

Inhaltsverzeichnis

Einleitung und Gang der Untersuchung	23
--	----

A. Erster Teil: Paternalismus im Spannungsverhältnis zwischen Selbstbestimmung und Schutzpflichten

27

I. Paternalismus als Problem moderner Rechts- und Staatsphilosophie	27
1. Der philosophische Paternalismusbegriff als Grundlage der Untersuchung	27
a.) „Essays On Liberty“ als Grundlage utilitaristischer Paternalismuskritik	27
b.) Kants Pflichtenethik und die Verbindung zwischen Würde und Freiheit als Ablehnung staatlichen Paternalismus‘	30
c.) Ausklammerung der „Menschen die der Rechte fähig sind“ ..	32
2. Definition des Paternalismusbegriffs in der (Rechts-)Philosophie ...	33
a.) Die Definition nach G. Dworkin	33
b.) Shiffrins Definitionsversuch	34
c.) Weitergehende Definitionsversuche und Einschränkungen ...	35
d.) Harter und weicher Paternalismus	36
e.) Kriterium der Unfreiheit der Entscheidung zur Unterscheidung legitimen und illegitimen Paternalismus‘	38
f.) Weitergehende Motive und reiner Paternalismus	40
g.) Das Paternalismusparadox und die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG	41
h.) Widersprüchlichkeit zwischen Drittschutzgebot und Selbstschutzverbot als Argument für legitimen Paternalismus? ...	42
i.) Das Problem negativer Konnotation bei Paternalismus	44
j.) Gerechtfertigter Paternalismus zur Maximierung von Gesamtfreiheit?	45
k.) „volitional well-being“ und „critical well-being“ nach R. Dworkin	47

1.) Rechtspaternalismus und moralistischer Rechtspaternalismus .	49
3.) Paternalismus und Verfassungsrecht	52
a.) Grundrechte, deren Schranken und Paternalismus	52
aa.) Allgemeine Handlungsfreiheit und Allgemeines Persönlichkeitsrecht	52
bb.) Menschenwürde	54
b.) Grundrechtsverzicht	55
c.) Rechtfertigungen für paternalistische Eingriffe	59
4.) Verhaltensökonomie im Paternalismus: Der „neue Paternalismus“ und das libertäre Paternalismuskonzept	61
a.) <i>New Paternalism</i> nach <i>Mead</i>	61
b.) Behavioral Law and Economics als Rechtfertigung von Paternalismus nach <i>Thaler und Sunstein</i>	63
c.) Der <i>homo oeconomicus</i> als Grundlage der Rationalitätserwägung	65
d.) Ansätze für Rechtfertigung von Rechtspaternalismus durch Wohlfahrtsmehrung	67
e.) Libertarismusansatz	68
f.) Schonendster Paternalismus	69
5.) Kosten-Nutzen-Abwägungen bei paternalistischer Intervention ..	71
a.) Vertragsrechtliche Grundlagen der Kosten-Nutzen-Abwägung ..	71
b.) Kosten und Risiken paternalistischer Intervention	72
c.) Das Konzept der „Freiheitsmaximierung“ in der Systematik der Grundrechte	75
6.) Unvereinbarkeit des libertären Paternalismuskonzeptes von <i>Thaler und Sunstein</i> der modernen Behavioral Law and Economics mit dem deutschen Grundrechtsverständnis	79
a.) Frühe Kritik an dem „neuen Paternalismus“	79
b.) Jüngere Kritik am Konzept des „ <i>nudging</i> “ im libertären Paternalismus	80
c.) Beschränkung autonomieorientierten (weichen) Paternalismus' auf den Erhalt und die Wiederherstellung von Autonomie nach <i>Klimpel</i>	88
7.) Paternalismus zum Schutz von Autonomie – ein Paradox?	88

II. Paternalismus und Grundrechtsschutz	92
1.) Leben und körperliche Integrität als Grundlage persönlicher Freiheit	93
2.) Verfügung über das eigene Leben	94
a.) Grundsätzliche Überlegungen	94
b.) Verfassungsrechtliche Einordnung eines Rechtes auf Selbsttötung	96
c.) Perspektive in der Rechtsprechung, insbesondere im Strafrecht	99
d.) Polizei- und Ordnungsrechtliche Betrachtungsweise	102
aa.) Suizid als Problem des effektiven Rechtsgüterschutzes im Gefahrenabwehrrecht	102
bb.) Suizid als Gefahr für die öffentliche Sicherheit und die Störereigenschaft des Suizidenten	104
e.) Paternalistischer Lebensschutz gemessen an Art. 2 Abs. 2 GG	107
3.) Autonome Selbstgefährdung	115
a.) Gurt- und Helmpflicht	115
aa.) Begründung in der Rechtsprechung	115
bb.) Kritik der Rechtsprechung	116
cc.) Rechtfertigung von Gurt- und Helmpflicht als Selbstschutzmaßnahme?	117
dd.) Staatliche Schutzpflichten als Rechtfertigung der Verhinderung autonomer Selbstschädigungen?	121
b.) Keine Helmpflicht für Fahrradfahrer im Straßenverkehr	127
aa.) Die Frage des Mitverschuldens im Sinne des § 254 BGB	127
bb.) Vergleich mit der Rechtsprechung zu Gurt- und Helmpflicht und Bedeutung für die Paternalismusdebatte	128
cc.) Notwendigkeit einer Unterscheidung zwischen Beitrag der Selbstgefährdung zum Schadensereignis und der Schadensfolge zur Wahrung der allgemeinen Handlungsfreiheit	133

B. Zweiter Teil: Wille und Aufklärung – Grenzen der Selbstbestimmung im Arzt-Patienten-Verhältnis	143
I. Anforderungen an eine autonome Entscheidung bei der Einwilligung in eine ärztliche Behandlung	143
1.) Paternalismus und Privatautonomie	144
a.) Literaturansichten zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Privatautonomie	144
b.) Schutz der Privatautonomie bei Machtungleichgewichten durch die Rechtsprechung	146
c.) Problem der Willkür bei Abstellen auf Vernunftkriterien bei der Ermittlung von Autonomie	148
2.) Grundlagen der Patientenautonomie	149
a.) Trennung zwischen vertragsrechtlicher Privatautonomie und allgemeiner Selbstbestimmung	149
b.) Paternalismus im Arzt-Patienten-Verhältnis als Grundlage der Diskussion zur Patientenautonomie – Modelle von Verhältnis und Kommunikation zwischen Arzt und Patient	152
aa.) Paternalistisches Modell	153
bb.) Deliberatives Modell	153
cc.) Interpretatives Modell	154
dd.) Informatives Modell	154
c.) Bedeutung der verschiedenen Modelle	155
3.) <i>Informed consent</i> als medizinethische Voraussetzung der Patientenautonomie	160
a.) Historische Entwicklung der „Informed Consent Doctrine“ im angloamerikanischen gemeinen Recht des 20. Jahrhunderts	160
b.) <i>Informed consent</i> als Konzept der modernen Medizin- und Bioethik	161
aa.) Elemente des <i>informed consent</i>	161
bb.) Informatives Element	162
cc.) Voluntatives Element	163
c.) Das Einwilligungserfordernis als Konfliktpunkt von Recht und Medizin	165
d.) Einordnung und Bedeutung für die Betrachtung des Arzt-Patienten-Verhältnisses	166

II. Verfassungsrechtliche Grundlagen der Patientenautonomie	171
1.) Entwicklung des Einwilligungserfordernisses	171
a.) Rechtsprechung des RG in Strafsachen	172
b.) Rechtsprechung des RG in Zivilsachen	174
c.) Die Aufklärung als Erfordernis der Einwilligung in der Rechtsprechung des RG	176
d.) Die Einwilligung in der Strafrechtsprechung des BGH	179
2.) Patientenautonomie als verfassungsrechtliches Konzept	181
a.) Grundrechtliche Verortung der Selbstbestimmung des Patienten	181
aa.) Schutz der Patientenautonomie aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ...	181
bb.) Schutz der Patientenautonomie aus dem Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG	183
b.) Schutz der Patientenautonomie durch positives Recht	185
c.) Zivilrechtliche Erfassung der Patientenautonomie und das Patientenrechtegesetz	185
d.) Beschränkung der Patientenautonomie	187
aa.) Beschränkung der Patientenautonomie aus Art. 2 Abs. 2 GG	187
bb.) Beschränkung der Patientenautonomie aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG	188
III. Einwilligungsfähigkeit und „Vernunft“	192
1.) Allgemeine Voraussetzungen der Einwilligungsfähigkeit	192
2.) Strafrechtliche Herleitungsversuche	194
a.) Rechtsprechung des RG und des BGH in Strafsachen	194
b.) Notwendigkeit der „Rationalität“ der Einwilligungsentscheidung?	195
c.) Die „Zahnextraktionsentscheidung“ des BGH und deren Diskussion	197
d.) Die Vernunft der Entscheidung als Kriterium zur Ermittlung der Einwilligungsfähigkeit?	201
3.) Zivilrechtliche Einordnung	205
a.) Die frühe Rechtsgeschäftslehre	205

b.) Abkehr von der Rechtsgeschäftslehre in der Rechtsprechung des BGH	206
c.) Vereinzelt Anwendung der §§ 133, 157 BGB durch den BGH	207
d.) Ansichten in der Literatur	208
4.) Losgelöste Betrachtung von zivil- und strafrechtlicher Systematik an feste Altersgrenzen und allgemeinen Vernunftkriterien	214
a.) Die Lehre der fehlenden Rechtsqualität von Selbstbestimmungsakten von <i>Flume</i>	218
b.) Zivilrechtliche Willensdogmatik im Verhältnis zwischen Behandlungsvertrag und Einwilligung?	220
c.) Maßgeblichkeit der subjektiven Wertordnung des Betroffenen	226
5.) Grenze der Einwilligungsfähigkeit durch Grundrechtsmündigkeit?	228
a.) Größere Reichweite des Grundrechtsschutzes als der einfacher Gesetze	228
b.) Grundrechtsmündigkeit als Trennung zwischen Trägerschaft und Ausübung von Grundrechten	229
c.) Herleitung einer Grundrechtsmündigkeit	231
aa.) Einsichts- und Entscheidungsfähigkeit als Ausgangspunkt der Betrachtung	231
bb.) Grundrechtsmündigkeit und Elternrecht	232
d.) Ablehnung der Grundrechtsmündigkeit als allgemeine Voraussetzung der Einwilligung in Verfügungen über Grundrechtsgüter	236
aa.) Grundrechtsmündigkeit als Versuch der Beschränkung grundrechtlicher Freiheit durch Anwendung einfachgesetzlicher Wertungen	236
bb.) Anwendbarkeit auf Einsichtsunfähigkeit aus anderen Gründen als dem Alter?	239
IV. Der „natürliche Wille“ als Begriff in Recht und Medizin	244
1.) Das Merkmal des „natürlichen Willens“ und der „natürlichen Einsichtsfähigkeit“	245
a.) Entwicklung des Rechtsbegriffs des „natürlichen Willens“	245

b.) Widersprüchlichkeit des Begriffs durch die Einführung des Betreuungsrechts	247
2.) Der natürliche Besitzwille in § 854 BGB	249
a.) Der Besitzwille in der Rechtsprechung	250
aa.) Rechtsprechung des RG	250
bb.) Abstellen des BGH auf eine tatsächliche Willensbildung	251
cc.) Erstmalige Nutzung des Begriffs des natürlichen Willens als Abgrenzungskriterium von rechtsgeschäftlichem Willen durch das BVerwG	251
dd.) Weitere Differenzierung in der Rechtsprechung und das Problem des Machtbereichs als räumlicher Bezug zur Herrschaft über die Sache	253
b.) Besitzwille vor Inkrafttreten des BGB: Jherings objektive Theorie des Willens	255
c.) Diskussion nach Inkrafttreten des BGB	257
3.) Der Gewahrsamswille in § 242 StGB	261
4.) Der Fortbewegungswille in § 239 StGB	265
a.) Der Fortbewegungswille in der Rechtsprechung	266
b.) Kritik am potenziellen Fortbewegungswillen	269
c.) Eingrenzung eines natürlichen Fortbewegungswillens	270
5.) Der natürliche Wille in §§ 177, 179 StGB a.F.	274
a.) Wille und Willensfähigkeit als Abgrenzungskriterium zwischen § 177 a.F. und § 179 StGB a.F.	275
b.) Die schutzlose Lage und das Nötigungselement in § 177 Abs. 1 Fall 3 StGB a.F. vor dem Hintergrund beeinträchtigter Willensfähigkeit des Opfers	276
aa.) Ansicht in der Rechtsprechung	276
bb.) Diskussion in der Literatur	278
cc.) Entscheidendes Kriterium der Widerstandsunfähigkeit ...	281
dd.) Erfassung des Schlags durch § 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F. ...	282
c.) Zusammenfassung und Bewertung des „natürlichen Willens“	286
6.) Der natürliche Wille als Begriff in der Medizinethik	291

C. Dritter Teil: Reichweite und Grenzen der Einwilligung im Lichte der Patientenautonomie	297
I. Die mutmaßliche Einwilligung	299
1.) Die Entwicklung der mutmaßlichen Einwilligung im Strafrecht als Rechtfertigungsgrund	299
2.) Die mutmaßliche Einwilligung zur Wahrung von Selbstbestimmung	303
a.) Widerstreit zwischen Grundrechtsschutz und Patientenautonomie	303
b.) Vergleich mit der tatsächlichen Einwilligung	304
aa.) Güterabwägung zwischen Selbstbestimmung und Gesundheitsschädigung	305
bb.) Heranziehung der Regeln der GoA zur objektiven Interessenwahrung	306
3.) Grenzen des mutmaßlichen Willens bei nie bestandener Willensfähigkeit	308
II. Die hypothetische Einwilligung	313
1.) Die hypothetische Einwilligung als Instrument der Haftungsbeschränkung des Arztes im zivilrechtlichen Arzthaftungsprozess	313
a.) Zivilrechtliche Entwicklung in der Rechtsprechung des RG	313
b.) Die hypothetische Einwilligung in der zivilrechtlichen Rechtsprechung des BGH	314
2.) Die hypothetische Einwilligung im Verhältnis zur Patientenautonomie	316
a.) Rechtliche Einordnung der hypothetischen Einwilligung	316
b.) Anwendungsfälle der hypothetischen Einwilligung	317
c.) Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht	319
aa.) Einordnung der hypothetischen Einwilligung als strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund	319
bb.) Kritik in der Literatur wegen der Subsidiarität der hypothetischen Einwilligung	319
d.) Unvereinbarkeit der hypothetischen Einwilligung mit der Patientenautonomie	323

III. Antizipierte Einwilligung: Die Patientenverfügung	330
1.) Die Patientenverfügung in § 1901a BGB	330
a.) Das Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts und seine Entstehung	330
b.) Entwicklung in der Rechtsprechung: Die Bluttransfusionsentscheidung des BVerfG	331
c.) Kritik in der Literatur	332
d.) Die Patientenverfügung in der Zivilrechtsprechung: Die Lübecker Entscheidung des BGH	333
e.) Änderung des Betreuungsrechts als Reaktion auf die Rechtsprechung	338
f.) Das Verhältnis der Patientenverfügung zur Patientenautonomie	338
g.) Rechtsnatur der Patientenverfügung	339
2.) Voraussetzungen der Patientenverfügung	339
a.) Keine Notwendigkeit ärztlicher Aufklärung	339
b.) Das fehlende Aufklärungserfordernis als Problem für die Selbstbestimmung?	341
c.) Die Patientenverfügung als Erweiterung der Einwilligungserklärung	345
d.) Das Kriterium der Volljährigkeit	347
e.) Die Kongruenzprüfung in § 1901b BGB	349
f.) Bindungswirkung der Patientenverfügung für Betreuer und Arzt zur Wahrung der Patientenautonomie	353
g.) Notwendigkeit gerichtlicher Kontrolle	356
aa.) Abwendung vom Konfliktmodell	356
bb.) Kritik am Fehlen eines obligatorischen Verfahrens	357
h.) Widerruf der Verfügung und die Anforderungen an den Widerrufswillen und Widerruf durch natürlichen Willen	360
aa.) Unergiebigkeit der Gesetzesmaterialien	360
bb.) Diskussion in der Literatur	362
cc.) Systematische Betrachtung anhand der Kriterien der Einwilligungsfähigkeit und des „natürlichen Willens“	363

dd.) Berücksichtigung „natürlicher Willensäußerungen“ bei Patienten mit Patientenverfügung und das Problem der Bestimmtheit in Patientenverfügungen in der jüngeren Rechtsprechung des BGH	366
3.) Auslotung der Grenzen der Reichweite antizipierter Einwilligung anhand sog. „Odysseus-Verfügung“ als Sonderfall der Patientenverfügung	369
a.) Der Begriff der „Odysseus-Verfügung“	369
aa.) Die Odysseus-Verfügung	369
bb.) Diskussion der Möglichkeit und Reichweite einer solchen Verfügung	372
b.) Legitimation von „Odysseus-Verfügungen“ anhand der Systematik der Patientenverfügung und Patientenrechte	377
aa.) Reichweite des Willensausschlusses und das Verhältnis zwischen früherem und späterem Willen ...	379
bb.) Herleitung der Möglichkeit einer Odysseus- Verfügung aus der Systematik des Betreuungsrechts	381
cc.) Abbedingbarkeit des (formlosen) Widerrufs	385
c.) Vorschlag einer Gesetzesänderung	388
d.) Die Odysseus-Verfügung als systemkonformes Bindeglied zwischen Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung	391
IV. Entbehrliche Einwilligung: Anwendung der Ergebnisse auf die (psychiatrische) Zwangsbehandlung nach § 1906a BGB	394
1.) Zwangsbehandlung im Betreuungsrecht nach § 1906a BGB	394
a.) Die Entwicklung in der Rechtsprechung	395
aa.) Beschlüsse des BVerfG zur Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug	395
bb.) Entscheidungen des BGH zur Übertragung der Rechtsprechung in das Betreuungsrecht	396
b.) Erneute Betrachtung der Verfassungsmäßigkeit des § 1906 Abs. 3 BGB a.F. durch BVerfG, Beschl. v. 26.7.2016, 1 BvL 8/15	397
c.) Die Neuregelung des § 1906a BGB	398

d.) Problem der Kollision juristischer und medizinisch- psychiatrischer Betrachtungsweise	401
e.) Einwilligung bei psychischer Krankheit als besonderes Problem der Willensermittlung	403
f.) Einschränkungen und Modifikationen der Einwilligung in der Psychiatrie	406
aa.) Grundsätzliche Notwendigkeit der Aufklärung in der Psychiatrie	406
bb.) Patientcompliance und Arztcompliance als wesentliche Faktoren	407
cc.) Das Verhältnis zwischen Körperverletzung, Einwilligungserfordernis und psychiatrischer Behandlung	409
2.) Geistige Krankheit als Metapher für unerwünschtes Verhalten?: Der „Mythos der Geisteskrankheit“ nach Szasz	411
3.) Der Krankheitsbegriff als Grundlage der Notwendigkeit betreuungsrechtlicher Intervention	414
a.) Das krankheitsbedingte Verhalten als wesentlicher Unterschied zwischen körperlicher und geistiger Krankheit	414
b.) Der medizinische Krankheitsbegriff	416
c.) Der juristische Krankheitsbegriff	419
aa.) Der sozialrechtliche Krankheitsbegriff	420
bb.) Der allgemeine und besondere zivilrechtliche Krankheitsbegriff	421
cc.) Der strafrechtliche Krankheitsbegriff	423
dd.) Der „Charakter“ des Menschen und sein Verhältnis zur Krankheit in der Rechtsprechung des BGH	424
ee.) Einordnung des Verhältnisses von Krankheit und Recht	426
4.) Schutz von Psyche und Persönlichkeit versus Schutz des Körpers im deutschen Recht	430
a.) Der Schutz der Psyche im Überblick	430
b.) Schutz der Psyche unter dem Tatbestand der Körperverletzung	431
c.) Überschneidung zwischen Rechtsgütern des Körpers und der Persönlichkeit beim Schutz der Psyche	435

5.) Habeas Mentem – Ein Recht auf mentale Selbstbestimmung nach <i>Bublitz</i>	437
a.) Schutz der Persönlichkeit als Ganzes und Wahrung der Autonomie - „Seele und Leib“ als unbrauchbare Abgrenzungskriterien	439
b.) Freier Wille, natürlicher Wille und Willensdeterminismus	441
c.) Freier Wille, Menschlichkeit und psychische Krankheit	442
d.) Der Kernbereich und Teilaspekte der Persönlichkeit: Der Homunkulus Einwand	444
e.) Persönlichkeitsveränderung als unvermeidbares Ziel psychiatrischer Zwangsbehandlung	446
6.) Abschließende Überlegungen und Ausblick	452
7.) Folgen für die Betreuungspraxis	455
8.) Zusammenfassung der Ergebnisse	458
 Literaturverzeichnis	 463