

Das Recht des sterbenden Menschen

Dr. jur. Peter Holtappels – Dr. med. Hans Joachim Lehmann

Zusammenfassung: In der bisherigen Diskussion um die rechtlichen Grundlagen der Palliativmedizin galten die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes für Strafsachen als die einzigen zitierwürdigen Referenzen. Dabei wurde übersehen, dass das Strafrecht lediglich Sanktionen für vergangenes Unrecht verhängt und Entscheidungen dazu dem Betroffenen nur ex post verkünden, ob er unrecht gehandelt hat oder ob sein Verhalten von der Rechtsordnung nicht beanstandet wird. Der Arzt der Entscheidungen am Lebensende seines Patienten zu fällen hat, will jedoch zu diesem Zeitpunkt – mithin ex ante – wissen, ob er bei der Ausführung der von ihm für indiziert gehaltenen therapeutischen Maßnahme recht handeln wird. Dr. Holtappels ist Anwalt in Hamburg, Dr. Lehmann ist Leitender Oberarzt am Asklepios Westklinikum in Hamburg und Leiter der dortigen Palliativstation. Beide haben die SAPV im Hamburger Westen mit aufgebaut.

Stichworte: sterbender Mensch, Palliativmedizin, Würde des Patienten, SAPV, AAPV.

Berichte über Verletzungen der Würde sterbender Menschen machen in der Bundesrepublik immer wieder Schlagzeilen. Aus ihnen wird jedoch auch deutlich, dass über die Rechte dieser Patienten immer noch weit verbreitete Unsicherheit herrscht. Nachfolgend wird unternommen, die medizinischen Praktiker darüber aufzuklären.

1. Als „sterbender“ Mensch wird hier jener bezeichnet, der an einer Erkrankung leidet, an der er nach ärztlicher Erkenntnis aller Voraussicht nach in absehbarer Zeit sterben wird. Diese Definition entspricht im allgemeinen Sprachgebrauch der des Palliativpatienten¹ und in dem der Bundesärztekammer der des Patienten mit infauster Prognose.²
2. Unter den Normen, die Rechte für sterbende Menschen enthalten, haben die der Bundes- und Länderverfassungen den höchsten Rang. Sie sind deshalb zuerst darzustellen.
 - a. Artikel I/1 des Grundgesetzes lautet bekanntlich: *Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.* Diese Rechtsnorm ist unmittelbar geltendes Recht und sie ist unabänderbar.³ Es ist auch völlig unbestritten, dass sie über den Tod des Menschen hinaus gilt.⁴ Bereits sie gewährt also dem sterbenden Menschen ihren umfassenden Schutz. Der Art. 8/I/1 der Brandenburgischen Verfassung vom 20.8.1992 enthält sodann die folgende Bestimmung: *Jeder hat das Recht auf Leben, Unversehrtheit und Achtung seiner Würde im Sterben. In die Rechte auf Leben und Unversehrtheit darf nur aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden* und im Art.1/I der am 25.10.1993 verkündeten Thüringischen Verfassung heißt es schließlich: *Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie auch im Sterben zu achten und zu schützen, ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.* Beide Landesverfassungen begründen für alle in

ihrem Geltungsbereich sterbenden Menschen also spezielle Grundrechte und räumen diesen –innerhalb ihres Kataloges der allgemeinen Grundrechte einen ungemein hohen Rang ein. So stellt die brandenburgische Verfassung dieses Grundrecht im Range sogar über das Grundrecht auf Leben und Unversehrtheit, wenn sie dekretiert, in letzteres dürfe durch Gesetz eingegriffen werden. Daraus ist nach der üblichen Gesetzessystematik nämlich zu schließen, dass in das Grundrecht auf die Achtung der Würde im Sterben auch durch Gesetz nicht eingegriffen werden darf. Einen gleichen Rang räumt die thüringische Landesverfassung dem Grundrecht des sterbenden Menschen ein, wenn sie es in ihre oberste Norm eingliedert, die ja erkennbar ansonsten ein Kopie des oben zitierten Art. I/1 des Grundgesetzes ist. Wiewohl andere Landesverfassung der deutschen Bundesländer entsprechende Regelungen nicht kennen, gilt die Verpflichtung zum Schutz der Würde des sterbenden Menschen auch in ihnen als unmittelbar geltendes Bundesrecht. Wie mit einem Mantel umgibt die deutsche Rechtsordnung also den sterbenden Menschen, um sein Sterben in Würde sicherzustellen. Man darf füglich behaupten, es gäbe keinen anderen Staat der Welt, der sich dem Gebot des Schutzes der Würde des sterbenden Menschen in seinem Verfassungsrecht derart eindeutig und nachdrücklich verpflichtet habe. Diese Tatsache wie die, dass das rechtliche Fundament der Palliativmedizin in Deutschland dessen Verfassungsrecht ist, ist offenbar weitgehend unbekannt, denn in den einschlägigen Lehrbüchern der Palliativmedizin findet sich dazu kein Wort.

- b. Der Inhalt dieses Grundrechtes ergibt sich aus der Begriffsbestimmung der Würde des sterbenden Menschen. Die für diesen treffendste hat u.E. die Enquete Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin gefunden. Sie lautet: *In Würde zu sterben heißt, als Mensch in der von ihm gewünschten Umgebung in seinem Dasein bis zuletzt wahrgenommen und angenommen zu werden.*⁵
- c. Diese Würde des sterbenden Menschen wird absolut geschützt. Das bedeutet primär, dass alles entgegenstehende Recht, gleichgültig in welcher Form, nichtig ist. Um das an einem Beispiel zu erläutern: § 1 des SGB V lautet: *Die Krankenversicherung als Solidargemeinschaft hat die Aufgabe, die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen oder ihren Gesundheitszustand zu bessern.* Da mit diesem Wortlaut der sterbende Mensch offensichtlich aus der Solidargemeinschaft der Versicherten ausgeschlossen wäre, ist sie verfassungswidrig. Damit ist sie grundsätzlich nichtig. Unter bestimmten Bedingungen, die hier jedoch vorliegen könnten, lässt das Bundesverfassungsgericht die Fortgeltung solcher Vorschriften in verfassungskonformer Auslegung jedoch zu.⁶ Sie lautet – gedacht – sodann: „Die Krankenversicherung als Solidargemeinschaft hat die Aufgabe, die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen, ihren Gesundheitszustand zu bessern und ihnen das Sterben in Würde zu ermöglichen.“

3. Grundrechte gewähren Abwehrrechte. Ein positiver Anspruch auf eine bestimmte therapeutische Maßnahme lässt sich deshalb aus der durch Verfassungsrecht geschaffenen Rechtsposition des sterbenden Menschen grundsätzlich nicht herleiten. Dazu bedürfte es – *de lege lata* – eines „Ausführungsgesetzes“. Dieses zu erlassen hat der Gesetzgeber bisher jedoch versäumt, obwohl er dazu eigentlich verpflichtet ist, um dem Grundrecht des sterbenden Menschen zur Verwirklichung zu verhelfen.⁷ Ohne derartigen inneren Zusammenhang sind gleichwohl durch den Gesetzgeber und die Rechtsprechung eine Reihe von Ansprüchen des sterbenden Menschen und von detaillierten Abwehrrechten desselben geschaffen worden, die nachfolgend dargestellt werden:
- a. Die zahlenmäßig häufigste Leistung für sterbende Menschen ist die Allgemeine Palliativversorgung (AAPV), die von Haus/Fachärzten und der ambulanten häuslichen Krankenpflege erbracht wird. Was die ärztlichen Leistungen angeht, wird allgemein angenommen, es handele sich bei Patienten, die der GKV angehören, um vertragsärztliche Leistungen oder „Regelversorgung“.⁸ Der Anspruch des sterbenden Versicherten auf diese Leistung findet sich in § 27 SGB V, in dessen Absatz 1 es heißt: *Versicherte haben Anspruch auf Krankenbehandlung, wenn sie notwendig ist, um... Krankheitsbeschwerden zu lindern.* Diese Beschreibung kommt der Aufgabe der „Symptomkontrolle“ in der AAPV zwar nahe, bildet aber deren gesamte Aufgabenstellung nicht vollständig ab. Die Vorschrift ist deshalb durch verfassungskonforme Auslegung dahingehend zu erweitern, dass sie die ärztliche, allgemeine, palliativmedizinische Versorgung umfasst. Der Anspruch des sterbenden Versicherten auf die allgemeinen, pflegerischen, palliativmedizinischen Leistungen ergibt sich aus der Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Verordnung von häuslicher Krankenpflege (Häusliche Krankenpflege-Richtlinie)⁹
- b. Ca. 10% der in der AAPV versorgten Palliativpatienten bedürfen besonders aufwändiger Versorgung. Die sie betreuenden Haus- und Fachärzte und Pflegekräfte bedürfen für deren Versorgung deshalb temporär oder permanent fachlichen Beistandes durch besonders qualifizierte Ärzt(e)innen und Pflegepersonen. Soweit solche Patienten in der GKV versichert sind, schuf der Gesetzgeber für sie mit dem GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz vom 30.03.2007 die §§ 37b und 132d SGB V und damit einen besonderen Anspruch solcher Palliativpatienten auf die Spezialisierte Ambulante Palliativversorgung (SAPV). Bemerkenswert ist, was der Gesetzgeber zur Begründung dieser Vorschriften erklärte: *Es ist ein anerkanntes gesellschaftliches Ziel, dem Wunsch der Menschen zu entsprechen, in Würde und möglichst in der eigenen häuslichen Umgebung zu sterben. Dieses Ziel wird bisher in Deutschland nicht in einer diesem humanitären Anspruch genügenden Weise erreicht.*¹⁰ Der Gesetzgeber muss bei dieser Zustandsbeschreibung die AAPV im Auge gehabt haben, zu deren Verbesserung er die SAPV ja einführte. Denkt man diesen Gedanken zu Ende, kommt man zwangsläufig dazu, dass AAPV und SAPV

zu einer einheitlichen Palliativversorgung zusammengeführt werden müssen, weil nur auf solche Weise dem Grundrecht der Palliativpatienten auf ein Sterben in Würde optimal entsprochen werden kann. Eine derartige Verschmelzung ist – ohne dass deshalb das rechtliche Grundgerüst der palliativen Versorgung geändert werden müsste – auch durchaus möglich. Das wird im Kassenbezirk Westfalen-Lippe mit dem dort praktizierten System der einheitlichen Versorgung aller Palliativpatienten demonstriert.¹¹ Es begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken und wurde vom 114. Deutschen Ärztetag – nebst dem kooperativen Modell – zur Nachahmung empfohlen.¹²

- c. *Versicherte, die keiner Krankenhausbehandlung bedürfen, haben im Rahmen der Verträge nach Satz 4 Anspruch auf einen Zuschuss zu stationärer oder teilstationärer Versorgung in Hospizen, in denen palliativmedizinische Behandlung erbracht wird, wenn eine ambulante Versorgung im Haushalt oder der Familie des Versicherten nicht erbracht werden kann*, heißt es im § 39a/I/1 SGB V. Damit fügte der Gesetzgeber dem von ihm geschaffenen Arsenal der Leistungen für den sterbenden Menschen ein weiteres Werkzeug hinzu. Es soll bei Patienten angewendet werden, deren progredienter Krankheitsverlauf so weit fortgeschritten ist, dass die restliche Lebensdauer sehr begrenzt ist und bei denen die weiteren Bedingungen der gesetzlichen Vorschrift sowie der Rahmenvereinbarung nach § 39a Abs. 1 Satz 4 SGB V über Art und Umfang sowie Sicherung der Qualität der stationären Hospizversorgung vom 13.03.1998 erfüllt sind.¹³
- d. Sodann ist ein Anspruch auf Sachleistung zu erwähnen, den das BverfG schon vor der Einführung der SAPV unter Berufung auf Art 2 GG und zudem im Gewande eines Abwehrrechtes geschaffen hatte. Dem Beschluss des 1. Senates vom 6.12.2005 lag der folgende Sachverhalt zu Grunde¹⁴: Der Beschwerdeführer litt unter der Duchenne'schen Muskeldystrophie (DMD), für die es keine wissenschaftlich anerkannte Therapie gibt, die eine Heilung oder eine nachhaltige Verlängerung des Krankheitsverlaufs bewirken könnte. Er wurde von einem Facharzt für Allgemeinmedizin behandelt, der über eine Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung nicht verfügte. Bei seiner Behandlung wurde die „Bioresonanztherapie“ angewandt, die 1999 unter der Nummer 17 in die Anlage B der heutigen Richtlinie „Methoden Vertragsärztlicher Versorgung“ übernommen wurde und damit gemäß § 1/II dieser Richtlinie von der vertragsärztlichen Versorgung ausgeschlossen war.¹⁵ Unter dieser Therapie nahm die Krankheit gleichwohl einen günstigen Verlauf, was die konsultierten Ärzte der Orthopädischen Klinik einer Technischen Hochschule bestätigten. Die Sozialgerichte wiesen den Anspruch auf Ersatz der für die Behandlung aufgewendeten Kosten unter Hinweis auf die Rechtslage (§ 135/I SGB V) durch alle Instanzen ab. Das Bundesverfassungsgericht hob das Urteil des Bundessozialgerichtes jedoch auf und wies dieses an, auf der Grundlage der in seiner Entscheidung

entwickelten und im Tenor seiner Entscheidung zum Ausdruck gebrachten Grundsätze neu über die Revision zu befinden. Der mit der Kraft eines Gesetzes ausgerüstete Leitsatz dieser Entscheidung lautet¹⁶: *Es ist mit den Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip und aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG nicht vereinbar, einen gesetzlich Krankenversicherten, für dessen lebensbedrohliche oder regelmäßig tödliche Erkrankung eine allgemein anerkannte, medizinischem Standard entsprechende Behandlung nicht zur Verfügung steht, von der Leistung einer von ihm gewählten, ärztlich angewandten Behandlungsmethode auszuschließen, wenn eine nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf Heilung oder auf eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf besteht.* Nach dieser Entscheidung kann im Einzelfall, d.h. wenn deren, vom BVerfG gesetzte Voraussetzungen vorliegen, für den sterbenden Menschen ein Anspruch begründet sein, eine entsprechende Therapie zu fordern, für den behandelnden Arzt die korrespondierende Pflicht, sie anzuwenden und für die gesetzliche Krankenversicherung, sie zu bezahlen.¹⁷ Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht formuliert: *Das Leben stellt einen Höchstwert innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung dar. Behördliche und gerichtliche Verfahren müssen dieser Bedeutung und der im Grundrecht auf Leben enthaltenen grundlegenden objektiven Wertentscheidung gerecht werden und sie bei der Auslegung und Anwendung der maßgeblichen Vorschriften des Krankenversicherungsrechts berücksichtigen.*¹⁸ Die Tragweite und Bedeutung dieses Beschlusses wird von der Ärzteschaft häufig verkannt. Es ging dem 1. Senat des BVerfG offensichtlich darum zu betonen, dass in einer Solidargemeinschaft das berechnete und akute Interesse eines einzelnen Mitgliedes nicht allgemeinen Grundsätzen geopfert werden dürfe. Auch das ist eine Folgerung des Würdeschutzgebots.

- f. Auch hinsichtlich der Art der Leistung der Kostenträger und deren Umstände haben diese diesem Gebot strikt zu entsprechen. So verstoßen die Krankenkassen z.B. gegen ihre Pflicht zum Schutze ihrer Mitglieder, wenn sie Anträge auf Übernahme der Kosten eines Hospizes, das einen Patienten gemäß ärztlicher Verordnung aufgenommen hatte, mit der „Begründung“ ablehnen, der Medizinische Dienst habe die Einwilligung verweigert und diesen Bescheid dem Mitglied zustellen.¹⁹
- g. Schließlich sei noch auf ein Abwehrrecht verwiesen, dass zwar jedem Patienten zusteht, für den sterbenden aber von erheblicher Relevanz sein könnte, wenn er beschließt, seinen Sterbeprozess durch die Verweigerung von Nahrungsaufnahme zu verkürzen. Das BVerfG hat – wiederum unter Berufung auf die Freiheitsrechte des Art 2 GG – entschieden, diese schlossen das Recht ein, *von der Freiheit einen Gebrauch zu machen, der – jedenfalls in den Augen Dritter – den wohlverstandenen Interessen des Grundrechtsträgers zuwiderläuft. Daher ist es grundsätzlich Sache des Einzelnen, darüber zu entscheiden, ob er sich therapeutischen oder sonstigen Maßnahmen unterziehen will, die ausschließlich seiner „Besserung“ dienen. Die*

grundrechtlich geschützte Freiheit schließt auch die „Freiheit zur Krankheit“ und damit das Recht ein, auf Heilung zielende Eingriffe abzulehnen, selbst wenn diese nach dem Stand des medizinischen Wissens dringend angezeigt sind.²⁰

- h. Die vorgestellten Rechte des sterbenden Menschen sind keineswegs einheitlicher Natur oder Zielrichtung: Mit dem Grundrecht des Bürgers auf ein Sterben in Würde hat der Gesetzgeber ein scharfes juristisches Schwert zur Verfügung gestellt, das jedoch nur für den Abwehrkampf gegen unwürdige Behandlung des Patienten taugt. Die AAPV bietet jene vertragsärztlichen Sachleistungen, die dem sterbenden Menschen schon seit langem zur Verfügung standen. Die zusätzliche SAPV ist dagegen keine vertragsärztliche Leistung, sondern eine Leistung eines Arztes mit der Zusatzbezeichnung „Palliativmedizin“, auf die die Normen des zivilrechtlichen Vertragsrechtes anzuwenden sind.²¹ Der oben zitierte Anspruch des Versicherten aus § 39a SGB V ist wiederum öffentlichrechtlicher Natur, er richtet sich aber nicht auf Sachleistung, sondern auf Zahlung eines Zuschusses. Die vorgestellten Abwehrrechte gründen sich auf die Grundrechte der Artikel 1 und 2 des Grundgesetzes.

Hamburg, den 28.02.2012

Dr. Peter Holtappels

e-mail: peter@holtappels.de

- 1 Definition der WHO: Patients..facing the problem associated with life-threatening illness, (<http://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/>)
- 2 Deutsches Ärzteblatt Jg. 108 | Heft 7 | 18. Februar 2011 A 346/347 sub. II
- 3 Art. 1/3, 79/III GG
- 4 BVerfG, 1 BvR 2707/95 vom 25.8.2000, Absatz Nr. 8, Herdegen in Maunz-Dürig Grundgesetz, Rn 52 und 85 zu Art. I, Abs.1 mit weiteren Nachweisen.
- 5 Zwischenbericht der Enquete Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin – Patientenverfügung – vom 13.9.2004 (Drucksache 15/3700 des Deutschen Bundestages), dort 2.2. Vergl. dazu auch Hufen in NJW 2001/849/850 und insbesondere Dörner „Der gute Arzt“ 2. Auflage 2003, S. 302 ff.
- 6 BVerfG, 2 BvR 167/02 vom 11.1.2005, Absatz -Nr. 48.
- 7 Herdegen a.a.O. RN 74 ff. zu Art. I Abs. 1; BVerfG. vom 5.3.1997 MedR 1997/318/319
- 8 Rixen in Höffling, Brysch Recht und Ethik der Palliativmedizin S. 91. In der PKV ist die Palliative Care noch nicht als versicherte Leistung beschrieben.(Rixen a.a.O.)
- 9 http://www.g-ba.de/downloads/62-492-495/HKP-RL_2010-10-21.pdf
- 10 BT Drucksache 16/3100 S. 293 (<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd16/031/1603100.pdf>)
- 11 Siehe den Versorgungsvertrag vom 30.4.2010 unterhttp://www.kvwl.de/arzt/recht/kvwl/palliativmedizin/palliativ_versorgung.pdf
- 12 Nach Ansicht des Deutschen Ärztetages ist der Gesetzgeber gefordert, eine qualitativ hochwertige allgemeine ambulante Palliativversorgung zu ermöglichen sowie bei der spezialisierten Versorgung auf kassenübergreifende Verträge anstelle des Wettbewerbs zu setzen oder eine integrierte palliativmedizinische Versorgung (SAPV und AAPV) in einer gemeinsamen Vertragsform zu fördern. Deutsches Ärzteblatt | Jg. 108 | Heft 23 | 10. Juni 2011 A 1313. Siehe auch Westfälisches Ärzteblatt (01112 S. 18)
- 13 Rahmenvereinbarung nach § 39a Abs. 1 Satz 4 SGB V über Art und Umfang sowie Sicherung der Qualität der stationären Hospizversorgung vom 13.03.1998, i. d. F. vom 14.04. 2010 http://www.dhpfv.de/tl_files/public/Service/Gesetze%20und%20Verordnungen/2009-07-23_RVstationaer.pdf
- 14 BVerfG, 1 BvR 347/98 vom 6.12.2005 (http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20051206_1bvr034798.html), NJW 2006/891 ff. Siehe dazu die Besprechungen von Kingreen in NJW 2006/ 877 ff., von Franke und Hart in MedR 2006/131 ff und die Darstellung des Falles in Tolmein „Keiner stirbt für sich allein“ Bertelsmann 2006; S. 103 ff.
- 15 Sie war es nach § 135/I SGB V auch schon zuvor, weil eine positive Empfehlung des Gemeinsamen Bundesausschusses in Form einer Richtlinie nicht vorlag. (BSG 16.9.1997 1 KR 28/95; BSGE 81,54, NJW 1999/1805 ff Leitsatz 1)
- 16 § 31/I BVerfGG lautet: Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden.
- 17 Nota bene: Ohne Rücksicht auf eine entgegenstehende Richtlinie des G-BA.
- 18 BVerfG, a.a.O., Absatz -Nr. 56
- 19 Hierzu Holtappels, „Die SAPV und die Krankenkassen in Norddeutschland.“ unter www.palliativwissen.de und die hysterischen Reaktionen der Krankenkassen darauf in „Ärztezeitung“ vom 8.9.2011 sowie schließlich die Vereinbarung vom 30.9.2011, mit der die Krankenkassen in Norddeutschland dem Ausschluss des MDK von der Erstbewilligung von Hospizaufenthalten zustimmen.
- 20 BVerfG, 2 BvR 882/09 vom 23.3.2011, RN 48 (http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20110323_2bvr088209.html)
- 21 So die Vorschriften der §§ 311/III/1, 280/I, 241/II und 242 BGB. Danach sind die Vertragspartner zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils und betroffener Dritter (der Versicherten) und auf „Treu und Glauben“ verpflichtet. (Dazu insbesondere die Entscheidung des BSG vom 24.1.2008.(B 3 KR 2/07 R, RN 20/21 -25) zu einem Versorgungsvertrag gemäß § 132a SGB V. Dieser entspricht in seiner rechtlichen Gestaltung dem des § 132d SGB V. Siehe auch LSG Schleswig-Holstein (L 5 KR 90/09 vom 9.9.2010 – juris § 275 SGB V)