SONDERDRUCK AUS

Menschengerechtes Strafrecht

FESTSCHRIFT FÜR

ALBIN ESER

ZUM 70. GEBURTSTAG

HERAUSGEGEBEN VON

JÖRG ARNOLD
BJÖRN BURKHARDT
WALTER GROPP
GÜNTER HEINE
HANS-GEORG KOCH
OTTO LAGODNY
WALTER PERRON
SUSANNE WALTHER

Verlag C.H.Beck München 2005

KLAUS ULSENHEIMER

Der Arzt im Konflikt zwischen Heilauftrag und Selbstbestimmungsrecht des Patienten – in dubio pro vita?

I. Der konkrete Konfliktsfall: Vornahme einer vital indizierten Bluttransfusion gegen den Willen einer Zeugin Jehovas

„Sterbewille und ärztliche Verantwortung" überschrieb unser verehrter Jubilar, der sich wie kaum ein anderer mit der ganzen Vielfalt der arztstrafrechtlichen Probleme wegweisend auseinander gesetzt hat, seine scharfsinnig-kritische Stellungnahme[1] zum Urteil des BGH im Fall Dr. Wittig[2] und brachte dabei das Spannungsverhältnis „zwischen dem, was juristisch *Recht*, und dem, was ärztlich *richtig* ist"[3], sehr anschaulich zum Ausdruck. Diese Diskrepanz liegt in der unterschiedlichen Struktur des juristischen und ärztlichen Denkens begründet[4] und zeigt sich deshalb nicht nur in dem existenziellen Widerstreit zwischen der Verantwortung des Arztes gegenüber dem Kranken und der Respektierung seines Sterbewillens, sondern auch in anderen Bereichen, z.B. bei der Aufklärung, wenn von der Judikatur vor allem die Achtung des Selbstbestimmungsrechts, von Seiten des Arztes aber mehr Rücksicht und Schonung des Patienten verlangt wird. Ich kann und will diesen Gegensatz zwischen ärztlichem Heilauftrag und rechtlichen Bindungen im Folgenden nicht vom Grundsätzlichen her zu lösen versuchen, da „die juristischen Probleme hier allenthalben in Fülle und in einer oft beängstigenden Häufung und Überschneidung auftauchen".[5] Es geht mir vielmehr um eine besondere, im Krankenhausalltag immer wieder aktuelle Fallkonstellation, bei der diese Grenzfragen in aller Schärfe auftreten und „der Richter sich den Weg zum Rechten", d. h. zu „gerechter Beurteilung ärztlichen Handelns, ohne Weisung des Gesetzes bahnen muss".[6]

Wie schwierig dies trotz oder vielleicht auch gerade wegen der vielen unterschiedlichen Lösungsvorschläge in der konkreten Situation vor Ort in jeder Hinsicht –

---

[1] MedR 1985, 6.

[2] BGHSt 32, 367 = MDR 1984, 858 = JZ 1984, 893 mit Besprechung von *R. Schmitt*, JZ 1984, 866 = MedR 1985, 40 = NJW 1984, 2639; Stellungnahmen von *Dölling*, NJW 1986, 1011; *Gropp*, NStZ 85, 97; *Herzberg*, JA 1985, 184; *Kutzer*, MDR 1985, 710; *Ranft*, JZ 1987, 912; *Roxin*, NStZ 1987, 346.

[3] *K.H. Bauer*, Langenbeck's Archiv für klinische Chirurgie 298 (1961), S. 287.

[4] Vgl. *K. H. Bauer*, a.a.O., Langenbeck's Archiv für klinische Chirurgie Bd. 298 (1961), S. 287 (289 ff.).

[5] *Eb. Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht, 1939, S. 2.

[6] *Eb. Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht, S. 2 und Nachwort nach S. 202.

menschlich, ethisch, rechtlich – ist, zeigt das, soweit ersichtlich, erste – deutsche – höchstrichterliche Urteil[7] zu dieser Fallgestaltung:

> Eine Patientin, Angehörige der Glaubensgemeinschaft der Zeugen Jehovas, wird mit unklaren Befunden hinsichtlich des rechten Eierstocks stationär in der Gynäkologischen Abteilung eines Klinikums aufgenommen, wo eine Pelviskopie (Endoskopie des Beckenraumes) durchgeführt, gegebenenfalls auch mittels Bauchschnitt der Eierstock entfernt werden soll. Im Rahmen des Aufklärungsgesprächs bekundet die Patientin, Bluttransfusionen abzulehnen, und reicht zu den Krankenakten ein von ihr unterzeichnetes Formblatt, überschrieben mit „Verweigerung der Zustimmung zur Bluttransfusion", sowie eine so genannte „Patientenverfügung". Außerdem hatte sie eine Vollmacht für eine dritte Person ausgestellt, um sicherzugehen, dass „kein Blut" gegeben würde.
>
> Im Anschluss an die Pelviskopie kam es zu verschiedenen Komplikationen, sodass eine notfallmäßige Laparotomie vorgenommen werden musste, bei der sich eine ausgeprägte Bauchfellentzündung und eine Perforation im Darmbereich zeigte. Am nächsten Tag wurde die Patientin bewusstlos, und es entwickelte sich eine floride, protrahierte Sepsis, die für die beatmete Patientin in Verbindung mit einem Hb-Wert von 10 g% als lebensgefährlich und klare Indikation zur Vornahme einer Bluttransfusion angesehen wurde. Deshalb wandten sich die Ärzte schriftlich mit der Bitte um Bestellung eines Betreuers an das Vormundschaftsgericht, das mit Beschluss vom gleichen Tage den Ehemann zum vorläufigen Betreuer für den Bereich „Gesundheitsfürsorge" ernannte. Dieser stimmte der Fremdblutgabe zu, die auch das Vormundschaftsgericht unter Hinweis u.a. auf die Schutzbedürftigkeit des gemeinsamen Sohnes für alle der insgesamt 13 – von der Gutachterin als „vital indiziert" bezeichneten – Blutübertragungen billigte.

Nachdem die Patientin wieder genesen war, ging sie gegen die amtsgerichtliche Anordnung der Betreuerbestellung vor und verklagte die Ärzte auf Schadensersatz und Schmerzensgeld. Strafanzeige wegen fahrlässiger bzw. vorsätzlicher Körperverletzung erstattete sie jedoch nicht[8] und auch weder die mit der Sache befassten Gerichte legten die Akte der Staatsanwaltschaft vor, noch ermittelte diese von Amts wegen, wie es in

---

[7] OLG München, MedR 2003, 174; zu ausländischer Judikatur zu diesem Problem siehe *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2003, Rdnr. 94, Fn. 557.

[8] Anders die Patientin – ebenfalls eine „Zeugin Jehovas" – in einem derzeit noch bei der StA Hamburg unter dem Az. 7200 Js 137/02 anhängigen Fall: Nachdem sie notfallmäßig mit einer subtrochantären Oberschenkelfraktur ins Krankenhaus aufgenommen war und präoperativ schriftlich bestätigt hatte, auch im Falle eines lebensbedrohlichen Zustands Fremdbluttransfusionen aus Glaubensgründen abzulehnen, erlitt sie intraoperativ einen massiven Blutverlust, der am nächsten Tag zu einem Hb-Wert von 2,7 g% führte. In dieser Situation mit beginnenden Zeichen einer drohenden zerebralen Hypoxie sprach der verantwortliche Arzt mit dem Ehemann, dem Amtsrichter, der von der Vornahme der Bluttransfusion abriet, und mit Mitgliedern des Komitees der Zeugen Jehovas, die ihm bedeuteten, angesichts der akuten Lebensbedrohung könne nur jeder persönlich entscheiden, ob er noch zu seiner früheren Ablehnung stehe.

Eine solche Befragung war jedoch unmöglich, da die Patientin nicht aus ihrem künstlichen Koma erweckt werden konnte, abgesehen von der Frage, ob sie in diesem Zustand überhaupt einwilligungsfähig wäre. Daraufhin gab der Arzt, der den Standpunkt der Komitee-Mitglieder als Hinweis dahin verstand, er müsse selbst unter Berücksichtigung aller Umstände die Entscheidung treffen, nach eingehender Diskussion des Sachverhalts mit dem zuständigen Chefarzt und dem Ärztlichen Direktor des Krankenhauses aus vitaler Indikation und zur Abwendung anämiebedingter Sekundärschäden der Patientin drei Fremdblutkonserven.

Im Anschluss an die Blutübertragung besserte sich der Zustand der Patientin, sie konnte nach wenigen Tagen von der Beatmungsmaschine befreit und zwei Tage später auf die Normalstation verlegt werden. Gut drei Monate später erstattete die Patientin gegen den Arzt, der ihr das Leben gerettet hatte, Strafanzeige wegen vorsätzlicher Körperverletzung wegen der bei ihr aufgetretenen psychischen Folgeschäden (schwere Traumatisierung, Schockzustand, Weinanfälle und Depressionen).

anderen Fällen bisweilen bei Kenntniserlangung möglicher strafbarer ärztlicher Verhaltensweisen – überraschend – geschieht. Deshalb erscheint es reizvoll, den vorstehend geschilderten Sachverhalt, der die im Arztrecht so häufig auftretende Antinomie zwischen ärztlichem Heilauftrag und Selbstbestimmungsrecht des Patienten besonders eindringlich vor Augen führt, *strafrechtlich* zu würdigen und die zur Lösung des Falles ergangenen zivil- und verfassungsrechtlichen Entscheidungen mit ihren tragenden Leitgesichtspunkten näher zu betrachten.

1. Die Sach- und Rechtslage aus der Sicht des BVerfG und des BayObLG im Spiegel der Kritik

Das Bundesverfassungsgericht nahm die Verfassungsbeschwerde der Patientin gegen den Beschluss des BayObLG, mit dem deren weitere Beschwerde gegen die amtsgerichtliche Anordnung der Betreuerbestellung als unbegründet zurückgewiesen worden war, wegen mangelnder Aussicht auf Erfolg nicht an, machte aber zum Selbstbestimmungsrecht der Patientin, ihrem Recht auf körperliche Unversehrtheit, Religionsfreiheit und Freiheit der Religionsausübung sowie ihrem Recht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG wichtige grundsätzliche Ausführungen,[9] die allerdings auch zu einer gewissen Verunsicherung geführt haben.[10]

a) Danach wird „der Betreute in seiner Entscheidungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG ganz oder teilweise in den vom Gericht bestimmten Angelegenheiten eingeschränkt", weil der Betreuer „den Wünschen des Betreuten nur insoweit zu entsprechen hat, als dies dessen Wohl nicht entgegensteht (§ 1901 Abs. 2, Abs. 3 BGB)". Deshalb kann es „auch in höchstpersönlichen Angelegenheiten zu Entscheidungen gegen den ausdrücklichen Willen des Betreuten kommen",[11] der Heilauftrag also durchaus dominieren, was Kritiker das „Ende der medizinischen Selbstbestimmung"[12] befürchten und deshalb den Ruf nach einer gesetzlichen Bindungswirkung der Patientenverfügung für jedermann ertönen ließ.[13]

b) Da das Amtsgericht nicht gemäß § 1908 i Abs. 1 i.V.m. § 1846 BGB durch einstweilige Maßregeln selbst die Verabreichung von Bluttransfusionen zur Lebenserhaltung der Patientin angeordnet hatte, führte nicht die Betreuungsbestellung, sondern „erst die Einwilligung des Betreuers zu den ärztlicherseits für erforderlich gehaltenen Blutübertragungen" und damit zu dem Eingriff in das Grundrecht der Patientin auf körperliche Unversehrtheit. „Hätte der Betreuer die Einwilligung versagt", wäre die ärztliche Maßnahme „wegen Unzulässigkeit nicht durchführbar gewesen",[14] sodass der Beschluss des Vormundschaftsgerichts *nicht unmittelbar*, sondern nur *mittelbar* für die Körperverletzung verantwortlich war.

---

[9] BVerfG, NJW 2002, 206.
[10] *Hessler*, MedR 2003, 13.
[11] BVerfG, NJW 2002, 206.
[12] *Hessler*, MedR 2003, 13 (18).
[13] *Hessler*, MedR 2003, 13 (14).
[14] BVerfG, NJW 2002, 206 (207) (auch für die folgenden Zitate aus dieser Entscheidung).

c) Ausdrücklich konzediert das Bundesverfassungsgericht dem Amtsgericht das Recht, „in einer solchen Situation" – bewusstlose Patientin, Unaufschiebbarkeit der Bluttransfusion zur Lebensrettung, deren Verweigerung aus religiösen Gründen bei Behandlungs*beginn* durch schriftliche, unmissverständliche Erklärung – dennoch „Zweifel" hegen zu dürfen, ob die Patientin trotz „Kenntnis der bei ihr inzwischen eingetretenen Lebensgefahr weiterhin ihre Ablehnung zu derartigen lebenserhaltenden Maßnahmen aufrechterhält". Denn das Gericht habe „doch auch das ebenfalls in Art. 2 Abs. 2 GG verankerte Recht auf Leben in seine Erwägungen mit einbeziehen müssen". Indem die Entscheidungskompetenz dem Ehemann als vorläufigem Betreuer übertragen und der Konflikt nicht vom Gericht selbst gelöst wurde, habe man rechtlich „den zu diesem Zeitpunkt erkennbar mildesten Eingriff in die Entscheidungsfreiheit" der Patientin vorgenommen. Ihr Ehemann habe gemäß § 1901 Abs. 2, Abs. 3 BGB „unter Berücksichtigung" ihres Wunsches, „keine Bluttransfusion zu erhalten", eine Entscheidung treffen müssen, die ihrem Wohle entspricht. „Die Einschränkung der Entscheidungsfreiheit und des Rechts der körperlichen Unversehrtheit" der Patientin sei „damit in rechtlich zulässiger Weise und unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit erfolgt".

d) Auch einen verfassungswidrigen Eingriff in die Religionsfreiheit und die Freiheit der Religionsausübung gemäß Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG lehnt das Bundesverfassungsgericht ab. Denn die Betreuerbestellung berühre „die religiös begründete Entscheidung" der Patientin „nicht unmittelbar", und selbst wenn man einen „mittelbaren Eingriff" annehme, bewege er sich doch in Anbetracht der lebensbedrohenden Situation der Patientin zum Schutze des Lebens, der Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) und des Kindeswohles (Art. 6 Abs. 2 GG) „im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen". Denn

> „die Religionsausübungsfreiheit unterliegt zwar nicht den Schranken des Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 GG. Sie ist jedoch auch nicht schrankenlos gewährt. Sie geht vom Menschen als eigenverantwortlicher Persönlichkeit aus, die sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft frei entfaltet. Diese Gemeinschaftsbindung macht auch das Grundrecht aus Art. 4 Abs. 2 GG gewissen äußersten Grenzziehungen zugänglich, die jedoch nur von der Verfassung selbst bestimmt werden können (vgl. BVerfGE 32, 98 (107 f) = NJW 1972, 327)".

e) Zusammenfassend ist somit zunächst festzuhalten: Wäre die Patientin im Zeitpunkt der Vornahme der Bluttransfusion *nicht* bewusstlos gewesen und hätte sie ihre Zustimmung in *entscheidungsfähigem* Zustand versagt, „hätte die Achtung vor der Selbstbestimmung und der religiösen Überzeugung die Anordnung einer Betreuung von vornherein ausgeschlossen."[15] Denn gegen den mängelfrei geäußerten Willen eines vollverantwortlichen Patienten darf weder ein Arzt einen Heileingriff vornehmen noch ein Gericht eine entsprechende Anordnung treffen. Darüber besteht keinerlei Streit.[16] Im vorliegenden Falle hatte jedoch das Vormundschaftsgericht in Anbetracht der Todesnähe bei weiterer Ablehnung einer Bluttransfusion – nach Ansicht des BVerfG vertretbare – *Zweifel* an der Fortgeltung des zuvor geäußerten Patientenwil-

---

[15] *Ohler/Weiß*, NJW 2002, 194.

[16] BGHSt 11, 111 (114); allgemeine Meinung, s. auch unten 5.a).

lens, sodass sich im Rahmen einer Güterkollision auf der einen Seite *Selbstbestimmung* und *Glaubensfreiheit* der bewusstlosen Patientin, auf der anderen Seite die Schutzpflicht des Staates für ihr *Leben*, die *Familie* und die *Wahrung des Kindeswohls* gegenüberstanden. Bei der dadurch notwendigen Güterabwägung wurde „das Interesse von Ehemann und Kind an der Rettung" von Ehefrau und Mutter „über ihren zuvor geäußerten Willen gestellt", weil gerichtlicherseits „Zweifel an der Geltung" der Transfusionsverweigerung auch für diese dramatisch zugespitzte, über Leben und Tod entscheidende Situation bestanden.[17] Das BVerfG sah hierin keinen Grundrechtsverstoß.

f) Mit Recht weisen *Ohler/Weiß* und *Hessler*[18] darauf hin, dass diese „Zweifel" in der verfassungsgerichtlichen Perspektive eine zentrale Bedeutung haben. Denn die rechtliche Beurteilung des Falles darf nicht davon abhängen, ob die Patientin verheiratet ist und Kinder hat oder ein kinderloses „Single" ist, ob also Ehe und Familie als zusätzliche Abwägungsgesichtspunkte bei der Entscheidung mit zum Tragen kommen. Dies würde zu der unangemessenen, am Kern des Problems vorbeigehenden Differenzierung führen, dass der Arzt den unverheirateten, kinderlosen Zeugen Jehovas sterben lassen müsste, den Familienvater bzw. die Mutter aber retten dürfte. Die verfassungsrechtliche Argumentation ist deshalb eine andere, allgemeinere: Weil die Erklärung der Patientin zu einem Zeitpunkt abgegeben wurde, zu dem sie mit der unbedingten Lebensnotwendigkeit der Bluttransfusion noch nicht konfrontiert war, weiß niemand *sicher*, wie ihr mutmaßlicher Wille im späteren Zeitpunkt der vitalen Indikation dieser Maßnahme war. Die Wahrscheinlichkeit eines Umdenkens der Patientin „in letzter Minute" mag zwar durchaus eher als gering einzuschätzen sein,[19] weil die im Glauben verwurzelte Ablehnung von Bluttransfusionen eine Grundhaltung eines Zeugen bzw. einer Zeugin Jehovas, also eine prinzipielle Lebensentscheidung ist, die auch für Fälle derartiger äußerster Notlagen vorausbedacht wurde; aber eben nur in Gedanken, sodass ein solcher Sinneswandel jedenfalls nach aller ärztlichen und menschlichen Erfahrung auch nicht ausgeschlossen werden kann, also nicht nur eine abstrakt-theoretische Möglichkeit ist, weil ganz konkret das Festhalten an dem einmal gefassten, die Lebensgefahr ausdrücklich mit einschließenden und unmittelbar präoperativ – wie hier[20] – bekräftigten Entschluss den sicheren Tod bedeutet.

Wenn demgegenüber vorgebracht wird, derartige „allgemeine" Zweifel ohne objektive Anhaltspunkte und damit ohne Überprüfbarkeit auf Grund „enger, konkreter Voraussetzungen"[21] genügten nicht, um „den in freier Selbstbestimmung gebildeten Willen und die daraufhin in der Patientenverfügung getroffene Entscheidung außer Kraft zu setzen,"[22] so ist dem zu widersprechen, und zwar aus zwei Gründen. Zum einen erwachsen die Zweifel ja gerade daraus, dass im Augenblick der Lebensgefahr für die Patientin die – nach allgemeiner Lebenserfahrung und spezieller ärztlicher Be-

---

[17] *Ohler/Weiß*, NJW 2002, 194 (195).

[18] *Ohler/Weiß*, NJW 2002, 194; *Hessler*, MedR 2003, 13 (15).

[19] So mit Recht *Ohler/Weiß*, NJW 2002, 194.

[20] Und in dem Hamburger Fall, siehe Fn. 8.

[21] *Hessler*, MedR 2003, 13 (15).

[22] *Hessler*, MedR 2003, 13 (15).

rufserfahrung nicht ausschließbare – Möglichkeit der Willensänderung besteht, aber infolge Bewusstlosigkeit der Patientin nicht anhand tatsächlicher, individueller Umstände dargetan werden kann. Wer einen solchen Nachweis verlangt und dabei die Hürde für die Berücksichtigungsfähigkeit von Zweifeln am Fortbestand des ursprünglichen Patientenwillens so hoch ansetzt, verneint de facto die Möglichkeit eines Sinneswandels, die er zuvor ausdrücklich eingeräumt hat, argumentiert also letztlich widersprüchlich.

Zum anderen bedeutet die Anerkennung von Zweifeln hinsichtlich des wirklichen Patientenwillens in der über Leben und Tod entscheidenden Behandlungsphase *keineswegs* eine *Vermutung* der Zustimmung zur Vornahme der Bluttransfusion und damit eine *Umkehr* des in freier Selbstbestimmung geäußerten Willens in sein Gegenteil, sondern lediglich die Anerkennung einer Aporie, eines in actu unerforschbaren Patientenwillens. Aus strafprozessualer Sicht ist diese Extremsituation ein non liquet, das keine Genehmigung zu der ärztlichen Behandlungsmaßnahme und damit keine Umgehung des tatsächlichen Patientenwillens darstellt, sondern sich wegen dessen nicht ausschließbarer Ungewissheit im Augenblick der Blutübertragung nach dem Grundsatz „in dubio pro reo" zu Gunsten des handelnden Arztes auswirken muss. Selbst wenn die vom Bundesverfassungsgericht als berechtigt angesehenen Zweifel nicht, wie *Hessler* kritisch bemerkt, „zur Rechtfertigung des bereits verwirklichten Grundrechtseingriffs"[23] seitens des Vormundschaftsgerichts bzw. Betreuers herangezogen werden können, so können und müssen sie aber bei der Prüfung der *Strafbarkeit* eines mit Zustimmung des Vormundschaftsgerichts und des Betreuers handelnden Dritten (des *Arztes*) Berücksichtigung finden.

Davon abgesehen sei nicht unerwähnt gelassen, dass „grundsätzliche" Untersuchungen zur Willensfreiheit bei Behandlungsverweigerung fehlen und es deshalb „selbst im Falle der Zeugen Jehovas fraglich erscheint, inwieweit die religiöse Überzeugung in Übereinstimmung mit einer objektiv und subjektiv freien Willensentscheidung steht".[24] Bei meinen Ausführungen bin ich jedoch von einer ernsthaften, selbstverantwortlichen Ausübung des Selbstbestimmungsrechts der Patientin vor Eintritt ihrer Entscheidungsunfähigkeit ausgegangen.

2. *Zur Frage der Rechtsverbindlichkeit einer Patientenverfügung und zur Bedeutung der mutmaßlichen Einwilligung*

Das neue Urteil des BGH vom 17. 3. 2003 steht der vom BVerfG vertretenen und von mir geteilten Auffassung nicht entgegen. Zwar hat der 12. Zivilsenat in seiner viel beachteten Entscheidung zur Frage der Rechtsverbindlichkeit einer Patientenverfügung betont, eine solche „frühere Willensbekundung, mit welcher der Patient seine Einwilligung in bestimmte ärztliche Maßnahmen erklärt oder verweigert hat", müsse auch dann noch respektiert werden, wenn er die Fähigkeit zu eigenverantwortlichem Ent-

[23] *Hessler*, MedR 2003, 13 (15).

[24] *Spann/Liebhardt/Braun*, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, 487 (494).

scheiden inzwischen verloren hat. Denn der spätere Eintritt der Einwilligungsunfähigkeit ändere nach dem Rechtsgedanken des § 130 Abs. 2 BGB an der fortdauernden Maßgeblichkeit des früher erklärten Willens nichts.[25] Ausdrücklich stellt der BGH sogar klar, die frühere, eigenverantwortlich getroffene Entscheidung für oder gegen bestimmte medizinische Maßnahmen dürfe nicht „durch einen Rückgriff auf den mutmaßlichen Willen" „korrigiert" bzw. – unter Hinweis auf *Taupitz* – nicht mit „spekulativer Berufung darauf unterlaufen werden, dass der Patient vielleicht in der konkreten Situation doch etwas anderes gewollt hätte".[26]

a) Aber diese Ausführungen verbieten Zweifel am Fortbestand der früheren Willensäußerung nicht schlechthin, sondern nur für den Fall, dass der Zustand eines Patienten *irreversibel*, das *Grundleiden* also einen *unumkehrbar tödlichen Verlauf* genommen hat, und zum anderen nur unter der Prämisse, dass sich der Patient nicht „von seiner früheren Verfügung mit erkennbarem Widerrufswillen distanziert" oder die Sachlage sich nicht „nachträglich so erheblich geändert hat, dass die frühere selbstverantwortlich getroffene Entscheidung die aktuelle Sachlage nicht umfasst".[27] Die Darlegungen des BGH zur Rechtsverbindlichkeit der Patientenverfügung und Fortwirkung des darin geäußerten Willens gelten also nur für eine ganz bestimmte, von der hier vorliegenden gänzlich unterschiedlichen Ausgangslage und mit zwei gewichtigen Einschränkungen: die Prognose für den Patienten ist in der BGH-Entscheidung *infaust*, es geht um die Hilfe zum *Sterben* eines Moribunden, um den Verzicht auf die Vornahme aller denkbaren medizinischen Möglichkeiten in der letzten Lebensphase, während es in dem hier diskutierten Fall der sonst gesunden, lebensfähigen Zeugin Jehovas um die Hilfe zum *Leben* geht und ihre Rettung durch einen relativ harmlosen, nicht belastenden Eingriff – höchstwahrscheinlich komplikationslos – sicher erreichbar ist.

Außerdem erfolgt keine Korrektur ihrer Willensbekundung oder ein Unterlaufen durch Rückgriff auf ihren mutmaßlichen Willen. Denn es wird *nicht* unterstellt, dass die Patientin in die Vornahme der Blutübertragung eingewilligt hätte, ihre *mutmaßliche* Einwilligung also deckt das ärztliche Handeln *nicht*, dafür fehlen in der Tat entsprechende positiv-konkrete Anhaltspunkte.[28] Vielmehr bleiben lediglich *Zweifel*, ob die frühere ablehnende Haltung im Augenblick absoluter Lebensgefahr durchgehalten wird, ob sich nicht doch vielleicht die Sachlage grundlegend geändert hat, der Lebenswille stärker als die religiöse Überzeugung war, was Ärzte immer wieder nach Gesprächen mit geretteten Patienten der Glaubensgemeinschaft der Zeugen Jehovas berichten und auch deren Funktionsträger offenbar einräumen, wenn sie, wie in dem Hamburger Fall,[29] den Fortbestand der Ablehnung von der Befragung des betreffenden Gläubigen abhängig machen.

---

[25] BGH JZ 2003, 732 (733) m. Anm. *Spickhoff*, JZ 2003, 739 = NJW 2003, 1588 m. Anm. *Deutsch*, NJW 2003, 1567 und *Stackmann*, NJW 2003, 1568 = NStZ 2003, 477 m. Anm. *Verrel*, NStZ 2003, 449; siehe auch *Kutzer*, ZRP 2003, 213; *Uhlenbruck*, NJW 2003, 1710.

[26] BGH JZ 2003, 732 (735).

[27] BGH JZ 2003, 732 (735).

[28] Siehe dazu ausführlich *Ulsenheimer*, Anästhesiologie & Intensivmedizin 2000, 693.

[29] Siehe Fn. 8.

b) Für die *strafrechtliche* Beurteilung folgt daraus: Der Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung greift in Fällen der Verweigerung der Bluttransfusion durch Zeugen Jehovas in aller Regel nicht, da eine objektiv erkennbare Distanzierung von der antezipierten Ablehnung fehlt und daher sein in einwilligungsfähigem Zustand ausgeübtes Selbstbestimmungsrecht einer solchen Umdeutung entgegensteht. Wenn aber auch der gegenteilige individuelle mutmaßliche Wille (in der konkreten Situation) *nicht wirklich zweifelsfrei* festgestellt werden kann, muss nach der Grundsatzentscheidung des BGH im Kemptener Fall[30] auf die „allgemeinen Wertvorstellungen" zurückgegriffen werden. „Dabei ist jedoch Zurückhaltung geboten; im Zweifel hat der Schutz menschlichen Lebens Vorrang vor persönlichen Überlegungen des Arztes, der Angehörigen oder einer anderen beteiligten Person. Im Einzelfall wird die Entscheidung naturgemäß auch davon abhängen, wie aussichtslos die ärztliche Prognose und wie nahe der Patient dem Tode ist".[31]

Diese Auffassung ist auf – zum Teil sehr engagierte – Kritik[32] gestoßen. Denn die Diskussion um die Zulässigkeit und die Grenzen der Hilfe *im* oder auch *zum* Sterben wird gerade durch das Fehlen verbindlicher oder doch allgemeiner Wertmaßstäbe geprägt.[33] Auch die Verfassung bietet keine sichere Handhabe, die im Widerstreit der Schutzgüter von Leben und Menschenwürde eine dem jeweiligen Einzelfall gerecht werdende, rechtlich verlässliche und vom subjektiven Verständnis des Beurteilers unabhängige Orientierung ermöglicht.[34] Gegen den Rückgriff auf allgemeine Wertvorstellungen hat auch das OLG Karlsruhe[35] in Fällen, in denen es um den Abbruch der künstlichen Ernährung geht und sich der mutmaßliche Wille des Patienten nicht feststellen lässt, „erhebliche Bedenken" angemeldet, da dies „mit der hohen Bedeutung des Rechtsguts Leben nicht vereinbar" sei. Denn „abgesehen davon, dass allgemeine Wertvorstellungen nicht den isolierten Nahrungsentzug gegenüber einem sonst lebensfähigen Menschen rechtfertigen" könnten, verstoße „ein solcher fremdbestimmter Behandlungsabbruch ohne einen entsprechenden eindeutigen mutmaßlichen Willen" des Patienten gegen die Patientenautonomie und stelle „einen Eingriff in das Rechtsgut Leben dar".[36]

Auch ich habe erhebliche Zweifel, ob es bei der Bestimmung der Grenzen ärztlicher Behandlungspflicht am Ende des Lebens „allgemeine Wertvorstellungen" gibt, doch greifen diese Bedenken im Falle der Ablehnung der Bluttransfusion durch Zeugen Jehovas aber gerade nicht durch. Denn die Vornahme dieser ärztlichen Maßnahme dient

---

[30] BGHSt 40, 257 m. Anm. *Schöch*, NStZ 1995, 153; dazu siehe auch *Bernat*, RdM 1995, 51; *Bernsmann*, ZRP 1996, 87; *Deichmann*, MDR 1995, 983; *Lilie*, Festschrift für E. Steffen, 1995, 273; *Merkel*, ZStW 1995, 545; *Opderbecke/Weißauer*, Anästhesiologie & Intensivmedizin 1996, 44.

[31] BGHSt 40, 257 (263).

[32] Vgl. etwa *Dörner*, ZRP 1996, 93 (95 f.); *Laufs*, NJW 1998, 3399 (3400).

[33] *Taupitz*, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, in: Verhandlungen des 63. Deutschen Juristentages, Leipzig 2000, Band I Gutachten, Teil A, 2000, S. A 3 (A 38).

[34] Vgl. etwa *Hufen*, NJW 2001, 849 (850).

[35] NJW 2002, 685 (689).

[36] OLG Karlsruhe, NJW 2002, 685 (689).

dem *Lebensschutz*, sie hat *höchste Erfolgswahrscheinlichkeit* und bedeutet ein *Minimum an Belastung* für den Patienten. Wenn dem Rechtsgut Leben unter diesen Gegebenheiten und bei fehlendem *eindeutigen* (entgegenstehenden) mutmaßlichen Willen des Patienten der Vorrang eingeräumt und die – durchaus sehr wahrscheinliche, aber eben nicht sichere – Verletzung des Selbstbestimmungsrechts damit in Kauf genommen wird, so dürfte die Berechtigung eines solchen Vorgehens zu den Grundüberzeugungen unserer Gesellschaft zählen. Daraus folgt, dass die danach ausgerichtete Entscheidung des Arztes pro vita gem. § 34 StGB nicht rechtswidrig ist. Denn entscheidend kommt es im Rahmen des § 34 StGB nicht auf das allgemeine Rangverhältnis der im Widerstreit stehenden Rechtsgüter an,[37] bezüglich dessen – abstrakt gesehen – durchaus unterschiedliche Auffassungen im vorliegenden Fall bestehen können, sondern auf die Schutzwürdigkeit der jeweiligen Rechtsgüter in der konkreten Situation. Diese „modifizierte, konkretisierende Güterabwägung"[38] ergibt m.E. ein wesentliches Überwiegen des Rechtsgutes Leben angesichts der gegenwärtigen Gefahrenlage, die nicht anders als durch einen nicht sicheren, wenngleich sehr wahrscheinlichen Eingriff in das der Rettungshandlung entgegenstehende Selbstbestimmungsrecht abwendbar ist. Dieser stellt wegen der nicht ausschließbaren Zweifel an dessen Inhalt (Fortgeltung der Ablehnung oder doch Sinneswandel und Zustimmung zur Bluttransfusion) angesichts der Größe der Rettungschancen und der möglicherweise fehlenden Interessenverletzung der Patientin ein angemessenes Mittel im Sinne des § 34 Satz 2 StGB dar. Dabei spielen im Rahmen der notwendigen Gesamtabwägung der in der Notstandssituation berührten Interessen zum einen das durch die Zweifel ausgelöste Minus auf Seiten der Selbstbestimmung, körperlichen Integrität, Glaubens- und Gewissensfreiheit und zum anderen die Zielrichtung der ärztlichen Maßnahme, die Garantenstellung des Arztes und „auch das Interesse der Allgemeinheit an der Ordnungs- und Friedensfunktion des Rechts"[39] eine ausschlaggebende Rolle.

Dementsprechend haben auch mehrere Oberlandesgerichte gegenüber dem Wunsch des Patienten auf Behandlungsabbruch übereinstimmend betont, an die Feststellung der mutmaßlichen Einwilligung des Patienten seien „wegen des Lebensschutzes in tatsächlicher Hinsicht strenge Anforderungen zu stellen", sodass „bei deren Nichtaufklärbarkeit" die Behandlung nicht abgebrochen werden darf, sondern aufgenommen bzw. fortgesetzt werden muss.[40] Auch der BGH empfiehlt hier als „Richtschnur" ein Abstellen auf das *Wohl* des Patienten, „das einerseits eine ärztlich für sinnvoll erachtete lebenserhaltende Behandlung gebietet, andererseits aber nicht jede medizinisch-technisch mögliche Maßnahme verlangt".[41]

---

[37] *Schönke/Schröder/Lenckner/Perron*, StGB, 26. Aufl., 2001, § 34 Rdnr. 23 ff., 25.

[38] *Küper*, Zur Problematik des rechtfertigenden Nötigungsnotstands, 1986, S. 107 ff.

[39] *Schönke/Schröder/Lenckner/Perron*, § 34 Rdnr. 22.

[40] vgl. OLG Frankfurt, NJW 2002, 689; OLG Frankfurt, MDR 1998, 1483 m. Anm. *Rehborn* MDR 1998, 1464; OLG Karlsruhe, NJW 2002, 685; OLG Düsseldorf, NJW 2001, 2807.

[41] BGH JZ 2003, 732 (735).

3. Vorrang des Lebensschutzes vor dem Selbstbestimmungsrecht der Patientin

Im Ergebnis hat auch die Generalstaatsanwaltschaft bei dem OLG Stuttgart sich diese Argumentation in einem Fall ausdrücklicher und schriftlicher Ablehnung von Bluttransfusionen durch eine Zeugin Jehovas zu Eigen gemacht, die leider trotz Vornahme dieses ärztlichen Eingriffs unmittelbar nach der Geburt eines gesunden Kindes dennoch starb. Der Ehemann erstattete daraufhin Strafanzeige wegen gefährlicher Körperverletzung, doch wurde das Verfahren gegen die Ärzte nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt. Im Einklang mit einer im strafrechtlichen Schrifttum vielfach vertretenen Auffassung lehnte die Strafverfolgungsbehörde eine rechtswidrige Körperverletzung der Ärzte ab und betonte in ihrem Bescheid:

> „Die von den Ärzten im Zusammenhang mit der Notfallversorgung zur Lebensrettung vorgenommene Bluttransfusion bei der verstorbenen Patientin war durch § 34 StGB gerechtfertigt, auch wenn sie gegen den ausdrücklichen Willen der Patientin erfolgt ist. Im vorliegenden Fall hat das geschützte Interesse (Rettung des Lebens der Patientin) das beeinträchtigte (Schutz der Glaubens- und Gewissensfreiheit sowie Recht auf Selbstbestimmung) wesentlich überwogen. Es ist anerkannt, dass die Abwägung der widerstreitenden Interessen nach objektiven Wertmaßstäben zu erfolgen hat; keine Rolle spielt deshalb die individuelle Wertschätzung, die der Inhaber des Rechtsguts diesem beimisst".[42]

Ob diese Begründung angesichts des hohen Rangs, den das verfassungsrechtlich verbürgte Selbstbestimmungsrecht in unserem Rechts- und Wertesystem einnimmt, einer kritischen Würdigung standhält, muss man auf der Grundlage manch neuerer Entscheidung, insbesondere auch des zitierten BGH-Urteils vom 17. 3. 2003 bezweifeln. Danach ist das Wohl des Patienten, wenn eine Betreuung eingerichtet ist, „nicht nur objektiv, sondern – im Grundsatz sogar vorrangig[43] – subjektiv zu verstehen; denn „zum Wohl des Betreuten gehört auch die Möglichkeit, ... sein Leben nach seinen eigenen Vorstellungen und Wünschen zu gestalten (§ 1901 Abs. 2 Satz 2 BGB)."[44] Die Generalstaatsanwaltschaft hat außerdem die Problematik der „antezipativen Willensbekundung" und ihrer möglichen Änderung in der Notstandslage, die sich daraus ergebenden Zweifel an der Bestandskraft der ursprünglichen Willensbekundung, die Unsicherheit, den mutmaßlichen Willen der Mutter in der Notsituation zu ermitteln, und die Tatsache, dass sie einem gesunden Kind das Leben geschenkt hatte, im Rahmen ihrer Güterabwägung nach § 34 StGB leider unberücksichtigt gelassen. Dadurch fehlt dem Bescheid die rechtliche Fundierung, so sehr die Einstellung des Verfahrens auch in der Sache zu begrüßen und aus meiner Sicht zutreffend ist.

---

[42] Bescheid der Generalstaatsanwaltschaft bei dem Landgericht Stuttgart vom 30.11.1993, Az. 25 Zs 1056/93, mitgeteilt von *Ulsenheimer*, in: Geburtshilfe und Frauenheilkunde 54(1994), M83 (M84).– Siehe dazu im einzelnen *Bockelmann*, Strafrecht des Arztes, 1968, 80, Anm. 78; *Engisch*, Heidelberger Jahrbücher, 1960, S. 47; Eb. *Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht, 1939, S. 47 u. S. 116; *Spann*, Ärztliche Rechts- und Standeskunde, 1962, S. 131; *Ulsenheimer*, Anästhesiologie & Intensivmedizin 2001, 157 (159).

[43] *Schwab*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8, 3.Aufl., 1992, § 1901, Rdnr. 14.

[44] BGH JZ 2003, 732 (735).

4. Handlungsrecht und Handlungspflicht des Arztes

Nicht erörtert wurde sowohl vom BGH als auch von der Generalstaatsanwaltschaft bei dem OLG Stuttgart die Frage, ob der Arzt, der die lebensrettende Bluttransfusion vornehmen *durfte*, diese auf Grund seiner Garantenstellung gegenüber der Patientin auch vornehmen *musste*. Dabei geht es um das allgemeine Problem, ob *immer* dann, wenn die erfolgsabwendende Tätigkeit des Garanten *gerechtfertigt* ist, daraus für ihn auch eine *Pflicht* zu deren Vornahme erwächst. Ein Teil des Schrifttums bejaht dies als ganz selbstverständlich,[45] während die wohl überwiegende Meinung eine Handlungspflicht des Arztes unter diesen Umständen schlechthin verneint oder doch zumindest in Zweifel zieht.[46] Ich kann auf diese Problematik hier nicht näher eingehen,[47] möchte mich aber im Ergebnis *Lenckner*[48] ausschließen, der zutreffend darauf hinweist, „wie nahe beieinander Scylla und Charybdis liegen, wenn die Frage der Rechtmäßigkeit zweifelhaft ist: Handelt der Täter, so begeht er möglicherweise eine rechtswidrige Körperverletzung ....; „bleibt er untätig, so wird sein Verhalten u.U. als rechtswidrige Tötung durch Unterlassen bewertet". Genau diese Situation ist auch im vorliegenden Fall gegeben, sodass m.E. schon auf der Unrechtsebene die Folgerung gezogen werden muss, dass in solchen „Zweifelsfällen" wie hier die Handlungspflicht des Arztes entfällt. Denn die Unsicherheit bzw. Ungewissheit, ob die Notstandsvoraussetzungen des § 34 StGB vorliegen, muss zu seinen Gunsten berücksichtigt werden, da die Rechtsordnung die Vornahme einer auch nur möglicherweise rechtswidrigen Handlung nicht gebieten darf.[49]

5. Die Pflichtenkollision des Arztes in ihrer Wirkung als Begrenzung des Selbstbestimmungsrechts der Patientin

Auch das OLG München hat sich in dem eingangs geschilderten Fall zur Dominanz des Lebensschutzes gegenüber dem Recht auf Selbstbestimmung und Glaubensfreiheit bekannt und deshalb die Vornahme der Bluttransfusionen für rechtmäßig erklärt, allerdings mit anderer Begründung.

a) Im Ausgangspunkt stimmt das OLG dem vom Bundesgerichtshof schon in BGHSt 11, 111 (114) formulierten, unbestrittenen Grundprinzip zu, dass sich „niemand zum Richter in der Frage aufwerfen darf, unter welchen Umständen ein anderer ver-

---

[45] Vgl. RGSt 75, 353; *Bockelmann*, Strafrecht des Arztes, 1968, S. 26; *ders.*, Berliner Universitätstage 1964, 232; *Blei*, FamRZ 1962, 403 (410); *Kreuzer*, NJW 1968, 1201 (1202); *Olshausen-Niethammer*, StGB, 12. Aufl. 1942, Vorbem. § 51 (1. Teil, 4. Abschnitt), Anm. 4 i).

[46] *Baumann*, FamRZ 1963, 225 (227); *v. Bar*, GS 60 (1902), 81 (107 Fn. 1); zweifelnd *Engisch*, ZAkDR 1941, 129; *Dürig*, in: *Maunz-Dürig*, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 1994, Art. 2 II Rdnr. 23; einschränkend *Lay*, in: LK, 9. Aufl. (1971), § 128 Rdnr. 57; *Eb. Schmidt*, MonSchrKrim 1942, 85 (99 f.).

[47] Vgl. dazu *Ulsenheimer*, JuS 1972, 252 (255).

[48] *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, 1965, S. 28 Fn. 83.

[49] *Ulsenheimer*, JuS 1972, 252 (256).

nünftigerweise bereit sein sollte, seine körperliche Unversehrtheit zu opfern, um dadurch wieder gesund zu werden". Wenngleich es das vornehmste Recht und die wesentlichste Pflicht des Arztes sei, den kranken Menschen nach Möglichkeit von seinem Leiden zu heilen, finde „dieses Recht und diese Pflicht in dem grundsätzlichen freien Selbstbestimmungsrecht des Menschen über seinen Körper ihre Grenze". Deshalb „wäre es ein rechtswidriger Eingriff in die Freiheit und Würde der menschlichen Persönlichkeit, wenn ein Arzt – und sei es auch aus medizinisch berechtigten Gründen – eigenmächtig und selbstherrlich eine folgenschwere Operation bei einem Kranken, dessen Meinung rechtzeitig eingeholt werden kann, ohne dessen Billigung vornähme". Daraus folgert das OLG München zutreffend:

> „Wenn der Zeuge Jehovas wirksam seine Einwilligung in eine Bluttransfusion verweigert, hat der Arzt sich grundsätzlich daran zu halten. Dies gilt auch dann, wenn die Verweigerung einer Bluttransfusion medizinisch völlig unvernünftig ist und der Patient und Zeuge Jehovas sich damit in Lebensgefahr oder die Gefahr des sicheren Todes begibt".[50]

b) Aber trotz Anerkennung dieses Grundsatzes „gibt es Fälle, in denen dem Arzt die Abweichung davon im Interesse des Patienten geboten erscheinen"[51] *darf*, nicht: *muss*.[52] Hierfür wird von Medizinerseite[53] als ein „besonders augenfälliges" Beispiel die Verweigerung vital indizierter Bluttransfusionen durch Angehörige der Glaubensgemeinschaft der Zeugen Jehovas angeführt. Auch nach Ansicht des OLG München bedarf dieser Grundsatz „einer Korrektur und Ergänzung", da „ein Arzt, seinem Eid und Berufsethos verpflichtet, nicht zu einem willenlosen Spielball" einer Patientenverfügung werde, „bar jeden ärztlichen Gewissens".[54] Ein Zeuge Jehovas, der den Arzt um die Behandlungsübernahme bittet und ihn dabei mit seiner eine Bluttransfusion verweigernden Patientenverfügung konfrontiert, könne „nicht davon ausgehen, auch wenn seine Erklärung eindeutig sein sollte, dass der Arzt sich in jedem denkbaren Fall unter Ausschaltung seines ärztlichen Gewissens gleichsam maschinenhaft daran halten und ihn im Falle des Falles auch sterben lassen würde".[55] Dabei differenziert das OLG München zutreffend zwischen der Sachlage, dass bei Übernahme der Behandlung schon die absolute Notwendigkeit einer künftigen Bluttransfusion feststeht, und den Fällen, in denen, wie hier, die Indikation für eine Blutübertragung zunächst überhaupt nicht zu erwarten war. In der ersten Sachverhaltsalternative müsse der Arzt, vom Notfall abgesehen, die Behandlung ablehnen, da er anderenfalls sich wegen einer *vorsätzlichen Körperverletzung* strafbar mache. Gleiches gilt, wenn er „abredewidrig oder unter Täuschung seines Patienten im beratenden Gespräch"[56] dann intraoperativ doch zur Blutkonserve greift.

---

[50] OLG München, MedR 2003, 174 (176).
[51] *Spann/Liebhardt/Braun*, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, 493.
[52] Siehe oben I. 4.
[53] *Spann/Liebhardt/Braun*, Festschrift für P. Bockelmann, S. 493.
[54] OLG München, MedR 2003, 174 (176).
[55] OLG München, MedR 2003, 174 (176).
[56] OLG München,MedR 2003, 174 (176).

In der zweiten Fallvariante besteht dagegen nach Ansicht des OLG München keine Bindung des Arztes an die Patientenverfügung. Die Begründung des Urteils ist an dieser Stelle allerdings etwas diffus. Der Senat lehnt die Bindungswirkung „für diesen Fall" ab, weil die Patientin erst im Verlauf „einer bis dahin keinerlei Bluttransfusionen erfordernden und erwarten lassenden, rechtmäßig aufgenommenen und durchgeführten Behandlung" bewusstlos wurde, und zum anderen die Patientenverfügung lediglich einen „vorgedruckten, beliebig vervielfältigbaren Text" enthielt, der als einzigen persönlichen Bezug nur Namen, Anschrift, Datum und Unterschrift aufwies. Die sich daraus ergebende Problematik der mutmaßlichen Einwilligung stellte sich für das OLG München nicht, da die beklagten Ärzte das Vormundschaftsgericht eingeschaltet hatten, das den Ehemann der Patientin als den „zuförderst hierzu berufenen und zu verantwortungsvollem Handeln" in ihrem Interesse bereiten Betreuer bestellte und dieser für sie „wirksam in die Gabe von Bluttransfusionen einwilligte".[57] Ausdrücklich hebt das OLG auch hervor, dass die Rechtmäßigkeit des Handelns der Ärzte nicht dadurch in Frage gestellt werde, dass die Patientin sie, das Krankenhaus und das gesamte Personal „von jeglicher Verantwortung für Schäden, die bei kunstgerechter Versorgung „auf die Ablehnung von Bluttransfusionen zurückgeführt werden können", freigestellt hatte. Denn der Arzt könne, wenn er dem Willen des Zeugen Jehovas nachkomme, „zahlreichen weitergehenden Vorwürfen ausgesetzt" sein, z.B. der nicht ordnungsgemäßen Aufklärung oder eines für die Notwendigkeit der Bluttransfusion ursächlichen Behandlungsfehlers, und damit bei unterlassener Bluttransfusion „sehr schnell dem Vorwurf einer fahrlässigen Tötung".[58]

Da die Betreuerbestellung und Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zur Blutübertragung rechtmäßig waren, gilt dies natürlich auch für das Handeln der Ärzte wie umgekehrt: Wäre das Sterbenlassen der Patientin rechtswidrig, so könnte es auch nicht durch die Zustimmung des Betreuers oder (und) eine etwaige Billigung durch das Vormundschaftsgericht gerechtfertigt werden.[59]

c) Hilfsweise erkennt das OLG München den verantwortlichen Ärzten „zumindest" einen „Schuldausschließungsgrund" zu, obwohl „die Entschuldigungsgründe des Strafrechts, vor allem § 35 StGB, für das Bürgerliche Recht keine unmittelbare Bedeutung" haben, „insbesondere das nach objektiven Maßstäben zu beurteilende zivilrechtliche Verschulden nicht ohne weiteres" ausschließen. Im BGB könne „aber ausnahmsweise der Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit den Schuldvorwurf entkräften" und auch „die Gewissensnot in Ausnahmefällen ein Entschuldigungsgrund sein", sodass ein „fahrlässiger Rechtsverstoß" ausscheide.[60]

> „Sich angesichts der oben erörterten Umstände unter möglicher Verletzung einer keineswegs als unumstößlich betrachteten Erklärung der Patientin dem eigenen *ärztlichen* Gewissen folgend bei Vorliegen der Zustimmung des Ehemannes für die Bluttransfusion und damit für das Leben der Patientin entschieden zu haben, entschuldigt zumindest das Verhalten der Beklagten

---

[57] OLG München, MedR 2003, 174 (178).
[58] OLG München, MedR 2003, 174 (177).
[59] Vgl. BGH JZ 2003, 732 (734).
[60] MedR 2003, 174 (178).

(sc. Ärzte). Aus rechtlicher Sicht kann ihnen weder aus der Verweigerung einer Transfusion noch aus der Durchführung einer solchen ein irgendwie gearteter Vorwurf gemacht werden. Bei der Vornahme einer Transfusion gegen den präoperativ eindeutig erklärten Willen des Patienten steht in der intraoperativen oder postoperativen Notsituation Leben oder Tod Gewissensentscheidung gegen Gewissensentscheidung. Hier ist dem Arzt die nämliche Gewissensentscheidung zuzubilligen, wie sie dem Patienten gewährt wird".[61]

Was das OLG München hier ohne nähere Ausführungen, aber mit Recht als „Gewissensnot" der Ärzte umschreibt und unter dem Aspekt der Unzumutbarkeit schuldausschließend wertet, ist auch *strafrechtlich* von – m.E. ausschlaggebender – Bedeutung, und zwar nicht nur wegen der „keineswegs als unumstößlich betrachteten" Patientenverfügung und der Zustimmung des Betreuers zur Blutübertragung. Diese beiden Umstände erleichtern sicherlich die ärztliche Entscheidung und führen im Rahmen der rechtlichen Prüfung sogar zum Ausschluss der Rechtswidrigkeit. Aber auch wenn kein Betreuer und Gericht eingeschaltet worden wäre und man die von mir als beachtlich angesehenen Zweifel an der Fortgeltung der Transfusionsverweigerung als „spekulativ" abtut, käme man nicht umhin, das Vorliegen einer klassischen *Pflichtenkollision* zu bejahen. Diese ist nach allgemeiner Auffassung dadurch charakterisiert, dass „jemand eine ihm obliegende Rechtspflicht nur auf Kosten einer anderen ihm gleichfalls obliegenden Rechtspflicht erfüllen kann, wobei die Verletzung der Pflicht, gegen die er verstößt, eine mit Strafe bedrohte Handlung oder Unterlassung darstellt".[62]

d) Im vorliegenden Falle kollidieren die Verpflichtung des Arztes, das Leben seiner Patienten zu erhalten und zu schützen, mit dem gleichzeitig zu erfüllenden Gebot, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, seine körperliche Integrität sowie seine Glaubens- und Gewissensfreiheit zu achten. Bei der Lösung dieses Konflikts ist gerade im Hinblick auf das Arzt-Patienten-Verhältnis zu berücksichtigen, dass „die Standesethik des Arztes nicht isoliert neben dem Recht steht", sondern, „wie das BVerfG unter Berufung auf *Eb. Schmidt* hervorgehoben hat,[63] allenthalben und ständig in die rechtlichen Beziehungen des Arztes zum Patienten" hineinwirkt.[64] Da „weit mehr als sonst in den sozialen Beziehungen des Menschen im ärztlichen Bereich das Ethische mit dem Rechtlichen" zusammenfließt,[65] haben die standes- und berufsrechtlichen Pflichten für den Arzt besonderes Gewicht. Danach ist, wie es schon im Eid des Hippokrates heißt, „der einzige Herr", dem er „zu dienen hat, das Leben".[66] „Die Erhaltung und Wiederherstellung der Gesundheit meiner Patienten soll oberstes Gebot meines Handelns sein", verspricht jeder Arzt in seinem feierlichen Gelöbnis auf seine Ehre und die ärztliche Berufsordnung, die das berufswürdige Verhalten fördern und das berufsunwürdige verhindern soll. § 1 Abs. 2 der Berufsordnung verlangt von ihm deshalb, „das Leben zu erhalten, die Gesundheit zu schützen und wiederherzustellen" sowie

[61] OLG München, MedR 2003, 174 (178).
[62] *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl. 1996, § 47 I 1.
[63] BVerfGE 52, 139 (169 f.).
[64] BGHSt 32, 367 (378, 379).
[65] BGHSt 32, 367 (379).
[66] *Büchner*, Der Eid des Hippokrates, 1945, S. 27.

„Leiden zu lindern". Ausdrücklich und mit besonderem Nachdruck verpflichtet die folgende Bestimmung (§ 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 BÄO) den Arzt auf sein „Gewissen", die „Gebote der Menschlichkeit" und die „ärztliche Ethik", die ihm verbieten, Grundsätze, Vorschriften oder Anweisungen anzuerkennen, „die mit seiner Aufgabe nicht vereinbar sind oder deren Befolgung er nicht verantworten kann". Dem Arzt, dem man das Recht zum Helfen und Erhalten des Lebens in der hier erörterten Fallkonstellation nimmt, würde deshalb etwas zugemutet, „was er mit seinem Gewissen nicht in Einklang zu bringen vermag".[67]

Auch der Strafgesetzgeber geht „von der Vorrangigkeit des Lebensschutzes" aus und will durch § 216 StGB die „prinzipielle Unantastbarkeit fremden Lebens" gewährleisten,[68] was zugleich den Schutz des Patienten vor Dritten einschließt, die „mittelbar oder unmittelbar, ausgesprochen oder unausgesprochen sein Todesverlangen herbeiführen"[69] oder ihn z.B. darin bestärken, den Tod als Folge seiner Glaubensüberzeugung hinzunehmen. Ebenso wenig wie sich der behandelnde Arzt dem bewusstlosen Suizidenten gegenüber, der ohne ärztlichen Eingriff dem sicheren Tod preisgegeben ist, „allein nach dessen vor Eintritt der Bewusstlosigkeit erklärten Willen richten darf",[70] vielmehr „in eigener Verantwortung eine Entscheidung über die Vornahme oder Nichtvornahme auch des nur möglicherweise erfolgreichen Eingriffs zu treffen hat",[71] ebenso wenig – m.E. erst recht nicht – ist er an eine die Bluttransfusion ablehnende Patientenverfügung des Zeugen Jehovas und dessen nachdrückliche mündliche Bestätigung vor der Operation gebunden. Wenn dieser in deren Verlauf ohne Fremdblutgabe bei kritischer Prüfung[72] des Arztes mit höchster Wahrscheinlichkeit sterben würde, kann in dieser Grenzsituation „seine ärztliche Gewissensentscheidung nicht von Rechts wegen als unvertretbar angesehen werden".[73]

Man muss also nicht auf „übergeordnete Gründe" zurückgreifen, um hier das Recht der Patientin, „über die Vornahme medizinischer Eingriffe selbst zu bestimmen, einzuschränken",[74] vielmehr lediglich die Konfliktlage des Arztes in den Blick nehmen und aus der für ihn gegebenen Pflichtenkollision die gebotenen strafrechtlichen Konsequenzen ziehen. Insoweit lässt sich sowohl die Auffassung vertreten, dass „im Hinblick auf die Gesamtheit der am Konflikt beteiligten Interessen" und den vom Arzt „verfolgten Endzweck sowie unter Beachtung der anerkannten Wertvorstellungen der Allgemeinheit"[75] die Pflicht zur Lebensrettung die *höhere Wertigkeit* besitzt und damit die Verletzung des Rechts auf Selbstbestimmung und Glaubensfreiheit *gerechtfertigt* ist, als auch von der *Gleichwertigkeit* der kollidierenden Pflichten bzw. keinem eindeutigen Überwiegen einer von ihnen im Hinblick auf den Rang der beteiligten Rechtsgüter

---

[67] *Händel*, NJW 1972, 328.
[68] BGHSt 32, 367 (379).
[69] BGHSt 32, 367 (379).
[70] BGHSt 32, 367 (378).
[71] BGHSt 32, 367 (378).
[72] *Spann/Liebhardt/Braun*, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, S. 493, Fn. 36.
[73] BGHSt 32, 367 (381).
[74] BGHSt 32, 367 (378).
[75] *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, § 33 V 1 a).

und alle übrigen Umstände ausgehen. „In diesen Fällen von *nicht abwägbaren* oder auch von *gleichwertigen* Pflichten"[76] sind für die Lösung die verschiedenen Fallvarianten der Pflichtenkollision zu unterscheiden. Da im vorliegenden Fall eine Handlungspflicht (Lebensrettung) mit einer Unterlassungspflicht (Achtung der Selbstbestimmung der Patientin, ihrer körperlichen Integrität und Glaubensfreiheit) im Widerstreit stehen, also „die Erfüllung der einen Pflicht der Rechtsordnung ebenso wichtig wie die Erfüllung der anderen" ist, der Arzt aber im Augenblick der Entscheidung unmöglich beide Pflichten erfüllen kann, handelt er, „wie er sich auch immer entscheiden mag, in jedem Falle *rechtswidrig*",[77] aber *nicht schuldhaft*.

Dabei kommt es für den Schuldausschluss nicht darauf an, ob der Arzt die Bluttransfusion vornimmt oder nicht, ob er also aktiv in das Geschehen eingreift oder aber dem Schicksal seinen Lauf lässt. Denn in derartigen Fällen „rechtlich unlösbarer Pflichtenkollisionen"[78] lässt sich von demjenigen, der sich in diese ausweglose Konfliktlage gestellt sieht, nur eine „Entscheidung nach gewissenhafter Prüfung"[79] verlangen, die „seine Achtung vor den Grundwerten des Rechts" bezeugt.[80] Im Falle der Gleichwertigkeit der kollidierenden Pflichten überlässt das Recht „mangels eines allgemein verbindlichen Vergleichsmaßstabs die Wahl der Pflicht der höchstpersönlichen Verantwortung"[81] des Arztes, der deshalb „in jedem Fall entschuldigt" ist,[82] d.h. auch bei Befolgung der Patientenverfügung und Nichtvornahme der Bluttransfusion.

Abgesehen davon ist in den Fällen, in denen es sich wie hier „um ein non liquet der Rechtsordnung handelt,"[83] zu Gunsten des Arztes in beiden Fallvarianten ein *unvermeidbarer schuldausschließender Verbotsirrtum* nach § 17 Satz 1 StGB anzunehmen.[84] Denn der Vorwurf rechtlicher Schuld kann ihn „grundsätzlich nicht treffen, wenn die Rechtsordnung selbst ihm nicht zu sagen vermag, wie er sich zu entscheiden hat".[85]

Der Einwand *Benders*, der Arzt dürfe bei Übernahme einer elektiven Behandlung eines Zeugen Jehovas nicht auf den normalen Lauf der Dinge vertrauen, sondern müsse alle Eventualitäten bei seiner Entscheidung berücksichtigen und könne sich deshalb später nicht unter Hinweis auf sein Gewissen über das Selbstbestimmungsrecht des Zeugen Jehovas hinwegsetzen,[86] überzeugt aus strafrechtlicher Sicht nicht. Solange nicht von vornherein feststeht, dass im Zuge der Behandlung eine Bluttransfusion er-

---

[76] *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, § 47 I 2; *Weber*, Festschrift für W. Kiesselbach, 1947, 233 (248); *Gallas*, Festschrift für E. Mezger, 1954, 311 (312 ff.), jeweils m.w.N.

[77] *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, § 47 I 2 m.w.N.

[78] *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, § 47 I 3.

[79] *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, § 47 I 3.

[80] *Gallas*, Festschrift für E. Mezger, 311 (333).

[81] *Gallas*, Festschrift für E. Mezger, 311 (333).

[82] *Gallas*, Festschrift für E. Mezger, 311 (333 Fn. 1).

[83] *Gallas*, Festschrift für E. Mezger, 311 (332 Fn. 2).

[84] Vgl. *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, § 47 I 3; *Ulsenheimer*, Geburtshilfe und Frauenheilkunde 54(1994), M82 (M85); *ders.*, Arztstrafrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2003, Rdnr. 94; Bescheid der Generalstaatsanwaltschaft bei dem Landgericht Stuttgart vom 30.11.1993, Az. 25 Zs 1056/93, mitgeteilt bei *Ulsenheimer*, a.a.O., M84.

[85] *Gallas*, Festschrift für E. Mezger, 311 (332).

[86] *Bender*, MedR 2003, 179 (180); a. A. auch OLG München, MedR 2003, 174 (176).

forderlich wird, handelt ein Arzt korrekt, wenn er den Patienten nicht an einen anderen Arzt oder ein anderes Krankenhaus überweist. Darüber hinaus ist die schuldausschließende Pflichtenkollision unabhängig davon anzunehmen, ob den Arzt an ihrer Entstehung irgendein Vorwurf trifft.

II. Keine „Entmündigung" der Zeugin Jehovas bei Anerkennung der Rechte und Pflichten des Arztes

Die hier vertretene Auffassung bedeutet m.E. nicht, dass sich dadurch jener Arzt „in seinen Erwartungen bestätigt sehen kann, der vom Patientenwillen ohnehin nicht viel hält und daher den Zuwachs an Entscheidungsmacht, wie er mit der Einräumung von Eigenverantwortung nun einmal verbunden ist, begrüßen wird".[87] *Eser* hat diese – berechtigte – kritische Äußerung als Fazit aus der „Degradierung" des Sterbewillens „zum bloßen Abwägungsfaktor innerhalb der ärztlichen Entscheidung" formuliert.[88] Wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, ist jedoch die Sachlage des nur eine ganz bestimmte – lebensrettende – ärztliche Maßnahme vor Eintritt der Entscheidungsunfähigkeit in der kritischen Situation ablehnenden Patienten, die der Arzt dann doch – trotz erheblicher Bedenken – wegen eines nicht ausschließbaren, aber auch nicht verifizierbaren Sinneswandels zur Abwendung des sonst sicheren Todes vornimmt, eine gänzlich andere. Hier geht es nicht wie beim Eingreifen zu Gunsten des frei verantwortlich handelnden Suizidenten um „Bevormundung", den Umschlag „vermeintlicher Lebenshilfe in Lebenszwang",[89] um „Entmündigung des Patienten" und Stärkung der ärztlichen „Verfügungsmacht".[90] Der Arzt entscheidet hier auch nicht „kraft eigener Standeshoheit" über das „Wohl" des Patienten und seine „Pflichten",[91] vielmehr stehen höchste Rechtsgüter miteinander im Widerstreit, kollidieren sich aus Gesetzen ergebende *Rechts*pflichten miteinander, und es besteht kein Sterbewille, sondern nur eine vor Eintritt der Notlage abgegebene, aktuell nicht mehr korrigierbare, aber möglicherweise doch nicht mehr im Entscheidungszeitpunkt des Arztes fortgeltende Willensäußerung, keine Bluttransfusion vorzunehmen, selbst unter Inkaufnahme des dann sicheren Todes.

Wenn der Arzt in einem solchen Falle nach gewissenhafter Prüfung schließlich doch Fremdblut transfundiert, sehe ich hierin nicht einen Akt „mitmenschlicher Solidarität", der die betroffene Person – unvereinbar mit ihrer Menschenwürde – „zum Objekt"[92] ärztlichen Handelns macht, sondern eine Maßnahme, die in der Menschenwürde des *Arztes*[93] ihre Grundlage hat, der in einer fast tragisch zu nennenden Pflich-

---

[87] *Eser*, MedR 1985, 6 (7).
[88] MedR 1985, 6 (13).
[89] *Eser*, MedR 1985, 6 (11).
[90] *Eser*, MedR 1985, 6 (15).
[91] *Eser*, MedR 1985, 6 (15, 16 oben).
[92] *Eser*, MedR 1985, 6 (16).
[93] So mit Recht *Händel*, NJW 1972, 327 (328).

tenkollision nach Recht und Gewissen entscheiden muss. Soll er „tatenlos zusehen, wie ein menschliches Leben, dessen Rettung ihm" – ohne weiteres – „möglich wäre, verlischt?"[94] Was dies bedeutet, beschreibt *Händel*[95] recht anschaulich für einen vom OLG Karlsruhe entschiedenen Parallelfall: „Man versetze sich einmal in die Lage des gewissenhaften und von seiner Aufgabe durchdrungenen Arztes, der gemeinsam mit der Hebammenschwester etwa drei Stunden lang die Patientin und ihren Ehemann zu überzeugen versucht, dass nur eine Bluttransfusion das Leben der Frau, einer Mutter von nun vier Kindern, retten könne, der von Minute zu Minute mit kundigem Blick die Verschlechterung ihres Zustandes beobachtet, ohne tätig werden zu dürfen, und unter dessen Händen schließlich die Frau stirbt".[96]

„Ein Selbstbestimmungsrecht, über das andere bestimmen, ist kein Selbstbestimmungsrecht mehr", stellt *Eser* zutreffend fest.[97] Aber: Die hier behandelte Problematik der Zeugin Jehovas gibt „Anlass, sich Gedanken zu machen", ob nicht das Recht auf Selbstbestimmung „Grenzen haben müsste",[98] die durch die Rechte und Pflichten anderer, hier: der Rechts- und Berufspflichten der Ärzte gezogen werden.[99]

Auch der BGH verweist in seiner Entscheidung vom 17. 3. 2003 auf die Diskrepanz zwischen der Entscheidungsmacht des einwilligungsfähigen Patienten und der Entscheidungsmacht des Betreuers bzw. Arztes, die an „rechtliche Vorgaben gebunden" sind.[100] Dazu gehören nicht nur die Voraussetzungen zulässiger Sterbehilfe, sondern alle Rechte und Pflichten Dritter (z. B. des Arztes oder des Betreuers). Deshalb hat auch das OLG München in einer anderen Entscheidung, in der es um die Frage ging, ob die Pflegekräfte eines Heims den Sterbewunsch eines Patienten entsprechend der Anweisung des Betreuers und des Arztes durch Abbruch der künstlichen Ernährung erfüllen müssen, dem „Recht des Patienten auf Wahrung seiner Menschenwürde und seinem Recht auf Selbstbestimmung" zum einen „die fehlende Vertragspflicht des Pflegeheims" und zum anderen die den Pflegekräften „zustehenden verfassungsmäßigen Rechte gem. Art. 1, 2, 4 GG" gegenübergestellt und damit ihr Weigerungsrecht, also die Fortführung der künstlichen Ernährung begründet.[101]

---

[94] *Händel*, NJW 1972, 327 (328).

[95] *Händel*, NJW 1972, 327 (328).

[96] Siehe *Händel*, NJW 1972, 327 (328).

[97] MedR 1985, 6 (13).

[98] *Händel*, NJW 1972, 327 (328).

[99] *Eb. Schmidt*, Die Besuchspflicht des Arztes unter strafrechtlichen Gesichtspunkten, 1949, S. 24: „Immer aber ergeben sich die Pflichten des Arztes aus den besonderen Berufspflichten, denen er als Arzt untersteht. Sie bestimmen das Ob und Wie seines ärztlichen Eingreifens".

[100] JZ 2003, 732 (734).

[101] OLG München, NJW 2003, 1744 m. Anm. *Uhlenbruck*, NJW 2003, 1710 (1711).