

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 267

**Akzessorietät des Strafrechts
zu den betreuungsrechtlichen
(Verfahrens-)Regelungen
die Patientenverfügung betreffend
(§§ 1901a ff. BGB)**

Von

Lisa Borrmann



Duncker & Humblot · Berlin

LISA BORRMANN

Akzessorietät des Strafrechts zu den betreuungsrechtlichen
(Verfahrens-)Regelungen die Patientenverfügung betreffend
(§§ 1901a ff. BGB)

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Begründet von Dr. Eberhard Schmidhäuser (†)
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Hamburg

Herausgegeben von

Dr. Dres. h. c. Friedrich-Christian Schroeder
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Regensburg

und

Dr. Andreas Hoyer
ord. Prof. der Rechte an der Universität Kiel

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 267

Akzessorietät des Strafrechts
zu den betreuungsrechtlichen
(Verfahrens-)Regelungen
die Patientenverfügung betreffend
(§§ 1901a ff. BGB)

Von

Lisa Borrmann



Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Professor Dr. Andreas Hoyer, Kiel

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel hat diese Arbeit
im Jahre 2015 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2016 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7271
ISBN 978-3-428-14817-2 (Print)
ISBN 978-3-428-54817-0 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84817-1 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2015 an der Juristischen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität Kiel als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung habe ich bis einschließlich Februar 2015 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Andreas Hoyer, der mir im Sinne der Wissenschaftsfreiheit jede Möglichkeit der Entfaltung gewährte. Gleichzeitig bedeutete sein Lehrstuhl, an dem ich als wissenschaftliche Mitarbeiterin tätig sein durfte, dank des kollegialen Miteinanders für mich sehr viel mehr als nur ein Arbeitsplatz.

Herrn Prof. Dr. Dennis Bock danke ich nicht nur für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Herzlicher Dank gebührt schließlich meiner Familie sowie meinen Freunden, die mich in der Zeit meiner Promotion begleitet und auf ihre jeweils eigene Art unterstützt haben. Hervorheben möchte ich an dieser Stelle meine Eltern, die mir diesen Weg überhaupt erst ermöglicht haben, und meinen Mann Max – ihr Rückhalt hat wesentlich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen.

Kiel, im Oktober 2015

Lisa Borrmann

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	13
B. In Betracht kommende Strafbarkeit im Zusammenhang mit einer Patientenverfügung	16
I. Sterbehilfe	17
1. Tradierte Dogmatik der Sterbehilfe	17
a) Aktive Sterbehilfe	18
b) Passive Sterbehilfe	19
c) Indirekte Sterbehilfe	22
d) Problemfall des tätigen Behandlungsabbruchs	23
2. Rechtfertigung des Behandlungsabbruchs seit BGHSt 55, 191 ff.	26
a) Darstellung der Entscheidung des BGH	27
b) Reaktionen in der Literatur auf BGHSt 55, 191 ff.	30
c) Konsequenzen für die folgende Betrachtung	32
3. Mögliche Straflosigkeit bei Handeln im Zusammenhang mit Patientenverfügungen	33
a) Patientenverfügung als antizipierte Einwilligung?	34
aa) „Klassische“ Einwilligungsformen	35
(1) Tatsächliche Einwilligung	35
(2) Mutmaßliche Einwilligung	36
(3) Hypothetische Einwilligung	38
bb) Überblick über eine mögliche Einordnung der Patientenverfügung	39
(1) § 1901 a Abs. 1 BGB	39
(2) § 1901 a Abs. 2 BGB	44
b) Möglichkeit einer Rechtfertigung durch Einwilligung trotz § 216 StGB?	46
aa) Vorrang des Selbstbestimmungsrechts	49
bb) Teleologische Reduktion des § 216 StGB durch die §§ 1901 a ff. BGB	52
cc) Erweiterung der Einwilligung anhand der §§ 1901 a ff. BGB ...	61
4. Zwischenergebnis	62
II. Körperverletzung	63
1. Ärztlicher Eingriff als tatbestandsmäßige Körperverletzung	63
2. Unterlassen einer ärztlichen Behandlung: vom Behandlungsvertrag abhängige Garantenpflicht	65

III. Nötigung (§ 240 StGB)	68
IV. Unterlassene Hilfeleistung (§ 323 c StGB)	69
V. Konsequenzen für die Beurteilung der Akzessorietät des Strafrechts zu den §§ 1901 a ff. BGB	70
C. Szenarien, in denen der Frage nach der Akzessorietät Relevanz zukommt ..	71
I. Verfahrensrechtliche Vorgaben zur Patientenverfügung	71
1. § 1901 a Abs. 1 S. 1 a. E., 2 BGB – Prüfung durch den Patientenvertreter	72
2. § 1901 b Abs. 1 BGB – dialogischer Prozess zwischen Arzt und Patientenvertreter	75
3. § 1901 b Abs. 2 BGB – Möglichkeit zur Äußerung für Dritte	78
4. § 1904 BGB – Konfliktmodell bezüglich des Erfordernisses einer betreuungsgerichtlichen Entscheidung	79
5. Ergänzung durch Regelungen im FamFG	86
6. Gesamtbewertung: System von „checks and balances“	86
II. Entsprechende denkbare Fallkonstellationen und ihre grundsätzliche strafrechtliche Bewertung	88
1. Szenario 1 – Konsens unter Einhaltung der §§ 1901 a ff. BGB	88
a) In Übereinstimmung mit dem Patientenwillen	88
b) Entgegen dem Patientenwillen	89
aa) Bewusstes Abweichen vom Patientenwillen	89
bb) Unbewusstes Abweichen vom Patientenwillen	89
2. Szenario 2 – Dissens unter Einhaltung der §§ 1901 a ff. BGB	92
3. Szenario 3 – künstlicher Dissens	93
4. Szenario 4 – eigenmächtiges Handeln des Arztes	95
5. Szenario 5 – keine Gelegenheit zur Stellungnahme	97
6. Gesamtbetrachtung der möglichen Konstellationen	99
III. Zwischenergebnis	100
D. Grundsätzliches Verhältnis zwischen Straf- und Zivilrecht	102
I. Einordnung der §§ 1901 a ff. BGB	102
II. Normenhierarchie	103
1. Einheit der Rechtsordnung	104
2. Vorrang nur des Verfassungsrechts	109
a) Selbstbestimmungsrecht	110
b) Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit	111
c) Menschenwürde	113
III. Gedanke der Akzessorietät des Strafrechts zum Zivilrecht	114
1. Geschichtlicher Hintergrund: Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken	114
2. Aktueller Diskussionsstand bezüglich des Verhältnisses zwischen Straf- und Zivilrecht	116

a) Betonung der Autonomie des Strafrechts	116
b) Strafrecht als „sekundäre Normenordnung“	118
c) Bereits existente Abhängigkeit des Strafrechts vom Zivilrecht	120
3. Mögliche Probleme bei einer Zivilrechtsakzessorietät des Strafrechts ..	123
a) Bestimmtheitsgrundsatz	125
b) Analogieverbot	126
c) Rückwirkungsverbot	128
d) Strafrecht als ultima ratio	129
IV. Zwischenergebnis	132
E. Einordnung der Rechtfertigungswirkung der §§ 1901 a ff. BGB	134
I. Auswertung aktueller Entscheidungen des BGH	134
1. BGH v. 25.6.2010 (BGHSt 55, 191 ff.)	134
2. BGH v. 10.11.2010	139
II. Stimmungsbild in der Literatur	142
1. Literaturstimmen für eine Akzessorietät zu den §§ 1901 a ff. BGB	142
2. Literaturstimmen gegen eine Akzessorietät zu den §§ 1901 a ff. BGB ..	145
3. Differenzierende Ansichten	149
III. Legitimationsmöglichkeiten durch §§ 1901 a ff. BGB	152
1. Zivilrechtsakzessorische Rechtfertigung im Hinblick auf prozedurale Vorgaben der §§ 1901 a ff. BGB	153
a) Hintergründe einer Legitimierung durch Einhaltung von Verfahrensvorgaben	154
aa) Grundrechtstheoretischer Hintergrund: Grundrechtsschutz durch Verfahrensschutz	154
bb) Prozeduralisierungstheorien der Rechtssoziologie und -philosophie	157
(1) Prozeduralisierung unter rechtssoziologischer Perspektive ..	157
(2) Prozeduralisierung unter rechtsphilosophischer Perspektive	161
cc) Konsequenz für die folgende Betrachtung	165
b) §§ 1901 a ff. BGB als prozedurale Legitimierung?	166
aa) Funktionsweise einer strafrechtlichen Rechtfertigung kraft Einhaltung der Verfahrensvorgaben	167
(1) Enge vs. weite Auslegung der Prozeduralisierung	167
(2) Straftatsystematische Einordnung der Legitimation durch Verfahren	169
(3) Kennzeichen einer prozeduralen Rechtfertigung	171
(a) Entstehungsbedingungen für eine prozedurale Rechtfertigung nach Hassemer	171
(b) Ex ante-Perspektive	174
(c) Exklusivität der Rechtmäßigkeitsprüfung durch die Beteiligten	176

(d) Rechtstechnische Instrumente einer Prozeduralisierung nach Eicker	178
(e) Erweiterung zu intradisziplinärem Recht	179
(f) Zwischenergebnis	180
bb) Prozeduralisierungsfeindlichkeit des Strafrechts?	180
(1) Strafrecht als Rechtsgüterschutz unter ex post-Sichtweise ..	181
(2) Strafrecht als ultima ratio	183
(3) Anspruch des Strafverfahrens auf materielle Wahrheit	183
cc) Gleichwohl existierende Umsetzungen des Prozeduralisierungsgedankens im Strafrecht	186
(1) §§ 218 a Abs. 1, 219 StGB	187
(2) §§ 3–5, 8 Abs. 3 S. 2 i.V.m. 19, 20 TPG	192
(3) §§ 5–7 KastrG	196
(4) § 96 Nr. 10, 11, § 97 Abs. 2 Nr. 9 i.V.m. § 40 AMG	198
(5) §§ 324, 325 Abs. 1, 327 Abs. 1, 328 Abs. 1 StGB	199
dd) Vergleich zum Grad der Prozeduralisierung im Rahmen der §§ 1901 a ff. BGB	205
ee) Zwischenergebnis	209
c) Ausblick de lege ferenda	210
2. Vergleich zu hypothetischem prozedural betreuungsrechtskonformen Verhalten	213
3. Zivilrechtsakzessorische Rechtfertigung im Hinblick auf prozedurale und materielle Vorgaben der §§ 1901 a ff. BGB	216
a) Wortlaut und Systematik der §§ 1901 a ff. BGB	218
b) Teleologische Auslegung der §§ 1901 a ff. BGB	222
aa) Die dem 3. BtÄndG zu Grunde liegenden Gesetzeszwecke	222
bb) Einzelne Schutzzwecke der §§ 1901 a ff. BGB und deren Einschlägigkeit bei rein prozeduralem Unrecht	223
(1) Rechtssicherheit für die Beteiligten	223
(2) Höheres Maß an Entscheidungsrationalität	224
(3) Stärkung der Patientenautonomie	228
cc) Vergleich mit betroffenen Straftatbeständen	229
(1) Kompatibilität einer Strafbewehrung der §§ 1901 a ff. BGB auch in nur prozeduraler Hinsicht mit der Einordnung des § 216 StGB als abstraktem Gefährdungsdelikt	231
(2) Fehlende Kongruenz mit möglichen Legitimitätsbegründungen abstrakter Gefährdungsdelikte	234
(3) Berücksichtigung des Gesamtzusammenhangs	238
(4) Zwischenergebnis	239
dd) Parallele zu der formalen Schadensbeurteilung der Rechtsprechung beim Abrechnungsbetrug	240
ee) Grad des verwirklichten Unrechts	243

c) Historischer Hintergrund der §§ 1901 a ff. BGB	248
aa) Der Rechtsprechungswandel hinsichtlich der rechtlichen Bewertung eines Behandlungsabbruchs	248
bb) Reformbestrebungen	253
cc) Gesetzentwürfe	255
d) Rückschluss aus dem Volljährigkeitserfordernis in § 1901 a Abs. 1 BGB	258
4. Ergebnis zur strafrechtlichen Legitimation der Umsetzung einer Patientenverfügung bzw. eines -wunsches	260
F. Anwendung und Konkretisierung des Ergebnisses in Bezug auf noch offene Fragestellungen	261
G. Zusammenfassung	264
I. Vereinbarkeit mit § 216 StGB als Vorfrage	265
II. Tragweite des Untersuchungsgegenstands	265
III. Grundsätzliches Verhältnis zwischen den betroffenen Rechtsgebieten	266
1. Normenhierarchische Vorgaben	266
2. Spezifika zivilrechtsakzessorischen Strafrechts	267
IV. Keine betreuungsrechtliche prozedurale Rechtfertigung	267
1. Hintergründe einer Legitimierung durch Verfahren	267
2. Prozedurale Rechtfertigung im Strafrecht	269
V. Keine Legitimation durch Überstimmung mit hypothetischem prozedural betreuungsrechtskonformen Verhalten	269
VI. Keine gemischt materiell-prozedurale Rechtfertigung	270
Literaturverzeichnis	273
Internetadressen	314
Sachwortverzeichnis	315

A. Einleitung

Im Bereich der medizinischen Versorgung am Lebensende hat sich in den letzten Jahren rechtsgebietsübergreifend ein Wandel zu mehr Selbstbestimmung des Patienten über den eigenen Körper und damit auch über sein Lebensende abgezeichnet. Die zunehmende Betonung des Selbstbestimmungsrechts¹, welches die medizinische Versorgung dem „Primat des Patientenwillens“² unterwirft, stellt dabei die Grundvoraussetzung auf Ebene der Grundrechte dar. Diese Entwicklung mag auch durch die vielerorts herangezogene zunehmende Alterung der Gesellschaft³ und die damit einhergehende Tendenz zur „Enttabuisierung“ der Sterbephase bedingt sein.⁴ Die daraus im Zivilrecht gezogene Konsequenz stellt das 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetz (3. BtÄndG) dar, welches die nähere Ausgestaltung des Rechtsinstituts der Patientenverfügung enthält, weshalb das Gesetz auch Patientenverfügungsgesetz (PatVG) genannt wird. Vor dieser gesetzlichen Regelung herrschte große Unsicherheit über die – auch Patiententestamente genannten – Verfügungen eines Patienten, in denen „ein einwilligungsfähiger Volljähriger für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit schriftlich festgelegt [hat], ob er in bestimmte, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen seines Gesundheitszustands, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe einwilligt oder sie untersagt“, vgl. § 1901a Abs. 1 S. 1 BGB der am 1.9.2009 in Kraft getretenen Neuregelung. Insofern hat das Gesetz grundsätzlich Rechtssicherheit und -klarheit geschaffen,⁵ insbesondere wurde die Frage der zivilrechtlichen Verbindlichkeit einer Patientenverfügung positiv beantwortet, vgl. § 1901a Abs. 1 S. 2 BGB.

Die Neuregelung der §§ 1901a ff. BGB wiederum diente dem 2. Strafsenat des BGH zu einer Rechtsprechungsänderung im Bereich des Behandlungsabbruchs. Bis dahin war es auch von der Rechtsprechung als Unterlassen durch Tun gewertet worden, wenn eine zur Lebenserhaltung eingesetzte Maschine, beispielsweise ein Respirator oder eine PEG-Sonde, abgeschaltet wurde. In seiner neuen Entscheidung vom 25.6.2010 – 2 StR 454/09 gab der BGH diese normative Korrektur auf Ebene des Tatbestands auf und verlagerte die Legitimierung auf die

¹ *Coeppicus* FPR 2007, 63.

² *Stoffers*, S. 540.

³ Dazu und zu den „Bedingungen des Sterbens im 21. Jahrhundert“ vgl. *Müller-Busch* in v. Honnefelder/Sturma (Hrsg.), *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik* 2010, S. 193 (196 ff.).

⁴ MK-StGB²/Ha. *Schneider* Vorbemerkung zu den §§ 211 ff. Rn. 94.

⁵ *Coeppicus* NJW 2011, 2085.

Rechtswidrigkeitsebene: So sei der Behandlungsabbruch durch den auf diesen gerichteten Patientenwillen trotz § 216 StGB unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt. Bei dieser neuen Einordnung bezog sich der erkennende Senat ausdrücklich auf die neuen zivilrechtlichen Regelungen über die Patientenverfügung und nutzte damit die erstmalige Gelegenheit seit Inkrafttreten der §§ 1901a ff. BGB, die neue betreuungsrechtliche Regelung auf einen strafrechtlichen Fall zu übertragen⁶ – durch die zivilrechtliche Neuregelung war er nicht an frühere Entscheidungen gebunden, d. h. er konnte ohne Einberufung des Großen Senats (vgl. § 132 GVG) von der alten Rechtsprechung abweichen.⁷

Nimmt man solch eine grundsätzliche Übertragbarkeit der zivilrechtlichen Regelungen der §§ 1901a ff. BGB auf die strafrechtliche Bewertung eines Handelns entsprechend einer Patientenverfügung an, stellt sich aber die Frage nach der Reichweite dieser Übertragung: Ist die zivilrechtliche Neuregelung lediglich argumentativ für die strafrechtliche Legitimation der mit der Umsetzung einer Patientenverfügung einhergehenden Rechtsgutsbeeinträchtigungen heranzuziehen, indem nur deren grundsätzliche Wertung für die Zulässigkeit eines entsprechenden Verhaltens übertragen wird, oder hat die strafrechtliche Bewertung streng akzessorisch zu den betreuungsrechtlichen Regelungen der Patientenverfügung, insbesondere zu den gestellten Anforderungen an den Ablauf der Entscheidungsfindung zwischen Patientenvertreter (Betreuer bzw. durch Betreuungsvollmacht Bevollmächtigtem) und Arzt bzw. Betreuungsgericht unter Beteiligung von Angehörigen, zu erfolgen, sodass eine Legitimation nur bei Einhaltung sämtlicher zivilrechtlicher (Verfahrens-)Vorgaben in Betracht käme? Die Beantwortung dieser Frage ist Gegenstand der vorliegenden Arbeit.

Dabei ist das Augenmerk zunächst auf die in Betracht kommende Strafbarkeit der Beteiligten – Arzt, Betreuer, Bevollmächtigter, Betreuungsrichter und Angehörige – zu richten. Nach einer genaueren Auseinandersetzung mit den verfahrensrechtlichen Vorgaben der §§ 1901a ff. BGB sind anschließend die problematischen Fallgruppen herauszuarbeiten. Dabei gilt es zu untersuchen, in welchen möglichen Szenarien es für die strafrechtliche Beurteilung überhaupt auf eine strenge Akzessorietät zu den zivilrechtlichen Verfahrensvorgaben ankommen kann.

Schließlich soll im Hauptteil der Arbeit untersucht werden, ob es *de lege lata* allein wegen eines verfahrensrechtlichen Verstoßes gegen die §§ 1901a ff. BGB zu einer Strafbarkeit kommt. Dabei ist insbesondere die Rechtfertigungswirkung einer Patientenverfügung genauer zu untersuchen – in diesem Rahmen hat eine Einordnung in das System der „klassischen“ Einwilligungformen zu erfolgen.

⁶ So auch *Eidam* GA 2011, 232 (236).

⁷ Darauf hinweisend auch *Eidam* GA 2011, 232 (239); *Hirsch* JR 2011, 37 (39); ebenfalls mit Hinweis auf die fehlende Bindung durch vorige Gerichtsentscheidungen *Bosch* JA 2010, 908 (910).

Als Grundlage für diese Betrachtung ist zuvor aber noch eine Auseinandersetzung mit dem grundsätzlichen Verhältnis von Straf- und Zivilrecht erforderlich.

Das Bedürfnis nach Klärung der hier behandelten Frage bezüglich der „Folgen eines Verstoßes gegen das nunmehr vom Gesetz vorgeschriebene Verfahren bei der Umsetzung des in einer Patientenverfügung oder in einem Behandlungswunsch geäußerten Willens“ formulierte *A. Albrecht* ganz treffend:

„Es bleibt der Wissenschaft und der Rechtsprechung überlassen, hier für die dringend erforderliche systematische Klarheit zu sorgen.“⁸

Dazu einen kleinen Beitrag zu leisten, ist Ziel der vorliegenden Arbeit.

⁸ *A. Albrecht* DNotZ 2011, 40 (42).