

# Zur Erforschung des mutmaßlichen Willens bei fehlender Einwilligungsfähigkeit des Patienten

K. Ulsenheimer

## 1. Einleitung

Mit der aus vielerlei Gründen stetig steigenden Zahl älterer Patienten, der gewaltigen Steigerung der Schwerverletzten bei Verkehrsunfällen und den immer effektiveren Behandlungsmöglichkeiten der Medizin nimmt auch die Zahl der nicht mehr entscheidungsfähigen Kranken ständig zu. Ärzte und Pflegekräfte in Krankenhäusern und Praxen werden dadurch immer häufiger vor menschlich und rechtlich schwierige Fragen gestellt: Was gilt, wenn der Patient nicht mehr selbst bestimmen kann, was mit ihm im Krankenhaus geschehen soll? Unter welchen Voraussetzungen läßt sich auf den mutmaßlichen Willen des Kranken zurückgreifen? Darf man sich dabei mit der Zustimmung der Angehörigen oder sonstiger Bezugspersonen – des Ehepartners, der Kinder, des Lebensgefährten – begnügen oder ist das Vormundschaftsgericht anzurufen und ein Betreuer zu bestellen? Welche Bedeutung hat ein sog. "Patiententestament"? Kann sich der Patient durch eine noch im Zustand uneingeschränkter Einsichts- und Urteilsfähigkeit beauftragte Vertrauensperson bei der Entscheidung über die Vornahme oder Ablehnung eines ärztlichen Heileingriffs vertreten lassen und welche rechtlichen Voraussetzungen hat eine solche "Vorsorgevollmacht" (§ 1904 Abs. 2 BGB)?

*Weißauer* und *Coepicus* haben in ihren Beiträgen (1) zu einigen dieser Probleme schon Stellung genommen und höchst wichtige praktische Lösungsvorschläge, teilweise mit Formblättern zur Vereinfachung des Verfahrens, unterbreitet, so daß mehr Licht in diese weit verbreitete, in ihren forensischen Risiken vielen nicht bewußte "Grauzone" (2) gekommen ist. Meine Ausführungen sollen daran anschließen und ausschließlich die mutmaßliche Einwilligung näher beleuchten, indem sie die rechtliche Struktur dieses Rechtfertigungsgrundes, seine Voraussetzungen und Grenzen sowie die Schwierigkeiten bei seiner Feststellung im konkreten Fall aufzeigen und einige praktische Hinweise für den Alltag im Krankenhaus geben.

## 2. Rechtliche Grundlagen

**2.1** Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung des Patienten beruhen auf der verfassungsrechtlich verbürgten Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), deren sichtbarer Ausdruck im Verhältnis Arzt-Patient dessen

Selbstbestimmungsrecht ist. Die Beachtung dieses Grundrechts ist "wesentlicher Teil des ärztlichen Aufgabenbereichs" (3) und begrenzt das Recht und die Pflicht des Arztes, den kranken Menschen nach Möglichkeit von seinem Leiden zu heilen. Es ist deshalb "ein rechtswidriger Eingriff in die Freiheit und Würde der menschlichen Persönlichkeit, wenn ein Arzt – und sei es auch aus medizinisch berechtigten Gründen – eigenmächtig und selbstherrlich eine folgenschwere Operation bei einem Kranken, dessen Meinung rechtzeitig eingeholt werden kann, ohne dessen vorherige Billigung vornahme. Denn ein selbst lebensgefährlich Kranker kann triftige und sowohl menschlich wie sittlich beachtenswerte Gründe haben, eine Operation abzulehnen, auch wenn er durch sie und nur durch sie von seinem Leiden befreit werden könnte" (4). Es gibt somit keine "ärztliche Therapiehoheit" über die durchzuführenden Maßnahmen, ohne daß diese vom Willen des Patienten getragen sind, der demnach auch ein "Recht auf Unvernunft" hat.

Dieser Schutz der Autonomie des Patienten über seine körperliche Integrität bietet, von der Aufklärung abgesehen, solange kaum rechtliche Probleme, solange der Patient einwilligungsfähig ist, also das nötige Urteils- und Einsichtsvermögen hat, um eine eigenverantwortliche Entscheidung zu treffen. Schwierigkeiten treten jedoch dann auf, wenn der Patient seinen Willen im Zeitpunkt der Vornahme des Heileingriffs oder des Abbruchs der Behandlung nicht mehr artikulieren kann, weil er bewußtlos, komatös oder unter dem Druck einer schweren Erkrankung nicht mehr entscheidungsfähig ist. Denn in diesen Fällen läßt sich, mangels einer aktuellen Befragungsmöglichkeit, der Wille des Patienten nur aus früheren Äußerungen, Verhaltensweisen, Schriftstücken oder sonstigen Umständen herleiten, d.h. mutmaßen, und deshalb besteht natürlich die Gefahr, daß diese Vermutung sich hinterher als falsch erweist, also der vom Arzt vermutete Wille nicht dem wirklichen Willen des Patienten entspricht.

Dies gilt um so mehr, als die dabei auftretenden Fallgestaltungen höchst unterschiedlich sind und die ganze Bandbreite zwischen Unaufschiebbarkeit (Notoperation) und Aufschiebbarkeit (mehr oder weniger lange Entscheidungsfrist), völliger Ausichtslosigkeit und besten Erfolgchancen ärztlicher Maßnahmen einnehmen. Den einen Pol markiert das Opfer eines Verkehrsunfalls – schwerverletzt, ohne

## Recht

Bewußtsein, aber mit guten Aussichten für eine restitutio at integrum bei sofortigen ärztlichen Eingreifen, den Gegenpol bildet der Apalliker oder der im Wachkoma befindliche Patient mit vollständigem Verlust der Bewegungs- und Kommunikationsfähigkeit, ohne irgendeine Hoffnung auf eine Änderung dieses irreversiblen Zustands durch ärztliches Handeln, für das kein Zeitdruck besteht. Zwischen diesen Extremen liegen die Fälle nicht entscheidungsfähiger Patienten mit allen Schattierungen in Bezug auf ihre Krankheit, die medizinische Indikation und die dem Arzt zur Verfügung stehende Zeitdauer für eine Entscheidung: Patienten mit leichten Verletzungen (z.B. Knochenbrüchen), die durch die Anwendung von Standardmethoden bald wieder völlig gesund sind, Patienten, deren Leben gerettet werden kann, aber um den Preis erheblicher körperlicher Beeinträchtigungen (z.B. Beinamputation) oder unter Inkaufnahme des Risikos schwerster zerebraler Schädigungen (nach Reanimation), relative oder absolute Indikation der ärztlichen Massnahmen, erfolgversprechende traditionelle Methoden oder riskante, noch in der Erprobungsphase befindliche Maßnahmen, deren Chancen und Auswirkungen unsicher sind, wobei jeweils die Zeitdauer, innerhalb derer aus medizinischen Gründen entschieden werden muß, variieren kann.

**2.2** Angesichts dieser Vielgestaltigkeit der Fallkonstellationen muß das Primat der Eigenentscheidung des Patienten gelten und die Reichweite der mutmaßlichen Einwilligung beschränkt werden. Denn "dort, wo es möglich ist, den zu befragen, in dessen Rechtsphäre eingegriffen werden soll" (5), braucht man nicht das Risiko einzugehen, daß der wirkliche Wille des Patienten verfehlt wird. Die mutmaßliche Einwilligung kann daher immer nur subsidiär zum Zuge kommen, wenn die Einholung der Einwilligung des Patienten hic et nunc "unmöglich oder zwecklos ist" (6), anders formuliert: "Sie kommt nur in Betracht, wenn die normalerweise erforderliche Aufklärung aus bestimmten Gründen nicht möglich ist, so z.B. wenn ein bewußtlos eingelieferter Patient nicht aufgeklärt oder ein gesetzlicher Vertreter nicht befragt werden kann" (7). Rechtfertigung durch mutmaßliche Einwilligung "kann nur dann erfolgen, wenn eine Meinungsäußerung des Verletzten nicht zu erreichen ist", da es anderenfalls "zu unerträglichen Einmischungen in fremde Angelegenheiten" käme (8).

Dies bedeutet praktisch: Ist die geplante ärztliche Maßnahme ohne Nachteil oder Risiko für den Patienten aufschiebbar, seine Meinung rechtzeitig einholbar, muß entweder abgewartet werden, bis der Patient wieder einwilligungsfähig ist, oder aber ein Betreuer als gesetzlicher Vertreter bestellt werden, es sei denn, der Patient hat einem Bevollmächtigten die Entscheidungskompetenz für derartige Fallgestaltungen übertragen bzw. ein gesetzlicher Vertreter ist schon vorhanden (z.B. bei minderjährigen oder unter Betreuung stehenden Patienten). "Der Arzt, der einen Bewußtlosen operiert", kann sich also für seine Eigenmächtigkeit dann nicht auf mutmaßliche

Einwilligung berufen, wenn das Erwachen des Patienten aus der Ohnmacht ohne Schaden für seine Gesundheit abgewartet werden kann (9). Dasselbe gilt für elektive Eingriffe bei geistig desorientierten Patienten, die noch keinen Betreuer als gesetzlichen Vertreter haben, ihn aber zeitgerecht bekommen können.

**2.3** Diese in Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannte Subsidiarität der mutmaßlichen Einwilligung hat der BGH in seiner Entscheidung zum sog. Kemptener Fall (Behandlungsabbruch bei einer unheilbar kranken, nicht mehr entscheidungsfähigen Patientin) leider nicht deutlich genug herausgestellt (10). Denn für die Patientin war ihr Sohn als Pfleger (entspricht nach heutiger Rechtslage dem Betreuer) mit dem Recht bestellt worden, über ärztliche Behandlungsmaßnahmen zu entscheiden, so daß er – unter Umständen mit Zustimmung des Vormundschaftsgerichts (11) – anstelle seiner einwilligungsunfähigen Mutter die im Rahmen ihrer Behandlung erforderlichen Erklärungen abgeben, also auch der Nichtfortsetzung der künstlichen Ernährung zustimmen konnte (12), allerdings nur, wenn dies "den Wünschen" der Betreuten entsprach (§ 1901 Abs. 2 BGB). Der Ausgangspunkt der Rechtfertigungsüberlegungen des BGH: "Hier kommt daher, da Frau E. seit September 1990 infolge ihrer irreversiblen Hirnschädigung zu einer eigenen Entscheidung nicht in der Lage war, nur die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung in Betracht", ist daher so nicht richtig, zumindest aber mißverständlich. Denn da Frau E. einen Pfleger (Betreuer) hatte, konnte sie durch ihn entscheiden, war also rechtlich nicht einwilligungsunfähig. Verneint man allerdings mit dem BGH die alleinige Entscheidungsbefugnis des Betreuers in solchen Fällen, weil er in entsprechender Anwendung des § 1904 Abs. 1 BGB zur Wirksamkeit seiner Zustimmung zum Behandlungsabbruch mit Todesfolge der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf, kann er bei deren Fehlen (Versagung oder Nichteinholung) tatsächlich partiell, d. h. in bestimmten Situationen nicht anstelle des Patienten entscheiden. Ob in solchen Fällen für die Rechtfertigung des Behandlungsabbruchs auf den mutmaßlichen Patientenwillen zurückgegriffen werden darf, erscheint aber mehr als fraglich (13), da der gesetzliche Vertreter ja befragt werden und sich für den Patienten äußern konnte, die "Subsidiaritätsvoraussetzung" der mutmaßlichen Einwilligung also nicht gegeben ist.

Vielleicht infolge dieser etwas unklaren BGH-Ausführungen, aber zu Unrecht, behauptet deshalb *Hennies* (14), der Arzt sei auch dann, wenn ihm das Behandlungsgeschehen Zeit lasse, nicht verpflichtet, für die Bestellung eines Betreuers zu sorgen, um "die ausdrückliche Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme zu erreichen". Denn "im Verhältnis Arzt-Patient" träte "an die Stelle der zur Einwilligung erforderlichen Willenserklärung beim willens- und entscheidungsunfähigen Kranken dessen mutmaßlicher Wille" (15). Das ist zwar im Prinzip richtig und richtig ist auch, daß "der ausdrücklich erklärte und der

mutmaßliche Wille die gleiche Rechtsqualität" haben, aber sie stehen nicht "unabhängig" nebeneinander (16), vielmehr darf auf die mutmaßliche Einwilligung nur hilfsweise dann zurückgegriffen werden, wenn die wirkliche Einwilligung in den Eingriff zeitgerecht nicht zu erlangen ist. Die mutmaßliche Einwilligung ist immer nur – allerdings ein "in allem vollgültiger – Ersatz der wirklichen Einwilligung" (17). Deshalb muß der Arzt bei elektiven, nicht eilbedürftigen Maßnahmen für den nicht einwilligungsfähigen Patienten unbedingt auf die Bestellung eines Betreuers beim Vormundschaftsgericht hinwirken, damit dieser anstelle des Kranken die ausdrückliche (seinen Wünschen entsprechende) Entscheidung – gegebenenfalls mit vormundschaftsrechtlicher Genehmigung - treffen kann (18).

**2.4** Da die mutmaßliche Einwilligung einen "eigenständigen Rechtfertigungsgrund" und nicht lediglich einen "Unterfall des Notstands" darstellt (19), kommt es für die Rechtfertigung "nicht auf eine objektive Interessenabwägung, sondern auf den hypothetischen Willen" des Patienten an (20). Es geht um ein "Wahrscheinlichkeitsurteil" dahin, daß der Betroffene, wenn er volle Kenntnis der Sachlage besessen hätte, von seinem persönlichen Standpunkt aus in die Handlung eingewilligt hätte" (21). "Es handelt sich also – dies ist besonders festzuhalten – nicht darum, festzustellen", was der Patient "vernünftigerweise in dieser Sachlage hätte tun sollen, sondern darum, wie er sich (aller Voraussicht nach) aus seiner ganz persönlichen Willensrichtung heraus wirklich verhalten hätte" (22). Entscheidend ist ausschließlich seine Sicht der Dinge, d.h. es kommt nicht darauf an, was der Arzt oder irgendein "vernünftiger Dritter" in gleicher Lage getan hätten, sondern was dieser konkrete Patient nach seinen "individuellen Interessen, Wünschen, Bedürfnissen und Wertvorstellungen" gewollt hätte, wenn man ihn befragen und er aktuell seinen Willen kund tun könnte.

Bei der mutmaßlichen Einwilligung handelt es sich weder um eine "erwartete Genehmigung" des Patienten noch um den strafrechtlich nur für die Frage der Schuld beachtlichen "Glauben" des Arztes noch um eine "Fiktion" (23), sondern um eine "Auslegung der nach den gesamten Umständen des Falles gegebenen Willensrichtung" des Patienten (24).

Maßgebend ist dabei nicht das wohlverstandene Interesse des Patienten oder was objektiv zu dessen Bestem ist, sondern sein individueller hypothetischer Wille, mag dieser auch unvernünftig sein (25). Richtig ist allerdings, "daß eine gegen die objektiven Interessen" des Patienten "gerichtete Handlung nur selten seinem mutmaßlichen Willen entsprechen wird" (26), doch ist das "wahre Wohl" oder was man "gemeinhin als vernünftig ansieht", eben nur ein Hilfsmittel, ein Indiz bei der Ermittlung des hypothetischen Willens, jedoch ohne eigenständige Bedeutung (27). Was "man" in dieser oder jener Situation tun würde und sich "üblicherweise" mit den Interessen eines verständigen Patienten deckt, darf nur dann – also hilfsweise – für die Entscheidung des Arztes

bestimmend sein, wenn er trotz aller Nachforschungen keine konkreten Anhaltspunkte für einen abweichenden Patientenwillen finden kann (28).

### 3. Die Kriterien zur Bestimmung des mutmaßlichen Patientenwillens

**3.1** Die Aufgabe des Arztes, im konkreten Fall den mutmaßlichen Willen des nicht mehr entscheidungsfähigen und auch nicht unter Betreuung stehenden Patienten herauszufinden, ist oftmals nicht nur schwierig, sondern auch riskant. Die Schwierigkeit beruht darauf, daß die Fallgestaltungen ausserordentlich vielfältig sind (s. o. 2.1), das Ergebnis nur mit Hilfe eines "Indizienbeweises" zu gewinnen, deshalb mehr oder weniger unsicher und mit dem Risiko einer möglichen Fehlentscheidung und dem daraus resultierenden Strafbarkeitsvorwurf behaftet ist: wegen vorsätzlicher bzw. fahrlässiger Körperverletzung im Falle der Vornahme ungewollter Massnahmen oder gar wegen Totschlags(versuchs) im Falle des Behandlungsabbruchs (29).

Diese Unsicherheit stellt eine erhebliche Belastung für denjenigen dar, der – wie der Arzt – in der konkreten Entscheidungssituation steht, so daß für die Praxis das zentrale Problem die Frage ist, welche Regeln, Maßstäbe oder Kriterien für die Erforschung des mutmaßlichen Willens gelten sollen. Insoweit ist zunächst allgemein festzustellen, daß nicht alle objektiv vorhandenen Umstände in die Entscheidungsfindung des Arztes eingehen müssen, andererseits aber darf er sich nicht nur mit den ihm bekannten Anknüpfungstatsachen für den mutmaßlichen Willen des Patienten begnügen, sondern muß in zumutbarer Weise insoweit Nachforschungen anstellen. Maßgebend ist nicht das ex-post von einem Dritten ermittelte, sondern das in der jeweiligen Situation für den Arzt bei zumutbarer Anstrengung erreichbare Indizienmaterial (30).

Dabei dürfen allerdings die Anforderungen an den Arzt nicht überspannt werden, da sonst die Gefahr besteht, daß die "Ärzte aus Furcht vor einem für sie nicht mehr überschaubaren Risiko strafrechtlicher Verfolgung bei einem zur Einwilligung nicht fähigen Patienten eine dringend gebotene und in aller Regel dem Willen des Patienten entsprechende Operation oder Operationserweiterung" unterlassen und sich damit das Selbstbestimmungsrecht gegen den Patienten kehrt (31). Andererseits müssen natürlich die objektiven Grundlagen des mutmaßlichen Patientenwillens um so sorgfältiger und umfassender recherchiert werden, je schwerwiegender, weitreichender die vom Arzt zu treffende Entscheidung für den Patienten ist. Geht es deshalb um den Abbruch einer einzelnen lebenserhaltenden Maßnahme, verlangt der BGH "im Interesse des Schutzes menschlichen Lebens" in tatsächlicher Hinsicht eine erhöhte Prüfungspflicht, um von vornherein der Gefahr vorzubeugen, "daß Arzt, Angehörige oder Betreuer unabhängig vom Willen des entscheidungsunfähigen Kranken nach eigenen Maßstäben und Vorstellungen

## Recht

das von ihnen als sinnlos, lebensunwert oder unnützlich angesehene Dasein des Patienten beenden" (32).

**3.2** Entscheidend ist somit der mutmaßliche Wille des Patienten im Augenblick der Vornahme bzw. des Abbruchs (Nichtfortsetzung) einer Behandlungsmaßnahme, wie er sich zu diesem Zeitpunkt nach gewissenhafter, vorurteilsfreier Abwägung aller durch zumutbaren Einsatz verfügbaren Umstände darstellt (33). Zu diesem Indizienmaterial, das im Rahmen einer Gesamtwürdigung die Grundlage zur Feststellung des Patientenwillens bildet, gehören insbesondere folgende Einzelkomponenten:

- Schriftliche Äußerungen vor Eintritt der Entscheidungsunfähigkeit, z. B. eine Patientenverfügung, ein Patiententestament, ein Brief, eine vertrauliche Mitteilung o. ä., die in vielfältigen Versionen eine bestimmte Krankheitssituation und die vom Patienten gewünschte Reaktion des Arztes hierauf zu umschreiben versuchen.

Nach herrschender Auffassung bindet eine solche in gesunden Tagen, jedenfalls in geistig klarem Zustand abgefaßte Erklärung den Arzt und die übrigen Pflegepersonen nicht. Denn es ist allgemein anerkannt, daß ein schwerkranker oder kurz vor dem Sterben stehender Mensch durch die entscheidende Änderung seiner Lebensvoraussetzungen ein "anderer" geworden ist. Was er deshalb als Gesunder festgelegt hat, kann im Wesentlichen oder gar in allen Punkten für die Situation der Krankheit, vor allem in einer zum Tode führenden Krankheitsphase, überholt sein. Außerdem kann der Inhalt von einer momentanen Stimmung, von Irrtum oder Zwang beeinflusst oder im Zustand fraglicher Einwilligungsfähigkeit abgefaßt sein. Das Patiententestament und ähnliche Erklärungen geben daher nicht sicher den tatsächlichen Willen des Patienten im Augenblick der Vornahme bzw. Nichtvornahme des (unter Umständen lebenserhaltenden) Eingriffs wieder. Trotz eines Patiententestaments "weiß man nie, wie der Patient sich im Angesicht des Todes wirklich entscheiden würde", so daß diese Schriftstücke keine absolute Verbindlichkeit, sondern lediglich Indizcharakter bei der Erforschung des mutmaßlichen Willens eines Patienten haben (34). Je zeitnäher das Patiententestament allerdings formuliert ist und je mehr die Umstände darauf hindeuten, daß der Patient selbst es als seinen wirklichen Willen betrachtet (indem er es z. B. bei sich führt, notariell beglaubigt oder unter Zeugen abgefaßt hat), je genauer er umrissen hat, welche ärztliche Maßnahmen in welcher Krankheitssituation er wünscht und welche nicht, je weniger konkrete Gegengründe ersichtlich sind, um so größer ist die verpflichtende Wirkung solcher Erklärungen (35).

- Mündliche Äußerungen des Patienten vor Eintritt der Entscheidungsunfähigkeit: gegenüber Angehörigen, Freunden, Ärzten, Pflegekräften, sonstigen Dritten. Gibt es Wünsche oder Vorstellungen des Patienten bezüglich seiner Krankheit?

Wenn der Arzt zur Ermittlung des mutmaßlichen

Willens des Patienten Nachforschungen anstellen muß, so sind diese sicherlich am aussichtsreichsten bei Angehörigen, Verwandten, Freunden oder sonstigen Personen, die den Patienten kennen. Dabei stellt sich jedoch zugleich das rechtliche Problem der ärztlichen Schweigepflicht, denn die Fragen setzen die Information des anderen über den Zustand des Patienten voraus. Deshalb besteht nach überwiegender Ansicht keine Rechtspflicht zur Befragung Dritter (36), doch wird das Recht dazu von Rechtsprechung und Lehre überwiegend bejaht. *Jähnke* (37) z. B. hält die Befragung von Angehörigen oder sonst dem Patienten nahestehenden Personen zur Ermittlung des mutmaßlichen Willens in Krisensituationen für praktisch außerordentlich wichtig, damit sich der Arzt Klarheit über die Einstellung des Patienten zu bestimmten Behandlungsmaßnahmen verschaffen kann. *Roßner* meint, es sei "mangels gegenteiliger Anhaltspunkte davon auszugehen, daß der Wille des Betroffenen mit einer Durchbrechung der Schweigepflicht im Einklang steht", wenn der Arzt im therapeutischen Interesse einen Dritten konsultiert (38). Auch der BGH vertritt diese Linie. Denn bei Willensunfähigkeit des Patienten müssen die Klinikärzte die Einwilligung eines für den Patienten zu bestellenden Betreuers einholen oder aber, falls dies nicht alsbald möglich ist, sich zumindest durch ein Gespräch mit den Angehörigen darüber vergewissern, daß die geplante Behandlung bzw. deren Unterlassung dem mutmaßlichen Willen des Patienten entspricht (39).

Die Meinungsäußerung von Angehörigen und anderen Personen aus dem Umfeld des Patienten ist allerdings nicht mehr als ein Indiz für den Patientenwillen, solange nicht einer von ihnen als Betreuer vom Gericht eingesetzt wurde oder eine wirksame Vorsorgevollmacht hat. Bis dahin kann dem Arzt auch von den Angehörigen nicht die Entscheidung darüber abgenommen werden, ob der Patient an seinem früher geäußerten Willen festhalten würde (40).

- Gibt es einen (langjährigen) Hausarzt, der die Bedürfnisse, Vorerkrankungen, Empfindungen des Patienten kennt?
- Sind Notizen hierüber oder sonstige Feststellungen über Äußerungen des Patienten, was in bestimmten Krankheitssituationen geschehen soll, in den Krankenblattunterlagen enthalten?
- Krankheitszustand: Hoffnungslos? Unheilbar? Infauste Prognose? Irreversibler Bewusstseinsverlust? Terminales Stadium? Medizinisch unumkehrbare Entwicklung? oder: prognostisch gut? Heilung möglich (wahrscheinlich)?
- Relative oder absolute Indikation der ärztlichen Massnahme?
- Aussichten auf Lebensrettung, zumindest Lebensverlängerung durch die ärztlichen Maßnahmen? Welche Nebenfolgen, Risiken und Schmerzen drohen bei Vornahme bzw. Fortsetzung der Behandlung? Welches Schadenspotential kann mit welcher

Wahrscheinlichkeit eintreten? Handelt es sich um eine erprobte medizinische Standardmethode oder um einen riskanten Eingriff im Bereich der Neulandmedizin?

- Altersbedingte Lebenserwartung?
- Schmerzempfindlichkeit, Bereitschaft, Schmerzen zu ertragen und Belastungen auf sich zunehmen?
- Furcht vor Behindertsein, vor Verunstaltung, vor Abhängigkeit?
- Wie würde ein verständiger Patient entscheiden? Wie würde man selbst, wie würde man als Arzt normalerweise entscheiden?
- Abwägung der betroffenen Rechtsgüter: Selbstbestimmungsrecht – körperliche Integrität, Gesundheit, Leben.

#### 4. Resümee

Durchmustert man die vorstehend beschriebenen "Bausteine", die – zusammengesetzt – das Mosaik eines klaren mutmaßlichen Willens bilden, aber oft auch nicht ausreichend für ein eindeutiges Urteil sein können, so zeigt sich die schwierige Aufgabe des Arztes bei der Ermittlung. Er hat immer nur mehr oder weniger aussagekräftige Anhaltspunkte, ist auf Auslegungen und Schlußfolgerungen angewiesen und muß mit allgemeinen Wertvorstellungen argumentieren. Das Risiko, falsch zu entscheiden, ist deshalb groß, daher die Empfehlung, wenn möglich, noch vor Eintritt der Entscheidungsunfähigkeit den Patienten nach seinem Willen zu befragen, auf die Erteilung einer Vorsorgevollmacht hinzuwirken oder eine Patientenverfügung abzufassen. Ist es dafür zu spät oder der Patient solchen Anregungen gegenüber nicht aufgeschlossen, sollte man bei Entscheidungsunfähigkeit unverzüglich einen Betreuer gerichtlich bestellen lassen, um die Phase, in der praktisch die mutmaßliche Einwilligung das ärztliche Tun und Unterlassen bestimmt, möglichst abzukürzen und andere – Betreuer und gegebenenfalls das Vormundschaftsgericht – in die Verantwortung für den Kranken miteinzubeziehen. Reicht dafür die Zeit nicht aus, ist Eile geboten, sollte der Arzt dort, wo es um Leben und Tod geht, im Zweifel stets pro vita entscheiden, d.h. das Selbstbestimmungsrecht des Patienten dadurch wahren, daß er die Entscheidungsphase offenhält (41). Die ärztlich gebotene, lebensrettende Operation ist also durch mutmaßliche Einwilligung gedeckt (42). Nur diese Auffassung entspricht auch ärztlichem Selbstverständnis, das bei einem bewußtlosen oder sonst urteilsunfähigen Patienten auf die Erhaltung von Leben und Gesundheit ausgerichtet ist, solange bei einem Kranken oder Verletzten Aussicht auf Besserung besteht.

#### Literatur

1. Weißauer: Anästhesiologie und Intensivmedizin 1999, 209 ff; Coeppicus, Anästhesiologie und Intensivmedizin, 1999, 853 ff

2. Weißauer, a.a.O., S. 209; Informationen des BDC, 38. Jg. 1999, 321; Coeppicus, Anästhesiologie und Intensivmedizin 1999, 583 ff
3. BVerfG NJW 1979, 1930
4. BGHSt 11, 111, 114
5. Roxin: Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1994, § 18 Rdnr. 10
6. BGHSt 16, 309 (312); LK-Hirsch, 11. Aufl. 1994, vor § 32 Rdnr. 16; Roxin, a.a.O., § 18 Rdnr. 10; Rieger, Mutmaßliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch, 1998, S. 73, 78
7. OLG Bamberg, VersR 1998, 1025 (1026)
8. SK-Samson, Vor § 32, Rdnr. 83
9. Roxin: a.a.O., Rdnr. 10
10. So zutreffend Opderbecker/Weissauer, MedR 1995, 456 ff
11. So BGH NJW 1995, 204 ff; streitig: vgl. OLG Frankfurt a.M. NJW 1998, 2747 (2748); LG Duisburg, NJW 1990, 2744; Knieper, NJW 1998, 2720 (2721); Coeppicus, NJW 1998, 3381 (3383); Schöch, NStZ 1995, 153 (156) für das Genehmigungserfordernis; dagegen: AG Hanau, BePrax 1997, 82; Dodegge, NJW 1997, 2425 (2432); Laufs, NJW 1998, 3399 (3400); ders., NJW 1999, 1758 (1761); Alberz, NJW 1999, 835; Deichmann, MDR 1995, 983 (985)
12. Anderer Ansicht: LG München I: Die Entscheidung für den Behandlungsabbruch fällt nicht in den Aufgabenbereich des Betreuers, NJW 1999, 1788; kritisch dazu Gründel, NJW 1999, 3391 ff
13. Siehe dazu Opderbecke/Weißauer, a.a.O.
14. MedR 1999, 341
15. Hennies, a.a.O., S. 341
16. Wie Coeppicus, NJW 1998, 3383 meint
17. Mezger, Strafrecht, 3. Aufl. 1949, S. 220
18. BGH NJW 1959, 811 (812); NJW 1966, 1855 (1856); NJW 1991, 2357 (2358); Weißauer/Opderbecke, MedR 1995, 456, 459; Kutzer, ZRP 1997, 117 (118); Bernsmann ZRP 1996, 87 (90)
19. BGHSt 35, 346 ff; Schönke/Schröder/Lenckner, StGB, 25. Aufl. 1997, Vorbem. vor § 32 Rdnr. 54 mwN
20. Roxin, a.a.O., Rdnr. 5
21. Mezger, Strafrecht, 3. Aufl. 1949, S. 219 f
22. Mezger, a.a.O., S. 220
23. Mezger, a.a.O., S. 220,
24. Mezger, a.a.O., S. 220
25. Roxin, a.a.O., Rdnr. 5; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1988, § 34 VII 2; LK-Hirsch, 10. Aufl. 1989, vor § 32 Rdnr. 137; Schönke/Schröder/Lenckner, StGB, 25. Aufl., 1997 vor § 32 Rdnr. 56 f; Bockelmann/Volk, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1987, § 15 C II 2
26. Roxin, a.a.O., Rdnr. 7
27. BGHSt 35, 249 f
28. BGH, NJW 1995, 204, 205; BGHSt 35, 246, 249 = NJW 1988, 2310
29. Vgl. LG Duisburg, NJW 1999, 2744; Coeppicus, NJW 1998, 3384; Sternberg-Lieben, NJW 1985, 2734 (2738); Uhlenbruck, MedR 1993, 16 (18); Steffen, NJW 1996, 1581
30. So zutreffend Rieger, Die mutmassliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch, 1998, S. 95
31. BGH-5StR 712/98, Urteil vom 4.10.1999, S. 11, 12
32. BGH NJW 1995, 204
33. Vgl. BGH NJW 1995, 204, 205, der mehr objektivierend feststellt: "Entscheidend ist der mutmassliche Wille des Patienten im Tatzeitpunkt, wie er sich nach sorgfältiger Abwägung aller Umstände darstellt".
34. Siehe dazu Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 2. Aufl. 1998, Rdnr. 115; Laufs, NJW 1998, 3400; Rehborn, MDR 1998, 1467; Weißauer, Informationen des Berufsverbandes Deutscher Chirurgen 1996, Heft 3; aA Ankermann, MedR 1999, 9; Schreiber, Sterbehilfe und Therapieabbruch, FS für Hanack, 1999, 741; Schweizerische Akademie

## Recht

der Wissenschaften in JW 1996, 768; auch die neu formulierten "Grundsätze der Bundesärztekammer zur Sterbebegleitung" sprechen der Patientenverfügung Verbindlichkeit nur zu, "sofern keine Umstände erkennbar sind, dass der Patient sie nicht mehr gelten lassen würde".

35. Weißbauer, a.a.O.; Dölling, MedR 1987, 6, 9; Rieger, Die mutmassliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch, 1998, S. 85 ff

36. Vgl. Roßner, Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes bei Kollision mit anderen ärztlichen Pflichten, 1998, S. 163 f mwN; ebenso Staudinger-Schäfer, 12. Aufl. 1986, § 823 Rdnr. 482; LK-Hirsch, 10. Aufl. 1989, § 226 a Rdnr. 36; Schreiber, in: Gramberg/Danielsen (Hrsg.), Rechtsophthalmologie, Stuttgart 1985, S. 21 (26); Grünwald, ZStW 1961, 5, 27; Kleinewefers, VersR 1962, 196, 203; Arzt, NJW 1967, 668, 669

37. LK-Jähnke, 10. Aufl. 1989, § 203 Rdnr. 81

38. Roßner, a.a.O., S. 161, 162

39. BGH NJW 1966, 1855, 1856

40. Arzt NJW 1967, 668, 671

41. Roxin, FS Welzel, 1974, 469

42. Roxin, a.a.O., S. 469.

**Korrespondenzadresse:**

Prof. Dr. Dr. *Klaus Ulsenheimer*

Rechtsanwalt

Maximiliansplatz 12/IV

D-80333 München.

## Anästhesie-Ausweis der DGAI

Der Anästhesie-Ausweis der DGAI ist zum Preis von DM 0,80 zzgl. MwSt. für DGAI-Mitglieder (DM 1,- zzgl. MwSt. für Nicht-Mitglieder) mit nachstehendem Bestellschein ab sofort erhältlich über **Aktiv Druck & Verlag GmbH, An der Lohwiese 36, D-97500 Ebelsbach. Fax: 09522 / 94 35 67.**





**Europäische Vereinigung der  
Fachärzte (UEMS)**

**Deutsche Gesellschaft für Anästhesiologie  
und Intensivmedizin (DGAI)**

**Anästhesie-Ausweis**



**Union Européenne des Médecins  
Spécialistes (UEMS)**

**German Society of Anaesthesiology  
and Intensive Care Medicine (DGAI)**

**Anaesthesia Problem Card**

**DGAI Geschäftsstelle:  
Roritzerstraße 27  
D-90419 Nürnberg**

**Tel.: + 49 (0)9 11 93 37 80  
Fax: + 49 (0)9 11 393 81 95  
e-mail: dgai@dgai-ev.de**

**Bestellschein**

Hiermit bestelle ich \_\_\_\_\_ Stück des Anästhesie-Ausweises der DGAI.

Die Schutzgebühr inkl. Porto in Höhe von DM \_\_\_\_\_ liegt als Verrechnungsscheck bei.

DGAI-Mitglied  ja  nein

Name: \_\_\_\_\_

Anschrift: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

Datum, Unterschrift

---

**Preisliste - Konditionen**

Stückpreis: DM 0,80 zzgl. MwSt. (DM 1,- für Nicht-Mitglieder)

Mindestauftragswert: 40 Exemplare (DM 32,- zzgl. MwSt.)

Ab einer Abnahme von 100 Stück wird ein Preisnachlaß von 10 % gewährt.

Die Preise verstehen sich zzgl. Versandkosten.