

#### 4. Dokumentation der richterlichen Leitung und Einsicht in Sachverständigenunterlagen

Problematisch an der oben erläuterten Leitungsfunktion des Richters gegenüber dem Sachverständigen ist insbesondere, dass Gespräche und Abstimmungen zwischen Gericht bzw. Staatsanwaltschaft und Sachverständigen in der Regel nicht aktenkundig gemacht werden<sup>54</sup>. Insofern ist für die Verteidigung zumeist nicht nachvollziehbar, welche konkrete Anleitung der Vorsitzende beziehungsweise der zuständige Staatsanwalt dem Sachverständigen gegeben hat. Um dies nachvollziehen zu können, bleibt oft nur die Befragung des Sachverständigen zu eben jenen Abstimmungen.

Die fehlende Kenntnis von der Abstimmung zwischen Gericht bzw. Staatsanwaltschaft und dem Sachverständigen, ist aus Sicht der Verteidigung misslich, weil dieser Umstand – neben der bereits oben erwähnten Beeinflussung des Sachverständigen durch umfassende Aktenkenntnis – ebenfalls dazu führen kann, dass der Sachverständige seine Aufgabe darin sieht, eine Bestätigung der staatsanwaltschaftlichen Verdachtshypothese zu liefern.

Insofern sollte die Verteidigung auch darauf hinwirken, Einsicht in die Unterlagen des Sachverständigen zu erhalten. Es besteht insoweit zwar kein eigenständiger prozessualer Anspruch und die Unterlagen werden nicht Bestandteil der Verfahrensakten, sodass das Einsichtsrecht des § 147 StPO nicht weiterhilft. Indes folgt ein Anspruch auf Offenlegung aus der gerichtlichen Aufklärungspflicht des § 244 Abs. 2 StPO, dem Recht auf ein faires Verfahren sowie dem Anspruch auf rechtliches Gehör<sup>55</sup>. Denn nur durch Offenlegung kann der Beschuldigte bzw. sein Verteidiger nachvollziehen, nach welcher Methodik der Sachverständi-

ge sein Gutachten erstattet hat und diese Methodik kritisch hinterfragen. Überdies lassen sich so gegebenenfalls zugleich Rückschlüsse auf die Anleitungen des Gerichts bzw. der Staatsanwaltschaft an den Sachverständigen ziehen.

#### V. Fazit

Insgesamt zeigt sich, dass medizinische Sachverständige in Strafprozessen gegen Ärzte – trotz der Ermittlungs- und Verfahrenshoheit der Staatsanwaltschaft und des Gerichts – eine bedeutende Rolle einnehmen, da sie oftmals darüber entscheiden, ob ein strafrechtlich relevanter Behandlungsfehler vorliegt oder nicht. Dies wäre aus Sicht der Verteidigung auch nicht zu beanstanden, wenn sich die Ermittlungsbehörden und Gerichte dieses Einflusses bewusst wären und diesen durch sachgerechte Leitung und Anleitung des Sachverständigen auf dessen Kerntätigkeit begrenzen. Bedauerlicherweise tragen sie aber durch Vorlage sämtlicher Verteidigungsschriftsätze zur Stellungnahme und Offenlegung aller Daten des Beschuldigten noch dazu bei, dass sich der Einfluss des Gutachters verstärkt bzw. sich die Rollen so verkehren, dass eine „Verteidigung gegen den Sachverständigen“<sup>56</sup> erforderlich ist.

54) Eisenberg, NStZ 2006, 368, 369.

55) Krause, in: LR–StPO, 27. Aufl. 2017, § 73, Rdnr. 27; Lehmann, GA 2005, 639, 643 ff.; zurückhaltend insoweit BGH, StV 1995, 565 f., der eine Offenlegung der Arbeitsunterlagen eines Sachverständigen von der Verpflichtung, das Sachverständigengutachten in seinen Grundlagen und in seinen Schlussfolgerungen auf seine Richtigkeit zu überprüfen, abhängig macht.

56) Gerson, medstra 2023, 18, 19.

<https://doi.org/10.1007/s00350-024-6904-7>

## Das ärztliche Strafbarkeitsrisiko beim Weaning von Langzeitbeatmeten

Kimberley Tietz

**Abstract:** Durch die Verpflichtung zur regelmäßigen Erhebung des Weaningspotenziales gem. § 37c SGB V ist mit einem Anstieg der Weaningversuche bei Langzeitbeatmeten in der außerklinischen Intensivpflege zu rechnen. Diese sind dabei regelmäßig einem hohen Mortalitätsrisiko ausgesetzt. Daraus ergeben sich Fragen zur ärztlichen Strafbarkeit, die den medizinischen Standard und die Aufklärungsanforderungen beim Weaning zum Gegenstand haben. Auch wenn die hohen Beweisanforderungen das Strafbarkeitsrisiko häufig begrenzen werden, können insbesondere Fehler bei der Indikationsstellung zu einer Strafbarkeit führen.

### I. Einleitung

Durch das Intensivpflege- und Rehabilitationsstärkungsgesetz (GKV-IPReG) wurde § 37c SGB V zur Regelung der außerklinischen Intensivpflege neu in das SGB V aufgenommen.

Dieser regelt in Abs. 1 S. 6 die mit der Verordnung der Pflegeleistung stattfindende Erhebung des Potenzials zur Reduzierung der Beatmungszeit bis hin zur vollständigen Beatmungsentwöhnung (Weaning) und Dekanülierung und stellt die Verpflichtung auf, auf die Umsetzung dieser Maßnahmen hinzuwirken. Dem entsprechenden Gesetzesentwurf ist zu entnehmen, dass dieser Regelung „Hinweise auf eine bestehende Fehlversorgung“<sup>1</sup> vorausgehen, bei der Potenziale zur Beatmungsentwöhnung und Dekanülierung ambulanter Patienten nicht ausgeschöpft werden. Diese betreffen auch Langzeitbeatmete in der häuslichen Pflege, soweit diese auf eine neue Verordnung ihrer Pflegeleistungen angewiesen sind. Davon ausgehend ist mit der vermehrten Durchführung von Entwöhnungsversuchen unterschiedlichster Patienten zu rechnen, deren individuelle Erfolgchancen von verschiedenen medizinischen Faktoren abhängig sein können.

Die internationale, multizentrische Beobachtungsstudie WEAN SAFE veröffentlichte 2023 Ergebnisse, welche auf ein heterogenes Vorgehen beim Weaning hindeuten<sup>2</sup>. 65 %

Kimberley Tietz, Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Interdisziplinären Wissenschaftlichen Zentrum für Medizin–Ethik–Recht der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, IWZ MER, 06099 Halle (Saale), Deutschland

1) BT-Dr. 19/19368, S. 1.

2) Pham et al., The Lancet Respiratory Medicine 2023, Vol. 11, 465, 472 f.

der Patienten wurden erfolgreich entwöhnt, während es bei 13,7 % zu einer erneuten Re-Intubation mit einer Mortalität von 29,5 % kam<sup>3</sup>. Diese Re-Intubationsrate stimmt mit den Ergebnissen früherer Studien überein<sup>4</sup>. Insgesamt verstarben 31,8 % der Patienten noch auf der Intensivstation und 38,3 % im Krankenhaus allgemein<sup>5</sup>. Der Prozess des Weanings bietet insofern ein nicht zu vernachlässigendes Risiko für die Patienten. Vor allem solche, die der Gruppe des prolongierten Weanings angehören, sind einem relativ hohen Mortalitätsrisiko ausgesetzt<sup>6</sup>.

In Anbetracht der entstehenden Risiken für die beatmungspflichtigen Patienten, die teilweise bereits seit Jahren außerklinisch beatmet werden und bei entsprechender Pflege regelmäßig keiner akuten Lebensgefahr ausgesetzt sind, eröffnen Unsicherheiten bezüglich eines einheitlichen, evidenzbasierten Entwöhnungsvorgehens Fragen nach dem ärztlich geschuldeten, medizinischen Standard und etwaigen strafrechtlichen Risiken, denen Mediziner beim erfolglosen Weaning mit Eintritt des Todes des Patienten ausgesetzt sind.

Im Folgenden werden spezifische Probleme des Arztstrafrechts im Kontext des Weanings von Langzeitbeatmeten beleuchtet. Dabei soll sowohl die Ebene des Behandlungsals auch die des Aufklärungsfehlers untersucht werden.

## II. Der Eventualvorsatz im Rahmen der (Heil-)Behandlung

Verstirbt der Patient im Rahmen einer Behandlung muss dem Arzt, zur Annahme einer Strafbarkeit nach § 212 StGB, zumindest das Vorliegen eines Eventualvorsatzes nachgewiesen werden.

Die Gefährlichkeit des Handelns, die sonst zur Bestimmung des dolus eventualis herangezogen wird<sup>7</sup>, scheidet im ärztlichen Kontext aus, weil regelhaft – wie auch hier – medizinische Eingriffe mit hohen Gefahren für Leib und Leben verbunden sind. Auch bildet die Annahme eines Tötungsvorsatzes immer noch die Ausnahme bei der strafrechtlichen Beurteilung ärztlicher (Heil-) Behandlungen<sup>8</sup>.

Dem weanenden Arzt, insbesondere dem spezialisierten, in einem Weaningzentrum tätigen Facharzt, werden die medizinischen Risiken des Entwöhnungsprozesses regelmäßig bekannt sein. Je nach den konkreten gesundheitlichen Umständen des Patienten wird dem Arzt insofern auch die Möglichkeit eines Weaningversagens, sowie einer Re-Intubation und dem damit verbundenen Mortalitätsrisiko bewusst sein. Dies gilt auch für den potenziellerhebenden Arzt, der gem. § 8 Abs. 1 AKI-RL besondere fachliche Qualifikationen aufweisen muss.

Erweiterten Klärungsbedarf wirft dagegen ein eventuelles Vorliegen des voluntativen Vorsatzelements auf, weil der Arzt vor allem den indizierten Heileingriff regelmäßig mit der Absicht der Besserung oder Erhaltung der Gesundheit des Patienten vornimmt und damit gerade nicht dessen Schädigung bezweckt. Selbst bei grob fehlerhaftem Verhalten wird die Annahme, dass sein Vorgehen nicht am Wohl des Patienten orientiert war, nur unter besonderen Umständen zu untersuchen sein<sup>9</sup>. Es müssen demnach den „Heilungswillen“, welcher im Regelfall zu unterstellen ist<sup>10</sup>, erschütternde Indizien vorliegen, damit eine vorsätzliche Begehungsweise ernsthaft in Betracht kommt. Solche können in der Form von sachfremden Motiven vorliegen, die das Handeln des Arztes beeinflussen. Allerdings führt das Vorliegen solcher Motive nicht automatisch zum Beweis des voluntativen Vorsatzelements, sondern es stellt lediglich den Anlass zu einer Überprüfung dar, bei der diese Motive, im Rahmen der gebotenen Gesamtschau, einer wertenden Betrachtung unterzogen werden<sup>11</sup>. Sachfremde Motive können beispielsweise die Vertuschung eigenen ärztlichen Fehlverhaltens sowie die Vermeidung von daraus resultierenden strafrechtlichen, wirtschaftlichen oder sonstigen Konsequenzen sein<sup>12</sup>.

Zur Finanzierung und Verstärkung der Durchführung der teilweise längerfristigen, komplexen und kostspieligen Entwöhnungsprozeduren gibt es verschiedene finanzielle Entlastungs- und Anreizsysteme. So sieht der Gesetzesentwurf des GKV-IPReG die Ermöglichung eines krankenhausindividuellen Zusatzentgelts als Finanzierungsgrundlage vor<sup>13</sup>. Daneben hat die AOK Plus beispielsweise einen Qualitätsvertrag gem. § 110a SGB V mit erfolgsabhängiger Vergütung zur Respiratorentwöhnung von langzeitbeatmeten Patienten mit zwei spezialisierten Weaningzentren geschlossen, der durch ein sektorenübergreifendes Konzept zu mehr erfolgreichen Entwöhnungen, auch bei schwierigen Fällen, führen soll<sup>14</sup>. Vertragliche Vereinbarungen zum angemessenen Ausgleich entstehender Behandlungskosten sind grundsätzlich ein normales und rechtlich nicht zu beanstandendes Finanzierungsmittel im System der Gesundheitsversorgung, jedoch können solche Kompensationen auch zu Fehlanreizen führen. Für den weanenden Arzt können sich Situationen ergeben, in denen er trotz erhöhter gesundheitlicher Risiken für den Patienten auf eine weitere Durchführung des Entwöhnungsversuchs besteht. Allerdings spricht das Vorhandensein einer zusätzlichen finanziellen Motivation für die Durchführung einer Behandlung nicht bereits dafür, dass der Behandlungserfolg beim Patienten, welcher beim Weaning häufig eine erwartete Besserung der allgemeinen Lebensqualität durch die selbstständige Atemfähigkeit ist, völlig aus dem Fokus des Arztes rückt. Gerade bei einer erfolgsabhängigen Entlohnung wird der Arzt besonderes Interesse daran haben, die Entwöhnung erfolgreich durchzuführen und das Leben seines Patienten nicht zu gefährden. Dies schließt nicht aus, dass Fälle vorstellbar sind, in denen ein waghalsiges medizinisches Vorgehen vorrangig vom finanziellen Gewinn motiviert ist und dabei die Gefährdung des Patientenlebens zumindest hingenommen wird, der Arzt also notfalls bereit ist, „auch über Leichen voranzuschreiten“<sup>15</sup>. Dabei darf sich das ärztliche Verhalten in der Situation der konkreten Lebensgefahr jedoch nicht sinnvoll anders erklären lassen „als [das] bewusst[...]. Außerachtlassen von Lebensrettungschancen bei erkannter Lebensgefahr als Preis für“<sup>16</sup> das verfolgte sachfremde Ziel. Dies gilt jedoch nicht nur für die Beatmungsentwöhnung, sondern auch für andere riskante, gut vergütete Eingriffe. Aufgrund dieser

- 3) Pham et al., *The Lancet Respiratory Medicine* 2023, Vol. 11, 465, 473.
- 4) Pham et al., *The Lancet Respiratory Medicine* 2023, Vol. 11, 465, 473.; Peñuelas et al., *American Journal of Respiratory and Critical Care Medicine* 2011, Vol. 184, 430, 433f.; Deutsche Gesellschaft für Pneumologie und Beatmungsmedizin (DGP), *Prolongiertes Weaning, S2k-Leitlinie*, S. 16. (abrufbar im Internet: [https://register.awmf.org/assets/guidelines/020-0151\\_S2k\\_Prolongiertes\\_Weaning\\_2019\\_09\\_1.pdf](https://register.awmf.org/assets/guidelines/020-0151_S2k_Prolongiertes_Weaning_2019_09_1.pdf), Stand: 15.7.2024).
- 5) Pham et al., *The Lancet Respiratory Medicine* 2023, Vol. 11, 465.
- 6) DGP, *Prolongiertes Weaning*, S. 16.
- 7) BGHSt 36, 1, 9f. = MedR 1989, 73; BGH, *NStZ* 2001, 475, 476; BGH, *NStZ-RR* 2007, 267, 268.
- 8) Vgl. BGH, *MedR* 2004, 54, 56; *Kudlich*, *NJW* 2011, 2856; *Knauer/Brose*, in: *Spickhoff*, *Medizinrecht*, 4. Aufl. 2022, § 212 StGB, Rdnr. 16.
- 9) Vgl. BGH, *MedR* 2004, 54, 56.
- 10) Vgl. *Kudlich*, *NJW* 2011, 2856, 2857.
- 11) BGHSt 56, 277, 284f. = *MedR* 2012, 111, 112.
- 12) Vgl. BGHSt 56, 277, 285 = *MedR* 2012, 111, 112; BGH, *MedR* 2004, 54, 56.
- 13) BT-Dr. 19/19368, S. 3.
- 14) AOK Plus, *Qualitätsvertrag zur Respiratorentwöhnung von langzeitbeatmeten Patienten (prolongiertes Weaning)*. (abrufbar im Internet: <https://www.aok.de/gp/vertraege/arztpraxen/versorgungsvertraege-plus/weitere/qualitaetsvertrag-weaning>, Stand: 15.7.2024).
- 15) *Kudlich*, *NJW* 2011, 2856, 2858; zustimmend: *Sternberg-Lieben/Reichmann*, *MedR* 2012, 97, 99f.
- 16) *Sternberg-Lieben/Reichmann*, *MedR* 2012, 97, 99f.

theoretischen Möglichkeit davon auszugehen, dass sich der weanende Arzt regelhaft mit dem Tod seines Patienten abfindet, um die Chance auf eine zusätzliche Vergütung wahrzunehmen, wäre jedoch verfehlt.

Auf Seiten des potenzialerhebenden Arztes sind ähnliche Fehlanreize bei Einbezug in eine vertragliche Sondervergütung vorstellbar. Allerdings folgt durch eine Potenzialerhebung, bei der aus sachfremden Beweggründen das Weaningpotenzial des Patienten deutlich beschönigt wird, nicht unmittelbar eine lebensbedrohliche Lage. Etwaige Zwischenschritte, wie die Vorstellung bei einem spezialisierten Facharzt in einem Weaningzentrum, liegen noch zwischen der Potenzialerhebung und der Behandlung selbst. Gleichermaßen gelten die Ausführungen über die verfehltete Annahme eines regelhaften Missbrauchs allein durch dessen Möglichkeit auch hier.

In Anbetracht der hohen prozeduralen Hürden, die an den Nachweis des Eventualvorsatzes zu stellen sind, erscheint eine Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Tötung zwar nicht völlig ausgeschlossen, aber in den meisten Fällen unwahrscheinlich.

### III. Behandlungsfehler im Rahmen der Strafbarkeit nach § 222 StGB

Ist der Tod des Patienten auf einen Behandlungsfehler zurückzuführen, liegt darin eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung, welche im Fokus der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit steht. Der Todeseintritt allein beweist dabei allerdings noch kein sorgfaltswidriges Verhalten des Arztes. Aufgrund der, durch die unterschiedlichen Ausgangsbedingungen jedes Patienten und der nicht vollständigen Kontrollierbarkeit von körperlichen Vorgängen gegebenen, medizinischen und biologischen Begrenzungen der Behandlung, schuldet er keinen garantierten Erfolg, sondern nur das Einhalten eines gewissen Qualitätsstandards der Behandlung selbst<sup>17</sup>.

#### 1. Behandlungsfehler und der medizinische Standard

§ 630a Abs. 2 BGB legt fest, dass die Behandlung nach dem medizinischen Standard zu erfolgen hat und gibt somit eine die Qualität sichernde Untergrenze vor. Auch das Sozialrecht stellt in § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V auf den Standard ab<sup>18</sup>. Dieser stellt auch für die strafrechtliche Bewertung eine relevante Sorgfaltsnorm dar. Die Rechtsprechung definiert den Facharztstandard wie folgt: „Der Standard gibt Auskunft darüber, welches Verhalten von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt in der konkreten Behandlungssituation aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachbereichs im Zeitpunkt der Behandlung erwartet werden kann. Der Standard repräsentiert den jeweiligen Stand der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrungen, die zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat“<sup>19</sup>. Er wird insofern durch eine „Kombination von wissenschaftlicher Erkenntnis, ärztlicher Erfahrung und professioneller Akzeptanz“<sup>20</sup> gebildet.

Für die Bestimmung des Standards werden regelmäßig bestehende Leitlinien herangezogen, wobei diese nicht mit dem Standard gleichgesetzt werden dürfen, weil sie lediglich rechtlich unverbindliche Handlungsempfehlungen darstellen<sup>21</sup>. Von ihnen kann bzw. muss gegebenenfalls unter medizinisch plausibler Begründung im Einzelfall abgewichen werden<sup>22</sup>. Je höher ihre Qualitätsstufe, desto eher können sie jedoch die Vermutung auslösen, den aktuellen Standard abzubilden<sup>23</sup>.

#### a) Der medizinische Standard beim Weaning

Es stehen verschiedene medizinische Leitlinien unterschiedlicher Qualitätsstufen zur Verfügung, die sich im Rahmen der invasiven Beatmungsverfahren auch mit dem

Weaning auseinandersetzen und entsprechende Empfehlungen geben. Vorliegend sind das vor allem die S2k-Leitlinie „Nichtinvasive und invasive Beatmung als Therapie der chronischen respiratorischen Insuffizienz“<sup>24</sup> und die S3-Leitlinie „Invasive Beatmung und der Einsatz extrakorporaler Verfahren bei akuter respiratorischer Insuffizienz“<sup>25</sup>. Daneben beschäftigt sich die S2k-Leitlinie „Prolongiertes Weaning“<sup>26</sup> konkret mit der schwer zu entwöhnenden Patientengruppe im prolongierten Weaning. Zusätzlich gibt es Leitlinien, die sich mit der Situation spezieller Patientengruppen auseinandersetzen, wie die S2k-Leitlinie „Atmung, Atemunterstützung und Beatmung bei akuter und chronischer Querschnittlähmung“<sup>27</sup> und die S2k-Leitlinie „Prolongiertes Weaning in der neurologisch-neurochirurgischen Frührehabilitation“<sup>28</sup>. Bei den meisten dieser Leitlinien handelt es sich um konsensbasierte Expertenempfehlungen (S2k-Leitlinien)<sup>29</sup>. Die höchste Qualitätsstufe, die zusätzliche eine Evidenzbasierung erfordert<sup>30</sup>, kommt hier nur der S3-Leitlinie zur invasiven Beatmung zu.

Als Prozess der (vollständigen) Beatmungsentwöhnung betrifft das Weaning Patienten mit unterschiedlichsten Vorerkrankungen, bei denen es zu einer akuten oder auch chronischen respiratorischen Insuffizienz kam. Bereits nach der Intubation und der Behandlung der akuten respiratorischen Insuffizienz folgen erste Überlegungen des Arztes hinsichtlich des Weaningpotenzials des Patienten<sup>31</sup>. Der

17) Vgl. *Pauge/Offenloch*, *Arzthaftungsrecht*, 14. Aufl. 2018, Rdnrn. 164f.

18) Vgl. *Kifmann/Rosenau*, in: *Möllers* (Hrsg.), *Standardisierung durch Markt und Recht*, 2008, S. 49, 65f.

19) BGH, MedR 2016, 794, 795.

20) *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, 8. Aufl. 2021, Kap. X, Rdnr. 7.

21) BGH, NJW-RR 2014, 1053, 1055; *Frahm*, NJW 2021, 216, 217.

22) *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, 8. Aufl. 2021, Kap. X, Rdnr. 11.

23) *Spickhoff*, in: *Spickhoff*, *Medizinrecht*, 4. Aufl. 2022, § 630a BGB, Rdnr. 39.

24) Deutsche Gesellschaft für Pneumologie und Beatmungsmedizin (DGP), S2k-Leitlinie, Nichtinvasive und invasive Beatmung als Therapie der chronischen respiratorischen Insuffizienz (abrufbar im Internet: [https://register.awmf.org/assets/guidelines/020-0081\\_S2k\\_NIV\\_Nichtinvasive\\_invasive\\_Beatmung\\_Insuffizienz\\_2017-10-verlaengert.pdf](https://register.awmf.org/assets/guidelines/020-0081_S2k_NIV_Nichtinvasive_invasive_Beatmung_Insuffizienz_2017-10-verlaengert.pdf), Stand: 15. 7. 2024).

25) Deutsche Gesellschaft für Anästhesiologie und Intensivmedizin (DGA), S3-Leitlinie Invasive Beatmung und Einsatz extrakorporaler Verfahren bei akuter respiratorischer Insuffizienz (abrufbar im Internet: [https://register.awmf.org/assets/guidelines/001-0211\\_S3\\_Invasive\\_Beatmung\\_2017-12.pdf](https://register.awmf.org/assets/guidelines/001-0211_S3_Invasive_Beatmung_2017-12.pdf), Stand: 15. 7. 2024).

26) DGP, Prolongiertes Weaning.

27) Deutschsprachige Medizinische Gesellschaft für Paraplegiologie (DMGP), Atmung, Atemunterstützung und Beatmung bei akuter und chronischer Querschnittlähmung, S2k-Leitlinie (abrufbar im Internet: [https://register.awmf.org/assets/guidelines/179-0111\\_S2k\\_Atmung-Atemunterstuetzung-Beatmung-bei-akuter-und-chronischer-Querschnittlaehmung\\_2022-11.pdf](https://register.awmf.org/assets/guidelines/179-0111_S2k_Atmung-Atemunterstuetzung-Beatmung-bei-akuter-und-chronischer-Querschnittlaehmung_2022-11.pdf), Stand: 15. 7. 2024).

28) Deutsche Gesellschaft für Neurorehabilitation (DGNR), Prolongiertes Weaning in der neurologisch-neurochirurgischen Frührehabilitation, S2k-Leitlinie (abrufbar im Internet: [https://register.awmf.org/assets/guidelines/080-0021\\_S2k\\_Prolongiertes\\_Weaning\\_neurol\\_neuroch\\_Fruehreha\\_2017-04-abgelaufen.pdf](https://register.awmf.org/assets/guidelines/080-0021_S2k_Prolongiertes_Weaning_neurol_neuroch_Fruehreha_2017-04-abgelaufen.pdf), Stand: 15. 7. 2024).

29) Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften, Das AWMF-Regelwerk Leitlinien, Version 2.1, S. 12 (abrufbar im Internet: [https://www.awmf.org/fileadmin/user\\_upload/dateien/downloads\\_regelwerk/20230905\\_AWMF-Regelwerk\\_2023\\_V2.1\\_final.pdf](https://www.awmf.org/fileadmin/user_upload/dateien/downloads_regelwerk/20230905_AWMF-Regelwerk_2023_V2.1_final.pdf), Stand: 15. 7. 2024).

30) Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften, Das AWMF-Regelwerk Leitlinien, Version 2.1, S. 12 (abrufbar im Internet: [https://www.awmf.org/fileadmin/user\\_upload/dateien/downloads\\_regelwerk/20230905\\_AWMF-Regelwerk\\_2023\\_V2.1\\_final.pdf](https://www.awmf.org/fileadmin/user_upload/dateien/downloads_regelwerk/20230905_AWMF-Regelwerk_2023_V2.1_final.pdf), Stand: 15. 7. 2024).

31) DGP, Prolongiertes Weaning, S. 14.

eigentliche Weaningprozess startet jedoch regelmäßig erst mit der Vornahme eines Spontanatmungsversuchs (SBT) und endet im Falle des erfolgreichen Weanings mit der Extubation bzw. Dekanülierung ohne nachfolgende ventilatorische Unterstützung für mindestens 48 Stunden<sup>32</sup>. Dabei werden drei Weaning-Gruppen definiert, bei denen bis zu 70% der Patienten in die 1. Gruppe, dem einfachen Weaning, fallen<sup>33</sup>. Das heißt, sie sind bereits nach dem ersten SBT und der ersten Extubation erfolgreich geweant<sup>34</sup>. Die 2. Gruppe stellt das schwierige Weaning dar, wobei ein erfolgreiches Weaning spätestens beim dritten SBT oder innerhalb von 7 Tagen nach dem ersten erfolglosen SBT erfolgt<sup>35</sup>. Die 3. Gruppe ist das prolongierte Weaning, welches erst nach mindestens 3 erfolglosen SBT oder einer länger als 7 Tage nach dem ersten erfolglosen SBT andauernden Beatmung zu einem erfolgreichen Weaning führt<sup>36</sup>. Diese Gruppe kann nochmal danach unterschieden werden, ob der Weaningerfolg überhaupt eintritt oder ganz ausbleibt, insofern also ein erfolgloses Weaning vorliegt, und auch danach, ob das Weaning unter Zuhilfenahme nicht invasiver Beatmung erfolgte oder zumindest eine Entwöhnung von der invasiven Beatmung unter Beibehaltung nicht invasiver Beatmungsunterstützung stattfand<sup>37</sup>. Im Gegensatz zu den ersten beiden Gruppen trifft die Patientengruppe des prolongierten Weanings ein nicht unerheblich höheres Mortalitätsrisiko. „Die Mortalität auf der Intensivstation lag für die Gruppen 1, 2 und 3 bei jeweils 3%, 1% und 22%, die Krankenhausmortalität bei 13%, 22% und 32%.“<sup>38</sup>

Die Unterteilung der Patienten in diese drei Gruppen wird dabei von mehreren Leitlinien empfohlen bzw. angewandt<sup>39</sup>. Je nach Gruppe unterscheidet sich dann das in den Leitlinien empfohlene Vorgehen teilweise voneinander. So wird die Anwendung von Weaning-Protokollen bei adulten Patienten, die länger als 24 Stunden invasiv beatmet wurden, von der bereits erwähnten S3-Leitlinie stark empfohlen<sup>40</sup>. Dabei handelt es sich um „standardisierte und explizite Vorgangsweisen, um möglichst frühzeitig die Entwöhnungsbereitschaft (Readiness to Wean) zu erkennen, konsequent die Spontanatmungsversuche (Spontaneous Breathing Trials) durchzuführen und eine rasche und sichere Beendigung der invasiven Beatmung bzw. Extubation/Dekanülierung herbei zu führen“<sup>41</sup>. Entwickelt wurden sie vor allem für die Gruppen des einfachen und des schwierigen Weanings<sup>42</sup>. Meta-Analysen zeigten die Reduzierung von Beatmungs-, Weaning- und Intensivbehandlungsdauer durch die Anwendung von standardisierten Weaning-Protokollen<sup>43</sup>. Dies gilt jedoch nicht für neurologische bzw. neurochirurgische Patienten, bei denen eine solche Reduktion nicht festgestellt werden konnte<sup>44</sup>. Das schließt die Anwendung in der Praxis jedoch nicht aus.

Daneben wird die Anwendung von Sedierungsprotokollen von mehreren Leitlinien empfohlen, weil das Sedierungslevel einen Einfluss auf Verzögerungen im Weaningprozess haben kann und die Wachheit und Kooperationsfähigkeit des Patienten eine Voraussetzung für die frühzeitige Entwöhnungsbereitschaft und die konsequente Durchführbarkeit der SBT ist<sup>45</sup>. Am besten sind Weaning- und Sedierungsprotokolle dabei ergänzend zueinander anzuwenden<sup>46</sup>.

Eine anderweitige Unterscheidung der Patientengruppen kann anhand der Genese des akuten Atemversagens (hypoxämisch, hyperkapnisch oder gemischt) erfolgen<sup>47</sup>. Es fehlt bis jetzt jedoch an Studien, die anhand dieser Differenzierung Daten zu unterschiedlichen Prognosen oder spezifischen therapeutischen Interventionen zur Erhöhung des Weaning-erfolgs liefern<sup>48</sup>. Trotz fehlender Evidenz betrachtet die S3-Leitlinie eine solche Differenzierung als sinnvoll, weil sich aus der Ursache des akuten Atemversagens unterschiedliche therapeutische Konzepte im Weaning ableiten können<sup>49</sup>. Dabei können jedoch verschiedene Erkrankungen zu der gleichen Art von Genese des Atemversagens führen<sup>50</sup>. Eine

alleinige Betrachtung der Genese wäre deswegen nicht sinnvoll, weil sich besondere Schwierigkeiten vor allem aus dem Vorliegen bestimmter Grunderkrankungen ergeben. Die Unterscheidung zwischen pulmologischen, neurologischen, neuromuskulären oder auch lungengesunden Patienten mit einem hohen Querschnitt ist von essenzieller Bedeutung für den Entwöhnungsprozess. Vor allem Patienten mit neuromuskulären Erkrankungen sind einem besonderen Risiko für eine erhöhte Weaningdauer und ein Weaningversagen ausgesetzt<sup>51</sup>. Eine häufig vorliegende Dysphagie kann hier zusätzlich der Dekanülierung im Weg stehen<sup>52</sup>.

Unabhängig vom medizinischen Dafürhalten solcher Unterscheidungen müssen sie sich für die Einordnung als medizinischer Standard jedoch auch bereits in der Anwendung erprobt haben und von Fachkreisen akzeptiert sein. Zwar deutet die fehlende Studienliteratur, speziell im Bereich des prolongierten Weaning, auf eine teilweise ungeklärte Evidenzbasis hin, jedoch ist die Unterscheidung nach der entsprechenden Grunderkrankung und eine Behandlung in einem dementsprechend spezialisierten Behandlungszentrum in der klinischen Realität langjährig erprobt und fest verankert. Das zeigen auch die, von den verschiedenen Fachgesellschaften, jeweils für ihre Patientengruppen entwickelten Leitlinien. Eine entsprechende Unterscheidung gehört insofern zum medizinischen Standard. Daneben stützt sich die Unterscheidung in die drei Weaningkategorien auf eine breite Rezeption in internationalen Fachkrei-

32) Boles et al., *European Respiratory Journal* 2007, Vol. 29, 1033, 1034f.

33) DGP, Prolongiertes Weaning, S. 16.

34) DGP, Prolongiertes Weaning, S. 16.

35) DGP, Prolongiertes Weaning, S. 16.

36) DGP, Prolongiertes Weaning, S. 16.

37) DGP, Prolongiertes Weaning, S. 22

38) DGP, Prolongiertes Weaning, S. 16

39) DGP, Prolongiertes Weaning, S. 16; DGAI, Invasive Beatmung und Einsatz extrakorporaler Verfahren bei akuter respiratorischer Insuffizienz, S. 210.

40) DGAI, Invasive Beatmung und Einsatz extrakorporaler Verfahren bei akuter respiratorischer Insuffizienz, S. 214.

41) DGAI, Invasive Beatmung und Einsatz extrakorporaler Verfahren bei akuter respiratorischer Insuffizienz, S. 212.

42) DGAI, Invasive Beatmung und Einsatz extrakorporaler Verfahren bei akuter respiratorischer Insuffizienz, S. 212.

43) DGAI, Invasive Beatmung und Einsatz extrakorporaler Verfahren bei akuter respiratorischer Insuffizienz, S. 213

44) DGAI, Invasive Beatmung und Einsatz extrakorporaler Verfahren bei akuter respiratorischer Insuffizienz, S. 215.

45) DGAI, Invasive Beatmung und Einsatz extrakorporaler Verfahren bei akuter respiratorischer Insuffizienz, S. 219f., DGP, Prolongiertes Weaning, S. 33; Deutsche Gesellschaft für Anästhesiologie und Intensivmedizin (DGAI)/Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI), S3-Leitlinie Analgesie, Sedierung und Delirmanagement in der Intensivmedizin, S. 17f. (abrufbar im Internet: [https://register.awmf.org/assets/guidelines/001-012l\\_S3\\_Analgesie-Sedierung-Delirmanagement-in-der-Intensivmedizin-DAS\\_2021-08.pdf](https://register.awmf.org/assets/guidelines/001-012l_S3_Analgesie-Sedierung-Delirmanagement-in-der-Intensivmedizin-DAS_2021-08.pdf), Stand: 15.7.2024).

46) DGAI, Invasive Beatmung und Einsatz extrakorporaler Verfahren bei akuter respiratorischer Insuffizienz, S. 220; DGP, Prolongiertes Weaning, S. 33; DGAI/DIVI, Analgesie, Sedierung und Delirmanagement in der Intensivmedizin, S. 18.

47) DGAI, Invasive Beatmung und Einsatz extrakorporaler Verfahren bei akuter respiratorischer Insuffizienz, S. 211.

48) DGAI, Invasive Beatmung und Einsatz extrakorporaler Verfahren bei akuter respiratorischer Insuffizienz, S. 211.

49) DGAI, Invasive Beatmung und Einsatz extrakorporaler Verfahren bei akuter respiratorischer Insuffizienz, S. 212.

50) DGP, Prolongiertes Weaning, S. 24.

51) Boles et al., *European Respiratory Journal* 2007, Vol. 29, 1033, 1038; vgl. auch zur NIV-Abhängigkeit DGP, Prolongiertes Weaning, S. 20.

52) DGNR, Prolongiertes Weaning in der neurologisch-neurochirurgischen Frührehabilitation, S. 27f.

sen, Lehrbüchern sowie Leitlinien<sup>53</sup>. Auch die Bewertung der Weaningbereitschaft mit anschließenden SBT stößt auf breite Zustimmung und Verbreitung, auch wenn bezüglich der konkreten Durchführung Unterschiede vorliegen können<sup>54</sup>. Dieser grundlegende Ablauf sowie das spezifische Vorgehen nach der jeweiligen Weaningkategorie hat sich insofern als Standard herausgebildet. Der Einfluss von Weaningdauer und Sedierungslevel auf den Weaningprozess ist gut belegt<sup>55</sup>, womit die Anwendung von verknüpften Weaning- und Sedierungsprotokollen zur Verkürzung der benötigten Weaningdauer mittlerweile gleichermaßen zum standardgemäßen Vorgehen gezählt werden kann. Auch hier können jedoch Unterschiede bei der konkreten Art und Verwendung der Protokolle vorkommen<sup>56</sup>. Es muss jedoch nicht nur ein allgemeiner Standard vorliegen, wodurch sich die Frage aufdrängt, ob ein gesonderter Standard für die Gruppe des prolongierten Weanings existiert.

#### b) Gesonderter Standard im prolongierten Weaning

Auch innerhalb der Gruppe des prolongierten Weanings ist das Patientenkollektiv sehr heterogen<sup>57</sup>, was zu Schwierigkeiten bei der Bestimmung des medizinischen Standards führt. Patienten, welche aufgrund eines erfolglosen Weanings bei der Erstbehandlung in die außerklinische Langzeitbeatmung entlassen wurden, fallen regelmäßig in diese Gruppe. Aufgrund der unterschiedlichen Weaningverläufe, die von dieser Gruppe erfasst werden, differenziert die S2k-Leitlinie zum prolongierten Weaning nochmals nach verschiedenen Untergruppen, die zusätzlich nach der Notwendigkeit von nicht invasiven Beatmungsmaßnahmen unterscheiden<sup>58</sup>. Dabei räumt sie jedoch ein, dass anhand dessen nur schwer eine Prognose zu erstellen ist<sup>59</sup>. Diese hängt dabei sehr stark von den vorliegenden Komorbiditäten, wie schweren kardiologischen Grunderkrankungen, Gefäßerkrankungen, begleitenden Lungenerkrankungen, neurologischen Defiziten, Erkrankungen mit Einschränkungen des Immunsystems, Nierenerkrankungen, Leberzirrhose oder Diabetes mellitus, ab<sup>60</sup>. Besonders hier wird die Unterscheidung nach der zugrunde liegenden Erkrankung und ein danach ausgerichtetes Weaning in einem Zentrum oder auf einer Station mit entsprechender Leitung (pulmologisch, neurologisch etc.) für ein erfolgreiches Weaning relevant. Für Patienten mit zentralen Störungen der Atmungsregulation, des Schluckaktes sowie mit neuromuskulären und kognitiven Störungen sind dabei beispielsweise die Zentren der neurologisch-neurochirurgischen Frührehabilitation vorgesehen<sup>61</sup>.

Ferner ist bei der Patientengruppe der (Hoch-)Querschnittgelähmten, welche im Regelfall in die Gruppe des prolongierten Weanings fallen<sup>62</sup>, auch nach der Entwöhnung von der invasiven Beatmung teilweise eine Umstellung auf eine andauernde nicht invasive Beatmung erforderlich, wodurch sie nach dem Erfordernis der vollständigen Entwöhnung von der Beatmung regelmäßig nicht erfolgreich geweant werden können<sup>63</sup>. Eine entsprechend hohe NIV-Abhängigkeit kann jedoch auch bei anderen Patienten bestehen, insbesondere solchen mit neuromuskulären Erkrankungen oder Atemantriebsstörungen<sup>64</sup>. Viele querschnittgelähmte Patienten bevorzugen allerdings eine invasive Beatmung gegenüber einer andauernden nicht invasiven Beatmung<sup>65</sup>. Häufig ist eine Entwöhnung von der Beatmung aber erst gar nicht möglich<sup>66</sup>. Grundsätzlich ist auf den erhöhten Personal- und Pflegeaufwand sowie das entsprechend angepasste Behandlungsumfeld zu achten, damit querschnittgelähmte Patienten sicher geweant werden können.

Hinsichtlich der Anwendung von standardisierten Weaning-Protokollen im prolongierten Weaning gibt es derzeit nur eine unzureichende Studienlage, weswegen hier keine Empfehlung der S3-Leitlinie erfolgte<sup>67</sup>. Dagegen spricht sich die S2k-Leitlinie zum prolongierten Weaning für eine teilweise Übertragung der Evidenz und somit auch für

die Anwendung standardisierter Weaning- und Sedierungsprotokolle in dieser Gruppe aus<sup>68</sup>. Hier zeigen sich die bestehenden Unsicherheiten bezüglich der besten, medizinischen Vorgehensweise im Bereich des prolongierten Weanings. Deutlich wird jedoch, dass auch in dieser Gruppe ein möglichst frühzeitiger Beginn des Entwöhnungsprozesses anzustreben ist, sodass auch hier regelmäßig die Weaningbereitschaft des Patienten geprüft werden muss<sup>69</sup>. Besonders die Unterscheidung nach der zugrundeliegenden Erkrankung und die Behandlung in einer auf diese spezialisierte Behandlungsstation gehört zum standardgemäßen Vorgehen, weil die nötige fachärztliche Expertise und Erfahrung die Chancen auf ein erfolgreiches Weaning verbessert.

Neben dem grundsätzlichen Aufbau, welcher aus der regelmäßigen und frühzeitigen Überprüfung der Entwöhnungsbereitschaft, der Durchführung der SBT und bei Erfolg immer länger anhaltender Spontanatmungsphasen bis hin zur Extubation bzw. Dekanülierung besteht, ist das Vorgehen im prolongierten Weaning für die verschiedenen Patientengruppen anhand ihrer jeweiligen Grunderkrankungen standardisiert. Die Durchführung des Weaning in einem Zentrum mit der entsprechenden Kompetenz ist für den Weaningerfolg und somit auch für die Gesundheit des Patienten unumgänglich. Insofern ist die Differenzierung nach Weaningkategorien und Grunderkrankungen geboten, welche jeweils unterschiedliche Vorgehensweisen nach sich ziehen. Es besteht also immer ein individueller, von der Konstitution des Patienten abhängender Standard.

#### 2. Unterschreitung des medizinischen Standards

Die Unterschreitung des medizinischen Standards führt zum Vorliegen eines Behandlungsfehlers<sup>70</sup>. Damit lässt der Arzt die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht und verhält sich objektiv pflichtwidrig. Jedoch führt nicht jede Abweichung zu einer solchen Unterschreitung. Die ärztliche

53) Boles et al., *European Respiratory Journal* 2007, Vol. 29, 1033, 1036; DGP, Prolongiertes Weaning, S. 16; DGAI, Invasive Beatmung und Einsatz extrakorporaler Verfahren bei akuter respiratorischer Insuffizienz, S. 209; DGNR, Prolongiertes Weaning in der neurologisch-neurochirurgischen Frührehabilitation, S. 16; Larsen/Mathes, *Beatmung, Indikationen – Techniken – Krankheitsbilder*, 7. Aufl. 2023, S. 438.

54) Vgl. bzgl. bestehender Unregelmäßigkeiten bei der Durchführung der SBT: Pham et al., *The Lancet Respiratory Medicine* 2023, Vol. 11, 465, 470, 473.

55) Pham et al., *The Lancet Respiratory Medicine* 2023, Vol. 11, 465, 475; DGAI, Invasive Beatmung und Einsatz extrakorporaler Verfahren bei akuter respiratorischer Insuffizienz, S. 219 f.

56) DGAI, Invasive Beatmung und Einsatz extrakorporaler Verfahren bei akuter respiratorischer Insuffizienz, S. 213, 216 f.

57) DGP, Prolongiertes Weaning, S. 18.

58) DGP, Prolongiertes Weaning, S. 22.

59) DGP, Prolongiertes Weaning, S. 20.

60) DGP, Prolongiertes Weaning, S. 20.

61) DGNR, Prolongiertes Weaning in der neurologisch-neurochirurgischen Frührehabilitation, S. 5.

62) DGP, Prolongiertes Weaning, S. 102; DMGP, Atmung, Atemunterstützung und Beatmung bei akuter und chronischer Querschnittlähmung, S. 19.

63) DGP, Prolongiertes Weaning, S. 20.

64) DGP, Prolongiertes Weaning, S. 20.

65) Vgl. auch die sich ergebenden Kommunikationseinschränkungen: DMGP, Atmung, Atemunterstützung und Beatmung bei akuter und chronischer Querschnittlähmung, S. 24.

66) DMGP, Atmung, Atemunterstützung und Beatmung bei akuter und chronischer Querschnittlähmung, S. 14.

67) DGAI, Invasive Beatmung und Einsatz extrakorporaler Verfahren bei akuter respiratorischer Insuffizienz, S. 215.

68) DGP, Prolongiertes Weaning, S. 43.

69) DGP, Prolongiertes Weaning, S. 32.

70) Kern/Rehborn, in: *Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts*, 5. Aufl. 2019, § 96, Rdnr. 17.

Therapiefreiheit verhindert die Verpflichtung auf ein starres Regelwerk und schützt somit den Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum des Arztes<sup>71</sup>. Dieser muss sich immer am individuellen Patienten mit seinen körperlichen und psychischen Besonderheiten sowie Begleiterkrankungen orientieren und aufgrund dessen prognostische Aussagen treffen.

Des Weiteren liegt keine Schaffung einer rechtlich missbilligten Gefahr vor, wenn sich das übliche Vorgehen im konkreten Einzelfall bei der ex ante Betrachtung als entbehrlich für die Vermeidung des Todeseintritts herausstellt<sup>72</sup>. Mithin liegt beim heterogenen Vorgehen bezüglich der Durchführung eines SBT nicht automatisch ein fahrlässiges Handeln vor, wenn kein SBT durchgeführt wird, solange ein solcher im konkreten Fall nicht zur Vermeidung von Patientenschäden notwendig war bzw. eine anderweitige, gleichwertige Erprobung der Weaningbereitschaft erfolgte.

Die fehlende Zuweisung zur richtigen Weaningkategorie, dem sich je nach Schwierigkeit ein unterschiedliches Entwöhnungsvorgehen anschließt, kann dagegen vor allem Patienten im prolongierten Weaning vital gefährden und insofern eine fahrlässigkeitsbegründende Gefährschaffung darstellen.

Ferner kann ein Übernahmeverschulden vorliegen, wenn ein Arzt aus einer nicht angemessen ausgestatteten oder fachlich unzureichend geleiteten Weaningstation, die Entwöhnung eines Patienten übernimmt, der aufgrund seiner konkreten Grunderkrankung ein besonderes Vorgehen erfordert. In diesem Fall kann er sich nicht darauf berufen, dass ihm die subjektiven Fähigkeiten zur Vornahme der Behandlung fehlten<sup>73</sup>. Gerade dann ist er dazu verpflichtet, den Patienten auf eine entsprechende Station verlegen zu lassen, damit ihm eine standardgerechte Behandlung zuteilwerden kann<sup>74</sup>. Durch die besondere Gefährlichkeit, die das prolongierte Weaning mit sich bringt, steigt dabei das Maß der erforderlichen Sorgfalt<sup>75</sup>. Insofern ist also darauf zu achten, dass die Entwöhnung nicht lediglich auf irgendeiner Weaningstation, sondern immer in einer auf die Grundkrankheit spezialisierten Station durchgeführt wird. Besonders beim Weaning von (hoch-)querschnittgelähmten Patienten ist auf die zusätzlich erforderliche apparative und personelle Ausstattung zu achten.

Sowohl hinsichtlich der Kausalität als auch des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs wird jedoch das relativ hohe Mortalitätsrisiko des prolongierten Weanings regelmäßig zu Beweisschwierigkeiten führen, selbst wenn der Behandlungsfehler an sich vom Gericht angenommen wird. Vorstellbar ist allerdings, dass weitreichende Fehler wie fehlende Expertise bezüglich der Grunderkrankung und eine nicht speziell ausgestattete Weaningstation eher zur Zurechnung des Todeseintritts führen, als einzelne Protokollverstöße eines ansonsten entsprechend spezialisierten Arztes.

### 3. Fehler bei der Indikationsstellung

Der weite Begriff des Behandlungsfehlers erfasst grundsätzlich auch Fehler bei der Indikationsstellung. In diesem Bereich liegt allerdings eine besondere und insofern separat erwähnenswerte Fehlerquelle für den potenzialerhebenden als auch weanenden Arzt.

Die Indikation legt fest, ob eine konkrete Therapie zur Behandlung einer bestimmten Erkrankung angezeigt ist<sup>76</sup>. Dabei stellt sie eine Risiko-Nutzen-Abwägung dar, indem sie die Erforderlichkeit der konkreten Behandlung für den individuellen Patienten mit seinem Krankheitsbild prüft<sup>77</sup>. Bei der Indikationsstellung im prolongierten Weaning muss der Arzt also bereits überprüfen, wie hoch das Mortalitätsrisiko für den konkreten Patienten anhand seiner gesundheitlichen Situation einzuschätzen ist und wie demgegenüber seine Chancen auf ein erfolgreiches Weaning sind. Besondere Ausschlusskriterien und Kontraindikationen müssen dabei stets beachtet werden<sup>78</sup>. Auch der mit der Entwöhnung

verfolgte Zweck, meist also die erhoffte Verbesserung der Lebensqualität, muss mit in diese Abwägung eingestellt werden. Stehen die Chancen und Risiken sowie der angestrebte Zweck in einem angemessenen Verhältnis zueinander, kann auch ein gewagter Eingriff indiziert sein<sup>79</sup>.

Inwiefern sich im Rahmen der außerklinischen Intensivpflege überhaupt eine Verbesserung der Entwöhnungsbereitschaft, mithin ein Entwöhnungspotenzial einstellen kann, hängt auch vom jeweiligen Krankheitsbild ab. Bereits der potenzialerhebende Arzt muss deswegen besonders qualifiziert sein und Erfahrung mit dem jeweiligen Krankheitsbild des Patienten haben. Dies legt auch der § 8 AKI-RL so fest. Daneben muss allerdings auch der weanende Arzt eine eigenständige Indikationsstellung vornehmen und darf sich nicht nur auf die Einschätzung des potenzialerhebenden Arztes stützen. Aufgrund des relativ hohen Mortalitätsrisikos kann eine Fehleinschätzung bei der Indikationsstellung, die einem Patienten fälschlicherweise ein bestehendes Weaningpotenzial attestiert, eine ernsthafte Gefährdung für ihn darstellen. Dies gilt besonders, weil die intensiv beatmeten Patienten in der außerklinischen Langzeitpflege bei guter Versorgung regelmäßig keiner Lebensgefahr ausgesetzt sind. Eine solche kann sich jedoch durch den prolongierten Weaningprozess einstellen. Auch hier ist deshalb ein erhöhtes Maß der erforderlichen Sorgfalt einzuhalten<sup>80</sup>.

Bei einer nachweislich fehlerhaften, positiven Indikationsstellung stellt sich auch die Annahme von Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang als wesentlich einfacher dar. Ohne die falsch positive Indikation entfielen die Vornahme des Weanings und insofern auch der konkrete Todeseintritt. Die Nichtvornahme der Behandlung stellt zugleich das pflichtgemäße Alternativverhalten dar, wodurch der Patient unstrittig nicht durch den Entwöhnungsprozess verstorben wäre.

## IV. Aufklärungsmängel und die Strafbarkeit nach § 227 StGB

Auch bei standardgemäßer Durchführung kann der tödliche Verlauf der Behandlung ein Strafbarkeitsrisiko für den Arzt eröffnen, soweit aufgrund einer fehlenden oder mangelhaften Aufklärung keine wirksame Einwilligung vorliegt.

### 1. Anforderungen an die Aufklärung und den „informed consent“

Die Selbstbestimmungsaufklärung umfasst Informationen über die Diagnose, den Behandlungsverlauf, die sich aus

71) Katzenmeier, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, 8. Aufl. 2021, Kap. X, Rdnr. 83.

72) Knauer/Brose, in: *Spickhoff*, *Medizinrecht*, 4. Aufl. 2022, § 222 StGB, Rdnr. 8.

73) Ulsenheimer, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, *Handbuch des Arztstrafrechts*, 5. Aufl. 2019, § 149, Rdnr. 50.

74) Vgl. BGH, *MedR* 1989, 322; Kern/Rehborn, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, *Handbuch des Arztstrafrechts*, 5. Aufl. 2019, § 96, Rdnr. 31.

75) Vgl. BGH, *MedR* 2018, 43, 44; Ulsenheimer, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, *Handbuch des Arztstrafrechts*, 5. Aufl. 2019, § 149, Rdnr. 92.

76) Vgl. Duden, *Wörterbuch medizinischer Fachausdrücke*, 6. Aufl. 1998, Stichwort: „Indikation“, S. 373; Lipp, *MedR* 2015, 762, 763.

77) Vgl. Opperbecke, *MedR* 1985, 23, 25; Bauer, *Indikationserfordernis und ärztliche Therapiefreiheit*, 2010, S. 4; Richter, *Indikation und nicht-indizierte Eingriffe als Gegenstand des Medizinrechts*, 2018, S. 94.

78) Vgl. DMGP, *Atmung, Atemunterstützung und Beatmung bei akuter und chronischer Querschnittlähmung*, S2k-Leitlinie, S. 20.

79) Vgl. Bünte, *MedR* 1985, 20, 21 f.

80) Vgl. BGH, *MedR* 2018, 43, 44; Ulsenheimer, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, *Handbuch des Arztstrafrechts*, 5. Auflage 2019, § 149, Rdnr. 35.

der Behandlung ergebenden Risiken und bestehende Behandlungsalternativen mit wesentlich unterschiedlichen Belastungen, Chancen und Gefahren<sup>81</sup>. Der Patient muss dabei „im Großen und Ganzen“<sup>82</sup> verstehen, was auf ihn zukommt. Vor allem nachhaltige Belastungen für die künftige Lebensführung, wozu u. a. die Letalität gehört, sind unbedingt aufklärungsbedürftig, unabhängig ob es sich dabei um typische oder seltene Risiken des Eingriffs handelt<sup>83</sup>. Hinsichtlich dieser Umstände muss dem Patienten ein realistisches Bild vermittelt werden.

Für Patienten im prolongierten Weaning ergibt sich eine Letalitätsrate von ungefähr 30 %<sup>84</sup>. Diese muss dem Patienten zwar nicht mit genauen statistischen Angaben mitgeteilt werden<sup>85</sup>, jedoch muss ihm eine allgemeine Vorstellung der Schwere dieser Lebensgefahr vermittelt werden. Da die meisten der langzeitbeatmeten Patienten in der außerklinischen Pflege regelmäßig keiner Lebensgefahr ausgesetzt sind und eine Entwöhnung insofern meist aufschiebbar ist, fehlt es in diesen Fällen regelmäßig an der Dringlichkeit der Behandlung. Angesichts der schwerwiegenden Risiken bei einem erfolglosen Weaning ergeben sich dadurch höhere Anforderungen an die Aufklärung<sup>86</sup>. Bei neu eingeleiteten, invasiven Beatmungen kann die Dringlichkeit anders zu bewerten sein, weil hier der frühzeitige Beginn des Weaningprozesses die Erfolgschancen erhöhen kann<sup>87</sup>. Ferner müssen dem Patienten auch das Maß der Dringlichkeit und die Indikation zutreffend dargestellt werden<sup>88</sup>. Dem Patienten muss also klar sein, dass es sich nicht um einen vital, sondern nur relativ indizierten Eingriff handelt<sup>89</sup>.

Besonders für Langzeitbeatmete ist die Abwägung zwischen den Risiken des Weanings gegenüber den Folgen der Weiterführung der invasiven Beatmung essenziell. Zwar geht die außerklinische invasive Beatmung mit einem hohen Verlust von Selbstständigkeit und einem entsprechenden Pflegebedarf einher, was sich für die Betroffenen auch auf die subjektiv empfundene Lebensqualität auswirken kann, jedoch darf diese Beurteilung nicht allein fremdbestimmt durch den behandelnden Mediziner getroffen werden. Auch bei einer erwarteten Verbesserung der Lebensqualität durch das Weaning darf das Mortalitätsrisiko nicht verharmlost werden. Langzeitbeatmete in der außerklinischen Pflege leben häufig schon mehrere Jahre mit der invasiven Beatmung und haben sich auf diese eingerichtet. Der Versuch der Entwöhnung, welcher mit einem nicht unerheblichen Misserfolgsrisiko belastet ist, kann nicht nur zu einer erheblichen Verschlechterung ihrer gesundheitlichen Situation, sondern zum Tode führen. Insofern reicht nicht lediglich ein Verweis darauf, dass das Weaning auch bei standardgemäßem Vorgehen erfolglos verlaufen kann, sondern es bedarf „einer detaillierten, für den medizinischen Laien verständlichen Darlegung des Für und Wider“<sup>90</sup>, die sicherstellt, dass der Patient sich über die Erfolgschancen und die potenzielle Lebensgefahr keine Illusionen macht. Denn nur auf der Grundlage einer umfassenden Aufklärung, die dem Patienten alle notwendigen Fakten für die Abwägung der Schaden-Nutzen-Relation übermittelt, kann er die Tragweite des Eingriffs überblicken und eine informierte und selbstbestimmte Einwilligung erteilen<sup>91</sup>. Gerade in Anbetracht des Mortalitätsrisikos kann der konkrete Patient, die durch die Beatmung bestehenden Einschränkungen möglicherweise als nicht derart belastend empfinden, sodass er sich dem Risiko des Weaning nicht aussetzen will. Mithin kann die Nichtvornahme der Entwöhnung eine echte Wahlmöglichkeit darstellen, über die der Patient aufgeklärt werden muss. Zumindest ist das der Fall, wenn er sich in der Gruppe der Langzeitbeatmeten im prolongierten Weaning befindet und seine, der respiratorischen Insuffizienz zugrunde liegende, Erkrankung die Erfolgsaussicht erheblich schmälert.

Die Selbstbestimmungsaufklärung erfasst allerdings keine Pflicht zur Aufklärung über mögliche wirtschaftliche Konsequenzen bei Ablehnung einer zumindest relativ indizierten

Beatmungsentwöhnung. Eine solche wirtschaftliche Aufklärung besteht im vertraglichen Kontext als Nebenpflicht gem. § 630c Abs. 3 BGB. Sie stellt jedoch keine Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung dar<sup>92</sup>. Ferner erfasst sie im Vertragsrecht vorrangig den Fall, dass der Patient eine Behandlung bei seinem Arzt vornehmen lassen will, deren vollständig Kostenübernahme durch Dritte nicht gesichert ist<sup>93</sup>. Vorliegend stellt sich aber die Frage, ob durch die Ablehnung der Entwöhnung der sozialrechtliche Anspruch auf außerklinische Intensivpflege gem. § 37c Abs. 1 SGB V berührt wird. Die außerklinische Pflege ist schon keine durch den Arzt, bei dem die Entwöhnung abgelehnt wird, zu erbringende Leistung. Ferner sind lediglich die Selbstbestimmung betreffende Umstände für die strafrechtliche Einwilligung von Relevanz<sup>94</sup>. Die Frage nach dem sozialrechtlichen Anspruch muss grundsätzlich getrennt von der rechtfertigenden Einwilligung in den Eingriff und der strafrechtlichen Beurteilung des ärztlichen Handelns betrachtet werden.

## 2. Vorsätzlicher oder fahrlässiger Aufklärungsfehler

Die Vorsätzlichkeit des Aufklärungsfehlers hängt davon ab, ob der Arzt es für möglich hielt, dass die von ihm geleistete Aufklärung unvollständig war und dies billigend in Kauf nahm oder sogar bezweckte, um den Patienten zu täuschen<sup>95</sup>. War ihm nicht klar, dass er den Patienten umfangreicher hätte aufklären müssen, so bleibt nur die Möglichkeit einer fahrlässigen Körperverletzung gem. § 229 StGB bestehen.

Sollte der Arzt das Mortalitätsrisiko absichtlich beschönigen und insofern unzureichend über die Schwere des Eingriffs und seiner Risiken aufklären, damit der Patient in die Behandlung einwilligt, liegt ein vorsätzlicher Aufklärungsfehler vor, der zu einer Strafbarkeit nach § 223 StGB führen kann. In der Konstellation, dass neben dem Aufklärungsfehler auch ein Behandlungsfehler aufgrund eines nicht dem medizinischen Standard entsprechenden Entwöhnungsvorgehen vorliegt, kann sich der Vorsatz des Aufklärungsfehlers auch daraus ergeben, dass er den Patienten nicht über die Standardabweichung aufklärt, obwohl er die Möglichkeit erkennt und billigend in Kauf nimmt, dass der Patient damit nicht einverstanden wäre<sup>96</sup>.

Nur das Vorliegen eines vorsätzlichen Grunddelikts eröffnet auch die Möglichkeit einer Strafbarkeit nach § 227

81) Kern, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 66, Rdnr. 1; *Knauer/Brose*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, § 223 StGB, Rdnrn. 26, 28.

82) BGHZ 29, 46, 53; BGHZ 90, 103 = MedR 1985, 224.

83) Vgl. BGH, NJW 1972, 335, 337; *Pauge/Offenloch*, Arzthaftungsrecht, 14. Aufl. 2018, Rdnr. 391; *Knauer/Brose*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, § 223 StGB, Rdnr. 32.

84) DGP, Prolongiertes Weaning, S2k-Leitlinie, S. 16.

85) BGH, NJW 1984, 2629, 2630; Kern, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 66, Rdnr. 23.

86) Kern, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 66, Rdnr. 27; *Knauer/Brose*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, § 223 StGB, Rdnr. 40.

87) Vgl. *Pham et al.*, The Lancet Respiratory Medicine 2023, Vol. 11, 465, 475.

88) BGH, MedR 1990, 329, 330; OLG Köln, VersR 2000, 361.

89) Vgl. zum Begriff der relativen Indikation: *Bunte*, MedR 1985, 20, 21.

90) BGH, NJW 1981, 1319, 1320.

91) Vgl. OLG Naumburg, MedR 2012, 195, 197.

92) Vgl. *Knauer/Brose*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 4. Auflage 2022, § 223 StGB, Rdnr. 96.

93) *Jaeger*, Patientenrechtgesetz, 2013, § 630c BGB, Rdnr. 170; *Spickhoff*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, § 630c BGB, Rdnr. 34.

94) Vgl. *Knauer/Brose*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, § 223 StGB, Rdnr. 96.

95) Vgl. BGH, NStZ-RR 2004, 16, 17; BGH, NStZ 2004, 442.

96) Vgl. BGH, NStZ 2008, 278.

StGB. In diesem Fall realisiert sich im Todeseintritt zugleich die Gefahr, auf welche sich das Aufklärungs- und Einwilligungsfizit bezieht<sup>97</sup>. Die Funktion der Aufklärung zielt gerade darauf, dass der Patient in Kenntnis der möglichen Lebensgefahr des Weanings für sich abwägen kann, ob er sich dem Eingriff und damit diesem Risiko aussetzen will oder nicht. Dieses Mortalitätsrisiko realisiert sich dann auch im konkreten Todeseintritt, auch wenn das Weaning ansonsten standardgemäß erfolgte. Insofern ist es gerade die dem Grunddelikt spezifisch anhängige Gefahr, die zum Tod führte.

### 3. Entfallen der Strafbarkeit aufgrund der hypothetischen Einwilligung

Die hypothetische Einwilligung kann dem Handeln des Arztes trotz fehlender wirksamer Einwilligung rechtliche Legitimation verleihen. Trotz ihres dogmatisch strittigen Charakters kommt der, ursprünglich aus dem Zivilrecht stammenden<sup>98</sup>, Rechtsfigur zumindest nach der Rechtsprechung des BGH auch im Strafrecht Relevanz zu<sup>99</sup>. Demnach kommt es zu einem Entfallen der Rechtswidrigkeit, wenn der Patient aufgrund einer mangelhaften Aufklärung zwar tatsächlich nicht wirksam in den Eingriff eingewilligt hat, bei hinreichender Aufklärung dies aber getan hätte<sup>100</sup>. In Anbetracht der praktischen Auswirkungen der Rechtsprechung für das ärztliche Handeln und dem Umstand, dass die hypothetische Einwilligung dort mittlerweile etabliert ist<sup>101</sup>, wird hier die Ansicht der höchstgerichtlichen Rechtsprechung zugrunde gelegt. Dabei wird die hypothetische Entscheidung des Patienten an dem individuellen Maßstab des Betroffenen gemessen<sup>102</sup>. Allein die Annahme eines echten Entscheidungskonflikts seitens des Patienten<sup>103</sup>, bei dem noch Zweifel an der hypothetischen Entscheidung verbleiben, reicht für die strafrechtliche Widerlegung der hypothetischen Einwilligung nicht aus. Dem Arzt ist vielmehr nachzuweisen, dass der Patient die Einwilligung auch bei einer hinreichenden Aufklärung verweigert hätte<sup>104</sup>. Die Anforderungen an die Entkräftigung der hypothetischen Einwilligung sind hier jedoch höher als im Zivilrecht, was häufig zu einem Entfallen der Vollendungsstrafbarkeit führt. Dies soll nach der Rechtsprechung nicht nur bei einer fahrlässig nicht vollständig erbrachten Aufklärung, sondern auch bei vorsätzlichen Täuschungen im Rahmen der Aufklärung gelten<sup>105</sup>.

Wurde der Patient also nicht hinreichend über das Mortalitätsrisiko des Eingriffs aufgeklärt, erscheint es zwar nachvollziehbar, dass das Wissen um seinen möglichen Tod einen nicht zu unterschätzenden Einfluss auf seine Entscheidung gehabt hätte, jedoch bleibt es fraglich, ob dadurch bereits der Beweis erbracht werden kann, dass er sich in einem echten Entscheidungskonflikt befunden und nicht eingewilligt hätte. Erschwerend kommt hinzu, dass im Fall des Todes des Patienten die Erforschung seines hypothetischen Willens nicht mehr direkt möglich ist. Vorher getätigte Äußerungen des Patienten oder auch Informationen von Angehörigen können dann ausschlaggebend für die Erforschung seines hypothetischen Willens sein.

Strafrechtliche Verfahren wegen Aufklärungsfehlern spielen in der Realität, anders als im Zivilrecht, allerdings nur eine stark untergeordnete Rolle<sup>106</sup>. Dabei werden sie meist nur zusätzlich zu einem Behandlungsfehler moniert<sup>107</sup>. Eine strafrechtliche Verurteilung aufgrund eines alleinstehenden Aufklärungsfehlers ist insofern eine Rarität. Liegt allerdings zusätzlich ein behandlungsfehlerhaftes Vorgehen vor, so kann auch die Annahme einer hypothetischen Einwilligung nicht ohne Weiteres eine Rechtfertigung der standardwidrigen Behandlung begründen<sup>108</sup>. Für den Fall einer nicht fachgerechten Behandlung ist die Anwendung der hypothetischen Einwilligung so einzuschränken, dass sie nur bei einer weitergehenden Aufklärung über die besonderen, nicht fachgerechten Umstände in Erwä-

gung kommt<sup>109</sup>. Es ist also zu ermitteln, ob der Patient auch zugestimmt hätte, wenn er über die nicht fachgerechte Behandlung aufgeklärt worden wäre. Gerade bei einer bereits relativ riskanten Prozedur wie dem Weaning liegt die Annahme nah, dass die Patienten nicht in die standardwidrige Durchführung einwilligen würden.

Ist nachweisbar, dass der Patient bei korrekter Aufklärung nicht in den Eingriff eingewilligt hätte, wäre der Todeseintritt für den Arzt auch vermeidbar gewesen, weil das pflichtgemäße Alternativverhalten in diesem Fall in der Nichtvornahme des Weanings liegt.

### V. Fazit

Die grundlegend zustimmungswerte, aber komplexe und in der Praxis oft kritikwürdig ausgestaltete Aufgabe der Verhinderung von Fehlversorgung und der Sicherung standardisierter Gesundheitsversorgung bietet im Fall des IPReG-GKV Chancen, aber vor allem Risiken für langzeitbeatmete Patienten in der außerklinischen Intensivpflege. Die berechnete Sorge eines sozialrechtlichen Drucks zur Vornahme von vermehrten Versuchen der Beatmungsentwöhnung, welche im schlimmsten Fall zum Tode des Patienten führen können und die Frage nach der tatsächlichen Patientenautonomie bei einer solchen Entscheidung, haben allerdings nur eine begrenzte Auswirkung auf die Beurteilung der strafrechtlichen Situation der beteiligten Mediziner. Grundsätzlich bestehen zwar verschiedene Möglichkeiten, sich durch fehlerhaftes Verhalten im Bereich der Behandlung als auch der Aufklärung strafbar zu machen, allerdings ist die Wahrscheinlichkeit dafür eher gering. Die hohen Beweisanforde-

- 97) Widmaier, in: FS f. Roxin, 2011, S. 439, 447; Sternberg-Lieben/Reichmann, MedR 2012, 97, 98; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, §227 StGB, Rdnr. 3; Knauer/Brose, in: Spickhoff, Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, §223 StGB, Rdnr. 28.
- 98) BGH, NJW 1980, 1333, 1334; BGHZ 90, 103, 111 = MedR 1985, 224, 226; BGH, MedR 1990, 329, 331; BGH, MedR 1991, 137, 139.
- 99) BGH, JZ 1964, 231, 232; BGH, MedR 1996, 22, 24; BGH, NStZ-RR 2004, 16, 17 = MedR 2005, 159 (red. Leitsatz); Zustimmung erfolgt auch aus der Literatur, siehe bspw. Rosenau, in: Hruschka/Joerden (Hrsg.), Jahrbuch für Recht und Ethik, 2016, S. 265, 285. Dagegen bestreitet ein anderer Teil der Literatur ihre Übertragbarkeit ins Strafrecht: Hardtung, in: MüKo/StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, §223 StGB, Rdnr. 124.
- 100) BGH, JZ 1964, 231, 232, BGHR, StGB, §223 Abs. 1, Heileingriff 2, S. 3; BGH, MedR 1996, 22, 24; BGH, NStZ 2004, 442; BGH, NStZ-RR 2004, 16, 17 = MedR 2005, 159 (red. Leitsatz); BGH, MedR 2008, 158, 158f.; BGH, NStZ 2012, 205, 205f.; BGH, MedR 2013, 668, 670; zustimmend Rönnau, JZ 2004, 801, 804.
- 101) Vgl. BGH, MedR 2008, 158, 158f.; BGH, MedR 2008, 435, 436; BGH, MedR 2013, 668, 670.
- 102) BGH, MedR 1990, 329, 331; BGH, JZ 2004, 800 = MedR 2005, 159 (red. Leitsatz); BGH, NStZ-RR 2004, 16, 17 = MedR 2005, 159 (red. Leitsatz); Knauer/Brose, in: Spickhoff, Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, §223 StGB, Rdnr. 92.
- 103) Vgl. BGHZ 90, 103, 112; BGH, MedR 1990, 329, 331; BGH, MedR 1991, 137, 139.
- 104) BGH, MedR 1996, 22, 24; BGH, NStZ-RR 2004, 16, 17 = MedR 2005, 159 (red. Leitsatz); Eschelbach, in: BeckOK, StGB, 60. Aufl. 2024, §228 StGB, Rdnr. 31.
- 105) BGH, NStZ-RR 2004, 16, 17 = MedR 2005, 159 (red. Leitsatz); im Fall gezielter Täuschungen wohl zweifelnd BGH, MedR 2013, 668, 670; zustimmend Rönnau, JZ 2004, 801, 804.
- 106) Lilie, in: Rosenau/Hakeri (Hrsg.), Der medizinische Behandlungsfehler, 2008, S. 191, 193f.
- 107) Lilie, in: Rosenau/Hakeri (Hrsg.), Der medizinische Behandlungsfehler, 2008, S. 191, 193f.
- 108) Vgl. BGH, MedR 2008, 158, 159; BGH, MedR 2008, 435, 436.
- 109) BGH, MedR 2008, 435, 436; Wiesner, Die hypothetische Einwilligung im Medizinrecht, 2010, S. 92.

rungen an den Eventualvorsatz, die Kausalität sowie an die hypothetische Entscheidungssituation des Patienten führen regelmäßig zur Strafflosigkeit des Arztes.

Die Befriedungsfunktion, die das Arztstrafrecht für Betroffene und ihre Angehörigen bei Verletzungs- und Todesfällen im Rahmen einer Behandlung hat, ist sehr begrenzt. Gleiches gilt für seine politische Steuerungsfunktion bei der Schaffung und Umsetzung sinnvoller Gesetzesvorhaben. Die Selbstbestimmung der Patienten zu schützen, kann nicht allein Aufgabe des Strafrechts sein, weil die sich hier ergebenden, hohen Hürden auch den Schutz der Ärzteschaft gewährleisten müssen. Trotzdem haben die Mediziner ein hohes Maß an Sorgfalt einzuhalten und den umfangreichen Aufklärungsanforderungen gerecht zu werden. Der Schutz des körperlichen Wohls des Patienten als auch seiner Autonomie rechtfertigt diese hohen Maßstäbe gleichermaßen. Dabei ist besonders auf die Pflicht zur sorgfältigen Indikationsstellung zu verweisen, welche bei einer nachweisbaren und pflichtwidrigen Verletzung deutlich eher zum Vorliegen einer Strafbarkeit führen kann. Gerade im Bereich des prolongierten Weanings von außerklinisch beatmeten Patienten muss sich immer wieder die

Frage gestellt werden, ob ein Weaning sinnvoll durchführbar und für den konkreten Patienten von Vorteil ist.

**Open Access.** Dieser Artikel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Artikel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

Weitere Details zur Lizenz entnehmen Sie bitte der Lizenzinformation auf <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>.

Open Access funding enabled and organized by Projekt DEAL.

## Der nach Vertragsarztrecht und ärztlichem Berufsrecht konforme Betrieb einer überörtlichen Berufsausübungsgemeinschaft – Endstation Gestaltungsmissbrauch? (Teil 2)

Hendrik Hörnlein

### Abstract:

Nachdem im ersten Teil des Beitrages die Kriterien zur gemeinsamen Ausübung der vertragsärztlichen Tätigkeit abstrakt benannt wurden und der Verfasser auf den Umfang der Tatbestandswirkung einer BAG-Genehmigung eingegangen ist, zeigt der Verfasser im zweiten Teil des Beitrages auf, welche konkreten rechtlichen Anforderungen aus den ermittelten Kriterien für die gemeinsame Ausübung der vertragsärztlichen Tätigkeit folgen. Daneben beleuchtet der Verfasser, ob aus einer „BAG in üBAG“ – also das ungenehmigte Betreiben einer BAG an einem Standort der üBAG – vertragsarztrechtlich ein Gestaltungsmissbrauch folgen kann.

### 3. Gemeinsame Praxiseinrichtung

Das Merkmal der gemeinsamen Praxiseinrichtung wird durch die Rechtsprechung nicht näher konturiert. Zu hinterfragen ist die Erforderlichkeit, ob die Praxiseinrichtung sachenrechtlich dem Eigentum der üBAG-Gesellschaft zuzuordnen ist. Hierzu ist die bisher ergangene Rechtsprechung zu den Eigentumsverhältnissen in Einzelpraxis auf die üBAG zu übertragen.

Keinesfalls setzt „Niederlassung in eigener Praxis“ die Verfügungsgewalt des Eigentümers voraus. Für die Ausübung des ärztlichen Berufs in eigener Praxis ist es unerheblich, ob dem Arzt das Eigentum an dem Gebäude oder

dem Gebäudeteil zusteht, in dem sich die Praxisräume befinden, oder wie die Eigentumsverhältnisse an der Geräte- und Materialausstattung der Praxis ausgestaltet sind. Wesentlich für die Niederlassung in eigener Praxis ist jedoch, dass der Arzt in der Praxis seine ärztliche Berufstätigkeit in voller eigener Verantwortung ausführen kann<sup>1</sup>. Der Vertragsarzt muss von möglichen Einflussnahmen Dritter frei sein bzw. hiervon frei fühlen können. Neben dem Recht zur Auswahl seiner Mitarbeiter und dem Direktionsrecht über diese bedarf es des Entscheidungsrechts über Anschaffung und Einsatz der sachlichen Mittel<sup>2</sup>.

Unter Anwendung dieser Grundsätze ist es nicht erforderlich, dass die jeweilige Praxiseinrichtung tatsächlich im Eigentum der üBAG-Gesellschaft steht. Denn die Praxiseinrichtung könnte auch lediglich geleast oder gemietet sein, was bei einem Vertragsarzt in Einzelpraxis grundsätzlich ebenso zulässig wäre<sup>3</sup>. Für das Merkmal der *gemeinsamen* Praxiseinrichtung bedarf es aber, entsprechend der Ausführungen unter 2. im ersten Teil dieses Beitrages, eines Nutzungsrechts jedes Gesellschafters an der *gesamten* Praxiseinrichtung der Gesellschaft. Dieses Nutzungsrecht muss vertraglich abgesichert sein, wenn sich die Praxiseinrichtung nicht im Eigentum bzw. der unmittelbaren Verfügungsbefugnis der Gesellschaft befindet. Ist dies nicht der Fall, steht der jeweilige Gesellschafter unter erheblicher Einflussnahme durch den jeweils anderen Gesellschafter bzw. er kann sich hiervon nicht frei fühlen. Denn ohne eine vertragliche