

Josef Franz Lindner (Hrsg.)

Selbst – oder bestimmt?

Illusionen und Realitäten des Medizinrechts



Nomos

Schriften zum Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Marion Albers
Prof. Dr. Ivo Appel
Prof. Dr. Ulrich M. Gassner
Prof. Dr. Henning Rosenau

Band 30

Josef Franz Lindner (Hrsg.)

Selbst – oder bestimmt?

Illusionen und Realitäten des Medizinrechts



Nomos

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

ISBN 978-3-8487-4185-4 (Print)

ISBN 978-3-8452-8454-5 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die Selbstbestimmung der Patienten – vor allem die Einwilligung nach einer umfassenden Aufklärung (informed consent) – zieht sich wie ein roter Faden durch alle Bereiche des Medizinrechts und der medizinischen Praxis. Doch so akzeptiert die Selbstbestimmung auch ist, so wenig lassen sich die Friktionen und Probleme übersehen, mit denen die Selbstbestimmung in der medizinischen Praxis konfrontiert wird.

Die Selbstbestimmung spielt in vielen Bereichen der Medizin, der Rechtswissenschaft, der Soziologie sowie der Ethik eine entscheidende Rolle. Aus verfassungsrechtlicher Sicht gilt es, Inhalt und Grenzen der Selbstbestimmung zu definieren. Sodann ergeben sich aber auch in weiteren „Teilbereichen“ der Rechtswissenschaft zu klärende Fragen: das Strafrecht setzt sich mit der Frage auseinander, ob der sog. „informed consent“ auch hier ein ausreichendes Konzept darstellt. Das Familienrecht fragt, wie weit die Mitentscheidungsbefugnis minderjähriger Patienten bei medizinischen Behandlungen reicht. Aber auch aus medizinethischer Sicht unterscheiden sich Anspruch und Wirklichkeit des informed consent in der medizinischen Praxis. Des Weiteren macht es der medizinische Fortschritt – z.B. im Rahmen genomischer Untersuchungen - notwendig, die Grenzen der Selbstbestimmung neu zu bestimmen. Aus soziologischer Sicht wird die Selbstbestimmung am Lebensende, insbesondere in der ambulanten Sterbeversorgung, in den Blick genommen.

Diese Fragen waren im Oktober 2015 Gegenstand einer Tagung an der Universität Augsburg, das vom dortigen Institut für Bio, Gesundheits- und Medizinrecht (IBGM) veranstaltet worden ist. Unter dem Titel „Selbst – oder bestimmt? Illusionen und Realitäten des Medizinrechts“ wurde die Selbstbestimmung der Patienten im Medizinrecht aus juristischer, ethischer, medizinischer und soziologischer Sicht beleuchtet. Der Band verbindet die theoretischen Grundlagen und die alltägliche Praxis der Selbstbestimmung im Medizinrecht, indem das Thema vertiefend und interdisziplinär aufgearbeitet wird, um inhaltliche und konzeptionelle Probleme klarer erkennen und neue Impulse geben zu können. Die Mehrzahl der auf dieser Tagung gehaltenen Referate sind in diesem Band versammelt. Außerdem findet sich ein Beitrag, der die Selbstbestimmung bei Forschungsvorhaben untersucht und auch den neu eingefügten § 40b AMG in den Blick nimmt. Im Anhang ist zusätzlich ein Tagungsbericht abgedruckt.

Ein herzliches Wort des Dankes gilt den Referentinnen und Referenten für ihre Teilnahme an der Tagung und für die Überlassung ihrer Manuskripte für diesen Band sowie Frau Victoria Seeliger, Herrn Lukas Wolff und Frau Franziska Huber für die redaktionelle Aufbereitung der Beiträge.

Augsburg, im Juli 2017

Josef Franz Lindner

Inhalt

<i>Josef Franz Lindner</i> Das Paradoxon der Selbstbestimmung	9
<i>Florian Steger und Giovanni Rubeis</i> Selbstbestimmung und individualisierte Medizin	27
<i>Sabine Rudnik-Schöneborn</i> Grenzen der Selbstbestimmung im Zeitalter genomischer Untersuchungen	45
<i>Stephanie Stadelbacher und Werner Schneider</i> Selbstbestimmung am Lebensende – empirische Befunde aus der ambulanten Sterbendenversorgung	63
<i>Katja Nebe</i> Die elterliche Personensorge – elterliche (Mit-) Entscheidungsbefugnis bei medizinischer Behandlung Minderjähriger?	83
<i>Dorothea Magnus</i> Informed consent: Ein hinreichendes Konzept im Strafrecht?	107
<i>Franziska Huber</i> Forschung am Menschen und Selbstbestimmung (unter besonderer Berücksichtigung des neu eingefügten § 40b AMG)	127

Inhalt

Anhang: <i>Carina Dorneck und Kim Philip Linoh</i> Tagungsbericht	147
Autoren- und Herausgeberverzeichnis	153

Das Paradoxon der Selbstbestimmung*

Josef Franz Lindner

I. Das Selbstbestimmungsparadigma

Selbstbestimmung ist ein elementarer, verfassungsrechtlich abgesicherter Grundsatz unserer Rechtsordnung. Die selbstbestimmte Entscheidung des Einzelnen für oder gegen etwas sowie die selbstbestimmte Entscheidung, sich nicht zu entscheiden, sind in einer freiheitlichen Rechtsordnung Selbstwert und Selbstzweck. Moral und Recht als normative Sollensordnungen stehen heute maßgeblich und weitgehend unbestritten unter dem Leitbild der Selbstbestimmung des Menschen. Der Mensch sei – so ist gelegentlich und etwas pathetisch, vor allem im Bereich des Medizinrechts, zu lesen – der „Sultan seiner Existenz“.¹

Die Selbstbestimmung des Menschen als Rechtsprinzip prägt alle Säulen des Rechts und verbindet diese²: Das Zivilrecht durch die Vertragsfreiheit, das Strafrecht durch das Schuldprinzip, das Öffentliche Recht durch die Grundrechte. Der aufgeklärte, seine Interessen selbstbewusst und eigenverantwortlich definierende, formulierende und artikulierende, kurz der sich selbst bestimmende Mensch – gar in Gestalt des homo oeconomicus³ – ist

* Der Beitrag greift Überlegungen auf, die der Verfasser bereits in dem Text „Fremdbestimmung durch Selbstbestimmung“ (AöR 140 (2015), 542) angestellt hat, und versucht, diese partiell weiter zu entwickeln.

1 *Putz/Steldinger*, Patientenrechte am Ende des Lebens, 4. Aufl. 2012, S. 30.

2 Zum Postulat einer Einheit der Rechtsordnung s. *Lindner*, Einheit der Rechtsordnung als Aufgabe, JZ 2016, 697ff.

3 Der sog. „homo oeconomicus“ als selbstbestimmt, aufgeklärt und informiert Entscheidungen von (auch) ökonomischer Relevanz treffende Mensch diente lange als Leitbild für die ökonomische Analyse des Rechts. Diese Leitbildfunktion der theoretischen Denkfigur „homo oeconomicus“ wird allerdings zunehmend durch verhaltenspsychologische Erkenntnisse („behavioral economics“) in Frage gestellt und zurückgedrängt: Der Mensch entscheidet nicht immer und nur rein selbstbestimmt, rational und nach Kosten-Nutzen-Kalkül oder Minimax-Prinzip, sondern wird auch durch gegenteilige interne und externe irrationale Impulse geleitet. Der Mensch verhält sich nicht stets streng rational, als „homo oeconomicus“ Vor- und

eine zentrale Denk- und Argumentationsfigur des philosophischen⁴, politischen, rechtlichen und ökonomischen Diskurses, kurz ein Paradigma in *Kuhn*'schem Sinne.⁵ „Selbstbestimmung“ ist thematisch umfassend angelegt und auch personal grundsätzlich unbeschränkt. Verankert in der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) sowie im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) genießt das Selbstbestimmungsrecht höchste Dignität. Allerdings ist das Verhältnis von Menschenwürde, allgemeinem Persönlichkeitsrecht und Selbstbestimmungsrecht weder in Lehre noch in Rechtsprechung bislang gründlicher theoretisch entfaltet worden. Man wird bei aller Vorsicht in diesem grundlegenden verfassungsrechtlichen Bereich sagen können, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht, verbürgt durch Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG, eine

Nachteile abwägend, sondern ist in seinen Entscheidungen bisweilen wankelmütig, unberechenbar, von Launen, Vorurteilen, Tagesstimmungen, irrationalen Präferenzen, Freuden und Ängsten motiviert oder gar getrieben. Überschwang, Euphorie, Leichtsinn, Idealismus, Widersprüchlichkeit und Inkonsequenz gehören unauflöslich zur *condicio humana*, ebenso wie die Manipulierbarkeit. Vgl. dazu *Eidenmüller*, Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, JZ 2005, 216. Zur ökonomischen Analyse des Rechts am Beispiel des Öffentlichen Rechts s. *Lindner*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen einer ökonomischen Theorie des Öffentlichen Recht, JZ 2008, 957. Zur *condicio humana* als Basis einer rechtsphilosophischen Gerechtigkeitstheorie s. *Lindner*, Rechtswissenschaft als Gerechtigkeitwissenschaft, RW 2011, 1 (11).

- 4 Vor allem seit den Kritiken Immanuel Kants sind Selbstbestimmung und Autonomie zentrale Kategorien philosophischen Denkens. Nicht nur der Mensch als solcher, sondern der Mensch als vernunftbegabtes und selbstbestimmtes Wesen bildet den Fokus, auf den die philosophische Reflexion bezogen ist oder von dem sie ausgeht. Dies ist jüngst eindrücklich von *Welsch*, Mensch und Welt. Eine evolutionäre Perspektive der Philosophie, 2012, S. 11 sowie *Welsch*., Homo mundanus, 2012 als „anthropische Denkform“ philosophiehistorisch und -systematisch entfaltet, aber auch als einseitig kritisiert worden.
- 5 Der – durchaus inflationär gebrauchte – Begriff „Paradigma“ stammt aus der Wissenschaftstheorie und lässt sich am besten als „Leitbild“ oder „grundlegendes Erklärungsmodell“ begreifen. *Kuhn*, Zur Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, 2. Aufl., dt. Ausgabe 1976 bezeichnet als Paradigmenwechsel nicht schon jede Änderung in einem dogmatisch-theoretischen System, sondern meint damit die grundlegende Verwerfung eines bisher anerkannten Erklärungsmodells und dessen Ersetzung durch ein anderes; vgl. dazu auch *Poser*, Wissenschaftstheorie, 2. Aufl. 2012, S. 150ff.

Ausprägung und Konkretisierung der Menschenwürde darstellt und als normativer Speicher für den Schutz der Selbstbestimmung des Menschen in den verschiedensten Modalitäten dient.⁶

II. Die Entwicklungsoffenheit des Selbstbestimmungsparadigmas

Das Selbstbestimmungsrecht ist nicht statisch, gegenständlich-thematisch fixiert, sondern dynamisch im Sinne einer Entwicklungsoffenheit für neuartige Gefährdungslagen und Handlungsoptionen, die etwa durch den biomedizinischen oder informationstechnischen Fortschritt generiert werden. Das Selbstbestimmungsrecht des Menschen erstreckt sich auf nahezu alle Bereiche der (persönlichen) Lebenswirklichkeit, wird thematisch ausbuchstabiert durch die speziellen, benannten Freiheitsrechte und vor Schutzlücken durch das Grundrecht des Allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) als sog. „Auffanggrundrecht“ bewahrt.⁷ Musterbeispiel ist insoweit das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.⁸

6 Vgl. die Ausdifferenzierungen mit Nachweisen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei *Kingreen/Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 32. Aufl. 2016, Rn. 408 ff.: Selbstbestimmung im Hinblick auf die eigene Identität und sexuelle Orientierung, Selbstbestimmung als Selbstbewahrung sowie als Selbstdarstellung. Eingehende Darstellung bei *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 2 Rn. 147 ff.

7 Sehr häufig wird Grundrechtsschutz mit Selbstbestimmungsschutz gleichgesetzt: z.B. *Starck*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 5. Aufl. 2005, Art. 1 Rn. 10: Zur Würde gehört Selbstbestimmung - Menschenwürde bedeutet Selbstbestimmung auf der Grundlage des Eigenwertes jedes Menschen“. Vgl. auch *Suhr*, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, 1976, S. 78 ff.; *Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, S. 69 ff.; 282 ff.; s. bereits *Dürig*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 1 Abs. 1 Rn. 18. Zum Verhältnis von Menschenwürde, Grundrechten und Selbstbestimmung s. *Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, S. 248 ff.

8 Vom Bundesverfassungsgericht entwickelt in BVerfGE 65, 1 und seitdem in ständiger Rechtsprechung weiter für die verschiedensten Gefährdungslagen ausbuchstabiert.

III. Das Selbstbestimmungsparadigma im Medizinrecht

Das Selbstbestimmungsparadigma stellt einen wesentlichen Pfeiler des heutigen Medizinrechts dar. Es ist maßstabbildend für die rechtliche Bewältigung der rasanten Entwicklungen in den Lebenswissenschaften: Von der Fortpflanzungsmedizin, in der heute ein Grundrecht auf reproduktive Selbstbestimmung diskutiert wird⁹, über den allgemeinen, seit kurzem in § 630d BGB verankerten medizinrechtlichen Grundsatz der informiert-selbstbestimmten Einwilligung („informed consent“) bis hin zur Patientenverfügung (§ 1901a BGB)¹⁰ und dem Postulat selbstbestimmten Sterbens reicht das Spektrum des Selbstbestimmungsgrundsatzes. Eine zentrale dogmatische Rechtsfigur zur Sicherung des Selbstbestimmungsrechts ist das Institut der (aufgeklärten) Einwilligung¹¹: Etwa in eine medizinische Behandlung oder in den Abbruch einer solchen, in eine gendiagnostische Maßnahme¹², in einen Eingriff zur Optimierung der körperlichen oder geistigen Leistungsfähigkeit, in das Einfrieren der eigenen Keimzellen zum Zwecke späterer Fortpflanzung (sog. „social freezing“) oder in die Speicherung biomedizinischer Proben und Daten in einer Biobank. Dies alles kann „freiwillig“ auf Grund selbstbestimmter Einwilligung erfolgen – und damit, zumindest prima facie, in Ausübung persönlicher und selbst sowie vor sich selbst verantworteter Freiheit. Voraussetzung für das Vorliegen einer wirksamen Einwilligung ist regelmäßig deren Freiwilligkeit. Mit dem Rechtsinstitut der Einwilligung wird mithin auch der Aspekt der Freiwilligkeit zu einem zentralen Element des auf individuelle Selbstbestimmung fokussierten Medizinrechts. Freiwilligkeit scheint ohne Weiteres und problemlos dem Inbegriff von Freiheit und Selbstbestimmung zuzuordnen zu sein: Nur wer freiwillig, auf Basis vollständiger Aufklärung, freier Willensbildung und freier Willensäußerung handelt, zumal einwilligt, handelt selbstbestimmt. Die freiwillige Entscheidung erscheint begrifflich wie rechtstechnisch als kongenialer Partner des Selbstbestimmungsrechts. Worin anders als in Freiwilligkeit sollten sich Freiheit und Selbstbestimmung auch ausprägen?

9 Vgl. etwa *Kingreen/Poscher* (Fn. 6), Rn. 410; *Lindner*, Verfassungsrechtliche Aspekte eines Fortpflanzungsmedizingesetzes, in: *Rosenau* (Hrsg.), Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland, 2012, S. 127/143 ff.; *Gassner/Kersten/Krüger/Lindner/Rosenau/Schroth*, Fortpflanzungsmedizingesetz. Augsburg-Münchner-Entwurf (AME-FMedG), 2013, S. 31.

10 Zum Problem des natürlichen Willens s. *Lindner/Huber*, Widerruf der Patientenverfügung durch den einwilligungsunfähigen Patienten? NJW 2017, 6 ff.

11 Nunmehr für das Medizinrecht zentral geregelt in § 630d BGB.

12 Vgl. §§ 7 ff. des Gendiagnostikgesetzes (GenDG).

IV. Legitimation durch Selbstbestimmung?

Die selbstbestimmte Entscheidung scheint den Gesetzgeber grundsätzlich der Notwendigkeit weiterer Rechtfertigung für die Zulassung des jeweiligen Verhaltens zu entheben. In der Selbstbestimmung des eigenen Handelns oder der selbstbestimmten Zustimmung zu einem fremden Handeln ist bereits dessen Rechtfertigung zu sehen – „volenti non fit iniuria“. Hierin liegt das Verlockende für den Gesetzgeber: Die intuitive rechtspolitische Verführungskraft der Selbstbestimmung als *Legitimationsmodell*. Soweit eine Handlung oder Maßnahme selbstbestimmt im Sinne von freiwillig-aufgeklärt erfolgt, wird sie von der Rechtsordnung gebilligt und bedarf grundsätzlich keiner zusätzlichen Rechtfertigung – etwa der medizinische Eingriff, die Analyse und Entschlüsselung des Genoms, die Speicherung biomedizinischen Materials samt dazugehöriger Daten in einer Biobank, die Optimierung des eigenen Körpers und Geistes bis hin zur passiven Sterbehilfe und zur Selbsttötung. Der Verweis auf Selbstbestimmung und freiwillige Einwilligung und Zustimmung ist politisch bequem.¹³ Selbstbestimmung wirkt oder zumindest gilt als hinreichende Legitimation. Dies lässt sich an aktuellen¹⁴ Beispielen aus dem Medizin- und Gesundheitsrecht illustrieren.

-
- 13 Der Gesetzgeber macht daher auch in großem Umfang vom Einwilligungsmodell Gebrauch: vgl. etwa § 630 d BGB, § 1901a BGB, § 3a Abs. 2 ESchG, § 8 GenDG; § 4 BDSG; s. auch die nachstehende Fußnote.
- 14 Die meisten Bereiche des Medizin- und Gesundheitsrechts sind von der (vorgeblich) legitimierenden Kraft der Selbstbestimmung beherrscht, ausgeprägt im Rechtsinstitut der freiwilligen und aufgeklärten Einwilligung (wobei mitunter zusätzlich das Votum einer Ethikkommission eingeschaltet ist). Abgesehen von der Kernnorm des § 630d BGB sind zu nennen: § 8 Abs. 1 TPG (Lebendorganspende); §§ 3 ff. TFG (fremdnützige Blutspende; vgl. zur Aufklärung BGH NJW 2006, 2108 ff.); § 15 der (als solche nicht verbindlichen) Musterberufsordnung für Ärzte (MBÄ) i.V.m. Nr. 9, 25-32 der Deklaration von Helsinki des Weltärztebundes „ethische Grundsätze für die Forschung am Menschen“ (Zulässigkeit der Forschung mit und an Menschen); § 3 KastrG (Zulässigkeit der Kastration); § 40 Abs. 1 AMG (klinische Prüfung von Arzneimitteln); § 20 MPG (klinische Prüfung von Medizinprodukten). Auch das in der lebenswissenschaftlichen Forschungsinfrastruktur verbreitete Phänomen der Biobanken „lebt“ letztlich von der selbstbestimmten Einwilligung derjenigen, die sich damit einverstanden erklären, dass von ihnen gewonnenes biologisches Material samt zugehöriger Daten aufbewahrt und gespeichert werden und zumal für Forschungs-zwecke zur Verfügung stehen: vgl. dazu *Gassner/Kersten/Lindemann/Lindner/Rosenau/Schmidt am Busch/Schroth-/Wollenschläger*, Biobankgesetz, Augsburg-Münchner-Entwurf (AME-BioBG),

1. Biomedizinrecht

Das Biomedizinrecht¹⁵ wird maßgeblich vom Grundsatz der Selbstbestimmung beherrscht. Die tatsächlichen Handlungsoptionen, die durch den lebenswissenschaftlichen Fortschritt entstehen, sind auch rechtlich zumindest überwiegend¹⁶ realisierbar, wenn und soweit dies selbstbestimmt erfolgt, wobei selbstbestimmt aufgeklärt-freiwillig meint – im Sinne eines informed consent. Dies gilt zunächst für die biomedizinischen Möglichkeiten zu Beginn des Lebens, insbesondere für die In-vitro-Fertilisation (IVF)¹⁷ sowie für die Präimplantationsdiagnostik (PID), die nach langer verfassungsrechtlicher, ethischer und rechtspolitischer Diskussion nunmehr durch § 3a des Embryonenschutzgesetzes (ESchG) unter dort näher skizzierten Voraussetzungen (freilich sehr eingeschränkt) zugelassen ist. Eine der Zulässigkeitsvoraussetzungen der PID ist die schriftliche Einwilligung der Frau nach Aufklärung und Beratung (§ 3a Abs. 2, 3 Nr. 1, 2 ESchG). Die selbstbestimmte Entscheidung der Frau für die PID legitimiert diese mithin, wenn die übrigen Voraussetzungen des § 3a Abs. 2, 3 ESchG vorliegen.¹⁸ Auch die Pränataldiagnostik (PND), also die vorgeburtliche genetische Untersuchung während der Schwangerschaft, ist in § 15 des Gendiagnostikgesetzes (GenDG) unter dem Vorbehalt der aufgeklärten Einwilligung der schwangeren Frau vom Gesetzgeber für zulässig erklärt worden (§ 15 Abs. 1 i.V.m.

2015; *Albers*, Rechtsrahmen und Rechtsprobleme bei Biobanken, MedR 2013, 483 (485 ff. m.w.N.).

- 15 Als Biomedizinrecht sei hier derjenige Bereich des Medizinrechts verstanden, der sich mit dem modernen lebenswissenschaftlichen Fortschritt und den sich daraus ergebenden Handlungsoptionen befasst. Vgl. dazu *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2014, S. 869 ff.; *Spieker*, Biowissenschaftlicher Fortschritt und gesellschaftlicher Wandel aus der Perspektive der christlichen Sozialethik, ZfL 2013, 105 ff.; *Höffe*, Medizin ohne Ethik? 2002, S. 7 ff. („Ethik im Zeitalter der Biomedizin“).
- 16 Verboten sind allerdings etwa noch die Eizellspende (nicht hingegen die Samenzellspende), die sog. „Leihmutterchaft“ (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1, 2, 7 ESchG) sowie die „post mortem“-Befruchtung (§ 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG).
- 17 Diese ist durch das ESchG nicht eigens zugelassen, jedoch auch nicht verboten. Unzulässig sind lediglich bestimmte Modalitäten der IVF – etwa mit fremden Eizellen (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG), unter Verstoß gegen die sog. „Dreier-Regelung“ (§ 1 Abs. 1 Nr. 3, 5 ESchG) oder die IVF zu anderen als zu Fortpflanzungszecken (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG), also etwa für Zwecke der Forschung oder kommerziellen Nutzung.
- 18 Vgl. dazu näher *Frommel*, Die Neuregelung der Präimplantationsdiagnostik durch § 3a Embryonenschutzgesetz, JZ 2013, 488 ff.; *Huber/Lindner*, Rechtsschutz gegen ein negatives Votum der PID-Ethikkommission, MedR 2016, 502 ff.; *Huber/Lindner*, Staatsaufsicht über die PID-Ethikkommissionen? MedR 2016, 945 ff.

§§ 8, 9 GenDG).¹⁹ Auch die diagnostische sowie die prädiktive²⁰ Untersuchung des Genoms zur Ermittlung von Krankheitsdispositionen hat der Gesetzgeber nach Maßgabe aufgeklärter Einwilligung und genetischer Beratung für zulässig erklärt (§§ 7 ff. GenDG). Jedermann kann mithin selbstbestimmt (und unbeschränkt) sein Genom daraufhin untersuchen lassen, ob es an Defekten leidet, die später zum Ausbruch einer schwerwiegenden, gar tödlich verlaufenden Erkrankung führen. Dies gilt selbst dann, wenn das Ergebnis der Untersuchung Rückschlüsse auf Dritte zulässt (vgl. die Regelung in § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG).²¹

2. Selbstbestimmung am Ende des Lebens

Auch das Ende des Lebens unterliegt – freilich nur rechtlich²² – weitgehend dem Selbstbestimmungsparadigma. Niemand muss sich gegen seinen Willen lebensrettend behandeln lassen – so will es maßgeblich das Instrument der Patientenverfügung (§ 1901a BGB). Sagt der einwilligungsfähige Patient selbstbestimmt „nein“, darf eine Behandlung (auch eine lebensrettende) nicht aufgenommen werden, eine bereits begonnene ist abzubrechen, selbst wenn dies zum Tod führt (sog. „passive Sterbehilfe“). Dies gilt nach § 1901a Abs. 3 BGB sogar unabhängig von Art und Stadium der Erkrankung.²³ Die Beihilfe zum (selbstbestimmten) Suizid ist mangels Haupttat straflos, kann allerdings nach den ärztlichen Berufsordnungen der Landesärztekammern berufspflichtwidrig und damit rechtswidrig sein.²⁴ Lediglich

19 Vgl. dazu etwa *Lindner*, Fällt der sog. „Praena-Test“ in den Anwendungsbereich des § 15 GenDG? MedR 2013, 288 ff.

20 § 3 Nr. 8 GenDG.

21 Dazu eingehend *Wollenschläger*, Der Drittbezug prädiktiver Gendiagnostik, AöR 118 (2013), 161 ff.; *Lindner*, Grundrechtsfragen prädiktiver Gendiagnostik, MedR 2007, 286 ff.

22 Zur tatsächlichen Dimension aus der Sicht des Praktikers erhellend *Putz/Steldinger* (Fn. 1).

23 Zur strengen Interpretation dieser Vorschrift sogar als Beweisregel s. BGH, NJW 2014, 3572 ff.; zustimmend *Boemke*, Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen, NJW 2015, 378 (379); *Duttge*, Urteilsanmerkung, JZ 2015, 39 (44); Kritik bei *Lindner*, § 1901a Abs. 3 BGB – eine Beweisregel für die Ermittlung des mutmaßlichen Willens des Einwilligungsunfähigen? MedR 2015, 483 ff.

24 Zu diesen Fragen *Hilgendorf*, Strafwürdigkeit organisierter Sterbehilfe, JZ 2014, 545 ff.; *Strätling*, Assistierter Suizid – grundsätzlich „keine ärztliche Aufgabe“? MedR 2012, 283 ff.; *Lindner*, Verfassungswidrigkeit des – kategorischen – Verbots ärztlicher Suizidassistentz, NJW 2013, 136 ff.

die aktive Tötung kann durch eine selbstbestimmte Einwilligung nicht legitimiert werden (§ 216 StGB).²⁵ Ob es freilich ein Grundrecht auf einen selbstbestimmten²⁶ Tod gibt und was daraus für den Gesetzgeber folgen könnte, ist streitig geblieben und bislang nicht abschließend geklärt.²⁷ Hierauf wird das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Verfassungskonformität des § 217 StGB eine Antwort geben, der die geschäftsmäßige Beihilfe zur Selbsttötung unter Strafe stellt.

3. „Enhancement“

Ein in jüngster Zeit intensiv diskutiertes Thema im Bereich des Medizin- und Gesundheitsrechts sind die Möglichkeiten der indikationslosen Optimierung von Körper und Geist, kurz das sog. „enhancement“. Medizinisch nicht indiziert zielen solche Maßnahmen nicht auf die Diagnose bzw. Heilung einer Erkrankung oder auf die Linderung ihrer Symptome, sondern auf eine Veränderung von Körper oder Geist, die vom Betroffenen als Verbesserung, Optimierung oder Verschönerung begriffen wird. Von der Schönheitschirurgie²⁸ über die genetische Optimierung²⁹ bis hin zum „Hirndoping“³⁰ erstreckt sich das Spektrum möglicher Enhancement-Maßnahmen.³¹ Beziehen sich derartige Maßnahmen der sog. „wunscherfüllenden

25 Dazu *Antoine*, Aktive Sterbehilfe in der Grundrechtsordnung, 2003; *Lindner*, Grundrechtsfragen aktiver Sterbehilfe, JZ 2006, 373 ff.

26 *Rothaar*, Würde und Autonomie in der Sterbehilfedebatte, ZfL 2013, 100 ff.; *Duttge*, Lebensschutz und Selbstbestimmung am Lebensende, ZfL 2004, 30 ff.; *Borasio*, Selbstbestimmt sterben, 2014.

27 Zur Diskussion vgl. *Lindner* (Fn. 23) m.w.N.; *Körtner*, Menschenwürde am Lebensende, in: Joerden/Hilgendorf/Thiele (Hrsg.), Menschenwürde und Medizin, 2013, S. 669 ff.; vgl. aus ethischer Sicht auch *Hoerster*, Sterbehilfe im säkularen Staat, 1998.

28 Zu den Anforderungen an die Aufklärung als Bedingung für eine wirksame Einwilligung in eine kosmetische Behandlung s. BGH, NJW 1991, 2349 ff. Allerdings können kosmetische Operationen in bestimmten Fällen – etwa bei psychisch belastenden Entstellungen – medizinisch indiziert sein.

29 *Kersten*, Die genetische Optimierung des Menschen, JZ 2011, 161 ff.

30 *Schiess Rütimann*, Hirndoping im Hörsaal, in: Rüssli/Hänni/Häggi Furrer (Hrsg.), FS Jaag, 2012, S. 275ff.

31 *Eberbach*, Die Verbesserung des Menschen, MedR 2008, 325 ff.; *Beck*, Gehört mein Körper noch mir? 2012; *Ebert/Riha/Zerling*, Der Mensch der Zukunft. Hintergrund, Ziele und Probleme des Human Enhancement, 2013.