

# Form und Freiheit der Patientenautonomie

von Prof. Dr. Anne Röthel, Hamburg\*

## Inhaltsübersicht

|  |     |
|--|-----|
| I. Autonomie im Alter: Einige Entwicklungslinien .....           | 196 |
| II. Sieg der Formenskeptiker .....                               | 201 |
| III. Erkenntnisverluste .....                                    | 203 |
| 1. Aufgeschobene Wirkungserfahrung .....                         | 204 |
| 2. Faktische Verbindlichkeit .....                               | 206 |
| 3. Vorhersehbare Errichtungsdefizite .....                       | 208 |
| IV. Kompensation der Erklärungsdefizite .....                    | 209 |
| 1. Verfassungsrechtliche Orientierungen guter Gesetzgebung ..... | 210 |
| 2. Vom „informed consent“ zum „informed will“ .....              | 211 |
| 3. Einwände .....  | 214 |
| a) Unnötige Komplizierung? .....                                 | 215 |
| b) Bedenklicher Verlust an Privatheit? .....                     | 216 |
| c) Re-Paternalisierung der Patientenautonomie? .....             | 217 |
| V. Ausblick .....  | 219 |

## I. Autonomie im Alter: Einige Entwicklungslinien

Die Alterung der Gesellschaft<sup>1</sup> stellt nicht nur die Konzepte unserer sozialen Sicherung auf den Prüfstand. Auch für das Privatrecht resultieren daraus Spannungslagen.<sup>2</sup> Altersbedingte Schwächen der Einsichts- und Hand-

---

\* Verf. ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Privatrecht der Bucerius Law School, Hamburg. Christian Bumke danke ich für seine aufmerksame und kritische Lektüre. Tatkräftige Unterstützung und hilfreiche Hinweise habe ich meiner Mitarbeiterin Anna-Luisa Lemmerz zu verdanken.

<sup>1</sup> Gesamtgesellschaftlich ist mit „Alterung“ sowohl die steigende Lebenserwartung (vgl. zuletzt Sterbetafel des Statistischen Bundesamtes, Statistisches Jahrbuch 2009, 2.26) als auch der steigende Anteil älterer Bürger an der Bevölkerung gemeint. Es wird prognostiziert, dass der Anteil der Bevölkerung, der 80 Jahre und älter ist, von derzeit 5 % bis zum Jahr 2060 auf 14 % steigen wird; näher Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Bevölkerung Deutschlands bis 2060. Ergebnisse der 12. koordinierten Bevölkerungsvorausberechnung (2009), 3.2. Siehe auch *Döring*, Alter und Gesellschaft, 2009; *Heilemann* (Hrsg.), Demografischer Wandel in Deutschland: Befunde und Reaktionen, 2010; *Schöpfer*, Eine alternde Gesellschaft und deren Herausforderungen für die Zukunft, Alter und soziale Gerechtigkeit (2009), S. 33 ff.

<sup>2</sup> *Spickhoff*, Autonomie und Heteronomie im Alter, AcP 208 (2008), 345 ff.; *V. Lipp*,

lungsfähigkeit gefährden die selbstbestimmte Teilnahme am Rechtsverkehr.<sup>3</sup> Unsere Vorstellungen über das richtige Verhältnis von Freiheit und Fürsorge<sup>4</sup> haben sich unter der Geltung des BGB gewandelt. An die Stelle von Entmündigung und Vormundschaft ist seit dem 1.1.1992 die Betreuung (§§ 1896 ff. BGB) getreten. Dieser Prozess hat die europäische Rechtsentwicklung wesentlich geprägt.<sup>5</sup> Subsidiarität, Personalität und Flexibilität des Erwachsenenschutzes gehören inzwischen zu den selbstverständlichen Ausrichtungen und Anliegen des Erwachsenenschutzes in Europa. Zugleich sind Rechtsinstitute ausgeformt worden, die eine selbstbestimmte Vorsorge für die Zeit altersbedingt geminderter Einsichts- und Handlungsfähigkeit ermöglichen (sog. Vorsorgeverfügungen).<sup>6</sup>

Die grundsätzliche Anerkennung der Selbstbestimmung auch für Zeiten altersbedingter Fürsorgebedürftigkeit ist dem deutschen Privatrecht vergleichsweise leicht gefallen und stand auch mit der weiteren Ausdeutung der Privatrechtsordnung durch die Entfaltung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) niemals ernsthaft in Zweifel. Dies gilt indes nicht für alle Formen von Selbstbestimmung: Selbstverständlich war zunächst nur, dass Selbstbestimmung auch selbstbestimmte Vorsorge in *Vermögensangelegenheiten* umfasst. Denn dies deckt sich mit unstreitigen Anliegen von Privatautonomie. Die Wirkmächtigkeit dieser unausgesprochenen Engführung von Vorsorge und Vermögen lässt sich am Beispiel der Vorsorgevollmacht ablesen. Die Vorsorgevollmacht in Vermögensangelegenheiten war im BGB bereits mehr oder weniger angelegt. Es gehörte zu den Eigentümlichkeiten des deutschen Rechts, dass der Verlust der Geschäftsfähigkeit grundsätzlich keinen Einfluss auf die Weitergeltung einer Vollmacht haben soll (§§ 168 S. 1,

---

Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson, 2000; Ganner, Selbstbestimmung im Alter, 2005; Hoffmann/Pilgram (Hrsg.), Autonomie im Alter, 2004.

<sup>3</sup> Der wachsende Anteil betagter und hochbetagter Menschen an der Gesamtbevölkerung (Fn. 1) schlägt sich insbesondere in der Zunahme von demenzkranken Personen nieder. Es wird geschätzt, dass die Zahl der Demenzkranken von etwa 1 Mio. im Jahr 2000 auf 2,6 Mio. bis zum Jahr 2050 ansteigen wird und dass jeder dritte Bundesbürger, der ein Lebensalter von 65 Jahren erreicht, im weiteren Lebensverlauf an Demenz erkranken wird; siehe Gesundheitsberichterstattung des Bundes, Heft 28: Altersdemenz (2005), S. 11 ff.; Bickel, Demenzen im höheren Lebensalter: Schätzungen des Vorkommens und der Versorgungskosten, Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie 34 (2001), 108 ff.; ders., Demenzsyndrom und Alzheimer Krankheit. Eine Schätzung des Krankenbestandes, Das Gesundheitswesen 62 (2000), 211 ff.

<sup>4</sup> Nach Lipp (Fn. 2).

<sup>5</sup> Röthel, Erwachsenenschutz in Europa: Von paternalistischer Bevormundung zu gestaltbarer Fürsorge, FamRZ 2004, 999 ff.

<sup>6</sup> Dazu die Bearbeitungen von Lipp, Röthel und Spalckhaver in: Lipp (Hrsg.), Handbuch der Vorsorgeverfügungen, 2009.

672 S. 1 BGB). Dieser Ausgangspunkt, ähnlich verwirklicht in §§ 130 Abs. 2, 153 BGB, begünstigte die Ausprägung der Vorsorgevollmacht zum privatrechtlichen Rechtsinstitut. Es setzte sich die Einsicht durch, dass die Übertragung von Entscheidungsbefugnissen auf Dritte auch dann noch Ausdruck wertvoller Autonomie ist, wenn der Erklärende nicht mehr in der Lage ist, das Geschehen zu kontrollieren. Die schließlich in § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB<sup>7</sup> ausdrücklich klagestellte Subsidiarität hoheitlicher Betreuung gegenüber privatautonomer Vorsorge durch Vorsorgevollmacht liest sich daher als folgerichtige Weiterführung einer im BGB ohnehin angelegten günstigen Bewertung fortgeltender Vollmachten und ist Ausdruck der unentziehbaren Selbstbestimmungsbefugnis. Die meisten uns umgebenden ausländischen Rechtsordnungen haben inzwischen ähnlich entschieden und vergleichbare Rechtsinstitute ausgeprägt.<sup>8</sup>

Weitaus schwerer tat sich das deutsche Recht indes mit der Anerkennung von antizipierender Vorsorge in personalen Angelegenheiten.<sup>9</sup> Es war zunächst keineswegs selbstverständlich, ob einem Bevollmächtigten auch die Entscheidung über die Vornahme oder Nichtvornahme einer medizinischen Behandlung übertragen werden könnte.<sup>10</sup> Noch unsicherer war, unter welchen Voraussetzungen und in welchen Grenzen eigene Erklärungen für den Fall späterer medizinischer Behandlungsbedürftigkeit (sog. Patientenverfügungen)<sup>11</sup> als wirksam anzuerkennen seien. Beide Fragen haben

<sup>7</sup> Eingefügt durch Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz – BtG) vom 12.9.1990, BGBI. 1990 I 2002.

<sup>8</sup> Etwa in Österreich (Vorsorgevollmacht, § 284f ABGB), Frankreich (*mandat de protection future*, Art. 477 ff. C.c.), Spanien (*autotutela*, Art. 1732 Abs. 2 C.c.) und in der Schweiz (*Vorsorgeauftrag*, Art. 360 ff. VE-ZGB 2006); näher die Länderberichte von Röthel, in: Lipp (Fn. 6), §§ 22 ff.; *dies.*, Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht in europäischer Perspektive, FPR 2007, 79 ff.; *dies.*, Das Betreuungsrecht im IPR, Bt-Prax 2006, 90 (94); *dies.*, FamRZ 2004, 999 ff.; Röthel/Hefeseler, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung im englischen Erwachsenenschutzrecht: Mental Capacity Act 2005, FamRZ 2006, 529 ff.; G. Müller, in: Müller/Renner (Hrsg.), Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 3. Aufl. 2011, Rn. 911 ff.

<sup>9</sup> In England/Wales verlief die Entwicklung ganz ähnlich: Auf die Anerkennung privater Vorsorge in Vermögensangelegenheiten durch *Enduring Powers of Attorney Act 1985* folgte erst durch *Mental Capacity Act 2005* die Anerkennung privater Vorsorge in personalen Angelegenheiten; dazu näher Röthel/Hefeseler, FamRZ 2006, 529 ff.; Röthel, in: Lipp (Fn. 6), § 29 Rn. 13 ff., 27 ff.

<sup>10</sup> Siehe einerseits Schwab, Betreuung und private Fürsorge, in: FS für Gernhuber, 1993, S. 815 (820 f.); andererseits Walter, Die Vorsorgevollmacht: Grundprobleme eines Rechtsinstituts unter besonderer Berücksichtigung der Frage nach Vorsorge im personalen Bereich, 1997; Uhlenbruck, Die Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten, in: FS für Deutsch, 1999, S. 849 (852 ff.).

<sup>11</sup> Zu Begriff und Rechtsnatur siehe nur Lipp (Fn. 6), § 17 sowie A. Roth, Die Ver-

in jüngerer Zeit gesetzliche Klarstellungen erfahren: Mit Inkrafttreten des BtÄndG im Jahr 1999 wurde die Anerkennung von Vorsorgevollmachten in medizinischen Angelegenheiten klargestellt,<sup>12</sup> und mit Inkrafttreten des 3. BtÄndG im Jahr 2009 wurde die Patientenverfügung gesetzlich ausgestaltet.<sup>13</sup> Auch wenn also antizipierte Vorsorge in Vermögensangelegenheiten fast selbstverständlich unter das Dach der mit dem BGB ausgestalteten Autonomie gefasst wurde, hat sich erst zuletzt die Einsicht durchgesetzt, dass eine Selbstorganisation auch in personalen Angelegenheiten jeder Fremdentcheidung vorzugswürdig ist und dass es auch bei der Fürsorge für Erwachsene nicht um die Durchsetzung eines wie auch immer bestimmbar objektiven Wohls geht. Den Weg zu diesen Einsichten ebnete maßgeblich der BGH mit seinem programmatischen Leitsatz aus dem Jahr 2003, dass die Würde des Menschen es gebietet, sein in einwilligungsfähigem Zustand ausgeübtes Selbstbestimmungsrecht auch dann noch zu respektieren, wenn er zu eigenverantwortlichem Entscheiden nicht mehr in der Lage ist.<sup>14</sup>

Die wachsende Vertrautheit und Selbstverständlichkeit im Umgang mit vorsorgenden Verfügungen kann indes nicht darüber hinweg täuschen, dass die Abstimmungen und Verortungen zwischen *Privatautonomie*, verstanden als allgemeine Freiheit rechtsgeschäftlicher Selbstgestaltung, und *Patientenautonomie*, verstanden als Freiheit zur Selbstgestaltung in medizinischen Angelegenheiten, noch an ihrem Anfang stehen.<sup>15</sup> Schon der abgelegene Regelungsstandort der Patientenverfügung in § 1901a BGB mag dazu beitragen, dass die Patientenautonomie als etwas Abgesonderteres empfunden wird. Auch inhaltlich hat die Diskussion um die Ausgestaltung der Patientenautonomie kaum Anschluss an Entwicklungstendenzen der Privatautonomie gesucht. Während für die Privatautonomie bis in die jüngste Zeit das Nachdenken über die Voraussetzungen von „realer“, „hinreichender“, „materialer“ Selbst-

---

bindlichkeit der Patientenverfügung und der Schutz des Selbstbestimmungsrechts, JZ 2004, 494; zur Rechtslage in Europa und ausgewählten außereuropäischen Rechtsordnungen siehe die Länderberichte bei *Röthel*, in: Lipp (Fn. 6), §§ 22 ff. und *Taupitz* (Hrsg.), *Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens*, 2000.

<sup>12</sup> § 1904 Abs. 2 BGB eingefügt durch Art. 1 Nr. 14 des Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts sowie weiterer Vorschriften (Betreuungsrechtsänderungsgesetz, BtÄndG) vom 25.6.1998, BGBl. 1998 I 1580, in Kraft getreten am 1.7.1998; seit dem 1.9.2009 infolge des Dritten Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts (3. BtÄndG) vom 29.7.2009, BGBl. 2009 I 2286 nunmehr § 1904 Abs. 5 BGB n.F.

<sup>13</sup> § 1901a BGB eingefügt durch Art. 1 des 3. BtÄndG 2009 (Fn. 12).

<sup>14</sup> BGHZ 154, 205 Leitsatz a) sowie 217.

<sup>15</sup> Siehe aber *Damm*, *Privatautonomie und Patientenautonomie – Selbstbestimmung auf Güter-, Dienstleistungs- und Gesundheitsmärkten*, in: *Liber Amicorum Eike Schmidt*, 2005, S. 73 ff.

bestimmung im Vordergrund steht,<sup>16</sup> geht es bei der Patientenautonomie noch ganz darum, überhaupt das antizipative Selbstbestimmungsrecht in medizinischen Angelegenheiten klarzustellen. Die weitere Ausdifferenzierung und Verfeinerung der Patientenautonomie ist sichtlich überschattet worden durch die Unsicherheiten über die grundsätzliche Beachtlichkeit von Patientenverfügungen, zumal für Entscheidungen am Lebensende.

Diese Eigendynamik bei der Entstehung des 3. BtÄndG ist genauso erklärlich wie die drängende Betonung der Autonomie in diesem Prozess. Die rechtspolitische Stimmung mag es schwer gemacht haben, die Vergewisserung über die Realbedingungen der Patientenautonomie klar von Sterbehilfepaternalismus zu unterscheiden. Zentrales Anliegen war nicht der Schutz des Erklärenden, sondern zunächst die Freiheit des Erklärenden.<sup>17</sup> Es galt klarzustellen, dass ein Patientenwille überhaupt verbindlich ex ante erklärt werden kann<sup>18</sup> und keiner speziellen Reichweitenbeschränkung unterliegt,<sup>19</sup> abgesehen von den durch § 216 StGB gezogenen strafrechtlichen Grenzen.

---

<sup>16</sup> Dazu nur *Reuter*, Die ethischen Grundlagen des Privatrechts – formale Freiheitsethik oder materiale Verantwortungsethik, AcP 189 (1989), 199 ff.; *ders.*, Freiheitsethik und Privatrecht, in: Bydlinksi/Mayer-Maly (Hrsg.), Die ethischen Grundlagen des Privatrechts, 1994, S. 105 (insbes. 113 ff.); *Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000), 273 ff.; *Hofe*r, Vertragsfreiheit am Scheideweg, 2006; *Calliess*, Die Zukunft der Privatautonomie. Zur neueren Entwicklung eines gemeineuropäischen Rechtsprinzips, JbZivRWiss 2000, 83 ff.; *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 2000; *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997; *Knobel*, Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit, Diss. Erlangen-Nürnberg, 2000; vgl. auch *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 28 ff.; für die Testierfreiheit *Röthel*, Testierfreiheit und Testiermacht, AcP 210 (2010), 32 ff.; für die Ehevertragsfreiheit *Schwenzer*, Vertragsfreiheit im Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrecht, AcP 196 (1996), 88 ff.; *Dauner-Lieb*, Gütertrennung zwischen Privatautonomie und Inhaltskontrolle, AcP 210 (2010), 580 ff.; *dies.*, Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im Ehevertragsrecht, AcP 201 (2001), 295 ff.

<sup>17</sup> Immerhin ist es noch nicht so lange her, dass die Verbindlichkeit antizipativer Patientenerklärungen ganz grundsätzlich in Zweifel gezogen wurde; siehe nur die Darstellung bei *Lipp* (Fn. 2), S. 217 ff.

<sup>18</sup> Vielfach wurde vertreten, eine Patientenverfügung könne immer nur Indiz für den mutmaßlichen Willen des Erklärenden sein; siehe etwa *Laufs*, Zivilrichter über Leben und Tod?, NJW 1998, 3399 (3400); *Spickhoff*, Die Patientenautonomie am Lebensende: Ende der Patientenautonomie?, NJW 2000, 2297 (2301); *ders.*, Autonomie und Heteronomie im Alter, AcP 208 (2008), 345 (403 f.); dagegen BGHZ 154, 205 (217) unter Hinweis auf *Taupitz*, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, Gutachten A für den 63. DJT, 2000, A 41; für Verbindlichkeit etwa *Dethloff*, Familienrecht, 29. Aufl. 2009, § 17 Rn. 24; *Lipp*, Anm. zu BGH, Beschluss v. 17.3.2003 – XII ZB 2/03, FamRZ 2003, 756.

<sup>19</sup> Dies war nach der Entscheidung BGHZ 154, 205 ff. zweifelhaft geworden („irre-

Ob und inwieweit diese gegenläufige Grundorientierung auch langfristig, über den historischen Moment hinweg, die Patientenautonomie von der Privatautonomie unterscheiden soll, ist eine andere Frage. Für eine systematisch denkende Rechtswissenschaft enthält dieser Befund jedenfalls Anlass zur Vergewisserung.<sup>20</sup> Dazu dienen die folgenden Überlegungen. Es soll gezeigt werden, dass bei der Ausgestaltung der Patientenautonomie vorschnell die Chance vergeben wurde, die Erfahrungs- und Wissensbestände aus dem Umgang mit anderen Formen von zukunftsgerichteten, antizipativen Erklärungen fruchtbar zu machen und zusammenzuführen. Die Kritik wendet sich insbesondere gegen die Entscheidung, weitgehend auf Errichtungsvoraussetzungen, insbesondere auf eine ärztliche Aufklärung, zu verzichten. Der damit verbundene Freiheitsgewinn ist letztlich ein scheinbarer: Aus der Formfreiheit resultieren gravierende Freiheitsverluste, so die im Folgenden zu begründende These.

## II. Sieg der Formenskeptiker

Die Errichtung von Patientenverfügungen wurde mit § 1901a BGB lediglich an zwei Voraussetzungen geknüpft: Erforderlich ist die schriftliche Erklärung eines einwilligungsfähigen Volljährigen (§ 1901a Abs. 1 S. 1 BGB). In der Diskussion um die Regelung der Patientenverfügung haben sich die Formenskeptiker durchgesetzt. Angaben zu Zeit und Ort der Errichtung werden nicht erwartet, eigenhändige oder gar öffentliche Errichtung sollten den Erklärenden nicht zugemutet werden. Die Festlegung auf eine bestimmte Form, so eine vielfach vertretene Position, würde eine Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts bedeuten: Formerfordernisse dürften „die Verwirklichung des Patientenwillens jedoch nicht unnötig erschweren“.<sup>21</sup> Die breit getragene Formenskepsis hat ihren Grund also vor allem darin, dass die Regelung der Patientenverfügung einhellig als gesetzliche Anerkennung und Klarstellung des antizipativen Selbstbestimmungsrechts des Patienten verstanden wurde.<sup>22</sup> Dabei wurden Form- und andere Errichtungserfordernisse als Freiheitsbeschrän-

---

versibles Grundleidens“), dazu kritisch *Lipp*, FamRZ 2003, 756; *Höfling/Rixen*, Vormundschaftsgerichtliche Sterbeherrschaft?, JZ 2003, 884 ff.; *Spickhoff*, AcP 208 (2008), 345 (405 ff.); *Holzhauser*, Patientenautonomie, Patientenverfügung und Sterbehilfe, FamRZ 2006, 518 (520 ff.).

<sup>20</sup> Ähnlich auch der Befund von *Lipp* (Fn. 6), § 3 Rn. 1: Bei der Unterscheidung zwischen Privatautonomie und Patientenautonomie sei der gemeinsame Bezugspunkt, die Menschenwürde, aus dem Blick geraten.

<sup>21</sup> BT-Drucksache 16/11493, S. 11.

<sup>22</sup> Siehe in diesem Punkt fast gleichlautend BT-Drucksache 16/11360, S. 2; BT-Drucksache 16/8442, S. 3; BT-Drucksache 16/11493, S. 3.

kungen, Formfreiheit hingegen als Ausdruck von Selbstbestimmung wahrgenommen.<sup>23</sup> Hinzu mag ein Grundgefühl getreten sein, das deutsche Privatrecht habe sich mit dem BGB für prinzipielle Formfreiheit entschieden.<sup>24</sup>

Gleichmaßen sollte jede Art von Beratung oder Aufklärung freiwillig bleiben, so das Credo des schließlich Gesetz gewordenen sog. „Stünker“-Entwurfs<sup>25</sup>. Der Gegenentwurf, der sog. „Bosbach“-Entwurf, konnte sich auch in diesem Punkt nicht durchsetzen. Danach sollte die einfache Schriftform „einfachen“ Patientenverfügungen vorbehalten sein, während die Wirksamkeit von „qualifizierten“ Patientenverfügungen, die sich auf den Abbruch oder die Nichtvornahme lebenserhaltender Maßnahmen richten, an eine notarielle Errichtung nach ärztlicher Aufklärung geknüpft werden sollte.<sup>26</sup> Dieser Entwurf hat die weitere Diskussion über die Errichtung der Patientenverfügung allerdings weniger geprägt als die Ideen der Formenskeptiker. Die im Gesetzgebungsverfahren publizierten Begründungen lesen sich eher als Rechtfertigung des Schriftformerfordernisses gegenüber mündlichen Erklärungen, nicht aber als Erläuterung, warum auf stärkere Formen verzichtet wurde.<sup>27</sup> Auch in der wissenschaftlichen Rezeption der BGB-Reform ist die Formfrage längst nachrangig geworden.<sup>28</sup>

<sup>23</sup> Besonders deutlich in BT-Drucksache 16/11493, S. 11.

<sup>24</sup> So die Betonungen bei *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 15 I 2; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997, § 27 I; de lege ferenda für Klarstellung des „Grundsatzes der Formfreiheit“ *Heldrich*, Die Form des Vertrages. Vorschläge zur Neugestaltung des Rechts, AcP 27 n.F. (1941), 89 (127).

<sup>25</sup> § 1901a BGB i.d.F. des sog. Stünker-Entwurfs, BT-Drucksache 16/8442. Noch weiter ging § 1901c BGB i.d.F. des sog. Zöller-Entwurfs, BT-Drucksache 16/11493, wonach auch die einfache Schriftform nur Sollvorgabe sein sollte.

<sup>26</sup> § 1901b Abs. 1 und Abs. 2 BGB i.d.F. des sog. Bosbach-Entwurfs, BT-Drucksache 16/11360.

<sup>27</sup> Siehe die Begründung des Stünker-Entwurfs, BT-Drucksache 16/8442, S. 13 und den Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucksache 16/13314, S. 7.

<sup>28</sup> Im Vordergrund stehen nun Fragen der praktischen Wirksamkeit; siehe nur *Rieger*, Gesetzliche Regelung von Patientenverfügungen und Behandlungswünschen: Auswirkungen auf die Beratungspraxis, FamRZ 2010, 1601 ff.; *Diehn/Rebhahn*, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung, NJW 2010, 326 ff.; *Beermann*, Die Patientenverfügung, FPR 2010, 252 ff.; *W. Lange*, Das Patientenverfügungsgesetz, ZEV 2009, 537 ff.; *E. Albrecht/A. Albrecht*, Die Patientenverfügung – jetzt gesetzlich geregelt, MittBayNot 2009, 426 ff.; *Olzen*, Die gesetzliche Neuregelung der Patientenverfügung, JR 2009, 354 ff.; kritisch insbesondere *Spickhoff*, Rechtssicherheit kraft Gesetzes durch sog. Patientenverfügungen?, FamRZ 2009, 1949 ff.; *G. Müller*, Die Patientenverfügung nach dem 3. BtÄndG: alles geregelt und vieles ungeklärt, DNotZ 2010, 169 ff.

Weitgehend in den Hintergrund getreten ist auch die Frage, ob die Patientenverfügung ihrer Rechtsnatur nach eine Willenserklärung verkörpert oder nicht; gegen eine

### III. Erkenntnisverluste

Mit dem Sieg der Formenskeptiker ist indes die Einsicht verloren gegangen, dass Förmlichkeiten auch Freiheitsgaranten bedeuten können.<sup>29</sup> Dieser Sichtweise entspricht die uns heute vertraute Erklärung von gesetzlichen Formen und anderen Errichtungsregeln als Funktionsvoraussetzungen von Privatautonomie.<sup>30</sup> Solche Regeln haben ihren inneren Grund in der Einsicht, dass nicht jeder erklärte Wille ohne Weiteres Ausdruck von Autonomie, also bewusster Selbstgesetzgebung ist, sondern dass Autonomie ihrerseits an Voraussetzungen geknüpft ist: Wer unter Zwang entscheidet, entscheidet möglicherweise genauso wenig „frei“ wie derjenige, der nur ein ungefähres Bild über die Folgen seiner Erklärung hat. Autonomie stellt daher, so die Einsichten aus der Vertragsfreiheit, mehrschichtige Ansprüche an den ausgestaltenden Gesetzgeber:<sup>31</sup> nicht nur die Anerkennung von Autonomie als rechtswirksame Selbstbestimmung, sondern auch die Gewährleistung der Bedingungen von Selbstbestimmung.<sup>32</sup> Für unser Verständnis von Privatautonomie haben formale und „reale“ oder „materiale“ Freiheit vieles von ihrer Gegenseitlichkeit verloren und werden heute eher als Teil einer schwierigen Gleichzeitigkeit gesehen.<sup>33</sup>

Bei der Ausgestaltung der Patientenautonomie durch § 1901a BGB sind diese Lehren zum Teil verloren gegangen. Es scheint, als sei im Interesse vordergründiger Freiheitsgewinne eine Regelung Gesetz geworden, die die Patientenverfügung eher als neuartigen Erklärungstypus ausprägen wollte, als Anleihen bei den Erkenntnissen der weiterentwickelten Rechtsgeschäftslehre zu suchen. Indes sind unserer Privatrechtsordnung antizipative Erklärungsformen keineswegs fremd. Der Vergleich mit letztwilligen Verfügungen mag

---

Zuordnung als Willenserklärung *Roth*, JZ 2004, 494 (496 ff.); *Spickhoff*, AcP 208 (2008), 346 (385 ff.); dezidierte Gegenseitigkeit bei *Kotbe*, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 185 (1985), 105 ff.

<sup>29</sup> „Klassisch“ *Ihering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 2. Teil, 2. Abteilung, 1875, S. 471: die Form als „geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingsschwester der Freiheit“; aus jüngerer Zeit *Di Fabio*, Form und Freiheit, DNotZ 2006, 341 ff.; *Hagen*, Die Form als „Schwester der Freiheit“, in: Schmoekel/Kanzleiter (Hrsg.), Vertragsschluss – Vertragstreue – Vertragskontrolle, 2010, S. 11 ff.

<sup>30</sup> *Häsemeyer*, Die Form der Rechtsgeschäfte, 1971, insbes. S. 166 ff.

<sup>31</sup> Etwa *Reuter*, AcP 189 (1989), 199 (217 ff.); zum Folgenden *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 59 ff.

<sup>32</sup> Damit verbindet sich insbesondere die Tendenz zu einem stärker „materialen“ Verständnis der Vertragsfreiheit; dazu bereits die Nachweise in Fn. 16.

<sup>33</sup> Siehe für die Patientenautonomie nur *Damm* (Fn. 15), S. 73 (78 ff.); allgemeiner *Bumke* (Fn. 31), S. 60 bei Fn. 162.

sich zunächst aufdrängen, aber noch näher liegt der Blick auf das Vertragsrecht, das inzwischen auf sehr differenzierte Art mit solchen Erklärungsgeschehen umgeht, denen genauso wie bei der Patientenverfügung ein Auseinanderfallen von Erklärung und Wirkungserfahrung eigen ist, das über die allgemeine rechtsgeschäftliche Bindung eigentümlich hinausgeht.

### 1. Aufgeschobene Wirkungserfahrung

Die greifbare Eigentümlichkeit und daher auch „Gefährlichkeit“ von Patientenverfügungen liegt darin, dass sie ihre Wirkungen sowohl zeitlich als auch inhaltlich in einem für den Erklärenden typischerweise nur unvollständig vorhersehbaren Moment entfalten. Wer in jungen Jahren bei voller Gesundheit und daher ohne irgendeine Leidenserfahrung erklärt, er lehne jede Form von „künstlichen“ lebenserhaltenden Behandlungen ab, trifft eine Entscheidung in mannigfacher Ungewissheit. Die Erfahrungen zeigen, dass unser Vorstellungsvermögen über unser Verhalten bei Krankheit, Leiden und Sterben vielfach unvollständig ist: Nicht selten erleben lebensbedrohlich Erkrankte eine Verschiebung ihres Lebens- und Leidenswillens.<sup>34</sup> Es fällt offenbar leichter, im Vorhinein Behandlungen abzulehnen als aus der Situation heraus. Dies lässt sich entwicklungsbiologisch als sinnvolle Intuition verstehen, deckt sich aber auch in der Grundbeobachtung mit Einsichten der Verhaltensökonomie, dass wir in unübersichtlichen Entscheidungssituationen zu Überoptimismus neigen.<sup>35</sup> Antizipative Patientenerklärungen erweisen sich damit typischerweise als in besonderem Maße voraussetzungsreich.<sup>36</sup>

Mit diesen erklärungsstypischen Unsicherheiten und Unwägbarkeiten stehen antizipative Patientenerklärungen indes nicht allein. Unserer Privatrechtsordnung sind zukunftsgerichtete Erklärungen, die ihre Wirkungen erst mit einer gewissen Distanz entfalten, durchaus vertraut. Schon der Vertrag als solcher enthält typischerweise ein solches Moment der Zukunft, weil Bindung gerade bedeutet, sich an seinem Leistungswillen für die Zukunft festhalten zu lassen. Aber auch darüber hinaus lassen sich Erklärungs- und Vertragstypen ausmachen, die in gesteigerter Weise zukunftsgerichtet sind und zu den selbstverständlichen Handlungsoptionen des Privatrechts

<sup>34</sup> Vgl. *Olick* u.a., *Advance Care Planning and the ALS Patient: A Cross-Cultural Perspective on Advance Directives*, *Jb. für Recht und Ethik (JRE)* 4 (1996), S. 529 (549).

<sup>35</sup> Für einen Überblick *Weinstein*, *Unrealistic Optimism about Future Life Events*, in: *Journal of Personality and Social Psychology* 39 (1980), 806 ff.; rechtswissenschaftliche Weiterführungen etwa bei *Eidenmüller*, *Die Rechtfertigung von Widerrufungsrechten*, *AcP* 210 (2010), 67 (87 f.); *van Aaken*, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft, 2003, S. 100 ff.

<sup>36</sup> Näher *Lipp* (Fn. 6), § 17 Rn. 40 ff., 148 ff.; *Spickhoff*, *AcP* 208 (2008), 345 (404 ff.).

zählen.<sup>37</sup> Aber genauso selbstverständlich ist, dass ihre Wirksamkeit regelmäßig an gesteigerte Voraussetzungen geknüpft ist, die die Informiertheit und Bedachtheit der Erklärung und damit die Selbstbestimmtheit ihrer Folgen garantieren sollen. Jüngere Referenzmaterien sind das Verbraucherschutzrecht, das Gesellschaftsrecht und das Kapitalmarktrecht.<sup>38</sup> „Klassische“ Beispiele sind das Beurkundungserfordernis von Schenkungsversprechen (§ 518 BGB) und Grundstücksverpflichtungen (§ 311b Abs. 1 BGB).<sup>39</sup> Augenfällig wird der Zusammenhang von Form und Freiheitsgewähr bei näherer Betrachtung der Heilungsvorschriften: Die Bewirkung der formlos versprochenen Leistung heilt den Formmangel, weil der reale, spürbare Verlust nicht minder wirkungsvoll über die Folgen belehrt als die notarielle Beurkundung.<sup>40</sup> Ganz ähnlich lassen sich die Informationspflicht des Unternehmers und das Widerrufsrecht des Verbrauchers bei Fernabsatzgeschäften (§ 312d BGB) deuten.<sup>41</sup> Beides gründet sich auf die Einsicht, dass bei solchen Distanzgeschäften ein erhöhtes Risiko von leichtfertigen, unüberlegten Entscheidungen besteht.

Verhaltensökonomisch gründen sich diese vertragsrechtlichen Errichtungsvoraussetzungen auf die Bewältigung von Informationsdefiziten und endogenen Präferenzstörungen im Umgang mit Komplexität und Ungewiss-

---

<sup>37</sup> Allerdings in den Grenzen der Selbstentmündigung, wie sich an der eingeschränkten Anerkennung von verdrängenden Vollmachten und unwiderruflichen Generaleinwilligungen ablesen lässt; näher *Flume* (Fn. 24), § 53 I, 3; *Staudinger/Schilken* (2001) § 168 Rn. 8 ff.; *Kotbe*, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 185 (1985), 105 (137 f.); *Pawlowski*, Allgemeiner Teil des BGB. Grundlehren des Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 2003, Rn. 763 ff.; *Larenz/Wolf* (Fn. 24), § 47 Rn. 52 ff. Zeitliche Wirkungsgrenzen sind daher genauso wie Errichtungsvoraussetzungen (dazu noch unten im Text, IV. 3. c) nicht nur Grenzen, sondern auch Garanten von Autonomie; wie hier *Bumke* (Fn. 31), S. 65.

<sup>38</sup> Maßgeblich angestoßen und geprägt durch die Überlegungen von *Hopt*, Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken, 1975, insbes. S. 88 ff., 304 ff.; Weiterführungen etwa bei *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, 1983, insbesondere S. 62 ff.; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001; *Grundmann/Kerber/Weatherill* (Hrsg.), Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market, 2001; *Merkt*, Unternehmenspublizität, 2001.

<sup>39</sup> Siehe nur *S. Lorenz* (Fn. 16), S. 106 ff.

<sup>40</sup> Ähnlich *Taupitz* (Fn. 18), A 113; siehe schon *Heldrich*, AcP 27 n.F. (1941), 89 (99 ff.); anders wird die Heilung gedeutet von *Häsemeyer* (Fn. 30), S. 240 ff.

<sup>41</sup> Siehe nur Erwägungsgründe 11, 14 der Richtlinie 97/7/EG vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. EG 1997 Nr. L 144/19 ff.; allgemeiner *Mankowski*, Beseitigungsrechte, 2003, S. 236, 754; *S. Lorenz* (Fn. 16), S. 55 ff., 122 ff.

heit.<sup>42</sup> Die dahinter stehenden Einsichten finden offensichtliche Entsprechungen, wenn es um die Willensbildung bei der Errichtung von Patientenverfügungen geht.<sup>43</sup> Nimmt man hinzu, dass es sich bei Patientenverfügungen um einseitige Erklärungen ohne ranggleiche Drittinteressen handelt, so sind die vertragsrechtlichen Lehren umso eindrucklicher: Wenn sogar für manche gegenseitigen Verträge bei mangelnder Wirkungserfahrung informierende Formen für richtig gehalten werden, empfiehlt sich dies umso mehr für einseitige Erklärungen.<sup>44</sup> Umgekehrt gilt, dass das Bedürfnis nach informierenden Formen mit zunehmender Nähe von Erklärung und Wirkungserfahrung an Dringlichkeit verliert. Wer aus einer Erkrankung heraus erklärt, er wolle nicht „an Schläuche“ angeschlossen werden oder lehne jede lebensverlängernde Behandlung ab, bedarf dieses Schutzes typischerweise nicht. Es ist daher kategorial zwischen *antizipativen* und *situativen* Patientenerklärungen zu unterscheiden. Nur die antizipative, also leidensfrei und mehr oder weniger „ins Blaue hinein“ aufgesetzte Patientenverfügung stellt besondere Anforderungen an die Selbstbestimmtheit der Erklärung. Die Formfreiheit der situativen Patientenerklärung bleibt daher richtig.<sup>45</sup> Konsequenterweise ist auch die mündliche Erklärung rechtserhebliche Patientenerklärung (vgl. § 1901a Abs. 2 BGB).

## 2. Faktische Verbindlichkeit

Nun mag man gleichwohl für antizipative Patientenerklärungen auf dem Standpunkt stehen, dass es eines besonderen Übereilungsschutzes für antizipative Erklärungen nicht bedarf, da diese ohnehin frei widerruflich seien

---

<sup>42</sup> Siehe für die Begründung von Widerrufsrechten *Eidenmüller*, AcP 210 (2010), 67 ff.; *Fleischer*, Vertragsschlussbezogene Informationspflichten im Gemeinschaftsprivatrecht, ZEuP 2000, 772 ff.

<sup>43</sup> Zu den erklärungsstypischen Besonderheiten bereits oben, bei Fn. 34 f.

<sup>44</sup> Gesetzliche Korrekture durch Informationspflichten und informierende Formen bedeuten bei gegenseitigen Verträgen einen erheblichen Eingriff in das Vertragsgefüge. Informationsungleichgewichte allein lassen diesen Eingriff nicht richtig erscheinen, sondern es muss zusätzlich auch die besondere Verantwortung eines Vertragspartners für das Ungleichgewicht begründet werden; dazu näher *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, insbes. S. 266 ff., 456 ff.

<sup>45</sup> Die Unterscheidung von formbedürftiger antizipativer und formfreier situativer Erklärung beruht daher auch nicht auf einem Wertungswiderspruch, sondern ist konsequent mit Blick auf die unterschiedliche Schutzwürdigkeit des Erklärenden; anders hingegen die Gesetzesbegründung, BT-Drucksache 16/8442, S. 13: Es „wird bewusst in Kauf genommen, dass gewisse Wertungswidersprüche dadurch entstehen, dass aktuelle Einwilligungen oder Nichteinwilligungen in ärztliche Maßnahmen (z.B. wegen einer am nächsten Tage anstehenden Operation) keiner Form bedürfen.“

und durch jede formlose situative Verwerfung noch korrigiert werden könnten.<sup>46</sup> Darin gleicht die antizipative Patientenerklärung dem Einzeltestament, das ebenfalls jederzeit widerrufen werden kann (§ 2255 BGB). Allerdings ist aus der Widerruflichkeit des Einzeltestaments nicht geschlossen worden, dass eine gewisse Sorglosigkeit bei der Errichtung unschädlich sei. Im Gegenteil: Mit der Mindestform der eigenhändigen Errichtung (§§ 2331 Nr. 2, 2247 Abs. 1 BGB) verbindet sich u.a. das Anliegen, den Erklärenden vor Über-eilung zu schützen.<sup>47</sup> Die mit der Eigenhändigkeit verbundene Förmlichkeit ist mit der Verdrängung des handschriftlichen Briefs durch Fax und Email in jüngerer Zeit sogar eher noch gestiegen. Einer der Gründe, warum auch für das einfache, also jederzeit widerrufliche Testament nach wie vor eine über die einfache Schriftform hinausgehende Förmlichkeit richtig ist, liegt in dem Risiko der faktischen Selbstbindung: Denn der Erklärende weiß im Regelfall nicht um den Zeitpunkt seines Todes und die dann bestehenden Lebensumstände. Diese Unsicherheit soll dem Erklärenden durch die heute vor allem den jüngeren Generationen als vergleichsweise mühsam erscheinende eigenhändige Errichtung vor Augen geführt werden. Die handschriftliche Errichtung wird nicht so leicht vergessen wie eine lediglich abgespeicherte Datei. Noch deutlicher wird dieser Zusammenhang von Form und Bindung mit Blick auf die gesteigerten Formerfordernisse des Erbvertrags (§ 2276 BGB).<sup>48</sup>

Beide Einsichten sprechen dafür, Patientenerklärungen ungeachtet ihrer Widerruflichkeit wegen ihres faktischen Bindungsrisikos durch gesteigerte Förmlichkeit über die Alltagskommunikation zu erheben: Sollen antizipative Patientenverfügungen gerade dann ihre Wirkungen entfalten, wenn eigene Erklärungen nicht abgegeben werden können, resultieren daraus Bindungsrisiken, die durch die Art der Errichtung in geeigneter Weise vor Augen geführt werden sollten.

---

<sup>46</sup> In diese Richtung etwa *A. Roth*, JZ 2004, 494 (496 f.), der aus der fehlenden Selbstbindung zugleich folgert, dass eine Patientenerklärung keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung sei und daher weder Form noch Geschäftsfähigkeit erfordere.

<sup>47</sup> Zu den Formzwecken des eigenhändigen Testaments siehe nur *von Hippel*, Formalismus und Rechtsdogmatik, 1935, S. 37 ff., 168 ff.; *Kipp/Coing*, Erbrecht, 14. Aufl. 1990, § 25 II 2.

<sup>48</sup> Die Möglichkeit jederzeitiger Bindungswirkung erfordert gesteigerte „Überlegungsreife“, so etwa in jüngerer Zeit *Grunsky*, Testierfähigkeit und Geschäftsfähigkeit, 2009, S. 22. Im Verhältnis zum Erbvertrag genießt das gemeinschaftliche Testament (§§ 2265 ff. BGB) de lege lata allerdings ein Formprivileg (§ 2267 BGB), das gerade mit Blick auf die vielfach unbedachte Bindungswirkung kritisch gesehen wird; näher *Röthel*, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, Gutachten A für den 68. DJT 2010, 2010, A 72 ff.

### 3. Vorhersehbare Errichtungsdefizite

Während die vorgenannten Erklärungsrisiken auf der Eigentümlichkeit der Patientenautonomie beruhen, soll es nun um ein Erklärungsrisiko gehen, das der Gesetzgeber mit der Ausprägung der Patientenverfügung selbst gesetzt hat: Das Risiko, dass eine in einfacher Schriftform unberaten erteilte antizipative Patientenverfügung ihre Wirkungen nicht entfalten kann, weil sie nicht „bestimmt“ i.S. von § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB ist. Wie sich aus der Gesetzesbegründung ergibt, ist das Bestimmtheitserfordernis als *konstitutiv* gedacht: Eine antizipative Erklärung, die lediglich „allgemeine Richtlinien für eine künftige Behandlung“ enthält, ist nicht Patientenverfügung i.S. des Gesetzes, sondern kann lediglich als „Behandlungswunsch“ i.S. von § 1901a Abs. 2 S. 1 BGB eine Rolle spielen.<sup>49</sup> Auch bislang gebräuchliche Formulierungen wie die Ablehnung von „Apparatemedizin“, „qualvollem Leiden“ oder „mensenunwürdigem Leben“ genügen wohl nicht.<sup>50</sup> Dieses Bestimmtheitserfordernis ist der Sache nach zu begrüßen. Es entspricht einerseits Erfordernissen des Rechtsverkehrs, hier den Bedürfnissen der Ärzte und Pflegekräfte im Umgang mit Patientenverfügungen. Andererseits trägt es dazu bei, dass der Erklärende sich selbst verdeutlicht, welche Behandlungen er für sich wünscht oder ablehnt. Bestimmtheitserfordernisse können Informiertheit garantieren.<sup>51</sup> Der blankettartige Wunsch nach „menschwürdigem Sterben“ bedeutet de facto eine weitgehende Delegation des Selbstbestimmungsrechts, etwa auf die behandelnden Ärzte, ohne dass dies dem Erklärenden immer bewusst sein wird. Es ist daher überzeugend, dass pauschalierende und generalisierende Handlungsermächtigungen nicht als verbindliche Patientenverfügungen i.S. von § 1901a Abs. 1 BGB angesehen werden.

Das eigentliche Problem bereitet nicht das Bestimmtheitserfordernis als solches, sondern vielmehr der Umstand, dass viele in Eigenregie und unberaten errichtete Patientenverfügungen an diesem Erfordernis scheitern dürften. Nimmt man das Bestimmtheitserfordernis ernst und verlangt einen Grad an Bestimmtheit, der einer eigenen Erklärung in der Behandlungssituation entspricht, so dürfte es nur wenigen Laien gelingen, hinreichend bestimmte

---

<sup>49</sup> BT-Drucksache 16/8442, S. 13.

<sup>50</sup> So die Vermutung von *Roglmeier/Lenz*, Die neue Patientenverfügung, 2009, S. 21; ähnlich *W. Lange*, ZEV 2009, 537 (542); *Höfling*, NJW 2009, 2849 (2850); *Rieger*, FamRZ 2010, 1601 (1603).

<sup>51</sup> Mit diesem Zusammenhang von Bestimmtheit und Informiertheit lässt sich beispielsweise auch das Erfordernis hinreichend bestimmter Beschränkungen von Mitgliedschaftsrechten in Personengesellschaften erklären; dazu *Schön*, Zwingendes Recht oder informierte Entscheidung – zu einer (neuen) Grundlage unserer Zivilrechtsordnung, in: FS für Canaris, 2007, S. 1191 (1197).

Patientenverfügungen zu errichten.<sup>52</sup> Dies gilt umso mehr, wenn sie sich die Mühe einer individualisierten Erklärung machen. Größere Sicherheit mögen die zahlreichen Musterverfügungen bieten, doch wird auch deren Bestimmtheit inzwischen bezweifelt.<sup>53</sup> Dies mag dafür sprechen, das Bestimmtheiterfordernis großzügiger zu deuten und es lediglich von generalklauselartigen Erklärungen abzugrenzen.<sup>54</sup> Dann aber kann das Bestimmtheiterfordernis kaum eine sinnvolle Verdeutlichung leisten, und zwar weder für den Erklärenden noch für die späteren Adressaten. Hält man hingegen an einem Bestimmtheiterfordernis in dem Sinne fest, dass mehr als nur der Ausschluss von generalklauselartigen Umschreibungen gemeint ist, so wirkt sich dies ähnlich einem versteckten Formerfordernis aus. Überzeugend wird indes aus der Privatautonomie gefolgert, dass gesetzliche Formen für rechtsgeschäftliches Handeln verfügbar und hinreichend klar sein müssen.<sup>55</sup> Es ist widersprüchlich, einerseits aus dem Selbstbestimmungsrecht auf weitgehende Formfreiheit zu schließen, dann aber inhaltliche Wirkungsgrenzen zu ziehen, die bei Einhaltung der Mindestform die Errichtung von Erklärungen begünstigen, die nicht als Patientenverfügung (§ 1901a Abs. 1 BGB), sondern lediglich als Behandlungswunsch (§ 1901a Abs. 2 BGB) gelten werden. Der Verzicht auf jede Form von Beratung und Beurkundung verschleiert die gesetzlich mitgegebenen Wirkungsgrenzen der Patientenverfügung und vermittelt den Eindruck, dass Patientenverfügungen tatsächlich „mit eigenen Worten“ verbindlich errichtet werden können.

#### IV. Kompensation der Erklärungsdefizite

Die vorstehenden Überlegungen haben gezeigt, dass die Errichtung von antizipativen Patientenerklärungen typischerweise unter Erkenntnisunsicherheiten und Informationsdefiziten erfolgt. Es bleibt die Frage danach, ob und ggf. wie diese Erklärungsdefizite aufzufangen sind.

---

<sup>52</sup> So *Beermann*, FPR 2010, 252 (253 f.); ähnlich *Palandt/Diederichsen*, 70. Aufl. 2011, § 1901a Rn. 6, der eine „Entwertung“ der Patientenverfügung durch das Bestimmtheiterfordernis befürchtet; drastischer die Prognose von *G. Müller*, DNotZ 2010, 169 (180): Die Patientenverfügung wäre dann „tot“; Bedenken auch schon bei *Sternberg-Lieben*, Gesetzliche Regelung der Patientenverfügung – wie viel gesetzgeberischen Paternalismus verträgt die Patientenautonomie?, Jb. für Recht und Ethik (JRE) 5 (2007), S. 307 (328 Fn. 129).

<sup>53</sup> Etwa von *Albrecht/Albrecht*, MittBayNot 2009, 426 (428).

<sup>54</sup> In diese Richtung *G. Müller*, DNotZ 2010, 169 (180 f.).

<sup>55</sup> Eingehend *Häsemeyer* (Fn. 30), S. 207 ff.

### 1. Verfassungsrechtliche Orientierungen guter Gesetzgebung

Man könnte sich auf den Standpunkt stellen, dass die mit antizipativen Erklärungen verbundenen Risiken typische Erklärungsrisiken seien: Selbstbestimmung werfe auf Selbstverantwortung zurück, und wer eine Patientenverfügung errichte, tue dies „auf eigene Gefahr“. Jeder Erklärende trage selbst das Risiko und die Verantwortung dafür, dass seine Erklärung die erwünschten Wirkungen auch erziele. Ähnliches ist in der Gesetzesbegründung nachzulesen.<sup>56</sup> Dies erinnert an überwundene Vorstellungen von Privatautonomie. So wenig die Rechtsordnung heute einem Ehemann beipflichtet, der sich darauf beruft, die schwangere Ehefrau sei „selbst schuld“, wenn sie ehevertraglich auf jeden Unterhalt verzichte,<sup>57</sup> und so wenig dem überforderten Bürgen ausnahmslos entgegengehalten werden kann, „Vertrag ist Vertrag“,<sup>58</sup> so wenig überzeugt die pauschale Risikozuweisung bei der Errichtung von Patientenverfügungen. Im Gegenteil: Gerade wenn es um die Wahrung der Selbstbestimmung in medizinischen Angelegenheiten geht, sollte es zum Anspruch guter Gesetzgebung gehören, die Errichtungsvoraussetzungen so zu gestalten, dass sie die Bildung und die Abbildung des wirklichen und eigentlichen, also informierten und bedachten Willens ideal fördern. Dies ist Ausdruck der grundrechtlichen Facetten der Patientenautonomie, die in ihrem Kern – genauso wie die Privatautonomie – auf die Wahrung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) verweist.<sup>59</sup> Der Blick auf das Verfassungsrecht deckt zugleich das Gemeinsame von Patientenautonomie und Privatautonomie auf: Es geht nicht im einen Fall um Vermögensschutz und im anderen Fall um Lebensschutz, sondern es geht um die Anerkennung des Menschen als würdevolle Rechtsperson durch Anerkennung seiner Autonomie.<sup>60</sup> Die Orientierung guter Ge-

<sup>56</sup> BT-Drucksache 16/8442, S. 14.

<sup>57</sup> BVerfGE 103, 89, 100 ff.; nachfolgend BGHZ 158, 81 ff.

<sup>58</sup> BVerfGE 89, 214 ff.; nachfolgend etwa BGHZ 125, 206 ff. – Bürgschaft eines mittellosen Kindes zugunsten eines Elternteils; BGHZ 128, 230 ff.; 132, 328 ff.; 134, 325 ff. – Bürgschaft eines mittellosen Ehegatten; BGHZ 136, 347 ff. – Bürgschaft einer Verlobten.

<sup>59</sup> Die verfassungsrechtlichen Verortungen schwanken; wie hier *Hufen*, In dubio pro dignitate. Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens, NJW 2001, 849 (851 f.); *Fink*, Selbstbestimmung und Selbsttötung, 1992, S. 53; für eine Verortung im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts etwa BVerfGE 52, 131 (168); *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Art. 2 Abs. 1 (Stand: 39. Lfg. 2001) Rn. 204 f.; für eine Verortung bei Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG etwa *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 2 Abs. 2 Rn. 73; *Sternberg/Lieben* (Fn. 52), S. 307 (309 f.); *Höfling*, „Sterbehilfe“ zwischen Selbstbestimmung und Integritätsschutz, JuS 2000, 111 (114 f.) in Anlehnung an das Sondervotum der Richter *Hirsch*, *Niebler*, *Steinberger* zu BVerfGE 52, 131 (175 f.).

<sup>60</sup> Eindrücklich *Lipp* (Fn. 2), S. 127 f.; *Taupitz* (Fn. 18), A 13; *Hufen*, NJW 2001, 849

setzung auf Autonomie im materialen Sinne ist daher gleichermaßen für die Privatautonomie wie für die Patientenautonomie richtig und geboten. Dass es inhaltlich bei der Patientenautonomie um die Selbstbestimmung über Leib und Leben geht, müsste diese Einsichten eher noch dringlicher machen, als sie zu relativieren.<sup>61</sup> Jedenfalls ist dem ausgestaltenden Gesetzgeber bei der Patientenautonomie keine grundsätzlich andere verfassungsrechtliche Orientierung mitgegeben als bei der Ausgestaltung der Vertragsfreiheit<sup>62</sup> oder der Testierfreiheit<sup>63</sup>.<sup>64</sup> Auch für die Ausgestaltung der Patientenautonomie lassen sich ausgestaltungsdirektierende Verfassungsvorgaben zur Orientierung guter Gesetzgebung ausmachen.<sup>65</sup> Die Ausgestaltung der Patientenautonomie ist in erster Linie darauf zu orientieren, dass der Erklärende über die nötigen persönlichen Eigenschaften und Informationen verfügt, um eine bedachte, informierte und daher auch inhaltlich *selbstbestimmte* Erklärung abgeben zu können. Zugleich ist die Ausgestaltung der Patientenautonomie darauf zu richten, dass die Patientenverfügung als ein verfügbares und daher *funktionsfähiges* Rechtsinstitut ausgeprägt wird.

## 2. Vom „informed consent“ zum „informed will“

Ist die Ausgestaltung der Patientenautonomie auf die Bildung und Abbildung eines bedachten, informierten, „wirklichen“ Willens zu orientieren, bleibt zu klären, auf welche Weise die aufgezeigten typischen Erklärungsunsicherheiten bei der Errichtung von Patientenverfügungen wirkungsvoll und

---

(851); allgemeiner *Nettesheim*, Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und bloßem Abwägungstopos, in: Asada/Assmann et. al. (Hrsg.), Das Recht vor den Herausforderungen neuer Technologien, 2006, S. 201 (222 ff.).

<sup>61</sup> Dieser Gedanke lag dem sog. Bosbach-Entwurf zugrunde, der zwischen „einfachen“ Patientenverfügungen und „qualifizierten“ Patientenverfügungen, also solchen, die auf den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen gerichtet sind, unterscheiden wollte (BT-Drucksache, 16/11360 S. 13 f.). Richtigerweise wäre diese Differenzierung aber nicht auf den Schutz des Lebens (Art. 2 Abs. 2 GG), sondern auf den Schutz des Selbstbestimmungsrechts zu stützen gewesen, etwa mit der Begründung, dass die Selbstbestimmung über Leib und Leben anderen Gefährdungen ausgesetzt ist.

<sup>62</sup> Eingehend *Bumke* (Fn. 31), S. 59 ff.; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 53 ff.; *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte: Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers, 2005, S. 165 ff.

<sup>63</sup> *Röthel*, AcP 210 (2010), 32 (40 ff.); *dies.* (Fn. 67), A 81 ff.

<sup>64</sup> Insbesondere kann die Verpflichtung zum Schutz des Lebens nicht gegen das Selbstbestimmungsrecht gewendet werden; so aber *D. Lorenz*, Aktuelle Verfassungsfragen der Euthanasie, JZ 2009, 58 ff.; wie hier *Nettesheim* (Fn. 50), S. 201 (234 f.); *Sternberg-Lieben* (Fn. 52), S. 307 (310).

<sup>65</sup> Begriff und Inhalt nach *Bumke* (Fn. 31), S. 57 ff. zur Vertragsfreiheit.

schonend zugleich aufzufangen sind. Dabei wäre der Rechtsklarheit am meisten gedient, wenn sich eine der bekannten und vertrauten Förmlichkeiten auch für die Errichtung antizipativer Patientenerklärungen empfehlen würde.<sup>66</sup> Dies mag eine Übertragung der Formen von letztwilligen Verfügungen nahe legen.<sup>67</sup> Damit ließe sich zugleich an den früher gebräuchlichen Begriff des „Patiententestaments“<sup>68</sup> und die weitgehende Verankerung der Testierformen im Bewusstsein der Bevölkerung anknüpfen.

Dass die antizipative Patientenverfügung einige Charakteristika mit letztwilligen Verfügungen teilt (oben III. 2.), bedeutet indes nicht, dass sich die Testierformen auch im Detail als Garanten für eine hinreichende Selbstbestimmung bei der Wahrnehmung der Patientenautonomie empfehlen. Die *eigenhändige Errichtung* nach dem Vorbild von § 2247 BGB würde zwar formelmäßige Patientenerklärungen „durch Ankreuzen“ verhindern. Auch kann eine eigenhändige Erklärung zumeist eindeutigeren Nachweis über die Erklärungsfähigkeit erbringen und erlaubt eine hinreichend sichere Abgrenzung von Erklärungsentwürfen. Die mit der Eigenhändigkeit verbundene Mühsal kann sich aber auch nachteilig auf den Umfang und die Bestimmtheit<sup>69</sup> der Erklärung auswirken und die Abfassung von knapp gehaltenen Erklärungen begünstigen. Auch mag bei Patientenerklärungen die mit der Handschriftlichkeit verbundene „Feierlichkeit“<sup>70</sup> gekünstelt wirken. Schon aus diesem Grund empfiehlt sich die Form der eigenhändigen Errichtung für Patientenerklärungen nicht mit derselben Eindeutigkeit wie für letztwillige Verfügungen. Zudem würden eigenhändige Erklärungen der ärztlichen Praxis ungleich mehr abverlangen, um schwer lesbare Handschriften zu entzif-

---

<sup>66</sup> Die in den §§ 126, 126a, 126b, 128, 129 BGB angelegte Schematisierung entspricht dem Gebot, nur solche Formen einzuführen, die dem Rechtsverkehr verfügbar sind; dazu näher *Häsemeyer* (Fn. 30), S. 209 ff.

<sup>67</sup> Ähnliches wurde auch in Österreich und in der Schweiz diskutiert; siehe schon die Empfehlung von *Reusser*, Patientenwille und Sterbebeistand: eine zivilrechtliche Beurteilung der Patientenverfügung, 1994, S. 164.

<sup>68</sup> Siehe nur die Titelei in BGHZ 154, 205 („Bedeutung des Patiententestaments“) sowie *Schöllhammer*, Die Rechtsverbindlichkeit des Patiententestaments, 1993. An die eigenhändige Errichtung des ordentlichen Testaments erinnert auch die Bezeichnung als „Patientenbrief“, so etwa *Spickhoff*, AcP 208 (2008), 345 (399 ff.); nach *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 132 Rn. 42 Fn. 1 wäre „Patientenbrief“ sogar die „juristisch richtigere Bezeichnung“.

<sup>69</sup> Dabei kann Bestimmtheit wiederum informierende Wirkung haben; dazu schon oben, III. 3.

<sup>70</sup> Denn hinter der Form des eigenhändigen Testaments stand der handschriftliche Brief als Pate; näher *H. Lange*, Das Recht des Testamentes. 1. Denkschrift des Erbrechtsausschusses für Deutsches Recht, 1937, S. 44 ff.; eingehend *Beutgen*, Die Geschichte der Form des eigenhändigen Testaments, 1991.

fern und laienhafte Ungenauigkeiten im Ausdruck zu deuten. Insoweit mag sich die eigenhändige Errichtung eher als Notform ähnlich den Nottestamenten empfehlen.

Die Alternative wäre eine *öffentliche Erklärungsform* in Weiterführung von §§ 2232 Nr. 1, 2276 BGB.<sup>71</sup> Ein genereller Vorzug öffentlicher Erklärungen ist, dass sich der Notar über die Verständnisfähigkeit des Erklärenden und darüber, ob die Erklärung dem „wahren Willen“ entspricht, zu vergewissern hat (§§ 11, 17 BeurkG). Auch könnte der Notar den Erklärenden über die Widerruflichkeit seiner Verfügung, die Gefahren nicht ausreichend informierter Entscheidungen, die Vorzüge einer Vorsorgevollmacht und insbesondere den Nutzen einer ärztlichen Aufklärung belehren. Was die inhaltlichen, also in erster Linie medizinischen Gehalte von Patientenverfügungen angeht, liegt indes auf der Hand, dass notarielle Formulierungskunst hier allenfalls punktuelle Unterstützung leisten kann. Notarielle Beurkundung mag dazu beitragen, dass die mit Patientenverfügungen verbundenen generellen Erklärungsrisiken aufgrund mangelnder Wirkungserfahrung und faktischer Bindungswirkung bewusster eingegangen werden. Eine individuelle, gestaltende Beratung über persönlich-situativ sinnvolle Inhalte der Patientenverfügung wird indes an die Grenzen der notariellen Fähigkeiten stoßen.<sup>72</sup> Auch noch so große Formulierungskunst eines erfahrenen Notars wird kaum an die originäre Fachkunde des Arztes heranreichen. Ein Beurkundungserfordernis würde die erklärungsspezifischen Ungewissheiten und Risiken antizipativer Patientenerklärungen daher allenfalls zu einem Teil auffangen.

Damit liegt auf der Hand, dass nicht eine notarielle Beurkundung, sondern eine ärztliche Aufklärung die passende Antwort auf die mit der Errichtung von antizipierten Patientenverfügungen verbundenen Informationslücken und Erklärungsrisiken darstellt.<sup>73</sup> Mit etwas Abstand muss es eigentlich überraschen, dass für aktuelle Patientenentscheidungen der *informed con-*

<sup>71</sup> § 1901b Abs. 2 BGB i.d.F. des Entwurfs BT-Drucksache 16/11360.

<sup>72</sup> Wie im Übrigen auch von notarieller Sicht eingestanden wird, etwa von *Baumann/Hartmann*, DNotZ 2000, 594 (612); *Rieger*, FamRZ 2010, 1601 (1604 f.); siehe auch schon *Taupitz* (Fn. 18), A 114 f. sowie *Sternberg-Lieben* (Fn. 52), S. 307 (329) m.w.N.

<sup>73</sup> Wie hier für ein Aufklärungserfordernis *Taupitz* (Fn. 18), A 111 ff.; *ders.*, Das Patientenverfügungsgesetz: Mehr Rechtssicherheit?, Jb. für Recht und Ethik (JRE) 15 (2010), S. 155 (169 ff.); *G. Müller*, DNotZ 2010, 169 (181); *Berger*, Privatrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Sicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens, JZ 2000, 797 (801); *Eisenbart*, Patienten-Testament und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten, 2000, S. 141; *Schumann*, Dignitas – Voluntas – Vita, 2006, S. 65 ff.; *Maio*, Verfügen über das Unverfügbare?, Jb. für Recht und Ethik (JRE) 15 (2010), S. 211 ff.

sent nach wie vor selbstverständlich ist,<sup>74</sup> für antizipative Patientenentscheidungen hingegen die unberatene Entscheidung zum Leitbild erhoben wurde. Gleichwohl hat sich der deutsche Gesetzgeber in § 1901a BGB – anders als etwa Österreich<sup>75</sup> – eindeutig gegen eine Obliegenheit zu ärztlicher Aufklärung entschieden. Dies ist auch deshalb bemerkenswert, weil weitgehend Einigkeit darüber bestand, dass sich eine vorhergehende ärztliche Aufklärung und Beratung sehr empfehle.<sup>76</sup> Die Gesetzesbegründungen lesen sich ohnehin eher als Bekundungen schlechten Gewissens denn als innere Überzeugung von der Richtigkeit des Aufklärungsverzichts.<sup>77</sup>

### 3. Einwände

Wer sich dafür ausspricht, die Wirksamkeit von Patientenverfügungen an eine schriftliche und aufgeklärte Errichtung zu knüpfen, wird sich mit drei Einwänden auseinandersetzen müssen: Ein Aufklärungserfordernis für antizipative Patientenverfügungen sei eine unnötige Komplizierung der Errichtungsvoraussetzungen (unten a), bedeute bedenkliche Verluste an Privatheit (unten b) und sei letztlich versteckter Paternalismus (unten c).

---

<sup>74</sup> Siehe nur BGHZ 29, 46 (58); 29, 176 (181); 90, 103 (105 ff.); 106, 391 (394); Überblick bei *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 6. Aufl. 2008, Rn. 244 ff.; *Staudinger/Hager* (2009), § 823 Rn. I 76 ff.; allgemein *Obly*, „Volenti non fit iniuria“. Die Einwilligung im Privatrecht, 2002, § 13; zum common law *Faden/Beauchamp*, A History and Theory of Informed Consent, 1986.

<sup>75</sup> Gemäß §§ 5, 6 österr. PatVG (Patientenverfügungsgesetz, österr. BGBl. I Nr. 55/2006) kann eine Patientenverfügung durch Erklärung vor einem Rechtsanwalt, einem Notar oder einem Mitarbeiter der Patientenvertretung nach ärztlicher Aufklärung errichtet werden; dazu näher *Röthel*, in: Lipp (Fn. 6), § 23 Rn. 36 ff.; *Körtner/Kopetzki/Kletecka-Pulker* (Hrsg.), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz, 2007; *Kopetzki*, österr. FamZ 2006, 69 ff.; *Aigner*, österr. FamZ 2006, 66 ff. *Olzen*, JR 2009, 354 (359 ff.).

<sup>76</sup> BT-Drucksache 16/8442, S. 14: „sehr zu empfehlen“.

<sup>77</sup> Siehe auch den Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucksache 16/13314, S. 19 f.: „Allerdings wird es im Regelfall wichtig und sinnvoll sein, sich vor Erstellung einer Patientenverfügung ärztlich beraten zu lassen... Eine Beratung vor Erstellung einer Patientenverfügung wird für den Patienten vielfach hilfreich sein, seine Entscheidungen zu treffen. Sie kann auch dazu beitragen, dass die ärztlichen Maßnahmen, in die eingewilligt wird oder die untersagt werden, hinreichend genau beschrieben werden und die Patientenverfügung damit für den Arzt und den Betreuer Aufschluss über den Patientenwillen in der anstehenden Behandlungssituation gibt.“

a) *Unnötige Komplizierung?*

Aus systematischen Erwägungen mag eingewendet werden, dass die gesetzlichen Errichtungsvoraussetzungen an Rechtsgeschäfte nicht unnötig ausdifferenziert und verkompliziert werden sollten. Die im Gesetz bislang sinnvoll angelegte Schematisierung von einfacher Schriftform (§ 126 BGB), eigenhändiger Errichtung (§ 2247 BGB) und öffentlicher Errichtung (§ 129 BGB) sollte nicht durch Einführung einer auf den ersten Blick quer dazu liegenden neuartigen Form (Errichtung in einfacher Schriftform nach ärztlicher Beratung) durchbrochen werden. Daran ist richtig, dass eine Schematisierung der gesetzlichen Formen berechtigten Erwartungen des Rechtsverkehrs entspricht.<sup>78</sup> Es wäre in der Tat misslich, eine gelungene Schematisierung der Errichtungsformen und die damit verbundene Verankerung in der Bevölkerung ohne Not immer neuen Ausdifferenzierungen zu opfern.<sup>79</sup>

Indes liegt der Fall aus verschiedenen Gründen anders. Zunächst lässt sich das Erfordernis ärztlicher Beratung systematisch anderen Aufklärungs-, Informations- und Beratungserfordernissen zuordnen, die unserer Rechtsordnung inzwischen in großer Zahl selbstverständlich sind.<sup>80</sup> Der mögliche Verlust an Typenklarheit wäre also schon deshalb eher gering zu veranschlagen. Vor allem aber würde sich ein Aufklärungserfordernis bruchlos in die gewohnte rechtliche Umhegung des Arzt-Patienten-Verhältnisses einfügen, das der Aufklärung des Patienten im Interesse des Selbstbestimmungsrechts und zur Verwirklichung dialogischen Miteinanders von Arzt und Patient herausragende Bedeutung beimisst.<sup>81</sup> Eher fällt es schwer zu erklären, warum der individuellen ärztlichen Aufklärung vor unmittelbar bevorstehenden Heilbehandlungen im deutschen Recht entscheidende Bedeutung beigemessen wird, während für die eigentlich „*beratungsintensiveren*“ antizipativen Erklärun-

---

<sup>78</sup> Siehe abermals *Häsemeyer* (Fn. 30), S. 209 ff.; für ein Erkennbarkeitsgebot *S. Lorenz* (Fn. 16), S. 110 ff.

<sup>79</sup> Bekanntes Beispiel für Formanforderungen, die sich nicht im Bewusstsein der Bevölkerung durchsetzen konnten, war die Angabe von Zeit und Ort der Testamenterrichtung. Der Gesetzgeber reagierte auf die große Fülle unwirksamer Testamente schließlich durch Herabstufung der Formvorschrift zur Soll-Vorschrift (siehe jetzt § 2247 Abs. 2 BGB); dafür zuvor *von Hippel* (Fn. 47), S. 41 ff. (177 ff.).

<sup>80</sup> Für das deutsche Vertragsrecht siehe nur die umfassenden Aufarbeitungen von *Fleischer* (Fn. 44), §§ 7 ff. und *Rehm*, Aufklärungspflichten im Vertragsrecht, 2003; zu den dahinter stehenden Anliegen im Wirtschaftsrecht etwa *Reuter* (Fn. 16), S. 105 (122 ff.); zu den Einflüssen des Gemeinschaftsrechts etwa *Angermann*, Die Verletzung vertragsschlussbezogener Informationspflichten des europäischen Privatrechts (Diss. Bucerius Law School Hamburg) 2010, S. 100 ff.

<sup>81</sup> Siehe bereits oben, Fn. 74.

gen nun ein konkludenter Aufklärungs- und Beratungsverzicht zum gesetzlichen Leitbild erhoben wurde.<sup>82</sup>

*b) Bedenklicher Verlust an Privatheit?*

Gegen eine Obliegenheit zu ärztlicher Aufklärung mag des Weiteren der Verlust an Privatheit sprechen: Wer eine Patientenverfügung errichte, so lässt sich argumentieren, treffe eine Entscheidung in höchstpersönlichen Angelegenheiten. Dies müsse in einer privaten Form möglich sein, also ohne dass der Erklärende gezwungen sei, sich zuvor fremden Dritten zu offenbaren.<sup>83</sup> Mit ähnlichen Argumenten wurde auch die Einführung und später die Beibehaltung des eigenhändigen Testaments befürwortet.<sup>84</sup> Allerdings muss eine ärztliche Aufklärung nicht bedeuten, dass die Patientenverfügung *durch* den Arzt errichtet wird. Die Aufklärung soll nur bezwecken, dass der Erklärende über die Anforderungen an die Errichtung einer wirksamen Patientenverfügung, insbesondere das Bestimmtheitserfordernis, und die mit Patientenerklärungen verbundenen typischen Risiken aufgeklärt wird. Der Verlust an Privatheit würde sich also darauf beschränken, dass der Wunsch, eine Patientenverfügung zu errichten, aufgedeckt würde. Ob diese Aufdeckung, zumal im Rahmen eines zumeist schon bestehenden Vertrauensverhältnisses, wirklich im Regelfall als erheblicher Verlust an Privatheit empfunden würde, erscheint schon aus tatsächlichen Gründen zweifelhaft. Aber auch wenn dies so wäre, bleibt doch die Frage nach der Schutzwürdigkeit eines solchen Privatheitsbedürfnisses. Jedenfalls erscheint das Privatheitsbedürfnis bei Erklärungen,

---

<sup>82</sup> Wie hier *Taupitz* (Fn. 18), A 111 f.; *G. Müller*, DNotZ 2010, 169 (181); für ein zwingendes Aufklärungserfordernis auch schon *Berger*, Privatrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Sicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens, JZ 2000, 797 (801); *Eisenbart*, Patienten-Testament und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten, 2000, S. 141. – Dies wendet sich nicht gegen die grundsätzliche Möglichkeit eines Aufklärungsverzichts; dazu etwa *Harmann*, Das Recht des Patienten auf Aufklärungsverzicht, NJOZ 2010, 819 ff. Grenzen sind indes auch bei unmittelbar bevorstehenden Behandlungen zur Wahrung material selbstbestimmter Entscheidungen zu ziehen; näher *Kothe*, AcP 185 (1985), 105 (132 f.).

<sup>83</sup> Dies klingt an bei *Sternberg-Lieben* (Fn. 52), S. 307 (329 Fn. 133), der „Rechtfertigungshürden“ befürchtet.

<sup>84</sup> *Lange* (Fn. 70), S. 50 f. sah in der Scheu, die persönlichen Verhältnisse vor einer fremden Person zu offenbaren, den wesentlichen Grund für die Aufrechterhaltung des eigenhändigen Testaments; zur „Geheimnißwahrung“ auch *Gottfried von Schmitt*, Erbrecht. Entwurf eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich, in: Schubert (Hrsg.), Vorlagen der Redaktoren für die Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 1984, S. 403, im Ergebnis gleichwohl gegen die Einführung des holographischen Testaments (§ 168 Entwurf).

die darauf zielen, zu Lebzeiten aufgedeckt zu werden, weniger schutzbedürftig als für letztwillige Erklärungen, die erst auf eine spätere Aufdeckung angelegt sind. Auch steht hinter dem Interesse an einer völlig verborgenen Errichtung einer Patientenverfügung nicht ein ähnlich gewichtiges inhaltliches Abschirmungsinteresse wie bei letztwilligen Verfügungen. Während durchaus denkbar ist, dass die Entscheidung gegen die gesetzliche Erbfolge Schatten über lebzeitigen Beziehungen werfen kann, sind solche Fernwirkungen für den Fall, dass die Errichtung einer Patientenverfügung bekannt wird, eher unwahrscheinlich.

### c) *Re-Paternalisierung der Patientenautonomie?*

Es bleibt schließlich der schwerwiegendste Einwand, jedem stehe es frei, sich ärztlich beraten zu lassen. Vor diesem Hintergrund ließe sich die Obliegenheit zu ärztlicher Aufklärung als unterschwellige Re-Paternalisierung der Patientenautonomie kritisieren.<sup>85</sup> Diese Argumentation klingt auch in der Gesetzesbegründung an: Der Verzicht auf eine fachkundige Beratung bei Errichtung einer Patientenverfügung erfolge auf eigenes Risiko.<sup>86</sup> Wer also gleichwohl seine Patientenverfügung ohne fachkundige Aufklärung und Beratung mit Hilfe von AGB-ähnlichen Texthilfen aus dem Internet erstellt, trage ganz selbstverständlich die Verantwortung dafür, dass die Patientenverfügung mitunter die beabsichtigte Wirkung nicht erzielen kann, weil sich der Erklärende unter dem Erklärten etwas anderes vorgestellt hat oder weil es dem Erklärten an der konstitutiven Bestimmtheit mangelt.

Sicherlich muss sich gute Gesetzgebung nicht auf jedes mögliche Fehlverständnis einrichten. Indes: Handelt es sich wirklich um unnötigen Paternalismus, wenn auch der Gesetzgeber davon ausgeht, dass sich „im Regelfall“ eine ärztliche Beratung sehr empfehle?<sup>87</sup> Solche Gesetzgebung mag sich vordergründig durch ihre wohltuende Einfachheit und ihren vermeintlich „liberalen“ Verzicht auf komplizierte Formen und Verfahren feiern lassen. Diese Freiheitsgewinne erweisen sich aber als wertlos, wenn das so Erklärte im Regelfall nicht oder nur unvollständig dem wirklichen Willen des Erklärenden entspricht. Denn umgekehrt gilt: Der mit einer Aufklärungsobliegenheit ver-

<sup>85</sup> In diese Richtung *Sternberg-Lieben* (Fn. 52), S. 307 (314 ff., 328 f.); *ders.*, Selbstbestimmtes Sterben: Patientenverfügung und gewillkürte Stellvertretung, in: FS für Lenckner, 1998, S. 349 (356 f.); für einen Überblick zur jüngeren Paternalismus-Diskussion siehe *Damm*, Imperfekte Autonomie und Paternalismus, MedR 2002, 375 ff.; *Feuerstein/Kuhlmann* (Hrsg.), Neopaternalistische Medizin. Der Mythos der Selbstbestimmung im Arzt/Patient-Verhältnis, 1999.

<sup>86</sup> BT-Drucksache 16/8442, S. 14.

<sup>87</sup> BT-Drucksache 16/13314, S. 19; BT-Drucksache 16/8442, S. 14.

bundene Paternalismus wiegt letztlich gering im Verhältnis zu dem damit verbundenen Autonomiegewinn.<sup>88</sup> Es handelt sich bei der Aufklärungsobliegenheit um eine vergleichsweise schwache, „weiche“ Form von Paternalismus<sup>89</sup>: Der Erklärende soll nicht vor vorgegebenen Erklärungsinhalten und auch nicht durch steuernde Verfahrensbeteiligung geschützt werden,<sup>90</sup> sondern lediglich davor, dass die Erklärung im weitesten Sinne uninformiert erfolgt. Wenn man hier überhaupt von Paternalismus sprechen möchte, so ist es eine Form von Paternalismus, die weniger als Gegensatz zur Autonomie, sondern eher als Gewährleistung von Autonomie zu sehen ist.<sup>91</sup> In der Sprache der Verhaltensökonomie handelt es sich um eine *Wahlhilfe* bei der Formung der Entscheidungspräferenzen, nicht um ein Wahlverbot.<sup>92</sup> Nimmt man die im Gesetzgebungsverfahren immer wieder betonte Einsicht hinzu, dass eine ärztliche Aufklärung „im Regelfall“ sinnvoll ist, also zu einer nach individuellen Maßstäben richtigeren Präferenzsetzung führen würde,<sup>93</sup> so steht einem vergleichsweise geringfügigen Eingriff in die Selbstbestimmung ein vergleichsweise großer Nutzen gegenüber.<sup>94</sup> Man könnte sogar noch weiter gehen und die angedachten Formalisierungen als Erweiterung der Handlungsoptio-

<sup>88</sup> In Weiterführung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgebots ließe sich auch von einem Gebot des schonendsten Paternalismus sprechen; zum Folgenden *van Aaken*, Begrenzte Rationalität und Paternalismusgefahr: Das Prinzip des schonendsten Paternalismus, in: Anderheiden/Bürkli et. al. (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 109 ff.

<sup>89</sup> Diese Unterscheidung wird zurückgeführt auf das Brückenbeispiel von *John Stuart Mill*, Über die Freiheit, 1974, S. 132 [im Original: On Liberty, 1859]; zu weiteren Ausprägungen *Enderlein*, Rechtspaternalismus im Vertragsrecht, 1996, S. 15 ff.

<sup>90</sup> In diese Richtung aber *Kotbe*, AcP 185 (1985), 105 (155 f.): Sicherung des Selbstbestimmungsrechts durch Sachkriterien („berechtigtes Interesse“, „objektives Wohl“) oder persönlichkeitsbezogene Mitbestimmungsrechte wie z.B. durch das Erfordernis einer gerichtlichen Genehmigung oder der Beteiligung von Ethik-Kommissionen, Konfliktberatungen u.ä.

<sup>91</sup> Dies ist ein Beispiel dafür, dass mit der Orientierung auf hinreichende Selbstbestimmtheit Autonomie und Paternalismus Einiges von ihrer Gegensätzlichkeit verlieren; näher *Bumke* (Fn. 31), S. 60 bei Fn. 162.

<sup>92</sup> Zu dieser Unterscheidung *van Aaken* (Fn. 88), S. 109 (124 ff.).

<sup>93</sup> Näher zu den Vorzügen kommunikativer, nicht ergebnisorientierter Wahlhilfen *van Aaken* (Fn. 88), S. 109 (138 f.); skeptisch zur Leistungsfähigkeit von Aufklärung und Information im Verhältnis zu Verhaltensge- und verbotenen *Möller*, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 190 ff.

<sup>94</sup> In der Gesamtabwägung sind sowohl die Häufigkeit der Präferenzanomalie als auch die individuellen Kosten (Zeit- und Geldaufwand) für die Inanspruchnahme der Wahlhilfe zu berücksichtigen; zum Problem der Informationskosten eindrücklich *Schön* (Fn. 51), S. 1191 (1206 ff.). Dies kann es nahe legen, die Kosten der ärztlichen Aufklärung in den Rahmen der gesetzlichen Regelleistungen aufzunehmen; in diese Richtung *Beermann*, Die Patientenverfügung, FPR 2010, 252 (254).

nen deuten. Wenn es wahrscheinlich ist, dass nur die wenigsten Patientenverfügungen einmal verbindlich werden – sei es mangels Bestimmtheit, sei es mangels Einschlägigkeit für die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation (§ 1901a Abs. 1 BGB) –, so wiegt der darin liegende unbewusste Verzicht auf wirksame Selbstbestimmung schwerer als die Verpflichtung auf Errichtungsvoraussetzungen, die die Errichtung selbstbestimmter und bestimmter Patientenverfügungen fördern.

In dieselbe Richtung weist das allgemeinere Interesse an der Funktionsfähigkeit von privatrechtlichen Rechtsinstituten.<sup>95</sup> Die Formulierung von Errichtungsvoraussetzungen, die die realen Wirkungschancen von Patientenverfügungen als verbindliche Erklärungen erhöhen, sollte auch aus diesem Grund eher als Freiheitsermöglichung denn als Freiheitsbeschränkung gelesen werden. Dies einer Re-Paternalisierung der Patientenautonomie gleichzusetzen, übersieht daher in mehrerer Hinsicht die Eigentümlichkeiten des anspruchsvollen Regelungsauftrags.

#### V. Ausblick

Die Entscheidung über Art und Inhalt der gesetzlichen Ausgestaltung der Patientenverfügung war keine leichte, und sie ist dem politischen Gesetzgeber auch ersichtlich nicht leicht gefallen. Vielleicht ging es um zu viel zu früh: Die antizipative Patientenautonomie sollte zu einem Zeitpunkt gesetzlich außer Streit gestellt werden, als sie weder dem BGH in Zivilsachen noch dem BGH in Strafsachen selbstverständlich war. Zugleich musste ein Rechtsinstitut ausgeprägt werden, das nicht in den Verdacht geraten sollte, über die Hintertür von Errichtungsvoraussetzungen das eigentliche Regelungsanliegen zurückzunehmen. Kurzfristig mag die grundgesetzliche Orientierung der Rechtsordnung auf die Autonomie den mit § 1901a BGB verbundenen Klarstellungsgewinn höher veranschlagen. Die hierbei auf dem Weg gebliebene Einsicht, dass nicht jeder Formalismus eine Freiheitseinbuße bedeutet, sondern dass umgekehrt Autonomie ihrerseits Voraussetzungen und Bedingungen unterliegt, wird indes langfristig nachzuholen sein. Dem erklärten Anliegen des Gesetzgebers, der Sicherung und Wahrung der Patientenautonomie, wurde ein Bärendienst erwiesen: Vordergründige Autonomiegewinne sind erkauf worden mit bedenklichen Verdrängungen. Die Sorge vor Sterbehilfepaternalismus ist in gesetzlichem Überoptimismus gemündet. Auch im Gesamtbild unserer Zivilrechtsordnung bewirkt § 1901a BGB erstaunliche Verzerrungen. Denn immerhin war es der *informed consent* des Medizinrechts, der heute als

---

<sup>95</sup> Vgl. für die Vertragsfreiheit *Bumke* (Fn. 31), S. 59 ff.

Modell für die ausgreifende Orientierung privatrechtlicher Autonomie von einer Schutzordnung zu einer Informationsordnung genannt wird.<sup>96</sup> Dass dieses Modell nun gerade für die Patientenverfügung weitgehend aufgegeben wurde, muss zu Denken geben.

Es mag sein, dass sich der rechtspolitische Nährboden für den Nutzen gesteigerter Errichtungsanforderungen erst noch entwickeln muss. Aber die weitere Entwicklung erscheint vorgezeichnet: Wenn sich Entscheidungen mehren, in denen Patientenverfügungen lediglich als unverbindliche Willensäußerungen angesehen werden, insbesondere weil sie nicht hinreichend bestimmt sind (§ 1901a Abs. 1 S. 1 BGB) oder weil sie nicht auf die Lebenssituation zutreffen (§ 1901a Abs. 1 S. 1 BGB), wird der Ruf nach dem Gesetzgeber wieder laut werden. Spätestens dann, wenn es zum zweiten Mal darum geht, die Patientenautonomie rechtlich klarzustellen, sollten die inzwischen vielfältig gesammelten Einsichten zu den schwierigen Bedingungen von Autonomie nachvollzogen werden durch Ausprägung spezifischer, autonomiebezogener Erklärungsvoraussetzungen. Gute Gesetzgebung sollte darauf orientiert sein, die Patientenautonomie durch ein Rechtsinstitut auszugestalten, das selbstbestimmte und wirksame Erklärungen ideal ermöglicht. Die in § 1901a BGB Gesetz gewordene Regelung wird diesen Aufgaben voraussichtlich nicht vollständig gerecht.

---

<sup>96</sup> Für Zusammenführungen siehe nur *Schön* (Fn. 51), S. 1191 ff. – Noch weiter generalisiert findet sich dieser Gedanke nun in den Überlegungen zu einem Gemeinsamen Referenzrahmen. Mit Art. II.-3:10 ff. DCFR (vertragliche Informationspflichten), Art. VI-5:101 DCFR (Einwilligung) und insbesondere Art. IV.C.-8:108 DCFR (Behandlungsvertrag) sind *informed consent* und *informed decision* zum übergreifenden Leitbild rechtsgeschäftlichen Handelns im DCFR geworden; zu den inhaltlichen Anforderungen näher *Principles on European Law/von Bar*, Non-contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another, 2009, Chap. VI Art. 1:101 Comments B. 12 (S. 793).

