

Staatskirchenrechtliche Abhandlungen

Band 53

Zwischen Religion und Selbstbestimmung

**Karitative Tätigkeit
der Religionsgemeinschaften vor neuen
Herausforderungen anlässlich der gesetzlichen
Regelung zur Patientenverfügung**

Von

Franziska M. Buchwald



Duncker & Humblot · Berlin

FRANZISKA M. BUCHWALD

Zwischen Religion und Selbstbestimmung

Staatskirchenrechtliche Abhandlungen

Herausgegeben von

Otto Depenheuer · Alexander Hollerbach · Josef Isensee

Matthias Jestaedt · Joseph Listl (†) · Wolfgang Loschelder

Hans Maier · Paul Mikat (†) · Stefan Muckel

Wolfgang Rübner · Christian Starck · Arnd Uhle

Band 53

Zwischen Religion und Selbstbestimmung

Karitative Tätigkeit
der Religionsgemeinschaften vor neuen
Herausforderungen anlässlich der gesetzlichen
Regelung zur Patientenverfügung

Von

Franziska M. Buchwald



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg
hat diese Arbeit im Jahre 2012 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0720-7247
ISBN 978-3-428-14044-2 (Print)
ISBN 978-3-428-54044-0 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84044-1 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ∞

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

Meinem Vater
Matthias Buchwald

Vorwort

Am Anfang stand die Idee: Patientenverfügungen in karitativen Einrichtungen. Während des Studiums wurde mir im Rahmen eines Praktikums das Spannungsfeld zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen und dem Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften vor Augen geführt. Mit der Gelegenheit zur Promotion eröffnete sich die Möglichkeit, diese Problematik zu analysieren und Lösungsmöglichkeiten zu diskutieren. Im Februar 2012 wurde die Arbeit von der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg als Dissertation angenommen; die Disputation fand im Juli desselben Jahres statt. Für die Veröffentlichung wurde die Arbeit auf den Stand von Dezember 2012 aktualisiert.

Am Ende stehen die Freude und der Dank. Im Rahmen dieses Vorworts habe ich nun die Gelegenheit, bereits ausgesprochenen Dank zu verschriftlichen und anderen Dank erstmals auszusprechen.

Zunächst danke ich Herrn Prof. Dr. Bernd Grzeszick, LL.M., der mir neben meiner Arbeit an seinen Lehrstühlen in Mainz und Heidelberg die Gelegenheit zur wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit diesem Thema gab und mir die Freiheit ließ, diese Arbeit thematisch in eine Richtung zu entwickeln, die mir zu Beginn meiner Promotion noch nicht bekannt war. Auch den Herren Prof. Dr. Peter Axer, der die Arbeit zweitbegutachtete, und Prof. Dr. Stefan J. Geibel, Maître en droit, der den Vorsitz meiner Disputation übernahm, gilt mein Dank. Besonders danke ich Herrn Prof. Dr. Ansgar Hense, der mich ermutigte, dem Thema nachzugehen und mich in den unterschiedlichen Stadien mit Rat und Tat unterstützte.

Meiner gesamten großen Familie, insbesondere meiner Mutter Beate Buchwald, meiner Schwester Johanna Schwartges und meinem Bruder Benedikt Buchwald, möchte ich an dieser Stelle für die mannigfaltige Unterstützung und Geborgenheit danken. Sie gaben und geben mir ein Zuhause und Raum zur Entfaltung. Ganz herzlicher Dank gebührt Patrick Hilbert. Er war immer bereit, die Wege meiner Gedanken nachzuvollziehen und mit mir zu erörtern. Auch mein Lebensweg wurde glücklicherweise zu unserem gemeinsamen Weg. Den vielen nicht ausdrücklich genannten Personen, die mir persönlich und fachlich während der Promotion zur Seite standen – meinen Paten, Freunden aus der Schul- und Studienzeit, Kollegen aus Mainz und Heidelberg, sowie Bekannten – gilt ebenfalls mein Dank.

Die Arbeit ist demjenigen gewidmet, dem ich nicht mehr danken kann: Meinem Vater.

Heidelberg im Dezember 2012

Franziska M. Buchwald

Inhaltsübersicht

Einführung	25
A. Hinleitung	25
B. Gang der Untersuchung	28

1. Kapitel

Der soziale Staat und die karitative Kirche	29
A. Die karitative Tätigkeit der Religionsgemeinschaften und ihre Motivation	30
B. Die soziale Tätigkeit des Staates und ihre Motivation	36
C. Kooperationsverhältnis	39

2. Kapitel

Wertungsdifferenzen zwischen Staat und Religionsgemeinschaften in Bezug auf das Ende des Lebens	45
A. Leben und Selbstbestimmung – Grundsätzliches zu den Wertungen in Staat und Religionsgemeinschaften	46
B. Wertung am Lebensende – das Beispiel ‚Patientenverfügung‘	53

3. Kapitel

Verfassungsrechtliche Grundlagen der karitativen Betätigung von religiösen Einrichtungen	73
A. Karitative Tätigkeit und die Religionsfreiheit	74
B. Das Recht zur Selbstbestimmung bei karitativen Einrichtungen	86
C. Das Verhältnis zwischen dem Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften und dem Recht auf Religionsfreiheit	104
D. Der freiheitliche Gestaltungsraum für die karitativen Einrichtungen	107

4. Kapitel

**Verfassungsmäßigkeit der Regelungen zu Patientenverfügung
und Behandlungswünschen** 109

A. Verfassungsmäßigkeit von § 1901a Abs. 1, 2 i.V.m. Abs. 3 BGB	109
B. Verfassungsmäßigkeit von § 1901a Abs. 4 BGB	113
C. Ergebnis: Keine Verfassungswidrigkeit bei ausreichendem Gestaltungsraum	116

5. Kapitel

**Inanspruchnahme des freiheitlichen Gestaltungsraums zur Sicherstellung
der religiösen Vorstellungen in Bezug auf das Lebensende** 117

A. Rückzug als totale Inanspruchnahme der Freiheit und als ultima ratio	118
B. Weigerungsrecht der Einrichtung und ihres Personals	137
C. Vertragsgestaltung mit den Benutzern einer karitativen Kranken- oder Pflegeeinrichtung	141
D. Vorkehrungen in der karitativen Betreuungsarbeit	183
E. Einfluss der Religionsgemeinschaft auf die karitativen Einrichtungen	188
F. Sicherstellung religiöser Vorstellungen durch das kirchliche Arbeitsrecht	204
G. Umstrukturierung der karitativen Tätigkeit und Einrichtungen	222
H. Lösungsansätze außerhalb des Rechts	224
I. Fortführung der karitativen Arbeit ohne besondere Vorkehrungen zur Sicherung des Selbstverständnisses	225
J. Ergebnis	227
Zusammenfassung und Ausblick	229
A. Zusammenfassung der Ergebnisse	229
B. Ausblick	233

Literaturverzeichnis	238
Rechtstextverzeichnis	272
Sachwortverzeichnis	274

Inhaltsverzeichnis

Einführung	25
A. Hinleitung	25
B. Gang der Untersuchung	28
 <i>1. Kapitel</i>	
Der soziale Staat und die karitative Kirche	29
A. Die karitative Tätigkeit der Religionsgemeinschaften und ihre Motivation	30
I. Das Gebot der Nächstenliebe in der Tora sowie im Alten und Neuen Testament	31
II. Die Bedeutung und Organisation der Nächstenliebe in den Religionsgemein- schaften	32
1. Caritas in der katholischen Kirche	32
2. Diakonie in den evangelischen Kirchen	34
3. Zedaka in den Jüdischen Gemeinden	35
4. Zakat im Islam	36
B. Die soziale Tätigkeit des Staates und ihre Motivation	36
I. Der Staat entdeckt die Armen und Bedürftigen	36
II. Krankenversorgung und Pflege als Aufgabe im Sozialstaat	38
1. Verantwortung aufgrund des Sozialstaatsprinzips	38
2. Verantwortung aus den Grundrechten	39
C. Kooperationsverhältnis	39
I. Staat und Religionsgemeinschaften auf demselben Feld	40
II. Koordinierung der Kooperation im Bereich der Wohlfahrt	41
III. Chancen und Risiken der Kooperation	43

2. Kapitel

Wertungsdifferenzen zwischen Staat und Religionsgemeinschaften in Bezug auf das Ende des Lebens

45

A. Leben und Selbstbestimmung – Grundsätzliches zu den Wertungen in Staat und Religionsgemeinschaften	46
I. Wertungen des Staates und der Religionsgemeinschaften	46
1. Gesetzliche Wertungen und gesellschaftliche Vorstellungen im staatlichen Bereich	46
2. Die religiösen Vorstellungen und deren Quellen	46
II. Gemeinsamer Ausgangspunkt: Lebensschutz	48
1. Die Schutzpflicht des Staates für das Leben	48
2. Das hohe Gut des Lebens im Verständnis der Religionsgemeinschaften	48
III. Fortlaufende Entwicklung der Wertungen	49
1. Säkularisierungs- und Pluralisierungstendenzen	50
2. Individualisierung und Aktivierung des Autonomiegedankens	51
3. Grundrechtliche Verortung des Selbstbestimmungsrechts des Einzelnen	52
B. Wertung am Lebensende – das Beispiel ‚Patientenverfügung‘	53
I. Exemplarisch: Die Diskussion um eine gesetzliche Regelung der Patientenverfügung	54
II. Zulässigkeit von Sterbehilfeformen und Patientenwünschen aus staatlicher Sicht	55
1. Die Verankerung der Patientenverfügung und der Behandlungswünsche in das Bürgerliche Gesetzbuch	55
a) Formale Kriterien	57
b) Keine Reichweitenbeschränkung nach § 1901a Abs. 3 BGB	58
c) Rechtsfolge	59
2. Missachtung des Patientenwillens	60
a) Strafbarkeit wegen Körperverletzung	61
b) Schadensersatzpflicht des Behandlenden	61
c) Unterlassungsanspruch	62
3. Die strafrechtliche Bewertung der Sterbehilfe	63

III. Zulässigkeit von Sterbehilfeformen und Patientenwünschen aus religionsgemeinschaftlicher Sicht	65
1. Vorstellungen und Verständnis der katholischen Kirche	65
2. Vorstellungen und Verständnis der evangelischen Kirchen	68
3. Vorstellungen und Verständnis im jüdischen Glauben	69
4. Vorstellungen und Verständnis im Islam	70
IV. Zusammenfassend zu den Wertungsdifferenzen	71

3. Kapitel

Verfassungsrechtliche Grundlagen der karitativen Betätigung von religiösen Einrichtungen 73

A. Karitative Tätigkeit und die Religionsfreiheit	74
I. Die karitativen Einrichtungen als Grundrechtsträger	74
II. Die karitative Tätigkeit als religiöses Verhalten im Sinne von Art. 4 Abs. 1, 2 GG	75
III. Präzisierung des Schutzbereichs durch Betrachtung des religiösen Elements einer konkreten Handlung	77
1. Schutzbereichsbestimmung unter Berücksichtigung von Wortlaut und Systematik	77
2. Konvertierung einer neutralen Handlung in eine religiöse Handlung	79
3. Verbleibende Abgrenzungsschwierigkeiten	81
4. Keine Verengung im Sinne einer restriktiven Schutzbereichsbestimmung	83
IV. Grenzen der Religionsfreiheit	83
V. Ergebnis	85
B. Das Recht zur Selbstbestimmung bei karitativen Einrichtungen	86
I. Das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften	86
1. Der Charakter des Selbstbestimmungsrechts im Überblick	86
2. Das Recht auf die selbstständige Verwaltung der karitativen Tätigkeit	87
a) Karitative Einrichtungen als Träger des Selbstbestimmungsrechts	87
b) Karitative Tätigkeiten als eigene Angelegenheiten	90
aa) Schutz ihrer Angelegenheiten, nicht nur der inneren Angelegenheiten	91
bb) Eigene Angelegenheit auch bei öffentlicher Aufgabe	91

cc) Schutz auch der Hilfsfunktionen für die karitative Tätigkeit	93
dd) Begrenzung auf Belange, die nur die Religionsgemeinschaft angehen	94
ee) Zwischenergebnis zum Gewährleistungsbereich in Bezug auf karitative Tätigkeiten	95
c) Ordnen und Verwalten der karitativen Tätigkeit	95
d) Vom Gewährleistungsbereich umfasstes Verhalten der karitativen Einrichtungen	96
3. Grenze des Selbstbestimmungsrechts im ‚für alle geltenden Gesetz‘	97
a) Die Schrankendiskussion	97
aa) Wörtliches Verständnis	97
bb) Heckel'sche Formel	98
cc) Bereichsscheidung und Jedermann-Formel	99
dd) Kein Sonderrecht und Abwägung	100
b) Ergebnis zur Schrankendiskussion	101
c) Das ‚für alle geltende Gesetz‘ bei Versorgung, Pflege und Betreuung	102
II. Die Privatautonomie der karitativen Einrichtungen	103
C. Das Verhältnis zwischen dem Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften und dem Recht auf Religionsfreiheit	104
I. Tatbestandsabgrenzung und Sachverhaltszerlegung	104
II. Konkurrenzverhältnis	105
D. Der freiheitliche Gestaltungsraum für die karitativen Einrichtungen	107

4. Kapitel

Verfassungsmäßigkeit der Regelungen zu Patientenverfügung und Behandlungswünschen	109
A. Verfassungsmäßigkeit von § 1901a Abs. 1, 2 i.V.m. Abs. 3 BGB	109
I. Verletzung von Art. 4 Abs. 1, 2 GG	110
1. Eingriff in die Religionsfreiheit	110
2. Rechtfertigung des Eingriffs	111
3. Ergebnis	113
II. Verletzung von Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV	113

B. Verfassungsmäßigkeit von § 1901a Abs. 4 BGB	113
I. Verletzung von Art. 4 Abs. 1, 2 GG	113
II. Verletzung von Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV	114
1. Beeinträchtigung des Gewährleistungsbereichs	114
2. Rechtfertigung durch ein für alle geltendes Gesetz	115
3. Ergebnis	116
C. Ergebnis: Keine Verfassungswidrigkeit bei ausreichendem Gestaltungsraum	116

5. Kapitel

Inanspruchnahme des freiheitlichen Gestaltungsraums zur Sicherstellung der religiösen Vorstellungen in Bezug auf das Lebensende

117

A. Rückzug als totale Inanspruchnahme der Freiheit und als ultima ratio	118
I. Grenzen eines Rückzugs aus theologischer Perspektive	119
II. Grenzen eines Rückzugs aus rechtlicher Perspektive	120
1. Verpflichtung der Religionsgemeinschaften, sich karitativ zu betätigen	120
a) Keine verfassungsrechtliche Verpflichtung	120
b) Staatskirchenvertragliche Pflichten	121
c) Pflicht aus öffentlich-rechtlichen Verträgen	123
aa) Überblick über die öffentlich-rechtlichen Verträge im Bereich der Krankenversorgung und Pflege	123
(1) Der Versorgungsvertrag zwischen Krankenhaus und Krankenkassen	123
(2) Der Versorgungsvertrag zwischen Pflegeeinrichtung und Landes- verbänden der Pflegekassen	124
bb) Verpflichtung zur Erbringung der Dienste und Leistungen aus diesen Verträgen	124
cc) Erlöschen der Verpflichtung durch Auflösung der Verträge	125
(1) Fristgebundene Kündigung der Verträge	125
(2) Fristlose Kündigung	126
(3) Aufhebung von Verträgen	127
2. Ergebnis zur Rückzugsmöglichkeit	127
III. Folgen eines Rückzugs	128
1. Folgen eines Rückzugs aus der Perspektive der Religionsgemeinschaften	128

2. Folgen eines Rückzugs aus staatlicher Perspektive	129
a) Politische und ökonomische Konsequenzen	129
b) Mögliche Verletzung einer Bestandsgarantie	129
aa) Staatskirchenvertragliche Bestandsgarantie	130
bb) Bestandsgarantie aus dem einfachen Gesetz	131
cc) Verfassungsrechtliche Bestandsgarantie	132
dd) Ergebnis	134
c) Mögliche Verletzung eines Subsidiaritätsgrundsatzes	134
d) Mögliche Verletzung einer Verpflichtung des Staates, einen Raum für die karitative Tätigkeit zu sichern	135
IV. Versuch der Vermeidung eines solchen Rückzugs	137
B. Weigerungsrecht der Einrichtung und ihres Personals	137
I. Die Regelung des § 12 SchKG	138
1. Voraussetzungen des Weigerungsrechts	138
2. Umfang des Weigerungsrechts	139
II. Keine Analogiefähigkeit des § 12 SchKG zur Übertragung auf die Situation am Lebensende	140
III. Kein verfassungsrechtliches Weigerungsrecht	141
IV. Ergebnis zum Weigerungsrecht	141
C. Vertragsgestaltung mit den Benutzern einer karitativen Kranken- oder Pflegeeinrich- tung	141
I. Das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften als Grundlage der Vertragsgestaltung	142
II. Krankenhausbehandlungsvertrag und Pflege-Heimvertrag als Gestaltungsgegen- stand	144
III. Grenzen der Vertragsgestaltung	146
1. Keine grenzenlose Privatautonomie	147
2. Insbesondere: Das Koppelungs- und Verpflichtungsverbot aus § 1901a Abs. 4 BGB	147
a) Keine Verpflichtung zur Patientenverfügung	148
b) Keine Bedingung zur Errichtung oder Vorlage einer Patientenverfügung ...	148

c) Folgerung aus § 1901a Abs. 4 BGB für die Vertragsgestaltung	149
3. Bindung der Einrichtungen durch Selbstbindung	149
IV. Konkrete Vorschläge zur Gestaltung der Verträge	150
1. Vertragsimmanenter Ausschluss von Maßnahmen zur Beendigung des Lebens	150
2. Vertragliche Verpflichtung zur Errichtung einer Patientenverfügung	151
3. Vorabereinwilligung im Aufnahmevertrag	152
4. Vertragsbedingung	153
a) Aufschiebende oder auflösende Bedingung	153
b) Unwirksamkeit einer Bedingungsklausel wegen § 1901a Abs. 4 S. 2 BGB	154
5. Pflege-Heimvertraglicher Leistungsausschluss	155
a) Vereinbarkeit mit dem WBVG und dem SGB XI	156
aa) Pflicht zur Leistungsanpassung nach § 8 Abs. 1 S. 1 WBVG und die Möglichkeit zum Ausschluss dieser Pflicht nach § 8 Abs. 4 WBVG	156
bb) Anspruch auf entsprechende Änderung des Versorgungsvertrages be- ziehungsweise Neuabschluss des Versorgungsvertrages	159
(1) Anspruch auf Abschluss eines Versorgungsvertrages dem Grunde nach	159
(2) Anspruch auf Abschluss eines Versorgungsvertrages dem Inhalt nach	161
(3) Achtung des Rahmenvertrags	162
cc) Auflösung der Spannungslage zwischen Pflegeeinrichtung und Benutzer durch Kündigung	163
(1) Fristloses Kündigungsrecht des Verbrauchers	164
(2) Fristloses Kündigungsrecht des Unternehmers	164
(3) Folge einer Kündigung	165
dd) Zwischenergebnis	166
b) Vereinbarkeit mit dem Koppelungsverbot	166
aa) Der Wortlaut von § 1901a Abs. 4 BGB als Grenze	167
bb) Analogie zu § 1901a Abs. 4 BGB statt Umgehung der Norm	167
(1) Planwidrige Lücke im Gesetz	168
(2) Vergleichbarkeit der Interessenlagen	168
(3) Zwischenergebnis	170
c) Leistungsausschluss und das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	170
aa) Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB	170
bb) Keine überraschende Klausel	170

cc) Inhaltskontrolle nach § 308 Nr. 4 BGB	171
dd) Inhaltskontrolle nach § 307 BGB	171
ee) Zwischenergebnis	173
d) Ergebnis: Pflege-Heimvertraglicher Leistungsausschluss verbunden mit Kündigung	173
e) Der Vorhang zu – noch einige Fragen offen	173
aa) Ablehnung der Aufnahme bei entsprechender Behandlungssituation ...	174
bb) Vorgehen bei fehlendem Kündigungsrecht wegen Unzumutbarkeit ...	174
cc) Abstimmung mit Landespflegegesetzen und Beachtung ökonomischer Konsequenzen	175
6. Leistungsausschluss im Krankenhausbehandlungsvertrag	175
a) Auswirkungen des Kontrahierungszwanges auf einen Leistungsausschluss .	176
aa) Die Aufnahme- und Behandlungspflicht	176
bb) Allgemeine Krankenhausleistungen beziehungsweise Krankenbehandlung und der Behandlungsabbruch	177
cc) Begrenzung des Kontrahierungszwanges auf den Versorgungsauftrag ..	180
b) Zudem: Unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1, 2 BGB	181
c) Ergebnis zum Leistungsausschluss im Krankenhausbehandlungsvertrag ...	182
V. Ergebnis	182
D. Vorkehrungen in der karitativen Betreuungsarbeit	183
I. Überblick über das Betreuungswesen	183
II. Das religiöse Engagement in Betreuungsvereinen	184
III. Einfluss des Betreuungsvereins auf die Betreuung	184
1. Der ehrenamtliche Betreuer	184
2. Der Vereinsbetreuer	185
a) Kein Einfluss über die betreuungsrechtliche Aufsicht	185
b) Betreuungsvereinsrechtlicher Einfluss auf die Betreuung	186
c) Einfluss über das Arbeitsrecht	187
3. Die Vereinsbetreuung	188
IV. Ergebnis	188

E. Einfluss der Religionsgemeinschaft auf die karitativen Einrichtungen	188
I. Das Verhältnis zwischen Einrichtungsträger und Religionsgemeinschaft	189
1. Ausgangspunkt: Selbstständige Einrichtungen	189
2. Die Doppelexistenz von karitativen Vereinigungen	190
3. Vereinigungen, die zur Religionsgemeinschaft gehören	193
4. Zugehörigkeit und Zuordnung	193
II. Nutzbarmachen der Verflechtungen zwischen Religionsgemeinschaft und Einrichtungen	196
1. Personeller Einfluss der Religionsgemeinschaft in den Gremien der Vereinigung	196
2. Einfluss durch Lenkungsbefugnis der Satzungsautorität	197
3. Einfluss durch materielle Zugehörigkeitskriterien	198
4. Kirchlich-karitative Vereinbarungen	199
III. Distanzierung der Religionsgemeinschaft von der Einrichtung	200
1. Namensrechtliche Distanzierung	200
2. Distanzierung durch Verweigerung der Zugehörigkeitsentscheidung	201
3. Distanzierung durch den Dachverband im Wege des Ausschlusses aus dem karitativen Werk	203
IV. Ergebnis	203
F. Sicherstellung religiöser Vorstellungen durch das kirchliche Arbeitsrecht	204
I. Der Gestaltungsraum im kirchlichen Arbeitsrecht	205
II. Regelungen zur Sicherstellung des Selbstverständnisses	206
1. Möglichkeit der Steuerung über die Bindung an Loyalitäts- und Leistungsanforderungen	206
a) Die Grundordnung des kirchlichen Dienstes als Loyalitätskatalog der katholischen Kirche	207
b) EKD-Richtlinie über die Anforderungen der privatrechtlichen beruflichen Mitarbeit in der EKD und des Diakonischen Werkes der EKD e.V.	208
c) Vertragliche Einbeziehung der Loyalitätskataloge	209
2. Exkurs: Anerkennung des arbeitsrechtlichen Gestaltungsraums der Religionsgemeinschaften auf europäischer Ebene	210
a) Kehrtwende nach den Urteilen des EGMR?	210

b) Anerkennung durch die Richtlinie 2000/78/EG	211
3. Leistungstreuepflichten bei der karitativen Arbeit	212
a) Generell zu Leistungstreuepflichten	212
b) Leistungstreuepflichten bei Krankenversorgung, Pflege und Betreuung	213
4. Loyalität bei Tätigkeit in einer karitativen Einrichtung	215
a) Loyalitätsobliegenheiten und ihre Grenzen	215
b) Loyalität bei der Tätigkeit in einer karitativen Einrichtung	217
aa) Beispiele für die Loyalitätsanforderungen betreffend karitative Betäti- gung	217
bb) Anforderungen betreffend den Lebensanfang	218
cc) Sicherstellung der Loyalität bezüglich der Vorstellung am Lebensende	218
c) Konsequenzen eines Verstoßes gegen Loyalitätsobliegenheiten	219
aa) Keine willkürliche Anforderung	219
bb) Verstoß gegen die guten Sitten und den ordre public	220
III. Nur bedingte Eignung der Sicherstellung im Rahmen des kirchlichen Arbeits- rechts	221
G. Umstrukturierung der karitativen Tätigkeit und Einrichtungen	222
H. Lösungsansätze außerhalb des Rechts	224
I. Fortführung der karitativen Arbeit ohne besondere Vorkehrungen zur Sicherung des Selbstverständnisses	225
J. Ergebnis	227
Zusammenfassung und Ausblick	229
A. Zusammenfassung der Ergebnisse	229
B. Ausblick	233
I. Weitere Bereiche mit Wertungsdifferenzen	233
1. Die Präimplantationsdiagnostik	234
2. Behandlungsmethoden mit einem „unerlaubten Ursprung“	234
3. Weitere Fälle der Sterbehilfe	235
II. Schluss	236

Literaturverzeichnis	238
Rechtstextverzeichnis	272
Sachwortverzeichnis	274

Einführung

A. Hinleitung

Hatte das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen gesiegt und das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften verloren, als am 1. September 2009 mit dem Dritten Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts¹ die Patientenverfügung im Bürgerlichen Gesetzbuch verankert wurde?

Der neue § 1901a BGB sieht seitdem gesetzlich² vor, dass ein vorweg schriftlich fixierter Wille hinsichtlich Behandlungsmaßnahmen für den Fall der Einwilligungsunfähigkeit einer Person von dessen Betreuer³ umgesetzt werden muss. Die Patientenverfügung ist nach § 1901a Abs. 3 BGB unabhängig von Art und Stadium der Erkrankung verbindlich. Der Wille zu Sterben ist auch dann beachtlich, wenn der Sterbeprozess im engeren Sinne noch nicht begonnen hat, wenn also ein unumkehrbar tödlicher Krankheitsverlauf noch nicht eingetreten ist. Dagegen ist insbesondere die katholische Kirche in der jahrelangen Diskussion um eine gesetzliche Regelung immer wieder angetreten. Denn nach ihrer religiösen Vorstellung dürfe eine Patientenverfügung nur für den Fall Anwendung finden, dass sie sich auf eine Situation bezieht, in der die Sterbephase bereits begonnen hat. Mit der gesetzlichen Regelung zur Patientenverfügung stand fest, dass diese Vorstellung keine gesetzliche Anerkennung gefunden hatte. Der Bischof der Diözese Stuttgart-Rottenburg, Gebhardt Fürst, hat auf einer Tagung anlässlich der neuen gesetzlichen Regelung im Oktober 2009 erklärt: „Im Hinblick auf den Aspekt der Reichweite kommt für uns als Kirchen aufgrund unseres Menschenbildes nach wie vor eine solche Verfügung nicht zum Tragen, wenn der Tod nicht unmittelbar bevorsteht, z. B. bei anhaltendem Koma und fortgeschrittener Demenzerkrankung.“⁴

Diese Äußerung alleine als theologisches Statement zu einer neuen gesetzlichen Regelung zu sehen und ihr darüber hinaus keinerlei praktische Bedeutung zukommen zu lassen, würde die tatsächlichen Gegebenheiten außer Acht lassen. Einrichtungen, die zu Religionsgemeinschaften gehören, nehmen in erheblichem Umfang

¹ Vom 29. Juli 2009, BGBl. I, S. 2286.

² Zuvor waren bereits in der Rechtsprechung entsprechende Grundzüge aufgestellt worden, vgl. nur BGHZ 154, 205 (210 f.); AG Siegen, RNotZ 2008, 351 (352 f.).

³ Werden Personenbezeichnungen aus Gründen der besseren Lesbarkeit lediglich in der männlichen oder weiblichen Form verwendet, so schließt dies selbstverständlich das jeweils andere Geschlecht mit ein.

⁴ Fürst, Das neue Gesetz zur Patientenverfügung.

an der Versorgung alter Menschen, Pflegebedürftiger und Kranker teil.⁵ Insbesondere die Diakonischen Werke, Caritasverbände und kirchliche Krankenhausverbände sind aus dem deutschen Sozialstaat nicht wegzudenken. Sie erfüllen öffentliche Aufgaben und entlasten den Staat damit zumindest organisatorisch.⁶ Der Grund für ihr Engagement in diesem Bereich ist aber nicht der Wille, eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen, sondern sie wollen einen religiösen Auftrag verwirklichen.⁷ Gerade dieser religiöse Auftrag aber ist es, der die Flexibilität einschränkt und eine Rückbindung der karitativen Tätigkeit an religiöse Lehren beansprucht.

Mit ihrem religiösen Auftrag finden sich die Einrichtungen heute in einem veränderten Umfeld wieder, das sie vor neue Herausforderungen stellt. Es stellt sich nicht nur das Problem, dass die kirchlichen Einrichtungen einem zunehmenden ökonomischen Druck ausgesetzt sind, dem sie begegnen müssen, wenn sie nicht aufgeben oder begeben wollen.⁸ Zudem verlieren die beiden großen Kirchen Mitglieder. Glaube wird immer mehr zu einer Privatsache und die Institution ‚Kirche‘ mitsamt ihren Einrichtungen verliert an Unterstützung und Anerkennung.⁹ Die kirchlichen Lehren stoßen in Deutschland oftmals auf Unverständnis und Ablehnung; eine Identifikation mit den kirchlichen Vorstellungen wird seltener. Die Religionsgemeinschaften und ihre Einrichtungen laufen aufgrund dieser ökonomischen und gesellschaftlichen Einwirkungen Gefahr, ihre Glaubwürdigkeit zu verlieren. Daraus könnten auch rechtliche Konsequenzen resultieren: Wird das Selbstverständnis nicht mehr gelebt und verwirklicht, sondern nur verbal kommuniziert, könnte eine restriktive Auslegung des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften zu einem Verlust der Sonderstellung der Religionsgemeinschaften

⁵ Im Jahr 2006 waren 33 % der Allgemeinkrankenhäuser in kirchlicher Trägerschaft; sie hatten einen Bettenanteil von 32 % (dem standen 34 % staatliche Krankenhäuser mit einem Bettenanteil von 50 % gegenüber). Vgl. die Studie der *prognos AG* im Auftrag der kirchlichen Krankenhausverbände KKVD, DEKV von 2009, S. 7. Von den Pflegeeinrichtungen waren im Jahr 2007 knapp 26 % in kirchlicher Trägerschaft, vgl. *Statistisches Bundesamt*, Pflegestatistik 2007, S. 20 i.V.m. der vom Statistischen Bundesamt zur Verfügung gestellten Sonderauswertung zur Pflegestatistik.

⁶ Zum Miteinander von Staat und Kirche im karitativen Bereich vgl. auch v. *Campenhausen*, in: Festschrift Zacher, S. 95 (95 f.); sowie in der 33. Sitzung des Verfassungsausschusses am 14. Januar 1953 bereits Müller, in: Feuchte (Hrsg.), Quellen zur Entstehung der Verfassung von Baden-Württemberg 4, S. 438.

⁷ Vgl. bspw. *Deutscher Caritasverband*, Leitbild des Deutschen Caritasverbandes, S. 5 (Präambel) sowie § 1 Abs. 1 Arbeitsvertragsrichtlinien für Einrichtungen, die dem Diakonischen Werk der Evangelischen Kirche in Deutschland angeschlossen sind, beschlossen von der Arbeitsrechtlichen Kommission des Diakonischen Werks der EKD (Stand: 1. Januar 2011).

⁸ Dazu aus der Presse *Wensierski*, Heuschrecken unterm Kreuz, in: Der Spiegel 25/2007, S. 56 f.; vertiefend *Wiemeyer*, in: Gabriel (Hrsg.), Herausforderungen kirchlicher Wohlfahrtsverbände, S. 125 ff.

⁹ *Gabriel*, Caritas und Sozialstaat unter Veränderungsdruck, S. 160 ff. m. w. Nachw.; vgl. auch v. *Campenhausen*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR VII, § 157 Rdnr. 3; *Waldhoff*, in: Ständige Deputation des 68. Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages, Band I, S. D 20 ff.

führen.¹⁰ Dadurch, dass der religiöse Auftrag *in der Welt* verwirklicht wird, gerät er zudem immer wieder in eine Spannungslage zu staatlichen Vorgaben und anderen gesellschaftlichen Vorstellungen. Während einerseits Probleme auftreten, die keine religiöse Brisanz aufweisen und religiöse wie areligiöse Einrichtungen gleichermaßen treffen, gibt es andererseits Spannungsfelder, die durch die religiösen Vorstellungen ausgelöst werden und einer sensiblen Behandlung zuzuführen sind. So auch der Umgang mit der Anforderung, den Patientenwillen zu beachten. Grund dafür ist, dass den Kirchen insbesondere mit dem Recht auf Selbstbestimmung ihrer eigenen Angelegenheiten nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 GG und der Freiheitsgewährung aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG grundsätzlich die Möglichkeit eröffnet wird, ihr Proprium im weiten Umfang sicherzustellen und umzusetzen. Gleichwohl besteht dieser Freiheitsraum nicht schrankenlos.

Es ist insofern der Frage nachzugehen, ob den karitativen Einrichtungen und den Religionsgemeinschaften Möglichkeiten eröffnet sind, sich der gesetzgeberischen Wertung der Patientenverfügung zu entziehen. Dadurch könnte sichergestellt werden, dass ihre karitative Tätigkeit lediglich im Rahmen der religiösen Vorstellungen vom Leben und Sterben ausgeübt wird. Allerdings ist gleichzeitig fraglich, wieweit diese Möglichkeiten bestehen, denn eventuell könnte dann die nun rechtlich verankerte Verbindlichkeit des Patientenwillens in vielen Fällen leerlaufen. Jedenfalls könnte ihr ein längeres Procedere vorgeschaltet sein. Reicht der Freiheitsraum so weit, dass das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen auf Umwegen wieder entwertet wird, wenn sich ein Patient oder Pflegebedürftiger in die karitativen Hände begibt?

Wäre dies der Fall hätte das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften gesiegt und das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen verloren.

Es zeichnet sich somit ab, dass sich auch nach der parlamentarischen Mehrheitsentscheidung das Spannungsfeld nicht aufgelöst hat. Anlässlich der Regelung zur gesetzlichen Verankerung der Patientenverfügung soll der karitative Bereich einer Darstellung und verfassungsrechtlichen Einordnung zugeführt werden. Zudem werden Möglichkeiten zur Auflösung der Spannungslage zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen und den religiösen Vorstellungen aufgezeigt. Im Besonderen wird der Frage nachgegangen, welcher verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Rahmen für diese karitative Arbeit besteht und welche Lösungsansätze für Religionsgemeinschaften und ihre Einrichtungen vorhanden sind, um ihre Teilnahme an der Alten- und Krankenversorgung im Rahmen ihrer religiösen Wertungen sicherzustellen. Besonderes Augenmerk wird dabei darauf gelegt, welche rechtlichen Möglichkeiten karitativen Einrichtungen eröffnet sind, um die Patientenverfügung (nicht) umzusetzen, und welche Grenzen der Gesetzgeber bei der Gestaltung von Gesetzen, die den karitativen Bereich in seinem materiellen Inhalt

¹⁰ Dazu bereits *Geiger*, ZevKR 26 (1981), S. 156 (174); vgl. bspw. *Schlaich*, Neutralität als Verfassungsprinzip, S. 207 der lediglich das verwirklichte Selbstverständnis in den Normbereich des Staatskirchenrechts stellt; a.A. *Leisner*, DÖV 1977, S. 475 (479).