wichtig, weil die Feststellung, dass bei schwersten Schmerzen und einer Lebensperspektive von weniger als einem Jahr der Abbruch der lebenserhaltenden Ernährung legal sein kann, ihre Legitimität daraus bezieht, dass sie den *best interest* des individuellen Patienten bestimmen soll. Die Behauptung, es gehe um die Bestimmung eines individuellen Interesses, ist von erheblicher Bedeutung, wie sich an einem Beispiel zeigen lässt. Wenn ein Richter bei einem Patienten den Abbruch der lebenserhaltenden Behandlung zulässt, weil er persönlich die Auffassung vertritt, dass Schmerzen und die geringe Lebenserwartung von einem Jahr das Weiterleben sinnlos machen, würde allein die persönliche Auffassung des Richters voraussichtlich allgemein als unzureichende Basis angesehen, um eine so schwerwiegende Entscheidung, wie die Herbeiführung des Todes bei einem Dritten, zu treffen. Kann sich der Richter aber auf einen als objektiv wahrgenommenen Parameter wie das *best interest* des Patienten stützen, wird die gleiche Entscheidung, die auf den gleichen Faktoren beruht, von vielen als legitim angesehen werden.

künstlichen Ernährung bei Patienten im *vegetative state*, ist diese Diskussion, die in der Medizinethik als Debatte über *futility*, also nutzlose Behandlungen, geführt wird, allerdings nur am Rande interessant: Zwar wird teilweise behauptet, die Therapie bei Patienten im *vegetative state* sei sinnlos, für den Abbruch der Ernährung werden aber nicht Gemeinschaftsinteressen, sondern Interessen des Patienten selbst ins Feld geführt. Deswegen kann dieses Konfliktfeld hier vorerst unbearbeitet bleiben.

³⁹ Vgl. I.A.2.

Das Individuum, über das in einer solchen Situation entschieden wird, wird insofern durch die Bestimmung eines *best interest* in zweifacher Hinsicht zum Objekt von Zuschreibungen: Einerseits werden ihm von Dritten subjektive oder objektive Interessen⁴⁰ zugeschrieben, die realisiert werden sollen; gleichzeitig werden diese zugeschriebenen Interessen auch abgewogen, um so ein *best interest* formulieren zu können, das die Basis für die dann getroffene Entscheidung liefert. Dabei ist durchaus vorstellbar, dass sowohl einzelne Interessen falsch oder auch gar nicht ermittelt werden. Darüber hinaus kann auch die Abwägung zutreffend ermittelter Interessen zu einem Ergebnis führen, das mit dem, was der Patient als sein eigenes Interesse, als seinen Wunsch formuliert hätte, nichts mehr gemein hat.

Interessen erweisen sich mithin als etwas Schillerndes, Vages: Einerseits sind sie Einzelnen zugeordnet und strikt individuell. Jede und jeder entwickelt eigene Interessen und gewichtet sie auch für sich in ganz eigener Art und Weise. Gleichzeitig sind Interessen, zumindest im Rahmen der hier relevanten Diskussion, zu einem nennenswerten Teil normativ durchdrungen. Davon zeugt beispielsweise die umgangssprachliche Redewendung jemand handle gegen seine eigenen Interessen. Die Vorstellungen, die sich zu dieser normativen Dimension verdichten, entfalten ihre Wirkung in besonderem Maße, wenn sich Menschen aus einer Außensicht über Interessen eines Dritten verständigen müssen, weil sie Entscheidungen treffen müssen.

In der Wahrnehmung und Durchsetzung seiner als eigenen empfundenen Interessen ist der Einzelne nicht unabhängig von seinem sozialen Umfeld, von allgemeinen Wertvorstellungen und Ansprüchen: Das Interesse an einem Eigenheim, das Fehlen des Interesses, ein weiteres Kind zu bekommen, entspringen nicht den Vorstellungen des Individuums allein. Interessen der Einzelnen werden aber nicht nur gesellschaftlich strukturiert. In dem Maß, in dem sich die Einzelnen Interessen zu Eigen machen, prägen sie damit auch ihrerseits die gesellschaftlichen Verhältnisse und Vorstellungen.

⁴⁰ Zur Problematik des Versuchs subjektive und objektive, wahre und scheinbare Interessen zu unterscheiden Patzig (1994): 86ff.

Für die Analyse eines *best interest* hat das tiefgreifende Folgen. Dieser Standard, der, zumindest in der US-Rechtsprechung, oftmals gerade gewählt wird, weil keine hinreichenden Indizien dafür existieren, was der Patient, über dessen Leben entschieden werden soll, selber in der aktuellen Situation gewollt haben würde, hat seinerseits stets eine subjektive Komponente – es sei denn, er wird hart paternalistisch, ausschließlich auf Basis allgemein verbindlicher Vernunftkriterien⁴¹ exerziert.⁴² Dagegen spricht allerdings, dass das Interesse damit dessen entkleidet wird, was sein Besonderes ausmacht: Es umfasst etwas Höchstpersönliches, ist ureigene Angelegenheit des Individuums.⁴³ Die subjektive Komponente tritt vor allem bei den Interessen hervor, die im Rahmen medizinethischer Entscheidungen als bedeutsam eingeordnet werden.⁴⁴ Ob Tony Bland ein Interesse daran hatte, zu sterben, um seiner Nachwelt eine wache Erinnerung an den gesunden und aktiven Tony Bland zu erhalten, ob Nancy Cruzan ein Interesse daran hatte, nicht am Leben erhalten zu werden, um ihrer Familie die damit verbundenen Belastungen zu ersparen, wussten die Richter, die ein *best interest* zu ermitteln hatten, nicht. Sie konnten allenfalls feststellen, dass es ein solches Interesse geben kann, und dass dieses Interesse beachtlich ist – oder sie konnten dem jeweiligen Patienten ein solches Interesse zuschreiben. Diesem

⁴¹ Was diese Vernunftkriterien sein sollten und wie ihnen allgemeine Verbindlichkeit zukommen könnte, bleibt allerdings offen. Auch was überhaupt mit Vernunft gemeint sein kann, erscheint ungeklärt. Der Verdacht liegt nahe, dass hier mit Vernunft mehr das „allgemein Anerkannte“ gemeint ist, als eine universelle Einsicht, die die Beziehungen zwischen Mensch und Mensch und Mensch und Natur regelt. Zu unterschiedlichen Vorstellungen und Vernunft und dem Hinweis, dass Vernünftigsein gemeinhin dem Prinzip Anpassung folgt: Horkheimer (1985): 20ff.

⁴² Vgl. Merkel (2001): 449ff.

⁴³ Gegen einen harten Paternalismus bei der Ermittlung des Interesses auch Merkel (2001), 450. Ähnlich auch Leist (1992): 94f.

⁴⁴ Merkel bezeichnet diese Sichtweise als subjektiv-normativ: Merkel (2001): 450. Allerdings lässt das offen, in welchem Verhältnis die subjektive und die normative Komponente zueinander stehen. Auch die Basis, auf der die normative Bewertung des Interesses vorgenommen wird, ist unklar.

Dilemma wollen manche Medizinethiker und Gerichte entgehen, indem sie der Auffassung des vernünftigen Durchschnittsmenschen in ihren Überlegungen einen besonderen Stellenwert einräumen oder sich darauf stützen, was eine Mehrheit der Bevölkerung gewollt hätte. Allerdings stehen diesem Vorgehen grundsätzliche und praktische Bedenken entgegen.

Grundsätzlich ist es schwerlich akzeptabel solche für die Wahrnehmung individueller Grundrechte entscheidenden Fragen durch einen Blick auf die allgemeine Verbreitung von Ansichten zu beantworten und damit die Verwirklichung individueller Grundrechte, die durch die Bestimmung der Interessen berührt werden, von statistischen Befunden abhängig zu machen. Aber selbst wenn man, angesichts der erheblichen Schwierigkeiten in diesen Fällen überhaupt Entscheidungen treffen zu können, bereit wäre, diese schwerwiegenden Bedenken zu ignorieren oder über sie hinwegzugehen, bliebe das Problem, dass auch die erforderlichen empirischen Daten kaum mit der erforderlichen Präzision erhoben werden könnten, zumal es schon schwer fiele, den geeigneten statistischen Bezugspunkt zu finden, bedenkt man beispielsweise, dass sich in empirischen Untersuchungen über Behandlungswünsche am Lebensende in den USA regelmäßig herausstellt, dass Schwarze oder Hispanics ganz andere Präferenzen haben als Angehörige der weißen Mittelschicht.⁴⁵ Sollten die Interessen aller Menschen ausschlaggebend sein, die Auffassungen von anderen Kranken, die von Menschen in einer vergleichbaren sozialen Lage?

⁴⁵ Vgl.: Murphy et al. (1996): Untersuchung von 272 US-Amerikanern unterschiedlicher Herkunft stellt fest, dass Hispanics dem Konzept der Vorausverfügung deutlich kritischer gegenüberstehen als Weiße oder Afro-Amerikaner; Hauser et al. (1997): Eingehende Befragung in fünf Fokus-Gruppen ergibt, dass in den unterschiedlichen Communities sehr unterschiedliche Einstellungen zur Behandlung am Lebensende und zu Fragen des Behandlungsabbruchs existieren; Caralis et al. (1993): Befragung von 139 Patienten ergibt, dass das Gefühl schlecht versorgt zu werden vor allem bei Afro-Amerikanern Bedenken gegenüber Vorausverfügungen bewirkt.

b) Das Verhältnis von Interessen zu Rechten

Die Anwendung des *Best-interest*-Standards begegnet aber nicht nur Bedenken, weil Interessen schwer zu ermitteln und kaum verlässlich zu gewichten sind. Auch die rechtssystematische Stellung der Interessen ist unklar. Von besonderer Bedeutung in der Debatte um die Tötung von Patienten ist vor allem das Verhältnis von Interessen eines Menschen zu seinen Rechten. Denn es ist von Belang, ob und ggf. unter welchen Bedingungen jemand auf das, was in seinem Interesse liegt auch einen Anspruch hat. Das ist für die Frage der Tötung auf Verlangen von Bedeutung. Es ist aber auch in anderen Konstellationen wichtig sich klar darüber zu werden, inwieweit und ob überhaupt Interesse und Recht deckungsgleich miteinander sind.

In der Debatte um den *Best-interest*-Standard wird dieses Verhältnis bislang wenig thematisiert. In Teilen der juristischen Literatur werden zurückgehend auf Jhering subjektive Rechte als „rechtlich geschützte Interessen“ bestimmt.⁴⁶ Damit ist aber, selbst wenn man sich diese Definition zu Eigen macht,⁴⁷ für unsere Konstellation wenig gesagt, denn es kommt darauf an, das Verhältnis der nicht als Rechte formulierten Interessen zu den als Recht normierten zu erfassen. Außerdem gilt es zu verstehen, welche Folgen es für die bioethisch-juristische Entscheidungsfindung hat, wenn bestimmte Interessen nicht als Recht berücksichtigt sind.

(1) Das überwiegende Sterbensinteresse und das Recht auf Leben

Deutlich wird das Problem an dem, für unsere Diskussion besonders relevanten, Beispiel des in Artikel 2 Absatz 1 Satz 1 GG festgelegten Rechts auf Leben und dem ebenfalls für das Thema „Euthanasie“ in hohem Maße bedeutsamen Begriff des „Sterbensinteresses“.⁴⁸

Zu fragen ist schon, ob das Recht auf Leben lediglich auf ein individuelles Lebensinteresse zurückzuführen ist. Dagegen spricht zweierlei:

⁴⁶ Vgl. Alexy (1994): 164f.; Rüthers (1991): 338.

⁴⁷ Zur Kontroverse um den Charakter von subjektiven Rechten vgl. Alexy (1994): 164ff.

⁴⁸ Vgl. Merkel (2001): 422ff.

Zum einen ist das Recht auf Leben in Deutschland als allgemeines Grundrecht in Auseinandersetzung mit dem nationalsozialistischen Regime kodifiziert worden.⁴⁹ Der NS-Staat sprach bestimmten Gruppen von Menschen nämlich das Recht auf Leben ab und ließ Angehörige dieser Gruppen sowohl gezielt als auch willkürlich ermorden. Es wird mit dem Recht auf Leben also nicht nur ein nicht näher bestimmtes Interesse Einzelner geschützt,⁵⁰ sondern es wird damit gleichzeitig ein wichtiges gesellschaftliches Prinzip zum Ausdruck gebracht: Das Recht auf Leben von Einzelnen als Individuen und als Angehörige von Gruppen darf von niemandem in Frage gestellt werden. Des Weiteren wirkt das Recht auf Leben unabhängig von dem aktuellen Interesse des jeweils Einzelnen daran, so wie ein Mensch eben auch nicht lebt, weil er ein Interesse daran hätte, sondern weil er geboren wurde⁵¹ und bislang nicht durch eigene Hand, Krankheit oder durch fremde Hand gestorben ist.⁵²

Im Gegensatz zum Recht auf Leben, das jedenfalls das Interesse am Leben, sofern es existiert, ebenfalls schützend umfasst, ist ein allgemeines Recht auf den eigenen Tod oder ein Recht zu sterben nicht ausdrücklich normiert. Es ist auch nicht allgemein anerkannt, dass sich ein solches Recht im Umkehrschluss aus dem Recht auf Leben, als eine Art „negatives Lebensrecht“ entnehmen ließe.⁵³ Die Frage ist, welche Folgen es für ein

⁴⁹ Kunig (1992), Rn. 2; Jarass und Pieroth (1997), Art. 2, Rn. 43.

⁵⁰ Der Streit in der Literatur, ob Art. 2 II Satz 1 GG allein oder nur in Verbindung mit Artikel 1 I GG den Schutz des menschlichen Lebens sichert, ist für die Diskussion in diesem Zusammenhang irrelevant. Zum Streit vgl. Richter und Schuppert (1996): 72f.

⁵¹ Vgl. Cioran (1979): 5: „Wir rennen nicht dem Tod entgegen, wir fliehen, vor der Katastrophe der Geburt.“

⁵² So auch Schweidler, der die Frage danach, was Rechte sind, aus philosophischer Sicht abhandelt und festhält, dass Rechte weder Eigenschaften von Menschen sind, noch aus Eigenschaften von Menschen hervorgehen: „Mein Recht auf Leben folgt nicht daraus, dass ich leben möchte.“ Schweidler reflektiert in diesem Zusammenhang nicht das Verhältnis von Rechten und Interessen, sondern von Rechtsverletzung und Leidzufügung (Schweidler 2001, 13ff.).

⁵³ Ausdrücklich verneint das mit Blick auf das in der Europäischen Menschenrechtskonvention formulierte Grundrecht auf Leben der

eventuelles Interesse zu sterben hat, dass es zwar kein anerkanntes Recht auf den eigenen Tod, wohl aber das als Grundrecht normierte Recht auf Leben gibt.

Nach Auffassung mancher hat dieses Ungleichgewicht keine praktischen Auswirkungen, da das Recht auf Leben und das Interesse daran zu sterben überhaupt nicht in Konflikt miteinander geraten. In diesem Sinne argumentiert Merkel, der darauf hinweist, dass der seinen Tod von fremder Hand Verlangende, der mithin ein Interesse hat, zu sterben, keineswegs auf sein Recht auf Leben, sondern nur auf sein Leben selbst verzichten will.⁵⁴ In diese Richtung weisen auch Pieroth/Schlink, wenn sie feststellen, dass eine gesetzliche Regelung, die es erlauben würde, dem Willen des unheilbar und qualvoll kranken Patienten nach Beendigung des Lebens unter materiell- und verfahrensrechtlich engen Voraussetzungen, zu entsprechen, bei aller ethischen Problematik, kein Eingriff in das Leben wäre.⁵⁵ Für die Diskussion des Verhältnisses von Interesse zu Recht würde das heißen: Der vom Grundgesetz geschützte Bereich des Lebensrechts würde durch Entscheidungen Sterbehilfe zu leisten, die sich auf ein Sterbensinteresse stützen können, gar nicht berührt. Dem Sterbensinteresse würden also jeweils nur weniger bedeutsame Posten gedanklich entgegengesetzt werden können, nicht aber das Grundrecht auf Leben.

EuGHMR in Case of Pretty v. The United Kingdom, 29. April 2002. Immerhin geben die Landesverfassungen von Brandenburg und Thüringen aber einem Menschen das Recht auf „Achtung seiner Würde im Sterben“ (Art. 8 Abs. 1 S. 1 VerfBbG) bzw. schreiben vor: „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie auch im Sterben zu achten und zu schützen, ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt“ (Art. 1 Abs. 1 VerfThür). Auch in der Kommentierung zu Art. 2 GG wird deutlich, dass ein Recht auf den würdigen Tod anerkannt ist, dass davon aber vor allem das Recht umfasst ist, sich gegen medizinische Eingriffe zur Lebenserhaltung am eigenen Leib zu verwahren. Vgl. Murswiek-Sachs, Art. 2, Rn. 212. Dieses Recht auf einen würdigen Tod wird als Ausdruck des Autonomieprinzips verstanden, ist aber weitaus enger gefasst, als das Recht auf Leben.

⁵⁴ Merkel (2001): 403.

⁵⁵ Pieroth und Schlink (1997): Rn. 394.

Diese Überlegungen sind so weit die oben erwähnte objektive Dimension des Lebensrechts ausgeblendet und es nur in Hinblick auf seinen subjektiven Charakter diskutiert wird, einleuchtend: Der Verzicht des Lebenden selbst auf sein Leben ist, wie sich schon aus dem Wortlaut ergibt, tatsächlich kein Verzicht auf das Recht auf Leben an sich. Der Verzichtende will, wenn er beginnt sein Interesse zu sterben in die Tat umzusetzen, damit nicht die Möglichkeit verspielen, seine Entscheidung ändern zu können. Sein Recht auf Leben will er also nicht in Zweifel gezogen wissen.

Anders allerdings erscheint die Lage mit Blick auf Dritte, die, wie auch immer, dabei helfen sollen einem solchen, mit einem stärkeren Sterbensinteresse begründeten Verzicht auf das Weiterleben, Taten folgen zu lassen. Sie werden in der Regel, insbesondere, wenn sie nicht zu den engsten Angehörigen oder Freunden des oder der Verzichtenden gehören, dem, der ein Interesse daran bekundet zu sterben, nicht ohne weiteres dabei assistieren wollen, diesen Entschluss umzusetzen. Allenfalls wenn ihnen der Grund dafür aus dem Leben scheiden zu wollen, „gut“ erscheint, werden sie sich möglicherweise bereit zeigen, die Umsetzung des Todeswunsches zu unterstützen. Dementsprechend wird auch in der juristischen Diskussion gerade das Vorliegen des „guten Grundes“ in Zusammenhang mit der Diskussion um den § 216 StGB und Rechtfertigungsmöglichkeiten für eine Tötung auf Verlangen als wesentlich angesehen.⁵⁶ Hier kommt also eine Wertung ins Spiel, die von einer Außenperspektive aus vorgenommen wird und die deswegen einer anderen Logik folgt, als die Herausbildung des Sterbensinteresses durch den Todeswilligen selbst.

Ein Fall, der in der strafrechtlichen Diskussion dieser Problematik erwähnt wird und der, zumindest auf den ersten Blick, eindrucksvoll die herausragende Bedeutung eines Sterbensinteresses als „guten Grund“ für ein Tötungsverlangen dokumentiert, ist der des verbrennenden Autofahrers.

(2) Tötung mit „gutem Grund“: Der verbrennende Autofahrer

Der Fall wird in Varianten kolportiert, die aber in ihrem Kern identisch sind: Ein Autofahrer ist in seinem verunglückten Wagen unrettbar eingeschlossen; der Wagen ist in Flammen aufgegangen, und weil der Fahrer nicht befreit

⁵⁶ Vgl. Jakobs (1998).

werden kann, wird er von einem der umstehenden Passanten erschossen.⁵⁷ Der Fall wird als Beispiel dafür angeführt, dass auch menschliches Leben einer Abwägung unterworfen werden kann und muss. Diese Konstellation zeige eben, dass ein Mensch wichtigere Interessen als die Fortführung des Lebens haben könne. Sterbehilfe wird hier durch einen tödlichen Schuss, also im Unterschied zum Abbruch der künstlichen Ernährung, durch aktives Tun, geleistet. Diese Tötung auf Verlangen im Sinne des § 216 StGB wird allerdings mit „gutem Grund“ begangen – um dem Verbrennenden nämlich die Qualen des Verbrennens zu ersparen. Welche Konsequenzen Motivation und Art der Tötung für die rechtliche Bewertung des Falles haben, wird unten diskutiert. Denn obwohl es unmittelbar einleuchtet, dass in einem solchen Verfahren von der Straflosigkeit des Schützen auszugehen ist, ist es angesichts der grundsätzlichen Bedeutung, die dieser Konstellation beigemessen wird, angezeigt, das Beispiel selbst und seine Würdigung in der strafrechtlichen Literatur kritisch zu analysieren.

In dem südafrikanischen Fall, von dem Merkel im Indikativ berichtet, werden die wesentlichen Fakten und die Motivation des flüchtigen Schützen, nach dem die Polizei fahndete, lediglich als Vermutungen und Tatsachen vom Hörensagen vermeldet.⁵⁸ Insbesondere ist nicht die Rede davon, dass das Unfallopfer den Wunsch geäußert hätte, erschossen zu werden.⁵⁹ Auch über die behauptete Aussichtslosigkeit der Lage des Opfer sind die Angaben so rudimentär, dass sie eine zuverlässige Beurteilung der Situation nicht erlauben. Immerhin ist auffällig, dass der Besitzer der Pistole sie nicht benutzt hat. Die Vermutung der Schwester des Opfers, er habe es „nicht übers Herz gebracht“ zu schießen, sagt, auch wenn sie zutrifft, nichts

⁵⁷ Vgl. Merkel (2001): 395; Otto (1986): D 60.

⁵⁸ „Die Schwester (des Opfers) sagte, vermutlich habe ein Zeuge seine Pistole für einen ‚Gnadenschuss‘ gezogen, es aber nicht über sich gebracht zu schießen. Darauf habe offenbar ein anderer Passant die Schusswaffe ergriffen und gefeuert.“ F.A.Z. 4. September 1991.

⁵⁹ In dem von Otto kolportierten Beispiel, das an sich allerdings schon eher als Gerücht präsentiert wird – „Nach Presseberichten soll sich vor einigen Jahren in Skandinavien ereignet haben ...“ – wird behauptet, der verbrennende Fahrer habe „um Erlösung gefleht“, ihm soll allerdings zugleich „die Stimme versagt“ haben (Otto 1986, D 60).

darüber aus, warum er es nicht übers Herz gebracht hat. Die rechtliche Beurteilung dieses Falls scheint mir auch angesichts dessen komplizierter zu sein, als es die Literatur vorgibt, die über die Ungewissheit im Tatsächlichen zügig hinweggeht. Dabei ist anzunehmen, dass diese Ungewissheit auf die juristische Bewertung des Falls durchschlagen kann.

Mit Blick auf das Lebensrecht des Opfers ist festzustellen, dass ihm das Recht zu leben, unabhängig von seinen geäußerten und nicht geäußerten Interessen, nicht abgesprochen werden soll und kann. Das heißt die Handlung eines Dritten, der den verbrennenden Fahrer ohne dessen ausdrückliches Verlangen erschießt, ist strafbarer Totschlag, auch wenn der Todesschuss im, wie auch immer definierten, besten Interesse des Opfers sein sollte oder das Motiv des Schützen gewesen war, dem Fahrer den qualvollen Tod durch Verbrennen zu ersparen. Ein Grund dafür, dass der Fahrer nicht erschossen zu werden wünscht, könnte sein, dass er bis zum Letzten auf eine, wie auch immer unwahrscheinliche, Rettung, hoffen mag.

Sollte der in Not befindliche Fahrer darum gebeten haben, erschossen zu werden, und sollte dieses Verlangen tatsächlich jemand erfüllt haben, hat sich der Täter grundsätzlich nach § 216 StGB strafbar gemacht – wenn nicht der unmittelbare irreversible Sterbeprozess schon eingesetzt hat, weil die Flammen den Fahrer schon voll ergriffen haben. Das Verlangen des Opfers privilegiert den Täter, wie es § 216 StGB gegenüber § 212 StGB tut, nicht weiter. Für das Folgende hängt dann viel von der Sichtweise auf den § 216 StGB ab: Geht man davon aus, dass es im Fall des § 216 StGB Rechtfertigungsmöglichkeiten geben kann oder hält man das für ausgeschlossen?⁶⁰ Als möglicher Rechtfertigungsgrund wird in dieser Konstellation § 34 StGB angenommen.⁶¹ Dafür würde es darauf ankommen, ob bei einer Interessenabwägung das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Zudem müsste die Tat ein angemessenes Mittel sein, die Gefahr abzuwenden. Im Autofahrerfall wird in der Literatur wenig Mühe darauf verwandt, diese Abwägung vorzunehmen. Es ist aber wohl so, dass als geschütztes Interesse hier das Interesse an einem weniger qualvollen

⁶⁰ Zum Diskussionsstand: Kühl, Vor § 211, Rn. 6-8; bejahend: Merkel (2001): 413f.; kritisch Jähne, LK 10. A., § 216, Rn 17.

⁶¹ Vgl. Merkel (2001): 413.

Tod⁶² ist, während das beeinträchtigte Interesse das Interesse an der verbleibenden Lebensspanne ist. Zu berücksichtigen ist, dass § 34 StGB eine Leitlinie für die Abwägung gibt, indem er die Interessen den Rechtsgütern zuordnet: Das geschützte Interesse ist dem Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit zuzuordnen. Denkbar wäre noch, dass es auch Ausdruck der Menschenwürde ist. Das beeinträchtigte Rechtsgut ist das Leben.

Ginge es hier um die Rechtsgüter zweier Menschen, wäre das Ergebnis eindeutig: Einen Menschen zu töten, um das Sterben eines anderen weniger qualvoll zu gestalten, wäre nicht akzeptabel. Zwar wäre das Interesse des qualvoll Sterbenden groß, aber es würde nicht das des anderen auf sein Leben, und sei die Lebensspanne auch noch so kurz, wesentlich überwiegen können.⁶³ Was ändert sich aber nun, dadurch dass es sich hier um die widerstreitenden Rechtsgüter nur eines einzigen Menschen geht?

Fraglich ist, ob der § 34 StGB für diese Kollisionsfälle überhaupt sinnvoll anwendbar ist. Die Rechtsprechung und Teile der Literatur sind dieser Auffassung.⁶⁴ Ohne hier auf die Argumente im Einzelnen eingehen zu

⁶² Weniger qualvoll, weil auch ein tödlicher Schuss, insbesondere wenn er von einem unerfahrenen Schützen abgegeben wird, keineswegs zuverlässig schmerzarm den Tod herbeiführt.

⁶³ Die Rechtfertigungslösung des § 218 II StGB ermöglicht zwar die Tötung des Embryos, um eine Gefahr für das Leben der Mutter abzuwenden, könnte also als Konstruktion verstanden werden, die deutlich macht, dass der Gesetzgeber durchaus für möglich hält Leben gegen Leben aufzurechnen. Allerdings ist die Konstellation doch grundsätzlich anders: Das Leben der jeweiligen Mutter und das des jeweiligen Embryos sind, anders als in jedem anderen menschlichen Verhältnis, unauflösbar miteinander verbunden. Nur durch die Mutter kann der Embryo auch sein Leben erhalten. Das macht die Tatbestandsausschluss- und Rechtfertigungs-Lösungen, die der Gesetzgeber in § 218a StGB gefunden hat, nicht überzeugend, zeigt aber, wieso die Lösung für diese einzigartige Konstellation nicht als Präzedenz-Fall für andere Problem-Konstellationen taugt. Zur Kritik an § 218a StGB mit weiteren Nachweisen aus der schwer überschaubaren Literatur: Lackner/Kühl, StGB, Vor § 218, Rn. 16. Zur besonderen Verbindung Schwangere/Embryo liefert einen gewichtenden Überblick: Braun (2000): 79ff.

⁶⁴ BGHSt 42, 301 (305); zum Diskussionsstand in der Lit.: Kühl, § 34,

können: Diese Auffassung erscheint überzeugend. Auch die verschiedenen Rechtsgüter einer Person können ebenso wie die damit verknüpften Interessen gegeneinander abgewogen werden – und sie werden es vom Inhaber der Rechtsgüter selbst auch. Es erscheint mithin wenig einsichtig, wieso nicht auch Dritte befugt sein sollten, diese Abwägung vorzunehmen, wenn eine Handlung erforderlich erscheint, die die Rettung von Rechtsgütern ermöglicht, dabei aber andere gefährdet. Es wäre auch schwer zu begründen, wieso zum Schutz höherwertiger Interessen Rechtsgüter eines Dritten, aber nicht die Rechtsgüter des Inhabers des geschützten Rechtes selber beeinträchtigt werden dürfen.

Wenn § 34 StGB anwendbar ist, ändert sich gegenüber der Interessenabwägung, wie sie im Falle von zwei Personen durchzuführen wäre, vor allem, dass nunmehr ein Leben durch einen tödlichen Schuss beendet werden soll, an dem der Rechtsgutsinhaber selbst kein Interesse mehr bekundet und das ohnedies nur noch einen sehr knapp bemessenen Zeitraum gelebt werden kann, weil die Flammen es bereits zerstören. Allerdings bleibt damit noch offen, ob ein Leben, das in dieser Situation offensichtlich für den Inhaber wertlos oder sogar, wegen der drohenden Schmerzen, eine Last ist, auch im Rahmen einer Interessenabwägung nach § 34 StGB keinen Wert mehr hat und deswegen von einem Dritten durch einen Schuss beendet werden darf. Das ist wohlgerne keine Frage von Paternalismus. Es geht nicht darum, die Sicht des Rechtsgutsinhabers auf sein Leben in Frage zu stellen oder zu leugnen, dass er ein Interesse daran haben kann, schnell und möglichst ohne Schmerzen zu sterben. Diskussionspunkt ist, ob die Wertungen, die ein Mensch vornimmt, der sein Leben preisgeben will, auch in die Rechtsordnung inkorporiert werden soll. Dagegen richten sich Bedenken, wenn das Preisgeben des Lebens konkret bedeutet, dass einem anderen das Recht zugestanden wird zu töten. Zwar gilt auch das Tötungsverbot nicht absolut, wie polizeirechtliche Regelungen zum „finalen Rettungsschuss“ oder der Einsatz von Soldaten im Krieg belegen. Die Regelung der Notwehr und Nothilfe zeigen aber auch, dass das Leben eines Angreifers nur dann zur Disposition gestellt wird, wenn man

Rn. 5. Ablehnend: SK-Samson, § 34, Rn. 12ff. Dazu kritisch: Merkel (2001): 528ff.

sich seiner sonst nicht erwehren kann. Das ist damit zu begründen, dass der Staat elementare Schutzpflichten zu erfüllen hat, die er in der konkreten Situation aber nicht erfüllen kann. Aus diesem Grund verzichtet der Staat seinen bedrohten Bürgern gegenüber ausnahmsweise auf sein Gewaltmonopol – zumal das Leben des Angreifers an Schutzbedürftigkeit verloren hat und auch in den Augen der Gesellschaft weniger schützenswert ist. Jenseits dessen aber gilt das Tötungsverbot umfassend, auch wenn im Makromaßstab Abwägungen vorgenommen und fahrlässig verursachte Todesfälle durch Unterlassen von schärferen Geschwindigkeitsbegrenzungen oder größeren Investitionen in Präventionsprogramme in Kauf genommen werden.

Im Fall des verbrennenden Autofahrers gibt es allerdings keine Schutzpflicht, die wahrzunehmen der Staat versäumt hätte oder die ihm unmöglich wäre, sodass er auf sein Gewaltmonopol verzichten und einem Bürger ein Tötungsrecht zugestehen müsste. Der Staat kann nicht gewährleisten, dass Menschen einen sanften Tod sterben, er kann auch keine Verpflichtung übernehmen Unglücke zu verhindern. Die Tragödie, die sich im Auto abspielt, ist außerhalb seiner Verantwortungssphäre. Deswegen entsteht hier auch kein Anspruch des Fahrers, dass der Staat zu seinem Besten eine Ausnahme vom Tötungsverbot regelt. Das gilt vor allem auch deshalb, weil das Tötungsverbot, wie sich nicht zuletzt aus der Einwilligungssperre des § 216 StGB ergibt, nicht nur ein Rechtsgut des Individuums vor übereilten und grundsätzlich fragwürdigen Entscheidungen schützen soll. Das Tötungsverbot schützt auch gesellschaftliche Interessen, weil in einer Gesellschaft, in der das Tötungsverbot suspendiert wird, die Gefahr wächst, dass der Schutz des Lebens verringert wird.

In der hier diskutierten Konstellation könnte das Tötungsverbot also suspendiert und eine Abwägungsmöglichkeit wie sie § 34 StGB vorsieht zugelassen werden, wenn dadurch die gesellschaftlichen Interessen, die für die strikte Aufrechthaltung des Tötungsverbots sprechen, nicht oder nur geringfügig tangiert würden. Ausgangspunkt für die rechtliche Betrachtung muss dabei die Handlung des Passanten sein, der den tödlichen Schuss abgegeben hat – der verbrennende Fahrer und seine verzweifelte Lage bilden für diese Handlung den Rahmen und den Anlass, sie heben sie aber nicht in sich auf. Es geht hier also nicht in erster Linie darum, ob der Fahrer

verbrennen musste, auch nicht darum, ob er das Recht hatte, einen Umstehenden aufzufordern, ihn zu töten – entscheidend ist die Frage, ob der Passant ihn erschießen durfte. Das Verfahren signalisiert, dass es hier um ein soziales Geschehen in einer Gesellschaft geht, nicht allein um die existenzielle Verzweiflung eines Einzelnen.

In einer solchen Situation durch die Anwendung des § 34 StGB die Tötung des Fahrers zu erlauben, würde eine Kasuistik in Gang setzen, die zum Gegenstand hätte zu ermitteln, unter welchen Umständen menschliches Leben auch aktiv beendet werden könnte. Auch wenn sich bestimmte Fallgruppen klar abgrenzen ließen, wäre damit doch eine Abkehr von einem Prinzip des Verbots der aktiven Tötung und vom Prinzip des gleichen Schutzes von menschlichem Leben verbunden, die um so problematischer wäre, als auch in den Fallkonstellationen, die hier diskutiert werden, schützenswerte Interessen nicht nur der Gesellschaft, sondern auch der Individuen, die zur Gruppe derer gehören, für die das Tötungsverbot weniger strikt gilt, vorhanden sein können. Kriterien für die Zuweisung zu solchen Fallgruppen, sind, wenn sie erst einmal entwickelt und anerkannt wurden, veränderbar. Es wäre deswegen nur noch schwer zu begründen, warum beispielsweise erlaubt sein sollte, einen verbrennenden Autofahrer wegen der extremen Schmerzen, die er erleidet, zu töten – Patienten, die in einer späten Phase von Krebserkrankungen enorme Schmerzen erleiden müssen, dieses Recht dagegen nicht haben sollten. Ließe man zu, dass das Tötungsverbot grundsätzlich relativiert und Leben damit als grundsätzlich abwägbares Interesse behandelt wird, hätte das zur Konsequenz, dass eine jeweils individuelle vorzunehmende Anpassung des Wertes an die Vorstellungen des Rechtsgutsinhabers vorgenommen werden müsste.⁶⁵

⁶⁵ Merkel begrenzt das Spektrum der Abwägungsfälle auf das Leben von tödlich erkrankten, leidenden Patienten. Bei einem nicht tödlich erkrankten Patienten erweise sich in der Notstandsabwägung das Überlebensinteresse des Patienten nicht als nachrangig gegenüber dem Interesse an Schmerzvermeidung (Merkel 2001, 172f. Fn. 160). Begründet wird diese Einschränkung nicht – und sie ist auch unter den gesetzten Prämissen schwer nachvollziehbar, könnte doch, gerade wenn die Schmerzen groß sind und die Lebenserwartung lang ist, die Lebensqualität als besonders stark beeinträchtigt erscheinen, weil eine lange Leidenszeit bevorsteht, während die Leidensphase im Sterben

Leben soll aber nicht vergleichend bewertet werden und der Lebensschutz kann seine Grenze nicht jeweils individuell dort finden, wo große Schmerzen erduldet werden.⁶⁶ „Unerträgliche Schmerzen“ drohen nicht nur dem Verbrennenden. Unrettbar ist nicht nur der ins Auto eingeklemmte Fahrer. Und wieso soll nur der dem Einzelnen unerträgliche physische, nicht aber der unerträgliche psychische Schmerz ein Sterbensinteresse motivieren können, das den Lebensschutz zurückdrängt (dazu unten)?

Es erscheint also in höchstem Maße problematisch, Schmerz zu einem Kriterium zu machen, das den Lebensschutz als solchen relativiert, indem es das Leben gegen Interessen abwägbar macht. Individuen, die gegen diesen

dagegen vergleichsweise kurz ist. Dieser Einwand richtet sich nicht gegen das Ergebnis von Merkel, es geht darum zu zeigen, dass bei einer Sichtweise, die die Tabuisierung der aktiven Tötung lediglich als „Abwälzung der Leidenskosten auf Einzelne“ versteht, nur noch schwer zu begründen sein wird, warum überhaupt noch strikte Grenzen gezogen werden und nicht alles auf ein individualisierendes *case law* konzentriert werden soll, in dem es allein noch um eine optimale Leidens-Bilanz im Einzelfall geht.

⁶⁶ In diesem Sinn ist auch die Rechtsprechung des BGH zur so genannten indirekten Sterbehilfe (zu Recht kritisch diesen Begriff ausleuchtend: Merkel, 2001, 174ff.) problematisch. Wenn in BGH-NStZ 1997, 182 formuliert wird: „Denn die Ermöglichung eines Todes in Würde und Schmerzfreiheit gemäß dem erklärten oder mutmaßlichen Willen ist ein höherwertiges Rechtsgut als die Aussicht, unter schwersten, insbesondere sog. Vernichtungsschmerzen noch kurze Zeit länger leben zu müssen.“, ist das zwar von hoher suggestiver Kraft, wirft aber mehr Fragen auf, als es löst. Im medizinischen Sprachgebrauch ist der (auch dort eher suggestiv, als trennscharf wirkende) Begriff des „Vernichtungsschmerzes“ mit akuten Beschwerden, vor allem im Rahmen eines Herzinfarktes assoziiert. Gerade in dieser Konstellation ist aber eine akute Therapie des Grundleidens und nicht Sterbehilfe angezeigt. Grundsätzlich stellt sich die Frage, wenn der Schmerz im Sterbeprozess zum Anlass genommen wird, die mit direktem Vorsatz vorgenommene Lebensverkürzung, also Tötung, für nicht rechtswidrig zu erklären, warum dann nicht auch vor Beginn des Sterbeprozesses die Aussicht, unter schwersten Schmerzen leben zu müssen, Anlass sein sollte, die Tötung straffrei zu stellen. Zu weiteren Problemen der BGH-Entscheidung vgl. Schöch (1997).

Grundsatz auf der Erfüllung der aus ihrem Sterbensinteresse erwachsenden Ansprüche beharren, verlangen nach etwas, was ihrem Zugriff nicht unterliegt und nicht unterliegen kann. Zu akzeptieren, dass ein Mensch sein Leben in einer bestimmten Situation für wertlos hält, bleibt im Ergebnis etwas anderes, als diese Auffassung dadurch zu unterstützen, dass diesem Leben der durch das Strafrecht gewährte Schutz versagt wird, der sich in der Qualifizierung der Tat als rechtswidrig niederschlägt.

Dennoch bleibt die Frage, wie die Handlung des Schützen strafrechtlich beurteilt werden könnte, wenn eine Rechtfertigung nicht akzeptiert wird, denn der hier diskutierte Fall unterscheidet sich auch eingedenk der Vorbehalte, die man gegen die Aufgabe des Tötungsverbotens geltend machen kann, von der Allgemeinheit der in § 216 StGB geregelten Fälle signifikant. Hier war, nimmt man die Fallkonstruktion so wie sie in der Literatur abgehandelt wird, das Leben des Verbrennenden ohnehin nicht mehr zu retten. Der Sterbeprozess hatte allerdings noch nicht eingesetzt. Der Schuss war von dem Motiv getragen, dem Sterbenden die Schmerzen zu ersparen, die ihm sein absehbarer Verbrennungstod bereiten würde. Die Tötungshandlung erfolgte mithin zwar nicht in einer klassischen Pflichtenkollision, zumal der Schütze, der keine Garanten-Stellung gegenüber dem Verbrennenden hatte, durch keine Handlungspflicht gebunden war. Er handelte aber doch in einer ausweglosen Lage. Es erscheint daher schwerlich akzeptabel, den tödlichen Schuss, der zugleich vor erheblichen Schmerzen retten sollte, als strafbar zu beurteilen. Als Lösung käme hier, wie in Fällen der Pflichtenkollision, denen das Geschehen zumindest strukturell verwandt ist, der übergesetzliche entschuldigende Notstand analog zu § 35 StGB in Betracht. Das ist rechtlich deswegen überzeugend, weil so dem Inhaber des Rechtsgutes, in diesem Fall dem Autofahrer, ein Notwehrrecht gegen den ihn erschießenden Passanten zustünde, das andernfalls ausgeschlossen wäre.⁶⁷ Auch die Konsequenzen für

⁶⁷ Im vorliegenden Fall wird davon ausgegangen, dass der Autofahrer kein Notwehrrecht wahrnehmen wollte. Es ist auch kaum eine Konstellation vorstellbar, in der der Autofahrer zwar die Möglichkeit hätte, Notwehr zu leisten, sich aber nicht vor den Flammen zu retten. Für die Verteilung der Zuständigkeiten ist aber gleichwohl entscheidend festzustellen, dass auch der Autofahrer noch Notwehr leisten und sein

die Behandlung eventueller Irrtums- oder Teilnahmeprobleme⁶⁸ machen deutlich, dass über einen Entschuldigungsgrund der Zugang zu suchen ist, der den Schutz des Lebens gewährleistet und gleichzeitig Raum lässt für angemessene Reaktionsmöglichkeiten auf außergewöhnliche Konstellationen. Es kommt hier also nicht darauf an, eine, wie auch immer geartete, Lebenspflicht zu postulieren, vielmehr soll der Schutz des Lebens umfassend sichergestellt werden. Der übergesetzliche entschuldigende Notstand signalisiert außerdem zutreffend, dass in Konstellationen wie diesen das Recht an seine Grenzen stößt. Extreme tragische Ausnahmefälle, wie hier diskutiert, lassen sich juristisch nicht befriedigend lösen, es bleibt in der Tat nur eine Notlösung. Gerade wegen dieser Besonderheiten taugt ein Fall wie der des verbrennenden Autofahrers aber nicht zum Beispiel, das die Notwendigkeit illustrieren könnte, Sterbensinteressen im Rahmen des § 34 StGB oder eines Analogons gegen den Wert des Lebens abzuwägen und im Ergebnis überwiegen zu lassen.

(3) Sterbensinteresse einwilligungsfähiger Menschen mit Behinderungen

Eine weitere Fallgruppe, die in Zusammenhang mit der Diskussion um Sterbensinteresse und dessen Verhältnis zum Recht auf Leben erhebliche Beachtung erfahren hat, sind Menschen mit schweren körperlichen Behinderungen, die ihren Tod anstreben. Hier dient die Behinderung zumeist als „guter Grund“ für das Todesverlangen. Wenn Behinderung rechtlich relevant als ein solcher „guter Grund“ anerkannt wird, kann das aber dazu führen, dass sich die Sicht auf das Leben von Menschen, die diesen „guten Grund“ ebenfalls anführen könnten, es aber nicht tun, verändert und das mit dem Lebensrecht verknüpfte Niveau des Lebensschutzes verringert wird.

Die Fallkonstellation, in der ein Mensch wegen seiner Behinderung sterben will, ist nach Maßgabe des deutschen Rechts, soweit keine zusätzlichen besonderen Umstände vorliegen, als eine Beihilfe zur

Leben verteidigen könnte, dass es also auch vom Recht nicht bereits seiner Sphäre entzogen worden wäre und damit eben auch das Recht auf Leben, zwar nicht prinzipiell, aber doch praktisch in Frage gestellt wäre.

⁶⁸ Vgl. S/S-Lenckner/Perron, § 35 Rn. 1a, 2, 26. A.

Selbsttötung durch Unterlassung gebotener medizinischer Behandlung zu werten. Damit greift das Strafrecht in Deutschland mangels strafbarer Haupttat nicht.⁶⁹ Auch in den USA, wo derartige Konstellationen Gegenstand von Gerichtsverhandlungen waren, ging es nicht um die Beurteilung eines solchen Verhaltens als strafbar: Kläger in den Verfahren waren jeweils die Menschen mit Behinderungen, die einen Unterlassungsanspruch (gegen Ärzte und Kliniken) durchsetzen wollten. Auch wenn vor Gericht, da die Kläger jeweils bei vollem Bewusstsein waren, ihre eigene Willensentscheidung zur Debatte stand und nicht ein *best interest*, sind doch die im Zuge dieser Verfahren diskutierten Rechtsprinzipien und rechtlichen Wertungen für das deutsche Strafrecht und die übergreifende Debatte von Interesse, die als Rechtfertigungsgründe in Fällen von Sterbehilfe in Betracht kommen, von Bedeutung. Dies gilt umso mehr als in der deutschen bioethisch-strafrechtlichen Debatte um Sterbehilfe auf diese Entscheidung grundsätzlich zustimmend Bezug genommen wird.⁷⁰

Im Fall Bergstedt⁷¹ konstatierte ein Psychiater beispielsweise, dass Kenneth Bergstedt, der mit einer hohen Querschnittlähmung im Rollstuhl saß und ein Beatmungsgerät benötigte, depressiv war – die Depression hielt er aber für nicht behandelbar, weil Kenneth's Lebensumstände, die die Depression verursachten, eben „so sind, wie sie sind“.⁷² In dem Verfahren um die Abschaltung des Beatmungsgerätes bei dem 38-jährigen David

⁶⁹ Allenfalls müsste überlegt werden, ob die Durchführung beispielsweise einer künstlichen Ernährung gegen den Willen des Patienten als Körperverletzung strafbar sein könnte: Das wäre wohl sehr von den Umständen des Einzelfalls abhängig, insbesondere davon, ob die Sonde operativ gelegt werden müsste oder sonstiger körperlicher Zwang angewendet werden würde und auch welche Rechtfertigungsgründe in Betracht kämen.

⁷⁰ Merkel (2001): 132 Fn. 85.

⁷¹ McKay v. Bergstedt, 801 P. 2d 617 (Nev. 1990).

⁷² Kenneth Bergstedt lebte zeit seines Lebens bei seinem Vater, der aufgrund eines Unfalls Invalide war. Die Mutter war frühzeitig an Krebs gestorben und Kenneth Bergstedt hatte Angst nicht alleine leben zu können, wenn sein Vater stübe, zumal er kaum Kontakte zu anderen Menschen hatte. Eingehend zu diesen und ähnlichen Fällen: Herr et al. (1992); Coleman (1992).

Rivlin, der vom Hals abwärts nach einem Surfunfall gelähmt war, argumentierte der Anwalt in seinem Antrag an das Bezirksgericht von Oakland County: „Er (David Rivlin, Anm., O. T.) ist zu der Überzeugung gelangt, dass sein Weiterleben nicht nur eine Belastung für die Bürger von Michigan und für die Regierung der Vereinigten Staaten wäre, die seine Behandlung finanzieren. Er ist auch selbst durch sein ereignisloses Leben frustriert, und seine vollständige Unfähigkeit zum gesellschaftlichen Leben beizutragen oder sich persönlich weiterzuentwickeln führen dazu, dass das Aufrechterhalten seiner Existenz emotionale Beschädigungen und Belastungen verursachen.“⁷³ Auch der Fall Bouvia,⁷⁴ der als einziger aus dieser Reihe nicht mit dem Tod der Antragstellerin endete, weil der Grund, der dem Gericht letzten Endes gut genug schien, das Interesse des Staates gegenüber dem Sterbensinteresse geringer zu gewichten, Bouvia schließlich selbst nicht mehr überzeugte, ist durch eine ähnlich verengte und im Ergebnis durch ihr einverständliches Mitleid diskriminierende Sicht auf Behinderung geprägt, die diesmal vom California Court of Appeal vorgetragen wird: „Die Antragstellerin muss gefüttert, im Bett gewendet, versorgt und auf Toilette gebracht werden. Obwohl sie wach, empfindsam und vielleicht auch tapfer ist, muss sie unbeweglich liegen und ist stets auf die physische Hilfe von anderen angewiesen. Auch wenn ihr Geist frei ist und große Sprünge machen kann, ist sie selbst wie in einem Gefängnis und hilflos dem Gefühl von Schande, Scham und Erniedrigung ausgesetzt, das durch ihre Hilflosigkeit ausgelöst wird. Wir können uns nicht vorstellen, dass es die Politik dieses Staates ist, jemanden solche eine Qual aufzuerlegen.“⁷⁵

⁷³ Petition of David H. Rivlin, No. 80-369904, Mich. Cir. Ct. Oakland County, filed May 17, 1989, zit. nach Herr et al. (1992), 8. Das Bezirksgericht nahm den Fall nicht zur Entscheidung an, da es keine Gegenpartei gäbe. Die Behandlung sei eine private Angelegenheit von Arzt und Patient. Der Arzt stellte kurz nach diesem richterlichen Bescheid das Beatmungsgerät ab.

⁷⁴ S. o. Fn. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**

⁷⁵ 179 Cal. App. 3d, 1143-45. Bemerkenswert ist die Sichtweise des Gerichts, das seinen Beschluss so formuliert, als sei das Angewiesensein auf physische Hilfe an sich etwas Unerträgliches. Damit wird aus dem Blick gerückt, dass Hilfe ganz unterschiedlich gewährt werden kann.

Gemeinsam ist diesen in die Verfahren eingebrachten „guten Gründen“, dass sie den Blick auf andere Faktoren, die für das Leben oder auch die Lebensqualität⁷⁶ wesentlich sein können, verstellen bzw. deren Bedeutung verblassen lassen. Indem hier der Verzicht auf das Leben ohne nennenswerte Bedenken anerkannt und das möglicherweise entgegenstehende Interesse des Staates am Lebenserhalt als gering eingeschätzt wird, wird Menschen mit schweren Behinderungen, wie beispielsweise einer hohen Querschnittlähmung, zwar nicht durch den Staat, die Gerichte oder die Gesellschaft das Recht auf Leben abgesprochen. Das so begründete Interesse zu sterben führt aber dazu, dass Faktoren außer Acht gelassen oder vernachlässigt werden, die bei Menschen ohne Behinderung wahrscheinlich Bedeutung erlangen würden und zur Konsequenz hätten, dass die Bemühungen, das Leben zu schützen, intensiviert werden würden. Eine Möglichkeit dazu wäre, eine psychiatrische oder psychotherapeutische Behandlung in die Wege zu leiten. Im Ergebnis wird durch diese Konzentration auf behinderungsbedingte Faktoren auch der mit dem Recht auf Leben verknüpfte Schutz des Lebens reduziert – und zwar einerseits für die jeweils Einzelnen, die vor Gericht gezogen sind, gleichzeitig aber auch für die Gruppe der vergleichbar schwer behinderten Menschen insgesamt. Jedes dieser Verfahren wird nämlich wahrgenommen, als Auseinandersetzung mit der niedrigen Qualität des Lebens mit Behinderung und verstärkt damit seinerseits den Eindruck, dass der Tod dem Leben mit einer so schweren Behinderung vorzuziehen ist.

In dieser besonderen Konstellation prallen Sterbensinteresse und Recht auf Leben zwar nicht auf breiter Ebene aufeinander, sie stehen aber auch

Gerade die Auseinandersetzungen um selbstbestimmte Formen von Assistenz, die so genannten Independent Living Modelle, zeigen, dass aber gerade diese Sichtweise voreingenommen und unzutreffend ist. Zudem lässt sie als unverständlich erscheinen, wieso andere Menschen in Bouvias Lage nicht ebenso empfinden und sterben möchten. Zu „Independent Living“: Ratzka (aufgesucht 28.11.2001); Steiner (1999).

⁷⁶ Umfassend zum Thema Lebensqualität: Nussbaum und Sen (1993). Kritisch zu diesem Begriff und den damit verbundenen Standardisierungskonzepten: Tolmein (1993),: 142ff.

nicht in einem Verhältnis wechselseitiger Exklusivität⁷⁷ – sie streifen sich vielmehr, und auch das kann im Einzelfall und mit Blick auf die Entwicklung der gesellschaftlichen Debatte und Praxis unerwünschte Folgen haben: Weil der mit dem Recht auf Leben resultierende Schutz kaum mehr als formal gewährt wird, wird eine Tötung bei diesen schwer behinderten, um ihren Tod bittenden Patienten zugelassen.

Diesem Befund lässt sich entgegen, dass die Depression wegen einer schweren Behinderung eben auch eine andere sei, als die bei einem unglücklich Verliebten. Während sich in dem einen Fall schwerlich etwas ändern können, wird das Elend des unglücklich Verliebten nach einer gewissen Zeit verblassen. Dieser Einwand ist allerdings unzutreffend, wie nicht nur die Situation von Menschen mit derartigen schweren Behinderungen überhaupt zeigt, die mit entsprechender Assistenz und Möglichkeiten, ihren Aufenthaltsort frei zu bestimmen und nicht in Institutionen leben zu müssen, im Allgemeinen genauso glücklich oder unglücklich sind, wie andere Menschen auch.⁷⁸

Auch die Geschichte von Elisabeth Bouvia ist ein markantes Beispiel dafür. Elisabeth Bouvia, die im Halswirbelbereich querschnittgelähmt war, lebte seit ihrem zehnten Lebensjahr in Heimen. Obwohl sie es später schaffte am College zu studieren und einen Abschluss zu erwerben, bekam sie keine Stelle. In kurzer Folge durchlebte sie mehrere Krisensituationen: ihr Bruder starb, sie hatte eine Fehlgeburt und wurde von ihrem Mann verlassen. Außerdem hatte sie erhebliche Schulden. In dieser Situation stellte sie das erste Mal einen Antrag bei Gericht, in ein Krankenhaus eingewiesen zu werden und dort die Nahrungsaufnahme verweigern zu dürfen, ohne künstlich ernährt zu werden.⁷⁹ Das Gericht wies den Antrag ab⁸⁰ und Bouvia legte gegen diesen Beschluss keine Beschwerde ein. Drei Jahre später allerdings, als sie wegen Ess-Störungen ins Krankenhaus kam, stellte sie erneut einen Antrag bei Gericht. Diesmal wollte sie erreichen, dass das

⁷⁷ So aber Merkel (2001): 404.

⁷⁸ Vgl. Loerzer (1991); Faßbender (1991); Herr et al. (1992).

⁷⁹ Nussbaum und Sen (1993).

⁸⁰ Bouvia v. County of Riverside, No. 159780, nach Herr et al. (1992), Fn. 26.

Krankenhauspersonal sie nicht daran hindern sollte, sich zu Tode zu hungern.⁸¹

Von den vielen Gründen, die einem Menschen in Bouvias Lage die Energie genommen haben könnten, weiterzuleben und die sie in eine Depression getrieben haben könnten, ist in der öffentlichen Debatte von den Befürwortern eines Abbruchs der Ernährung nur einer thematisiert worden: ihre Behinderung – und auch hier nur die bei ihr dadurch verursachten physischen Beeinträchtigungen, nicht z. B. ihre Schwierigkeiten eine eigene Wohnung und eine ausreichende Assistenz zu finden.⁸² Nicht erörtert worden ist dagegen, wieso ausgerechnet Behinderung das lebensentscheidende Kriterium sein soll. Zwar haben die Klägerinnen und Kläger selbst jeweils ihre Behinderung und die damit verbundenen Probleme als Grund dafür angeführt, dass sie sterben wollten. Das erklärt allerdings nicht die unreflektierte und diskriminierende Rhetorik der Gerichte in diesen Verfahren. Überdies wäre, selbst wenn man sich ganz auf die Angaben der Betroffenen verlässt, zu prüfen, ob Elisabeth Bouvia oder andere, der ihren Tod anstrebenden Behinderten, zum Zeitpunkt ihres Todeswunsches an einer Depression litten und dadurch in ihrer freien Urteilsfähigkeit beeinträchtigt waren.⁸³

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die „guten Gründe“, die das Sterbensinteresse so plausibel machen, dass nach Meinung vieler Kommentatoren seine Durchsetzung ermöglicht werden sollte, keineswegs so überzeugend „gut“ sind. Die Bewertung der Gründe als „gut“ und eine

⁸¹ Das erstinstanzliche Gericht konstatierte, dass es einen Selbstmord mit Hilfe des Staates nicht geben könne: *Bouvia v. Superior Court*, 179 Cal. App. 3d 1127 (1135f.). Der Court of Appeal hielt dem in der Revision entgegen, dass kein Interesse des Staates ersichtlich wäre, das Bouvias Interesse an der Fortsetzung der lebenserhaltenden Ernährung überwiegen könne, denn: „Die Qualität ihres Lebens ist bis auf den Punkt verringert, wo nichts mehr bleibt außer Hoffnungslosigkeit, dem Gefühl nutzlos zu sein, ein Leben ohne Freude und voller Frustrationen zu haben.“ [Bouvia, 225 Cal. Rptr. 297 (304).]

⁸² Vgl. Herr et al. (1992): 33f. Eingehend zu den materiellen Schwierigkeiten von Bouvias Versorgung: Longmore (1987).

⁸³ Es ist nicht bekannt, warum Bouvia sich schließlich entschlossen hat doch weiterzuleben.

diskriminierende Sicht auf das Leben mit Behinderungen sind eng miteinander verknüpft. Das schließt zwar im Einzelfall, der hier nicht zu diskutieren ist, keineswegs aus, dass auch nicht diskriminierende „gute Gründe“ für ein Überwiegen des Sterbensinteresses sprechen könnten. Grundsätzlich ist das aber bei Menschen mit Behinderungen so selten oder so oft der Fall, wie bei Menschen ohne Behinderungen. Für die hier diskutierte Problematik bedeutet das in erster Linie, dass in den (zivilrechtlichen) Entscheidungen das Sterbensinteresse, zumindest soweit es sich aus den Feststellungen der jeweiligen Urteile ergibt, falsch gewichtet wurde und damit faktisch auch die Sphäre des Rechts auf Leben von Menschen mit Behinderungen zumindest berührt wurde. Auch bei Menschen mit Behinderungen darf aber nicht davon ausgegangen werden, dass ihr Sterbensinteresse schon an sich, durch die Behinderung, „gute Gründe“ hat und ihm deswegen vergleichsweise schnell nachgegeben werden müsse. Wenn die Gerichte sich strikt um Vermeidung einer diskriminierenden Sichtweise und Urteilspraxis bemühen, kann das zur Konsequenz haben, dass im Einzelfall Menschen, die in nicht zu ändernder Weise wegen schwerer Erkrankungen oder Behinderungen sterben wollen, das Weiterleben zugemutet wird. Das könnte als eine Art Zwangssolidarisierung dieser individuellen Personen mit der Gruppe der Behinderten insgesamt gedeutet werden. Eine Einschränkung von Handlungsspielräumen Einzelner zugunsten von Gemeinschaftsinteressen ist allerdings erstens in der Gesellschaft nicht unüblich,⁸⁴ das Risiko einer solchen Einschränkung rechtfertigt sich zweitens aber auch durch den hohen Stellenwert, den die Gesellschaft und die Verfassung jedem menschlichen Leben und auch der Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zuerkennen.

⁸⁴ Anwohner sind gezwungen, den Lärm eines Flughafens hinzunehmen, auch wenn er sie gesundheitlich beeinträchtigt; Nachbarn eines Atomkraftwerks müssen das erhöhte Gefährdungspotential hinnehmen, das diese Nähe mit sich bringt; Fußgänger müssen das Risiko überfahren zu werden hinnehmen, um das Niveau der Mobilität zu erhalten.

4. Interessen und Rechte bei Patienten im *vegetative state*

Die Patienten im *vegetative state* unterscheiden sich vom verbrennenden Autofahrer und von Behinderten, die ihren Tod herbeiführen (lassen) wollen, dadurch, dass sie ihr eventuelles Sterbensinteresse, aber auch andere Interessen, nicht selbst artikulieren können. Die Interessen müssen von außen erschlossen werden.

Welche Rechte mit diesen zu erschließenden Interessen eventuell in Konflikt geraten oder sie auch unterstützen können, wird nicht einheitlich gesehen. In den richterlichen Entscheidungen zum *Best-interest-Standard*, die die Basis dieser Arbeit bilden, wird nicht bestritten, dass Menschen im *vegetative state* die gleichen Rechte innehaben, wie andere Menschen. In der philosophischen und rechtswissenschaftlichen Literatur werden diesbezüglich allerdings andere Positionen vertreten. Dass Menschen im *vegetative state* grundlegende Rechte nicht zugestanden werden, ist allerdings Konsequenz einer Vorstellung, die dem Gehirn bei für die Konstituierung des Menschen als Person eine entscheidende Rolle zuweist.⁸⁵ Damit einhergeht oftmals die Überlegung, dass eine Trennung von Person und leiblicher Existenz des Menschen vorzunehmen sei, wobei Personen eben nicht in einer Gesellschaft identifizierbare, körperliche Individuen sind, sondern Menschen, die bestimmte, als wesentlich bezeichnete zusätzliche Bedingungen erfüllen. Dazu gehören in der Regel Bewusstsein, Selbstbewusstsein und Rationalität.⁸⁶ Als Rechtsträger erscheint dann nicht der Mensch, sondern die Person, die zu ihrem Körper im Verhältnis eines Eigentümers zu seinem Eigentum steht.⁸⁷ Insbesondere Peter Singer hat in seinen Arbeiten bestritten, dass Menschen mit schweren geistigen Behinderungen, zu denen auch Patienten im *vegetative state* zählen,

⁸⁵ Vgl. Keller (1995): 471f.

⁸⁶ Zur Entwicklung dieser Konzepte von Personalität insbesondere im Kontext der theologischen Diskussion der Spätantike, aber auch durch Locke und Kant: Ausborn-Brinker (1999): 15ff.

⁸⁷ Siehe oben **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.** Eingehender zum Problem des Verhältnisses von Körper und Geist: Braun (2000): 82ff.

grundlegende Menschenrechte wie zum Beispiel das Recht auf Leben zuzugestehen seien.⁸⁸

Hier ist nicht der Platz sich mit dieser Position und den zugrunde liegenden philosophischen Konzepten des Personenbegriffs grundsätzlich auseinander zu setzen.⁸⁹ Immerhin soll Spaemanns Einwand gegen die Aufspaltung von Person und Menschen angeführt werden. Er argumentiert, dass die Trennung des Biologischen vom Personalen verkenne, dass das Sein von Personen im Leben von Menschen bestehe und auch fundamentale biologische Funktionen wie Essen und Trinken stets in bestimmte Rituale eingebettet würden und deswegen personale Handlungen darstellten.⁹⁰ Aber auch wenn man entgegen Spaemann der Auffassung ist, dass es nicht-personales menschliches Leben gibt, ist damit über die Rechte dieser Menschen nichts gesagt. Denn Personen kann aufgrund ihrer Rationalität und Handlungsfähigkeit die Pflicht zugewiesen werden, die Rechte anderer Personen und die von (menschlichen) Nicht-Personen zu respektieren oder gar zu garantieren.⁹¹ Zudem leben wir in einer Rechtsordnung, die den Personenbegriff in dieser, exklusive Rechte verleihenden, Form nicht kennt. Sie basiert stattdessen auf dem Prinzip der Gleichheit aller Menschen und trachtet danach, die Benachteiligung wegen bestimmter Eigenschaften, insbesondere auch wegen Behinderung, ausdrücklich auszuschließen.

⁸⁸ Singer (1995): 206; Singer (1984): 93ff.

⁸⁹ Eine grundsätzliche Kritik an dieser Position Singers formuliert Spaemann: Spaemann (1996), insbes. 252ff. Anders aber ebenso grundsätzlich ablehnend: Braun (2000): 108ff. Vgl. auch Tolmein (1993): 57 ff. Zur philosophischen Debatte über das Verhältnis von Mensch zu Person allgemein: Ausborn-Brinker (1999); Olson (1997).

⁹⁰ Spaemann (1996): 255.

⁹¹ So Ausborn-Brinker (1999): 276ff. Allerdings wäre zu klären, ob es sich dabei wirklich darum handelt „Rechte“ von Tieren zu wahren. In Anlehnung an Schweidlers die Grenzen zwischen den Spezies betonenden Auffassung, dass es zwischen Mensch und Tier kein Rechtsverhältnis geben kann, müsste man wohl sagen, dass Menschen, die durch andere Menschen verpflichtet worden sind, Rechte von Tieren zu wahren, tatsächlich die Rechte dieser anderen Menschen nicht verletzen, indem sie Interessen von Tieren beachten. Vgl. Schweidler (2001): 134f.. Zum Unterschied von Interessen und Rechten s. u. I.A.3.b).

Insofern ist davon auszugehen, dass unabhängig vom Ergebnis des Streits über den Personenstatus die moralische Anerkennung von Menschen im *vegetative state* gesichert ist und die Menschenrechte, und damit auch das Recht auf Leben und die Unantastbarkeit der Würde, nicht zur Disposition stehen.

Auch Merkel legt in seiner Auseinandersetzung mit dem Urteil des BGH im Kemptener Fall nahe, dass Menschen im *vegetative state* kein Lebensrecht mehr haben, wenn er schreibt: „Ein Arzt, der gegen den früheren Wunsch eines irreversibel apallischen Patienten dessen Lebenserhaltung beendet, mag (manchmal, keineswegs immer) moralisch tadelnswert, er kann aber nicht gut nach § 212 StGB strafbar sein.“⁹² Er begründet seine Auffassung allerdings nicht weiter und gesteht ein, dass es, um diese These zu untermauern, gegenwärtig im deutschen Recht kein gesetzliches oder dogmatisches Instrumentarium gibt. Eine solche Auffassung impliziert, dass nicht nur Tote, sondern auch bereits Menschen im *vegetative state* nicht mehr als lebende Menschen betrachtet werden und rechtlich deswegen einen anderen Status haben als andere Menschen. Diese Position nimmt auch, wenngleich nicht ausdrücklich auf den Kreis der Menschen im *vegetative state* bezogen, Dencker ein, wenn er in seiner Auseinandersetzung mit BGH NStZ 1992, 333 formuliert, dass Tod im Sinne der strafrechtlichen Vorschriften §§ 211, 212, 222, 227 StGB „nicht der ‚Hirntod‘ (ist), sondern das endgültige Abschneiden einer ‚Chance zu leben‘“. Den Begriff des Lebens will Dencker dabei normativ bestimmen. Als Kriterium führt er dabei an: Irreversible Bewusstlosigkeit aufgrund schwerer Hirnschädigung, die zum „alsbaldigen“ Stillstand aller Hirntätigkeit führen wird.⁹³ Damit will Dencker erreichen, dass auch physiologische Funktionen vor dem endgültigen Hirntod unter bestimmten Voraussetzungen kein durch die Tötungstatbestände strafrechtlich geschütztes Leben mehr darstellen. Bei seiner Begründung für diesen gewaltigen Argumentationsschritt übersieht er aber Entscheidendes. Die Wandlung des strafrechtlichen Todesbegriffs vom Herz-Kreislauf- zum Hirntod belegt nämlich keineswegs, dass Töten stets als „Abschneiden einer

⁹² Merkel (1995): 574f.

⁹³ Dencker (1992): 314f.

Chance zu weiterem Leben“ und der Begriff Leben seinerseits als ausfüllungsbedürftig gesehen wurde.

Der bis in die achtziger Jahre des 20. Jahrhunderts hinein in der Bundesrepublik als für den Todeszeitpunkt verbindlich angesehene, dauerhafte Herz-Kreislauf-Stillstand hatte diese Bedeutung nicht, weil er, wie Dencker nüchtern formuliert, „sachgerechtes Kriterium“ gewesen wäre: Nach dem Stillstand des Herz-Kreislauf-Systems war der Körper des Menschen intuitiv nicht mehr als lebendig wahrnehmbar, deswegen war es auch plausibel, ihn als tot zu bezeichnen. Es gab gar nicht das Problem ein „sachgerechtes Kriterium“ zu finden, dessen Eintritt den Tod bestimmen helfen konnte. Zwar musste der Tod auch vor der Hirntoddefinition von einem Mediziner festgestellt werden, dabei ging es aber weniger um die Frage, ob der Mensch tatsächlich tot, sondern woran er gestorben war. Eine Definition, die die Feststellung des Todeszeitpunktes zu einem Problem von Experten machte, war erst erforderlich, als der Tod nicht mehr nur um seiner selbst festgestellt werden sollte, sondern weil man den Leichnam, bzw. Teile daraus, möglichst frühzeitig nutzbringend verwenden wollte. Die Notwendigkeit einer neuen Todesdefinition erwuchs mithin nicht, weil ein neuer Stand der Medizin für die davon betroffenen Patienten neue Lebenschancen eröffnet hätte, sondern weil mit der Möglichkeit zur Transplantation ein Bedarf bestand, Menschen die Organe in einem möglichst guten Zustand entnehmen zu können.⁹⁴ Der bis dahin anerkannte Todeszeitpunkt stellte das nicht sicher. Durch die Setzung des Kriteriums des „Hirntodes“ war die Organentnahme auch bei aufrechterhaltenen Herz-Kreislauf-Funktionen möglich, also in einer Phase, die man bis dahin eher dem Sterbeprozess, als dem bereits eingetretenen Tod zugeordnet hatte.

Der Übergang zum Hirntodkriterium mag mithin „nach den Fortschritten der modernen Medizin“ insoweit sachgerecht gewesen sein, als ab da erst das endgültige Erlöschen der Hirnfunktionen sicher einen irreversiblen Verlust jeglicher weiteren Lebenschance bedeutete, wie Dencker schreibt.⁹⁵ Entscheidend war aber, dass der Übergang zum neuen Todeskriterium

⁹⁴ Zur Debatte um den Hirntod: Höfling und Rixen (1996), insbesondere 48ff. Aus Sicht des Strafrechts auch Keller (1995): 470f.

⁹⁵ Dencker (1992): 314.

vollzogen wurde, weil es der Gesellschaft insgesamt im Rahmen des für vertretbar Gehaltenen nützlich erschien. Daraus lässt sich aber nicht ableiten, dass eine noch weitere Ausdehnung der Todesdefinition auf das, was Dencker als das „materielle Kriterium“ für die „formale“ Hirntod-Definition bezeichnet,⁹⁶ umstandslos möglich oder gar geboten wäre. Schon das von Dencker erwähnte Kriterium der irreversiblen Bewusstlosigkeit, aufgrund schwerer Hirnschädigung, die zum alsbaldigen Stillstand aller Hirntätigkeit führen soll,⁹⁷ erscheint angesichts der bioethischen Debatte und des hier diskutierten Beispiels der Patienten im *vegetative state*, aber auch mit Blick auf die Debatte um die Zulässigkeit der so genannten indirekten Euthanasie bei Schmerzpatienten,⁹⁸ in keiner Hinsicht zwingend und plausibel. Vor allem aber entbehrt Denckers Überlegung eines verfassungsrechtlichen Bezugspunktes, der plausibel machen könnte, warum der Zeitabschnitt des Sterbens unter bestimmten Voraussetzungen schon definitiv aus dem Schutzbereich der Grundrechte genommen werden sollte.

Trotz widersprechender Stimmen ist also davon auszugehen, dass auch die Tötung eines Menschen im *vegetative state* grundsätzlich dem strafrechtlichen Tötungsverbot unterfällt. Andernfalls würde in der Behandlung der Menschen im *vegetative state* auch faktisch das Hirntod-Konzept des Transplantationsgesetzes unterlaufen werden, indem es stillschweigend zu einem Teilhirntod umgestaltet wird, denn Menschen im *vegetative state* sind einerseits nicht hirntot im Sinne dieses Gesetzes, andererseits kann aber nur bei Menschen, die bereits als tot angesehen werden, die Rede davon sein, dass die Beendigung ihres Lebens keine Tötung mehr ist.

Menschen im *vegetative state* haben demnach in Deutschland ein durch die Verfassung geschütztes Lebensrecht. Im Geltungsbereich der Europäischen Menschenrechtskonvention gründet dieser Schutz auf Artikel 2 Absatz 1 Satz 1 und 2 EMRK. In den USA ergibt sich ein Lebensrecht vor allem aus dem 5. Zusatz zur Verfassung. Unklar ist dagegen, welche

⁹⁶ Dencker (1992): 314.

⁹⁷ Wobei offen bleibt, wie lange dieses „alsbaldige“ währen kann.

⁹⁸ Vgl. BGHSt 42, 301.

(gemeinsamen) Interessen Menschen haben, die sich im *vegetative state* befinden. Interessen sind nämlich, so weit herrscht Übereinstimmung, neben anderen Faktoren von der konkreten Situation der Patienten abhängig.

In der juristischen Literatur und in der Rechtsprechung wird allgemein davon ausgegangen, dass ein Patient im *vegetative state* „nicht mehr als ein Hirntoter (erlebt): nichts“⁹⁹. Weil er „nichts“ erlebt, keine Wahrnehmung der Vorgänge um sich herum hat, nicht in der Lage ist, mit seiner Umwelt zu kommunizieren, weil er nichts empfindet und keine Schmerzen verspürt, sind demzufolge auch seine Interessen schwer zu beschreiben - wenn man überhaupt davon ausgeht, dass jemand auch in einem solchen Zustand noch Interessen haben kann.

Eine Möglichkeit die verbliebenen Interessen des Patienten zu bestimmen, wäre, sie auf das Wissen um seine individuellen Wünsche und Vorstellungen aus früherer Zeit zu stützen und in seine gegenwärtige Situation hinein zu extrapolieren. Das setzt zum einen voraus, dass diese individuellen Wünsche und Vorstellungen bekannt sind. Das wird oft nicht der Fall sein, der *Best-interest-Standard* findet ja in den USA gerade Anwendung, wenn nicht genügend Anhaltspunkte vorhanden sind, um eine Entscheidung auf Basis des *substituted judgement* zu treffen. Andererseits wäre vorstellbar, dass zwar nicht genügend Anhaltspunkte für ein *substituted judgement* vorhanden sind, aber doch etliche Hinweise auf frühere Vorlieben und Abneigungen, aus denen sich Interessen bestimmen lassen. Allerdings tauchen hier ähnliche Probleme auf, wie bei der Diskussion des *substituted judgement*, denn es ist unklar, ob sich die einstigen Vorlieben und Interessen mit den gegenwärtigen decken müssen. Gesetzt den Fall, es existieren auch für eine Bestimmung der jeweiligen Interessen nicht genug überzeugende Anhaltspunkte oder man akzeptiert, dass die Übertragung einstiger Vorlieben in die gegenwärtige Situation allenfalls zufälligerweise zutreffende Ergebnisse bringt: Dann wäre vorstellbar, dass man die Bestimmung der Interessen auf allgemeine Anschauungen stützt, die in einen Zusammenhang mit dem Leben im *vegetative state* zu bringen sind.

⁹⁹ Merkel (1995): 571.

a) *Interessen – die Meinung der Mehrheit?*

Ein Argument, das in der Debatte wegen der Achtung der allgemeinen Anschauungen eine wichtige Rolle spielt, ist, dass man sich danach richten müsse, was die Auffassung der Mehrheit in so einem Fall sei. Statistische Untersuchungen darüber, was Menschen im *vegetative state* wollen, gibt es einleuchtenderweise keine, und auch die Gruppe der Patienten, die diesen Zustand überlebt haben, ist zu klein, als dass Erhebungen hier zuverlässig und repräsentativ Auskunft geben könnten. Deswegen kann hier nur ein Rückgriff auf andere empirische Untersuchungen erfolgen, die teilweise von anderen herangezogen wurden, um die Wünsche und Interessen von Patienten im *vegetative state* zu erschließen. In einigen dieser Umfragen unter anderen Gruppen wurde beispielsweise erfragt, ob unter den Bedingungen des *vegetative state* die Fortsetzung der künstlichen Ernährung gewünscht wird. Die Ergebnisse dieser Befragungen sollen, nach Auffassung von den Autoren, die überhaupt die Ergebnisse von Befragungen zur Unterstützung ihrer Position heranziehen, untermauern, dass der Abbruch der künstlichen Ernährung angemessen und im *best interest* sei, da er von einer deutlichen Mehrheit der Patienten, insbesondere auch von solchen, die, wie Merkel schreibt, an der Schwelle eines entsprechenden Risikos stehen, gewünscht würde.¹⁰⁰

Die empirischen Studien, auf die dann verwiesen wird, eignen sich allerdings nur begrenzt dazu, diese Positionen zu festigen. Am Beispiel zweier von Merkel herangezogener Quellen lässt sich das zeigen: Die Arbeit von Danis et al. umfasst zum einen nur ein kleines Kollektiv von 126 alten, einwilligungsfähigen Menschen und 49 Familienmitgliedern (anderer, nicht einwilligungsfähiger Patienten), die alle aus einem Krankenhaus oder einem Pflegeheim kommen. Den befragten Alten droht die Gefahr von Altersdemenz, diese weist zwar in schweren Formen und in späten Stadien eine ähnliche Symptomatik wie der *vegetative state* auf, dennoch muss in

¹⁰⁰ Angell (1994): 1525. Siehe auch Merkel, der schon die Frage nach der Einwilligung in den Behandlungsabbruch falsch gestellt findet, weil es um die Einwilligung in die Behandlung gehen müsse, die von den meisten Patienten seiner Meinung nach wohl kaum gegeben würde. Er stützt sich für diese Annahme auf empirische Untersuchungen (Merkel 1995, 559). Dazu unten I.A.4.a).

Frage gestellt werden, dass die Aussagen dieser Gruppe von Patienten wegen ihrer vermeintlichen Nähe zum Krankheitsbild des *vegetative state* Schlüsse auf die Ansichten von Patienten im *vegetative state* zulassen. Der *vegetative state* ist nämlich keine Folge von Alterungsprozessen und keine chronische Erkrankung im eigentlichen Sinn, sondern Ergebnis plötzlicher Hirnschädigungen, die auch bei jungen Menschen eintreten können. Entsprechend verläuft der *vegetative state* auch nicht progressiv, sodass die Situation der Patienten eine andere ist als die altersdementer Menschen. Erkenntnisziel der Studie ist überdies nicht in erster Linie die Feststellung der Behandlungswünsche der Befragten gewesen. Es ging darum zu erfahren, inwieweit vorab geäußerten Behandlungswünschen in der tatsächlichen Situation Rechnung getragen wurde. Die nur über zwei Jahre durchgeführte Studie ist wegen des kleinen und nicht repräsentativ zusammengesetzten Kreises der Befragten und Beobachteten von nur eingeschränkter Aussagekraft.

Durch die Befragung wurden überdies bei den Befragten selbst möglicherweise Auseinandersetzungen initiiert und Entscheidungen bewirkt, die sonst so nicht getroffen worden wären. Immerhin ist bemerkenswert, dass sich die Untersuchung dennoch nicht einfach auf die Aussage, künstliche Ernährung entspreche nicht dem Willen der Patienten, zurückführen lässt. 16 % der befragten alten Menschen wollen selbst im Zustand permanenter Bewusstlosigkeit künstlich ernährt werden, 49 % der Befragten sprechen sich dagegen aus, weitere 35 % sind sich nicht sicher, wollen keine Entscheidung treffen oder bevorzugen Arzt oder Angehörige für sich entscheiden zu lassen. Auffallend ist auch, dass bei 96 Ereignissen¹⁰¹, die von den Interviewern auf ihre Konsistenz mit den vorab gewünschten Maßstäben untersucht werden konnten, immerhin 24-mal eine fehlende Übereinstimmung festgestellt wurde, wobei 18-mal eine weniger intensive Behandlung erfolgte als von den Patienten gewünscht; nur 6-mal wurde dagegen aggressiver therapiert als vorab verfügt.¹⁰² Diese Zahlen

¹⁰¹ Als Ereignis wurde die Verlegung ins Krankenhaus und die dort erfolgte Behandlung oder der Tod im Pflegeheim und die vorab erfolgte Behandlung gewertet.

¹⁰² Danis et al. (1991). Bei den 18 Fällen, in denen weniger Maßnahmen ergriffen wurden als vorab verfügt, ging es allerdings

signalisieren sicherlich, dass es bei vielen Patienten (und Angehörigen) für den Zustand anhaltender Bewusstlosigkeit eine Präferenz gegen die künstliche Ernährung gibt. Sie zeigen aber auch, dass es eine erhebliche Zahl von Patienten gibt, deren Position entweder nicht so klar ist oder die auch unter diesen Umständen künstliche Ernährung wünschen. Bemerkenswert ist auch die hohe Zahl der Patienten, die Entscheidungen an Angehörige oder Ärzte delegieren wollen: Die Motive dafür werden in der Untersuchung zwar nicht erforscht. Hier deutet sich aber gleichfalls an, dass „Autonomie“ oder „Selbstbestimmung“ jedenfalls nicht die einzigen wichtigen Faktoren in diesem Entscheidungsprozess sind, sondern dass es prinzipielle oder pragmatische Gründe gibt,¹⁰³ die die Einzelnen motivieren, diese Entscheidung anderen überlassen zu wollen.

Eindrucksvoller sind die Zahlen von Emanuel et al., die 405 Patienten in ambulanter Behandlung und 102 Menschen, die zur allgemeinen Öffentlichkeit gehören, nach ihren Behandlungswünschen befragt haben. 80 % dieser Gruppe lehnen künstliche Ernährung im Falle eines *vegetative state* ab, nur 8 % wollen sie, allerdings wollen 12 % entweder, dass ein Versuch unternommen wird oder sie sind unentschieden. Bemerkenswerterweise ist der Anteil der Befragten, die eine Antibiotika-Behandlung wollen, deutlich höher (16 %, 8 % unentschieden) und 23 % wollen, obwohl der *vegetative state* bereits als andauernd diagnostiziert worden sein soll, dass kleine diagnostische Prozeduren durchgeführt werden können. Bemerkenswert ist auch, dass selbst die Zahl der Patienten, die kleine chirurgische Eingriffe wollen oder eine Wiederbelebung wünschen, höher ist als die Zahl derer, die ernährt werden wollen. Diese Angaben erscheinen also wenig konsistent und sind möglicherweise auch durch die öffentliche Diskussion über aktuelle

größtenteils nicht um künstliche Ernährung, sondern um die Einweisung ins Krankenhaus an sich und um Wiederbelebungsmaßnahmen.

¹⁰³ Vorstellbar wäre, dass die Befragten davon ausgehen, dass sich diese Situationen schlecht antizipieren lassen, sie deswegen lieber wollen, dass im Zeitpunkt der Entscheidung die dann besser informierten Angehörigen die Entscheidung treffen. Aber auch die Überlegung, dass man selbst sich durch so eine Entscheidung überfordert sieht, wird sicherlich angestellt. Zu einer Untersuchung, die versucht dieses Feld auszuleuchten s. u.

Fälle des *vegetative state* beeinflusst. Dennoch ist die Ablehnung stark, was möglicherweise auch darauf zurückgeführt werden kann, dass die Befragten nicht krank sind und deswegen so schweren Krankheiten und Behinderungen skeptischer gegenüberstehen als beispielsweise langjährige Heimbewohner. Bemerkenswert ist aber auch, dass zwar über 90 % angeben, eine Patientenverfügung haben zu wollen, aber lediglich 15 % hatten auch tatsächlich eine Vorausverfügung entworfen und unterzeichnet. Als Grund nannten die Befragten ohne Vorausverfügung überwiegend, ihr Arzt hätte sie nicht darauf angesprochen.¹⁰⁴

Bezogen auf die Gruppe der Patienten im *vegetative state* und die Entscheidung über den Abbruch der Ernährung ist der Aussagewert der Studien allerdings gering. Zwar ist deutlich, dass erheblich mehr Menschen die künstliche Ernährung im Fall eines *vegetative state* ablehnen. Aber die Zahl derer, die auch unter solchen Umständen künstlich ernährt werden wollen, bleibt groß. Zwar ist in der Studie von Emanuel et al., in der die Ablehnung der künstlichen Ernährung für Fälle des *vegetative state* ein beachtliches Ausmaß erreicht, die befragte Gruppe deutlich größer als in der weniger klaren Studie von Danis et al. – auch sie ist aber nicht repräsentativ zusammengesetzt und erreicht nicht die für eine repräsentative Gruppe erforderliche Größe. Außerdem sind die Befragten hier eben gerade nicht krank. Es spricht aber einiges dafür, dass Menschen ihre Einstellung zu Krankheit und Behandlung ändern, wenn sie selbst betroffen sind.¹⁰⁵

Eine der wenigen empirischen Studien, die sich im deutschsprachigen Raum mit Behandlungsentscheidungen befassen, förderte Ergebnisse zutage, die die Diskussion um Interessen und Patientenwillen in ein anderes Licht

¹⁰⁴ Emanuel et al. (1991).

¹⁰⁵ Einen eindrucksvollen Fall schildert Tom McMillan, der in Glasgow Neuropsychologie lehrt: Er hatte Mrs. X, eine junge, verunglückte Frau in Behandlung, die sich monatelang im *vegetative state* befand. Da die Frau einen *Living Will* verfasst hatte, der den Abbruch der Ernährung vorsah, wurde vor Gericht über den Ernährungsabbruch verhandelt. Bevor das Verfahren zu einem Ergebnis kam, gelang es Professor McMillan mit der Patientin eine Kommunikation aufzubauen. Im Verlauf dieser Kommunikation machte sie sehr deutlich, dass sie weiterleben wollte. Vgl. Guardian, Report casts new doubt on living wills, 17.2.2000; McMillan und Herbert (2000).

rücken können. Ausgangspunkt war auch hier eine nicht-repräsentative Gruppe von Patienten eines Krankenhauses.¹⁰⁶ Thema der Befragung von 258 Dialyse-Patienten war die Erstellung von Patientenverfügungen. Nachdem sich herausgestellt hatte, dass 35 % der Befragten Patientenverfügungen generell ablehnten und 44 % äußerten für sie persönlich komme eine Patientenverfügung nicht in Frage, wurde eine zweite Gruppe von 100 Patienten einer internistischen Station befragt.¹⁰⁷ Vier dieser Patienten hatten eine Patientenverfügung getroffen. Auffallend ist, dass 48 % der 100 Patienten, obwohl sie zum Teil schwere Krankheitsverläufe hinter sich hatten, meinten, derzeit keine Entscheidungen, die ihr Lebensende betreffen vornehmen zu sollen. Als Antwort auf eine andere Frage äußerten immerhin 51 % der Befragten, dass sie glaubten ihr behandelnder Arzt werde im Fall einer sehr schweren Situation die richtige Entscheidung für sie treffen (8 % widersprachen dieser Auffassung).¹⁰⁸ Auch gegen die Ergebnisse dieser Studie lassen sich Einwände erheben. Neben der fehlenden Repräsentativität wiegt beispielsweise schwer, dass die Patienten im Krankenhaus befragt wurden und damit im Einzugsbereich der Institution, deren Handeln in irgendeiner Art und Weise bewertet werden sollte. Dennoch liefern die Ergebnisse einen wichtigen Impuls für die Diskussion, weil sie, wie auch die Autoren der Studie anmerken, zeigen, dass für Kranke möglicherweise andere Dinge wichtig sind, als für Gesunde, und dass die in der liberalen Tradition bürgerlicher Freiheitsrechte formulierten Patientenrechte für ethische Entscheidungen einen weniger großen Stellenwert haben könnten als bestimmte Schutzrechte.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Eibach und Schaefer (2001).

¹⁰⁷ Die Autoren der Studie gingen davon aus, dass Dialyse-Patienten eine Sondergruppe darstellen, da sie zwar einerseits schwer krank sind, andererseits oft jahrelange vertrauensvolle Beziehungen zu „ihrem“ Arzt und dem Pflegepersonal unterhalten. Eibach und Schaefer (2001): 22f.

¹⁰⁸ Eibach und Schaefer (2001).

¹⁰⁹ Eibach und Schaefer (2001): 25. Diese Auffassung unterstreichen auch, wenngleich von einer ganz anderen Basis aus, empirische Untersuchungen, die sich mit dem Einfluss von „race“ oder „ethnicity“ auf medizinische Behandlungsentscheidungen in Krisensituationen

Für eine am *best interest* orientierte Entscheidungsfindung lässt sich auch daraus nicht unmittelbar etwas ableiten, weil hier stellvertretend Entscheidungen getroffen werden und insofern ohnehin schon eine, wenn auch nicht freiwillige, Delegation von Verantwortung und Freiheit stattgefunden hat. Eine mittelbare Konsequenz muss allerdings auch für diesen Typ von Entscheidungsfindung sein, dass er das Ideal der Autonomie, angesichts einer zumindest vorhandenen Bereitschaft von Menschen auch gegebenenfalls auf autonome Handlungsmöglichkeiten zu verzichten, nicht als alles überragendes Leitbild behandelt.

Insgesamt ergibt sich aus vorliegenden empirischen Studien zwar, dass die Bereitschaft, im Rahmen von Befragungen künstliche Ernährung unter Bedingungen wie dem *vegetative state* abzulehnen, groß ist. Die Daten müssen aber aufgrund vieler Faktoren erheblich relativiert werden und taugen daher nicht als zentraler Ansatzpunkt, um Interessen zu bestimmen, die im Rahmen einer *Best-interest*-Analyse den Abbruch der künstlichen Ernährung legitimieren können. Das gilt umso mehr, als die Heranziehung von statistischen Daten für die Entscheidung eines individuellen Falls, angesichts der Grundrechte um die es hier geht, grundsätzlich problematisch ist.¹¹⁰

b) *Andere Möglichkeiten der Bestimmung von Interessen*

Buchanan/Brock formulieren deswegen konsequent, dass Patienten im *vegetative state* gar keine Interessen haben¹¹¹ – was allerdings keineswegs dazu führt, dass sie den *Best-interest*-Standard hier grundsätzlich für nicht anwendbar erklären. Vielmehr gehen sie davon aus, dass bei einem Menschen, der keinerlei Interessen mehr hat, auch kein *best interest* die Fortführung einer lebenserhaltenden Behandlung gebietet und sie deswegen abgebrochen werden kann.¹¹² Dieser Gedanke ist in zweierlei Hinsicht

beschäftigt haben und dabei feststellen mussten, dass Angehörige von Minderheiten weniger auf „selbstbestimmte“ Entscheidungen Wert legen als auf familienzentrierte Entscheidungen oder die Benennung von Stellvertretern (Health Care Proxies). Z. B. Caralis et al. (1993).

¹¹⁰ Siehe oben I.A.3.a).

¹¹¹ Buchanan und Brock (1990): 128.

¹¹² Buchanan und Brock (1990): 128ff. Das entspricht auch der

bemerkenswert: Zum einen wird das *Best-interest*-Prinzip hier so umgedeutet, dass gefragt wird, was **nicht** im *best interest* wäre. Statt die eigene Prämisse weiter zu denken, dass nämlich die Entscheidung über eine Behandlung bei einem Menschen, dem man selbst keine Interessen mehr zugesteht, nicht nach einem Prinzip erfolgen kann, das die Bestimmung eines *best interest* zur logischen Voraussetzung hat,¹¹³ wird lediglich die Ausgangsfrage anders gefasst. Zum anderen wird der Grundgedanke der Autoren, der nicht um die Behandlung, sondern um das Leben kreist, sprachlich verdeckt. Konsequenterweise müssten sie formulieren: Es ist nicht im *best interest* eines Patienten, der sich im *vegetative state* befindet, weiterzuleben (statt: weiterbehandelt zu werden).

Andere sind weniger radikal und gehen davon aus, dass auch Patienten im *vegetative state* noch Interessen haben. Diese sollen allerdings ideeller Natur sein. Typisch sind die Interessen, die der Londoner Court of Appeal im Bland-Verfahren zusammengefasst hat: Beispielsweise sollen Patienten im *vegetative state* das Interesse haben, von anderen gut angenommen und respektiert zu werden. Ebenso sei es in ihrem Interesse in guter Erinnerung behalten zu werden.¹¹⁴ Teil dieser Interessen sei es, dass ihnen unnötige Verletzungen und entwürdigende Eingriffe in den Körper, die nicht mehr sinnvoll seien, erspart blieben.¹¹⁵ Diese Interessen lassen sich in zwei Gruppen unterteilen: Zum einen sind es vermittelte Interessen, die sich auf Ansichten anderer Personen beziehen. Diese Interessen liefern an sich keine Anhaltspunkte für eine Entscheidung über die Fortdauer oder den Abbruch der Ernährung, weil ihnen nicht zu entnehmen ist, wodurch es den Patienten ermöglicht wird, in guter Erinnerung behalten zu werden. Dass ein bewusst herbeigeführter Tod durch Nahrungsentzug dazu verhilft, das Andenken eines Menschen in besserer Erinnerung zu behalten, ist eine empirisch schwer zu verifizierende (und zu falsifizierende) Annahme. Die zweite

Auffassung Lord Mustills im Bland-Verfahren: Airedale N.H.S. Trust v. Bland, 898). Vgl. **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**

¹¹³ Zu anderen Möglichkeiten zu entscheiden: s. u. I.B.

¹¹⁴ So mit Blick auf Bland: Airedale N.H.S. Trust v. Bland, 813, 822).

¹¹⁵ Airedale N.H.S. Trust v. Bland, 822).

Gruppe der in dieser Entscheidung bezeichneten Interessen bezieht sich auf den Patienten und die Behandlung seines Körpers. Diese Interessen sind allerdings wenig präzise umrissen, denn einerseits versteht es sich von selbst, dass unnötige und entwürdigende Eingriffe nicht im Interesse eines Menschen sind, andererseits ist die Qualifizierung dieser Eingriffe als „unnötig“ und „entwürdigend“ ja gerade das, was in Frage gestellt wird. Immerhin: Die Wahrung der Würde des Patienten im *vegetative state* ist offensichtlich nicht nur ein durchs Grundgesetz verbrieftes Recht, sondern wird auch als ein wichtiges Interesse wahrgenommen. Dies gilt um so mehr als auch die in der ersten Gruppe gefassten Interessen sich als auf die Würde bezogen verstehen lassen: Sie können als Umschreibung des Interesses gelesen werden, von der Umwelt als Person, die in Würde lebt und stirbt, gesehen zu werden.

Die Zuordnung dieser Interessen zur Menschenwürde allein hilft allerdings wenig weiter: Die Wahrung der Menschenwürde mag als Interesse und Recht zu formulieren sein, sie lässt sich in dieser Allgemeinheit nicht operationalisieren.¹¹⁶ Erforderlich ist also eine Konkretisierung, die allerdings den Bezug auf das Konzept der Menschenwürde erkennen und die sich insofern daran messen lässt. Die vom Londoner Court of Appeal formulierten Interessen erfüllen diesen Anspruch nicht, da sie den Bezug zum Konzept der Menschenwürde vermissen lassen.

Im Folgenden soll, um eine eingehendere Diskussion der Interessen und Rechte von Menschen im *vegetative state* zu ermöglichen, der medizinische Zustand des *vegetative state* beschrieben und dabei erörtert werden, ob und inwieweit die Vorstellungen der juristischen Literatur und der Rechtsprechung von diesem Zustand zutreffend sind. In einem zweiten Schritt wird dann versucht werden zu skizzieren, ob sich daraus die Möglichkeit von Interessen für diese Patientengruppe im Allgemeinen ergibt und in welchem Verhältnis diese zu grundlegenden Rechten zu sehen sind.

¹¹⁶ Merkel weist zu Recht darauf hin, dass „Menschenwürde“ als Argument sowohl für die Erhaltung des Lebens von Patienten im *vegetative state*, als auch für die Beendigung herangezogen wird. Vgl. Merkel (2001): 346.

c) *Der vegetative state – eine medizinische Kontroverse*

Der *vegetative state* wurde 1972 als „*persistent vegetative state*“ erstmals in der medizinischen Literatur beschrieben. Bemerkenswert ist, dass die Autoren dieser Studie kein Krankheitsbild klar umreißen, sondern nur eine Zustandsbeschreibung von Patienten abgeben konnten. Ziel der Studie war es, Patienten im *persistent vegetative state* von anderen Patienten, die im Rahmen eines Komas oder im Endstadium einer neurodegenerativen Entwicklung, wie Alzheimer- oder Creutzfeldt-Jakob-Krankheit, unter lang anhaltender Bewusstlosigkeit litten, zu unterscheiden.¹¹⁷ Kern des *vegetative state* ist nach dieser damals beschriebenen und seitdem in mehreren Studien fortgeschriebenen Auffassung, dass die Patienten in unterscheidbaren Schlaf-Wach-Phasen leben. Hirnstamm und Hypothalamus funktionieren autonom ganz oder zumindest teilweise.¹¹⁸ Vor allem aber fehlt Patienten in diesem Zustand das Bewusstsein ihrer selbst und ihrer Umgebung.¹¹⁹ Allerdings räumt die interdisziplinär zusammengesetzte Multi-Society-Task-Force, die mit ihrem Bericht den Grundstein für die gesellschaftliche Auseinandersetzung mit dem *vegetative state* gelegt hat und die insbesondere für die Beschäftigung von Juristen mit der Behandlung dieser Patientengruppe maßgeblich ist, ein, dass das Fehlen von Selbstbewusstsein nicht zuverlässig zu diagnostizieren ist, sondern nur vermutet werden kann.¹²⁰ Dieser Befund muss noch weiter eingeschränkt werden: Denn was Bewusstsein überhaupt sein soll, ist in der neurowissenschaftlichen Debatte keineswegs geklärt.¹²¹ Es wird als ein Kontinuum beschrieben,¹²² aber auch,

¹¹⁷ Vgl. The Multi-Society-Task-Force on PVS (1994): 1499.

¹¹⁸ Das Stammhirn ist Teil des vegetativen Nervensystems und steuert, im Zusammenspiel mit anderen Strukturen des vegetativen Nervensystems, grundlegende Reflexe und Körperfunktionen wie Atmung, Blutdruck, Herzschlag und den Stoffwechsel. Der Hypothalamus ist ein Verbindungsstück zwischen dem Körper und den übrigen Regionen des Gehirns. Er funktioniert als Bindeglied zwischen dem Nervensystem und dem Hormonsystem.

¹¹⁹ The Multi-Society-Task-Force on PVS (1994): 1501.

¹²⁰ The Multi-Society-Task-Force on PVS (1994): 1501. Grundsätzlich kritisch zu diesem Bericht, der inkonsistent sei und auf Vermutungen basiere: Howsepia (1996).

¹²¹ Zur neurobiologischen Diskussion und den Möglichkeiten einer

mit Blick auf das Selbstbewusstsein, als ein Ergebnis kultureller Evolution, das bestimmte, physiologisch fassbare Voraussetzungen hat.¹²³ Wieder andere akzentuieren das eng miteinander verkoppelte Zusammenspiel von Bewusstsein und Bewegung als entscheidendes Charakteristikum¹²⁴ oder sie beschreiben Bewusstsein als ein bestimmtes Verhältnis des Seins im Verhältnis zur Außenwelt.¹²⁵ Entscheidend an dieser Auseinandersetzung, die weniger durch grundsätzlich miteinander unvereinbare Positionen als durch grundlegend verschiedene Perspektiven auf das Phänomen „Bewusstsein“ geprägt wird, ist, dass damit die Erfassung dessen, was den *vegetative state* im Kern ausmachen könnte, deutlich erschwert wird. Diese Schwierigkeiten können, was später zu erörtern sein wird, auf die rechtlichen Konsequenzen einer solchen Diagnose durchschlagen.

Die Diagnose des *vegetative state* und die damit in der Regel verbundene Prognose, ob dieser Zustand permanent bleibt oder vorübergehen wird, knüpfen vor allem an die Wahrnehmung des Patienten durch den jeweiligen Arzt an, aussagekräftige objektive Indikatoren gibt es kaum. Der Katalog der Multi-Society-Task-Force liest sich deswegen überwiegend wie eine Negativbeschreibung: „Keine Anzeichen von Wahrnehmung des Selbst oder der Umgebung und Unfähigkeit mit anderen zu interagieren; keine Anzeichen von anhaltenden, wiederholbaren, sinnvollen oder mit eigenem Willen vollzogenen Reaktionen auf audio-visuelle oder taktile Reize; kein Anzeichen von Sprachverständnis oder Sprachfähigkeit ...“¹²⁶

Da für die Diagnose neben einigen messbaren neurologischen Indikatoren vor allem Beobachtungen und Interpretationen von Reaktionen herangezogen werden müssen, hat sich die Diagnose des *vegetative state* als unzuverlässig erwiesen. In der Literatur ist eine Vielzahl von Fehldiagnosen dokumentiert.¹²⁷ Eine maßgebliche Studie hat bei 40 untersuchten Fällen 17

Differentialdiagnostik bei gestörtem Bewusstsein: Young und Pigott (1999).

¹²² Greenfield (2000): 289.

¹²³ Singer (2000)311: 329.

¹²⁴ Calvin (1993): insb. 80ff.

¹²⁵ Cattorini und Reichlin (1997): 266.

¹²⁶ The Multi-Society-Task-Force on PVS (1994): 1500.

¹²⁷ The Multi-Society-Task-Force on PVS (1994): 1502.

Fehldiagnosen (also 43 %) gefunden.¹²⁸ Besonders beunruhigend ist nach Auffassung der Autoren, dass das genaue Maß von Bewusstheit und Bewusstsein der Patienten und auch Veränderungen in diesem Bereich in erster Linie von den Ergotherapeuten, dann von den klinischen Psychologen und dann erst von den anderen (ärztlichen) Mitarbeitern des Teams festgestellt werden. Ob Patienten aber überhaupt in den Genuss von Ergotherapie kommen, entscheiden aber zumeist Ärzte, und es sind auch Ärzte, die in der Regel den Abbruch der künstlichen Ernährung initiieren.¹²⁹ Auch Autoren, die nicht an der Erarbeitung von Studien beteiligt waren, die sich mit der Zuverlässigkeit der Diagnosen auseinandersetzen, haben die Diagnostik des *vegetative state*, die auf dem Nachweis von nichtvorhandenen Eigenschaften und Fähigkeiten beruht, als wenig hilfreich für den klinischen Alltag bezeichnet.¹³⁰ Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch die unterschiedliche Akzentsetzung der medizinischen Disziplinen, die in einem Passus des Berichts der International Working Party von 1996 zum Ausdruck kommt: „Diejenigen Mitglieder der Working Party, die sich auf Rehabilitation spezialisiert haben, äußerten ihre Besorgnis darüber, dass die Konzepte, die davon ausgehen, dass es sich beim *vegetative state* um ein einheitliches Geschehen handelt, oder dass alle Patienten im *vegetative state* eine schlechte Prognose hätten, in der Art einer sich selbst erfüllenden Vorhersage als wichtige Faktoren dazu beitragen könnten, dass klinische Entwicklungen und die Behandlung dieser Patienten

¹²⁸ Andrews et al. (1996). Kritisch zu dieser Studie, weil er Bedenken gegen die zugrunde liegende Diagnostik bezweifelt: Cranford (1996). Dagegen aber unter Verweis auf eine eigene Studie zur Fehldiagnose des *vegetative state* von 1993 in den USA, die zu ähnlichen Ergebnissen kommt wie die von Andrews: Childs und Mercer (1996).

¹²⁹ Andrews et al. (1996): 15.

¹³⁰ International Working Party (1996) vermerkt unter 6.5.: „Neurodiagnostische Tests alleine können weder die Diagnose des *vegetative state* bestätigen, noch das Potenzial für die Gesundung vorhersagen.“ Kritisch auch Wade und Johnston (1999): 841. Die Autoren schlagen deswegen vor, sich mit einer umfassenden Diagnostik auf den Bereich der Bewusstheit und des Bewusstseins zu konzentrieren. Allerdings werden damit allenfalls manche diagnostischen Probleme gelöst.

als Behinderte nicht vorankommen. Diejenigen Mitglieder der Working Party, die vor allem in der Langzeit-Behandlung Erfahrungen gesammelt hatten, gingen eher als die Kliniker, die in der Versorgung der Patienten im frühen Stadium tätig waren, davon aus, dass es eine Variationsbreite von Typen und Stadien des *vegetative state* gibt.¹³¹

Seit den späten Neunzigerjahren ist die Erforschung des *vegetative state* insbesondere durch neue bildgebende Verfahren in der neurologischen Diagnostik fortgeschritten. Dabei wurde vor allem versucht, verdeckte kognitive Prozesse bei den Patienten zu identifizieren, um so festzustellen, ob im *vegetative state* tatsächlich kein Bewusstsein vorhanden ist. Diese Forschungen konnten und können allerdings nicht in größerem Umfang betrieben werden, weil fremdnützige und Grundlagen-Forschung mit einwilligungsunfähigen Patienten in den meisten westlichen Ländern nicht oder nur in engen Grenzen gestattet ist.¹³² Dennoch existieren einzelne Studien, die sich vor allem mit der Frage beschäftigen, inwieweit Patienten im *vegetative state* einerseits tatsächlich über keine Form von Bewusstsein verfügen und die andererseits versuchen zu erkunden, ob diese Patienten nicht doch, entgegen den Festschreibungen der Multi-Society-Task-Force, Schmerzen empfinden können.

Beispielsweise wurde im Verlauf von Studien mit Patienten im *vegetative state* festgestellt, dass Gesichter, die ihnen bekannt waren, in Tests in signifikantem Maße Aktivitäten in bestimmten Hirnarealen (z. B. der Brodmann's Region 37) auslösten, während bloß gesichtsähnliche Pixelansammlungen diesen Effekt nicht hatten.¹³³ Mitarbeiter einer anderen neurologischen Forschungsgruppe stellten fest, dass bei einem Patienten, dem eine Geschichte auf Tonband vorgespielt wurde, die seine Mutter

¹³¹ International Working Party (1996).

¹³² Zu den rechtlichen Gründen für eine solche Einschränkung am Beispiel der Auseinandersetzung um das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates: Tolmein (1998a). Zu den Auseinandersetzungen um ein bundesdeutsches Projekt zur Erforschung der Empfindungsfähigkeit von Patienten im *vegetative state*: Tolmein (1998b).

¹³³ Menon et al. (1998). Ähnliche Beobachtungen bei: Haxby et al. (1994).

aufgenommen hatte, Aktivitäten im Gyrus Cinguli, des rechten Schläfenlappens und von Teilen des frontalen Gehirns zu verzeichnen waren.¹³⁴ In Deutschland sind vor allem Ergebnisse der Forschungsgruppe um Dr. Zieger bemerkenswert, der in einer neurochirurgischen Klinik auf Frührehabilitation schwerst hirngeschädigter Patienten spezialisiert ist und in diesem Kontext bei Patienten im *vegetative state* signifikante Muskeltonusveränderungen sowie Veränderungen der Herzfrequenz bei unspezifischen sensorischen und bei dialogischen Reizangeboten nachgewiesen hat.¹³⁵ Zieger und seine Arbeitsgruppe konnten auch bei der Messung ereigniskorrelierter Hirnpotentiale mittels eines *processed EEG* – vor allem unter dialogischen und individuell bedeutsamen Reizangeboten (Angehörigenbesuch) – eine ereigniskorrelierte Alpha- und Beta-Aktivierung belegen, die von ihnen als Korrelat von „Aufmerksamkeit“ und „interner Wachheit“ beurteilt wird.¹³⁶ Andere Forscher konnten bei Patienten, die sich zum Teil seit über 20 Jahren im *vegetative state* befanden, einzelne Verhaltensweisen identifizieren und in Zusammenhang mit erhaltenen, isolierten anatomischen Hirnstrukturen und physiologischen Hirnaktivitäten bringen,¹³⁷ was sie allerdings zur der Auffassung führte, dass diese „höheren“ Verhaltensweisen, beispielsweise das Sprechen von Worten, nicht als Anhaltspunkt für das Vorhandensein von Bewusstsein taugten.

Der in der Hirnrinde lokalisierte Gyrus Cinguli spielt nach neueren Forschungen für das Schmerzempfinden des Menschen eine wichtige Rolle. Er verfügt über eine Vielzahl von Opiatrezeptoren und wird bei Schmerzwahrnehmungen regelmäßig aktiviert. Bei neuropathologischen Untersuchungen an Patienten, die nach einer längeren Zeit im *vegetative state* verstorben sind, stellte sich heraus, dass die Hirnrinde zwar beschädigt, zumeist aber nicht zerstört oder funktionslos ist. Auch der Gyrus Cinguli kann bei Patienten im *vegetative state* erhalten sein.¹³⁸ In diesem Zusammenhang ist die Geschichte der wohl bekanntesten Patientin im

¹³⁴ Vgl. Klein (1999).

¹³⁵ Zieger (1996): 58.

¹³⁶ Zieger (1997).

¹³⁷ Schiff et al. (1999).

¹³⁸ Kinney et al. (1994).

vegetative state, Karen Ann Quinlan, bemerkenswert. Sie hatte bei neurologischen Untersuchungen ihre Gliedmaßen als Reaktion auf Nadelstiche weggezogen. Das wurde seitens der behandelnden Ärzte nicht als Schmerzreaktion interpretiert, weil Schmerzen ein gewisses Maß an Bewusstsein erfordert hätten, über das eine Patientin im *vegetative state* aber nicht verfügt. Stattdessen waren die Reaktionen als unbewusste, also durch subkortikale Hirn-Strukturen initiierte Reflexe gedeutet worden. Anlässlich der neuroanatomischen Untersuchungen des Gehirns der Verstorbenen stellte sich allerdings heraus, dass entgegen den Erwartungen die kortikalen Strukturen kaum beschädigt waren. Lediglich der Thalamus wies schwerwiegende Zerstörungen auf, was die Autoren der Studie veranlasste anzunehmen, dass der Thalamus und nicht die Hirnrinde eine zentrale Rolle für Bewusstseinsprozesse spielen müsse.¹³⁹ Allerdings sind, anders als bei Quinlan, bei etlichen Patienten im *vegetative state* die Strukturen des Thalamus weitgehend intakt. Was das für die Situation der Patienten im *vegetative state* heißt, ist unklar.

Die Forschergruppe, die das Gehirn von Karen Ann Quinlan untersucht hat, bemüht sich engagiert zu begründen, wieso ihr anatomisches Untersuchungsergebnis von den Ergebnissen früherer Untersuchungen an Gehirnen von Patienten im *vegetative state* erheblich abweicht, dennoch aber die Grundannahme, dass diese Patienten allesamt weder Bewusstsein noch Schmerzempfinden haben, zutrifft.¹⁴⁰ Tatsächlich ist das nicht ausgeschlossen, denn der *vegetative state* ist gerade kein einheitliches Krankheitsbild, sondern eine Sammlung von Symptomen, und das menschliche Gehirn ist ein komplex funktionierendes Organ, das im Fall einer Schädigung nicht einheitlich reagiert. Und auch das Wissen um die neuro-physiologischen Prozesse und Voraussetzungen für das, was wir als „Bewusstsein“ bezeichnen, ist so gering, dass die Konsequenzen der Schädigung einzelner Hirn-Areale und -Strukturen nicht eindeutig ermessen werden können. Allerdings zeigt sich an diesen anatomischen und experimentellen Untersuchungen, dass die wohl noch überwiegend geteilte Auffassung der Mediziner und Neurowissenschaftler, die davon ausgehen,

¹³⁹ Kinney et al. (1994).

¹⁴⁰ Kinney et al. (1994): 1472.

dass sich Zustände, die als *vegetative state* diagnostiziert werden, und Bewusstsein und Schmerzempfindung ausschließen, auf einer nicht allzu tragfähigen Basis von Fakten gründet. Die Gegenmeinung, dass nämlich auch bei Patienten im *vegetative state* Schmerzempfindungen und Bewusstsein zumindest vorhanden sein können, kann dagegen auf einige bemerkenswerte Befunde verweisen.

d) *Konsequenzen der Auseinandersetzung um den medizinischen Gehalt der Diagnose vegetative state für die Diskussion der Interessen*

Die unterschiedlichen Sichtweisen der Mediziner wirken sich auf die Debatte um den *best interest* der Patienten in erheblicher Weise aus. Trifft es zu, dass Menschen im *vegetative state* sehr wohl Schmerzen empfinden und in einem wie geringen Ausmaß auch immer über Bewusstsein verfügen, dann lässt sich die Auffassung, dass sie keine Interessen hätten, die im Zuge einer Ermittlung des *best interest* von Bedeutung wären, nicht mehr vertreten.

Geht man vorsichtiger davon aus, dass sich beim gegenwärtigen Erkenntnisstand der Medizin Klarheit über die Empfindungsfähigkeit und das Vorhandensein von Bewusstsein bei Patienten im *vegetative state* nicht herstellen lässt, darf nach dem Grundsatz, dass bei Ungewissheit möglichst versucht werden muss, die Zufügung von Schäden zu verhindern, ebenfalls nicht angenommen werden, dass diese Patienten keine Interessen mehr hätten. Zumindest ist, solange eine Klärung der Lage der Patienten nicht oder nicht zuverlässig möglich ist, wenigstens von potentiellen Interessen auszugehen.

Nur wer die medizinisch-naturwissenschaftlich begründeten Zweifel an der Richtigkeit der herrschenden Doktrin von der Bewusstseinslosigkeit und Schmerzunempfindlichkeit entschlossen beiseite räumt oder für unbegründet hält, kann weiterhin von einer Interessenlosigkeit der Menschen im *vegetative state* ausgehen.

Die Bestimmung eines *best interest* erweist sich so in hohem Maße als abhängig vom Kenntnisstand der modernen Medizin und damit von den Ergebnissen wissenschaftlicher Kontroversen in komplexen Forschungsbereichen, bzw. von der Sichtweise, aus der dieser Streit betrachtet wird. Zusätzlich kommt es aber darauf an, wie die Instanzen, die

das *best interest* ermitteln, diesen Stand der Wissenschaft wahrzunehmen bereit und in der Lage sind und wie sie ihn verarbeiten. An dieser Schnittstelle von Betreuungs- und Strafrecht zeigt sich auch das grundsätzliche Problem, das Keller am Beispiel des Strafrechts diskutiert hat, als Verlust orientierungskräftiger Gegenständlichkeit und des Vordringens normativer und zweckrationaler Positionen.¹⁴¹

Schon die Einführung der Kategorie des Interesses führt in die, nach Definitionen und Bestimmung der Voraussetzungen verlangende, Abstraktion. Die Akzentsetzung auf die medizinische Diagnose und ihre Implikationen erweist sich, angesichts der gravierenden Unsicherheiten über das zugrunde gelegte Konzept der Krankheit, als weiterer Schritt, der die Aufmerksamkeit vom einzelnen Patienten und seiner Situation wegführt. Ein lebensweltliches Ereignis wird so in ein, auf Erkenntnissen von Experten basierendes, Verfahren verwandelt. Die sinnliche Wahrnehmung des einzelnen Menschen und die Überlegungen, wie mit ihm gegenwärtig und in Zukunft umzugehen sei, werden abgelöst durch eine formalisierte Prozedur, an deren Anfang eine Diagnose durch ein medizinisches Konsortium steht, die das Urteil eines Konsortiums von Juristinnen und Juristen als Konsequenz nach sich zieht. Dieser Vorgang kann, auch das sagt viel über die Situation, von jedem in Gang gesetzt werden, der in irgendeinem Zusammenhang mit dem Patienten steht – nur nicht von diesem selbst.¹⁴² Bemerkenswert ist zudem, dass die medizinischen Befunde ihren Charakter selbst im Zuge dieses Verfahren verändern: Indem die Betreiber des Entscheidungsverfahrens und die Entscheider selbst sie als Tatsachen in eine juristisch strukturierte Prozedur einführen, werden sie gleichzeitig aus ihrem medizinisch-wissenschaftlichen Zusammenhang herausgelöst und gewinnen so eine Eindeutigkeit, die sie ursprünglich nicht hatten und haben sollten.

¹⁴¹ Keller (1995).

¹⁴² Dieses Unvermögen des Patienten hier tätig zu werden, ist einerseits logisch, ist es doch Teil der Krankheit, die ihn überhaupt erst zum Objekt eines solchen Verfahrens werden lässt. Andererseits erscheint es wichtig sich stets zu vergegenwärtigen, dass diese Prozeduren von außen in Gang gesetzt und betrieben werden.

Die Konzentration auf den medizinischen Befund führt aber nicht nur deshalb zu Problemen. Sie bewirkt auch grundsätzlich eine Verengung der Perspektive im Rahmen der *Best-interest-Analyse*. In der bislang vorliegenden rechtswissenschaftlichen Literatur und in der Rechtsprechung wird gegen die sinnliche Wahrnehmung eines wach aussehenden, auf Laute und andere Reize reagierenden Menschen, auf Messungen und Werte vertraut. Der Status des Menschen im *vegetative state* wird so wesentlich, wenn nicht sogar ausschließlich durch seine Eigenschaft als Patient bestimmt – es geht aber nicht nur um seine Behandlung, sondern um sein Leben als Ganzes. Durch die Reduktion seiner Existenz auf das Patienten-Dasein wird er auf die bei ihm konstatierten Defizite festgelegt, sie werden zu bestimmenden und entscheidenden Faktoren, weil nur sie als relevant und wirklich vorhanden akzeptiert werden, während die Grimassen, das Umherirren der Augen, die Geräusche bei unangenehmer Krankengymnastik im Zustand des *vegetative state* als bloße Reflexe des Patienten oder als hoffnungsvolle Einbildungen des Pflegepersonals oder der Angehörigen abgetan werden.¹⁴³

Diese Sichtweise macht die Problematik einer vor allem auf die medizinische Diagnose fokussierenden Sichtweise besonders deutlich. Der mit schlechter Prognose als im *vegetative state* befindliche etikettierte Mensch wird so nicht als der Mensch akzeptiert, als der er unmittelbar wahrgenommen werden kann. Es wird aufgrund der Diagnose eine Interpretation seines Verhaltens vorgegeben, die die Wahrnehmung der Äußerungen des Patienten bedeutungslos erscheinen lassen soll. Der Patient erscheint damit als Mensch mit Vergangenheit, ihm wird aber abgesprochen, dass er eine Gegenwart und Zukunft haben kann.

Allerdings ist unklar, ob ein Zugang zu Patienten im *vegetative state*, der zumindest offen hält, dass sie sich in irgendeiner und sei es rudimentären Art in Auseinandersetzung mit der Außenwelt befinden, mit Blick auf die Interessen dieser Menschen zu einem anderen Ergebnis kommt, als der Betrachter, der diesen Patienten jede Interaktions- und Wahrnehmungsfähigkeit

¹⁴³ Das ändert sich in dem Moment, in dem eine Wiederherstellung des Bewusstseins angenommen wird. Aber dann ist der Zustand des *vegetative state* per definitionem verlassen.

abspricht. Die vor allem in den USA geführte Debatte über die Behandlung von Patienten im so genannten *Minimally Conscious State* (MCS) ist für diese Auseinandersetzung aufschlussreich. MCS ist ebenfalls keine klinische Diagnose im eigentlichen Sinn, sondern bezeichnet eine Sammlung bestimmter Verhaltensdefizite. Ein Consensus Statement der Aspen Neurobehavioural Conference von 1999 schlägt vor, dass eine oder mehrere Fähigkeiten der folgenden Fähigkeiten bei Patienten reproduzierbar nachweisbar sein müssen, um MCS zu diagnostizieren: „Einfachen Anweisungen Folge leisten; gestische oder verbale ‚Ja/Nein‘-Antworten; sinnvolle Artikulation von Worten; Bewegungen oder affektives Verhalten, die sich in erkennbarer Verbindung zu relevanten Stimuli der Umwelt ereignen und die nicht einfach als Reflexe zu bezeichnen sind. Dazu gehören beispielsweise Lächeln oder Weinen als Reaktion auf linguistischen oder visuellen emotionalen Inhalt; Fortbewegung im Rollstuhl unter Umgehung von Hindernissen in der Umwelt.“¹⁴⁴ Obwohl den Patienten Interaktions- und Kommunikationsfähigkeiten zugeschrieben werden, argumentieren Nelson/Cranford dafür, die künstliche Ernährung in diesen Fällen abubrechen. Entscheidend sei in diesen Konstellationen, dass die Patienten, da sie ihre Lage wahrnehmen könnten, litten und überdies ihr Leben im Zusammenhang ihrer Biografie und als Person beendet wäre.¹⁴⁵

Bemerkenswert an dieser Argumentation ist, dass sie so engagiert betont, das Leben des Menschen sei mehr als nur die biologische Existenz, gleichzeitig aber in der Auseinandersetzung mit dem Schicksal konkreter Menschen selbst in einen Biologismus verfällt: Die biologischen Kapazitäten des Menschen werden zum entscheidenden, wenn nicht sogar alleinigen Faktor für die Bestimmung eines Lebensinteresses. Tatsächlich ist aber die Biografie eines Menschen auch im *vegetative state* keineswegs beendet. Er kann auch in diesem Zustand möglicherweise noch

¹⁴⁴ The Aspen Neurobehavioural Conference Work Group, zit. nach Nelson und Cranford (1999): 428f.

¹⁴⁵ Nelson und Cranford (1999): 452f. Dieser Ansicht sind zumindest implizit auch Buchanan/Brock, wenn sie als Argument gegen die Lebenserhaltung von Menschen im *vegetative state* anführen, dass diese, selbst wenn sie wieder aufwachten, erheblich behindert wären und blieben. Buchanan und Brock (1990): 130f.

unterschiedliche Erfahrungen machen, seine soziale Umwelt kann ihn auf unterschiedliche Art und Weise in ihr Leben einbeziehen oder ihn auch daraus ausgrenzen. Inwieweit sein Leben weiterhin personelles Leben ist, ist immerhin umstritten.

5. Zwischenergebnis zum *Best-interest-Standard*

Bei der Analyse des *Best-interest-Standard*s fällt auf, dass in den entsprechenden richterlichen Beschlüssen und auch in der Literatur nicht ausdrücklich begründet wird, warum es gerade die Interessen eines Individuums sind, die im Zuge eines Verfahrens entscheidend sein sollen. Die Gewichtung der Interessen als Faktoren von herausgehobener Bedeutung geschieht so selbstverständlich, dass der Eindruck entsteht, ihr Stellenwert im Leben der Menschen sei gar nicht reflektiert worden, weil ihre Realisierung a priori als Zentrum menschlicher Selbstverwirklichung angesehen wird. Wahrnehmung von Interessen und die Selbstverwirklichung des Individuums sind tatsächlich zwar historisch miteinander verbunden. Gleichzeitig ist aber in der historischen Auseinandersetzung mit dem Begriff des Interesses stets dessen Verwandtschaft mit wirtschaftlichen Erwägungen betont¹⁴⁶ und damit auch die Begrenztheit dessen, was von Interessen umfasst wird, akzentuiert worden. Auch wenn das Interesse in einem weiteren Sinn auf ideelle Angelegenheiten bezogen wird, bleibt es doch durch das Element des Kalkulierenden geprägt.

Die Anwendung des *Best-interest-Standard*s löst zudem angesichts des hohen Maßes an Ungewissheit, sowohl was die medizinischen Aussagen über den *vegetative state* angeht, als auch mit Blick auf die Schwierigkeiten, überhaupt Interessen von Menschen in Extremsituationen zu bestimmen und zu gewichten, nicht die Erwartungen ein, die in die Anwendung dieses Verfahrens als objektivierbarem, zuverlässigem Entscheidungsstandard gesetzt werden. Bleibt man sich der Ungewissheiten und subjektiven Faktoren bewusst, die die Bestimmung eines *best interests* begleiten, ermöglicht dieses Vorgehen aber immerhin ein gewisses Maß an Verständigung über die Behandlung von Patienten auch in einem so

¹⁴⁶ Luhmann (1994): 83.

extremen Zustand wie dem Wachkoma. Insbesondere bei folgenreichen Entscheidungen in höchstpersönlichen Bereichen reicht die Bestimmung des *best interest* allein aber nicht hin, weil auch sie in erheblichem Maße durch subjektive Annahmen und Vorgaben Dritter geprägt ist.

Es ist mithin erforderlich, andere Kriterien zu suchen, die Entscheidungen in diesem Bereich ermöglichen.

B. Ein nicht an Interessen ausgerichteter Standard

1. *Best-respect*-Standard

In der US-amerikanischen Debatte ist der Vorschlag gemacht worden, den *Best-interest*-Standard durch einen *Best-respect*-Standard zu ersetzen. Dieser Standard soll Entscheidungen über inkompetente Patienten offener und ehrlicher machen, indem er zwischen objektiven medizinischen Daten und subjektiven moralischen Überzeugungen deutlich unterscheidet.¹⁴⁷ Methodisch soll die Ermittlung der Entscheidung, die den Patienten am besten respektiert, durch eine Kombination von Erhebung objektiver medizinischer Daten und Anwendung der Methoden der *narrative ethics*, also einer umfassenden Beschreibung aller für eine ethische Bewertung interessanten Lebensumstände, möglich sein. Da dieser Standard nicht ergebnisorientiert ist, sondern die diskursive Ermittlung und Auswertung lebensgeschichtlicher Informationen in den Mittelpunkt stellt, soll er differenzierte Ergebnisse ermöglichen. Da nach diesem in der Literatur vorgeschlagenen Standard in der gerichtlichen Praxis nicht verfahren wird, ist die Diskussion der Verfahrensweise im Detail schwierig.

Grundsätzlich erscheint als Vorteil, dass dieser Standard die moralische Dimension einer solchen Entscheidung thematisiert und damit das offen legt, was bei Anwendung des *Best-interest*-Standards weitgehend unreflektiert geschieht, dass die Entscheidung nämlich auf Dritte delegiert wird, die zumindest auch nach ihren subjektiven Wertmaßstäben handeln. Andererseits wird durch die Anwendung des *Best-respect*-Standards das

¹⁴⁷ Martyn (1994): 205.

grundlegende Problem nicht gelöst, dass nämlich im Kontext medizinischer Behandlungssituationen Entscheidungen, die darauf zielen, den Tod herbeizuführen, nicht auf Dritte übertragen werden sollen, weil damit nicht-freiwillige Euthanasie legalisiert wird. Überzeugen kann der Ansatz aber auch immanent nicht, weil „Respekt“ als Kriterium rechtlich nicht ausreichend fundiert und damit im Rahmen eines Verfahrens nicht zu handhaben ist. Insofern erscheinen andere Entscheidungsmaßstäbe, die versuchen, die Binnenperspektive des Individuums ins Zentrum zu rücken, vorzugswürdig.

2. Orientierung an Bedürfnissen

Als Gegensatz zu Interessen lassen sich Bedürfnisse verstehen. Sie wirken unmittelbar und unterliegen, auch wenn die Befriedigung von Bedürfnissen dem Interesse einer Person entsprechen kann, primär keinem Kalkül, sondern verweisen auf etwas grundlegend Erforderliches. Auch Passion und Liebe werden als Gegensatz zu Interessen verstanden.¹⁴⁸ Luhmann beschreibt Liebe als etwas, das keine Gegenrechnung kennt, bei dem Kosten nicht kalkuliert werden können, weil die Negativa mitgenossen werden und dazu dienen, sich die Liebe zu vergegenwärtigen.¹⁴⁹ Das gilt auch für das Leben an sich, das man sich zwar nicht vergegenwärtigen muss, das aber auch nicht einfach in positive und negative Abschnitte zerlegt werden kann.

Allerdings kann auch eine Liebe ihr Ende finden, sei es weil das, was sie motiviert hat, zerstört (worden) ist, sei es, weil doch die Negativa so überhand gewinnen, dass sich schließlich ein Kalkül durchsetzt, dass das Interesse resp. dann das Des-Interesse die Verhältnisse prägt. Auch das Leben kann dieses Besondere, um dessentwillen es als Ganzes gelebt werden will, verlieren – es bleiben dann nur noch Posten, die man saldieren kann, also nichts. An der Existenz und Bedeutung von Liebe (oder Leben) an sich als bestimmenden Faktoren jenseits von Interessen ändert das nichts.

¹⁴⁸ Vgl. Luhmann (1998): 238ff.

¹⁴⁹ Luhmann (1994): 83.

Was sich daraus für Menschen im *vegetative state* ergibt, bleibt zuerst einmal offen. Wir sind nicht in der Lage nachzuvollziehen, ob Sie Passionen haben, ob sie in der Lage sind, so etwas wie Liebe zu empfinden. Immerhin ist festzustellen, dass es über die Analyse ihrer Interessen hinaus noch etwas geben kann, was für die Entscheidung über ihre Behandlung von Bedeutung ist. Wir wissen allerdings, dass Menschen im *vegetative state* Bedürfnisse haben. Bedürfnisse existieren auf unterschiedlichen Ebenen. Es ist vom Bedürfnis sich selbst zu verwirklichen die Rede, aber auch vom Bedürfnis seine Ruhe zu haben oder vom Bedürfnis zu essen. Hier sind mit Bedürfnissen in erster Linie psychologische und somatische Erfordernisse auf einer grundlegenden Ebene gemeint. Diese Bedürfnisse erweisen sich dabei als sinnliches Korrelat der nicht unterbrochenen Identität von Menschen, deren Biographie durch abrupte Brüche oder Zäsuren geprägt ist.¹⁵⁰ Bedürfnisse entstehen dabei zumeist, aber nicht notwendigerweise, als Ergebnis von Mangel – aus Mangel im Organismus oder aus Mangel in der sozialen Sphäre. Nicht jeder Mangel hat die Entstehung eines Bedürfnisses zur Folge: Menschen mit Magersucht können und wollen nicht essen, obwohl sie es dringend müssten. Insoweit unterscheiden sich auch Bedürfnisse und objektive Interessen. Bedürfnisse haben eine subjektive Ausprägung, auch wenn sie sich, zumindest wenn es um Grundbedürfnisse geht, oft gleichen: Nahrungs- und Flüssigkeitsaufnahme entsprechen dem objektiven Interesse eines Menschen und werden ihm oder ihr in der Regel auch ein Bedürfnis sein. Allerdings unterliegt, was ein objektives Interesse ist einem normativen und auf irgendeine Weise überprüfbar Maßstab, während ein Bedürfnis in erster Linie empirisch feststellbar ist. Die Sphären biologischer und sozialer Bedürfnisse können sich dabei durchdringen: Nahrungsaufnahme dient, wie besonders eindrucksvoll das Beispiel von Neugeborenen zeigt, die an der Brust gefüttert werden, nicht nur dem Erhalt des Lebens, sondern ist auch ein Akt sozialer Kommunikation.¹⁵¹

¹⁵⁰ Vgl. **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.** Angehörige oder Pflegepersonal beobachten öfter, dass bei Menschen mit Demenzen Vorlieben für bestimmte Speisen oder Musik noch erkennbar sind, wenn Gedächtnis- oder Denkleistungen längst stark eingeschränkt sind.

¹⁵¹ Vgl. Loewy (1996): 246f.

Die bekannten Bedürfnisse von Menschen im *vegetative state* sind auf einer elementaren körperlichen Ebene angesiedelt – was nicht heißt, dass sie keine sozialen Bedürfnisse haben.¹⁵² Sie benötigen Ernährung, Flüssigkeit, ein gewisses Maß an Pflege, damit sie am Leben bleiben, sich keine Verletzungen zuziehen und nicht wund liegen. Das Verhalten von Menschen im *vegetative state* lässt plausibel erscheinen, dass sie auch ein Bedürfnis nach dem haben, was wir als angenehme Umgebung empfinden. Auf Lärm, grelle Lichteffekte, Zwicken, Aktionen, die empfindungsfähigen Menschen Schmerzen zufügen, reagieren sie dagegen mit Grimassieren und unwilligen Geräuschen.

Nicht interessengebundene Verhaltensweisen wie Passionen oder Liebe, die auf irgendeine Art gebildet werden oder die sich entwickeln müssen, lassen sich für die rechtliche Entscheidung über die Behandlung von Menschen im *vegetative state* nicht operationalisieren, weil sie, so wenig wie Interessen, zuverlässig von außen zu erschließen sind. Mit Blick auf die Bedürfnisse, die unmittelbar, also ohne dass man sie sich bewusst machen müsste, vorhanden sind, gilt das nicht. Möglicherweise sind nicht alle, aber doch auf jeden Fall einige wichtige Bedürfnisse von außen zu erschließen oder werden von den Menschen im *vegetative state* zumindest durch ihre Körpersprache mitgeteilt.

Mit Blick auf die Entscheidungen über den Abbruch oder die Fortsetzung der künstlichen Ernährung, die in Fällen des *vegetative state* gefällt werden müssen und die hier diskutiert werden, scheint eine Orientierung an den Bedürfnissen, statt am *best interest* des Patienten eine einfacher umzusetzende Leitlinie zu sein, die enger am Patienten orientiert ist, die allerdings auch stets zum selben Ergebnis führt: Die Ernährung muss fortgeführt werden. Dieses Ergebnis spricht nicht gegen die Wahl eines solchen Orientierungskriteriums – allerdings wirft die absehbare Gleichförmigkeit des Ergebnisses die Frage auf, ob es sich hierbei wirklich um ein taugliches Kriterium handelt, anhand dessen sich Entscheidungen

¹⁵² Reaktionen auf Musiktherapie oder auf bestimmte rehabilitative Maßnahmen legen eher das Gegenteil nahe. Vgl. oben I.A.4.c). Kutzer weist darauf hin, dass Patienten im *vegetative state* „ihrer Umgebung durchaus Signale ihrer positiven oder negativen Gestimmtheit (geben)“ (Kutzer 2003 b, 151f.).

fällen lassen, oder ob es doch nur ein Instrument ist, eine aus anderen Gründen gewünschte Entscheidung routinemäßig herbeizuführen.

Um das zu überprüfen, wäre zu klären, ob das Kriterium „Bedürfnis“ tatsächlich starr zu immer dem gleichen Ergebnis führen muss.

Am Beispiel des Ernährungsabbruchs erscheint dabei vor allem folgende Konstellation problematisch, die auch in Fällen des *vegetative state* vorstellbar ist: Ist die Ernährung ausnahmsweise tatsächlich nur über eine implantierte Sonde möglich¹⁵³ und ergeben sich bei oder nach der Implantation dieser Sonde schwerwiegende Komplikationen, die beispielsweise dazu führen, dass es zu Entzündungen kommt und die Sonde in immer kürzeren Abständen neu implantiert werden muss, stellt sich die Frage, ob diese Prozedur dem Patienten auf längere Sicht zuzumuten ist.¹⁵⁴ Am Bedürfnis des Patienten ernährt zu werden, würde sich durch die Komplikationen mit der Sonde nichts ändern. Allerdings wäre zu fragen, ob die Reaktionen des Patienten, die zu den Komplikationen bei der Einsetzung der Sonde führen, nicht als körperlicher Ausdruck eines anderen, gegenläufigen Bedürfnisses verstanden werden können: in Ruhe gelassen zu werden, keine Verletzungen des Körpers durch operative Eingriffe erdulden zu müssen. Sieht man, wie hier, den Leib nicht nur als Ansammlung von lebenswichtigen Funktionen, sondern akzeptiert man, dass der Körper eine

¹⁵³ Oftmals wären Patienten im *vegetative state* in der Lage Nahrung auch oral zu sich zu nehmen. Vgl. oben **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**

¹⁵⁴ Eine andere Konstellation spielt bei alten Menschen mit hochgradiger Demenz eine wichtige Rolle: Sie wehren sich oftmals gegen die durch Schläuche und Kanülen erfolgte künstliche Ernährung und reißen sich die Zugänge heraus. Um das zu verhindern, werden sie dann bisweilen ans Bett gefesselt. Für diese Reaktionen gilt das im Folgenden entwickelte ebenso: Die Fortführung einer künstlichen Ernährung um den Preis einer nicht nur punktuell und kurzfristig erfolgenden Fesselung ist nicht akzeptabel. Meines Erachtens ist gerade bei Demenzen aber schon ein früherer Schritt zu prüfen: Ist ein Patient physisch in der Lage zu essen, verweigert aber die Nahrungsaufnahme, so ist festzustellen, ob eine künstliche Ernährung hier überhaupt zulässig ist, oder ob sie eine unzulässige Umgehung des Selbstbestimmungsrechts dieser Person darstellt, die entscheidungsunfähig sein mag, deren aktuelle Wünsche und Vorstellungen aber dennoch weitgehend zu respektieren sind.

eigene Ausdrucksform hat, eine Körpersprache,¹⁵⁵ sieht man den Körper des Patienten also als expressives Gegenüber des Arztes¹⁵⁶ (und ggf. der Angehörigen), liegt diese Wahrnehmung nahe. Sie ergibt sich aber nicht zwangsläufig. Da der hier entwickelte bedürfnisorientierte Ansatz zum Ziel hat, die Zuschreibung unzulänglicher subjektiver Mutmaßungen und verdeckt subjektiv geprägter Feststellung von Interessen durch Dritte zu ersetzen, ist zu fragen, wie in einer solchen Situation, in der Bedürfnisse unklar sind und sogar gegebenenfalls in Konkurrenz zueinander treten, weiter vorgegangen werden soll.

Vor allem kommt es darauf an, die Bedürfnisse und ihre Entwicklungen möglichst präzise zu erfassen. Im konkreten Fall wäre erforderlich anhand der Krankengeschichte eingehend zu untersuchen, wann die Komplikationen aufgetreten sind, wie sie sich entwickelt haben, ob es sich um eine stetige Verschlechterung des Zustandes handelt oder um eine plötzlich auftretende Entzündung, die möglicherweise nach kurzer Zeit wieder abklingt. Diese Ergebnisse wären durch biografische Informationen und andere Erkenntnisse über die Patienten zu ergänzen. Das so erlangte Wissen könnte mithilfe der Methoden, die im Kreis der *narrative ethics* entwickelt worden sind, präzisiert und eingeordnet werden.¹⁵⁷ Mit Blick auf Frau Sch., die Patientin des Kemptener Falles, wäre es beispielsweise wichtig gewesen, sich im Rahmen einer solchen Analyse von Bedürfnissen zu vergegenwärtigen, dass der Herzstillstand, der Ausgangspunkt der schließlich zum Tode führenden Erkrankungen war, ein halbes Jahr nach der

¹⁵⁵ Vgl. Waldenfels (2000): 230.

¹⁵⁶ Lindemann (2002): 264ff.

¹⁵⁷ Einen Überblick gibt: Kaufmann (2001). Es geht dabei um offene Beschreibungen von Geschichten, die zum für die Entscheidung relevanten Ereignis geführt haben und in die Geschlecht, kulturelles und soziales Umfeld einbezogen werden. *Narrative ethics* haben einen Wechsel von einer entscheidungsorientierten zu einer beziehungsorientierten Ethik zum Ziel: Jones (1997): 1245. Allerdings wird im Kontext der *narrative ethics* bislang nicht ausdrücklich auf die Erzählperspektive des Körpers eingegangen. Ansätze zu einem Vorgehen in der Art der *narrative ethics*, auf die allerdings nicht ausdrücklich Bezug genommen wird, gibt es auch in Hanussek (2001).

Heimeinweisung erfolgte, also möglicherweise bereits eine Reaktion auf die neuen Lebensumstände war.

Ergibt sich im Zuge einer solchen, narrativ angelegten Analyse, dass hier das generelle Bedürfnis des Körpers Nahrung aufzunehmen, um Nährstoffe verarbeiten und sich selbst so am Leben erhalten zu können, mit dem Bedürfnis in Ruhe gelassen zu werden dauerhaft oder wenigstens auf lange Sicht hin in Konflikt gerät, ist eine Fortsetzung der Ernährung, solange sie eines invasiven Eingriffes bedarf, nicht mehr vertretbar, da sie von nun an gegen den körperlich zum Ausdruck gebrachten Willen des Patienten durchgeführt werden müsste. An diesem Punkt würde der Umschlag von Wahrung des auf dem Lebensrecht begründeten Lebens in eine Lebenspflicht erfolgen. Eine Pflicht zu leben existiert aber nicht. Es geht hier also dennoch nicht um eine nur an einem späteren Punkt ansetzende Abwägung von Interessen beispielsweise dem Interesse am Leben und den Schmerzen, die das Weiterleben dem Patienten aufbürden würde. Grund für den Abbruch der künstlichen Ernährung an diesem Punkt ist eine vom Betroffenen selbst, wenn auch nicht infolge eines rationalen Diskurses erfolgte, durch seine körperlichen Reaktionen ausgedrückte Entscheidung.¹⁵⁸ Auch hier besteht allerdings die Möglichkeit des Irrtums. Allerdings ist die Wahrscheinlichkeit eines solchen Irrtums geringer, denn hier handelt es sich anders als bei der mutmaßlichen Einwilligung um aktuelle Reaktionen, die zudem wiederholt auftreten und über deren Bedeutung sich Angehörige und Behandlungsteam verständigen können.

a) *Konflikte von Bedürfnissen*

Auch in anderen Konstellationen, die allerdings bei Patienten im *vegetative state* kaum vorkommen werden, die aber bei Patienten in fortgeschrittenen Stadien der Demenz erhebliche praktische Bedeutung haben können, ermöglicht die an Bedürfnissen orientierte Analyse und mithilfe von Methoden der *narrative ethics* vorgenommene Diskussion von

¹⁵⁸ Waldenfels argumentiert, dass sich der Leib in seinen Organen betätigt und nicht nur mittels ihrer. Er verweist in diesem Kontext auf die Erkenntnisse und Methode der Gestalt-Therapie (Waldenfels 2000, 374ff.).

Behandlungsperspektiven zu differenzierten Ergebnissen zu kommen. Wenn sich ein Patient regelmäßig die Trachealkanüle, durch die er atmet, herauszieht oder die Nasensonde, die seine Ernährung ermöglicht,¹⁵⁹ dann besteht ebenfalls die Möglichkeit (um sichere Aussagen zu ermöglichen, wäre eine genauere Kenntnis der jeweiligen Lebensgeschichten und -umstände erforderlich), dass hier das vorausgesetzte körperliche Bedürfnis gar nicht mehr vorliegt oder starke konkurrierende Bedürfnisse existieren. Das Bedürfnis nach Bewegungsfreiheit kann dann, muss aber nicht, das Bedürfnis nach Ernährung oder nach Atmung überwiegen – auch wenn das den Tod des Patienten nach sich ziehen kann.¹⁶⁰ Sollte eine Patientin mit weit fortgeschrittener Demenz physisch noch in der Lage sein zu schlucken und mithin Nahrung gefüttert zu bekommen, tatsächlich aber keine Nahrung mehr zu sich zu nehmen, wird ebenfalls eingehend zu prüfen sein, ob hier wirklich noch von einem Bedürfnis, Nahrung zu sich zu nehmen, gesprochen und damit eine künstliche Ernährung legitimiert werden kann,

¹⁵⁹ Diese Fälle werden in der deutschsprachigen Literatur angeführt: Coeppicus (1998). Bedenklich stimmt allerdings, dass die Geschichten der Patienten nicht durch weitere Informationen, sondern lediglich durch die Angabe des späteren Todeszeitpunktes individualisiert werden. In solchen Konstellationen kommt es dabei gerade auf die Details und exakten Rahmenbedingungen an – und es wäre Aufgabe der Justiz oder der Betreuer auch die Lebensumstände der Betroffenen auf ihre Veränderbarkeit hin zu untersuchen. Für die USA führt Dresser Untersuchungen an, die zeigen, dass solches Verhalten recht weit verbreitet ist. Dresser favorisiert allerdings auch in diesen Konstellationen eine Lösung über einen modifizierten *Best-interest*-Standard bzw. über neue politisch zu entwickelnde Standards im Rahmen der Debatte über nutzlose Behandlungen, weil diese Behandlungen ihrer Meinung nach jedenfalls keinen Nutzen für die dementen Patienten mehr mit sich bringen. Vgl. Dresser (1994): 696f.

¹⁶⁰ Bemerkenswert ist, dass in den beschriebenen Fällen der Tod trotz Festbindens der Patienten, um die lebenserhaltenden Maßnahmen durchführen zu können, nach kurzer Zeit (3 Tage bis 8 Wochen) eingetreten ist, während künstlich ernährte Patienten im *vegetative state* im Einzelfall noch Jahrzehnte leben können. Die These, dass sich in diesen Fällen ein lebensmüder Körper seinen Ausdruck verschafft, wird dadurch gestützt.

oder ob hier nicht eine zu respektierende Verweigerung der Nahrungsaufnahme vorliegt, die dem Bedürfnis sterben zu wollen entspringt.¹⁶¹

b) Grenzen der Orientierung an Bedürfnissen

Allerdings ist fraglich, ob diese Orientierung an Bedürfnissen auch in anderen medizinischen Behandlungssituationen möglich ist. Vorstellbar wäre, dass der Patient im *vegetative state* an einer Lungenentzündung erkrankt, die nur durch Gabe von Antibiotika therapiert werden kann. Als Bedürfnis könnte in diesem Fall wohl die Behandlung der den Körper belastenden Krankheit identifiziert werden. Allerdings müsste bei Anwendung eines bedürfnisorientierten Standards hier der Unterschied zwischen einem unmittelbaren Bedürfnis nach Nahrung und Flüssigkeit und einem mittelbaren nach einer medikamentösen Therapie reflektiert werden. Denn es mag zwar ein Bedürfnis geben, dass eine Krankheit behandelt wird; wie das geschehen soll, ist aber mit diesem Standard kaum mehr zu entscheiden. Je komplexer also die Lage ist, je mehr Behandlungsmöglichkeiten es gibt und je gravierender die Unterschiede zwischen ihnen sind, desto weniger angemessen ist eine Entscheidung nach dem bedürfnisorientierten Standard. Es ist beispielsweise schwer vorstellbar, von einem Bedürfnis nach einer Chemotherapie auszugehen. Auch wenn der Patient an Krebs erkrankt ist, setzt doch die Entscheidung für eine so invasive Behandlung mit ungewissem Ausgang ein erhebliches Maß an Auseinandersetzung mit Vor- und Nachteilen voraus, sodass eine

¹⁶¹ Eine solche Konstellation hat LG Duisburg vom 9.11.1999, Az.: 22 T 231/99 entschieden. Die Duisburger Richter waren allerdings nach eingehender Prüfung überzeugenderweise zu der Auffassung gelangt, dass in dem konkreten Fall die Nahrungsverweigerung durch die an Alzheimer im fortgeschrittenen Stadium leidende Patientin nicht als Sterbewunsch zu interpretieren sei, sondern Ausdruck ihres Protests gegen den Zwang im Pflegeheim leben zu müssen. Deswegen sah das LG Duisburg hier auch keine Veranlassung die künstliche Ernährung zu untersagen. Charakteristisch an diesem Verfahren ist allerdings, dass das LG Duisburg auch nicht die Verlegung der Patientin nach Hause veranlassen konnte, weil Kapazitäten für eine intensive häusliche Pflege, wie sie die Patientin wohl gewünscht hätte, nicht zur Verfügung standen.

Entscheidung auf Ebene von „Bedürfnissen“ hier entweder den Wortsinn überspannen oder ein erhebliches Maß an Fiktion voraussetzen würde.

Dass medizinische Entscheidungen bei einwilligungsunfähigen Patienten nicht grundsätzlich nach dem bedürfnisorientierten Standard getroffen werden können, steht dessen Anwendung aber nicht entgegen. Er muss in Konstellationen, in denen auf Bedürfnisse vernünftigerweise nicht abgestellt werden kann, durch andere Entscheidungsstandards ersetzt werden – bei deren Anwendung müssen allerdings die hier allgemein diskutierten Einwände, insbesondere soweit sie den Ausgangspunkt von Bewertungen des Lebens betreffen, berücksichtigt werden.

Die Orientierung an einem bedürfnisorientierten Standard, die einhergeht mit der Akzentuierung zwischenmenschlicher Beziehungen auf Kosten einer vereinzeln Rationalität (die eine Tendenz zum Funktionalismus hat), legt jedoch die Überlegung nahe, ob nicht eventuell schon die künstliche Verlängerung des Lebens eine Abwendung von jener (zwischen-)menschlichen Bestimmung der Verhältnisse ist, die erfordern könnte, die Begrenztheit des Lebens hinzunehmen.¹⁶² Dagegen spricht aber nicht nur auf einer grundsätzlichen Ebene, dass in der Moderne schwer Einigkeit herzustellen sein dürfte, über das, was das „richtige Maß“ sein soll, über das nicht hinausgegangen werden soll. Immerhin ließe sich argumentieren, dass hier dann das Maß Verbindlichkeit entfalten müsste, dass sich ein Mensch selbst gesetzt hat, die Patientenverfügung beispielsweise.

Für die Konstellation, die hier diskutiert wird, ist in diesem Zusammenhang zweierlei festzuhalten. Die Lebensverlängerung, die bei Patienten im *vegetative state* diskutiert wird, ist in erster Linie eine Lebenserhaltung: Ihr Körper wird keinen außerordentlichen technischen Prozeduren unterzogen, er wird lediglich mit Nährstoffen und Flüssigkeit versorgt. Insoweit erscheint durchaus plausibel festzustellen, dass es hier nicht um eine Therapie geht, die ein angemessenes Maß überschreitet. Immerhin ließe sich einwenden, dass das zumindest angesichts einer

¹⁶² Prägnant wird der Gedanke im Alten Testament zum Ausdruck gebracht: „Ein jegliches hat seine Zeit, und alles Vornehmen unter dem Himmel hat seine Stunde. Geboren werden und sterben, pflanzen und ausrotten, was gepflanzt ist ...“ (Salomon Prediger 3).

Patientenverfügung anders beurteilt werden könnte. Außer den oben bereits diskutierten grundsätzlichen Einwänden gegen eine Vorausverfügung über einen schwer absehbaren Zustand,¹⁶³ gilt es mit Blick auf einen bedürfnisorientierten Standard Folgendes zu bedenken: Es müsste der oder die jeweils Verfügende sich klar darüber sein, dass der Fall eintreten kann, in dem seine/ihre Vorausverfügung in Konflikt mit seinen/ihren dann gegenwärtigen Bedürfnissen geraten kann. Würde die Vorausverfügung nicht nur eine Behandlungsanweisung enthalten, sondern die Bedingungen dieser Behandlungsanweisung reflektieren, wäre man dem Dilemma, dass Antizipation nicht möglich ist, zwar nicht entkommen, die Basis der Entscheidung gegen eine Weiterbehandlung wäre aber besser fundiert. Auch dann kann nach der hier vertretenen Auffassung, die auf die aktuellen Wünsche und Bedürfnisse abzielt, der Behandlungsabbruch nicht die zwangsläufige Konsequenz einer solchen Verfügung sein. Allerdings wird sie, gerade auch angesichts der Kontinuität der Persönlichkeit, von der hier ausgegangen wird,¹⁶⁴ erhebliche Bedeutung bei der Diskussion der Entscheidung haben, da auch Wünsche und Bedürfnisse im Licht der gesamten Persönlichkeit, zu der auch die vorangegangene Lebensphase gehört, verstanden und reflektiert werden müssen.

3. Der bedürfnisorientierte Standard und das Betreuungsrecht

Die Frage ist, ob ein bedürfnisorientierter Standard, wie er hier vorgeschlagen wird, mit dem geltenden Betreuungsrecht in Deutschland in Übereinstimmung zu bringen ist und wie er sich zur neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen¹⁶⁵ verhält. Weiterhin ist hier von Interesse, ob bzw. wie ein solcher bedürfnisorientierter Standard gegebenenfalls umzusetzen wäre.

¹⁶³ Siehe oben **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**

¹⁶⁴ Siehe oben **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**

¹⁶⁵ BGH NJW 2003, 1588.

Das neue Betreuungsrecht vom 12. September 1990, das an die Stelle der alten Regelungen über Vormundschaft und Gebrechlichkeitspflegschaft getreten ist, stellt einen Versuch dar, die Rechte der Betreuten so weit als möglich zu bewahren. Charakteristisch dafür ist die Vorschrift des § 1901 IV BGB, die den Betreuer verpflichtet, Umstände, die die Aufhebung der Betreuung oder die Beschränkung der Aufgabenkreise ermöglichen, dem Vormundschaftsgericht mitzuteilen. Dem Betreuer werden zudem jeweils nur klar umrissene Gebiete zugewiesen, für die er die Angelegenheiten des Betreuten zu besorgen hat. Dazu kann auch der weite Bereich der medizinischen Behandlungen gehören.

a) *Sterbehilfe als Aufgabe des Betreuers*

Umstritten ist allerdings, ob und inwieweit die Entscheidung für Sterbehilfe vom Aufgabenkreis eines Betreuers, der für Gesundheitsfürsorge zuständig ist, umfasst ist. Dagegen spricht nach Auffassung von Teilen der Rechtsprechung und der Literatur, dass „Sterbenlassen“ als Ziel eines Behandlungsabbruchs mit dem eigentlichen Ziel von Gesundheitsfürsorge nichts zu tun hat, da dies der Erhaltung der Gesundheit erkennbar nicht dient.¹⁶⁶ Überdies handele es sich bei der Entscheidung zu sterben um eine höchstpersönliche Entscheidung, die einem Betreuer ohnehin nicht übertragen werden könne. Der Fall sei vergleichbar mit der Abgabe einer Organspendeerklärung, die ein Betreuer ebenfalls nicht für den noch lebenden Betreuten abgeben dürfe. Dass das Betreuungsrecht für andere ebenfalls höchstpersönliche Entscheidungen, wie vor allem die Sterilisation, die Übertragung auf den Betreuer als Möglichkeit vorsehe, ändere an diesem Grundsatz nichts, da diese Entscheidungen die Menschenwürde des Patienten nicht in vergleichbarem Maße tangierten.¹⁶⁷

Nach Auffassung des BGH dagegen entstünde eine missliche Situation, wenn man die Entscheidung gegen eine lebensverlängernde oder lebenserhaltende Maßnahme generell von der Aufgabenzuweisung an den Betreuer ausnähme, da damit entweder ein striktes Gebot zur Durchführung solcher Maßnahmen statuiert würde, eventuell sogar gegen einen vom

¹⁶⁶ LG München JR 2000, 64, 64; Seitz (1998), 420; Stoffers (1999).

¹⁶⁷ LG München JR 2000, 64, 64.

Betroffenen früher geäußerten Willen. Diese Kompetenzbeschränkung hätte, so die Ansicht des BGH, überdies zur Folge, dass die Entscheidung an den Arzt oder nahe Angehörige delegiert würde, die unter Umständen allerdings aufgrund von Eigeninteressen zu einem unabhängigen Urteil weniger gut in der Lage sein könnten.¹⁶⁸

Die Position, die sich dagegen ausspricht, dem Betreuer eine Kompetenz für eine Entscheidung zugunsten der Sterbehilfe zuzusprechen, weist zu Recht auf eine bedenkliche Entwicklung hin: Durch die Akzentuierung des medizinischen Charakters der Maßnahme, die abgebrochen werden soll, gerät aus dem Blick, dass Ziel der Entscheidung nicht eine andere oder bessere medizinische Entscheidung ist, sondern etwas gänzlich anderes, nämlich die Beendigung des Lebens des betreuten Menschen. Daraus lässt sich aber nicht die Konsequenz ziehen, dass dem Betreuer die Möglichkeit eine Entscheidung für Sterbehilfe zu treffen grundsätzlich versagt werden kann. Eine solche Entscheidung hat nämlich stets auch den Charakter einer Entscheidung über die medizinische Behandlung bzw. pflegerische Versorgung und lässt sich daher als solche kaum trennscharf von regulären Behandlungsentscheidungen abgrenzen. Besonders deutlich ist diese schwer auflösbare Verbindung bei der Verabreichung von Schmerzmitteln, die, zumal in hohen Dosen, auch die Herbeiführung des Todes beschleunigen können. Aber auch die Entscheidung für den Abbruch künstlicher Ernährung kann medizinisch indiziert sein, sei es, weil die künstliche Ernährung ihr Ziel nicht erreichen kann, sei es, weil die Verlegung der erforderlichen Sonde erhebliche unerwünschte Nebenwirkungen hat.

Der Einwand, dass es sich bei Sterbehilfeentscheidungen um höchstpersönliche Entscheidungen handelt, die nicht vom Betreuer übernommen werden können, greift angesichts dessen nicht durch. Das Betreuungsrecht weist dem Betreuer unter bestimmten Voraussetzungen ausdrücklich höchstpersönliche Entscheidungen zu. Diese unterscheiden sich allerdings von der Entscheidung für eine Organspende, die einen Eingriff in die körperliche Integrität des Betreuten zur Folge hätte, ohne dass

¹⁶⁸ BGH NJW 2003, 1588, 1590 unter Verweis auf Taupitz (2000): A 89.

das seinem Wohl zugute käme.¹⁶⁹ Die vom Gesetz vorgesehenen höchstpersönlichen Entscheidungen, die der Betreuer für den Betreuten treffen darf, wie die Sterilisation, tangieren auch dessen Menschenwürde in erheblichem Ausmaß. Der Gesetzgeber hat die Möglichkeiten dazu aber dennoch eröffnet, weil diese Entscheidungen in seiner Vorstellung, auch wenn sie in die Freiheitsrechte des Betreuten eingreifen, zugleich doch dessen Interessen dienen können, bzw. weil das Unterlassen dieser Entscheidungen, wenn auch nur im Einzelfall, erhebliche Nachteile für die Betreuten nach sich ziehen könnte.¹⁷⁰ So wäre es, aus den oben erwähnten Gründen, auch mit der Entscheidung bestimmte medizinische Maßnahmen nicht zu ergreifen bzw. sie abzurechnen.

Es kann mithin nicht darum gehen höchstpersönliche Entscheidungen des Betreuten prinzipiell aus dem Aufgabenkreis des Betreuers auszuschließen. Es kommt stattdessen darauf an, inwieweit bzw. ob die auf Herbeiführung des Todes des Betreuten zielende Motivation, aus der heraus Betreuer eine Entscheidung für den Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung treffen, mit den Prinzipien des Betreuungsrechts vereinbar ist.

b) *Entscheidungsprinzipien des Betreuungsrechtes*

Das Betreuungsgesetz erwähnt in seinen Bestimmungen über die Zustimmung zur medizinischen Behandlung einwilligungsunfähiger Patienten weder die mutmaßliche Einwilligung, noch das *substituted judgement* oder den *Best-interest-Standard* ausdrücklich. Allerdings sind Elemente aller drei Standards in seinen Bestimmungen enthalten. Das Gesetz sieht den Betreuer in seinem Aufgabenkreis als gesetzlichen Vertreter des Betreuten (§ 1902 BGB), seine Bestellung stellt die bis dahin verloren gegangene rechtliche Handlungsfähigkeit des Betreuten wieder her.¹⁷¹ Die Vertretungsmacht ist jedoch auch stets begrenzt. Sie ist im

¹⁶⁹ Siehe aber die Argumentation des Gerichts im Verfahren Strunk v. Strunk, **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**

¹⁷⁰ Insbesondere im Fall der nicht-freiwilligen Sterilisation Einwilligungsunfähiger mag man allerdings mit guten Gründen bezweifeln, dass der Gesetzgeber zu Recht dieser Annahme ist. Vgl. Köbsell (1987).

¹⁷¹ BGH NJW 2003, 1588.

Innenverhältnis abhängig von der Zuweisung eines Aufgabenkreises. Außerdem muss sich der Betreuer an gesetzlich bestimmte Vorgaben halten. Diese sind für, im weiten Sinne, medizinische Maßnahmen in den §§ 1901 – 1906 BGB normiert.

§ 1901 BGB verlangt, dass der Betreuer das Wohl des Betreuten zu besorgen hat. Ob der Bestimmung dessen, was das Wohl des Betreuten ausmacht, eine subjektive oder eine objektive Betrachtung der Verhältnisse zugrunde gelegt werden soll, ergibt sich aus dieser Festsetzung jedoch nicht. Die in § 1901 II 1 BGB enthaltene Anweisung, der Betreuer habe den Wünschen des Betreuten zu entsprechen, soweit dies dem Wohl des Betreuten nicht zuwiderlaufe, macht immerhin deutlich, dass der Gesetzgeber dem Wohl wenigstens eine objektive Komponente zuweist, die als Schranke für das Handeln des Betreuers funktioniert.¹⁷² Es ist daher irreführend, dem Betreuer die „exklusive Aufgabe“ zuzuschreiben, dem Willen des Betroffenen gegenüber Arzt und Pflegepersonal nach Maßgabe des § 1901 BGB Ausdruck und Geltung zu verschaffen, wie es der 12. Zivilsenat des BGH in seiner Sterbehilfeentscheidung tut,¹⁷³ weil damit die objektivierende Komponente der Vorschrift, die eben gerade nicht vom Willen spricht, sondern von Wünschen und Wohl, sprachlich verdrängt wird.

Allerdings macht der Wortlaut des Gesetzes deutlich, dass für den Betreuer die subjektive Sichtweise des Betreuten, und damit seine Wünsche grundsätzlich, wenngleich nicht ausnahmslos, Vorrang vor einer Orientierung an objektiven Kriterien haben.¹⁷⁴ Auch an Wünsche, die der

¹⁷² So auch Fröschle (2000): 77.

¹⁷³ BGH NJW 2003, 1588, 1589.

¹⁷⁴ So auch Heyers (2001): 232f. Wenig zur Klärung des schwierigen Verhältnisses von objektivem und subjektivem Wohl trägt allerdings bei, wenn man, wie der 12. Zivilsenat des BGH, feststellt, dass das Wohl sich auch dann nach den Wünschen des Betreuten richten müsse, wenn konkrete Wünsche gar nicht feststellbar seien. In diesem Fall müsse das Wohl aus der Sicht des Betreuten nach dessen Lebensentscheidungen, Wertvorstellungen und Überzeugungen bestimmt und dann als (individueller) mutmaßlicher Wille des Betroffenen bezeichnet werden. BGH NJW 2003, 1588.

Betreute vor der Bestellung des Betreuers geäußert hat, ist der Betreuer dem Gesetzeswortlaut zufolge gebunden, es sei denn, der Betreute wollte erkennbar nicht an ihnen festhalten. Allerdings wird im Gesetz nicht spezifiziert, was Wünsche in diesem Zusammenhang sind oder wie sie festzustellen sein sollen. Willensbekundungen des nunmehr Betreuten, die dieser beispielsweise in Form einer Patientenverfügung vor der Betreuung für den Fall formuliert hat, dass er später unter Betreuung stehen wird, sind aber jedenfalls auch von dem unbestimmteren Begriff der Wünsche umfasst. Das wirft die weiter unten zu diskutierende Frage auf, ob und inwieweit der Betreuer an diese vorzeitigen Verfügungen gebunden ist.

Der Begriff der Wünsche reicht dem Wortsinn nach jedoch erheblich weiter, er bezieht vor allem auch Vorstellungen ein, die in keiner bestimmten Form geäußert worden sind. Wünsche sind konkreter und stärker auf Umsetzung orientiert als Hoffnungen, aber weniger verbindlich und zumindest im Prinzip auch weniger dringlich als etwas Gewolltes. Wünsche sind überdies nicht an Realisierbarkeit gebunden und können in erheblichem Maß auch Ideelles zum Inhalt haben. Dass auch und gerade Wünsche vom Betreuer zu berücksichtigen sind, erscheint konsequent, da im nicht-betreuten Leben ebenfalls oft gerade das was Wünsche kennzeichnet, die vagen Vorstellungen, Gefühle und der Versuch die unsicheren Erwartungen zu erfüllen, den eigenen Lebensentwurf bestimmen. Das Ungefähre, das im Begriff des Wünschens seinen Niederschlag findet, bedingt aber auch, dass ganze Entscheidungsbereiche unabhängig von Wünschen durch den Betreuer organisiert werden müssen, weil hier bestimmtere Anforderungen gestellt werden. Dazu gehören auch Entscheidungen in medizinischen Angelegenheiten, denn § 1901 IV BGB schreibt dem Betreuer vor, Möglichkeiten zu nutzen, die Krankheit und Behinderung des Betreuten zu beseitigen, zu bessern, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder ihre Folgen zu mildern.

Aber auch wenn der Betreuer in einzelnen, entscheidenden Fragen insoweit nicht unmittelbar an Wünsche des Betreuten gebunden ist, kann er nicht vollständig frei und eigenständig nach seinem Belieben entscheiden. Die Wünsche sind als ein Bezugspunkt für Entscheidungen stets präsent. Für die hier diskutierte Problematik der medizinischen Behandlung ergibt sich zudem eine wichtige Einschränkung für das Betreuerhandeln aus § 1904 I

BGB: Besteht die Gefahr, dass der Betreute aufgrund der medizinischen Behandlung oder des diagnostischen Eingriffs stirbt oder einen schweren Gesundheitsschaden erleidet, muss der Betreuer die Maßnahme von einem Vormundschaftsgericht genehmigen lassen.¹⁷⁵

Weitere Einschränkungen der Handlungsmöglichkeiten des Betreuers enthalten die §§ 1905 und 1906 BGB. § 1905 BGB regelt, dass der Betreuer in die Sterilisation (für die nach § 1899 II BGB zudem ein besonderer Betreuer zu bestellen ist) nur unter besonders strengen Bedingungen einwilligen darf und er zudem die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einholen muss. Die Sterilisation darf vor allem dem Willen des Betreuten nicht widersprechen. Diese Festsetzung ist nicht nur als Einschränkung der Betreuerrechte von Bedeutung, sondern auch weil sie zum Ausdruck bringt, dass auch Personen, die unter Betreuung stehen, als fähig angesehen werden, einen Willen, also nicht nur Wünsche, zu artikulieren, dem in dieser entscheidenden Frage unter keinen Umständen zuwider gehandelt werden darf – auch dann nicht, wenn es der Betreuer beispielsweise als positiv für das Wohl einer Betreuten ansähe, wenn diese sterilisiert würde. Ergänzend verlangt § 1906 BGB, dass auch bei einer beabsichtigten Unterbringung des Betreuten die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einzuholen ist – und diese darf auch nur dann erteilt werden, wenn die Unterbringung aus eng definierten Gründen dem Wohl des Betreuten entspricht.

Für die hier diskutierte Frage des Abbruchs der künstlichen Ernährung bei Patienten im *vegetative state* sind diese Zuweisungen letzter Entscheidungen an das Vormundschaftsgericht oder die Erfordernis der Bestallung besonderer Betreuer in zweierlei Hinsicht von Bedeutung. Zum einen ist zu prüfen, inwieweit der zum sicheren Tod führende und deswegen auch vorgenommene Behandlungsabbruch überhaupt von den Normen des Betreuungsrechts erfasst ist bzw. im Zuge eines Analogieschlusses erfasst werden kann. Zum anderen wäre ggf. zu klären, ob auch die Durchführung

¹⁷⁵ Gleiches gilt nach der Neufassung des Betreuungsrechts nach § 1904 II BGB auch für die Einwilligung eines Bevollmächtigten, dessen Bevollmächtigung zudem einem Formerfordernis (Schriftlichkeit) genügen und sich auf den Bereich dieser medizinischen Behandlungen erstrecken muss.

oder der Abbruch der künstlichen Ernährung an eine vormundschaftsrichterliche Genehmigung gebunden ist.

Im Rahmen dieser Arbeit, die sich auf strafrechtliche Fragen konzentriert, können die in der Literatur und Rechtsprechung seit der Entscheidung des BGH im Kemptener Fall heftig umstrittenen materiellen und prozeduralen betreuungsrechtlichen Fragen¹⁷⁶ nicht umfassend diskutiert werden. Einige Überlegungen, die diese Kontroverse bestimmen, sind zudem schon in den vorangegangenen Abschnitten erörtert worden – insbesondere die Vorstellung ein Stellvertreter, wie der Betreuer einer ist, könnte Entscheidungen treffen, die Ausdruck des Selbstbestimmungsrechtes des Vertretenen wären.¹⁷⁷ Gegenstand der Erörterung soll im Folgenden also nur die oben diskutierte Konstellation sein, bei der mit Blick auf Patienten im *vegetative state* die Frage aufgeworfen wird, ob die lebenserhaltende künstliche Ernährung fortgesetzt werden soll.

c) *Das Betreuungsrecht und künstliche Ernährung bei Patienten im vegetative state*

Das Legen einer Magensonde, die die Voraussetzung für eine dauerhafte künstliche Ernährung ist, stellt einen Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten dar. Sie bedarf daher der Einwilligung, auch wenn sie zum Ziel hat, das Leben des Patienten zu erhalten. Für diese Einwilligung ist bei einem Menschen, der selbst nicht in der Lage ist über seine medizinische Versorgung zu entscheiden und der deswegen unter Betreuung gestellt wurde, der Betreuer zuständig, der mindestens einen der Aufgabenkreise „Gesundheitsfürsorge“, „Zuführung zu ärztlichen Behandlungen“ oder „alle

¹⁷⁶ Siehe dazu LG Duisburg, Beschluss vom 9.11.1999 – 22 T 231/99, http://www.ruhr-uni-bochum.de/zme/Lexikon/sterbehilfe_duisburg2.html, aufgesucht am 20.10.2003; LG München JR 2000, 64; OLG Frankfurt MedR 1998, 469; OLG Frankfurt BtPrax 2002, 84; Müller-Freienfels (1998), Eberbach (2000), Fröschle (2000), Heyers (2001), Nickel (1998), Schlund (2000), Stoffers (1999).

¹⁷⁷ Siehe oben insbesondere die Diskussion der Doktrin des *substituted judgment*, die ebenfalls von der Fiktion ausgeht, der Stellvertreter würde die Entscheidung des Vertretenen exekutieren, **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**

Angelegenheiten“ besorgen soll.¹⁷⁸ Allerdings wird die Entscheidung eine Magensonde zu legen oftmals zu einem Zeitpunkt relevant, da noch kein Betreuer bestellt worden ist. Überdies erscheint in den meisten Fällen schwer vorstellbar, dass ein entscheidungsbefugter Arzt, Angehöriger oder Betreuer, sich von vornherein gegen die Implantation einer Magensonde ausspricht, da zum Zeitpunkt, in dem über diesen Eingriff zum ersten Mal entschieden werden muss, nur selten sicher abzuschätzen sein wird, wie sich die Situation des Patienten entwickeln wird.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Die Lage stellt sich, was öfter der Fall sein wird, als sich aus den knappen Tatbestandsschilderungen der Rechtsprechung entnehmen lässt, anders dar, wenn der Betreute in der Lage sein sollte, selbst Nahrung und Flüssigkeit zu sich zu nehmen, das aber wegen der Pflegeorganisation des Heimes oder Krankenhauses als zu aufwändig erscheint, s. o. **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.** Problematisch wäre es auch, wenn die Sonde gelegt werden sollte, obwohl der Patient in der Lage ist, selbständig zu schlucken, er aber keine Nahrung zu sich nehmen möchte. Die Sonde würde dann nicht gelegt, um die Folgen der Krankheit oder Behinderung zu beseitigen, sondern um den Patienten, der zwar essen kann, es aus welchen Gründen auch immer, aber nicht möchte, am Leben zu erhalten. Dieses Rechtfertigungs-Problem ließe sich nur pragmatisch umgehen, wenn man das Nicht-Essen-Wollen als direkte Folge z. B. der Demenz ansähe und ihm deswegen einen eigenen Krankheitswert zuschriebe. Zu dieser Fallkonstellation siehe oben I.B.2.b).

¹⁷⁹ Die künstliche Ernährung mittels einer Nasensonde, deren Verlegung weniger invasiv ist, lässt sich oft nur wenige Tage aufrechterhalten. Aber auch nach einigen Wochen kann es sein, dass der Patient, der sich später vielleicht im *vegetative state* befinden könnte, sogar noch im Koma liegt. Die Prognose beim *vegetative state* lässt sich zudem erst nach Monaten halbwegs zuverlässig beurteilen. Eine Ausnahme könnte ein Patient mit einer fortschreitenden degenerativen Hirnerkrankung, z. B. Alzheimer, sein, bei dem die Unfähigkeit zu essen nur eine weitere Etappe seiner auf den Tod hinstrebenden Erkrankung ist. Allerdings rechtfertigt auch das nicht automatisch, eine Magensonde nicht zu legen – es ist aber jedenfalls eine andere Situation als bei einem durch ein akutes Ereignis mit (noch) unabsehbaren Folgen geschädigten Patienten, der sich im Koma oder im beginnenden *vegetative state* befindet.

Heftig umstritten ist aber vor allem, ob der Betreuer berechtigt sein kann, die Einsetzung der Magensonde zu verweigern bzw. ob ihm auch die Kompetenz zustehen soll, die einmal begonnene, aussichtsreiche künstliche Ernährung wieder abubrechen. Für die Frage der Zulässigkeit des Abbruchs der Ernährung bzw. der Explantation der Magensonde ist dabei von entscheidender Bedeutung, wie die gesundheitliche Lage des Patienten beurteilt wird. Aber auch die Beurteilung des Verhältnisses von eventueller Patientenverfügung und Betreuungsrecht kann erheblich sein.

(1) Die Ausgangslage für BGH NJW 2003, 1588

Der BGH musste in einem Fall entscheiden, in dem der Patient, der sich infolge eines hypoxischen Hirnschadens im *vegetative state* befunden haben soll,¹⁸⁰ zwei Jahre zuvor eine Patientenverfügung formuliert und unterzeichnet hatte.¹⁸¹ Der darin als Vertrauensperson benannte Sohn wurde

¹⁸⁰ Typischerweise für bundesdeutsche Gerichtsentscheidungen zu diesem Problemkreis ist die medizinische Diagnose nur knapp zusammengefasst wiedergegeben. Eine Überprüfung der Diagnose durch unabhängige Gutachter hat nicht stattgefunden und auch die Wiedergabe des Befundes in den Entscheidungen ist so allgemein, dass man sich kein Bild von der Zuverlässigkeit und Gründlichkeit der zugrunde gelegten Untersuchungen machen kann.

¹⁸¹ „Für den Fall, dass ich zu einer Entscheidung nicht mehr fähig bin, verfüge ich: Im Fall meiner irreversiblen Bewusstlosigkeit, schwerster Dauerschäden meines Gehirns oder des dauernden Ausfalls lebenswichtiger Funktionen meines Körpers oder im Endstadium einer zum Tode führenden Krankheit, wenn die Behandlung nur noch dazu führen würde, den Vorgang des Sterbens zu verlängern, will ich: Keine Intensivbehandlung, Einstellung der Ernährung, nur angst- und schmerzlindernde Maßnahmen, wenn nötig; keine künstliche Beatmung, keine Bluttransfusionen, keine Organtransplantation, keinen Anschluss an eine Herz-Lungen-Maschine. Meine Vertrauenspersonen sind (es folgen Namen und Adressen der Ehefrau und der Kinder). Diese Verfügung wurde bei klarem Verstand und in voller Kenntnis der Rechtslage unterzeichnet.“ BGH NJW 2003, 1588. Dass der Verfügende ganz allgemein die „Einstellung der Ernährung“, also keineswegs nur den Abbruch der künstlichen Ernährung verlangt, aber auch der allgemein formulierte sehr weitreichende Anwendungsbereich der Verfügung machen die Problematik einer solchen Verfügung deutlich, die aber in der

nach Eintritt der Hirnschädigung als Betreuer bestellt und beantragte nun den Abbruch der künstlichen Ernährung. Der 12. Zivilsenat grenzt bedenklicherweise in seinem Beschluss die Fallgruppe der Patienten, die vorab eine schriftliche Verfügung verfasst haben, nicht scharf von der Gruppe der Patienten ab, bei denen es solch ein Dokument oder eine vergleichbar eindeutige, klar bestimmbare und nachvollziehbare Äußerung nicht gibt. Er verwischt damit die Grenze zwischen tatsächlichen eigenen Willensbekundungen, die ausdrücklich Beweiswert haben sollen, und solchen Äußerungen, deren Existenz bzw. Inhalt bloß vermutet werden kann und die lediglich den unverbindlichen Charakter von Meinungsäußerungen haben. Die „Patientenverfügung“ sieht der 12. Zivilsenat nämlich nur als eine mögliche Form der in einwilligungsfähigem Zustand getroffenen antizipativen¹⁸² Willensbekundungen. Weiterhin will er auch das Wohl des Patienten, nach dem sich der Betreuer richten muss, für den Fall, dass keine Patientenverfügung vorliegt, aus den Lebensentscheidungen, Wertvorstellungen und Überzeugungen des Kranken abgeleitet wissen. Die auf diesem Weg gewonnene Annahme über das Wohl soll dann als individuell hergeleiteter mutmaßlicher Willen des Betroffenen ebensolche

Literatur nicht aufgegriffen worden ist. Es wird aus den umfassenden Formulierungen ersichtlich, dass sich der Verfügende durchaus mit möglichen Problemkonstellationen nach einer schweren Hirnschädigung auseinander gesetzt hat, gleichzeitig ist aber offensichtlich, dass die Verfügung nicht auf einem umfassenden *informed consent* über Therapiemöglichkeiten in jeder dieser Situationen beruht. Ob die durch eine solche Verfügung zum Ausdruck kommende grundsätzliche Ablehnung einer großen Bandbreite von Behandlungsmöglichkeiten angesichts der weitreichenden Konsequenzen wirksam sein sollte erscheint zweifelhaft. Immerhin wird allerdings durch die Benennung von Vertrauenspersonen dieser generalisierende, auf vagen Informationen beruhende Charakter der Verfügung abgemildert. Es bleibt in der Verfügung aber offen, wozu der Verfügende den benannten Personen das Vertrauen gibt: Sollen sie eigene Entscheidungsbefugnisse als „Bevollmächtigte“ im Sinne des § 1904 II BGB haben oder richtet sich das Vertrauen lediglich darauf, dass sie die Einhaltung der vorab verfüigten Grundsätze überwachen sollen?

¹⁸² Anführungszeichen bei den Worten „Patientenverfügung“ und „antizipativen“ in der Entscheidung des BGH.

Wirkung haben wie die Patientenverfügung.¹⁸³ Damit ist die Gruppe der Patienten, für die der BGH-Beschluss Wirkungen entfaltet, zumindest in der Vorstellung des 12. Zivilsenats erheblich größer, als wenn er seine Entscheidung nur auf die Gruppe der Patienten mit einer eindeutig formulierten Vorabverfügung¹⁸⁴ begrenzt hätte.

Nur wenn Wünsche des Betroffenen nicht geäußert oder nicht ersichtlich sind und sich auch nicht erschließen lassen, soll nämlich nach Auffassung der Richter des 12. Zivilsenats eine andere Lage vorliegen, die Raum für eine Betreuerentscheidung im „vom Willen des Betroffenen nicht determinierten Grenzbereich menschlichen Lebens“¹⁸⁵ lässt – selbst hier gibt der BGH aber, nun in einem klaren *Obiter Dictum*, eine Leitlinie, wie verfahren werden soll. In diesen Fällen sei ein „einem objektiv zu mutmaßenden Willen des Betroffenen angenähertes Verständnis“ zu entwickeln, das „zumindest einen objektivierbaren Maßstab“ für entsprechende Betreuerentscheidungen böte, die dann wieder vom Vormundschaftsgericht überprüft werden könnten.¹⁸⁶

(a) *Willenserklärung des Patienten und Kompetenz des Betreuers*

Für die allermeisten Patienten ist die Entscheidung über den Abbruch der künstlichen Ernährung im *vegetative state*, folgt man der Sichtweise des BGH, faktisch determiniert. Bezogen auf eine einmal formulierte frühere

¹⁸³ BGH NJW 2003, 1588, 1591.

¹⁸⁴ Dafür hätte sich angesichts der in Fn. 181 erwähnten Probleme der BGH allerdings auch mit der Frage auseinander setzen müssen, wie bestimmt und präzise gefasst eine Patientenverfügung sein muss, damit sie als solche gilt. Nach der hier vertretenen Auffassung, dass Patientenverfügungen keine zwingende Wirkung haben können, erscheint es sinnvoll hier an sich niedrige Anforderungen zu stellen. Die Auffassung des 12. Zivilsenats, die der Verfügung zwingende Wirkung zuerkennen will, verlangte eigentlich aus Gründen des Patientenschutzes strengere Anforderungen. Umso irritierender ist die saloppe Argumentation des BGH, die bestimmte Anforderungen gar nicht erkennen lässt und nicht einmal einen rechtlich relevanten Unterschied zwischen Patientenverfügungen und sonstigen Willenserklärungen macht.

¹⁸⁵ BGH NJW 2003, 1588, 1591.

¹⁸⁶ BGH NJW 2003, 1588, 1591.

Willensbekundung, mit welcher der Patient seine Einwilligung in Maßnahmen der in Frage stehenden Art für eine Situation, wie sie eingetreten ist, erklärt oder verweigert hat, stellte der 12. Zivilsenat des BGH nämlich fest, dass sie fortwirke, es sei denn, der Patient habe sie widerrufen. Das wird als Konsequenz aus § 130 II BGB angesehen. Der BGH macht dabei keine Unterschiede hinsichtlich der Art und Weise der früheren Willensbekundung. Das kann erhebliche Beweisprobleme zur Folge haben, wie sie schon heute in Verfahren, in denen die mutmaßliche Einwilligung oder das *substituted judgement* eine Rolle spielen, auftreten. Die Gefahren dieser Entwicklung sind nach den oben beschriebenen¹⁸⁷ Erfahrungen evident.

Aber es gibt nicht nur Beweisprobleme. Der 12. Zivilsenat geht mit seiner undifferenzierten Gewichtung von Willensäußerungen auch weiter als beispielsweise Rieger, der differenziert zwischen einer bindenden früher getätigten tatsächlichen Willensäußerung und einer früheren Willensäußerung, die lediglich als Indiz zur Ermittlung eines mutmaßlichen Willens herangezogen werden kann.¹⁸⁸ Für Rieger kommt es dabei darauf an, ob die frühere Äußerung so ist, dass ein gesteigertes Risiko besteht, den (zum Tatzeitpunkt gegenwärtigen) wirklichen Willen des Berechtigten zu verfehlen, wenn man ihr folgt. Besteht dieses gesteigerte Risiko, soll richtigerweise nur eine Rechtfertigung nach den Regeln der mutmaßlichen Einwilligung in Betracht kommen; die frühere Willensbekundung dient für die Feststellung der mutmaßlichen Einwilligung dann lediglich als Indiz.

Der 12. Zivilsenat setzt sich trotz seiner starken Betonung der prinzipiellen Gültigkeit aller Willenserklärungen in diesem Bereich nicht weiter mit der Frage auseinander, wie ein Widerruf einer einmal abgegebenen Willenserklärung über eine spätere Behandlung aussehen und zur Geltung gebracht werden könnte.¹⁸⁹ Er erscheint in seiner Argumentation

¹⁸⁷ Vgl. **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.** und **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**

¹⁸⁸ Rieger (1998): 85.

¹⁸⁹ In der Entscheidung heißt es lediglich, der Betreuer sei an eine zurückliegende Willensbekundung nicht gebunden, wenn der Betroffene sich jetzt „mit erkennbarem Widerrufswillen distanziert“, oder wenn „sich die Sachlage so erheblich geändert hat, dass die frühere

im Urteil, aber auch in darauffolgenden Stellungnahmen fixiert auf den Aspekt, dass der einmal, wie auch immer artikulierte Patientenwille im Entscheidungsfall „nicht durch bloße Behauptung eines angeblich anders lautenden mutmaßlichen Willens unterlaufen werden (darf)“.¹⁹⁰

Dabei wäre, auch bezogen auf den konkret entschiedenen Fall, durchaus von Bedeutung zu klären, wie ein Widerruf aussehen könnte bzw. müsste, weil davon abhängt, ob ein Widerruf faktisch auch noch nach Eintritt des behandlungsbedürftigen Zustandes erfolgen kann oder nicht. Da der Beschluss hierüber schweigt, bleibt offen, ob der BGH gegebenenfalls auch so weit gehen will, wie Dworkin, der darauf beharrt an dem früheren geäußerten Willen des Patienten müsse festgehalten werden, auch wenn dieser in der zum Entscheidungszeitpunkt relevanten Zeit erkennbar weiterleben möchte¹⁹¹ – denn das könnte die Konsequenz sein, wenn der Widerruf einer Patientenverfügung nur verbal und im Zustand der Einwilligungsfähigkeit erfolgen könnte.

Zudem bleibt unklar, warum noch ein Betreuer für den Aufgabenbereich Gesundheitsfürsorge bestellt werden soll, wenn maßgebliche Entscheidungen bereits durch den früheren, fortwirkenden Willen determiniert sind. Der BGH setzt sich mit diesem Problem nicht weiter auseinander, sondern stellt lediglich fest, dass ein Betreuer für Angelegenheiten der Gesundheitsfürsorge bestellt sein kann, der dann allerdings durch diese Vorabverfügung in seiner Entscheidung über die

selbstverantwortlich getroffene Entscheidung nicht umfasst“ (BGH NJW 2003, 1588).

¹⁹⁰ Gerhardt (2003).

¹⁹¹ Taupitz, auf den sich der BGH hier beruft, wengleich an anderer Stelle, argumentiert konsequent gegen diese Position Dworkins und fordert dem Patienten aufgrund seines Persönlichkeitsrechts eine Möglichkeit zu eröffnen „bis zuletzt“, also auch noch in einwilligungsunfähigem Zustand aufgrund eines deutlich erkennbaren aktuellen Willens eine entgegenstehende frühere verbindliche Entscheidung aufheben zu können (Taupitz 2000, A 117). Das ist deutlicher als die Position des BGH. Irritierenderweise will Taupitz dann aber nicht etwa diesen aktuellen Willen wirken lassen, sondern die Grundsätze des mutmaßlichen Willens zum Tragen kommen lassen (Taupitz 2000, A 118).

Fortsetzung einer lebenserhaltenden Behandlung gebunden sein soll, weil nur so die Würde des Betroffenen gewahrt werden könne. Zwar leuchtet ein, dass die in eigenverantwortlichem Zustand getroffenen Entscheidungen nicht unter spekulativer Berufung darauf unterlaufen werden dürfen, dass der Patient vielleicht in der konkreten Situation doch etwas anderes gewollt hätte.¹⁹² Das Betreuungsrecht orientiert sich aber § 1901 BGB zufolge nicht in erster Linie an dem in eigenverantwortlichem Zustand geäußerten Willen bzw. an Wünschen, sondern am Wohl des Betreuten, für dessen Erhaltung die einstigen Willensbekundungen zwar ein wichtiger Anhaltspunkt sind, aber nicht zwingend befolgt werden müssen. Dieser Grundsatz ist eine Konsequenz der auch vom BGH formulierten Erkenntnis, dass die Entscheidungsmacht des Betreuers mit der aus dem Selbstbestimmungsrecht folgenden Entscheidungsmacht des einwilligungsfähigen Patienten nicht deckungsgleich ist.¹⁹³ Der 12. Zivilsenat verweist auf diese Diskrepanz zwischen Betreuerhandeln und selbstbestimmter Entscheidung des unmittelbaren Inhabers von Grundrechten aber nicht in Zusammenhang mit § 1901 BGB und der Differenz von Wünschen und Wohl. Er erwähnt sie, als er den Bereich gesetzlich zulässiger Sterbehilfe umreißt, der dadurch bestimmt sei, dass die Zivilrechtsordnung nicht erlauben könne, was das Strafrecht verbiete. In diesem Zusammenhang greift der 12. Zivilsenat auf die Jahre zuvor veröffentlichte Entscheidung des 1. Strafsenats im Kemptener Fall zurück. Voraussetzung für eine Einwilligung des Betreuers in den Abbruch soll demnach sein, dass das Grundleiden einen irreversiblen tödlichen Verlauf¹⁹⁴ angenommen hat und die Maßnahme das Leben des

¹⁹² BGH NJW 2003, 1588, 1591; Taupitz (2000): A 41.

¹⁹³ BGH NJW 2003, 1588, 1590. Allerdings zieht der BGH daraus keine Konsequenzen für seine als 1. Leitsatz formulierte grundlegende Festschreibung, derzufolge lebenserhaltende oder lebensverlängernde Maßnahmen unterbleiben müssen, wenn dies einem zuvor geäußerten Willen entspricht. Indem der BGH diese entscheidende Konsequenz vernachlässigt, begeht er im Grunde den selben Fehler wie die Kritiker seiner Entscheidung an diesem Punkt, die, ohne die betreuungsrechtliche Komponente zu reflektieren, beklagen, dass mit der Entscheidung des BGH das Selbstbestimmungsrecht des Patienten eingeschränkt werde, so vor allem Kutzer (2003): 213.

¹⁹⁴ Zur Problematik dieser für die Entscheidung zentralen, aber

Betroffenen verlängert oder es erhalten wird.¹⁹⁵ Andernfalls soll der Betreuer die Einwilligung in den Abbruch nicht geben dürfen, weil die gesetzliche Vertretungsmacht des Betreuers an rechtliche Vorgaben gebunden sei und nur soweit sie sich im Rahmen dieser Bindung halte, könne sie sich gegenüber der Verpflichtung des Arztes, das Leben des Patienten zu erhalten, durchsetzen.¹⁹⁶

Mit dieser Aussage setzt sich der BGH allerdings in Widerspruch zu seiner das Urteil im Übrigen durchziehenden These, derzufolge der Betreuer die exklusive Aufgabe habe, dem Willen des Betroffenen Ausdruck und Geltung zu verschaffen. Stattdessen gerät der BGH hier systematisch in die Nähe der Argumentation des Supreme Court of Missouri insoweit dieser das *Substituted Judgement* aus der *Parens-Patriae*-Macht des Staates und eben gerade nicht aus dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen ableitet. Während das oberste Gericht des Staates Missouri aber deswegen prinzipiell für einen hohen Stellenwert des Lebensschutzes plädiert, dient der Verweis des 12. Zivilsenats des BGH in diesem Kontext dagegen der Einführung einer qualitativen Komponente in den Entscheidungsprozess, die unterschiedliche Schutzstandards für Leben legitimieren soll.¹⁹⁷

(b) Prüfungskompetenz des Vormundschaftsgerichts

Ausführlich setzt sich der Bundesgerichtshof mit der Frage auseinander, ob die Entscheidung über den Abbruch der künstlichen Ernährung vom Vormundschaftsgericht überprüft werden kann oder sogar muss.

Seit der Entscheidung des 1. Strafsenats im Kemptener Fall hat es hierzu in der Literatur, aber auch seitens der verschiedenen Vormundschaftsgerichte unterschiedliche Antworten gegeben.¹⁹⁸ Als Ansatzpunkt für diese Debatte, die sich im Kern als Kontroverse über die Frage darstellt, ob und inwieweit der Abbruch der künstlichen Ernährung,

keineswegs klaren und auch in dieser Bedeutung keineswegs direkt aus dem Urteil im Kemptener Fall entlehnten Formulierung siehe unten I.B.3.c)(2).

¹⁹⁵ BGH NJW 2003, 1588, 1590.

¹⁹⁶ BGH NJW 2003, 1588, 1590.

¹⁹⁷ Siehe dazu unten I.B.3.c)(2)(b).

¹⁹⁸ Vgl. Stoffers (1999), Saliger (1999), Hennies (1999).

um den Tod herbeizuführen, eine reguläre, gesellschaftlich legitimierte Handlungsmöglichkeit sein soll, diene dabei § 1904 I BGB. Diese Vorschrift, die eine richterliche Genehmigung für den Fall verlangt, dass der Betreuer in eine für den Betreuten lebensgefährliche Operation einwilligt, ist allerdings für die Ernährungsabbruchfälle nicht direkt anwendbar, weil der Betreuer hier zum einen ja gerade nicht in eine Behandlung einwilligt, sondern in das Unterlassen einer Behandlung, zum anderen gefährdet seine Entscheidung das Leben nicht nur, sondern hat sogar zum Ziel, es zu beenden.

Teile der Rechtsprechung und der Literatur halten allerdings eine analoge Anwendung des § 1904 BGB für möglich, weil sie eine planwidrige Gesetzeslücke bei gleichzeitig vorhandenem vergleichbarem Regelungsgehalt sehen.¹⁹⁹ Dieser Auffassung ist von anderen Teilen der Rechtsprechung und der Literatur, wenngleich mit unterschiedlicher Intention, widersprochen worden.²⁰⁰

Die besonders eingehend vom OLG Karlsruhe begründete Position, die von vergleichbarem Regelungsgehalt einer analogen Anwendung des § 1904 BGB ausgeht, rückt in den Mittelpunkt, dass sowohl eine vormundschaftsrichterliche Genehmigung der lebensgefährlichen Behandlung, die das Leben retten soll, als auch die Genehmigung des Abbruchs der künstlichen Ernährung, die den Tod zum Ziel hat, Leben schützen sollen. In beiden Konstellationen gehe es darum, dass ein unabhängiges und gutachterlich beratenes Gericht ein höheres Maß an Entscheidungsrationalität verbürge als Betreuer und Ärzte allein.²⁰¹ Überdies bestehe hier auch Anlass für einen Erst-Recht-Schluss, wie er auch im Urteil des BGH zum Kemptener Fall enthalten ist. Wenn nämlich der Staat schon beanspruche, präventive Kontrolle auszuüben, falls die begründete Gefahr bestehe, dass der Betreute einen schweren Schaden erleiden könne, dann sei diese Kontrolle doch erst recht angebracht, wenn beabsichtigt sei, das Leben des Betreuten zu beenden.

¹⁹⁹ OLG Frankfurt MedR 1998, 469, OLG Frankfurt BtPrax 2002, 84, OLG Karlsruhe BtPrax 2002, 79, Heyers (2001): 256ff.

²⁰⁰ LG München JR 2000, 64; Stoffers (1999).

²⁰¹ OLG Karlsruhe BtPrax 2002, 79, 83.

Der 12. Zivilsenat des BGH hält dieser Auffassung entgegen, dass es sich bei der Einschätzung der Gefährlichkeit einer als Heileingriff geplanten Maßnahme einerseits und dem auf den Tod zielenden Behandlungsabbruch nicht um ein „maius“ und „minus“ handle, sondern um zwei völlig unterschiedliche Probleme. Der § 1904 BGB beabsichtige den Schutz des heilungsfähigen Patienten zu sichern, während es bei der Frage des Abbruchs der künstlichen Ernährung um die medizinische Versorgung eines tödlich und unheilbar erkrankten Menschen gehe. Auch ein Erst-Recht-Schluss könne angesichts der inkomparablen Ziele nicht gezogen werden.²⁰²

Diese Argumentation, der zuzustimmen ist, ließe sich noch ergänzen: Die Eingriffe, um die es in § 1904 BGB geht, sind nämlich Eingriffe, die zwar im Einzelnen und jeder für sich riskant sein mögen, sodass es sinnvoll erscheint, dieser besonderen Gefährlichkeit durch besondere Verfahrenssicherungen Rechnung zu tragen – sie sind aber anerkannte Heileingriffe und werden insgesamt in einem Kontext getroffen, der gesellschaftlich akzeptiert ist und dem entspricht, was üblicherweise Aufgabe der Medizin ist: Leben retten und erhalten oder auch den bereits begonnenen Sterbeprozess begleiten. Aufgabe des Vormundschaftsgerichts ist es hier also zu verhindern, dass im Einzelfall eine Operationsgenehmigung leichtfertig oder auf unzureichender Basis erteilt wird. In der analogen Anwendung würde es dagegen um eine Form der Sterbehilfe gehen.

Sterbehilfe, insbesondere im Sinne von Herbeiführung des Sterbens, ist aber keineswegs eine übliche ärztliche Tätigkeit, sie ist auch nicht gesellschaftlich weithin akzeptiert, sondern höchst umstritten. Es existiert kein Konsens darüber, inwieweit diese Form der Sterbehilfe wünschenswert oder auch nur akzeptabel ist. Immerhin ließe sich argumentieren, dass Entscheidungen über den Abbruch medizinischer Behandlungen, die unweigerlich den Tod zur Folge haben, derzeit in vielen Fällen getroffen werden, insofern also doch, ähnlich wie Risikooperationen regulärer Bestandteil des medizinischen Alltags sind. Das Besondere an den hier diskutierten Fällen des Abbruchs der künstlichen Ernährung bei Patienten

²⁰² BGH NJW 2003, 1588, 1591. So auch: LG München JR 2000, 64; Stoffers (1999).

im *vegetative state* ist aber, dass hier nicht, wie in der lebensrettenden Intensivmedizin, Behandlungen in einem kritischen Stadium abgebrochen werden, weil sie ihr Ziel nicht erreichen können. Es werden auch nicht Behandlungsmaßnahmen bei Menschen abgebrochen, die bereits im Sterben liegen und bei denen die Weiterbehandlungen die Lebensspanne nur noch minimal verlängern könnten. Bei Patienten im *vegetative state* wird über den Abbruch einer erfolgreichen Behandlung vergleichsweise geringer Intensität, die eine Lebensperspektive von vielen Monaten bis zu vielen Jahren sichern kann, debattiert. Es geht hier um das geplante Unterlassen einer an sich Erfolg versprechenden Therapie, die nicht mit dem Unterlassen von wiederholten Wiederbelebensmaßnahmen bei einem sterbenden Patienten oder dem Unterlassen einer sehr belastenden Chemotherapie bei einem Patienten gleichzusetzen ist, bei dem frühere Therapien keinen oder nur geringen Erfolg gezeigt haben.

Gerade wenn man, wie Heyers mit Verweis auf Canaris für diese Konstellation verlangt, dass die Ähnlichkeit der Tatbestände wertend erschlossen und auf eine normativ-teleologische Grundlage gestützt werden müsse, kommt man nicht umhin, die grundlegenden Differenzen zwischen dem, was in § 1904 BGB geregelt worden ist, und dem, was in der juristischen Debatte um Sterbehilfe durch einen Analogieschluss geregelt werden soll, festzustellen. Dass es sich in beiden Fällen, wie Heyers betont, um ärztliche Maßnahmen handelt, ändert daran nichts.

Der grundlegende Unterschied zwischen den zum Kern des ärztlichen Tätigkeitsbildes gehörenden heilenden oder auch palliativ schmerzlindernden Tätigkeiten und dem auf den Tod eines nicht moribunden Kranken zielenden Abbruchs der künstlichen Ernährung ergibt sich im Übrigen auch aus den am 11. September 1998 neu gefassten Grundsätzen der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, in denen erst nach längeren kontroversen Diskussionen überhaupt eine Stellungnahme zum Ernährungsabbruch formuliert werden konnte. Der jetzt gültige Text macht deutlich, dass der Abbruch der künstlichen Ernährung bei Patienten im *vegetative state* Ausnahmecharakter hat und gerade nicht mit üblichen Behandlungsmaßnahmen und deren Unterlassen gleichgesetzt werden kann.

Die Überlegung, dass es einen Wertungswiderspruch bedeutet, die lebensrettende Operation, die das Risiko des Todes in sich birgt, nur nach vormundschaftsrichterlicher Genehmigung zuzulassen, den Behandlungsverzicht, der zum sicheren Tod führen soll, aber ohne diese zusätzliche Absicherung zu ermöglichen, ist plausibel, als Argument für die analoge Anwendung des § 1904 BGB taugt sie aber nicht. Dieser Einwand lässt nämlich außer Acht, dass die analoge Anwendung des § 1904 BGB abzulehnen nicht notwendigerweise zur Folge haben soll und muss, dass die Betreuer ohne Kontrolle durch das Vormundschaftsgericht grundsätzlich ermächtigt werden, in Konstellationen wie der hier diskutierten, die Ernährung abbrechen zu lassen.

Allerdings ist der 12. Senat der Überzeugung, dass die fehlende Möglichkeit einer analogen Heranziehung der §§ 1904 – 1907 BGB die Befugnis nicht ausschließt, im Wege einer richterrechtlichen Fortbildung des Betreuungsrechts eine vormundschaftsrichterliche Prüfungszuständigkeit zu eröffnen.²⁰³ Die Möglichkeit dazu soll sich aus einer Gesamtschau des Betreuungsrechts und dem unabweisbaren Bedürfnis ergeben, mit den Instrumenten dieses Rechts auch auf Fragen im Grenzbereich menschlichen Lebens und Sterbens für alle Beteiligten rechtlich verantwortbare Antworten zu finden.²⁰⁴ Das Schweigen des Gesetzgebers zu diesem Themenbereich lasse sich nämlich nicht als legislative Entscheidung gegen eine vormundschaftsgerichtliche Prüfungszuständigkeit für das Verlangen des Betreuers nach Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen deuten. Vielmehr soll die Bundesregierung bloß keinen Handlungsbedarf gesehen haben.²⁰⁵

²⁰³ BGH NJW 2003, 1588, 1592.

²⁰⁴ BGH NJW 2003, 1588, 1592.

²⁰⁵ BGH NJW 2003, 1588, 1592 unter Berufung auf die Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage des Abg. Hubert Hüppe (CDU) (BT-Dr. 13/11 345, Frage 14 S. 11). Allerdings ergibt sich aus der vom BGH selbst zitierten Passage dieser Antwort der Bundesregierung, die im Übrigen auch nicht der Gesetzgeber ist, keineswegs, dass diese keinen Handlungsbedarf sah. Vielmehr betont sie, dass tief greifende juristisch-ethische und vielfältige forensisch-praktische Fragen aufgearbeitet werden müssten, um die Frage nach der Notwendigkeit einer gesetzgeberischen Maßnahme zu beantworten. Seitdem hat die

Der BGH setzt sich eingehend mit dem Einwand auseinander, der Gesetzesvorbehalt des Art. 2 II 3 GG stehe einer solchen Rechtsfortbildung entgegen. Dieser Einwand gehe, so der BGH, von einer unzutreffenden Sichtweise auf das aus, was hier beabsichtigt sei. Es würde nämlich durch die Prüfungszuständigkeit des Vormundschaftsgerichts nicht in das Recht des Betroffenen auf Leben oder in seine grundrechtlich garantierte körperliche Unversehrtheit eingegriffen. Stattdessen wahre die Prüfungszuständigkeit seine durch die Verfassung verbrieften Rechte, indem die Entscheidung des Betreuers, nicht in eine lebensverlängernde oder -erhaltende Behandlung oder Weiterbehandlung des Betroffenen einzuwilligen, einer gerichtlichen Kontrolle unterzogen und dabei auf ihre Übereinstimmung mit dem Willen des Betroffenen – als Ausdruck seiner fortwirkenden Selbstbestimmung und Selbstverantwortung – überprüft werde.²⁰⁶ Allerdings zieht der 12. Zivilsenat eine Grenze für die Prüfungszuständigkeit dort, wo eine lebensverlängernde oder -erhaltende

Justizministerkonferenz das Thema mehrfach auf die Tagesordnung gesetzt und beschlossen, dass grundsätzlich Handlungsbedarf besteht. Wie diesem Bedarf entsprochen werden kann, soll eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Sterbehilfe“ unter dem Vorsitz von Hamburg klären. Angesichts der Schwierigkeiten dieses Thema parlamentarisch voranzutreiben, beschleunigt richterliche Rechtsfortbildung zu betreiben, wirft Fragen nach dem Verhältnis von Recht, Richter und Öffentlichkeit auf, bzw. nach der Legitimation richterlicher Rechtsfortbildung bei gesellschaftlich äußerst kontrovers diskutierten Fragen, die der Gesetzgeber noch nicht lösen konnte. Die Einsetzung der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ dass das Bundesjustizministerium dokumentiert jedenfalls die grundsätzliche Bereitschaft der Politik in diesem gesellschaftspolitischen Feld auch gesellschaftspolitisch zu handeln und nicht alles der praktisch dominierenden Rechtsprechung zu überlassen. Dass als Vorsitzender dieser Arbeitsgruppe mit Klaus Kutzer ein ehemaliger Richter des BGH eingesetzt wurde verweist aber gleichzeitig darauf, wie hoch die Politik die Rechtsprechung des BGH zu dieser Frage bewertet und wie wenig selbständig sie selbst hier zu handeln motiviert sind.

²⁰⁶ BGH NJW 2003, 1588, 1592. Ebenso OLG Karlsruhe BtPrax 2002, 79, 82.

Behandlung nicht indiziert sei bzw. ärztlicherseits als nicht zum Heilauftrag gehörend angeboten werde.²⁰⁷

Bemerkenswert ist, dass der BGH mit seiner Entscheidung ausdrücklich nicht nur den Schutz des Betroffenen erreichen will, sondern auch Schutz und Fürsorge für den Betreuer im Blick hat. Die Last zu tragen, unter Umständen eine Entscheidung gegen eine lebenserhaltende oder lebensverlängernde Maßnahme zu treffen, könne ihm alleine nicht zugemutet werden. Sie wird, noch deutlicher, sogar als unzumutbar bezeichnet, weswegen die Entlastung durch das vormundschaftsrichterliche Verfahren als zwingend bezeichnet wird.²⁰⁸ Das Prüfungsverfahren soll der Entscheidung des Betreuers Legitimität vermitteln, die geeignet sei, ihn subjektiv zu entlasten sowie die Entscheidung objektiv anderen zu vermitteln.²⁰⁹

(2) Konsequenzen des BGH-Beschlusses

Die Entscheidung des 12. Zivilsenats des BGH stellt die Weichen für die Diskussion um den Abbruch der Ernährung bei Patienten im *vegetative state* neu. Die sehr strikte Bindung des Betreuers an jeglichen wie auch immer feststellbaren Wunsch und die umfassende Zuweisung der Prüfungskompetenz für Ernährungsabbruch-Fälle an die Vormundschaftsgerichte werden praktische Folgen haben. Für die Zuweisung der Prüfungskompetenz gilt das vor allem, weil sie ausdrücklich mit dem Anliegen, die Betreuer subjektiv zu entlasten, verknüpft worden ist. Dass der BGH die Prüfungskompetenz nicht aus einer analogen Anwendung von § 1904 BGB ableitet, sondern sie als richterliche Rechtsfortbildung verstanden wissen will, die sich aus einem unabweisbaren Bedürfnis des Betreuungsrechts ergibt, macht für das hier zu diskutierende Problem der Legalität und Legitimität des Abbruchs lebenserhaltender Behandlungen bei einwilligungsunfähigen Patienten dagegen praktisch keinen Unterschied. Für die Diskussion über die Möglichkeiten richterlicher Rechtsfortbildung

²⁰⁷ BGH NJW 2003, 1588, 1593.

²⁰⁸ BGH NJW 2003, 1588, 1593 mit Verweis auf LG Duisburg; Beschluß vom 9.11.1999 - 22 T 231/99.

²⁰⁹ BGH NJW 2003, 1588, 1593.

allgemein und auch für die Überlegungen zur Weiterentwicklung des Betreuungsrechts²¹⁰ wird die argumentativ wenig untermauerte These des BGH allerdings von Bedeutung sein können.²¹¹

(a) Legitimation durch Verfahren?

Indem der BGH die Zuweisung der Prüfungskompetenz an die Vormundschaftsgerichte mit dem erklärten Anliegen verknüpft, die Betreuer durch deren Entscheidungen zu entlasten, weist er auf ein bislang wenig diskutiertes Problem der Prozeduralisierung hin. Die Etablierung eines Verfahrens dient eben nicht nur dazu, ein Problem möglichst „gerecht“ lösen zu können, wobei der Eindruck von Gerechtigkeit nicht nur einen materiellen Kern hat, sondern auch durch die formellen Faktoren, durch die Transparenz und Öffentlichkeit des Entscheidungsfindungsvorgangs geschaffen wird. Ein Verfahren zu etablieren schafft zudem auch Entlastung.²¹² Entlastung gilt als erforderlich, um in komplexen sozialen Systemen zu verhindern, dass jede Handlung der Persönlichkeit zugerechnet wird.²¹³ Die Verhinderung von Zurechnung ermöglicht aber auch, dass bislang nicht akzeptierte Handlungsformen sozial üblich und damit legitimiert werden.

²¹⁰ Vgl. nur den 480-seitigen Abschlussbericht „Betreuungsrecht“ zur 74. Justizministerkonferenz am 11./12.6.2003, der sich u. a. mit der Stärkung der rechtlichen Rolle von Vorsorgevollmachten befasst.

²¹¹ Hier kann nicht im Einzelnen diskutiert werden, inwieweit sich der BGH zu Recht auf die Möglichkeit der richterlichen Rechtsfortbildung beruft. Immerhin sind daran ernste Zweifel angebracht. Larenz, auf den sich der BGH beruft, lässt die richterliche Rechtsfortbildung zwar grundsätzlich zu, zieht ihr aber auch eine klare Grenze dort, wo eine Antwort im Rahmen der geltenden Rechtsordnung insgesamt mit spezifisch rechtlichen Erwägungen allein nicht gefunden werden kann (Larenz 1991, 426f.) Pawlowski hält richterliche Rechtsfortbildung nur begrenzt für möglich und sieht dort, wo es um Statusfragen der Einzelnen geht, wegen des Planungscharakters solcher Gesetze, keine Möglichkeit für die Rechtsfortbildung durch Richter (Pawlowski 1999a, 709f.).

²¹² Zu einigen Formen von Entlastung vgl.: Luhmann (1983): 91ff.

²¹³ Luhmann (1983): 95.

Ein Beispiel dafür bietet die nicht freiwillige Sterilisation von Menschen mit Behinderungen. Anfang der 1980er Jahre wurde bekannt, dass in erheblichem Umfang Frauen mit geistigen Behinderungen ohne ihre Einwilligung sterilisiert wurden. Diese als Zwangssterilisationen kritisierten Eingriffe entfachten einen Skandal.²¹⁴ Mit der Schaffung des neuen Betreuungsrechts wurde dann in Form des § 1905 BGB eine gesetzliche Regelung geschaffen, die das, was zuvor skandalisiert worden war und was immer noch als kritikwürdig galt, durch Etablierung eines allerdings sehr strengen Verfahrens zum von der Gesellschaft akzeptierten Eingriff machte. Tatsächlich ist die Zahl der seit Schaffung dieser Verfahrensregelung erfolgten Sterilisationen mit etwa 80 pro Jahr²¹⁵ eher gering. Für die Betroffenen der dennoch erfolgenden Eingriffe, die zum Ziel haben Schwangerschaften zu verhüten, weil die Anwendung von anderen Verhütungsmitteln zu unsicher und die Erziehung von Kindern zu schwierig erscheint, hat die Prozeduralisierung allerdings nichts verbessert. Im Gegenteil: Sie müssen ihre Sterilisation als Ergebnis eines geregelten Verfahrens als legal und legitim hinnehmen. Hieran zeigt sich auch der Doppelcharakter einer Prozeduralisierungsstrategie, die die Absicherung von Mehrheitsinteressen ebenso zum Inhalt haben kann, wie die Setzung von Schutzstandards für Minderheiten.

Was Sterbehilfeentscheidungen angeht, wie sie hier diskutiert werden, ist die Lage allerdings anders als bei Sterilisationen im Rahmen des § 1905 BGB. Während bei diesen Sterilisationen ein bislang nicht erlaubtes, sondern allenfalls praktiziertes Vorgehen durch eine Verfahrensregelung legalisiert wurde, soll das Verfahren vor dem Vormundschaftsgericht im Falle des Behandlungsabbruchs, zumindest nach den Vorstellungen des BGH, nicht erst die Legitimation für einen bestimmten Typ von Entscheidungen schaffen, sondern vor allem Entlastung für den Betreuer bewirken, der vor diesem Beschluss auch ohne dieses Verfahren entscheiden konnte, dafür aber auch in erhöhtem Maße Verantwortung tragen musste.

Die Frage, die der BGH in dieser Weise allerdings nicht stellt, ist, welchen Charakter die Entscheidung über den Abbruch der künstlichen

²¹⁴ Köbsell (1987).

²¹⁵ Nach BT.-Drs. 13/7133.

Ernährung bei einem entscheidungsunfähigen Patienten in Zukunft hat, wenn sie dann von einem Vormundschaftsgericht überprüft worden sein wird. Denn der BGH will nicht nur die Betreuer durch die Einführung der Prüfungszuständigkeit des Vormundschaftsgerichtes entlasten, es sollen auch die Vormundschaftsrichter nicht zu „Richtern über Leben und Tod“²¹⁶ werden, so eine plakative und griffige Formulierung in der Debatte. Damit entsteht aber die Situation, dass die Entscheidung für den Abbruch der lebenserhaltenden Ernährung von niemandem mehr verantwortet werden muss – jeder hat eine Möglichkeit, die Last der Entscheidung zu delegieren: Der Betreuer trägt keine Verantwortung mehr, weil er sich auf ein vormundschaftsrichterliches Urteil stützen kann, das ihn entlasten soll, der Vormundschaftsrichter ist mit ihr andererseits aber nicht selbst belastet, weil er ja nicht „über Leben und Tod“²¹⁷ entschieden hat,²¹⁷ sondern lediglich das Verhalten des Betreuers bei der Wahrnehmung von Patienteninteressen des Betroffenen überprüfen sollte. Da es hier immerhin um die Beendigung von menschlichem Leben geht und da überdies die Entscheidung zur Beendigung dieses Lebens in der konkreten Situation tatsächlich nicht vom Träger des Lebens ausgeht, sondern von einem wie auch immer legitimierten Dritten, erscheint eine so weitgehende Verflüchtigung von Verantwortung nicht mit dem verfassungsrechtlichen Gebot des Lebensschutzes vereinbar.

(b) Verdeckte qualitative Dimension des Lebensschutzes

Diesen Bedenken ließe sich entgegenhalten, dass der 12. Zivilsenat die Entscheidung für den Abbruch der lebenserhaltenden Behandlung nur unter der Bedingung zulassen will, dass die Krankheit des Betroffenen einen irreversiblen und tödlichen Verlauf angenommen hat.²¹⁸ Diese Voraussetzung suggeriert, dass es um eine Entscheidung über Leben und Tod und damit um den Lebensschutz an sich schon gar nicht mehr gehe, da die Krankheit selbst bereits unausweichlich auf den Tod hinsteuere. Allerdings bestimmt der 12. Zivilsenat nicht präzise, was unter

²¹⁶ Vgl. Verrel (1999).

²¹⁷ BGH NJW 2003, 1588, 1592.

²¹⁸ BGH NJW 2003, 1588, 1590.

„irreversibler, tödlicher Verlauf“ zu verstehen ist. Da es in diesen Konstellationen, wie auch durch die Bezugnahme des 12. Senats auf den Kemptener Fall deutlich gemacht wird, nicht um Hilfe im, sondern um die so genannte Hilfe zum Sterben geht, bedeutet die Formulierung jedenfalls nicht, dass die Patienten bereits zeitlich in der Nähe zum Tode leben, sodass man davon sprechen könnte, ihr Sterben habe bereits begonnen. Andererseits ließe sich jeder Abschnitt des Lebens als einer beschreiben, der einen „irreversiblen, tödlichen Verlauf“ angenommen habe, da der Tod des Menschen mit dem Ende jeder Zeiteinheit unweigerlich immer näher rückt, auch wenn man nicht weiß, wann er erreicht werden wird. So verstanden wäre die Einschränkung gar keine. Der Raum zwischen diesen beiden Extremen ist schwer auszuloten. Anlässlich einer Tagung des Nationalen Ethikrates zum Thema „Zwischen Fürsorge und Selbstbestimmung – über die Grenzen von Patientenautonomie und Patientenverfügung“ am 11. Juni 2003 erläuterte die als Referentin eingeladene Vorsitzende Richterin des 12. Senats des BGH, Meo-Micaela Hahne, die Entscheidung ihres Senats. Dabei machte sie deutlich, dass sie durch die Wahl der Formulierung „irreversibler, tödlicher Verlauf“ gerade nicht auf ein zeitliches Moment Bezug nehmen wollte, weil es schwer möglich sei, einen Zeitraum präzise zu erfassen, ab dem dann ein Behandlungsabbruch möglich sein soll. Die Formulierung stützt sich, wie die Vorsitzende Richterin Hahne im Interview mit der F.A.Z. erläuterte, auf eine Formulierung der „Richtlinien für die Sterbehilfe der Bundesärztekammer“, wie sie vom 1. Strafsenat in seine Entscheidung im Kemptener Fall übernommen wurde.²¹⁹ Daran habe sich, so Frau Hahne im Interview, ihr Senat gebunden gefühlt. Die Verwirrung, die diese Formulierung auslöst, wird damit allerdings verständlich, denn der 1. Strafsenat verwendet diese Begrifflichkeiten in einem anderen Kontext.

Der 1. Strafsenat des BGH spricht in seiner Entscheidung nur einmal und da in negativer Abgrenzung von einem irreversiblen tödlichen Verlauf, um nämlich klarzustellen, dass eine zulässige Sterbehilfe im Sinne einer Hilfe im Sterben, wie sie bei einem irreversiblen tödlichen Verlauf eben gegeben sei, im Kemptener Fall gerade nicht vorlag,²²⁰ weil hier eine „derartige

²¹⁹ Gerhardt (2003).

²²⁰ Die Passage des Urteils lautet: „Sterbehilfe in diesem Sinne setzt

Prognose – insbesondere das Merkmal der unmittelbaren Todesnähe²²¹ gerade nicht gegeben war. Der 1. Strafsenat des BGH unterscheidet nicht präzise zwischen einem irreversiblen, tödlichen Verlauf, den es einmal in unmittelbarer Todesnähe gäbe und einmal ohne diese unmittelbare Todesnähe. Er differenziert lediglich zwischen der Prognose, dass in kurzer Zeit der Tod zu erwarten sei und insofern ein irreversibler, tödlicher Verlauf mit unmittelbarer Todesnähe zu verzeichnen sei, und der Feststellung, dass das insgesamt nicht der Fall ist – wie im Fall der Patienten im *vegetative state* um deren Schicksal es in seiner Entscheidung ging. Für den zweiten Fall ist der Abbruch einer einzelnen lebenserhaltenden Maßnahme nach Auffassung des 1. Strafsenats des BGH zulässig, wenn die mutmaßliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund vorliegt, und zwar nur dann – dann aber, ohne dass weitere medizinische Voraussetzungen gegeben sein müssten, weil es auch das Recht zum Abbruch einer sinnvollen medizinischen lebenserhaltenden Behandlung gebe.

Auch aus den „Richtlinien der Bundesärztekammer für die ärztliche Sterbegleitung“ von 1993²²² ergibt sich nichts anderes, hier wird die Formulierung, auf die der BGH zurückgreift, vielmehr gar nicht verwendet, stattdessen heißt es: „Bei Patienten mit irreversibel verlaufenden Erkrankungen mit infauster Prognose kann, insbesondere im terminalen Stadium, die Linderung des Leidens so im Vordergrund stehen, dass eine daraus folgende Lebensverkürzung hingenommen werden darf.“ Erkennbar ist das für die hier und vom BGH diskutierten Fälle des *vegetative state*

voraus, dass das Grundleiden eines Kranken nach ärztlicher Überzeugung unumkehrbar (irreversibel) ist, einen tödlichen Verlauf angenommen hat und der Tod in kurzer Zeit eintreten wird (zum Begriff vgl. die von der Bundesärztekammer verabschiedeten »Richtlinien für die Sterbehilfe« sowie den Kommentar zu diesen Richtlinien, Deutsches Ärzteblatt 1979,957 ff. = MedR 1985,38 ff.; aktualisierte Fassung vom Juni 1993, Deutsches Ärzteblatt 90 (1993), B-1791,1792; ähnl. Eser in Schönke/Schröder, StGB 24. Aufl. Vorbem. 27 vor §§ 211 ff.). Ist eine derartige Prognose – insbesondere das Merkmal der unmittelbaren Todesnähe – gegeben, so hat der Sterbevorgang bereits eingesetzt.“ BGHSt 40, 257, 260.

²²¹ BGHSt 40, 257, 260.

²²² Wolfslast und Conrads (2001): 88ff.

keine einschlägige Aussage, da es in diesen Konstellationen nicht um Linderung des Leidens und den Tod als mögliche Nebenwirkung geht, der Eintritt des Todes ist vielmehr das Ziel, das erklärtermaßen erreicht werden soll.²²³ Der 12. Zivilsenat setzt sich außerdem nicht damit auseinander, dass infolge der Entscheidung des 1. Strafsenats die „Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung“ grundlegend überarbeitet wurden.²²⁴ In der neueren Fassung²²⁵ wird mit Bedacht zwischen den verschiedenen Gruppen differenziert. Eine Patientengruppe, deren Krankheit einen „irreversibel tödlichen Verlauf“ genommen hätte, gibt es in diesen Grundsätzen gar nicht. Stattdessen wird unterschieden zwischen Sterbenden, Patienten mit infauster Prognose, die sich noch nicht im Sterben befinden, und Patienten mit einer lebensbedrohenden Krankheit, an der sie trotz generell schlechter Prognose nicht zwangsläufig in absehbarer Zeit sterben. Zu dieser Gruppe zählen die „Grundsätze“ ausdrücklich auch die Patienten mit schwersten cerebralen Schädigungen und anhaltender

²²³ In den „Richtlinien“ heißt es weiter: „Maßnahmen zur Verlängerung des Lebens dürfen abgebrochen werden, wenn eine Verzögerung des Todeseintritts für den Sterbenden eine nicht zumutbare Verlängerung des Leidens bedeutet und das Grundleiden mit seinem irreversiblen Verlauf nicht mehr beeinflusst werden kann.“ (Wolflast und Conrads (2001): 90). Auch das trifft die Probleme bei der Behandlung von Patienten im *vegetative state* nicht, da sie keine Sterbenden sind und es sich eben auch nicht um eine Verzögerung des Todeseintritts handelt. Zudem ist ungewiss, ob sie im Sinne dieser Richtlinien leiden.

²²⁴ Die dabei entstandenen Grundsätze stammen vom 11.9.1998. Siehe Wolflast und Conrads (2001): 83 ff.

²²⁵ Diese Fassung ist kurz vor Veröffentlichung des Berichts der Kutzer-Kommission durch die Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung (2004) ersetzt worden. Die neuen Richtlinien unterscheiden sich von denen von 1998 nur graduell. Bemerkenswert erscheint vor allem die neu eingearbeitete Behauptung, dass „Nahrungs- und Flüssigkeitszufuhr für Sterbende eine schwere Belastung darstellen können“, die dann mit der rätselhaft klingenden Forderung relativiert wird: „Jedoch müssen Hunger und Durst als subjektive Empfindungen gestillt werden.“ An mehreren Stellen der neuen Grundsätze wird akzentuiert, welche Bedeutung dem in Form von Patientenverfügungen artikulierten Selbstbestimmungsrecht zukommt.

Bewusstlosigkeit, die mit den Fachtermini „apallisches Syndrom“ und „Wachkoma“ bezeichnet werden.²²⁶ Es wäre also, wenn ein Gericht ausdrücklich die medizinische Praxis als wichtigen Orientierungspunkt wählt, im Interesse der Rechtssicherheit sinnvoll gewesen, die im Laufe der Diskussion entwickelten und vergleichsweise klaren Begrifflichkeiten zu nutzen.

Tatsächlich hatte der 12. Zivilsenat des BGH aber wohl auch anderes im Sinn als sich lediglich auf die Rechtsprechung des 1. Strafsenats und auf die davon angestoßene Debatte innerhalb der Ärzteschaft zu beziehen. Der Hinweis auf den „irreversibel tödlichen Verlauf“, der aber noch keine Todesnähe verlangt, soll, so Richterin Hahne, auf der Veranstaltung des Nationalen Ethikrates, eine Diskussion über den Zeitpunkt anregen, ab dem der Abbruch der künstlichen Ernährung möglich ist. „Ich könnte mir denken, dass wir möglicherweise ein wenig hinterfragen, was es bedeutet, dass das Grundleiden einen tödlichen Verlauf nehmen muss, was Irreversibilität bedeutet.“²²⁷ Damit wird eine normative Dimension in die Debatte gebracht, die bei einem später geführten Interview noch weitaus deutlicher herausgestrichen wird: „Zum Menschsein gehört mehr als die Aufrechterhaltung der vegetativen Lebensfunktionen, mehr als der bloße Stoffwechsel. Geist und Seele machen den Menschen aus. Wir meinen, dass eine Weiterbehandlung – auch aus ärztlich-ethischer Sicht – nur dort vorgenommen werden sollte, wo eine Chance besteht, dass der Patient wieder zu einer Persönlichkeit wird, die als bewusster Mensch am Leben der anderen teilnehmen kann. Wenn diese Chance nicht mehr besteht, befindet sich unseres Erachtens ein solcher Wachkomapatient in einem irreversiblen tödlichen Verlauf. Wenn er dann in seiner Patientenverfügung bestimmt hat,

²²⁶ Wolfslast und Conrads (2001): 85. Diese Termini entsprechen der Bedeutung des *vegetative state*. In den neuesten Richtlinien von 2004 sind die Empfehlungen für die Behandlung der Patienten bei schwerster zerebraler Schädigung und anhaltender Bewusstlosigkeit in einem eigenen Abschnitt zusammengefasst, der auch deutlich macht, dass beispielsweise die Dauer des Extremzustandes kein Grund für einen Behandlungsabbruch ist.

²²⁷ Nationaler Ethikrat (2003).

dass er einen solchen Zustand nicht künstlich verlängert haben möchte, hat der Arzt das zu befolgen.²²⁸

Mit dieser Erläuterung begibt sich Richterin Hahne auf das Terrain einer objektiven Bewertung menschlichen Lebens von außen. Sie legt mit der Unterscheidung von menschlichem Leben, das „bloßer Stoffwechsel“ sein soll und bewusstem Leben, das am Leben anderer Menschen teilhat, einen Maßstab an, wie er in der bioethischen Diskussion von etlichen Autoren verwendet wird,²²⁹ wie er aber zumindest in der Rechtsprechung in dieser Deutlichkeit und Schärfe noch nicht artikuliert wurde.²³⁰ Diese Unterscheidung wird überdies wegen ihrer praktischen Folgen vorgenommen, denn obwohl die Entscheidung des BGH das Selbstbestimmungsrecht des Patienten akzentuieren soll, wird doch die Realisierung dieses vermeintlichen Selbstbestimmungsrechts wesentlich davon abhängig gemacht, dass ein qualitatives Urteil über das Leben dieses Menschen gefällt werden kann. Dieses qualitative Urteil lautet, dass die Krankheit dieses Menschen einen „irreversiblen tödlichen Verlauf“ genommen haben soll. Deswegen erscheint es weniger erhaltenswert zu sein, denn der Lebensschutz, der dazu führt, dass dem Betreuer nicht alles erlaubt ist, was der einwilligungsfähige Patient für sich entscheiden darf,²³¹ wirkt nach dieser Auffassung nicht prinzipiell, sondern nur bei Leben, das bestimmte Voraussetzungen erfüllt bzw. nicht mehr erfüllt.²³²

²²⁸ Gerhardt (2003).

²²⁹ Vgl. I.A.3.b)(1).

²³⁰ Zwar argumentiert Frau Hahne auch nicht im BGH-Beschluss selbst so, sie bezieht diese Position aber zur Erläuterung ihrer umstrittenen Entscheidung und damit in ihrer Funktion als Vorsitzende Richterin des Senats, der diese Entscheidung gefällt hat.

²³¹ BGH NJW 2003, 1588, 1590.

²³² Es ist angesichts der ausführlichen und sehr kritischen Debatte in der Bundesrepublik über die Sterbehilfegesetzgebung in den Niederlanden und in Belgien auch bemerkenswert, dass Frau Hahne im F.A.Z.-Interview, befragt nach dem Regelungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber, eine „Auseinandersetzung mit den Regelungen der Sterbehilfe in anderen europäischen Ländern wie Belgien und den Niederlanden“ als „wünschenswert“ bezeichnet, was im Kontext dieses Gesprächs nur heißen kann, dass diese Regelungen auch für eventuelle

Immerhin ließe sich einwenden, dass es hier ja nicht in erster Linie darum geht, das Leben unterschiedlicher Menschen unterschiedlich zu schützen, sondern das Leben **eines** Menschen in unterschiedlichen Stadien jeweils einem unterschiedlichen Schutzniveau zu unterwerfen und dieses Schutzniveau eben im Stadium der Krankheit, die einen „irreversiblen, tödlichen Verlauf“ angenommen hat, sehr niedrig einzustufen. Insofern könnte die Situation vergleichbar sein mit der beim ungeborenen Leben, bei dem der Lebensschutz auch nur begrenzte Reichweite hat.²³³ Allerdings verdeutlicht der 5. Leitsatz der § 218 StGB-Entscheidung als Grund für die begrenzte Reichweite der Schutzpflicht, dass sie mit Blick auf die Bedeutung und Schutzbedürftigkeit des zu schützenden Rechtsguts einerseits und damit kollidierender Rechtsgüter andererseits zu bestimmen sei. Als vom Lebensrecht des Ungeborenen berührte Rechtsgüter kommen dabei – ausgehend vom Anspruch der schwangeren Frau auf Schutz und Achtung ihrer Menschenwürde (Art. 1 I GG) – vor allem ihr Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II GG) sowie ihr Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I GG) in Betracht.²³⁴ Diesen Konflikt zweier unterschiedlicher Grundrechtsträger gibt es in den hier diskutierten Fällen

hier zu entwickelnde Regelungen Vorbildcharakter haben sollten (Gerhardt 2003). In den Niederlanden ist aktive Sterbehilfe in erster Linie bei einwilligungsfähigen Patienten ausdrücklich erlaubt. Damit ein Arzt einen Patienten töten darf, muss nach den Verfahrensrichtlinien zu § 293 Absatz 2 des niederländischen StGB dessen Krankheit unerträgliche Leiden verursachen, es darf keine Aussicht auf eine Verbesserung seiner Situation geben, ein weiterer unabhängiger Arzt muss diese Diagnose schriftlich bestätigt haben, der Arzt muss sich versichert haben, dass der Wunsch des Patienten sein Leben zu beenden auf der Basis umfassender Informationen und freiwillig erfolgt. Für den Fall, dass der Patient einwilligungsunfähig ist, aber älter war als 16, als er seine Einwilligungsfähigkeit verloren hat, kann der Euthanasiewunsch ebenfalls berücksichtigt werden, wenn er zuzeiten als er noch einwilligungsfähig war, eine schriftliche Verfügung getroffen hat, dass er getötet werden möchte und ansonsten die anderen Voraussetzungen sinngemäß erfüllt sind. Zur bedenklichen Praxis und deren Entwicklung vgl. aktuell Eisenmenger; Oduncu (2003); grundsätzlich Keown (2002): 81–150.

²³³ BVerfG NJW 1993, 1751.

²³⁴ BVerfG NJW 1993, 1751.

nicht. Auch ergibt sich aus der Rechtsprechung, dass das ungeborene Leben anders als das Leben von Menschen mit schwersten Krankheiten, nicht durch die §§ 211, 212, 222 StGB geschützt ist.²³⁵ Vorstellbar sind beim Menschen im *vegetative state* also nur Grundrechtskonflikte innerhalb seiner Person. Diese können aber nur individuell, nicht prinzipiell durch Zuordnung zu einer bestimmten Gruppe von Menschen, bei denen das Niveau des Lebensschutzes grundsätzlich abgesenkt wird, gelöst werden.²³⁶ Eine solche Zuordnung kommt einer Diskriminierung jedenfalls recht nahe, denn im Ergebnis soll hier das Leben einer bestimmten Gruppe von Menschen, deren Leben vermeintlich nur noch aus „bloßem Stoffwechsel“²³⁷ besteht, eher beendet werden können, als das anderer Menschen. Das Niveau des Lebensschutzes wird also einerseits bezogen auf den Verlauf eines Menschenlebens verändert, aber eben auch bezogen auf gleichzeitig existierende, klar bestimmbare Gruppen von Menschen. Das aber ist nicht akzeptabel.

(c) Praktische Folgen der Entscheidung des 12. Zivilsenats des BGH

Der Beschluss des 12. Zivilsenats des BGH ist von Befürwortern der Schaffung weitreichender Möglichkeiten des Ernährungsabbruchs ebenso attackiert worden, wie von Gegnern solcher Möglichkeiten. Problematisch an der Entscheidung des 12. Zivilsenats ist vor allem, dass sie sich nicht auf die Fallgruppe der Patienten mit einer eindeutigen (schriftlichen) Patientenverfügung beschränkt, sondern weitere Gruppen einbezogen hat. Auch die Festschreibung der eigenwillig, aber wenig überzeugend hergeleiteten eingeschränkten Prüfungspflicht der Vormundschaftsgerichte führt im Ergebnis nicht zur Klärung der rechtlich umstrittenen Situation, sondern wirft eine Vielzahl neuer Fragen auf. Das schlägt sich auch in dem deutlich zum Ausdruck gebrachten Bedürfnis insbesondere der medizinischen und ethischen Fachöffentlichkeit nach Interpretation der Entscheidung durch die Vorsitzende Richterin des 12. Zivilsenats nieder. Der Beschluss hat auch wegen der tragenden Rolle, die in ihm der, selbst

²³⁵ Vgl. dazu BVerfG NJW 1988, 2945.

²³⁶ Vergleiche hierzu die Ausführungen zu I.A.3.b).

²³⁷ Gerhardt (2003).

von den Mitgliedern des Senats für interpretationsbedürftig gehaltene, Begriff des „irreversiblen tödlichen Verlaufs“ spielt, das Bedürfnis nach einer klaren gesetzlichen Regelung dieser Konstellation im Rahmen des Betreuungsrechts eher verstärkt als abgeschwächt.²³⁸

Unverkennbar ist aber, dass der 12. Zivilsenat mit seiner Entscheidung eine weitgehende Freigabe des Abbruchs künstlicher Ernährung erreichen will. Mindestens wird, nachdem die Vorsitzende Richterin Hahne diese, dem Beschluss zugrunde liegende Intention auch in der Öffentlichkeit zum Ausdruck gebracht hat, eine solche Entwicklung in der Rechtspraxis erleichtert. Denn unabhängig von der Frage, welche Teile des Beschlusses als *Ratio Decedendi* tatsächlich Bindungswirkung entfalten können, werden Gerichte, die der Auffassung des BGH zuneigen, dass Hilfe zum Sterben in weiterem Maße als bislang rechtlich zulässig sein soll, jedenfalls in weitem Maße die Möglichkeit haben, sich gebunden zu fühlen. Sie können sich zumindest weitgehend sicher sein, dass ihre Entscheidungen mit Verweis auf den Beschluss des BGH Bestand, in höheren Instanzen ggf. Bestand haben.

Gleichzeitig ist aber für die allergrößte Zahl der Fälle, in denen Entscheidungen über die Fortführung oder den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen getroffen werden müssen, mit der BGH-Entscheidung wenig gewonnen. Auch weiterhin werden die allermeisten Patienten in vergleichbarer Lage keine ausdrückliche Patientenverfügung formuliert haben. Lediglich wenn man, was aus den oben genannten Gründen²³⁹ problematisch erscheint, als Willenserklärung auch nicht ausdrücklich als Patientenverfügung bezeichnete und gefasste Äußerungen bindende Wirkung zuspricht, ist durch die Entscheidung des 12. Zivilsenats die

²³⁸ Auch die Vorsitzende des Senats selbst, die sich immerhin zur Möglichkeit sehr weitgehender Rechtsfortbildung in diesem Bereich bekannt hat, hält eine gesetzliche Regelung in diesen Sektor für sinnvoll (Gerhardt 2003).. Das Bundesjustizministerium hat, kurz bevor diese Arbeit abgeschlossen wurde, im Juli 2003, eine Arbeitsgruppe unter Vorsitz des ehemaligen Richters am BGH, Klaus Kutzer, eine Arbeitsgruppe eingesetzt, die sich mit der Problematik von Patientenverfügungen am Lebensende befassen sollte.

²³⁹ Vgl. I.B.3.c)(1)(a).

rechtliche Lage weitgehend geklärt. Andernfalls dagegen bleibt für die meisten Patienten die Lage in jeder Hinsicht offen. Unabhängig von der Reichweite und Bestandskraft einer ausdrücklichen Patientenverfügung, deren rechtliche Grenzen hier nur kurz angerissen werden konnten, hat damit der Beschluss des 12. Zivilsenats auch bei der gegenwärtigen Gesetzeslage, für die vom 1. Strafsenat des BGH entschiedene und hier zugrunde gelegte Situation betreuungsrechtlich nichts Bindendes entschieden. Er hat allerdings durch sein *Obiter Dictum* und durch sich daran anschließende Äußerungen in Interviews eine Richtung vorgegeben, die er bei Gelegenheit eines anderen Falles einschlagen würde.²⁴⁰

(3) Der Lösungsvorschlag der Arbeitsgruppe des Bundesjustizministeriums

Als Reaktion unter anderem auf die kontroverse Diskussion nach der Entscheidung des 12. Zivilsenats hat Bundesjustizministerin Zypries die Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ eingesetzt, in der Vertreterinnen und Vertreter der Wohlfahrtsverbände, der Kirchen, von Teilen der Hospizbewegung, der Ärzteschaft sowie einzelne Experten unter Vorsitz des ehemaligen BGH-Richters Klaus Kutzer einen Lösungsvorschlag erarbeiten sollten.²⁴¹

Für die vorliegende Arbeit haben vor allem die Vorschläge zur Ergänzung des Betreuungsrechts Bedeutung.²⁴² Der Entwurf der

²⁴⁰ Der reguläre Instanzenzug im FGG, das für Betreuungsangelegenheiten zuständig ist, führt über die Beschwerde und die weitere Beschwerde nach §§ 19, 28 FGG nur zum OLG. Lediglich über die Vorlegungspflicht nach § 28 II FGG kann die Zuständigkeit des BGH begründet werden.

²⁴¹ Der am 10. Juni 2004 vorgestellte Bericht, der vollständig im Internet auf den Seiten des BMJ eingesehen werden kann, enthält neben Vorschlägen für gesetzliche Regelungen auch eingehende und vielfältig nutzbare Textbausteine für eine schriftliche Patientenverfügung, die hier nicht gewürdigt werden können.

²⁴² Der Vorschlag zur Ergänzung des § 216 StGB zielt vor allem auf die so genannte indirekte Sterbehilfe im Rahmen einer Schmerztherapie, die bei Patienten im *vegetative state* nicht indiziert ist. Soweit er auch das Unterlassen oder Beenden medizinischer Maßnahmen regelt, ist Voraussetzung, dass dies dem Willen des Patienten entspricht. Für

Arbeitsgruppe sieht die Neuschaffung eines § 1901b BGB vor, der die Bedeutung und Reichweite von Patientenverfügungen (und Patientenanzwaltschaften) regeln soll. Der Begriff der „Patientenverfügung“ wird dabei nicht geklärt. Der Entwurf regelt nicht, was eine Patientenverfügung ist, er setzt sie voraus. Die Begründung des Entwurfs stellt aber klar, dass die Patientenverfügung jedenfalls formfrei ist – auch wenn in den einleitenden Thesen zur Verbindlichkeit von Patientenverfügungen die schriftliche Abfassung empfohlen und als förderungswürdig bezeichnet wird. Die Formfreiheit ergibt sich infolge des § 126 BGB auch daraus, dass das Gesetz selbst keine Formvorschriften enthält. Da es sich bei der Patientenverfügung um eine Willenserklärung handelt, kann sie demnach auch mündlich abgegeben werden. Aus den Vorab-Bemerkungen ergibt sich zudem, dass die Ablehnung bestimmter medizinischer Maßnahmen auch wirksam sein soll, wenn vorab keine ärztliche Aufklärung stattgefunden hat. Der § 1901b BGB (neu) regelt zwei Fälle:

1. Patientenverfügungen, die auf den konkreten Fall zutreffen, binden Arzt und Betreuer direkt.
2. Trifft die Patientenverfügung nicht auf die konkrete Entscheidung zu (regelt sie also z. B. den Ernährungsabbruch für den Fall einer schweren Demenz, tatsächlich befindet sich die Patientin aber infolge eines Schlaganfalls in einem *vegetative state* und wird infolgedessen künstlich ernährt), ist der darin geäußerte Willen jedenfalls vom Betreuer zu beachten, das heißt der Verfügung kommt für die Erschließung des mutmaßlichen Willens (wie bisher) Indizwirkung zu.

Für eine Formfreiheit spricht, dass die Patientenverfügung, anders als ein Testament, nicht auf jeden Fall Wirkung entfalten kann, weil sie anders als das Testament nicht einen statischen, genau vorhersehbaren Zustand nach dem Tode regeln soll, sondern darauf zielt, eine komplexe Situation im

Patienten im *vegetative state* hat das allenfalls Bedeutung, wenn sie eine Patientenverfügung verfasst haben, denn nur dann kann aktuell von einem Willen gesprochen werden. Insoweit gilt aber das in Zusammenhang mit den Änderungen des Betreuungsrechts Gesagte.

Leben durch antizipierende Entscheidungen vorweg zu strukturieren, was naturgemäß das Risiko des Scheiterns in vielfältiger Hinsicht erhöht. Deswegen erscheinen auch so hohe, den statischen Charakter eines solchen Dokuments betonende Anforderungen entbehrlich. Kritisch an dieser Formfreiheit der Patientenverfügung sind dagegen nicht nur die erheblichen Beweisprobleme zu bewerten, die ggf. auftauchen können. Diese können dazu führen, dass das Selbstbestimmungsrecht der Patienten beeinträchtigt wird. Möglich ist sowohl, dass eine vom ihm verfügte Entscheidung nicht umgesetzt wird, weil die Verfügung nicht bewiesen werden kann, als auch, dass eine nicht verfügte Entscheidung als seine umgesetzt wird, weil z. B. Ärzte oder Vormundschaftsgericht ein entsprechendes Vorbringen von Angehörigen, Freunden etc. als Beweis akzeptieren. Vor allem ist aber zu befürchten, dass gerade mündliche Patientenverfügungen mehr Ausdruck einer unreflektierten Angst vor dem beschriebenen Zustand sind, als dass sie eine durch Beratung und Aufklärung nachvollziehbar zustande gekommene Entscheidung sind. Beides, die Beweisprobleme und der geringe Reflektionsgrad, der einer Patientenverfügung evt. zugrunde liegt, ist vor allem deswegen problematisch, weil die Patientenverfügung, die ja Entscheidungen über Leben und Tod betrifft, nach § 1901b Abs. 1 S. 4 BGB E auch dann zwingend zum Zuge kommen soll, wenn die Erkrankung noch keinen tödlichen Verlauf genommen hat.

In diesem Zusammenhang erweist sich als bedenklich, dass weder im Text des Gesetzesentwurfs noch in seiner Begründung die Möglichkeit erwähnt wird, dass die Patientenverfügung nicht mehr fortwirkt, weil sich der Wille des Patienten bis zum Augenblick der Entscheidung oder in der Situation selbst geändert haben könnte.²⁴³ Hier liegt ein grundsätzliches Problem von Patientenverfügungen.²⁴⁴ Das Betreuungsrecht hat deswegen in

²⁴³ Allerdings enthalten die vorab formulierten Thesen zu Inhalt und Form von Patientenverfügungen die Festlegung, dass eine Patientenverfügung nicht bindet „soweit auf Grund konkreter Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass die Patientin oder der Patient sie zum Behandlungszeitpunkt nicht mehr gelten lassen will. Siehe Fußnote 245.

²⁴⁴ Antizipierte Entscheidungen haben einen anderen Charakter, und auch wenn einleuchtend erscheint, dass man Menschen die Möglichkeit geben möchte, Verhältnisse zu regeln, die sich in der Zukunft ereignen,

§ 1901 BGB eine schützende Schranke eingebaut: Demnach hat der Betreuer den Wünschen des Betreuten nur zu entsprechen, soweit es dessen Wohl nicht zuwiderläuft. Da es nach § 1901 BGB auch zum Wohl des Betreuten gehört, dass er sein Leben nach seinen eigenen Wünschen gestaltet, ist mit dieser Einschränkung keinem das Selbstbestimmungsrecht missachtenden Paternalismus das Wort geredet. Es wird aber auch ein Schutz des Betreuten sichergestellt.

Angesichts der Tatsache, dass im Zustand der Einwilligungsunfähigkeit kaum eine Möglichkeit besteht, eine antizipierte Entscheidung zu revidieren, sollte ein solcher Schutz erhalten bleiben – und zwar als Bestandteil der gesetzlichen Regelung. Dadurch würde das Instrument der Patientenverfügung nicht entwertet, sondern seine Grenze deutlich gemacht.²⁴⁵

Für Patienten im *vegetative state* ist eine andere Vorschrift des Entwurfes von mindestens genauso großer Bedeutung. Der neu gestaltete § 1904 BGB E erweitert die Kompetenzen der Vormundschaftsgerichte gegenüber den geltenden gesetzlichen Regelungen erheblich. Für den Fall, dass keine Patientenverfügung vorliegt, erhalten sie die Kompetenz, die Verweigerung oder den Widerruf des Betreuers in eine lebenserhaltende ärztliche Maßnahme, die ärztlich angezeigt ist²⁴⁶ und deren Unterbleiben oder

die sie dann aber nicht mehr werden regeln können, ist doch der Unterschied zwischen einer antizipierten und einer gegenwärtigen Entscheidung evident. Zu den grundsätzlichen Problemen vgl. **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**

²⁴⁵ Diese Grenzen sind auch der Arbeitsgruppe bewusst, wenn sie in ihren den Regelungsvorschlägen vorangestellten Thesen formuliert: „Festlegungen in einer Patientenverfügung binden daher nicht, soweit auf Grund konkreter Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass die Patientin oder der Patient sie zum Behandlungszeitpunkt nicht mehr gelten lassen will. Solche Indizien können insbesondere Äußerungen oder ein Verhalten des oder der Kranken sein, aus denen auf einen geänderten Patientenwillen geschlossen werden kann.“ (Arbeitsgruppe 2004, 17.)

²⁴⁶ Voraussetzungen dafür, dass der Betreuer die Einwilligung versagen oder zurückziehen darf, werden nicht genannt. Auch wenn die Begründung des Entwurfs davon ausgeht, dass es hier auf den (mutmaßlichen) Willen des Patienten ankommt, ist das dem Gesetzeswortlaut nicht zu entnehmen, der die Verweigerung der

Abbruch voraussichtlich den Tod des Betreuten herbeiführen wird, zu genehmigen.²⁴⁷ Sie können, wie sich aus § 1904 IV BGB E ergibt, diese Genehmigung auch erteilen, wenn kein mutmaßlicher Wille des Patienten vorliegt. Entspricht die Verweigerung oder der Widerruf der Einwilligung aber dem mutmaßlichen Willen, müssen sie die Genehmigung erteilen. Damit wird den Vormundschaftsgerichten eine enorme Fülle an Kompetenzen verliehen: Sie können vor allem im Vorhinein die Entscheidung, die Tötung eines Patienten durch Unterlassen auch gebotener ärztlicher Behandlungen gezielt zu bewirken, legitimieren. Dass sie das

Einwilligung in § 1904 II BGB E nicht an einen (mutmaßlichen) Willen koppelt. Auch aus der Gesetzessystematik ist nur abzuleiten, dass die allgemeinen Grundsätze des Betreuerhandelns (§ 1901 BGB) gelten, für die Wünsche des Betreuten (die nicht identisch sind mit Willen) allerdings eine wichtige Rolle spielen.

²⁴⁷ Der Wortlaut des Entwurfs ist allerdings missverständlich. § 1904 II BGB E nimmt Bezug auf „eine ärztliche Maßnahme nach Absatz 1 Satz 1“. Dort geht es um „eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff“, deren Ausführung die Gefahr begründet, dass der Betreute „auf Grund der Maßnahme“ (also nicht aufgrund ihres Unterlassens) stirbt. Es geht hier dem Wortlaut nach also nur um die Verweigerung der Einwilligung in Maßnahmen, aufgrund derer (wenn sie ergriffen werden), der Patient sterben oder Schaden erleiden kann. Demnach wäre eine Verweigerung der Einwilligung in die künstliche Ernährung nicht von § 1904 I BGB E erfasst, weil die künstliche Ernährung keine ärztliche Maßnahme ist, die die Gefahr begründete, dass ein Patient stirbt. Nicht die künstliche Ernährung, sondern deren Unterlassung führt den Tod herbei. Damit wäre diese Fallgruppe aber auch nicht von § 1904 II bis IV BGB E erfasst, die Bezug auf § 1904 I BGB E nehmen. Die Begründung des Entwurfs macht aber deutlich, dass diese Einschränkung nicht gemeint ist, denn dort wird in den einleitenden Bemerkungen ausdrücklich auf die künstliche Ernährung Bezug genommen und in den Anmerkung zu § 1904 Absatz 2 BGB E auf lebenserhaltende Maßnahmen allgemein abgestellt, über deren Durchführung immer dann das Vormundschaftsgericht entscheiden soll, wenn der Patientenwille umstritten ist. Es kommt also nicht auf die Qualität der lebenserhaltenden Maßnahme an, sondern auf die Einigkeit über den Patientenwillen. Der Sinn dieser Vorschrift im Sinne der Verfasser wäre besser getroffen, wenn die Bezugnahme auf Absatz 1 Satz 1 gestrichen und durch die Formulierung „lebenserhaltende ärztliche Maßnahme“ ersetzt würde.

dürfen, auch wenn noch nicht einmal ein mutmaßlicher Wille vorliegt, ist nicht nachvollziehbar und gibt den Lebensschutz gerade einer besonders schutzbedürftigen Gruppe, wie es die Patienten im *vegetative state* sind, in erheblichem Maße preis.²⁴⁸

§ 1904 III BGB E spitzt diese Situation noch zu: Demnach ist die Einschaltung des Vormundschaftsgerichts nicht erforderlich, wenn zwischen Arzt und Betreuer Einvernehmen darüber besteht, dass die Erteilung oder Verweigerung der Einwilligung dem Willen des Patienten entspricht. Diese Regelung, die die ohnedies stark beanspruchten Vormundschaftsgerichte entlasten soll, hat aber gravierende Konsequenzen. Sie entzieht in Situationen, in denen es um Leben und Tod des Patienten gehen kann, die Entscheidung von Arzt und Betreuer, die sich einig sind, der Kontrolle.

Schon heute werden viele der betreuungsrechtlichen Verfahren aufgrund von Interventionen der Pflegekräfte angestrengt, die, oftmals anders als Ärzte und Betreuer, täglich mit den Patienten befasst sind. Die neue Gesetzeslage würde solche Verfahren, die auf § 12 FGG, dem Amtsermittlungsgrundsatz der Freiwilligen Gerichtsbarkeit basieren, erheblich erschweren oder sogar ganz unmöglich machen. Denn das Gesetz macht durch seinen Wortlaut deutlich, dass es in dieser besonderen Konstellation gar nicht mehr auf einen real existierenden Willen ankommt, sondern nur noch auf eine entsprechende Fiktion: Entscheidend ist das Einvernehmen des Arztes und des Betreuers über den Willen, nicht mehr dessen Vorhandensein selbst. Hier stellt sich auch die Frage, ob die strengen Erfordernisse aus § 69d Abs. 2 FGG beibehalten und sinngemäß angewendet werden sollen: Sie verlangen die Einholung eines Sachverständigen-Gutachtens bei Verfahren nach dem heute geltenden § 1904 BGB. Im Rahmen der neuen Regelung des Absatzes 3 würde ein solches Sachverständigengutachten aber wenig Sinn machen, da es hier

²⁴⁸ Daran ändert nichts, dass nach § 1904 S. 3 BGB E „im Zweifelsfall dem Lebensschutz des Betreuten der Vorrang einzuräumen (ist)“, weil dieser Zweifelsfall nicht näher bestimmt ist und gerade die Diskussion über den Lebenserhalt von Patienten im *vegetative state* zeigt, dass der Schutz des Lebens besonders relevant ist, wenn die Zweifel nicht zugelassen werden oder keine Rolle spielen.

nicht mehr um die Gefährlichkeit des Handelns geht, die durch Sachverständigenbeweis geklärt werden könnte, sondern nur noch um die vermutete Übereinstimmung mit dem Patientenwillen, die von Sachverständigen nicht geklärt werden kann.

Absatz 4 des § 1904 BGB macht den „mutmaßlichen Willen“ des Patienten zum verbindlichen Entscheidungsmaßstab vormundschaftsrichterlicher Entscheidungen. Das ist zum einen bedenklich, weil der „mutmaßliche Wille“ bislang kein gesetzlich festgeschriebenes Konstrukt ist, sondern nur eine richterrechtlich begründeter, durchaus nicht eindeutig zu fassender Entscheidungsmaßstab. Da sowohl die Feststellung eines mutmaßlichen Willens, als auch dessen rechtlicher Gehalt keineswegs geklärt sind, erscheint es bedenklich, ihn zum alleinigen und zwingenden Kriterium für vormundschaftsrichterliche Entscheidungen zu machen. Die Feststellung des Entwurfes, dass es für die Feststellung des mutmaßlichen Willens „individueller konkreter Anhaltspunkte“ bedürfe, ist in diesem Sinne kein ausreichender Maßstab für Feststellungen, die so gravierende Entscheidungen wie die gezielte Herbeiführung des Todes bei nicht-sterbenden Patienten tragen. Durch § 1904 Abs. 4 BGB E wird zudem die bisherige Dogmatik des Betreuungsrechts unterlaufen, die dem Wohl des Patienten im Zweifel Vorrang vor den Wünschen einräumte, während § 1904 Abs. 4 BGB jetzt davon ausgeht, dass die „mutmaßliche Einwilligung“, also der nur angenommene Wille des Patienten, Vorrang vor dessen Wohl haben soll.

(4) Der verfahrensrechtliche Ausgangspunkt der eigenen Position

In dieser Arbeit wird eine betreuungsrechtliche Lösung vorgeschlagen, die sich sowohl vom Modell der Entscheidungsfindung, wie sie sich aus der Entscheidung des 12. Zivilsenats des BGH ergibt, als auch von dem Entwurf der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“ unterscheidet.

Das hat einerseits seinen Grund darin, dass bereits der materielle Ausgangspunkt, wie oben²⁴⁹ dargelegt, anders bewertet wird. Im Gegensatz zu den beiden Senaten des BGH sowie zu weiten Teilen der einschlägigen

²⁴⁹ Siehe dazu I.A.4.c).

juristischen Literatur²⁵⁰ wird hier der *vegetative state* als schwere Behinderung, nicht aber als terminale Krankheit bzw. als Zustand, der Persönlichkeit ausschließt, betrachtet. Es handelt sich beim *vegetative state* deswegen auch nicht um eine „irreversible tödliche Erkrankung“. Deswegen ist auch der lange Zeitraum, den ein Mensch im *vegetative state* leben kann, so wenig ein Grund für den Abbruch der künstlichen Ernährung, wie die fehlende Persönlichkeit des Patienten in diesem Zustand.

Sollte das Setzen der Sonde allerdings mit nachhaltigen Komplikationen verbunden sein, beispielsweise mehrfach Entzündungen nach sich ziehen, die zur Folge haben, dass die Sonde in zeitlich kurzen Abständen neu gelegt werden muss, kann das als Zeichen für eine Abwehr der künstlichen Ernährung gedeutet werden.²⁵¹ Aus diesem Grund ist dann auch der Abbruch der künstlichen Ernährung zu erwägen. Die Initiative erfolgte in so einer Konstellation nicht, weil die künstliche Ernährung an sich nicht mehr durchgeführt werden soll, sondern weil sie den Patienten hohen zusätzlichen Belastungen aussetzen würde und es Anhaltspunkte dafür gäbe, dass er aktuell nicht mehr künstlich ernährt werden möchte. Den Reaktionen des Körpers wird hier für Behandlungsentscheidungen eine große Rolle beigemessen, weil bei Menschen im *vegetative state* oftmals nur sie irgendeinen Aufschluss über die gegenwärtige Lage des Patienten geben können und damit auch über seine, wie rudimentär auch immer vorhandenen

²⁵⁰ Exemplarisch Heyers (2001): 255, der den *vegetative state* hier umstandslos als „irreversible und zum Tode führende Krankheit bezeichnet“. Anders dagegen Kutzer (2002). Die von Kutzer geleitete Arbeitsgruppe „Patientenautonomie“ hat die Behandlung der Patienten im *vegetative state* allerdings nicht gesondert thematisiert. Demnach sollen hier die allgemeinen Grundsätze gelten, bei deren Anwendung aber die Gefahr besteht, dass die Fehlvorstellungen über den medizinischen Charakter des *vegetative state* handlungsleitend werden. Vgl. I.A.4.c).

²⁵¹ Dieser Schluss ist nicht zwingend, sondern kann nur nach Betrachtung und Gewichtung aller Umstände des Einzelfalles gezogen werden. Es geht also nicht darum, bakterielle Infektionen als Willensäußerung des Infizierten zu interpretieren, sondern sie in Zusammenhang mit seiner Lebenssituation zu bewerten und zu fragen, ob sie auch über die Schwäche des Immunsystems Ausdruck einer Lebens- und Behandlungsmüdigkeit sind.

Wünsche und Gefühle,²⁵² die diese prägen. Für die Patienten, die ansprechbar sind, ist die Situation insofern eine andere. Auch bei ihnen mögen körperliche Reaktionen wichtige Indizien für Behandlungsentscheidungen sein, aber es gibt hier zusätzlich noch andere, direktere und damit besser verständliche und nachvollziehbare Kommunikationsmöglichkeiten.

Sachlich ginge es für den Fall, dass Komplikationen mit der Sonde aufgetreten sind um die Frage, ob die erneute Implantation einer Sonde erfolgen soll. Rechtlich zu klären wäre in so einem Fall mithin, da die zuletzt implantierte Sonde dann wegen Komplikationen entfernt werden musste, ob ein neuerlicher Eingriff gerechtfertigt werden kann. Vorstellbar wäre auch, dass der Ausgangspunkt für ein Verfahren bereits die Entfernung der Sonde wäre bzw. die Frage, ob sie trotz der Komplikationen im Körper belassen werden soll.

Diese Konstellation ist mit der bislang kontrovers verhandelten nicht deckungsgleich, denn es handelt sich dabei in erster Linie um die Nicht-Einwilligung in eine erneute Einsetzung der Sonde aufgrund konkreter Komplikationen, nicht um den Abbruch einer künstlichen Ernährung oder die Entscheidung sie gar nicht aufzunehmen, weil der Betreuer sie für sinnlos bzw. menschenunwürdig hält oder der Auffassung ist, sie stehe im Widerspruch zum (gegenwärtigen) Selbstbestimmungsrecht des Patienten, das aus Indizien abgeleitet und dann von einem Dritten umgesetzt wird. Wie auch immer im Einzelnen begründet und aus welchen Motiven heraus gehandelt wird, ist das Ergebnis der Entscheidung die künstliche Ernährung abubrechen bzw. nicht (erneut) aufzunehmen allerdings stets der Tod des Patienten durch ein zumindest wissentlich herbeigeführtes Verhungern-Lassen bzw. durch den nicht verhinderten Zusammenbruch der vitalen Funktionen zumindest auch aufgrund von Unterernährung. Da der Kern der

²⁵² Als Indiz dafür, dass sich Wünsche auch über den Körper vermitteln können, können die sehr unterschiedlichen und bislang medizinisch sonst nicht befriedigend zu erklärenden Überlebenszeiten von Patienten im *vegetative state* angesehen werden. Der Patient, dessen Situation vor dem 12. Zivilsenat des BGH verhandelt wurde, starb etwa zwei Wochen nach der Entscheidung des BGH, noch bevor das Amtsgericht Lübeck eine abschließende Sachentscheidung fällen konnte; vgl. Nationaler Ethikrat (2003): 17.

bisher geführten Debatte ist, ob dieses wissentliche Herbeiführen des Todes mit dem Einwilligen in eine lebensgefährliche Operation vergleichbar ist, ist es möglich, auf die Argumente dieser Kontroverse zurückzugreifen.

Der Eingriff selbst, um den es geht, die erneute (oder ausnahmsweise auch erstmalige) Einsetzung einer Sonde für die künstliche Ernährung, unterliegt keinen besonderen Erfordernissen: Er ist nicht an sich gefährlich oder riskant. Selbst im Fall einer, in der hier vorausgesetzten Konstellation absehbaren, erneuten Komplikation gefährdet diese selbst Leben und Gesundheit des Betreuten nicht in der in § 1904 I BGB thematisierten Weise. Gleichzeitig ist aber, wenn eine Komplikation bei der Implantation der Sonde vorauszusehen ist, die Einsetzung der Sonde selbst nicht mehr nur eine die Folgen der Behinderung mildernde oder ihre Verschlimmerung verhütende Maßnahme, wie sie durchzuführen § 1901 III BGB dem für den entsprechenden Aufgabenkreis bestellten Betreuer zur Pflicht machte. Die Einsetzung könnte ihrerseits die Folgen der Behinderung verschlimmern. Sie würde in diesen Fällen zu einer medizinischen Maßnahme mit Doppelcharakter, die einerseits positive Effekte hat, weil sie die Zufuhr lebenswichtiger Nahrung, Flüssigkeit und Inhaltsstoffe sichert, andererseits schädigt sie den Körper durch Entzündungen.

Die Reaktion des Körpers auf die Sonde könnte, je nach den Umständen des konkreten Falles, als ein Wunsch des Betreuten verstanden werden, in Ruhe gelassen, einer solchen Prozedur nicht unterzogen zu werden. Diesem Wunsch hätte der Betreuer als Ergebnis der gesetzlichen Vorgaben zu entsprechen, wenn er nicht dem Wohl des Betreuten zuwiderliefe. Hier hätte dem Wunsch des Betreuten zu entsprechen die Folge, dass er sicher sterben wird. Grundsätzlich entspricht der Tod aufgrund der normativen Vorgaben unserer Rechtsordnung, die dem Schutz des Lebens einen hohen Rang einräumt und die Selbstmord zwar nicht unter Strafe stellt, aber doch zu verhindern sucht, nicht dem Wohl des Menschen. Die konkrete Situation, in der sich Patienten in Fällen wie den hier diskutierten befinden, weist aber in mancher Hinsicht besondere Aspekte auf: Die Menschen, um die es geht, sind von einer schweren Behinderung betroffen, die zur Folge hat, dass sie nur am Leben bleiben können, wenn sie besonders intensive Pflege und medizinische Unterstützung erhalten. Gerade der medizinische Eingriff, die Verlegung der Sonde, der Voraussetzung für die Lebenserhaltung ist,

verursacht aber dauerhaft Beeinträchtigungen durch Entzündungen und die Notwendigkeit, die Sonde neu zu legen. Gleichzeitig existiert keine realistische Perspektive, dass diese Verknüpfung von Hilfe für den Körper und Belastung des Körpers aufhört. Der Patient befindet sich vielmehr im Verlauf einer Entwicklung, die seinen Zustand weiter verschlechtern wird – ohne dass der Tod allerdings deswegen in zeitlich absehbare Nähe gerückt sein muss. In so einer Situation, die in gewisser Hinsicht das Gegenstück zur Situation der schmerzstillenden Medikation ist, die als Nebenwirkung gleichzeitig die Herbeiführung des Todes beschleunigt,²⁵³ kann es durchaus dem Wohl des Patienten entsprechen, die Sonde nicht erneut zu implantieren oder sie herauszunehmen – auch wenn damit im Ergebnis der Sterbeprozess eingeleitet werden wird.

So kann begründet werden, dass ein Betreuer mit dem Aufgabenkreis „Gesundheitsfürsorge“ nicht in die erneute Implantation einer Sonde einwilligt, weil sie den aktuellen Wünschen des Patienten nicht mehr entspricht und auch unter den beschriebenen besonderen Bedingungen sein Wohl nicht mehr befördert. Angesichts der sicheren Konsequenz dieses Unterlassens, dem baldigen Eintritt des Todes, muss jedoch die Frage geklärt werden, ob der Betreuer diese Entscheidung auf der Grundlage des

²⁵³ Vgl. BGHSt 42, 301 (305). Allerdings ist die Aussage des BGH, die Ermöglichung eines Todes in Würde und Schmerzfreiheit, sei ein höherwertiges Rechtsgut als die Aussicht unter schwersten Schmerzen noch kurze Zeit länger leben zu müssen, in dieser Pauschalität zwar nicht problematisch. Es wird aber Fälle geben, in denen nicht so klar zu subsumieren sein wird, ob indirekte Sterbehilfe erfolgte, um Schmerzfreiheit zu erreichen, und ob sie einen Tod in Würde ermöglicht hat. Schon der Kieler Fall selbst, der dieser BGH-Entscheidung zugrunde lag, wirft weiterreichende Fragen auf: einerseits medizinischer Natur, denn wie die Schmerzmedikation gewirkt hat und inwieweit die hohe Dosierung erforderlich war, war seitens der Sachverständigen durchaus umstritten; andererseits aber auch Wertungsfragen mit Blick auf die tatsächlichen Geschehnisse, die im Urteil des BGH selbst nur noch sehr verknappt dargestellt werden, denn ob der Tod der alten Frau, die das Arztehepaar hier, um sich deren Erbe zu sichern, in seine Gewalt gebracht hat statt sie in ein Krankenhaus zu verlegen, so „in Würde und Schmerzfreiheit“ erfolgte, ist zu bezweifeln.

gegenwärtigen Rechts alleine fällen kann bzw. wer sie sonst treffen oder bestätigen könnte.

Nach Auffassung des 12. Zivilsenats des BGH sollen Vormundschaftsgerichte die Betreuerentscheidung überprüfen können – das soll nach einem weiteren *Obiter Dictum* des Senats,²⁵⁴ insbesondere im Streitfall oder bei Unsicherheit über den Patientenwillen, geschehen. Der BGH begründet diese im Gesetz nicht festgelegte Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts mit einem unabweisbaren Bedürfnis des Betreuungsrechts. Diese Sichtweise erscheint genauso wie die von anderen Gerichten vertretene analoge Anwendung des § 1904 BGB nicht vertretbar.

Richterliche Rechtsfortbildung, um die es bei diesen beiden Positionen im Kern geht, stößt an die Grenzen des Zulässigen, wenn der Richter dadurch Entscheidungen des Gesetzgebers umgeht oder diese aufgrund eigener rechtspolitischer Vorstellungen verändert und durch eine judikative Lösung ersetzt, die so im Parlament nicht erreichbar war.²⁵⁵ Richterliche Rechtsfortbildung geht auch zu weit, wenn sie Statusfragen regeln will,²⁵⁶ also die Rechtsstellung einzelner Rechtsgenossen oder bestimmter Gruppen von Menschen in der Rechtsordnung verändert. Auch die Erweiterung von Kompetenznormen über den Gesetzeswortlaut hinaus ist unzulässig.²⁵⁷ Gleiches gilt auch für eine Rechtsfortbildung, die mit Grundrechten nicht vereinbar ist. Auch wo eine Antwort auf eine Rechtsfrage mit spezifisch rechtlichen Erwägungen allein nicht gefunden werden kann, soll eine Grenze der gesetzesübersteigenden richterlichen Rechtsfortbildung liegen.²⁵⁸ Die Konsequenz daraus ist einerseits zwar, dass konkrete Entscheidungen zum Abbruch der künstlichen Ernährung derzeit dann gegebenenfalls

²⁵⁴ In dem von ihm verhandelten Fall gab es weder einen Streit in der Familie oder zwischen Familie und Betreuer, noch herrschte angesichts der Patientenverfügung über die für maßgeblich gehaltenen Wünsche des Betreuten Zweifel, in dieser Konstellation wäre also, führte man die Position des BGH konsequent weiter, gerade keine vormundschaftsrichterliche Überprüfung notwendig gewesen.

²⁵⁵ BVerfG NJW 1990, 1593.

²⁵⁶ Vgl. Pawlowski (1999b): Rn. 507 ff.

²⁵⁷ Pawlowski (1999b): Rn. 706f.

²⁵⁸ Larenz (1991): 427.

tatsächlich ohne Mitwirkung eines Vormundschaftsgerichts erfolgen und die Beteiligten damit der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung aussetzen. Diese ist aber angesichts einer im Grundsatz klaren, wenn auch nach der hier vertretenen Auffassung nicht befriedigenden, höchstrichterlichen Rechtsprechung kalkulierbar und vorhersehbar. Soll der Schutz, den das Strafrecht bietet, hier weit über das medizinisch erforderliche Maß²⁵⁹ hinaus suspendiert werden, führt die hier vertretene Position dazu, dass der Gesetzgeber in der Pflicht steht, sich mit der Thematik zu befassen und, wie in anderen bioethischen Fragen, einen gesellschaftlichen Diskurs zu eröffnen bzw. weiterzuführen und zu konkretisieren, an dessen Ende eine Entscheidung steht, deren Ergebnis offen ist. Da es hier um ein Thema von zentraler gesellschaftlicher Bedeutung geht, wäre eine Regelung, die vor allem im Dialog von Ärzteschaft und Justiz unter weitgehender Ausschaltung der Öffentlichkeit zustande gekommen wäre, als Ausfluss eines überkommenen ständestaatlichen Korporativismus nicht wünschenswert. Im Rahmen dieser öffentlichen Debatte wird es auch darauf ankommen, die veränderte Rolle der Vormundschaftsrichter zu vergegenwärtigen, die mit der Möglichkeit, die Herbeiführung des Todes eines Menschen durch den Abbruch lebenserhaltender Behandlung vorab zu legitimieren, ein bislang im bundesrepublikanischen Recht einzigartiges Entscheidungspotential zugesprochen bekämen.²⁶⁰ Auch wegen dieses Einschnitts ist die Zuweisung einer solchen Entscheidungsmöglichkeit im Rahmen richterlicher Rechtsfortbildung nicht akzeptabel.

Sollte der Gesetzgeber zu dem Schluss kommen, dass ein vormundschaftsrichterliches Verfahren in diesen Situationen möglich und erforderlich ist, und dass Vormundschaftsrichter die Möglichkeit erhalten sollen, die Tötung eines Menschen durch Unterlassen zu legitimieren, erscheint wichtig und nur so ist es angesichts der in der Auseinandersetzung

²⁵⁹ Gemeint sind hier lebensverkürzende Unterlassungen oder Eingriffe (Schmerzmittelgaben) bei Menschen, die sich bereits im Sterben befinden, die aber dessen restliche Lebensspanne verkürzen.

²⁶⁰ Die Entscheidung eines Richters als Teil der Staatsgewalt hat hier einen ganz anderen Stellenwert, als wenn Ärzte gemeinsam mit Patienten oder deren Angehörigen auf privater Ebene die Entscheidung zum Abbruch lebenserhaltender Behandlung treffen.

befindlichen Grundrechte auch vorstellbar, dass dieses Verfahren ergebnisoffen ausgerichtet ist, und dass es den betreuten schwer kranken oder schwer behinderten Menschen, um den es geht, nicht nur aus medizinischer Perspektive als Patienten wahrnimmt, dessen Grundleiden nicht mehr geheilt werden kann, sondern in seiner Gesamtheit als Mensch mit gegenwärtigen Bedürfnissen. Dann allerdings macht ein solches Verfahren, das die Entscheidung über die Fortsetzung der künstlichen Ernährung ja gerade nicht dem möglicherweise eingespielten Team Betreuer/Arzt überlassen will, Sinn und könnte eine Möglichkeit sein, eine der Situation angemessene besondere Form von Gewaltenteilung im Sinn betreuter Menschen durchzusetzen.

Damit die Unabhängigkeit des Gerichts nicht nur ein Postulat bleibt, bedarf es dazu möglicherweise eines Verfahrensbeteiligten, der aus einer ganz anderen Perspektive die Ereignisse und die Situation des Betreuten betrachtet als das Betreuer und Angehörige tun, die ja das Verfahren eingeleitet haben werden, weil sie nicht mehr wollen, dass der Patient weiterlebt. Die Einrichtung des Verfahrenspflegers, wie sie § 50 FGG für Kindschaftsverfahren und die §§ 67 und 70b FGG für Sterilisationen und Unterbringungsangelegenheiten im Rahmen des Betreuungsrechts vorsehen, könnte hier einen rechtlichen Ansatzpunkt bieten. Zur Ausgestaltung eines solchen Verfahrens wären die im US-amerikanischen Verfahren gesammelten Erfahrungen mit der dort gebräuchlichen Möglichkeit *amicus curiae*²⁶¹ ins Verfahren einzubeziehen zu analysieren. Auch die Stellung des im englischen Recht in Betreuungssachen auftretenden *Official Solicitor* könnte für das deutsche Recht ein Beispiel sein, wie eine Lösung beschaffen sein muss, in der nicht von vornherein die stillschweigende Übereinkunft, ein schneller Tod werde für den Betreuten das Beste sein und seinem mutmaßlichen Willen entsprechen, das *Procedere* prägen.²⁶²

²⁶¹ Zu dessen Entwicklung vom unabhängigen Sachverständigen zum Vertreter einer dezidierten Rechtsauffassung und Tatsachensicht vgl. Lowman (1992).

²⁶² Diese Haltung ist charakteristisch für einige Stellungnahmen in der Literatur, die deutlich erkennen lassen, dass sie ausschließlich die Gefahr sehen, dass eine Behandlung zu lange fortgesetzt wird. Z. B. Saliger (1998): 135.

Sinn dieser Prozeduralisierung müsste vielmehr sein, auch den Lebensschutz für schwer behinderte Menschen, die lebenserhaltende Maßnahmen benötigen und die nicht einwilligen können, sicherzustellen und damit das Untermaßverbot²⁶³ zu berücksichtigen, ohne eine Behandlung um jeden Preis und gegen die eventuellen Bedürfnisse der Betroffenen weiterzuführen. Die tatsächlichen Entwicklungen im Betreuungsrecht, die durch Überlastung der Gerichte, Bemühungen zur Kostensenkung und damit verbunden Aufweichung des Patientenschutzes geprägt sind,²⁶⁴ signalisieren aber, dass dafür eine grundlegende Neuorientierung erforderlich ist, damit das Betreuungsrecht den Schutz der Betreuten, der auch beinhaltet, dass ihren Bedürfnissen entsprochen wird, tatsächlich wirksam und umfassend sicherstellen kann.

4. Bedürfnisorientierter Standard im Kontext des Strafrechts

Ein bedürfnisorientierter Standard, wie er hier vertreten wird, entspricht keinem bisher eingeführten strafrechtlichen Rechtfertigungs- oder Schuldausschließungsgrund. Von der mutmaßlichen Einwilligung, mit der er noch am ehesten in Verbindung gebracht werden könnte, unterscheidet er sich dadurch, dass nicht zurückliegende Willensäußerungen als Indizien für einen rechtfertigenden fiktiven gegenwärtigen, also mutmaßlichen Willen genommen werden, sondern gegenwärtige, nicht-willensförmig artikulierte Reaktionen und Verhaltensweisen als Grund dafür dienen können, die Ernährung abzubrechen, mithin einen nicht rechtswidrigen Totschlag durch Unterlassen ins Werk zu setzen. Weil diese Reaktionen und Verhaltensweisen aber interpretationsfähig und damit auch interpretationsbedürftig sind, kann nicht von einer (fiktiven) Einwilligung in

²⁶³ BVerfGE 88, 203 (204, 254).

²⁶⁴ Vgl. Strätling et al. (2000); Deutsche Hospiz Stiftung (a ufgesucht 10.5.2002). Aufweichung des Patientenschutzes ist beispielsweise die im Betreuungsrechtsänderungsgesetz von 1998 beschlossene Aufhebung des Verbots der Personenidentität in § 69d FGg, die ermöglicht, dass der Arzt, der einen Eingriff plant, der nach § 1904 BGB eine vormundschaftsrichterliche Genehmigung erfordert, gleichzeitig das Sachverständigengutachten für das Gericht erstellt.

den Abbruch bzw. Nichteinwilligung in die Behandlung, die abgebrochen werden soll, die Rede sein. Denn entscheidend ist in jedem Fall die Sichtweise von Außenstehenden. Gleichzeitig spricht aber auch nichts dafür, dass hier durch Feststellung eines Bedürfnisses eine Nothilfe eines Dritten zugunsten des Patienten, um dessen Behandlung es geht, geleistet wird, denn es handelt sich nicht um eine durch Angriff und Verteidigung geprägte Situation. Es liegt auch keine notstands- oder notstandsähnliche Handlung vor, da nicht ersichtlich ist, dass hier ein überwiegendes Interesse die Preisgabe eines Rechtsgutes im Zuge einer Abwägung ermöglichte, denn das Rechtsgut, das preisgegeben werden soll, ist das Leben des Patienten.

De lege ferenda erschiene eine dem § 218a StGB nachgebildete Lösung plausibel, die allerdings keinen Tatbestandsausschluss vorsehen dürfte, sondern nur eine Rechtfertigung für den Fall, dass eine Tötung durch Unterlassen (passive Sterbehilfe) nach Einhalten des dafür vorgesehenen, de lege ferenda dann ebenso zu regelnden betreuungsrechtlichen Verfahrens stattgefunden hat. Diese Lösung hätte den Vorteil, dass sie zugleich das Verhältnis von Straf- und Betreuungsrecht klären könnte. Als Nachteil käme in Betracht, dass eine solche Regelung riskiert, dass Betreuer und Arzt auch dann aus einem Tötungsdelikt bestraft werden können, wenn die materiellen Genehmigungen für einen Ernährungsabbruch vorliegen, Arzt und Betreuer aber das Verfahren nicht eingehalten haben.²⁶⁵ Als Konsequenz erscheint das aber angesichts des hohen Rechtsgutes, das hier geschützt werden soll, und angesichts der großen Bedeutung, die dem Verfahren als Sicherungsmaßnahme und Erkenntnisquelle eingeräumt werden, plausibel und entspricht im Übrigen auch den Konsequenzen, die ein Verfahrensverstöß im Zuge der §§ 218/218a StGB nach sich zieht.

Diese Parallelität ist angesichts des vergleichbaren hohen Rechtsgutes und der ebenfalls vergleichbar hohen Schutzbedürftigkeit von dessen Trägern angemessen. Da die Handelnden hier überdies Ärzte und Betreuer sind, erscheint ein so nachdrückliches Dringen auf die Einhaltung der Schutzstandards auch keine zu hohe Belastung: Ärzte werden seitens ihrer Berufsorganisationen über die jeweilige Rechtslage gut informiert. Betreuer

²⁶⁵ Diese Konsequenz kritisiert Saliger mit Blick auf eine Ausschlusswirkung des § 1904 BGB (Saliger 1998, 142).

werden durch einen Betreuungsrichter mit ihrem Aufgabenkreis betraut. Sollten sie für den Aufgabenkreis „Gesundheitssorge“ oder „Zuführung zu ärztlichen Maßnahmen“ zuständig sein, wäre es sinnvoll und möglich, sie, vor allem wenn es sich um Angehörige handelt, seitens des Betreuungsgerichts über die rechtlichen Erfordernisse in diesem Bereich umfassend zu informieren.

II. Ausblick

In der Zeit, in der diese Arbeit verfasst wurde, hat Bundeskanzler Schröder den Nationalen Ethikrat berufen, der sich mittlerweile auch mit dem hier diskutierten Thema befasst hat, wenngleich er keine Stellungnahme dazu abgab.²⁶⁶ Die in der 14. Legislaturperiode Enquetekommission „Recht und Ethik der modernen Medizin“ hat mehrere umfangreiche Berichte zu bioethischen Fragen vorgelegt und ist für die 15. Legislaturperiode erneut durch Beschluss des Bundestages eingesetzt worden und wird bald einen eigenen Regelungsvorschlag zu Patientenverfügungen und Sterbehilfe vorlegen. Im Zuge der Debatten über Forschung an menschlichen embryonalen Stammzellen, über Klonen zu reproduktiven und therapeutischen Zwecken, über Präimplantationsdiagnostik, aber auch über Euthanasiegesetze, wie sie in den Niederlanden und mittlerweile auch in Belgien in Kraft getreten sind, ist deutlich geworden, dass die westlichen Industriegesellschaften sich in einer Phase der Selbstvergewisserung befinden. Mit den erhofften oder zum Teil bereits tatsächlich realisierten biomedizinischen Möglichkeiten verändert sich das Verhältnis des Menschen zu sich selbst. Menschen werden immer weniger als jemand akzeptiert, der so ist, wie er ist, der lebt, weil er geboren wurde, der durch Erziehung und im Zusammenleben als soziales Wesen geformt wird und dennoch ein Recht hat, seine Eigenheiten zu bewahren.

Die Möglichkeit, Zugriff auf die biologische Substanz zu nehmen und die Überzeugung, dass die biologischen Faktoren auch die gesellschaftliche Verfasstheit, in der menschliches Leben stattfindet, weitaus mehr

²⁶⁶ Nationaler Ethikrat (2003).

bestimmen, als in den 70er und 80er Jahren des 20. Jahrhunderts angenommen, führt hier zu, in dieser Form bislang unbekanntem, Auseinandersetzung über Notwendigkeiten und Chancen einer Selbst- und Fremdsteuerung. Diese Debatte, einmal in Bewegung gekommen, beeinflusst auch Bereiche der Medizin und des Sozialen, in denen aus ganz anderen Gründen tiefe Verunsicherung herrscht. Patienten im *vegetative state* benötigen nicht den Einsatz hoch entwickelter medizinischer Technologie, sondern sind in viel stärkerem Maße auf Pflege und Fürsorge angewiesen. Ihr Leben lässt uns ratlos, weil wir so gut wie nichts darüber wissen. Die Vorstellung, die wir uns davon machen, ist aber furchtbar, insbesondere weil hier gerade die Kontrollmöglichkeiten, die uns an anderer Stelle so wichtig erscheinen, offenbar fehlen.

Angesichts dieser Debatten ist auch das Recht in bemerkenswerter Weise gefordert. Alte Probleme werden in neuer Form aufgeworfen. Es stellen sich aber auch bislang unbekannte Fragen, die zudem besonders schwer zu bearbeiten sind, weil das Ergebnis des naturwissenschaftlichen und medizinischen Fortschritts oftmals nicht zunehmende Gewissheit ist, sondern ein vergrößertes Wissen über die Komplexität von Zusammenhängen, die zuerst einmal Ungewissheit schafft. Die Unklarheit über tatsächliche Fragen beeinflusst die normativen Antworten, die Recht geben soll und muss. Am Beispiel: Die Frage, ob und wenn ja was Menschen im *vegetative state* wahrnehmen, kann für die Antwort, wie sie behandelt werden dürfen, von erheblicher, wenn nicht von entscheidender Bedeutung sein. Die Deutungen der immer komplexeren Antworten, die Wissenschaft hier geben kann, sind dabei selbst unter Fachleuten erheblich umstritten. Das heißt aber nicht, dass es letzten Endes den Fachleuten überlassen bleiben darf, welche Konsequenzen sie aus den Unsicherheiten ziehen. Im Kern geht es nämlich doch um das Leben von Menschen und die Einstellung der Gesellschaft dazu.

Wie mit Unsicherheiten und Eventualitäten umzugehen ist, ist eine Frage des materiellen, aber auch in erheblichem Maße des Prozessrechts. Dabei ergeben sich für die hier diskutierten Problemkonstellationen eine Reihe von Schwierigkeiten, die in Zukunft eingehender diskutiert werden müssen. Wesentlich erscheint, dass angesichts einer zunehmenden Wertdifferenzierung in der Gesellschaft diese unterschiedlichen

Wertauffassungen gerade auch in die Verfahren Eingang finden können, die Bedeutung über den Einzelfall hinaus haben. Das kann nicht dazu führen, dass dort die Einzelfallgerechtigkeit aus Gründen gesellschaftlicher Rücksichtnahme zurückstehen soll. Die Einbringung von Aspekten, die von den unmittelbar Verfahrensbeteiligten nicht erwartet werden kann, könnte aber auch der Einzelfallgerechtigkeit weiter helfen. Zudem erscheint es auch unangemessen, wenn Entscheidungen in einzelnen Verfahren weitreichende Konsequenzen für das gesamte Rechtssystem und die Gesellschaft insgesamt haben, ohne dass hier auch nur ansatzweise die Möglichkeit bestanden hätte, in irgendeiner Art und Weise Einfluss zu nehmen.²⁶⁷ Sowohl die Einführung eines Verfahrenspflegers, als auch die Einführung einer den *amici curiae* vergleichbaren Institution, die nicht mit Parteirechten ausgestattet ist, aber doch auf eigene Initiative inhaltliche Stellungnahmen abzugeben befugt werden kann, erscheinen hier als geeignete Ansatzpunkte für eine Reform des deutschen FGG.

In materieller Hinsicht erscheint insbesondere zu klären, wie dem Gedanken des Lebensschutzes am Ende des Lebens Rechnung getragen werden kann. Deswegen ist hier, neben dem Betreuungsrecht, auch das Strafrecht gefordert. Auch in einer freiheitlichen Gesellschaft, in der sich die Werte und Anschauungen wandeln, müssen Verstöße gegen das Tötungsverbot, das soziale Minimum, sanktionsbewehrt bleiben. Ein effektiver Schutz des Lebens kann durch den Einsatz repressiver Instrumente allerdings nicht gewährleistet werden. Deswegen sind die diskursiven Auseinandersetzungen, die sich mit der Geltung der strafrechtlichen Normen in diesen ethischen Grenzregionen befassen, wichtiger als die Verfahren vor Gericht. Normüberprüfung und Überzeugungsarbeit ist gegenwärtig auf diesem Sektor sicher wichtiger als Strafverfolgung.

²⁶⁷ Während das Verfahren im Kemptener Fall als Strafverfahren immerhin noch öffentlich war, finden die Verfahren vor deutschen Vormundschaftsgerichten im Rahmen des FGG zudem noch unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt, was angesichts ihres im konkreten Fall privaten Charakters nachvollziehbar, mit Blick auf die weitreichenden Konsequenzen der Verfahren für die Sterbehilfedebatte in der Gesellschaft aber durchaus problematisch erscheint.

III. Zusammenfassung

In der Arbeit werden drei, in ihren Rechtsordnungen jeweils die Rechtsprechung wesentlich beeinflussende Verfahren, in denen es um den Abbruch der künstlichen Ernährung bei Patienten im *vegetative state* geht, vorgestellt und diskutiert. Lediglich im bundesdeutschen Kemptener Fall urteilte ein Strafgericht. Sowohl das englische Bland-Verfahren, als auch der Prozess um die Ernährung von Nancy Cruzan in den USA im Bundesstaat Missouri, wurden vor Betreuungsgerichten und schließlich vor den Verfassungs-Gerichten geführt. In der Beschäftigung mit den Verfahren wird einerseits herausgearbeitet, nach welchen rechtlichen Prinzipien die Gerichte zu einer Entscheidung über die künstliche Ernährung der Patienten im *vegetative state* und damit über deren Leben gekommen sind. Zudem wird untersucht, wie neben den Rechtsprinzipien auch die Art und Weise, wie die Richter die im *vegetative state* lebenden Menschen wahrgenommen haben, den Gang ihrer juristischen Argumentation beeinflusste. In diesem Zusammenhang wird auch thematisiert, dass die juristischen Verfahren bisweilen nur durch die problematische Situation in der Pflege überhaupt erst in Gang gesetzt werden können. Viele Menschen im *vegetative state* werden nämlich nur deswegen künstlich ernährt, weil die Fütterung mit dem Löffel zwar möglich wäre, aber pflegerisch erheblich aufwändiger und damit teurer ist. Sowohl Nancy Cruzan, als auch die Patientin im Kemptener Fall konnten schlucken und wurden zeitweilig mit dem Löffel gefüttert. Erst die künstliche Ernährung schaffte dann aber die Voraussetzung für die Möglichkeit, den Tod durch Abbruch einer medizinischen Behandlung herbeizuführen.

Im Zentrum der Arbeit steht aber die Analyse und Kritik der in den drei Verfahren gewählten Entscheidungsprinzipien: Mutmaßliche Einwilligung, *substituted judgement* und *best interest*. Der BGH hielt im Kemptener Fall die mutmaßliche Einwilligung der Patientin für den geeigneten Maßstab, um die Rechtswidrigkeit des Verhaltens der Angeklagten zu überprüfen. Der Supreme Court of Missouri orientierte sich bei seiner Entscheidung über die Zulässigkeit des Abbruchs der künstlichen Ernährung bei Nancy Cruzan am Prinzip des *substituted judgement*, während die englischen Lordrichter im Bland-Verfahren sich für einen *Best-interest*-Maßstab entschieden. Alle drei

Maßstäbe sind dogmatisch wenig konturiert und werden von den jeweiligen Gerichten unterschiedlich angewendet. Deswegen, so wird hier vertreten, ist die Gefahr groß, dass sie bloß Instrumente sind, um ein Urteil rechtlich zu begründen, das schon im Vorhinein aus anderen als rechtlichen Gründen feststeht.

Ein weiteres grundlegendes Problem, das vor allem bei Anwendung der mutmaßlichen Einwilligung und des *substituted judgement* zutage tritt, ist, dass beide überwiegend als Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts des nunmehr einwilligungsunfähigen Patienten angesehen werden. Die Überlegung, dass der mutmaßliche Wille oder das *substituted judgement*, das vormals bestenfalls durch Äußerungen in Gesprächen oder auch in schriftlicher Form ausgeübte Recht auf Selbstbestimmung in die Gegenwart hineinverlängern könnten, überspielt aber in Wirklichkeit das Dilemma, dass der Mensch, um den es geht und der jetzt entscheiden müsste, diese Entscheidung nicht mehr treffen kann und wohl auch nie mehr selber treffen können wird. Der Zeitpunkt dieser Entscheidung ist aber von erheblicher Bedeutung. Auf zurückliegende Äußerungen und Fähigkeiten abzustellen kann nämlich zur Folge haben, dass aktuelle körperliche oder intellektuell nicht oder nur schwer verständliche Äußerungen übergangen werden, die zwar nicht den rechtlichen Anforderungen an eine Willensäußerung genügen mögen, die aber gleichwohl den aktuellen Wünschen des Patienten Ausdruck verleihen können.

Der *Best-interest*-Standard entgeht dem Dilemma, die wichtige Entscheidung über einen lebenserhaltenden Eingriff auf eine Fiktion zu stützen. Der Preis dafür ist aber eine Fixierung auf objektive Kriterien, wie die medizinische Diagnose, die aber keineswegs so objektiv und losgelöst von Wertungsfragen sind, wie angenommen wird. Zudem erscheint es, gerade bei Menschen in Extremsituation, ausgesprochen schwierig, Interessen zu bestimmen – und es ist auch keineswegs dargetan, warum bei so einer existenziellen Frage, gerade Interessen und nicht Liebe oder Hoffnungen zum Dreh- und Angelpunkt einer irreversiblen Entscheidung gemacht werden.

Deswegen wird in dieser Arbeit ein neuer Ansatz entwickelt, der so genannte bedürfnisorientierte Ansatz, der, wie gezeigt wird, mit den Prinzipien des deutschen Betreuungsrechts gut in Einklang zu bringen ist.

Im Zentrum dieses Ansatzes steht der Abschied von der Fiktion, Menschen, die im *vegetative state* leben, könnten und sollten über ihre weitere Behandlung selbst bestimmen und diese Selbstbestimmung könnte von Dritten stellvertretend ausgeübt werden. Stattdessen sollen die gegenwärtigen Bedürfnisse der Patienten im *vegetative state* das entscheidende Kriterium für die Art und Weise und für die Dauer der Behandlung sein. Diese Bedürfnisse können auch Schwerstbehinderte, wie es Menschen im *vegetative state* nach der hier vertretenen und durch eine eingehende Auseinandersetzung mit der medizinischen Literatur unterstützten Ansicht sind, durch Körpersprache, Mimik, Gestik oder schlichtes Handeln oder Lassen gegenwärtig signalisieren. Um in Zweifelsfällen auf dieser Basis rechtlich verbindliche Entscheidungen treffen zu können, ist ein Verfahren zu entwickeln, in dem durch Verfahrenspfleger und *amici curiae* sichergestellt ist, dass ein vielschichtiges Bild auch von der Lebenswirklichkeit in Extremsituationen Grundlage der Entscheidung ist und nicht ein Stereotyp, wie es die gegenwärtige juristische und gesellschaftliche Debatte über Sterbehilfe bisweilen dominiert. Dabei kann und muss aber auch sichergestellt werden, dass über die Patienten keine „Lebenspflicht“ verhängt wird, auch wenn der Lebensschutz ein tragendes materielles Prinzip sein muss und erfordert, dass das Strafrecht als Schutzgarantie erhalten bleibt und gerade keine Euthanasie-Lösung nach niederländischem oder belgischem Modell entwickelt wird.

IV. Literaturverzeichnis

- Alexander, George. J.**, Time for a New Law on Health Care Advance Directives, *Hastings Law Journal* 1991, 755-769.
- Alexy, Robert**, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M., 1994.
- Amery, Jean**, Hand an sich legen – Diskurs über den Freitod, Stuttgart, 1976.
- Andrews, Keith; Murphy, Lesley; Munday, Ros and Littlewood, Clare**, Misdiagnosis of the vegetative state – Retrospective study in a rehabilitation unit, *British Medical Journal* 1996, 13-16.
- Andrews, Keith**, The vegetative state – clinical diagnosis, *Postgrad. Med. J.* 1999, 321-324.
- Angell, Marcia**, After Quinlan – The Dilemma of the Persistent Vegetative State, *NEJM* 1994, 1524-1525.
- Ankermann, Ernst**, Verlängerung sinnlos gewordenen Lebens? Zur rechtlichen Situation von Koma-Patienten, *MedR* 1999, 387-391.
- Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“**, Patientenautonomie am Lebensende – Ethische, rechtliche und medizinische Aspekte zur Bewertung von Patientenverfügungen, Bericht vom 10. Juni 2004, <http://www.bmj.bund.de/media/archive/695.pdf> (aufgesucht am 22. Juli 2004).
- Arzt, Gunter; Weber, Ulrich**, *Strafrecht – Besonderer Teil*, Bielefeld, 2000.
- Ausborn-Brinker, Sandra**, *Person und Personalität – Versuch einer Begriffsklärung*, Tübingen, 1999.
- Baumann, Jürgen; Bochnik, Hans Joachim; Brauneck, Anne-Eva; Calliess, Rolf-Peter; Carstensen, Gert und Eser, Albin**, *Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe*, Stuttgart, New York, 1986.
- Bell, Jodie L.**, Prohibiting Adoption by Same-Sex Couples - Is it in the Best Interest of the Child?, *Drake Law Review* 2001, 345-365.

- Bender, Rolf; Nack, Armin; Röder, Susanne**, Tatsachenfeststellung vor Gericht – Band I, Glaubwürdigkeits- und Beweislehre, München, 1981.
- Bernsmann, Klaus**, Der Umgang mit irreversibel bewußtlosen Personen und das Strafrecht, ZRP 1996, 87-92.
- Bockelmann, Paul; Volk, Klaus**, Strafrecht Allgemeiner Teil, München, 1987.
- Bopp, James; Avila, Daniel**, Cruzan 2 - A clear and convincing travesty, National University Law Review 1992, 1-47.
- Braun, Kathrin**, Menschenwürde und Biomedizin – Zum philosophischen Diskurs der Bioethik, Frankfurt, New York, 2000.
- Buchanan, Allan E.; Brock, Dan W.**, Deciding for others – The Ethics of Surrogate Decision Making, Cambridge, New York, Melbourne, 1990.
- Buchanan, Allan E.; Brock, Dan W.; Daniels, Norman and Wikler, Daniel**, From Chance to Choice – Genetics & Justice, Cambridge, New York, Melbourne, 2000.
- Calvin, William H.**, Die Symphonie des Denkens – Wie aus Neuronen Bewußtsein entsteht, München, Wien, 1993.
- Cantor, Norman L.**, Discarding Substituted Judgement and Best Interests, Rutgers Law Review 1996, 1193-1272.
- Caralis, P. V.; Davis, Bobbie; Wright, Karen and Marcial, Eileen**, The Influence of Ethnicity and Race on Attitudes toward Advance Directives – Life-Prolonging Treatments and Euthanasia, Journal of Clinical Ethics 1993, 155-166.
- Cattorini, Paolo; Reichlin, Massimo**, Persistent Vegetative State – A Presumption to Treat, Theoretical Medicine 1997, 263-281.
- Childs, Nancy L.; Mercer, Walt N.**, Misdiagnosis certainly occurs, British Medical Journal 1996, 944.
- Cioran, E. M.**, Vom Nachteil, geboren zu sein, Frankfurt a. M., 1979.
- Coepicus, Rolf**, Behandlungsabbruch, mutmaßlicher Wille und Betreuungsrecht, NJW 1998, 3381-3387.
- Coleman, Diane**, Withdrawing Life-Sustaining Treatment from people with Severe Disabilities Who Request It – Equal Protection Considerations, Issues of Law and Medicine 1992, 55-79.

- Coordinating Council on Life-Sustaining Medical Treatment Decision Making by the Courts**, Guidelines for State Court Decision Making in Life Sustaining Medical Treatment Cases, St. Paul, Minn., 1993.
- Cranford, Ronald**, Misdiagnosing the persistent vegetative state, *British Medical Journal* 1996, 5-6.
- Danis, Marion; Southerland, L. I.; Garrett, J. M.; Smith, J. L.; Hielma, F.; Pickard, C. G.; Egner, D. M. and Patruck, D. L.**, A prospective study of advance directives for life-sustaining care, *NEJM* 1991, 882-888.
- Degener, Theresia**, Weibliche Selbstbestimmung zwischen feministischem Anspruch und Alltags Eugenik, in: T. Degener und S. Köbsell (Hg.), „Hauptsache es ist gesund ?“ – Weibliche Selbstbestimmung unter humangenetischer Kontrolle, Hamburg, 1992, 67-93.
- Deichmann, Marco**, Vormundschafflich genehmigtes Töten durch Unterlassen?, *MDR* 1995, 983-985.
- Dencker, Friedrich**, Zum Erfolg der Tötungsdelikte, *NStZ* 1992, 311-315.
- Deutsche Hospiz Stiftung**, Stellungnahme zum Betreuungsrechtsänderungsgesetz, <http://www.hospize.de/texte/betreu.htm>. Aufgesucht 10.5.2002.
- Dichgans, Johannes**, Zur Aufklärung von Kranken und Sterbenden, in: L. Honnefelder; G. Rager (Hg.), *Ärztliches Urteilen und Handeln – Zur Grundlage einer medizinischen Ethik*, Frankfurt a. M., Leipzig, 1994, 193-213.
- Dresser, Rebecca**, Missing Persons, *Legal Perceptions of Incompetent Patients*, *Rutgers Law Review* 1994, 609-719.
- Dworkin, Roger B.**, *Limits – the Role of the law in Bioethical Decision Making*, Indianapolis, 1996.
- Dworkin, Ronald**, *Die Grenzen des Lebens*, Hamburg, 1994.
- Dörner, Klaus**, Hält der BGH die ‚Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens‘ wieder für diskutabel?, *ZRP* 1996, 93-96.
- Eberbach, Wolfram H.**, Staatliche Genehmigung zum Sterben? Zur Anwendbarkeit von § 1904 Abs. 1 Satz 1 BGB auf den Behandlungsabbruch, *MedR* 2000, 267-270.
- Eco, Umberto**, *Einführung in die Semiotik*, München, 1994.
- Eco, Umberto**, *Vier Moralische Schriften*, München, 1999.

- Eibach, Ulrich; Schaefer, Klaus**, Patientenautonomie und Patientenwünsche – Ergebnisse und ethische Reflexion von Patientenbefragungen zur selbstbestimmten Behandlung in Krisensituationen, MedR 2001, 21-28.
- Eisenmenger, Wolfgang; Oduncu, Fuat S.**, Geringe Lebensqualität – Die finstere Praxis der Sterbehilfe in den Niederlanden, Süddeutsche Zeitung, 17.7. 2003.
- Ellmann, Ira Mark**, Cruzan v. Harmon and the dangerous claim that others can exercise an incapacitated patient's right to die, Jurimetrics Journal 1989, 389-401.
- Emanuel, Linda L.; Barry, M. J.; Stoeckle, J. D.; Ettelson, L. M. and Emanuel, Ezekiel J.**, Advance directives for medical care – a case for greater use, NEJM 1991, 889-895.
- Faßbender, Karl-Josef**, Mobilität, Wohnen, Pflege – Zentrale Themen behindertenpolitischer Arbeit, in: K. Rost (Hg.), Thema: Behinderte, Stuttgart, 1991, 113-125.
- Faßler, Manfred**, Was ist Kommunikation?, München, 1997.
- Fehrmann, Hans; Jacobs, Klaus; Junker, Rolf und Warnke, Claus**, Das Mißtrauen gegen vergewaltigte Frauen – Erfahrungen mit Vergewaltigungsopfern mit Polizei und Justiz, Wiesbaden, 1986.
- Fenwick, Andrea J.**, Applying best interests to persistent vegetative state – a principle distortion?, Journal of Medical Ethics 1998, 86-92.
- Freund, Georg**, Der Entwurf eines 6. Gesetzes zur Reform des Strafrechts, Eine Würdigung unter Einbeziehung der Stellungnahme eines Strafrechtslehrerarbeitskreises, ZStW 1997, 455-489.
- Fröschle, Tobias**, Maximen des Betreuerhandelns und die Beendigung lebenserhaltender Eingriffe, JZ 2000, 72-80.
- Gaidzik, Peter Wolfgang; Hiersche, Hans-Dieter**, Historische, rechtstatsächliche und rechtspolitische Aspekte der Sterilisation Einwilligungsfähiger, MedR 1999, 58-63.
- Garrow, David J.**, Liberty & Sexuality – The Right to Privacy and The Making of Roe v. Wade, New York, Toronto, Oxford, 1994.
- Geilen, Gerd**, Euthanasie und Selbstbestimmung. Juristische Betrachtungen zum Recht auf den eigenen Tod, Tübingen, 1975.

- Geppert, Klaus**, Urteilsanmerkung zu BGH JZ 1988, 1021, JZ 1988, 1024-1029.
- Gerhardt, Rudolf**, Der Patientenwille hat Vorrang – Ein Gespräch mit der Vorsitzenden Richterin am BGH Meo-Micaela Hahne, F.A.Z., 18.7.2003.
- Gerhardt, Volker**, Selbstbestimmung – Das Prinzip der Individualität, Stuttgart, 1999.
- Gillick, Muriel R.**, Rethinking the Role of Tube Feeding in Patients with Advanced Dementia, NEJM 2000, 206-210.
- Gold, E. Richard**, Body Parts – Property Rights and the Ownership of Human Biological Materials, Washington D.C., 1996.
- Goy, Alexandra**, Der Berliner Gynäkologenprozess, Kritische Justiz 1987, 313-320.
- Greenfield, Susan**, Wie könnte das Gehirn ein Bewusstsein hervorbringen?, in: S. Rose (Hg.), Gehirn, Gedächtnis und Bewußtsein – Eine Reise zum Mittelpunkt des Menschseins, Bergisch-Gladbach, 2000, 285-308.
- Griffith, Daniel B.**, The Best Interest Standard – A Comparison of State's Parens Patriae Authority and Judicial Oversight in Best Interest of Children and Incompetent Patients, Issues in Law and Medicine 1991, 283-338.
- Grimm, Jacob; Grimm, Wilhelm**, Deutsches Wörterbuch, Band 27 W - Wegzwiesel (Bearb. v. Karl v. Bahder), München, 1999.
- Hanussek, Barbara**, Kommentar I (zu: Nicht verhungern, nicht verdursten – zum Problem der Sondenernährung), Ethik der Medizin 2001, 254-255.
- Harmon, Louise**, Falling Off the Vine – Legal fictions and the Doctrine of Substituted Judgement, Yale Law Journal 1990, 1-71.
- Hassemer, Winfried**, Die Mordmerkmale, insbesondere heimtückisch und niedrige Beweggründe, JuS 1971, 626.
- Hassemer, Winfried**, Mutmaßliche Einwilligung bei ärztlichen Eingriffen (Rechtsprechungsübersicht), JuS 1989, 145-146.
- Hassemer, Winfried**, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, München, 1990, 2. Auflage.
- Hauser, Joshua M.; Kleefeld, Sharon F.; Brennan, Troyen A. and Fischbach, Ruth L.**, Minority Populations and Advance Directives –

- Insights from a Focus Group Methodology, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics* 1997, 58-71.
- Haxby, J. V.; Horwitz, B.; Ungerlieder, L. G.; Maisog, J. M.; Pietrini, P. and Grady, C. L.**, The functional organization of human extrastriate cortex, *Journal of Neuroscience* 1994, 6336-53.
- Helgerth, Roland**, Anmerkung zu BGH JR 1995, 335; JR 1995, 338-340.
- Hennies, Günter**, Risikoreiche ärztliche Maßnahmen – betreuungsrechtliche Eingriffe, *MedR* 1999, 341-344.
- Herr, S.; Bostrom, Barry; Barton, Rebecca**, No place to go – refusal of life-sustaining treatment by competent persons with physical disabilities, *Issues in Law and Medicine* 1992, 3-36.
- Herzberg, Rolf**, Sterbehilfe als gerechtfertigte Tötung im Notstand, *NJW* 1996, 3043-3049.
- Heyers, Johannes**, Sterbehilfe bei entscheidungsunfähigen Patienten und das Betreuungsrecht, Berlin, 2001.
- Hiersche, Hans-Dieter**, Der ‚Kemptener Fall‘ cui bono? Aus der Sicht eines Arztes, in: Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70.Geburtstag, Berlin 1999, 697-716.
- Hippel, Rudolf von**, Die Bedeutung der Geschäftsführung ohne Auftrag im Strafrecht, *Reichsgerichts-Festschrift, Band V*, Leipzig, 1929.
- Höfling, Wolfram; Rixen, Stephan**, Verfassungsfragen der Transplantationsmedizin, Tübingen, 1996.
- Höfling, Wolfram**, „Sterbehilfe“ zwischen Selbstbestimmung und Integritätsschutz; *JuS* 2000; 111-118.
- Horkheimer, Max**, Zur Kritik der instrumentellen Vernunft, Frankfurt am Main, 1985.
- Hospizstiftung, Deutsche**, Stellungnahme zum zweiten Entwurf einer Richtlinie der BÄK, <http://www.hospize.de/texte/richtlinie.htm#2.3.>, 1998. Aufgesucht am 10.10.2003.
- Howsepia, A. A.**, The 1994 Multi-Society Task force Consensus Statement on the PVS – A Critical Analysis, *Issues in Law and Medicine* 1996, 3-29.
- International Working Party**, Report on the vegetative state, London, The Royal Hospital for Neuro-disability, 1996.
- Jakobs, Günter**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin, 1993, 2. Auflage

- Jakobs, Günter**, Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem, München, 1998.
- Jarass, Hans; Pieroth, Bodo**, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar, München, 1997, 4. Auflage.
- Jarmulowicz, Michael**, Neuropathological Findings in Cases of Persistent Vegetative State, *Catholic Medical Quarterly* 1995, 28-31.
- Jones, Anne Hudson**, Literature and Medicine – Narrative Ethics, *The Lancet* 1997, 1243-1246.
- Junker, Claudia**, Pflichtverletzung, Kindesexistenz und Schadensersatz, Berlin, 2002.
- Jürgens, Andreas**, Ist der Tod genehmigungsfähig?, *BtPrax* 1998, 159-160.
- Kant, Immanuel**, Kritik der Urteilskraft, Frankfurt a. M., 1974.
- Kaufmann, Sharon R.**, Clinical Narratives and Ethical Dilemma in Geriatrics, in: B. Hoffmaster (Ed.), *Bioethics in Social Context*, Philadelphia, 2001, 12-38.
- Keller, Rainer**, Der Verlust von orientierungskräftiger Gegenständlichkeit im Strafrecht und der Normativismus – Zum Einfluß von Wissenschaft, Technik und Zweckrationalität auf das Strafrecht, *ZStW* 1995, 457-497.
- Keown, John**, Euthanasia, Ethics and Public Policy – An Argument Against Legalisation, Cambridge, New York, Melbourne, 2002.
- Kinney, Hannah C.; Korein, Julius; Panigrahy, Ashok; Dikkes, Pieter and Goode, Robert**, Neuropathological Findings in the Brain of Karen Ann Quinlan – The Role of Thalamus in the Persistent Vegetative State, *NEJM* 1994, 1469-1475.
- Klein, Martin**, Das apallische Syndrom – Medizinische, ethische und rechtliche Probleme, *Universitas* 1999, 65-76.
- Köbsell, Swantje**, Eingriffe – Zwangssterilisation geistig behinderter Frauen, München, 1987.
- Köhler, Michael**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin, Heidelberg, New York, Springer, 1997.
- Kunig, Philipp**, Artikel 2, in: I. von Münch; P. Kunig, (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Band 1, München, 4. Auflage., 1992.
- Kurzweil, Ray**, Homo sapiens / Leben im 21. Jahrhundert – Was bleibt vom Menschen?, Köln, 1999.

- Kutzer, Klaus**, Rechtliche Aspekte der Sterbehilfe (Vortragsauszug), in: Kolb et. al. (Hg.), *Medizin und Gewissen – wenn Würde ein Wert würde....*, Frankfurt 2002, 165-167.
- Kutzer, Klaus**, Der Vormundschaftsrichter als Schicksalsbeamter? – ZRP-Rechtsgespräch, ZRP 2003, 213-216.
- Kutzer, Klaus**, Aktive und passive Sterbehilfe, Tötung auf Verlangen, assistierter Suizid, in: Schumpleick, Volker (Hg.), *Klinische Sterbehilfe*, St. Augustin, 2003, 144-155.
- Larenz, Karl**, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Heidelberg, New York, London, 1991.
- Laufs, Adolf**, *Arztrecht*, München, 1993, 5. Auflage.
- K. Rebmann; F. J. Säcker** (Hg.) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 6*, München, 1989, 2. Auflage, zitiert: Müko-Bearbeiter.
- Leist, Anton**, Lebens Ganzes oder Lebenswunsch, ARSP 1992, 94-102.
- Levi, Primo**, *Ist das ein Mensch? Ein autobiografischer Bericht*, München, 1992.
- Levinas, Emmanuel**, *Humanismus des anderen Menschen*, Hamburg, 1989.
- Levinas, Emmanuel**, *Jenseits des Seins oder anders als Sein geschieht*, Freiburg, München, 1998.
- Lindemann, Gesa**, *Die Grenzen des Sozialen. Zur sozio-technischen Konstruktion von Leben und Tod in der Intensivmedizin*, München, 2002.
- Linke, Detlef Bernhard**, *Hirnverpflanzung – Die erste Unsterblichkeit auf Erden*, Hamburg, 1993.
- Loerzer, Sven**, Sterbehilfe statt Lebenshilfe? Vorm zermürenden Kampf einer Behinderten um die Sicherung ihrer Pflege, in: J. Stössel (Hg.), *Tüchtig oder tot – Die Entsorgung des Leidens*, Freiburg im Breisgau, 1991, 81-90.
- Loewy, Erich H.**, *Textbook of Health Care Ethics*, New York, London, 1996.
- Longmore, Paul K.**, Elizabeth Bouvia, Assisted Suicide and Social Prejudice, *Issues in Law and Medicine* 1987, 141-168.
- Lowman, Michael K.**, The litigating Amicus Curiae – When does the Party begin after the Friends leave? *American University Law Review* 1992, 1243-1299.
- Luhmann, Niklas**, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt a. M., 1983.

- Luhmann, Niklas**, Soziale Systeme – Grundriß einer allgemeinen Theorie, Frankfurt a. M. 1984.
- Luhmann, Niklas**, Liebe als Passion – Zur Codierung von Intimität, Frankfurt a. M., 1994.
- Luhmann, Niklas**, Gesellschaftsstruktur und Semantik – Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft, Band 3, Frankfurt a. M., 1998.
- Luhmann, Niklas**, Das Erziehungssystem der Gesellschaft, Frankfurt a. M., 2002.
- Lynn, Joanne**, By no extraordinary means – The Choice to forgo life-sustaining food and water, 1989, 314.
- Malcolm**, Burial is End to long Goodbye for Nancy Cruzan, N.Y. Times Dec. 29, 1990, 1.
- Martyn, Susan R.**, Substituted Judgement, Best Interests and the Need for Best Respect, Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics 1994, 195-208.
- Marx, Karl; Engels, Friedrich**, Werke, Berlin, 1956ff.
- McMillan, T. M.; Herbert, C. M.**, Neurophysiological assessment of a potential euthanasia case and a 5 year follow up., Brain Injury 2000, 197-203.
- Menon, D. K.; Owen, A. M; Williams, E. J.; Minhas, P. S.; Allen C. M. C.; Boniface, S. J. and Pickard, J. D.**, Cortical processing in persistent vegetative state, The Lancet 1998, 200.
- Merkel, Reinhard**, Tödlicher Behandlungsabbruch und mutmaßliche Einwilligung bei Patienten im apallischen Syndrom, ZStW 1995, 545-575.
- Merkel, Reinhard**, Personale Identität und die Grenzen strafrechtlicher Zurechnung, JZ 1999, 502-511.
- Merkel, Reinhard**, Früheuthanasie – Rechtsethische und strafrechtliche Grundlagen ärztlicher Entscheidungen über Leben und Tod in der Neonatalmedizin, Baden-Baden, 2001.
- Murphy, Sheila T.; Palmer, Joycelynn M.; Azen, Stanley; Frank, Geyla; Michel, Vicki and Blackhall, Leslie J.**, Ethnicity and Advance Care Directives, The Journal of Law, Medicine & Ethics 1996, 108-117.
- Müller-Dietz, Heinz**, Mutmaßliche Einwilligung und Operationserweiterung – BGH NJW 1988, 2310, JuS 1989, 280-286.

- Müller-Freienfels, Wolfram**, Anmerkung zu OLG Frankfurt, JZ 1998, 1123-1128.
- Nationaler Ethikrat**, Wortprotokoll über das Forum zum Thema Zwischen Fürsorge und Selbstbestimmung, http://www.nationalerethikrat.de/archiv/protokolle/FB_2003-06-11_Protokoll.pdf, 2003.
- Nelson, Lawrence J.; Cranford, Ronald E., Michael Martin; Robert Wendl**, Beyond the Vegetative State, *The Journal of Contemporary Health Law and Policy* 1999, 427-453.
- Nickel, Lars-Christoph**, Anmerkung zu OLG Frankfurt 20 W 224/98, *MedR* 1998, 520-522.
- Noll, Peter**, Tatbestand und Rechtswidrigkeit – Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, *ZStW* 1965, 1-36.
- Nussbaum, Martha C.; Sen, Amartya**, *The Quality of Life*, Oxford, 1993.
- Olson, Eric T.**, *The Human Animal – Personal Identity Without Psychology*, Oxford, New York, Toronto, 1997.
- Otto, Harro**, *Recht auf den eigenen Tod? Strafrecht im Spannungsverhältnis zwischen Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung*, München, 1986.
- Papke, Mirjam D.**, *Isolierung, Identifizierung und Synthese von Signalstoffen aus Spinnen*, Hamburg, Dissertation Universität Hamburg, 2000.
- Parfit, Derek**, Personale Identität, in: M. Quante (Hg.), *Personale Identität*, Paderborn, München, Wien, Zürich, 1999, 71-100.
- Parker, Stephen**, The Best Interest of the Child – Principles and Problems, in: P. Alston (Ed.), *The Best Interest of the Child, Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford, New York, Toronto, 1994, 26-41.
- Patzig, Günther**, *Gesammelte Schriften I – Grundlagen der Ethik*, Göttingen, 1994.
- Pawlowski, Hans-Martin**, *Methodenlehre für Juristen – Theorie und Norm des Gesetzes*, Heidelberg, 1999, 3. Auflage.
- Payton, Sallyanne**, The Concept of Person in the Parens Patriae Jurisdiction Over Previously Competent Persons, *The Journal of Medicine and Philosophy* 1992, 605-645.

- Picker, Eduard**, Schadenersatz für das unerwünschte eigene Leben – Wrongful Life, Tübingen, 1995 (a).
- Picker, Eduard**, Schadenersatz für das unerwünschte Kind – Wrongful birth, AcP 1995 (b), 483-545.
- Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard**, Grundrechte – Staatsrecht II, Heidelberg, 1997.
- Ratzka, Adolf**, Grundverständnis von Selbstbestimmtes Leben, <http://bidok.uibk.ac.at/ioe/ratzka.html>, aufgesucht 28.11.2001.
- Rehborn, Martin**, Passive Sterbehilfe und Patiententestament, MDR 1998, 1464-1467.
- Rhoden, Nancy**, Litigating Life and Death, Harvard Law Review 1988, 375-446.
- Richter, Ingo; Schuppert, Gunnar F.**, Casebook Verfassungsrecht, München, 1996, 3. Auflage.
- Rieger, Gregor**, Die mutmaßliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, 1998.
- Roxin, Claus**, Über die mutmaßliche Einwilligung, in: G. Stratenwerth, A. Kaufmann, G. Geilen, H. J. Hirsch, H. Schreiber, G. Jakobs und F. Loos (Hg.) Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Berlin, New York, 1974, 447-475.
- Roxin, Claus**, Strafrecht Allgemeiner Teil, München, 1997, 3. Auflage.
- Roxin, Claus**, Täterschaft und Tatherrschaft, Berlin, New York, 2000, 7. Auflage.
- Rönnau, Thomas**, Sterbehilfe, JA 1996, 108-114.
- Rüthers, Bernd**, Die unbegrenzte Auslegung – Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, Heidelberg, 1991.
- Sachs, Michael** (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, München, 1999, 2. Auflage, zitiert: Bearbeiter-Sachs.
- Saliger, Frank**, Sterbehilfe nach Verfahren – Betreuungs- und strafrechtliche Überlegungen im Anschluß an BGHSt 40, 257, KritV 1998, 118-133.
- Saliger, Frank**, Sterbehilfe mit staatlicher Genehmigung – OLG Frankfurt a. M., NJW 1998, 2747, JuS 1999, 16-21.

- Sartre, Jean Paul**, Das Sein und das Nichts – Versuch einer phänomenologischen Ontologie, Hamburg, 1993.
- Saunders, John B**, Words and Phrases legally defined Volume 2, D-J, London, 1989.
- Scheffen, Elisabeth**, Zivilrechtliche Neuregelung der passiven Sterbehilfe und Sterbebegleitung, ZRP 2000, 313-317.
- Schiff, N. D.; Ribary, U. and Plum, F.**, Words without mind, Journal of Cognitive Neuroscience 1999, 650-656.
- Schliermann, Brigitte**, Vergewaltigung vor Gericht, Hamburg, 1993.
- Schlund, Gerhard H.**, Anmerkung zu Beschluß LG München v. 18.2.1999, JR 2000, 65-66.
- Schroeder, Friedrich Christian**, Besondere Strafvorschriften gegen eigenmächtige und fehlerhafte Heilbehandlungen?, Passau, 1998.
- Schöch, Heinz**, Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen, NStZ 1995, 153-157.
- Schöch, Heinz**, Die erste Entscheidung des BGH zur sog. indirekten Sterbehilfe – Zum Urteil des BGH vom 15.11.1996 – 3 StR 79/96 , NStZ 1997, 409-412.
- Schweidler, Walter**, Das Unantastbare – Beiträge zur Philosophie der Menschenrechte, Münster, Hamburg, Berlin, London, 2001.
- Seitz, Walther**, Das OLG Frankfurt und die Sterbehilfe, ZRP 1998, 417-421.
- Shapiro, Joseph P.**, No Pity – People with Disabilities Forging a New Civil Rights Movement, New York, 1993.
- Singer, Peter**, Praktische Ethik, 1984, 332.
- Singer, Peter**, Rethinking Life & Death – The Collapse of Our Traditional Ethics, Oxford, New York, Toronto, Oxford, 1995.
- Singer, Wolf**, Bewußtsein aus neurobiologischer Sicht, in: S. Rose (Hg.), Gehirn, Gedächtnis und Bewußtsein – Eine Reise zum Mittelpunkt des Menschseins, Bergisch-Gladbach, 2000, 309-334.
- Smith, Wesley J.**, Forced Exit – The slippery slope from assistend suicide to legalized murder, New York, 1997.
- Spaemann, Robert**, Personen – Versuche über den Unterschied zwischen ‚etwas‘ und ‚jemand‘, Stuttgart, 1996.

- Steiner, Gusti**, Selbstbestimmung und Assistenz, <http://bidok.uibk.ac.at/texte/gl3-99-selbstbestimmung.html>, 1999.
Aufgesucht: 9.10.2003
- Stoffers, Kristian F.**, Die Anwendung von § 1904 BGB über die vormundschaftliche Genehmigung im Fall der Sterbehilfe, Zeitschrift für Lebensrecht 1999, 91-95.
- Stoll, Heinrich**, Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, in: G. Ellscheid und W. Hassemer (Hg), Interessenjurisprudenz, Darmstadt, 1974, 153-210.
- Strätling, Meinolf; Eisenbart, Bettina; Scharf, Volker E.**, Stellvertreterentscheidungen im Gesundheitswesen unter epidemiologisch-demographischen Gesichtspunkten, Wie realistisch sind die Vorgaben des Betreuungsrechts?, MedR 2000, 251-256.
- Tapper, Colin**, Cross & Tapper on Evidence, London, Edinburgh, 1999.
- Taupitz, Jochen**, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, München, 2000.
- The Multi-Society Task Force on PVS**, Medical Aspects of the Persistent Vegetative State (First of Two Parts), NEJM, 1994, 1499-1508.
- Tolmein, Oliver**, Geschätztes Leben – Die neue ‚Euthanasie‘-Debatte, Hamburg, 1990.
- Tolmein, Oliver**, Wann ist der Mensch ein Mensch? Ethik auf Abwegen, München, Wien, 1993.
- Tolmein, Oliver**, RAF – Das war für uns Befreiung – Ein Gespräch mit Imgard Möller über bewaffneten Kampf, Knast und die Linke, Hamburg, 1997.
- Tolmein, Oliver**, Die drohende Zunahme von Demenzerkrankungen als Rechtfertigungsgrund für Körperverletzungen durch fremdnützige Forschung?, KritV, 1998 (a), 52-73.
- Tolmein, Oliver**, Versuchsmenschen, konkret, 1998 (b), 27-30.
- Tolmein, Oliver**, Wir tun das alles nur für Sebastian – Die Diskussion über ein Kind, das den Juristen als Schaden gilt, F.A.Z. vom 21. Juni 2002.
- Tolmein, Oliver**, Klaus Kutzer – ein Portrait, F.A.Z. vom 14. Oktober 2003.

- Traeger, Ludwig**, Die Einwilligung des Verletzten und andere Unrechtsausschließungsgründe im zukünftigen Strafgesetz, *Der Gerichtssaal* 1927, 112-176.
- Trück, Thomas**, *Mutmaßliche Einwilligung und passive Sterbehilfe durch den Arzt*, Tübingen, Universität Tübingen, Dissertation, 2000.
- Vahed, M. A.**, Should the question, 'What is in a child's best interest?' be judged according to the child's own cultural and religious perspectives?, *CILSA* 1999, 364-375.
- Ven, J. J. M., van der**, Gerechtigkeit und Interessen, in G. Ellscheid und W. Hassemer (Hg.). *Interessenjurisprudenz*, Darmstadt, 1974, 451-461.
- Verrel, Torsten**, Selbstbestimmungsrecht contra Lebensschutz – Bringt der BGH Bewegung in die Sterbehilfediskussion?, *JZ* 1996, 224-231.
- Verrel, Torsten**, Richter über Leben und Tod? Zur Sterbehilfeentscheidung des OLG Frankfurt vom 15.7.1998, *JR* 1999, 5-8.
- Wade, Derick T.; Johnston, Claire**, The permanent vegetative state, practical guidance on diagnosis and management, *BMJ* 1999, 841-844.
- Wagner, Joachim**, *Selbstmord und Selbstmordverhinderung – Zugleich ein Beitrag zur Verfassungsmäßigkeit der Zwangsernährung*, Karlsruhe, 1975.
- Waldenfels, Bernhard**, *Das leibliche Selbst – Vorlesungen zur Phänomenologie des Leibes*, Frankfurt a. M., 2000.
- Weißauer, Walther; Opderbecke, Hans Wolfgang**, Behandlungsabbruch bei unheilbarer Krankheit aus medikolegaler Sicht, *MedR* 1995, 456-462.
- Woesner, Horst**, Moralisiere Mordmerkmale, *NJW* 1978, 1024.
- Wolfslast, Gabriele; Conrads, Christoph (Hg.)**, *Textsammlung Sterbehilfe*, Berlin; Heidelberg; New York, 2001.
- Wuermeling, Hans-Bernhard**, Gebotenes Sterbenlassen, *Dt. Ärzteblatt* 1999, 1641-1642.
- Young, Bryan G.; Pigott, Susan E.**, Neurobiological Basis of Consciousness, *Archives of Neurology*, 1999, 153-157.
- Zieger, Andreas**, Komastimulation in der Frühphase nach Schädel-Hirntrauma, *not*, 1996, 56-59.
- Zieger, Andreas**, *Neue Forschungsergebnisse und Überlegungen im Umgang mit Wachkoma-Patienten*,

<http://bidok.uibk.ac.at/texte/forschungsergebnisse.html> (gekürzte Fassung, Hamburger Ärzteblatt 1997), 1997.

Zöller, Mark, Passive Sterbehilfe zwischen Selbstbestimmungsrecht des Patienten und mutmaßlicher Einwilligung, ZRP 2000, 317-319.