

Angelika Hartl

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der strafrechtlichen Zulässigkeit einseitig bewirkter, medizinischer Behandlungsabbrüche. Ausgehend von der grundsätzlichen Relevanz des Patientenwillens bei ärztlichen Therapieentscheidungen wird die Zulässigkeit einseitiger Abbruchentscheidungen gemeinhin kritisch beurteilt, sobald die subjektive Sichtweise des Patienten bei der medizinischen Entscheidungsfindung keine Berücksichtigung findet. Kann es aber dennoch Kriterien geben, auf deren Basis ein strafrechtlich zulässiger einseitiger Behandlungsabbruch – abgekoppelt von einer genuin subjektiven Entscheidungsdeterminante – grundsätzlich vorstellbar ist? Ausgehend vom Kernbegriff der medizinischen bzw. ärztlichen Indikation werden denkbare Kriterien unterschiedlichen Generalisierungsmaßstabs erläutert und in einen strafrechtsdogmatischen Rahmen eingebettet. Hierbei geht es nicht zuletzt auch um die Schaffung von Transparenz und um die Statuierung von Behandlungsgrenzen anhand objektiv nachvollziehbarer Kriterien, die den Behandlungsabbruch dogmatisch auf sicheren Boden stellen.

Zulässigkeitsvoraussetzungen und
dogmatische Begründbarkeit

Der einseitige
Behandlungsabbruch

Der einseitige Behandlungsabbruch

Zulässigkeitsvoraussetzungen und
dogmatische Begründbarkeit



Universität Regensburg
UNIVERSITÄTSBIBLIOTHEK

ISBN 978-3-88246-437-5



Angelika Hartl

Eine Publikation der
Universitätsbibliothek Regensburg

Der einseitige Behandlungsabbruch
Zulässigkeitsvoraussetzungen und dogmatische Begründbarkeit

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Fakultät für Rechtswissenschaft
der Universität Regensburg

vorgelegt von
Angelika Hartl

Erstgutachter (Betreuer): Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Pawlik, LL.M. (Cantab.)

Zweitgutachter: Prof. Dr. Katrin Gierhake, LL.M.

Tag der mündlichen Prüfung: 23.10.2020

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie. Detaillierte bibliografische Daten sind im Internet unter <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

ISBN (Softcover): 978-3-88246-437-5

ISBN (PDF): 978-3-88246-438-2

DOI: 10.5283/epub.43983

Link zur Online-Version: <https://epub.uni-regensburg.de/43983>

Satz und Layout: Angelika Hartl

Umschlaggestaltung: Peter Brünsteiner, Nadia Gianfrancesco

Herstellung: Universitätsbibliothek Regensburg

Erscheinungsort: Regensburg, 2020

Druck und Bindung: Digital Print Group o. Schimek GmbH, Nürnberg



Dieses Werk ist unter der Creative Commons-Lizenz Namensnennung 4.0 International (CC BY 4.0) veröffentlicht.

Danksagung

Besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Pawlik, der mein Interesse an der vorliegend erarbeiteten Thematik geweckt hat, bei Schwierigkeiten stets für eine inhaltliche Diskussion zur Verfügung stand und mich wesentlich zum Durchhalten bei der Fertigstellung veranlasst hat.

Ein großer Dank gilt zudem dem Klinischen Ethikkomitee des Universitätsklinikums Regensburg, dessen Mitglieder der Arbeitsgruppe Ethik und Recht im Rahmen eines interdisziplinären Austausches durch Anregungen und kritische Fragen dazu beigetragen haben, stets neue Denkanstöße für die Arbeit zu liefern.

Ebenso danke ich meinen Kolleginnen und Kollegen sowie vor allem auch meiner Familie, meinem Ehemann und meinen Freunden, deren nachhaltige moralische Unterstützung überdies entscheidend dazu beigetragen hat, die Arbeit erfolgreich zu Ende zu führen.

A.	Einleitung	1
I.	Der Behandlungsabbruch in Übereinstimmung mit dem Patientenwillen	1
II.	Der Behandlungsabbruch ohne den oder entgegen dem erklärten Patientenwillen	4
1.	Die denkbaren Entscheidungskriterien jenseits einer subjektiven Willensorientierung	5
2.	Die rechtsstrukturelle Abgrenzung	8
III.	Die Grenzen der Behandlungspflicht	10
1.	Die Indikation	10
2.	Die indikationsgegründeten Fallgruppen – eine erste Annäherung an die Grenzen der Behandlungspflicht	12
a.	Die primär indikationsgegründeten Therapiebegrenzungen	13
aa.	Das Einsetzen des Sterbevorgangs	13
bb.	Die wirkungslose Behandlung	14
b.	Die erweiterten indikationsgegründeten Therapiebegrenzungen diesseits der unmittelbaren Sterbephase	16
aa.	Die Problematik der Einbeziehung eines objektiv interpretierten, erweiterten Patientenwohls	16
bb.	Die Problematik der Einbeziehung eines objektiv interpretierten Nutzenbegriffs	18
c.	Die allgemeinwohlgestützten Therapiebegrenzungen	21
d.	Die Auswirkungen in der klinischen Praxis	22
3.	Die Auswirkungen auf das Kriterium der Indikation	24
IV.	Die Auslotung der Ausgangsposition	26
B.	Der gegenwärtige Meinungsstand zur Zulässigkeit des einseitigen Behandlungsabbruchs	27
I.	Das Kriterium der medizinischen bzw. ärztlichen Indikation	31
1.	Der Inhalt und die Bedeutung des Indikationsbegriffs	31
2.	Die terminologischen Einzelaspekte des Indikationsbegriffs	35
II.	Die Abgrenzung von Indikationsstellung und Einwilligung	38
1.	Die Reihenfolge von Indikation und Einwilligung	38
a.	Die Relevanz der §§ 1901a ff. BGB im strafrechtlichen Kontext	39
b.	Die Argumente für die vorliegend vertretene Reihenfolge	40
c.	Die Kritik an der vorliegend vertretenen Reihenfolge	41
2.	Stellungnahme	43
III.	Die relevanten Fallgruppen des einseitigen Behandlungsabbruchs	46
1.	Die anerkannten Konstellationen der primär indikationsgegründeten einseitigen Therapiebegrenzungen	47
a.	Das Einsetzen des Sterbevorgangs	47
b.	Die wirkungslose Behandlung	50
2.	Zwischenergebnis	52

3.	Die Fallgruppe der erweiterten indikationsgegründeten Therapiebegrenzungen.....	53
a.	Die bisherige subjektive Ausrichtung der Zulässigkeit des einseitigen Behandlungsabbruchs	53
aa.	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	53
bb.	Die Auslegung im Rahmen der Literatur	54
b.	Ein aktuelles Fallbeispiel mit relevanten Aspekten zur Legitimationswirkung objektiver Beurteilungsmaßstäbe.....	58
c.	Stellungnahme	64
aa.	Die Einbeziehung des objektiv interpretierten, erweiterten Patientenwohls	66
bb.	Die Einbeziehung des objektiv interpretierten Nutzens	68
4.	Die Fallgruppe der allgemeinwohlgestützten Therapiebegrenzungen	69
a.	Ein internationales Fallbeispiel zur Berücksichtigungsfähigkeit finanzieller Aspekte einer Behandlungsmethode	71
b.	Stellungnahme	74
IV.	Die zusammenfassende Analyse der maßgeblichen Kriterien mit Blick auf die einzelnen Fallgruppen	76
1.	Die inhaltliche Analyse der Indikationsprüfung	77
2.	Die Konsequenz für den strafrechtsdogmatischen Lösungsansatz....	78
C.	Der strafrechtsdogmatische Ansatz zur Ausdehnung der Zulässigkeit einseitiger Behandlungsabbrüche	79
I.	Die Entwicklung der dogmatischen Begründung	79
1.	Die Dogmatik des Fuldaer Falls.....	80
2.	Die bisherigen Lösungsansätze zum Entfallen der Strafbarkeit	82
3.	Die dogmatischen Konsequenzen des Fuldaer Falles	84
II.	Der denkbare Lösungsansatz im Lichte des Fuldaer Falles	87
III.	Der zentrale Ausgangspunkt des neuen Lösungsansatzes.....	91
IV.	Die Ausdehnung der Zulässigkeit des einseitigen Behandlungsabbruchs auf Basis des neuen Lösungsansatzes	94
1.	Der bisherige dogmatische Meinungsstand.....	94
2.	Die Berücksichtigung der neuen Rechtsprechung.....	96
3.	Die Konsequenzen aus dem Urteil für die hiesige Fragestellung	99
V.	Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des einseitigen Behandlungsabbruchs auf Basis des objektiv individualisierten Indikationsverständnisses	102
1.	Die subjektiv-individualisierten und objektiv-interpretierten Aspekte der Indikationsstellung	103
2.	Die formale Absicherung der Indikationsstellung in derartigen Behandlungskonstellationen.....	106
3.	Der Dokumentationsbogen zur Therapiebegrenzung.....	107

VI.	Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des einseitigen Behandlungsabbruchs auf Basis allgemeinwohlgestützter Therapiebegrenzungen.....	109
1.	Der klinisch-faktische Ausgangspunkt.....	110
2.	Der rechtliche Ausgangspunkt.....	112
3.	Der medizinethische Ausgangspunkt	114
4.	Das medizinethische Entscheidungsmodell	116
a.	Das Ethikmodell von <i>Winkler</i>	116
aa.	Die indikations- und patientenbezogenen Komponenten	116
bb.	Die allgemeinwohlgestützte Komponente	118
cc.	Die praktische Anwendung des Modells.....	119
b.	Das Ethikmodell nach <i>Marckmann/in der Schmitten</i>	121
aa.	Die vier Grundprinzipien der Medizinethik	122
bb.	Die indikations- und patientenbezogenen Komponenten	123
cc.	Die allgemeinwohlgestützten Komponenten.....	124
c.	Stellungnahme	126
d.	Die prozedurale Absicherung.....	133
VII.	Die Einbettung der indikations- und allgemeinwohlgestützten Konstellationen in den strafrechtlichen Lösungsansatz.....	134
1.	Die strafrechtliche Zulässigkeitsbeurteilung einseitiger Behandlungsabbrüche auf der Basis eines objektiv individualisierten Indikationsverständnisses.....	135
2.	Die strafrechtliche Zulässigkeitsbeurteilung einseitiger Behandlungsabbrüche auf der Basis einer allgemeinwohlgestützten, ökonomischen Betrachtungsweise	138
D.	Zusammenfassung und Ausblick	146

Literaturverzeichnis

Achenbach, Hans

Beteiligung am Suizid und Sterbehilfe – Strukturen eines unübersichtlichen Problemfeldes, JURA 2002, 542–548.

Abisser Schleger, Heidi / Pargger, Hans / Reiter-Theil, Stella

„Futility“ – Übertherapie am Lebensende? Gründe für ausbleibende Therapiebegrenzung in Geriatrie und Intensivmedizin, Z Palliativmed 2008, 67–75.

Albrecht, Dietlinde

Strafrechtliche Aspekte der ärztlich vorgenommenen Therapiebegrenzung, in: Amelung u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003, Heidelberg 2003, S. 551–581.

Ankermann, Ernst

Verlängerung sinnlos gewordenen Lebens? Zur rechtlichen Situation von Koma-Patienten, MedR 1999, 387–392.

Bartsch, Marco

Sterbehilfe und Strafrecht – Eine Bestandsaufnahme, in: Schröder/Hellmann (Hrsg.), Festschrift für Hans Achenbach, Heidelberg 2011, S. 13–28.

Beckmann, Rainer

Indikation und „Therapiezieländerung“, MedR 2018, 556–562.

Benze, Gesine / Alt-Epping, Bernd / Nauck, Friedemann

Spezielle medizinische Probleme am Lebensende, Bundesgesundheitsbl 2017, 62–68.

Bernat, Erwin

Behandeln oder sterben lassen?, in: Ahrens u.a. (Hrsg.), Festschrift für Erwin Deutsch – Zum 70. Geburtstag, Köln u.a. 1999, S. 443–462.

Bernsmann, Klaus

Der Umgang mit irreversibel bewusstlosen Personen und das Strafrecht, ZRP 1996, 87–92.

Bertram, Günter

Beweislastfragen am Lebensende, NJW 2004, 988–989.

Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz

Sterbehilfe und Sterbebegleitung – Ethische, rechtliche und medizinische Bewertung des Spannungsverhältnisses zwischen ärztlicher Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung des Patienten, Mainz 2004.

Bosch, Nikolaus

Rechtfertigung von Sterbehilfe, JA 2010, 908–911.

Bühler, Ernst / Kren, Rita / Stolz, Konrad

Sterbehilfe – Sterbebegleitung Patientenverfügung: Ergebnisse einer bundesweiten Umfrage unter Ärzten, BtPraxis 2002, 232–237.

Bundesärztekammer

Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, Dtsch. Ärztebl. vom 18. Februar 2011, A346–A348.

Dies.

Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, Dtsch. Ärztebl. vom 07. Mai 2010; A 877–A 882.

Dies.

Medizinische Indikationsstellung und Ökonomisierung, Berlin 2015, https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/Stellungnahmen/Stn_Medizinische_Indikationsstellung_und_Oekonomisierung.pdf (besucht am 30.11.2019).

Coepicus, Rolf

Behandlungsabbruch, mutmaßlicher Wille und Betreuungsrecht, NJW 1998, 3381–3387.

Conradi, Matthias

Der Arzt an den Grenzen seines Behandlungsauftrages – Eine Untersuchung zu Fragen der Sterbehilfe im Zeitalter der Intensivmedizin, Frankfurt am Main u.a. 2002.

Dannecker, Gerhard / Streng, Anne Franziska

Strafrechtliche Risiken der impliziten Rationierung medizinischer Leistungen, MedR 2011, 131–140.

Dietl, Barbara / Böhm, Horst

Die Indikation aus ärztlicher und juristischer Sicht, BtPrax 2012, 135–139.

Dölling, Dieter

Zulässigkeit und Grenzen der Sterbehilfe, MedR 1987, 6–12.

Drowatzky, Jens Uwe

Die Wertbegründung des Rechts innerhalb der Lebenswirklichkeit am Beispiel der strafrechtlichen Bewertung der Sterbehilfe, Berlin 2005.

Duttge, Gunnar

Einseitige („objektive“) Begrenzung ärztlicher Lebenserhaltung?, NSTZ 2006, 479–484.

Ders.

Was ist der rechtlich und ethisch angemessene Umgang mit Wachkomapatienten? – Die strafrechtliche Perspektive, in: Höfling (Hrsg.), Das sog. Wachkoma, 2. Auflage, Münster 2007, S. 91–102.

Ders.

Sterbehilfe durch Unterlassen (Behandlungsabbruch), MedR 2011, 32–38.

Ders.

Zwischen „Myozyme“ und „Nikolaus“: Die Ratlosigkeit des (deutschen) Rechts, in: Ders./Zimmermann-Acklin (Hrsg.), Göttinger Schriften zum Medizinrecht, Gerecht sorgen – Verständigungsprozesse über den Einsatz knapper Ressourcen bei Patienten am Lebensende, Göttingen 2013, S. 73–90.

Ders.

Grenzen der Sinnhaftigkeit von Intensivmedizin, MedR 2017, 361–364.

Ders.

Anmerkung zu LG München I, Urt. v. 28.11.2016 – 9 O 5246/14, MedR 2017, 892–894.

Ders.

Dokumentationsbogen zur Therapiebegrenzung – Bedeutsames organisatorisches Hilfsmittel oder Schritt zur weiteren „Entmenschlichung der Medizin“?, MedR 2018, 82–84.

Eidam, Lutz

Wider die Bevormundung eines selbstbestimmten Sterbens, in: Wolter u.a. (Hrsg.), Goltdammer's Archiv für Strafrecht, Heidelberg 2011, S. 232–244.

Engisch, Karl

Konflikte, Aporien und Paradoxien bei der rechtlichen Beurteilung der ärztlichen Sterbehilfe, in: Jescheck/Lüttger (Hrsg.), Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977, Berlin u.a. 1977, S. 309–330.

Engländer, Armin

Von der passiven Sterbehilfe zum Behandlungsabbruch, JZ 2011, 513–520.

Eser, Albin

Grenzen der Behandlungspflicht aus juristischer Sicht in: Lawin (Hrsg.), Grenzen der ärztlichen Aufklärungs- und Behandlungspflicht, Stuttgart 1982, Sonderdrucke aus der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, <https://freidok.uni-freiburg.de/dnb/download/3791> (besucht am 30.11.2019), S. 77–94.

Ders.

Möglichkeiten und Grenzen der Sterbehilfe aus der Sicht eines Juristen, in: Jens/Küng (Hrsg.), Menschenwürdig sterben: Ein Plädoyer für Selbstverantwortung, München u.a. 2010, S. 137–164.

Everschor, Monika

Probleme der Neugeborenenethanasie und der Behandlungsgrenzen bei schwerstgeschädigten Kindern und ultrakleinen Frühgeborenen aus rechtlicher und ethischer Sicht, Frankfurt am Main u.a. 2001.

Fischer, Thomas

Direkte Sterbehilfe – Anmerkung zur Privatisierung des Lebensschutzes, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), 2. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Berlin u.a. 2011, S. 557–576.

Ders.

Kommentar zum Strafgesetzbuch, 66. Auflage, München 2019.

Freund, Georg

Tatbestandsverwirklichungen durch Tun und Unterlassen, in: Putzke u.a. (Hrsg.), Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, Tübingen 2008, S. 225–245.

Frisch, Wolfgang

Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, Heidelberg 1988.

Gaede, Karsten

Durchbruch ohne Dambruch – Rechtssichere Neuvermessung der Grenzen strafloser Sterbehilfe, NJW 2010, 2925–2928.

Geißendörfer, Sylke

Die Selbstbestimmung des Entscheidungsunfähigen an den Grenzen des Rechts. Zur Debatte über „passive Sterbehilfe“ durch Behandlungsverzicht, vormundschaftliches Genehmigungsverfahren, Patientenverfügungen und deren gesetzliche Regelungsmöglichkeiten, Berlin u.a. 2009.

Gimbernat Ordeig, Enrique

Das unechte Unterlassungsdelikt, ZStW 1999, 307–334.

Gkoutis, Ioannis

Autonomie und strafrechtlicher Paternalismus, Berlin 2011.

Grewel, Hans

Lizenz zum Töten – Der Preis des technischen Fortschritts in der Medizin, Stuttgart 2002.

Grübler, Beate

Wann soll das Leben zu Ende gehen?, Dtsch. Ärztebl. vom 01. Juli 2011, A 1473–1476.

Gutmann, Thomas

Gleichheit vor der Rationierung – Rechtsphilosophische Überlegungen, in: Ders./Schmidt (Hrsg.), Rationierung und Allokation im Gesundheitswesen, Weilerswist 2002, S. 179–210.

Haier, Jörg

Wollen und können wir uns die Medizinrechtsprechung ökonomisch leisten?, in: Steinmeyer u.a. (Hrsg.), Festschrift für Karl Otto Bergmann zum 70. Geburtstag, Berlin u.a. 2016, S. 75–87.

Halliday, Samantha

Nichtaufnahme und Abbruch einer medizinischen Behandlung am Lebensende in Deutschland und England, JZ 2002, 752–763.

Herzberg, Rolf Dietrich

Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, Berlin 1972.

Ders.

Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewusst fahrlässigen Verhalten – Teil 1, JZ 1988, 573–624.

Ders.

Sterbehilfe als gerechtfertigte Tötung im Notstand?, NJW 1996, 3043–3049.

Ders.

Das vollendete vorsätzliche Begehungsdelikt als qualifiziertes Versuchs-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikt, JuS 1996, 377–384.

Ders.

„Die Vermeidbarkeit einer Erfolgsdifferenz“ – Überlegungen zu Günther Jakobs' strafrechtlichem Handlungs- und Verhaltensbegriff, in: Pawlik/Zaczyk (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, Köln u.a. 2007, S. 147–173.

Heun, Werner

The right to die – Terri Schiavo, Assisted Suicide und ihre Hintergründe in den USA, JZ 2006, 425–431.

Hirsch, Hans Joachim

Behandlungsabbruch und Sterbehilfe, in: Küper u.a. (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, Berlin u.a. 1987, S. 597–620.

Hoerster, Norbert

Rechtsethische Überlegungen zur Freigabe der Sterbehilfe, NJW 1986, 1786–1792.

Ders.

Sterbehilfe im säkularen Staat, Frankfurt am Main 1998.

Höfling, Wolfram

Forum: „Sterbehilfe“ zwischen Selbstbestimmung und Integritätsschutz, JuS 2000, 111–118.

Ders.

Das Tötungsverbot und die Grenzen seiner Einschränkung aus verfassungsrechtlicher Sicht, ZfL 2002, 34–41.

Ders.

Selbstbestimmung und Integrität am Lebensende – Überlegungen aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: Charbonnier u.a. (Hrsg.), Medizinische Indikation und Patientenwille, Stuttgart 2008, S. 85–94.

Ders. / Schäfer, Anna

Leben und Sterben in Richterhand? Ergebnisse einer bundesweiten Richterbefragung zu Patientenverfügung und Sterbehilfe, Tübingen 2006.

Holzauer, Heinz

Von Verfassungs wegen: Straffreiheit für passive Sterbehilfe, ZRP 2004, 41–44.

Hoover, Donald / Crystal, Stephen / Kumar, Rizie / Sambamoorthi, Usha / Cantor, Joel

Medical Expenditures during the Last Year of Life: Findings from the 1992–1996 Medicare Current Beneficiary Survey, HSR 2002, 1625–1642.

Hörr, Christof

Passive Sterbehilfe und betreuungsgerichtliche Kontrolle: Die Strafbarkeit von Arzt und Betreuer beim Behandlungsabbruch an einwilligungsunfähigen Patienten, Baden-Baden 2011.

Huber, Franziska

Das Verhältnis von medizinischer Indikation und Patientenwille bei §§ 1901a ff. BGB – Zugleich Urteilsanmerkung zu LG München I, GesR 2017, 613–620.

Hufen, Friedhelm

In dubio pro dignitate, NJW 2001, 849–857.

Humboldt, Wilhelm von

Briefe von Wilhelm von Humboldt an eine Freundin, 2. Teil, Leipzig 1847, Bayerische Staatsbibliothek digital, Permalink: <http://mdz-nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bvb:12-bsb10403077-7>, http://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/display/bsb10403077_00098.html (besucht am 30.11.2019).

Huster, Stefan

Das „Morbus-Pompe“-Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts (MedR 2012, 324) – eine Diskussion aus rechtlicher, sozialmedizinischer und medizin-ethischer Sicht, Teil 1: Anmerkung aus der Sicht des deutschen Rechts, MedR 2012, 289–291.

Huynh, Thanh / Kleerup, Eric / Wiley, Joshua / Savitsky, Terrance / Guse, Diana / Garber, Bryan / Wenger, Neil

The Frequency and Cost of Treatment Perceived to Be Futile in Critical Care, JAMA Intern Med. 2013, 1887–1894.

Jakobs, Günther

Tätervorstellung und objektive Zurechnung, in: Dornseifer u.a. (Hrsg.),
Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln u.a. 1989, S. 271–288.

Ders.

System der strafrechtlichen Zurechnung, Frankfurt a.M. 2012.

Jox, Ralf

Sterben lassen – Über Entscheidungen am Ende des Lebens,
Taschenbuch, Hamburg 2013.

Kämpfer, Ulf

Die Selbstbestimmung Sterbewilliger, Berlin 2005.

Kaufmann, Arthur

Relativierung des rechtlichen Lebensschutzes?, in: Schünemann u.a.
(Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001,
Berlin u.a. 2001, S. 841–853.

Kindhäuser, Urs

Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Baden-Baden 2017.

Knopp, Lothar / Schluchter, Wolfgang

Sterbehilfe – Tabuthema im Wandel?, MedR Schriftenreihe Medizinrecht,
Berlin u.a. 2004.

*Körner, Uwe / Biermann, Elmar / Bühler, Ernst / Oehmichen, Frank /
Rothärmel, Sonja / Schneider, Günther / Schweidtmann, Werner*

DGEM-Leitlinie Enterale Ernährung: Ethische und rechtliche Gesichtspunkte,
Aktuel Ernaehr Med 2003, Supplement, 36–41.

Kreß, Hartmut

Medizinische Ethik: Gesundheitsschutz – Selbstbestimmungsrechte –
heutige Wertkonflikte, 2. Auflage, Stuttgart 2009.

Kretschmer, Joachim

Das Fahrlässigkeitsdelikt, JURA 2000, 267–276.

Krüger, Matthias / Helm, Jürgen

Neues vom (Berufs-)Recht zur Sterbehilfe, *GesR* 2012, 456–462.

Kubiciel, Michael

Entscheidungsbesprechung – Zur Strafbarkeit des Abbruchs künstlicher Ernährung, *ZJS* 2010, 656–661.

Ders.

Gott, Vernunft, Paternalismus – Die Grundlage des Sterbehilfeverbots, *JA* 2011, 87–91.

Kühl, Kristian

Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, München 2017.

Kuhlen, Lothar

Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, in: Paeffgen u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin 2011, S. 669–683.

Künschner, Alfred

Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl – Knappe medizinische Ressourcen als Rechtsproblem, Stuttgart 1992.

Lipp, Volker

Die medizinische Indikation – ein „Kernstück ärztlicher Legitimation“?, *MedR* 2015, 762–766.

Ders.

Der rechtliche Schutz vulnerabler Patienten – Zum Zusammenspiel von Erwachsenenschutzrecht und Medizinrecht, *MedR* 2016, 843–850.

Maio, Giovanni

Mittelpunkt Mensch: Ethik in der Medizin, 2. Auflage, Stuttgart 2017.

Marckmann, Georg / in der Schmitten, Jürgen

Wie können Ärzte ethisch vertretbar Kostenerwägungen in ihren Behandlungsentscheidungen berücksichtigen? – Ein Stufenmodell, *Ethik Med* 2011, 303–314.

Merkel, Grischa

Patientenwille und Lebensschutz – Klärungsversuch in einer unwegsamen Debatte, *MedR* 2017, 1–8.

Merkel, Reinhard

Tödlicher Behandlungsabbruch und mutmaßliche Einwilligung bei Patienten im apallischen Syndrom, *ZStW* 1995, 545–575.

Ders.

Früheuthanasie – rechtsethische und strafrechtliche Grundlagen ärztlicher Entscheidungen über Leben und Tod in der Neonatalmedizin, Baden-Baden 2001.

Miranowicz, Eva

Die Entwicklung des Arzt-Patienten-Verhältnisses und seine Bedeutung für die Patientenautonomie, *MedR* 2018, 131–136.

Neitzke, Gerald

Unterscheidung zwischen medizinischer und ärztlicher Indikation – Eine ethische Analyse der Indikationsstellung, in: Charbonnier u.a. (Hrsg.), *Medizinische Indikation und Patientenwille*, Stuttgart 2008, S. 53–66.

Ders. / Burchardi, Hilmar / Duttge, Gunnar / Hartog, Christiane / Erchinger, Renate / Gretenkort, Peter / Michalsen, Andrej / Mohr, Michael / Nauck, Friedemann / Salomon, Fred / Stopfkuchen, Herwig / Weiler, Norbert / Janssens, Uwe

Grenzen der Sinnhaftigkeit von Intensivmedizin, Positionspapier, *MedR* 2017, 364–369.

Oduncu, Fuat

Verteilungsgerechtigkeit, Rationierung und Priorisierung – das Gesundheitswesen im Spannungsfeld zwischen Medizin, Ökonomie, Ethik und Recht, *MedR* 2012, 359–367.

Opderbecke, Hans Wolfgang / Weißbauer, Walther

Ein Vorschlag für Leitlinien – Grenzen der intensivmedizinischen Behandlungspflicht, *MedR* 1998, 395–399.

Opderbecke, Hans Wolfgang

Grenzen der Intensivmedizin, MedR 1985, 23–29.

Pawlik, Michael

Das Unrecht des Bürgers – Grundlinien der allgemeinen Verbrechenslehre, Tübingen 2012.

Ders.

Das Recht der Älteren im Strafrecht – Bedeutung und Reichweite des Grundsatzes der Patientenautonomie, in: Becker/Roth (Hrsg.), Recht der Älteren, Berlin u.a. 2013, S. 127–163.

Ders.

Einseitige Therapiebegrenzung und Autonomiegedanke – Über die Kehrseite einer Emanzipationsformel, in: Freund u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, S. 697–709.

Raspe, Heiner

Das „Morbus-Pompe“-Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts (MedR 2012, 324) – eine Diskussion aus rechtlicher, sozialmedizinischer und medizinethischer Sicht, Teil 2: Ein sozialmedizinischer Kommentar, MedR 2012, 291–294.

Ders.

Die „Evidenz“-Basis professioneller und rechtlicher Normierung medizinischen Handelns, GesR 2013, 206–211.

Ders.

Indikationsstellung in der klinischen Medizin: Dem Individuum und/oder dem Patientenkollektiv verpflichtet?, MedR 2016, 248–250.

Rissing-van San, Ruth

Strafrechtliche Aspekte der aktiven Sterbehilfe – Nach dem Urteil des 2. Strafsenats des BGH v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, ZIS 2011, 544–551.

Robert Koch-Institut

Ausgaben und Finanzierung des Gesundheitswesens, Heft 45, Berlin 2009.

Rosenau, Henning

Die Neuausrichtung der passiven Sterbehilfe – Der Fall Putz im Urteil des BGH vom 25.06.2010 – 2 StR 454/09, in: Fischer/Bernsmann (Hrsg.), Festschrift für Ruth Rissing-van-San zum 65. Geburtstag am 25. Januar 2011, Berlin u.a. 2011, S. 547–565.

Ders.

Aktive Sterbehilfe, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), 2. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Berlin u.a. 2011, S. 577–591.

Roxin, Claus

Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen, NStZ 1987, 345–350.

Ders.

Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Auflage, München 2006.

Ders. / Schroth, Ulrich

Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Auflage, Stuttgart u.a. 2010.

Sahm, Stephan

Autonomie, ärztliche Indikation und Entscheidungsfindung – Das Spannungsfeld medizinischer Entscheidung, in: Charbonnier u.a. (Hrsg.), Medizinische Indikation und Patientenwille, Stuttgart 2008, S. 121–131.

Saliger, Frank

Sterbehilfe ohne Strafrecht? Eine Bestimmung des Anwendungsbereichs von Sterbehilfe als Grundstein für ein intradisziplinäres Sterbehilferecht, KritV 2001, 382–439.

Satzger, Helmut

Wann „entspricht“ ein Unterlassen einem Tun? – Zur Entsprechungsklausel in § 13 StGB, JURA 2011, 749–758.

Schlehofer, Horst

Täterschaftliche Fahrlässigkeit, in: Putzke u.a. (Hrsg.), Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, Tübingen 2008, S. 355–377.

Schneiderman, Lawrence / Jecker, Nancy / Jonsen, Albert

Medical Futility: Its Meaning and Ethical Implications, *Ann Intern Med* 1990, 949–954.

Dies. / Gilmer, Todd / Teetzel, Holly D. / Dugan, Daniel O. / Blustein, Jeffrey / Cranford, Ronald / Briggs, Kathleen B. / Komatsu, Glen I. / Goodman-Crews, Paula / Cohn, Felicia / Young, Ernlé W. D.

Effect of Ethics Consultations on Nonbeneficial Life-Sustaining Treatments in the Intensive Care Setting – A Randomized Controlled Trial, *JAMA* 2003, 1166–1172, <https://jamanetwork.com/journals/jama/fullarticle/197212> (besucht am: 30.11.2019).

Schöch, Heinz

Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen, *NStZ* 1995, 153–157.

Schöne-Seifert, Bettina

Das „Morbus-Pompe“-Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts (MedR 2012, 324) – eine Diskussion aus rechtlicher, sozialmedizinischer und medizinethischer Sicht, Teil 3: Kommentar aus medizinethischer Perspektive, *MedR* 2012, 295–297.

Schönke, Adolf / Schröder, Horst

Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, München 2019.

Schreiber, Hans-Ludwig

Das ungelöste Problem der Sterbehilfe – Zu den neuen Entwürfen und Vorschlägen, *NStZ* 2006, 473–479.

Simon, Alfred

Was ist der rechtlich und ethisch angemessene Umgang mit Wachkomapatienten? – Die medizinethische Perspektive, in: Höfling (Hrsg.), *Das sog. Wachkoma*, 2. Auflage, Münster 2007, S. 102–113.

Spickhoff, Andreas

Die Patientenautonomie am Lebensende: Ende der Patientenautonomie?, *NJW* 2000, 2297–2304.

Ders. / Deuring, Silvia

Haftung wegen Lebenserhaltung?, JZ 2019, 815–824.

Splett, Thomas

Was bedeutet eigentlich „Patientenwille“? Drei Perspektiven, in: Schildmann u.a. (Hrsg.), Entscheidungen am Lebensende in der modernen Medizin: Ethik, Recht, Ökonomie und Klinik, Berlin 2006, S. 19–37.

Sternberg-Lieben, Detlev

Die Strafbarkeit eines nicht indizierten ärztlichen Eingriffs, in: Böse/Ders. (Hrsg.), Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, Berlin 2009, S. 325–353.

Ders.

Rationierung in der Medizin und strafrechtliche Haftung des Arztes, in: Geisler u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011, Berlin u.a. 2011, S. 723–747.

Ders.

Gerechter Einsatz knapper Ressourcen bei Patienten am Lebensende – die medizinstrafrechtliche Perspektive, in: Duttge/Zimmermann-Acklin (Hrsg.), Göttinger Schriften zum Medizinrecht, Gerecht sorgen – Verständigungsprozesse über den Einsatz knapper Ressourcen bei Patienten am Lebensende, Göttingen 2013, S. 37–59.

Strätling, Meinolfus

Die Freiheit zu sterben: Anmerkungen aus Sicht der Medizin und der systematischen Medizinethik, in: Heinrich-Böll-Stiftung (Hrsg.), Die Freiheit zu sterben – Selbstbestimmung durch Sterbehilfe und Patientenverfügungen, Berlin 2007, S. 69–78.

Ders.

Gesundheitsökonomische Aspekte bei Entscheidungen am Lebensende, Mythos Palliativmedizin, Klinische „Ethikberatung“ und Behandlungsbegrenzung bei schweren Gehirnschädigungen, MedR 2012, 428–436.

Taupitz, Jochen

Sterbemedizin unter Kostendruck – Herausforderung für die Rechtsordnung, in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V. (Hrsg.), *Ärztliche Behandlung an der Grenze des Lebens – Heilauftrag zwischen Patientenautonomie und Kostenverantwortung*, MedR Schriftenreihe Medizinrecht, Berlin u.a. 2004, S. 119–136.

Tröndle, Herbert

Warum ist Sterbehilfe ein rechtliches Problem?, ZStW 1987, 25–48.

Uhlenbruck, Wilhelm

Brauchen wir in Deutschland ein Gesetz zur aktiven Sterbehilfe?, NJW 2001, 2770–2772.

Ulsenheimer, Klaus

Arztstrafrecht in der Praxis, 5. Auflage, Heidelberg 2015.

Verrel, Torsten

In dubio pro vita – Überlegungen zur Behandlungsbegrenzung aus „objektiven“ Gründen, in: Pawlik/Zaczyk (Hrsg.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, Köln u.a. 2007, S. 715–730.

Ders.

Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung, in: *Ständige Deputation des Deutschen Juristentages* (Hrsg.), *Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, Gutachten C*, Stuttgart 2006.

Volkert, Dorothee / Lenzen-Groûimlinghaus, Romama / Krys, Ute / Pirlich, Matthias / Herbst, Brigitte / Schütz, Tatjana / Schröer, Wolfrid / Weinrebe, Wolfram / Ockenga, Johann / Lochs, Herbert

Leitlinie Enterale Ernährung der DGEM und DGG: Trink- und Sondennahrung in der Geriatrie und geriatrisch-neurologischen Rehabilitation, *Aktuel Ernaehr Med* 2004, 198–225.

Walter, Tonio

Sterbehilfe: Teleologische Reduktion des § 216 StGB statt Einwilligung! Oder: Vom Nutzen der Dogmatik, ZIS 2011, 76–82.

Weidemann, Jürgen

Bemerkungen zur Sterbehilfe-Entscheidung des BGH vom 25.6.2010 – 2
StR 454/09, GesR 2012, 15–18.

Weißauer, Walther / Opderbecke, Hans Wolfgang

Behandlungsabbruch bei unheilbarer Krankheit aus medikolegalen Sicht,
MedR 1995, 456–462.

Winkler, Eva

Ist ein Therapieverzicht gegen den Willen des Patienten ethisch
begründbar?, Ethik Med 2010, 89–102.

Yarborough, Mark

Continued Treatment of the Fatally Ill for the Benefit of Others, J Am
Geriatr Soc 1988, 63–67.

A. Einleitung

„Es ist mir, als kennte man nicht das ganze Leben, wenn man nicht den Tod gewissermaßen in den Kreis einschließt.“¹

Obgleich diese Aussage *Wilhelm von Humboldts* auf den ersten Blick eine geradezu selbstverständliche Zusammengehörigkeit von Leben und Tod umschreibt, beinhaltet vor allem die Auseinandersetzung mit dem Tod und den damit einhergehenden Grundsatzfragen ein nicht zu unterschätzendes juristisches, medizinisches und berufsethisches Konfliktpotential² im Hinblick auf die Wahrnehmung und den Umgang mit Entscheidungen am Lebensende.

Der Oberbegriff Sterbehilfe umfasst aus heutiger Sicht eine Vielzahl von Fragestellungen, die im wissenschaftlichen und gesellschaftlichen Diskurs bereits einen ausgereiften Reflexions- und Diskussionsstand erkennen lassen. Die Bemühungen der letzten Jahre waren dabei vor allem von dem Wunsch getragen, dem Willen des Patienten und dessen eigener Behandlungsentscheidung auch dann bestmöglich zur Geltung zu verhelfen, wenn aufgrund des vorangeschrittenen Krankheitsverlaufs eine aktive Kommunikation und Mitteilung desselben nicht mehr zu realisieren sind.³

I. Der Behandlungsabbruch in Übereinstimmung mit dem Patientenwillen

Da der Respekt vor der Autonomie des Patienten als zentrales medizinethisches Prinzip allgemeine Geltung beansprucht und diese Autonomie im Willen des Patienten als Ausdrucksform seines Selbstbestimmungsrechts zum Tragen kommt, stellt der Patientenwille im Kontext des ärztlichen

¹ *Humboldt*, Briefe von Wilhelm von Humboldt an eine Freundin, 15. Brief vom 22.06.1830, S. 70.

² *Bartsch*, in: Schröder/Hellmann, FS für Achenbach 2011, S. 13 (28); *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, S. 399.

³ Vgl. zum Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts BT-Drs. 16/8442 vom 06.03.2008, S. 8ff.; *Höfling*, in: Charbonnier u.a., Medizinische Indikation und Patientenwille, S. 90ff.

Behandlungsverhältnisses einen wesentlichen zu berücksichtigenden Umstand dar.⁴

Auch wenn bei manchen Krankheitsbildern realistische Heilungschancen praktisch nicht gegeben sind, erlauben medizinisch auf dem neuesten Stand befindliche Behandlungsansätze in vielen Fällen eine Hinauszögerung des Krankheitsverlaufs und können dadurch bei infausten Prognosen zu einer Maximierung der noch möglichen Lebenserwartung beitragen.⁵

Dabei immer im Blick zu halten ist die Tatsache, dass der Umfang bestehender medizinischer Therapieansätze nicht zwingend deckungsgleich mit dem Handlungsspektrum ist, im Rahmen dessen von ihnen Gebrauch gemacht werden darf: Die Reichweite der ärztlichen Behandlungspflicht hat sich grundsätzlich an der autonomen Entscheidung des Patienten auszurichten.⁶ Der Patient darf eine Behandlung jederzeit verweigern. Das folgt aus seinem unmittelbar aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 GG ableitbaren Selbstbestimmungsrecht und ermöglicht ihm, sich gegen ungewollte Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit zum Zwecke der eigenen Bestimmung des Lebensfortgangs zur Wehr zu setzen.⁷

Die gesetzliche Implementierung der Regelungen zur Patientenverfügung gemäß §§ 1901a ff. BGB soll in diesem Zusammenhang dazu dienen, dem eigenen Willen vollumfänglich zur allseitigen Anerkennung zu verhelfen⁸ und dem Arzt im Angesicht des bevorstehenden Todes auf Augenhöhe begegnen zu können:

Diejenigen Patienten, die sich beim Eintritt bestimmter gesundheitlich irreversibler Umstände gegen eine weitere Behandlung entscheiden, können dies nunmehr mittels einer nach § 1901a Abs. 1 S. 2 BGB verbindlichen Patientenverfügung rechtswirksam sicherstellen. Bei auftretenden Zweifelsfällen oder dem Fehlen einer eindeutigen Willensäußerung ist gemäß § 1901a Abs. 2

⁴ BT-Drs. 14/9020 vom 14.05.2002, S. 201; BT-Drs. 16/8442 vom 06.03.2008, S. 9f.; *Maio*, Mittelpunkt Mensch: Ethik in der Medizin, 2017, S. 158ff., 229f.

⁵ Vgl. zur Entwicklung der Medizin und dem dadurch bewirkten historischen Wandel der Todeserfahrung *Jox*, Sterben lassen, 2013, S. 13ff.

⁶ *Maio*, Mittelpunkt Mensch: Ethik in der Medizin, 2017, S. 229.

⁷ BGHSt 55, 191 (204); Spickhoff/Deuring, JZ 2019, 815 (815).

⁸ BT-Drs. 16/8442 vom 06.03.2008, S. 8f.

S. 2 BGB der mutmaßliche Wille des Patienten zu ermitteln. § 1901a Abs. 2 S. 3 BGB liefert dafür – aufgrund des Wortlautes „insbesondere“ – eine beispielhafte Aufzählung berücksichtigungsfähiger Umstände, ohne jedoch inhaltlich abschließend zu sein.⁹ Nur wenn all diese Herangehensweisen im konkreten Fall nicht zielführend sind, besteht die Gefahr einer rechtlichen Unsicherheit. Letztere ist jedoch aufgrund des im Zweifel geltenden Grundsatzes vom Vorrang des Lebensschutzes¹⁰ – zumindest dem ersten Anschein nach – eher theoretischer Natur.

Die Möglichkeit der antizipierten Entscheidung bei Eintritt eines bestimmten Krankheitsverlaufs enthält demgemäß eine für Dritte rechtlich verbindliche Handlungsvorgabe im Sinne eines Stoppschildes, das eine nicht (mehr) gewollte Behandlung aktiv zu untersagen und die Angst vor medizinischer Überversorgung – bedingt durch einen befürchteten ärztlichen Aktivismus im Rahmen von zu treffenden Behandlungsentscheidungen¹¹ – zu minimieren vermag. Unterbunden werden soll allgemein gesprochen ein Dahinvegetieren an Schläuchen und Maschinen¹² unter dem Eindruck, zum „Objekt medizinischer Kunstfertigkeit“¹³ degradiert worden zu sein.

Selbst wenn die Beweggründe eines Arztes für eine Weiterbehandlung letztlich nicht diesem Motivbündel entspringen, sondern vielmehr den sich selbst gemachten oder von dritter Seite stammenden Vorwurf vermeiden sollen, unter Umständen zu wenig getan zu haben,¹⁴ sind solche Gründe genau wie die Motive der Angehörigen, die nicht loslassen können,¹⁵ letztlich nichts anderes als eine Fremdbestimmung,¹⁶ die es im Interesse des Einzelnen zu vermeiden gilt.

Nach einer ersten Einschätzung drohen demnach nur in solchen Fällen rechtliche und ethische Grundsatzfragen aufzutreten, in denen Patienten sich gegen eine (weitere) Behandlung entscheiden und diese Entscheidung für außenstehende Dritte nicht deutlich genug in Erscheinung tritt. Denn nur dann besteht die Gefahr

⁹ *Krüger/Helm*, GesR 2012, 456 (458).

¹⁰ BGHSt 40, 257 (263).

¹¹ *Grewel*, Lizenz zum Töten, 2002, S. 58.

¹² *Pawlik*, in: Freund u.a., FS für Frisch 2013, S. 697 (697).

¹³ *Eser*, in: Lawin, Grenzen der ärztlichen Aufklärungs- und Behandlungspflicht, 1982, S. 77 (88).

¹⁴ *Albisser Schleger* u.a., Z Palliativmed 2008, 67 (71f.).

¹⁵ *Yarborough*, J Am Geriatr Soc 1988, 63 (65f.).

¹⁶ *Grewel*, Lizenz zum Töten, 2002, S. 36f.

einer eigentlich nicht gewollten Fortführung der Behandlung. Die Patienten, die sich ohnehin für die Weiterbehandlung und damit für das Weiterleben entscheiden, sind dagegen so lange wie möglich und dem medizinischen Standard entsprechend ärztlich zu versorgen.

II. Der Behandlungsabbruch ohne den oder entgegen dem erklärten Patientenwillen

Diese Sichtweise würde jedoch zu kurz greifen, da die obige Konstellation nur eine Seite der Problematik wiedergibt und eine entscheidende Weichenstellung bei der ärztlichen Behandlungsentscheidung außer Acht lässt.

Denn zunächst bedarf eine Weiterbehandlung des Patienten immer der vorgeschalteten ärztlichen Überlegung dahingehend, welches Therapieziel mit dieser Behandlung überhaupt (noch) erreicht werden kann und soll. Ohne ein konkretes Therapieziel kann keine Behandlung gemäß medizinischem Standard gewährleistet werden, denn über die Eignung einer medizinischen Maßnahme kann erst entschieden werden, wenn klar ist, welchem Zweck sie dienen soll.¹⁷ Es bedarf demnach allgemein gesprochen einer Überlegung dahingehend, welche Behandlungsmethode objektiv medizinisch sinnvoll erscheint, bevor sich auf dieser Basis objektiver Sinnhaftigkeit überhaupt subjektive Fragen stellen können.

Sofern allerdings der Patientenwille als maßgeblicher Anknüpfungspunkt¹⁸ für die Beantwortung subjektiver Fragestellungen nicht zur Verfügung steht, etwa weil er der ärztlichen Einschätzung aktiv entgegensteht, unbekannt ist und auch nicht unter Hinzuziehung eines Betreuers oder Vorsorgebevollmächtigten ermittelt werden kann, muss die ärztliche Behandlungsentscheidung ohne eine dergestalt genuin subjektive Entscheidungskomponente getroffen werden.

¹⁷ Lipp, MedR 2016, 843 (845); Duttge, MedR 2017, 892 (894).

¹⁸ BT-Drs. 14/9020 vom 14.05.2002, S. 201; BT-Drs. 16/8442 vom 06.03.2008, S. 9f.; Maio, Mittelpunkt Mensch: Ethik in der Medizin, 2017, S. 158ff, 229f.

1. Die denkbaren Entscheidungskriterien jenseits einer subjektiven Willensorientierung

Ein Fehlen bestimmter genuin subjektiver Entscheidungselemente führt jedoch automatisch zu der Überlegung, welche Kriterien bei einer auf primär objektiver Sinnhaftigkeit basierenden, medizinischen Entscheidungsfindung relevant werden können bzw. dürfen. Im Anwendungsbereich der lebensbeendenden Behandlungsabbrüche werden dabei bereits die rein medizinisch ausgerichteten Entscheidungskomponenten kritisch betrachtet, da ihnen die zuvor erwähnte subjektive Determinierung fehlt¹⁹ und gerade letztere im Themengebiet der Behandlungsentscheidungen am Lebensende durch die gesetzliche Implementierung der Regelungen zur Patientenverfügung eine rechtlich stärkere Verankerung erfahren hat.²⁰ Es wird demnach zu klären sein, ob es Elemente medizinischer Behandlungsentscheidungen gibt, auf deren Basis ein zulässiger einseitiger Behandlungsabbruch – abgekoppelt von einer genuin subjektiven Entscheidungsdeterminante – grundsätzlich denkbar ist, wie diese Kriterien ausgelegt werden können und auf welche Art und Weise diesen Kriterien zu einer rechtlich legitimierbaren, breiteren Akzeptanz verholfen werden kann.

Bei dieser Fest- und Auslegung vorstellbarer Kriterien ist es im Sinne einer ganzheitlichen Betrachtung medizinischer Behandlungsentscheidungen am Lebensende mitunter aber auch unumgänglich, die Frage nach einer möglichen Entfernung von strikter medizinischer Notwendigkeit im Sinne einer Hinzuziehung ökonomischer Gesichtspunkte der konkret ins Auge gefassten ärztlichen Therapiemethode²¹ zu stellen. Und auch wenn der Fokus der nachfolgenden Kriterienfindung bzw. -aufbereitung nicht auf einer ökonomisch geprägten Herangehensweise beruhen soll, kann die Ökonomie in diesem Zusammenhang nicht vollständig ausgeblendet werden.

Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass gerade die in unserer modernen Gesellschaft gegebenen Grundbedingungen von einer effizienter werdenden

¹⁹ Vgl. zusammenfassend Verrel, in: Pawlik/Zaczyk, FS für Jakobs 2007, S. 715 (726ff.), sowie Hör, Passive Sterbehilfe und betreuungsgerichtliche Kontrolle, 2011, S. 265ff, der von einem *objektiven Willen* des betroffenen Patienten spricht.

²⁰ BT-Drs. 16/8442 vom 06.03.2008, S. 8f.

²¹ Duttge, NStZ 2006, 479 (482); Roxin/Schroth, Handbuch des Medizinstrafrechts, 2010, S. 96f.

Hochleistungsmedizin, einem auch in Zukunft weiter voranschreitenden demographischen Wandel und dadurch bedingt einer stärkeren Beanspruchung der in diesem Anforderungsspektrum zur Verfügung stehenden begrenzten Ressourcen geprägt sind. Laut einer statistischen Erhebung des Robert Koch-Instituts im Jahr 2009 stiegen die Gesundheitsausgaben zwischen 1995 und 2006 nominal von 186,5 Milliarden Euro um insgesamt 58,5 Milliarden Euro auf 245 Milliarden Euro an, was eine Steigerung um 31,3 % bedeutet.²² Hinzu kommt, dass in den meisten Fällen der Großteil der Gesundheitskosten innerhalb der letzten Lebensmonate entsteht. In einer 2002 in den USA veröffentlichten Datenerhebungsstudie wurde ermittelt, dass durchschnittlich 71 % aller Gesundheitskosten im letzten halben Lebensjahr eines Versicherungsnehmers anfallen, wobei allein 30 % dem letzten Lebensmonat zuzuordnen sind.²³

Selbst wenn es auf den ersten Blick alles andere als selbstverständlich erscheint, ökonomische Gesichtspunkte in die hiesige Diskussion einzubringen, käme es einer „Realitätsverweigerung“²⁴ gleich, es nicht zu tun. Laut einer im Jahre 2002 durchgeführten bundesweiten Umfrage glaubten 55,7 % der 1469 teilnehmenden Ärzte bereits zu diesem Zeitpunkt, dass im ärztlichen Alltag Kostengesichtspunkte bei Entscheidungen über lebenserhaltende oder -verlängernde Maßnahmen eine Rolle spielen.²⁵

Betrachtet man in diesem Zusammenhang die in Abschnitt I. erwähnten Bemühungen, nicht gewollte Behandlungen nach Möglichkeit ausschließen zu können,²⁶ stellt sich in Anbetracht obiger Zahlen die berechtigte Frage, ob es tatsächlich die Überversorgung ist, die es in den nächsten Jahren und Jahrzehnten zu vermeiden gilt. Die Furcht vor einem Dasein, in dem unter künstlicher Aufrechterhaltung körperlicher Funktionen ein Sterbender am Leben gehalten wird,²⁷ dürfte dabei ähnlich lähmend sein wie die Beunruhigung, aufgrund intransparenter objektiver Faktoren mittels ärztlich veranlasster Therapiebegrenzung dem Tod schrittweise nähergebracht zu werden.

²² Robert Koch-Institut, Ausgaben und Finanzierung des Gesundheitswesens, S. 9; Strätling, MedR 2012, 428 (429).

²³ Hoover u.a., HSR 2002, 1625 (1636f); Strätling, MedR 2012, 428 (429).

²⁴ Strätling, MedR 2012, 428 (429).

²⁵ Bühler u.a., BTPrax 2002, 232 (233).

²⁶ Eser, in: Lawin, Grenzen der ärztlichen Aufklärungs- und Behandlungspflicht, 1982, S. 77 (88).

²⁷ Uhlenbruck, NJW 2001, 2770 (2771).

Eine Ausklammerung der Ökonomie aus dieser Entscheidungskonstellation erlaubt es zwar, eine Diskussion darüber zu vermeiden, inwieweit Ökonomie überhaupt als berücksichtigungsfähig gewertet werden kann, entfernt sich dadurch aber auch von einer medizinischen Realität, in der für den behandelnden Arzt aufgrund der Limitierung der Ressourcen²⁸ nicht uneingeschränkt die Möglichkeit besteht, jedem Patienten eine Therapie bis zum absoluten Maximum für einen nicht unerheblichen und bisweilen sehr unterschiedlich langen Zeitraum zukommen zu lassen.

Im Fokus der weiteren Ausführungen sollen demnach diejenigen Kriterien stehen, auf deren Basis ein zulässiger einseitiger Behandlungsabbruch – abgekoppelt von einer genuin subjektiven Entscheidungsdeterminante – grundsätzlich denkbar ist. Im Sinne einer ganzheitlichen Betrachtung wird es bei der Aufbereitung der medizinischen Argumentationslinie zudem notwendig sein, der Ökonomie ein entsprechendes Geltungspotential einzuräumen.²⁹

Primär geht es folglich um diejenigen Patienten, deren auf den weiteren Behandlungsverlauf bezogener Wille trotz Ausschöpfung aller Möglichkeiten nicht ermittelt werden kann, sowie ferner um diejenigen Patienten, die trotz infauster Prognose so lange wie möglich weiterleben möchten. Letzteres trifft dabei auf einen nicht unerheblichen Anteil von Patienten zu, die sich einer letal verlaufenden Krankheitssituation gegenübersehen und mittels Maximaltherapie noch an Lebenszeit gewinnen möchten. Im Rahmen einer durchgeführten Beobachtungsstudie zur Einbeziehung von Patienten in Therapiebegrenzungsentscheidungen äußerten rund ein Drittel aller Befragten einen auf die uneingeschränkte Weiterbehandlung und damit gegen eine Therapiebegrenzung gerichteten Wunsch.³⁰

²⁸ *Duttge*, in: ders./Zimmermann-Acklin, Göttinger Schriften 2013, S. 73 (74).

²⁹ *Maio*, Mittelpunkt Mensch: Ethik in der Medizin, 2017, S. 402.

³⁰ *Winkler*, Ethik Med 2010, 89 (91).

2. Die rechtsstrukturelle Abgrenzung

Dem nicht vorhandenen bzw. aktiv geäußerten, eine Therapiebegrenzung ablehnenden Patientenwillen steht die dem Arzt grundsätzlich obliegende Behandlungsverpflichtung gegenüber. Letztere ergibt sich nicht nur aus dem zwischen einem Arzt und seinem Patienten bestehenden rechtsgeschäftlichen Verhältnis,³¹ sondern auch aus der Standesethik des Arztes, die auf die rechtlichen Beziehungen der beiden Vertragsparteien einwirkt und zu einer weiträumigen Vermischung von Rechtlichem und Ethischem führt.³²

Der Arzt hat sich und sein ärztliches Handeln an den Rechten und Pflichten zu orientieren, die sich aus der Musterberufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte³³ ergeben. Gemäß § 2 Abs. 1 üben Ärztinnen und Ärzte ihren Beruf nach ihrem Gewissen, den Geboten der ärztlichen Ethik und der Menschlichkeit aus. Dabei haben sie gemäß § 2 Abs. 2 ihr ärztliches Handeln am Wohl der Patientinnen und Patienten auszurichten.

Die dem Arzt obliegende Handlungsorientierung am Wohl des Menschen kann jedoch nicht dazu führen, dass die Behandlungspflicht als solche grenzenlos besteht. Zum einen ist der Patient – wie in Abschnitt I. beschrieben – selbst dazu in der Lage, die Pflicht des Arztes zur weiteren Behandlung aktiv zu begrenzen.³⁴ Zum anderen können sich Grenzen der Behandlungspflicht auch aus davon unabhängigen Umständen ergeben. Bei derartig limitierenden Faktoren ist jedoch nicht nur der Anknüpfungspunkt für die Verneinung einer Behandlungspflicht ein anderer. Unterschiede ergeben sich zudem im Hinblick auf die rechtsstrukturelle Herleitung.

Während das durch den Patienten verfügte Verbot einer Weiterbehandlung die Grenze der Behandlungspflicht bereits immanent in sich trägt, ist nicht ohne Weiteres erkennbar, inwiefern und in welchem Umfang im gegenteiligen Fall bei dem entsprechenden Verlangen eines Patienten ein Gebot zur

³¹ *Maio*, Mittelpunkt Mensch: Ethik in der Medizin, 2017, S. 225.

³² BVerfGE 52, 131 (169f.); *Sternberg-Lieben*, in: Duttge/Zimmermann-Acklin, Göttinger Schriften 2013, S. 37 (38f.).

³³ BÄK, (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte, Dtsch. Ärztebl. vom 01.02.2019, A 1 (A 2f.).

³⁴ BGHSt 55, 191 (204); *Maio*, Mittelpunkt Mensch: Ethik in der Medizin, 2017, S. 229.

Weiterbehandlung besteht und wo die Grenzen der Behandlungspflicht im Falle des Fehlens einer subjektiven Willensbekundung zu verorten sind.

Sofern eine subjektive Willensbekundung vorhanden ist, wirkt die Einwilligung des Patienten rechtfertigend in Bezug auf die konkrete Heilbehandlung.³⁵ Entfällt die Einwilligung, entfällt damit auch der Rechtfertigungsgrund und die ärztliche Behandlung verwirklicht den Tatbestand einer rechtswidrigen Körperverletzung im Sinne des § 223 Abs. 1 StGB.³⁶ Demzufolge ist es konsequent, dass der Patient in den Behandlungsabbruch als solchen nicht einzuwilligen braucht,³⁷ da sich die Einwilligungserklärung auf die Behandlung bezieht und die Behandlung nur dann trägt, wenn der Wille des Patienten auf deren Fortführung gerichtet ist.³⁸ Eine auf den Behandlungsabbruch bezogene Einwilligungserklärung ist somit nicht erforderlich,³⁹ denn wenn der Wille des Patienten auf Weiterführung der Behandlung ausdrücklich nicht mehr vorhanden ist, muss Letztere abgebrochen werden.

Falls nunmehr der Wille des Patienten aber nicht auf den Abbruch im Sinne der Nichtfortführung einer Behandlung gerichtet ist, sondern er im Gegenteil eine bestimmte Therapiemaßnahme einzufordern versucht, ergibt sich strukturell eine andere Ausgangssituation: Während in der erstgenannten Fallgruppe dem Patientenwillen als Rechtfertigungsgrund für einen ansonsten verwirklichten Straftatbestand zwingende Beachtlichkeit zuzuerkennen ist, kommt dem entgegenstehenden Willen in der zweiten Fallgruppe nur dann strafbegründende Wirkung zu, wenn eine Pflicht zur Behandlung bestanden hätte und nicht aufgrund des Vorliegens einer Behandlungsgrenze auf die (weitere) Behandlung verzichtet werden durfte. Demzufolge entfaltet die Forderung nach einer durch den Arzt verweigerten Behandlungsart immer dann eine strafbegründende Wirkung, wenn der Arzt zur Einleitung und Durchführung der Therapiemaßnahme verpflichtet gewesen wäre. Überschreitet die gewünschte Behandlungsmethode die Grenzen ärztlicher Behandlungspflicht, kann sie vom Patienten nicht

³⁵ StRspr.; zuletzt NStZ 11, 343; *Fischer*, StGB, 2019, § 223 Rn. 23.

³⁶ StRspr. seit RG 25, 375; 38, 34; BGH 11, 112; 16, 309; 35, 246; *Fischer*, StGB, 2019, § 223 Rn. 17.

³⁷ *Engländer*, JZ 2011, 513 (518).

³⁸ BGHSt 55, 191 (203); *Roxin*, NStZ 1987, 345 (350).

³⁹ *Weidemann*, GesR 2012, 15 (16f.).

erzungen werden.⁴⁰ Der auf den gewünschten Einsatz der Behandlungsmethode gerichtete Wille ist in dieser Konstellation nicht geeignet, gegenüber dem Arzt einen strafrechtlich relevanten Vorwurf zu begründen.

Sobald in den vorliegend zu prüfenden Behandlungsabbruchkonstellationen keinerlei subjektive Willensbekundung vorhanden ist und eine solche auch nicht ermittelt werden kann, ist ein ärztlich verfügter einseitiger Behandlungsabbruch immer dann als strafrechtlich relevant anzusehen, wenn eine Pflicht zur (weiteren) Behandlung bestanden hätte und nicht aufgrund des Vorliegens einer Behandlungsgrenze auf die Fortführung der Behandlung verzichtet werden durfte.

Es gilt folglich zu klären, wo derartige Grenzen der Behandlungspflicht bei irreversiblen Krankheitsverläufen verortet werden können und ab wann Ärzte die weitere Behandlung auch ohne oder gegen den erklärten Willen eines Patienten zulässigerweise abbrechen dürfen. Dabei wird auf die unter Abschnitt II.1. erwähnten Kriterien zurückzugreifen sein, die auch ohne genuin subjektiven Ursprung geeignet sein können, die Zulässigkeit des einseitigen Behandlungsabbruchs zu begründen.

III. Die Grenzen der Behandlungspflicht

1. Die Indikation

Ein im Zusammenhang mit der Auslotung bestehender Behandlungsgrenzen zentraler Ansatzpunkt ist der Indikationsbegriff.

Allein das Vorhandensein einer bestimmten Therapiemöglichkeit führt noch nicht automatisch dazu, dass diese in der jeweiligen Behandlungssituation Bestandteil

⁴⁰ *Künschner*, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, 1992, S. 154; *Geißendörfer*, Die Selbstbestimmung des Entscheidungsunfähigen an den Grenzen des Rechts, 2009, S. 55, 132; *Pawlik* in: *Becker/Roth*, Recht der Älteren, 2013, S. 127 (135); *Maio*, Mittelpunkt Mensch: Ethik in der Medizin, 2017, S. 230; *Eser/Sternberg-Lieben* in: *Schönke/Schröder*, StGB, 2019, Vorbem. §§ 211 Rn. 29h.

der Therapieentscheidung wird. Eine Behandlungsalternative darf prinzipiell dann versagt werden, wenn die diesbezügliche Indikation zu verneinen ist.⁴¹

Die Indikation definiert sich beziehend auf die Anwendung im Einzelfall als „fachliches Urteil über den Wert oder Unwert einer medizinischen Behandlungsmethode“⁴². Zu berücksichtigen ist neben der objektivierenden Wahrnehmung des Zustands des Patienten auch dessen individuelle gesundheitliche Prognose. Auf das Wesentliche heruntergebrochen geht es demgemäß um die Festlegung eines medizinisch anerkannten Therapieziels, zu dessen Erreichung die ins Auge gefasste Behandlungsmethode geeignet und medizinisch angezeigt erscheint. Die Bejahung oder Verneinung der Indikation muss daher auf nachvollziehbaren medizinischen Fakten basieren, um als fachliche Schranke der ärztlichen Behandlungspflicht dienen zu können.⁴³

Dem Willen des Patienten entsprechend kann aber auch eine medizinisch nicht indizierte Behandlung zum Gegenstand eines ärztlichen Behandlungsvertrages gemacht werden, beispielsweise im Rahmen einer Schönheitsoperation.⁴⁴ Die Grenze der Zulässigkeit bei derartig nicht indizierten Eingriffen bildet hierbei § 228 StGB.⁴⁵ Damit werden sowohl das Behandlungsrecht als auch die Behandlungspflicht von der Indikation begrenzt.⁴⁶

Welche Kriterien, auf deren Basis eine medizinische Maßnahme als indiziert betrachtet werden kann, aber letztlich der Entscheidung zugrunde liegen und wie diese Kriterien im Rahmen der Abwägung gewichtet worden sind, ist nicht so eindeutig nachvollziehbar wie man zunächst vermuten könnte. An dieser Stelle verkompliziert nicht nur der vielschichtige und konträre Meinungsstand⁴⁷ eine strukturelle Aufarbeitung. Ungleich schwerer wiegt die Problematik, dass einige der Kriterien, die für die ärztliche Entscheidung in Bezug auf die Bejahung oder Verneinung der Indikation letztlich richtungsweisend sind, lediglich unzureichend zum Gegenstand eines transparenten wissenschaftlichen Diskurses gemacht

⁴¹ Winkler, Ethik Med 2010, 89 (94).

⁴² BGHZ 154, 205 (224); Opderbecke, MedR 1985, 23 (25).

⁴³ Neitzke, in: Charbonnier u.a., Medizinische Indikation und Patientenwille, 2008, S. 55f.

⁴⁴ Hörr, Passive Sterbehilfe und betreuungsgerichtliche Kontrolle, 2011, S. 246.

⁴⁵ Fischer, StGB, 2019, § 223 Rn. 23a; Sternberg-Lieben in: Böse/ders., FS für Amelung 2009, S. 325 (330ff.).

⁴⁶ Hörr, Passive Sterbehilfe und betreuungsgerichtliche Kontrolle, 2011, S. 246.

⁴⁷ Bartsch, in: Schröder/Hellmann, FS für Achenbach 2011, S. 13 (28); Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 2015, S. 399f.

werden.⁴⁸ Das zeigt sich bereits an der strittigen Auseinandersetzung mit der generellen Berücksichtigungsfähigkeit ökonomischer Aspekte.⁴⁹ Da sich in der medizinischen Praxis die Frage nach der Auslotung von Behandlungsgrenzen aber in einer unendlichen Vielzahl an Einzelfällen stellt, wäre die transparente Benennung der angewandten Kriterien ein äußerst erstrebenswerter Entwicklungsschritt im Sinne einer vereinheitlichenden dogmatischen Herangehensweise.

2. Die indikationsgegründeten Fallgruppen – eine erste Annäherung an die Grenzen der Behandlungspflicht

Zum Zwecke einer ersten Strukturierung der zu untersuchenden medizinischen Behandlungskonstellationen sollen die Erscheinungsformen des einseitigen Behandlungsabbruchs zunächst in die indikationsgegründeten und die allgemeinwohlgestützten Therapiebegrenzungen untergliedert werden.

Bei den indikationsgegründeten Therapiebegrenzungen stellt die Bejahung oder Verneinung der medizinisch-fachlich gestellten Indikation den primär die Behandlung limitierenden Faktor dar. Hierbei kann noch einmal genauer unterschieden werden zwischen einer Fallgruppe, in der ausschließlich das Indikationskriterium als Abgrenzungsfaktor zur Geltung kommt, und einer anderen Gruppe, bei der im Rahmen der Indikationsstellung zusätzliche, objektiv interpretierte Kriterien in die Abwägungsentscheidung einfließen.

Diesen Fallgruppen stehen die allgemeinwohlgestützten Therapiebegrenzungen gegenüber, bei denen im Rahmen der Indikationsstellung außerdem ökonomische Aspekte einer Behandlungsmethode mit in die Waagschale gelegt werden. An dieser Stelle darf nicht übersehen werden, dass auch in dieser Fallgruppe letztlich die Bejahung oder Verneinung der Indikation den die Behandlung limitierenden Faktor darstellt. In die Indikationsstellung sind aber überwiegend allgemeinwohlorientierte Elemente miteingeflossen, die der

⁴⁸ Bühler u.a., BTPrax 2002, 232 (233); Strätling, MedR 2012, 428 (429).

⁴⁹ Bernat, FS für Deutsch 1999, S. 443 (458f.); Duttge, in: Höfling, Das sog. Wachkoma, 2007, S. 91 (101).

Entscheidung über die Indikation – im Gegensatz zu den anderen Fallgruppen – einen vornehmlich allgemeinwohlbezogenen Charakter verleihen.

Ferner sollte nicht unterschätzt werden, dass die Berücksichtigung von zusätzlichen, zu gewissen Teilen auch allgemeinwohlbezogenen Erwägungen zwangsläufig zu Mischverhältnissen in den Fallgruppen führt, so dass eine trennscharfe Unterscheidung in der Praxis nicht immer gelingt. Jene zur Anwendung gelangenden Kriterien und Erwägungen stehen eben gerade in keinem Exklusivitätsverhältnis zueinander, weswegen sie einzeln oder zusammen und unter Zugrundelegung verschiedener Bewertungsmaßstäbe in die indikationsimmanente Abwägungsentscheidung einzufließen vermögen. Da man dem Abwägungsergebnis die einzelnen Komponenten nicht ohne Weiteres entnehmen kann, ist es im Sinne einer prozedural nachvollziehbaren Herangehensweise zielführend, die Fallgruppen so deutlich wie möglich voneinander abzugrenzen, um dadurch die jeweils zugrunde liegenden Kriterien transparent herausarbeiten zu können.

a. Die primär indikationsgegründeten Therapiebegrenzungen

Den Ausgangspunkt für die weiteren Ausführungen sollen daher diejenigen indikationsgegründeten Konstellationen des einseitigen Behandlungsabbruchs bilden, bei denen hinsichtlich zu bejahender Behandlungsgrenzen weitestgehende Einigkeit besteht; namentlich betrifft dies den Zeitraum nach dem Einsetzen der unmittelbaren Sterbephase und das zu jedem Zeitpunkt der Behandlung bestehende Gebot der Unterlassung wirkungsloser Therapien.

aa. Das Einsetzen des Sterbevorgangs

Sobald die unmittelbare Sterbephase eingesetzt hat, definiert als Finalphase der letzten Lebensstunden⁵⁰, sind weitere Rettungsmaßnahmen aussichtslos und der Sterbevorgang soll nicht künstlich verzögert werden. Einzelfälle, in denen

⁵⁰ *Bioethik-Kommission Rheinland-Pfalz*, S. 62f.; BT-Drs. 15/5858 vom 22.06.2005, S. 14.

eine sonst angemessene Diagnostik und Therapieverfahren nicht mehr angezeigt sind, erfordern diesbezügliche Begrenzungen und lassen eine palliativmedizinische Versorgung in den Vordergrund treten.⁵¹

In der finalen Sterbephase ist daher davon auszugehen, dass die Indikation für eine weitere Behandlung nicht mehr besteht, da an dieser Stelle die Aussicht auf Rettung gänzlich entfallen ist und die Leidensminderung im Vordergrund steht.⁵² Die ärztliche Behandlungspflicht findet somit eine Grenze in der Unmöglichkeit der Lebenserhaltung.⁵³ Es gibt eben „keine Rechtsverpflichtung zur Erhaltung eines erlöschenden Lebens um jeden Preis“⁵⁴. Mit anderen Worten wird in dieser Phase der unmittelbaren Todesnähe die Behandlungspflicht durch die der Situation innewohnende Sinnlosigkeit einer weiteren Behandlung – d.h. durch den Wegfall der Indikation – begrenzt.⁵⁵

Diese Form der primär indikationsgegründeten Therapiebegrenzung ähnelt mit Blick auf die medizinische Sinnlosigkeit weiterer Behandlungsmaßnahmen der Konstellation zur Vermeidung per se wirkungsloser Therapiemaßnahmen. Rein zeitlich gesehen beschränkt sich die erste Variante aber auf die unmittelbare Sterbephase, während wirkungslose Therapieoptionen zu keinem Zeitpunkt des Behandlungsverlaufs angeboten werden dürfen bzw. müssen.

bb. Die wirkungslose Behandlung

Nach herrschender Meinung ist eine Behandlungspflicht grundsätzlich für solche medizinische Maßnahmen zu verneinen, die weder eine Eignung zur Lebensverlängerung noch zur Leidensminderung besitzen und folglich auch dann verweigert werden dürfen, wenn der Patient deren (weitere) Anwendung verlangt. Der (entgegenstehende) Wille eines Patienten ist bei derartigen wirkungslosen Behandlungsmaßnahmen, zu denen der Arzt *lege artis* nicht

⁵¹ BÄK, Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, Dtsch. Ärztebl. vom 18.02.2011, A 346 (A 346).

⁵² Hörr, Passive Sterbehilfe und betreuungsgerichtliche Kontrolle, 2011, S. 252f.

⁵³ Dölling, MedR 1987, 6 (9).

⁵⁴ BGHSt 32, 367 (379).

⁵⁵ Opderbecke/Weißbauer, MedR 1998, 395 (397); Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 2015, S. 425.

verpflichtet ist, unbeachtlich, da die Einleitung oder Aufrechterhaltung der jeweiligen Maßnahme bereits aus objektiven Gründen nicht geboten ist. Somit kommt es auch nicht entscheidend darauf an, ob der Wille des Patienten nicht ergründbar ist oder er aktiv das Gegenteil verlangt.⁵⁶

Eine wirkungslose Behandlung darf demnach nicht angeboten werden, da von ihr keinerlei Besserung des Gesundheitszustands des Patienten erwartet werden kann und sie folglich auch nicht medizinisch indiziert ist. Die Grenze der Behandlungspflicht ergibt sich hierbei aus der Wirkungslosigkeit der Therapie als solcher. Dieser insofern eindeutige Fall medizinischer Wirkungslosigkeit stellt in der Praxis aber eher die Ausnahme dar, da im klinischen Alltag nur selten mit uneingeschränkter Sicherheit prognostiziert werden kann, ob und, wenn ja, in welchem Umfang eine Therapie bei einem Patienten anschlägt.⁵⁷

Sobald aber eine gewisse – wenn auch nur sehr geringe – Wahrscheinlichkeit medizinischer Wirksamkeit vorhanden ist, stellt sich die Frage danach, ab wann der Faktor möglicher medizinischer Wirksamkeit gewichtig genug ist, um den Einsatz der Behandlungsmethode zu begründen.⁵⁸ Diese Begründung erfordert aber eine ganzheitlichere Betrachtung als die bloße Unterteilung in Wirksamkeit und Wirkungslosigkeit. Um eine Entscheidung über die Behandlung oder den entsprechenden Abbruch treffen zu können, bedarf es demzufolge der Hinzuziehung weiterer Kriterien. Die Anreicherung der Abbruchentscheidung um zusätzliche Entscheidungskriterien führt aber letztlich dazu, dass die Fallgruppe nicht mehr den primär indikationsgegründeten Therapiebegrenzungen zugeordnet werden kann und insofern fließend in die Gruppe der erweiterten indikationsgegründeten Therapiebegrenzungen übergeht.

⁵⁶ *Winkler*, Ethik Med 2010, 89 (95); *Pawlik* in: Becker/Roth, Recht der Älteren, 2013, S. 127 (158).

⁵⁷ *Verrel*, in: Pawlik/Zaczyk, FS für Jakobs 2007, S. 715 (727f.); *Winkler*, Ethik Med 2010, 89 (93, 95).

⁵⁸ *Winkler*, Ethik Med 2010, 89 (95).

b. Die erweiterten indikationsgegründeten Therapiebegrenzungen diesseits der unmittelbaren Sterbephase

In ihrer allgemeinen Anerkennung ungleich schwieriger gestaltet sich die Fallgruppe der erweiterten indikationsgegründeten Therapiebegrenzungen. Das liegt vor allem an der Einbeziehung zusätzlicher, ebenfalls objektiv interpretierter Entscheidungskriterien. Die erweiterte objektive Interpretation betrifft dabei jedoch nicht den medizinischen Teil der Indikationsentscheidung, der ja ohnehin als objektive Analyse der Behandlungssituation angelegt ist⁵⁹ und als solche bei den primär indikationsgegründeten Therapiebegrenzungen auch die Zulässigkeit eines Behandlungsabbruchs entsprechend zu begründen vermag.

Bei den erweiterten indikationsgegründeten Therapiebegrenzungen kommt vielmehr eine stärkere Verobjektivierung der Rolle des individuellen Patienten hinzu, wobei verschiedene, noch genauer zu betrachtende Einzelaspekte in die indikationsimmanente Abwägungsentscheidung einfließen. Mit anderen Worten: Die individuelle Situation des Patienten wird auch in dieser Fallgruppe anhand eines objektiven Maßstabs bemessen, der Maßstab unterliegt aber einer weiteren Generalisierung und damit stärker ausgeprägten Verobjektivierung als in den primär indikationsgegründeten Therapiebegrenzungsentscheidungen. Der zur Anwendung gelangende Maßstab trägt die Objektivität daher zwar stets in sich, allerdings erschwert die zusätzliche Generalisierung der Patientensituation die allgemeine Anerkennung dieser Fallgruppe.

aa. Die Problematik der Einbeziehung eines objektiv interpretierten, erweiterten Patientenwohls

Im Gegensatz zur unmittelbaren Sterbephase kann der Arzt vor deren Eintritt nicht genauer vorhersehen, in welchem Zeitrahmen die voranschreitende Krankheit zum Tod des Patienten führen wird, weshalb in dieser Phase zumeist

⁵⁹ Neitzke, in: Charbonnier u.a., Medizinische Indikation und Patientenwille, 2008, S. 55f.

noch die Möglichkeit besteht, den letalen Krankheitsverlauf durch gezielte Medikation zu verzögern.⁶⁰

Dem Bundesgerichtshof zufolge ist innerhalb dieser Phase der Wille des Patienten das maßgebliche Entscheidungskriterium, da auch in dieser Situation das Selbstbestimmungsrecht des Patienten geachtet werden muss.⁶¹ Bei einem entscheidungsunfähigen Patienten kommt ein Behandlungsabbruch beim Vorliegen wesentlicher Lebensfunktionen wie Atmung, Herztätigkeit oder Kreislauf ebenfalls nur dann in Betracht, wenn der mutmaßliche Wille des Patienten mit einem solchen Abbruch übereinstimmt. Bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens ist ein Rückgriff auf allgemeine Wertvorstellungen zulässig, sofern konkrete Anhaltspunkte für die Feststellung des individuellen mutmaßlichen Willens nicht ausreichend vorhanden sind. Neben einer dabei gebotenen Zurückhaltung aufgrund des im Zweifel geltenden Vorrangs des Schutzes menschlichen Lebens sind die hoffnungslose ärztliche Prognose sowie die Fragestellung heranzuziehen, inwieweit die Wiederherstellung eines nach allgemeinen Vorstellungen menschenwürdigen Lebens erwartet werden kann.⁶² Umso näher der Tod bevorsteht, umso eher erscheint ein Behandlungsabbruch vertretbar.⁶³ Was genau jedoch unter einem menschenwürdigen Leben zu verstehen ist, hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung nicht näher ausgeführt.

Der Versuch einer Definition dessen, was als menschenwürdiges Leben zu begreifen ist, trägt dabei an den jeweiligen Betrachter aber keine genuin medizinische oder juristische, sondern vielmehr eine ethische Fragestellung heran. Die Interpretation einer menschenwürdigen Existenz hängt demzufolge vor allem auch davon ab, welchem Selbstverständnis sich eine Gesellschaft aktuell verschrieben hat und wie Möglichkeit und Ausmaß einer autonomen Wahrnehmung von Lebensgestaltungsoptionen gewertet werden.⁶⁴

In der Literatur wird mit Blick auf die oben genannte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mitunter vertreten, dass es im Falle eines irreversiblen

⁶⁰ *Conradi*, *Der Arzt an den Grenzen seines Behandlungsauftrages*, 2002, S. 511.

⁶¹ BGHSt 32, 367 (379f.); 35, 246 (249f.); 37, 376 (378); 40, 257 (262).

⁶² BGHSt 40, 257 (264f).

⁶³ BGHSt 35, 246 (249f.); 40, 257 (263).

⁶⁴ *Pawlik*, in: Freund u.a., FS für Frisch 2013, S. 697 (703).

Bewusstseinsverlusts an der Aussicht auf die Wiederherstellung einer menschenwürdigen Existenz fehle und ein Leben ohne jegliche Erwartung auf Wiedererlangung des Bewusstseins im Zweifel nicht das sei, was ein Patient wolle.⁶⁵

Einigen Stimmen in der Literatur zufolge kann in derartigen Konstellationen die Ermittlung eines mutmaßlichen Patientenwillens sogar gänzlich unterbleiben, da der Zustand des dauerhaften Bewusstseinsverlusts ohne die Aussicht auf Wiederherstellung einer Kommunikationsfähigkeit jegliche menschliche Selbstverwirklichung letztendlich ausschließe und die Erhaltung allein der biologischen Lebensfunktionen die Manipulation eines im Sterben aufgehaltenen, hilflosen Menschen darstelle.⁶⁶

Beide Interpretationsansätze bemühen sich demzufolge um eine objektive Definition dessen, was für einen Patienten als generell menschenwürdig erachtet werden kann.⁶⁷ Insofern kommt an dieser Stelle das erweiterte Patientenwohl unter Zugrundelegung eines generalisierenden Maßstabes zum Tragen, das in seiner Berücksichtigungsfähigkeit wie bereits erläutert jedoch nicht unumstritten ist. Auf derartige Überlegungen wird sodann bei der Aufbereitung der einzelnen Fallgruppen zurückzukommen sein, da sich in diesem Zusammenhang die Frage nach der Zulässigkeit eines auf einem objektiven Entscheidungsmaßstab beruhenden einseitigen Behandlungsabbruchs besonders deutlich stellt.

bb. Die Problematik der Einbeziehung eines objektiv interpretierten Nutzenbegriffs

Wie im obigen Abschnitt III.2.a.bb. dargestellt, darf eine wirkungslose Therapie einem Patienten nicht angeboten werden, da von ihr keinerlei Besserung des Gesundheitszustands erwartet werden kann und sie demnach medizinisch nicht

⁶⁵ *Dölling*, MedR 1987, 6 (9); *Schöch*, NSZ 1995, 153 (155); *Coepicus*, NJW 1998, 3382 (3385f.); *Saliger*, KritV 2001, 382 (428ff.); *Hufen*, NJW 2001, 849 (856); *Bertram*, NJW 2004, 988 (988); *Verrel*, in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, 2006, Gutachten C, S. 94.

⁶⁶ *Merkel*, ZStW 1995, 545 (573); *Ankermann*, MedR 1999, 387 (390); *Bernat*, FS für Deutsch 1999, S. 443 (458); *Drowatzky*, Die Wertbegründung des Rechts, 2005, S. 21; *Eser/Sternberg-Lieben* in Schönke-Schröder, StGB, 2019, Vorbem. §§ 211 Rn. 29e.

⁶⁷ *Kämpfer*, Die Selbstbestimmung Sterbewilliger, 2005, S. 343.

indiziert ist.⁶⁸ Die Grenze der Behandlungspflicht ergibt sich aus der Wirkungslosigkeit der Therapie als solcher.

Neben diesen im strikten Sinne wirkungslosen Therapiemaßnahmen existiert ein ungleich größeres Feld von Behandlungsoptionen, denen man zwar eine gewisse medizinische Wirksamkeit zutraut, bei denen man aber nicht genau zu sagen vermag, in welchem Umfang die Therapie anschlagen wird. Diese Unterscheidung zwischen medizinischer Wirksamkeit und der Auswirkung auf den Patienten bildet sich im Rahmen der Indikationsstellung dadurch ab, dass neben der medizinischen Wirksamkeitsbetrachtung der dem Patienten potentiell zuteilwerdende Nutzen einer Behandlungsoption evaluiert wird.⁶⁹

Kann durch eine Behandlungsmethode daher grundsätzlich eine Wirkung erzielt werden, gilt es in einem nächsten Schritt festzustellen, ob die Risiken etwaiger Belastungen und Schäden für den Patienten von den Chancen des potentiellen Nutzens überlagert werden. Die den klinischen Zustand des Patienten definierenden Kriterien werden folglich anhand der gestellten Indikation systematisch mit zur zielgerechten Besserung geeigneten Heilmitteln verbunden: Mittels Indikation wird eine Rechtfertigung auf die Weise erzielt, dass zum einen die Zweck-Mittel-Relation vertretbar ist und zum anderen die Chancen des potentiellen Nutzens die Risiken etwaiger Belastungen und Schäden überwiegen.⁷⁰

Dabei darf nicht übersehen werden, dass auch bei dieser Nutzenbewertung je nach Behandlungskonstellation ein unterschiedlich stark generalisierter Beurteilungsmaßstab zugrunde gelegt wird, denn je weniger ein Patient in die Entscheidung einbezogen wird bzw. werden kann, desto mehr entfernt sich die im Rahmen der ganzheitlichen Indikationsstellung zu treffende Abwägungsentscheidung von einer genuin subjektiv-patientenbezogenen Herangehensweise und wird vielmehr zu einem Werturteil⁷¹ über das, was für den jeweiligen Betrachter als patientenseitiger Nutzen objektiv noch adäquat

⁶⁸ *Winkler*, Ethik Med 2010, 89 (95).

⁶⁹ *Sahm*, in: Charbonnier u.a., Medizinische Indikation und Patientenwille, 2008, S. 123; *Winkler*, Ethik Med 2010, 89 (93).

⁷⁰ *Raspe*, GesR 2013, 206 (206).

⁷¹ *Sahm*, in: Charbonnier u.a., Medizinische Indikation und Patientenwille, 2008, S. 123; *Winkler*, Ethik Med 2010, 89 (93).

erscheint. Mit anderen Worten: Die Ermittlung des patientenseitigen Nutzens ist in den vorliegenden Behandlungskonstellationen wiederum als Messung der Patientensituation anhand objektiv-generalisierter Bewertungsmaßstäbe zu begreifen.

Im internationalen strafrechtlich-ethischen Diskurs hat die Unterscheidung zwischen Wirkung und Nutzen unter dem Stichwort „futility“⁷² beispielsweise zu der Annahme geführt, dass eine Behandlung, die nicht geeignet ist, einen Nutzen für den betroffenen Patienten im Sinne einer Steigerung seines Wohlergehens bzw. einer Verbesserung seiner gesundheitlichen Prognose herbeizuführen – etwa weil sie mit einer dauerhaften Abhängigkeit von medizinischen Geräten einhergeht –, vom Arzt auch dann verweigert werden dürfe, wenn der Patient oder dessen Familie die Behandlung explizit fordere.⁷³ Die dieser Aussage zugrunde liegende Nutzenbewertung betrachtet bereits eine dauerhafte Abhängigkeit von medizinischen Geräten als nicht-adäquat und verneint den Nutzen einer Behandlungsmethode, selbst wenn der Patient die dauerhafte Abhängigkeit als nutzenbringend begreifen würde. Das Werturteil über die Behandlungsmethode fällt daher je nach Betrachter unterschiedlich aus und der insofern zur Anwendung kommende generalisierende Maßstab zur Bewertung des Patientennutzens entfernt sich mithin deutlich von einer subjektiven Entscheidungsbasis.

Es stellt sich demnach die Frage, inwieweit der indikationsimmanente Nutzen einer Behandlungsmethode auf der Basis einer generalisiert-objektivierte Betrachtungsweise im Rahmen der ärztlichen Abwägungsentscheidung als taugliches Kriterium für die Begründbarkeit einer einseitigen Begrenzung der ärztlichen Behandlungspflicht herangezogen werden kann.

⁷² *Schneiderman* u.a., *Ann Intern Med* 1990, 949 (949); *Albisser Schleger* u.a., *Z Palliativmed* 2008, 67 (68); *Huynh* u.a., *JAMA Intern Med* 2013, 1887 (1887ff.).

⁷³ *Schneiderman* u.a., *Ann Intern Med* 1990, 949 (952f.).

c. Die allgemeinwohlgestützten Therapiebegrenzungen

Diese Frage wird insbesondere deshalb so kritisch gesehen, weil die Nutzenermittlung neben den bereits erläuterten Gesichtspunkten weitere Entscheidungsaspekte enthalten kann, deren allgemeine Anerkennung noch limitierter ist als im zuletzt genannten Fall. Wie bereits erwähnt betrifft das vornehmlich die ökonomischen, allgemeinwohlgestützten Aspekte einer Behandlungsmethode.⁷⁴ Letztere führen mittels einer zusätzlichen Generalisierung des Bewertungsmaßstabes zu einer überwiegend allgemeinwohlorientierten Betrachtungsweise, deren mögliche Anwendbarkeit im Rahmen der indikationsimmanenten Abwägung sich ungleich schwieriger gestaltet.

Die Festlegung einer anhand ökonomischer Maßstäbe ermittelten Nutzenhöhe zum Zwecke einer therapiebezogenen Indikationsstellung steht einem Grundsatz entgegen, der innerhalb des deutschen Rechtssystems und seiner dogmatischen Anwendung als unverbrüchlich gilt, nämlich dem absoluten Vorrang menschlichen Lebens.⁷⁵ So hat der Bundesgerichtshof bereits 1994 unmissverständlich postuliert: „[I]m Zweifel hat der Schutz menschlichen Lebens Vorrang vor persönlichen Überlegungen des Arztes, des Angehörigen oder einer anderen beteiligten Person.“⁷⁶ Generell gelte der Leitsatz „in dubio pro vita“⁷⁷, d.h. menschliches Leben könne und dürfe im Sinne einer Bemessung des Lebenswerts⁷⁸ nicht qualitativ eingestuft werden.

Daher kann man sich auf den Standpunkt stellen, dass alles denkbar Mögliche zur Rettung eines Menschenlebens unternommen werden müsse, egal wie gering die Aussicht auf Besserung ist. Bereits die Frage nach dem Nutzen der Behandlung in Abwägung zu den durch die Behandlung verursachten Kosten habe zu unterbleiben, da einer „von dem Schreckensgespenst überhandnehmender Gesundheitskosten getriebene[n] und ohnehin in

⁷⁴ Duttge, in: Höfling, Das sog. Wachkoma, 2007, S. 91 (101).

⁷⁵ BGHSt 35, 246 (250); 40, 257 (263).

⁷⁶ BGHSt 35, 246 (250); 40, 257 (263).

⁷⁷ BGHSt 40, 257 (263); Verrel, in: Pawlik/Zaczyk, FS für Jakobs 2007, S. 715 (723); Hörr, Passive Sterbehilfe und betreuungsgerichtliche Kontrolle, 2011, S. 289.

⁷⁸ Gutmann, in: ders./Schmidt, Rationierung und Allokation im Gesundheitswesen, 2002, S. 179 (202f.).

mittlerweile sämtlichen Lebensbereichen vom ökonomischen Kosten-Nutzen-Kalkül beherrschte[n] Gesellschaft“⁷⁹ nicht weiter Vorschub geleistet werden dürfe.

Unter Bezugnahme auf die im Abschnitt II.1. gemachten Ausführungen käme eine derartige Sichtweise allerdings der dort zitierten „Realitätsverweigerung“⁸⁰ gleich. Dass die Auseinandersetzung mit Kostenfragen im sensiblen Gebiet der unheilbaren Krankheitsverläufe einen gewissen Zündstoff in sich birgt, kann nicht ernsthaft bezweifelt werden.⁸¹ Aber gerade in Behandlungssituationen, in denen besonders aufwendige Behandlungsmethoden mit hohem personellem und apparativem Aufwand erforderlich sind, sowie in Situationen, in denen keine auch nur entfernte Aussicht auf Besserung des Zustandes besteht, taucht die Frage nach einer tragbaren Kosten-Nutzen-Relation zwangsläufig über kurz oder lang auf.⁸² Diese Frage kann und darf daher auf Dauer nicht unbeantwortet bleiben, zumal sie im klinischen Alltag längst angekommen ist.

d. Die Auswirkungen in der klinischen Praxis

Ruft man sich in diesem Zusammenhang nunmehr das unter Abschnitt II.1. erwähnte Patientenkollektiv mit dem Wunsch nach Maximaltherapie in Erinnerung, lässt sich daran anknüpfend im Hinblick auf das Aufklärungsverhalten der behandelnden Ärzte Folgendes feststellen: Das Patientenkollektiv mit dem Wunsch nach Maximaltherapie wurde nur zu 37 % darüber informiert, wenn der Arzt eine Therapiebegrenzung in Erwägung zog. Bei Patienten, die sich für eine palliativmedizinische Versorgung ausgesprochen hatten, wurden dagegen 74 % über eine angedachte Begrenzung in Kenntnis gesetzt. Ganz allgemein war erkennbar, dass diejenigen Patienten, deren Behandlungsziel mit dem der Ärzte übereinstimmte, doppelt so häufig in die

⁷⁹ *Duttge*, in: Höfling, Das sog. Wachkoma, 2007, S. 101.

⁸⁰ *Strätling*, MedR 2012, 428 (429).

⁸¹ *Eser*, in: Jens/Küng, Menschenwürdig sterben, 2010, S. 137 (150).

⁸² *Künschner*, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, 1992, S. 113; *Bernat*, FS für Deutsch 1999, S. 443 (458f.).

Therapieentscheidung einbezogen wurden wie jene Patienten, die anderer Auffassung waren als die jeweils behandelnden Ärzte.⁸³

Es stellt sich folglich die Frage, warum sich an dieser Stelle eine derart große Diskrepanz im Aufklärungsverhalten abzeichnet. Stünden dem behandelnden Arzt beispielsweise ausreichend Personal und sämtliche Therapieoptionen ohne jegliche Limitierung im Hinblick auf die dafür benötigten Ressourcen zur Verfügung, könnte er jede Therapieoption anbieten, die zumindest geringfügig wirkt und damit auch nur einen geringen Grad an Nutzen erbringt. Dann könnte aber ebenso unproblematisch eine entsprechende Aufklärung über jede dieser Therapieoptionen erfolgen.

Demnach muss es Gründe geben, die einen Einsatz der Behandlungsoptionen in solchem Umfang verhindern und dadurch das ärztliche Aufklärungsverhalten beeinflussen. Da die Realität in Krankenhäusern dem obigen Idealbild an Therapieangeboten selbst bei bestmöglichen Versorgungsstufen nicht entsprechen kann⁸⁴, spricht vieles dafür, dass es sich bei den nicht offengelegten Gründen um Kostenerwägungen handelt, die ein größeres Therapieangebot im konkreten Fall ausschließen.

Grundsätzlich kann dabei auch unschwer nachvollzogen werden, dass ein Diskurs über Kostenerwägungen im Umgang mit dem betroffenen Patienten und dessen Angehörigen mehr als nur heikel ist. Ein schlichtes Schweigen erscheint daher nicht nur einfach unkomplizierter, sondern geradezu verlockend sozialverträglich, zumal eine derartige „Strategie des Verschweigens“⁸⁵ nicht nur das Aufkommen von Zweifeln bezüglich der Richtigkeit der konkreten Therapieentscheidung vermeidet, sondern auch dazu geeignet ist, eine negative Einstellung des Patienten gegenüber dem dann realisierten Therapieverlauf zu verhindern.

Ein derartiges Konfliktpotential kann jedoch nicht nur in den soeben geschilderten Konstellationen entstehen. Denkt man an Behandlungssituationen, in denen sich ein Patient seit mehreren Jahren im Wachkoma befindet, kann eine Ermittlung

⁸³ Winkler, Ethik Med 2010, 89 (91f.).

⁸⁴ Vgl. insofern die Ausführungen unter Abschnitt II.1.

⁸⁵ Pawlik, in: Freund u.a., FS für Frisch 2013, S. 697 (697).

des Patientenwillens beispielsweise gänzlich scheitern.⁸⁶ Steht in diesem Zusammenhang zudem fest, dass sich der medizinische Zustand des Patienten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht mehr bessern wird, taucht auch an dieser Stelle bei der Indikationsprüfung die Frage nach der Kosten-Nutzen-Relation der angewandten Behandlungsmethoden über kurz oder lang auf.

Demzufolge sind genau an diesem Punkt die Weichen zu stellen, wie der Umgang mit den konfliktträchtigen Kriterien der indikationsimmanenten Abwägungsentscheidung ausgestaltet werden soll. Ein intransparenter Umgang wirkt sich zwangsläufig auch auf das Indikationskriterium und seine allgemeine Wahrnehmung aus.

3. Die Auswirkungen auf das Kriterium der Indikation

Wenn dem vorstehend Gesagten entsprechend eine Behandlungsmöglichkeit im Raum steht, deren Erfolgswahrscheinlichkeit als gering einzustufen ist und die hohen personellen und apparativen Aufwand erfordert (wobei dieser Aufwand im Gegensatz zum Ergebnis der Therapie eine eindeutig berechenbare Größe darstellt), besteht bei einer darauf fußenden Verneinung der Indikation eine Diskrepanz zwischen den für die Entscheidungsfindung tragenden wahren Gründen und dem aktiv geäußerten medizinischen Ergebnis. Kann eine bestimmte Behandlungsalternative aufgrund knapper Kapazitäten nicht angeboten werden oder übersteigen die Kosten der angedachten Methode den realistisch zu erwartenden Nutzen deutlich, mag es einfacher erscheinen, solche Entscheidungsfaktoren hinter der Verneinung der Indikation zu verbergen.⁸⁷

Diese Vorgehensweise ist vom Grundsatz her auch nicht abwegig: Die Bejahung oder Verneinung der Indikation basiert ja gerade auf einer Abwägung verschiedener Kriterien, an deren Ende die Entscheidung über die Wahl einer bestimmten Behandlungsoption steht. Auch ökonomische Gesichtspunkte im Sinne der Berücksichtigung von Kapazitätsgrenzen oder der Kosten-Nutzen-

⁸⁶ Vgl. insofern das Fallbeispiel in Kapitel B, Abschnitt III.3.b.

⁸⁷ *Künschner*, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, 1992, S. 78.

Rechnung einer Therapieoption sind letztlich einstellbare Kriterien⁸⁸ – nur dass diese hinsichtlich ihrer Berücksichtigungsfähigkeit umstritten sind.⁸⁹

Da man dem Abwägungsergebnis aber die jeweils zugrundeliegenden Faktoren nicht mehr ohne Weiteres entnehmen kann, bedarf es einer genauen Betrachtung der tragenden Gründe. Die schlichte Akzeptanz einer verneinten Indikation ohne die Fragestellung danach, welche Aspekte in ihrer Gesamtheit die Entscheidungsfindung geprägt⁹⁰ haben, wäre jedenfalls unangemessen. Die genaue Beleuchtung des indikationsimmanenten Nutzens spielt hier eine entscheidende Rolle, zumal diese Messgröße je nach den bei der Ermittlung eingestellten Kriterien letztlich im Auge des jeweiligen Betrachters liegt und auf Basis des jeweils zur Anwendung gelangenden objektiv-generalisierten Bewertungsmaßstabs im Ergebnis ein mehr oder weniger generalisiertes Werturteil hervorbringt. Es gilt mit anderen Worten zu vermeiden, dass der sich an der medizinischen Wirksamkeit orientierende Begriff der Indikation letztlich von einem normativ interpretierten Nutzenbegriff überwölbt⁹¹ wird.

Aufgrund dieser bestehenden Gefahr einer Intransparenz sollte der Terminus der Indikation hinsichtlich der zur Anwendung gelangenden Kriterien und Maßstäben genauestens beleuchtet werden.⁹² Eine unreflektierte Anwendung würde die Gefahr einer verminderten Akzeptanz einer an sich so zentralen Begrifflichkeit bergen. Es kann für die hiesige Diskussion daher nicht zielführend sein, unliebsame Erwägungen hinter der Maske der Indikation zu verschleiern⁹³, um dadurch ein ethisch erträglicheres Gebilde entstehen zu lassen. Stattdessen muss versucht werden, die Indikationsentscheidung hinsichtlich aller zur Anwendung kommenden Kriterien transparent und prozedural nachvollziehbar auszugestalten.

⁸⁸ *Holzauer*, ZRP 2004, 41 (44).

⁸⁹ *Duttge*, in: Höfling, Das sog. Wachkoma, 2007, S. 91 (101).

⁹⁰ *Splett*, in: Schildmann u.a., Entscheidungen am Lebensende, 2006, S. 32.

⁹¹ *Pawlik*, in: Freund u.a., FS für Frisch 2013, S. 697 (703).

⁹² *BÄK*, Medizinische Indikationsstellung und Ökonomisierung, 2015, S. 4.

⁹³ *Gutmann/Schmidt*, in: dies., Rationierung und Allokation im Gesundheitswesen, 2002, S. 7 (9).

IV. Die Auslotung der Ausgangsposition

Bereits an dieser Stelle ist unschwer erkennbar, dass das Thema Sterbehilfe und im Besonderen die Frage nach der Zulässigkeit des einseitigen Behandlungsabbruchs von vielerlei Strömungen, Rechtsmeinungen und Interpretationen geprägt ist, die je nach ethischer oder wirtschaftlicher Ausrichtung zu voneinander abweichenden Ergebnissen gelangen. Die Bedeutung der Indikation und die Relevanz eines entgegenstehenden oder nicht vorhandenen Patientenwillens werden dabei ebenso unterschiedlich beurteilt wie jene Überlegungen, die hinter einzelnen Abbruchentscheidungen stehen und bisweilen im Dunkeln liegen.

Während in den letzten Jahren das Hauptaugenmerk auf die Verwirklichung des Patientenwillens und dessen rechtliche Absicherung in Sterbehilfesituationen gerichtet war⁹⁴, stellt sich dieser Tage die Frage nach der Möglichkeit von einseitigen Therapiebegrenzungen jenseits dieser subjektiven Determinierung – bedingt durch die Indikationsstellung bei zweifelhaften Therapiezielen oder durch die Begrenztheit der zur Verfügung stehenden Ressourcen. Im Sinne einer Vermeidung undurchsichtiger klinischer Einzelfallentscheidungen geht es vorliegend um die Schaffung von Transparenz und um die Erarbeitung und das Abstecken von Behandlungsgrenzen anhand objektiv nachvollziehbarer Kriterien, die einen einseitigen Behandlungsabbruch unabhängig vom Patientenwillen erlauben und den Behandlungsabbruch dogmatisch und rechtlich auf sicheren Boden stellen.

⁹⁴ BT-Drs. 16/8442 vom 06.03.2008, S. 8ff.; Höfling, in: Charbonnier u.a., Medizinische Indikation und Patientenwille, 2008, S. 90ff.

B. Der gegenwärtige Meinungsstand zur Zulässigkeit des einseitigen Behandlungsabbruchs

Die Problematik, die einen behandelnden Arzt am Patientenbett bei der Entscheidung über einen einseitigen Behandlungsabbruch neben der menschlich-existentiellen Komponente stets begleitet, ist die rechtliche Unsicherheit darüber, wie die einzelnen von ihm angeordneten oder im weiteren Krankheitsverlauf unterlassenen Handlungen strafrechtlich gewertet werden und welche rechtlichen Folgen sich daraus für ihn ergeben können.⁹⁵ Entgegen den in der juristischen Literatur vorzufindenden terminologischen Überlegungen kommt es dem praktizierenden Arzt nicht maßgeblich darauf an, wie die einzelne Therapieentscheidung terminologisch korrekt subsumiert werden muss, um dogmatisch in der Kategorie der Strafflosigkeit verortet werden zu können.⁹⁶ Die Aufladung einzelner Begrifflichkeiten hat vielmehr dazu geführt, dass jene Umschreibungen vorzugeben scheinen, was am Krankenbett als zulässig erachtet wird und ab wann sich der Arzt von der Tatbestandsmäßigkeit strafrechtlicher Normen umlauert⁹⁷ sehen muss.

Basierend auf dem Grundsatz, dass aktive Sterbehilfe ausnahmslos verboten sei, wurde in den vergangenen Jahren vor der Entscheidung des Bundesgerichtshofs im sogenannten „Fuldaer Fall“⁹⁸ im Jahre 2010 viel dogmatische Begründungsarbeit darauf verwendet, dem mit einem Behandlungsabbruch einhergehenden aktiven Tun die ihm innewohnende Handlungsqualität abzusprechen⁹⁹, um das über jener Thematik schwebende Damoklesschwert der aktiven Sterbehilfe zu neutralisieren. Auf diese vom Bundesgerichtshof vorgenommene terminologische Neuausrichtung im Sinne einer Abkehr von der bisherigen Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen anhand des Kriteriums des äußeren Erscheinungsbilds¹⁰⁰ hin zu einer Statuierung des Behandlungsabbruchs als Oberbegriff für unter bestimmten

⁹⁵ *Bartsch*, in: Schröder/Hellmann, FS für Achenbach 2011, S. 13 (28); *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, 2015, S. 400.

⁹⁶ *Engisch*, in: Jescheck/Lüttger, FS für Dreher 1977, S. 309 (315).

⁹⁷ *Tröndle*, ZStW 1987, 25 (34).

⁹⁸ BGHSt 55, 191 (191ff.).

⁹⁹ *Roxin*, NStZ 1987, 345 (348); *Höfling*, JuS 2000, 111 (111); *Schreiber*, NStZ 2006, 473 (474f.); *Eser/Sternberg-Lieben* in: Schönke/Schröder, StGB, 2019, Vorbem. §§ 211 ff. Rn. 32; *Fischer*, StGB, 2019, vor §§ 211-216 Rn. 34.

¹⁰⁰ BGHSt 55, 191 (201f.).

Voraussetzungen als zulässig erachtete ärztliche Abbruchkonstellationen¹⁰¹ wird noch einmal zurückzukommen sein. Grundsätzlich gesprochen sollte sich die juristische Dogmatik nicht in einer Art und Weise vom erlebten Klinikalltag abkapseln, dass die juristische Subsumtion realiter durchgeführter Maßnahmen nicht mehr nachvollziehbar erscheint. Behandelnde Ärzte müssen sich darüber im Klaren sein, wann und unter welchen Voraussetzungen einseitige Behandlungsabbrüche veranlasst werden dürfen und welche strafrechtlichen Konsequenzen sich aus einer abweichenden Vorgehensweise ergeben. Insofern wird zu klären sein, welche Konsequenzen sich aus der besagten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für das Anwendungsgebiet der einseitigen Behandlungsabbrüche ergeben haben.

In diesem Zusammenhang darf zudem nicht aus dem Blick verloren werden, dass sich einseitige Behandlungsabbrüche in der klinischen Praxis grundsätzlich nicht auf die Einstellung sämtlicher Behandlungsbemühungen zuständiger Ärzte reduzieren lassen. Der Inhalt des ärztlichen Behandlungsauftrages ist niemals statisch, er richtet sich beständig am jeweils aktuellen Gesundheitszustand des Patienten aus und reicht von der Aussicht auf Heilung bis hin zur Ermöglichung eines menschenwürdigen Sterbens, wobei die notwendige Linderung von mit der Krankheit einhergehendem Leid stets inbegriffen bleibt.¹⁰² Sofern das Krankheitsbild des Patienten eine Heilung unmöglich macht, rückt daher das Ziel der Lebensverlängerung in den Vordergrund. Ab einem bestimmten Zeitpunkt in der Therapie kann sich der Fokus noch weiter in Richtung Schmerzlinderung unter Lebensqualitätserhaltung¹⁰³ und schlussendlich in Richtung Sterbebegleitung verschieben. Sollte die Wiederherstellung organischer Gesundheit unmöglich werden, erwächst dem betroffenen Patienten ein Anspruch auf Leidensminderung und auf ein menschenwürdiges Sterben.¹⁰⁴

Die unterbliebene Weiterverfolgung und der dadurch bedingte begriffliche Abbruch eines kurativen Therapieansatzes führen somit nicht automatisch dazu, dass die gesamte Behandlung eines Patienten eingestellt wird. Vielmehr erfolgt

¹⁰¹ BGHSt 55, 191 (203).

¹⁰² *Albrecht*, FS für Schreiber 2003, S. 551 (562).

¹⁰³ *Benze* u.a., Bundesgesundheitsbl 2017, 62 (62).

¹⁰⁴ BGHSt 46, 279 (285); *Albrecht*, FS für Schreiber 2003, S. 551 (556); *Bosch*, JA 2010, 908 (909).

im Sinne einer Therapiezieländerung die Umstellung auf ein palliativ ausgerichtetes Behandlungsregime. Bei dieser Umstellung stehen schließlich nicht die einzelnen medizinischen Maßnahmen und deren Abbruch oder Unterlassung im Vordergrund, sondern das ganzheitliche Ziel¹⁰⁵, welches jeder dieser Maßnahmen zugrunde liegt – namentlich der Übergang vom primären Therapieziel Lebenserhaltung zur Leidenslinderung sowie der Verbesserung der Lebensqualität zwecks Ermöglichung eines würdevollen Todes.¹⁰⁶

Wenn daher in den nachfolgenden Ausführungen von der Fragestellung nach der Zulässigkeit eines einseitigen Behandlungsabbruchs die Rede ist, soll den obigen Gedanken dadurch nicht ihre Nachvollziehbarkeit abgesprochen werden. Diese begriffliche Herangehensweise ist sowohl der eingangs erwähnten terminologischen Neuausrichtung des Bundesgerichtshofs¹⁰⁷ als auch der Tatsache geschuldet, dass aus juristischer Sicht letztlich der Abbruch der kurativen Behandlung den Tod des betroffenen Patienten und damit einen strafrechtlich relevanten Erfolg herbeizuführen vermag. Inwieweit der den Abbruch anordnende Arzt für den herbeigeführten Erfolg strafrechtlich verantwortlich gemacht werden muss, wird im weiteren Verlauf zu klären sein.

Den Fokus der anknüpfend angestellten Strafbarkeitserwägungen bildet demgemäß der im Zuge einer Therapiezieländerung angeordnete einseitige Behandlungsabbruch. In dieser Konstellation stehen mit Blick auf eine denkbare Strafbarkeit des Arztes vor allem die Tatbestände des Totschlags nach § 212 StGB sowie ggf. des Totschlags durch Unterlassen nach §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB im Raum.

Im Hinblick auf die zu prüfende Strafbarkeit des Arztes bleibt vorweg noch zu erwähnen, dass bei Fragestellungen nach der Zulässigkeit von Behandlungsabbrüchen – wie in der Einleitung erläutert – dem Patientenwillen eine entscheidende Bedeutung zugeschrieben wird.¹⁰⁸ Für Konstellationen, in denen ein Patient bezüglich eines denkbaren Behandlungsabbruchs entweder keinen oder einen entgegenstehenden Willen zum Ausdruck bringt, wird die

¹⁰⁵ *Duttge*, MedR 2011, 32 (38).

¹⁰⁶ *Jox*, Sterben lassen, 2013, S. 99.

¹⁰⁷ BGHSt 55, 191 (191ff.).

¹⁰⁸ BT-Drs. 16/8442 vom 06.03.2008, S. 9f; *Maio*, Mittelpunkt Mensch: Ethik in der Medizin, 2017, S. 158ff, 229f.

Zulässigkeit des Behandlungsabbruchs im Allgemeinen negiert.¹⁰⁹ Diesbezügliche Diskussionen erfolgen in Rechtsprechung und Literatur mit einer gewissen Zurückhaltung. Das mag vor allem daran liegen, dass die Auslotung von Grenzen der ärztlichen Behandlungspflicht gegenüber schwerkranken Patienten mitunter heikle Fragestellungen zutage fördert.¹¹⁰

Da in den vorliegend untersuchten Konstellationen gerade nicht der Wille des Patienten als Argumentationsgrundlage eines zulässigerweise bewirkten Behandlungsabbruchs ins Feld geführt werden kann, bedarf es für die Zulässigkeit des einseitigen Behandlungsabbruchs anderer Anknüpfungspunkte, die es zu untersuchen gilt. Grundsätzlich kann eine auf die Beendigung der kurativen Therapie gerichtete Handlung oder Unterlassung immer nur dann strafrechtliche Relevanz entfalten, wenn jene Behandlungsmaßnahme nicht hätte durchgeführt dürfen bzw. hätte unterlassen werden müssen und demzufolge die Behandlungspflicht des Arztes bezüglich eines kurativen Therapieregimes im konkreten Fall nicht entfallen war. Die Pflicht zur Weiterbehandlung eines Patienten, der sich explizit für die weitere Durchführung einer kurativ ausgerichteten Maximaltherapie ausgesprochen hat, entfällt erst bei Erreichen einer Grenze der ärztlichen Behandlungspflicht.¹¹¹ Mit anderen Worten: Die autonome Entscheidung des Patienten findet ihre Grenze in Behandlungswünschen, die nicht im Einklang mit der Zielsetzung ärztlichen Handelns und damit den Maßstäben der Medizin stehen.¹¹² Daraus ergibt sich als naheliegender Anknüpfungspunkt für denkbare Grenzen der ärztlichen Behandlungspflicht das Kriterium der Indikation, da die Auslotung von Behandlungsgrenzen, wie in Kapitel A, Abschnitt III.1. einleitend erläutert, in der Indikation ihren Anfang nimmt.

¹⁰⁹ Vgl. zusammenfassend *Bartsch*, in: Schröder/Hellmann, FS für Achenbach 2011, S. 13 (14ff.); *Rosenau*, in: Fischer/Bernsmann, FS für Rissing-van-San 2011, S. 547 (550ff.); *Jox*, Sterben lassen, 2013, S. 62ff.; *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, 2015, S. 401ff.

¹¹⁰ *Pawlik* in: Becker/Roth, Recht der Älteren, 2013, S. 127 (158).

¹¹¹ *Pawlik*, in: Freund u.a., FS für Frisch 2013, S. 697 (698).

¹¹² *Maio*, Mittelpunkt Mensch: Ethik in der Medizin, 2017, S. 230.

I. Das Kriterium der medizinischen bzw. ärztlichen Indikation

Vom lateinischen Wort „indicare“ (zu deutsch „anzeigen“) abgeleitet, lässt sich die Indikation aus den körperlichen Symptomen ermitteln, die auf zugrunde liegende Ursachen und die demgemäß erforderlichen Maßnahmen hindeuten – mit anderen Worten ermöglichen die jeweiligen Symptome eine Erkenntnis darüber, welche medizinischen Maßnahmen angezeigt sind.¹¹³ Ausgehend hiervon sollen zunächst Inhalt und semantische Konturierungen des Indikationsbegriffs näher erläutert werden, bevor in einem weiteren Schritt auf das Verhältnis von Indikationsstellung und patientenseitiger Einwilligung eingegangen wird.

1. Der Inhalt und die Bedeutung des Indikationsbegriffs

Allgemein betrachtet besteht die medizinische Indikation aus einer objektiven Tatsachenbeschreibung bezüglich der Situation des Patienten, die mittels Anamnesegespräch und Diagnostik festgestellt wird. Eine auf Basis der Symptome und Befunde erstellte Diagnose gibt die Maßnahmen vor, die im Rahmen einer weiteren Behandlung als indiziert angenommen werden können.¹¹⁴

Der Bundesgerichtshof definiert Indikation als „fachliches Urteil über Wert oder Unwert einer medizinischen Behandlungsmethode in ihrer Anwendung auf den konkreten Fall“¹¹⁵. Mit Blick auf die im Zuge der Indikationsstellung stattfindende Abwägung lässt sich die Indikation auch als Basis dafür deuten, dass eine bestimmte Maßnahme durchgeführt wird, die infolge einer Nutzen-Risiko-Abschätzung als für den Patienten angemessen erscheint. Diese Beschreibung ist insofern noch praxismgerechter, als sie die Indikationsstellung nicht nur als rationales Fachurteil einstuft, sondern auch als ein wertendes Urteil im Sinne einer Nutzen-Risiko-Abwägung.¹¹⁶ Das medizinisch Vertretbare impliziert

¹¹³ *Dietl/Böhm*, BtPrax 2012, 135 (135f.).

¹¹⁴ *Neitzke*, in: Charbonnier u.a., Medizinische Indikation und Patientenwille, 2008, S. 55.

¹¹⁵ BGHZ 154, 205 (224); *Opderbecke*, MedR 1985, 23 (25).

¹¹⁶ *Jox*, Sterben lassen, 2013, S. 116.

demnach das im konkreten Fall medizinisch Machbare.¹¹⁷ Die Indikation enthält folglich zwei Komponenten: Einerseits trifft sie eine Vorhersage mit Blick auf die Wirksamkeit einer medizinischen Behandlung. Andererseits enthält sie eine wertende Aussage über den Nutzen der Behandlung bezogen auf den konkret betroffenen Patienten. Diese Komponenten werden dabei als medizinische und – bezogen auf das Werturteil – als ärztliche Indikation bezeichnet.¹¹⁸

Im Einzelnen beinhaltet die Indikationsstellung folgende Aspekte¹¹⁹:

Im ersten Schritt der medizinischen Indikationsstellung wird die Situation des Patienten mittels empirischer Datenerhebung im Rahmen eines Anamnesegesprächs und der dazugehörigen Diagnostik objektiv ermittelt. Auf Basis der sich daraus ergebenden Symptome und Befunde kann eine Diagnose erstellt werden, die für indizierte Maßnahmen hinsichtlich weiterer Diagnostik und Therapie als richtungsweisend gilt.¹²⁰

Der zweite Schritt der medizinischen Indikationsstellung besteht in einer finalen Begründung der konkreten Therapiezielfestlegung anhand der bislang ermittelten indizierten Maßnahmen.¹²¹ Die ins Auge gefassten diagnostischen und therapeutischen Maßnahmen werden dabei an diejenigen Zielsetzungen gespiegelt, die medizinisch als allgemein anerkannt gelten. Es stellt sich also die Frage, ob die denkbaren medizinischen Behandlungsmaßnahmen einem Zweck dienen, der mit den etablierten ärztlichen Behandlungszielen übereinstimmt.¹²² Zu den anerkannten ärztlichen Behandlungszielen zählen dabei in erster Linie die Lebenserhaltung, der Schutz der Gesundheit bzw. deren Wiederherstellung, die Leidens- und Schmerzlinderung sowie der Beistand bei sterbenden Patienten.¹²³ Grundsätzlich geht eine dergestalt vorgenommene Bewertung des Behandlungsbedarfs im Angesicht anerkannter medizinischer Ziele über eine

¹¹⁷ *Dietl/Böhm*, BtPrax 2012, 135 (137).

¹¹⁸ *Winkler*, Ethik Med 2010, 89 (93).

¹¹⁹ Vgl. insofern die Festlegung eines dreigliedrigen Begründungsstrangs der medizinischen Indikation bei *Neitzke*, in: Charbonnier u.a., *Medizinische Indikation und Patientenwille*, 2008, S. 55ff.; *BÄK*, *Medizinische Indikationsstellung und Ökonomisierung*, 2015, S. 2.

¹²⁰ *Neitzke*, in: Charbonnier u.a., *Medizinische Indikation und Patientenwille*, 2008, S. 55.

¹²¹ *Neitzke*, in: Charbonnier u.a., *Medizinische Indikation und Patientenwille*, 2008, S. 55.

¹²² *BÄK*, *Medizinische Indikationsstellung und Ökonomisierung*, 2015, S. 2.

¹²³ Vgl. die Grundsätze der BÄK zur ärztlichen Sterbebegleitung, *BÄK*, Dtsch. Ärztebl. vom 18.02.2011, A 346 (A 346); § 1 Abs. 2 der (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte, *BÄK*, Dtsch. Ärztebl. vom 01.02.2019, A 1 (A 2f.).

ausschließlich fachliche Evaluierung der Faktenlage hinaus und stellt vielmehr ein in gewissem Maße normatives Konzept¹²⁴ dar, das sich von der zuvor erörterten rein empirischen Ebene abhebt.

In einem dritten Schritt erfolgt schließlich die kausale Begründung der medizinischen Indikation. Auf dieser Ebene stellt sich die Frage nach der konkreten Eignung der geplanten Behandlungsmaßnahme zum Zwecke der Erreichung eines anerkannten Therapieziels. Die Kausalitätsfrage kann dabei im Regelfall auf der Grundlage medizinisch-kontrollierter Erfahrungen, der sogenannten „evidence-based-medicine“ (EbM), beantwortet werden. Die Evidenz wird in diesem Zusammenhang beispielsweise mittels klinischer Studien belegt. Sofern die statistische Auswertung einer Studie ergibt, dass Patienten von einem konkret untersuchten Therapieansatz profitieren, ist es rational, die Indikation entsprechend zu stellen.¹²⁵

Mit Blick auf ein bestimmtes Therapieziel hat der Arzt demnach die Risiken der geplanten Behandlungsmaßnahme mit dem potentiellen Nutzen abzuwägen. Bei dieser Abwägung stehen ihm weitere objektive Parameter in Form von allgemein anerkannten Behandlungsstandards und ärztlichen Leitlinien zur Verfügung, die den Stand der Wissenschaft wiedergeben. Der in der jeweiligen Fachdisziplin etablierte medizinische Standard ärztlicher Expertise leitet sich aus der Erfahrung, der Praxis und dem Wissen der auf diesem Gebiet tätigen Ärzte ab. Dieser Stand der Wissenschaft, auch als sog. „state of the art“ bezeichnet, wird durch Fachgesellschaften definiert und in Leitlinien schriftlich fixiert. Derartige Leitlinien empfehlen unter Berücksichtigung von Prognosefaktoren im Hinblick auf bestimmte Krankheiten und Krankheitsstadien bestimmte medizinische Maßnahmen, ohne dabei auf den konkreten Individualfall bezogen zu sein.¹²⁶

Neben diesen Leitlinien stellt die persönliche Kompetenz des jeweils behandelnden Arztes eine weitere Quelle ärztlicher Expertise dar. Letztere soll unter anderem durch die Pflicht zur Fortbildung auf dem neuesten wissenschaftlichen Stand gehalten werden, vgl. § 4 der (Muster-)Berufsordnung

¹²⁴ BÄK, Medizinische Indikationsstellung und Ökonomisierung, 2015, S. 2.

¹²⁵ Neitzke, in: Charbonnier u.a., Medizinische Indikation und Patientenwille, 2008, S. 55f.

¹²⁶ Dietl/Böhm, BtPrax 2012, 135 (136).

für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte.¹²⁷

Das bis zu diesem Punkt aufgezeigte empirisch, final und kausal begründete Argumentationsgeflecht der medizinischen Indikationsstellung lässt allerdings einen limitierenden Faktor erkennen: Die bislang vorgenommene Verknüpfung zwischen potentieller Behandlungsmethode und prognostiziertem Behandlungserfolg gibt nur insofern Aufschluss, als die vorliegenden diagnostischen Parameter auf eine fachliche Rechtfertigung der medizinischen Maßnahme in jedem vergleichbaren Fall schließen lassen. Die medizinische Indikation kann in diesem Prozessabschnitt also lediglich eine Aussage darüber treffen, welche Maßnahmen – losgelöst vom konkreten Einzelfall – auf der Grundlage medizinisch gesicherter Erfahrung als indiziert gelten können.¹²⁸

Neben den bislang aufgezeigten Aspekten der medizinischen Indikationsstellung bedarf es daher noch einer weiteren Komponente, um zu einem vollständigen Bild des zu beurteilenden medizinischen Einzelfalls zu gelangen. Im Sinne einer weiteren Konkretisierung des bisher gefundenen Ergebnisses wird demzufolge im finalen Schritt der ärztlichen Indikationsstellung der individuell betroffene Patient und dessen Lebenssituation in den Beurteilungsfokus gerückt.¹²⁹

Nunmehr geht es vorrangig um die Berücksichtigung des Alters des Patienten, der Schwere seines Krankheitsbildes sowie etwaig bei ihm vorhandener Risikofaktoren. Zudem wird die Persönlichkeit des Patienten miteinbezogen, wie beispielsweise dessen Krankheitsverständnis und die psychische Verarbeitung der Krankheit, seine Einstellung zur eigenen Sterblichkeit sowie sein soziales Umfeld und damit einhergehende Lebensumstände.¹³⁰ Diese Individualisierung des Entscheidungsprozesses lässt am Ende der Abwägung ein nicht standardisierbares, normativ bewertetes Ergebnis entstehen, das sowohl allgemein anerkannte Wissensparameter als auch individuelle Einzelfallerwägungen in sich vereint.¹³¹

In Abgrenzung zur medizinischen Indikation wird eine Indikationsentscheidung,

¹²⁷ *Dietl/Böhm*, BtPrax 2012, 135 (136); *BÄK*, (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte, Dtsch. Ärztebl. vom 01.02.2019, A 1(A 3).

¹²⁸ *Neitzke*, in: Charbonnier u.a., *Medizinische Indikation und Patientenwille*, 2008, S. 56.

¹²⁹ *Winkler*, *Ethik Med* 2010, 89 (93).

¹³⁰ *Neitzke*, in: Charbonnier u.a., *Medizinische Indikation und Patientenwille*, 2008, S. 58.

¹³¹ *BÄK*, *Medizinische Indikationsstellung und Ökonomisierung*, 2015, S. 2.

die eine solche normative Wertung beinhaltet, auch als ärztliche Indikation bezeichnet.¹³² Immer im Blick zu halten ist dabei aber die Tatsache, dass es sich bei der ärztlichen Indikationsstellung aufgrund stetig im Fluss befindlicher Rahmenbedingungen nur um eine Momentaufnahme¹³³ zu einem bestimmten Zeitpunkt handeln kann.

2. Die terminologischen Einzelaspekte des Indikationsbegriffs

In ihrer Gesamtheit betrachtet ist ärztliche Indikation demzufolge mehr als nur ein rationales Fachurteil. Neben der reinen Prüfung der Eignung einer Therapiemaßnahme für die Behandlung eines bestimmten Krankheitsbildes stellt die Indikationsentscheidung in der zweiten Stufe ein wertendes Urteil im Sinne einer normativen Nutzen-Schaden-Abwägung¹³⁴ dar.

Wie in Kapitel A, Abschnitt III.2.b. einführend erläutert, ermöglicht die Abwägungsentscheidung im Rahmen der Indikationsstellung die Einbeziehung verschiedener Aspekte, die die Frage nach einer Bejahung oder Verneinung der Indikation unterschiedlich weit von der objektiv medizinbezogenen und der subjektiv patientenbezogenen Interpretation zu entfernen vermögen.¹³⁵ Die Aspekte reichen dabei von einer objektiven Interpretation des Patientenwohls, welches vorliegend als erweitertes Patientenwohl bezeichnet wird, über die objektive Interpretation eines patientenseitigen Nutzens bis hin zu einer allgemeinwohlgestützten Interpretation des Nutzens anhand ökonomischer¹³⁶ Entscheidungsaspekte.

Die Inkludierung dieser zusätzlichen Kriterien in die Indikationsentscheidung führt dabei zwangsläufig dazu, dass mehrere, teils von der Intention her gegenläufige Gesichtspunkte mit unterschiedlichem Generalisierungsmaßstab gemeinsam in einer Abwägungsentscheidung aufgehen, ohne dass dies dem Ergebnis der Abwägung anzusehen wäre. Denn wie bereits erläutert kann man

¹³² *Winkler*, Ethik Med 2010, 89 (93).

¹³³ *BÄK*, Medizinische Indikationsstellung und Ökonomisierung, 2015, S. 2.

¹³⁴ *Jox*, Sterben lassen, 2013, S. 116.

¹³⁵ *Verrel*, in: *Pawlik/Zaczyk*, FS für Jakobs 2007, S. 715 (726ff.); *Hörr*, Passive Sterbehilfe und betreuungsgerichtliche Kontrolle, 2011, S. 265ff.

¹³⁶ *Duttge*, NStZ 2006, 479 (482); *Roxin/Schroth*, Handbuch des Medizinstrafrechts, 2010, S. 96f.

dem Ergebnis der Indikationsstellung nicht auf den ersten Blick entnehmen, welche Kriterien bei der Abwägung zum Tragen gekommen sind¹³⁷ und wie diese konkret gewichtet worden sind. Die Kompaktheit des Indikationsbegriffs fördert daher je nach Behandlungskonstellation ein mitunter komprimiertes Ergebnis zutage, dessen Zustandekommen im Detail nicht mehr nachvollzogen werden kann.

Die Gefahr einer nur unzureichend nachvollziehbaren Indikationsentscheidung wird noch dadurch verstärkt, dass die angewandten Kriterien keiner festen Definition unterworfen sind. Je weiter sich beispielsweise die Frage nach dem Patientenwohl oder dem Patientennutzen von einem reinen medizinischen Wohl bzw. Nutzen im Sinne einer unmittelbaren Besserung der gesundheitlichen Situation des Patienten entfernt, desto uneinheitlicher fällt die Beurteilung aus, ob mit der Behandlungsentscheidung dem Wohl des Patienten gedient wird bzw. ob ein Nutzen der Behandlung bejaht werden kann, zumal in den vorliegenden Konstellationen eine subjektiv legitimierte Herangehensweise von vornherein ausscheidet. Die Kritik an einer unzureichenden Nachvollziehbarkeit wird weiterhin dadurch deutlich, dass – mit Blick auf die aus den USA stammende Diskussion um den Nutzen einer Behandlung im Sinne einer ökonomisch orientierten „futility“¹³⁸-Prüfung – der Indikationsbegriff mitunter als Einfallstor unerwünschter ökonomischer Erwägungen¹³⁹ gesehen wird und in diesem Zusammenhang bereits mitunter von einer „ökonomischen Indikation“¹⁴⁰ gesprochen wird.

Zum Zwecke der Vermeidung einer dergestalt beeinflussten Indikationsentscheidung bestünde beispielsweise die Möglichkeit einer Abkoppelung der Indikationsfrage und der Bildung weiterer denkbarer eigenständiger (objektiver) Grenzen der ärztlichen Behandlungspflicht.¹⁴¹ Eine derartige Verselbstständigung der einzelnen Begrifflichkeiten ist jedoch dem Grunde nach nicht erforderlich und sollte im Sinne einer ganzheitlichen

¹³⁷ Winkler, Ethik Med 2010, 89 (94).

¹³⁸ Schneiderman u.a., Ann Intern Med 1990, 949 (949); Albisser Schleger u.a., Z Palliativmed 2008, 67 (71f.); Huynh u.a., JAMA Intern Med 2013, 1887 (1887ff.).

¹³⁹ Duttge, NStZ 2006 479 (482); BÄK, Medizinische Indikationsstellung und Ökonomisierung, 2015, S. 1; Roxin/Schroth, Handbuch des Medizinstrafrechts, 2010, S. 96f.

¹⁴⁰ Duttge, MedR 2017, 361 (362).

¹⁴¹ Vgl. insofern Lipp, MedR 2015, 762 (762), der eine eigenständige Nutzenprüfung vorschlägt.

Betrachtung auch vermieden werden. Die medizinische Einzelfallentscheidung kann auf Basis der bestehenden terminologischen Rahmenbedingungen bereits vollumfänglich abgebildet werden, und die Schaffung weiterer, zusätzlich zu beurteilender Begrifflichkeiten liefert insofern keinen Mehrwert.

Eine von der Indikation abgetrennte separate Ausweisung und Operationalisierung der verschiedenen Kriterien würde sich auch deshalb schwierig gestalten, weil die einzelnen Kriterien wechselseitig aufeinander einzuwirken vermögen und in gewisser Weise ineinander übergehen. Die Frage nach dem Patientenwohl lässt sich mit Blick auf eine Behandlungsmethode nicht beantworten, wenn man nicht auch gleichzeitig danach fragt, was die Behandlungsmethode für einen Nutzen mit sich bringt, denn nur bei Vorhandensein eines Nutzens kann sie sich auf das Wohl auswirken. Anders formuliert stellt die Wirksamkeitsprüfung der ersten Ebene der Indikationsstellung eine medizinisch abstrakte Nutzenprüfung dar, die auf der zweiten, normativen Prüfungsebene um den Patientennutzen und dessen Auswirkung auf das Patientenwohl erweitert und insoweit individualisiert wird.

Je nach Behandlungskonstellation unterliegt diese Individualisierung dann wiederum einer mehr oder minder starken Objektivierung und Generalisierung. Ein objektiver Maßstab zur Beurteilung des Wohls bzw. des Nutzens führt zu einer verstärkten Generalisierung des Ergebnisses. Genauso verhält es sich im Übrigen mit den ökonomischen Aspekten. Sie gehören ebenfalls zu den Fragestellungen der wertenden Nutzen-Aufwand-Prüfung im Sinne einer normativen Abwägung unter Zugrundelegung eines allgemeinwohlorientierten Maßstabs.

Demzufolge sind die einzelnen Kriterien als integrative Bestandteile der zentralen Indikationsbegrifflichkeit zu betrachten, die vollständig in deren normativer Prüfungssäule¹⁴² aufzugehen vermögen. Es kommt daher weder entscheidend darauf an, wie die Einzelaspekte der Abwägungsentscheidung terminologisch definiert werden, noch wie sie zum Indikationsbegriff in Beziehung gesetzt werden. Allein das Vorhandensein kritischer Einzelgesichtspunkte erfordert keine neue Kategorienbildung. Entscheidend ist vielmehr, dass die Kompaktheit des

¹⁴² BÄK, Medizinische Indikationsstellung und Ökonomisierung, 2015, S. 2.

Indikationsbegriffs durch eine transparente, prozedural nachvollziehbare Herangehensweise ¹⁴³ ausgeglichen wird. Dann können die Kriterien herausgefiltert und hinsichtlich ihrer Zulässigkeit jeweils einzeln geprüft werden.

II. Die Abgrenzung von Indikationsstellung und Einwilligung

Damit die Indikation als taugliche Grenze der ärztlichen Behandlungspflicht herangezogen werden kann, ist es ferner sinnvoll, die unter Abschnitt I.1. aufgezeigte individualorientierte Komponente der ärztlichen Indikation von der genuin subjektiven Einwilligung des Patienten abzugrenzen.

1. Die Reihenfolge von Indikation und Einwilligung

Grundsätzlich geht die Indikationsstellung der Einwilligungserklärung voraus und ermittelt jene medizinischen Behandlungsmethoden, die dem betreffenden Patienten angeboten werden können: Ihm sollen nur solche Methoden präsentiert werden, die sowohl nach medizinischem Standard als auch unter Beachtung der individuellen Patientengeschichte angezeigt sind. Die Indikationsstellung liefert damit die Grundlage für die einem Patienten zur Verfügung gestellten Informationen über denkbare Behandlungsmethoden im Rahmen der ärztlichen Aufklärung. Auf dieser Basis ist es dem Patienten schlussendlich möglich, seine Einwilligung zu dem Eingriff zu erteilen oder zu verweigern.¹⁴⁴

Ob der Patient sich auf das ihm angebotene Therapieangebot einlässt und demgemäß seine Einwilligung zu der Behandlungsmaßnahme erteilt, ist davon unabhängig zu betrachten. Erst die infolge der Aufklärung und Einwilligung eingeleiteten Behandlungsschritte verwirklichen den Patientenwillen als solchen.¹⁴⁵

¹⁴³ *Winkler*, Ethik Med 2010, 89 (94).

¹⁴⁴ *BÄK*, Medizinische Indikationsstellung und Ökonomisierung, 2015, S. 3.

¹⁴⁵ *Neitzke*, in: Charbonnier u.a., Medizinische Indikation und Patientenwille, 2008, S. 58.

Als zentrale Argumente für die vorliegend vertretene Reihenfolge werden dabei vorrangig sowohl der Gesetzeswortlaut von §§ 1901b, 1904 BGB als auch die in diesem Zusammenhang ergangene Rechtsprechung angeführt.

a. Die Relevanz der §§ 1901a ff. BGB im strafrechtlichen Kontext

In Anbetracht des strafrechtlichen Schwerpunkts der vorliegenden Arbeit ist zunächst anzumerken, dass der Bundesgerichtshof in zwei wesentlichen Entscheidungen die grundsätzliche Berücksichtigungsfähigkeit der vom Gesetzgeber neu geregelten §§ 1901a ff. BGB und der darin enthaltenen Wertungen für das Strafrecht anerkannt hat.¹⁴⁶ In einem gewissen Umfang entfalten demnach die §§ 1901a ff. BGB auch in strafrechtlicher Hinsicht Wirkung.

Denn selbst wenn Strafrechtsspezifika wie die Frage nach der strafrechtlichen Rechtfertigung von Tötungshandlungen im Anwendungsbereich der §§ 212 und 216 StGB grundsätzlich autonom anhand materiell strafrechtlicher Kriterien zu entscheiden sind, enthalten die §§ 1901a ff. BGB verfahrensrechtliche Absicherungen zum Zwecke der Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts von Patienten, die zu keiner Willensäußerung (mehr) in der Lage sind. Die Neuregelung des Gesetzgebers soll dabei gewährleisten, dass der besagte Patientenwille auch über den Zeitpunkt des Eintritts der Einwilligungsunfähigkeit hinaus Geltung und Achtung beanspruchen kann. Diese mit dem ausdrücklichen Ziel der allseitigen Orientierungssicherheit geschaffenen Regelungen sind daher unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung auch bei einer strafrechtlichen Untersuchung bezüglich der Bestimmung einer möglichen Rechtfertigungsgrenze kausal lebensbeendender Handlungen zu berücksichtigen.¹⁴⁷

¹⁴⁶ BGHSt 55, 191 (199f.); BGH NSTZ 2011, 274 (276).

¹⁴⁷ BGHSt 55, 191 (199f.); Gaede, NJW 2010, 2925 (2926 ff.); Kubiciel, ZJS 2010, 656 (660); Bartsch, in: Schröder/Hellmann, FS für Achenbach 2011, S. 13 (25); Eidam, in: Wolter u.a., GA 2011, 232 (237 f.); Kutzer, in: Fischer/Bernsmann, FS für Rissing-van Saan 2011, S. 337 (352 ff.); Rosenau, in: Fischer/Bernsmann, FS für Rissing-van-San 2011, S. 547 (559); Walter, ZIS 2011, 76 (81); Pawlik in: Becker/Roth, Recht der Älteren, 2013, S. 127 (138).

Mit Blick auf eine normativ begründbare einseitige Begrenzung der ärztlichen Behandlungspflicht, bei der zunächst die Fragestellung nach einer (noch) vorhandenen medizinischen bzw. ärztlichen Indikation den Schwerpunkt der Überlegungen bildet, kommt es demnach entscheidend darauf an, in welchem Verhältnis Indikation und Einwilligung zueinander stehen. Ginge die Einwilligung der Indikationsstellung vor, könnte die Frage nach der Indikation ohne eine patientenseitig vorliegende Einwilligung gar nicht mehr gestellt werden und eine einseitige Abbruchentscheidung wäre per se unzulässig.

b. Die Argumente für die vorliegend vertretene Reihenfolge

Wie bereits eingangs erwähnt, lässt sich das Verständnis der Reihenfolge von ärztlicher Indikationsstellung und patientenseitig erklärter Einwilligung vor allem auf den Gesetzeswortlaut von § 1901b Abs. 1 S. 1 BGB stützen. Demgemäß obliegt dem Arzt die Prüfung, welche ärztliche Maßnahme im Hinblick auf den Gesamtzustand und die Prognose des Patienten indiziert ist. Ein sich daran anschließendes Vorgehen – z.B. die Prüfung, ob eine vorhandene Patientenverfügung einschlägig ist – basiert nachgeordnet auf dieser Indikation. Dem Arzt kommt somit im Bereich der Behandlung einwilligungsunfähiger Patienten die alleinige Festlegungskompetenz hinsichtlich der Indikationsstellung zu.¹⁴⁸

Hierbei macht es auch keinen Unterschied, ob die Indikation zu bejahen oder zu verneinen ist: Die Indikation stellt ausnahmslos die Voraussetzung für die Einwilligung dar.¹⁴⁹ Diese Feststellung lässt auch nicht den Umkehrschluss zu, dass bei fehlender Indikation Letztere dem Willen des Patienten nachgeordnet wird. Die bejahende bzw. verneinende ärztliche Indikation geht der Einwilligung des Patienten stets voraus.¹⁵⁰ Der Patientenwille ist folglich zwar eine notwendige, aber für sich genommen keine hinreichende Bedingung ärztlicher Behandlung; die Indikation begrenzt mit anderen Worten sowohl das

¹⁴⁸ *Dietl/Böhm*, BtPrax 2012, 135 (139).

¹⁴⁹ *Hörr*, Passive Sterbehilfe und betreuungsgerichtliche Kontrolle, 2011, S. 246.

¹⁵⁰ *Dietl/Böhm*, BtPrax 2012, 135 (139).

Behandlungsrecht als auch die Behandlungspflicht.¹⁵¹

Obige Einschätzung spiegelt sich zudem im Wortlaut von § 1904 Abs. 2 BGB wider: Die Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung des Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff bedarf der Genehmigung des Betreuungsgerichts, wenn die Maßnahme medizinisch angezeigt ist und die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute aufgrund des Unterbleibens oder des Abbruchs der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet.

Der Gesetzeswortlaut legt hier als erste Bedingung für etwaige weitere zu treffende Entscheidungen fest, dass die fragliche Maßnahme medizinisch angezeigt, d.h. indiziert sein muss. Daraus folgt, dass jede Maßnahme, die nicht indiziert ist, unabhängig vom Patientenwillen bzw. der Einschätzung des Vertreters zu unterbleiben hat.¹⁵² In der letzten Konsequenz müsste daher der Arzt einen Patienten auch sterben lassen dürfen, wenn die Indikation für lebenserhaltende Maßnahmen zu verneinen ist.¹⁵³

c. Die Kritik an der vorliegend vertretenen Reihenfolge

Kritisch betrachtet erscheint eine derartige Konsequenz sehr weitreichend und in ihrer Tragweite nur schwer abschätzbar. Zudem ist nicht ganz klar, ob unter Indikation im Sinne von §1901b Abs. 1 BGB die rein medizinische oder die (weitere Gesichtspunkte einbeziehende) ärztliche Indikation zu verstehen ist. Dies kann weder dem Gesetzestext noch den Gesetzesmaterialien entnommen werden.¹⁵⁴ Es besteht daher die Gefahr, dass der Wille des Patienten bei der ärztlichen Entscheidungsfindung nicht in ausreichendem Maße eruiert bzw. beachtet wird. Die Befürchtung einer unzureichenden Inbezugnahme des individuell zu berücksichtigenden Patientenwohls bei der Indikationsstellung hat *Verrel* bereits vor der Reform des Patientenrechtegesetzes ausgehend von der

¹⁵¹ Hörr, Passive Sterbehilfe und betreuungsgerichtliche Kontrolle, 2011, S. 246.

¹⁵² Halliday, JZ 2002, 752 (753).

¹⁵³ Jox, Sterben lassen, 2013, S. 114f.

¹⁵⁴ Sternberg-Lieben, in: Duttge/Zimmermann-Acklin, Göttinger Schriften 2013, S. 37 (49).

Indikationsdefinition des Bundesgerichtshofs als „das fachliche Urteil über den Wert oder Unwert einer medizinischen Behandlungsmethode in ihrer Anwendung auf den konkreten Fall“¹⁵⁵ geäußert: Durch diese Definition billige das Gericht den Ärzten einen erheblichen Entscheidungsspielraum zu, da das Abstellen auf die Indikationsverneinung in eine objektive, notfalls auch einseitig zu definierende Behandlungsgrenze münden könne. Ein derartiger Spielraum dürfe jedoch nicht dazu beitragen, dass die Indikation letztlich ein unkontrollierbares Eigenleben führe.¹⁵⁶

Ein im Jahr 2017 ergangenes Urteil des Landgerichts München¹⁵⁷ nahm auf diese Bedenken mit Blick auf lebensbeendende Maßnahmen explizit Bezug. Das Gericht hatte vorliegend darüber zu befinden, ob die fortgesetzte Behandlung eines Wachkomapatienten bei – ab einem gewissen Behandlungszeitpunkt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit – zu verneinender Indikation per se einen Behandlungsfehler dargestellt hat. Diese Frage verneinte das Gericht auf Basis nachfolgender Argumentation:

In seinen Leitsätzen äußerte sich das Gericht zunächst dahingehend, dass eine lebenserhaltende ärztliche Maßnahme nur dann als gerechtfertigt gelte, wenn sie indiziert sei und dem Willen des Patienten entspreche. Im weiteren Verlauf der Ausführungen wertete das Gericht jedoch die fortgeführte Behandlung des betreffenden Patienten nicht als Behandlungsfehler, obwohl laut Sachverständigengutachten zu einem bestimmten Zeitpunkt im Behandlungsverlauf die Indikation mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht mehr gegeben war. Ein Behandlungsfehler bestehe laut Gericht vielmehr darin, dass der Arzt seine ihm aus § 1901b Abs. 1 BGB obliegende Konsultationspflicht verletzt habe. § 1901b Abs. 1 BGB erfordere eine regelmäßige Überprüfung der Indikation mit Blick auf den Gesamtzustand und die Prognose des Patienten sowie eine entsprechende Erörterung mit dem Betreuer, die im vorliegenden Fall nicht erfolgt war.¹⁵⁸

¹⁵⁵ BGHZ 154, 205 (224); *Opderbecke*, MedR 1985, 23 (25).

¹⁵⁶ *Verrel*, in: Pawlik/Zaczyk, FS für Jakobs 2007, S. 715 (727) unter Bezugnahme auf die Notwendigkeit der Vermeidung einer „abgekoppelte[n] Sonderethik“, *Duttge*, NSTZ 2006, 479 (480).

¹⁵⁷ *LG München I*, Urt. v. 18.01.2017 – 9 O 5246/14, GesR 2017, 242 (242ff.).

¹⁵⁸ *LG München I*, Urt. v. 18.01.2017 – 9 O 5246/14, GesR 2017, 242 (245).

Obwohl im vorliegenden Fall die Behandlungsindikation verneint worden war, sah das Gericht keinen zwingenden Grund zum Abbruch der entsprechenden Behandlung, sondern richtete seine weitere Argumentation subjektiv am (mutmaßlichen) Patientenwillen aus: Da lebenserhaltende Maßnahmen unmittelbar das zentrale Grundrecht auf Leben berührten, sei nicht unmittelbar darauf zu schließen, dass eine Behandlung abgebrochen werden müsse, wenn kein weitergehendes Therapieziel mehr erreicht werden könne. Die Entscheidung über den Lebenswert eines derart betroffenen Lebens sei vielmehr eine höchstpersönliche. Ein Leben ohne Aussicht auf Besserung müsse zwar nicht in jedem Fall erhalten werden, es bedeute aber auch nicht, dass es nicht erhalten werden dürfe. Die Entscheidung erfordere eine einzelfallbezogene abwägende Betrachtung und Entscheidung im Lichte der Voraussetzungen der §§ 1901a, 1901b BGB.¹⁵⁹

Laut dem Landgericht München lasse sich daher unmittelbar aus der fehlenden Indikation kein Behandlungsfehler ableiten, da zwar keine Pflicht zur Behandlung, aber eben auch keine Pflicht zur Nichtbehandlung bestanden habe. Die zweifelhafte Indikation hätte dem Arzt vielmehr Anlass zur Ermittlung des (mutmaßlichen) Willens des Patienten geben müssen.¹⁶⁰

Die hierdurch bewirkte Degradierung der Indikation zu einer rein verfahrensrechtlichen Regelung zugunsten einer willensbezogenen Ermittlungspflicht bei Behandlungen am Lebensende mag zwar angesichts der in diesem Abschnitt erörterten Argumente durchaus nachvollziehbar sein. Dennoch sollte von einem derart verstandenen Abhängigkeitsverhältnis zwischen Indikation und Einwilligung unbedingt Abstand genommen werden.

2. Stellungnahme

Im Falle einer fehlenden Indikation kann es bei Unklarheit über den Patientenwillen keine invasive Maßnahme mehr geben, die sinnvollerweise noch

¹⁵⁹ *LG München I*, Ur. v. 18.01.2017 – 9 O 5246/14, GesR 2017, 242 (245f.).

¹⁶⁰ *LG München I*, Ur. v. 18.01.2017 – 9 O 5246/14, GesR 2017, 242 (245); *Huber*, GesR 2017, 613 (618).

durchzuführen wäre. Eine derartige Vorgehensweise ist mit ärztlicher Professionalität nicht in Einklang zu bringen und würde zur Durchführung therapeutisch sinnloser Maßnahmen an Patienten führen, deren Willen man nicht einmal mehr feststellen kann.¹⁶¹

Die vom Landgericht München angeführte Konsultationspflicht des Arztes gegenüber dem Patienten bzw. dessen Betreuer kann daher nur dann relevant sein, wenn der Patient bzw. dessen Betreuer zur Entscheidung über ärztlich sinnlose Maßnahmen berufen wäre. Das ist jedoch nicht der Fall. Wenn eine Indikation mit Blick auf die betreffenden ärztlichen Behandlungsmaßnahmen nicht zu bejahen ist, gibt es keinen Raum für die Erforschung eines (mutmaßlichen) Patientenwillens.¹⁶² Dabei ist die Annahme keinesfalls irrig, dass die Entscheidungskompetenz über die Frage nach einem sinnhaften Weiterleben in derartigen Krankheitssituationen nicht allein dem Arzt zukommt. Insofern geht es jedoch gerade nicht um die Stellung der Indikation oder eine Entscheidungsfindung auf Basis des (mutmaßlichen) Patientenwillens, sondern vielmehr um die vorgelagerte Fragestellung, welches Therapieziel überhaupt noch anzustreben ist. Ohne ein konkretes Therapieziel fehlt es an der finalen Begründung für eine auf dieser Basis vorzunehmende Indikationsstellung.¹⁶³

Durch die vom Landgericht München gewählte Reihenfolge – die Klärung des medizinisch Erreichbaren habe der wertbezogenen Beurteilung des Therapieziels voranzugehen – werden die beiden Verantwortungssphären des behandelnden Arzt und des ggf. anstelle des Patienten zur Entscheidung berufenen Betreuers, die es zu unterscheiden gilt, miteinander vermischt.¹⁶⁴ Therapiezielfestlegung, Indikationsstellung und Einwilligungseinholung sind demnach sorgfältig voneinander abzugrenzen und einander nachgeschaltet. *Lipp* formuliert diesbezüglich folgende treffliche Aussage: „Ob eine medizinische Maßnahme geeignet und angezeigt ist, lässt sich erst sagen, wenn man weiß, wozu sie dienen soll.“¹⁶⁵

¹⁶¹ *Duttge*, MedR 2017, 892 (894).

¹⁶² *Hörr*, Passive Sterbehilfe und betreuungsgerichtliche Kontrolle, 2011, S. 246; *Dietl/Böhm*, BtPrax 2012, 135 (139); *Jox*, Sterben lassen, 2013, S. 114f.

¹⁶³ *Neitzke*, in: Charbonnier u.a., Medizinische Indikation und Patientenwille, 2008, S. 55.

¹⁶⁴ *Duttge*, MedR 2017, 892 (894).

¹⁶⁵ *Lipp*, MedR 2016, 843 (845); *Duttge*, MedR 2017, 892 (894).

Gerade das in obigem Urteil zutage tretende Bestreben einer Berücksichtigung des Patientenwillens trotz fraglicher Therapieziel festlegung und Indikationsstellung lässt deutlich werden, wie schwierig die Entscheidungsfindung bei Behandlungsfragen am Lebensende sein kann. Im Bemühen, die Person des Patienten ausreichend im Mittelpunkt der medizinischen Behandlungsentscheidung zu platzieren, werden die Grenzen zwischen Therapieziel festlegung, Indikationsstellung und Einwilligungsnotwendigkeit verwischt. Eine derartige Verwässerung ist jedoch gar nicht erforderlich, um den Patienten trotz primär ärztlicher Entscheidungsfindung immer im Fokus halten zu können.

Die vom Arzt mit Blick auf eine denkbare Behandlungsmethode zu treffende Entscheidung ist immer nur dann eine vollständige, wenn der Patient in seiner Person und Persönlichkeit Berücksichtigung findet. Dieser Vorgang der Therapieziel festlegung und dadurch bedingten Indikationsstellung ist aber dennotwendig von der Einwilligung abzugrenzen und muss dieser entsprechend vorausgehen. Eine andere Sichtweise würde letzten Endes dazu führen, dass ein Patient stets von seinem Arzt medizinische Maßnahmen verlangen könnte, selbst wenn diese nicht geeignet wären, zu einer Besserung seines Gesundheitszustandes beizutragen.¹⁶⁶ Der Arzt sähe sich dadurch gezwungen, entgegen seinem ärztlichen Auftrag zu handeln.¹⁶⁷

Bleibe es dem Arzt verwehrt, sinnvolle Therapiealternativen zu erwägen und nur diese mit dem Patienten zu besprechen, wäre ärztliche Aufklärung eine in der Praxis schlicht nicht zu bewerkstelligende Aneinanderreihung mehr oder weniger sinnvoller Behandlungsoptionen, die den Rahmen jedes Aufklärungsgesprächs sprengen würde. Letztlich würde aber auch dem Patienten damit nicht geholfen. Für ihn als medizinischen Laien kommt es ja gerade darauf an, dass der behandelnde Arzt ihm die Optionen aufzeigt, die eine Besserung seines Gesundheitszustands erhoffen lassen.¹⁶⁸ Ansonsten bestünde die ernsthafte Möglichkeit einer Überforderung des Patienten.

Darüber hinaus kann der Gefahr einer unzureichenden Berücksichtigung des

¹⁶⁶ *Albrecht*, FS für Schreiber 2003, S. 551 (561).

¹⁶⁷ *Ankermann*, MedR 1999, 387 (389).

¹⁶⁸ *Dietl/Böhm*, BtPrax 2012, 135 (136).

insofern nachgeordneten Patientenwillens bei der Indikationsstellung auch dadurch begegnet werden, dass die Indikation in ihrem Zustandekommen für Außenstehende nachvollziehbar bleibt. Dadurch wird vermieden, dass nicht transparent gemachte Gründe kontroverser Behandlungsziele unter einer fehlenden Indikation subsumiert werden.¹⁶⁹ Der wertenden, normativen Komponente der Indikation kommt mit Blick auf zu treffende Behandlungsentscheidungen insofern eine große Bedeutung zu. Schlussendlich geht es um die Schaffung einer ausreichenden Transparenz medizinischer und normativer Entscheidungsparameter gegenüber dem betroffenen Patienten.¹⁷⁰

Auf Basis einer transparenten Entscheidungsfindung hat es der Medizin daher unbenommen zu bleiben, die Indikation – und damit auch die ärztliche Indikation – im Vorgriff auf die Einwilligung des Patienten zu stellen. Inwieweit die zu verneinende Indikation dabei als eigenständiger Legitimationsgrund einseitiger Behandlungsabbrüche verstanden werden kann, soll im Zuge der Aufbereitung der relevanten Fallgruppen näher beleuchtet werden.

III. Die relevanten Fallgruppen des einseitigen Behandlungsabbruchs

Bereits im Jahr 1984 stellte der Bundesgerichtshof¹⁷¹ fest, dass sich die Grenze ärztlicher Behandlungspflicht nicht danach zu bemessen habe, was mit moderner medizinischer Technologie theoretisch machbar sei: Der immer weiter reichende medizinische Fortschritt und die Weiterentwicklung der hierbei zur Anwendung kommenden Technologie erforderten vielmehr eine genauere Auslotung und Beachtung der die Effizienz der Apparatur begrenzenden Schranken. Eine medizinische Einzelfallentscheidung müsse sich letztlich an der Menschenwürde und der Achtung des menschlichen Lebens messen lassen. Letztere Aspekte seien dafür maßgeblich, den Umfang ärztlicher Behandlungspflicht zu begrenzen.¹⁷² Es gebe daher „keine Rechtsverpflichtung zur Erhaltung eines

¹⁶⁹ *Winkler*, Ethik Med 2010, 89 (94).

¹⁷⁰ *Winkler*, Ethik Med 2010, 89 (94).

¹⁷¹ BGHSt 32, 367 (367ff.).

¹⁷² BGHSt 32, 367 (379f.).

erlöschenden Lebens um jeden Preis“¹⁷³.

1. Die anerkannten Konstellationen der primär indikationsgegründeten einseitigen Therapiebegrenzungen

Aus diesen Überlegungen haben sich zwei indikationsgegründete Fallgruppen einseitiger Therapiebegrenzung herauskristallisiert, die den Ausführungen des Bundesgerichtshofs Rechnung tragen und in Kapitel A bereits einleitend erläutert wurden: Eine der Konstellationen betrifft Krankheitsverläufe, bei denen der Sterbevorgang bereits eingesetzt hat, die andere Konstellation erfasst hingegen Behandlungsmaßnahmen, die keinerlei Effekt zugunsten des Patienten entfalten und demgemäß wirkungslos sind.

a. Das Einsetzen des Sterbevorgangs

Laut einer Entscheidung des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs¹⁷⁴ aus dem Jahr 1994 ist passive Sterbehilfe für zulässig zu erachten, wenn das Grundleiden eines Kranken nach ärztlicher Überzeugung unumkehrbar ist und einen tödlichen Verlauf angenommen hat, so dass der Tod in kurzer Zeit eintritt.¹⁷⁵ Der Tod eines Menschen steht laut Definition der Bundesärztekammer unmittelbar bevor, wenn eine oder mehrere vitale Funktionen irreversibel versagen und demzufolge der Eintritt des Todes in kurzer Zeit zu erwarten ist.¹⁷⁶ Sofern eine derartige Prognose – sowie insbesondere das Merkmal der unmittelbaren Todesnähe – vorliegt, hat der Sterbevorgang bereits eingesetzt. Erst in diesem Stadium ist ein Verzicht des Arztes auf lebensverlängernde Maßnahmen wie beispielsweise Beatmung, Bluttransfusion oder künstliche Ernährung gerechtfertigt.¹⁷⁷

Dieser Phase des Einsetzens des Sterbevorgangs zeitlich vorgelagert kann der

¹⁷³ BGHSt 32, 367 (379); *Fischer*, StGB, 2019, vor §§ 211-216 Rn. 39.

¹⁷⁴ BGHSt 40, 257 (257ff.).

¹⁷⁵ BGHSt 40, 257 (260).

¹⁷⁶ *BÄK*, Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, Dtsch. Ärztebl. vom 18.02.2011, A 346 (A 347).

¹⁷⁷ BGHSt 40, 257 (260).

Abbruch einer ärztlichen Behandlung ausnahmsweise dann als zulässig eingestuft werden, wenn der Wille des Patienten einer weiteren Behandlung erklärtermaßen entgegensteht. Gegen den Willen des Patienten darf eine ärztliche Behandlung grundsätzlich weder eingeleitet noch fortgesetzt werden.¹⁷⁸ Dasselbe gilt bei aktuell entscheidungsunfähigen Patienten: Solange wesentliche Lebensfunktionen wie Atmung, Herzaktion und Kreislauf vorhanden sind, kommt ein zulässiger Behandlungsabbruch nur in Betracht, wenn der mutmaßliche Patientenwille einen Behandlungsabbruch zulässt.¹⁷⁹

Der Bundesgerichtshof hat damit eine zeitlich enge Grenze für die Zulässigkeit des einseitigen Behandlungsabbruchs gezogen. Nur in der Phase der unmittelbaren Todesnähe wird die Behandlungspflicht durch die ihr in diesem Fall innewohnende Sinnlosigkeit einer weiteren Behandlung – d.h. den Wegfall der Indikation – begrenzt.¹⁸⁰

Dieser Ansicht hat sich die Literatur mehrheitlich angeschlossen: In der finalen Sterbephase ist davon auszugehen, dass die Indikation für eine weitere Behandlung nicht mehr besteht, da an dieser Stelle die Aussicht auf Rettung gänzlich entfallen ist und die Leidensminderung im Vordergrund steht.¹⁸¹ Die ärztliche Behandlungspflicht findet demzufolge eine Grenze in der Unmöglichkeit der Lebenserhaltung.¹⁸²

Bei gesicherter Diagnose eines Krankheitsstadiums, in dem der Tod unmittelbar bevorsteht, bedarf es keiner zusätzlichen Begründung mehr, warum keine aufwendigen medizinischen Behandlungen mehr eingeleitet werden, um den Tod für wenige Stunden abzuwehren. Besondere Legitimationsgründe für einen derartigen Behandlungsverzicht sind an dieser Stelle nicht erforderlich.¹⁸³

Die medizinisch sinnlose Weiterbehandlung aufgrund der Unmöglichkeit der Erhaltung des betroffenen menschlichen Lebens führt letztlich dazu, dass eine weitere Therapie dem Patienten faktisch nichts mehr einbringt. In diesem

¹⁷⁸ BGHSt 40, 257 (262).

¹⁷⁹ BGHSt 40, 257 (264f.).

¹⁸⁰ *Ulsenheimer*, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 2015, S. 425; zuvor bereits *Opderbecke/Weißbauer*, *MedR* 1998, 395 (397).

¹⁸¹ *Hörr*, *Passive Sterbehilfe und betreuungsgerichtliche Kontrolle*, 2011, S. 252f.; *Verrel*, in: *Pawlik/Zaczyk*, *FS für Jakobs* 2007, S. 715 (728).

¹⁸² *Dölling*, *MedR* 1987, 6 (9).

¹⁸³ *Künschner*, *Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl*, 1992, S. 138f.

Zusammenhang gibt *Eser* berechtigterweise zu bedenken, dass eine Zulässigkeit des Unterbleibens lebenserhaltender Maßnahmen mit dem Ziel, einen schwerkranken Patienten von seinen Qualen zu erlösen, unweigerlich Folgen nach sich ziehe: Das Leben werde in gewissem Maße zu einem abwägbaren Wert und die Absolutheit des Lebensschutzes, die keine Unterscheidung zwischen gesundem und gequältem Leben vorsieht, sei nicht mehr gegeben. Hierbei müsse jedoch auch bedacht werden, dass die uneingeschränkte Verfechtung des Lebenserhaltungsprinzips ab einem gewissen Punkt in Inhumanität umzuschlagen drohe und über der Verabsolutierung des Gedankens der konkrete Mensch vergessen werde, um dessen Qualen es im Einzelfall geht. Demnach sei es als zulässig anzuerkennen, wenn der Arzt bei einem Patienten, bei dem der Sterbeprozess bereits unwiderruflich eingesetzt hat und der verbleibende Rest des Lebens ein reines Durchstehen von Qualen bedeuten würde, die weitere Behandlung unterlasse.¹⁸⁴

Wie *Eser* richtig feststellt, kann es bei dieser Fallgruppe nach mehrheitlicher Auffassung letztendlich nicht vermieden werden, in gewisser Weise eine Wertentscheidung zu treffen. Die sich aufgrund des Sterbeprozesses ergebende Erkenntnis der Sinnlosigkeit einer Weiterbehandlung berührt aufgrund ihrer wertenden Basis unweigerlich die normative Stufe der Indikationsprüfung bezüglich jener unterbleibenden Behandlungsmethode. Denn unabhängig davon, ob eine Behandlung terminologisch als sinnlos oder nutzlos bezeichnet wird, bleibt es im Ergebnis doch immer bei der wertenden Schlussfolgerung, dass ein Behandlungsabbruch aufgrund der aussichtslosen und terminalen medizinischen Rahmenbedingungen zulässig ist und der Restwert Leben in der Abwägung zurücksteht.¹⁸⁵ In Anbetracht der obigen Ausführungen des Bundesgerichtshofs und der Literaturmeinungen ist dieses Abwägungsergebnis aber eine notwendige und insofern richtige Konsequenz, die sich aus den Bemühungen ableitet, eben nicht die Effizienz der medizinischen Apparatur¹⁸⁶ zum alleinigen ärztlichen Handlungsmaßstab zu erheben und durch eine Vermeidung medizintechnischer Überfremdung menschlichen Sterbens¹⁸⁷ den

¹⁸⁴ *Eser*, in: Lawin, Grenzen der ärztlichen Aufklärungs- und Behandlungspflicht, 1982, S. 77 (84f.).

¹⁸⁵ Vgl. insofern *Pawlik*, in: Freund u.a., FS für Frisch 2013, S. 697 (699).

¹⁸⁶ BGHSt 32, 367 (379f.).

¹⁸⁷ *Kreß*, Medizinische Ethik, 2009, S. 252.

konkreten Patienten mit seinem Leid und seinem Schmerz nicht aus dem Blick zu verlieren.

Mit Bezug auf die normative Komponente der Indikationsstellung lässt sich in der Fallgruppe des einsetzenden Sterbevorgangs feststellen, dass sich dieser Aspekt des Indikationsbegriffs aufgrund der sinnlosen, medizinisch nicht wirksamen Weiterbehandlung aus sich selbst heraus definieren lässt, ohne dass es dabei auf zusätzliche Argumentationsansätze ankäme, die den Begriff weiter ausdehnen würden. Die Korrelierung von medizinisch erkannter Sinnlosigkeit bzw. Nutzlosigkeit im Sinne einer Verneinung der ärztlichen Indikation erlaubt hierbei eine enge normative Auslegung des Indikationsbegriffs und damit eine einheitliche Handhabung der jener Fallgruppe immanenten medizinischen Rahmenbedingungen. Der Entscheidungsbereich der ärztlichen Indikation erhält durch die Tatsache, dass für den individuellen Patienten in der Sterbephase seiner Krankheit medizinisch nichts mehr getan werden kann – selbstverständlich abgesehen von der ärztlichen Hilfe beim Sterben im Sinne einer Erleichterung von Schmerzen und Leid durch palliative Unterstützungsmaßnahmen¹⁸⁸ – eine konkrete Kontur, die übereinstimmend mit dem Entfallen der medizinischen Indikation zu einer einheitlichen Begründung der Behandlungsentscheidung führt und die Zulässigkeit des einseitigen Behandlungsabbruchs bestätigt.

b. Die wirkungslose Behandlung

Nach herrschender Meinung ist eine Behandlungspflicht grundsätzlich auch für solche medizinischen Maßnahmen zu verneinen, die weder eine Eignung zur Lebensverlängerung noch zur Leidensminderung besitzen und folglich auch dann verweigert werden dürfen, wenn der Patient deren (weitere) Anwendung verlangt. Der (entgegenstehende) Wille eines Patienten ist bei derartigen wirkungslosen Behandlungsmaßnahmen, zu denen der Arzt *lege artis* nicht verpflichtet ist, unbeachtlich, da die Einleitung oder Aufrechterhaltung der jeweiligen Maßnahme bereits aus objektiven Gründen nicht geboten ist. Somit

¹⁸⁸ BÄK, Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, Dtsch. Ärztebl. vom 18.02.2011, A 346 (A 347).

kommt es auch nicht entscheidend darauf an, ob der Wille des Patienten nicht ergründbar ist oder er aktiv das Gegenteil verlangt.¹⁸⁹

Bezogen auf das Kriterium der medizinischen bzw. ärztlichen Indikation bleibt für diese Fallgruppe festzuhalten, dass sich die Entscheidung über die Bejahung und Verneinung deutlich auf die medizinische Wirksamkeitsbeurteilung stützen lässt und keine weiteren zusätzlichen Aspekte in die Abwägung einbezogen werden müssen. Bei dieser zweiten Fallgruppe des als zulässig anerkannten einseitigen Behandlungsabbruchs findet daher ebenfalls in sehr engem Rahmen eine normative Wertung bezüglich des Sinns bzw. Nutzens etwaiger Therapieoptionen statt: Was nicht wirkt, kann nicht nützen. Wenn sich der normative Aspekt der Indikationsstellung strikt an einer für den individuellen Patienten festzustellenden medizinischen Wirkungslosigkeit zu orientieren vermag, ergibt sich das Abwägungsergebnis aus sich selbst heraus, ohne dass es der Hinzuziehung weiterer argumentativer Überlegungen bedarf.

Die normative Komponente der Indikationsstellung und die darauf basierende Verneinung der ärztlichen Indikation sind in ihrer Bedeutung allerdings nur so lange transparent nachvollziehbar, wie eine enge Auslegung des Begriffs der Wirkungslosigkeit vorausgesetzt werden kann. Unter dem Deckmantel der Zulässigkeit eines Behandlungsabbruchs könnte in dieser Fallgruppe demnach die Gefahr einer Verschleierung der Wirksamkeit einer medizinischen Maßnahme im Sinne einer behaupteten Wirkungslosigkeit bestehen¹⁹⁰, damit eine bestimmte Therapieoption nicht angeboten werden muss. Mit anderen Worten wäre es beispielsweise denkbar, dass eine – wenn auch nur geringe – medizinische Wirksamkeitswahrscheinlichkeit ohne eine entsprechende Transparenz für Außenstehende als gleichbedeutend mit medizinischer Wirkungslosigkeit interpretiert und die Therapiemaßnahme somit als für den Patienten nutzlos abgetan würde.

Davon ist im Ergebnis jedoch nicht auszugehen. Wenn es um wirkungslose Rettungsbemühungen geht, sind diese auf der Basis naturwissenschaftlicher Erwägungen und Erfahrungswerte gut belegbar. Hinsichtlich der von einem Arzt

¹⁸⁹ *Winkler*, Ethik Med 2010, 89 (95); *Pawlik* in: Becker/Roth, Recht der Älteren, 2013, S. 127 (158).

¹⁹⁰ *Winkler*, Ethik Med 2010, 89 (94).

zu stellenden Prognose der Aussichtslosigkeit ist ein Höchstmaß an Transparenz und Nachvollziehbarkeit zu fordern. Zudem werden sich Patienten in der Praxis bei aussichtslosen Therapieoptionen nur selten gegen ihre Ärzte stellen, denn welches Interesse hätte ein Patient daran, eine wirkungslose Therapieoption angeboten zu bekommen?¹⁹¹

Die Befürchtung, dass die ärztliche Indikation in diesen Konstellationen von Ärzten zu weitläufig verneint werde, ist daher nicht begründet. Darüber hinaus beansprucht diese Fallgruppe in der Praxis ohnehin nur eine geringe Bandbreite, da – wie bereits in Kapitel A erwähnt – in der Mehrheit der Fälle ohnehin nicht davon ausgegangen werden kann, dass eine generelle Wirkungslosigkeit medizinischer Maßnahmen im Sinne der oben geforderten naturwissenschaftlichen Belegbarkeit gegeben ist, sondern vielmehr eine minimale Wirksamkeit unterschiedlichen Umfangs im Raum steht.¹⁹² Inwieweit Ärzte einem Patienten derartige Behandlungen verweigern dürfen, wird noch zu prüfen sein.

2. Zwischenergebnis

Als Ergebnis bleibt vorerst festzuhalten, dass die ärztliche Indikation nach dem Einsetzen des Sterbevorgangs sowie bei wirkungslosen Behandlungen aufgrund der für den individuellen Patienten nicht (mehr) bestehenden medizinischen Wirksamkeit zu verneinen ist und zur Zulässigkeit eines einseitigen Behandlungsabbruchs führt. Die dogmatische Begründung dieser Feststellung wird dabei auf verschiedene, in Kapitel C näher zu beleuchtende Ansatzpunkte gestützt.

Der insofern zum Tragen kommende Indikationsbegriff führt in enger Auslegung im Rahmen der vorzunehmenden zweistufigen Prüfung zu einer eindeutigen Bejahung bzw. Verneinung der für eine zulässige Abbruchentscheidung

¹⁹¹ Verrel, in: Pawlik/Zaczyk, FS für Jakobs 2007, S. 715 (727f.); a.A. mit Blick auf Ermittlung der medizinischen Aussichtslosigkeit insofern Duttge, NSiZ 2006, 479 (483).

¹⁹² Winkler, Ethik Med 2010, 89 (95).

benötigten Kriterien und mithin zu einer breiten Akzeptanz des damit einhergehenden Abwägungsergebnisses.

Demgegenüber stellen die in Kapitel A, Abschnitt III.2.b. bereits einführend erläuterten Konstellationen der erweiterten indikationsgegründeten Therapiebegrenzungen jene in der Praxis umstrittenen und in rechtlicher Hinsicht uneinheitlich beurteilten Fälle dar, die Patienten mit irreversiblen Bewusstseinsverlust – wie beispielsweise Komapatienten oder Patienten mit hochgradiger Demenz – betreffen.

3. Die Fallgruppe der erweiterten indikationsgegründeten Therapiebegrenzungen

Die Grenze der Zulässigkeit des einseitigen Behandlungsabbruchs wird bei Patienten mit irreversiblen Bewusstseinsverlust unterschiedlich eng bzw. weit gezogen. In dieser Behandlungskonstellation fallen die Vorgaben der Rechtsprechung mit Blick auf die Zulässigkeit des einseitigen Behandlungsabbruchs bislang überwiegend restriktiv aus, wohingegen das Meinungsbild der Literatur eine weitergehende Differenzierung erkennen lässt.

a. Die bisherige subjektive Ausrichtung der Zulässigkeit des einseitigen Behandlungsabbruchs

aa. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist in dieser Fallgruppe bislang streng subjektiv ausgerichtet: Das maßgebliche Kriterium für die Zulässigkeit eines Abbruchs der Behandlung diesseits der unmittelbaren Todesnähe bildet der auf einen Abbruch gerichtete Wille des betroffenen Patienten. Sofern der Wille des Patienten nicht bekannt und wesentliche Lebensfunktionen wie Atmung, Herzaktion und Kreislauf noch vorhanden sind, kommt ein

Behandlungsabbruch nur in Betracht, wenn der mutmaßliche Patientenwille einen Behandlungsabbruch zulässt.¹⁹³

Diese Aussage des Bundesgerichtshofs trifft dabei den Kern des im Zusammenhang mit der Fallgruppe vertretenen Meinungsspektrums: Der subjektive Wille des Patienten steht im Mittelpunkt der Betrachtung und stellt den maßgeblichen Aspekt für die Frage nach der Zulässigkeit eines Behandlungsabbruchs dar. Nur wenn der explizite Patientenwille nicht bekannt ist, können im Rahmen der Eruierung des mutmaßlichen Willens auch objektive Kriterien als Anhaltspunkte hinzugezogen werden, selbst wenn diesen keine eigenständige Bedeutung zukommen kann.¹⁹⁴

Diese strikte Ausrichtung am Willen des Patienten ermöglicht weitergehende Abbruchentscheidungen nur noch im Bereich der Maßgeblichkeit des mutmaßlichen Willens. Der Bundesgerichtshof führt in diesem Zusammenhang Folgendes aus: „[J]e weniger die Wiederherstellung eines nach allgemeinen Vorstellungen menschenwürdigen Lebens zu erwarten ist und je kürzer der Tod bevorsteht, um so eher wird ein Behandlungsabbruch vertretbar erscheinen.“¹⁹⁵ Was unter einem menschenwürdigen Leben zu verstehen ist, bleibt in seiner Bedeutung jedoch offen und wird von der Literatur unterschiedlich beurteilt.

bb. Die Auslegung im Rahmen der Literatur

Im Lichte der unter Punkt aa. zitierten Rechtsprechung können rein objektive Kriterien gemäß einem Teil des Schrifttums daher keine eigenständige Legitimationswirkung zugunsten der Zulässigkeit eines einseitigen Behandlungsabbruches entfalten. Demgemäß wird objektiven Kriterien, wie dem Entfallen der Indikation, diesseits der unmittelbaren Sterbephase allenfalls eine Indizwirkung zuerkannt.¹⁹⁶

Ohne sich auf objektive Kriterien zu stützen, gelangen einige Autoren auf

¹⁹³ BGHSt 40, 257 (264f.).

¹⁹⁴ BGHSt 35, 246 (249f.); 40, 257 (263).

¹⁹⁵ BGHSt 40, 257 (263).

¹⁹⁶ BGHSt 40, 257 (263); *Verrel*, in: Pawlik/Zaczyk, FS für Jakobs 2007, S. 715 (726ff.).

subjektiver Ebene über die Figur des mutmaßlichen Willens zu weiteren Grenzen der Behandlungspflicht. Unter Berücksichtigung des mutmaßlichen Willens postulierte beispielsweise *Dölling* bereits 1987, dass – sofern nach menschlichem Erkenntnisvermögen keinerlei Chance mehr bestehe, dem Patienten wieder ein bewusstes Leben zu ermöglichen – die Pflicht des Arztes zur Weiterbehandlung selbst dann erlösche, wenn bei dem betroffenen Patienten noch eine Herz- und Kreislauffähigkeit verzeichnet werde. Es sei nicht die Aufgabe des Arztes, allein die biologischen Funktionen des Menschen aufrechtzuerhalten. Menschliches Leben solle im Sinne eines geistig-seelischen Erlebens und Reagierens im Vordergrund stehen. Sofern es dem Patienten nicht möglich sein werde, das Bewusstsein wiederzuerlangen, könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Weiterbehandlung seinem mutmaßlichen Willen entspreche.¹⁹⁷ Statt „in dubio pro vita“ gelte in diesem Zusammenhang daher der Grundsatz „in dubio pro dignitate“¹⁹⁸.

Die Behandlungspflicht endet demzufolge, wenn sich der Patient in einem Stadium irreversibler Bewusstseinslosigkeit befindet. Der Patient ist in diesem Fall unumkehrbar von einer technischen Lebenserhaltung abhängig, wie beispielsweise bei künstlicher Beatmung oder künstlicher Ernährung. Menschliches Leben wird hierbei in einer Ausprägung verstanden, zu der auch emotionale, geistige und soziale Komponenten gehören.

Unabhängig von einer subjektiven Komponente gibt es aber auch Stimmen in der Literatur, die noch einen Schritt weiter gehen und – ohne die Berücksichtigung eines mutmaßlichen Patientenwillens – die ärztliche Verpflichtung zu einer Aufrechterhaltung der rein physiologischen Funktionen eines Patienten verneinen, sofern die Irreversibilität des Komas mit hinreichender Wahrscheinlichkeit bejaht werden kann.¹⁹⁹

In diesem Zusammenhang ergibt sich laut *Eser* eine Grenze der

¹⁹⁷ *Dölling*, MedR 1987, 6 (9); vgl. zusammenfassend *Conradi*, Der Arzt an den Grenzen seines Behandlungsauftrages, 2002, S. 486ff., der diesbezüglichen Therapiebegrenzungen entgegentritt.

¹⁹⁸ *Hufen*, NJW 2001, 849 (856).

¹⁹⁹ *Merkel*, ZStW 1995, 545 (573); *Weißbauer/Opderbecke*, MedR 1995, 456 (462); *Ankermann*, MedR 1999, 387 (389); *Bernat*, FS für Deutsch, 1999, S. 443 (458); *Drowatzky*, Die Wertbegründung des Rechts, 2005, S. 21; vgl. zusammenfassend *Künschner*, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, 1992, S. 140ff.

Behandlungspflicht aufgrund der Unzumutbarkeit weiterer ärztlicher Bemühungen bei denjenigen Patienten, die sich in einem Stadium irreversibler Bewusstseinslosigkeit befinden. Die Behandlungspflicht entfalle dabei selbst dann, wenn eine biologische Lebensverlängerung an sich noch möglich wäre. Denn unabhängig davon, wie technisch fortgeschritten eine Medizin als angewandte Naturwissenschaft auch sein möge, müsse sie letztlich doch darauf ausgerichtet sein, dem Menschen die physischen und psychischen Voraussetzungen für eine personale Verwirklichung der eigenen Person zu erhalten oder aber bei deren Wiederherstellung behilflich zu sein. Es gehe dabei nicht um technische Machbarkeit, etwa um die Möglichkeit der Versorgung einzelner Organe im Sinne einer quantitativ-biologischen Verlängerung eines Lebens, sondern vielmehr darum, einem Menschen wieder – und wenn auch nur in minimalem Umfang – personale Selbstverwirklichung zu gewähren.²⁰⁰ Sofern dieses letzte Ziel nicht (mehr) erreicht werden könne, sei „jedes weitere medizinische Bemühen im Grunde schon nicht mehr im Dienst an diesem Menschen. Dann aber kann es auch rechtlich nicht mehr geboten sein.“²⁰¹

Mit Blick auf subjektive und/oder rein objektive Orientierung einseitiger Behandlungsabbrüche lässt sich daher vorerst Folgendes festhalten: Fördert die Erforschung des mutmaßlichen Patientenwillens keine ausreichend konkreten Umstände für dessen Ermittlung zutage oder wird der subjektive Pfad als Grundlage für die Zulässigkeit des einseitigen Behandlungsabbruchs wissentlich verlassen, indem ein Rückgriff auf die Rechtsfigur des mutmaßlichen Willens gänzlich unterbleibt, stellt die Anknüpfung an die Aussichtslosigkeit der ärztlichen Prognose jenen Aspekt dar, anhand dessen es die Frage nach der „Wiederherstellung eines menschenwürdigen Lebens“²⁰² zu beantworten gilt.

Abweichend von der Interpretation der oben genannten Autoren geben daher einige kritische Stimmen in der Literatur zu bedenken, dass das Innehaben einer Persönlichkeit nicht zur Voraussetzung für die Schutzwürdigkeit menschlichen Lebens gemacht werden könne.²⁰³ Eine solche Sichtweise führe nämlich dazu,

²⁰⁰ Eser, in: Lawin, Grenzen der ärztlichen Aufklärungs- und Behandlungspflicht, 1982, S. 77 (86f.).

²⁰¹ Eser, in: Lawin, Grenzen der ärztlichen Aufklärungs- und Behandlungspflicht, 1982, S. 77 (87).

²⁰² BGHSt 40, 257 (263).

²⁰³ Bernsmann, ZRP 1996, 87 (91f.).

dass sich die Wertigkeit des Lebens eines derart beeinträchtigten Patienten nachhaltig schmälere und ein Urteil über dessen Lebenswert gefällt werde, was mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben hinsichtlich der Unzulässigkeit einer qualitativen Differenzierung menschlichen Lebens schlicht nicht in Einklang zu bringen sei.²⁰⁴

Bei Patienten, die ihren Willen bezüglich Therapiebegrenzungen nicht deutlich genug niedergelegt haben, gebe es zudem zu beachten, dass bei einer Therapiebeendigung das Therapieziel Lebenserhaltung und demzufolge das Rechtsgut Leben in Gänze entzogen werde. In diesem Zusammenhang erscheine es daher als das vertretbarere Übel, diejenigen Patienten, die ihren Nichtbehandlungswillen nicht deutlich genug zum Ausdruck gebracht haben, mittels einer weiteren Behandlung am Leben zu erhalten.²⁰⁵

Darüber hinaus stelle sich – sofern man trotz der soeben geäußerten Bedenken davon ausgehe, dass der Verlust der Wahrnehmungs- und Kommunikationsfähigkeit ein zulässiges Kriterium zur Legitimierung von Behandlungsgrenzen darstelle – in einem nächsten Schritt unweigerlich die Frage, ab wann der Verlust der oben aufgeführten Fähigkeiten tatsächlich endgültig, d.h. mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit irreversibel ist.²⁰⁶ Von einem irreversiblen Bewusstseinsverlust spricht man beispielsweise bei einem irreversiblen Koma, d.h. bei einem Zustand tiefster Bewusstlosigkeit infolge einer starken Schädigung des Hirnstamms.²⁰⁷

Bei Patienten mit einem apallischen Syndrom hingegen könne der Bewusstseinsverlust nicht ohne Weiteres als unumkehrbar betrachtet werden, da es sich mitunter nur um ein Durchgangsstadium handle, aus dem ein Erwachen durchaus möglich sei, selbst wenn die Wahrscheinlichkeit umso geringer werde, je länger das Syndrom andauert. Zudem sei nach dem heutigen wissenschaftlichen Forschungsstand nicht klar, ob Betroffene ihren Zustand als leidvoll empfinden oder Schmerzen haben. Solange man diesbezüglich keine sicheren Aussagen treffen könne, dürfe man menschlichem Leben nicht allein

²⁰⁴ *Conradi*, Der Arzt an den Grenzen seines Behandlungsauftrages, 2002, S. 489ff.

²⁰⁵ *Simon*, in Höfling: Das sog. Wachkoma, 2007, S. 109.

²⁰⁶ *Conradi*, Der Arzt an den Grenzen seines Behandlungsauftrages, 2002, S. 491.

²⁰⁷ *Conradi*, Der Arzt an den Grenzen seines Behandlungsauftrages, 2002, S. 492.

deshalb den Schutz versagen, weil ein Patient zumindest vorerst dauerhaft nicht bei Bewusstsein sei und die Fähigkeit eingebüßt habe, seine Wahrnehmungen gegenüber seinem Umfeld zu äußern.²⁰⁸

b. Ein aktuelles Fallbeispiel mit relevanten Aspekten zur Legitimationswirkung objektiver Beurteilungsmaßstäbe

Neben der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und dem hierzu entwickelten Meinungsstand in der Literatur erging im Dezember 2017 ein Urteil am Oberlandesgericht München²⁰⁹, das mit Blick auf die denkbare Legitimationswirkung von objektiven Abbruchkriterien im Bereich der rechtlichen Zulässigkeit des einseitigen Behandlungsabbruchs interessante Akzente enthält. Der Entscheidung lag dabei folgender Sachverhalt²¹⁰ zugrunde:

Der Kläger ist Alleinerbe seines am 19.10.2011 verstorbenen Vaters und begehrt Schadenersatz und Schmerzensgeld bezüglich der künstlichen Ernährung seines Vaters durch eine PEG-Sonde in den Jahren 2010 und 2011. Der Beklagte ist niedergelassener Arzt für Allgemeinmedizin und hatte seit dem Frühjahr 2007 die hausärztliche Betreuung für den zwischenzeitlich verstorbenen Patienten übernommen.

Der Patient und Vater des Klägers wurde am 25.06.1929 geboren. Er stand von September 1997 bis zu seinem Tod wegen eines dementiellen Syndroms unter Betreuung. Die Betreuung – die sowohl die Gesundheitsfürsorge als auch die Personensorge umfasste – wurde dabei nicht von seinem Sohn übernommen, sondern war einem Rechtsanwalt aus München übertragen worden. Dem seit 2006 in einem Pflegeheim lebenden Patienten wurde wegen Mangelernährung und Austrocknung des Körpers während eines stationären Klinikaufenthaltes im September 2006 eine PEG-Sonde angelegt, die ihn bis zu seinem Tod im November 2011 künstlich ernährte. Eine Patientenverfügung des Vaters lag nicht

²⁰⁸ *Conradi*, Der Arzt an den Grenzen seines Behandlungsauftrages, 2002, S. 493ff.

²⁰⁹ *OLG München*, Ur. v. 21.12.2017 – 1 U 454/17, MedR 2018, 317 (317ff.).

²¹⁰ Vgl. zur Sachverhaltsdarstellung *LG München I*, Ur. v. 18.01.2017 – 9 O 5246/14, GesR 2017, 242 (243).

vor. Zudem war es nicht möglich, seinen tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen hinsichtlich des Einsatzes lebenserhaltender Maßnahmen zu ermitteln.

Der Patient konnte sich seit dem Jahr 2003 nicht mehr selbstständig fortbewegen und seine Demenz war zu diesem Zeitpunkt bereits weit fortgeschritten. Zudem litt der Patient an einer mutistischen Störung, die im Laufe der Jahre dazu führte, dass eine Kommunikation mit ihm kaum noch, ab 2008 gar nicht mehr möglich war. 2007 wurden ihm alle bis auf fünf Zähne gezogen. Im Jahr darauf diagnostizierte man bei dem Patienten eine spastische Lähmung aller vier Extremitäten und eine Nackenstarre.

Im verhandlungsgegenständlichen Zeitraum vom 01.01.2010 bis zum 19.10.2011 litt der Patient regelmäßig an Fieber, wiederkehrenden Druckgeschwüren, Atembeschwerden und erkrankte viermal an einer Lungenentzündung. 2011 musste er zweimal stationär behandelt werden, einmal wegen einer Gallenblasenentzündung mit zwei Abszessen und zum anderen wegen einer Aspirationspneumonie. Schließlich verstarb der Patient am 19.10.2011 im Krankenhaus.

Der Kläger trägt vor, dass die künstliche Ernährung seines Vaters mittels einer PEG-Sonde ab dem 01.01.2010 nicht mehr medizinisch indiziert gewesen sei, da sie ohne eine Aussicht auf Besserung seines gesundheitlichen Zustands lediglich dessen Leiden und Schmerzen sinnlos verlängert habe. Spätestens ab dem 01.01.2010 habe die Behandlung eine bloße Herauszögerung des Sterbens dargestellt und der Beklagte sei ab diesem Zeitpunkt dazu verpflichtet gewesen, das Therapieziel in palliativmedizinischer Hinsicht abzuändern, um unter Beendigung aller lebensverlängernden Maßnahmen – unter anderem auch der Ernährung durch die PEG-Sonde – das Sterben des Patienten zuzulassen. Die über 22 Monate fortgeführte künstliche Ernährung stelle ohne rechtfertigende Indikation eine fortgesetzte Körperverletzung und damit einen Behandlungsfehler dar. Dem Kläger stehe folglich aus ererbtem Recht ein Anspruch seines Vaters auf Schmerzensgeld zu.

Der Fall wurde zunächst vor dem Landgericht München verhandelt. Dieses verneinte einen Anspruch des Klägers auf Schmerzensgeld aus den nachfolgenden Gründen²¹¹:

Nach Aussage des gerichtlich bestellten Sachverständigen habe den gängigen Leitlinien zufolge aufgrund der Hoffnungslosigkeit des Zustands des Patienten ab dem Jahr 2010 keine objektive Indikation mehr für die künstliche Ernährung bestanden. Trotzdem verneinte das Landgericht in der Aufrechterhaltung der Sondenernährung bis zum Versterben des Patienten am 19.10.2011 das Vorliegen eines Behandlungsfehlers. Letzterer bestehe laut Gericht vielmehr darin, dass der Arzt seine ihm aus § 1901b Abs. 1 BGB obliegende Konsultationspflicht verletzt habe. § 1901b Abs. 1 BGB erfordere eine regelmäßige Überprüfung der Indikation mit Blick auf den Gesamtzustand und die Prognose des Patienten sowie eine entsprechende Erörterung mit dem Betreuer, was vorliegend nicht geschehen sei.²¹²

Zwar setze sich laut Landgericht in der Medizin und der Rechtswissenschaft zunehmend die Auffassung durch, dass die Indikation – unabhängig vom Kriterium der unmittelbaren Todesnähe – auch dann fehlen könne, wenn die lebenserhaltende Maßnahme lediglich das Leiden des Patienten weiter verlängere. Es komme daher entscheidend darauf an, welches Behandlungsziel neben der durch die ärztliche Maßnahme bewirkten zeitlichen Lebensverlängerung verfolgt werde.²¹³

Da lebenserhaltende Maßnahmen aber unmittelbar das zentrale Grundrecht auf Leben berührten, könne nicht unmittelbar darauf geschlossen werden, dass eine Behandlung abgebrochen werden müsse, wenn kein weitergehendes Therapieziel mehr erreicht werden könne. Die Entscheidung über den Lebenswert eines derart betroffenen Lebens sei vielmehr höchstpersönlicher Natur. Ein Leben ohne Aussicht auf Besserung müsse nicht in jedem Fall erhalten werden, dies bedeute aber nicht, dass es nicht erhalten werden dürfe. Die Entscheidung erfordere vielmehr eine einzelfallbezogene abwägende Betrachtung und Entscheidung im Lichte der Voraussetzungen der §§ 1901a,

²¹¹ *LG München I*, Ur. v. 18.01.2017 – 9 O 5246/14, GesR 2017, 242 (244ff.).

²¹² *LG München I*, Ur. v. 18.01.2017 – 9 O 5246/14, GesR 2017, 242 (245).

²¹³ *LG München I*, Ur. v. 18.01.2017 – 9 O 5246/14, GesR 2017, 242 (242).

1901b BGB.²¹⁴

Könne im Rahmen dieser abwägenden Betrachtung der Wille des Patienten auch nach Ausschöpfung aller verfügbaren Erkenntnisse nicht festgestellt werden, gebiete es der hohe Stellenwert des Rechtsguts Leben, dem Schutz des Lebens im Zweifel den Vorrang einzuräumen, denn es sei grundsätzlich sehr schwierig, allein aus dem Leiden des Betreuten einen Rückschluss darauf zu ziehen, ob die Entscheidung zum Abbruch der Behandlung in seinem Sinne gewesen wäre. Die zulässige Klage sei daher unbegründet.²¹⁵

Der Kläger legte gegen dieses klageabweisende Urteil Berufung ein. Das zuständige Oberlandesgericht sprach dem Kläger daraufhin in Abänderung des vorinstanzlichen Urteils einen Schmerzensgeldanspruch gegen den Beklagten in Höhe von 40.000,00 EUR zu.²¹⁶

Bei seiner Entscheidungsfindung setzte sich das Oberlandesgericht zunächst mit den einschlägigen Empfehlungen und Leitlinien auseinander, die ethische und rechtliche Gesichtspunkte enteraler Ernährung sowie ärztlicher Sterbebegleitung zum Gegenstand haben. Dabei wurde klargestellt, dass gemäß den Leitlinien der weit fortgeschrittene und irreversible Krankheitsverlauf des Patienten die Beendigung der künstlichen Ernährung eher nahelegt als diese Beendigung zu verbieten: „Für final Demenzkranke (irreversibel, immobil, kommunikationsunfähig, vollständig pflegeabhängig, mangelnde körperliche Reserven) wird eine Sondenernährung nicht empfohlen.“²¹⁷ Der Einsatz der Sondenernährung sei „jedenfalls bei diesen Patienten indiziert und fortzusetzen, solange Möglichkeiten der Remission nicht ausgeschlossen sind“.²¹⁸

Mit Blick auf die Indikation zur weiteren Behandlung nimmt das Gericht Bezug auf die Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis: „Behandlungswünsche sind immer an die ärztliche Indikation gebunden.

²¹⁴ *LG München I*, Ur. v. 18.01.2017 – 9 O 5246/14, *GesR* 2017, 242 (245).

²¹⁵ *LG München I*, Ur. v. 18.01.2017 – 9 O 5246/14, *GesR* 2017, 242 (246f.).

²¹⁶ *OLG München*, Ur. v. 21.12.2017 – 1 U 454/17, *MedR* 2018, 317 (317ff.).

²¹⁷ *Volkert u.a.*, *Aktuel Ernähr Med* 2004, 198 (211).

²¹⁸ *Körner u.a.*, *Aktuel Ernähr Med* 2003, Supplement, S36 (S37).

Ärztlicherseits besteht keine Verpflichtung, den Behandlungswünschen Folge zu leisten, wenn keine Indikation für eine Behandlung (mehr) besteht.“²¹⁹

Aufgrund des vorliegenden Sachverhalts wäre der Beklagte laut Oberlandesgericht dazu verpflichtet gewesen, den Betreuer darüber aufzuklären, dass in der Situation des Betreuten jegliche Remission ausgeschlossen war und die Einstellung der Sondenernährung sowie eine Therapiezieländerung hin zu einer palliativen Versorgung angezeigt gewesen wäre, sofern die aus der Weiterführung der Behandlung sich ergebenden gesundheitlichen Belastungen gegenüber den denkbaren Vorteilen (wie beispielsweise einer verbesserten Lebensqualität) überwogen hätten. Das Überwiegen der Belastungen war dabei eine Tatsache, die „in Anbetracht des desaströsen Zustandes des bereits jahrelang bettlägerigen Patienten – mit Dekubiti, zunehmendem Rigor, regelmäßigem Fieber, Schmerzen, Atembeschwerden, viermaligen Lungenentzündungen, Gallenblasenentzündung, vollkommener Immobilität, Kommunikationsunfähigkeit, Inkontinenz etc. – nahe lag.“²²⁰

Der dem Beklagten anzulastende Pflichtverletzung der unterbliebenen Eingriffsaufklärung kann ferner nicht der Grundsatz „in dubio pro vita“ im Sinne einer Rechtfertigung entgegengehalten werden. Da der mutmaßliche Wille des Betreuten im vorliegenden Fall nicht feststellbar ist, kommt § 1901 Abs. 2 BGB zur Anwendung. Insofern stellt das (subjektive) „Wohl des Betreuten“ den Handlungsmaßstab für den Betreuer dar. Den Begriff des Wohls definierte das Oberlandesgericht als Zustand, in dem sich jemand in seinen persönlichen Verhältnissen wohlfühlt. Bei einem nicht mehr kommunikationsfähigen, schwerstkranken Patienten kämen dabei von medizinischen Wertungen beeinflusste allgemeine Wertvorstellungen zum Tragen.²²¹

In diesem Zusammenhang wurde auch die Gesetzesbegründung zu § 1901a Abs. 2 BGB herangezogen: „Kann ein auf die Durchführung, die Nichteinleitung oder die Beendigung einer ärztlichen Maßnahme gerichteter Wille des Betreuten auch nach Ausschöpfung aller verfügbaren Erkenntnisse nicht festgestellt

²¹⁹ BÄK, Empfehlungen zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis“, Dtsch. Ärztebl. 2010, A 878 (A 879).

²²⁰ OLG München, Urt. v. 21.12.2017 – 1 U 454/17, MedR 2018, 317 (322f.).

²²¹ OLG München, Urt. v. 21.12.2017 – 1 U 454/17, MedR 2018, 317 (323); BGH, Beschl. v. 17.03.2003 - XII ZB 2/03, juris-Rn. 46.

werden, gebietet es das hohe Rechtsgut auf Leben, entsprechend dem Wohl des Betreuten zu entscheiden und dabei dem Schutz des Lebens Vorrang einzuräumen.“²²² Diese Ausführungen seien nach Ansicht des Oberlandesgerichts jedoch nur auf solche ärztliche Maßnahmen und Eingriffe zu beziehen, die gemäß § 1901a BGB als indiziert gelten. Im vorliegenden Fall habe die medizinische Indikation für die Sondenernährung aller Wahrscheinlichkeit nach nicht vorgelegen, weshalb der Grundsatz „in dubio pro vita“ nicht eingreife.²²³

Mit Blick auf den Inhalt des Schadensersatzanspruches führte das Oberlandesgericht sodann aus, dass es vorliegend nicht darum gehe, jenes Leben eines Patienten als „unwert“ einzustufen. Es stehe vielmehr die Frage im Raum, ob dem Wohl eines Schwerkranken besser durch die Fortsetzung der Sondenernährung oder durch das Zulassen des Sterbens gedient werde. Im Sinne eines schicksalhaften Verlaufs stelle die Nährstoffzuführung über eine PEG-Sonde bei einem Patienten, der aufgrund irreversibler zerebraler Schäden auf natürlichem Wege keine Nahrung mehr zu sich nehmen könne, einen widernatürlichen Eingriff in den normalen Lebensverlauf dar, zu dem schlussendlich auch das Sterben gehöre. Konsequenterweise müsse dann aber auch das unter schwerem Leid bewirkte weitere Leben gegenüber dem Tod einen Schaden im Rechtssinn darstellen. Denn wenn einerseits die Beibehaltung der Magensonde und die dadurch bewirkte lebenserhaltende künstliche Ernährung als fortwährender einwilligungsbedürftiger Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten angesehen wird, käme es einem Wertungswiderspruch gleich, diesem Sachverhalt die schadensbegründende Qualität abzusprechen. Das Oberlandesgericht verurteilte den Beklagten demgemäß zur Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe von 40.000,00 EUR.²²⁴

Diese Verurteilung zur Zahlung eines Schmerzensgeldes hat der Bundesgerichtshof²²⁵ zwischenzeitlich im Rahmen der Revision aufgehoben. Der zentrale Aspekt der Entscheidung bestand dabei in der Fragestellung, ob das aufgrund der Pflichtwidrigkeit des Arztes erhaltene Leben des Patienten einen

²²² BT-Drs. 16/8442 vom 06.03.2008, S. 16.

²²³ a.A. *Huber*, GesR 2017, 613 (618).

²²⁴ OLG München, Urt. v. 21.12.2017 – 1 U 454/17, MedR 2018, 317 (325).

²²⁵ BGH, Urt. v. 02.04.2019 – VI ZR 13/18, NJW 2019, 1741ff.

ersatzfähigen Schaden für Letzteren darzustellen vermag. Der Bundesgerichtshof führte hierzu in den Entscheidungsgründen aus, dass die fortschreitende Abhängigkeit des Sterbeprozesses von medizinischen Machbarkeiten den Tod zwar längst nicht mehr als rein schicksalhafteres Ereignis erscheinen lasse, jedoch ein in einem solchen Fall andauerndes Weiterleben unter Fortdauer des krankheitsbedingten Leidens nicht als Schaden im Rechtssinne angesehen werden könne.²²⁶ Letzteres sei schon deshalb nicht möglich, weil sich das dem Leben anhaftende Leiden nicht vom Leben trennen lasse und insofern keinen eigenständigen Rechtsnachteil darzustellen vermöge.²²⁷

c. Stellungnahme

Nichtsdestotrotz verdient die Argumentation des Oberlandesgerichts im Ergebnis volle Zustimmung. Der dem obigen Fall zugrunde liegende Sachverhalt repräsentiert geradezu den Inbegriff der vorliegend im strafrechtlichen Kontext aufbereiteten Thematik und ist daher so weit wie möglich für die hiesige strafrechtliche Beurteilung nutzbar zu machen. Wie in Abschnitt II.1.a. erläutert, ist diese Nutzbarmachung in einem gewissen Umfang auch vertretbar: Zwar sind bestimmte Strafrechtsspezifika wie die Frage nach der strafrechtlichen Rechtfertigung von Tötungshandlungen im Anwendungsbereich der §§ 212 und 216 StGB grundsätzlich autonom und anhand materiell strafrechtlicher Kriterien zu entscheiden. Unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung können die Wertungen der §§ 1901a ff. BGB aber auch bei der vorliegenden strafrechtlichen Untersuchung von Behandlungsgrenzen Berücksichtigung finden.²²⁸

Betrachtet man unter Zugrundelegung dieser Wertungen die obige Entscheidung

²²⁶ BGH, Urt. v. 02.04.2019 – VI ZR 13/18, NJW 2019, 1741 (1743).

²²⁷ BGH, Urt. v. 02.04.2019 – VI ZR 13/18, NJW 2019, 1741 (1743), wobei der Rechtsnachteil in diesem Fall auf etwaige Unterhaltspflichten abstellt.

²²⁸ BGHSt 55, 191 (199f.); Gaede, NJW 2010, 2925 (2926 ff.); Kubiciel, ZJS 2010, 656 (660); Bartsch, in: Schröder/Hellmann, FS für Achenbach 2011, S. 13 (25); Eidam, in: Wolter u.a., GA 2011, 232 (237 f.); Kutzer, in: Fischer/Bernsmann, FS für Rissing-van Saan 2011, S. 337 (352 ff.); Rosenau, in: Fischer/Bernsmann, FS für Rissing-van-San 2011, S. 547 (559); Walter, ZIS 2011, 76 (81); Pawlik in: Becker/Roth, Recht der Älteren, 2013, S. 127 (138).

und den dazugehörigen Sachverhalt, lässt sich Folgendes festhalten: Sobald in medizinischer Hinsicht die Entscheidung gefallen ist, dass keine Indikation mehr für die Fortsetzung einer Behandlung besteht, kann es keinen Raum mehr für die Aufrechterhaltung bzw. Fortsetzung invasiver Maßnahmen geben. Alles andere widerspräche der ärztlichen Professionalität und würde schlussendlich dazu führen, dass Letztere „de facto zu Grabe getragen“²²⁹ wird. Wie bereits erläutert geht es im ersten Schritt der ärztlichen Therapieauswahl noch nicht um die Indikation als solche, sondern um die der Indikationsstellung vorgelagerte Fragestellung, inwieweit in der konkreten Behandlungssituation ein weiteres sinnvolles Therapieziel festgelegt werden kann. Sofern ein derartiges Therapieziel und die darauf aufbauende ärztliche Indikation als zweifelhaft einzustufen sind, kann das Unterbleiben einer fortlaufenden Überprüfung der Indikation zwar als ärztliche Pflichtwidrigkeit gewertet werden. Das ändert jedoch grundsätzlich nichts an der Tatsache, dass es bei einer Überschreitung der Grenzen der ärztlichen Professionalität schlussendlich keine ärztliche Maßnahme mehr geben kann, die mit den Grundsätzen ärztlichen Handelns noch im Einklang steht.²³⁰

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts eröffnet insofern eine interessante Perspektive auf die Interpretation der normativen Komponente des Indikationsbegriffs in dieser Fallgruppe. Die bereits angesprochene Frage nach der Definition eines angemessenen Therapieziels betrifft selbstredend auch den Inhalt dessen, was für einen individuellen Patienten als sinn- bzw. nutzbringende Therapiefortführung angesehen werden kann und demgemäß die ärztliche Indikation der weiteren Behandlung trägt.

Während bei einer engen Auslegung des normativen Teilbereichs der Indikationsprüfung das rein biologische Weiterleben des Patienten im Fokus der Betrachtung steht, legt ein weites Verständnis des Indikationsbegriffs zusätzlich das Leid und den Schmerz sowie die dem Patienten krankheitsbedingt verwehrt Möglichkeit einer Rückgewinnung von Selbstverwirklichungspotential mit in die Waagschale. Anders als bei den beiden unter Abschnitt III.1. dargestellten, primär indikationsgegründeten Konstellationen der unmittelbaren Sterbephase

²²⁹ Duttge, MedR 2017, 889 (894).

²³⁰ Duttge, MedR 2017, 889 (893f.).

und der wirkungslosen Behandlungsmethode erklärt sich der Inhalt des ärztlichen Indikationsbegriffs nunmehr nicht mehr aus sich selbst heraus. Denkbare Behandlungsmethoden im Stadium der irreversiblen Bewusstseinslosigkeit ermöglichen dem Patienten ja zumindest ein Weiterleben, sind demnach weder per se wirkungslos noch ließe sich anführen, sie seien angesichts einer bereits eingetretenen Sterbephase außerstande, für den Patienten etwas zu bewirken. Ein patientenseitiger Nutzen im Sinne einer medizinischen Wirkung wäre daher zu bejahen.

Fasst man den Begriff der Indikation jedoch weiter und stellt im Rahmen der Abwägung nicht nur auf die medizinische Lebenserhaltung ab, sondern fordert darüber hinaus einen positiven Effekt für die Person des Patienten, ermöglicht dies die Erfassung weiterführender Kriterien wie zum Beispiel der Frage nach der behandlungsbedingten Verbesserung der Lebensqualität des betroffenen Patienten. Man muss sich dabei jedoch darüber im Klaren sein, dass sich durch die Einbeziehung weiterer Kriterien, die unterschiedlich beurteilt werden können, der Indikationsbegriff als solcher zu dehnen beginnt.

aa. Die Einbeziehung des objektiv interpretierten, erweiterten Patientenwohls

Führt man das oben dargestellte Argumentations- und Meinungsspektrum zusammen, ergibt sich folgendes Bild: Zunächst gilt es bei einem irreversibel bewusstlosen Patienten festzustellen, welches Therapieziel weiter erreichbar ist. Besteht Letzteres allein in der biologischen Lebenserhaltung, so ist fraglich, ob damit noch ein taugliches Ziel verfolgt werden kann.

Für eine rein subjektiv orientierte Zulässigkeit von einseitigen Behandlungsabbrüchen ist stets eine explizite Willensäußerung des Patienten zu fordern, die den Abbruch einer medizinischen Behandlung zum Gegenstand hat.²³¹ Liegt dieser explizite Wille nicht vor, ist die reine biologische Lebenserhaltung zwingend als ausreichendes Therapieziel anzuerkennen, da

²³¹ BGHSt 35, 246 (249f.); 40, 257 (263).

der einseitige Behandlungsabbruch mangels subjektiver Legitimationsbasis nicht anderweitig legitimierbar ist. Sofern der aktiv geäußerte Wille des Patienten nicht bekannt ist, greift bei den subjektiv orientierten Begründungsansätzen die Rechtsfigur des mutmaßlichen Willens ein. Für ihn gilt das obige Ergebnis gleichermaßen.

Jenseits einer subjektiven Legitimierung bestünde sodann die Möglichkeit der Ermittlung des erweiterten Patientenwohls im Sinne der Frage nach dem objektiven Normalwillensgehalt eines Patienten in einer aller Wahrscheinlichkeit nach aussichtslosen Behandlungssituation: Ist die rein biologische Lebenserhaltung etwas, was ein Patient im Zweifel möchte? Je nachdem wie man diese Frage beantwortet, erkennt man die biologische Lebenserhaltung letzten Endes entweder als taugliches Therapieziel an oder nicht. Im Falle einer Verneinung dieser Frage liegt der bisherige Argumentationsschwerpunkt auf der Feststellung, dass menschenwürdiges Leben eben auch der Wiederherstellbarkeit einer gewissen Kommunikationsfähigkeit bedürfe.²³²

Diese Feststellung lässt sich nunmehr um das Argument erweitern, dass die biologische Lebenserhaltung im Sinne eines Therapieziels auch dann als unzureichend angesehen werden kann, wenn das anhand allgemeiner Wertvorstellungen und medizinischer Wertungen interpretierte Wohl des Patienten der weiteren Behandlung entgegensteht, etwa weil durch die Behandlung ohne eine Chance auf Remission – wie im obigen Fallbeispiel geschehen – lediglich das Leiden des Patienten verlängert und der natürliche Sterbeprozess ungerechtfertigt auf unbestimmte Zeit ausgesetzt wird.²³³ Auf diese Überlegungen wird daher im Rahmen der dogmatischen Aufbereitung des rechtlichen Zulässigkeitsrahmens einseitiger Behandlungsabbrüche noch einmal zurückzukommen sein.

²³² *Merkel*, ZStW 1995, 545 (573); *Weißbauer/Opderbecke*, MedR 1995, 456 (462); *Ankermann*, MedR 1999, 387 (389); *Bernat*, FS für Deutsch 1999, S. 443 (458); *Drowatzky*, Die Wertbegründung des Rechts, 2005, S. 21; vgl. zusammenfassend *Künschner*, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, 1992, S. 140ff.

²³³ *OLG München*, Urt. v. 21.12.2017 – 1 U 454/17, MedR 2018, 317 (323ff.); vgl. auch *Beckmann*, MedR 2018, 556 (562), der die Ermittlung des Patientenwohls und dessen Durchsetzung schwerpunktmäßig beim Betreuer ansiedelt.

bb. Die Einbeziehung des objektiv interpretierten Nutzens

Das erweiterte Patientenwohl und der diesbezügliche Nutzen hängen wie bereits erläutert eng miteinander zusammen. Was nicht nützt, kann dem Wohl des Patienten nicht dienen. Sofern eine Behandlungsmethode einen – wenn auch nur geringfügigen – medizinischen Nutzen entfaltet, gilt es in einem nächsten Schritt zu analysieren, inwieweit potentielle Risiken den erzielbaren Nutzen überlagern und welche Nutzenhöhe erreicht werden muss, damit die Behandlungsmethode als ärztlich indiziert gelten kann.

Vom Bestehen eines rein medizinischen Nutzens kann in der obigen Konstellation in jedem Fall ausgegangen werden, da durch die Weiterbehandlung des Patienten das Versterben weiter hinausgezögert wird. Die genuine medizinische Wirksamkeit im Sinne eines abstrakten Nutzens ist daher zu bejahen. Fraglich ist jedoch, wie der Nutzen auf der zweiten Stufe in der konkreten Behandlungssituation gegenüber dem Patienten interpretiert wird, da die Nutzenbewertung, wie bereits erörtert, eben auch der normativen Komponente des Indikationsbegriffs²³⁴ unterfällt und demgemäß einzelfallorientiert vorgenommen werden muss.

Diese Einzelfallorientierung steht insofern auch einer kompletten Abkoppelung vom jeweiligen Patienten im Sinne einer verallgemeinernden objektiven Betrachtung entgegen. Sofern man den Nutzen daher in einer konkreten Situation einer objektiven Betrachtung unterwerfen möchte, sind der Verallgemeinerung doch bestimmte Grenzen gesetzt. So gibt es derzeit keine bestimmte Mindestnutzenhöhe, die als verallgemeinerte Größenordnung herangezogen werden könnte. Dafür fehlt es gegenwärtig bereits an einer anerkannten Berechnungsformel. Selbst wenn eine Nutzenkalkulation beispielsweise auf Basis der letzten 100 Patienten mit jeweils identischem Risikoprofil vorgenommen werden könnte, müsste der für die Berechnung erforderliche Schwellenwert einer Erfolgswahrscheinlichkeit letztlich doch willkürlich festgelegt werden.²³⁵

²³⁴ *Winkler*, Ethik Med 2010, 89 (94).

²³⁵ *Winkler*, Ethik Med 2010, 89 (95).

Solange es demnach an einem Schwellenwert für einen Mindestnutzen fehlt, kann eine objektive Betrachtung nur auf die Art und Weise erfolgen, wie sie auch im Zusammenhang mit dem Patientenwohl umsetzbar wäre. In Behandlungskonstellationen, in denen ein subjektiver Patientenwille für die Legitimation des einseitigen Behandlungsabbruchs nicht in Betracht kommt, besteht wiederum die Möglichkeit der Ermittlung des objektiven Patientennutzens auf Basis einer Abwandlung der beim erweiterten Patientenwohl zur Anwendung gelangenden Fragestellung: Ist die reine biologische Lebenserhaltung etwas, was in einer aller Wahrscheinlichkeit nach aussichtslosen Behandlungssituation für den betroffenen Patienten im Zweifel einen Nutzen hat?

Wie bereits erläutert wäre diese Frage mit Blick auf einen genuin medizinischen Nutzen jedenfalls zu bejahen. Jenseits des medizinischen Nutzens ließe sich die Frage aber auch verneinen, und zwar mit dem Argument, dass von einem derartigen Nutzen dann nicht ausgegangen werden kann, wenn durch die Behandlung ohne eine Chance auf Remission lediglich der natürliche Sterbeprozess ungerechtfertigt auf unbestimmte Zeit ausgesetzt wird und sich dadurch nur das Leiden des Patienten entsprechend verlängert.²³⁶ Auch auf diese Überlegungen wird daher bei der dogmatischen Aufbereitung des rechtlichen Zulässigkeitsrahmens einseitiger Behandlungsabbrüche zurückzukommen sein.

4. Die Fallgruppe der allgemeinwohlgestützten Therapiebegrenzungen

Gemäß den Ausführungen in Kapitel A, Abschnitt III.2.c. kann die im Rahmen der ärztlichen Indikationsstellung zu ermittelnde Nutzenbeurteilung zusätzlich durch ökonomische Behandlungsaspekte beeinflusst²³⁷ werden: Neben der patientenbezogenen Nutzen-Risiko-Bewertung besteht die Möglichkeit der vergleichenden Gegenüberstellung eines potentiell zu erwartenden

²³⁶ Vgl. im Rahmen einer sinngemäßen Anlehnung an *OLG München*, Urt. v. 21.12.2017 – 1 U 454/17, MedR 2018, 317 (323ff.)

²³⁷ *Holzauer*, ZRP 2004, 41 (44).

Therapienutzens mit dem dafür zu erbringenden personellen bzw. finanziellen Aufwand.

Der Aspekt der Wirtschaftlichkeit einer Behandlungsmethode betrifft dabei die Gruppe der allgemeinwohlgestützten Therapiebegrenzungen. Wie bereits erläutert stellt auch in dieser Fallgruppe die Bejahung oder Verneinung der Indikation letztlich den die Behandlung limitierenden Faktor dar, jedoch verleihen die mit eingeflossenen, überwiegend allgemeinwohlorientierten Elemente der ärztlichen Indikationsentscheidung einen vornehmlich allgemeinwohlbezogenen Charakter, der die Fallgruppe von den anderen zu untersuchenden Konstellationen abgrenzt.

Und auch wenn sich die Frage nach der Wirtschaftlichkeit einer Behandlungsmethode dem Grunde nach bei jeder medizinischen Behandlungsmethode stellen lässt, kommt sie doch insbesondere in den kostenintensiven Behandlungskategorien am deutlichsten zum Tragen. Das betrifft beispielsweise die Gruppe der irreversibel bewusstlosen Patienten.²³⁸ Nach der Ansicht einiger Autoren kann bei diesen Patienten eine zeitlich unbestimmte Behandlung im Hinblick auf die begrenzten Ressourcen des Gesundheitssystems bereits jetzt nicht mehr gerechtfertigt werden.²³⁹

Sofern sich eine Klinik im medizinischen Behandlungsalltag derartigen ökonomischen Drucksituationen ausgesetzt sieht, besteht daher die Gefahr, dass ärztliche Entscheidungen mehr und mehr aufgrund eines vorherrschenden wirtschaftlichen Drucks und nicht nur auf der Basis medizinischer Kriterien getroffen werden.²⁴⁰ Diese Einflussnahme muss infolge eines Aufgehens des ökonomischen Entscheidungskriteriums im Prozess der Indikationsstellung aber nicht zwingend nach außen in Erscheinung treten. Vielmehr steht am Ende der Abwägungsentscheidung ein Endergebnis, dem man die zugrunde liegenden Kriterien nicht mehr ohne Weiteres zu entnehmen vermag.²⁴¹

²³⁸ *Bernat*, FS für Deutsch 1999, S. 443 (458f.); *Gutmann*, in: ders./Schmidt, Rationierung und Allokation im Gesundheitswesen, 2002, S. 179 (202f.).

²³⁹ Vgl. insofern die zusammenfassende Darstellung bei *Hörr*, Passive Sterbehilfe und betreuungsgerichtliche Kontrolle, 2011, S. 247ff.

²⁴⁰ *Künschner*, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, 1992, S. 78, 124ff.

²⁴¹ *Gutmann/Schmidt*, in: dies., Rationierung und Allokation im Gesundheitswesen, 2002, S. 7 (9).

Es stellt sich daher die Frage, inwieweit ökonomische Aspekte transparent in eine medizinische Entscheidungsfindung einbezogen werden können und ob sich auf diesem Weg die Akzeptanz der Einbeziehung steigern ließe.

a. Ein internationales Fallbeispiel zur Berücksichtigungsfähigkeit finanzieller Aspekte einer Behandlungsmethode

Zur Darstellung einer erkennbar kostenorientierten Therapieentscheidung und der damit einhergehenden argumentativen Problematik soll vorliegend ein Fallbeispiel aus der Schweiz näher beleuchtet werden. Das Schweizer Bundesgericht²⁴² hatte im konkreten Fall über die Kostenübernahme bei der Behandlung einer an Morbus Pompe erkrankten Patientin zu entscheiden.

Bei der Krankheit Morbus Pompe führt die Inaktivität des Enzyms Alglucosidase alfa zu einer Ansammlung veränderter Moleküle in den Muskelzellen und dadurch zu einer fortlaufenden Schädigung der Muskulatur, vor allem im Rücken- und Schulterbereich sowie auf Höhe der Hüfte. Diese Muskelschwäche und der krankheitsbedingt eintretende Muskelschwund beeinträchtigen beispielsweise die Gehfähigkeit, aber auch lebenswichtige Funktionen wie die Atmung. Bei Erwachsenen schreitet die Krankheit für gewöhnlich langsam voran und wird potentiell lebensgefährlich, sobald sie die Atemmuskulatur befällt und eine Ateminsuffizienz auszulösen droht.²⁴³

Dem Urteil des Schweizer Bundesgerichts lag folgender Sachverhalt zugrunde: Bei einer 70-jährigen Frau wurde im Jahr 2007 die bereits fortgeschrittene Krankheit Morbus Pompe diagnostiziert. Im Herbst 2008 litt die Patientin an nächtlichen Luftnotfällen, was wenig später dazu führte, dass mit einer nächtlichen Maskenbeatmung begonnen werden musste. Aufgrund der rasch schwächer werdenden Haltemuskulatur im Rücken konnte die Frau zudem ihren Oberkörper nicht mehr aufrecht halten. Da die freie Gehstrecke nur noch ca. 200 Meter betrug – mit Krücken seien noch etwa 1000 Meter möglich gewesen –, war

²⁴² *Schweizerisches Bundesgericht*, Ur. v. 23.11.2010 – BGE 136 V 395, MedR 2012, 324 (324ff.); http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F136-V-395%3Ade&lang=de&type=show_document (besucht am 30.11.2019).

²⁴³ *Raspe*, MedR 2012, 291 (292).

die Wahrscheinlichkeit groß, dass die Patientin alsbald einen Rollstuhl zur Fortbewegung benötigen würde. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Krankenversicherung bereits die Kosten für eine sechsmonatige Behandlung mit dem Medikament Myozyme® übernommen. Diese sehr teure Enzyersatztherapie bewirkte bei der betroffenen Frau eine geringfügige Verbesserung der Gehstrecke und der Lungenfunktion.²⁴⁴

Die Übernahme der Kosten für eine Weiterbehandlung über die sechs Monate hinaus lehnte die Krankenkasse jedoch aufgrund der hohen Kosten von mehr als SFr. 500.000²⁴⁵ pro Jahr ab. Nachdem ein kantonales Versicherungsgericht der diesbezüglichen Beschwerde der Patientin zunächst stattgegeben hatte, legte die Krankenversicherung gegen die Entscheidung beim Bundesgericht Beschwerde ein. Das Bundesgericht hob den Entscheid des Versicherungsgerichts daraufhin auf und erachtete die Beschwerde der Krankenkasse für begründet.²⁴⁶

In den Entscheidungsgründen setzte sich das Bundesgericht unter anderem mit dem durch die Behandlung mit Myozyme® erzielbaren Patientennutzen auseinander. Morbus Pompe wird seit 2006 durch die intravenöse Zufuhr des fehlenden Enzyms Alglucosidase alfa behandelt (Myozyme®). Den durch diese Behandlung zu erzielenden Patientennutzen hat das Gericht aus einer Studie abgeleitet, die belegen konnte, dass sich die innerhalb von 6 Minuten zurückgelegte Gehstrecke in der Alglucosidase-Gruppe um 25 Meter gebessert hatte, die Lungenfunktion steigerte sich um 1 Prozentpunkt. Bei der Placebogruppe hatten sich diese beiden Messparameter geringfügig verschlechtert, d.h. die Gehstrecke war um 3 Meter und die Lungenfunktion um 3 Prozentpunkte zurückgegangen. Die Behandlungseffekte zeigten sich nach ihrem Erreichen stabil.²⁴⁷

Damit sind sowohl Heilung (Remission) als auch eine deutliche klinische Besserung des Zustandes der Patienten offensichtlich nicht zu erreichen. Dennoch bleibt es möglich, den bisherigen Krankheitsverlauf des Patienten

²⁴⁴ Raspe, MedR 2012, 291 (292).

²⁴⁵ Dies Summe entspricht je nach Wechselkurs ca. 453.736,94 EUR (Kursdatum: 30.11.2019).

²⁴⁶ Raspe, MedR 2012, 291 (291f.).

²⁴⁷ Raspe, MedR 2012, 291 (292f.).

günstig zu beeinflussen. Eine Stabilisierung des fortgeschrittenen Krankheitszustands bietet die Chance, zumindest über einen gewissen Zeitraum die Verschlechterung der Lungenfunktion und damit die Notwendigkeit einer nicht-invasiven bzw. invasiven Beatmung hinauszuzögern. Dadurch können auch eine Abhängigkeit von Fremdhilfe sowie eine zum Tod führende Ateminsuffizienz weiter hinausgezögert werden, was für den Patienten einen erheblichen Nutzen darstellt.²⁴⁸

Allerdings stützte sich das Gericht im vorliegenden Fall nicht auf diesen für den individuellen Patienten im Sinne der Stabilisierung des Krankheitsverlaufs erzielbaren Patientennutzen, sondern auf einen therapeutischen Nutzen – d.h. die Besserung des Gesundheitszustands als Wirksamkeitsparameter. Ein derartiges Behandlungsziel ist jedoch, wie bereits erwähnt, bei Morbus Pompe nicht zu erreichen. Folglich wurde der Begründungsansatz des Bundesgerichts in der Literatur dahingehend kritisiert, dass eine Definition des an einer „generellen Wirksamkeit“ festzumachenden „therapeutischen Nutzens“ verfehlt sei: Die mangelnde Differenzierung von Behandlungszielen habe zur Folge, dass Wirksamkeit und Nutzen der adulten Morbus-Pompe-Therapie an ungeeigneten Parametern wie dem therapeutischen oder kurativen Nutzen gemessen werde.²⁴⁹

Zudem berücksichtige man dadurch die sich aktuell in der Medizin verbreitende Individualisierung bzw. Personalisierung nicht hinreichend. Diese Entwicklung finde hauptsächlich vor dem Hintergrund statt, dass generelle Arzneimittelwirkungen nur statistische Aussagen zuließen, jedoch keine auf den konkreten Patienten beziehbare Schlussfolgerung erlaubten. Die konkret-individuellen Therapieerfahrungen können und dürfen daher nicht von vornherein ausgeblendet werden.²⁵⁰

Dreh- und Angelpunkt für die Frage nach der Erstattungsfähigkeit medizinischer Leistungen sollte demnach der Nutzensgewinn für den individuellen Patienten sein. Eine Bemessung dieses Nutzens habe dabei systematisch und vergleichend mit anderen Nutzenpotentialen anhand der evidenzbasierten

²⁴⁸ Raspe, MedR 2012, 291 (293).

²⁴⁹ Raspe, MedR 2012, 291 (293f.).

²⁵⁰ Duttge, in: ders./Zimmermann-Acklin, Göttinger Schriften 2013, S. 73 (87).

Medizin zu erfolgen. Erst wenn sich bei einer derartigen Bemessung herausstelle, dass von einer therapeutischen Maßnahme mit Blick auf Lebensdauer oder -qualität des betroffenen Patienten keine signifikant positive Wirkung ausgehe, könne die Erbringung der betroffenen Maßnahme von der Solidargemeinschaft nicht erwartet werden.²⁵¹

Infolge der systematischen Bemessung eines Nutzens könnte die Geringfügigkeit des zu erwartenden Nutzens somit zu einem allgemeinen Leistungsbeschränkungskriterium deklariert werden. Bei dieser Bemessung ließe sich beispielsweise auch auf Parameter zurückgreifen, die Ärzte zur Anwendung bringen, wenn sie sich im Rahmen eines konkreten Behandlungsfalls zu Leistungsbegrenzungen gezwungen sehen. Insofern werde am häufigsten von „small expected benefit“ (82,3 %) oder „low chances of success“ (79,8 %) gesprochen. Die Versagung von Leistungen könnte bei einer derartigen Systematisierung von Leistungsbeschränkungen dann auch unabhängig davon erfolgen, ob es sich um eine teure Therapiemaßnahme handelt oder nicht. Ausschlaggebend wäre vielmehr die Geringfügigkeit des Nutzens in Verbindung mit einer zu erwartenden Ersparnis, die sich positiv auf den gesamten Leistungsbereich medizinischer Versorgung auszuwirken vermag. Eine derartige Festlegung jeweils relevanter Nutzenschwellen müsste aber grundsätzlich auf einer allgemeingültigen demokratischen Konsensebene gefunden werden.²⁵²

b. Stellungnahme

Da es sich bei dem oben dargestellten Fallbeispiel nicht um eine Entscheidung auf Basis des deutschen Strafrechts handelt, ist eine Übertragbarkeit auf die hiesige dogmatische Aufbereitung selbstredend beschränkt. Nichtsdestotrotz liefert die Entscheidung relevante Anknüpfungspunkte und enthält allgemeingültige Überlegungen, die bei einer derartigen Sachverhaltskonstellation gemeinhin naheliegen.

²⁵¹ *Schöne-Seifert*, MedR 2012, 295 (295).

²⁵² *Schöne-Seifert*, MedR 2012, 295 (295f.).

Summarisch betrachtet zeigen das Urteil des Schweizer Bundesgerichts und die Kritik der Literatur jene konkreten Problematiken auf, die sich auch hierzulande bei der Bestimmung einer Nutzenhöhe und der Definition des Nutzenbegriffs ergeben: Wie im Rahmen der Fallgruppe der irreversibel bewusstlosen Patienten dargelegt, ist es zum einen nicht eindeutig, welche Kriterien in die Bestimmung des Nutzens miteinfließen sollen, da bereits nicht einheitlich beurteilt wird, aus welchem Blickwinkel der Nutzen überhaupt zu definieren ist. Zum anderen wäre es im Sinne einer Entlastung des individuellen Arzt-Patienten-Verhältnisses insgesamt als zweckmäßig zu erachten, behandlungsentscheidende Nutzenschwellen auf einer demokratisch allgemein anerkannten Ebene festzulegen²⁵³, da es – wie unter Abschnitt III.3.c.bb. gezeigt – auch hierzu keinen gültigen Meinungskonsens gibt.

Durch eine dergestalt bewirkte Einbeziehung wirtschaftlicher Aspekte auf demokratischer Ebene würde die Ermittlung der Relation von finanziellem Aufwand und potentielltem Nutzen insgesamt auf ein breiteres Beurteilungsniveau gehoben werden: Aufgrund des allgemeinwohlorientierten Faktors der Leistungsfähigkeit einer konkreten Volkswirtschaft und deren jeweiliger Beitragszahler stünden sich nunmehr die Lebenserhaltungsinteressen des Patienten und die externen Interessen Dritter bzw. der Allgemeinheit gegenüber.

Hierbei geht es letztendlich um nicht weniger als um die Frage, was der jeweilige Patient vom Staat und der Gesellschaft an Hilfe in Anspruch nehmen darf. Die Erwartungshaltung des individuellen Patienten wird mit Blick auf die Hilfeleistung daher unter die Prämisse gestellt, dass der Einzelne nur dasjenige verlangen kann, was unter den gegebenen Umständen möglich und unter Berücksichtigung der Interessen Dritter auch zumutbar ist. Sozialpolitisch ist es allerdings eine schwierige Frage, in welchem Umfang eine Gesellschaft dazu bereit ist, für ein erlöschendes Leben Unterstützung zu gewähren.²⁵⁴

Zusammenfassend lässt die denkbare Einwirkung des Kriteriums des

²⁵³ Vgl. insofern *Haier*, in: Steinmeyer u.a., FS für Bergmann 2016, S. 75 (87), gemäß dessen Ausführungen eine gesamtgesellschaftliche Konsensbildung aufgrund der starken ethisch-moralischen Komponente gesundheitsökonomischer Fragestellungen auch einer Entscheidungsfindung im Rahmen des Richterrechts vorzuziehen sei.

²⁵⁴ *Eser*, in: Lawin, Grenzen der ärztlichen Aufklärungs- und Behandlungspflicht, 1982, S. 77 (89).

ökonomischen Aufwandes auf die unter Abschnitt III. geschilderten Fallgruppen folgendes Zwischenfazit zu: Bei der Entscheidung über die Zulässigkeit einseitiger Behandlungsabbrüche und der damit einhergehenden Indikationsstellung kann der patientenseitige Nutzenwert in seiner Bemessung an verschiedene objektiv zu interpretierende Kriterien geknüpft werden, deren grundsätzliche Einbeziehung und Gewichtung kritisch betrachtet werden. Durch den Einfluss interpretativer Aspekte und die generalisierende Betrachtung einer konkreten Behandlungssituation bis hin zu einer allgemeinwohlbezogenen Abwägung wird der Indikationsbegriff zunehmend unklar und droht seiner ihm eigenen Kompaktheit anheimzufallen.

IV. Die zusammenfassende Analyse der maßgeblichen Kriterien mit Blick auf die einzelnen Fallgruppen

Abschließend bleibt festzuhalten, dass die Zulässigkeit des einseitigen Behandlungsabbruchs je nach Fallgruppe sehr unterschiedlich beurteilt wird. Während im Rahmen der unmittelbaren Sterbephase und im Anwendungsgebiet der wirkungslosen Behandlungsmethoden die Zulässigkeit überwiegend bejaht wird²⁵⁵, kann der Behandlungsabbruch in der Fallgruppe der irreversibel bewusstlosen Patienten keine allgemeine Akzeptanz für sich beanspruchen. Neben vereinzelt Stimmen in der Literatur macht die herrschende Meinung Behandlungsabbrüche hierbei subjektiv vom Willen des betroffenen Patienten abhängig.²⁵⁶ Wenn dieser Wille nicht auf einen Behandlungsabbruch gerichtet ist, ist Letzterer unzulässig.

Daneben wird auch die Berücksichtigungsfähigkeit der Folgen einer Behandlung in den verschiedenen Fallgruppen uneinheitlich beurteilt. Je weiter sich das Patientenwohl und der Patientennutzen von einer subjektiven Bezugsperspektive entfernen, desto kritischer fällt die Zulässigkeitsbeurteilung aus. Am kritischsten wird jedoch die allgemeinwohlbezogene Kosten-Nutzen-Abwägung im Sinne einer Einbeziehung des mit der Behandlungsmethode einhergehenden

²⁵⁵ Vgl. insofern die Ausführungen in Abschnitt III.1.

²⁵⁶ Vgl. insofern die Ausführungen in Abschnitt III.3.a.

personellen und finanziellen Aufwands gesehen.²⁵⁷

1. Die inhaltliche Analyse der Indikationsprüfung

Im Hinblick auf die in den einzelnen Fallgruppen anhand des festgelegten Therapieziels durchzuführende Indikationsprüfung bleibt zusammenfassend festzuhalten, dass die jeweils in der Abwägung enthaltenen Kriterien unterschiedlich definiert und bewertet werden.

In den beiden unstrittigen Fallgruppen der unmittelbaren Sterbephase und der wirkungslosen Behandlungsmethoden kann aufgrund des fehlenden therapeutischen Nutzens denkbarer weiterer Behandlungsoptionen der Indikationsbegriff aus sich selbst heraus erklärt werden, ohne dass wertende Aspekte die Begrifflichkeit mittels erweiterter Auslegung ausdehnen würden. In Ermangelung der medizinischen Wirksamkeit denkbarer Therapieansätze kann aufgrund des Entfallens der ärztlichen Indikation die Zulässigkeit eines einseitigen Behandlungsabbruchs bejaht werden.

Bei der Fallgruppe der irreversibel bewusstlosen Patienten ist die transparente Umgrenzung des im Indikationsbegriff enthaltenen Beurteilungsspektrums bereits problematischer, da Letzteres aufgrund wertender Aspekte einer unterschiedlichen Auslegung zugänglich gemacht wird. Sofern eine auf unbestimmte Zeit durchgeführte, rein biologische Lebenserhaltung als nützlich und dem Patientenwohl dienend begriffen wird, kann die Abwägung zu einer Bejahung der ärztlichen Indikation führen. Sieht man hingegen in der ausschließlich biologischen Lebenserhaltung ohne naheliegende Aussicht auf die Wiedererlangung des Bewusstseins ein – im Gegensatz zu der Rückkehr in ein personales Leben und Erleben – defizientes Therapieziel²⁵⁸, so wird man das Vorhandensein von ärztlicher Indikation verneinen. Insofern trifft dasselbe auch auf die ökonomische Kosten-Nutzen-Prüfung einer Behandlungsmethode zu.

Durch die in der Abwägung der problematischen Kriterien hinzukommenden

²⁵⁷ Vgl. insofern die Ausführungen in Kapitel A, Abschnitt III.2.c. und Kapitel B, Abschnitt III.4.

²⁵⁸ Vgl. insofern die Ausführungen in Abschnitt III.3.a.bb.

objektiven Interpretationsspielräume und der zunehmenden Generalisierung der Beurteilungsmaßstäbe büßt der ärztliche Indikationsbegriff an inhaltlicher Schärfe ein. Die entstehende terminologische Dehnung und Verwässerung lässt die herrschende Meinung dem nur noch als vage empfundenen Indikationsbegriff kritisch gegenüberstehen und verweigert ihm eine allgemeine Anerkennung als taugliches Kriterium für die einseitige Festlegung von Behandlungsgrenzen in der hiesigen Abbruchkonstellation.

2. Die Konsequenz für den strafrechtsdogmatischen Lösungsansatz

Anlässlich der zu untersuchenden Begründbarkeit einer Zulässigkeit des einseitigen Behandlungsabbruchs auch außerhalb der Terminalphase und des wirkungslosen Behandlungsspektrums besteht das Ziel des nächsten Kapitels folglich darin, einen strafrechtsdogmatischen Ansatz zur Ausdehnung der Zulässigkeit einseitiger Behandlungsabbrüche zu entwickeln. Dieser Ansatz soll mit Blick auf die bereits anerkannten Fallgruppen und deren dogmatische Verortung erarbeitet und sodann mit den strittigen Fallgruppen sowie den fraglichen Kriterien in Verbindung gesetzt werden.

C. Der strafrechtsdogmatische Ansatz zur Ausdehnung der Zulässigkeit einseitiger Behandlungsabbrüche

Damit ein strafrechtsdogmatischer Ansatz zur Begründung der erweiterten Zulässigkeit einseitiger Behandlungsabbrüche hergeleitet werden kann, ist in einem ersten Schritt die dogmatische Begründungsstruktur der grundsätzlich anerkannten Fallgruppen des einseitigen Behandlungsabbruchs aufzuzeigen. Demzufolge stehen zunächst die primär indikationsgegründeten Therapiebegrenzungen und deren Zulässigkeitserwägungen im Fokus der Betrachtung. Hierbei gilt es außerdem zu untersuchen, wie sich die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Fuldaer Fall²⁵⁹ auf die bisher entwickelten Begründungsansätze auswirkt und welche Konsequenzen sich daraus ergeben.

I. Die Entwicklung der dogmatischen Begründung

Einer Untersuchung der dogmatischen Begründung liegt dabei der Ausgangspunkt zugrunde, dass das Entfallen der ärztlichen Behandlungspflicht konsequenterweise zu einer Verneinung derjenigen Straftatbestände führen muss, die bei einem einseitigen Behandlungsabbruch im Raum stehen. Wie in Kapitel A und B erläutert, sind vor allem die Straftatbestände des Totschlags nach § 212 StGB oder Totschlags durch Unterlassen nach §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB relevant.

Im wissenschaftlichen Diskurs der letzten Jahre wurde die Frage nach der Strafbarkeit von Behandlungsabbrüchen – oder genereller gesprochen – von Sterbehilfehandlungen in ihren jeweiligen Begehungsformen hauptsächlich auf Basis einer Abgrenzung zwischen aktiver und passiver Sterbehilfe beantwortet: Passive Sterbehilfe, also das für den vorzeitigen Todeseintritt eines unheilbar Kranken ursächliche Unterlassen²⁶⁰, sowie indirekte Sterbehilfe, das heißt die palliative, insbesondere schmerzlindernde Behandlung unter Inkaufnahme eines

²⁵⁹ BGHSt 55, 191 (191ff.).

²⁶⁰ Fischer, StGB, 2019, vor §§ 211-216 Rn. 33.

beschleunigten Todeseintritts als Sekundärfolge²⁶¹, waren unter bestimmten Voraussetzungen zulässig, wohingegen die zielgerichtet vorsätzliche Herbeiführung oder Beschleunigung des Todeseintritts im Sinne einer aktiven Sterbehilfe als unzulässig und strafbar galt.²⁶²

Diese Unterscheidung zwischen zulässiger passiver und unzulässiger aktiver Sterbehilfe bildete den zentralen Ausgangspunkt für die Fragestellung, ob einzelne Therapiemaßnahmen im Zuge eines Behandlungsabbruchs terminologisch als Unterlassen oder Tun eingestuft und demgemäß als strafrechtlich zulässig betrachtet werden konnten oder nicht.²⁶³

1. Die Dogmatik des Fuldaer Falls

Das im Jahr 2010 ergangene Urteil des Bundesgerichtshofs im sog. Fuldaer Fall²⁶⁴ brachte schließlich eine terminologische Neuausrichtung im Hinblick auf begriffliche Unterteilungen der Sterbehilfe²⁶⁵ mit sich und statuierte den Begriff des Behandlungsabbruchs als Oberbegriff für ärztlich verfügte Abbruchkonstellationen, die unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig erachtet werden.²⁶⁶ In diesem Zusammenhang gab der Bundesgerichtshof seine bisherige, am Kriterium des äußeren Erscheinungsbilds ausgerichtete Rechtsprechung zur Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen explizit auf.²⁶⁷

Demzufolge kann auch an der bisherigen Einschätzung, dass eine aktiv lebensbeendende Handlung einer Rechtfertigung nicht zugänglich sei, nicht weiter festgehalten werden:

Wenn eine Handlung wie etwa das Abschalten eines Beatmungsgeräts innerhalb der realitätsgetreuen Wahrnehmung als aktives Verhalten verstanden wird, kann

²⁶¹ Fischer, StGB, 2019, vor §§ 211-216 Rn. 33.

²⁶² Fischer, StGB, 2019, vor §§ 211-216 Rn. 33f.

²⁶³ Fischer, StGB, 2019, vor §§ 211-216 Rn. 34; Achenbach, JURA 2002, 542 (547); Conradi, Der Arzt an den Grenzen seines Behandlungsauftrages, 2002, S. 515ff.

²⁶⁴ BGHSt 55, 191 (191ff.).

²⁶⁵ Fischer, StGB, 2019, vor §§ 211-216 Rn. 61f.

²⁶⁶ BGHSt 55, 191 (203).

²⁶⁷ BGHSt 55, 191 (201f.).

es nicht Sinn und Zweck sein, diese Handlung im Wege einer normativen Umdeutung als Unterlassen einzuordnen, nur um dadurch das in Frage stehende Verhalten unter der Begrifflichkeit der passiven Sterbehilfe legitimierbar zu machen. Von diesem „Kunstgriff“²⁶⁸ ist Abstand zu nehmen.

Zudem besteht der Abbruch medizinischer Maßnahmen regelmäßig nicht nur in einem konkreten Akt der Untätigkeit, sondern aus mehreren aktiven und passiven Handlungen, deren Einordnung nach der bisherigen Dogmatik teilweise bloß zufällig erfolgt. Daher sind sämtliche Handlungen und Unterlassungen, die mit der Beendigung einer ärztlichen Maßnahme in Verbindung stehen, normativwertend unter dem Begriff des Behandlungsabbruchs zusammenzufassen. Ausgehend von dem gebildeten Gesamtkomplex von Handlungen und Unterlassungen gilt es nunmehr Kriterien zu ermitteln, die eine taugliche Grenzziehung zwischen gerechtfertigtem und strafbarem Beendigungsverhalten Dritter ermöglichen. Die Begriffe der Sterbehilfe und des Behandlungsabbruchs bilden dafür unter Einbeziehung einer Abwägung der durch die Abbruchmaßnahmen betroffenen Rechtsgüter den richtigen Ansatzpunkt.²⁶⁹

Betrachtet man die Ausführungen des Bundesgerichtshofs im Hinblick auf denkbare Auswirkungen dieser Rechtsprechung, ist die Kritik am Kunstgriff des Unterlassens durch Tun²⁷⁰ durchaus nachvollziehbar. Im Sinne einer Hinwendung zu einer realitätsgetreueren Subsumtion klinisch erlebter Realität ist sie sogar nachdrücklich zu begrüßen. Dennoch ermöglicht die Zulassung der Rechtfertigung aktiver Maßnahmen unter dem Oberbegriff des Behandlungsabbruchs nur schwerlich abschätzbare Konsequenzen für die klinische Praxis. Die als zulässig erachteten Fälle des Behandlungsabbruchs könnten sich dadurch in einer Art und Weise ausdehnen, dass künftig in einigen Fällen – nach derzeit noch nicht näher bestimmten Kriterien – ein aktiver Abbruch möglich wird. Im Sinne einer transparenten Entwicklung derartiger Konstellationen müssten denkbare Kriterien daher zwingend entsprechend aufgezeigt und müsste deren Anwendbarkeit zunächst argumentativ legitimiert

²⁶⁸ BGHSt 55, 191 (202).

²⁶⁹ BGHSt 55, 191 (201ff.).

²⁷⁰ BGHSt 55, 191 (202).

werden, um einer unkontrollierten oder verdeckten Ausdehnung von einseitigen Abbruchentscheidungen keinen Vorschub zu leisten.

Neben der Notwendigkeit einer sorgfältigen Auslotung tauglicher Kriterien ergeben sich aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs dogmatische Begründungsprobleme bezüglich der bislang zur Fragestellung des Entfallens der Strafbarkeit in der Literatur herangezogenen Lösungsansätze. Die im Rahmen der einseitigen, indikationsgegründeten Therapiebegrenzungen erarbeiteten Begründungsansätze sind demgemäß – gerade auch mit Blick auf die dogmatischen Ausführungen des Bundesgerichtshofs – konkret zu beleuchten.

2. Die bisherigen Lösungsansätze zum Entfallen der Strafbarkeit

Wie eingangs erläutert, geht es dabei zunächst um diejenigen Fallgruppen des einseitigen Behandlungsabbruchs, die in ihrer Zulässigkeit grundsätzlich anerkannt sind, mithin um die primär indikationsgegründeten Therapiebegrenzungen. Die uneinheitlich beurteilten Fälle des einseitigen Behandlungsabbruchs werden unter Abschnitt II.2. des hiesigen Kapitels behandelt.

Zusammenfassend skizziert besteht Einigkeit dahingehend, dass eine Therapie abgebrochen bzw. unterlassen werden darf, die hinsichtlich des Krankheitsverlaufs des Patienten keinerlei Wirkung erwarten lässt. In Fällen, in denen sich der behandelnde Arzt außerstande sieht, eine kurative Behandlung zum Wohle des Patienten im Sinne des Gebots der Lebenserhaltung anzubieten, kann grundsätzlich auch keine strafrechtliche Verbotsnorm auf einen diesbezüglichen Therapieabbruch angewandt werden. Der Behandlungsauftrag des Arztes ist sodann nicht mehr auf eine Lebensverlängerung gerichtet.²⁷¹

Gemäß einer in der Literatur verbreitet vertretenen Auffassung wird die Verneinung der Strafbarkeit bei Behandlungsabbrüchen aufgrund fehlender

²⁷¹ *Albrecht*, FS für Schreiber 2003, S. 551 (562f.).

Indikation dogmatisch mit dem Entfallen der Garantenstellung des Arztes²⁷² für das Rechtsgut Leben des Patienten²⁷³ – und damit letztlich mit der Verneinung des objektiven Tatbestandes eines denkbaren, durch Unterlassen begangenen Tötungsdeliktes – begründet.

Dabei steht die ärztliche Behandlungspflicht laut *Eser* grundsätzlich unter dem Vorbehalt des medizinisch Möglichen, d.h. die durch eine Behandlungsübernahme begründete Garantenpflicht eines Arztes muss schließlich dort enden, „wo eine weitere Lebensverlängerung faktisch unmöglich (geworden) ist“.²⁷⁴ Die Garantenstellung des Arztes verpflichtet ihn insoweit, als er all jene medizinischen Maßnahmen einzuleiten hat, deren Einsatz zu einer Verbesserung des Gesundheitszustandes des Patienten führen kann.

Sofern die aktuelle Prognose des Patienten aber keine Verbesserung seines Zustandes mehr zulässt, stößt die ärztliche Behandlungspflicht an die ihr innewohnende Grenze. Ein Arzt kann nicht zur Einleitung einer Maßnahme verpflichtet sein, die ihren Sinn verloren hat und medizinisch nicht mehr indiziert ist. Der insofern bestehende Konflikt zwischen ärztlicher Lebenserhaltungspflicht und der Zumutbarkeit ärztlicher Hilfeleistung wird dahingehend sinnvoll aufgelöst, dass sich die Behandlungspflicht des Arztes einzig und allein auf das medizinisch Gebotene bezieht. Ein unter diesen Umständen eingeleiteter Abbruch einer Behandlungsmaßnahme ist sodann als Entscheidung über den Wert oder Unwert dieser Behandlungsmethode und nicht als Werturteil über das Leben des betroffenen Patienten zu begreifen.²⁷⁵

In diesem Zusammenhang stellt der aufgrund des Entfallens der Garantenstellung durchgeführte ärztliche Behandlungsabbruch zwar eine Unterbrechung des bislang bestehenden rettenden Kausalverlaufs gegenüber dem Patienten dar. Sofern die den Kausalverlauf aufrechthaltende Rettungshandlung aber von niemandem mehr – und damit auch nicht mehr vom behandelnden Arzt – verlangt werden kann, entfällt die entsprechende

²⁷² *Weißbauer/Opderbecke*, MedR 1995, 456 (460f.).

²⁷³ *Albrecht*, FS für Schreiber 2003, S. 551 (562).

²⁷⁴ *Eser*, in: Lawin, Grenzen der ärztlichen Aufklärungs- und Behandlungspflicht, 1982, S. 77 (85).

²⁷⁵ *Weißbauer/Opderbecke*, MedR 1995, 456 (460f.).

Rechtspflicht zur Aufrechterhaltung. Folglich ist bereits der objektive Tatbestand eines in Frage stehenden Tötungsdelikts als nicht erfüllt anzusehen.²⁷⁶

3. Die dogmatischen Konsequenzen des Fuldaer Falles

Betrachtet man obige Ausführungen zum Entfallen der Strafbarkeit im Lichte des Fuldaer Falls²⁷⁷, kommt man nicht umhin festzustellen, dass diese Begründungsansätze kaum mit den Vorgaben des Bundesgerichtshofs im Fuldaer Fall in Einklang zu bringen sind: Der Urteilsbegründung zufolge geht es im normativ-rechtlichen Sinne um einen als Behandlungsabbruch bezeichneten Komplex aktiv und passiv erfolgender lebensbeendender Maßnahmen, die es mit Blick auf eine denkbare Strafbarkeit zu legitimieren gilt.²⁷⁸ Da die Garantenstellung gemäß der herrschenden Lehre allerdings ein Sondergut der Unterlassungsdelikte darstellt²⁷⁹, kann sie – zumindest auf den ersten Blick – im Falle eines aktiv begangenen Behandlungsabbruchs nur schwerlich für die Argumentation zum Entfallen einer Strafbarkeit bei einem Totschlag durch Begehen herangezogen werden.

Auf der Suche nach einer anderen tauglichen dogmatischen Grundlage für das Entfallen des objektiven Tatbestandes ließen sich im Anwendungsbereich der einseitig und aktiv veranlassten Behandlungsabbrüche unter Umständen diejenigen Ansatzpunkte für das Entfallen einer Strafbarkeit heranziehen, die von der Literatur für andere Konstellationen der Sterbehilfe entwickelt worden sind.

Wirft man beispielsweise einen Blick auf Argumentationsstrukturen aus dem Bereich einvernehmlicher Behandlungsabbrüche, finden sich Überlegungen einer verfassungskonformen Auslegung oder einer teleologischen Reduktion von § 212 StGB mit Blick auf diejenigen Abbruchhandlungen, die ihrem Sinngehalt nach nicht als Tötung im strafrechtlichen Sinne angesehen werden können.²⁸⁰

Andere Autoren argumentieren wiederum mit der Verneinung der objektiven

²⁷⁶ Hirsch, in: Küper u.a., FS für Lackner 1987, S. 597 (605f.).

²⁷⁷ BGHSt 55, 191 (191ff.).

²⁷⁸ BGHSt 55, 191 (201ff.).

²⁷⁹ Fischer, StGB, § 13 Rn. 7f.; a.A. Satzger, JURA 2011, 749 (751); Kuhlen, in: Paeffgen u.a., FS für Puppe 2011, S. 669 (671), Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, S. 159.

²⁸⁰ Bartsch, in: Schröder/Hellmann, FS für Achenbach 2011, S. 13 (26f.).

Zurechnung, da sich beim Behandlungsabbruch kein rechtlich relevantes Risiko verwirklicht²⁸¹ und dem behandelnden Arzt kein rechts- bzw. pflichtwidriges Verhalten zur Last gelegt werden kann.²⁸² Die fehlende rechtliche Verantwortlichkeit für den tatbestandlichen Erfolg führt demgemäß zur Verneinung der objektiven Zurechnung und daher auch zur Verneinung des objektiven Tatbestands.²⁸³

Einige dieser Ansatzpunkte – insbesondere die Verneinung der Schaffung eines rechtlich relevanten Risikos bzw. die Verneinung rechtlicher Verantwortlichkeit des Arztes – erscheinen durchaus nachvollziehbar. Es fragt sich, inwieweit diese Aspekte für den einseitigen Behandlungsabbruch nutzbar gemacht werden können.

Der Gedanke der teleologischen Reduktion des Tatbestands von § 212 StGB bzw. der Notwendigkeit seiner verfassungskonformen Auslegung mutet indes sehr weitgehend an. Insofern scheint vor allem die Kritik *Merkels* treffend, der gegen Lösungsansätze auf der Ebene des objektiven Tatbestands generell einwendet, dass der in Frage stehende Tatbestand eines Tötungsdeliktes nicht der richtige Ort sei, um mittels einer ethisch begründeten Intervention – d.h. der Abwehr medizinisch bedingter Inhumanität²⁸⁴ – das Rechtsgut Leben als nicht betroffen einzustufen. Vielmehr müsse auf der Prüfungsebene der Rechtswidrigkeit eine notstandsanaloge Abwägung zwischen vergangenen Präferenzen und künftigen Interessen des Patienten im Rahmen von § 34 StGB erfolgen.²⁸⁵

Zur Rechtfertigung des Behandlungsabbruchs mittels einer Orientierung an § 34 StGB solle jene Argumentation für die Straflosigkeit herangezogen werden, die im Rahmen indirekter Sterbehilfe zum Tragen komme: Diese Art der Sterbehilfe, die durch eine entsprechende Medikation teils sehenden Auges eine aktive Lebensverkürzung herbeiführt, wird als gerechtfertigt angesehen, wenn die Abwägung zwischen der Ermöglichung eines würdevollen Todes im Zustand weitgehender Schmerzfreiheit einer qualvollen, von Vernichtungsschmerzen

²⁸¹ Gaede, NJW 2010, 2925 (2927).

²⁸² Rissing-van Saan, ZIS 2011, 544 (549f.).

²⁸³ Engländer, JZ 2011, 513 (518).

²⁸⁴ Kreß, Medizinische Ethik, 2009, S. 252.

²⁸⁵ Merkel, ZStW 1995, 545 (569f.).

begleiteten Lebensverlängerung gegenübersteht und das Interesse der Leidvermeidung daher überwiegt.²⁸⁶ Dabei scheitert eine Subsumtion unter die Notstandsregeln auch nicht daran, dass das Höchstgut Leben im Rahmen einer Abwägung grundsätzlich nie unterliegen könne.²⁸⁷ Es geht hier letztlich nicht um die Gegenüberstellung von Leben im Vergleich zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten und dessen Recht auf körperliche Unversehrtheit. Die Ermöglichung eines Sterbens in Würde leitet sich vielmehr aus dem verfassungsrechtlich verbürgten Recht der Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG ab, welches auch gegenüber dem Rechtsgut Leben ein Höchstwertprädikat für sich beansprucht.²⁸⁸

Dieser Begründungsansatz passt aber nur eingeschränkt auf eine Behandlungssituation, in der ein etwaiger Patientenwille nicht beachtlich ist. Welche internen Interessen des Rechtsgutträgers sollen sich hier gegenüberstehen? Mit einem Recht des Patienten auf einen würdevollen Tod zu argumentieren, obwohl man den Willen des Patienten gar nicht kennt oder sich dieser Wille unter Umständen sogar gegen einen Behandlungsabbruch richtet, erscheint keine taugliche Grundlage für eine sinngemäße Abwägung im Rahmen von § 34 StGB.

Insgesamt betrachtet ist zur Vermeidung einer rechtlich nur unzureichenden Erfassung sämtlicher Varianten der Sterbehilfe in jedem Fall die Tatbestandsebene denkbarer Straftatbestände als betroffen anzusehen. Für die vorliegend zu prüfenden Konstellationen einseitiger Behandlungsabbrüche ist es für den weiteren Prüfungsverlauf zudem überzeugender, die Fragestellung der Zulässigkeit des einseitigen Behandlungsabbruchs im Deliktsaufbau auf der Ebene des objektiven Tatbestands zu verorten.

Da der Arzt aufgrund des wechselnden Inhalts seines ihm gegenüber dem Patienten obliegenden Heilauftrages²⁸⁹ nicht ausnahmslos als Garant für Leib und Leben des Patienten angesehen werden kann, ist eine stillschweigende Unterstellung der Tatbestandsmäßigkeit auch nicht erforderlich.²⁹⁰ Es bedarf

²⁸⁶ BGHSt 42, 301 (305).

²⁸⁷ *Rosenau*, in: Heinrich u.a., FS für Roxin 2011, S. 577 (584).

²⁸⁸ *Rosenau*, in: Fischer/Bernsmann, FS für Rissing-van-San 2011, S. 547 (560).

²⁸⁹ BGHSt 46, 279 (285); *Albrecht*, FS für Schreiber 2003, S. 551 (556).

²⁹⁰ *Albrecht*, FS für Schreiber 2003, S. 551 (562).

nicht zwingend einer Verortung der Fragestellung auf der Rechtswidrigkeitsebene, um ärztliche Abwägungsentscheidungen nachvollziehbar abbilden zu können, sofern der behandelnde Arzt seine Abwägung, die dadurch bedingte Verneinung der Indikation sowie die darauf basierende Abbruchentscheidung auf transparente und zulässige Kriterien stützt. Dieser Gedanke wird noch näher beleuchtet werden. Vorab gilt es jedoch mit Blick auf die oben dargestellten Konsequenzen des Fuldaer Falls zu klären, ob die Frage nach der Zulässigkeit des einseitigen Behandlungsabbruchs dogmatisch dergestalt beantwortet werden kann, dass eine stringente Erfassung aller denkbaren Konstellationen von Tun und Unterlassen möglich wird.

II. Der denkbare Lösungsansatz im Lichte des Fuldaer Falles

Eine ganzheitliche Lösungsmöglichkeit für die Fallgruppen von Tun und Unterlassen ließe sich entgegen der unter Abschnitt I.3. geschilderten herrschenden Lehre²⁹¹ beispielsweise damit begründen, dass auch der objektive Tatbestand eines in Frage stehenden Begehungsdelikts das Vorliegen einer Garantenstellung des Täters voraussetze.²⁹² Demgemäß könnte neben dem einseitigen passiven Behandlungsabbruch der aktiv bewirkte Abbruch unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig erachtet und auf Basis derselben dogmatischen Herangehensweise behandelt werden.

Die zu untersuchende Literaturmeinung basiert dabei auf dem Grundgedanken, dass in jedem Begehungsdelikte als Minus ein unechtes Unterlassungsdelikt verborgen liegt.²⁹³ Demzufolge ist die Garantenstellung und die sich daraus konkret ergebende Garantenpflicht gerade kein Sondergut der unechten Unterlassungsdelikte, sondern entfaltet bei aktiv begangenen Delikten ebenfalls Relevanz.

²⁹¹ Fischer, StGB, 2019, § 13 Rn. 7f.; a.A. Satzger, JURA 2011, 749 (751); Kuhlen, in Paeffgen u.a., FS für Puppe 2011, S. 669 (671), Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 159.

²⁹² Herzberg, JZ 1988, 573 (579); ders., JuS 1996, 377 (382ff.); Pawlik in: Becker/Roth, Recht der Älteren, 2013, S. 127 (159).

²⁹³ Herzberg, JZ 1988, 573 (579); ders., in: Pawlik/Zaczyk, FS für Jakobs 2007, S. 147 (158).

Generell betrachtet stellt die Lehre von den Garantenstellungen einen Ausdruck der Spezifizierung und Systematisierung von Zuständigkeitstatbeständen dar. Es geht dabei um die Frage, auf welcher Grundlage ein Bürger bei der Steuerung seines eigenen Verhaltens für die Integritätsinteressen eines Dritten zuständig, d.h. garantenpflichtig ist und demgemäß auf fremde Interessen Rücksicht nehmen muss, sowie auch darum, in welchem Umfang diese Pflicht zur Rücksichtnahme besteht.²⁹⁴

Eine derartige Spezifizierung der Zuständigkeit eines Täters scheint bei Begehungstätern vordergründig nicht erforderlich zu sein: Dem Begehungstäter werde der tatbestandliche Erfolg zugerechnet, weil er ihn bedingt habe²⁹⁵, und nicht etwa deswegen, weil er diesbezüglich garantenpflichtig sei. Die Zurechnung ergebe sich daher bereits aus der aktuellen Beherrschung des zur Rechtsgutsverletzung führenden Geschehens.²⁹⁶

Diese Argumentation ist jedoch für sich genommen unvollständig: Auch der Begehungstäter haftet nicht schon immer dann, wenn er einen Erfolg vermeidbar verursacht hat, sondern nur, wenn er auch Garant dafür ist, die Verursachung zu vermeiden.²⁹⁷ Ist Letzteres der Fall, stellt der Aktivtäter hinsichtlich der Erfolgsvermeidung der von ihm geschaffenen Gefahrenquelle geradezu einen „Garant[en] par excellence“²⁹⁸ dar. Wenn beispielsweise bei einem Schiffsuntergang ein Passagier, der mittels Losverfahren ausgewählt wurde, sich auf den letzten Platz in einem Rettungsboot setzt, bewirkt er dadurch sehenden Auges, dass der nach ihm an die Reihe kommende Passagier ertrinkt. Letzterer kann jedoch nicht verlangen, dass der im Rettungsboot sitzende Passagier auf seinen Platz verzichtet. Dem Dritten gegenüber hat der Ausgeloste vorliegend keine Schadlosigkeit zu garantieren. Vielmehr ist er von dem, was geschieht, normativ abgeschnitten.²⁹⁹

Dieses Beispiel macht deutlich, dass die faktische Herrschaft über den eigenen Körper für sich genommen noch keinen tauglichen Zurechnungsgrund darstellt.

²⁹⁴ Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 158.

²⁹⁵ Gimbernat Ordeig, ZStW 1999, 307 (333f.); Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 159.

²⁹⁶ Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 159.

²⁹⁷ Jakobs, in: Dornseifer u.a., GS für Kaufmann 1989, S. 271 (284).

²⁹⁸ Herzberg, JZ 1988, 573 (579).

²⁹⁹ Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 27f.

Sie reicht vielmehr erst dann aus, wenn aufgrund dieser Herrschaft dem Ausübenden eine erhöhte soziale Verantwortlichkeit obliegt. Die Begehung einer bestimmten Handlung im Sinne der objektiven Zurechenbarkeit muss folglich einer Sonderverantwortlichkeit unterworfen sein, die über eine bloße faktische Herrschaft hinausreicht³⁰⁰ und den Handelnden im Zentrum seines Herrschaftskreises, der zugleich Sphäre seiner sozialen Verantwortung ist³⁰¹, treffen. Eine eigenhändige Begehung liegt demzufolge nicht bereits darin, dass man sehenden Auges einen Erfolg verursacht, sondern ist erst dann gegeben, wenn man den Erfolg organisiert hat und demgemäß für ihn zuständig ist. Im Ergebnis haftet der Begehungstäter daher immer in den Fällen, in denen er Garant dafür ist, etwas nicht vermeidbar zu verursachen.³⁰²

Dem ist zuzustimmen. Nicht jede faktische Begehung einer Handlung führt dazu, dass dem Handelnden daraus ein Strafbarkeitsvorwurf erwächst. Denn selbst wenn im Regelfall ein derartiger Zusammenhang bei aktiven Begehungsdelikten ohne Weiteres besteht und somit eine dogmatische Hinterfragung der Verantwortlichkeit des Täters für den Erfolg nicht notwendig erscheint, zeigt sich bereits an dem obigen Beispiel des Schiffsunglücks, dass nicht in allen Fällen aktiver Begehung die Handlung des Täters dessen strafrechtliche Verantwortlichkeit für das Geschehene automatisch nach sich zieht.

Dass eine aktive Begehung nicht uneingeschränkt zu einer Zurechnung des strafrechtlichen Erfolges führt, ist im Übrigen auch von der herrschenden Strafrechtsdogmatik anerkannt: Diese bricht mit dem Credo der Verantwortlichkeit qua faktischer Verursachung, sobald es um die zweifelhafte Zuständigkeitsverteilung von Risiken und um die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen geht. Das betrifft beispielsweise Konstellationen des eigenverantwortlichen Dazwischentretens Dritter und Situationen eigenverantwortlicher Selbstschädigung. Um die dabei im Raum stehenden fraglichen Verantwortungsbereiche voneinander abgrenzen zu können, findet die Lehre von der objektiven Zurechnung Anwendung. Die Funktion dieser Lehre besteht jedoch letztlich wiederum darin, die tatbestandliche Reichweite von

³⁰⁰ Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S. 195.

³⁰¹ Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S. 172.

³⁰² Jakobs, in: Dornseifer u.a., GS für Kaufmann 1989, S. 271 (284f.).

Begehungsdelikten dadurch zu verengen, dass auf die Begrenztheit der rechtlichen Einstandspflicht des Täters Bezug genommen wird.³⁰³

Im Ergebnis bewirkt der Einsatz der Lehre von der objektiven Zurechnung daher nichts, was nicht auch die Fragestellung nach dem Bestehen einer Garantenstellung leistet. Letztere zielt inhaltlich auf die zu verantwortenden Gefahrendimensionen bezüglich einer bestimmten Sache ab³⁰⁴ und legt die Grenzen dieser Sonderverantwortung fest.

Die Lehre von der objektiven Zurechnung ist schlussendlich diejenige Begründungsfigur strafrechtlicher Inpflichtnahme, die in ihrer Anwendung bei Begehungsdelikten geläufiger erscheint als die Nutzbarmachung der Garantenpflicht, die nach der herrschenden Lehre den Unterlassungsdelikten vorbehalten zu sein scheint. Rein inhaltlich betrachtet beschäftigen sich beide Begründungsfiguren aber mit demselben Ziel, nämlich der legitimen Begrenzung strafrechtlicher Verantwortlichkeit bezüglich denkbarer Straftatbestände. Diese insofern übereinstimmende dogmatische Funktion wird noch anhand eines weiteren Gesichtspunktes deutlich:

Grundsätzlich enthalten Straftatbestände nicht nur Verbote, sondern bis zu einem gewissen Maß auch die Gestattung von riskantem Verhalten, wie beispielsweise der generell gefahrgeneigten Teilnahme am Straßenverkehr.³⁰⁵ Die Wahrnehmung des mit dieser Gestattung einhergehenden Handlungsspielraums ist in strafrechtlicher Hinsicht dabei ohne Belang, solange sich der Handelnde im Rahmen des ihm erlaubten Risikos bewegt. Erst die pflichtwidrige Übertretung von Rechtsnormen, die jene konkrete Erfolgsherbeiführung verhindern sollen, führt zur Schaffung eines unerlaubten Risikos, das sich im Eintritt des straftatbestandlichen Erfolges verwirklicht.³⁰⁶

Ein ähnliches Bild ergibt sich bei der Frage nach dem Bestehen einer Garantenstellung: Es ist anerkannt, dass ein pflichtwidriges Vorverhalten eine

³⁰³ *Roxin*, AT I, 2006, § 11 Rn. 106ff.; *Kindhäuser*, AT, 2017, § 11 Rn. 22 ff.; *Kühl*, AT, 2017, § 4 Rn. 83 ff.; *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 160.

³⁰⁴ *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 377f.

³⁰⁵ *Roxin*, AT I, 2006, § 11 Rn. 66; *Kindhäuser*, AT, 2017, § 33 Rn. 8, 26f.; *Kühl*, AT, 2017, § 17 Rn. 16 ff.; *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 336.

³⁰⁶ *Kretschmer*, JURA 2000 267 (270); *Roxin*, AT I, 2006, § 24 Rn. 17; *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 340.

Garantenpflicht auszulösen vermag.³⁰⁷ Die gesteigerte rechtliche Verantwortlichkeit des Garanten basiert dabei auf der pflichtwidrigen Gefahrschaffung, die sich gerade nicht mehr im Rahmen der Sozialadäquanz bewegt und die Grenze des erlaubten Risikoverhaltens überschreitet.³⁰⁸

Rein objektiv betrachtet ist die Garantenpflicht daher nichts anderes als die Folge der Schaffung eines unerlaubten Risikos, welches die rechtliche Sonderverantwortlichkeit des jeweiligen Verursachers nach sich zieht. Es kommt daher nicht entscheidend darauf an, ob ein Verbrechen durch Tun oder Unterlassen bewirkt wird. Die Urform der Sonderverantwortlichkeit ist vielmehr unabhängig davon, ob Risiken geschaffen oder nicht abgewendet werden, da es auf die Verhaltensform nicht ankommt.³⁰⁹ Die Strafbarkeit ergibt sich davon unabhängig aus der Verletzung einer dem Täter obliegenden Pflicht.³¹⁰ Diese Pflichtwidrigkeit wird dabei sowohl für das Unterlassen als auch für das Begehen vorausgesetzt.³¹¹

III. Der zentrale Ausgangspunkt des neuen Lösungsansatzes

Wendet man diesen Lösungsansatz auf die unter Kapitel B Abschnitt III.1.a. und b. geschilderten Konstellationen des einseitigen Behandlungsabbruchs an, zeichnet sich für die bislang anerkannten primär indikationsgegründeten Therapiebegrenzungen ein einheitliches Bild ab: Es kommt nicht darauf an, ob der Behandlungsabbruch aktiv oder passiv bewirkt wurde. Diese vom Bundesgerichtshof im Fuldaer Fall getroffene Festlegung lässt sich anhand des aufgezeigten Lösungsweges dogmatisch konsequent umsetzen. Der aktiv und/oder passiv bewirkte einseitige Behandlungsabbruch ist mithin straflos, wenn die dem Arzt qua Behandlungsvertrag obliegende Garantenpflicht nicht mehr besteht und der Arzt demzufolge aus seiner Garantenstellung entlassen wurde.

³⁰⁷ BGHSt 19, 152 (154f.); 23, 327 (327); 25, 218 (220ff.); 37, 106 (106, 115).

³⁰⁸ *Schlehofer*, in: Putzke u.a., FS für Herzberg 2008, S. 355 (359f.).

³⁰⁹ *Freund*, in: Putzke u.a., FS für Herzberg 2008, S. 225 (235).

³¹⁰ *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 161.

³¹¹ *Schlehofer*, in: Putzke u.a., FS für Herzberg 2008, S. 355 (359f.).

In der Terminologie von *Herzberg*³¹² gesprochen, begeht der den Behandlungsabbruch veranlassende Arzt eine aktive Tötung i.S.v. § 212 Abs. 1 StGB, wenn er den vermeidbaren Tod seines Patienten nicht vermeidet und eine Garantenstellung hinsichtlich des zu vermeidenden Erfolges innehat. Garant ist und bleibt der Arzt, soweit und solange ihm das an sich zu vermeidende Geschehen als Nichtvermeider zugerechnet werden kann, da er für die Erlaubtheit oder Unerlaubtheit des Geschehenen einzustehen hat. Der entscheidende juristische Kern seiner Strafbarkeit liegt demgemäß in der Nichtvermeidung des Schadens, der auf seine eigene Sonderverantwortung zurückgeht.³¹³

Bei den anerkannten Fallgruppen des einseitigen Behandlungsabbruchs ist es aber ab einem gewissen Krankheitsstadium unvermeidbar, dass medizinische Rettungsmaßnahmen keinerlei Wirkung mehr entfalten oder von einer unmittelbaren Todesnähe ausgegangen werden muss. Ab diesem Zeitpunkt gibt es für kurative Therapieansätze keine Indikation mehr und der unheilbare Krankheitsverlauf bedingt eine Fokussierung ärztlicher Betreuung auf die Leidensminderung und schlussendlich die Ermöglichung eines menschenwürdigen Sterbens.³¹⁴ Im Augenblick des Einsetzens jener terminalen Phase der Krankheit hat die Behandlungspflicht des Arztes zu entfallen, da allein die faktische Herrschaft über das Geschehen nicht (mehr) zur Begründung einer Sonderverantwortlichkeit³¹⁵ des Arztes bezüglich des Überlebens seines Patienten ausreicht. Der durch den Behandlungsabbruch eintretende Tod des Patienten kann dem Arzt dann trotz seiner ursprünglichen Position als Nichtvermeider³¹⁶ nicht mehr zugerechnet werden. Aufgrund der entfallenen ärztlichen Sonderverantwortlichkeit ist die Garantenstellung zu verneinen und es fehlt demgemäß an einer der Voraussetzungen für die aktive Tötung i.S.v. § 212 Abs. 1 StGB.

Folglich können die primär indikationsgegründeten Konstellationen des einseitigen Behandlungsabbruchs auf der Tatbestandsebene einer einheitlichen

³¹² *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S. 172ff.

³¹³ *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S. 173f, 195.

³¹⁴ *Albrecht*, FS für Schreiber 2003, S. 551 (563).

³¹⁵ *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S. 195.

³¹⁶ *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S. 173f.; *Jakobs*, in: Dornseifer u.a., GS für Kaufmann 1989, S. 271 (284).

Lösung zugeführt werden: Die seitens des Arztes zu klärende Fragestellung ist stets die, ob er für das Rechtsgut Leben seines Patienten im Sinne einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit noch einzustehen hat. Davon kann dann nicht mehr ausgegangen werden, wenn die Behandlungspflicht des Arztes ein Ende gefunden hat. Sobald die Aussicht auf Heilung erloschen ist und kurative Maßnahmen zur Erzielung eines Behandlungserfolges nicht mehr zur Verfügung stehen, ist der Abbruch einer Behandlung dem sozialen Sinngehalt nach nicht als Tötungshandlung zu verstehen, da sich der Abbruch nicht gegen das Leben richtet.³¹⁷ Konkret bedeutet dies, dass – sobald die Behandlungspflicht des Arztes entfallen ist – die Beendigung der kurativ ausgerichteten Behandlung keine Schaffung einer rechtlich relevanten Gefahr mehr darstellen kann. Letztere zu bejahen wäre angesichts der zuvor getroffenen Feststellung schlicht inkonsequent.

Zusammenfassend stellt das zum Behandlungsabbruch führende aktive Tätigwerden des Arztes – mangels bestehender rechtlicher Sonderverantwortlichkeit für den Tod des Patienten – keine Schaffung einer rechtlich relevanten Gefahr mehr dar, zu deren Beherrschung der Arzt verpflichtet wäre. Mit anderen Worten ist der Arzt vom tatbestandlichen Erfolg der in Frage kommenden Tötungsdelikte normativ abgeschnitten³¹⁸, sein Handeln ist mithin tatbestandslos.

Die Verneinung des objektiven Tatbestandes ist insofern auch mit Blick auf die in Abschnitt I.3. geschilderten Literaturmeinungen konsequent, die sich auf einvernehmliche Behandlungsabbrüche beziehen und in diesem Zusammenhang mangels Schaffung eines unerlaubten Risikos ebenfalls eine Lösung auf der Tatbestandsebene favorisieren.

Der in Abschnitt I.3. angeführten Kritik, ein ethisch und moralisch gewünschtes Ergebnis könne im Tatbestand des § 212 StGB nicht richtig verortet werden³¹⁹, ist insofern nicht zuzustimmen. Es geht hier gerade nicht um eine ethische, sondern um eine juristische Fragestellung: Wo endet die rechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für das Leben seines Patienten? Diese Frage lässt

³¹⁷ Herzberg, NJW 1996, 3043 (3048f.).

³¹⁸ Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 28.

³¹⁹ Merkel, ZStW 1995, 545 (569f.).

sich mit aller Deutlichkeit beantworten: Die Behandlungspflicht des Arztes muss dort enden, wo dem Patienten nicht mehr geholfen werden kann. Mit dem Entfallen dieser rechtlichen Verantwortlichkeit endet die Garantenstellung des Arztes³²⁰ und es entfällt ein notwendiger Bestandteil des vorliegend vertretenen Handlungsbegriffs, namentlich „das vermeidbare Nichtvermeiden eines Erfolges in Garantenstellung“³²¹.

IV. Die Ausdehnung der Zulässigkeit des einseitigen Behandlungsabbruchs auf Basis des neuen Lösungsansatzes

Bei den strittigen Therapiebegrenzungen handelt es sich, wie in Kapitel B Abschnitt III.3. erläutert, um die Konstellationen der einseitig bewirkten Behandlungsabbrüche gegenüber irreversibel bewusstlosen oder final dementen Patienten.

1. Der bisherige dogmatische Meinungsstand

Die dogmatische Begründung der Literaturmeinungen, die entgegen dem Bundesgerichtshof einen einseitigen Behandlungsabbruch auch diesseits der unmittelbaren Sterbephase bei irreversibler Bewusstseinslosigkeit des Patienten für zulässig erachten, richtet sich an den in Abschnitt I.2. näher erläuterten Anknüpfungspunkten aus. *Hirsch* hat hierzu mit Blick auf die Tatbestandsebene Folgendes ausgeführt: Der Behandlungsabbruch und damit der Eingriff in einen bislang bestehenden rettenden Kausalverlauf erfülle keinen objektiven Tatbestand eines Tötungsdelikts, wenn zur Aufrechterhaltung dieses Kausalverlaufes keine Rechtspflicht mehr bestehe. Letzteres treffe auf Patienten zu, die ihr Bewusstsein irreversibel verloren haben.³²²

Gemäß der vorliegend vertretenen Auffassung sind die aktiven und passiven Formen des einseitigen Behandlungsabbruchs dogmatisch einheitlich auf der

³²⁰ *Everschor*, Probleme der Neugeborenenethanasie, 2001, S. 38.

³²¹ *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S. 174.

³²² *Hirsch*, in: Küper u.a., FS für Lackner 1987, S. 597 (605f.).

Ebene des Tatbestandes über ein Entfallen der Garantenstellung des behandelnden Arztes zu erfassen. Insofern wird auf die in Abschnitt II. und III. gemachten Ausführungen verwiesen.

Es ist jedoch fraglich, inwieweit der Arzt in einer Konstellation, in der er – ohne einen oder sogar unter Umständen entgegen einem zuvor geäußerten Patientenwillen agiert – durch den einseitigen Behandlungsabbruch nicht doch ein unerlaubtes Risiko für den Patienten schafft, für das er im Sinne einer rechtlichen Sonderverantwortlichkeit zuständig ist. Dann könnte gerade nicht davon ausgegangen werden, dass die Garantenstellung entfällt, und eine Strafbarkeit des Arztes wäre mithin gegeben.³²³

Die Beurteilung dieser Frage ist deshalb als kritischer Punkt der Argumentation zu betrachten, weil sich – wie bereits erläutert – die Bejahung der Zulässigkeit eines nicht subjektiv determinierten Behandlungsabbruchs diesseits der unmittelbaren Sterbephase als Widerspruch zur herrschenden Meinung darstellt: Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung kommt nicht willensbezogenen, objektiven Kriterien außerhalb der unmittelbaren Sterbephase – wie beispielsweise einer medizinischen Maßnahmenbewertung im Sinne einer allgemeinen Vernünftigkeit- oder Normalitätsprüfung – gerade kein eigenständiger Beurteilungscharakter zu. Die Klärung der Zulässigkeit eines Behandlungsabbruchs erfolgt zum Zwecke der Wahrung der Patientenautonomie vielmehr subjektiv und damit am Willen des Patienten orientiert.³²⁴ Sofern die subjektive Willensbasis in der Vorsterbephase bei einem Patienten zweifelhaft ist, kann es keine objektiven Kriterien geben, die dieses Defizit verlässlich kompensieren können.³²⁵

Mit Blick auf das Kriterium der medizinischen bzw. ärztlichen Indikation gilt dabei nichts anderes. In diesem Zusammenhang geht es zwar weniger um die Fragestellung, ob dem Indikationskriterium die Eignung zuerkannt wird, eine einseitige Behandlungsbegrenzung zu legitimieren. Das ist für die unter Kapitel B, Abschnitt III.1. a. und b. erläuterten Fälle der unmittelbaren Sterbephase und

³²³ Everschor, Probleme der Neugeborenenethanasie, 2001, S. 38.

³²⁴ BGHSt 40, 257 (263); Achenbach, JURA 2002, 542 (546f.); Kaufmann, in: Schünemann u.a., FS für Roxin 2001, S. 841 (849).

³²⁵ Saliger, KritV 2001, 382 (422).

der wirkungslosen Behandlungen grundsätzlich anerkannt. In der vorliegenden strittigen Konstellation dreht sich die Diskussion vorrangig um die Fragestellung, ob die medizinische bzw. ärztliche Indikation bei einer derartigen Behandlungssituation bejaht oder verneint werden muss.

Der bislang herrschenden Meinung folgend muss das Entfallen der Indikation bei irreversiblen Bewusstseinsverlust sowie finaler Demenz insgesamt restriktiv gehandhabt werden. Würde ein Entfallen der Indikation relativ weitläufig bejaht werden, bestünde die Gefahr einer übermäßigen Fremdbestimmung im Sinne einer Umgehung des Selbstbestimmungsrechts bzw. die Gefahr einer ungenügenden Nachvollziehbarkeit der betreffenden Indikationsentscheidung.³²⁶ Entfielen die Indikation, entfielen demzufolge auch die Aufklärungspflicht gegenüber dem Patienten bzw. dessen Betreuer, der in den vorliegenden Fallkonstellationen letztlich der Ansprechpartner des Arztes bezüglich weiterer Behandlungsentscheidungen ist. Die Möglichkeit der Wahrung des patientenseitigen Selbstbestimmungsrechts³²⁷ wäre somit nicht mehr durchgängig gegeben. Solange das Behandlungsziel der reinen Lebenserhaltung noch bejaht werden kann, besteht demnach auch eine diesbezügliche Indikation.³²⁸

2. Die Berücksichtigung der neuen Rechtsprechung

An diese Prämisse anknüpfend gilt es nunmehr das in Kapitel B, Abschnitt III.3.b. zitierte Urteil des Oberlandesgerichts München noch einmal näher zu beleuchten. Hinsichtlich der Sachverhaltsdarstellung wird auf die in besagtem Abschnitt gemachten Ausführungen verwiesen.

Das Gericht wertete die bei einem schwerkranken, kommunikationsunfähigen Pflegeheimbewohner ohne entsprechende Betreuerkonsultation über 22 Monate unter zweifelhafter Indikation fortgeführte künstliche Ernährung als Pflichtverletzung des Arztes hinsichtlich der notwendigen Eingriffsaufklärung, da

³²⁶ Vgl. insofern *Verrel*, in: Pawlik/Zaczyk, FS für Jakobs 2007, S. 715 (727), der diesbezüglich von einem zu vermeidenden Eigenleben der Indikationsentscheidung spricht.

³²⁷ BT-Drs. 14/9020 vom 14.05.2002, S. 201.

³²⁸ *Hörr*, Passive Sterbehilfe und betreuungsgerichtliche Kontrolle, 2011, S. 247ff.

gerade in Behandlungssituationen mit unklarer Indikation eine besonders ausführliche Aufklärung gegenüber dem Betreuer hätte erfolgen müssen. Das war vorliegend jedoch nicht geschehen. Dabei war allgemein unstreitig, dass eine mutmaßliche Willensermittlung des Betreuten selbst bei erfolgter Aufklärung des Betreuers nicht gelungen wäre.³²⁹ Es gab mit anderen Worten keinerlei Anhaltspunkte dafür, wie die zu treffende Behandlungsentscheidung hätte subjektiv determiniert werden können.

Bei der Frage nach der Indikationsstellung setzte sich das Gericht zunächst mit den Empfehlungen und Leitlinien auseinander, die sich mit ethischen und rechtlichen Gesichtspunkten enteraler Ernährung sowie ärztlicher Sterbebegleitung beschäftigen. Gemäß diesen Leitlinien ist bei irreversiblen Krankheitsverläufen ohne Möglichkeit der Remission der Behandlungsabbruch einer Aufrechterhaltung der künstlichen Ernährung vorzuziehen: „Abgesehen davon, dass bei jedem Menschen einmal die Therapiebemühung an natürliche Grenzen stößt und einen Lebensgewinn für den Patienten nicht mehr ermöglicht, ist die Ernährung jedenfalls bei diesen Patienten indiziert und fortzusetzen, solange Möglichkeiten der Remission nicht ausgeschlossen sind.“³³⁰ Eine Remission war vorliegend nicht zu erwarten. Des Weiteren ist eine Sondenernährung laut den Leitlinien als nicht indiziert anzusehen „in finalen Krankheitsstadien einschließlich finalen Stadien der Demenz sowie zur Pflegeererleichterung oder Zeitersparnis“³³¹. Im hiesigen Fall hatte der Patient ein derart finales Krankheitsstadium unstrittig erreicht.

Aufgrund des vorliegenden Sachverhalts lag es nahe, dass die sich aus der Behandlungsweiterführung ergebenden gesundheitlichen Belastungen des bereits jahrelang vollkommen immobilen und kommunikationsunfähigen bettlägerigen Patienten deren denkbare Vorteile (wie beispielsweise eine verbesserte Lebensqualität) überlagerten.³³² Folglich hätte die Einstellung der Sondenernährung erwogen werden müssen.

Ein weiterer relevanter Aspekt des Urteils bezieht sich auf das Verhältnis der

³²⁹ *OLG München*, Ur. v. 21.12.2017 – 1 U 454/17, MedR 2018, 317 (322ff.).

³³⁰ *Körner* u.a., *Aktuel Ernaehr Med* 2003, Supplement, S36 (S37).

³³¹ *Volkert* u.a., *Aktuel Ernaehr Med* 2004, 198 (198f.).

³³² *OLG München*, Ur. v. 21.12.2017 – 1 U 454/17, MedR 2018, 317 (322f.).

Indikationsstellung zum „In dubio pro vita“-Grundsatz: Da der mutmaßliche Patientenwille vorliegend nicht festgestellt werden konnte, ist § 1901 Abs. 2 BGB anzuwenden. Insofern stellt das (subjektive) „Wohl des Betreuten“ den Handlungsmaßstab für den Betreuer dar. Der Begriff des Wohls wird dabei als Zustand definiert, in dem sich jemand in seinen persönlichen Verhältnissen wohlfühlt. Bei einem nicht mehr kommunikationsfähigen, schwerstkranken Patienten kommen von medizinischen Wertungen beeinflusste allgemeine Wertvorstellungen zum Tragen.³³³

In diesem Zusammenhang nahm das Gericht auf die Gesetzesbegründung von § 1901a Abs. 2 BGB Bezug: „Kann ein auf die Durchführung, die Nichteinleitung oder die Beendigung einer ärztlichen Maßnahme gerichteter Wille des Betreuten auch nach Ausschöpfung aller verfügbaren Erkenntnisse nicht festgestellt werden, gebietet es das hohe Rechtsgut auf Leben, entsprechend dem Wohl des Betreuten zu entscheiden und dabei dem Schutz des Lebens Vorrang einzuräumen.“³³⁴ Diese Ausführungen beziehen sich nach Ansicht des Oberlandesgerichts jedoch nur auf ärztliche Maßnahmen sowie Eingriffe, die gemäß § 1901a BGB als indiziert gelten. Da im vorliegenden Fall die medizinische Indikation für die Sondenernährung allerdings sehr zweifelhaft war, greife der Grundsatz „in dubio pro vita“ nicht ein.³³⁵

Mit Blick auf die Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer wies das Gericht zudem darauf hin, dass Behandlungswünsche stets an die ärztliche Indikation gebunden seien. Es bestehe ärztlicherseits „keine Verpflichtung, den Behandlungswünschen Folge zu leisten, wenn keine Indikation für eine Behandlung (mehr) besteht“³³⁶.

Als Zusammenfassung dieser Ausführungen lässt sich daher Folgendes festhalten: Das Vorliegen der medizinischen bzw. ärztlichen Indikation war aufgrund des schlechten Zustandes des Patienten sehr zweifelhaft. Eine Ermittlung des (mutmaßlichen) Patientenwillens hat bzw. hätte zu keinerlei Ergebnis geführt. Aufgrund der zweifelhaften Indikation wäre es zwingend

³³³ *BGH*, Beschl. v. 17.03.2003 - XII ZB 2/03, juris-Rn. 46.

³³⁴ BT-Drs. 16/8442 vom 06.03.2008, S. 16.

³³⁵ a.A. *Huber*, *GesR* 2017, 613 (618).

³³⁶ *BÄK*, Empfehlungen zum Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis, *Dtsch. Ärztebl.* 2010, A 878 (A 879).

erforderlich gewesen, dass der behandelnde Arzt mit dem Betreuer denkbare Therapieoptionen bespricht und ihn über die medizinisch schwierige Situation umfassend aufklärt. Es ist nicht unwahrscheinlich, dass die Entscheidung des Betreuers bzw. – im Falle eines Dissenses zwischen Arzt und Betreuer – des Betreuungsgerichts hinsichtlich der Aufrechterhaltung der Sondenernährung anders ausgefallen wäre und das Pendel in Richtung Einstellung der künstlichen Ernährung ausgeschlagen hätte. Der Grundsatz „in dubio pro vita“ konnte aufgrund der zweifelhaften Indikation nicht eingreifen und hätte daher eine Weiterbehandlung nicht legitimieren können. Das durch die Aufrechterhaltung der Ernährung schlussendlich bedingte Weiterleben des Patienten muss konsequenterweise einen Schaden im Rechtssinne darstellen.

Wie bereits in Kapitel B erläutert, hat der Bundesgerichtshof die Verurteilung zur Zahlung eines Schmerzensgeldes zwischenzeitlich im Rahmen der Revision aufgehoben.³³⁷ Nichtsdestotrotz liefert die oben zitierte Argumentation des Oberlandesgerichts mit Blick auf den der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt einen vielversprechenden Begründungsansatz und soll daher im hiesigen strafrechtlichen Kontext zur Entwicklung des dogmatischen Lösungsansatzes argumentativ mit herangezogen werden.

3. Die Konsequenzen aus dem Urteil für die hiesige Fragestellung

Es gilt demnach zu klären, welche Konsequenzen aus der Entscheidung des Oberlandesgerichts für die vorliegende Fragestellung gezogen werden können.

Letztendlich lässt das Gericht offen, ob die Indikation tatsächlich entfallen war, denn die Pflichtverletzung des Arztes wird in der unterbliebenen Aufklärung des Betreuers bezüglich der zweifelhaften Indikationslage gesehen.³³⁸ Es handelt sich demnach nicht um einen Behandlungs-, sondern um einen

³³⁷ BGH, Urt. v. 02.04.2019 – VI ZR 13/18, NJW 2019, 1741 (1742).

³³⁸ OLG München, Urt. v. 21.12.2017 – 1 U 454/17, MedR 2018, 317 (324).

Aufklärungsfehler. Somit bleibt letztlich auch offen, ob im Falle einer indikationslosen Behandlung zudem ein Behandlungsfehler bejaht worden wäre.

Nichtsdestotrotz gibt das Gericht deutlich zu verstehen, dass bei einer zweifelhaften Indikationslage der Grundsatz „in dubio pro vita“ nicht einzugreifen vermag.³³⁹ Zudem lässt das Urteil erkennen, dass ein Abbruch der Behandlung – bei entsprechender Diskussion zwischen dem Betreuer, dem Arzt sowie ggf. dem Betreuungsgericht – für zulässig erachtet worden wäre, selbst wenn der Wille des Patienten zu keiner Zeit mehr feststellbar war. Es gab weder eine ausdrückliche noch eine mutmaßliche Willensbekundung, die der Entscheidung über einen denkbaren Behandlungsabbruch hätte zugrunde gelegt werden können.³⁴⁰ Ferner stellte das Gericht seine Ausführungen zu einer am Wohl des Patienten ausgerichteten Entscheidungsfindung in einen Zusammenhang mit dem in Frage stehenden „In dubio pro vita“-Grundsatz, wobei Letzterer aufgrund der äußert unsicheren Indikationslage für nicht anwendbar erachtet wurde.³⁴¹

Den gerichtlichen Ausführungen lässt sich daher die Wertung entnehmen, dass dem Wohl des Patienten – ohne seinen Willen zu kennen – durch die fortgeführte Behandlung gerade nicht gedient wurde. Eine Behandlung kann mit anderen Worten bei fraglicher Indikation dem Wohl des Patienten auch dann entgegenstehen, wenn der Abbruch der Behandlung letztlich zum Tod des Patienten führen würde. Da es mangels Remissionsmöglichkeit kein angemessenes Therapieziel (mehr) gab, war die Indikation der weiteren Behandlung mehr als fraglich, und da der Grundsatz „in dubio pro vita“ ohne eine entsprechende Indikation nicht einzugreifen vermag³⁴², muss in letzter Konsequenz der einseitige Behandlungsabbruch – unabhängig vom Vorhandensein einer entsprechenden (mutmaßlichen) Willensäußerung des Patienten – als zulässig erachtet werden.

Diese Konsequenz spricht das Oberlandesgericht zwar nicht explizit aus. Es handelt sich dabei jedoch um eine Schlussfolgerung, die aus den aufgestellten Prämissen gezogen werden kann: Sofern eine vollständige Indikationsprüfung

³³⁹ OLG München, Ur. v. 21.12.2017 – 1 U 454/17, MedR 2018, 317 (323).

³⁴⁰ OLG München, Ur. v. 21.12.2017 – 1 U 454/17, MedR 2018, 317 (322f.).

³⁴¹ OLG München, Ur. v. 21.12.2017 – 1 U 454/17, MedR 2018, 317 (323).

³⁴² OLG München, Ur. v. 21.12.2017 – 1 U 454/17, MedR 2018, 317 (323).

die weitere Behandlung als nicht mehr kunstgerecht erscheinen lässt, endet der Anwendungsbereich des „In dubio pro vita“-Grundsatzes. Der bislang so starr angewendete Grundsatz wird dadurch in gewissem Umfang einer Auslegung zugänglich gemacht. Die Auslegung ermöglicht dabei die Berücksichtigung bestimmter Erwägungen über das Patientenwohl, die es zusätzlich in die Abwägung mit einzustellen gilt. Anders formuliert stellt der Grundsatz „in dubio pro vita“ einen Bestandteil der Indikationsprüfung dar, der auf der normativen Stufe einzubeziehen ist.

Durch die Einbeziehung derartiger Erwägungen über das Wohl des Patienten durchläuft der Indikationsbegriff zu einem gewissen Grad eine inhaltliche Umorientierung, die ihn von der bisher herrschenden Interpretation entfernt. Dem Indikationsbegriff sind seine medizinische Fokussierung sowie die Ausrichtung am jeweiligen Patienten eigen. Die Einbeziehung der Wohlerwägungen ohne die Rückkoppelung an eine subjektive Willensäußerung des Patienten – egal ob ausdrücklicher oder mutmaßlicher Natur – weichen dabei von der bisher anerkannten subjektiven Interpretationsbandbreite ab und öffnen den Indikationsbegriff auf der individuell-ärztlichen Prüfebene für eine objektivere Auslegung. Je nachdem, wie die Möglichkeit der reinen biologischen Lebenserhaltung ohne naheliegende Aussicht auf Remission in der Abwägung gewertet wird, kann die Indikation bejaht oder verneint werden. Das wird im Folgenden zu prüfen sein.

Terminologisch betrachtet gilt es in diesem Zusammenhang jedoch zunächst zu klären, ob angesichts des obigen Wertungsprozesses von einer weiteren Individualisierung der Indikation gesprochen werden kann, obgleich die klassisch subjektive Rückkoppelung an den Patientenwillen³⁴³ ja gerade nicht vorhanden ist. Da das in der Wertung zu berücksichtigende Wohl aber anhand des konkret-individuellen Krankheitsverlaufs des jeweiligen Patienten ermittelt und interpretiert wird, macht es durchaus Sinn, auch unter diesen Umständen von einer Individualisierung der Indikation zu sprechen. Genau wie in den subjektiv orientierten Konstellationen wird die Indikation im Sinne ihrer medizinischen Einschätzung um die neu hinzugewonnenen Beurteilungsaspekte ergänzt bzw. erweitert. Dabei durchläuft sie auch ohne die subjektive Willensdeterminierung

³⁴³ BGHSt 40, 257 (264f.).

einen Prozess der Individualisierung, der sich aus der interpretativen Auseinandersetzung mit dem individuellen Krankheitsverlauf des in Frage stehenden Patienten ergibt.

Aufgrund der Einbeziehung derart interpretativer Kriterien wird der Inhalt des Indikationsbegriffs indessen aber auch entsprechend gedehnt. Wie bereits erläutert führte das in der Konsequenz bislang gerade dazu, dass der Indikation keine allgemeine Akzeptanz im Sinne einer Anerkennung als einseitige Behandlungsgrenze jenseits der subjektiv determinierten Beendigung der ärztlichen Behandlungspflicht zugesprochen wurde.³⁴⁴

V. Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des einseitigen Behandlungsabbruchs auf Basis des objektiv individualisierten Indikationsverständnisses

Unabhängig von diesem bislang vorherrschenden ablehnenden Meinungsbild stellt das Kriterium der medizinischen bzw. ärztlichen Indikation denjenigen Ansatzpunkt dar, der im weiteren Verlauf der Prüfung als Ausgangspunkt für die Ausdehnung der Zulässigkeit einseitiger Behandlungsabbrüche genutzt werden soll, zumal dem Kriterium – wie bereits dargelegt – in anderen Sterbehilfekonstellationen eine entsprechende Legitimationswirkung zuerkannt wird.³⁴⁵ Die indikationsimmanente Abwägungskomponente ermöglicht dabei einen transparenten Ein- bzw. Ausschluss individueller und/oder allgemeinwohlorientierter Aspekte, die für die Bejahung oder Verneinung der Indikation ins Feld geführt werden können. Dadurch wird die Möglichkeit geschaffen, die zulässigen, rein subjektiv willenslegitimierten einseitigen Behandlungsabbruchsszenarien um solche Konstellationen zu erweitern, deren Individualisierung auf anderen Kriterien basiert.

³⁴⁴ Verrel, in: Pawlik/Zaczyk, FS für Jakobs 2007, S. 715 (726ff.); Hörr, Passive Sterbehilfe und betreuungsgerichtliche Kontrolle, 2011, S. 265ff.

³⁴⁵ Vgl. insofern die Ausführungen in Kapitel B, Abschnitt III.1 und 2.

1. Die subjektiv-individualisierten und objektiv-interpretierten Aspekte der Indikationsstellung

Im strafrechtsdogmatischen Kontext steht zunächst der Anknüpfungspunkt des Bestehens der ärztlichen Garantenstellung im Raum. Letztere entfällt mit Verneinung der dem jeweiligen Patienten gegenüber obliegenden Behandlungspflicht. Diese wiederum ist nicht mehr gegeben, wenn keine Indikation zur weiteren Behandlung besteht. Mit anderen Worten kann erst das Entfallen der Indikation zu einer Verneinung der Behandlungspflicht und der damit korrelierenden Garantenstellung führen.³⁴⁶ Anknüpfend an obige Ausführungen stellt sich daher nunmehr die Frage, inwieweit patientenindividuell vorhandene krankheitsbildspezifische Aspekte, wenn sie auf ein Patientenwohl bezogen werden, das anhand objektiv medizinisch interpretierter Wertvorstellungen zu ermitteln ist, einen indikationslimitierenden Faktor darzustellen vermögen.

Wie in Kapitel B erläutert, ist ärztliche Indikation in ihrer Gesamtheit betrachtet stets mehr als nur ein rationales Fachurteil. Neben der reinen Prüfung einer Therapieoption auf ihre Eignung zum Zwecke der Bekämpfung eines bestimmten Krankheitsbildes stellt die Indikationsprüfung in der zweiten Stufe auch ein wertendes Urteil im Sinne einer Nutzen-Risiko-Abwägung³⁴⁷ dar. Die therapiebezogene Wirksamkeitsprüfung der ersten Ebene beinhaltet demgemäß eine medizinisch abstrakte Nutzenprüfung, die auf der zweiten Ebene durch eine Fokussierung auf den konkreten Patienten individualisiert wird.

Der Indikationsstellung voranzustellen ist dabei stets die Frage danach, inwieweit in der aktuellen Situation des Krankheitsverlaufs (noch) ein sinnvolles Therapieziel gefunden werden kann. Ohne ein Therapieziel, welches die weitere Indikation trägt, kann es keine Bejahung der Behandlungsindikation mehr geben, denn in Ermangelung eines konkreten Therapieziels fehlt es an der finalen Begründung der Indikation.³⁴⁸ Vielmehr steht dann die Prüfung eines – in den hier untersuchten Konstellationen – einseitig bewirkten Behandlungsabbruchs im

³⁴⁶ *Sternberg/Lieben*, in: Geisler u.a., FS für Geppert 2011, S. 723 (730).

³⁴⁷ *Jox*, *Sterben lassen*, 2013, S. 115f.

³⁴⁸ *Neitzke*, in: Charbonnier u.a., *Medizinische Indikation und Patientenwille*, 2008, S. 55.

Raum.

In einer Behandlungssituation, in der sich der betreffende Patient in einem desaströsen Zustand befindet und in der jede realistische Chance auf eine Remission ausgeschlossen ist, muss auch ohne eine entsprechende Willensäußerung des Patienten darüber nachgedacht werden können, ob die bloße biologische Lebenserhaltung noch als taugliches Therapieziel gelten kann. Die oftmals leichtfertige Indikationsbejahung³⁴⁹ aufgrund einer medizinisch gegebenen Machbarkeit der Aufrechterhaltung eines irreversiblen Zustands in völliger Immobilität und Kommunikationsunfähigkeit lässt vergessen, dass nicht der Verzicht, sondern gerade auch die weitere Durchführung der Behandlung durch eine therapiezielbezogene Indikation legitimiert werden muss. Liegt in diesem Zusammenhang keine ausdrückliche oder mutmaßliche Willensäußerung vor, stellt sich zu Recht die Frage nach den objektiven Grenzen ärztlicher Behandlungspflicht.³⁵⁰

Orientierungskriterien für die Erreichung solcher objektiver Behandlungsgrenzen geben dabei entsprechende Empfehlungen und Leitlinien, die sich mit den betreffenden Krankheitsbildern und -stadien auseinandersetzen. Beispielsweise empfiehlt die bereits oben zitierte DGEM-Leitlinie zur enteralen Ernährung, bei irreversiblen Krankheitsverläufen ohne Möglichkeit der Remission einen Behandlungsabbruch der Aufrechterhaltung der künstlichen Ernährung vorzuziehen, da für den individuellen Patienten kein Lebensgewinn mehr ermöglicht wird und die Therapiebemühungen insofern an ihre natürlichen Grenzen stoßen.³⁵¹ Eine diesbezügliche Sondenernährung ist demgemäß „in finalen Krankheitsstadien einschließlich finalen Stadien der Demenz sowie zur Pflegeerleichterung oder Zeitersparnis“³⁵² als nicht indiziert anzusehen.

Sofern in einer konkreten Behandlungssituation auf Basis des ärztlich-fachspezifischen Standards unter Zuhilfenahme der entsprechenden Leitlinien nicht von einer Remission ausgegangen werden kann, ist es erforderlich, ein etwaiges weiteres Therapieziel und die zugehörige Indikation besonders

³⁴⁹ Lipp, MedR 2015, 762 (764).

³⁵⁰ Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 2019, Vorbem. §§ 211 ff. Rn. 29f; Duttge, NSTz 2006 479 (479f.); Schreiber, NSTz 2006, 473 (474f.); Lipp, MedR 2015, 762 (764f.).

³⁵¹ Körner u.a., Aktuel Ernähr Med 2003, Supplement, S36 (S37).

³⁵² Volkert u.a., Aktuel Ernähr Med 2004, 198 (198f.).

gründlich zu prüfen. Selbst wenn keine explizite oder mutmaßliche Willensäußerung des Patienten vorliegt, gilt es in diesem Zusammenhang die Frage nach dem Wohl des Patienten zu beantworten.³⁵³ Der Begriff des Wohls wird dabei als Zustand definiert, in dem sich jemand in seinen persönlichen Verhältnissen wohlfühlt.³⁵⁴ Bei einem nicht mehr kommunikationsfähigen schwerstkranken Patienten kommen hierbei auch von medizinischen Wertungen beeinflusste allgemeine Wertvorstellungen zum Tragen.³⁵⁵

Diese Interpretation des Wohls auf Basis medizinisch beeinflusster Wertvorstellungen liefert naturgemäß keine genuin subjektive Antwort. Wie oben bereits erläutert, stellt letztlich jegliche Interpretation ohne definitives Wissen um den Patientenwillen eine objektive Entscheidungskomponente dar. Dennoch ist es auch unter diesen Umständen möglich, eine indikationsgegründete Grenze der Behandlungspflicht zu ermitteln. Denn trotz aller Unsicherheit über den Willen des Patienten darf, wie bereits erwähnt, nicht vergessen werden, dass insbesondere die Weiterbehandlung in derartigen Situationen einer zusätzlichen Rechtfertigungsbedürftigkeit unterworfen ist.³⁵⁶

Unabhängig davon, dass gerade auch die mutmaßliche Willensermittlung vielfach nicht über den reinen Zufall hinauskommt³⁵⁷, kann der isolierte schwere Hirnschaden für sich genommen durchaus eine Therapiebegrenzung indizieren.³⁵⁸ In diesem Zusammenhang stellt vor allem das bei Wachkomapatienten schrumpfende Gehirn einen nicht reversiblen Schaden dar, der ab einem gewissen Zeitpunkt eine Regeneration unmöglich macht.³⁵⁹

Die Grenze der Behandlungspflicht ist bei irreversibel bewusstlosen Patienten demnach dort zu verorten, wo zwei Voraussetzungen zusammentreffen: Es müssen medizinische Feststellungen darüber getroffen worden sein, dass

³⁵³ *OLG München*, Urt. v. 21.12.2017 – 1 U 454/17, MedR 2018, 317 (322f.).

³⁵⁴ *OLG München*, Urt. v. 21.12.2017 – 1 U 454/17, MedR 2018, 317 (323).

³⁵⁵ *OLG München*, Urt. v. 21.12.2017 – 1 U 454/17, MedR 2018, 317 (323); *BGH*, Beschl. v. 17.03.2003 - XII ZB 2/03, juris-Rn. 46.

³⁵⁶ *Lipp*, MedR 2015, 762 (764); *Merkel*, MedR 2017, 1 (5).

³⁵⁷ *Merkel*, MedR 2017, 1 (5); vgl. insofern auch *Heun*, JZ 2006, 425 (431), der von einer verschleiernenden, fiktiven mutmaßlichen Willensermittlung im Zusammenhang mit dem Versagen des subjektiven Maßstabes spricht, die lediglich dazu diene, die Heranziehung objektiver Gesichtspunkte formell zu vermeiden.

³⁵⁸ *Strätling*, MedR 2012, 428 (435).

³⁵⁹ *Merkel*, MedR 2017, 1 (7f.).

erstens dem betreffenden Patienten aktuell kein Erleben möglich ist und ihm zweitens mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch das Potential dazu abhanden gekommen ist, ein Erleben wiederzuerlangen. Sofern der Zeitraum einer möglichen Regeneration verstrichen ist, ist aufgrund medizinisch interpretierter Wohlerwägungen der Abbruch der Behandlung einer weiteren Lebenserhaltung vorzuziehen.

Zusammenfassend formuliert ergibt sich folgendes Bild: Wenn die Grenze ärztlicher Professionalität überschritten ist, kann es keine ärztliche Maßnahme mehr geben, die eine weitere Intervention zu begründen vermag.³⁶⁰ Sofern die weitere Behandlung den Tod nicht verhindern kann, eine spürbare Besserung des Gesundheitszustands des Patienten ausgeschlossen ist und die weitere Behandlung lediglich das Stadium der Irreversibilität des Krankheitsstadiums aufrechtzuerhalten vermag³⁶¹, gibt es keinerlei Therapieziel mehr, das ärztlicherseits eine weitere Behandlung rechtfertigt. Die auf Basis des jeweiligen Krankheitsverlaufs individualisierte sowie anhand medizinisch interpretierter Wohlerwägungen objektiv konkretisierte Indikation ist insofern zu verneinen.

2. Die formale Absicherung der Indikationsstellung in derartigen Behandlungskonstellationen

Bei einer gewollten Einflussnahme individuell krankheitsbildspezifischer Gründe und darauf fußender objektiv medizinisch interpretierter Wohlerwägungen auf die Indikationsstellung wird man aufgrund der Abkehr von der vorherrschend subjektiv orientierten Behandlungsabbruchslegitimation nicht umhin kommen, für den ausschließlich auf Beurteilungsfehler überprüfbaren Bereich der Indikationsstellung einen spezifischen ärztlichen Beurteilungsspielraum festzulegen.³⁶²

³⁶⁰ Duttge, MedR 2017, 892 (894).

³⁶¹ Albrecht, FS für Schreiber 2003, S. 551 (557f.).

³⁶² Vgl. insofern Sternberg/Lieben, in: Geisler u.a., FS für Geppert 2011, S. 723 (730), der die Frage nach dem ärztlichen Beurteilungsspielraum vor allem mit Blick auf die Einbeziehung von wirtschaftlichen Aspekten stellt.

Im Zuge der Einflussnahme objektiv interpretierter Überlegungen verlässt der behandelnde Arzt den Bereich der ausschließlich an einer subjektiv determinierten Indikationsstellung orientierten Vorgehensweise. Demzufolge hat das Recht seine Kontrollfunktion auszuüben und einen zulässigen Entscheidungsrahmen zu liefern, ohne dabei eine Überreglementierung des Indikationsprozesses herbeizuführen.³⁶³

Da Ärzte nicht in einem rechtsfreien Raum tätig werden sollen, unterliegt ihre Entscheidungsfindung einer gewissen juristischen Nachprüfung. Darüber hinaus ist die ärztliche Entscheidungsfindung an bestimmte Kriterien gebunden, weswegen ein Handlungsermessen von vornherein ausscheidet. Ärzten obliegt vielmehr ein „kriterienorientiertes Beurteilungsermessen“³⁶⁴. Um einer Überregulierung durch das Recht³⁶⁵ vorzubeugen, können die zur Anwendung gelangenden Kriterien dabei – ähnlich wie Behandlungsstandards – auf von der Ärzteschaft eigenständig entwickelten Vorgaben beruhen. Diese Kriterien obliegen sodann einer Kontrolle ähnlich dem allgemeinen Verwaltungsrecht.³⁶⁶

Im Rahmen einer prozeduralen Absicherung besteht zudem die Möglichkeit der Beratung durch ein Klinisches Ethikkomitee.³⁶⁷ Die rechtliche Verantwortung für die Entscheidungsfindung trägt dabei zwar nach wie vor der Arzt. Eine Beratung hat jedoch den Vorteil, dass die zur Anwendung kommenden Kriterien noch einmal umfänglich herausgearbeitet werden und dem Arzt eine neutrale Meinung als Entscheidungshilfe an die Hand gegeben wird.³⁶⁸

3. Der Dokumentationsbogen zur Therapiebegrenzung

Zum Zwecke einer transparenten Darstellung des erarbeiteten Entscheidungsansatzes soll im Folgenden der von der Deutschen

³⁶³ *Sternberg/Lieben*, in: Geisler u.a., FS für Geppert 2011, S. 723 (730).

³⁶⁴ *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, 2019, Vorbem. §§ 211 ff. Rn. 29f; *Sternberg-Lieben*, in: Duttge/Zimmermann-Acklin, Göttinger Schriften 2013, S. 37 (55).

³⁶⁵ Vgl. insofern *Miranowicz*, MedR 2018, 131 (135), die insofern von einer drohenden Verrechtlichung der Medizin spricht, welche jedoch in gewissem Maß vertrauensfördernd auf das Arzt-Patienten-Verhältnis einzuwirken vermag.

³⁶⁶ *Sternberg-Lieben*, in: Duttge/Zimmermann-Acklin, Göttinger Schriften 2013, S. 37 (55f.).

³⁶⁷ *Grübler*, Dtsch. Ärztebl. vom 01.07.2011, A 1473 (A 1474).

³⁶⁸ *Albrecht*, FS für Schreiber 2003, S. 551 (558); *Sternberg-Lieben*, in: Duttge/Zimmermann-Acklin, Göttinger Schriften 2013, S. 37 (57).

Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin entwickelte Dokumentationsbogen zur Therapiebegrenzung vorgestellt werden. Das Expertengremium hat den Dokumentationsbogen vor allem mit dem Ziel entwickelt, den vorherrschenden Tätigkeitsdrang bei medizinischen Entscheidungen am Lebensende durch eine vernunftorientierte Herangehensweise zu ersetzen.³⁶⁹

Das Positionspapier stellt dabei die Frage nach der Sinnhaftigkeit einer weiteren Behandlung und der diesbezüglichen Festlegung eines Therapieziels in den Fokus der Betrachtung. Da vom gefundenen Therapieziel weitere diagnostische, therapeutische und pflegerische Maßnahmen abhängen, erfordert diese Vorgehensweise eine professionelle Perspektive zu dessen Festlegung. Kann das gefundene Therapieziel nach professioneller Einschätzung faktisch nicht erreicht werden, sind darauf gerichtete Behandlungsmaßnahmen als sinnlos zu werten.³⁷⁰

Bei der Festlegung der Eintrittswahrscheinlichkeit denkbarer Therapieziele hilft eine professionell zu treffende ärztliche Prognoseentscheidung. In diesem Zusammenhang kommt der Irreversibilität eines Krankheitszustandes eine besondere Bedeutung zu. Irreversibilität ist jedoch nicht als objektiv feststellbare Tatsache zu begreifen, sondern als eine professionelle Einschätzung unter Einflussnahme von subjektiven und individuellen Bewertungen. Demgemäß sollte die Feststellung der Irreversibilität bestenfalls auf Basis eines multiprofessionellen Team-Konsenses getroffen werden, der auch die tolerierbare Restunsicherheit einer derartigen Feststellung einbezieht. Sofern der klinische Zustand mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit als irreversibel eingestuft werden kann, bleibt nur eine minimale und insofern vertretbare Irrtumswahrscheinlichkeit bestehen.³⁷¹

Gerade diese Einschätzung der Irreversibilität ist es, der in den vorliegend untersuchten Fällen finaler Demenz bzw. dauerhafter Wachkomazustände eine besondere Bedeutung zukommt. Da der Wille des Patienten gerade nicht bekannt ist, kann der Abbruch der Behandlung nicht subjektiv legitimiert werden.

³⁶⁹ *Duttge*, MedR 2018, 82 (84).

³⁷⁰ *Neitzke* u.a., MedR 2017, 364 (365).

³⁷¹ *Neitzke* u.a., MedR 2017, 364 (366).

Vielmehr bedarf es zur indikationsgestützten Begrenzung der Behandlungspflicht bestimmter medizinischer Kriterien, die aus dem individuellen Krankheitsverlauf des Patienten abgeleitet und bewertet werden müssen. Kann der klinische Zustand des Patienten im konkreten Fall mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit als irreversibel eingestuft werden und ist damit eine Verbesserung des Gesundheitszustandes des Patienten faktisch ausgeschlossen, fehlt es an der weiteren Behandlungsindikation.

Zur Feststellung eines derartigen irreversiblen Gesundheitszustandes empfiehlt sich die oben bereits erwähnte Entscheidungsfindung innerhalb eines multiprofessionellen Teams. Denkbar ist eine adäquate interdisziplinäre Kommunikation unter anderem im Rahmen des Behandlungsteams oder aber auch mittels Fallberatung durch ein Klinisches Ethikkomitee sowie palliativmedizinische Konsultationen.³⁷²

VI. Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des einseitigen Behandlungsabbruchs auf Basis allgemeinwohlgestützter Therapiebegrenzungen

Wie in den vorausgehenden Kapiteln bereits erläutert, findet sich neben der indikationsgegründeten Fallgruppe einseitiger Therapiebegrenzungen eine weitere Fallgruppe, bei der die allgemeine Anerkennung der Begrenzungsgründe ungleich fraglicher ist. Die Rede ist von einseitigen Therapiebegrenzungen, die auf der Basis allgemeinwohlgestützter Erwägungen getroffen werden. Mit Blick auf das Allgemeinwohl geht es in diesem Zusammenhang um Überlegungen, die nicht den jeweils konkreten Patienten, sondern die Allgemeinheit als solche betreffen. Im Fokus steht dabei insbesondere das Kosten-Nutzen-Verhältnis bestimmter Behandlungsmethoden. Der Kostenfaktor und die mit ihm einhergehende Diskussion über die ökonomische Dimension eines Therapieansatzes³⁷³ stellt ein umstrittenes Themengebiet dar, wobei aller Ablehnung zum Trotz der Ökonomie im ärztlich-klinischen Alltag eben doch eine

³⁷² *Albrecht*, FS für Schreiber 2003, S. 551 (558); *Grübler*, Dtsch. Ärztebl. vom 01.07.2011, A 1473 (A 1474); *Neitzke* u.a., MedR 2017, 364 (368).

³⁷³ *Holzhauser*, ZRP 2004, 41 (44).

gewisse faktische Relevanz zukommt.³⁷⁴ Insofern bedarf es einer transparenten Auseinandersetzung mit den limitierenden Faktoren und den wirtschaftlichen Problemen der klinischen Praxis, da die offenen Fragestellungen auf Dauer nicht unbeantwortet bleiben können.³⁷⁵ Bereits 1992 hat *Künschner* hierzu sehr treffend formuliert: „Wer einem wirtschaftlichen Behandlungsverzicht Grenzen setzen will, darf die wirtschaftlichen Grenzen des Gesundheitswesens nicht ignorieren.“³⁷⁶

1. Der klinisch-faktische Ausgangspunkt

Die allmähliche Ökonomisierung der Medizin³⁷⁷ hat in den letzten Jahren dazu beigetragen, dass knappe Gesundheitsressourcen in Krankenhäusern mitunter entweder ergebnisorientiert im Rahmen betriebswirtschaftlich lohnender Fallkonstellationen zum Einsatz kommen oder – ebenfalls aus ökonomischen Gründen – nicht mehr zur Anwendung gebracht werden, obwohl sie zur Lebenserhaltung zwingend erforderlich wären.³⁷⁸ Eine vor wenigen Jahren durchgeführte Befragungsstudie unter 1.000 Intensivstationen in Deutschland hat beispielsweise ergeben, dass 43 % der Befragten eine Rationierung durch Leistungsausschluss befürworten und 67 % der Intensivstationen angaben, dass in der Intensivmedizin in Deutschland eine Rationierung stattfindet.³⁷⁹

Diese Entwicklung ist zum einen der Tatsache geschuldet, dass aufgrund des demographischen Wandels die Gesundheitsausgaben im Alter stetig ansteigen, wohingegen sich die Einnahmenseite konstant verringert. Im Vergleich zu 1995 mit 186,3 Mrd. Euro haben die Gesundheitsausgaben im Jahr 2009 bereits 278,3 Mrd. Euro erreicht. Neben der natürlichen Begrenztheit der Ressourcen gilt es zum anderen zu bedenken, dass auch der medizinische Fortschritt selbst die Gesundheitsausgaben in die Höhe treibt.³⁸⁰ Beispiele hierfür liefern neue

³⁷⁴ *Bühler* u.a., BTPrax 2002, 232 (233).

³⁷⁵ *Kubiciel*, JA 2011, 86 (91).

³⁷⁶ *Künschner*, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, 1992, S. 112.

³⁷⁷ BT-Drs. 14/9020 vom 14.05.2002, S. 202.

³⁷⁸ *Duttge*, in: ders./Zimmermann-Acklin, Göttinger Schriften 2013, S. 73 (73f.).

³⁷⁹ *Boldt/Schöllhorn*, Der Anästhesist 2008, 1075ff.,

<https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs00101-008-1443-6> (besucht am 30.11.2019).

³⁸⁰ *Duttge*, in: ders./Zimmermann-Acklin, Göttinger Schriften 2013, S. 73 (74).

hochpreisige Verfahren innovativer Antikörpertherapie im Fachgebiet der Onkologie sowie neue Therapieoptionen bei Erkrankungen des Immunsystems.³⁸¹

Die Errungenschaften der modernen Hochleistungsmedizin können unter Umständen auch dazu führen, dass sich die Medizin selbst nicht mehr zu reglementieren vermag: Mitunter taucht die Fragestellung auf, ob bei einem Patienten ohne Aussicht auf Heilung der Wunsch nach Maximaltherapie nicht als „indikationsdefinierender Co-Faktor“³⁸² verstanden werden müsse. Eine Medizin, die angesichts des erreichten Leistungsniveaus nahezu alles bewirken zu können scheint, tut sich schwer damit, sinnvolle Grenzen der eigenen Möglichkeiten zu ziehen. Hinzu kommt, dass sich durch die in den letzten Jahren aufgetretenen Forderungen nach einem Sterben in Würde und der Erhaltung einer Lebensqualität im Vergleich zu einer bloßen Quantität die weitere Frage aufdrängt, was unter Würde und Lebensqualität eigentlich zu verstehen ist und wer diese Begrifflichkeiten definiert.³⁸³

Es ist demzufolge nicht von der Hand zu weisen, dass sich die Medizin einer ökonomischen Einflussnahme nicht entziehen kann und auch künftig nicht entziehen können wird. Infolgedessen gilt es der Ökonomisierung der Medizin sinnvolle Grenzen zu setzen, damit schlussendlich nicht die Gewinnmaximierung im Vordergrund steht, sondern nach wie vor die Behandlung des jeweiligen Patienten. Mit anderen Worten muss der Ökonomie eine Grenze „gezogen werden, wo die Medizin ökonomisches Denken nicht nur instrumentell in die Behandlung von kranken Menschen integriert, sondern das Diktat der Gewinnmaximierung zum identitätsstiftenden Moment erhebt“³⁸⁴. Die Ökonomie hat der Medizin zu dienen und nicht anders herum die Medizin dem Markt.³⁸⁵

³⁸¹ *Oduncu*, MedR 2012, 359 (360).

³⁸² *Duttge*, in: ders./Zimmermann-Acklin, Göttinger Schriften 2013, S. 73 (75).

³⁸³ *Duttge*, in: ders./Zimmermann-Acklin, Göttinger Schriften 2013, S. 73 (75f.).

³⁸⁴ *Maio*, Mittelpunkt Mensch: Ethik in der Medizin, 2017, S. 402f.

³⁸⁵ *Maio*, Mittelpunkt Mensch: Ethik in der Medizin, 2017, S. 405.

2. Der rechtliche Ausgangspunkt

Die Frage nach einer etwaigen auf einer allgemeinwohlorientierten Argumentation basierenden Ausdehnung der Zulässigkeit des einseitigen Behandlungsabbruchs erfordert dabei eine Auslotung zwischen zwei Aspekten, die es in einen Ausgleich zu bringen gilt: Einerseits besteht die Gefahr einer Überreglementierung medizinischen Handelns und einer dadurch bedingten Verringerung ärztlichen Handlungsspielraums bei medizinischen Einzelfallentscheidungen. Auf der anderen Seite soll die Schaffung rechtlicher Rahmenbedingungen einer ärztlichen Beliebigkeit im Sinne eines Handelns im rechtsfreien Raum vorbeugen.³⁸⁶

Wie in Kapitel B, Abschnitt 4 erläutert, dürfen im Sinne einer ganzheitlichen Betrachtung der Fallgruppe der irreversibel bewusstlosen Patienten neben den denkbaren Folgen einer Behandlungsmethode für den Patienten auch andere Aspekte nicht vernachlässigt werden, die faktisch bei der Indikationsentscheidung eine Rolle spielen können. Die Rede ist hierbei vom finanziellen und personellen Aufwand einer Behandlungsmethode in Relation zu dem mit ihr für den Patienten einhergehenden Nutzen. Gerade bei den Patienten dieser Fallgruppe kann es aufgrund der Verursachung hoher Personal- und Sachkosten schwierig sein, die ökonomische Betrachtung einer Therapieoption, bei der nur eine minimale Eintrittswahrscheinlichkeit eines nur geringen Nutzens besteht, bei der Indikationsstellung komplett auszublenden.

Im rechtlichen Diskurs wird der Möglichkeit einer Berücksichtigung ökonomischer Aspekte bei der ärztlichen Indikationsstellung, wie bereits dargelegt, teilweise eine strikte Absage erteilt, um einer vom ökonomischen Kosten-Nutzen-Kalkül getriebenen Gesellschaft³⁸⁷ nicht weiter Vorschub zu leisten, wohingegen andere Autoren in einer derartigen Ablehnungshaltung, wie in Kapitel A zitiert, eine „Realitätsverweigerung“³⁸⁸ sehen, zumal die Ökonomie längst in einem gewissen Umfang Einfluss auf das Recht und die Medizin nehme.³⁸⁹

³⁸⁶ Sternberg-Lieben, in: Duttge/Zimmermann-Acklin, Göttinger Schriften 2013, S. 37 (55).

³⁸⁷ Duttge, in: Höfling, Das sog. Wachkoma, 2007, S. 101.

³⁸⁸ Strätling, MedR 2012, 428 (429).

³⁸⁹ Eser, in: Jens/Küng, Menschenwürdig sterben, 2010, S. 137 (150).

Grundsätzlich betrachtet sind einzelne Rechtsnormen einer ökonomisch orientierten Auslegung immer dann zugänglich, wenn und soweit sie ihrerseits selbst ökonomische Vorgaben enthalten. Als der Ökonomie unzugänglich zu betrachten sind das Grundgesetz und insbesondere die Menschenwürde als solche. Letztere wird um ihrer selbst willen geschützt. Ökonomie findet daher nur insoweit einen Zugang innerhalb des Rechts, als das Recht der Ökonomie diesen Zugang kraft autonomer Entscheidung und eigener Kompetenz gewährt.³⁹⁰ Ein solches Einfallstor für die Ökonomie bildet exemplarisch das in § 12 Abs. 1 SGB V verankerte Wirtschaftlichkeitsgebot. Durch dieses Gebot wird unter anderem das Selbstbestimmungsrecht der Patienten nach Art. 2 Abs. 1 GG hinsichtlich der Therapiewahlmöglichkeiten kostenmäßig begrenzt.³⁹¹

Speziell im Strafrecht findet sich mit Blick auf medizinische Behandlungsentscheidungen und die damit einhergehenden Kosten kein dem Wirtschaftlichkeitsgebot entsprechender eigenständiger Ansatzpunkt. Im Sinne einer einheitlichen Betrachtung aller im Rahmen dieser Arbeit diskutierten Fallgruppen und Konstellationen des einseitigen Behandlungsabbruchs soll daher die Garantenstellung des Arztes bezüglich der gegenüber seinem Patienten bestehenden Behandlungspflicht als Ausgangspunkt für die weiteren Überlegungen dienen.

Im Zuge der Therapiezielfindung und Indikationsstellung ergeben sich dabei dieselben Fragestellungen wie in den bereits oben diskutierten Konstellationen: Wo ist die Grenze der Behandlungspflicht gegenüber dem Patienten zu verorten und auf welchen Kriterien darf diese Begrenzung ärztlicher Behandlungspflicht zulässigerweise basieren? Eine derartige Grenzziehung lässt sich neben der rein rechtlichen Betrachtungsweise aber nur dann ganzheitlich argumentativ aufbereiten, wenn auch die medizinische Ethik in die Überlegungen einbezogen wird.

³⁹⁰ *Taupitz*, in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V., *Ärztliche Behandlung an der Grenze des Lebens*, 2004, S. 119 (121).

³⁹¹ *Taupitz*, in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V., *Ärztliche Behandlung an der Grenze des Lebens*, 2004, S. 119 (122f.).

3. Der medizinethische Ausgangspunkt

Wie in Kapitel A einleitend erläutert, stehen Ethik und im Speziellen ärztlich-medizinische Standesethik nicht losgelöst neben der gesetzlich normierten Wertordnung, vielmehr wirken diese Bereiche aufeinander ein und bilden eine gemeinsame Schnittmenge.³⁹² Während die ärztliche Ethik eine für rechtliche Vorgaben notwendige Gesinnung etabliert³⁹³, belässt das Recht diejenigen Freiheitssphären, die unerlässlich sind, um eine sittliche Entscheidungsfindung zu ermöglichen.³⁹⁴

Bezogen auf das Themengebiet der Sterbehilfe stellt die diesbezüglich entwickelte Standesethik eine berücksichtigungsfähige und -würdige Programmatik für die ausdrückliche gesetzgeberische Regelung dar. Darüber hinaus dienen die Aussagen medizinischer Ethik als Auslegungshilfe für medizinische Fallkonstellationen, die sich nicht eins zu eins mit dem Gesetzeswortlaut lösen lassen, und können dadurch für den Arzt in der konkreten Behandlungssituation einen Leitfaden darstellen.³⁹⁵

Durch die Übernahme einer ethischen Vorgabe in die Rechtsordnung verlässt diese Vorgabe den Bereich der Ethik und wird ein Teil der Rechtsordnung. Die Anwendung dieser normierten Moralvorgabe ist sodann von der den Ausgangspunkt bildenden moralischen Norm unabhängig, d.h. es handelt sich um „eine (straf)gesetzmediatisierte Moralgültigkeit“.³⁹⁶

Die Unabhängigkeit ihrer Anwendung einerseits und das stetige Einwirken der Ethik mittels Auslegung des gesetzten Rechts andererseits führen nicht nur zu einer Schnittmenge zwischen den Bereichen Ethik und Recht, sondern auch zu einem gewissen Spannungsverhältnis. Dabei ist stets zu beachten, dass in keinem Teilbereich ärztlichen Tätigwerdens ein rechtsfreier Raum akzeptiert werden kann, da eine rechtliche Grenzziehung zum Schutz des Patienten unentbehrlich ist.³⁹⁷ Andererseits muss das Recht einen ärztlich-medizinischen

³⁹² BVerfGE 52, 131 (169f.); *Sternberg-Lieben*, in: Duttge/Zimmermann-Acklin, Göttinger Schriften 2013, S. 37 (38f.).

³⁹³ BT-Drs. 14/9020 vom 14.05.2002, S. 201.

³⁹⁴ *Sternberg-Lieben*, in: Duttge/Zimmermann-Acklin, Göttinger Schriften 2013, S. 37 (39).

³⁹⁵ *Maio*, Mittelpunkt Mensch: Ethik in der Medizin, 2017, S. 157ff.

³⁹⁶ *Sternberg-Lieben*, in: Duttge/Zimmermann-Acklin, Göttinger Schriften 2013, S. 37 (38).

³⁹⁷ *Sternberg-Lieben*, in: Duttge/Zimmermann-Acklin, Göttinger Schriften 2013, S. 37 (39).

Freiraum zur Verwirklichung der Therapiefreiheit³⁹⁸ anerkennen, innerhalb dessen der Arzt tätig werden kann. Es geht somit um die Balance zwischen ärztlicher und rechtlicher Steuerung eines konkreten medizinischen Geschehens anhand der Vorgabe des dazugehörigen rechtlichen Rahmens und einer ärztlichen Tätigkeit gemäß den definierten Standards, um zugunsten des jeweils betroffenen Patienten eine einzelfallorientierte und angemessene Behandlungsentscheidung verwirklichen zu können.³⁹⁹

Mit Blick auf die Ökonomie ist das Recht daher zur Festlegung des rechtlichen Rahmens aufgerufen, innerhalb dessen eine – in einem gewissen Maße – ökonomisch ausgerichtete Medizin dazu in der Lage ist, zu funktionieren. In diesem rechtlichen Rahmen kann eine ethische Betrachtungsweise sodann weitere Kriterien dafür liefern, dass die Ökonomie gewissen Grenzen unterworfen bleibt und ein willkürfreier Einsatz vorhandener Ressourcen⁴⁰⁰ ermöglicht wird. Mit anderen Worten: Es sollte zwar die Möglichkeit geben, die Nutzenmaximierung in eine medizinische Entscheidungsfindung einzubeziehen, diese muss aber gegebenenfalls zugunsten anderer Werte – wie beispielsweise der Chancengleichheit oder der Schutzpflicht gegenüber Schwachen – im Sinne einer Einbuße der Maximierung zurückgestellt werden können.⁴⁰¹

Solange eine derartige Herangehensweise gewährleistet ist, schließen sich Recht, Medizin, Ökonomie und Ethik nicht gegenseitig aus. Ökonomie kann vielmehr als konstitutiver Bestandteil der Ethik betrachtet werden, denn durch eine ökonomische Herangehensweise wird ein sinnvoller Einsatz der begrenzt vorhandenen medizinischen Gesundheitsressourcen gewährleistet. Eine verantwortungsvolle Medizin hat dafür Sorge zu tragen, dass nicht jeder Patient alles bekommt, sondern vielmehr die begrenzt vorhandenen Ressourcen im Rahmen der konkreten Zweckdienlichkeit und des ökonomisch Vertretbaren verteilt werden.⁴⁰²

³⁹⁸ *Miranowicz*, MedR 2018, 131 (135).

³⁹⁹ *Sternberg-Lieben*, in: Duttge/Zimmermann-Acklin, Göttinger Schriften 2013, S. 37 (39).

⁴⁰⁰ *Spickhoff*, NJW 2000, 2297 (2298).

⁴⁰¹ *Maio*, Mittelpunkt Mensch: Ethik in der Medizin, 2017, S. 405.

⁴⁰² *Maio*, Mittelpunkt Mensch: Ethik in der Medizin, 2017, S. 402.

4. Das medizinethische Entscheidungsmodell

Auf Basis der vorstehenden Überlegungen sollen nunmehr zwei ethische Entscheidungsmodelle vorgestellt werden, die sich mit medizinisch indizierten Therapiebegrenzungen am Lebensende befassen. Da beide Modelle einen ökonomischen Ansatzpunkt in ihre Entscheidungsfindung explizit mit aufgenommen haben, eignen sich die Modelle besonders gut für eine Betrachtung im Kontext der Berücksichtigungsfähigkeit allgemeinwohlorientierter, wirtschaftlicher Erwägungen bei einseitigen Behandlungsentscheidungen am Lebensende.

a. Das Ethikmodell von *Winkler*

Das Modell von *Winkler*⁴⁰³ zur Begründung eines Therapieverzichts am Lebensende befasst sich mit insgesamt vier Themenkomplexen, die in ihrer ethischen Rechtfertigungsleistung im Sinne eines Stufenmodells voneinander abhängig sind. Mit anderen Worten ist die Diskussion über eine Entscheidungskomponente erst dann veranlasst, wenn die vorangegangene Komponente als erfüllt betrachtet werden kann. Die Kriterien sind demgemäß in der nachfolgend dargestellten Reihenfolge zur Anwendung zu bringen.⁴⁰⁴

aa. Die indikations- und patientenbezogenen Komponenten

Der erste Themenkomplex betrifft die Wirksamkeit einer Therapiemaßnahme. Wie bereits in Kapitel B Abschnitt III.1.b. ausgeführt, darf einem Patienten eine wirkungs- und damit letztlich indikationslose Therapie nicht angeboten werden. Durch das Wirksamkeitskriterium wird daher zunächst die Gruppe der Patienten herausgefiltert, bei denen das Behandlungsziel nicht erreicht werden kann. Gegenüber Patienten, bei denen aufgrund ihrer Krankheitssituation ein bestimmtes Therapieziel nur schwer erreichbar ist, besteht die Möglichkeit der

⁴⁰³ *Winkler*, Ethik Med 2010, 89 (89ff.).

⁴⁰⁴ *Winkler*, Ethik Med 2010, 89 (99).

Vereinbarung eines zeitlich begrenzten Behandlungsversuchs. Nicht zuletzt kann der behandelnde Arzt durch die Unterscheidung anhand des Wirksamkeitskriteriums besser einordnen, bei welchen Behandlungen die Wirksamkeit grundsätzlich fraglich ist oder lediglich ein marginaler Nutzen für den Patienten erwartet werden kann. Sofern der mögliche Nutzen eines denkbaren Behandlungsziels nur mittels großer Belastung erzielbar ist oder der Nutzen in seiner Gesamtheit nur als gering eingestuft werden kann, sollte in die Behandlungsentscheidung auch die Abwägung des Patienten hinsichtlich Nutzens und Belastung mit einfließen.⁴⁰⁵

Der zweite thematische Komplex beschäftigt sich mit der Autonomiefähigkeit des jeweiligen Patienten. Im Gegensatz zum Kriterium der Wirksamkeit – das auf dem medizinischen Fachwissen eines behandelnden Arztes beruht – ist der therapeutische Nutzen einer Behandlungsmethode nicht ohne die individuelle patientenseitige Bewertung feststellbar. Fordert der Patient eine bestimmte Therapieoption, deren Anwendung mangels medizinischer Angemessenheit nur schwer zu begründen ist, besteht zwangsläufig ein erhöhter Rechtfertigungsbedarf seitens des Patienten. Eine in diesem Zusammenhang getroffene autonome Entscheidung des Patienten zeichnet sich dadurch aus, dass sie im Gegensatz zu Wünschen und Präferenzen gegenstandsorientiert erfolgt und begründungsfähig ist.⁴⁰⁶

Gegenstandsorientierung meint, dass die dem Sachverhalt zugrunde liegenden Informationen bei der Entscheidung Berücksichtigung finden. Letzteres setzt voraus, dass der Patient umfassend über sein Krankheitsstadium und das dementsprechende Behandlungsziel aufgeklärt worden ist. An dieser Voraussetzung kann es beispielsweise fehlen, wenn nur eine unvollständige Aufklärung durch die behandelnden Ärzte erfolgt. Darüber hinaus ist denkbar, dass es dem Patienten zum Zeitpunkt der Therapieentscheidung aufgrund eines fehlenden oder eingeschränkten Wirklichkeitsbezuges nicht möglich ist, seine Krankheitsprognose realistisch wahrzunehmen, etwa weil er die Realität seiner Prognose im Sinne eines einsetzenden Selbstschutzmechanismus verdrängt. Das neben der Gegenstandsorientierung notwendige Kriterium der

⁴⁰⁵ Winkler, Ethik Med 2010, 89 (95).

⁴⁰⁶ Winkler, Ethik Med 2010, 89 (95f.).

Begründungsfähigkeit basiert auf einer zu treffenden Abwägung zwischen dem Wunsch auf Weiterbehandlung und dessen Realisierbarkeit sowie den damit in Zusammenhang stehenden Lebensplänen und den grundsätzlichen Überzeugungen des jeweiligen Patienten. Die in die Abwägung eingestellten Gründe müssen für den Arzt allerdings nicht zwingend rational nachvollziehbar sein – es genügt vielmehr, dass sich Arzt und Patient in einem offenen Diskurs über die Gründe verständigen, die der patientenseitigen Entscheidung zugrunde liegen. Die Anforderungen an die Begründung des Patienten wachsen dabei aber umso mehr, je weniger die Rechtfertigung der Therapiedurchführung auf medizinischen Gründen zu fußen vermag.⁴⁰⁷

Der dritte Themenkomplex betrifft die patientenseitige Nutzenbewertung. Sofern das Therapieziel grundsätzlich – wenn auch nur unter hoher Belastung – für den Patienten erreichbar ist, sollte es ihm überlassen bleiben, die Abwägung zwischen jener Belastung und dem durch die Therapie erreichbaren Ergebnis, etwa der Gewinnung von Lebenszeit oder Lebensqualität, zu treffen. Ärzte und deren schwerkranke Patienten bewerten die Behandlungssituation durchaus unterschiedlich, zumal bei einer bestehenden schweren Erkrankung die Bereitschaft zu einer intensiven, wenn auch nur geringen Nutzen bringenden Therapie vielfach erhöht ist.⁴⁰⁸

bb. Die allgemeinwohlgestützte Komponente

Der vierte und letzte Themenkomplex beschäftigt sich mit den von der Solidargemeinschaft zu tragenden Behandlungskosten. Ein auf Kostengründen basierender sozialetischer Therapieverzicht fußt nicht auf subjektiven Gründen im Sinne einer individuellen Nutzenbewertung, sondern auf einer allgemeinen Festlegung dessen, was als Grenze einer zu geringfügigen Nutzenhöhe im Sinne einer nicht vorhandenen Effizienz gelten kann.⁴⁰⁹ Aufgrund dieser Unabhängigkeit von individual-subjektiven Erwägungen und dem Gedanken, dass Kostengründe für alle Mitglieder der Gesellschaft gleichermaßen Geltung

⁴⁰⁷ Winkler, Ethik Med 2010, 89 (96f.).

⁴⁰⁸ Winkler, Ethik Med 2010, 89 (97).

⁴⁰⁹ Winkler, Ethik Med 2010, 89 (98).

beanspruchen, sind die Grenzwerte gesamtgesellschaftlich festzulegen und entsprechend demokratisch zu legitimieren.⁴¹⁰

Eine dergestalt bewirkte allgemeine Grenzwertbildung jenseits des konkreten Arzt-Patienten-Verhältnisses hat zudem den Vorteil, dass keine individuellen Entscheidungen unter Herausbildung fachspezifischer Üblichkeiten entstehen. Denn selbst wenn der Arzt aufgrund der auch ihm gemäß Sozialgesetzbuch obliegenden Wirtschaftlichkeitsprüfung zu einer Gemeinwohlorientierung verpflichtet ist, erfolgt die konkrete Behandlung nach Maßgabe des jeweiligen Patientenwohls. Individuelle Grenzscheidungen bergen demnach stets die Gefahr eines Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz, weswegen ausdrückliche, auf allgemeinen Regeln basierende und transparente Rationierungsmechanismen vorzugswürdig erscheinen. Folglich wäre es zielführend, einen gesellschaftlich konsensfähigen Schwellenwert zu schaffen, bei dessen Unterschreitung eine medizinische Maßnahme als zu wenig nützlich im Sinne von wirksam angesehen wird. Sollte das nicht gelingen, könnten von medizinischen Fachgesellschaften, Krankenversicherern oder Krankenhäusern entwickelte Empfehlungen zum kostenbewussten Therapieeinsatz bei geringer Behandlungswirksamkeit eine allgemeine Handlungsanweisung geben.⁴¹¹

Im weiteren Therapieverlauf ist es auf individueller Arzt-Patienten-Ebene zudem wichtig, einen geplanten Therapieverzicht wegen zu hoher Kosten explizit mit dem betroffenen Patienten zu besprechen. Kosteninformation und medizinische Überlegungen sollten dabei inhaltlich klar voneinander getrennt werden. Eine transparente Herangehensweise verhindert die bereits angesprochene mögliche Verschleierung von Kostenüberlegungen hinter dem Terminus medizinischer Vergeblichkeit im Sinne einer fehlenden Indikation.⁴¹²

cc. Die praktische Anwendung des Modells

Wünscht ein Patient nunmehr eine Therapie, die als medizinisch wirkungslos

⁴¹⁰ *Winkler*, Ethik Med 2010, 89 (98); *Schöne-Seifert*, MedR 2012, 295 (295f.).

⁴¹¹ *Winkler*, Ethik Med 2010, 89 (98).

⁴¹² *Winkler*, Ethik Med 2010, 89 (98).

betrachtet werden muss, darf die Maßnahme vom Arzt gar nicht erst angeboten werden. Mithin stellt die Wirkungslosigkeit ein hinreichendes Kriterium für die Entscheidung gegen den Patientenwillen dar. Ist der Wunsch des Patienten hingegen auf ein Therapieziel gerichtet, dessen Erreichbarkeit äußerst unwahrscheinlich, aber nicht null ist, besteht die Möglichkeit eines begrenzten Therapieversuchs unter Berücksichtigung der drei übrigen Kriterien.⁴¹³

Bei prinzipieller Erreichbarkeit des Behandlungsziels ist die Gegenstandsorientierung als Basis einer autonomen Entscheidung notwendige Bedingung für die Anerkennung des auf Maximaltherapie gerichteten Patientenwunsches. Diese Gegenstandsorientierung setzt – wie oben erläutert – eine hinreichende Aufklärung und den darauf gerichteten Wirklichkeitsbezug voraus. Sofern die Aufklärung durch den Arzt ordnungsgemäß durchgeführt wird, kann auf Patientenseite nur ein mittels Verdrängung oder Umsetzung des Rechts auf Nichtwissen bedingter fehlender Wirklichkeitsbezug der Gegenstandsorientierung entgegenstehen. Dieser Wirklichkeitsbezug verläuft im Zuge der voranschreitenden Krankheit zudem nicht immer linear. Daher sollte nur ein anhaltend fehlender Wirklichkeitsbezug als hinreichend betrachtet werden können, um eine Therapiebegrenzung gegen den Patientenwunsch zu rechtfertigen. Dementsprechend bedarf es einer gründlichen psychologischen Beurteilung, wobei es je nach Einzelfall auch sinnvoll sein kann, die Beweggründe des Patienten mittels einer klinischen Ethikberatung herauszuarbeiten. Falls diese Beweggründe für den Arzt nicht nachvollziehbar sind, ist dies jedoch noch keine hinreichender Grund, eine Therapiebegrenzung gegen den Patientenwillen in die Wege zu leiten. Solange der Patient dazu in der Lage ist, die Prognose und die Behandlung realistisch einzuschätzen, können die Gründe des Patienten weder als falsch noch als richtig gelten, da es für eine derartige Kategorisierung keinen allgemein anerkannten Maßstab gibt.⁴¹⁴

Diese Einschätzung trifft auch auf die Behandlungskosten zu: Da es (noch) keine allseits anerkannte Grenze hinsichtlich der solidarischgemeinschaftlich zu finanzierenden Nutzenhöhe gibt⁴¹⁵, kann der Arzt auf der Ebene des individuellen

⁴¹³ *Winkler*, Ethik Med 2010, 89 (99).

⁴¹⁴ *Winkler*, Ethik Med 2010, 89 (99f.).

⁴¹⁵ Kritisch hierzu *Huster*, MedR 2012, 289 (291), der diesbezüglich von einer politischen Bewertungsverweigerung spricht.

Arzt-Patienten-Verhältnisses eine Therapieoption mit marginalen Erfolgschancen nicht allein aufgrund der entstehenden Kosten verweigern. Dagegen wäre es ohne Weiteres möglich, diese Entscheidung bereits auf einer höheren Planungsebene vorwegzunehmen und beispielsweise auf der Basis von Empfehlungen der Fachgesellschaften oder Krankenversicherern eine Behandlung wegen mangelnder Wirksamkeit oder mangelndem Nutzen als nicht zur Kostenübernahme fähig zu deklarieren.⁴¹⁶

Im Falle eines Entscheidungskonflikts in der konkreten Situation kann ferner die Beratung durch ein Klinisches Ethikkomitee dazu beitragen, einen Perspektivenwechsel zu vollziehen und jenseits eigener Wertvorstellungen das Verständnis für die Sichtweise des Gegenübers zu fördern.⁴¹⁷

b. Das Ethikmodell nach *Marckmann/in der Schmitten*

Im Detail noch spezieller als das Modell von *Winkler* zielt das Stufenmodell von *Marckmann/in der Schmitten*⁴¹⁸ auf einen ethisch vertretbaren Umgang mit knappen Ressourcen auf der Mikroebene. Innerhalb der ersten drei Stufen dieses Modells werden traditionelle ethische Verpflichtungen des Arztethos akzentuiert hervorgehoben, die sich aus den Prinzipien des Wohltuns, des Nichtschadens und des Respekt vor der Patientenautonomie ergeben. Auf der vierten Stufe des Modells findet sodann ein Übergang von in der Hauptsache individualethischen zu gerechtigkeitsethischen Überlegungen statt, d.h. es stehen nicht mehr das Wohlergehen und der Wille des einzelnen Patienten im Vordergrund, sondern eine gerechte Verteilung von knappen Gesundheitsressourcen, weswegen den Stufen 1 bis 3 beim ärztlichen Umgang mit knappen Mitteln Vorrang gewährt werden soll.⁴¹⁹

⁴¹⁶ *Winkler*, Ethik Med 2010, 89 (100).

⁴¹⁷ *Bühler* u.a., BTPrax 2002, 232 (235); *Winkler*, Ethik Med 2010, 89 (101); *Grübler*, Dtsch. Ärztebl. vom 01.07.2011, A 1473 (A 1474); *Sternberg-Lieben*, in: Duttge/Zimmermann-Acklin, Göttinger Schriften 2013, S. 37 (57).

⁴¹⁸ *Marckmann/in der Schmitten*, Ethik Med 2011, 303 (303ff.).

⁴¹⁹ *Marckmann/in der Schmitten*, Ethik Med 2011, 303 (308).

aa. Die vier Grundprinzipien der Medizinethik

Die soeben erwähnten Prinzipien des Wohltuns und des Nichtschadens gehören dabei zu den von *Beauchamp* und *Childress* entwickelten vier Grundprinzipien der Medizinethik. Diese Prinzipien dienen in ihrer Gesamtheit der sogenannten Prinzipienethik. Ethische Konfliktsituationen sollen durch die Anwendung dieser Prinzipien geklärt oder gelöst werden können. Im Einzelnen handelt es sich hierbei um die Prinzipien der Autonomie, des Nichtschadens, des Wohltuns und um das Prinzip der Gerechtigkeit.⁴²⁰

Das Prinzip der Autonomie basiert auf dem Gedanken, dass jeder Mensch grundsätzlich frei ist. Diese Freiheit gebietet es, jede Handlung eines anderen an einem Menschen danach zu beurteilen, ob sie dessen Freiheit würdigt und zur Geltung bringt. In der Medizin stellt letztlich die Einholung der Einwilligungserklärung des betroffenen Patienten nach einer entsprechenden Aufklärung sicher, dass der Autonomie des Patienten Respekt gezollt wird. Der sogenannte „informed consent“ ist insoweit Voraussetzung für die Durchführung eines medizinischen Eingriffs.⁴²¹

Daneben steht das Prinzip des Nicht-Schadens. Es ist im Sinne einer negativen Pflicht zur Unterlassung der Schädigung eines Dritten konzipiert. Dieses Prinzip beruht auf der Anerkennung der Grundrechte des jeweils betroffenen Patienten.⁴²² Vom Prinzip des Nicht-Schadens ist das Prinzip des Wohltuns abzugrenzen. Während ersteres als negative Unterlassungspflicht ausgestaltet ist, handelt es sich bei letzterem um eine positive Tugendpflicht. Das Prinzip des Nicht-Schadens ist darauf beschränkt, dem Kranken keinen Schaden zuzufügen, wohingegen das Prinzip des Wohltuns darauf ausgerichtet ist, einen Schaden zu verhindern oder zu beseitigen bzw. Gutes zu fördern.⁴²³

Dem Prinzip der Gerechtigkeit schließlich liegen – je nach Definition – unterschiedliche Gerechtigkeitsvorstellungen zugrunde. Beispielsweise kann zwischen Individual- und Sozialgerechtigkeit unterschieden werden. Die

⁴²⁰ *Maio*, Mittelpunkt Mensch: Ethik in der Medizin, 2017, S. 157f.

⁴²¹ *Maio*, Mittelpunkt Mensch: Ethik in der Medizin, 2017, S. 158ff.

⁴²² *Maio*, Mittelpunkt Mensch: Ethik in der Medizin, 2017, S. 160f.

⁴²³ *Maio*, Mittelpunkt Mensch: Ethik in der Medizin, 2017, S. 161ff.

Bedeutung des Gerechtigkeitsprinzips hat in den letzten Jahren stark zugenommen. Das betrifft zum einen den Bereich der Allokationsproblematik bei Spenderorganen sowie zum anderen die immer weiter voranschreitende Ausrichtung der Medizin an marktwirtschaftlichen Anforderungen.⁴²⁴

bb. Die indikations- und patientenbezogenen Komponenten

Eine Detailbetrachtung des Modells von *Marckmann/in der Schmitten* lässt sodann erkennen, dass dessen erste Stufe – ebenso wie im Modell von *Winkler* – die Unterlassung unwirksamer bzw. nutzloser medizinischer Maßnahmen fordert. Diese Unterlassung ist zum einen durch das Prinzip des Nichtschadens gefordert. Zum anderen werden dadurch Ressourcen eingespart, die wiederum anderen Patienten zugutekommen können.⁴²⁵

Die zweite Stufe sieht eine konsequente Berücksichtigung von Patientenpräferenzen vor. Wie eine empirische Multicenter-Studie von *Schneiderman et al.*⁴²⁶ dargelegt hat, können dadurch ebenfalls Ressourcen eingespart werden. Die Studie untersuchte die Wirkung einer klinischen Ethikberatung, die es sich zum Ziel gesetzt hatte, Patientenbehandlungen unmittelbar am Patientenwillen auszurichten. Dadurch konnte bei den auf der Intensivstation im Krankenhaus versterbenden Patienten der Mittelverbrauch signifikant reduziert werden. Obwohl die Mortalität mit und ohne Ethikberatung gleich war, verbrachten die Patienten vor ihrem Tod insgesamt weniger Tage im Krankenhaus, weniger Tage auf der Intensivstation und auch eine geringere Zeitspanne am Beatmungsgerät. Und obgleich Kostenerwägungen bei der Ethikberatung keine Rolle spielten, konnten Ressourcen für andere Patienten eingespart und demgemäß positive gerechtigkeitsethische Konsequenzen bewirkt werden.⁴²⁷

⁴²⁴ *Maio*, Mittelpunkt Mensch: Ethik in der Medizin, 2017, S. 166ff.

⁴²⁵ *Marckmann/in der Schmitten*, Ethik Med 2011, 303 (308).

⁴²⁶ *Schneiderman* u.a., JAMA 2003, 1166 (1166ff.).

⁴²⁷ *Schneiderman* u.a., JAMA 2003, 1166 (1166ff.); *Marckmann/in der Schmitten*, Ethik Med 2011, 303 (308f.).

cc. Die allgemeinwohlgestützten Komponenten

Im Zuge der Erreichung eines bestimmten Therapieziels fordert die dritte Stufe vom jeweiligen Arzt eine Minimierung des Ressourcenverbrauchs. Eine explizite Berücksichtigung von Kostenaspekten steht nämlich nicht notwendig im Konflikt mit dem traditionellen Arztethos. Hat ein Arzt beispielsweise zwei Verfahren mit vergleichbarem Nutzen bzw. Schaden zur Auswahl, sollte er das günstigere Verfahren bevorzugen, selbst wenn dies nicht den Wünschen des Patienten entspricht. Dadurch ist der Arzt in der Lage, Ressourcen zu sparen und gleichzeitig seiner ärztlich-ethischen Verpflichtung nachzukommen, indem er das Wohlergehen seines Patienten nach bestem Wissen und Gewissen fördert. Sofern allerdings der Patient seinerseits das Nutzen-Schaden-Verhältnis beider Behandlungsmaßnahmen nicht als äquivalent beurteilt, müsse an dieser Stelle den Präferenzen des aufgeklärten Patienten – und damit dem Autonomieprinzip – Vorrang gewährt werden.⁴²⁸

Die vierte Stufe des Modells beschäftigt sich schließlich mit der Problematik der Vorenthaltung einer an sich nützlichen medizinischen Maßnahme aus Kostengründen. Der Arzt gerät dadurch nicht nur mit seinen traditionellen ärztlichen Verpflichtungen in Konflikt. Vielmehr wird von ihm auch eine Abwägung gefordert, ab wann der Nutzensgewinn bzw. das Kosten-Nutzen-Verhältnis einer Maßnahme nicht mehr ausreicht, um sie dem Patienten noch anbieten zu können. Dafür ist allerdings kein allgemeingültiger Grenzwert vorhanden. Gibt es jedoch keinerlei verbindliche Vorgaben, wird die Bewertung der Kosteneffektivität von Arzt zu Arzt variieren. Das kann zu einer Ungleichbehandlung der Patienten führen.⁴²⁹

Ein möglicher Lösungsansatz hierfür wäre die Entwicklung lokaler Versorgungsstandards für Kliniken, Stationen oder Praxis(regionen). Letztere könnten die Bedingungen für die Anwendung einer sehr teuren Therapieoption vorgeben. Denkbar wären beispielsweise kostensensible Leitlinien mit einer Beschränkung auf solche Subgruppen von Patienten, die aufgrund der verfügbaren empirischen Evidenz am meisten von den Maßnahmen profitieren

⁴²⁸ Marckmann/in der Schmitten, *Ethik Med* 2011, 303 (309).

⁴²⁹ Marckmann/in der Schmitten, *Ethik Med* 2011, 303 (309ff.).

werden. Dadurch ließe sich die verdeckte, implizite Rationierung⁴³⁰ auf lokaler Ebene in eine offengelegte, explizite – und daher ethisch unproblematischere – Rationierung überführen. Im Sinne der Gleichbehandlung aller Patienten wären allerdings einheitliche Vorgaben auf der Systemebene zu bevorzugen, beispielsweise mittels einer Erstellung durch den Gemeinsamen Bundesausschuss. Ein derartiges Prozedere dürfte aber nur für eine begrenzte Anzahl von Indikationen zu leisten sein, weswegen mitunter auf regionale oder lokale Standards zurückgegriffen werden müsste.⁴³¹

Sofern in einem konkreten Fall eine Rationierungsentscheidung unvermeidbar erscheint und keine kostensensible Leitlinie vorhanden ist, sind im Vorgriff auf die zu treffende Entscheidung zwei Voraussetzungen zu prüfen: Zunächst einmal sollten implizite Rationierungsentscheidungen einen möglichst geringen Einfluss auf den Patienten haben. Daher ist es vorzugswürdig, dem betroffenen Patienten zunächst nur solche Maßnahmen vorzuenthalten, die einen geringen Nutzen im Sinne einer marginalen Wirksamkeit bei vergleichsweise hohen Kosten bieten. Zweitens muss überlegt werden, inwieweit ein Nutzen für den Patienten überhaupt nachweislich eintritt. Leistungsbeschränkungen sollten primär bei denjenigen Maßnahmen stattfinden, die wegen einer unklaren Evidenzlage nicht sicher vorhersagen lassen, ob der Patient tatsächlich von der Maßnahme profitieren wird: „Je kleiner der erwartete Nutzengewinn für den Patienten, desto größere Anforderungen sind an die wissenschaftliche Evidenz zu stellen.“⁴³²

Bei impliziten ärztlichen Rationierungen ist darüber hinaus die Einhaltung gewisser prozeduraler Mindeststandards sinnvoll, wie beispielsweise die Wahrung von Transparenz (Aufklärung des Patienten über die Rationierung), die Begründung der Maßnahme (Beruhen der Rationierung auf einer nachvollziehbaren Begründung) und deren Konsistenz (Anwendung gleicher Zuteilungskriterien und Bewertungsstandards), eine entsprechende Evidenzbasierung (Berücksichtigung eines gesundheitlichen Nutzens und der zu erwartenden Kosten) sowie das Vorhalten einer Widerspruchsmöglichkeit zugunsten des Patienten.⁴³³ Aufgrund derartiger Verfahrensvorgaben können

⁴³⁰ Dannecker/Streng, MedR 2011, 131 (135f.).

⁴³¹ Marckmann/in der Schmitten, Ethik Med 2011, 303 (310).

⁴³² Marckmann/in der Schmitten, Ethik Med 2011, 303 (310).

⁴³³ Marckmann/in der Schmitten, Ethik Med 2011, 303 (311).

Patienten ihren Ärzten auch dann vertrauen, wenn sich diese gezwungen sehen, knappe Gesundheitsressourcen zuzuteilen.⁴³⁴

Bei schwierigen Konstellationen empfiehlt sich ferner die Durchführung sogenannter Kosten-Fallbesprechungen. In diesen Besprechungen kann beispielsweise diskutiert werden, inwieweit eine teure Behandlungsmaßnahme Anwendung finden soll, selbst wenn diese für den Patienten nur einen geringen oder fraglichen Nutzen aufweist. Derartige Fallberatungen verringern die Gefahr von behandlungsbezogener Willkür und ermöglichen die Schaffung vergleichbarer Bewertungsmaßstäbe. In weitergehenden Konfliktfällen wäre zudem die Einschaltung eines Klinischen Ethikkomitees sinnvoll.⁴³⁵

c. Stellungnahme

Die beiden dargestellten Ethikmodelle beschäftigen sich grundsätzlich mit denselben Fragestellungen, jedoch liegt der Fokus des ersten Modells auf der Einbeziehung des Patienten und dessen Entscheidungsvarianten, während das Modell von *Marckmann/in der Schmitten* schwerpunktmäßig auf die verschiedenen Alternativen eines denkbaren Umgangs mit Kostenfragen abzielt. Mit Blick auf die Fragestellung einer erweiterten Zulässigkeit einseitiger Behandlungsabbrüche auf der Grundlage von allgemeinwohlgestützten Entscheidungskomponenten ist das Modell von *Marckmann/in der Schmitten* insofern zweckdienlicher. Zudem gilt es zu bedenken, dass der Patientenwille in der hier geprüften Fallgruppe des einseitigen Behandlungsabbruchs kein legitimierendes Element der Zulässigkeitsbegründung darzustellen vermag, da der Wille des Patienten entweder nicht bekannt ist oder aber der geplanten Behandlungsentscheidung entgegensteht.

Im Falle eines entgegenstehenden Patientenwillens könnte demgemäß eine Kombination aus beiden Modellen zur Entscheidungsfindung herangezogen werden, d.h. hinsichtlich des entgegenstehenden Patientenwillens kommen

⁴³⁴ *Marckmann/in der Schmitten*, Ethik Med 2011, 303 (311); BÄK, Medizinische Indikationsstellung und Ökonomisierung, 2015, S. 2.

⁴³⁵ *Marckmann/in der Schmitten*, Ethik Med 2011, 303 (311).

zunächst die Ausführungen aus dem Modell von *Winkler* zum Tragen, im Hinblick auf die Einbeziehung der Kostengesichtspunkte steht sodann das Modell von *Marckmann/in der Schmitten* im Mittelpunkt. Bei einem faktisch nicht feststellbaren Patientenwillen stellt eine Kombination aus beiden Modellen hingegen keinen Mehrwert dar und es wird ausschließlich auf das Modell von *Marckmann/in der Schmitten* zurückzugreifen sein.

Wünscht ein Patient eine wirkungslose Therapie, darf demgemäß diese medizinische Maßnahme nicht durchgeführt werden und der entgegenstehende Wille ist unbeachtlich. Ist der Behandlungswunsch auf ein Therapieziel gerichtet, dessen Erreichbarkeit äußerst unwahrscheinlich, aber nicht völlig ausgeschlossen ist, bestünde grundsätzlich die Möglichkeit der Vereinbarung eines zeitlich begrenzten Therapieversuchs.⁴³⁶ Ähnliches gilt bei einer prinzipiellen Erreichbarkeit des Behandlungsziels; in diesem Fall sollte grundsätzlich nur ein anhaltend fehlender Wirklichkeitsbezug als hinreichend erachtet werden, um eine Therapiebegrenzung gegen den Patientenwillen zu rechtfertigen.⁴³⁷

Es stellt sich jedoch die Frage, ob sich an diesen Grundsätzen etwas ändert, wenn eine ökonomisch bedingte Therapiebegrenzung zwingend notwendig erscheint. Es gilt mit anderen Worten zu klären, ob eine negative Kosten-Nutzen-Rechnung im Rahmen der indikationsimmanenten Abwägungsentscheidung dergestalt gewichtet werden kann, dass von einer Durchführung der fraglichen Therapiemaßnahme Abstand genommen werden darf.

Insofern stellt das von *Marckmann/in der Schmitten* skizzierte Prozedere einen diskussionswürdigen Ansatz dar: Dem betroffenen Patienten sind zunächst nur solche Maßnahmen vorzuenthalten, die einen geringen Nutzen im Sinne einer marginalen Wirksamkeit bei vergleichsweise hohen Kosten bieten. Es muss geprüft werden, inwieweit ein Nutzen für den Patienten überhaupt nachweislich eintritt. Leistungsbeschränkungen können vor allem bei den Maßnahmen erfolgen, die aufgrund einer unklaren Evidenzlage nicht sicher erkennen lassen, ob der Patient de facto von der Maßnahme profitieren wird: „Je kleiner der

⁴³⁶ *Winkler*, Ethik Med 2010, 89 (95).

⁴³⁷ *Winkler*, Ethik Med 2010, 89 (99f.).

erwartete Nutzensgewinn für den Patienten, desto größere Anforderungen sind an die wissenschaftliche Evidenz zu stellen.“⁴³⁸ Bei diesem Bewertungsansatz macht es wie oben erwähnt auch keinen Unterschied, ob der Wille des Patienten entgegensteht oder nicht ermittelt werden kann. In beiden Konstellationen fehlt es insofern an einer subjektiven Legitimationsgrundlage für die Abbruchentscheidung und es gilt zu klären, inwieweit auf dieser objektiven Basis unter Einbeziehung allgemeinwohlgestützter Kostenerwägungen eine einseitige Behandlungsbegrenzung zulässigerweise erreicht werden kann.

In rechtlicher Hinsicht ist das jedoch nicht unproblematisch. Da die Frage nach der gerechten Ressourcenverteilung mit den individuellen Nöten eines Patienten nichts zu tun habe, müsse sie – vor allem auch mit Blick auf die Verordnungsfähigkeit einer Therapieoption – auf gesetzgeberischer Ebene einer Klärung zugeführt werden.⁴³⁹ Nach der aktuellen Gesetzeslage dürften daher allenfalls Überlegungen probabilistischer und quantitativer Sinnlosigkeit in die ärztliche Entscheidung mit einfließen. Probabilistische Sinnlosigkeit ist dann gegeben, wenn eine Maßnahme zwar einen lebenserhaltenden Effekt haben kann, dieser angestrebte Erfolg jedoch nicht hinreichend wahrscheinlich bzw. nicht hinreichend statistisch gesichert ist. Die quantitative Sinnlosigkeit umfasst hingegen Maßnahmen, die eine Lebenserhaltung zwar hinreichend sicher, aber nicht für eine maßgeblich lange Zeit erreichen können, weswegen sie möglicherweise im Einzelfall nicht mehr angemessen sind.⁴⁴⁰

Unter diesen Prämissen stellt sich die Frage, inwieweit eine Ausdehnung der Zulässigkeit einseitiger Behandlungsabbrüche auf der Basis allgemeinwohlgestützter Erwägungen überhaupt erreicht werden kann und auf welchen Erwägungen die ablehnende Haltung der herrschenden Meinung grundlegend basiert.

Betrachtet man die Argumentation im Rahmen der strittigen Konstellationen des einseitigen Behandlungsabbruchs, ergibt sich im Kern der Ausführungen stets das gleiche Bild: Unabhängig davon, ob die Festlegung einer bestimmten

⁴³⁸ *Marckmann/in der Schmitten*, *Ethik Med* 2011, 303 (310).

⁴³⁹ *Sternberg-Lieben*, in: *Duttge/Zimmermann-Acklin*, *Göttinger Schriften* 2013, S. 37 (52).

⁴⁴⁰ *Merkel*, *Früheuthanasie*, 2001, S. 298f.; *Sternberg-Lieben*, in: *Duttge/Zimmermann-Acklin*, *Göttinger Schriften* 2013, S. 37 (54).

Größenordnung bezüglich der Sicherheit einer Therapiezielerreichung oder die Festlegung einer potentiellen Nutzenhöhe einer Behandlungsmethode im Raum stehen, so geht es doch letztlich um nichts anderes als die objektive Bemessung eines sich aus der Therapieoption ergebenden Lebenswerts und damit um die Frage der normativen Sinnhaftigkeit⁴⁴¹ einer Behandlungsmethode. Denn nichts anderes kann damit gemeint sein, wenn einem Patienten eine Therapieoption aufgrund einer zu geringfügigen Nutzenhöhe versagt wird. Die sich aus der Therapie unter Umständen ergebende – wenn auch nur minimal – positive Bilanz hinsichtlich der Lebenszeit wird als nicht weitreichend genug erachtet, als dass sie dem Patienten im Hinblick auf beispielsweise damit einhergehende Belastungen etwas einbringen würde.

Auch die Frage danach, ob eine Therapieoption per se oder mit Blick auf den von ihr ausgehenden Nutzen als ökonomisch sinnvoll betrachtet werden kann, löst dieselbe Problematik aus. Bei der Überlegung, ob einem Patienten eine Behandlungsmethode vorenthalten werden soll, da sie hohe Personal- und Sachkosten verursacht und dabei nur eine minimale Nutzenwahrscheinlichkeit verspricht, geht es ebenfalls um eine qualitative, objektive Bemessung des Lebenswerts des betroffenen Patienten. Die marginale potentielle Nutzenentfaltung scheint es angesichts des mit der Behandlungsmethode einhergehenden finanziellen und personellen Aufwandes nicht wert zu sein, sie dem betroffenen Patienten zugute kommen zu lassen. Der Wert des patientenseitig eingestellten Rechtsguts Lebens unterliegt somit einer Bemessung, innerhalb derer der Betroffene unter Umständen zurückstehen muss.

Dass derartige Aussagen auf eine umfassende Kritik stoßen, ist nicht nur verständlich, sondern im Wesentlichen sogar unverzichtbar, damit die Grenzen einer etwaigen Lebenswertbemessung auch sicher ausgelotet werden können. Entgegen den vorliegend angestellten Überlegungen wird daher überwiegend die Auffassung vertreten, dass eine Bemessung von Lebenswert eindeutig dem geltenden Leitsatz „in dubio pro vita“⁴⁴² widerspreche und daher per se als

⁴⁴¹ Pawlik, in: Freund u.a., FS für Frisch 2013, S. 697 (699).

⁴⁴² Hörr, Passive Sterbehilfe und betreuungsgerichtliche Kontrolle, 2011, S. 289.

unzulässig zu betrachten sei⁴⁴³, zumal menschliches Leben nicht qualitativ eingestuft werden dürfe.⁴⁴⁴ Durch eine Relativierung des Lebensschutzes⁴⁴⁵ drohe vielmehr ein „Dambruch“⁴⁴⁶, den es im Interesse der Erhaltung des Höchstwertes Lebens unbedingt zu vermeiden gelte.⁴⁴⁷ Die grundgesetzlichen Garantien der Menschenwürde und des Menschenlebens seien jedenfalls keine „Wanderdünen“⁴⁴⁸, die vor Tabubrüchen zurückweichen müssten.

Unter Berücksichtigung dieser durchaus nachvollziehbaren Ausführungen soll zunächst hervorgehoben werden, dass ein Rückzug auf Extrempositionen der Herausarbeitung einer umfassenden Lösung grundsätzlich nicht zuträglich ist. Die Tabuisierung der Diskussion um das Sterben sowie die Nichtthematisierung konfliktträchtiger Elemente der Sterbehilfe wird sich eine alternde Gesellschaft auf Dauer nicht leisten können.⁴⁴⁹ Selbst wenn man sich auf den Standpunkt stellt, dass es keinerlei Lebenswertbemessung geben dürfe und der Gefahr einer Relativierung des Lebensschutzes strikt vorgebeugt werden müsse, so erreicht man dadurch nur zweierlei: Erstens entfernt man sich von der klinisch-praktischen Realität, die sich unter Umständen faktisch dazu gezwungen sieht, Behandlungssituationen mittels einer Begrenzung zu bewältigen. Zum anderen erstickt man im Keim jede Diskussion, die sich auf die Erweiterung der Zulässigkeit einseitiger Behandlungsabbrüche im Sinne einer Festlegung der dafür erforderlichen Kriterien richtet.

Es entspricht eben nicht der aktuellen klinischen Realität, dass man den Höchstwert Leben von jeglicher Abwägung fernhalten kann. Das Rechtsgut Leben liegt ohnehin zu einem gewissen Maß bereits in der Waagschale,

⁴⁴³ Vgl. insofern *Fischer*, in: Heinrich u.a., FS für Roxin 2011, S. 557 (559), der bezüglich der geforderten Absolutheit des Lebensschutzes von einem zweifelhaften Dogma spricht.

⁴⁴⁴ *Gutmann*, in: ders./Schmidt, Rationierung und Allokation im Gesundheitswesen, 2002, S. 179 (202f.).

⁴⁴⁵ *Kaufmann*, in: Schünemann u.a., FS für Roxin 2001, S. 841 (852); *Höfling/Schäfer*, Leben und Sterben in Richterhand?, 2006, S. 16; *Gkoutis*, Autonomie und strafrechtlicher Paternalismus, S. 35.

⁴⁴⁶ *Knopp*, in: ders./Schluchter, Sterbehilfe – Tabuthema im Wandel?, 2004, S. 69; a.A. *Hoerster*, NJW 1986, 1786 (1791); *ders.*, Sterbehilfe im säkularen Staat, 1998, S. 17; *Bartsch*, in: Schröder/Hellmann, FS für Achenbach 2011, S. 13 (28).

⁴⁴⁷ Vgl. insofern *Herzberg*, NJW 1996, 3043 (3044), der insofern zu bedenken gibt, dass die bloße Behauptung eines Dambruchs bzw. die reine Aufstellung eines Schiefe-Bahn-Arguments noch kein Argument als solches darzustellen vermag, da die Möglichkeit zu einem Ins-Rutschen-Kommen jederzeit und überall bestehe.

⁴⁴⁸ *Höfling*, ZfL 2002, 34 (41).

⁴⁴⁹ *Kubiciel*, JA 2011, 86 (91).

unabhängig davon, um welche Konstellation der Sterbehilfe es geht. Wie sonst könnten die in Kapitel B, Abschnitt III.1.a. und b. geschilderten, in der Literatur und der Rechtsprechung gemeinhin anerkannten Konstellationen des einseitigen Behandlungsabbruchs gegenüber einem Rechtsgut Leben bestehen, das stets uneingeschränkt Geltung beansprucht? Durch die Unterordnung des „Restwerts Leben“ eines Patienten zum Zwecke der Ermöglichung eines menschenwürdigen Todes findet nichts anderes als eine objektive Bewertung seines Lebenssinnes statt. Die Entscheidung für einen Behandlungsabbruch wird in dieser Situation letztlich von der Begründung getragen, dass eine an sich technisch mögliche Lebensverlängerung dem Sterbenden nichts mehr einbringe.⁴⁵⁰

Dieses auf den ersten Blick schwierig anmutende Ergebnis, das es nach bisheriger Strafrechtsdogmatik eigentlich nicht geben dürfte, weil eine objektive Lebenswertbemessung stattfindet⁴⁵¹, ist jedoch nicht isoliert zu betrachten und kann unter bestimmten Voraussetzungen durchaus legitim sein. Wie bereits in Kapitel B, Abschnitt III.1.a. dargestellt, muss trotz der bestehenden Kontroverse bedacht werden, dass die uneingeschränkte Verfechtung der Lebenserhaltungsprinzipien in Anbetracht „der letztlich unvermeidlichen Endlichkeit des menschlichen Lebens“⁴⁵² ab einem gewissen Punkt in Inhumanität⁴⁵³ umzuschlagen droht und über der Verabsolutierung des Gedankens der konkrete Mensch vergessen wird.⁴⁵⁴

Genau darin liegt auch das Problem des Themenkomplexes Sterbehilfe. Es geht um Grenzenscheidungen zwischen Leben und Tod, auf die vielfältige medizinische, rechtliche und ethische Gesichtspunkte einwirken. Der strikte Vorrang einzelner Vorgaben auf Kosten anderer lässt eine Behandlungsentscheidung beispielsweise ethisch einwandfrei erscheinen, obwohl die Entscheidung nicht im Einklang mit juristischen Vorgaben steht. Genauso kann ein rechtlich ordnungsgemäßes Vorgehen ethisch oder

⁴⁵⁰ Pawlik, in: Freund u.a., FS für Frisch 2013, S. 697 (699).

⁴⁵¹ Gutmann, in: ders./Schmidt, Rationierung und Allokation im Gesundheitswesen, 2002, S. 179 (202f.); Fischer, in: Heinrich u.a., FS für Roxin 2011, S. 557 (559f.); Pawlik, in: Becker/ Roth, Recht der Älteren, 2013, S. 127 (159).

⁴⁵² Strätling, in: Heinrich-Böll-Stiftung, Die Freiheit zu sterben, 2007, S. 69 (70).

⁴⁵³ Kreß, Medizinische Ethik, 2009, S. 252.

⁴⁵⁴ Eser, in: Lawin, Grenzen der ärztlichen Aufklärungs- und Behandlungspflicht, 1982, S. 77 (84f.).

medizinisch fragwürdig anmuten.

Der Balanceakt zwischen menschenwürdigem Sterben(lassen) und medizinischen sowie juristischen Notwendigkeiten führt zwangsläufig zu einer abwägenden Entscheidung hinsichtlich der betroffenen Rechtsgüter. Ziel der Diskussion im Bereich der erweiterten Zulässigkeit einseitiger Behandlungsabbrüche muss es daher sein, mittels einer transparenten, juristisch und medizinisch nachvollziehbaren Herangehensweise dem Rechtsgut Leben und seinem Geltungsanspruch möglichst umfänglich Rechnung zu tragen.

Bezugnehmend auf die von *Simon* in Kapitel B, Abschnitt III.1.a. dargestellte Verfechtung einer Weiterbehandlung von Patienten mit unzureichender Willensäußerung⁴⁵⁵ sei an dieser Stelle noch angemerkt, dass eine auf unbestimmte Zeit fortgeführte Lebensverlängerung bei dauerhaft bewusstseinslosen Patienten nicht für jeden Betroffenen zwingend das vertretbarere Übel, sondern vielmehr auch eine ungewollte Zwangsbehandlung⁴⁵⁶ darstellen kann.

Mit Blick auf den ökonomischen Aufwand einer Behandlungsmethode und die fragliche Möglichkeit, diesen Aufwand bei einer notwendigen Lebenswertbemessung zu berücksichtigen, gilt daher das bereits oben Gesagte: Der Kostendruck ist seit geraumer Zeit in den Kliniken angekommen und es besteht daher die nicht von der Hand zu weisende Gefahr einer ärztlichen Therapieentscheidung auf Basis eines vorherrschenden ökonomischen Drucks. Diese Beeinflussung durch ökonomische Vorgaben verbirgt sich jedoch allzu häufig hinter der Indikationsverneinung⁴⁵⁷ und ist als solche für Außenstehende nicht transparent erkennbar.

Demgemäß erscheint es zwingend notwendig, eine etwaige ökonomisch beeinflusste Entscheidungsfindung nachvollziehbar und deutlich abzubilden. Zudem bedarf es einer prozeduralen Absicherung, wobei in diesem Zusammenhang zwecks einheitlicher Vorgehensweise auf das Prozedere zurückgegriffen werden soll, das bei den strittigen indikationsgegründeten

⁴⁵⁵ *Simon*, in Höfling: Das sog. Wachkoma, 2007, S. 109.

⁴⁵⁶ *Uhlenbruck*, NJW 2001, 2770 (2772).

⁴⁵⁷ *Künschner*, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, 1992, S. 78.

Konstellationen des einseitigen Behandlungsabbruchs zur Anwendung gekommen ist.

d. Die prozedurale Absicherung

Damit ärztlicherseits bewirkte Rationierungsentscheidungen transparent und für den Patienten nachvollziehbar bleiben, ist es – ähnlich wie bei den indikationsgegründeten Behandlungsbegrenzungsentscheidungen – zwingend erforderlich, eine entsprechende Dokumentation durchzuführen. Der Patient ist zudem über die Gründe der Rationierungsentscheidung, die zur Anwendung kommenden Zuteilungskriterien und Bewertungsstandards sowie die evidenzbasierte Nutzenberücksichtigung in Anbetracht der zu erwartenden Kosten aufzuklären, sofern dies aufgrund seines gesundheitlichen Zustands möglich ist.

Bei komplexen und schwierig zu beurteilenden Konstellationen empfiehlt sich zudem die Durchführung der bereits oben erwähnten Kosten-Fallbesprechungen. Dadurch werden die Einhaltung der Bewertungsstandards und die konstante Anwendung denkbarer Zuteilungskriterien sichergestellt. Ebenfalls denkbar bleibt die Einschaltung eines Klinischen Ethikkomitees.⁴⁵⁸

Unabhängig von einer transparenten Dokumentation im jeweils zu entscheidenden Einzelfall wären zudem die Entwicklung regionaler oder lokaler Versorgungsstandards sowie die Schaffung einheitlicher Vorgaben für die Kostenübernahme bestimmter Wirksamkeits- und Nutzenhöhen auf einer demokratisch legitimierten Systemebene⁴⁵⁹ unbedingt anzustrebende Entwicklungsschritte für eine bessere, transparente Inkludierung von Kostengesichtspunkten in einem Entscheidungsrahmen, der sich sowohl dem Wohl der Patienten als auch den begrenzten Ressourcen, d.h. dem Allgemeinwohl verpflichtet weiß.⁴⁶⁰

⁴⁵⁸ Marckmann/in der Schmitten, Ethik Med 2011, 303 (311).

⁴⁵⁹ Marckmann/in der Schmitten, Ethik Med 2011, 303 (310).

⁴⁶⁰ Raspe, MedR 2016, 248 (250).

VII. Die Einbettung der indikations- und allgemeinwohl-gestützten Konstellationen in den strafrechtlichen Lösungsansatz

Im hiesigen Prüfungskontext gilt es nunmehr in einem letzten Schritt die vorstehend aufbereiteten Konstellationen des einseitigen Behandlungsabbruchs in den erarbeiteten strafrechtlichen Lösungsansatz einzubetten.

Wie in Abschnitt III. erläutert, geht es bei sämtlichen vorliegend untersuchten Konstellationen des einseitigen Behandlungsabbruchs in dogmatischer Hinsicht um die Fragestellung, inwieweit der behandelnde Arzt für die Integritätsinteressen seines Patienten im Sinne einer Garantenpflichtigkeit zuständig ist und in welchem Umfang diese Pflicht zur Rücksichtnahme besteht⁴⁶¹ bzw. ab welchem Punkt in der Behandlung der Arzt von dem, was krankheitsbedingt geschieht, normativ abgeschnitten⁴⁶² ist. Der den Behandlungsabbruch einleitende Arzt begeht eine aktive Tötung i.S.v. § 212 Abs. 1 StGB, wenn er den vermeidbaren Tod seines Patienten nicht vermeidet und eine Garantenstellung hinsichtlich des zu vermeidenden Erfolges innehat.

Der Arzt ist und bleibt dabei Garant, soweit und solange ihm das an sich zu vermeidende Geschehen als Nichtvermeider zugerechnet werden kann, da er für die Erlaubtheit oder Unerlaubtheit des Geschehenen einzustehen hat. Der juristische Ausgangspunkt strafrechtlicher Verantwortlichkeit liegt folglich in der Nichtvermeidung des Schadens, der auf die eigene Sonderverantwortung des Arztes zurückgeht.⁴⁶³

Wie bereits oben ausgeführt, verlässt der Arzt bei bestimmten Kriterien, die er in die Abbruchentscheidung einzubeziehen gedenkt, den Bereich des objektiv-naturwissenschaftlichen sowie unmittelbar subjektiv patientenbezogenen Indikationsbegriffs und berücksichtigt Aspekte, die in ihrer Reichweite über das Wohl eines konkreten Patienten hinausgehen. Da Ärzte jedoch nicht in einem rechtsfreien Raum tätig werden sollen, unterliegt ihre Entscheidungsfindung bestimmten Vorgaben und einer gewissen juristischen Nachprüfung. Damit aber

⁴⁶¹ Vgl. zu den Grundlagen *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 158.

⁴⁶² *Jakobs*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 27f.

⁴⁶³ *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S. 173f., 195.

auch gegenteilig einer rechtlichen Überregulierung vorgebeugt werden kann, ist für den ausschließlich auf Beurteilungsfehler überprüfbaren Bereich der Indikationsstellung ein spezifisch ärztlicher Beurteilungsspielraum festzulegen.⁴⁶⁴ Die potentiell einbezieharen Kriterien können dabei zudem – ähnlich wie Behandlungsstandards – auf von der Ärzteschaft eigenständig entwickelten Vorgaben beruhen. Deren Anwendung erfolgt sodann im Rahmen des den Ärzten zustehenden „kriterienorientierten Beurteilungsermessens“⁴⁶⁵.

Die kritisch beurteilten Konstellationen des einseitigen Behandlungsabbruchs sind zum einen die indikationsgegründeten Behandlungsabbrüche auf der Basis eines objektiv individualisierten Indikationsverständnisses und zum anderen die Behandlungsabbrüche auf der Grundlage allgemeinwohlgestützter Erwägungen, die mitunter ökonomischer Natur sein können.

Bei beiden Konstellationen spielt die Frage eine Rolle, ob durch die Einbeziehung der jeweiligen Kriterien in die Indikationsstellung die ärztliche Indikation für die weitere Behandlung (noch) gegeben oder entfallen ist. Sofern die Indikation entfällt, kann es keine Garantenstellung mehr geben, die den Arzt zu einer Weiterführung der Behandlung verpflichten könnte.

1. Die strafrechtliche Zulässigkeitsbeurteilung einseitiger Behandlungsabbrüche auf der Basis eines objektiv individualisierten Indikationsverständnisses

Am Beispiel des zu entscheidenden Sachverhalts im oben erwähnten Urteil des Oberlandesgerichts München⁴⁶⁶ lässt sich der Ausgangspunkt der Zulässigkeitsprüfung anhand des im hiesigen Kapitel entwickelten strafrechtlichen Lösungsansatzes dergestalt formulieren, dass der einseitig bewirkte Behandlungsabbruch als straflos angesehen werden kann, wenn die

⁴⁶⁴ Sternberg/Lieben, in: Geisler u.a., FS für Geppert 2011, S. 723 (730).

⁴⁶⁵ Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 2019, Vorbem. §§ 211 ff. Rn. 29f; Sternberg-Lieben, in: Duttge/Zimmermann-Acklin, Göttinger Schriften 2013, S. 37 (55).

⁴⁶⁶ OLG München, Ur. v. 21.12.2017 – 1 U 454/17, MedR 2018, 317 (317ff.).

dem Arzt qua Behandlungsvertrag obliegende Garantenpflicht nicht mehr besteht und der Arzt demzufolge aus seiner Garantenstellung entlassen worden ist.

Gemäß der obigen Sachverhaltsdarstellung befand sich der Patient in einem desaströsen Zustand und jede realistische Chance auf Remission war ausgeschlossen. Eine Willensermittlung gelang trotz Ausschöpfung aller Möglichkeiten nicht. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass dem Patienten in diesem Krankheitsstadium keinerlei medizinische Maßnahmen mehr zuteilwerden konnten, die seine Lage verbessert hätten.

Die Behandlungspflicht des Arztes muss grundsätzlich dort enden, wo dem Patienten nicht mehr geholfen werden kann. Demnach stellt auch die Beendigung der kurativ ausgerichteten Behandlung keine Schaffung einer rechtlich relevanten Gefahr mehr dar. In diesem Zeitpunkt gibt es für kurative Therapieansätze keine Indikation mehr und der unheilbare Krankheitsverlauf fokussiert die ärztliche Betreuung auf die Leidensminderung und die Ermöglichung eines menschenwürdigen Sterbens.⁴⁶⁷ Wie bereits erläutert war der Zustand des Patienten von völliger Immobilität und Kommunikationsunfähigkeit geprägt. In Ermangelung der Möglichkeit einer subjektiven Willensermittlung stellte sich mithin die Frage nach den objektiven Grenzen der ärztlichen Behandlungspflicht.⁴⁶⁸

In einem ersten Schritt lässt sich diese objektive Grenze aus den zur Anwendung gelangten Empfehlungen und Leitlinien, die sich auf die betreffenden Krankheitsbilder und -stadien beziehen, ermitteln. Sofern auf der Basis des fachspezifischen Standards unter Zuhilfenahme der entsprechenden Leitlinien nicht mehr von einer Remission ausgegangen werden kann, ist es erforderlich, ein etwaiges weiteres Therapieziel und dessen dazugehörige Indikation besonders gründlich zu prüfen. In diesem Zusammenhang gilt es sodann in einem zweiten Schritt – da keine explizite oder mutmaßliche subjektive Willensäußerung des Patienten vorliegt – die Frage nach dem Wohl des Patienten zu beantworten. Der Begriff des Wohls ist dabei als Zustand zu definieren, in dem sich jemand in seinen persönlichen Verhältnissen wohlfühlt,

⁴⁶⁷ *Albrecht*, FS für Schreiber 2003, S. 551 (563).

⁴⁶⁸ *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, 2019, Vorbem. §§ 211 ff. Rn. 29f; *Duttge*, NStZ 2006 479 (479f.); *Schreiber*, NStZ 2006, 473 (474f.); *Lipp*, MedR 2015, 762 (764f.).

wobei bei einem nicht mehr kommunikationsfähigen, schwerstkranken Patienten auch von medizinischen Wertungen beeinflusste allgemeine Wertvorstellungen zum Tragen kommen.⁴⁶⁹

Die Grenze der Behandlungspflicht ist demgemäß – unter Zugrundelegung der medizinischen Einschätzung relevanter Empfehlungen und Leitlinien – dort zu verorten, wo dem objektiv medizinisch interpretierten Wohl des Patienten nicht mehr gedient wird. Letzteres kann bejaht werden, wenn einem Patienten kein Erleben mehr möglich ist und ihm das Potential dazu abhandengekommen ist, ein Erleben wiederzuerlangen. Sofern der Zeitraum einer möglichen Regeneration verstrichen ist, ist der Abbruch der Behandlung einer weiteren Lebenserhaltung vorzuziehen.⁴⁷⁰

Kann die weitere Behandlung den Tod nicht verhindern, ist eine spürbare Besserung des Gesundheitszustands des Patienten ausgeschlossen und vermag die Fortführung der Behandlung lediglich das Stadium der Irreversibilität des Krankheitsstadiums aufrechtzuerhalten⁴⁷¹, gibt es keinerlei Therapieziel mehr, das ärztlicherseits eine weitere Behandlung rechtfertigt. Die ärztliche Indikation im Sinne eines objektiv individualisierten Indikationsverständnisses ist zu verneinen.

Anders ausgedrückt reicht in dem Augenblick, in dem jegliche Remission ausgeschlossen ist, die faktische Herrschaft des Arztes über das Krankheitsgeschehen nicht mehr aus, um dessen Sonderverantwortlichkeit⁴⁷² bezüglich des Überlebens seines Patienten zu begründen. Der durch einen Behandlungsabbruch eintretende Tod des Patienten kann dem Arzt trotz seiner Position als Nichtvermeider⁴⁷³ nicht mehr zugerechnet werden, da aufgrund der entfallenen ärztlichen Sonderverantwortlichkeit die Garantenstellung verneint werden muss. Garant ist und bleibt der Arzt nur, soweit und solange ihm das an sich zu vermeidende Geschehen als Nichtvermeider zugerechnet werden kann, da er für die Erlaubtheit bzw. Unerlaubtheit des Geschehenen einzustehen hat.

⁴⁶⁹ *OLG München*, Urt. v. 21.12.2017 – 1 U 454/17, MedR 2018, 317 (323); *BGH*, Beschl. v. 17.03.2003 - XII ZB 2/03, juris-Rn. 46.

⁴⁷⁰ *Merkel*, MedR 2017, 1 (5).

⁴⁷¹ *Albrecht*, FS für Schreiber 2003, S. 551 (557f.).

⁴⁷² *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S. 195.

⁴⁷³ *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S. 173f.

Davon kann aufgrund der geschilderten tatsächlichen Rahmenbedingungen aber nicht mehr ausgegangen werden. Der Anknüpfungspunkt für eine denkbare Strafbarkeit – d.h. die Nichtvermeidung eines Schadens, der auf seine eigene Sonderverantwortung zurückgeht⁴⁷⁴ – ist zu verneinen und der Arzt bleibt mit Blick auf den eintretenden Tod des Patienten im Sinne einer strafrechtlichen Relevanz vom Geschehen normativ abgeschnitten.⁴⁷⁵

Zusammenfassend lässt sich das Ergebnis wie folgt formulieren: Die Ermittlung eines Therapieziels und die Stellung der Indikation war im vorliegenden Behandlungszeitraum ab einem gewissen Zeitpunkt fraglich und kritisch. Empfehlen einschlägige Leitlinien in einer derartigen irreversiblen Behandlungssituation ohne realistische Aussicht auf Besserung des Gesundheitszustandes den Abbruch der Behandlung, ist die Indikation unter Berücksichtigung eines medizinisch interpretierten Patientenwohls schlussendlich zu verneinen. Die Unkenntnis über den Inhalt des subjektiven Patientenwillens hat hierauf keinen Einfluss. Ein auf dieser Grundlage durchgeführter Behandlungsabbruch ist sodann nicht (mehr) als Schaffung einer rechtlich relevanten Gefahr zu verstehen. Der Arzt wird vielmehr aus seiner Behandlungspflicht entlassen und eine diesbezügliche Strafbarkeit ist zu verneinen.

2. Die strafrechtliche Zulässigkeitsbeurteilung einseitiger Behandlungsabbrüche auf der Basis einer allgemeingestützten, ökonomischen Betrachtungsweise

Genauso wie die auf der Basis eines objektiv individualisierten Indikationsverständnisses durchgeführte Zulässigkeitsprüfung lässt sich auch die Beurteilung der Zulässigkeit eines einseitig bewirkten Behandlungsabbruchs mit Blick auf dessen Kosten-Nutzen-Bilanz dergestalt formulieren, dass der Abbruch als straflos angesehen werden kann, wenn die dem Arzt qua Behandlungsvertrag obliegende Garantenpflicht nicht mehr besteht und der Arzt aus seiner

⁴⁷⁴ Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S. 173f., 195.

⁴⁷⁵ Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 27f.

Garantenstellung entlassen worden ist. Die hiesige Betrachtung der Kosten-Nutzen-Bilanz bezieht sich dabei ausdrücklich auf diejenigen Konstellationen im klinischen Alltag, in denen ein – wie auch immer gearteter – minimaler Nutzen zugunsten des Patienten einzutreten vermag. Der Nutzen ist hierbei im Sinne einer Verbesserung des Gesundheitszustandes zu verstehen.

Die Aufrechterhaltung eines medizinischen Status quo ohne realistische Aussicht auf Besserung, wie dies beispielsweise in den Rahmenbedingungen der Entscheidung des Oberlandesgerichts München⁴⁷⁶ der Fall war, führt vorliegend nicht zu einer Bejahung des Behandlungsnutzens. In derartigen Konstellationen bedarf es demnach auch keiner vorrangigen Prüfung des Kosten-Nutzen-Verhältnisses, da bei einem Patienten ohne medizinisch realistische Aussicht auf Remission die Möglichkeit einer Therapieziel- und Indikationsverneinung besteht, selbst wenn dessen subjektiver Wille nicht bekannt ist. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.

Im Gegensatz hierzu würde in der in Kapitel B geschilderte Konstellation der Morbus-Pompe-Patientin⁴⁷⁷ die Therapiemaßnahme nicht von vornherein als nutzlos angesehen werden, da durch die strittige Behandlung zumindest die Möglichkeit besteht, den Krankheitsverlauf des Patienten günstig zu beeinflussen, selbst wenn sowohl Heilung als auch eine Remission nicht zu erreichen sind. Durch die Stabilisierung des fortgeschrittenen Krankheitszustands bietet sich zumindest die Chance, über einen bestimmten Zeitraum die Verschlechterung der Lungenfunktion und demzufolge die Notwendigkeit einer Beatmung hinauszuzögern. Dadurch wird wiederum die Abhängigkeit von Fremdhilfe sowie eine zum Tod führende Ateminsuffizienz weiter hinausgezögert, was für den Patienten einen erheblichen Nutzen darzustellen vermag.⁴⁷⁸

Ausgehend von diesen Eckpunkten stellt sich die Frage, ob die Behandlungspflicht eines Arztes auch dann enden kann, wenn zwar ein minimaler Nutzen der potentiellen Behandlungsmethode zugunsten des Patienten bejaht werden kann, dieser denkbare Nutzen aber im Vergleich zu den

⁴⁷⁶ OLG München, Urt. v. 21.12.2017 – 1 U 454/17, MedR 2018, 317 (317ff.).

⁴⁷⁷ Vgl. insofern die Ausführungen in Kapitel B, Abschnitt III.4.a.

⁴⁷⁸ Raspe, MedR 2012, 291 (293).

mit der Behandlung einhergehenden Kosten als unverhältnismäßig eingestuft wird. Die Beendigung der kurativ ausgerichteten Behandlung würde dann keine Schaffung einer rechtlich relevanten Gefahr mehr darstellen. Auch in diesem Zusammenhang käme es vielmehr zur Realisierung des allgemeinen Lebensrisikos.

In Anlehnung an die oben aufgezeigten Ethikmodelle lässt sich zunächst festhalten, dass es (noch) keine allseits anerkannte Grenze hinsichtlich der solidarisch-gemeinschaftlich zu finanzierenden Nutzenhöhe gibt, an der sich ein Arzt orientieren könnte. Es wäre jedoch denkbar, diese Grenzziehung auf einer höheren Planungsebene vorwegzunehmen und demgemäß eine Behandlung wegen mangelnder Wirksamkeit oder mangelndem Nutzen als nicht zur Kostenübernahme fähig zu erklären.⁴⁷⁹ Ein möglicher Lösungsansatz hierfür wäre die bereits oben erläuterte Entwicklung lokaler Versorgungsstandards für Kliniken oder Praxis(regionen). Vorstellbar wären zudem kostensensible Leitlinien mit einer Ausrichtung an denjenigen Patienten, die aufgrund der verfügbaren empirischen Evidenz am meisten von den Maßnahmen profitieren werden. Die Erstellung bundeseinheitlicher Standards – wie beispielsweise durch den Gemeinsamen Bundesausschuss – wird hingegen nur für eine begrenzte Anzahl von Indikationen zu leisten sein, weswegen ein Rückgriff auf regionale oder lokale Standards erfolgen müsste.⁴⁸⁰

Solange derartige Standards jedoch nicht geschaffen werden, gerät der Arzt durch die Vorenthaltung einer an sich nützlichen medizinischen Maßnahme aus Kostengründen nicht nur mit seinen traditionellen ärztlichen Verpflichtungen in Konflikt, sondern es droht auch eine individuelle Ungleichbehandlung der jeweiligen Patienten, da in Ermangelung eines allgemeingültigen Grenzwertes die Bewertung der Kosteneffizienz von Arzt zu Arzt variieren wird.⁴⁸¹

Sofern in einem konkreten Fall eine Rationierungsentscheidung allerdings nicht vermeidbar ist und es keinen allgemeingültigen Grenzwert gibt, empfiehlt sich ein Vorgehen in Anlehnung an die oben vorgestellten Ethikmodelle: In einem ersten Schritt gilt es zu prüfen, inwieweit ein Nutzen für den Patienten überhaupt

⁴⁷⁹ *Winkler*, Ethik Med 2010, 89 (100).

⁴⁸⁰ *Marckmann/in der Schmitten*, Ethik Med 2011, 303 (310).

⁴⁸¹ *Marckmann/in der Schmitten*, Ethik Med 2011, 303 (309f.).

nachweislich eintritt. Leistungsbeschränkungen können insbesondere im Anwendungsbereich von medizinischen Maßnahmen stattfinden, bei denen sich aufgrund einer unklaren Evidenzlage nicht sicher vorhersagen lässt, ob der Patient tatsächlich von der besagten Maßnahme profitieren wird, denn je geringer der erwartete Nutzensgewinn ausfällt, desto größere Anforderungen müssen an die wissenschaftliche Evidenz gestellt werden.⁴⁸²

Im Falle einer grundsätzlich vorhandenen wissenschaftlichen Evidenz sollten bei Unausweichlichkeit einer impliziten ärztlichen Rationierung daher zunächst solche Maßnahmen vorenthalten werden, die einen geringen Nutzen im Sinne einer marginalen Wirksamkeit bei vergleichsweise hohen Kosten bieten. Da es – wie bereits erläutert – noch keine allgemein anerkannte Nutzenhöhe gibt, die an den bei der Behandlung entstehenden Kosten gemessen werden kann, hat die Beurteilung des Nutzens möglichst nah am Patienten zu erfolgen.

Die demgemäß durchgeführte Nutzenbeurteilung beruht auf einem objektiv individualisierten Indikationsverständnis, das auch bei den in Abschnitt VII. 1. dargestellten Konstellationen einseitiger Behandlungsabbrüche zum Tragen kommt. Ein derartiges Indikationsverständnis berücksichtigt die in der Medizin übliche Individualisierung bzw. Personalisierung der Behandlungsentscheidung. Generelle Arzneimittelwirkungen lassen grundsätzlich nur statistische Aussagen zu, wohingegen sie keine auf den konkreten Patienten beziehbare Schlussfolgerung erlauben. Die konkret-individuelle Therapieerfahrung kann daher nicht von vornherein ausgeklammert werden.⁴⁸³

Dreh- und Angelpunkt für die Frage nach der Erstattungsfähigkeit medizinischer Leistungen ist demnach der Nutzensgewinn für den individuellen Patienten. Eine Bemessung dieses Nutzens muss dabei vergleichend mit anderen Nutzenpotentialen anhand der evidenzbasierten Medizin erfolgen. Erst wenn sich bei einer derartigen Bemessung herausstellt, dass von einer therapeutischen Maßnahme mit Blick auf Lebensdauer oder Lebensqualität des betroffenen Patienten keine signifikant positive Wirkung im Sinne eines „small expected benefit“ ausgeht, kann die Erbringung der betroffenen Maßnahme von der

⁴⁸² Marckmann/in der Schmitt, Ethik Med 2011, 303 (310).

⁴⁸³ Duttge, in: ders./Zimmermann-Acklin, Göttinger Schriften 2013, S. 73 (87).

Solidargemeinschaft nicht erwartet werden.⁴⁸⁴

Hierauf aufbauend ließe sich beispielsweise die Versagung von Leistungen dergestalt systematisieren, dass Leistungsbeschränkungen auch dann möglich wären, wenn es sich nicht um teure Therapiemaßnahmen handelt. Entscheidend wäre vielmehr die Geringfügigkeit des Nutzens in Verbindung mit der bei einer Versagung zu erwartenden positiven Kostenersparnis zugunsten des gesamten Leistungsbereichs medizinischer Versorgung. Eine Festlegung relevanter Nutzenschwellen müsste aber grundsätzlich allgemeingültig und demokratisch konsentiert erfolgen.⁴⁸⁵

Im Bereich der nutzen- und kostenorientierten Einzelfallentscheidungen sollten zudem bestimmte prozedurale Komponenten eingehalten werden. Wie bereits erläutert, können Patienten ihren Ärzten auf der Grundlage derartiger Verfahrensvorgaben auch dann vertrauen, wenn sich diese gezwungen sehen, knappe Gesundheitsressourcen zuzuteilen. Es empfiehlt sich beispielsweise die Durchführung von multiprofessionellen Kosten-Fallbesprechungen, in denen darüber diskutiert wird, ob eine teure Behandlungsmaßnahme Anwendung finden soll, selbst wenn diese für den Patienten nur einen geringen oder fraglichen Nutzen aufweist. Zudem wäre es zur Vermeidung der Gefahr von behandlungsbezogener Willkür und zwecks Schaffung vergleichbarer Bewertungsmaßstäbe sinnvoll, die Kosten-Fallbesprechungen – sofern möglich – unter Einbeziehung eines Klinischen Ethikkomitees durchzuführen.⁴⁸⁶

Die in diesem Verfahren gefundene Entscheidung ist sodann gegenüber dem Patienten transparent darzustellen und zu begründen. Hierbei sollten auch die zur Anwendung gelangten Zuteilungskriterien und Bewertungsstandards sowie die evidenzbasierte Kosten-Nutzen-Abwägung entsprechend erläutert werden.⁴⁸⁷

Damit die strafrechtliche Beurteilung der kosten- und nutzenbasierten Abwägung erfolgen kann, wird die auf dieser Basis gefundene Behandlungsentscheidung in den strafrechtlichen Lösungsansatz eingebettet. Die Abwägungsentscheidung

⁴⁸⁴ *Schöne-Seifert*, MedR 2012, 295 (295f.).

⁴⁸⁵ *Schöne-Seifert*, MedR 2012, 295 (295f.).

⁴⁸⁶ *Marckmann/in der Schmitten*, Ethik Med 2011, 303 (311).

⁴⁸⁷ *Marckmann/in der Schmitten*, Ethik Med 2011, 303 (311).

kommt dabei im Rahmen der normativen Komponente der Indikationsstellung⁴⁸⁸ zum Tragen. Eine mit Blick auf die Indikationsstellung einhergehende Behandlungspflicht müsste in der vorliegenden Konstellation grundsätzlich dort enden, wo dem Patienten mit den zur Verfügung stehenden Mitteln nicht mehr signifikant geholfen werden kann. Eine solche einseitige Behandlungsbeendigung würde sodann keine Schaffung einer rechtlich relevanten Gefahr mehr darstellen.

Die Festlegung und evidenzbasierte Bewertung der zur Verfügung stehenden Mittel hat wiederum auf Grundlage der oben erläuterten Kosten-Fallbesprechungen unter Einhaltung der prozeduralen Standards zu erfolgen. Sofern auf höherer Planungsebene zukünftig allgemein anerkannte Nutzenschwellen festgelegt werden sollten, würde die individuelle Entscheidungsproblematik vorliegend entfallen. Solange dies jedoch nicht der Fall ist, muss diese Grenze der ärztlichen Behandlungspflicht im Rahmen der konkret-individuellen Entscheidungsfindung festgelegt werden.

In diesem Zusammenhang darf allerdings nicht übersehen werden, dass die dergestalt ermittelte Behandlungsgrenze – selbst wenn eine individuelle Orientierung am konkreten Patienten mit Blick auf dessen Behandlungsnutzen erfolgt – wiederum objektiver Natur ist. Es handelt sich um eine allgemeinwohlgestützte Abwägungsentscheidung unter Hinzuziehung einer individuell evidenzbasierten Nutzenbewertung. Die Einflussnahme dergestalt objektiver, allgemeinwohlgestützter und damit nicht ausschließlich patientenorientierter Kriterien in die Indikationsstellung macht die Entscheidungsfindung auf dieser Grundlage jedoch nicht per se unzulässig.

Wie bereits erläutert, finden nicht rein subjektiv determinierte Abwägungsentscheidungen auch in den anerkannten Konstellationen des einseitigen Behandlungsabbruchs statt. Grundsätzlich müsste die argumentative Verneinung des Behandlungsnutzens auf Basis der Kosten-Fallbesprechung genau die gleiche rechtliche Folge nach sich ziehen wie die Verneinung einer Behandlung aufgrund der bereits eingetretenen Sterbephase. In letzterer Konstellation wird der indikationsimmanente Nutzen aufgrund des unmittelbar

⁴⁸⁸ *Winkler*, Ethik Med 2010, 89 (94).

bevorstehenden Todeseintritts ebenfalls argumentativ verneint, da der letale Verlauf der Krankheit nicht mehr aufgehalten werden kann. Ab einem gewissen Krankheitsstadium ist es unvermeidbar, dass medizinische Rettungsmaßnahmen keinerlei relevanten Nutzen mehr entfalten können und keine Indikation für kurative Therapieansätze (fort)besteht.⁴⁸⁹ Mit Einsetzen der terminalen Krankheitsphase wird der Arzt demzufolge aus seiner Behandlungspflicht entlassen. Allein die faktische Herrschaft über das Geschehen ist für die Begründung einer Sonderverantwortlichkeit des Arztes bezüglich des Überlebens seines Patienten als nicht mehr ausreichend anzusehen und der infolge des Behandlungsabbruchs eintretende Tod des Patienten kann dem Arzt nicht mehr zugerechnet werden, da aufgrund der entfallenen ärztlichen Sonderverantwortlichkeit die Garantenstellung zu verneinen ist.⁴⁹⁰

Erkennt man jedoch für diese Konstellation das grundsätzliche Entfallen einer Strafbarkeit an, darf nicht übersehen werden, dass die hiesig zu beurteilende Entscheidungssituation den wesentlichen Kern der Argumentation ebenfalls für sich zu beanspruchen vermag: In allen Varianten der Sterbehilfe findet – wie unter Abschnitt VI. 4. c. dargestellt – letztlich nichts anderes als die Bemessung des verbliebenen Lebenswerts anhand der argumentativen Bejahung oder Verneinung eines Nutzens statt. Mag dieser Begriff des indikationsimmanenten Behandlungsnutzens aufgrund eines steigenden Einflusses weiterer generalisierender Kriterien auch zunehmend komplexer werden und an Schärfe verlieren, bedeutet das noch nicht automatisch, dass Letzteres auf die Indikationsentscheidung durchschlagen muss. Es ist vor allem eine Frage der Transparenz und prozeduralen Absicherung, ob am Ende der indikationsimmanenten Abwägung ein nachvollziehbares und nachprüfbares Ergebnis zutage tritt, im Rahmen dessen der Einsatz einer Behandlungsmethode als nützlich bzw. evidenzbasiert betrachtet werden kann oder nicht.

Konsequent zu Ende gedacht bedeutet dies, dass in dem Augenblick, in dem eine nach obigem Prozedere ermittelte, nicht signifikant nützliche Maßnahme dem Patienten unvermeidbar vorenthalten werden muss, die faktische Herrschaft

⁴⁸⁹ *Albrecht*, FS für Schreiber 2003, S. 551 (562).

⁴⁹⁰ Vgl. insofern die Ausführungen in Kapitel C, Abschnitt III.

des Arztes über das Krankheitsgeschehen nicht mehr ausreichen kann, um dessen Sonderverantwortlichkeit bezüglich des Überlebens seines Patienten zu begründen. Der durch einen Behandlungsabbruch eintretende Tod des Patienten kann dem Arzt trotz seiner Position als Nichtvermeider nicht mehr zugerechnet werden, da aufgrund der entfallenen Sonderverantwortlichkeit die Garantenstellung zu verneinen ist. Der Anknüpfungspunkt für eine mögliche Strafbarkeit – d.h. die Nichtvermeidung eines Schadens, der auf seine eigene ärztliche Sonderverantwortung zurückgeht⁴⁹¹ – ist zu verneinen und der Arzt ist unter dem Aspekt der strafrechtlichen Relevanz von dem Geschehen, d.h. vom Tod des Patienten normativ abgeschnitten.⁴⁹²

⁴⁹¹ *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S. 173f., 195.

⁴⁹² *Jakobs*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 27f.

D. Zusammenfassung und Ausblick

Mit Blick auf die einleitenden Worte *Wilhelm von Humboldts*⁴⁹³ lässt sich gemäß den obigen Ausführungen feststellen, dass wir derzeit noch nicht so weit sind, den Tod in all seinen medizinisch bedingten Erscheinungsformen einer juristisch eindeutigen Betrachtung zuzuführen.

Das rührt unter anderem daher, dass die diesbezügliche juristische Diskussion in den vergangenen Jahren von dem Bemühen um die Verwirklichung einer subjektiven Legitimierbarkeit ärztlicher Behandlungsentscheidungen geprägt gewesen ist. In diesem Zusammenhang sollte insbesondere die gesetzliche Implementierung der Regelungen zur Patientenverfügung gemäß §§ 1901a ff. BGB dazu dienen, dem Arzt im Angesicht des bevorstehenden Todes auf gleicher Höhe begegnen zu können und dem eigenen Willen zur allseitigen Anerkennung zu verhelfen.⁴⁹⁴

Demgemäß obliegt die Reichweite der ärztlichen Behandlungspflicht einer primär subjektiven Orientierung. Nur wenn die Ermittlung des tatsächlichen oder mutmaßlichen Patientenwillens an ihre Grenzen stößt, besteht die Gefahr einer rechtlichen Unsicherheit. Denn dann stellt sich die Frage nach den objektiven Grenzen der ärztlichen Behandlungspflicht.⁴⁹⁵ Diesen Grenzen steht jedoch wiederum der Grundsatz „in dubio pro vita“ gegenüber. In Ermangelung einer subjektiven Legitimierung des Behandlungsabbruchs führt dies oftmals dazu, dass von einem Fortbestand der Behandlungspflicht ausgegangen wird.⁴⁹⁶

Ärztliche Behandlungspflichten müssen sich jedoch auch an der klinisch-praktischen Realität messen lassen. Diese ist zwar einerseits geprägt von einer effizienter werdenden Hochleistungsmedizin, andererseits unterliegen aber die zur Verfügung stehenden Ressourcen angesichts des voranschreitenden demographischen Wandels einer stets steigenden Beanspruchung.⁴⁹⁷

⁴⁹³ *Humboldt*, Briefe von Wilhelm von Humboldt an eine Freundin, 15. Brief vom 22.06.1830, S. 70.

⁴⁹⁴ BT-Drs. 16/8442 vom 06.03.2008, S. 8f.

⁴⁹⁵ *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, 2019, Vorbem. §§ 211 ff. Rn. 29f; *Duttge*, NSTZ 2006 479 (479f.); *Schreiber*, NSTZ 2006, 473 (474f.); *Lipp*, MedR 2015, 762 (764f.).

⁴⁹⁶ BGHSt 40, 257 (264f.).

⁴⁹⁷ *Robert Koch-Institut*, Ausgaben und Finanzierung des Gesundheitswesens, 2009, S. 9; *Strätling*, MedR 2012, 428 (429).

Demzufolge ist es in der Praxis nicht vermeidbar, dass Kostengesichtspunkte bei Entscheidungen über lebenserhaltende oder -verlängernde Maßnahmen faktisch eine Rolle spielen.⁴⁹⁸ Eine derart allgemeingestützte Therapiebegrenzung steht dabei nicht selten im Widerspruch zum mutmaßlichen oder erklärten Patientenwillen.

Eine faktische Unkenntnis oder ein Entgegenstehen des Patientenwillens führen jedoch nicht automatisch dazu, dass ein durchgeführter einseitiger Behandlungsabbruch unzulässig wird. Wie in der vorliegenden Arbeit gezeigt, gibt es sowohl indikationsgegründete als auch allgemeinwohlgestützte Therapiebegrenzungen, die eine strafrechtliche Zulässigkeit für sich zu reklamieren vermögen.

Bei objektiven behandlungslimitierenden Kriterien ist der Anknüpfungspunkt für die Verneinung einer Behandlungspflicht jedoch ein anderer als bei den subjektiv begründeten Behandlungsabbrüchen. Denn während das durch den Patienten verfügte Verbot einer Weiterbehandlung die Grenze der Behandlungspflicht bereits in sich trägt, entfaltet die Forderung nach einer durch den Arzt verweigerten Behandlungsart nur dann strafbegründende Wirkung, wenn der Arzt zur Einleitung und Durchführung der Therapiemaßnahme rechtlich verpflichtet gewesen wäre.

Die strafbegründende Wirkung tritt demzufolge nur ein, wenn die Pflicht zur Behandlung bestanden hätte und nicht aufgrund des Vorliegens einer Behandlungsgrenze auf die (weitere) Behandlung verzichtet werden durfte. Überschreitet die gewünschte Behandlungsmethode hingegen die Grenzen ärztlicher Behandlungspflicht, kann sie vom Patienten auch nicht erzwungen werden.⁴⁹⁹ Der auf die Anwendung der Behandlungsmethode gerichtete Wille ist in dieser Konstellation nicht dazu in der Lage, gegenüber dem Arzt einen strafrechtlich relevanten Vorwurf zu begründen.⁵⁰⁰

⁴⁹⁸ *Bühler/Kren/Stolz*, BTPrax 2002, 232 (233).

⁴⁹⁹ *Künschner*, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, 1992, S. 154; *Geißendörfer*, Die Selbstbestimmung des Entscheidungsunfähigen an den Grenzen des Rechts, 2009, S. 55, 132; *Pawlik* in: *Becker/Roth*, Recht der Älteren, 2013, S. 127 (135); *Maio*, Mittelpunkt Mensch: Ethik in der Medizin, 2017, S. 230.

⁵⁰⁰ *Winkler*, Ethik Med 2010, 89 (95); *Pawlik* in: *Becker/Roth*, Recht der Älteren, 2013, S. 127 (158).

Wie oben gezeigt, legitimieren sich die indikationsgegründeten Therapiebegrenzungen abhängig von der jeweils gegebenen medizinischen Ausgangsposition. Zentraler Anknüpfungspunkt ist hierbei stets die Frage, ob die medizinische bzw. ärztliche Indikation noch zu bejahen ist oder ob eine Grenze der Behandlungspflicht erreicht worden ist. Ist die Grenze der Behandlungspflicht erreicht, reicht die faktische Herrschaft des Arztes über das Krankheitsgeschehen nicht mehr aus, um dessen Sonderverantwortlichkeit⁵⁰¹ bezüglich des Überlebens des Patienten zu begründen. Der durch den Behandlungsabbruch eintretende Tod des Patienten kann dem Arzt dann nicht mehr zugerechnet werden, da aufgrund der entfallenen ärztlichen Sonderverantwortlichkeit die Garantenstellung verneint werden muss.

Dabei kommt es gemäß der vorliegend vertretenen Auffassung auch nicht darauf an, ob der Behandlungsabbruch primär aktiv oder passiv bewirkt wurde, da sowohl für die Unterlassungs- als auch für die Begehungsdelikte die Rechtsfigur der Garantenstellung nutzbar gemacht werden kann. Rein objektiv betrachtet ist die auf der Garantenstellung beruhende Garantenpflicht nämlich nichts anderes als die Schaffung eines unerlaubten Risikos, welches die rechtliche Sonderverantwortlichkeit des jeweiligen Verursachers nach sich zieht. Es ist demnach nicht entscheidend, ob eine Straftat durch ein Tun oder ein Unterlassen bewirkt wird.⁵⁰² Die Strafbarkeit ergibt sich davon unabhängig aus der Verletzung einer dem Täter obliegenden Pflicht⁵⁰³, wobei diese Pflichtwidrigkeit sowohl für das Unterlassen als auch für das Begehen vorausgesetzt wird.⁵⁰⁴ Die ärztliche Garantenpflicht besteht folglich nur, soweit und solange dem Arzt das an sich zu vermeidende Geschehen als Nichtvermeider zugerechnet werden muss, da er für die Unerlaubtheit des Geschehenen im Sinne einer pflichtwidrigen Verursachung einzustehen hat.

Von einer Pflichtwidrigkeit des Behandlungsabbruchs kann in den indikationsgegründeten Therapiebegrenzungskonstellationen demnach nicht mehr ausgegangen werden, wenn die diesbezügliche Indikation zu verneinen ist. Bei den anerkannten primär indikationsgegründeten Konstellationen des

⁵⁰¹ Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S. 173f., 195.

⁵⁰² Freund, in: Putzke u.a., FS für Herzberg 2008, S. 225 (235).

⁵⁰³ Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 161.

⁵⁰⁴ Schlehofer, in: Putzke u.a., FS für Herzberg 2008, S. 355 (359f.).

einseitigen Behandlungsabbruchs ist es ab einem gewissen Krankheitsstadium unvermeidbar, dass medizinische Maßnahmen keinerlei Wirkung mehr entfalten oder von einer unmittelbaren Todesnähe ausgegangen werden muss. Ab diesem Zeitpunkt ist für kurative Therapieansätze keine Indikation mehr gegeben⁵⁰⁵ und die ärztliche Betreuung richtet sich an der Leidensminderung bzw. der Ermöglichung eines menschenwürdigen Sterbens aus.⁵⁰⁶

Im Augenblick des Einsetzens dieser terminalen Phase des Krankheitsstadiums hat die Behandlungspflicht des Arztes zu entfallen, da allein die faktische Herrschaft über das Geschehen nicht (mehr) zur Begründung einer Sonderverantwortlichkeit des Arztes bezüglich des Überlebens seines Patienten ausreicht. Der durch den Behandlungsabbruch eintretende Tod des Patienten kann dem Arzt dann trotz seiner ursprünglichen Position als Nichtvermeider nicht mehr zugerechnet werden. Aufgrund der entfallenen ärztlichen Sonderverantwortlichkeit ist die Garantenstellung zu verneinen und es fehlt demgemäß an einer der Voraussetzungen für die aktive Tötung i.S.v. § 212 Abs. 1 StGB.

Diesseits der unmittelbaren Sterbephase vertritt die (noch) herrschende Meinung die Notwendigkeit einer subjektiven Entscheidungsbegründung im Sinne einer Zulässigkeit des einseitigen Behandlungsabbruchs ausschließlich auf der Basis des ausdrücklich darauf bezogenen Patientenwillens.⁵⁰⁷ Handelt es sich um einen entscheidungsunfähigen Patienten, soll ein Behandlungsabbruch ebenfalls nur dann in Betracht kommen, wenn der mutmaßliche Wille des Patienten damit übereinstimmt. Bei dessen Ermittlung ist ein Rückgriff auf allgemeine Wertvorstellungen zulässig, sofern konkrete Anhaltspunkte für die Feststellung des individuellen mutmaßlichen Willens nicht ausreichend vorhanden sind. Neben einer dabei gebotenen Zurückhaltung aufgrund des im Zweifel geltenden Vorrangs des Schutzes menschlichen Lebens sind die hoffnungslose ärztliche Prognose sowie die Fragestellung heranzuziehen, inwieweit die

⁵⁰⁵ BÄK, Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, Dtsch. Ärztebl. vom 18.02.2011, A 346 (A 347).

⁵⁰⁶ Albrecht, FS für Schreiber 2003, S. 551 (562).

⁵⁰⁷ BGHSt 40, 257 (262).

Wiederherstellung eines nach allgemeinen Vorstellungen menschenwürdigen Lebens erwartet werden kann.⁵⁰⁸

In der Literatur wird mit Blick auf die Wiederherstellung eines menschenwürdigen Lebens unter anderem vertreten, dass es im Falle eines irreversiblen Bewusstseinsverlusts eben daran fehle und ein Leben ohne jegliche Erwartung auf Wiedererlangung des Bewusstseins im Zweifel nicht das sei, was der Patient wolle.⁵⁰⁹ Einigen Stimmen in der Literatur zufolge kann in derartigen Konstellationen die Ermittlung eines mutmaßlichen Patientenwillens sogar gänzlich unterbleiben, da der Zustand des dauerhaften Bewusstseinsverlusts ohne die Aussicht auf Wiederherstellung einer Kommunikationsfähigkeit die Ermöglichung menschlicher Selbstverwirklichung letztendlich ausschließe und die Erhaltung allein der biologischen Lebensfunktionen die Manipulation eines im Sterben aufgehaltenen, hilflosen Menschen darstelle.⁵¹⁰

Ohne den Rückgriff auf eine subjektive Legitimationsbasis geht die neuere Rechtsprechung schließlich von einer Grenze der Behandlungspflicht aus, wenn unter Zugrundlegung der medizinischen Einschätzung relevanter Empfehlungen und Leitlinien dem objektiv medizinisch interpretierten Wohl des Patienten nicht mehr gedient werden kann.⁵¹¹ Im Sinne eines objektiv individualisierten Indikationsverständnisses ist Letzteres zu bejahen, sobald einem Patienten kein Erleben mehr möglich ist und ihm das Potential dazu abhandengekommen ist, ein Erleben wiederzuerlangen.

Empfehlen einschlägige Leitlinien in einer derartigen irreversiblen Behandlungssituation ohne realistische Aussicht auf Besserung des Gesundheitszustandes einen Behandlungsabbruch, ist der Abbruch der Behandlung einer weiteren Lebenserhaltung vorzuziehen. Kann die weitere Behandlung demnach den Tod nicht verhindern, ist eine spürbare Besserung des Gesundheitszustands des Patienten ausgeschlossen und vermag die Fortführung der Behandlung lediglich das Stadium der Irreversibilität des

⁵⁰⁸ BGHSt 40, 257 (263).

⁵⁰⁹ *Dölling*, MedR 1987, 6 (9); *Schöch*, NStZ 1995, 153 (155); *Coepicus*, NJW 1998, 3382 (3385f.); *Saliger*, KritV 2001, 382 (428ff.); *Hufen*, NJW 2001, 849 (856); *Bertram*, NJW 2004, 988 (988); *Verrel*, in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages, 2006, Gutachten C, S. 94.

⁵¹⁰ *Merkel*, ZStW 1995, 545 (573); *Ankermann*, MedR 1999, 387 (390); *Eser/Sternberg-Lieben* in Schönke-Schröder, StGB, 2019, Vorbem. §§ 211 Rn. 29e.

⁵¹¹ *OLG München*, Urt. v. 21.12.2017 – 1 U 454/17, MedR 2018, 317 (323).

Krankheitsstadiums aufrechtzuerhalten⁵¹², gibt es keinerlei Therapieziel mehr, das ärztlicherseits eine weitere Behandlung rechtfertigt.

Die ärztliche Indikation ist in diesem Fall zu verneinen und die faktische Herrschaft des Arztes über das Krankheitsgeschehen reicht für sich genommen nicht mehr aus, um dessen Sonderverantwortlichkeit bezüglich des Überlebens seines Patienten zu begründen. Der Arzt ist mit Blick auf den eintretenden Tod des Patienten im Sinne einer strafrechtlichen Relevanz von dem Geschehen normativ abgeschnitten ⁵¹³, da aufgrund der entfallenen ärztlichen Sonderverantwortlichkeit die Garantenstellung verneint werden muss und der Arzt für die Erlaubtheit bzw. Unerlaubtheit des Geschehenen nicht (mehr) einzustehen hat.

Daneben kann auch in den allgemeinwohlgestützten, nicht subjektiv legitimierten Therapiebegrenzungskonstellationen ein einseitiger Behandlungsabbruch für zulässig erachtet werden, selbst wenn ökonomische Faktoren mit in die Indikationsentscheidung eingeflossen sind. Gemäß der vorliegend vertretenen Ansicht bedarf es dafür jedoch der Beachtung eines bestimmten prozeduralen Rahmens.

Den Ausgangspunkt für die Zulässigkeit des einseitig bewirkten Behandlungsabbruchs unter Einbeziehung einer Kosten-Nutzen-Bilanz bildet dabei wiederum die dem Arzt qua Behandlungsvertrag obliegende Garantenpflicht. Der indikationsimmanente Nutzen im Sinne einer Verbesserung des Gesundheitszustandes wird vorliegend auf diejenigen Konstellationen im klinischen Alltag bezogen, in denen durch die in Frage stehende Behandlungsmethode zumindest ein minimaler Nutzen zugunsten des Patienten einzutreten vermag.

Wie bereits erläutert, gibt es bislang (noch) keine allseits anerkannte Grenze hinsichtlich der solidargemeinschaftlich zu finanzierenden Nutzenhöhe, an der sich ein Arzt orientieren könnte. Sofern in einem konkreten Fall eine Rationierungsentscheidung jedoch nicht vermeidbar ist, empfiehlt sich die oben vorgestellte Vorgehensweise unter Zugrundelegung folgender Prämisse: „Je

⁵¹² *Albrecht*, FS für Schreiber 2003, S. 551 (557f.).

⁵¹³ *Jakobs*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 27f.

kleiner der erwartete Nutzensgewinn für den Patienten, desto größere Anforderungen sind an die wissenschaftliche Evidenz zu stellen.“⁵¹⁴

Im Falle einer grundsätzlich vorhandenen wissenschaftlichen Evidenz sollten zunächst solche Maßnahmen vorenthalten werden, die einen geringen Nutzen bei vergleichsweise hohen Kosten bieten, wobei die Beurteilung des Nutzens im Sinne eines objektiv individualisierten Indikationsverständnisses nah am Patienten zu erfolgen hat.

Im Bereich derartiger nutzen- und kostenorientierter Einzelfallentscheidungen sind zudem bestimmte prozedurale Regeln einzuhalten. Zur Vermeidung behandlungsbezogener Willkür und zwecks Schaffung vergleichbarer Bewertungsmaßstäbe empfiehlt sich die Durchführung von multiprofessionellen Kosten-Fallbesprechungen⁵¹⁵, die ggf. auch unter Einbeziehung eines Klinischen Ethikkomitees erfolgen sollten. Die dergestalt getroffene Entscheidung ist gegenüber dem Patienten transparent darzustellen und zu begründen. Hierbei sollten auch die zur Anwendung gelangten Zuteilungskriterien und Bewertungsstandards sowie die evidenzbasierte Kosten-Nutzen-Abwägung entsprechend erläutert werden.⁵¹⁶

Diese allgemeinwohlgestützte, unter Hinzuziehung einer individuell evidenzbasierten Nutzenbewertung getroffene Abwägungsentscheidung kommt sodann im Rahmen der normativen Komponente der Indikationsstellung⁵¹⁷ zum Tragen und führt zu einer Verneinung der Indikation. Anders formuliert bedeutet dies: Sobald eine nach obigem Prozedere ermittelte, nicht signifikant nützliche Maßnahme dem Patienten unvermeidbar vorenthalten werden muss, kann die faktische Herrschaft des Arztes über das Krankheitsgeschehen nicht mehr ausreichen, dessen Sonderverantwortlichkeit bezüglich des Überlebens seines Patienten zu begründen. Der durch einen Behandlungsabbruch eintretende Tod des Patienten kann dem Arzt nicht mehr zugerechnet werden, da aufgrund der entfallenen Sonderverantwortlichkeit seine Garantenstellung zu verneinen ist.

⁵¹⁴ Marckmann/in der Schmitten, Ethik Med 2011, 303 (310).

⁵¹⁵ Marckmann/in der Schmitten, Ethik Med 2011, 303 (311).

⁵¹⁶ Marckmann/in der Schmitten, Ethik Med 2011, 303 (311).

⁵¹⁷ Winkler, Ethik Med 2010, 89 (94).

Grundsätzlich wäre es natürlich wünschenswert, dass derartige Entscheidungsfindungen auf der individuellen Arzt-Patienten-Ebene nicht erforderlich sind. Obige Überlegungen sollten demnach auf einer höheren Planungsebene vorweggenommen werden. In diesem Rahmen könnte unabhängig vom konkreten Einzelfall entschieden werden, ab welchem Grad der Nutzeneringfügigkeit eine Behandlung als nicht zur Kostenübernahme fähig deklarierbar ist.⁵¹⁸ Denkbar wären beispielsweise die bereits oben erläuterten lokalen Versorgungsstandards für Kliniken oder Praxis(regionen), kostensensible Leitlinien oder die Erstellung bundeseinheitlicher Standards.⁵¹⁹

Eine gesamtgesellschaftliche Lösung könnte mit Sicherheit auch dazu beitragen, dass sich die einleitend erwähnte Problematik eines divergierenden Aufklärungsverhaltens behandelnder Ärzte minimieren würde. Es bedürfte dann im Falle einer gegenteiligen Einstellung des Patienten hinsichtlich des weiteren Therapieverlaufs und der Notwendigkeit einer Berücksichtigung ökonomischer Aspekte keiner „Strategie des Verschweigens“⁵²⁰ mehr.

Eine transparente Aufklärung würde aber nicht nur als vertrauensfördernde Maßnahme im konkreten Arzt-Patienten-Verhältnis wirken, sondern auch dem Kriterium der medizinischen bzw. ärztlichen Indikation zugutekommen. Die Berücksichtigung ökonomischer Kriterien müsste nicht mehr hinter einer intransparenten Indikationsverneinung verborgen werden.⁵²¹ Es bestünde auch nicht mehr die gleiche Gefahr einer Überwölbung der Indikation anhand eines normativ zu bestimmenden Nutzenbegriffs⁵²², was letztlich die Funktion der Indikation als tragender Pfeiler medizinischer Entscheidungsfindung unterstreichen und damit die allgemeine Akzeptanz fördern würde.

Am Ende bleibt festzuhalten, dass sowohl die Bedeutung der Indikation als auch die Relevanz eines entgegenstehenden oder nicht bekannten Patientenwillens für die Zulässigkeit von einseitigen Abbruchentscheidungen ebenso unterschiedlich beurteilt werden wie jene Überlegungen, die hinter den einzelnen Abbruchentscheidungen stehen und bisweilen im Dunkeln liegen. Die Schaffung

⁵¹⁸ *Schöne-Seifert*, MedR 2012, 295 (295f.).

⁵¹⁹ *Marckmann/in der Schmitten*, Ethik Med 2011, 303 (310).

⁵²⁰ *Pawlik*, in: Freund u.a., FS für Frisch 2013, S. 697 (697).

⁵²¹ *Künschner*, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, 1992, S. 78.

⁵²² *Pawlik*, in: Freund u.a., FS für Frisch 2013, S. 697 (703).

von Transparenz und die Erarbeitung von Behandlungsgrenzen anhand objektiv nachvollziehbarer Kriterien sind demnach unumgänglich, um einseitig bewirkte Behandlungsabbrüche dogmatisch rechtssicher abzubilden und mit der faktischen klinischen Realität Schritt halten zu können.

Lebenslauf

Persönliche Daten

Name: Angelika Hartl

Geburtsort: Regensburg

Ort: 93142 Maxhütte-Haidhof

Schulbildung

1991 – 1995 Grundschule Reinhausen (Regensburg)

1995 – 2001 Werner-von-Siemens Gymnasium (Regensburg)

Studium

2004 – 2009 Studium der Rechtswissenschaften, Universität Regensburg

Referendariat

2009 – 2011 Rechtsreferendariat (Regensburg)

Berufliche Tätigkeit

2011 – 2013 Ethikkommission bei der Universität Regensburg

Seit 2013 Rechtsabteilung des Universitätsklinikums Regensburg

Nebentätigkeit

2014 – 2020 Lehrkraft am Pflegecampus Caritas Krankenhaus St. Josef Regensburg

Seit 2014 Mitglied im Klinischen Ethikkomitee des Universitätsklinikums Regensburg