

Aktuelle Entwicklungen des deutschen und europäischen Gesundheits- und Medizinrechts

Eike Sven Fischer*

Abstract

In modern states the patient's autonomy is getting more and more important. But progress, scarcity and the wish of individual medicine are close together and condition itself. The medicine - and biolaw can't escape of his function to make patient's wishes come true and to find answers for any problems which result from technical - scientific discovery at the same time.

This function is already the main task for law. Fulfilling this job, law has to work between the rules of the general public, public affairs and individual freedom and can't leave anything of it out of account. On the one hand it needs a lot of sensitivity; on the other hand it has to regulate extremely exactly with every word. Every small decision touches the thematic areas of possibility, financeability and ethics. The results of the "trial and error" - methods other countries

Received November 21, 2012/ Revised December 1, 2012/ Accepted December 15, 2012

* Der Autor ist Rechtsassessor und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht, Prof. Dr. Gunnar Duttge, Göttingen, Germany. Der Beitrag basiert auf einem Vortrag sowie Aufenthalt des Autors an der Ewha Womans University, Seoul, Korea. Besonderer Dank gilt hierfür Prof. Dr. Young-Min Chang und Dr. Misuk Son, LL.M. für die umfangreiche und stets umsorgende Betreuung. Ebenfalls danke ich Prof. Dr. Gunnar Duttge für die Korrektur und die vielen Hinweise zum Manuskript dieses Beitrages.

performed could be used as a clue and an assistance in solving own problems or to avoid the mistakes in thinking and performing like other states did.

Keywords

Law history, Priority, Embryo, Patient's Contract, Research, Medicine- and Biolaw

I. Einleitung

Das Medizin- und Gesundheitsrecht entwickelt sich in Deutschland wie auch in ganz Europa mit rasanter Geschwindigkeit kontinuierlich weiter. Der medizinische Fortschritt und eine alternde aber gleichzeitig nach mehr Selbstbestimmung verlangende Gesellschaft¹ stellen immer neue Aufgaben an Gesellschaft, Politik, Justiz und Ärzte, die diese nicht immer widerspruchsfrei lösen können.

Die Geschichte des Medizinrechts als eigene Disziplin geht bis ins vorletzte Jahrhundert zurück. Sie war stets geprägt von der Verknüpfung zwischen neuen medizinischen oder biologischen Erkenntnissen und dem Bedürfnis nach gesetzlicher Regulierung. Die Etablierung eines (damals noch nicht so bezeichneten) "Medizinrechts" begann etwa um 1870 mit den ersten Betrachtungen von ärztlichen Kunstfehlern² und setzte sich fort mit Abhandlungen über das Verhältnis zwischen ärztlichem Eingriff

1. Zum Arzt als "therapeutischem Partner" vgl. *Peintinger*, *Therapeutischer Partnerschaft*, Wien 2003.

2. *Virchow*, *Kunstfehler der Ärzte*, Aktenstücke des Reichtags des Norddeutschen Bundes, Anlage 2 zu Nr. 3, Berlin 1870, S. 12-15.

und Körperverletzung³ sowie der medizinischen Forschung im Strafrecht.⁴ Später sind die Probleme der Abtreibung,⁵ die Wandlung des Todesbegriffes⁶ sowie Fragen der Todeszeitbestimmung⁷ hinzugekommen. Erweitert wurde der Anwendungsbereich durch Fragen zu Experimenten am Menschen,⁸ Regelungen des Arzneimittelrechts, dem Aufkommen von Ethikkommissionen⁹ sowie der Fortpflanzungs- und Humangenetik.¹⁰

In juristischer Hinsicht ermöglicht und erfordert das Medizin- und Gesundheitsrecht oft eine Auseinandersetzung mit nahezu allen Rechtsbereichen. Der Zivilrechtler muss sich mit dem ärztlichen Behandlungsvertrag und dessen möglichen Schadensfolgen auseinandersetzen, wozu neben Kenntnissen im Vertragsrecht auch solche

-
3. *Stooss*, Operativer Eingriff und Körperverletzung, Zeitschrift für Schweizer Strafrecht 6 (1983), S. 53 ff. m. w. N.
 4. *von Bar*, Medizinische Forschung und Strafrecht, Festgabe der Göttinger-Juristen-Fakultät für Ferdinand Regelsberger, Leipzig 1901, S. 229-251.
 5. *Radbruch/Grotjahn*, Die Abtreibung der Leibesfrucht vom Standpunkt des Strafrechtes, Berlin 1921, S. 23-32.
 6. *Geilen*, Das Leben des Menschen in den Grenzen des Rechts, FamRZ 1968, S. 121-130.
 7. *Hanack*, Todeszeitbestimmung, Reanimation und Organtransplantation, Deutsches Ärzteblatt 1969, S. 1320-1331.
 8. *Deutsch*, Das internationale Recht der experimentellen Humanmedizin, NJW 1978, S. 570-575.
 9. Hierzu umfassend *Deutsch*, Das neue Bild der Ethikkommission MedR 2006, S. 411-416; *ders.* Entstehung und Funktion der Ethikkommissionen in Europa MedR 2008 S. 650-654; *Lippert*, Ethikkommissionen: wie sie wurden was sie sind - Die Entwicklung der Ethikkommissionen in Deutschland am Beispiel der Ethikkommission der Universität Ulm, MedR 2008 S. 654-656; *Kern*, Standortbestimmung: Ethikkommissionen - auf welchen Gebieten werden sie tätig? MedR 2008 S. 631-636.
 10. *Kaufmann*, Der entfesselte Prometheus - Fragen der Humangenetik und der Fortpflanzungstechnologien aus rechtlicher Sicht, in: *Flöhl* (Hrsg.), Genforschung - Fluch oder Segen? München 1985, S. 259-277. Zu sämtlichen Texten auch *Eser*, Recht und Medizin, Darmstadt 1990.

des Familienrechts gehören. Gleichzeitig muss er durch die Implementierung bestimmter Vertragskonstruktionen sicherstellen, dass der Patientenwille vom Arzt ausreichend zur Kenntnis genommen und beachtet wird. Der Strafrechtler ist damit beschäftigt, gleichsam als Wächter eines "ethischen Minimums"¹¹ mit dem Instrumentarium des Strafrechts Grenzen festzulegen und gesetzlich festgelegte Grenzen zu überwachen.¹² Ebenfalls tangiert wird das Öffentliche Recht, sei es durch Rechtssetzung oder sei es durch organisatorische Einwirkung und Verwaltung. So ist das Deutsche Gesundheitssystem, ebenso wie das koreanische, staatlich organisiert. Angefangen bei den Krankenkassen (vergleichbar mit der NHI) über die meisten Krankenhäuser bis zur Selbstorganisation der Körperschaften bzw. Ärztekammern findet sich der Medizin- und Gesundheitsmarkt für die gesetzlich Versicherten nahezu vollständig im Bereich des Öffentlichen Rechts wieder.¹³

Die Aufgabe des Rechts war es dabei realiter immer, den zum jeweiligen Zeitpunkt neu aufkommenden Fortschritt in den juristischen Kontext einzubetten, d.h. ihn juristisch abzusichern und zu regulieren, ggf. aber auch zur Abwehr von Gefahren und Missbrauch zu beschränken. An dieser Funktion hat sich bis heute wenig geändert. Erschwerend kommt hinzu, dass in den darin behandelten Rechtsgebieten stets Fragen

11. BVerfGE 39, 1, 46; 45, 187, 253; *Jeschek/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Aufl. Berlin 1996, § 1 III 1; *B. Heinrich*, Strafrecht AT, 3. Aufl. Stuttgart 2012, zurückgehend auf *Jellinek*, Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 2. Aufl. Berlin 1908, S. 45.

12. Jeglicher strafrechtlicher Freiraum, den der mit einem immensen finanziellen Volumen ausgestattete Gesundheitsmarkt erlaubt, kann potenziell in krimineller Hinsicht genutzt werden, was u.a. in Deutschland zur Bildung von Schwerpunktstaatsanwaltschaften geführt hat; vgl. *Badle*, Wie viel Strafrecht braucht der deutsche Gesundheitsmarkt, in: *Duttge* (Hrsg.), Tatort Gesundheitsmarkt, Göttingen 2011, 30 ff.

13. Zur Bedeutung des Öffentlichen Rechts für das Medizinrecht *Höfling*, Medizinrecht als Öffentliches Recht?, ZÖR 2010, S. 653 ff.

diskutiert werden, die den Kernbereich der menschlichen Lebensführung ebenso betreffen wie Angelegenheiten der Allgemeinheit. Exemplarisch ist die Regulation der Humangenetik.¹⁴ Dort ergeben sich mannigfaltige neue Probleme, die zwar detailgebunden erscheinen, aber dennoch oft Fragen beinhalten, deren Beantwortung nicht rein juristisch erfolgen kann, sondern in der Ethik, Religion und Weltanschauung gleichermaßen Berücksichtigung finden müssen.

Der vorliegende Beitrag versucht, die aktuellen Probleme und Diskussionsstände von einigen ausgewählten Themen zu skizzieren, welche im Rahmen des Forschungsaufenthaltes des Autors auf besonders großes Interesse gestoßen sind. Der Bereich der Rationalisierung, mit besonderem Augenmerk auf der Priorisierung, ist dabei interessant, weil er ein Problem beschreibt, welches jeder europäische Staat mit unterschiedlichen Ideen zu lösen versucht. Der Embryonenschutz und dabei insbesondere die Pränataldiagnostik (PDA) ist wiederum ein gutes Beispiel für das Zusammenspiel zwischen medizinischer Ermöglichung, ethischem Diskurs und Fallstricken der Gesetzgebung. Exemplarisch für ein neueres, moderneres Verständnis des Verhältnisses zwischen Arzt und Patient soll dann zuletzt ein kurzer Abriss über die Patientenverfügungen erfolgen.

Natürlich kann der Beitrag bei der Fülle der aus unterschiedlichen Denkrichtungen stammenden Themengebiete jeweils keine vollständige wissenschaftliche Tiefe erreichen, da dies den vorgegebenen Rahmen sprengen würde. Dennoch will er eine Struktur vermitteln, die neue Sichtweisen auf vorhandene Probleme wirft und den Blick verschärft, welche positiven und negativen Aspekte bei einer rechtlichen Regulierung zu beachten wären.

14. *Duttge/Engel/Zoll* (Hrsg.), *Genetische Individualität im Recht*, Göttinger Schriften zum Medizinrecht, Göttingen 2012.

II. Rationalisierung, insbesondere Priorisierung

1. Einleitung und Begriff

Ein oben bereits angedeutetes Kernproblem des Gesundheitssystems ist die generelle Knappheit der Mittel, hauptsächlich des Geldes. In Deutschland haben sich in den letzten 15 Jahren die Ausgaben für Gesundheitsleistungen von 186,3 Milliarden Euro auf 287 Milliarden Euro im Jahre 2010 erhöht.¹⁵ Schon heute herrscht in der Wissenschaft Einigkeit darüber, dass die Medizin “mehr leisten kann, als die Krankenversicherten zahlen können.”¹⁶ Auch in anderen Ländern wie den USA, Frankreich und den Niederlanden machen Gesundheitskosten konstant zwischen 11 und 17% des Bruttoinlandsprodukts aus.¹⁷ Die Hauptursache hierfür liegt in der steigenden Disproportionalität zwischen Einnahmen und Ausgaben. Diese wiederum gründet im Wesentlichen auf der Kombination von medizinischem Fortschritt und der alternden Bevölkerung. Beide Probleme, sowohl die alternde Gesellschaft¹⁸ als auch die steigenden Behandlungskosten, sind in Korea gleichsam präsent und verlangen nach einer Lösung. Als erfolgversprechendste Lösung wird länderübergreifend versucht, eine Umverteilung durchzuführen. Im europäischen Raum hat sich, beginnend in Norwegen in den 1990er

15. <http://www.aerzteblatt.de/nachrichten/49756>; Oberender/Schwegel, in: Diederich/Koch/Kray/Sibbel (Hrsg.), *Priorisierte Medizin*, Wiesbaden 2011, S. 137.

16. Beske, in: IGSF, *Nur Priorisierung kann Probleme der gesetzlichen Krankenversicherung lösen*, RDG 2010, S. 109.

17. Oduncu, *Verteilungsgerechtigkeit, Rationierung und Priorisierung - das Gesundheitswesen im Spannungsfeld zwischen Medizin, Ökonomie, Ethik und Recht*, *Medizinrecht* 2012, S. 359-367.

18. *Statistical Year Book: National Health Insurance Cooperation*, *Statistical Year Book*, Korea 2008.

Jahren, hierfür der Begriff der Priorisierung etabliert.¹⁹ Die Zentrale Ethikkommission in Deutschland sieht in einer Priorisierung die Vorrangigkeit bestimmter Indikationen, Patientengruppen oder Verfahren vor anderen,²⁰ andere definieren damit die Erstellung einer Rangfolge von Leistungsberechtigten.²¹

2. Die gesetzlichen Rahmenbedingungen

Zunächst muss verdeutlicht werden, innerhalb von welchen rechtlichen Rahmenbedingungen eine Priorisierung erfolgen könnte. In Deutschland besteht ein Schutz des Sozialversicherten aus Artikel 2 Abs. 2 Grundgesetz, § 4 Sozialgesetzbuch (SGB) I und § 70 SGB V. Aus diesen Regelungen resultiert nach der Formulierung des Bundesverfassungsgerichtes als Ausprägung der sozialen Gerechtigkeit das Gebot, jedem Menschen eine medizinische Versorgung zukommen zu lassen.²² Zum Umfang der Behandlungspflicht führt das Bundesverfassungsgericht aus, dass grundsätzlich jede Behandlung zu erbringen sei, welche "eine nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf Heilung oder eine spürbare positive

19. *Busse/Hoffmann*, Priorisierung in anderen Gesundheitssystemen, Bundesgesundheitsblatt 2010, S. 882-889; *Diederich*, in: *dies./Koch/Kray/Sibbel* (Hrsg.), *Priorisierte Medizin*, Wiesbaden 2011, S. 15.

20. Zentrale Ethikkommission, *Prioritäten in der medizinischen Versorgung im System der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV): Müssen und können wir das entscheiden?*, Deutsches Ärzteblatt 2000, S. A 1017 ff.

21. *Welti*, *Allokation, Rationierung, Priorisierung: Rechtliche Grundlagen*, MedR 2010 28: 379, 381.

22. BVerfGE 82, 60 ff.; zuletzt NJW 2010, S. 535 ff.; umfassend *Schulz-Nieswandt*, *Gerechtigkeit und Gesundheitsweisen im Kontext einer allgemeinen Theorie der Sozialpolitik*, in: *Brandenburg/Kohlen* (Hrsg.), *Gerechtigkeit und Solidarität im Gesundheitswesen*, Stuttgart 2012; *Eichhorn*, *Gerechte Rationierung durch Einführung einer Prioritätensetzung im deutschen Gesundheitswesen*, Diss. Hamburg 2011, S. 74 ff.

Einwirkung auf den Krankheitsverlauf hat.“²³

Der Arzt muss demnach grundsätzlich die ihm zustehenden Behandlungsmöglichkeiten ausschöpfen, die ihm zur Verfügung stehen, so genannte Behandlungspflicht, vgl. 95 Abs. III S. 1 SGB V. Verstößt er gegen diese Pflicht, hat dies sowohl zivilrechtliche²⁴ als auch strafrechtliche Konsequenzen, insbesondere wegen unterlassener Hilfeleistung oder Körperverletzung und ggf. Totschlags durch Unterlassen²⁵ oder setzt sich, sofern die Grenze der strafrechtlichen Sanktion noch nicht erreicht ist, zumindest aber berufsinternen Sanktionsfolgen bzw. Disziplinarmaßnahmen aus (Erlaubnisentzug 85 V SGB V, 95 VI SGB V).²⁶

3. Möglichkeiten der Leistungsbegrenzung durch Priorisierung in Deutschland

Geht es aber nun generell um die Frage, aus Kostengründen einigen Personen zugunsten anderer bestimmte Leistungen nicht oder nicht mehr in vollem Umfang zur Verfügung zu stellen, müssen zwei Ebenen getrennt voneinander betrachtet werden.

Die erste Ebene betrifft die Frage, ob eine Priorisierung als solche

23. BVerfG BVerfG, 1 BvR 347/98 vom 6.12.2005.

24. BGHZ 144, 296, 305; *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, 6. Aufl. 2009, Kap IV Rn. 17.

25. *Ulsenheimer*, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 4. Aufl. 2008 Rn. 18; insgesamt zum ganzen *Bohmeier/Schmitz-Luhn/Streng*, *Ökonomisch motivierte Behandlungsverweigerung in der GKV - Divergenzen zwischen Sozial-, Zivil- und Strafrecht*, *MedR* 2001, S. 704, 710 ff.

26. *Lenckner*, in: *Forster* (Hrsg), *Praxis der Rechtsmedizin*, 1986, S. 570, 573, gleiches gilt für die heimliche suboptimale Behandlung, *Bohmeier/Schmitz-Luhn/Streng*, *Ökonomisch motivierte Behandlungsverweigerung in der GKV - Divergenzen zwischen Sozial-, Zivil- und Strafrecht*, *MedR* 2001, S. 710 ff.

überhaupt legitim ist. Die Literatur nimmt vereinzelt an, dass der Priorisierungsgedanke mit dem geltenden Recht vereinbar ist.²⁷ Zwar muss der Arzt den Patienten bei Bedarf über ökonomische Aspekte einer Behandlung aufklären,²⁸ dennoch besteht kein Grund, eine Priorisierung per se als illegal oder gar illegitim anzusehen. Auch sind dem deutschen Sozialrecht einige Gedanken der Priorisierung nicht unbekannt, etwa im Rahmen der Kosten-Nutzen-Bewertung von Arzneimitteln oder bei Organtransplantationen (§§ 34 Abs., 1; 35b SGB V oder 3 I TPG).

Als problematisch zeigt sich aber die zweite Ebene. Hier geht es in der Praxis darum, dass Kriterien und Faktoren für eine Priorisierung in Form einer “Priorisierungsliste” kreiert und systematisiert werden müssen. Hierin liegt länderübergreifend in ganz Europa aber der eigentliche Streitpunkt.

In Deutschland werden mehrere Ideen für ein Verfahren vertreten. Die Zentrale Ethikkommission versucht die Bestimmung und Ordnung der Priorisierungskriterien über die medizinische Bedürftigkeit,²⁹ den nachgewiesenen Nutzen und die Zweckmäßigkeit sowie den Nutzen-Kosten-Effekt.³⁰ Von anderen Seiten werden vereinzelt etwa ein

27. Katzenmeier, Offen, demokratisch und rechtsstaatlich - rechtliche Vorgaben einer Priorisierung, *Forschung und Lehre* 2011, S. 590.

28. Schelling, Die Pflicht des Arztes zur wirtschaftlichen Aufklärung im Lichte zunehmender ökonomischer Zwänge im Gesundheitswesen, *MedR* 2004, S. 422 ff.; zur Aufklärung über eine “Versorgungssillusion” vgl. Kliemt, in: Diederich/Koch/Kray/Sibbel (Hrsg.), *Priorisierte Medizin*, Wiesbaden 2011, S. 100.

29. Duttge, Rationierung im Gesundheitswesen: Auf der Suche nach der Verteilungsgerechtigkeit, in: ders./Dochow/Waschkewitz/Weber (Hrsg.), *Recht am Krankenbett - Zur Kommerzialisierung des Gesundheitssystems*, Göttinger Schriften zum Medizinrecht, Göttingen 2009, S. 139 ff. m. w. N.

30. Diederich, in: dies./Koch/Kray/Sibbel (Hrsg.), *Priorisierte Medizin*, Wiesbaden 2011, 20; Ess, Zum Konzept der Kosteneffektivität, in: Zimmermann-Acklin/Halter (Hrsg.), *Rationierung und Gerechtigkeit im Gesundheitswesen*, Basel 2007, S. 205 ff.

Losverfahren³¹ oder eine Wartezeitregelung³² vorgeschlagen. Im Grunde zeigt aber jedes einzelne Kriterium Schwächen, schon allein, weil Begriffe wie die “medizinische Bedürftigkeit” zu ungenau sind und keine weiteren Erkenntnisse liefern.

Aber auch “harte” Kriterien wie beispielsweise das Alter oder die Mitverantwortlichkeit können keine allgemeingültigen Aussagen treffen. Nimmt man das chronologische Alter als Priorisierungskriterium an, so ist eine medizinische Leistung bei einem 20jährigen vorrangiger zu erbringen sein als bei einem 90jährigen. Als Vorteil für dieses Kriterium werden beispielsweise die Unbeeinflussbarkeit des Alters und damit die fehlende Manipulationsanfälligkeit aufgeführt.³³ Dennoch scheint das Kriterium, abgesehen von der verfassungsrechtlichen Problematik der Altersdiskriminierung,³⁴ praxisfern. Zum einen kann die Altersdifferenz zwischen zwei Patienten auch nur wenige Jahre oder Monate betragen, was eine strikte Differenzierung schwierig macht. Schließlich ist die individuelle Lebenserwartung bei geringen Altersunterschieden nur schwer vorauszusehen. Auch ist nicht mehr plausibel zu erklären, warum man beispielsweise einen 30jährigen Alkoholiker bei der Nierentransplantation einem 40jährigen genetisch bedingt Nierenkranken

31. *Taupitz*, Rechtliche Möglichkeit der Beschränkung diagnostischen und therapeutischen Aufwandes, insbesondere aus verfassungsrechtlicher und therapeutischer Sicht, in: *Dietrich/Imhoff/Kliem* (Hrsg.), Standardisierung in der Medizin, 2004, S. 262, 280.

32. *Giesen*, Ethische und rechtliche Probleme am Ende des Lebens, JZ 1990, S. 929, 940.

33. *Breyer/Schultheiss*, International Journal of Healthcare, Finance and Economics 2003, 247, 255; *Katzenmeier*, Offen, demokratisch und rechtsstaatlich - rechtliche Vorgaben einer Priorisierung, Forschung und Lehre 2011, S. 590; *Strebel*, Die Endlichkeit des Lebens als Rationalisierungskriterium, in: *Zimmermann-Acklin/Halter* (Hrsg.), Rationierung und Gerechtigkeit im Gesundheitswesen, Basel 2007, S. 205 ff.

34. Umfassend *Eichhorn*, Gerechte Rationierung durch Einführung einer Prioritätensetzung im deutschen Gesundheitswesen, Diss. Hamburg 2011, S. 166.

vorziehen muss. Aus diesen und anderen Gründen ist die Wissenschaft bei der Rechtfertigung dieses Kriteriums gespalten.³⁵

Auch das Kriterium der Eigenverantwortlichkeit, also der Frage, wie viel der Patient selbstverschuldet für die Entstehung seiner Krankheit beigetragen hat, ist nicht praxistauglich. Zum einen ist die Ursache einer Erkrankung oftmals medizinisch nicht gesichert, zum anderen ist nicht deutlich, ob sich der Patient für dieses (schädigende) Verhalten explizit entschieden hat.³⁶ Angeknüpft an das obere Beispiel wäre in der Praxis zum Beispiel gar nicht mehr nachprüfbar, welcher Patient einen stärkeren Alkoholmissbrauch hatte oder, ganz allgemein, welcher Patient sich wie intensiv um seine Gesundheit gekümmert hat. Darüber hinaus findet dieses Verfahren keine Antwort darauf, wie mit Schäden umzugehen ist, die auf grober Eigenverletzung beruhen. So dürfte die medizinische Behandlung von Patienten, die sich generell gewissen Gefahren aussetzen und dadurch behandlungsbedürftig werden (beispielsweise Skifahrer oder Fußballspieler), hinter der Behandlung anderer Personen zurückstehen, was so nicht gewollt sein kann.

35. Ablehnend *Reiter-Theil / Albisser Schlege*, *Alter Patient - (k)ein Grund zur Sorge*, *Notfall Rettungsmedizin* 2007, 189, 195; *Boehm Williams, A.* (1997), *Intergenerational equity: an exploration of the "Fair Innings" argument*, in: *Health Economics* 6 (2), 117-132; *Zweibel, N. R. / Cassel, C. K. / Karrison, T.* (1993), *Public attitudes about the use of chronological age as a criterion for allocating health care resources*. In: *The Gerontologist* 33 (1), 74-80; *Böhm, K. / Cordes, M. / Afentakis, A. / Müller, M. / Nöthen, M.* (2006), *Gesundheit - Ausgaben, Krankheitskosten und Personal 2004*. Wiesbaden, Statistisches Bundesamt; bejahend *Huster*, *Altersrationierung im Gesundheitswesen: (Un-)Zulässigkeit und Ausgestaltung*, *Medizinrecht* 2010, S. 369-372; unentschieden *Wiese / Schepp / Bergmann / Hinz / Graf / Lassen*, *Altersrationierung - Mittel zur Ressourcenverteilung im Gesundheitswesen*, *Anaesthesist* 2012, S. 354, 361.

36. *Eichhorn*, *Gerechte Rationierung durch Einführung einer Prioritätensetzung im deutschen Gesundheitswesen*, Diss. Hamburg 2011, S. 174.

4. Erfahrungen aus anderen Ländern

Andere Länder verfolgen andere Konzepte zur Erarbeitung sachgerechter Kriterien. In Norwegen, einem der Länder welches die Priorisierung mit als erste empirisch erforscht haben, wurden die Kriterien anhand der Schwere der Erkrankung durchgeführt. Je schwerer eine Erkrankung ist, desto vorrangiger soll auch die Behandlung sein. Darauf basierende Studien haben jedoch gezeigt, dass dieses Kriterium nicht zur Minimierung der Kosten geführt hat, sondern vielmehr dazu, dass die Ärzte die ihrerseits diagnostizierten Erkrankungen auf dem Papier bzw. in der Krankenakte künstlich verschlimmert haben.³⁷ Dadurch konnten die Ärzte den ihnen persönlich bekannten Patienten mehr Leistungen zukommen lassen und haben, freilich nicht ganz ohne Eigennutz, die von ihnen angebotenen Leistungen ökonomisiert. Den tatsächlichen Übergang zu einer Priorisierungsliste hat man in Norwegen aus diesen Gründen bisher nicht geschafft.³⁸

Andere Länder haben einen Priorisierungsversuch durch Erarbeitung konkreter (umfangreicher) Listen in Angriff genommen, etwa die USA im “Oregon Experiment”, die Niederlande und Schweden.³⁹ Diese sog. “Listenlösung” weist die immanente Schwäche auf, dass

37. *Holm*, Goodbye to simple solutions - the second phase of priority setting in healthcare, *BMJ* 317, 1000-1002; *Kliemt*, in: *Diederich/Koch/Kray/Sibbel* (Hrsg.), *Priorisierte Medizin*, Wiesbaden 2011, 104; z.B. hat Dänemark aus diesen Gründen die Arbeit an einer Priorisierungsliste noch nicht aufgenommen, vgl. *Strandberg-Larsen/Nielsen/Vallgarda*,: health system review. Health system Transition 2007, Denmark S. 1-164.

38. *Busse/Hoffmann*, Priorisierung in anderen Gesundheitssystemen, *Bundesgesundheitsblatt* 2010, S. 884.

39. *Sommer*, *Muddling Through Elegantly: Rationierung im Gesundheitswesen*, Basel 2001, S. 90; *Syrett*, *Law, Legitimacy and the Rationing of Health Care*, Cambridge 2007, S. 45 ff.

konkrete Listen stets einer Abwägung und Beurteilung danach bedürfen, in welches Cluster man eine entsprechende Krankheit beziehungsweise Diagnose einordnen will. Zwangsläufig muss man also anhand der Erkrankung selbst bestimmen, warum man eine bestimmte vorrangiger behandeln will als eine andere. Dies ist aber mit einer fairen und nachvollziehbaren Begründung kaum möglich. So kann man zwar pauschal sagen, dass ein Schlaganfall vorrangiger zu behandeln ist als ein Diabetes mellitus. Dennoch ist damit nichts über die Kosten für das Gesundheitssystem gesagt. Ein nicht behandelter Diabetes mellitus z.B. kann im Laufe eines Menschenlebens sehr viel höhere Kosten verursachen als ein einzelner Schlaganfall. Und die Priorisierung kann auch nicht generell dazu führen, zukünftig keinen Diabetes mehr zu behandeln. Dieses Paradoxon schlägt sich auch in der Bilanz der Forschungsergebnisse wieder.

Die Niederlande haben zwar ein detailliertes kriteriengesteuertes 4-Filterssystem entwickelt, welches jede Krankheit durchläuft, es aber gleichwohl versäumt, eine Gesamtliste über alle Krankheiten im Hinblick auf den Filter einzurichten. Das heißt, dass einzelne Krankheiten zwar aufgeführt sind, aber kein konkreter Vergleich möglich ist, welche (nicht erwähnte) Erkrankung dahinter zurückstehen muss. In Schweden wiederum wurden die Listen lediglich als Leitlinie implementiert, d.h. sie sind primär an Patienten adressiert und haben noch keine unmittelbare Verbindlichkeit für den Arzt.⁴⁰

Aus England stammt der Versuch, Kriterien anhand eines so genannten "QALYs" festzulegen.⁴¹ Vereinfacht ausgedrückt wird anhand

40. *Busse/Hoffmann*, Priorisierung in anderen Gesundheitssystemen, Bundesgesundheitsblatt 2010, S. 886.

41. Dabei handelt es sich um ein qualitätsbereinigtes Lebensjahr (quality-adjusted-lifeyear).

dieser QALYs untersucht, welcher Betrag noch ökonomisch sinnvoll investiert werden kann, um ein einzelnes Lebensjahr in menschenwürdiger Qualität sicherzustellen.⁴² An der Entscheidung darüber werden Ärzte und Patienten durch entsprechende Vertreter gleichermaßen beteiligt. Für die Priorisierung hieße dies, dass eine Behandlung, welche viel Geld kostet und nur wenige Lebensjahre “Gewinn bringt”, nachrangig gegenüber einer solchen wäre, welche den gleichen Betrag kostet, aber nur wenige Jahre Lebenszeitverlängerung als Erfolg vorweisen kann. Einen tatsächlichen bezifferbaren “Wert”, der für eine Behandlung erreicht werden muss, konnte man bisher allerdings noch nicht festlegen. Zudem weist auch dieses Konzept Tücken auf und kann auf Bereiche wie die Pädiatrie nur schwer angewandt werden. Die bisherige Unbestimmbarkeit einzelnen Faktoren der Formel zur Erlangung des QALYs, etwa die Einschätzung des Patienten selbst von der bevorstehenden Lebensqualität bei seiner Erkrankung oder die nötige Vorhersehbarkeit der Lebenserwartung, welche medizinisch nur schwer bis unmöglich zu erbringen ist, lassen dieses System praxisfern erscheinen.⁴³ Auch wird kritisiert, dass mit dem Gedanken der QALYS im Grunde nur eine Dislozierung des Problems erreicht wird, da diese das Kernproblem, nämlich die Festlegung von Werten, nicht ansatzweise lösen können.⁴⁴ Das eigentliche Problem, welche Behandlung wie einzuordnen ist, wird dadurch nur umgangen.

Die Rechtsprechung der Schweiz⁴⁵ hat sich als eines der ersten

42. *Schlander*, Was genau ist eigentlich ein QALY?, *der Kassenarzt* 2006, 24-25.

43. *Bohmeier*, Tagungsbericht “Verfahren und Kriterien bei der Priorisierung im Gesundheitswesen” 31.3.-1.4.2010, *MedR* 2012, 307 ff.; *Sommer*, *Muddling Through Elegantly: Rationierung im Gesundheitswesen*, Basel 2001, S. 65.

44. *Marckmann*, Kosteneffektivität als Allokationskriterium aus gesundheitsethischer Sicht, in: *Zimmermann-Acklin/Halter* (Hrsg.), *Rationierung und Gerechtigkeit im Gesundheitswesen*, Basel 2007, S. 213-224.

Gerichte nunmehr zur Festlegung "härtere" Kriterien zur Ablehnung oder Durchführung einer Behandlung durchgerungen. Zusammengefasst ging es in dem Urteil um Behandlungskosten in Höhe von 500.000 Schweizer Franken⁴⁶ für die Behandlung von Morbus Pompe, einer schweren genetischen Erkrankung ohne Aussicht auf Heilung. Die infrage stehende Behandlung konnte daher auch keine Verbesserung erzielen, sondern lediglich den Krankheitsverlauf verlangsamen.⁴⁷ Das Schweizer Bundesgericht lehnte die Übernahme von Behandlungskosten ab, da zwischen dem dafür nötigen Aufwand und dem Heilerfolg ein "grobes Missverständnis" bestehe. Damit ging es einen großen Schritt weiter als die bisherige deutsche und europäische Rechtsprechung. Kernargument der schweizer Richter war, dass eine einmal zugesprochene Leistung verallgemeinerungsfähig sein muss. Eine Behandlung wird demnach nur dann erstattet, wenn (theoretisch) für jeden Erkrankten der gleiche Betrag ausgegeben werden kann, der auch im konkreten Einzelfall ausgegeben wird.⁴⁸ Da das schweizerische Gesundheitssystem dies aber im konkreten Fall nicht finanzieren könne, wurden die Behandlungskosten abgelehnt. Bisher hat sich diese Argumentation aber lediglich beim Schweizer

45. Zur Stellungnahme beispielsweise englischer, canadischer oder südafrikanischer Courts mit vergleichbaren Fällen, aber ohne klares Ergebnis, vgl. *Syrett, Law, Legitimacy and the Rationing of Health Care*, Cambridge 2007, S. 159 ff.

46. Umgerechnet 601.401.797, 50 KRW.

47. *Raspe*, Das "Morbus-Pompe-Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts" (MedR 2012, 324) - eine Diskussion aus rechtlicher, sozialmedizinischer und medizinethischer Sicht, MedR 2012, Teil 2, S. 293.

48. *Huster*, Das "Morbus-Pompe-Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts" (MedR 2012, 324) - eine Diskussion aus rechtlicher, sozialmedizinischer und medizinethischer Sicht, MedR 2012, Teil 1, S. 290; *Zeltner/Coullery*, Wie viel ist uns Gesundheit wert?, in: *Zimmermann-Acklin/Halter* (Hrsg.), Rationierung und Gerechtigkeit im Gesundheitssystem, Basel 2007, S. 30 ff.; zur Marginalisierung in der Schweiz *Kocher*, Zehn Jahre Rationierungsdebatten in der Schweiz, in demselben Band, S. 45 ff.

Bundesgericht finden lassen. Ob sie sich so oder in anderer Form in anderen Ländern durchsetzen wird, bleibt abzuwarten.

So unterschiedlich die Herangehensweisen der einzelnen Länder zur Kreation von Priorisierungskriterien auch sein mögen, bleibt das Ergebnis gleich: Das Ziel, mehr Menschen durch weniger Budget versorgen zu können, konnte bislang in keinem Land verwirklicht werden.⁴⁹

Auf einem anderen Blatt steht die Frage, wer überhaupt über zu erbringende Leistungen entscheiden soll. In Deutschland muss ein Gesundheitsrat gebildet werden, der über entsprechende Leistungen oder Listen entscheiden soll,⁵⁰ wobei die Einbeziehung der Betroffenen, sprich der Patienten, gefordert wird.⁵¹ Die Haltung der Patienten ist jedoch nur schwer zu bestimmen. So hat man die Sicht der Patienten experimentell versucht zu analysieren und ist zu dem Ergebnis gekommen, dass Patienten selbst Kriterien wie Alter, Schwere der Erkrankung und Verbesserung der Symptomatik, aber auch Lebensstil (verstanden als eigenes Mitverschulden an der Erkrankung) völlig kontrovers diskutieren und sich kein statistisches Ergebnis, welches Kriterium vorrangig sein soll, herauskristallisiert.⁵² Auch der Versuch, Kriterien unter ethischen Aspekten zu erarbeiten, kann als gescheitert erachtet werden.⁵³

49. *Busse/Hoffmann*, Priorisierung in anderen Gesundheitssystemen, Bundesgesundheitsblatt 2010, S. 882-889, 885.

50. Bundesärztekammer, Gesundheitspolitische Leitsätze der Ärzteschaft - Ulmer Papier, abrufbar unter <http://www.bundesaerztekammer.de/downloads/UlmerPapierDAET111.pdf>

51. *Diederich/Winkelhage/Schnoor/Schreier*, Deutsches Ärzteblatt 2009, A 654.

52. *Winkelhage*, Gerechtigkeit und der Gesundheitsversorgung - Eine empirische Untersuchung über die Verteilungsprioritäten medizinischer Laien, Dissertation, Bremen 2011, S. 176; *Diederich*, in: *dies./Koch/Kray/Sibbel* (Hrsg.), Priorisierte Medizin, Wiesbaden 2011, S. 20 ff. m. w. N.

53. *Sommer*, Muddling Through Elegantly: Rationierung im Gesundheitswesen, Basel 2001, S. 58.

5. Zwischenergebnis

Das Ziel, mit Hilfe einer Priorisierung das Gesundheitssystem finanzierbar zu erhalten, ist auch nach 25 Jahren Arbeit und Forschung mit der Materie noch nicht erreicht worden. Auch Deutschland ist bisher nach mehrjähriger intensiver Diskussion erst auf dem wenig hilfreichen Zwischenstand, dass Priorisierungen disziplinübergreifend erforscht werden müssen und einer demokratisch legitimierten Grundlage bedürfen.⁵⁴ Mögliche Auswege kann die Ethik bisher nicht liefern.⁵⁵ Weiterer Gradmesser für die Behandlung oder Nichtbehandlung ist das EU-Recht. So verbieten Art. 10⁵⁶ und 19⁵⁷ AEUV ebenso wie die

54. *Oduncu*, Verteilungsgerechtigkeit, Rationierung und Priorisierung - das Gesundheitswesen im Spannungsfeld zwischen Medizin, Ökonomie, Ethik und Recht, *Medizinrecht* 2012, S. 359, 367; *Katzenmeier*, Offen, demokratisch und rechtsstaatlich - rechtliche Vorgaben einer Priorisierung, *Forschung und Lehre* 2011, S. 590; *Sommer*, Muddling Through Elegantly: Rationierung im Gesundheitswesen, *Basel* 2001, S. 120 ff.

55. *Zimmermann-Acklin*, Ethische Überlegungen zur Nutzenbewertung von Gesundheitsleistungen, *Nutzenmaximierung - ein notwendiges, aber nicht hinreichendes Prinzip*, *Schweizerische Ärztezeitung*, S. 1342 ff.; *Huster*, Vulnerable Patientengruppen und Leistungsbeschränkungen im öffentlichen Versorgungssystem, *MedR* 2012, S. 565 ff.; *Birnbacher*, Vulnerabilität und Patientenautonomie - Anmerkung aus medizinethischer Sicht, *MedR* 2012, S. 560 ff.; anders *Syrett*, *Law, Legitimacy and the Rationing of Health Care*, *Cambridge* 2007, S. 34.

56. *Artikel 10*: Bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen zielt die Union darauf ab, Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen.

57. *Artikel 19*: (1) Unbeschadet der sonstigen Bestimmungen der Verträge kann der Rat im Rahmen der durch die Verträge auf die Union übertragenen Zuständigkeiten gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments einstimmig geeignete Vorkehrungen treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen.

Richtlinie 2000/78 EG jegliche Diskriminierung aufgrund des Alters, was auf das das Sozialsystem zumindest mittelbar Anwendung finden muss. Hieran wird sich zwangsläufig auch jedes Kriterium direkt und indirekt messen lassen müssen.

III. Embryonenschutz

Ein weiteres, stets präsent Thema ist der Umgang mit menschlichen Embryonen. Im Zuge der Entwicklung der genetischen Forschung und deren Möglichkeiten, auf das Stadium der embryonalen und pränatalen Entwicklung einzuwirken, hat sich Deutschland seit den 1980er Jahren mit den rechtlichen Grundlagen der so genannten In-vitro-Fertilisation auseinandergesetzt und bis dato das Embryonenschutzgesetz (ESchG), das Stammzellgesetz (StZG) und das Gendiagnostikgesetz (GenDG) verabschiedet.

Der Anwendungsbereich des ESchG liegt im pränatalen Lebensschutz. Es handelt sich in erster Linie um ein Strafgesetz, welches primär Schutz des ungeborenen Lebens vor Beeinträchtigung durch reproduktive oder experimentelle Zwecke bieten soll.⁵⁸ Dieser Schutz nach dem ESchG endet mit der Nidation. Sobald diese erfolgt ist, kommen nur noch die strafrechtlichen Vorschriften zum Schwangerschaftsabbruch (§§ 218 ff. StGB) in Betracht.⁵⁹ Zu den vom ESchG untersagten Handlungen zählen u.a. das Klonen,⁶⁰ die Chimären- und

58. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 6. Aufl., Berlin 2008, Rn. 778; teilweise auch als "flankierende Ordnungsregelung" bezeichnet bei *Dahs/Müssig*, Wissenschaft(ler) in der Strafrechtsfalle?, MedR 2003, S. 617, 623; *Müller/Terpitz*, in: Spickhoff, Medizinrecht, 1. Aufl. 2011, Vorb. ESchG Rn. 1.

59. FAKomm-MedR/*Höfling*, Köln 2010, Vorbemerkung ESchG Rn. 3.

60. § 6 ESchG.

Hybridbildung⁶¹ und die Spermien Selektion (also die Befruchtung nach Geschlecht).⁶² Nicht erfasst sind beispielsweise die Kryokonservierung, also das Einfrieren von Eizellen und Embryonen, um diese später zu verwenden, sowie die Verschmelzung beispielsweise menschlicher und tierischer Zellen zu Testzwecken.⁶³ Kernanliegen der gesetzlichen Regelungen des ESchG sind dabei die Realisierung der Menschenwürde des ungeborenen sowie der Schutz des später geborenen Lebens und dasjenige der Kindsmutter.⁶⁴

Demgegenüber soll das StZG vor allem Einfuhr embryonaler Stammzellen zu Forschungszwecken unter Strafbewehrung stellen und nur bei "hochrangiger" (§ 5 Abs. 1 StZG) Forschung zulassen.⁶⁵ Im Gendiagnostikgesetz (GenDG) wiederum werden genetische Untersuchungen zu medizinischen Zwecken, zwecks Klärung der Abstammung sowie im versicherungs- und arbeitsrechtlichen Kontext mit rechtlicher Autorität unter dem Aspekt der "bioinformationellen Selbstbestimmung" behandelt. Einerseits soll das GenDG die vielfältigen Gefahren sozialer Diskriminierung, die mit einer Untersuchung genetischer Eigenschaften einhergehen könnten, eindämmen.⁶⁶ Andererseits soll es aber zugleich die Möglichkeit eines - professionellen - Einsatzes genetischer Diagnostik sicherstellen⁶⁷ und den hierfür

61. § 7 ESchG.

62. § 3 ESchG.

63. *Laufs*, in: *ders./Kern*, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl., München 2010, § 129 Rn. 24, 26.

64. *Müller-Terpitz*, ESchG § 1, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 1. Aufl. 2011, Rn. 1ff.

65. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 6. Aufl., Berlin 2008, Rn. 780.

66. *Fenger*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), Medizinrecht, 1. Aufl. 2011, § 1 GenDG, Rn. 3; *FAKomm-MedR/Stockter*, Köln 2010, § 1 GenDGRn. 3.

67. *Erfurter Kommentar/Wank*, 10. Aufl. 2010, § 1 GenDGRn. 1.

geltenden medizinischen Qualitätsstandard untermauern.⁶⁸ Vorschriften über das Strafverfahren sind (ohne nachvollziehbaren Grund) jedoch explizit vom GenDGausgenommen (vgl. § 2 Abs. 2 GenDG).⁶⁹ In der aktuellen Diskussion um den Embryonenschutz zeigen sich mehrere Problembereiche, von denen die wichtigsten hier kurz skizziert seien.

1. Der Begriff des Embryo

Zum einen ist nicht abschließend geklärt, welchen Begriff des “Embryo” das Gesetz eigentlich zugrunde legt. Zwar existiert eine Legaldefinition in § 8 ESchG, diese wurde aber bereits richterrechtlich korrigiert. So hat EuGH hierzu im Hinblick auf die Richtlinie 98/44/EG entschieden, dass darunter “sämtliche menschlichen Eizellen vom Stadium ihrer Befruchtung an, jede unbefruchtete menschliche Eizelle, in die ein Zellkern aus einer ausgereiften menschlichen Zelle transplantiert worden ist und jede unbefruchtete menschliche Eizelle, die durch Parthenogenese zur Teilung und Weiterentwicklung angeregt worden ist”, fallen. Es bleibe aber Sache der nationalen Gerichte, ob beispielsweise eine Eizelle, die im Stadium der Blastozytose gewonnen wird, als “menschlicher Embryo” erfasst werden soll.⁷⁰

Damit kritisiert der EuGH die deutsche Legaldefinition, überträgt

68. *Duttge*, Regelung der Gendiagnostik zwischen Ideal und Realität, in: *ders./Engel/Zoll* (Hrsg.), Das Gendiagnostikgesetz im Spannungsfeld von Humangenetik und Recht 2011, S. 2. Zu weiteren gesetzgeberischen Zielsetzungen wie der Schaffung eines “Schutzstandards” zur Wahrung von Persönlichkeitsrechten vor “sozialer, ethischer und eugenischer Diskriminierung und Missbrauch“ vgl. BT-Drs. 16/10532, S. 1-16.

69. *Fischer*, Der Einfluss genetischer Erkenntnisse auf das moderne Schuldverständnis, in: *Duttge* (Hrsg.), Genetische Individualität, Göttingen 2012, S. 149.

70. EuGH (Große Kammer), Urt. v. 18.10.2011 - Rs. C-34/10 mit Anmerkung *Stieper*, MedR 2012, S. 310-316.

aber im Einzelfall die Frage, ab welchem Stadium man unter welchen Voraussetzungen von einem Embryo ausgehen kann, wiederum den nationalen Instanzen. Letztendlich kann so also das Gericht theoretisch selbst im Einzelfall über den Anwendungsbereich eines ganzen Gesetzes bestimmen. Abgesehen von der staatsrechtlichen Zweifelhafteigkeit dieser Auffassung, erst Recht unter dem Aspekt des Bestimmtheitsgebotes des Strafrechts, zeigt dies aber ein Kernproblem der Gesetzgebung auf, nämlich die exakte und mit der Wissenschaft im Einklang stehende Definition des “Embryo”, sprich, was dieser überhaupt gesetzesförmlich erfassen sollte. Dies zeigte sich in der Praxis auch bei der Auslegung des Wortes “befruchtet” in § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG, welcher die Befruchtung nach dem Tode untersagt. In einem Fall musste die Rechtsprechung darüber entscheiden, wie zu verfahren ist, wenn der Mann verstirbt, nachdem er seinen Samen gespendet hatte, es aber aufgrund des Zustandes der Zelle noch nicht zur tatsächlichen Kernverschmelzung gekommen war. Dies wurde in Deutschland noch für strafbar erklärt,⁷¹ gleichwohl von Forschung und Literatur stark angegriffen, da medizinisch unterschiedlich beurteilt wird, wann tatsächlich von einer “Befruchtung” gesprochen werden kann. Der Gesetzgeber ist im Ergebnis also gehalten, hier höchste Präzision walten zu lassen.

2. Präimplantationsdiagnostik

Als weiterer großer Problembereich gilt die Preimplantation Genetic Diagnosis(PID). Dabei handelt es sich prima vista um eine

71. Landgericht Neubrandenburg, FamRZ 2010, S. 686; anders OLG Rostock, MedR 2010, S. 874 ff. mit Anmerkung *Prehn*, Die Strafbarkeit der post-mortem-Befruchtung nach dem Embryonenschutzgesetz, MedR 2011, S. 559 ff.; *Müller/Terpitz*, in: Spickhoff, Medizinrecht, 1. Aufl. 2011, § 4 ESchG Rn. 4.

Untersuchungsmethode, mit der Embryonen, die durch die In-vitro-Fertilisation gewonnen wurden, vor der Einführung in die Gebärmutter auf Veränderungen des Erbmaterials überprüft werden. Sollte das Erbmaterial pathologisch verändert sein, steht es den Verfügungsberechtigten (also den Eltern) zu, anhand dieses Befundes zu entscheiden, ob eine Schwangerschaft noch gewünscht wird oder nicht. Gerade bei der PID zeigt sich somit die Biomedizin als Ausdruck des Wertewandels einer Gesellschaft, die immer mehr zu versuchen geneigt ist, die Biologie zu beeinflussen und die Selbstgestaltungsmöglichkeiten des Lebens auszunutzen.⁷²

Die Funktion der PID ist wahrlich schwer zu erklären, wenn man die Vermeidung von "krankem Leben" als ethisch nicht zu rechtfertigendem Grund aus den akzeptablen Zielen der PID herausnimmt.⁷³ Für die PID spricht dann lediglich der grundrechtliche Anspruch der Eltern auf ein umfassendes Informationsrecht über die Identität und Gesundheit des Embryos.⁷⁴ Der Schutzgedanke des ESchG steht aber der PID entgegen⁷⁵ und verbietet sie grundsätzlich.⁷⁶ Sie kann allenfalls dann ausnahmsweise erlaubt sein, wenn aufgrund von genetischen Risiken, etwa der Veranlagung der Eltern, ein erhöhtes Risiko auf eine Tot- oder Fehlgeburt besteht.⁷⁷ Gegen diese Konstruktion sprechen wiederum begriffliche

72. *Eibach*, Präimplantationsdiagnostik (PID) - Grundsätzliche ethische und rechtliche Probleme, MedR 2003, S. 441 f.

73. *Eibach*, Präimplantationsdiagnostik (PID) - Grundsätzliche ethische und rechtliche Probleme, MedR 2003, S. 441, 447.

74. *Hufen*, MedR 2001, 440, 442; *Middel*, Verfassungsrechtliche Fragen des der Präimplantationsdiagnostik und des therapeutischen Klonens 2006, S. 42 ff.

75. *Laufs*, in: *ders./Kern*, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl., München 2010, § 129 Rn. 37; *Beckmann*, Rechtsfragen der Implantationsdiagnostik, MedR 2001, S. 169, 174.

76. Was vorher anders war vgl. BGH NJW 2010, S. 2672 ff.

77. *Hübner/Pühler*, Die neuen Regelungen zur Präimplantationsdiagnostik - wesentliche Fragen bleiben offen, MedR 2011, S. 796 ff.

Schwierigkeiten. So ist die Abgrenzung zwischen totipotenten Zellen, die das ESchG wie Embryonen behandelt, und pluripotenten Zellen, die nach dem ESchG nicht mehr als Embryo gelten,⁷⁸ schwierig.⁷⁹ Daraus ergibt sich das Folgeproblem, nach dem Wortlaut des ESchG nur totipotente Zellen geschützt, pluripotente Zellen aber beforscht werden dürfen. Diese Zellen dürfen aber nach dem ESchG wiederum nicht in Deutschland hergestellt werden, müssen also zu Forschungszwecken aus dem Ausland importiert werden.⁸⁰ Das Zusammenspiel zwischen Untersuchungsmethodik, wissenschaftlicher Erkenntnis und rechtlicher Würdigung zeigt sich damit äußerst kompliziert und alles andere als widerspruchsfrei.⁸¹ Verschärft wird dieses Problem zusätzlich noch durch die von EuGH noch nicht abschließend geklärte Frage, ob sich nicht aus Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) ein Recht auf In-vitro-Fertilisation herleiten lässt.⁸² Wäre dies der Fall, müssten die

78. § 8 Abs. 1 ESchG.

79. *Schroth*, Die Präimplantationsdiagnostik im Lichte des Strafrechts, NSTz 2009, S. 233, 235; *Müller/Terpitz*, in: Spickhoff, Medizinrecht, 1. Aufl. 2011, § 1 ESchG Rn. 12; ähnlich auch FAKomm-MedR/*Höfling*, Köln 2010, § 1 ESchG Rn. 14.

80. *Faßbender*, Der Schutz des Embryo und die Humangenetik: Zur Verfassungsmäßigkeit des neuen Stammzellgesetzes und des Embryonenschutzgesetzes im Lichte des einschlägigen Arzthaftungsrechts, MedR 2003, S. 282 ff.; *Herdegen*, JZ 2001, S. 773; *Taupitz*, NJW 2001, S. 3433, 3435; *Lilie/Albrecht*, NJW 2001, S. 2774.

81. *Hübner/Pühler*, Die neuen Regelungen zur Präimplantationsdiagnostik - wesentliche Fragen bleiben offen, MedR 2011, S. 789, 796.

82. EGMR Kammerurteil, Urt. v. 1.4.2010 - Nr. 57813/00 (S.H. u.a. / Österreich), abgedruckt in *Teilen* in NJW 2012, S. 207. Zu Art. 8 EMRK heißt es dazu: (1) Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz. (2) Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

Mitgliedsländer dieses Recht auch national gewährleisten.⁸³

3. Medizinische Forschung und Schutzniveau

Dass das ESchG nahezu keinerlei Forschung zulässt, wurde schon seit längerem als forschungsfeindlich kritisiert⁸⁴ und gerade im Hinblick auf bestimmte Entwicklungen wie der PID, dem sog. Blastozystentransfer oder der Zellkerntransfer-Klonierung als veränderungsbedürftig angesehen.⁸⁵ Einen neuen Anstoß hat dann das Bundesverfassungsgericht gegeben, welches es als nicht hinnehmbar angesehen hat, bei einem Elternpaar mit der hohen Gefahr der genetischen Schädigung mit dem Ausschluss der PID bei einer Fortpflanzung das Risiko einzugehen, ein nicht lebensfähiges oder schwerkrankes Kind zu gebären.⁸⁶ 2011 wurde daher § 3a neu ins ESchG eingeführt. Dieser stellt nunmehr die Straffreiheit der PID unter materielle Voraussetzungen, wie dem “hohen Risiko einer schwerwiegenden Erbkrankheit” oder der “schwerwiegenden Schädigung des Embryos (……) die mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer Tot- oder Fehlgeburt führen würde.” Weiterhin stellt er formelle Anforderungen auf, etwa die

83. *Weilert*, Heterologe In-vitro-Fertilisation als europäisches Menschenrecht?, *MedR* 2012, S. 358 ff.

84. *Laufs*, in: *ders./Kern*, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl., München 2010, § 129 Rn. 42.

85. *Müller/Terpitz*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 1. Aufl. 2011, Vorb. ESchG Rn. 1; *Stürner*, Status und Schutz des frühen Embryo bei der “In-vitro”-Fertilisation, *FamRZ* 1989, S. 358, 359; *Faßbender*, Der Schutz des Embryo und die Humangenetik: Zur Verfassungsmäßigkeit des neuen Stammzellgesetzes und des Embryonenschutzgesetzes im Lichte des einschlägigen Arzthaftungsrechts, *MedR* 2003, S. 279, 285 ff.; für die PID, *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 6. Aufl., Berlin 2008, Rn. 783; *Schreiber*, in: *Winter/Fenger/ders.*, Genmedizin und Recht, Rn. 806, 807.

86. Bundesgerichtshof, Urteil vom 6. Juli 2010, 5 StR 386/09.

schriftliche Einwilligung der Frau, die Prüfung einer Ethikkommission und die Vornahme des Eingriffes in einem speziell hierfür zugelassenem medizinischen Zentrum. Im Entwurf ist momentan noch eine Präimplantationsdiagnostikverordnung (PIDV), welche noch vereinzelte Präzisierungen zum Gesetzestext enthält.⁸⁷

IV. Patientenverfügung

Weiterer Gegenstand der aktuellen Diskussion ist die Patientenverfügung. Sie soll dazu dienen, der Autonomie des Patienten noch bessere Geltung zu verschaffen und dessen Willen über die Behandlung oder Nichtbehandlung so weit wie möglich festzulegen und durchzusetzen.

1. Begriff und Regelung

Unter einer Patientenverfügung ist, vereinfacht ausgedrückt, der schriftlich fixierte Wille eines Menschen zu verstehen, ob er zum aktuellen Zeitpunkt einer zukünftigen ärztlichen Behandlung zustimmt oder sie untersagt.⁸⁸ Bis 2009 war diese Konstellation im deutschen Recht bis auf ein Urteil des Bundesgerichtshofes⁸⁹ nicht in ausreichendem Maße

87. Welche aber wiederum insbesondere von der Deutschen Gesellschaft für Humangenetik kritisiert wird, vgl.

http://www.gfhev.de/de/leitlinien/LL_und_Stellungnahmen/2012_08_08_GfH-Stellungnahme%20zur%20PIDV.pdf

88. *Albrecht/Albrecht*, Die Patientenverfügung, 2009 Rn. 15 ff.; *Schwab*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 1901a, Rn. 7 ff.; *Höfling*, NJW 2009, S. 2849; *Saliger*, Sterbehilfe und Betreuungsrecht, MedR 2004, S. 237-245. Begrifflich streng zu trennen ist die Patientenverfügung von der Vorsorgevollmacht mit der der Patient lediglich eine allgemeine Entscheidungsbefugnis auf einen Dritten abwälzt.

89. BGHZ 154, 205 ff.

geregelt. Mit einer Änderung des Betreuungsrechts vom 29.07.2009 hat der Gesetzgeber dann die bisher praktizierte Form des Umgangs mit dem schriftlichen Patientenwillen kodifiziert und die §§ 1901a ff. neu ins Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) eingeführt. Wird nunmehr ein solcher Wille vom Patienten fixiert, so soll im Falle des Verlustes der Entscheidungsfähigkeit des Patienten bei späteren Entscheidungen über “aktuelle Lebens- und Behandlungssituationen” der vom Patienten Bevollmächtigte über das weitere medizinische Vorgehen anhand dieses Patientenwunsches entscheiden können.⁹⁰ Entscheidet sich beispielsweise der Patient im einwilligungsfähigen Zustand dazu, im Fall des Fehlschlagens einer anstehenden Behandlung keine weitere sonstige Behandlung mehr zu wünschen und ist er zum späteren Zeitpunkt der neuen anstehenden Behandlung einwilligungsunfähig, so muss der Betreuer dem Wunsch des Patienten Geltung verschaffen.

Primärer Adressat der Patientenverfügung ist der Bevollmächtigte. Dieser muss Verfügung und Handlungsanweisung auslegen und prüfen, ob diese auf die aktuelle Behandlungssituation passen. Er muss auch den Arzt und Familienmitglieder befragen und sich so eine Meinung bilden.⁹¹ Da der eigentliche “Dialog” über die Behandlung dann aber nur noch zwischen Betreuer und Arzt stattfindet, hat das Gesetz Regeln aufgestellt, wie damit umzugehen ist, wenn Betreuer und Arzt unterschiedliche Meinungen vertreten, etwa wenn der Arzt aus persönlicher Bekanntheit weiß, dass der Patient bestimmte Behandlungen ihm gegenüber explizit gewünscht hat, siehe § 1901b BGB.

90. Die Bundesärztekammer nimmt eine Mitscheidungsbefugnis des Arztes an (Dt. Ärzteblatt 2010, A 877-882), mangels Erwähnung im Gesetzestext dazu zu Recht ablehnend *Duttge*, Patientenverfügung unter ärztlicher Deutungshoheit?, *Intensivmed* 2011, S. 34 f.

91. *Diehn/Rebhan*, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung, *NJW* 2010, S. 326; *Höfling*, *NJW* 2009, S. 2849.

Als Vorteile der Patientenverfügung wird unter anderem die Schriftlichkeit genannt oder die generelle Funktion, der Patientenverfügung bei einem “Streit” über den Patientenwillen eine Wirkung zukommen zu lassen.⁹²

2. Probleme mit der Anwendung

Ein in der Praxis bedeutsames Problem ist das Verfahren bei der Uneinigkeit zwischen Betreuer und Arzt. Misstraut der Arzt den Vorgaben des Betreuers oder hat er persönliche Kenntnisse vom wirklichen (abweichenden) Willen des Patienten, so muss er dann (und erst dann) das Betreuungsgericht hinzuziehen.⁹³ Daraufhin muss das Betreuungsgericht den tatsächlichen Willen des Patienten erforschen. Gerade in dieser letzten Befugnis des Betreuungsgerichtes wird eine Auffangfunktion für den Zweifelsfall gesehen,⁹⁴ was nur aber bedingt überzeugen kann. Das Betreuungsgericht wird den mutmaßlichen Willen eines ihm persönlich unbekanntes Individuums noch weniger kennen als der Arzt und ggf. Verwandte, die zur Bildung einer Entscheidung befragt werden müssen. Auch ist in § 298 FamFG nicht geregelt, wie genau eine solche “Erforschung” bis auf eine einfache “Anhörung” aussehen muss. Sie kann von einer einfachen Befragung über eine umfangreiche Recherche bis hin zur Beurkundungspflicht reichen. Weiterhin wird die Bedeutung der Patientenverfügung im Ergebnis gemindert, wenn letztendlich doch ein Wille erst noch eruiert werden muss. Hält sich

92. Putz, Die Patientenverfügung, FPR 2012, S. 13, 16; FAKomm-MedR/Höfling, 2. Aufl., Köln 2011, § 1901a BGB, Rn. 1.

93. Schwab, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 1901a, Rn. 25; Putz, Die Patientenverfügung, FPR 2012, S. 13, 16.

94. Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 6. Aufl., Berlin 2008, Rn. 708; Uhlenbruck, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl., München 2010, § 132 Rn. 41.

wiederum der Arzt im Zweifelsfall nicht an die betreuungsrechtlichen Vorgaben, ist noch nicht abschließend entschieden, inwiefern dies strafbar ist.⁹⁵

Weiterhin kontrovers diskutiert wird die Unmöglichkeit des Minderjährigen, also von Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, eine Patientenverfügung zu verfassen. Der Gesetzgeber hat sich generell dagegen ausgesprochen, § 1901a Abs. 1 BGB. Der BGH hat sich in einem anderen Fall eines relativ indizierten Eingriffs für ein Vetorecht des Minderjährigen entschieden.⁹⁶ Der Minderjährige soll demnach eine Behandlung zumindest ablehnen dürfen. Daraus ergeben sich jedoch Widersprüche, zum einen zur Anerkennung der Einwilligungsfähigkeit älterer Minderjähriger, zum anderen zum TPG. Wenn der Minderjährige eine Behandlung letztlich ablehnen kann, wenn sie stattfindet, ist nicht ersichtlich, warum ihm dieses Recht nicht für eine zukünftige Behandlung durch eine Patientenverfügung eingeräumt wird (*maius ad minus*).⁹⁷

Ein weiteres altersunabhängiges Problem ist die jederzeitige Widerrufbarkeit. So verlangt es die Patientenautonomie, dass eine Patientenverfügung jederzeit und formlos widerrufen werden kann, was

95. BGH NJW 2010, S. 2963, mit einer generellen "Entfaltungsmöglichkeit für das Strafrecht, BGH NSTz 2010, S. 630; 2011, S. 274, abgesehen von der Strafbarkeit wegen Körperverletzung mangels Einwilligung in den medizinischen Heileingriff, diese bleibt selbstredend erhalten.

96. BGH FamRZ 2007, S. 130.

97. *Sternberg-Lieben/Reichmann*, Die gesetzliche Regelungen der Patientenverfügung und das medizinische Selbstbestimmungsrecht Minderjähriger, NJW 2012, S. 257, 258; zu nicht indizierten, kosmetischen Operationen vgl. *Coster-Waltjen*, Reichweite und Grenzen der Patientenautonomie von Jungen und Alten, MedR 2012, 553-560 und *Herzberg*, Steht dem biblischen Gebot der Beschneidung ein rechtliches Verbot entgegen?, MedR 2012, 169, 175; *Valerius*, Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen im Strafrecht, JA 2010, S. 481.

auch in § 1901a Abs. 1 Satz 3 BGB festgelegt wurde.⁹⁸ In der Praxis heißt dies, dass jegliches Kopfschütteln oder eine erhobene Hand darauf untersucht werden müssen, ob dies nicht als Außerkraftsetzung der Patientenverfügung gilt. Gerade Ärzte kritisieren dies als praxisfern, da sich gerade bei schwereren Leiden der Wille des Patienten nahezu stündlich ändern kann.⁹⁹ Auch ist nicht geklärt, ob der Betroffene zum Zeitpunkt des Widerrufs noch einwilligungsfähig sein muss oder ob ein Widerruf auch durch einen Einwilligungsunfähigen erfolgen kann.¹⁰⁰ Unklar wird auch die Frage beantwortet, wie exakt und für welche genauen Behandlungsmethoden die Patientenverfügung verfasst sein muss.¹⁰¹ Dieses Problem hat sich bisher insbesondere bei Wachkoma-Patienten gestellt, da deren Patientenverfügung diesen Umstand oftmals nicht beachtet hat.¹⁰² Ein anderes Problem ist gegeben, wenn sich aus der Patientenverfügung Widersprüche ergeben, wenn etwa ein psychisch Kranker fixiert werden muss, weil er eine durch Patientenverfügung abgelehnte, aber unstrittig helfende pharmakologische Behandlung nicht durchführen lassen will.¹⁰³

98. Uhlenbruck, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl., München 2010, § 132 Rn. 41; Spickhoff, in: *ders.*, Medizinrecht, München 2011, § 1901a Rn. 18.

99. S.o.

100. Lipp, Handbuch der Vorsorgeverfügungen, 2009, S. 390; NK-Heitmann, 2. Aufl. 2010, § 1901a Rn. 33; Spickhoff FamRZ 2009, 1949, S. 1955.

101. Schwab, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 1901a, Rn. 17 und generelle Probleme der Patientenverfügung schon vor der Reform Strätling/Strätling-Tolle/Scharf/Schmucker, MedR 2003, S. 372 ff.

102. Putz, Die Patientenverfügung, FPR 2012, S. 15.

103. Olzen/Schneider, Das Patientenverfügungsgesetz (PatVG) vom 1.9.2009 - eine erste Bilanz, MedR 2010, S. 751; zu den gleichen Problemen in Österreich, welches ein Patientenverfügungsgesetz bereits 2006 verabschiedet hat siehe Kopetzki, Patientensicherheit durch Patientenverfügungen, in: Duttge (Hrsg.), Ärztliche Behandlung am Lebensende, Göttingen 2008, S. 79, 86 ff.

3. Zwischenergebnis

Obwohl die Zielrichtung, die der Gesetzgeber mit der Patientenverfügung verfolgt, nach ganz herrschender Meinung die richtige ist, haben sich in Deutschland hinsichtlich einiger Details Kritikpunkte und offene Fragen ergeben. Als Ergebnis kann aber festgehalten werden: Wünsche über die Vornahme oder Nichtvornahme einer Behandlung sind verbindlich und garantieren somit auf dem beschrittenen Wege die Regelung von Fragen innerhalb der Gesundheit. In Deutschland ist nach bisheriger Bilanz allerdings zu erkennen, dass die Patientenverfügung in der Mehrzahl lediglich dazu genutzt wird, einen Wunschbetreuer festzulegen und nicht, sämtliche Regelungsmöglichkeiten für bestimmte Behandlungen festzuschreiben,¹⁰⁴ was an den beschriebenen Problemen der Genauigkeit liegen mag. Dem Arzt wird ein Spektrum an Entscheidungen genommen, gleichwohl wird er sich gezwungen sehen, vorsichtshalber das förmliche Verfahren über das Betreuungsgericht einzuhalten, um einer drohenden Strafbarkeit zu entgehen.¹⁰⁵ Dies veranlasst Teile der Literatur dazu, die Konstruktion der Patientenverfügung generell als “fragil”¹⁰⁶ zu betrachten. Meint man es aber ernst mit der Ausweitung der Autonomie des Patienten, wird dieser Weg zumindest in seiner Richtung alternativlos bleiben. Eine “absolute”, unumkehrbare und unerschütterliche Verbindlichkeit sollen und können die Patientenverfügungen jedoch nicht haben.¹⁰⁷ Dass sie zur Stärkung des Selbstbestimmungsrechtes beitragen, ist aber kaum zu bezweifeln.¹⁰⁸

104. *Faupel*, Die Betreuungsverfügung, Diss. Göttingen 2010, S. 153 ff.

105. *Diehm / Rebhan*: Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung, NJW 2010, S. 326, 329.

106. FAKomm-MedR/*Höfling*, Köln 2010, § 1901a BGB, Rn. 1.

107. *Riha*, Patientenverfügung aus medizinethischer Perspektive, in: *Duttge* (Hrsg.), *Ärztliche Behandlung am Lebensende*, Göttingen 2008, S. 23, 38.

V. Sonstige Problematiken

Mit dem Wissen, dass in einem einzigen Beitrag nicht sämtliche Probleme fundiert und umfassend erörtert werden können, soll abschließend noch auf einige Probleme zumindest noch kurz hingewiesen werden.

Im Wandel befindet sich mehr und mehr das Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Patient. Der Arzt wandelt sich immer mehr vom “Diener zum Dienstleister” und sieht sich mit immer mehr Regelungen und Ansprüchen konfrontiert.¹⁰⁹ Gerade Deutschland wird bezüglich der bestehenden Patientenrechte eine Spitzenstellung innerhalb der Europäischen Union eingeräumt.¹¹⁰ Mit einem “Patientenrechtegesetz” entstehen neue Möglichkeiten der Kodifizierung des Arzt-Patientenverhältnisses, bei denen nunmehr schon gefragt wird, ob die zu regelnden Bereiche überhaupt noch kodifizierbar und nicht schon zu individuell seien.¹¹¹

Unbefriedigend ist auch die Lage zur medizinischen Forschung. Von der Problematik der Embryonenforschung abgesehen, ergeben sich auch aus der Arzneimittelforschung Unzulänglichkeiten. Grundlage für die Forschung ist in Deutschland das Arzneimittelgesetz (AMG). Dieses erlaubt aber die Forschung an jungen Patienten nur in engen Grenzen und

108. *Olzen/Schneider*, Das Patientenverfügungsgesetz (PatVG) vom 1.9.2009 - eine erste Bilanz, MedR 2010, S. 751 ff.

109. *Laufs*, Zur Entwicklung des Arztberufes im Spiegel des Rechts, Der Anaesthesist 2004, S. 1232 m.w.N.

110. *Fischer/Lilie*, Ärztliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich, 1999; *Harnika* MedR 1999, S. 149, 159; *Katzenmeier*, Die Rahmenbedingungen der Patientenautonomie, MedR 2012, S. 576; *Eberbach*, Juristische Aspekte einer individualisierten Medizin, MedR 2011, S. 757, 770.

111. *Katzenmeier*, Die Rahmenbedingungen der Patientenautonomie, MedR 2012, S. 576 ff.

verhält sich so ambivalent. Einerseits sollen Minderjährige aus der Forschung möglichst rausgehalten werden, andererseits aber die Forschung zur Heilung von Kinderkrankheiten gefördert werden.¹¹² Demgegenüber steht eine EU-Kinderarzneimittelverordnung, die dieses Problem zumindest versucht, in den Griff zu bekommen und die Arzneimittelforschung an Kindern zu fördern.¹¹³ Auch die bisherige Nichtregelung von Pilotstudien, d.h. Studien ohne mögliche Kontrollstudie (die vor allem in den USA als sehr erfolgreich eingestuft werden), wird zunehmend von Forschung und Wissenschaft kritisiert.¹¹⁴

Die Suizid- und Sterbehilfedebatte ist in Deutschland wie in Europa weithin problematisch und Gegenstand einer kaum mehr zu überblickenden Diskussion.¹¹⁵ Aktuell ergibt sich in Deutschland das

112. *Taupitz*, Medizinische Forschung an jungen und alten Patienten, MedR 2012, S. 583, 588. m.w.N.

113. Verordnung EG Nr. 1901/2006; *Taupitz*, Medizinische Forschung an jungen und alten Patienten, MedR 2012, S. 583 ff.; zur allgemeinen Problematik zwischen Richtlinien zur Arzneimittelprüfung und -forschung vgl. *Laufs*, Die neue europäische Richtlinie zur Arzneimittelprüfung und das deutsche Recht, MedR 2004, S. 583 ff.; umfassend zur aktuellen Diskussion zur EU-Verordnung *Duttge*, Die Kinderarzneimittel-Verordnung der Europäischen Union: Anliegen, Ziele und Effekte, *Comparative Law Review* 2012, No. 3, im Erscheinen befindlich.

114. *Deutsch*, Pilotstudien in der Medizin: Rechtliche Probleme, MedR 2011, S. 549, 553.

115. Im Wesentlichen: *Duttge*, Suizid in palliativer Betreuung, in: *Zeitschrift für Palliativmedizin* 2006, S. 123; *ders.* Der assistierte Suizid aus rechtlicher Sicht. "Menschenwürdiges Sterben" zwischen Patientenautonomie, ärztlichem Selbstverständnis und Kommerzialisierung, *Zeitschrift für medizinische Ethik*, 2009, 257; *ders.* Bemerkenswertes Verfassungsrecht: Absoluter Lebensschutz und zugleich verfassungsrechtliche Pflicht zur begrenzten "Freigabe" der aktiv-direkten Sterbehilfe?, *JZ* 2006, 899 ff.; *ders.* Rechtliche Typenbildung: Aktive und passive, direkte und indirekte Sterbehilfe, in: *Kettler/Simon/Anselm/Duttge/Lipp* (Hrsg.), *Selbstbestimmung am Lebensende*, 2006, S. 36; *ders.* Sterben zwischen Patientenautonomie, ärztlichem Selbstverständnis und Kommerzialisierung, in: *Filó* (Hrsg.), *Menschenwürdiges Sterben. Zur Rechtslage der Sterbehilfe in Europa*, 2010, S. 31; *Saliger*, Sterbehilfe und Betreuungsrecht, MedR 2004, S. 237 ff.; *Knopp*, Aktive Sterbehilfe "Europäische Entwicklungen", MedR 2003, S. 379 ff.; *Laufs*,

Bild, dass die deutsche Gesetzeslage die ärztliche Assistenz zum Suizid in gewissen Grenzen erlaubt, wohingegen der Deutsche Ärztetag dieses Verhalten ausdrücklich als „keine ärztliche Aufgabe“¹¹⁶ definiert. Verstößt der Arzt gegen berufsrechtliche Vorgaben, kann dies Konsequenzen für den Arzt nach sich ziehen wie etwa den berufsrechtlichen Entzug der Approbation. Allein diese grundsätzliche Widersprüchlichkeit bedarf umfassender juristischer Klärung.¹¹⁷

VI. Resümee

Die Autonomie des Patienten wird in einem modernen Staat immer bedeutsamer.¹¹⁸ Aber Fortschritt, Begrenztheit und der Wunsch nach

NJW 2000, S. 1757, 1765; Uhlenbruck, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl., München 2010, § 132 Rn. 4ff.; *Strätling/Lipp/May/Kutzer/Glogner/Schlaudraff/Neumann/Simon*, Passive und indirekte Sterbehilfe, MedR 2003, S. 483 ff.; *Strätling*, Gesundheitsökonomische Aspekte bei Entscheidungen am Lebensende, MedR 2012, S. 428, 436; *Kutzer*, Strafrechtliche Rechtsprechung des BGH zur Beteiligung an einem freiverantwortlichen Suizid, ZRP 2012, S. 135 ff.; *Strätling*, Assistierter Suizid - grundsätzlich „keine ärztliche Aufgabe“?, MedR 2012, S. 283; *Kraatz*, Aus der Rechtsprechung zum Arztstrafrecht 2010/2011 - Teil 2, NStZ-RR 2012, S. 33; BGH, Abbruch lebenserhaltender Behandlung auf Grundlage des Patientenwillens, NJW 2010, S. 2963, weiterhin etwa *HK-GS/Duttge*, 2. Aufl. 2011, Vorbemerkung zu §§ 211 ff. Rn. 16-24; *Engländer*, JZ 2011, S. 513; *Lorenz*, MedR 2010, S. 823; *Lipp*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht 6. Aufl. 2009, Kap. VI. Rn. 99-101; *Quaas/Zuck*, in: diesselben, *Medizinrecht* 2. Aufl. 2008, § 68 Rn. 175; *Kusch*, NJW 2006, S. 261; *Zuck*, ZRP 2006, S. 173; *Rogusch*, ZRP 2006, S. 164; *Kutzer*, FPR 2004, S. 683; *Saliger*, MedR 2004, S. 237; *Förster*, ZRP 2003, S. 378; *Coepicus*, ZRP 2002, S. 44; *Höfling*, JuS 2000, 111; *Röver*, MedR 1998, S. 469 ff.

116. Deutsche Bundesärztekammer, DÄBk. 2011, S. 346 ff.

117. *Strätling*, Assistierter Suizid - grundsätzlich „keine ärztliche Aufgabe“?, MedR 2012, S. 283 ff.

118. *Vollmann*, Patientenselbstbestimmung und Selbstbestimmungsfähigkeit, Stuttgart

individueller Medizin liegen eng beieinander und bedingen sich gegenseitig.¹¹⁹ Das Medizin- und Biorecht kann aus seiner Funktion, stets den Wunsch des Patienten zur Geltung zu verhelfen und gleichzeitig Antworten auf die Fragen zu finden, die sich mit jeder technisch - wissenschaftlichen Neuerrungenschaft und neuen Möglichkeit ergeben, nicht ausbrechen.

Diese Funktion muss es aber auch erfüllen und darf dabei die schwierige Gratwanderung zwischen allgemeinen Vorschriften und individueller Freiheit nicht außer Acht lassen.¹²⁰ Es muss stets mit Fingerspitzengefühl auf der einen Seite, aber auch Genauigkeit auf der anderen Seite hantieren und berührt mit jeder noch so kleinen Entscheidung das Spannungsfeld zwischen Machbarkeit, Finanzierbarkeit und Ethik. Gerade das "trial and error"-Verfahren anderer Staaten in den Versuchen der gesetzlichen Regelungen kann Hinweisgeber und Mahnmal für andere sein. Fraglich ist, ob Korea es sich im Hinblick auf den demographischen Wandel leisten kann, Probleme ebenso verspätet anzugehen wie Europa oder die USA oder eine Vorreiter- und Vordenkerrolle einzunehmen vermag und Fehler der anderen vermeiden kann.

2008.

119. *Eberbach*, Juristische Aspekte einer individualisierten Medizin, *MedR* 2011, S. 757 ff.

120. Zum Medizinrecht mit seiner Rahmenfunktion *Schreiber*, Notwendigkeit und Grenzen einer rechtlichen Regelung ärztlicher Tätigkeit, *Der Chirurg* 51 (1980), S. 411-413, *ders.*, Notwendigkeit und Grenzen rechtlicher Kontrolle der Medizin in: *Göttinger Universitätsreden*, Bd. 71, Göttingen 1984, S. 29-49 sowie in: *Mitteilungsblatt der Deutschen Röntgengesellschaft* Heft 32/1984, S. 9-18 sowie *Duttge*, in: *ders. / Dochow / Waschkewitz / Weber* (Hrsg.), *Recht am Krankenbett - Zur Kommerzialisierung des Gesundheitssystems*, *Göttinger Schriften zum Medizinrecht* Band 7, Göttingen 2009.