

VERÖFFENTLICHUNGEN DES INSTITUTS
FÜR DEUTSCHES, EUROPÄISCHES
UND INTERNATIONALES MEDIZINRECHT,
GESUNDHEITSRECHT UND BIOETHIK
DER UNIVERSITÄTEN HEIDELBERG UND MANNHEIM

5

BRIGITTE TAG

Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis

Eine
arztstrafrechtliche
Untersuchung



Springer

Veröffentlichungen des Instituts
für Deutsches, Europäisches und Internationales Medizinrecht,
Gesundheitsrecht und Bioethik
der Universitäten Heidelberg und Mannheim

5

Herausgegeben von
Görg Haverkate, Thomas Hillenkamp, Lothar Kuhlen, Adolf Laufs,
Eibe Riedel, Jochen Taupitz (Geschäftsführender Direktor)

Springer-Verlag Berlin Heidelberg GmbH

Brigitte Tag

Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis

Eine arztstrafrechtliche Untersuchung



Springer

Reihenherausgeber:

Professor Dr. Görg Haverkate

Professor Dr. Dr. h.c. Thomas Hillenkamp

Professor Dr. Lothar Kuhlen

Professor Dr. Dr. h.c. Adolf Laufs

Professor Dr. Eibe Riedel

Professor Dr. Jochen Taupitz (Geschäftsführender Direktor)

Autorin:

Priv. Doz. Dr. iur. utr. Brigitte Tag

Friedrich-Ebert-Anlage 6-10

69117 Heidelberg

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Juristischen Fakultät der Universität
Heidelberg gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

ISBN 978-3-642-62546-6

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Tag, Brigitte: Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis; eine arztstrafrechtliche Untersuchung / Brigitte Tag. – Berlin; Heidelberg; New York; Barcelona; Hongkong; London; Mailand; Paris; Singapur; Tokio: Springer, 2000

(Veröffentlichungen des Instituts für Deutsches, Europäisches und Internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht und Bioethik der Universitäten Heidelberg und Mannheim; Bd. 4)

ISBN 978-3-642-62546-6 ISBN 978-3-642-57034-6 (eBook)

DOI 10.1007/978-3-642-57034-6

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, des Vortrags, der Entnahme von Abbildungen und Tabellen, der Funksendung, der Mikroverfilmung oder der Vervielfältigung auf anderen Wegen und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Eine Vervielfältigung dieses Werkes oder von Teilen dieses Werkes ist auch im Einzelfall nur in den Grenzen der gesetzlichen Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 9. September 1965 in der jeweils geltenden Fassung zulässig. Sie ist grundsätzlich vergütungspflichtig. Zuwiderhandlungen unterliegen den Strafbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes.

© Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2000

Ursprünglich erschienen bei Springer-Verlag Berlin Heidelberg New York 2000

Softcover reprint of the hardcover 1st edition 2000

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Umschlaggestaltung: Erich Kirchner, Heidelberg

SPIN 10790738

64/2202-5 4 3 2 1 0 – Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Juli 1999 fertiggestellt und im Wintersemester 1999/00 von der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg als Habilitationsschrift angenommen. Sie wurde für die Drucklegung auf den Stand von Februar 2000 gebracht. Später erschienene Rechtsprechung und Literatur konnten zum Teil noch berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem verehrten akademischen Lehrer, Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Thomas Hillenkamp. Er hat diese Arbeit durch geduldigen Zuspruch gefördert, und er hat mir als Assistentin großzügig selbständige wissenschaftliche Arbeit ermöglicht. Zu Dank verpflichtet bin ich Herrn Professor Dr. Wilfried Küper für wertvolle Hinweise und Anregungen sowie für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Dank schulde ich der Juristischen Fakultät Heidelberg und ihren Mitgliedern. Vom Beginn meiner wissenschaftlichen Tätigkeit an wurde mir hier in vielfältiger Weise wohlwollene Förderung zuteil.

Danken möchte ich weiterhin meiner Familie und hier insbesondere meinen Eltern, Rudolf und Sigrid Tag, für die Fürsorge während der Zeit meiner Habilitation. Ihnen und Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Thomas Hillenkamp widme ich voller Dankbarkeit dieses Buch.

Für die Aufnahme meiner Habilitationsschrift in die Reihe der Veröffentlichungen des Instituts für Deutsches, Europäisches und Internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht und Bioethik der Universitäten Heidelberg und Mannheim danke ich den Herausgebern Herrn Professor Dr. Görg Haverkate, Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Thomas Hillenkamp, Herrn Professor Dr. Lothar Kuhlen, Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Adolf Laufs, Herrn Professor Dr. Eibe Riedel und Herrn Professor Dr. Jochen Taupitz (geschäftsführender Direktor).

Zu Dank verpflichtet bin ich der Deutschen Forschungsgemeinschaft für die Gewährung eines Zuschusses zu den Druckkosten.

Heidelberg, im August 2000

Brigitte Tag

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
§ 1 Die Ausgangslage	1
§ 2 Der Gang der Untersuchung	5
§ 3 Die Theorien zur strafrechtlichen Beurteilung der ärztlichen Heilbehandlung	13
§ 4 Der Begriff der Heilbehandlung	31
§ 5 ‚Strafrechtliche Arzthaftung‘ und § 223 StGB	43
§ 6 Strafrechtlicher Schutz abgetrennter Körperteile	95
§ 7 Körperfremde Implantate und Substanzen	119
§ 8 Der lebende Mensch	125
§ 9 Bestimmung des Unrechts der Heilbehandlung	149
§ 10 Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit	159
§ 11 Körperliches Mißhandeln - Schädigen der Gesundheit	165
§ 12 Die Regeln der ärztlichen Kunst	199
§ 13 Therapeutische Beratung und Selbstbestimmungsaufklärung	265
§ 14 Die autonome Einwilligung	285
§ 15 Abgrenzung von positivem Tun und Unterlassen	385
§ 16 Kausalität und objektive Zurechnung	391
§ 17 Das strafbare Unterlassen	407
§ 18 Ärztliche Behandlung als gefährliche Körperverletzung?	421
§ 19 Anwendbarkeit der §§ 226, 227 StGB	431
§ 20 Zusammenfassung	439
§ 21 Ein Sonderstraftatbestand der fehlerhaften und der eigenmächtigen Heilbehandlung	445
Literaturverzeichnis	457
Sachverzeichnis	501

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
§ 1 Die Ausgangslage	1
§ 2 Der Gang der Untersuchung	5
I. Schwerpunkt der Ausführungen	5
II. Die strafbare ärztliche Behandlung	6
1. Die Ausgangsentscheidung des Reichsgerichts	6
2. Die heutige Sachlage	8
§ 3 Die Theorien zur strafrechtlichen Beurteilung der ärztlichen Heilbehandlung	13
I. Die Rechtfertigungslösung	14
II. Die Tatbestandslösungen	18
1. Gemeinsame Bezugspunkte	18
2. Die Bedeutung der Entscheidungsautonomie des Patienten	20
3. Die Bedeutung des Erfolgs der Heilbehandlung	22
a. Erfolgsunabhängige Lösungsansätze	22
aa. Körperinteressentheorie	23
bb. Gefahrverminderungstheorie	25
b. Erfolgstheorie	25
aa. Gelungene Heilbehandlung	25
bb. Mißglückte Behandlung	26
c. Modifizierte Erfolgstheorie	27
d. Die zweispurige Lösung	28
III. Fazit	29

§ 4	Der Begriff der Heilbehandlung	31
I.	Die Heilbehandlung in den Reformvorschlägen	31
II.	Zwischenfazit	38
III.	Die im Schrifttum vertretenen Interpretationen	39
IV.	Die Heilbehandlung in der Rechtsprechung	40
V.	Zusammenfassung	40
§ 5	„Strafrechtliche Arzthaftung“ und § 223 StGB	43
I.	Ausgangspunkt der Betrachtung	43
II.	Körper und Gesundheit im Sinne von §§ 223, 229 StGB	44
1.	Einführende Erläuterungen	44
2.	Körper und Gesundheit im Schrifttum	46
3.	Körper und Gesundheit im allgemeinen Sprachgebrauch	47
4.	Auslegung anhand der Gesetzgebungsgeschichte	48
a.	Die Körperverletzung in der Carolina	48
b.	Die Körperverletzung in der Strafrechtswissenschaft des 18. Jahrhunderts	49
c.	Die bedeutsamsten Partikulargesetzgebungen	50
d.	Körperverletzung im Reichsstrafgesetzbuch	53
e.	Entwürfe zur Reform des RStGB	53
f.	Das Strafgesetzbuch	57
g.	Gesundheitsbegriff in §§ 218 ff. StGB	58
h.	Mißhandlungsverbotsgesetz	60
i.	Zwischenergebnis	62
5.	Systematische Auslegung	62
6.	Teleologische Interpretation	65
7.	Verfassungsrechtliche Implikationen	76
8.	Kontext gleichrangiger Normen	77
a.	Zivilrechtliche Sichtweise	78
b.	Sozialversicherungsrecht	79
9.	Zwischenfazit	81
III.	Der medizinische Gesundheitsbegriff	81
IV.	Gesundheitsverständnis der WHO	84
V.	Gesundheitsdefinition der Bundesärztekammer	87
VI.	Stellungnahme	87
VII.	Resümee	94

§ 6	Strafrechtlicher Schutz abgetrennter Körperteile	95
I.	Der lebende Mensch als Einheit	95
II.	Abgetrennte Körperteile und Substanzen	96
	1. Problemstellung	96
	2. Die Abgrenzungstheorien	98
	a. Sachenrechtliche Lösung	98
	b. Persönlichkeitsrechtliche Lösung	99
	c. Überlagerungstheorie	99
	d. Ansicht des 6. Zivilsenats des BGH	100
	3. Stellungnahme	102
	4. Zwischenfazit	111
	5. Abgetrennte Körperteile als fremde Sache?	112
§ 7	Körperfremde Implantate und Substanzen	119
I.	Künstliche, in den Körper fest integrierte Teile	119
II.	Stellungnahme	121
III.	Körperfremde, natürliche Implantate	123
§ 8	Der lebende Mensch	125
I.	Der Beginn des menschlichen Lebens	125
	1. Schutzgut der §§ 218 ff. StGB	125
	2. Fragmentarische vorgeburtliche Schutztatbestände	126
	3. Der natürliche Geburtsverlauf	131
	4. Irregulärer Geburtsverlauf	133
	a. Blasensprung als Abgrenzungskriterium	134
	b. Wehenstimulation	135
	c. Operative Schnittenbindung	136
	5. Übergang von der Leibesfrucht zum Menschen	137
II.	Das Ende des menschlichen Lebens	137
	1. Der Mensch an der Schwelle zum Tod	137
	2. Todeszeitpunkt	138
	a. Der Herztod	139
	b. Der Kortikaltod	141
	c. Der Gesamthirntod	144
	3. Stellungnahme	145

§ 9	Bestimmung des Unrechts der Heilbehandlung	149
I.	Objektive Unrechtstheorien	150
1.	Klassische objektive Unrechtstheorie	150
2.	Eingeschränkt objektive Unrechtstheorie	150
II.	Personale Unrechtslehre	153
1.	Einführung	153
2.	Die duale personale Unrechtstheorie	154
3.	Die monistisch subjektive Unrechtstheorie	155
III.	Stellungnahme	156
§ 10	Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit	159
I.	Der Tatbestand als wertfreie Kategorie	159
II.	Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen	160
III.	Stellungnahme	161
§ 11	Körperliches Mißhandeln - Schädigen der Gesundheit	165
I.	Entstehungsgeschichte	165
II.	Zwischenbilanz	169
III.	Interpretation des ‚körperlichen Mißhandeln‘	170
IV.	Definition der Gesundheitsschädigung	173
V.	Verhältnis der beiden Tathandlungen zueinander	174
VI.	Kritische Würdigung des Meinungsstandes	174
1.	Inhalt der Tathandlung Mißhandlung	174
a.	Mißhandeln als übles, unangemessenes Behandeln	175
b.	Der Erfolg des körperlichen Mißhandelns	180
c.	Körperliches Mißhandeln und ärztliches Behandeln	182
aa.	Konkretisierung des Handlungsunwerts	182
bb.	Ärztliche Behandlung und Heilbehandlung	185
cc.	Zwischenresultat	187

dd. Erfolgsunwert ärztlicher Behandlung	187
ee. Ergebnis	189
2. Schädigen an der Gesundheit	189
a. Wörtliche Auslegung	189
b. Auslegung nach dem Bedeutungszusammenhang	191
c. Teleologische Auslegung	192
d. Schädigen der Gesundheit unter medizinischen Aspekten	193
e. Zusammenfassung	197

§ 12 Die Regeln der ärztlichen Kunst 199

I. Der Bezugspunkt	199
II. Der Kernbereich ärztlichen Handelns	200
III. Die Verrechtlichung der lex artis	200
1. Überblick	200
2. Die Wortbedeutung der ärztlichen Kunst	203
3. Die ärztliche Kunst in der historischen Rechtssprache	203
4. Modernes Kunstverständnis - „Könnens“-Kunst des Arztes	204
5. Semantische Kritik	205
IV. Inhalt und Grenzen der lex artis	205
1. Geschichtlicher Hintergrund	205
2. Heutiges Verständnis der lex artis	207
3. Die Schulmedizin	208
a. Wortlaut	208
b. Repräsentanten/ Grad der Anerkennung	209
c. Entstehungsgeschichte	210
d. Schulmedizin als naturwissenschaftlich orientierte Medizin	211
e. Stellungnahme	211
4. Besondere Therapierichtungen	213
a. Inhaltsbestimmung	213
b. Homöopathie	215
c. Phytotherapie	216
d. Anthroposophie	216
5. Zusammenfassung	217

XIV Inhaltsverzeichnis

V. Therapiefreiheit und ärztliche Kunst	218
1. Therapiefreiheit - Methodenfreiheit	218
2. Gründe und Rechtsnatur der Therapiefreiheit	219
a. Mangelnde Kompetenz Dritter	219
b. Reflex der Kurierfreiheit	219
c. Stellungnahme	221
VI. Inhalt der Therapiefreiheit	224
1. Eckpunkte der Therapiefreiheit	224
2. Befunderhebung	227
3. Methodenwahl	229
a. Der medizinische Standard	229
b. Stand der medizinischen Wissenschaft und Technik	230
c. Maßstab der allgemeinen Anerkennung	232
d. ‚Schlawineruntergrenze‘	233
e. Zwischenbilanz	234
f. Bestimmungsfaktoren des ärztlichen Standards	234
aa. Temporärer Standard	235
bb. Bereichsbezogener Standard	236
cc. Verpflichtung zur vergleichenden Prüfung	236
4. Verpflichtung zur Information	239
a. Ansicht der Rechtsprechung	240
b. Position des arztrechtlichen Schrifttums	242
c. Stellungnahme	243
aa. Pflicht des Arztes zur Erläuterung der Methodenwahl	243
bb. Technische Verbesserungen	244
cc. Neuartige, weniger belastende Diagnoseverfahren	247
dd. Bereichsbezogener Standard	248
ee. Anwendung besonderer Therapie-richtungen	251
VII. Fazit	252
VIII. Ärztliche Pflichten im Behandlungsumfeld	253
1. Genereller Pflichtenkreis	253
2. Einsatz medizinisch-technischer Geräte	254

3. Behandlungsfehler bei Arbeitsteilung	255
a. Problemüberblick	255
b. Horizontale Arbeitsteilung	257
aa. Bedeutung	257
bb. Einschränkung des Vertrauens- grundsatzes	259
c. Vertikale Arbeitsteilung	260
aa. Form der Aufgabenübertragung	261
bb. Instruktions-, Überwachungs- und Kontrollpflichten	262
 § 13 Therapeutische Beratung und Selbstbestimmungsaufklärung	 265
I. Unterrichtungspflicht des Arztes	265
II. Die therapeutische Beratung	267
1. Rechtsgrund	267
2. Bedeutung der therapeutischen Beratung im Zivilrecht .	267
3. Bedeutung der therapeutischen Beratung im Strafrecht .	269
III. Selbstbestimmungsaufklärung	271
1. Inhalt	271
2. Bestimmungsfaktoren	272
a. Diagnoseaufklärung	272
b. Verlaufsaufklärung	273
c. Risikoaufklärung	273
aa. Eingriffsspezifische Risiken	273
bb. Allgemeine Gefahren	274
cc. Austauschrisiko	275
dd. Dringlichkeit	275
IV. Abgrenzung: therapeutische Beratung - Selbstbestimmungsaufklärung	276
1. Traditionelle Abgrenzung	276
2. Eigener Ansatz	279
V. Resümee	282
 § 14 Die autonome Einwilligung	 285
I. Einleitung	285
II. Die Wirksamkeit der Einwilligung	287

XVI Inhaltsverzeichnis

1. Bezugspunkt der Einwilligung	287
2. Schranken der Einwilligung	287
a. Disponibilität der Rechtsgüter	287
aa. Menschenwürde in der geistes- geschichtlichen Tradition	288
bb. Würde im Sinne von Art. 1 Abs. 1 GG	288
b. Tötung auf Verlangen, § 216 StGB	290
c. Todeseintritt infolge ärztlicher Behandlung ...	292
aa. Naturalistische Interpretation des Merkmals ‚Töten‘	293
bb. Soziale bzw. professionelle Adäquanz	294
cc. Sinngehalt ärztlichen Handelns	295
d. Sittenwidrigkeit, § 228 StGB	299
aa. Der Begriff der guten Sitten	299
bb. Verfassungskonforme Auslegung ...	300
III. Kundgabe und Form der Einwilligung	304
IV. Widerruf der Einwilligung	305
V. Zeitpunkt der Einwilligung	307
VI. Einwilligungsfähigkeit des Patienten	308
1. Tatsächliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit	308
2. Minderjährige Patienten	309
3. Volljährige Patienten	311
4. Fremdbestimmung	312
a. Fremdbestimmung bei Minderjährigen	312
aa. Allgemeine Grundsätze	312
bb. Behandlung schwerstgeschädigter Neugeborener	315
b. Fremdbestimmung bei Volljährigen	318
aa. Behinderte volljährige Patienten ...	318
bb. Behandlung in der Intensivmedizin .	318
cc. Behandlungsabbruch	324
VII. Der Willensbildungsprozeß	332
1. Die gebotene Aufklärung	332
2. Gesetzliche Regelungen der Aufklärungspflicht	333
VIII. Voraussetzungen einer wirksamen Aufklärung	335
1. Aufklärungsverpflichteter	335
2. Umfang der durchzuführenden Beratung	337

3. Zeitpunkt der Aufklärung	339
4. Verbindliche Absprache eines künftigen Eingriffs	340
5. Verspätete Aufklärung	341
6. Form der Aufklärung	342
7. Verwendung von Merk- und Informationsblättern	342
8. Konzeption der Stufenaufklärung	343
9. Aufklärungspflicht bei Fragen des Patienten	344
10. Einschränkung der Aufklärungspflicht	345
a. Hohe Dringlichkeit des Eingriffs	345
b. Informierter Patient	346
c. Einschränkung aus medizinischen Gründen ...	347
aa. Aufklärung bei Erweiterungs- operation	347
bb. Aufklärungsverzicht infolge Kontraindikation	355
d. Einschränkung gemäß § 123 AE sowie § 162 E 1962	359
11. Aufklärungsverzicht	361
IX. Willensdefizite auf Patientenseite	364
1. Die zivilrechtliche Entsprechung	364
2. Strafrechtliche Lösung	366
3. Die durch Täuschung veranlaßte Einwilligung	366
a. Die vertretenen Lösungsansätze	366
b. Stellungnahme	368
aa. Täuschung über die Behandlung als solche und den Primärzweck	369
bb. Täuschung über den Sekundärzweck der Behandlung	371
4. Irrtum des Patienten ohne Täuschung des Arztes	381
5. Fazit	383
§ 15 Abgrenzung von positivem Tun und Unterlassen	385
§ 16 Kausalität und objektive Zurechnung	391
I. Kausalität und objektive Zurechnung bei positivem Tun	391
II. Kausalität und objektive Zurechnung beim Unterlassen	400
III. Fehlender Kausalnachweis	403

§ 17 Das strafbare Unterlassen	407
I. Garantenstellung des Arztes	407
1. Garant kraft Übernahme der Behandlung	407
2. Ingerenz	408
3. Garantenstellung kraft berufsrechtlicher Stellung?	409
4. Garantenstellung des Bereitschaftsarztes?	411
5. Fazit	413
6. Begrenzung der Garantenpflicht	415
II. Entsprechensklausel, § 13 Abs. 1 StGB	417
III. Verhältnis unechtes - echtes Unterlassungsdelikt	418
§ 18 Ärztliche Behandlung als gefährliche Körperverletzung ?	421
I. Mittels einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs	423
II. Gift oder andere gesundheitsschädliche Stoffe	426
III. Mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich	428
IV. Mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung	429
V. Fazit	429
§ 19 Anwendbarkeit der §§ 226, 227StGB	431
I. Schwere Körperverletzung	431
1. Verlust bestimmter Fähigkeiten	431
2. Verlust/ Gebrauchsunfähigkeit eines wichtigen Körperteils	433
3. Dauernde, erhebliche Entstellung	435
4. Verfallen in Siechtum, Lähmung etc.	435
II. Körperverletzung mit Todesfolge	436
III. Anwendbarkeit auf ärztliche Behandlungen?	437
§ 20 Zusammenfassung	439
§ 21 Ein Sonderstrafatbestand der fehlerhaften und der eigenmächtigen Heilbehandlung?	445
I. Beweggrund einer Strafrechtsänderung	445
II. Tradition der Reformvorhaben	446

III. Referententwurf 1996	447
1. Wortlaut	447
2. Die Vorschriften im einzelnen	448
3. Fahrlässig eigenmächtige Heilbehandlung	450
4. Der geforderte Heilzweck	452
5. Rechtlicher Maßstab der Einwilligung	453
6. Verhältnis zu den Körperverletzungsdelikten	454
IV. Fazit	454
Literaturverzeichnis	457
Sachverzeichnis	501

Abkürzungen

Es werden die üblichen Abkürzungen nach Hildebert Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Auflage, Berlin 1993, verwendet.

§ 1 Die Ausgangslage

Kaum ein zeitgenössisches Thema betrifft das Schicksal der Menschheit mehr als die Entwicklungen in der modernen Medizin und Pharmazie. Sie verbessern die biologischen und sozialen Lebensbedingungen, verbannen Krankheiten und beeinflussen damit das Leben vieler Menschen. Seitdem dieser Prozeß angestoßen wurde, verzeichnet die Wissenschaft immerzu neue Erfolge. Zum Ende des 19. Jahrhunderts schilderte der Chirurg und Privatdozent Johann Nepomuk Nußbaum als ärztlicher Leiter der orthopädischen und heilgymnastischen Anstalt in München seine Erfolge rückblickend:

„Kinder, welche mit krummen Füßen, Knien und Ellenbogen auf allen Vieren herumgekrochen waren, wurden oft völlig gehend ohne Krücken, ja selbst ohne Stock, entlassen. [...] In Chloroformnarkose hatte ich verkürzte Sehnen abgeschnitten, krumme Knochen gebrochen und gerade geheilt und nachdem alle Hindernisse entfernt waren, paßte ihnen Krieger Lederhülsen mit Stahlschienen an und stellte so durch rein mechanische Kraft manchen lahmen Körper aufrecht auf den Boden.“¹

Diese für die damalige Zeit hervorragenden ärztlichen Leistungen verblissen vor den grundlegenden Fortschritten der Medizin an der Schwelle zum 21. Jahrhundert.² Die Entschlüsselung des menschlichen Genoms durch das Humangenomprojekt stellt den medizinisch-technischen Fortschritt auf eine völlig neue Grundlage. Das Innovationspotential der Bio- und Gentechnik weist dem ‚Leben aus dem Labor‘ Wege vom Virtuellen in die Realität. Der hiermit verbundene und sich ständig ausweitende Wissensgewinn über die Entstehung und Behandlung von Krankheiten bedingt eine beachtliche Erweiterung des Therapiespektrums. Die somatische Genterapie führt zu ersten positiven Ergebnissen. Die bisherigen Fortschritte³ lassen hoffen, daß die gegenwärtigen Schwierigkeiten bei der Transfer-Rate des Gens⁴ mit Heranreifen der Technologie der Vergangenheit angehören. Die sich vervielfachenden Erkenntnisse in der Medizin ermöglichen die Entwicklung und das technische Perfektionieren operativer Methoden - bis hin zur Organtransplantation⁵ - und das Hinausschieben

¹ Nußbaum, in: Jahrbuch für Münchener Geschichte, 1888/89; Halter DÄBl 94 (1997), C 2553.

² Hierzu Bauer (Hrsg.), Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts.

³ Zur Entschlüsselung des Chromosoms 21 vgl. Nickolaus, DÄBl 97 (2000), C 1073.

⁴ Häcker, in: Gen-Welten. Leben aus dem Labor? Landesmuseum für Technik und Arbeit (Hrsg.), 82, 93 ff.

⁵ Zum Transplantationsgesetz sowie zur kontroversen Hirntoddebatte vgl. Deutsch, NJW 1998, 777 ff.; Schreiber, in: Festschrift Remmers, 593 ff.

des Todeszeitpunkts.⁶ Auch im Bereich der assistierten Reproduktion sowie der Präimplantations- und Pränataldiagnostik stellt das Humangenomprojekt der Medizin die maßgeblichen Instrumente zur Verfügung.⁷ Im Rahmen der künstlichen Befruchtung⁸ kann das menschliche Erbgut durch Präimplantationsdiagnostik⁹ schon vor seiner Übertragung in den weiblichen Körper und später während der Schwangerschaft mittels Pränataldiagnostik¹⁰ auf Erbkrankheiten oder genetische Veranlagungen untersucht werden. Mit dieser Grenzüberschreitung wird zugleich das traditionelle Verständnis von Beginn und Ende¹¹ des menschlichen Lebens in seinen Grundfesten erschüttert.

Darüber hinaus bietet der medizinisch-technische Fortschritt der Gegenwart dem Kranken wie dem Gesunden Handlungs- und Wahlmöglichkeiten, die das herkömmliche Verständnis vom Rechtssubjekt und seiner verantwortlichen Entscheidungsautonomie in neuem Licht erscheinen lassen. Dies hat zu einer Situation geführt, in der das spannungsgeladene Verhältnis von Recht und Humanmedizin zum Dauerproblem in bisher nie gekannten Ausmaßen heranwuchs.¹² Das Spektrum medizinrechtlicher Diskussions- und Streitpunkte wurde durch das Verfeinern der Rechtsordnung weit gedehnt und umfaßt beinahe alle Rechtsgebiete. Gerade deshalb kommt es entscheidend darauf an, die rechtlichen Vorgaben, an denen ärztliches Vorgehen zu messen ist, abzustecken. Damit ist die Gesellschaft aber auch mit der Frage konfrontiert, ob und inwieweit die Verrechtlichung der Medizin geboten ist, um Unsicherheiten abzubauen, ohne zugleich den medizinischen Entscheidungs- und Handlungsspielraum des Arztes unverhältnismäßig zu beschneiden. In diesen Kontext gehören namentlich das Strafrecht und seine Anwendung auf die Vornahme bzw. das pflichtwidrige Unterlassen von medizinischen Behandlungen. Seit mehr als einhundert Jahren stehen Strafrechtswissen-

⁶ Zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens, vgl. Taupitz, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens? Gutachten A zum 63. Deutschen Juristentag, Leipzig 2000.

⁷ Zur ethischen Diskussion des Schutzes Ungeborener und ihrer Würde, vgl. Bauer, Zeitschrift für medizinische Ethik, 44 (1998), 279 ff.; zur Frage der Zulässigkeit der Präimplantationsdiagnostik, vgl. Diskussionsforum des DÄBl 97 (2000), C 866 ff.

⁸ Vgl. Laufs, Fortpflanzungsmedizin und Arztrecht.

⁹ In Deutschland stellt sich hier die Rechtsfrage nach der Vereinbarkeit mit dem ESchG vgl. Tag, in: Kämmerer/ Speck (Hrsg.), Geschlecht und Moral, 87 ff.

¹⁰ Eser (Hrsg.), Lexikon Medizin, Ethik, Recht, Stichwort: Pränatalmedizin; Petermann/ Wiedebusch/ Quante, Perspektiven der Humangenetik.

¹¹ Näher Schmidt-Jortzig, Wann ist der Mensch tot?

¹² Das Anschwellen der Rechtsmaterie wird bereits an den umfangreichen medizinrechtlichen Werken neueren und neusten Datums deutlich, von denen einige exemplarisch aufgeführt werden sollen: Deutsch, Medizinrecht; Giesen, Arzthaftungsrecht; Laufs, Arztrecht; Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts; Taupitz, Die Standesorganisationen der freien Berufe, sowie Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis.

schaft und Rechtsprechung vor der Frage nach der Notwendigkeit von Sonderstraftatbeständen einerseits zum Schutz der Patienten vor fehlerhaften oder eigenmächtigen ärztlichen Vorgehensweisen und andererseits zum Schutz der Ärzteschaft vor einer ausgreifenden Haftung für das mit dem ärztlichen Beruf notwendig verbundene Risiko des Fehlschlags medizinischer Behandlungen. Das auf seiten der Medizin bestehende Gefühl von Rechtsunsicherheit ließ in den vergangenen 100 Jahren wiederholt den Ruf nach legislatorischen Entscheidungshilfen¹³ ertönen. Die Antworten hierauf wurden in zahlreichen Reformvorschlägen diskutiert. Dennoch konnte sich der deutsche Gesetzgeber bis heute nicht dazu durchringen, besondere Straftatbestände der eigenmächtigen bzw. fehlerhaften Heilbehandlung zu verabschieden.¹⁴

Eingebunden in die angesprochenen Fragestellungen versteht sich diese Abhandlung als Versuch, der die Diskussion um Recht oder Unrecht einer ärztlichen Behandlung und damit auch die Reform des Medizinstrafrechts nicht zum Abschluß bringen, aber dazu beitragen möchte, das Verständnis zwischen den berechtigten Anliegen von Medizin und Strafrecht zu fördern und damit auch einen Teil der vorhandenen Spannung zu reduzieren. Die Zurückhaltung des Gesetzgebers als auch die in Schrifttum und Rechtsprechung vertretenen Ansichten sollen mit dem Ziel hinterfragt werden, die ärztliche Behandlung im Lichte der Straftatbestände zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit zu analysieren. Im Zentrum der Erörterungen wird die Frage stehen, ob die heutigen strafrechtlichen Geltungsbedingungen imstande sind, die modernen medizinischen Sachverhalte in dem erforderlichen oder geringstenfalls unverzichtbaren Maße zu erfassen. Hierbei sollen Inhalt sowie Reichweite der strafrechtlichen Normen zum Schutz vor Eingriffen in Körper und Gesundheit aufgezeigt und damit zugleich die Leistungsfähigkeit der bestehenden Gesetze im Wandel des medizinischen Fortschritts überprüft werden.

Die Diskussion dieses Ausschnitts des Arztstrafrechts wird der zukunftsorientierten Hochleistungsmedizin sowie unserer im Wertewandel begriffenen Gesellschaft und der rechtlichen Stellung des Menschen in ihr besondere Aufmerksamkeit schenken. Die heutige Gesellschaft fordert von jedem einzelnen Mitglied den mündigen Umgang mit seinen Rechten und Rechtsgütern, seinen natürlichen biologischen Grundlagen, der Gesundheitsfürsorge sowie seiner Verantwortung für andere. In unserer Zeit bestehen deutlich höhere Anforderungen an die psychische Widerstandsfähigkeit¹⁵ und Entschlußkraft des einzelnen als in der auf Tradition und

¹³ Hammerstein, Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung 1998, 535.

¹⁴ Der neueste Referentenentwurf aus dem Jahre 1996 wurde wieder zurückgezogen.

¹⁵ Dies zeigt sich im Arztstrafrecht deutlich an der Aufklärungspflicht des Arztes, die im Extremfall aufgrund des überzogenen Bedürfnisses mancher Ärzte nach Selbstschutz für den Patienten in seiner prekären Gesundheitssituation „zu einer Art modernen Tortur

paternalistisches Denken angelegten Gesellschaft des 19. Jahrhunderts,¹⁶ die sich im Strafgesetzbuch und seiner damaligen Auslegung widerspiegeln. Je mehr die früheren Hierarchien und die hiermit verbundenen Werte an Bedeutung verlieren, desto mehr ist der einzelne gefordert, Verantwortung für sich zu übernehmen. Dies gilt gleichermaßen für den sich aus früheren Abhängigkeiten lösenden Patienten. Denn er sieht sich durch die Fortschritte in der Medizin neuen Handlungsspielräumen gegenüber, aus denen sich vielfach Entscheidungszwänge entwickeln.

Das Strafrecht kann an diesem gesellschaftlichen Wandel, der sich im Arztrecht mit aller Deutlichkeit zeigt, nicht vorbeigehen. Die ehemals in der Medizin zahlreich anzutreffenden, nicht zuletzt durch den hippokratischen Eid¹⁷ verfestigten Prinzipien - das Handeln nach ärztlicher Vernunft, das therapeutische Privileg, die paternalistische Dominanz des Arztes im Behandlungsgeschehen - vertragen sich nur schwer mit dem aufgeklärten, freiverantwortlichen Menschenbild des Grundgesetzes. Im Verlauf der Abhandlung wird demgemäß der Ausgleich von individueller Autonomie¹⁸ und ärztlicher Sachkunde zu diskutieren sein. Anknüpfend an die Fortschrittsorientierung der Medizin und die hiermit verbundenen körperlichen wie gesundheitlichen Wohltaten für eine große Zahl von Patienten ist die Aufmerksamkeit aber auch auf die soziale Sinnhaftigkeit der ärztlichen Tätigkeit zu lenken. Besonderen Raum werden die Therapiefreiheit und somit auch die Schranken der aus strafrechtlicher Sicht zulässigen Behandlung einnehmen.

ausarten kann“, so Hammerstein, Vorwort zum 11. Symposium für Juristen und Ärzte der Kaiserin-Friedrich-Stiftung für das ärztliche Fortbildungswesen, 7 f.

¹⁶ Das fürsorgliche Denken um die Jahrhundertwende beschrieb anschaulich Ziemssen in seiner Abhandlung „Die Ethik des Arztes als medizinischer Lehrgegenstand“.

¹⁷ Bauer, Zeitschrift für medizinische Ethik, 41 (1995b), 141 ff.

¹⁸ Ausführlich hierzu die Deklaration der 72. Gesundheitsministerkonferenz 1999: „Patientenrechte in Deutschland heute“ mit Bespr. Laufs, NJW 2000, 846 ff.

§ 2 Der Gang der Untersuchung

I. Schwerpunkt der Ausführungen

Der Untersuchungsgegenstand läßt sich greifbar durch eine systematische und kritische Durchleuchtung der Delikte zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit¹⁹ eingrenzen. Im Unterschied zu anderen arztstrafrechtlichen Abhandlungen²⁰ soll hierbei nicht der Schwerpunkt auf die fahrlässige Körperverletzung gelegt werden. Zwar mag es sein, daß die Mehrzahl der Verfahren im Arztstrafrecht letztendlich auf einem Fahrlässigkeitsvorwurf beruht.²¹ Dieser Befund ist jedoch nicht darauf zurückzuführen, daß dem Arzt der mit der Behandlung häufig verbundene Eingriff in Körper bzw. Gesundheit des Patienten verborgen bleibt. Denn eine ärztliche Behandlung findet nicht im Unterbewußten statt, sondern geschieht mit Bedacht.²² Darüber hinaus kommt es in den Grenzsituationen zwischen Tod und Leben nicht selten vor, daß der Arzt zur Medikamentengabe gezwungen ist, um z.B. Vernichtungsschmerzen des Patienten zu lindern, hierbei aber den Preis der lebensverkürzenden Wirkung der Arznei sicher kennt oder zumindest mit *dolus eventualis* davon ausgeht.²³ Aber auch in der Intensivmedizin muß der Arzt Eingriffe vornehmen, die sich auf dem schmalen Grad zwischen Leben und Tod bewegen und bei denen die ernstzunehmende Gefahr der gesundheitlichen Verschlechterung oder gar des tödlichen Ausgangs nicht hinwegdiskutiert werden kann.²⁴

Daß dennoch der Vorsatzvorwurf im Ergebnis weniger häufig als der Fahrlässigkeitsvorwurf erhoben wird, liegt in dogmatischen Feinheiten sowie Schwierigkeiten im tatsächlichen Bereich begründet. Das Fahrlässigkeitsdelikt wird durch den irrigen Glauben an das Vorliegen einer wirksamen Einwilligung eröffnet, welcher nach der Rechtsprechung analog § 16 Abs. 1 S. 2 StGB als Irrtum über das Vorliegen eines

¹⁹ Auf einige Fragestellungen der Delikte zum Schutz des Lebens wird - wenngleich in überschaubarem Rahmen - ebenfalls eingegangen.

²⁰ So Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis*, Rn. 9; ders., in: Laufs/Uhlenbruck (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, § 138 ff.

²¹ Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis*, Rn. 9 m.w.N.

²² Gropp, *Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung* 1998, 536 f.; Schroeder, *Besondere Strafvorschriften gegen Eigenmächtige und Fehlerhafte Heilbehandlung?* 19.

²³ Vgl. BGH JR 1998, 159 mit Anm. Dölling; Hartmann, *Fehlerhafte und eigenmächtige Heilbehandlung*, 229; Hirsch, in: *Festschrift Lackner*, 597, 609.

²⁴ Instruktiv Bender, in: Bauer (Hrsg.), *Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts*, 102 ff.

anerkannten Rechtfertigungsgrundes den Körperverletzungsvorsatz entfallen läßt,²⁵ die Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit jedoch nicht berührt. Da dem Strafrecht die im Zivilrecht bedeutsame Beweislastverteilung weitgehend²⁶ fremd ist, werden Zweifel hinsichtlich unrechts- wie schuldbegründender Umstände nach dem Grundsatz in dubio pro reo zugunsten des Täters gewertet.²⁷ Daher führen Beweisschwierigkeiten hinsichtlich der Behandlung lege artis oder des Kausalzusammenhangs zwischen ärztlicher Behandlung und Körperverletzung²⁸ bzw. im Extremfall dem Tod des Patienten - auch im Strafrecht²⁹ - zu einer häufig kritisierten³⁰ Verlagerung auf den Vorwurf der Verletzung ärztlicher Aufklärungspflichten. Der Arzt, der sich in Verkennung der tatsächlichen Umstände vom Willen des Patienten legitimiert fühlt, befindet sich nach der Rechtsprechung regelmäßig in einem Erlaubnistatbestandsirrtum, so daß im Ergebnis der Körperverletzungsvorsatz entfällt.

Dessen ungeachtet beruht jedoch sowohl der Vorsatz- wie der Fahrlässigkeitsvorwurf auf der gemeinsamen Vorfrage, welche Rechtsgüter gegen welche Angriffsarten durch das Delikt der Körperverletzung bzw. der Tötung geschützt werden. Diese von der Strafrechtsordnung selbst vorgegebenen Gesichtspunkte beeinflussen naturgemäß den Gang der vorliegenden Untersuchung. Entsprechend dem Aufbau des vollendeten Delikts gilt es, die Ausführungen im Schwerpunkt auf die geschützten Rechtsgüter, die Tathandlung, den Taterfolg sowie die Kausalität und die objektive Zurechnung zu lenken. Am Schluß der Abhandlung wird die kritische Diskussion des jüngsten Reformvorhabens zur strafrechtlichen Regelung der eigenmächtigen und fehlerhaften Heilbehandlung stehen.

II. Die strafbare ärztliche Behandlung

1. Die Ausgangsentscheidung des Reichsgerichts

Über das Verhältnis von medizinischen Behandlungen zu den Delikten zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit wurde im Laufe des vergangenen Jahrhunderts viel

²⁵ Vgl. z.B. BGHSt 35, 250 mit Anm. Geppert JZ 1988, 1028; BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 4; Tröndle/ Fischer, StGB, § 223 Rn. 9a.

²⁶ Eine Ausnahme findet sich z.B. in § 186 StGB.

²⁷ Ausführlich Schwalm, in: Festschrift Bockelmann, 539, 551 ff.

²⁸ Zu den praktischen Problemen der Feststellung der Kausalität zwischen ärztlicher Behandlung und dem Tod bzw. der Körperverletzung des Patienten vgl. Ulsenheimer, Arztstrafrecht, Rn. 219 ff.

²⁹ Beispiele hierfür finden sich in Mallach/ Schlenker/ Weiser, Ärztliche Kunstfehler.

³⁰ Statt vieler Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 53 ff.

und heftig debattiert. Ausgangspunkt der Diskussionen bildete ein Urteil der dritten Strafkammer des Hamburger Landgerichts vom 2. Februar 1894³¹ sowie die hierauf ergangene Revisionsentscheidung des Reichsgerichts vom 31. Mai 1894.³² Beide Gerichte beurteilten - jeweils mit unterschiedlichem Ausgang - den Fall der *lege artis* durchgeführten Amputation des tuberkulösen Fußes einer siebenjährigen Patientin ohne Einwilligung des Erziehungsberechtigten. Das Landgericht verneinte eine Strafbarkeit des Chirurgen wegen Körperverletzung. Es gründete seine Entscheidung maßgeblich darauf, daß die erfolgreiche, gemäß den Regeln der ärztlichen Kunst vorgenommene Operation weder den Tatbestand der Gesundheitsbeschädigung noch der körperlichen Mißhandlung erfülle. Die fehlende Einwilligung wurde bei der Subsumtion des Operationsgeschehens unter den Tatbestand der Körperverletzung ausdrücklich außer Betracht gelassen.

Im Gegensatz hierzu sah das Reichsgericht in dem ärztlichen Eingriff eine tatbestandliche Körperverletzung. Die von der Vorinstanz vorgenommene Interpretation der Tathandlung „körperliches Mißhandeln“ erachtete das Reichsgericht für verfehlt, da der Gesetzgeber „mit dem Ausdrücke körperliches Mißhandeln im weitesten und allgemeinsten Sinne alle unmittelbar und physisch dem körperlichen Organismus zugefügten Verletzungen zusammenfassen“ wollte. Im Unterschied zum Hamburger Landgericht sprach das Reichsgericht mit deutlichen Worten der ärztlichen Vernunfthoheit rechtfertigende Wirkung ab und stellte statt dessen den Willen des Rechtsgutsträgers und damit die Einwilligung des Berechtigten in das Zentrum der Rechtfertigungsproblematik. Da der Arzt die von ihm selbst zutreffend erkannte Möglichkeit, den - der Operation ablehnend gegenüberstehenden - Vater durch eindringliche Unterrichtung über die drohende Gefahr für sein Kind umzustimmen und dessen Einwilligung in die Operation zu erreichen, erkannt, aber nicht wahrgenommen hatte, setzte er seine ärztliche Entscheidung unzulässigerweise an die Stelle der des Einwilligungsberechtigten. Zwar wurde der angeklagte Arzt - nach Zurückverweisung an das Landgericht - letztlich vom Vorwurf der gefährlichen Körperverletzung freigesprochen. Dieser Verfahrensausgang beruhte jedoch auf der - nach den mitgeteilten Gründen rechtlich zweifelhaften, aus dem drohenden Krankheitsverlauf und damit dem Gedanken der ärztlichen Fürsorge menschlich aber verständlichen - Erkenntnis der Strafkammer, daß sein Vorgehen auf der Überzeu-

³¹ Die Urteilsgründe sind nachzulesen bei Stooss, Chirurgische Operationen und ärztliche Behandlungen, Anhang 108 ff.

³² RGSt 25, 375.

gung beruhte, die Operation habe dem Willen der Eltern entsprochen.³³ Die referierten konträren Positionen finden sich bis zum heutigen Tage in der mit zum Teil starken Worten geführten Debatte um die rechtliche Qualität des Heileingriffs sowie den strafrechtlichen Stellenwert der Patientenautonomie wieder.³⁴ Man sollte daher annehmen dürfen, daß - obgleich die einzelnen Themenkomplexe bei weitem keiner einmütigen Lösung zugeführt werden konnten - die wissenschaftlichen Argumente im Hinblick auf die strafrechtliche Qualifikation ärztlicher Handlungen zur Genüge ausgetauscht worden wären. Dessen ungeachtet aber hält die Auseinandersetzung - wenn auch mit zum Teil verhärteten Standpunkten - an. Die von Kahl³⁵ bereits im Jahre 1909 aufgeworfene Frage nach dem Rechtsgrund und den rechtlichen Voraussetzungen einer Operation prägt noch heute in unverminderter Aktualität das Interesse an der strafrechtlichen Beurteilung ärztlichen Handelns. Gleichermäßen spiegelt seine Antwort die hierüber geführte, wie es scheint, zeitlose Diskussion wider:

„Die Frage könnte zum Lachen reizen, wenn sie nicht so ernsthaft wäre. Seit Beginn einer menschlichen Kultur hat man durch Operationen Schmerzen beseitigt, Leiden geheilt, Millionen gerettet, und nun fragt man noch, ob und warum dies zulässig sei? Der Ernst der Sache liegt im Bedürfnis des Rechtsschutzes der Leidenden und der Absteckung der Grenzen, wie der Verantwortlichkeit, so der Freiheit des Arztes.“

2. Die heutige Sachlage

Der Grund für das anhaltende Interesse der Rechtswissenschaft an der strafrechtlichen Qualifikation der ärztlichen Behandlung liegt nicht zuletzt darin, daß der Alltag vieler Menschen durch diverse Zivilisationskrankheiten und sonstige gesundheitliche Beeinträchtigungen geprägt ist. Frustrationen über das Krankheitsgeschehen, die aufgrund der Erfahrungen am eigenen Körper stark im Bewußtsein verankert sind, führen daher häufig zu gerichtlichen Auseinandersetzungen.

³³ Der denkbare Mißbrauch des Erziehungsrechtes durch den ablehnenden Vater wurde nicht erörtert. Die Gründe des zweiten Urteils der III. Strafkammer finden sich bei Stooss, Chirurgische Operationen und ärztliche Behandlungen, Anhang 118 ff., 126.

³⁴ Vgl. den jüngsten Referentenentwurf zum ärztlichen Heileingriff vom 15.7.1996 sowie das 21. Symposium für Juristen und Ärzte der Kaiserin-Friedrich-Stiftung für das ärztliche Fortbildungswesen, dokumentiert in der Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung 1998, Heft 8 - 9.

³⁵ Kahl, ZStW 29 (1909), 362 f.

Darüber hinaus schafft die wissenschaftlich-technische Entwicklung der Gegenwart Entscheidungsalternativen, die früher als utopisch und unreal galten. Kunstfertige Ärzte vermögen heute mit Hilfe neuester Erkenntnisse aus der medizinischen Forschung Grenzen zu überschreiten, die vor gar nicht ferner Zeit als schicksalhaft hingenommen wurden. Zwar ist die Bedrohung durch Infektionskrankheiten an keine Zeit gebunden. Neue Erreger, wie z.B. der HIV-Virus oder der Ebola-Virus, treten an die Stelle derjenigen, die in früheren Jahren verheerend unter der Bevölkerung wüteten und die Medizin nahezu zur Untätigkeit verdammten. Gleichwohl gelang es aber mit Hilfe einer beispiellosen Revolution auf dem Gebiet der Arzneimittelforschung und -versorgung³⁶ sowie der fortschreitenden Entschlüsselung des menschlichen Genoms,³⁷ Horizonte zur Erkennung und somatischen Behandlung von Erkrankungen zu eröffnen, die bisher als unabänderlich hingenommen werden mußten.

Steht trotz der Fortschritte in Wissen und Effizienz therapeutischer wie präventiver Interventionen die Medizin im Mittelpunkt zahlreicher kontroverser Diskussionen, so rührt dies nicht zuletzt daher, daß der Patient heute mehr denn je dem Arzt als gleichberechtigter und mündiger Partner entgegentritt und - anstelle Berufskunde und -ethik blindes Vertrauen entgegenzubringen - bereit ist, eigenverantwortlich über sein Leben und seine Gesundheit zu entscheiden. Korrespondierend mit der zunehmenden Bandbreite medizinischer Leistungsangebote entwickelte sich das Bedürfnis des Patienten nach gesundheitlicher Selbstbestimmung.³⁸ Während die Anforderungen an die Medizin und damit auch die Erwartungshaltung ihr gegenüber steigen, schwindet zugleich die Bereitwilligkeit der Patienten, gesundheitliche Schicksalsschläge hinzunehmen.³⁹ Der Glaube an die vermeintliche ärztliche Omnipotenz und die vollständige Beherrschbarkeit des menschlichen Körpers versperrt manchem die Einsicht in die Unterscheidung zwischen menschlichem Versagen und Unglück.⁴⁰ Die zusehends komplizierter werdende Organisation und Arbeitsteilung in der Medizin, der Einsatz der Apparatemedizin sowie die Gefahr, aufgrund des übermäßigen medizinischen Forschergeistes als Objekt ärztlichen

³⁶ Welche Bedeutung der Veränderung der Lebensumstände hierbei zukommt, ist umstritten. Näher Mc Keown, Die Bedeutung der Medizin - Traum, Trugbild oder Nemesis; Badura, MMG (Medizin, Mensch, Gesellschaft) 9 (1984), 151 ff.

³⁷ Petermann/ Wiedenbusch/ Quante (Hrsg.), Perspektiven der Humangenetik; Taupitz, JZ 1992, 1089 ff.

³⁸ Heilmann, NJW 1990, 1514.

³⁹ Vgl. Laufs, NJW 1974, 2025; Pfeiffer, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 3 f.

⁴⁰ Ulsenheimer, Ausgreifende Arztthaftpflichtjudikatur und Defensivmedizin - ein Verhältnis von Ursache und Wirkung, Berliner Medizinethische Schriften, Heft 17, 11.

Handelns im wahrsten Sinne des Wortes ‚behandelt‘ zu werden, nährte darüber hinaus vielerorts das Mißtrauen gegen hochtechnisierte ärztliche Eingriffe und weckt die Bereitschaft, im Falle des Mißlingens die Gerichte zur Entscheidung heranzuziehen. Dies wiederum stößt bei vielen Medizinerinnen auf Unverständnis - fühlen sie sich doch durch ihr Berufsethos, das sich bis zum heutigen Tage in den grundlegenden Werten des Eides des Hippokrates widerspiegelt, verpflichtet, ihr Wissen und Können ganz in den Dienst des die Behandlung nachfragenden Patienten zu stellen. Nehmen sie nach Absprache und in Übereinstimmung mit dem Patienten eine invasive Behandlung vor, die aufgrund menschlichen Versagens fehlerhaft - wogegen, was die zahlreichen Rechtsstreitigkeiten wegen fehlerhafter Behandlungen eindrücklich belegen, auch der Sorgfältigste nicht gefeit ist⁴¹ -, ist dieser Fehlschlag soweit menschenmöglich zivilrechtlich wieder gut zu machen. Mit den vertraglichen Schadensersatzansprüchen konkurrieren deliktische Ansprüche.

Darüber hinaus droht bei ärztlicher Fehlleistung in der Regel zugleich die strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen vorsätzlicher bzw. fahrlässiger Körperverletzung, im schlimmsten Falle sogar wegen vorsätzlicher bzw. fahrlässiger Tötung. Auch wenn das Strafrecht vom Zivilrecht abgekoppelt ist und weitgehend eigenen Grundsätzen folgt, so findet sich hier eine faktische Akzessorietät. Der zum Schadensersatz verurteilte Arzt aber wird es vielfach als doppelte Bestrafung empfinden, wenn er zusätzlich der Stigmatisierung⁴² durch staatliche Strafsanktionen ausgesetzt wird, zumal der soziale Sinngehalt seiner Handlung nicht mit dem einer herkömmlichen Körperverletzung übereinstimmt. Daß darüber hinaus beim Vorwurf der einfachen bzw. fahrlässigen Körperverletzung der Strafantrag des Geschädigten oft als Mittel eingesetzt wird, um kostengünstig im Rahmen des Strafprozesses Vorfragen für den späteren Zivilprozeß zu klären⁴³ und der Patient hierbei als „Kronzeuge“⁴⁴ der Anklage zum Beweis von Aufklärungsmängeln agiert, trägt nicht

⁴¹ Näher Grünwald, in: Göppinger (Hrsg.), *Arzt und Recht*, 125, 131; RGZ 78, 432.

⁴² Vgl. Figgenger, *Arzt und Strafrecht*, 12.

⁴³ Eine strafrechtliche Verurteilung entfaltet keine Bindungswirkung für das zivilrechtliche Urteilsverfahren. Im Jahre 1877 setzte § 14 Abs. 2 Nr. 1 EinführungsgG zur ZPO die gesetzlich vorgeschriebene Bindungswirkung von Strafurteilen für nachfolgende Zivilurteile außer Kraft, vgl. Deutsch, *Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung* 1998, 634, 637. § 14 Abs. 2 Nr. 1 EG ZPO lautete: „Außer Kraft treten insbesondere: Die Vorschriften über die bindende Kraft des strafgerichtlichen Urtheils für die Civilrichter“.

⁴⁴ Ulsenheimer, *Anm. zu BGH NStZ* 1996, 34, 132.

unbedingt zum besseren Verständnis zwischen den Parteien bei.⁴⁵ Das hierdurch entstehende, häufig durch Mißtrauen geprägte Klima hat für das Arzt-Patient-Verhältnis weitreichende Folgen. Aus Furcht vor juristischen Konsequenzen betreiben viele Ärzte ‚Sicherheitsmedizin‘. Damit wird der Patient aus Sicherheitsgründen einer Überdiagnostik ohne wesentlichen Erkenntnisgewinn für die Therapie, gegebenenfalls verbunden mit einem hohen finanziellen Aufwand, und einer umfassenden Heilbehandlung ausgesetzt - auch wenn der Mediziner aufgrund seines ärztlichen Erfahrungswissens die eine oder andere Behandlung oder Untersuchung nicht für zwingend geboten oder angezeigt hält. Nach dem Leitgedanken: ‚Im Zweifel für die Behandlung‘ wird in den Grenzen des Möglichen der Krankheit und damit dem Patienten im eigentlichen Sinne zu Leibe gerückt. Dies geschieht jedoch regelmäßig mit dem Willen des Patienten. Denn nur wenige Kranke gehen nach Aufklärung über ihre Krankheit und die sich daraus ergebenden Folgen für das körperliche Wohlergehen das Risiko ein, sich gegen eine Behandlung zu wenden, die zwar aller Wahrscheinlichkeit nach überflüssig, wenn nicht gar sinnlos ist, aber dennoch mit einem Funken Hoffnung auf Heilung oder Früherkennung verbunden sein kann.

Die Anwendung von Sicherheitsmedizin bedeutet aber auch die verstärkte Zurückhaltung gegenüber risikobehafteten Maßnahmen, die häufige Entscheidung für konservatives Vorgehen⁴⁶ trotz naheliegender Vorteile eines operativen Eingreifens oder aber auch die Weiterverweisung der Patienten mit ungewisser Prognose, um so den Gefahren eines Haftpflichtprozesses am sichersten auszuweichen.⁴⁷ Darüber hinaus befreien sich die Ärzte von den juristischen Fangstricken, in die sie sich zahlreich und jahrelang durch Aufklärungsmängel verstrickt haben, indem sie die Patienten - häufig ohne Rücksicht auf deren Empfindungen⁴⁸ - zunehmend zu allen nur denkbaren Aspekten ihrer Heilbehandlung informieren und den Inhalt dieser Gespräche schriftlich gegenzeichnen lassen. Hierdurch übernimmt der Patient seinen Anteil an der Verantwortung für die Behandlung und ihre Folgen.⁴⁹ Ob der Patient, der im Regelfall medizinischer Laie ist, die auf ihn einströmende

⁴⁵ Kritisch Ulsenheimer, in: Laufs (Hrsg.), Die Entwicklung der Arzthaftung, 293, 296, welcher das Einleiten eines Strafverfahrens als Vorspann des Zivilprozesses als einen „anwaltlichen Kunstfehler“ bezeichnet.

⁴⁶ Anders in der Geburtshilfe, vgl. Weitzel, in: 11. Symposium für Juristen und Ärzte der Kaiserin-Friedrich-Stiftung für das ärztliche Fortbildungswesen, 93 ff.

⁴⁷ Näher Ulsenheimer, in: Berliner Medizinethische Schriften, Heft 17, 10.

⁴⁸ Instruktiv Hammerstein, Vorwort zum 11. Symposium für Juristen und Ärzte der Kaiserin-Friedrich-Stiftung für das ärztliche Fortbildungswesen, 7 f.

⁴⁹ Vgl. bereits Engisch, ZStW 58 (1939), 29 ff., 35; BGHZ 29, 46, 56.

Informationsflut auch nur annähernd verarbeiten und ihre Bedeutung für sein persönliches Schicksal erfassen kann, bleibt dahingestellt. Selbst wenn ihm die Möglichkeit nachzufragen eingeräumt wird,⁵⁰ erscheint dieses Angebot aufgrund der kaum zu überwindenden Sprachbarriere oft wenig hilfreich. Vor diesem Hintergrund ist der Strafrechtswissenschaft bei der Beurteilung medizinischer Sachverhalte keine einfache Aufgabe zugeteilt.

⁵⁰ Zur sog. Stufenaufklärung Weißbauer, in: Hymmen/ Ritter (Hrsg.), Behandlungsfehler - Haftung des operativ tätigen Arztes, 30 ff.

§ 3 Die Theorien zur strafrechtlichen Beurteilung der ärztlichen Heilbehandlung

Wer sich heute zum Fragenkreis der strafrechtlichen Beurteilung ärztlicher Heilbehandlungen äußert, begibt sich in einen Bereich, den Rechtsprechung und Literatur mit zum Teil kontroversen Positionen abgesteckt haben. Trotz aller Unterschiede in der rechtlichen Beurteilung sind sich Jurisdiktion⁵¹ und Schrifttum allerdings zumindest im Ergebnis darüber einig, daß die lege artis und mit Einwilligung vorgenommene, glücklich verlaufene Heilbehandlung, auch wenn sie zu Schmerzen und/oder Substanzeinbußen führt, nicht strafwürdig ist. Für viele steht auch fest, daß eine eigenmächtige Heilbehandlung, die den Gesundheitszustand des Patienten insgesamt verschlechtert, auch bei Einhalten der Regeln der ärztlichen Kunst eine rechtswidrige Körperverletzung darstellt.⁵²

Mit diesem Ergebnis allein ist aber weder den medizinisch Tätigen noch dem Patienten und seinen Angehörigen gedient. Denn erstere haben ein berechtigtes Interesse daran, den positiven sozialen Wert ihrer Tätigkeit - gerade auch durch das Strafrecht - bestätigt zu erhalten. Ebenso groß ist aber auch das Interesse der Patientenschaft an der Klärung der rechtlichen Qualität der medizinischen Behandlung. Denn sie kann von der Ärzteschaft nur dann Heilung oder zumindest Linderung der körperlichen und gesundheitlichen Beschwerden erhoffen, wenn deren Leistungs- und Verantwortungsbereitschaft nicht durch das Strafrecht gelähmt und zur Sicherheitsmedizin umgemünzt wird.

Rechtswissenschaft und Rechtspraxis sind daher bemüht, die im Spannungsverhältnis stehenden Patienten- und Ärzteinteressen einem notwendigen Gesamtausgleich zuzuführen. Neben der Würdigung der verantwortungsvollen Aufgabe, die einem Arzt bei der Ausübung seines Berufes zukommt, und der hiermit verbundenen Belastungen gilt es, die Patienteninteressen „vor dem unsorgfältigen wie dem selbstherrlichen Arzt, soweit es geht“,⁵³ zu schützen. In die zum Ausgang des 19. Jahrhunderts entfachte Diskussion sind im Laufe der Zeit mannigfaltige, in mancher

⁵¹ Vgl. z.B. BGHR § 223 Abs. 1 Heileingriff 4 (denkbare Einschränkung strafrechtlicher Haftung aufgrund des Schutzzweckszusammenhangs).

⁵² Unterstellt, neben der fehlenden Einwilligung liegt kein (sonstiger) Rechtfertigungsgrund vor.

⁵³ Grünwald, in: Göppinger (Hrsg.), Arzt und Recht, 125, 127.

Hinsicht stark voneinander abweichende Kriterien⁵⁴ eingeflossen. Um die Ausgangsbasis einer wissenschaftlichen Erörterung der strafrechtlichen Dimensionen von Heilbehandlungen zu schaffen, soll im folgenden der Versuch unternommen werden, die divergierenden Ansätze zu skizzieren, wobei - bedingt durch deren beinahe unüberschaubare Vielzahl und Varianten - die Darstellung sich auf die wesentlichen Hauptmeinungsströme beschränkt.

I. Die Rechtfertigungslösung

Die Rechtsprechung⁵⁵ in Straf- als auch in Zivilsachen und ihr folgend etliche Stimmen aus dem Schrifttum⁵⁶ ordnen den Problemkreis der strafrechtlichen Beurteilung ärztlicher Behandlungen seit der Ausgangsentscheidung des Reichs-

⁵⁴ Vgl. Ulsenheimer, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 138 Rn. 1: „Unendlich viel ist seitdem von kompetenter und weniger kompetenter Seite zur rechtlichen Problematik des ärztlichen Heileingriffs gesagt und geschrieben, unendlich oft das Pro und Contra der verschiedenen Auffassungen teils in ruhiger Sachlichkeit, teils in ätzender Polemik dargelegt worden“.

⁵⁵ Z.B. RGSt 25, 375; 38, 34 f.; 74, 91, 95 f.; BGHSt 11, 111 f. mit Anm. Eb. Schmidt, JR 1958, 266; BGHSt 12, 379, 383; 16, 309; 35, 246, 250; BGH NJW 1956, 1106; 1959, 811; 1971, 1887; BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 4; BGH JR 1996, 69 mit Anm. Rigizahn; BGH MedR 1998, 218 ff., bearb. Granderath; BGH MedR 1998, 326 ff., bearb. Wigge; BGHZ 29, 33; BGH JZ 1964, 231 mit Anm. Eb. Schmidt. Offen gelassen von BVerfGE 52, 131, 168 f., dissenting vote der vier die Entscheidung nicht tragenden Richter, 172 f. Auch das schweizerische Bundesgericht bejaht bei medizinischen Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit grundsätzlich den Tatbestand der Körperverletzung, vgl. BGE 99 IV 208 ff.; 103 IV 70 (Art. 123 schweizerisches StGB stimmt mit seinem deutschen Gegenstück des § 223 StGB nicht voll ständig überein).

⁵⁶ Arzt/ Weber, Strafrecht Bes. Teil, LH I, Rn. 321; Arzt, in: Festschrift Baumann, 201; Baumann/ Weber/ Mitsch, Strafrecht Allg. Teil, § 17 Rn. 96; Baumann, NJW 1958, 2092 f.; Cramer, in: Festschrift Lenckner, 761, 776; Coenders, in: Reichsgerichts festgabe V, 291; Fritz, Niederschriften, 193; Hälschner, System I, 237; Hager, Staudingers Kommentar zum BGB, § 823 I 3; Heß, Neue Thesen, 54 ff., in Abkehrung von seiner früher vertretenen Tatbestandslösung; Koffka, Niederschriften, 197; Kohlhaas, Die Medizinische 1959, 1128; Krey, Strafrecht Bes. Teil/ I, Rn. 219 ff.; Lenckner, in: Forster (Hrsg.), Praxis der Rechtsmedizin für Mediziner und Juristen, 592, 593 ff.; v. Liszt, Lehrbuch, 134; Oppenheim, SchZStW 6 (1893), 339; Pfeiffer/ Maul/ Schulte, § 223 Anm. 3; Rengier, Strafrecht Bes. Teil II, § 13 Rn. 17; Rosenberg, GS 62 (1903), 70 ff.; Sauer, GS 113 (1939), 121; Trockel, NJW 1970, 489 ff.; Wegner, Strafrecht Allg. Teil, 12. Behr, Ärztlich-operativer Eingriff und Strafrecht, 57 ff., sowie ders., GS 62 (1903), 402, stellt neben der Einwilligung des Patienten hauptsächlich auf die durch das Gewohnheitsrecht geprägte ärztliche Norm als Grundlage für die Rechtmäßigkeit des ärztlichen Eingriffs ab.

gerichts im Jahre 1894⁵⁷ konsequent der Rechtswidrigkeit zu. Nach ständiger Rechtsprechung ist ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit auch dann als Körperverletzung zu bewerten, wenn er durch einen Arzt in heilender Absicht erfolgt. Ausgehend von der Prämisse, daß die Heilbehandlung - wie jede beliebige Körperverletzung - anhand des einzelnen, die körperliche Integrität beeinträchtigenden Aktes, nicht aber mittels der damit erstrebten Verbesserung oder Erhaltung des körperlichen Gesamtbefindens zu beurteilen sei,⁵⁸ wird der Eingriff, gleichgültig, ob medizinisch indiziert, lege artis durchgeführt und erfolgreich, als tatbestandliche Körperverletzung bewertet. Welche der Körperverletzungsalternativen, die körperliche Mißhandlung oder die Gesundheitsschädigung, durch den Eingriff verwirklicht wird, bleibt häufig offen. Die Rechtsprechung erkennt dem Patienten jedoch die Möglichkeit zu, kraft seiner Entscheidungsautonomie den durch das Strafrecht verengten Handlungsfreiraum des Arztes mittels rechtfertigender Einwilligung wieder herzustellen.⁵⁹

Diese Doktrin findet ihre heutige verfassungsrechtliche Verankerung in dem Grundrecht zum Schutz⁶⁰ der körperlichen Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 GG, sowie dem Recht auf Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG. Den hohen Stellenwert der Patientenautonomie (*voluntas aegroti suprema lex*) betonte aber bereits das Reichsgericht.⁶¹ Im 25. Band S. 381 ist zu lesen:

„In jedem Falle ist es der Wille des Kranken [...], welcher gerade diesen Arzt beruft, die Behandlung dieses Patienten zu übernehmen. [...] Es ergibt sich die Folgerung von selbst, daß Inhalt und Umfang der dem Arzte solchergestalt eingeräumte Befugnisse [...] sich nicht minder regeln muß als durch den Rechtswillen des Kranken.“

Damit ging bereits das Reichsgericht davon aus, daß der Patientenwille bzw. der seines Vertreters zu beachten ist. Der Bundesgerichtshof schloß sich der Ansicht des Reichsgerichts an, sah aber - trotz im Schrifttum vehement geführter Diskussionen um die dogmatische Verortung der ärztlichen Behandlung und der Patientenautonomie - keine Veranlassung „die hiergegen im Schrifttum geltend gemachten Einwände (siehe hierzu Eb. Schmidt, „Arzt im Strafrecht“, im Lehrbuch der gerichtlichen Medizin von Ponsold, 1957, S. 35) zu erörtern“.⁶²

⁵⁷ RGSt 25, 375.

⁵⁸ RGSt 25, 375, 379.

⁵⁹ BGHSt 11, 111 f.; BGH NJW 1972, 335 f.; BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 4.

⁶⁰ Vgl. BGHSt 11, 111, 113 f.

⁶¹ Grundlegend RGSt 25, 375 mit Ausführungen des Oberreichsanwalts, 384 ff.

⁶² BGHSt 11, 111 f.

Die wirksame Einwilligung erfordert eine umfassende ärztliche Aufklärung des Einwilligungsberechtigten über Befund, Art und Folgen des Eingriffs.⁶³ Kann die tatsächliche Einwilligung nicht erlangt werden, so wenn z.B. die Einwilligung aufgrund der körperlichen und geistigen Disposition des Patienten⁶⁴ bzw. bei Gefahr im Verzug nicht oder nicht rechtzeitig eingeholt werden kann,⁶⁵ ist hilfsweise auf die mutmaßliche Einwilligung abzustellen. Liegen in Not- und Eilfällen keine Anhaltspunkte vor, um den mutmaßlichen Willen zu bestimmen, oder vernachlässigen z.B. die Sorgeberechtigten bei ihrer Eilentscheidung das Wohl des nicht einwilligungsfähigen Kindes, gelten die Notstandsregeln, § 34 StGB.⁶⁶

Geht der Arzt irrtümlich von der wirksamen Einwilligung aus oder läßt er sich von der Fehlvorstellung leiten, der Patient habe zu einer indizierten Operationserweiterung seine wirksame Zustimmung erteilt, nimmt er fälschlicherweise das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes an.⁶⁷ In entsprechender Anwendung des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB liegt keine als vorsätzliche Körperverletzung zu beurteilende Tat vor.⁶⁸ Beruht der Irrtum auf einer vorwerfbaren Sorgfaltspflichtverletzung, bleibt die Bestrafung wegen Fahrlässigkeit unberührt.⁶⁹ Verkennt der Arzt hingegen die Grenzen des Rechtfertigungsgrundes oder unterliegt er einem sog. Doppelirrtum, wird die Strafbarkeit durch die Frage der Vermeidbarkeit dieses Irrtums bedingt, 17 StGB.⁷⁰ Damit erfüllt im Ergebnis die fehlerhafte - ebenso wie die eigenmächtige Heilbehandlung die Voraussetzungen der rechtswidrigen Körperverletzung.⁷¹ Ist bei entsprechendem Vorsatz bzw. bei Sorgfaltspflichtverletzung aus strafrechtlicher Sicht der Tatbestand der Körperverletzung verwirklicht, §§ 223, 229 StGB, liegt zivilrechtlich regelmäßig ein Eingriff in die

⁶³ Vgl. z.B. BGH NJW 1956, 1107; BGH NJW 1972, 336. Nähere Ausführungen finden sich in § 13 der Abhandlung.

⁶⁴ So BGH StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 3 für die intensivmedizinische Behandlung Sterbender.

⁶⁵ BGHSt 35, 250; Eser, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 223 Rn. 38; BGH JZ 1988, 1021 mit krit. Anm. Geppert, JZ 1988, 1024 und Müller-Dietz, JuS 1989, 280; BGH MedR 2000, 231 ff., bearb. Tag.

⁶⁶ Z.B. bei Verweigerung einer Bluttransfusion aus religiösen Gründen, näher Gropp, Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung 1998, 536 f. Zur Fremdbestimmung im Rahmen der Einwilligung vgl. unter § 14 Punkt V. 4. der Abhandlung.

⁶⁷ Z.B. BGHSt 35, 250 mit Anm. Geppert JZ 1988, 1028; Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, § 223 Rn. 9a und 9v m.w.N.

⁶⁸ BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 4.

⁶⁹ BGHSt 11, 111, 114 f.; 35, 250; BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 2.

⁷⁰ BGH MedR 2000, 231 ff., bearb. Tag; OLG Hamburg NJW 1975, 604; Hardwig, GA 1965, 161, 170; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 137.

⁷¹ So bereits RGSt 77, 18.

körperliche Unversehrtheit und/oder das Persönlichkeitsrecht des Patienten, § 823 Abs. 1 bzw. § 823 Abs. 2 BGB i.V. § 223 bzw. § 229 StGB, vor.⁷²

Etliche Stimmen im Schrifttum treten der ‚Einzelaktschuldtheorie‘ der Rechtsprechung mit folgenden Argumenten bei: Die strafrechtliche Beurteilung des Heileingriffs müsse auf den unmittelbaren Eingriff als solchen, auf die einzelne Maßnahme,⁷³ nicht aber auf die durch den Heilzweck geprägten⁷⁴ verletzungsbegleitenden Handlungen abstellen. Bei zeitlich aufspaltender Betrachtung bringe der heilende, insbesondere der operative Heileingriff, regelmäßig zunächst eine Verschlechterung des körperlichen Zustandes mit sich, was nicht ignoriert werden dürfe.⁷⁵ Speziell substanzverletzende Maßnahmen, wie die Amputation eines Körperteils, oder das Herbeiführen von Schmerzen würden nach der Gesamtbetrachtung unzureichend gewürdigt.⁷⁶

Verstärkt wird die Argumentation durch kriminalpolitische Überlegungen. Da der Patient nicht zum ‚Objekt ärztlicher Vernunftthoheit‘ gemacht werden dürfe, habe die Rechtfertigungslösung die richtigen Anknüpfungspunkte.⁷⁷ Wollte man den ärztlichen Eingriff aus dem Anwendungsbereich der Körperverletzungstatbestände ausklammern,⁷⁸ würde der Patient aufgrund der dann entstehenden Strafbarkeitslücken dem medizinischen Spezialistentum schutzlos ausgeliefert. Den Tatbestand der Körperverletzung anzunehmen, bedeute auch keine diskriminierende Gleichstellung des medizinisch Tätigen mit dem Messerstecher. Denn es gebe auch andere ehrenwerte Berufe,⁷⁹ deren Aufgabe es sei, tatbestandsmäßige, aber

⁷² Zum Streitstand Deutsch, NJW 1965, 1985 ff.; Laufs, VersR 1972, 2 ff.; Tag, in: Bauer (Hrsg.), Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts, 207, 209. Zur Verknüpfung der zivilrechtlichen Haftung mit strafrechtlichen Sanktionen vgl. Ulsenheimer, in: 11. Symposium für Juristen und Ärzte der Kaiserin-Friedrich-Stiftung für das ärztliche Fortbildungswesen, 27 ff.

⁷³ v. Liszt, Lehrbuch, 134; Oppenheim, SchZStW 6 (1893), 339; ders., Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden.

⁷⁴ Baldus, Niederschriften, 196: „Der Heilzweck allein kann eine Körperverletzung nicht ausschließen. Denn Krankheit ist ein Schicksal. Den von ihr Betroffenen dem ‚Fachmann‘ auszuliefern, ist unerträglich.“

⁷⁵ Arzt/ Weber, Strafrecht Bes. Teil, LH 1, Rn. 321.

⁷⁶ Cramer, in: Festschrift Lenckner, 761, 773.

⁷⁷ Cramer, a.a.O., 761, 776.

⁷⁸ Behr, Ärztlich-operativer Eingriff und Strafrecht, 38.

⁷⁹ Wie z.B. Strafrichter, Theaterkritiker: diese Beispiele zieht Lenckner, in: Forster (Hrsg.), Praxis der Rechtsmedizin für Mediziner und Juristen, 592 f., heran. Daß das „Messerstecherargument“ nicht sehr ergiebig sei, räumt Hirsch, LK-StGB, Rn. 5 vor § 223, ein.

gerechtfertigte Handlungen vorzunehmen.⁸⁰ Vereinzelt findet sich bei Vertretern der Rechtfertigungslösung die Ansicht, daß der eigenmächtige Heileingriff primär das Persönlichkeitsrecht, nicht aber das Recht auf körperliche Integrität verletze. Bis zum Inkrafttreten eines Tatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung sei jedoch an der bisherigen strafrechtlichen Beurteilung festzuhalten.⁸¹

II. Die Tatbestandslösungen

1. Gemeinsame Bezugspunkte

Die Vertreter der sogenannten Tatbestandslösungen, denen sich seit dem Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches aus dem Jahre 1911⁸² die zahlreichen Reformvorschläge zu einer strafrechtlichen Sonderregelung der ärztlichen Heilbehandlung angeschlossen haben, sprechen sich mit im einzelnen divergierenden Ansichten vehement⁸³ dagegen aus, die medizinische Heilbehandlung bzw. die ärztliche Behandlung ohne Einschränkung unter den Tatbestand der Körperverletzung zu subsumieren. Bereits im Jahre 1902 hat Binding den Vergleich der Handlung des Chirurgen und des Messerstechers mit Empörung zurückgewiesen: „Von jeher hat das Wundheilen den löblichen Gegensatz zum Wundschlagen gebildet. Die ärztliche Tätigkeit ward stets als Ganzes betrachtet und der fatale Teil einfach von der Heilbehandlung konsumiert“.⁸⁴

⁸⁰ Cramer, in: Festschrift Lenckner, 761, 774; Lenckner, in: Forster (Hrsg.), Praxis der Rechtsmedizin für Mediziner und Juristen, 592, 594; Krey, Strafrecht Bes. Teil/1, Rn. 220. Dagegen Bauer, in: Universitätstage 1964, 199 mit Hinweis darauf, daß das Skalpell des Chirurgen im Unterschied zum Messerstecher nie den unversehrten, sondern immer nur den durch Krankheit oder Verletzung versehrten Körper trifft und diese Versehrtheit kunstgerecht wieder in eine Unversehrtheit zurückverwandeln möchte; vgl. auch Arthur Kaufmann, ZStW 73 (1961), 341.

⁸¹ Krey, Strafrecht Bes. Teil/1, Rn. 219.

⁸² § 279 „Eigenmächtige ärztliche Behandlung“ war mit folgendem Wortlaut gefaßt: „Wer einen anderen gegen seinen ausdrücklichen oder nach den Umständen zu vermutenden Willen ärztlich behandelt, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu fünftausend Mark bestraft. Ist ein Dritter zur Sorge für die Person des Behandelten berechtigt, so ist der Wille des Berechtigten maßgebend.“

⁸³ Bauer, in: Universitätstage 1964, 199: „Chirurgen definieren nicht lange, was Chirurgie ist: sie betreiben sie. Wenn sie sie aber betreiben und operieren, dann ist das nach geltendem Recht - Körperverletzung! Dagegen lehnen sich die Chirurgen insgesamt auf.“ Zusammenfassend Gropp, Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung 1998, 536 ff.

⁸⁴ Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Bes. Teil, 1. Band, 56.

Diese Auffassung geht im Unterschied zur Einzelaktsbetrachtung davon aus, daß positive, auf den Körper hin gerichtete Verhaltensweisen⁸⁵ nicht zu tatbestandlichem Verhalten transformiert werden sollen. Unter Hinweis darauf, daß die Vor- und Nachteile des zu begutachtenden medizinischen Verhaltens ganzheitlich zu betrachten seien⁸⁶ und ein den relativen Gesundheitszustand verbessernder Eingriff nicht isoliert,⁸⁷ sondern aufgrund der finalen oder sozialen Handlungslehre unter Berücksichtigung seiner Zwecksetzung und Sinnbezogenheit zu beurteilen sei,⁸⁸ wird die pauschale Unterstellung der Körperverletzung zurückgewiesen.⁸⁹ Bessern, operieren, heilen sei nicht verletzen.⁹⁰ Der Gesamtakt der Heilbehandlung, nicht aber der einzelne Teilakt, soll der rechtlichen Würdigung zugrunde gelegt werden. Anderenfalls würde der Arzt - gleichgültig, wie er sich verhalte - den Körperverletzungstatbestand verwirklichen und damit typisiertes Unrecht auf sich laden. Denn bei einer indizierten invasiven Behandlung werde regelmäßig in den Körper des Patienten eingegriffen. Sehe der Arzt aber von der Operation ab, um sich der Strafdrohung nicht auszusetzen, verwirkliche er - die Voraussetzungen des § 13 StGB unterstellt - den Tatbestand der Körperverletzung durch Unterlassen. Folglich bestehe eine rechtliche Pflicht, den typisierten Unrechtstatbestand zu erfüllen, um der Unterlassensstrafdrohung zu entgehen. Dieses absurde Ergebnis verdeutliche, daß nicht ein Teilakt des Eingriffs, sondern das gesamte Geschehen Gegenstand der strafrecht-

⁸⁵ Kahl, ZStW 29 (1909), 36.

⁸⁶ Bockelmann, in: Ponsold (Hrsg.), Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 62, 66; Dreher, Niederschriften, 200; Schroeder, Besondere Strafvorschriften der Eigenmächtigen und der Fehlerhaften Heilbehandlung? 19 f.

⁸⁷ Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 154 f.; Dünnebie, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 7. Band, BT, 67. bis 75. Sitzung, Bonn 1959, 366; Maurach/ Schroeder/ Maiwald, Strafrecht Bes. Teil/1, 103.

⁸⁸ Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 75.

⁸⁹ Heimberger, Strafrecht und Medizin, 46 f., zieht zur Veranschaulichung folgenden Vergleich heran: „Ich gebe meinem Schneider ein Stück schwarzen Tuches, damit er mir einen Frack daraus fertige. Der Schneider zerlegt das Tuch in verschiedene Teile und begeht eine Sachbeschädigung; er heftet die Teile mit der Nadel aneinander, durchsticht also die Substanz des Tuches und verübt somit wieder eine Sachbeschädigung; hierauf schneidet er gar noch Löcher in das Tuch, um das Zuknöpfen zu ermöglichen, dann näht er die Knöpfe an, was wieder nicht ohne Sachbeschädigung vor sich geht, und zum Schluß ist mir aus einer ununterbrochenen Reihe von solchen Sachbeschädigungen ein eleganter Frack entstanden.“

⁹⁰ Hess, Die Ehre und die Beleidigung des § 185 StGB, 54; Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, 97; Stooss, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, 97.

lichen Würdigung sein müsse.⁹¹ Eine rechtlich relevante Körperverletzung liege demgemäß erst vor, wenn die rein äußerliche Verletzung der Körperintegrität zugleich eine Körperinteressenverletzung bewirke.⁹²

Ausgehend von diesem gemeinsamen Nenner setzt die Kritik an der Rechtfertigungslösung im wesentlichen an dem Stellenwert der Patientenautonomie, dem positiven Handlungssinn ärztlichen Vorgehens sowie dem Gelingen der Heilbehandlung an.

2. Die Bedeutung der Entscheidungsautonomie des Patienten

Im Unterschied zur Jurisdiktion messen die Tatbestandslösungen der Autonomie des Patienten und damit seiner Einwilligung in die Heilbehandlung keine einheitliche Bedeutung zu. Vielmehr finden sich vor dem Hintergrund der lebhaften Diskussionen um die Bestimmung des Schutzgutes von §§ 223, 229 StGB unterschiedliche Standpunkte:

Eine im Schrifttum vertretene Position beschränkt den Schutzbereich der Körperverletzungsdelikte auf die körperlich-biologische Unversehrtheit,⁹³ also auf die biologische Integrität des menschlichen Leibes. Diese Ansicht beurteilt den Heileingriff unter dem Primat der Heilung (*salus aegroti suprema lex*). Dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten soll allein im Hinblick auf die Verwirklichung von Straftatbeständen zum Schutz vor Angriffen auf die persönliche Freiheit, wie

⁹¹ Bockelmann, JZ 1962, 527.

⁹² Engisch, ZStW 58 (1939), 1, 5 f.; Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Psychiatrie und Nervenheilkunde, 52; Katzenmeier, ZRP 1997, 156, 157 f.

⁹³ Beling, Lehre vom Verbrechen, 154 f.; Binding, Lehrbuch Bes. Teil/1, 54; Bockelmann, JZ 1962, 525, 527; ders., in: Ponsold (Hrsg.), Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 34 f.; Ebermayer, Der Arzt im Recht, 117, 150; Gössel, Strafrecht Bes. Teil/1, 161; Gropp, Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung 1998, 536, 540; Grünwald, in: Göppinger (Hrsg.), Arzt und Recht, 125, 138 ff.; Heimberger, Festschrift Frank, Bd. I, 389, 402; Heß, Die Ehre und die Beleidigung des § 185 StGB, 54; Hirsch, LK-StGB, vor § 223 Rn. 3; ders., in: Gedächtnisschrift Zipf, 353 ff.; Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, Allg. Teil, 103 f.; Eb. Schmidt, JR 1958, 226; ders., 44. DJT-Gutachten, 1962, 4. Teil, 188; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 289. Für das Zivilrecht Hart, in: Festschrift Heinrichs, 291, 308; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, BT, § 76 II 1 g; Laufs, NJW 1997, 1610; ders., Arztrecht, 176.

§§ 239, 240⁹⁴ StGB⁹⁵, oder die Ehre, § 185 StGB, Bedeutung zukommen. Eventuelle Strafbarkeitslücken seien bis zum Erlaß des Tatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung hinzunehmen. Eberhard Schmidt vertrat in diesem Zusammenhang die Ansicht, ein Hineinlesen von Freiheitsrechten in die Rechtsgüter der §§ 223 ff. StGB habe dem Gesetzgeber völlig fern gelegen.⁹⁶ Niese sieht im Einbeziehen von Freiheitsrechten in den Schutzbereich der Körperverletzungsdelikte die Gefahr, „damit das System der gesetzlichen Tatbestände und der ihnen zugeordneten Rechtsgüter in rechtsstaatlich bedenklichster Weise aufzulösen“.⁹⁷ Hirsch argumentiert, bei Berücksichtigung des Rechts auf Selbstbestimmung würde nicht mehr der Körper selbst, sondern der Wille zur Wahrung des Körpers geschütztes Rechtsgut sein, was den Unterschied zwischen Freiheits- und Körperverletzungsdelikten einebene.⁹⁸ Bockelmann schließlich verweist darauf, daß die Implikation des Selbstbestimmungsrechtes in den Tatbestand der Körperverletzung gegen den Grundsatz der Tatbestandsbestimmtheit und damit gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstoße.⁹⁹

Die Gegenansicht sieht die körperlich-biologische Gesundheit wie auch das körperbezogene Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen als durch § 223 StGB geschützt an.¹⁰⁰ Jeder Eingriff in diese Güter sei eine Beeinträchtigung des gemäß Art. 2 Abs. 2 GG garantierten Rechtsgutes der körperlichen Integrität. Der aufgeklärten, fehlerfreien Einwilligung des Patienten in die Heilbehandlung komme daher tatbestandsausschließende Wirkung zu. Bottke macht in diesem Zusammenhang auf die subjektive Ausrichtung der Gesundheit aufmerksam, die einer Aufteilung in ein Körperfunktionsinteresse und ein Körperverfügungsinteresse entgegenstehe.¹⁰¹ Krauß legt die Bedeutung des Selbstbestimmungsrechtes mit folgenden Worten dar: „Was Gesundheit als körperliche Leistungsfähigkeit ist, kann nur

⁹⁴ Bockelmann, Strafrecht Bes. Teil/2, 59; Gössel, Strafrecht Bes. Teil/1, 161; Heimberger, Strafrecht und Medizin, 1899, 56; ders., 44. DJT-Gutachten, 1962, 4. Teil, 188; Knauer, in: Roxin/ Schroth (Hrsg.), Medizinstrafrecht, 9, 18.

⁹⁵ Die in den meisten Fällen allerdings versagen, vgl. Wessels/ Hettinger, Strafrecht Bes. Teil/1, Rn. 326.

⁹⁶ Eb. Schmidt, JR 1958, 226 f.

⁹⁷ Niese, in: Festschrift Eb. Schmidt, 366.

⁹⁸ Hirsch, LK-StGB, vor § 223 Rn. 1; ders., in: Gedächtnisschrift Zipf, 353 f.

⁹⁹ Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 71; Eb. Schmidt, JR 1958, 226 f. Vgl. auch Ulsenheimer, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 138 Rn. 4; Katzenmeier, ZRP 1997, 156, 157 f.

¹⁰⁰ v. Bar, GS 60 (1902), 95; Bottke, Suizid und Strafrecht, 145 ff., 151; deutlich Horn, SK-StGB, § 223 Rn. 35 ff., („zweispurige Lösung“); Krauß, in: Festschrift Bockelmann, 557, 570; Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 13 Rn. 24 f. Freund, ZStW 109 (1997), 455, 475 koppelt die Einhaltung der lex artis an das Vorliegen einer wirksamen Einwilligung.

¹⁰¹ Bottke, Suizid und Strafrecht, 150.

der entscheiden, der das Leistungsziel bestimmen soll, was körperliches Wohlbefinden ist, kann nur der sagen, wem es wohl ergehen soll“.¹⁰²

Zwischen diesen Meinungsblöcken vermittelt eine Betrachtungsweise, die den Schutz der Körperverletzungsdelikte primär dem der körperlichen Unversehrtheit zuschreibt, hierbei aber der Selbstbestimmung als Abwägungsfaktor bei der Konkretisierung der überwiegenden Körperinteressen Raum zugesteht.¹⁰³ Eser führt an, § 223 StGB schütze zwar die Selbstbestimmung insoweit, als der Patient keine materialen Einbußen seines gesundheitlichen Wohls oder seiner körperlichen Verfassung hinnehmen müsse. Ein darüber hinausgehender Schutz des Selbstbestimmungsrechtes scheine gerade gegenüber dem eigenmächtig handelnden Arzt aber verfehlt.¹⁰⁴ Damit wird dem Schutz der Selbstbestimmung lediglich eine annexhafte, der körperlichen Integrität dienende, nicht aber eine eigenständige Funktion beigemessen.¹⁰⁵

3. Die Bedeutung des Erfolgs der Heilbehandlung

Neben der unterschiedlichen Gewichtung der Entscheidungsautonomie des Patienten finden sich im medizinrechtlichen Schrifttum weiterhin abweichende Auffassungen in bezug auf die strafrechtliche Bedeutung des Gelingens der Heilbehandlung.

a. Erfolgsunabhängige Lösungsansätze

Die Verfechter der erfolgsunabhängigen Lösungen bewerten die ärztliche Maßnahme im Zeitpunkt ihrer Vornahme,¹⁰⁶ berücksichtigen daher nicht die

¹⁰² Krauß, in: Festschrift Bockelmann, 557, 570.

¹⁰³ Insbesondere Engisch, ZStW 58 (1939), 1, 5, 9, 29. Siehe aber auch Eser, Studienkurs III, 91; Deutsche Gesellschaft für Chirurgie, in: Gutachten und Stellungnahme zu Fragen der Strafrechtsreform mit ärztlichem Einschlag, 141; nahestehend Tröndle, in: Tröndle/Fischer, StGB, § 223 Rn. 9b; diff. Meyer, K., Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 214 f.; Schmidhäuser, Strafrecht Bes. Teil, 1/5; Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, § 223 Rn. 32; Schröder, NJW 1961, 951, 953.

¹⁰⁴ Eser, ZStW 97 (1985), 1, 18 f.

¹⁰⁵ Eser, a.a.O., 1, 23; Katzenmeier, ZRP 1997, 156, 158.

¹⁰⁶ v. Bar, GS 60 (1902), 81, 95; Binding, Lehrbuch Bes. Teil/1, 57; Blei, Strafrecht Bes. Teil/2, 59 ff.; Bottke, Suizid und Strafrecht, 145 ff., fordert als weiteres notwendiges Element die Einwilligung des Patienten; Deutsche Gesellschaft für Chirurgie, in: Gutachten und Stellungnahme zu Fragen der Strafrechtsreform mit ärztlichem Einschlag, 141, stellt neben der lex artis auf die ärztliche Ethik ab und damit auf das Vorliegen einer Einwilligung; Deutsche Gesellschaft für Psychiatrie und Nervenheilkunde, in: Gutachten und Stellungnahme zu Fragen der Strafrechtsreform mit ärztlichem Einschlag, 52; Ebermayer,

‚tatsächlichen Auswirkungen selbst‘.¹⁰⁷ Mangels Handlungsunwert wird der aus ex-ante-Sicht medizinisch indizierte und lege artis durchgeführte Heileingriff - unabhängig von seinem Gelingen - von vornherein dem objektiven Tatbestand der Körperverletzung¹⁰⁸ entzogen. Dies gilt selbst bei mißlungenem Eingriff. Fehlt eines dieser Merkmale, wird der Tatbestand der Körperverletzung¹⁰⁹ auch bei Erreichen des Behandlungszwecks nicht in Zweifel gezogen.¹¹⁰ Gegebenenfalls entfällt die Strafbarkeit aufgrund fehlenden Vorsatzes oder wirksamer Einwilligung. Eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Körperverletzung kommt bei medizinischer Indikation und Beachtung der lex artis mangels Verstoßes gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt regelmäßig nicht in Betracht.

Unter den Vertretern der erfolgsunabhängigen Theorie besteht zunächst weitgehend Einigkeit darüber, daß bereits der Wortlaut des § 223 StGB gegen die Lehre vom Ausschluß der Rechtswidrigkeit spreche:¹¹¹ die Begriffe ‚mißhandeln‘ und ‚beschädigen‘ seien im allgemeinen sowie im juristischen Sprachgebrauch keineswegs von neutraler Wesensart, sie bezeichneten vielmehr ein gegen den Menschen gerichtetes, herabwürdigendes Verhalten und trafen damit nicht auf die lege artis vorgenommene Behandlung zu. Die weitergehenden Begründungen weichen jedoch zum Teil erheblich voneinander ab:

aa. Körperinteressentheorie

Nach Ansicht der im wesentlichen durch Engisch¹¹² geprägten Körperinteressentheorie darf die Körperverletzung nicht äußerlich verstanden werden. Sie offenbare sich vielmehr in einer Körperinteressenverletzung und damit der Verletzung des

Der Arzt im Recht, 117, 150; Grünwald, in: Göppinger (Hrsg.), Arzt und Recht, 125, 138 ff.; Heß, Die Ehre und die Beleidigung des § 185 StGB, 54; Kitzinger, GS 55 (1898), 87; Laufs, NJW 1969, 529; von Lilienthal, in: Festgabe Bekker, 56; Metzger, Protokolle der Strafrechtskommission des Reichsjustizministeriums, 22. Sitzung vom 18. April 1934, 23 f.; Eb. Schmidt, 44. DJT-Gutachten, 1962, 4. Teil, 188; ders., Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 7. Band BT, 67. bis 75. Sitzung, 1959, 190, 192; Schmidhäuser, Strafrecht Allg. Teil, 8/121; ders., Strafrecht Bes. Teil, 1/5; Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, § 223 Rn. 9b.

¹⁰⁷ Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 73.

¹⁰⁸ Bzw. der Tötung.

¹⁰⁹ Ggf. auch der Tötung.

¹¹⁰ Begründung zum amtlichen Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs, 123.

¹¹¹ Grünwald, in: Göppinger (Hrsg.), Arzt und Recht, 150; Kitzinger, GS 55 (1898), 87; Eb. Schmidt, JR 1958, 226.

¹¹² Engisch, ZStW 58 (1939), 1, 5 ff.

Interesses am Wohlergehen, am subjektiven Wohlbefinden oder am Wohlaussehen. Ob eine Körperinteressenverletzung vorliege, soll anhand einer ex-ante-Betrachtung der medizinischen Behandlung beurteilt werden. Maßgeblicher Zeitpunkt für die von Engisch favorisierte, auf dem Prinzip des überwiegenden Interesses beruhende Gesamtbetrachtung des Heileingriffs ist der seiner Vornahme. Ergebe sich anhand der zutreffenden Prognoseentscheidung das wahrscheinliche Überwiegen des Patienteninteresses an seiner Wohlbefindlichkeit, so vermöge weder die mit dem ärztlichen Eingriff einhergehende Verletzung untergeordneter Interessen noch die zufällige Verletzung übergeordneter Interessen eine Körperverletzung im Sinne von §§ 223, 229 StGB zu begründen.¹¹³ In diesem Fall soll die Einwilligung des Patienten für die rechtliche Beurteilung der Körperverletzungsdelikte unbeachtlich sein. Die Mißachtung des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten kann aber im Rahmen der Freiheitsdelikte Bedeutung erlangen.¹¹⁴ Zum gleichen Ergebnis kommt Schaffstein¹¹⁵ unter Zuhilfenahme des Gedankens der sozialen Adäquanz ärztlichen Handelns.

Eberhard Schmidt¹¹⁶ tritt der Körperinteressentheorie bei, zieht allerdings im Falle des Mißlingens der lege artis vorgenommenen Heilbehandlung die Grundsätze des unechten Unterlassungsdelikts heran.¹¹⁷ Denn nach dem sozialen Sinngehalt habe der Arzt die Schädigung der Gesundheit nicht durch ein positives Tun, sondern durch ein ‚nicht Abwenden‘ der negativen Folgen des Eingriffs herbeigeführt. Ob bzw. inwieweit er seiner Garantenpflicht ausreichend entsprochen habe, sei anhand einer ex-ante-Betrachtung zum Zeitpunkt des Unterlassens zu überprüfen.¹¹⁸ Blei¹¹⁹ schließt sich dieser Argumentation an. Er verneint die Kausalität des lege artis durchgeführten Eingriffs anhand seiner Relevanztheorie. Ursächlich kann danach nur sein, was der Arzt bei Vornahme des Eingriffs unterlassen hat, um schädlichen Folgen entgegenzuwirken.

¹¹³ So auch von Bar, GS 60 (1902), 81, 95, welcher jedoch das Vorliegen der Einwilligung als unabdingbares Kriterium in die Interessenabwägung einstellt.

¹¹⁴ Engisch, ZStW 58 (1939), 1, 11 ff.; Grünwald, in: Göppinger (Hrsg.), Arzt und Recht, 138.

¹¹⁵ Schaffstein, ZStW 72 (1960), 369, 378.

¹¹⁶ Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 69 ff.

¹¹⁷ Eb. Schmidt, a.a.O., 78 ff. Dagegen Wilts/ Kleinewerfers, in: Mergen (Hrsg.), Die juristische Problematik in der Medizin, Band 3, 25, 26 f.

¹¹⁸ Eb. Schmidt, a.a.O., 87 ff. Dagegen Deutsch, Anm. zu BGH NJW 1989, 767, 769.

¹¹⁹ Blei, Strafrecht Bes. Teil/I, 60.

bb. Gefahrverminderungstheorie

Schmidhäuser¹²⁰ hingegen weist auf den Gesichtspunkt hin, daß der medizinisch indizierte, lege artis durchgeführte Heileingriff im Vergleich zu den Nachteilen, die dem Körper ohne die medizinische Betreuung drohen, eine Gefahrverminderung bedeute, weswegen insgesamt nicht von einer Rechtsgutsverletzung ausgegangen werden könne. Meyer entwickelt den von Schmidhäuser als ‚Gefahrverminderungstheorie‘ bezeichneten Ansatz weiter, indem sie eine Körperverletzung verneint, wenn die ärztliche Handlung „geeignet und von dem Willen getragen ist, die dem Rechtsgutsobjekt drohenden Gefahren zu vermindern“. Auf den tatsächlichen Erfolg oder Mißerfolg soll es hierbei nicht ankommen.¹²¹ Anders sollen jedoch die Fälle zu entscheiden sein, in denen dem Patienten zusätzlich erhebliche Schmerzen oder neue erhebliche Risiken zugemutet werden. Nach Ansicht von Meyer vermag hier nur die aufgeklärte Einwilligung den Tatbestand der Körperverletzung auszuschließen.¹²²

b. Erfolgstheorie

Den erfolgsunabhängigen Theorien steht die Ansicht entgegen, die zwischen gelungener und fehlgegangener Heilbehandlung differenziert.

aa. Gelungene Heilbehandlung

Die Verfechter der Erfolgstheorie bewerten den Heileingriff nicht anhand eines ex-ante-Urteils, sondern aufgrund seines Erfolges oder Mißerfolges. Bereits der Wortlaut ‚Mißhandeln‘ und ‚Gesundheitsbeschädigen‘¹²³ offenbare die negative Zielrichtung der normierten Behandlungen. Entscheidend sei die Bewertung des gesamten Vorgangs, nicht aber die des einzelnen Aktes. Eine erfolgreiche Heilbehandlung werde nicht vom Tatbestand der §§ 223, 229 StGB erfaßt, und zwar unabhängig von der Einwilligung des Patienten.¹²⁴ Der gegebenenfalls infolge

¹²⁰ Schmidhäuser, Strafrecht Allg. Teil, 8/121; ders., Studienbuch, 5/105; ders., Strafrecht Bes. Teil, 1/5, unter Bezug auf Meyer, Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 207 ff., gleichzeitig aber differenzierend im Hinblick auf die auf Lebenserhaltung und Lebenserleichterung ausgerichtete Heilbehandlung.

¹²¹ Meyer, Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 211 ff.

¹²² Meyer, Reform der Heilbehandlung ohne Ende, GA 1998, 415, 420.

¹²³ Das „Be“-schädigen wurde durch das 6. StrRG in ein „Schädigen“ umgewandelt.

¹²⁴ Vgl. Beling, Lehre vom Verbrechen, 154 f., mit Hinweis darauf, daß der Mensch als Ganzes nicht körperlich mißhandelt werde, wenn etwa der Fuß oder der Arm durch den ärztlichen Eingriff mißhandelt worden sei; ders., ZStW 44 (1924), 220, 230. Vgl. auch Bockelmann, Strafrecht Bes. Teil/2, 59; ders., NJW 1961, 945 f.; Gössel, Strafrecht Bes.

Eigenmächtigkeit vorliegende Angriff auf das Persönlichkeitsrecht sei als Vergehen gegen die persönliche Freiheit zu ahnden.¹²⁵ Damit gelangen die Vertreter der erfolgsunabhängigen Theorie, die der Einwilligung im Rahmen des Tatbestandes der Körperverletzung keine eigenständige Bedeutung zumessen, wie auch die Verfechter der Erfolgstheorie bei einem rein eigenmächtigen Vorgehen zu einem im Hinblick auf die Körperverletzungsdelikte straflosen Verhalten.¹²⁶ Darüber hinaus halten einige Stimmen der Erfolgstheorie die Beachtung der *lex artis* beim gelungenen Heileingriff nicht für erforderlich.¹²⁷ Insoweit wird auf das Fehlen der eingriffsbedingten Rechtsgutsbeeinträchtigung verwiesen, welche im Rahmen von §§ 223, 229 StGB allein in einer Beeinträchtigung der biologisch-körperlichen Gesundheit liege.¹²⁸

bb. Mißglückte Behandlung

Bei fehlgegangener Behandlung finden sich unterschiedliche dogmatische Begründungsansätze: Nach einer Auffassung soll der Verletzungsvorsatz regelmäßig durch den auf die Rettungsabsicht bzw. den Heilungserfolg gerichteten Willen verdrängt werden.¹²⁹ Die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit soll an der Einhaltung der durch die

Teil/1, 161; Heimberger, in: Festschrift Frank, Bd. I, 389, 402; ders., Strafrecht und Medizin, 1899, 43 ff., 52 ff.; Hirsch, LK-StGB, vor § 223 Rn. 1, 3; Arthur Kaufmann, ZStW 73 (1961), 341, 372 ff.; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht Bes. Teil/1, 29 (soweit der Eingriff *lege artis* vorgenommen wurde); Otto, Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte, 64; Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, I. Band, AT, 103 (bei fehlender Einwilligung: Freiheitsdelikt, 104); Siegert, Grundzüge des Strafrechts, 114 f.; Stooß, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, 6 ff.; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 289.

¹²⁵ Bockelmann, JZ 1962, 525, 529; Heimberger, Arzt und Recht, 56; Hirsch, LK-StGB, vor § 223 Rn. 3; Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, Allg. Teil, 103 f.; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 289; differenzierend Beling, ZStW 44 (1924), 220, 233.

¹²⁶ Heimberger, in: Festschrift Frank, Bd. I, 402; ders., Strafrecht und Medizin, 39 ff.

¹²⁷ So Beling, Lehre vom Verbrechen, 155; ders., ZStW 44 (1924), 220, 228; Bockelmann, JZ 1962, 525, 527; Gössel, Strafrecht Bes. Teil/1, 161; Kaufmann, Arthur, ZStW 73 (1961), 341, 372 f.; Kohlrausch, ZStW 52 (1932), 389 f.

¹²⁸ Bockelmann, Niederschriften, 191; ähnlich Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, 103.

¹²⁹ Bockelmann, Strafrecht Bes. Teil/2, 59; Gallas, Niederschriften 197; Heimberger, Strafrecht und Medizin, 61 f.; Hirsch, LK-StGB, vor § 223 Rn. 1, 3, 5; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 289; diff. Gössel, Strafrecht Bes. Teil, 161 f., welcher bei mißlungenem Eingriff der Einwilligung tatbestandsausschließende Wirkung zumißt bzw. den Vorsatz entfallen läßt. I.E. auch Schmidhäuser, Strafrecht Bes. Teil, 1/5, ohne Rücksicht auf die Einwilligung des Betroffenen, wenn die Heilbehandlung auf Lebenserhaltung oder

lex artis vorgegebenen Sorgfaltspflichten¹³⁰ scheitern. Nach anderer Ansicht ergibt sich die Straflosigkeit des Heileingriffs aus allgemeinen dogmatischen Erwägungen. Zur Begründung wird auf das Fehlen des Handlungsunwerts beim ordnungsgemäß durchgeführten Heileingriff verwiesen bzw. darauf, daß sich das körperverletzende bzw. den Tod herbeiführende Handeln des Arztes im Rahmen des erlaubten Risikos bewege bzw. sozialadäquat sei.¹³¹ Schließlich findet sich die Auffassung, die Tat sei durch Einwilligung gerechtfertigt.¹³²

c. *Modifizierte Erfolgstheorie*

Die wesentlich von Eser geprägte modifizierte¹³³ Erfolgstheorie stellt die Verletzung materialer Körperinteressen in den Vordergrund ihrer Betrachtungen. Im Falle der bloßen Heilung liege der Tatbestand der §§ 223, 229 StGB - von groben Verstößen gegen die lex artis abgesehen¹³⁴ - mangels Erfolgsunwert nicht vor - und zwar unabhängig von einem Einverständnis des Patienten sowie der Einhaltung der lex artis. Die mögliche Verletzung des Selbstbestimmungsrechts sei allenfalls über die Normen zum Schutze der Freiheit und der Ehre sanktioniert. Sind mit dem gelungenen, zu einer Gesundheitsverbesserung führenden Heileingriff hingegen wesentliche Substanzveränderungen verbunden, wie die Amputation von Gliedmaßen oder die Aufhebung körperlicher Funktionen, entfalle der Erfolgsunwert nur bei Vorliegen des - im Hinblick auf das nun tangierte körperbezogene Selbstbestimmungsrecht erforderlichen - Einverständnisses des Betroffenen.¹³⁵ Beim mißlungenen Eingriff be-

ungefährliche Lebenserleichterung ausgerichtet ist; bei der auf Lebenserleichterung ausgerichteten, lebensgefährdenden Heilbehandlung soll aber eine Einwilligung erforderlich sein; verwandt Beling, ZStW 44 (1924), 220, 240 (selbst bei riskanten Operationen soll der Vorsatz entfallen, wenn das Risiko des Mißlingens gering ist. Bei Einwilligung des Verletzten wird aber Rechtfertigung angenommen). Ähnlich Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, 104.

¹³⁰ Hirsch, LK-StGB, vor § 223 Rn. 5; ders., in: Gedächtnisschrift Zipf, 353, 355; Katzenmeier, ZRP 1997, 156, 157.

¹³¹ So Arthur Kaufmann, ZStW 73 (1961), 341, 373; Welzel, ZStW 58 (1939), 491, 518 ff. Ähnlich BGHR § 223 Abs. 1 Heileingriff 4 unter Hinweis auf eine mögliche Einschränkung strafrechtlicher Haftung aufgrund des Schutzzweckszusammenhangs.

¹³² Frank, Strafgesetzbuch, Bd. 2, Rn. 3 vor § 223.

¹³³ Vgl. Eser, ZStW 97 (1985), 1, 5; ders., in: Schönke/ Schröder, StGB, § 223 Rn. 32; Krauß, in: Festschrift Bockelmann, 557, 561, 573 ff.; Mayer, Strafrecht Allg. Teil, 170 ff.; in der Argumentation verwandt Schröder, NJW 1961, 951, 953. Auf den Erfolg abstellend Hardwig, GA 1965, 161 ff.

¹³⁴ Eser, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 223 Rn. 32.

¹³⁵ Eser, a.a.O., § 223 Rn. 33.

wirke das Einverständnis die Sozialadäquanz des *lege artis*, zu Heilzwecken indizierten und vom Heilungswillen getragenen Eingriffs und damit dessen Tatbestandslosigkeit.¹³⁶ Gleich der erfolgsunabhängigen Theorie will Eser bei der Beurteilung, ob der Eingriff medizinisch indiziert war und *lege artis* durchgeführt wurde, auf den Zeitpunkt des Eingriffs abstellen. Denn anderenfalls stehe der Arzt unter einem erheblichen Erfolgsrisiko, wodurch er in seiner Entschlußkraft gehemmt sein könnte.¹³⁷

d. Die zweispurige Lösung

Schließlich vertritt Horn¹³⁸ eine zweispurige Lösung. Ausgehend von dem körperbezogenen Selbstbestimmungsrecht sowie der körperlichen Unversehrtheit als doppeltem Schutzgut von § 223 StGB, soll jede unmittelbare, physische Einwirkung auf den Organismus eines anderen - und damit auch die ärztliche Behandlung zu Heilzwecken - den objektiven Tatbestand der körperlichen Mißhandlung erfüllen, soweit sie unter Mißachtung des Selbstbestimmungsrechts erfolgt.¹³⁹ Da das Selbstbestimmungsrecht nicht quantifizierbar sei, schließt Horn die Anwendung von Qualifikationstatbeständen unter dem Gesichtspunkt der Mißhandlung aus.¹⁴⁰ Liege eine wirksame Einwilligung vor, komme eine körperliche Mißhandlung nicht in Betracht, selbst wenn dem Operateur Fehler unterliefen. Dieser Vorgang sei aber Gegenstand eigenständiger strafrechtlicher Würdigung.

Ist der Eingriff aus *ex-ante*-Sicht medizinisch indiziert und *lege artis* durchgeführt, so sei selbst im Falle der Substanzverletzung keine Gesundheitsschädigung gegeben. Fehle eine der Voraussetzungen, liege eine Gesundheitsschädigung im Sinne von § 223 StGB nur bei Verschlechterung des durch Saldierung des tatsächlichen und des ohne Heilbehandlung hypothetisch ermittelten Gesamtzustandes des Patienten vor.¹⁴¹

¹³⁶ Vgl. Eser, Juristischer Studienkurs III, 90 f.

¹³⁷ Eser, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 223 Rn. 36; ders., Juristischer Studienkurs III, 90.

¹³⁸ Horn, SK-StGB, § 223 Rn. 39, 42 ff.; ähnlich Bottke, Suizid und Strafrecht, 152 ff.

¹³⁹ Ähnlich Joecks, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, vor § 223 Rn. 19 ff.

¹⁴⁰ Horn, SK-StGB, § 223 Rn. 38.

¹⁴¹ Horn, a.a.O., § 223 Rn. 35 ff.; Bottke, Suizid und Strafrecht, 148 ff., lehnt den Saldierungsgedanken aufgrund der subjektiven Ausrichtung des Rechtsgutes „Gesundheit“ ab.

III. Fazit

Als Fazit aus diesen unterschiedlichen Auffassungen zu der strafrechtlichen Bewertung des ärztlichen Heileingriffs ist festzuhalten, daß die Rechtsprechung - trotz ihrer seit über 100 Jahren in der Grundaussage unverrückbaren Ansicht - im Bereich der strafrechtlichen Arzthaftung keine überwiegende Akzeptanz in der Rechtswissenschaft und der medizinrechtlichen Praxis gefunden hat. Das Schrifttum bietet unterschiedliche Lösungswege und Denkmodelle an, wobei dem Vorgehen *lege artis*, der Wahrung der Entscheidungsautonomie des Patienten und dem (Miß)-Erfolgskriterium unterschiedliches Gewicht beigelegt wird.

Ob zur Lösung dieses arztstrafrechtlichen ‚Sonderproblems‘ sinnvollerweise nur der Gesetzgeber aufgerufen ist oder ob das geltende Strafrecht selbst genügende Vorgaben bereithält, ist im folgenden zu diskutieren. Hierbei ist das Augenmerk darauf zu richten, daß die Schaffung neuer Straftatbestände nur angezeigt ist, wenn das geltende Recht keine zureichenden Lösungen bietet. Denn der lebendige und damit nicht nur formal vorhandene Normbestand ist ein Gut der Rechtsgemeinschaft, das nicht ohne zwingenden Grund Veränderungen preisgegeben werden sollte - zumal das von etlichen Stimmen geforderte Tätigwerden des Gesetzgebers¹⁴² nicht nur privilegierenden, sondern als Sonderstrafrecht für Ärzte durchaus auch diskriminierenden Charakter entfalten kann.¹⁴³

¹⁴² Hirsch, in: Gedächtnisschrift Zipf, 353 ff.; Schroeder, Besondere Strafvorschriften gegen Eigenmächtige und Fehlerhafte Heilbehandlung, 37 ff.; Ulsenheimer, in: Laufs/Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 138 Rn. 10.

¹⁴³ Krauß, in: Festschrift Bockelmann, 557, 576, welcher in der Zurückhaltung des Gesetzgebers kein ‚kriminalpolitisches Unglück‘ sieht.

§ 4 Begriff der Heilbehandlung

Die kontroversen Standpunkte zur strafrechtlichen Qualifikation der ärztlichen Heilbehandlung, zum Stellenwert der Patientenautonomie sowie zu den gleichermaßen betroffenen Ärzteinteressen verdeutlichen deren Brisanz. Ehe sich die Untersuchung den durch die geltenden Strafgesetze vorgezeichneten Wegen zuwendet, sind die Begriffe der Heilbehandlung bzw. des Heileingriffs als Dreh- und Angelpunkte der dargelegten strafrechtlichen Diskussion zu präzisieren. Denn - von wenigen Ausnahmen abgesehen¹⁴⁴ - knüpfen sowohl die im Schrifttum vertretenen Tatbestandslösungen als auch etliche Reformvorschläge zu einer strafrechtlichen Sonderregelung der Heilbehandlung die restriktive Interpretation der Körperverletzungsdelikte an das Vorliegen einer auf Heilung ausgerichteten Behandlung bzw. Intervention. Auch der Rechtsprechung liegt - wenngleich eher stillschweigend - diese Prämisse zugrunde.

I. Die Heilbehandlung in den Reformvorschlägen

Die seit Beginn des 20. Jahrhunderts zahlreich formulierten Reformvorschläge zu einem Straftatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung beschreiben zum Teil detailliert unterschiedliche Begriffsinhalte des Heileingriffs bzw. der Heilbehandlung. Der Frage, was unter den jeweiligen Begriffen verstanden wurde, kann am sinnvollsten nachgegangen werden, wenn zugleich in knappem Überblick die bisherigen Gesetzesvorhaben seit dem Beginn des 20. Jahrhunderts dargestellt werden:

Der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch aus dem Jahre 1909¹⁴⁵ verzichtete ebenso wie das RStGB aus dem Jahre 1871 und das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund¹⁴⁶ auf eine ausdrückliche Regelung ärztlicher Eingriffe.

¹⁴⁴ So sprechen sich z.B. Engisch, in: Stich/ Bauer (Hrsg.), Fehler und Gefahren bei chirurgischen Operationen, 1521 ff., 1536; Kohlhaas, Medizin und Recht, 113 ff.; Horn, SK-StGB, § 226a Rn. 20; Paeffgen, NK-StGB, § 226a Rn. 37 - wenngleich mit unterschiedlichen Anforderungen im Hinblick auf die Aufklärungspflicht - für die Gleichbehandlung von kosmetischem Eingriff und Heileingriff aus.

¹⁴⁵ Beratungen zum Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Begründung 658 f.; Ebermayer, Der Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches, 18 f.

¹⁴⁶ Vgl. Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, I. Leg. periode - Session 1870, Zweiter Band, 34. Sitzung, 661 ff.

Erstmals im Jahre 1911 findet sich in § 279¹⁴⁷ Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches der Gedanke, die von einem Heilzweck getragene eigenmächtige ärztliche Behandlung aus dem Anwendungsbereich der Körperverletzungsdelikte auszugliedern. Dieser von Kahl, Lilienthal, Liszt und Goldschmidt erarbeitete Gegenentwurf beruhte - entsprechend dem Vorbild von § 325 des österreichischen Vorentwurfs¹⁴⁸ - auf der Intention, die Strafbarkeit eines zu Zwecken der Heilbehandlung oder zu anderen gleichwertigen Zwecken unter Beachtung der Regeln der ärztlichen Kunst und Wissenschaft durchgeführten ärztlichen Eingriffs nicht nach dem Tatbestand der Körperverletzung zu bewerten, selbst wenn der Patient hierzu nicht eingewilligt hatte.¹⁴⁹

Der Entwurf eines Strafgesetzbuches aus dem Jahre 1919 bedrohte in § 313¹⁵⁰ als erster amtlicher deutscher Entwurf die eigenmächtige Heilbehandlung mit Strafe.¹⁵¹ In Übereinstimmung mit § 279 GE ging auch dieser Entwurf davon aus, daß eine gemäß den Regeln der ärztlichen Kunst vorgenommene Behandlung niemals eine Körperverletzung sein könne.¹⁵² Einer Einwilligung des Patienten bedurfte es danach nur, um einen Eingriff in seine Willensfreiheit und damit die Strafbarkeit wegen eigenmächtiger Heilbehandlung, § 313 E 1919, zu vermeiden.¹⁵³ Unter einer Behandlung zu Heilzwecken wurde allein die nach den Regeln der ärztlichen Kunst vorgenommene verstanden.¹⁵⁴ Hierunter sollte auch die Behandlung zur Beseitigung

¹⁴⁷ § 279 „Eigenmächtige ärztliche Behandlung“, war mit folgendem Wortlaut gefaßt: „Wer einen anderen gegen seinen ausdrücklichen oder nach den Umständen zu vermutenden Willen ärztlich behandelt, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu fünftausend Mark bestraft. Ist ein Dritter zur Sorge für die Person des Behandelten berechtigt, so ist der Wille des Berechtigten maßgebend.“

¹⁴⁸ Bockelmann, ZStW 93 (1981), 105, 122.

¹⁴⁹ Die Vornahme wissenschaftlicher Versuche sollte aber vom Anwendungsbereich des § 279 GE ausgenommen werden, vgl. Begründung zum Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches, 264 f.

¹⁵⁰ § 313 „Eigenmächtige Heilbehandlung“ lautete wie folgt: „(1) Wer einen anderen gegen seinen Willen zu Heilzwecken behandelt, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Die Strafe tritt auch dann ein, wenn der Täter fahrlässig angenommen hat, daß der andere mit der Behandlung einverstanden war. (3) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt. Der Antrag kann zurückgenommen werden. (4) In besonders leichten Fällen kann von Strafe abgesehen werden.“

¹⁵¹ Nathan, ZStW 43 (1922), 451, 453.

¹⁵² Denkschrift zu dem Entwurf von 1919, in: Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 238.

¹⁵³ Denkschrift, aaO, 259.

¹⁵⁴ Bei schuldhafter Außerachtlassung sollte der Straftatbestand der Körperverletzung freilich anwendbar sein.

von Körperfehlern, wie Schielen und Leberflecken fallen; Versuche, mit welchen jemand krank oder kränker gemacht wird, um an ihm neue Heilverfahren oder Heilmittel zu erproben, sollten nicht erfaßt sein.¹⁵⁵ Gustav Radbruch hingegen stellte in seinem Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches aus dem Jahre 1922 fest, daß ärztliche Eingriffe und Behandlungsweisen, die der Übung eines gewissenhaften Arztes entsprechen, keine Körperverletzungen oder Mißhandlungen sind, § 235.¹⁵⁶ Die Übung eines gewissenhaften Arztes sollte zugleich Maßstab dafür sein, ob die Operation indiziert und kunstgerecht war und inwieweit sie der Einwilligung des Patienten bedurfte.

Die amtlichen Entwürfe eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches aus den Jahren 1925,¹⁵⁷ 1927, 1933/34, 1935/36 sowie 1939¹⁵⁸ folgten teilweise Radbruchs Ansicht. So wurde in § 238 E 1925 unter der Überschrift „Ärztliche Eingriffe“ folgendes bestimmt: „Eingriffe und Behandlungsweisen, die der Übung eines gewissenhaften Arztes entsprechen, sind keine Körperverletzungen oder Mißhandlungen im Sinne des Gesetzes.“¹⁵⁹

Hinter dem Maßstab ‚des gewissenhaften Arztes‘ verbarg sich dreierlei: der Eingriff mußte nach den Regeln der ärztlichen Wissenschaft angezeigt sein, kunstgerecht durchgeführt werden und vom Standpunkt der ärztlichen Ethik aus statthaft erscheinen. Diese neutral gehaltene Formulierung wollte es Rechtsprechung und Schrifttum überlassen, ob die übungsgemäße ärztliche Handlung bereits nicht vom Tatbestand der Körperverletzungsdelikte umfaßt sein oder nur die Rechtswidrigkeit ausschließen sollte. Radbruch sprach sich jedoch dafür aus, § 238 als Unrechtsausschließungsgrund zu verstehen. Er begründete seine Ansicht damit, daß die Einhaltung der ärztlichen Übung auch daran zu messen sein sollte, ob die Operation

¹⁵⁵ Vgl. Denkschrift, aaO, 235 ff., 259 ff.

¹⁵⁶ § 235 „Ärztliche Eingriffe“ hatte folgenden Wortlaut: „Eingriffe und Behandlungsweisen, die der Übung eines gewissenhaften Arztes entsprechen, sind keine Körperverletzungen oder Mißhandlungen im Sinne dieses Gesetzes.“

¹⁵⁷ Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, 1925.

¹⁵⁸ Texte vgl. Regge/ Schubert, Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, Band 1, Entwürfe eines Strafgesetzbuches, 1. Teil.

¹⁵⁹ § 263 E 1927 „Heilbehandlung“ wurde mit folgendem Wortlaut gefaßt: „Eingriffe und Behandlungen, die der Übung eines gewissenhaften Arztes entsprechen, sind keine Körperverletzungen im Sinne dieses Gesetzes.“ § 286 E 1933/34 lautete: „Eingriffe und Behandlungen, die der Übung eines gewissenhaften Arztes entsprechen, sind keine Körperverletzungen, können aber als eigenmächtige Heilbehandlung, (§ 299) bestraft werden.“ Hierzu Mezger, in: Gürtner (Hrsg.), Das kommende deutsche Strafrecht, Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, 270 f.

der Einwilligung des Patienten bedurfte, und daß das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einer Einwilligung nur über die Rechtswidrigkeit entscheiden könne.¹⁶⁰ Soweit die Voraussetzungen des § 238 E 1925 nicht vorlagen, sollte eine Bestrafung wegen Körperverletzung oder Mißhandlung selbst bei Erreichen des Eingriffszwecks in Betracht kommen.¹⁶¹

Zum Schutz der Patientenautonomie finden sich in den Entwürfen von 1927, 1933/34¹⁶² und 1936¹⁶³ ergänzende Vorschriften über eigenmächtige Heilbehandlungen. § 281 Abs. 1 E 1927¹⁶⁴ bedrohte jeden mit Strafe, der einen anderen gegen dessen Willen zu Heilzwecken behandelte. Diese Vorschrift wurde in leicht abgewandelter Form in E 1933/34, E 1935/36 sowie § 436¹⁶⁵ E 1939 übernommen. Nach dem Willen des Reformgesetzgebers sollte der Begriff der ‚Heilzwecke‘ weit ausgelegt werden und damit auch alle künftigen Erkrankungen vorbeugenden Operationen erfassen.¹⁶⁶

¹⁶⁰ Radbruch, in: Aschrott/ Kohlrausch (Hrsg.), Reform des Strafrechts, 301, 316 f.

¹⁶¹ Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, Zweiter Teil; Begründung, 123.

¹⁶² § 299 „Eigenmächtige Heilbehandlung“ besagte: „Wer einen anderen ohne seine Einwilligung zu Heilzwecken behandelt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Haft bestraft. Dies gilt nicht, wenn die Einwilligung des Behandelten ohne ernstliche Gefährdung seines Lebens oder seiner Gesundheit vorher nicht eingeholt werden konnte. Die Tat wird nur auf Verlangen des Behandelten verfolgt.“

¹⁶³ § 439 „Eigenmächtige Heilbehandlung“ war wie folgt gefaßt: „Wer einen anderen ohne seine Einwilligung zu Heilzwecken behandelt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Haft bestraft [...]. Konnte der Täter die Einwilligung nicht einholen, ohne durch den Aufschub das Leben oder die Gesundheit des Behandelten ernst zu gefährden, so ist die Eigenmacht nicht strafbar.“

¹⁶⁴ § 281 „Eigenmächtige Heilbehandlung“ hatte folgenden Inhalt: „Wer jemand gegen dessen Willen zu Heilzwecken behandelt, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. [...] Die Vorschriften der Abs. 1 und 2 finden keine Anwendung, wenn der Behandelnde [...] nach den Umständen außerstande war, die Einwilligung des Behandelten [...] rechtzeitig einzuholen, ohne ihr Leben oder ihre Gesundheit ernstlich zu gefährden [...]. In besonders leichten Fällen kann das Gericht von Strafe absehen.“

¹⁶⁵ § 436 „Eigenmächtige Heilbehandlung“ war wie folgt gefaßt: „Wer einen anderen ohne seine Einwilligung zu Heilzwecken behandelt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Haft bestraft. [...]“ „Konnte der Täter die Einwilligung nicht einholen, ohne durch den Aufschub das Leben oder die Gesundheit des Behandelten ernst zu gefährden, so ist die Eigenmacht nicht strafbar [...].“

¹⁶⁶ Vgl. Heimberger, in: Festgabe Frank, Band 1, 403, 409.

Der Entwurf eines Strafgesetzbuches aus dem Jahre 1960 erklärte unter dem Vierten Titel „Ärztliche Eingriffe und Heilbehandlung“ in § 161 folgendes:

„Eingriffe und andere Behandlungen, die nach den Erkenntnissen und Erfahrungen der Heilkunde und den Grundsätzen eines gewissenhaften Arztes zu dem Zwecke erforderlich sind und vorgenommen werden, Krankheiten oder Leiden zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern, sind nicht als Körperverletzungen strafbar.“

§ 161 E 1960 unterstellte sie vielmehr der Sonderregelung der eigenmächtigen Heilbehandlung, § 162 E 1960.¹⁶⁷ Der Rechtscharakter von § 161 E 1960 - ob Tatbestandsausschluß oder Rechtfertigungsgrund -, sollte ebenso wie in den vorangegangenen Entwürfen nicht vom Gesetz entschieden werden, sondern der Rechtslehre überlassen bleiben.¹⁶⁸ Der dem medizinischen Sprachgebrauch entliehene - in § 9 des Gesetzes zur Bekämpfung von Geschlechtskrankheiten vom 23. Juli 1953 ebenfalls verwendete - Begriff der ‚Behandlung‘ sollte verdeutlichen, daß eine Erkrankung auf seiten des Betroffenen nicht zwingend vorausgesetzt war. Die Heilbehandlung wurde objektiv durch die Erforderlichkeit und subjektiv anhand der Zweckrichtung Vorbeugung, Diagnose, Therapie und Linderung von anderen Vorgehensweisen ohne Heilzweck, wie kosmetischen Operationen, abgegrenzt. Darüber hinaus sollten nur die ärztlich erforderlichen, d.h. die absolut indizierten bzw. therapeutischen, und kunstgerecht durchgeführten Maßnahmen als Heilbehandlung zu verstehen sein. Damit zeigte der Entwurf auf, daß kunstfehlerhaftes Vorgehen keine Heilbehandlung darstellte. Der Begriff der Heilbehandlung in § 162, der Regelung über die eigenmächtige Heilbehandlung, erfaßte im Unterschied zu § 161 E 1960 - auch die nach ärztlichen Grundsätzen nicht angezeigten oder sonst kunstwidrig durchgeführten eigenmächtigen Behandlungen, soweit sie mit der Zielrichtung der Vorbeugung, Diagnose, Therapie und Linderung vorgenommen wurden. Um kenntlich zu machen, daß § 162 gerade auch Fehlbehandlungen erfassen sollte,

¹⁶⁷ § 162 „Eigenmächtige Behandlung“ hatte nachstehenden Inhalt:

„(1) Wer an einem anderen ohne dessen Einwilligung einen Eingriff oder eine andere Behandlung zu dem Zwecke vornimmt, Krankheiten oder Leiden zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Strafhaft bestraft.

(2) Die Tat ist nicht nach Absatz 1 strafbar, wenn damit zu rechnen ist, daß der andere die Einwilligung erteilen würde, diese aber nur bei einem Aufschub der Behandlung eingeholt werden könnte, der ihn in die Gefahr des Todes oder einer schweren Schädigung an Körper oder Gesundheit (§ 14 Abs. 2) bringen würde.

(3) Nimmt der Täter die Voraussetzungen des Absatzes 2 irrig an und ist ihm der Irrtum vorzuwerfen, so wird er mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Strafhaft bestraft.

(4) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt.“

¹⁶⁸ Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1960) mit Begründung, 274 rechte Spalte.

wurde darauf verzichtet, den Begriff ‚Heilbehandlung‘ im Text zu erwähnen.¹⁶⁹ Der überarbeitete Entwurf aus dem Jahre 1962 änderte in § 161 das Merkmal „erforderliche“ in „angezeigte“ Eingriffe und Behandlungen ab. Damit wurde klargestellt, daß alle medizinisch indizierten, mithin nicht nur die notwendigen, sondern auch die vorsorglichen Behandlungen von den Heilzwecken umfaßt sein sollten.¹⁷⁰ In Ergänzung zur Regelung des E 1960 zählte § 161 E 1962 die Bezugspunkte der Heilbehandlung abschließend auf. So wurden in Anlehnung an das am 16. Mai 1961¹⁷¹ in Kraft getretene Arzneimittelgesetz Krankheiten, Leiden, aber auch Körperschäden und körperliche Beschwerden genannt. Die untechnische Definition der Heilbehandlung in § 162 E 1962 wurde von der des § 162 E 1960 - abgesehen von der Erweiterung des Gegenstandes - unverändert übernommen.¹⁷²

¹⁶⁹ Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1960 mit Begründung, 179 rechte Spalte.

¹⁷⁰ Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 mit Begründung, 298 linke Spalte.

¹⁷¹ BGBl I, 533.

¹⁷² § 162 „Eigenmächtige Behandlung zu Heilzwecken“ lautete:

„(1) Wer an einem anderen ohne dessen Einwilligung einen Eingriff oder eine andere Behandlung vornimmt, um Leiden, Körperschäden, körperliche Beschwerden oder seelische Störungen zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren, mit Strafhaft oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Die Tat ist nicht nach Absatz 1 strafbar, wenn die Einwilligung nur bei einem Aufschub der Behandlung eingeholt werden könnte, der den Betroffenen in die Gefahr des Todes oder einer schweren Schädigung an Körper und Gesundheit (§§ 147 Abs. 2) brächte, und die Umstände nicht zu der Annahme zwingen, daß er die Einwilligung versagen würde.

(3) Die Tat ist auch dann nicht nach Absatz 1 strafbar, wenn ein Arzt eine Heilbehandlung (§ 161) an einem anderen vornimmt, ohne daß dieser im Sinne des Absatzes 1 eingewilligt hat, weil er vorher nicht über die für die Einwilligung wesentlichen Umstände voll aufgeklärt worden ist, aber

1. der Betroffene wenigstens eingewilligt hat, daß der Arzt ihn überhaupt in Behandlung nimmt und, wenn ein Eingriff vorgenommen werden soll, überhaupt einen Eingriff vornimmt,

2. die Behandlung nach den Erkenntnissen und Erfahrungen der Heilkunde erforderlich ist, um die Gefahr des Todes oder einer schweren Schädigung an Körper oder Gesundheit (§ 147 Abs. 2) von ihm abzuwenden,

3. eine volle Aufklärung den Betroffenen seelisch so schwer belasten würde, daß dadurch der Behandlungserfolg voraussichtlich erheblich beeinträchtigt würde, und

4. die Umstände nicht zu der Annahme zwingen, daß er bei voller Aufklärung die Einwilligung versagen würde.

(4) Handelt der Täter in der irrigen Annahme, daß die Voraussetzungen des Absatzes 2 oder 3 vorliegen, und ist ihm der Irrtum vorzuwerfen, so wird er mit Gefängnis bis zu zwei Jahren, mit Strafhaft oder mit Geldstrafe bestraft.

(5) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt. Stirbt der Verletzte, so geht das Antragsrecht

Der Alternativentwurf¹⁷³ aus dem Jahre 1970 stellte unter dem Titel „Straftaten gegen die persönliche Freiheit“ den eigenmächtigen Heileingriff, § 123,¹⁷⁴ unter Strafe. Damit wurde zugleich der sachgerechte Eingriff aus dem Tatbestand der Körperverletzung herausgenommen.¹⁷⁵

§ 123 AE beschränkte die Tathandlung bewußt auf Heileingriffe und damit auf hautverletzende wie auch körperliche Funktionen verändernde Behandlungen. Die gleichzeitige Bezugnahme auf die Erkenntnisse und Erfahrungen der ärztlichen Heilkunde hatte den Sinn, die Sonderregelung auf den *lege artis*, zur Erhaltung sowie Wiederherstellung der Gesundheit vorgenommenen Eingriff zu beschränken. Nicht erfaßt werden sollten Eingriffe zu Forschungszwecken oder kosmetische Operationen. Im Hinblick auf die Beachtung der *lex artis* genügte es, wenn der Arzt vermeintlich von der Einhaltung dieser Voraussetzung ausging.

Die jüngste Definition der Heilbehandlung des Reformgesetzgebers findet sich in §§ 229¹⁷⁶ E 1996. Heilbehandlung ist hier die Umschreibung für den an einer anderen Person vorgenommenen körperlichen Eingriff oder eine andere deren körperliche Integrität oder deren Gesundheitszustand nicht nur unwesentlich beeinflussende Behandlung, um bei ihr oder ihrer Leibesfrucht vorhandene oder künftige körperliche oder seelische Krankheiten, Schäden, Leiden, Beschwerden oder Störungen zu erkennen, zu heilen, zu lindern oder ihnen vorzubeugen. Ausdrücklich ausgeklammert wird die Behandlung zu anderen Zwecken, wie z.B. die allein zum Zwecke der

nach § 121 Abs. 2 auf die Angehörigen über.“

¹⁷³ Vgl. Baumann u.a., Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, Erster Halbband, 1970.

¹⁷⁴ § 123 „Eigenmächtiger Heileingriff“ besagte: „(1) Wer ohne Einwilligung an einem anderen einen Heileingriff vornimmt und dabei nach den Erkenntnissen und Erfahrungen der ärztlichen Heilkunde handelt oder zu handeln glaubt, wird mit Geldstrafe bis zu einem Jahr bestraft. (2) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt. Stirbt der Verletzte, so geht das Antragsrecht auf die Angehörigen über. (3) Die Tat ist nicht strafbar, wenn die Einwilligung nur bei einem Aufschub der Behandlung eingeholt werden könnte, der den Betroffenen in die Gefahr des Todes oder einer schweren Körperverletzung brächte, und die Umstände nicht zu der Annahme zwingen, daß er die Einwilligung versagen würde. (4) Die Einwilligung ist nur wirksam, wenn der Einwilligende über Art, Tragweite und solche mögliche Folgen der Behandlung aufgeklärt worden ist, die für die Entscheidung eines verständigen Menschen ins Gewicht fallen können. Die Aufklärung kann unterbleiben, soweit sie die ernste Gefahr einer erheblichen Beeinträchtigung der Gesundheit oder des seelischen Zustandes begründen würde.“

¹⁷⁵ Baumann u.a., Begründung zum Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Erster Halbband, 78 f.

¹⁷⁶ Der Wortlaut von § 229 „Eigenmächtige Heilbehandlung“ findet sich in § 21 Punkt III. der Abhandlung.

Verwirklichung eines Gebührentatbestandes vorgetäuschte Heilbehandlung oder die ausschließlich zu experimentellen Zwecken durchgeführte Behandlung.¹⁷⁷ In Ergänzung zu § 229 E 1996 stellte § 230 E 1996 die fahrlässig fehlerhafte Behandlung unter Strafe.¹⁷⁸

II. Zwischenfazit

Die Begriffe ‚Heilbehandlung‘ sowie ‚Heileingriff‘ werden in den Reformvorschlägen keineswegs einheitlich verwendet. Ausgehend von einer weitgehenden Einmütigkeit hinsichtlich der Zweckrichtung, Krankheiten oder Leiden zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern, finden sich hinsichtlich der Art und Weise sowie der Intensität des geforderten medizinischen Vorgehens unterschiedlichste Ansätze. Während die engste Vorschrift nur Eingriffe und damit von außen kommendes Eindringen in den Körper erfassen wollte, dehnten andere das ärztliche Vorgehen auf non-invasive Behandlungen aus. So nannten z.B. § 235 Radbruch-Entwurf, E 238 E 1925, § 263 E 1927, § 161 E 1962 Eingriffe und Behandlungen alternativ. § 123 AE hingegen wählte den Begriff des ärztlichen Eingriffs bewußt in Abgrenzung zum weiten Merkmal der Behandlung.¹⁷⁹ § 229 E 1996 hingegen stellt die Eingriffe als unmittelbare Einwirkungen auf den Körper des Patienten den sonstigen Behandlungen mit ähnlicher Intensität gleich.¹⁸⁰ § 279 GE und § 313 E 1919 dagegen beziehen sich allein auf die Behandlung, wobei sich aus der Begründung ergibt, daß diese als übergeordneter Begriff verstanden wird, mithin den Eingriff erfassen sollen.¹⁸¹ Die Frage, ob überhaupt und wenn ja, welche Regeln der ärztlichen Behandlung das Gepräge einer Heilbehandlung verleihen, wird gleichermaßen unterschiedlich beantwortet. Zur Betonung des positiven, auf den Körper des Patienten hin orientierten Verhaltens stellten frühere Entwürfe darauf ab, daß die Behandlung objektiv erforderlich und angezeigt sein müsse, wobei als Maßstab die Übung, Erkenntnisse des gewissenhaften Arztes bzw. die Erfolge der Heilkunde galten. Spätere Entwürfe hingegen lassen insoweit Lockerungen erkennen, um neue medizinische Möglichkeiten nicht zwingend unter das Damoklesschwert des Strafrechts zu stellen.

¹⁷⁷ Vgl. Begründung, 93 f.

¹⁷⁸ Näher hierzu § 21 der Abhandlung.

¹⁷⁹ Baumann u. a., Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, 78.

¹⁸⁰ Vgl. Begründung, 135 f. Kritisch hierzu Schroeder, Besondere Strafvorschriften gegen Eigenmächtige und Fehlerhafte Heilbehandlungen? 29 f.

¹⁸¹ Vgl. Denkschrift zu dem Entwurf von 1919, 238.

III. Die im Schrifttum vertretenen Interpretationen

Die im Schrifttum vertretenen Inhaltsbestimmungen der ‚Heilbehandlung‘ bzw. des ‚Heileingriffs‘ gleichen weitestgehend denen der Reformvorschläge. Ausgehend von einer Erkrankung bzw. der Prophylaxe¹⁸² als dem objektiven Bezugspunkt der Heilbehandlung finden sich mannigfaltige Vorschläge im Hinblick auf ihre inhaltlichen Anforderungen. Während überwiegend die Beachtung der *lex artis*¹⁸³ sowie das von Heilungstendenz getragene Verhalten¹⁸⁴ gefordert wird, finden sich vereinzelt darüber hinausgehende Einschränkungsansätze.

So wird für erforderlich erachtet, daß der Eingriff nach den Regeln der ärztlichen Wissenschaft für ratsam erklärt wird,¹⁸⁵ zweckdienlich und maßvoll¹⁸⁶ oder vom Standpunkt medizinischen Wissens und ärztlicher Erfahrung aus einwandfrei, mithin indiziert ist.¹⁸⁷ Ärztliche Behandlungen aus rein kosmetischen Gründen, zu experimentellen oder sonstigen nicht heilbehandlungsbezogenen Zwecken werden überwiegend aus dem Begriff der Heilbehandlung ausgeklammert.¹⁸⁸ Soweit zwischen Heilbehandlung und Heileingriff differenziert wird, wird unter Eingriff die von außen erfolgende Einwirkung auf den Körper verstanden, die mit einem mehr oder minder gewaltsamen Eindringen in den Körper verbunden ist.¹⁸⁹ Neben dem traditionellen Eingriff im Sinne einer Operation sollen nach neuerer Ansicht jedes

¹⁸² Vgl. Stooss, Chirurgische Operationen, 3 ff.

¹⁸³ v. Bar, GS 60 (1902), 95, 102; Ebermayer, Der Arzt im Recht, 150 ff.; Engisch, ZStW 58 (1939), 1 ff.; Heimberger, in: Festschrift Frank, Band 1, 389, 403 f.; Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 69 f.; Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, § 223 Rn. 9 ff.

¹⁸⁴ Für die subjektive Heilungstendenz sprechen sich u.a. aus: v. Bar, GS 69 (1902), 95, 102; Binding, Strafrecht Bes. Teil/1, 57; Boiger, Der ärztliche Heileingriff in strafrechtlicher Sicht unter Berücksichtigung des minderjährigen Patienten, 8; Ebermayer, Der Arzt im Recht, 150 ff.; Engisch, ZStW 58 (1939), 1 ff.; Horn, SK-StGB, § 223 Rn. 31 ff. Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 69 f., verweist freilich auf die Notwendigkeit einer objektiven Tendenz.

¹⁸⁵ Vgl. v. Bar, GS 60 (1902), 95, 102.

¹⁸⁶ Binding, Strafrecht Bes. Teil/1, 57.

¹⁸⁷ Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 69 f.

¹⁸⁸ Vgl. statt vieler Gössel, Strafrecht Bes. Teil, 164 f.; Hirsch, in: Gedächtnisschrift Zipf, 353, 371; Wessels/ Hettinger, Strafrecht Bes. Teil/1, Rn. 330. Kritisch im Hinblick auf die Abgrenzung von Heilbehandlung und kosmetische Operationen Freund, ZStW 109 (1997), 455, 476.

¹⁸⁹ So Engisch, ZStW 58 (1939), 1 f.; kritisch Goller, Der einverständlich vorgenommene, sachgerechte, aber erfolglos gebliebene ärztliche Heileingriff, 6 ff., wonach unter dem Oberbegriff des Heileingriffs „jede von außen auf das Gefüge oder die Funktion des menschlichen Körpers zur Einwirkung angesetzte medizinische Maßnahme“ verstanden werden soll, um alle ärztliche Maßnahmen mit Verletzungserfolg zu erfassen.

Durchstoßen der Haut sowie sonstige Einwirkungen auf den Körper, die innere Auswirkungen zeigen mit umfaßt sein. Exemplarisch sind zu nennen thermische, radioaktive oder auch medikamentöse Einwirkungen, aber auch Repositionen von ausgerenkten Körperteilen oder Nierensteinzertrümmerung mittels Ultraschall.¹⁹⁰

IV. Die Heilbehandlung in der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung deutet jeden medizinischen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit zunächst als tatbestandliche Körperverletzung, dessen Unrecht erst im Rahmen der Rechtswidrigkeitsprüfung durch die Einwilligung des Patienten aufgehoben werden kann. Demzufolge mißt sie dem Begriff der Heilbehandlung nur am Rande Bedeutung zu. So verweist der BGH darauf, daß ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit auch dann eine Körperverletzung darstelle, wenn er durch einen Arzt in heilender Absicht erfolge und objektiv als Heilmaßnahme geeignet sei.¹⁹¹ Gleich dem Schrifttum betrachtet der BGH ärztliche Behandlungen, die wie Sterilisation oder kosmetische Operationen anderen als Heilzwecken dienen, nicht als Heilbehandlung.¹⁹²

V. Zusammenfassung

Die Übersicht zeigt anschaulich, daß eine abschließende Interpretation der Begriffe Heilbehandlung und Heileingriff bis heute nicht gelungen ist. Abgesehen davon, daß die Bezeichnungen ‚Behandlung‘ und ‚Eingriff‘ in unterschiedlichster Weise verwendet wurden, verdeutlichen die heutigen ärztlichen Behandlungsformen, daß insbesondere der ‚ärztliche Eingriff‘ eine grundlegende Bedeutungserweiterung erfahren hat. Eine sachliche Beschränkung auf invasive, chirurgische Eingriffe ist nicht mehr zeitgemäß. Den vielgestaltigen Erscheinungsformen operativer und non-invasiver Verfahren entspricht es vielmehr, wenn sie unter dem Oberbegriff der ‚ärztlichen Behandlung‘ zusammengefaßt werden. Diese weite Begriffsbestimmung erfaßt blutige Eingriffe ebenso wie Laserbehandlungen, minimal-invasive Verfahren, Strahlenbehandlungen, Chemotherapien, das Verabreichen von Medikamenten und

¹⁹⁰ Boiger, Der ärztliche Heileingriff in strafrechtlicher Sicht unter besonderer Berücksichtigung des minderjährigen Patienten, 9 f.; Hartmann, Eigenmächtige und fehlerhafte Heilbehandlung, 24.

¹⁹¹ Vgl. BGH NJW 1972, 335 f.

¹⁹² Vgl. BGH NJW 1978, 1206.

vieles andere mehr. Von diesem Problemkreis abgesehen, weisen die Definitionen manche Übereinstimmung auf. So prägen überwiegend objektive wie subjektive Elemente die Begriffe Heilbehandlung und Heileingriff. Objektiver Bezugspunkt war in den früheren Gesetzesentwürfen¹⁹³ das Vorhandensein einer Krankheit bzw. eines sonstigen Körperfehlers, wie Schielen, Entstellungen oder Körpermale. Eine Ausweitung auf Körperschäden, körperliche Beschwerden sowie seelische Störungen findet sich erstmalig im Entwurf aus dem Jahre 1962. Demgegenüber stellten die Regelungen zum Schutz vor eigenmächtigen ärztlichen Eingriffen auf die Heilten-
denz ab. Die objektiven Maßstäbe der in der Literatur durch Stooss bereits im Jahre 1898,¹⁹⁴ in den Reformvorschlägen erst seit dem Entwurf von 1960 auf Diagnose, Therapie, Linderung und Prophylaxe präzisierten Heilbehandlung weichen im Detail voneinander ab. So wird gefordert, daß sie objektiv angezeigt,¹⁹⁵ zweckdienlich und maßvoll,¹⁹⁶ erforderlich,¹⁹⁷ gemäß den Regeln der ärztlichen Kunst oder der Übung eines gewissenhaften Arztes,¹⁹⁸ den Erkenntnissen und Erfahrungen der Heilkunde vorgenommen sein müssen. Einigkeit besteht jedoch darüber, daß eine Handlung nicht schon zur Heilbehandlung wird, wenn die genannten Voraussetzungen vorliegen. Vielmehr muß der ärztlich Tätige zumindest in Kenntnis der konkreten Heilbehandlung und aufgrund der ihm dadurch verliehenen Befugnisse handeln. Ob einschränkende Vorgaben wie die medizinische Indikation und die Heilabsicht erforderlich sind, um das ärztliche Handeln von pönalisierten Körperverletzungen abzugrenzen, erscheint mit Blick auf die vielfältigen Situationen, in denen ärztliches Handeln zu beurteilen ist, sehr fraglich. Die Durchführung hochkomplizierter kosmetischer Operationen, aber auch die Organspende unter Lebenden, die Blut- und Knochenmarksspende und nicht zuletzt die Situationen, in denen der Arzt entsprechend dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des Patienten, wie im „Peterle-Fall“,¹⁹⁹ Reanimationsmaßnahmen unterläßt, bedingen ein ärztliches Verhalten, das durch das Interesse am selbstbestimmten körperlichen wie gesundheitlichen Wohlergehen des Patienten und zugleich durch ein ständig an die neuste

¹⁹³ Vgl. § 279 GE; E 1919 § 313; E 1925 § 238; E 1927 § 263; E 1933/34 § 286; E 1935/36 § 423; E 1939 § 424 sowie E 1960, § 161.

¹⁹⁴ Vgl. Stooss, Chirurgische Operationen, 3 ff.

¹⁹⁵ Vgl. § 161 E 1962.

¹⁹⁶ Binding, Strafrecht Bes. Teil/I, 57.

¹⁹⁷ Vgl. § 161 E 1960.

¹⁹⁸ Vgl. § 238 E 1925; § 263 E 1928; § 286, E 1933/34; § 423 E 1935/36 § 424 sowie E 1939.

¹⁹⁹ BGH NJW 1984, 2639. Näheres unter § 14 Punkt V. 4 b.cc. der Abhandlung.

Entwicklung angepaßtes technisch perfektioniertes Vorgehen geprägt ist.²⁰⁰ Neben dem Patientenwillen bestimmen der medizinische Zweck, Fachwissen, Erfahrung und damit das Vorgehen *lege artis* das Handeln des Arztes. Ein Heilkontext ist in diesem Rahmen nur eine hinreichende, nicht aber zwingende Bedingung, um ärztliches Handeln sowohl in der Ausübung wie in der Zielrichtung vom herkömmlichen Bild der stigmatisierten Körperverletzung zu unterscheiden. Um jedoch endgültig zu diesen Fragenkreis Stellung nehmen zu können - und damit dazu, ob aus heutiger Sicht die Notwendigkeit besteht, die Heilbehandlung oder den Heileingriff als Abgrenzungsmerkmal im Rahmen der strafrechtlichen Haftung für ärztliches Handeln zu normieren²⁰¹ - bedarf es vorab der Offenlegung der hierbei zu beachtenden zentralen Aspekte.

²⁰⁰ Zur ständigen Fortbildungspflicht vgl. § 4 MusterBO für die deutschen Ärztinnen und Ärzte 1997, DÄBl 94 (1997), C 1772 ff., sowie § 4 Berufsordnung der Landesärztekammer Baden-Württemberg vom 14. Januar 1998.

²⁰¹ Vgl. § 11 der Abhandlung.

§ 5 ‚Strafrechtliche Arzthaftung‘ und § 223 StGB

I. Ausgangspunkt der Betrachtung

Ebensowenig, wie im deutschen Zivilrecht der ärztliche Behandlungsvertrag eine spezielle gesetzliche Regelung erfahren hat²⁰², finden sich geltende strafrechtliche Sonderregelungen über die ärztliche Behandlung. Ihre Qualifikation wird vielmehr durch die im Kernstrafrecht angesiedelten Tatbestände der vorsätzlichen wie der fahrlässigen Körperverletzung, unter Umständen aber auch der Tötung bestimmt. Die Delikte gegen die körperliche Unversehrtheit gewinnen Relevanz im Falle fehlerhafter Behandlung sowie der Behandlung ohne wirksame Einwilligung des Patienten, wie z.B. bei ärztlicher Aufklärungspflichtverletzung. Vor diesem Hintergrund bilden die Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit den klassischen Anknüpfungspunkt im strafrechtlichen Arzt Haftungsrecht.

Die folgenden Ausführungen nehmen primär die vorsätzliche Körperverletzung in den Blick - auch wenn der Schwerpunkt strafrechtlicher Verfahren letztendlich auf der fahrlässigen Begehungsweise liegt.²⁰³ Denn ärztliche Eingriffe erfolgen im Regelfall vorsätzlich. § 223 StGB ist namentlich dann Ausgangspunkt strafrechtlicher Prüfung,²⁰⁴ wenn der einzelne Akt, d.h. der Stich oder der Schnitt, für den Tathergang genügt. Diese Maßnahme ergreift der Arzt - wie im übrigen die gesamte Behandlung - bewußt und gewollt. Nimmt er die ernsthafte Möglichkeit, ohne wirksame Einwilligung vorzugehen, in seinen Vorsatz mit auf, bleibt es bei der vorsätzlichen Körperverletzung. Die fahrlässige Körperverletzung hingegen betrifft unterschiedliche Konstellationen: Zum einen, wenn bei der Behandlung die Regeln der ärztlichen Kunst sorgfaltswidrig unberücksichtigt bleiben oder sonst ein Sorgfaltsverstoß im Behandlungsumfeld vorliegt und dieser Umstand nachweislich zu Mißerfolg oder Komplikationen führt. Zum anderen aber auch, wenn der Behandlungsfehler oder die Kausalität zwischen Fehlverhalten und Mißlingen der

²⁰² Unterläuft dem Arzt ein Fehler, so haftet er wegen pVV des Behandlungsvertrages. Daneben steht die ärztliche Haftung aus Delikt, Hager, Staudingers Kommentar zum BGB § 823 Rn. I 6; Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 97 Rn. 9.

²⁰³ Vgl. Ulsenheimer, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 139 Rn. 13.

²⁰⁴ Zur Verurteilung von Ärzten wegen vorsätzlicher Körperverletzung vgl. z.B. BGH MedR 1998, 218 ff., bearb. Granderath; BGH MedR 1998, 326 ff., bearb. Wigge, mit Anm. Jung; BGH MedR 2000, 231 ff., bearb. Tag.

Behandlung nicht nachgewiesen werden kann und damit auf den häufig erhobenen Vorwurf umgeschwenkt wird, die für eine wirksame Einwilligung erforderliche Aufklärung habe nicht vorgelegen.²⁰⁵

Ist damit das Phänomen skizziert, warum es selten zu Verfahren gegen Ärzte wegen vorsätzlicher Körperverletzung kommt, erklärt sich zugleich, daß für die Erkenntnisfrage, ob die ärztliche Behandlung den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt, der ‚Modellfall‘ des Vorsatzdeliktes ausschlaggebend sein muß. Daher ist es unerlässlich, im folgenden die strafrechtlich geschützten Rechts- und Interessensphären der §§ 223, 229 StGB zu durchleuchten, um so die Basis für die Diskussion ‚Ärztliche Behandlung als Körperverletzung?‘ zu schaffen.

II. Körper und Gesundheit im Sinne von §§ 223, 229 StGB

1. Einführende Erläuterungen

Ob sich der Arzt bei Vornahme der Behandlung einer vorsätzlichen - eventuell gemäß § 224 Abs. 1 bzw. § 226 StGB qualifizierten²⁰⁶ - oder fahrlässigen Körperverletzung strafbar macht, hängt davon ab, ob diese Lebenssachverhalte von den genannten Verbotsnormen erfaßt werden. § 223 StGB gibt insoweit rechtliche Auskunft, als das *körperliche* Mißhandeln und/oder das an der *Gesundheit* Schädigen eines Dritten pönalisiert wird. Damit ist als Vorfrage zu klären, welche Inhalte den geschützten Rechtsgütern Körper und Gesundheit in §§ 223, 229 StGB zuzuschreiben sind. Der Frage nach dem geschützten Rechtsgut kommt bei der Auslegung von Straftatbeständen anerkanntermaßen wesentliche Bedeutung zu, da hierdurch die Reichweite des strafrechtlichen Schutzes mitbestimmt wird. Entsprechend hohen Stellenwert hat die Bestimmung der Rechtsgüter zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit.

²⁰⁵ Zum ‚Umschwenken‘ auf die sog. Aufklärungspflichtverletzung in Falle von Beweisschwierigkeiten vgl. Gropp, Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung 1998, 536, 538 sowie die Ausführungen unter § 2 Punkt II. 2. der Abhandlung.

²⁰⁶ Zur gefährlichen Körperverletzung (eine das Leben gefährdende Behandlung) durch medizinisch nicht indizierte Röntgenaufnahmen BGH MedR 1998, 326 ff. mit krit. Anm. Jung; dazu, ob bestimmungsgemäß eingesetzte ärztliche Instrumente gefährliche Werkzeuge sind BGH NJW 1978, 1206 sowie unter § 18 Punkt I. der Abhandlung.

So selbstverständlich Inhalt und Konturen der Tatbestandsmerkmale ‚Körper‘ und ‚Gesundheit‘ auf den ersten Blick erscheinen, so unklar wirken sie bei näherer Betrachtung. Denn Begriffe und Leitbilder entstehen aus dem Wissen und den Wertungen einer mehr oder minder großen Anzahl von Individuen. Normative Termini, wie die Gesundheit²⁰⁷ und - entgegen erstem Anschein auch - der Körper, die alle Menschen betreffen, unterliegen einer Vielzahl abweichender Interpretationen. Daher ergibt sich die Notwendigkeit einer eingehenden Auseinandersetzung mit diesen Begriffen beinahe von selbst. Das gilt auch deshalb, weil seit dem Inkrafttreten von § 223 RStGB im Jahre 1871, der Vorläuferbestimmung des heutigen § 223 StGB, das Gesundheits- wie das Körperverständnis aufgrund der revolutionären medizinischen, aber auch sozialen Entwicklung einen grundlegenden Wandel erfahren hat.

Obleich der mit einem höheren normativen Gehalt ausgestattete Begriff der Gesundheit zunächst diskussionswürdiger anmutet, wäre es verfehlt, den nach objektiv-naturwissenschaftlichen Kriterien bestimmbaren Terminus des menschlichen Körpers und damit verbunden der körperlichen Unversehrtheit zu vernachlässigen. Vielmehr zeigen die aktuellen rechtlichen wie medizinischen Entwicklungen auf dem Gebiet der Transplantation,²⁰⁸ Transfusion²⁰⁹ sowie künstlichen Befruchtung und Humanbioethik²¹⁰ deutlich auf, daß die Diskussion, wann der strafrechtliche Schutz des lebenden menschlichen Körpers beginnt und erlischt, ob er an seiner Außenhaut endet²¹¹ oder sich gar auf vom Körper getrennte Substanzen - wie das kryokonservierte Spermia - erstreckt,²¹² kaum über ihr Anfangsstadium hinaus gelangt ist und wissenschaftlicher Aufarbeitung bedarf. Überdies stehen die Rechtsgüter Körper und Gesundheit nicht zusammenhanglos nebeneinander, sondern müssen aufeinander bezogen als Teile der strafbewehrten Körperverletzung gesehen werden. Im folgenden soll daher der Versuch unternommen werden, die wesentlichen Gedanken zu diesen Begriffen und deren Leitbildprägung darzulegen.

²⁰⁷ Vgl. Haffke, MedR 1990, 243.

²⁰⁸ TPG vom 1.12.1997, BGBl I, 1997 Nr. 74.

²⁰⁹ Gesetz vom 7.7.1998, BGBl I Nr. 42.

²¹⁰ Hierzu Brohm, JuS 1998, 197 ff.

²¹¹ So Otto, Jura 1996, 220.

²¹² Näher der 6. Zivilsenat des BGH NJW 1994, 127 f.

2. Körper und Gesundheit im Schrifttum

Vor dem Hintergrund der nahezu selbstverständlichen Erkenntnis, daß der Mensch schon von Geburt an ein körperliches Handikap haben oder im Laufe des Lebens körperliche und gesundheitliche Beeinträchtigungen davontragen kann, das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit also ein relatives ist,²¹³ wird in der strafrechtlichen Literatur die Gesundheit als normaler Zustand der körperlichen Funktionen,²¹⁴ als Abwesenheit von Krankheit,²¹⁵ als Wohlsein²¹⁶ verstanden. Roxin umschreibt das strafrechtlich geschützte Rechtsgut allgemein als „abgrenzbare, in der Außenwelt verwirklichte und deshalb durch äußeres Handeln zu beeinträchtigende werthafte Zustände“.²¹⁷ Nach überwiegender Meinung soll die primär körperbezogene Gesundheit des § 223 StGB die rein seelische nicht erfassen.²¹⁸

Der Begriff ‚Körper‘ hingegen wird mit deskriptiven Synonymen, wie äußere Erscheinung,²¹⁹ Leib oder körperliche Integrität²²⁰ umschrieben. Otto definiert den Körper des lebenden Menschen als biologische Einheitlichkeit und Gesamtheit,²²¹ während Freund/Heubel ihn als biologische Funktionseinheit verstehen, die nicht an der Außenhaut endet, sondern den Kernbestand des Freiheitspotentials einer Person schützt.²²² Ob und inwieweit diesem Verständnis von Körper und Gesundheit beizupflichten ist, soll anhand der folgenden Auslegungsansätze ermittelt werden.

²¹³ Vgl. Arzt/ Weber, Strafrecht Bes. Teil, LH 1, Rn. 269; Binding, Strafrecht Bes. Teil/1, 55; Hirsch, LK-StGB, vor § 223 Rn. 1; Horn, SK-StGB, § 223 Rn. 19; Schwalm, in: Festschrift Bockelmann, 539.

²¹⁴ Bockelmann, Strafrecht Bes. Teil/2, 54; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 223 Rn. 5; Maurach/ Schroeder/ Maiwald, Strafrecht Bes. Teil/1, § 9 Rn. 5.

²¹⁵ Arzt/ Weber, Strafrecht Bes. Teil, LH 1, Rn. 266, 269; Gössel, Strafrecht Bes. Teil/1, 141; Haft, Strafrecht Bes. Teil, 117; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 288.

²¹⁶ Beling, ZStW 44 (1924), 220, 226.

²¹⁷ Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 413.

²¹⁸ Vgl. Arzt/ Weber, Strafrecht Bes. Teil, LH 1, Rn. 266, 270; Bockelmann, Strafrecht Bes. Teil/2, 55; Gössels, Strafrecht Bes. Teil/1, 141, 148; Hirsch, LK-StGB, vor § 223 Rn. 2; Horn, SK-StGB, § 223 Rn. 23; Maurach/ Schroeder/ Maiwald, Strafrecht Bes. Teil/1, § 8 I Rn. 3; Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, § 223 Rn. 5; Pfeiffer/ Maul/ Schulte, § 223 Rn. 1; Rosenberg, GS 62 (1903), 62, 64; Wessels/ Hettinger, Strafrecht Bes. Teil/1, Rn. 245. A.A. Blei, Strafrecht Bes. Teil/2, 47; Haft, Strafrecht Bes. Teil, 109 f.; Eser, in: Schönte/ Schröder, StGB, § 223 Rn. 1; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 288; Wolfslast, Psychotherapie in den Grenzen des Rechts, 3, 19 ff. Zur geschichtlichen Entwicklung der Strafbarkeit geistiger Beeinträchtigungen und Schädigungen vgl. Küper, Das Verbrechen am Seelenleben, 237 f.

²¹⁹ Beling, ZStW 44 (1924), 220, 222.

²²⁰ Vgl. Arzt/ Weber, Strafrecht Bes. Teil, LH 1, Rn. 266.

²²¹ Otto, Jura 1996, 219.

²²² Freund/ Heubel, MedR 1995, 194, 198.

3. Körper und Gesundheit im allgemeinen Sprachgebrauch

Ausgangspunkt einer Begriffsbestimmung ist zunächst der Wortlaut. Da Gegenstand der Auslegung der durch §§ 223, 229 StGB geschützten Rechtsgüter immer nur der Gesetzestext sein kann, markiert der mögliche Wortsinn des Gesetzes die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation. Art. 103 Abs. 2 GG garantiert die Vorhersehbarkeit der Strafandrohung für den Normadressaten, so daß die Grenze aus dessen Sicht zu bestimmen ist.²²³

Wird den durch §§ 223, 229 StGB geschützten Rechtsgütern eine stofflich-physiologische Betrachtung zugrunde gelegt, umschreibt der Terminus Körper den nach außen abgrenzbaren Organismus, die organisatorische Gesamtheit der Körperbestandteile in ihrer natürlichen Verbundenheit. Der Begriff Gesundheit steht für einen Zustand, der durch den unbeeinträchtigten Ablauf sämtlicher bekannten biologischen Körperfunktionen geprägt ist.

Der allgemeine Sprachgebrauch kennzeichnet mit dem Begriff des Körpers - im Unterschied zum lateinischen ‚Corpus‘ - herkömmlicherweise den lebenden menschlichen Organismus in seiner stofflichen Gesamtheit. Diese Feststellung wird durch die sprachliche Änderung des Straftatbestandes ‚Störung der Totenruhe‘ durch das sechste Strafrechtsreformgesetz bestätigt. Denn hier ersetzte der Gesetzgeber zur Vereinheitlichung der Sprache die Begriffe Leiche und Leichenteile durch „den Körper oder Teile des Körpers *eines verstorbenen* Menschen“, § 168 Abs. 1 StGB.²²⁴

Der Begriff der Gesundheit wird im allgemeinen Sprachgebrauch anhand eines breiten Spektrums von Definitionen und Synonymen erläutert. Es finden sich subjektiv gefärbte Synonyme, wie das subjektive Empfinden des Fehlens körperlicher, geistiger und seelischer Störungen oder Veränderungen.²²⁵ Aber auch objektiv ausgerichtete Definitionen sind üblich. So wird die Gesundheit als Zustand, der dem Einzelnen die Ausübung seiner körperlichen und geistigen Fähigkeiten ermöglicht,²²⁶ umschrieben. Dieser Befund ergibt sich ebenso, wenn der Gegenbegriff der Krankheit in die Betrachtungen mit einbezogen wird.²²⁷

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten: Die erste Bestandsaufnahme deutet zunächst auf die selbstverständlich erscheinende, im folgenden jedoch zu prüfende Erkenntnis, daß anhand des Wortlauts und des allgemeinen Sprachgebrauchs zwar

²²³ BVerfG NJW 1995, 1141.

²²⁴ Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 13/9064, 19.

²²⁵ Pschyrembel, Stichwort: Gesundheit, 2. Definition.

²²⁶ Vgl. Tilch, Deutsches Rechts-Lexikon, Band 2, Stichwort: Gesundheit.

²²⁷ Vgl. Duden - Die sinn- und sachverwandten Wörter, Stichwort: Krankheit.

das Merkmal des Körpers erfaßt werden kann, eine eindeutige Bestimmung der sozial-normativen Konstruktion Gesundheit aber kaum möglich ist. Ob ein objektives oder subjektives Verständnis die Rechtsbegriffe Körper und Gesundheit zutreffend erfassen kann, wie sich ihre Grenzen definieren, welche Kriterien den Begriffshof, welche den unreduzierbaren Kernbereich ausmachen, ob und wenn ja, von welchen strafrechtsspezifischen Begriffsinhalten auszugehen ist, und ob neben den biologisch-körperlichen Faktoren auch Aspekte des Persönlichkeitsrechtes mit in die Definitionen von Körper und Gesundheit einzubeziehen sind, ist anhand weiterer Auslegungsmethoden zu klären.

4. Auslegung anhand der Gesetzgebungsgeschichte

Die Bestimmung rechtlich geprägter Begriffe ist nicht frei. Die Interpreten treffen keine autonomen Übereinkünfte. Sie sind vielmehr an die Bedingungen der Gegenwart und der Vergangenheit gebunden. Unser heutiges Körper- wie Gesundheitsverständnis kann daher nicht losgelöst von seinem historischen Werdegang hinterfragt werden. Aus diesem Grunde erscheint es sinnvoll, die strafrechtshistorische Entwicklung der Begriffe Körper und Gesundheit²²⁸ in die Betrachtungen miteinzubeziehen.

a. *Die Körperverletzung in der Carolina*

Die *Constitutio Criminalis Carolina* enthielt einen nur höchst fragmentarischen Schutz von Körper und Gesundheit. Sie übergang die Körperverletzung als solche, regelte aber einige Sonderfälle wie die Vergiftung, Art. 130, die Beschädigung durch ein Thier, Art. 136, die Fahrlässigkeit des Arztes, Art. 134, den Raufhandel, Art. 148, sowie die Abtreibung und Castration, Art. 133. Art. 20 gewährte dem unschuldig oder ungebührlich Gemarterten neben anderen Forderungen Ersatz für die bei der Mißhandlung ausgestandenen Schmerzen. Zur Ergänzung verweist die Carolina in Art. 104 ausdrücklich auf das römische Recht, in welchem die Körperverletzung in Form der Realinjurie, aber auch als *crimen vis* und als *damnum injuria datum*, in einzelnen Fällen überdies als *crimina extraordinaria* behandelt wurde.²²⁹ Die strafrechtliche Bedeutung der Körperverletzung als eigenes Delikt ist aber noch als

²²⁸ Grundlegend Günther, Über die Hauptstadien der geschichtlichen Entwicklung des Verbrechens der Körperverletzung und seiner Bestrafung.

²²⁹ Näher Günther, a.a.O., 27 ff.

äußerst gering anzusehen. Die Partikulargesetzgebungen, die der Carolina nachfolgten, schließen sich nicht nur eng an diese an, sondern sind zum Teil beinahe wörtliche Wiederholungen.²³⁰

*b. Die Körperverletzung in der Strafrechtswissenschaft
des 18. Jahrhunderts*

Der Einfluß des römischen Rechts war in der kriminalistischen Literatur des 18. und des beginnenden 19. Jahrhunderts noch vorhanden. Während Martin²³¹ und Rosshirt²³² am herkömmlichen römisch-gemeinrechtlichen Begriff der Injurien festhielten, die Körperverletzung nicht nur aus dem Strafrecht ausgliederten, sondern auch die Existenz eines besonderen Verbrechens der Körperverletzung in Abrede stellten, war es das Verdienst des Juristen Meister,²³³ die Entwicklung des selbständigen Körperverletzungstatbestandes entscheidend voranzubringen. Indem er die Körperverletzung als eigenes Delikt verstand, falls sie nicht der Absicht oder der äußeren Erscheinung nach ein anderes Verbrechen bedeutete, stellte er die Weichen eines grundlegend neuen Verständnisses. Henke²³⁴ folgte dieser modernen Richtung und zählte zu den Verbrechen wider die Gesundheit „alle diejenigen widerrechtlichen Handlungen und Unterlassungen, welche den Gesundheitszustand eines anderen stören, ohne jedoch den Tod zur Folge zu haben.“ Voraussetzung war jedoch, daß die Gesundheitsverletzung nicht nur als Mittel oder Folge eines anderen Verbrechens erscheinen dürfe. Henke ging davon aus, daß das Verbrechen wider die Gesundheit nicht bloß durch Anwendung äußerlicher Gewalt, sondern auch durch Beibringung innerlich wirkender Mittel, wie z.B. Gift, verwirklicht werden konnte. Feuerbach²³⁵ umschrieb die Körperverletzung als jeden, nicht in tödtlicher Absicht unternommenen, das Wohlbefinden störenden, rechtswidrigen Angriff auf den Körper eines Anderen, ohne tödtlichen Erfolg, sofern die Handlung wegen ihres Gegenstandes, ihres Zwecks oder ihrer sonstigen Beschaffenheit nach nicht in ein anderes benanntes Verbrechen übergeht. Während etliche Autoren²³⁶ auch die

²³⁰ Wie z.B. die Hessische Halsgerichtsordnung von 1535.

²³¹ Martin, Lehrbuch des Teutschen gemeinen Criminalprozess, § 128.

²³² Rosshirt, Geschichte und System des Deutschen Strafrechts, II, § 88.

²³³ Meister, Principia juris criminalis germanici communis ed. 2, Cap. VII, §§ 181 f.

²³⁴ Henke, Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik, § 106.

²³⁵ Feuerbach, Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, § 244.

²³⁶ Bauer, Lehrbuch des Strafrechts, § 178: „Die Gesundheitsverletzung bezeichnet die Körperverletzung und die Verletzung der Gemüthskräfte.“

Verursachung von Geistesstörungen, Wahnsinn etc. unter den Begriff der Gesundheitsverletzung faßten, zählte Tittmann²³⁷ zu den Verbrechen wider die Gesundheit „jene widerrechtliche Handlung, durch welche einem Menschen einen Schaden an seinem Körper oder eine schwere Verwundung oder Krankheit zugezogen wird, ohne dass sie als ein für sich bestehendes Verbrechen und als Versuch einer Tötung angesehen werden kann“. Bleibender Schaden sollte ein solcher sein, bei dem „einzelne Theile des Körpers auf immer in ihren Verrichtungen gestört oder zu denselben unbrauchbar geworden sind“. Kennzeichen einer schweren Verwundung oder Krankheit sollte sein, daß sie „in der Regel medicinische oder chirurgische Hülfe notwendig machen“. Das Bewirken von Geistesstörung hingegen ordnete Tittmann²³⁸ einem gesonderten Delikt wider die Geisteskräfte zu.

c. *Die bedeutsamsten Partikulargesetzgebungen*

Der Codex juris Bavarici criminalis aus dem Jahre 1751 behandelt in Cap. IX, § 7²³⁹ die „boshafte, fürsetzliche Beschädigung“, wobei neben der Sachbeschädigung die Körperverletzung Erwähnung findet. Der Täter war aufgrund der Beschädigung zunächst zum Schadensersatz verpflichtet. Nur wenn er die Entschädigung nicht leisten konnte und der Schaden bedeutend war, sollte er auch „malifizisch“ entsprechend der verübten Bosheit und der „Grösse der Damnification“ am Leib bestraft werden.

Auch die Constitutio Criminalis Theresiana aus dem Jahre 1768 regelte die Körperverletzung noch nicht unter einem eigenen Abschnitt, sondern vermischte sie in Art. 83 mit dem Totschlag, Verwundungen und anderen tödlichen Handlungen.²⁴⁰ Das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 hingegen trennte die Körperverletzung von den Realinjurien und anderen vergleichbaren Delikten. Man unterschied zwischen leichter Körperverletzung, die für das Opfer keine nachteiligen Folgen hatte, und schwerer, durch welche für die Gesundheit oder die Gliedmaßen ein

²³⁷ Tittmann, Handbuch I.

²³⁸ Tittmann, a.a.O., §§ 179 - 181.

²³⁹ Die Regelung lautete: „Wer jemand an Leib, Gut oder in anderweg, wie es immer Nahmen haben mag, boshafft und fürsetzlicher Weis beschädigt, soll zwar auf jeden Fall, wann das Factum in kein anderes benanntes crimen einschläget und der Schade wiederum vergütet werden kann, nur civiliter gestrafft werden.“

²⁴⁰ Näher Günther, Über die Hauptstadien der geschichtlichen Entwicklung des Verbrechens der Körperverletzung und seiner Bestrafung, 144 f.

erheblicher Nachteil hätte entstehen können.²⁴¹ Die Störung der Geisteskräfte wurde in § 801 zu den Körperverletzungen gerechnet. Das wesentlich auf Feuerbach zurückgehende Bayerische Strafgesetzbuch von 1813 normiert im 2. Kapitel des ersten Buches die Körperverletzung unter der Überschrift: „Beschädigungen und andere Misshandlungen an der Person“. Art. 178 unterschied - entsprechend der noch heute geltenden Zweiteilung - zwischen Körperverletzung durch Verwundung, Verletzung oder sonstige Beschädigung einerseits und Mißhandlung andererseits.²⁴² Diese Regelung wurde von Art. 183 Oldenburgisches Strafgesetzbuch²⁴³ wortgleich übernommen. Aus den gesetzlichen Regelungen, die eine Strafbarkeit an die Verwundung oder Verletzung des Opfers und damit die Herbeiführung eines pathologischen Zustandes anknüpften, läßt sich ableiten, daß Gesundheit im Sinne des Freiseins von Krankheitszuständen verstanden wurde. Eine eindeutige und unangefochtene Beschränkung des Schutzgutes auf die rein biologisch-körperliche Gesundheit ergibt sich - ebenso wenig wie im zeitgenössischen Schrifttum - nicht zweifelsfrei aus der Partikulargesetzgebung. Die sächsischen Strafgesetzbücher²⁴⁴ verweisen ganz im Gegenteil in Art. 166 ausdrücklich auf gesundheitliche Nachteile, die durch ‚gemüthliche Eindrücke‘ herbeigeführt wurden. Sie stellen diese Körper-

²⁴¹ § 796 ALR: „Vorsätzlich zugefügte blossе Schläge oder andere geringere Verletzungen, die für den Beschädigten von keinen weiteren nachtheiligen Folgen sind, sollen den Realinjurien gleich bestraft werden.“

§ 797 ALR: „Hat aber Jemand den Andern schwere Beschädigungen, woraus für desselben Gesundheit und Gliedmassen ein erheblicher Nachtheil hätte entstehen können, vorsätzlich zugefügt, so soll allemal verhältnissmässige Festungs- und Zuchthausstrafe stattfinden.“

²⁴² Bayerisches Strafgesetzbuch vom 6. Mai 1813, Art. 178: „Wer ohne Absicht zu töten, jedoch mit rechtswidrigem Vorsatze einen anderen gewaltsam angreift, denselben in seinem Körper mißhandelt oder dessen Gesundheit durch Verwundung, Verletzung oder sonst auf irgend eine Weise beschädigt, soll in folgenden Fällen des Verbrechens der Körperverletzung schuldig geachtet werden.“[...].

²⁴³ Oldenburgisches Strafgesetzbuch von 10. September 1814, Art. 183: „Wer ohne Absicht zu töten, jedoch mit rechtswidrigem Vorsatze einen anderen gewaltsam angreift, denselben körperlich mißhandelt oder dessen Gesundheit durch Verwundung, Verletzung oder sonst auf irgend eine Weise beschädigt, soll in folgenden Fällen des Verbrechens der Körperverletzung schuldig geachtet werden.“

²⁴⁴ Die sächsischen Strafgesetzbücher vom 13. August 1855, Art. 166: „Als Körperverletzungen sind außer denjenigen Einwirkungen auf den Körper eines anderen, durch welche eine Zerreißung oder Zerbrechung von Körperteilen verursacht worden ist, auch solche zu betrachten, welche eine Entzündung derselben, oder eine Störung des Gesamtbefindens zur Folge haben. Sind Nachteile für die Gesundheit durch gemüthliche Eindrücke herbeigeführt worden, so ist solches einer Körperverletzung gleich zu achten, wenn der Täter gerade hierdurch einen solchen Nachteil herbeizuführen beabsichtigte.“

verletzungen den durch Zerreißung oder Zerbrechung von Körperteilen verursachten Einwirkungen auf den Körper eines anderen gleich, wenn der Täter gerade hierdurch einen entsprechenden Nachteil herbeizuführen beabsichtigte. Die etwa zur Mitte des 19. Jahrhunderts begonnene eigenständige Strafgesetzgebung der Einzelstaaten zeigt zunehmend eine Trennung der Realinjurien von den Körperverletzungen.²⁴⁵ Auch das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund²⁴⁶ hat - abweichend vom Preußischen Strafgesetzbuch vom 14. März 1851 - die Realinjurien den Ehrverletzungen zugeordnet.²⁴⁷

Diese Entwicklung zeigt, daß sich die legislatorischen Tätigkeiten auf dem Gebiet des Strafrechts durchaus intensiv um die Konkretisierung der Körperverletzung sowie deren Abgrenzung zu anderen Verbrechen bemühten. Dennoch waren die theoretischen Inhalte der Begriffe Gesundheit und Körper erst im Wachsen begriffen. Denn weder die Motive zum Preußischen Strafgesetzbuch noch das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund setzten sich intensiv mit der Frage nach einer abstrakten Inhaltsbestimmung der Rechtsgüter Körper und Gesundheit auseinander.²⁴⁸ Diese Feststellung gilt gleichermaßen für die knappen Beratungen des Gesetzesentwurfs betreffend die Redaktion des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund als Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich²⁴⁹ und die Debatte zum mündlichen Kommissionsbericht über den Entwurf des Strafgesetzbuches.²⁵⁰

²⁴⁵ Z.B. StGB für das Königreich Sachsen vom 30. März 1838: Art. 198 Realinjurien; Art. 132 - 144 Körperverletzung; StGB für das Königreich Württemberg vom 1. März 1839: Art. 283 f. Realinjurien; Art. 260 - 273 Körperverletzung; sächsische Strafgesetzbücher vom 13. August 1855: Art. 239 Realinjurien; Art. 166 - 176 Körperverletzung; StGB Großherzogtum Hessen vom 17. Sept. 1841: Art. 308 Realinjurien; Art. 262 - 272 Körperverletzung; StGB Baden vom 6. März 1845: §§ 291, 293: Realinjurie; §§ 159 ff. Körperverletzung.

²⁴⁶ Näher Höinghaus, Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund.

²⁴⁷ John, Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, 459 ff.

²⁴⁸ Vgl. Das neue Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund mit den vollständigen amtlichen Motiven¹, 158 ff.

²⁴⁹ Vgl. Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Deutschen Reichstages, I. Leg. periode - I. Session 1871, Erster Band, 29. - 31. Sitzung.

²⁵⁰ Vgl. Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, I. Legislaturperiode - Session 1870, Zweiter Band, 34. Sitzung, 637 - 663, und 35. Sitzung, 664 ff.

d. *Körperverletzung im Reichsstrafgesetzbuch*

Das Reichsstrafgesetzbuch, das im wesentlichen aus dem nur redaktionell geänderten Strafgesetzbuch des Norddeutschen Bundes von 1870²⁵¹ erwachsen war,²⁵² sah unter dem siebzehnten, als Körperverletzung titulierten Abschnitt den Straftatbestand der Körperverletzung mit folgendem Wortlaut vor:

§ 223 RStGB

„Wer vorsätzlich einen Anderen körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit beschädigt, wird wegen Körperverletzung mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu dreihundert Talern bestraft.[...]“

Die Erwartung, daß der Gesetzgeber in der Begründung oder in den Beratungen zu § 223 RStGB die Rechtsgüter Körper und Gesundheit inhaltlich konkretisierte, wird jedoch enttäuscht.

e. *Entwürfe zur Reform des RStGB*

Die Selbstverständlichkeit, mit welcher die frühen Gesetzgeber die Begriffe Gesundheit und Körper in den Strafgesetzen verwandten, ohne sich mit deren abstrakten Inhalt näher zu befassen,²⁵³ setzte sich weitgehend in den Entwürfen zur Reform des Reichsstrafgesetzbuches fort. Der Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches aus dem Jahre 1909 sah unter Hinweis darauf, daß sich der - auf das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund zurückgehende - Körperverletzungstatbestand „in der Praxis bewährt habe“,²⁵⁴ von entsprechenden Begriffsbestimmungen ab. Auch der Entwurf der Strafrechtskommission aus dem Jahre

²⁵¹ Gesetz betreffend die Redaktion des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund als Strafgesetz für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871, RGBl 1871, Nr. 24, S. 127. Vgl. auch Creifelds, Rechtswörterbuch, Stichwort: Strafgesetzbuch.

²⁵² Motive zum Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Deutsche Reich, in: Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Deutschen Reichstages, I. Leg. periode, I. Session 1871, Dritter Band, Anlagen zu den Verhandlungen des Reichstages, 207 f.; Beratungen des Reichstages, in: Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Deutschen Reichstages, I. Leg. periode, Session 1869, Erster Band, 309 ff.

²⁵³ Zum gleichen Ergebnis gelangt Rosenberg, GS 62 (1903), 62 ff.

²⁵⁴ Begründung zum Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, 658.

1913²⁵⁵ sowie der Entwurf von 1919,²⁵⁶ die den Tatbestand der Körperverletzung aus dem Reichsstrafgesetzbuch in unveränderter Form übernahmen, konkretisierten nicht die geschützten Rechtsgüter. Der Entwurf aus dem Jahre 1919²⁵⁷ enthielt jedoch den Straftatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung, § 313. Damit wollte man klarstellen, daß das körper- wie gesundheitsbezogene Selbstbestimmungsrecht nicht durch den Straftatbestand der Körperverletzung mit umfaßt sein sollte.

Der Radbruch-Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches aus dem Jahre 1922 schlug unter Bezugnahme auf die Vorschriften der §§ 296, 326 der österreichischen Regierungsvorlage von 1912 eine Veränderung der Körperverletzungsdelikte vor.²⁵⁸ Um klarzustellen, daß z.B. das Abschneiden eines Bartes gegen den Willen des Betroffenen als Körperverletzung strafbar sein sollte, wurde neben der Gesundheitsbeschädigung die Verletzung des Körpers erwähnt. Zusätzlich bedrohte § 234 des Entwurfs die bloße Mißhandlung eines anderen mit Strafe. Diese Vorschrift wollte die bloße schmerzerregende Tätigkeit, die nach den Bemerkungen²⁵⁹ weder die körperliche Unversehrtheit noch die Gesundheit beschädigte, aus dem Körperverletzungstatbestand ausklammern und somit Klarheit über den Inhalt der Körperverletzung schaffen.

Der Amtliche Entwurf eines Strafgesetzbuches aus dem Jahre 1925 übernahm Radbruchs Anregungen wörtlich in § 233, Körperverletzung, sowie in § 237, Mißhandlung. § 233 des Entwurfs von 1925 beschränkte sich neben der Gesundheitsbeschädigung auf Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit eines anderen. Hiervon abweichende körperliche Einwirkungen - so z.B. durch Stoßen oder Schlagen ohne äußere oder innere Verletzungsfolgen - waren dem mit einer mildernden Strafe bedrohten Mißhandlungstatbestand zugewiesen.²⁶⁰ Von dieser Aufteilung wich der Entwurf des Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches aus dem Jahre 1927²⁶¹ ab, indem er in § 259 folgende Regelung vorsah: „Wer einen anderen am Körper verletzt, körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit beschädigt, wird [...] bestraft.“ Nach

²⁵⁵ Entwurf der Strafrechtskommission (1913), in: Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 69.

²⁵⁶ Entwurf von 1919, in: Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 66, 239.

²⁵⁷ Vgl. § 281 E 1927.

²⁵⁸ So lautete § 230 des Entwurfs: „Wer einen anderen am Körper verletzt oder an der Gesundheit beschädigt, wird mit [...] bestraft. [...]“

²⁵⁹ Radbruch, Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, Bemerkungen, 64.

²⁶⁰ Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung. Erster Teil: Entwurf, 26; zweiter Teil: Begründung, 120 f.

²⁶¹ Reichstag III. Wahlperiode 1924/27, Drs. des Reichs, Nr. 3390, 28, 132 f.

der Begründung²⁶² sollte unter Gesundheitsbeschädigung auch das Hervorrufen oder Verschlimmern einer geistigen Erkrankung verstanden werden. Zugleich sollte die Entscheidungsautonomie des Patienten durch den Straftatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung, § 281 Entwurf 1927, geschützt werden.

Diese Gesetzgebungslinie führte der Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches aus dem Jahre 1936 fort.²⁶³ Als Schädigung der Gesundheit wurde hier - entsprechend dem damals geltenden Recht - jede Herbeiführung oder Steigerung einer Krankheit verstanden, ohne Rücksicht auf die Dauer des Zustandes.²⁶⁴ Die rein seelische Mißhandlung sollte, da nicht ausschließlich körperbezogen, ebenso wie die eigenmächtige Heilbehandlung, vom Schutzbereich der Körperverletzung ausgenommen werden.

Die Entwürfe eines Strafgesetzbuches aus den Jahren 1960, E 1960,²⁶⁵ und 1962, E 1962,²⁶⁶ hingegen formulierten den Tatbestand der Körperverletzung entsprechend dem ursprünglichen Wortlaut des Reichsstrafgesetzbuches. Unter Hinweis darauf, daß das Merkmal ‚Verletzen des Körpers‘ stets unter das alle äußeren körperlichen Einwirkungen umfassende Mißhandeln falle, wurde auf seine explizite Nennung verzichtet. Um deutlich zu machen, daß das körperbezogene Verfügungsrecht nicht vom Tatbestand der Körperverletzung erfaßt sein sollte, fand der Tatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung Aufnahme in das Reformvorhaben.

²⁶² Reichstag, a.a.O., 132.

²⁶³ § 282 des Entwurfs von 1933/34 lautete: „Wer einen anderen verletzt, mißhandelt oder an der Gesundheit beschädigt, wird mit Gefängnis bestraft.[...]“, vgl. Regge/ Schubert, Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, II. Abteilung, NS-Zeit, Band 1, 1. Teil, Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs, 62.

²⁶⁴ Vgl. Begründung zum Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches von 1936, 249 f., in: Regge/ Schubert, Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, Band 1, 2. Teil.

²⁶⁵ Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1960, mit Begründung, BT-Drs. 270/60, 36. § 146 E-StGB lautete: „Wer einen anderen körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit beschädigt, wird [...] bestraft“.

²⁶⁶ Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB), E 1962, mit Begründung, 282.

Der Alternativentwurf²⁶⁷ stimmte mit den bisherigen Entwürfen darin überein, sowohl die Gesundheitsbeschädigung als auch die körperliche Mißhandlung und damit den gesamten von § 223 RStGB erfaßten Bereich unter Strafe zu stellen. Entsprechend dem Amtlichen Entwurf eines Strafgesetzbuches aus dem Jahre 1925 befürwortete der Alternativentwurf jedoch die tatbestandliche Trennung der körperlichen Mißhandlung, § 108 AE,²⁶⁸ und der Gesundheitsbeschädigung, § 109 AE.²⁶⁹ Die körperliche Mißhandlung beschränkte sich dabei auf Eingriffe in das körperliche Wohlbefinden unter dem Schwellenwert der Gesundheitsbeschädigung.²⁷⁰ Als Beispiele wurden Ohrfeigen oder auch das Zufügen bloßer Substanzverletzungen²⁷¹ genannt. Die in § 109 AE normierte Gesundheitsbeschädigung hingegen sollte unter anderem die Herbeiführung krankhafter Zustände erfassen. Seelische Einwirkungen wurden je nach Intensität der körperlichen Folgen § 108 AE oder § 109 AE zugeschrieben. Zum Schutz der körper- und gesundheitsbezogenen Entscheidungsautonomie stellte § 123 AE den eigenmächtigen Heileingriff unter Strafe.

Dieser Überblick zeigt, daß sich Gesetzgeber und Reformvorschläge - soweit ersichtlich - in der langen Zeit der Reformbemühungen um das Reichsstrafgesetzbuch nicht wirklich mit den strafrechtlich geschützten Rechtsgütern Körper und Gesundheit befaßten. Ihr Inhalt wurde vielmehr regelmäßig als bekannt vorausgesetzt. Aufgrund der häufig anzutreffenden Differenzierung zwischen körperlichem Mißhandeln und Gesundheitsbeschädigen läßt sich aber die Tendenz erkennen, daß mit dem Begriff des Körpers der menschliche Organismus in seiner Gesamtheit, mit dem der Gesundheit zumindest das Freisein von krankhaften - und damit nicht unerheblichen regelwidrigen - Zuständen umschrieben wurde. Zugleich lassen die Reformvorhaben mit Ausnahme des Entwurfs aus dem Jahre 1925 die Intention ihrer Verfasser erkennen, die gesundheits- und körperbezogene Entscheidungsautonomie aus dem Tatbestand der Körperverletzung herauszunehmen.

²⁶⁷ Baumann u.a., Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, 1. Halbband.

²⁶⁸ § 108 AE ‚Körperliche Mißhandlung‘ hatte folgenden Wortlaut: „(1) Wer einen anderen körperlich mißhandelt, wird mit Geldstrafe bis zu sechs Monaten bestraft. [...]“

²⁶⁹ § 109 Abs. 1 AE ‚Körperverletzung‘ lautete: „(1) Wer einem anderen an der Gesundheit schädigt, wird mit Geld- oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bestraft.“

²⁷⁰ Baumann u.a., Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, 1. Halbband, 45.

²⁷¹ Baumann u.a., aaO., 47.

f. Das Strafgesetzbuch

Die Tradition der nur andeutungsweisen Erörterungen der Begriffe Körper und Gesundheit setzt sich unter der Geltung des Strafgesetzbuches weiter fort. Von geringfügigen redaktionellen Änderungen - die Wendung ‚einen Anderen‘ wurde durch die geschlechtsneutrale Formulierung ‚eine andere Person‘,²⁷² die Tathandlung ‚die Gesundheit beschädigen‘ wurde sprachlich in ‚die Gesundheit schädigen‘²⁷³ umgewandelt - und der Modifizierung der Strafdrohung abgesehen, entspricht der heutige Tatbestand der Körperverletzung dem des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund aus dem Jahre 1870. Äußerungen über den Inhalt des Schutzgutes finden sich im Gesetzgebungsverfahren zu § 223 StGB wiederum nicht.

Auch die Aussagen des durch das 6. Strafrechtsreformgesetz aus dem Jahre 1998 nur zum Teil umgesetzten Referentenentwurfs vom 15.7.1996, der eine vollständige Neufassung der im 17. Abschnitt des Strafgesetzbuches geregelten Körperverletzungsdelikte vorsah, sind rasch geschildert. So findet sich in der Begründung zum überarbeiteten Entwurf eines 6. Strafrechtsreformgesetzes²⁷⁴ der Hinweis, daß die geänderte Überschrift des 17. Abschnitts von ‚Körperverletzung‘ in ‚Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit‘ das geschützte Rechtsgut betonen solle. Durch die Wahl dieses Oberbegriffs wurde klargestellt, daß sich der 17. Abschnitt nicht allein auf die Verletzung des Körpers beschränkt. Die Überschrift umfaßt vielmehr sowohl nach ihrem Wortlaut als auch in ihrer strafrechtlichen Bedeutung Beeinträchtigungen, die, wie die körperliche Mißhandlung, nicht notwendig mit einer Verletzung einhergehen.²⁷⁵ Eine Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit ist es aber auch, wenn ein Mensch an seiner Gesundheit geschädigt wird.

Die neu geschaffene Abschnittsüberschrift deutet des weiteren darauf hin, daß neben den objektiv biologischen Faktoren auch das Recht des einzelnen auf seine körperliche Unversehrtheit einbezogen ist.²⁷⁶ Zwar wurde davon abgesehen, besondere Vorschriften über die eigenmächtige und fehlerhafte Heilbehandlung, wie sie noch im Referentenentwurf enthalten waren, in die Endfassung aufzunehmen, vgl. §§ 229, 230 E 1996. Da diese Vorschriften aber erst nach Anhörung von Experten

²⁷² Gesetz vom 28.10.1994, BGBl I, 3186.

²⁷³ 6. StrRG vom 26.1.1998, BGBl I, 164 ff., in Kraft seit 1.4.1998. Diese Änderung geschah aus der Absicht heraus, sprachlich eine Trennung von der Beschädigung von Eigentum oder Vermögen zu erreichen, vgl. Wolters, JuS 1998, 582 f.

²⁷⁴ Vom 25.9.1997, BT-Drs. 13/8587, 1, 35.

²⁷⁵ Kritisch Hirsch, LK-StGB, vor § 223 Rn. 1; Schroeder, in: Festschrift Hirsch, 725, 734.

²⁷⁶ Damit ist die in § 229 Referentenentwurf vorgenommene Einordnung unter den 17. Abschnitt sachgemäß, a.A. Hirsch, in: Gedächtnisschrift Zipf, 353, 363.

zurückgezogen wurden,²⁷⁷ war sich der Gesetzgeber aufgrund der vorangegangenen Diskussionen bei Verabschiedung des 6. Strafrechtsreformgesetzes in hohem Maße bewußt, daß die Selbstbestimmung über den Körper und die Gesundheit - entsprechend dem bisherigen Rechtszustand - dem Schutz der vorhandenen Körperverletzungsdelikte überantwortet ist. Daß trotz der Absage an den Straftatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung die im Entwurf von 1996 vorgeschlagene Änderung der Überschrift des 17. Abschnitts in „Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit“ beibehalten wurde, unterstreicht die Bedeutung der körper- und gesundheitsbezogenen Autonomie im geltenden Recht.²⁷⁸ Welchen Stellenwert sie jedoch einnimmt, ob sie als selbständiges Rechtsgut neben die natürlichen biologischen Tatsachen des Menschen gestellt oder lediglich als unselbständiger Abwägungsfaktor bzw. Annex behandelt wird, kann aus dieser Entwicklung heraus nicht beantwortet werden.

g. Gesundheitsbegriff in §§ 218 ff. StGB

Einige weiterführende Hinweise des Gesetzgebers zur Interpretation des Gesundheitsbegriffs ergeben sich aus den Regelungen über den Schwangerschaftsabbruch, §§ 218 ff. StGB. Gemäß § 218a Abs. 2 StGB in der Fassung des Schwangeren- und Familienänderungsgesetzes vom 21.8.1995²⁷⁹ ist der mit Einwilligung der Schwangeren ärztlich vorgenommene Schwangerschaftsabbruch nicht rechtswidrig, wenn er „unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt ist, um eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden, [...]“.

Diese Regelung geht auf das Gesetzgebungsverfahren zum 5. Strafrechtsreformgesetz im Jahre 1972 zurück. Der damalige Regierungsentwurf sah in § 219 E-StGB die sogenannte medizinisch-soziale Indikation²⁸⁰ vor, wonach ein nicht strafbarer Abbruch unter anderem voraussetzte, daß unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und künftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren anderenfalls eine Gefahr für deren Leben oder eine schwerwiegende Beeinträchtigung ihres Gesundheitszustandes

²⁷⁷ Vgl. Schroeder, Besondere Strafvorschriften gegen Eigenmächtige und Fehlerhafte Heilbehandlung? 12 f.

²⁷⁸ Dies übersieht Hartmann, Eigenmächtige und fehlerhafte Heilbehandlung, 65.

²⁷⁹ BGBl I, 1050.

²⁸⁰ RegE 5. StrRG 1972, BT-Drs. VI/3434 (vgl. auch BT-Drs. 7/1921). Näher Dreher/Tröndle, StGB, 41. Auflage 1983, § 218a Rn. 6; Lackner, NJW 1976, 1233, 1237; Hiersche, in: Festschrift Tröndle, 673.

bestand. In § 219b E-StGB war zusätzlich der Entwurf zu der embryopathischen Indikation vorgesehen. Diese zunächst Gesetz gewordene, später durch das Schwangeren- und Familienänderungsgesetz im Jahr 1995 gestrichene²⁸¹ Indikationsregelung wegen Schädigung der Leibesfrucht ermöglichte einen Abbruch, wenn das Kind infolge einer Erbanlage oder schädlicher Einflüsse vor der Geburt an einer schwerwiegenden, nicht behebbaren Schädigung seines Gesundheitszustandes leiden würde. In der Begründung zum Regierungsentwurf betonte der Gesetzgeber, daß der in der medizinischen Indikation vorausgesetzte Gesundheitszustand der Schwangeren nicht deckungsgleich mit dem in § 223 StGB geschützten Rechtsgut der Gesundheit sei.²⁸² Während in § 223 StGB Beeinträchtigungen der psychischen Gesundheit aufgrund historischer und teleologischer Gegebenheiten nur in engem Umfang miteinbezogen sein sollten, erachtete der Gesetzgeber sowohl psychische wie soziale Faktoren für den Gesundheitszustand und das körperliche Wohl der Schwangeren als wesentlich.²⁸³ Die medizinisch-soziale Indikation ging damit eindeutig über die rein biologisch-medizinische hinaus und beurteilte die Lebenssituation der Schwangeren auf der Grundlage einer ganzheitlichen Betrachtung unter Einschluß des sozialen und familiären Umfelds.

Im deutlichen Unterschied dazu steht der rein biologisch-soziale Gesundheitsbegriff der auf § 219b E-StGB zurückgehenden, durch das Schwangeren- und Familienänderungsgesetz vom 21.8.1995²⁸⁴ aufgehobenen, embryopathischen Indikation des § 218a Abs. 3 S. 1 StGB a.F. Diese Indikation erforderte unter anderem die dringende Gefahr schwerwiegender Gesundheitsschäden beim Kind - einerlei, ob sie auf erbliche Belastung, wie z.B. chromosomale Störungen,²⁸⁵ oder auf nicht-heritäre, konnatale Beeinträchtigungen des Keims durch infektiöse, pharmakologische, toxische oder radiogene Einflüsse, wie Rötелеmbryopathie oder Conterganschädigungen,²⁸⁶ zurückgingen.

²⁸¹ Vgl. BT-Drs. 13/1850, 18, 25.

²⁸² BT-Drs. VI/3434, 20 f.

²⁸³ BT-Drs., a.a.O., 21 f.

²⁸⁴ BGBl I, 1050. Um dem Mißverständnis vorzubeugen, eine solche Regelung beruhe auf einer geringeren Achtung des Lebensrechts von Behinderten, wurde die embryopathische Indikation gestrichen, BT-Drs. 13/1850. Konfliktsfälle werden nun über die unbefristete medizinisch-soziale Indikation aufgefangen, was insbesondere im Spätstadium der Schwangerschaft erhebliche ethische Probleme aufwirft, Bundesärztekammer DÄBl 95 (1998), C 3031; Wessels/ Hettinger, Strafrecht Bes. Teil/1, Rn. 234 m.w.N.

²⁸⁵ So z.B. die Trisomie 21.

²⁸⁶ Näher Piechowiak, Eingriffe in menschliches Leben: Sinn und Grenzen ärztlichen Handelns, 60 f.

Die dringenden Gründe der schweren Schädigung des kindlichen Erbgutes bzw. anderweitiger konnataler Beeinträchtigungen können nur anhand bestimmter Methoden pränataler Diagnostik nachgewiesen werden. Da es derzeit keine objektiven Kriterien gibt, anhand derer die Schwere einer fetalen Veränderung einwandfrei diagnostiziert und quantifiziert werden kann, lassen diese Untersuchungsmethoden allein statistische Aussagen über den wahrscheinlichen körperlich-biologischen Gesundheitszustand des Kindes zu. Eine Prognose im Hinblick auf die seelische Gesundheit des wahrscheinlich mit einer gravierenden Veränderung belasteten Kindes nach der Geburt und die sozialen Bezüge kann nicht zuverlässig erstellt werden. Denn selbst wenn der Chromosomensatz, die möglichen Genveränderungen und die Zahl der Neuronen oder Synapsen durch hochentwickelte Methoden zu ermitteln wären, bietet keine pränatale Untersuchungsmethode die Möglichkeit, die Persönlichkeit des Kindes, seine neuropsychologischen Funktionen wie Bewußtsein, Leidens- und/ oder Kommunikationsfähigkeit darüber zu definieren. Auch können seine psychischen Beeinträchtigungen, die durch unter Krankheitsbilder faßbare Veränderungen bedingt werden, selten oder überhaupt nicht festgestellt werden.²⁸⁷ Damit ist nicht zu bezweifeln, daß die frühere embryopathische Indikation und mithin auch der ihr zugrunde liegende Begriff des Gesundheitszustandes allein auf das strenge biologisch-körperliche Faktum abstellte. Psychologische Faktoren hatten im Unterschied zur Regelung des § 218a StGB außer Betracht zu bleiben. Im Vergleich zum Begriff der Gesundheit in § 223 StGB erweist sich demzufolge der streng biologisch-körperliche Begriff des Gesundheitszustandes der früheren embryopathischen Indikation als wesentlich enger.

h. Mißhandlungsverbotsgesetz des § 1631 Abs. 2 BGB

Rückschlüsse auf die durch §§ 223, 229 StGB geschützten Rechtsgüter ermöglicht weiterhin das Mißhandlungsverbotsgesetz des § 1631 Abs. 2²⁸⁸ BGB. Durch die in das Bürgerliche Gesetzbuch im Jahre 1998 eingefügte Vorschrift wurde das angemessene Züchtigungsrecht - ein bislang gewohnheitsrechtlich anerkannter Rechtfertigungsgrund²⁸⁹ - neu geregelt. Zugleich normierte der Gesetzgeber positiv

²⁸⁷ Vgl. Lenard, Ethik in der Medizin, 111 ff.; zur Humangenetik vgl. Peitsch/ Stengel - Rutkowski, Medizinische Genetik 7 (1995), 451 ff.

²⁸⁸ Hierzu BT-Drs. 12/6363.

²⁸⁹ Zum elterlichen Züchtigungsrecht vgl. Beulke, in: Festschrift Hanack, 539, 540 mit zahlreichen Nachweisen in Fn. 3; zu Hintergründe und Motive der Gewaltkommission 1990 vgl. Günther, in: Festschrift Lange, 1992, 877 ff.

die Schranken des verfassungsrechtlich gewährleisteten Erziehungsrechtes.²⁹⁰ § 1631 Abs. 2 BGB lautet: „Entwürdigende Erziehungsmaßnahmen, insbesondere körperliche und seelische Mißhandlungen, sind unzulässig.“

Der Gesetzgeber bezweckt, durch die Neufassung von § 1631 Abs. 2 BGB die Grenzen des Erziehungsrechtes zu präzisieren.²⁹¹ Diese Regelung hat Auswirkungen gerade auch auf das Strafrecht. Denn bislang wurde der Rechtfertigungsgrund des elterlichen Erziehungsrechts den §§ 1626, 1631 BGB entnommen. Aufgrund dieser Akzessorietät kann das Strafrecht vor § 1631 Abs. 2 BGB n.F. nicht die Augen verschließen.²⁹² Diese Neuregelung versagt körperliche und seelische Mißhandlungen und andere entwürdigende Maßnahmen, so daß das elterliche Züchtigungsrecht eine gemäß § 223 StGB tatbestandsmäßige Mißhandlung nicht mehr rechtfertigen kann. Obgleich der Wortlaut von § 1631 Abs. 2 BGB zunächst nur körperliche Mißhandlungen, nicht aber Gesundheitsschädigungen erfaßt, bedeutet dies nicht, daß letztere aufgrund eines allgemeinen Züchtigungsrechts Rechtfertigung finden können. Denn aus der Wendung „insbesondere“ ergibt sich, daß die Aufzählung der in § 1631 Abs. 2 BGB genannten „entwürdigenden Maßnahmen“ nicht abschließend ist. Gesundheitsschädigungen, die die Grenze der Entwürdigung und damit der bloßen „Beeinträchtigung“²⁹³ überschreiten, sind somit in den Kreis der tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Körperverletzungen einbezogen.

Diese Neuregelung - sie bezweckt nicht, in das gemäß Art. 6 Abs. 1 GG garantierte Erziehungsrecht der Eltern einzugreifen - ist als verfassungskonforme „Tatbestandslösung“²⁹⁴ zu verstehen. Die maßvolle und den Umständen des konkreten Geschehens angemessene körperliche Züchtigung der eigenen Kinder ist somit keine körperliche Mißhandlung i.S. von § 223 Abs. 1 StGB. § 1631 Abs. 2 BGB ist aber zugleich zu entnehmen, daß wesentliche Beeinträchtigungen des körperlichen Wohlempfindens im Regelfall unangemessen sind und demzufolge der Strafdrohung des § 223 StGB unterfallen.²⁹⁵ Die zugleich für unzulässig erklärte seelische Mißhandlung soll nach der Gesetzesbegründung nur in Ausnahmefällen einer strafrechtlichen Sanktion unterliegen, so z.B., wenn der Sorgeberechtigte

²⁹⁰ Wessels/ Beulke, Strafrecht Allg. Teil, Rn. 386 ff.

²⁹¹ BT-Drs. 13/1851, 65.

²⁹² Beulke, in: Festschrift Hanack, 539, 542.

²⁹³ Näher zur Auslegung des Merkmals ‚Gesundheitsschaden‘ vgl. § 11 der Abhandlung unter Punkt VI 2.b.

²⁹⁴ Näher zum körperlichen Mißhandeln vgl. Beulke, in: Festschrift Hanack, 539, 551. Zu weiteren Harmonisierungsvorschlägen, vgl. Horn, SK-StGB, § 223 Rn. 13; Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, § 223 Rn. 11.

²⁹⁵ Näher Wessels/ Beulke, Strafrecht Allg. Teil, Rn. 388 f.

hierdurch fahrlässig eine Gesundheitsbeschädigung begeht.²⁹⁶ Mit dieser Gesetzesänderung hebt der Gesetzgeber zugleich hervor, daß die rein seelische Gesundheit von §§ 223 Abs. 1, 229 StGB nicht erfaßt werden soll.

i. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten: Das Strafgesetzbuch schützt die Rechtsgüter Körper und Gesundheit, legt aber nicht ihren Inhalt fest. Auch die entstehungsgeschichtliche Auslegung vermag diesen Rechtsgütern nur in beschränktem Maße Konturen zu geben. Zwar sind die gelegentlich anzutreffenden Hinweise, wonach der Begriff der Gesundheit historisch geprägt sei,²⁹⁷ nicht von der Hand zu weisen. Als sicher kann aber nur gelten, daß sich Verletzung sowie Mißhandlung nach dem übereinstimmenden Willen der Gesetzgeber auf das Äußere des Körpers, auf seine Substanz beziehen, während die Gesundheit im Umkehrschluß dazu das Innere des Körpers, die Vorgänge und Zustände im Gesamtorganismus betrifft. Dieser biologisch-körperliche Gesundheitsbegriff wird um den seelischen erweitert, wenn psychische Beeinträchtigungen entweder auf körperlichen Einwirkungen beruhen oder gesundheitliche Beeinträchtigungen nach sich ziehen. Daher werden an die Berücksichtigung psychisch-sozialer Faktoren im Rahmen von §§ 223, 229 StGB strengere Anforderungen gestellt als an den körperlichen oder seelischen Gesundheitszustand, wie er in der medizinisch-sozialen Indikation des § 218a Abs. 2 StGB n.F. und dem zugrunde liegenden Regierungsentwurf des 5. Strafrechtsreformgesetzes gefordert wurde.²⁹⁸ Das Mißhandlungsverbotsgesetz legt zugleich klar, daß der Schutzbereich der §§ 223, 229 StGB nicht das rein seelische Wohlergehen erfaßt. Keine unangefochtene Antwort findet sich auf die Frage, ob neben dem biologischen Körper- und Gesundheitsverständnis auch die entsprechende Verfügungsfreiheit des Rechtsgutsträgers geschützt ist.

5. Systematische Auslegung

Führt der Rückgriff auf den Willen des historischen Gesetzgebers zwar zu einigen Anhaltspunkten, nicht aber zu einer eindeutigen Interpretation, so ist ein weg-

²⁹⁶ BT-Drs. 12/6343, 15.

²⁹⁷ Vgl. BT-Drs. VI/3434, 20.

²⁹⁸ RegE BT-Drs. VI/3434, 20; Prot. 7/1576 f.; Prot. VI/2196; vgl. auch Tröndle, in: Tröndle/Fischer, StGB, § 218a Rn. 15.

weisender Aufschluß zur Inhaltsbestimmung der Begriffe Körper und Gesundheit möglicherweise aus ihrer systematischen Stellung zu gewinnen. Das Strafgesetzbuch betitelt seit dem 6. Strafrechtsreformgesetz den 17. Abschnitt als ‚Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit‘. In Abgrenzung dazu werden diverse Facetten des Persönlichkeitsrechtes in unterschiedlichen Abschnitten des Strafgesetzbuches geschützt. Um solche Vorschriften handelt es sich - ohne Anspruch auf Vollständigkeit - bei den im 18. Abschnitt geregelten Delikten zum Schutz der persönlichen Bewegungsfreiheit, z.B. § 239 StGB, sowie zum Schutz der freien Willensentschließung und Willensbetätigung, §§ 239a, 239b, 240, 241 StGB, den im 14. Abschnitt normierten Straftatbeständen zum Schutz der Ehre und den im 13. Abschnitt geregelten Delikten zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung.

Diese Regelungen bieten allerdings keinen geeigneten strafrechtlichen Maßstab für Eingriffe in Körper und Gesundheit anderer Personen. Die Verletzung der Ehre kann richtigerweise nur auf Gegebenheiten beruhen, die - unabhängig von der Körperbezogenheit der Handlung - konkludent oder ausdrücklich die Mißachtung des Opfers im Sinne einer Verletzung seines Geltungsanspruchs enthalten, mithin die Ehre als Schutzgut von § 185 StGB in Zweifel ziehen. Auch Freiheitsberaubung bzw. Nötigung bilden keinen tauglichen strafrechtlichen Maßstab zur Beurteilung einer körperlichen Mißhandlung oder Gesundheitsschädigung. Eine Verletzung der körperlichen Bewegungsfreiheit oder des Selbstbestimmungsrechtes muß bei weitem keine Körperverletzung sein.

Die Existenz dieser Delikte²⁹⁹ legt jedoch die - vom Schrifttum kontrovers diskutierte - Frage nahe, ob sich der Schutzbereich der §§ 223, 229 StGB auf die objektiv-biologischen Komponenten von Körper und Gesundheit beschränkt³⁰⁰ und damit die körper- und gesundheitsbezogene Autonomie den Delikten zum Schutz der freien Willensbestimmung überantwortet. Die Antwort hierauf ist trotz der schneidigen Klinge von Art. 103 Abs. 2 GG eindeutig: Die Rechtsgüter Körper und Gesundheit dienen nicht allein der biologischen Existenz des Menschen, sondern bilden die natürliche Grundlage seiner freien Entfaltung.³⁰¹ Sie verleihen dem Menschen die Möglichkeit und das originäre Recht, seine Persönlichkeit im Umgang

²⁹⁹ Hirsch, in: Gedächtnisschrift Zipf, 353, 356, verweist ergänzend auf den Straftatbestand der Vergewaltigung.

³⁰⁰ So Hartmann, Eigenmächtige und fehlerhafte Heilbehandlung, 65; Hirsch, LK-StGB, vor § 223 Rn. 1 ff. m.w.N.; Rain, Die Einwilligung des Sportlers beim Doping, 23 f.

³⁰¹ Roxin, Strafrecht Allg. Teil/I, § 13 Rn. 14; a.A. Bockelmann, in: Ponsold (Hrsg.), Lehrbuch der Medizin, 34 f.; Katzenmeier, ZRP 1997, 156 ff.; Niese, in: Festschrift Eb. Schmidt, 365; Eb. Schmidt, JR 1958, 227.

mit seinen natürlichen Lebensgrundlagen zu entfalten. Die im Normalfall willensgesteuerte Nahrungsaufnahme, die Körperpflege, die Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe, die geistige und körperliche, insbesondere sportliche Betätigung und vieles weitere mehr beeinflussen wesentlich den Gesundheitszustand und die körperliche Verfassung. Zugleich verwirklicht sich der Mensch durch diese Aktivitäten. Die abstrakten Rechtsgüter Körper und Gesundheit gewinnen somit erst durch die konkrete Lebensführung Inhalt und Konturen.

Die Beschränkung der Körperverletzungsdelikte auf den Schutz des biologisch-körperlichen Organismus sowie dessen naturwissenschaftliche Funktionsfähigkeit geht an der Lebenswirklichkeit vorbei und läßt die Wechselwirkung zwischen Körper, Gesundheit und entsprechender Verfügungsfreiheit außer acht.

Dienen damit die Rechtsgüter des Körpers und der Gesundheit auch dazu, die freie Entfaltung des einzelnen zu schützen,³⁰² kann der Existenz spezieller Delikte, wie zum Beispiel der Nötigung, nicht entnommen werden, daß der strafrechtliche Schutz des Selbstbestimmungsrechts allein den Delikten gegen die persönliche Freiheit vorbehalten ist. Eine derartige Rechtsgutsreduktion würde vernachlässigen, daß die Autonomie des Menschen in zahlreichen strafrechtlichen Normen ihren Ausdruck findet - auch wenn der Charakter strafrechtlichen Unrechts im Sinne der Mißachtung des anderen in seinem Wesen als selbstbestimmte Persönlichkeit nicht so weit geht, im Bereich des Individualrechtsschutzes die Autonomie als das einzige strafrechtlich geschützte Rechtsgut zu verstehen. Da die Trennung des körperlich-biologischen Organismus von der selbstbestimmten, mit Menschenwürde ausgestatteten Person einerseits zu einer nicht hinnehmbaren Versachlichung des Menschen führt und andererseits die fragmentarische Natur des Strafrechts³⁰³ nicht soweit geht, den Schutz der Autonomie nur zu gewährleisten, wenn - wie in § 240 StGB - besondere Arten der Willensbeeinflussung explizit unter Strafe gestellt werden, vermag die systematische Auslegung keine zwingenden Argumente gegen den Einbezug des Selbstbestimmungsrechtes in den Schutzbereich der Körperverletzungsdelikte zu geben.

³⁰² Diese auf das Individuum bezogene Rechtsgutslehre findet sich insbesondere bei Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 2 Rn. 9 ff.

³⁰³ Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 2 Rn. 38 m.w.N.

6. Teleologische Interpretation

Unter Heranziehung des Auslegungsverfahrens der objektiv-teleologischen Methode,³⁰⁴ wonach zu fragen ist, welches die leitenden Zweck- und Wertgedanken der Norm sind, um dadurch ihren Sinn herauszuarbeiten,³⁰⁵ steht das tatbestandlich geschützte Rechtsgut im Zentrum der Betrachtungen.³⁰⁶

Hiernach liegt der Schluß nahe, die Rechtsgüter Körper und Gesundheit im Sinne einer engen Wechselbeziehung von biologischen Tatsachen und Selbstbestimmungsrecht des Rechtsgutsträgers zu interpretieren. Denn die personale Verfügungsbefugnis über den eigenen biologischen Organismus verdient im Lichte der realen Gegebenheiten des Mensch-Seins sowie der verfassungsrechtlich gewährleisteten körper- und gesundheitsbezogenen Autonomie den strafrechtlichen Schutz und die Beachtung, die dem Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit im Sinne der objektiv-biologischen Schutzrichtung seit langem selbstverständlich ist. Der tatsächliche Wandel in der Gesellschaft führt zu entsprechenden Entwicklungen auf der rechtlich-normativen Ebene. Im Lichte dieser Veränderungen betrachtet, sichern die §§ 223, 229 StGB auch das personale ‚Seins- und Bestimmungsfeld‘,³⁰⁷ das durch die Körperlichkeit materialisiert ist. Das Verletzen der Rechtsgüter Körper und Gesundheit wird daher maßgeblich dadurch beeinflusst, welche Bedeutung der konkrete Rechtsgutsinhaber ihnen zumißt. Zwar ist das Rechtsgut vom Handlungsobjekt zu trennen.³⁰⁸ Dessen ungeachtet kann aber nicht angenommen werden, daß die Rechtsgüter Körper und Gesundheit rein abstrakt sind. Sie beschreiben keine festgefügtten Werte, sondern unterliegen vom Beginn des Menschseins bis zu seinem Ende einem ständigen Wandel. Hinzu kommt, daß der konkrete Rechtsgutsträger durch den täglichen Umgang mit den natürlichen Grundlagen seiner Existenz maßgeblich Inhalt und Grenzen der Schutzgüter bestimmt. Er besitzt die Möglichkeit, durch defektfreie Verfügung über den strafrechtlichen Schutzzumfang zu disponieren.³⁰⁹ Verweigert er seinem Körper die erforderliche Nahrung, gehen Person und Körper ebenso zugrunde wie die Gesundheit. Bewahrt der Rechtsgutsträger

³⁰⁴ Zur Abgrenzung von der subjektiven Methode, wonach allein der Wille des Gesetzgebers der Auslegung zu Grunde gelegt werden darf sowie zur Synthese zwischen objektiver und subjektiver Theorie vgl. Jescheck/ Weigend, Strafrecht Allg. Teil, § 17 IV 2.

³⁰⁵ Bydliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 453; Larenz, Juristische Methodenlehre, 319.

³⁰⁶ Rudolphi, in: Festschrift Honig, 151 ff.

³⁰⁷ Für das Zivilrecht BGHZ 124, 52. Näher hierzu § 6 Punkt II der Abhandlung.

³⁰⁸ Hierzu Haft, Strafrecht Allg. Teil, § 2, 75 f.

³⁰⁹ Horn, SK-StGB, § 226a Rn. 2; Kientzy, Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers, 73 ff.

seinen Körper vor Unbill, behandelt er ihn sorgfältig, stärkt seine Abwehr und läßt er vom Arzt gesundheitliche Störungen beheben, bestimmt er hiermit den Stellenwert seiner biologischen Grundlagen.

Dies bedeutet aber nicht, daß sich der Schutzbereich der Körperverletzungsdelikte auf die Verfügungsbefugnis als solche beschränkt. Denn eine Aufspaltung von biologischer Existenz und ‚Mensch-Sein‘ kann nicht unbesehen vorgenommen werden. Der lebende Mensch als funktionierender Gesamtorganismus in seiner natürlichen Verbundenheit erhält seinen strafrechtlichen Schutz aufgrund der untrennbaren Einheit von Körper, Seele und Geist.³¹⁰ Diese Besonderheit unterscheidet den Menschen nicht nur von Tieren und Pflanzen, sondern auch von der Sache im Sinne der toten Materie; und sie verleiht ihm Menschenwürde sowie das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Dieser Werteunterschied begründet den verschiedenartigen Unrechtsgehalt von § 223 Abs.1 StGB und § 303 Abs. 1 StGB, der unter anderem im Strafraumen seinen Ausdruck findet.

Mit der häufig anzutreffenden Aussage: ‚der Mensch gehört sich selber‘, ist nicht gemeint, daß der Mensch über seinen Körper und seine Gesundheit wie über eine Sache verfügt, das Schutzgut der Delikte gegen die körperliche Unversehrtheit sich mithin auf die Herrschaftsmöglichkeit über Körper und Gesundheit beschränkt. Vielmehr ist das Verhältnis des lebenden Menschen zu seinem Körper und seiner Gesundheit im Sinne einer personenrechtlichen Interdependenz zu verstehen:³¹¹ Dem ‚Körper-Haben‘ wird das ‚Körper-Sein‘,³¹² dem ‚Gesundheit-Haben‘ das ‚Gesund-Sein‘ notwendig zur Seite gestellt.³¹³ Die Feststellung, der Mensch gehört sich selber, spiegelt das Selbstverständnis vom Menschen wider, zugleich durch seine biologischen Grundlagen zu existieren und über seine verfassungsrechtlich garantierte körperliche Unversehrtheit derart bestimmen zu können, daß er - wenngleich in den Grenzen des zwingenden Rechts - nach seinen Wertmaßstäben den physischen Anforderungen des Lebens gerecht zu werden vermag.

³¹⁰ Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 13 Rn 14: „[...] der Körper ist Schutzobjekt nicht als Anhäufung von Fleisch und Knochen, sondern nur in Verbindung mit dem Geist, der in ihm wohnt und ihn beherrscht.“

³¹¹ Jauernig, in: ders. (Hrsg), BGB, § 90 Rn. 9.

³¹² Zu den Begriffen ‚Körper-Haben‘ und ‚Körper-Sein‘ vgl. Merleau-Ponty, Der Philosoph und sein Schatten. In: Das Auge und sein Geist. Philosophische Essays, hrgs. von Arndt, Philosophische Bibliothek, Band 357, 45 ff.

³¹³ Für eine ontologische Interdependenz höchstpersönlicher Rechtsgüter wie Leben, Körperintegrität, Freiheit und Ehre spricht sich Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 113, aus.

Die Eindeutigkeit dieser rechtlichen Bewertung des ‚Mensch-Seins‘ gerät nicht durch die insbesondere von Bockelmann und Hirsch vertretene Argumentation in Zweifel, bei Einbezug des Selbstbestimmungsrechtes in die durch §§ 223 ff. StGB geschützten Rechtsgüter sei nicht mehr der Körper selbst, sondern der Wille zur Wahrung dieses Rechtsguts geschützt.³¹⁴ Denn eine Aufspaltung der in einer engen Wechselbeziehung stehenden Rechtsgüter Körper und Verfügungsfreiheit, verbunden mit dem Herausschneiden der Selbstbestimmung aus dem Schutzbereich der §§ 223, 229 StGB, würde eine unnatürliche, lebensfremde Trennung bewirken - zumal die Rechtsgutsqualität von Gesundheit und Körper neben dem Bestand des „In-Funktion-Seins“³¹⁵ wesentlich durch die entsprechende Verfügungsfreiheit geprägt wird.³¹⁶

Durch den Einbezug des Körper- und Gesundheitsinteresses in das Schutzgut der §§ 223, 229 StGB ist aber noch nicht zwingend festgelegt, dieses als eigenständiges personales Gestaltungs- und Verfügungsrecht zu begreifen. So erklärt die von Engisch vertretene Körperinteressentheorie das personale Element nicht zum konstituierenden Faktor des geschützten Rechtsguts. Das Körperinteresse wird vielmehr im Sinne einer sozialen Konzeption verstanden, die nicht auf das Individualinteresse³¹⁷ beschränkt ist, sondern zuvörderst oder zumindest auch Allgemeininteressen erfaßt.³¹⁸ Damit wird zugleich von der Objektivierung der Körperinteressen ausgegangen. Die Willensbestimmung des einzelnen im Rahmen der objektiven Interessenabwägung ist mithin allein als Abwägungsfaktor zu berücksichtigen.³¹⁹ Selbst wenn die Objektivierung des Körperinteresses auf die

³¹⁴ Hirsch, LK-StGB, vor § 223 Rn. 1 ff.; ders., in: Gedächtnisschrift Zipf, 353 ff.

³¹⁵ Welzel, ZStW 58 (1939), 490, 519.

³¹⁶ Arzt/ Weber, Strafrecht Bes. Teil, LH 1, Rn. 320; Bottke, Suizid und Strafrecht, 150 f.; Krauß, in: Festschrift Bockelmann, 556, 566 f. Restriktiv Jordan, Anm. zu BGH JR 1996, 69, JR 1997, 32.

³¹⁷ Das aber durchaus auch Berücksichtigung finden soll, vgl. Engisch, ZStW 58 (1939), 1, 17: „Gerade bei der Beurteilung des ärztlichen Eingriffs können wir nicht vorbei sehen an den dringenden Interessen, Nöten, Sorgen und Schmerzen des einzelnen und brauchen uns auch nicht zu scheuen, von ihnen und ihrem unmittelbaren Träger, dem Einzelmenschen, zu sprechen.“

³¹⁸ Engisch, ZStW 58 (1939), 1, 8, 14. Die Konsequenz dieser Ansicht führt Engisch selbst aus: (S. 8) „Das Interesse an der Erhaltung des Lebens eines Menschen ist ein größeres, wenn es sich um den tüchtigen Ernährer einer großen Familie, als wenn es sich um einen lebensunfrohen, unbrauchbaren, alleinstehenden Geistesschwachen handelt“. Anm. der Verf.: Daß diese Ansicht mit dem heutigen Menschenbild des Grundgesetzes nicht zu vereinbaren ist, bedarf keiner Erläuterung.

³¹⁹ Engisch, ZStW 58 (1939), 1, 15.

allgemeingültigen Erkenntnisse der Medizin³²⁰ beschränkt wird,³²¹ mithin politische, weltanschauliche, sittlich-moralische oder utilitaristische Aspekte außer Betracht bleiben, befremdet die hiermit verbundene Konsequenz: Der mündige und autonome Mensch würde, sobald er mit der Medizin in Berührung gerät, zum fremdbestimmten, der wohlmeinenden Gesundheitsfürsorge anheimgestellten Patienten. Die personale Selbstbestimmung würde - je nach Gewicht der objektiven Interessen - zum nahezu inhaltslosen Beiwerk degradiert, die der Verwirklichung höherwertiger Ziele Vorrang einzuräumen hätte. Dies aber verdeutlicht die Fragwürdigkeit dieser Konstruktion. Sie steht nicht nur im Widerspruch zur Autonomie und Mündigkeit des Patienten, sondern auch zu dem Ziel der Medizin, die Erfolgsrate von ärztlichen Behandlungen zu erhöhen. Denn die Bereitschaft des Patienten, die Behandlung mitzutragen, beeinflusst wesentlich deren Erfolg.³²² Diese Compliance aber setzt voraus, daß der Patient als selbstbestimmte Person und infolgedessen auch sein Verfügungsinteresse ernst genommen wird. Eine von Paternalismus geprägte Arzt-Patienten-Beziehung, in der das Interesse des Patienten lediglich einen Abwägungsfaktor darstellt, wirkt insoweit geradezu dysfunktional.

Daher bleibt festzuhalten: Der strafrechtliche Schutz der §§ 223, 229 StGB erfolgt primär im Interesse des autonomen Menschen. Konstituierender Faktor der geschützten Rechtsgüter Körper und Gesundheit ist demgemäß die entsprechende Verfügungsbefugnis. Das Substrat der §§ 223, 229 StGB zugrunde liegenden Rechtsgüter ist das ‚Körper-Sein‘ bzw. ‚Gesund-Sein‘, das im Regelfall die Verbindung von selbstbestimmter Person und biologischer Grundlage beschreibt. Schutzgut der Delikte gegen die körperliche Unversehrtheit ist daher nicht allein die biologische Daseinsform, der biologische Organismus als individualitäts- und personalitäts-unabhängige Funktionseinheit.

Hinter dieser Ansicht verbirgt sich zugleich eine bestimmte Auffassung von der Bedeutung der Individualrechtsgüter, zu denen auch die körperliche Unversehrtheit und die Gesundheit gehören. Ohne den unendlichen Streit um den Rechtsgutsbegriff im einzelnen darzustellen,³²³ ist zumindest in knapper Form daran zu erinnern, daß

³²⁰ Näher zur Bedeutung der *lex artis* und der Therapiefreiheit des Arztes als Element des Handlungs(un)wertes unter § 12 Punkt III. ff. der Abhandlung.

³²¹ So die moderne Ausrichtung der Körperinteressentheorie.

³²² Siegrist, in: Jung/ Schreiber (Hrsg.), *Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht*, 54, 65 m.w.N.

³²³ Instruktiv Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*; Haft, *Strafrecht Allg. Teil*, § 2; Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, § 7; Roxin, *Strafrecht Allg. Teil*/I, § 2 Rn. 9 ff.; Rudolphi, in: *Festschrift Honig*, 151 ff.; ders., *ZStW* 86 (1974), 69, 94 ff.; Weigend, *ZStW* 98 (1986), 44; Vogel, *StV* 1996, 110 ff.

das verfassungsrechtliche Gebot, jeden anderen als autonome und gleichberechtigte Persönlichkeit zu achten, den fundamentalen Grundsatz des strafrechtlichen Individualrechtsgüterschutzes bildet.³²⁴ Denn der strafrechtliche Rechtsgutsbegriff ist zwar dem Strafrecht, nicht aber der Verfassung vorgelagert.³²⁵ Aus dem verfassungsrechtlich verankerten Bekenntnis zum gelebten Rechtsstaat folgt, daß die Wertentscheidungen, die die Strafgesetzgebung begrenzen, aus dem Grundgesetz abzuleiten sind. Damit ist ein entscheidender Wertegesichtspunkt angesprochen, der zur materiellen Inhaltsbestimmung des Rechtsgutsbegriffs beiträgt.

Die Funktion des Rechtsstaates erschöpft sich nicht allein im formalen Legalitätsstaat im Sinne der Existenz von formalen Institutionen der Gewaltenteilung und den damit verbundenen Garantien wie die der Rechtssicherheit. Seine innere Bestimmung und Legitimation liegt vielmehr in der Bindung des Staates an die materielle Gerechtigkeit.³²⁶ Die hieran zu stellenden Anforderungen ergeben sich aus der Verfassung, nicht aber aus überpositiven Grundsätzen. Anderenfalls würde das Postulat der materiellen Gerechtigkeit zum Einfallstor beliebiger Vorstellungen wie sittlich-moralische, weltanschauliche oder politische Positionen werden.³²⁷ Damit würde - wie in totalitären Regimen der Vergangenheit geschehen - dem Staat zugleich das Recht zuerkannt, Minderheiten, die den allgemein anerkannten Anschauungen zuwiderhandeln, durch Strafbewehrung dieses Verhaltens zur Aufgabe der eigenen Position zu nötigen. Daß diese Bevormundung mit dem heutigen Menschenbild in keiner Weise in Einklang steht, erklärt sich aus sich selbst heraus.

³²⁴ Zur Ableitung des Rechtsgutsbegriffs aus der Verfassung vgl. Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 2 Rn. 9 ff. m.w.N.

³²⁵ Rudolphi, in: Festschrift Honig, 151, 158 ff.; Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 2 Rn. 9 ff. m.w.N. A.A. z.B. die Lehre vom Verbrechenobjekt in der Strafrechtswissenschaft der Aufklärung, näher hierzu Sina, Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs Rechtsgut, 6 ff.; Honig, Die Einwilligung des Verletzten, 32 ff. m.w.N. Danach bildet die naturrechtliche Lehre vom Gesellschaftsvertrag die Grundlage, um den Verbrechensbegriff inhaltlich zu bestimmen. Die aus dem Gesellschaftsvertrag resultierenden Rechte für Bürger und Staat - auch mit Mitteln des Strafrechts - zu schützen, war nach dieser Ansicht die einzig legitime Aufgabe des Staates. Liszt, ZStW 6 (1888), 133 ff. hingegen ging davon aus, daß die rechtlich geschützten Lebensinteressen aus dem Leben als solchem folgen.

³²⁶ So z.B. BVerfG E 20, 323, 331; 70, 297, 308.

³²⁷ In seiner umfassenden Analyse des Rechtsgutsbegriffs wendet sich Amelung insbesondere gegen Verbote, die allein vor Unmoral schützen, vgl. Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 318 ff.

Zwar enthält das Prinzip des materiellen Rechtsstaats keine im einzelnen festgelegten Ge- und Verbote.³²⁸ Aus seinem Zusammenspiel mit der Unantastbarkeit der Menschenwürde und dem Grundrechtskatalog erschließt sich aber für das Strafrecht - neben dem Schuldprinzip, dem Verbot der Doppelbestrafung und der Unschuldsvormutung³²⁹ -, daß sich das materiale Substrat des Rechtsguts aus den Grundwerten der Verfassung ergibt. Gegenstand von Strafdrohungen können somit nur solche Verhaltensweisen sein, die eine auf Freiheit und sozialer Verantwortlichkeit des einzelnen aufbauende Gesellschaft bedrohen oder gar schädigen.³³⁰ Der Kreis der zu schützenden Rechtsgüter ist nicht im einzelnen festgelegt, sondern unterliegt ebenso wie das Verhältnis des einzelnen zum Staat einem Wandel und paßt sich durch die jeweiligen Voraussetzungen eines gedeihlichen Zusammenlebens an die Rechtswirklichkeit an. Aber auch die Inhaltsbestimmung der vorhandenen strafbewehrten Rechtsgüter ist mit den Veränderungen in der Gesellschaft einem Neuinterpretationen offen stehenden Schutzgutwandel unterworfen.

Damit werden nicht primär statische Zustände, an deren Erhaltung der einzelne oder die Allgemeinheit ein berechtigtes Interesse hat, als Rechtsgut vor Beeinträchtigungen bewahrt. Die Bedeutung des Rechtsguts zeigt sich vielmehr in der dynamischen Komponente, so daß - mit den Worten von Welzel - ihr „In-Funktion-Sein, d.h. in der sozialen Verbundenheit Wirkungen ausübend und Wirkungen empfangend“³³¹ geschützt ist. Damit wird besonders das Verständnis vom Individualrechtsgut als über den bloßen Besitzstand hinausgehende Handlungsgrundlage hervorgehoben. Wenn Rudolphi einen Schritt weiter geht und das Individualrechtsgut gerade als die soziale Funktion selbst und die damit einhergehende freie Entfaltung der Persönlichkeit umschreibt,³³² so ist hiermit ein zentraler Punkt in der Rechtsgutsdiskussion angesprochen. Daß in der Strafrechtswissenschaft die Berücksichtigung individueller Verhältnisse bei der Festlegung des Schutzgehaltes von Rechtsgütern durchaus nicht unüblich ist, zeigt überdies die Lehre vom persönlichen Schadenseinschlag beim Betrugstatbestand.³³³ Ein Verständnis der strafrechtlich geschützten Rechtsgüter im Sinne kollektiver Sozialinteressen³³⁴ würde die staatliche Verpflichtung zum Schutz der Individualgrundrechte vernachlässigen.

³²⁸ BVerfGE 74, 129, 152.

³²⁹ Näher Jarass/ Pieroth, Grundgesetz, Art. 20 Rn. 70 m.w.N.

³³⁰ Vgl. Rudolphi, in: Festschrift Honig, 151, 161.

³³¹ Welzel, ZStW 58 (1939), 490 ff., 515; auch Rudolphi, in: Festschrift Honig, 151, 163.

³³² Rudolphi, SK-StGB, vor § 1 Rn. 9, dargestellt am Beispiel des Eigentums.

³³³ So auch Rudolphi, ZStW 86 (1974), 68, 95.

³³⁴ Weigend, ZStW 98 (1986), 44, 54 ff.

Denn diese beschränkt sich keineswegs auf die Abwehr von staatlichen Eingriffen, sondern verlangt das aktive Tätigwerden des Staates. Dem entspricht es, wenn das Strafrecht auch Tatbestände zum Schutz von Individualrechtsgütern formuliert.

Die zunehmende Akzentuierung der personalen Freiheit und Selbstbestimmung bedeutet jedoch nicht, den Zusammenhang zwischen objektivem Gut und Autonomie zu lösen und nur noch letztere als schützenswert zu erachten.³³⁵ Der Charakter strafrechtlichen Unrechts im Sinne der Mißachtung des anderen in seinem Wesen als selbstbestimmte Persönlichkeit geht nicht so weit, im Bereich des Individualrechtsschutzes die personale Selbstbestimmung als das einzige strafrechtlich geschützte Rechtsgut zu verstehen. Vielmehr steht die personale Verfügungsfreiheit neben dem objektiven Bestand des Rechtsgutes und konkretisiert zugleich dessen Schutzzumfang.³³⁶ Anderenfalls ist nicht erklärbar, warum das spezialisierte Strafrecht in §§ 223, 229 StGB nicht die Verletzung der körperbezogenen Autonomie, sondern allein die *körperliche* Mißhandlung bzw. die *Gesundheitsschädigung* unter Strafe stellt. Die fragmentarische und zugleich besondere Natur dieser für strafwürdig erachteten Beeinträchtigungen³³⁷ macht deutlich, daß es hier nicht allein um die Verfügung über Körper und Gesundheit geht, sondern ebenso um bestimmte Arten der Beeinträchtigung,³³⁸ die an der biologischen Grundlage des Menschen ansetzen.

Bei einer Beschränkung des Individualrechtsgüterschutzes auf die entsprechende Verfügungsbefugnis würden überdies Wertungswidersprüche entstehen. Hierauf weist Amelung zu Recht hin.³³⁹ Die Rechtsordnung kennt Verfügungsbeschränkungen, die z.B. im Bereich der Eigentumsdelikte dem Eigentümer kraft Gesetzes oder Widmung die Verfügungsbefugnis beschränken, im Extremfall sogar entziehen.³⁴⁰ So besteht die eigentumsbeschränkende Funktion einer straßenrechtlichen Widmung in der Begründung einer öffentlich-rechtlichen Dienstbarkeit, lastend auf dem fortbestehenden Privateigentum. Das Grundstück wird damit zwar nicht zur *res extra commercium*.³⁴¹ Verfügungen über das Eigentum bleiben somit zulässig, wenn

³³⁵ Vgl. Stratenwerth, ZStW 68 (1956), 41, 43, wonach der Wille nicht nur für den Rechtsschutz bedeutsam sei, sondern auch zum geschützten Objekt gehöre.

³³⁶ Krauß, in: Festschrift Bockelmann, 557, 567.

³³⁷ Roxin, Strafrecht Allg. Teil/I, § 2 Rn. 38 m.w.N.

³³⁸ Näher unter § 11 der Abhandlung.

³³⁹ Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, 28.

³⁴⁰ So z.B. bei Insolvenz des Schuldners; bei Sachen, die öffentlichen Zwecken gewidmet sind. Zu Verfügungsbeschränkungen bei abgetrennten natürlichen Körperteilen und -substanzen, vgl. unter § 6 Punkt II. 5. der Abhandlung.

³⁴¹ Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht Band I, § 57 II.

dadurch die öffentlich-rechtliche Zweckbestimmung nicht angetastet wird.³⁴² Im Wasserrecht geht die eigentumsbegrenzende Funktion der Widmung aber noch weiter. Obgleich die meisten Landeswassergesetze die Pflicht des Eigentümers, die unentgeltliche Nutzung zu dulden, auf die Gewässernutzung als solche beschränken, unterfällt nach h.M. auch die Sondernutzung des Gewässerbetts der Duldungspflicht des Eigentümers.³⁴³ Eine andere Verfügungsbeschränkung ergibt sich aus § 80 Abs. 1 InsO, wonach durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens das Recht des Schuldners, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und über es zu verfügen, auf den Insolvenzverwalter übergeht. Trotz dieser - graduell gestuften - Beschränkungen der Verfügungsmacht des Privateigentümers verlieren die mit einer öffentlichen Dienstbarkeit bzw. Verfügungsbeschränkung belasteten Sachen nicht den Schutz von § 303 StGB. Dies spricht dafür, daß nicht allein die Verfügungsbefugnis, sondern auch das „In-Funktion-Sein“ der Sache strafrechtlichen Schutz erfährt.

Aber auch im Bereich der Delikte zum Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit besteht keine absolute Verfügungsfreiheit. So entzieht § 216 StGB³⁴⁴ dem Rechtsgutsinhaber die Verfügungsbefugnis über sein Leben für den Fall der Fremdtötung. § 228 StGB stellt die sittenwidrige Körperverletzung ungeachtet einer vorliegenden Einwilligung unter Strafe.³⁴⁵ Sprechen diese Regelungen dafür, daß einerseits der objektive Bestand des Rechtsguts mit vom Schutz erfaßt wird, bedeuten sie andererseits aber nicht zugleich den Ausschluß der Autonomie.³⁴⁶ Die §§ 216, 228 StGB verbieten es dem Rechtsgutsträger nicht, mit sich selbst umzugehen und somit auch die Grenzen des Umgangs festzulegen, bis hin zur Selbstschädigung. Die Tatsache, daß das Strafrecht nicht den freiverantwortlichen Selbstmord, sondern nur die einverständliche Fremdtötung, nicht die masochistische Selbstverletzung, wohl aber - unter den weiteren Vorgaben der §§ 223, 229 StGB - die Fremdschädigung³⁴⁷ untersagt, zeigt, daß nicht die Rechtsgüter der körperlichen Unversehrtheit, die Gesundheit und das Leben tabuisiert sind. Einem Tabu unterliegen vielmehr allein bestimmte Eingriffe von dritter Seite. Das Gesetz ordnet unter eng begrenzten

³⁴² Papier, Recht der öffentlichen Sachen, 80 m.w.N.

³⁴³ Czychowski, Wasserhaushaltsgesetz, Einl. VIII 2. m.w.N. Zur Verfassungswidrigkeit dieser Ansicht, da sie jenseits der zulässigen Sozialbindung des Eigentums liege, vgl. Papier, Recht der öffentlichen Sachen m.w.N.

³⁴⁴ Hierzu unter § 14 Punkt II. 2. b. der Abhandlung.

³⁴⁵ Hierzu unter § 14 Punkt II. 2. d. der Abhandlung.

³⁴⁶ A.A. Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, 28.

³⁴⁷ Zu Einschränkungen im sadistischen Bereich, Berz, GA 1969, 145, 147.

Vorgaben eine Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Rechtsgutsträgers an, so daß die Herrschaftsmacht über den eigenen biologischen Organismus nur in diesen Ausnahmefällen begrenzt ist und hinter dem objektiven Teil des Rechtsguts zurückbleibt. Diese Beschränkungen führen aber keineswegs zu dem häufig gezogenen Gegenschuß, die durch §§ 223, 229 StGB geschützten Rechtsgüter bezögen sich nur auf die biologische Daseinsform, nicht aber auf die Möglichkeit, sie in autonomer Selbstbestimmung zu nutzen. Denn die gesetzlichen Einschränkungen beschreiben Ausnahmesituationen, die letztendlich den Regelfall der freien Verfügung bestätigen.

Den Weg zu einem anderen Ergebnis kann selbst der von Amelung zur Sprache gebrachte Einwand, der Einbezug der Verfügungsfreiheit in den Schutzbereich des Individualrechtsguts gerate in Schwierigkeiten, wo die Rechtsordnung bestimmten Personengruppen, wie z.B. Kleinkindern, die Befugnis zur Verfügung über das Rechtsgut abspreche,³⁴⁸ nicht ebenen. Dieser Einwand zielt auf die Sachverhalte, bei denen die Personalität und damit auch die Fähigkeit zum bewußten Umgang mit sich selbst in Frage steht. Diese Fähigkeit prägt sich beim Kleinkind erst schrittweise aus, sie fehlt überhaupt bei irreversibel apallischen Patienten³⁴⁹ oder beim anenzephalen Kind. Eine rein biologisch-objektive Sichtweise der durch §§ 223, 229 StGB geschützten Rechtsgüter an diese Sondersituationen anzuknüpfen, überzeugt aber dennoch nicht.

Denn das Kleinkind vermag - wenn auch nur in rudimentärer Form - seinen körperbezogenen natürlichen Willen zum Ausdruck zu bringen. Bereits das Weinen eines Kindes, das krank ist und damit den Sorgeberechtigten signalisiert, daß Hilfe erforderlich ist, das zwar sprachlose, aber nicht minder deutliche fordernde Verlangen nach Nahrung, wenn es hungrig ist, oder die deutliche Aufforderung bis hin zum Schreien, wenn es sich unwohl fühlt,³⁵⁰ verdeutlichen, daß bereits das Kleinkind im Bereich der existentiellen Körperfunktionen einen natürlichen, wenngleich in der Anfangsphase des Lebens noch gering ausgeprägten Willen besitzt. Daß die Vornahme der erforderlichen Handlungen in diesem Lebensabschnitt den Personensorgeberechtigten obliegt, bewirkt keine Änderung dieser Grundposition.

³⁴⁸ Amelung, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 26 f.

³⁴⁹ Hierzu Merkel, Jura 1999, 113, 116.

³⁵⁰ Zur Schmerzempfindung und Abwehrreaktion von Früh- und Neugeborenen vgl. Radke, Hebammenzeitschrift 2000, 433 f.

Bei Menschen, die an einem irreversiblen Funktionsausfall von Teilen des Gehirns leiden, stellt sich die von Amelung bezeichnete Situation verschärft. Geht man richtigerweise davon aus, daß diese Menschen nicht tot sind,³⁵¹ so führt ihre - nach unseren heutigen Erkenntnissen - absolute Empfindungs- und Bewußtlosigkeit nicht zu Einbußen ihres strafrechtlichen Schutzes gemäß §§ 223, 229 StGB. Denn er umfaßt eben auch die objektiv-biologische Daseinsgrundlage des Betroffenen.

Darüber hinaus ist der aufgrund körperlicher oder geistiger Mängel zur Willensbildung nicht Fähige ebenso wie das Kind Träger der körperbezogenen Verfügungsfreiheit. Denn unter dem unantastbaren Postulat der Menschenwürde geht es nicht an, dem personalen Wesen, d.h. dem Wesen mit ‚Ich-Bewußtsein‘, einen größeren Strafrechtsschutz im Hinblick auf sein Leben und seine körperliche Unversehrtheit einzuräumen als dem ‚nur‘ menschlichen Wesen.³⁵² Daß letzteres zur selbständigen Ausübung der entsprechenden Verfügungsbefugnis nicht in der Lage ist, betrifft ein anderes Problem und führt dazu, daß die Ausübung der Dispositionsbefugnis auf einen hierzu autorisierten Dritten übergeht und dieser für den Träger der Verfügungsfreiheit entscheidet und handelt.³⁵³ Die soweit als möglich dem (mutmaßlichen) Willen des Betroffenen Achtung schuldende³⁵⁴ notwendige Fremdbestimmung bewirkt, daß auch bei der Mißhandlung von Willensunfähigen eine ihm - wie Roxin zutreffend formuliert³⁵⁵ - zuzurechnende Willensbeeinträchtigung vorliegt. Die Ausnahmesituation der fehlenden Verfügungsfähigkeit ist daher nicht geeignet, den Einbezug der Verfügungsfreiheit in das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit grundsätzlich in Frage zu stellen.

Im Licht des Menschenbildes des Grundgesetzes betrachtet, dienen die Delikte zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit primär dem einzelnen, nicht aber dem kollektiven Selbsterhaltungsinteresse der Gemeinschaft. Soweit letzteres mitgeschützt ist, wurzelt dies in der primären Bedeutung der Delikte zum Schutz von Individualrechtsgütern. Das kollektive Selbsterhaltungsinteresse läßt sich deshalb nicht von dem eigentlichen Kern lösen und zu einem strafrechtlichen Gefüge umfunktionieren, in dem der ursprüngliche Sinn des Rechtsgüterschutzes völlig zurücktritt. Die hier vertretene, auf das Individuum abgestellte Rechtsgutslehre kennzeichnet die

³⁵¹ Näher hierzu unter § 8 Punkt II. 2. b.

³⁵² A.A. z.B. Hoerster, Abtreibung im säkularen Staat, 12; ders., in: Bonfranchi, R. (Hrsg.), Zwischen allen Stühlen. Die Kontroverse um Ethik und Behinderung, 43 ff.

³⁵³ Näher hierzu unter § 14 Punkt VI. 4. der Abhandlung.

³⁵⁴ Saliger, JuS 1988, 16 ff. Vgl. auch die Rechtsgedanken in §§ 1626 Abs. 2, 1901 Abs. 2 BGB.

³⁵⁵ Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 13 Rn. 16.

Verfügungsbefugnis als konstitutives Element der Individualrechtsgüter. Für die wirksame Einwilligung des Rechtsgutsträgers folgt daraus, daß sie die Rechtsgutsverletzung als solche entfallen läßt, ihr mithin tatbestandsausschließende Wirkung zukommt. Realisiert der Rechtsgutsinhaber die ihm zukommenden Verfügungsmöglichkeiten über das ihm zugeordnete Rechtsgut, indem er eine entsprechende Disposition trifft, so nutzt er die ihm zustehenden Möglichkeiten.³⁵⁶ Somit ist zugleich ein entscheidender Einwand gegen die Körperverletzungsdoktrin der Rechtsprechung formuliert. Die Mißachtung des Patientenwillens durch unzureichende Aufklärung oder sonstige eigenmächtige Behandlung ist bereits im Tatbestand der §§ 223, 229 StGB von Relevanz. Die Verdrängung in den Unrechtsausschließungsgrund der rechtfertigenden Einwilligung ist systemwidrig. Denn dieser Ebene ist die Normierung von Gegenrechten vorbehalten. Ihr kommt aber nicht die Aufgabe zu, das tatbestandliche Verhalten zu umschreiben.

Damit sind die Vorbehalte gegen eine Reduktion der Rechtsgüter Körper und Gesundheit auf eine rein biologische Sichtweise einerseits sowie gegen die Beschränkung der geschützten Rechtsgüter auf die Verfügungsbefugnis andererseits aufgezeigt. Man kann den Schutzbereich der Rechtsgüter gewiß unterschiedlich weit ziehen. Leugnen kann man jedoch nicht die enge Wechselbeziehung zwischen der verfassungsrechtlich verankerten Autonomie und dem Schutzzumfang der Individualrechtsgüter. Daß hieran nicht mehr vorbei gegangen werden kann, zeigt das 6. Strafrechtsreformgesetz. Die neu formulierte 17. Abschnittsüberschrift und das Gesetzgebungsverfahren dokumentieren den Willen des Gesetzgebers, in die Delikte zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit die entsprechende Autonomie des Rechtsgutsträgers mit einzubeziehen. In diesem Kontext ist daran zu erinnern, daß der Gesetzgeber, die Notwendigkeit vor Augen, den Patienten vor fehlerhaften und eigenmächtigen ärztlichen Behandlungen zu schützen, anläßlich des 6. Strafrechtsreformgesetzes auf die Verabschiedung entsprechender Straftatbestände verzichtete und die verfassungsrechtlich verankerte Selbstbestimmung den vorhandenen Straftatbeständen zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit unterstellt. Damit erhärtet die teleologische Auslegung das Ergebnis der historischen und systematischen Sinndeutung.

³⁵⁶ Roxin, a.a.O., Rn. 12; Weigend, ZStW 98 (1986), 44, 61.

7. Verfassungsrechtliche Implikationen

Die strafrechtliche Inhaltsbestimmung von Körper und Gesundheit hat sich widerspruchsfrei in den Kontext höherrangiger Normen einzufügen.³⁵⁷ Demzufolge ist nachfolgend auf die entsprechenden verfassungsrechtlichen Grundlagen einzugehen.

An der Spitze der verfassungsrechtlichen Implikationen strafrechtlicher Fragen im Themenkreis von Körper und Gesundheit muß zwingend die gemäß Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Menschenwürde stehen. Sie verstärkt und konkretisiert - als Elementarprinzip in den Mittelpunkt der Gesamtrechtsordnung gestellt - die nachfolgenden Grundrechte. Als spezielle Grundrechte sind insbesondere Art. 2 Abs. 1 GG, das allgemeine Persönlichkeitsrecht, sowie Art. 2 Abs. 2 GG, das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, zu nennen.

Entsprechend der strafrechtlichen Diskussion findet sich im Verfassungsrecht keine unangefochtene Antwort darauf, ob sich der Normbereich von Art. 2 Abs. 2 GG allein auf die biologisch-körperliche Gesundheit - als wesentlichen Kern der körperlichen Unversehrtheit³⁵⁸ - reduziert oder sich in gleicher Weise auf das psychische Wohlbefinden erstreckt.³⁵⁹ Einigkeit besteht freilich insoweit, als die körperliche Unversehrtheit nicht allein den Zustand physischer Unverletztheit beschreibt, sondern darüber hinaus die Gesundheit als unverzichtbaren Bestandteil umfaßt. Ob Gesundheit allein als Negation pathologischer Zustände zu verstehen ist³⁶⁰ oder einen weitergehenden Inhalt beschreibt, ist nicht unumstritten. Das Bundesverfassungsgericht wie auch das überwiegende Schrifttum treten jedoch zu Recht einer restriktiven Auslegung des Schutzgutes der ‚körperlichen Unversehrtheit‘ entgegen.³⁶¹ Unter Hinweis auf die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte, vom Bundesverfassungsgericht³⁶² besonders akzentuierte Menschenwürde und die Tatsache, daß jeder Mensch als Individuum eine Einheit von Leib, Seele, Geist und damit eine eigenständige, durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Persönlichkeit bildet, wird Art. 2 Abs. 2 GG autonomie-sichernder Freiheitsschutz zugeschrieben, der über die objektive Gesundheit hinaus

³⁵⁷ Zum Verhältnis von Strafrecht und Grundgesetz Jescheck, LK-StGB, Einleitung Rn. 9.

³⁵⁸ Vgl. Kern, in: Neumann/ Nipperdey/ Scheuner, Die Grundrechte, Band 2, 60 f.; Schmidt-Aßmann, AöR 1981, 209; Seewald, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, 47.

³⁵⁹ So Kloepfer, Zum Grundrecht auf Umweltschutz, 28. Leibholz/ Rinck/ Hesselberger, GG, Art. 2 Rz. 512, wollen zumindest diejenigen nichtkörperlichen Einwirkungen durch Art. 2 Abs. 2 GG erfassen, die ihrer Wirkung nach den körperlichen gleichzusetzen sind.

³⁶⁰ Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 223, unter Hinweis auf Schmidt-Aßmann, AöR 1981, 209.

³⁶¹ Zu verfassungsrechtlichen Fragestellungen in der Medizin vgl. Kirchhof, NJW 1996, 1497 1503.

³⁶² BVerfGE 56, 54, 73 ff.

die Bewahrung des Selbstbestimmungsrechts bezweckt.³⁶³ Diese Gewährleistung bedingt neben der allgemeinen Handlungsfreiheit das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit³⁶⁴ und damit auch das passive Recht auf Freiheit vor Beeinträchtigung der Autonomie.³⁶⁵ Außerdem werden aufgrund der möglichen Wechselwirkungen zwischen psychischen und physischen Gesundheitsstörungen nichtkörperliche Einwirkungen mit körperlichen Auswirkungen dem Schutzbereich von Art. 2 Abs. 2 GG unterstellt.³⁶⁶ Letztlich gewährt das Recht auf körperliche Unversehrtheit nach bereits im Parlamentarischen Rat unbestrittener Anschauung³⁶⁷ das Recht auf Freiheit von Schmerzen. Wenn demgemäß das verfassungsrechtlich garantierte Schutzgut von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG als das Selbstbestimmungsrecht des Menschen im Bereich seiner körperlich-seelischen Integrität zu verstehen ist,³⁶⁸ befinden sich die bisherigen strafrechtlichen Erkenntnisse, wonach die Rechtsgüter ‚Körper‘ und ‚Gesundheit‘ neben den natürlichen biologischen Tatsachen des Menschen auch die körper- und gesundheitsbezogene Entscheidungsfreiheit gewährleisten, im Einklang mit der Verfassung.

8. Kontext gleichrangiger Normen

Vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Implikationen erscheint es geboten, knapp einige - für die Auslegung des Rechtsguts der körperlichen Unversehrtheit bedeutsame - einfachgesetzliche Regelungen darzustellen, durch die der Staat seine grundgesetzlich verankerte Verantwortung für Körper und Gesundheit wahrgenommen hat.

³⁶³ Vgl. Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 224 m.w.N.; Sachs, Grundgesetz, Art. 2 Rn. 52 ff.; BVerfGE 52, 170 ff.

³⁶⁴ BVerfGE 54, 148, 153; Pieroth/ Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 409 ff.

³⁶⁵ Creifelds, Rechtswörterbuch, Stichwort: Persönliche Freiheit, b. körperliche Unversehrtheit; Maunz/ Dürig/ Herzog, Art. 2 Abs. 2, Rn. 34; Wolfslast, Psychotherapie, 14.

³⁶⁶ Vgl. BVerfGE 56, 54, 73 ff. (wenn z.B. durch anhaltenden Fluglärm Nervosität und infolgedessen konkrete Schlafstörungen eintreten). Vgl. auch Pieroth/ Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 430; Schmidt-Aßmann, AöR 1981, 205.

³⁶⁷ Bericht des Abgeordneten von Mangoldt, zitiert nach Roth-Stielow, Grundrechtsverständnis des Parlamentarischen Rates und der Grundrechtsschutz beim Betrieb von Kernkraftwerken, EuGRZ 1980, 386 f. Fn. 48.

³⁶⁸ Hermes, Das Grundrecht zum Schutz von Leben und Gesundheit, 225; BVerfGE 52, 170.

a. *Zivilrechtliche Sichtweise*

Die Verrechtlichung von Körper und Gesundheit findet sich im Bürgerlichen Recht an zahlreichen Stellen wieder. Hierbei kommt § 823 Abs. 1 BGB zentrale Bedeutung zu. Die Schutzgüter Körper und Gesundheit werden im Kontext der unerlaubten Handlungen weit ausgelegt. Im Vordergrund des zivilrechtlichen Verständnisses steht der Körper im Sinne der Unantastbarkeit der persönlich-leiblichen Sphäre, die Gesundheit als Inbegriff der körperlichen Funktionen.³⁶⁹ Das Recht des Menschen an seinem Körper wird hierbei vornehmlich als sein ursprünglichstes Persönlichkeitsrecht verstanden.³⁷⁰ Taupitz definiert den Körper in § 823 Abs. 1 BGB als „der lebende Mensch als Einheit, die in ihrer Materialisierung zwar nicht wegen der Materie, aber begrenzt durch die (ungetrennte) Materie in ihrer biologischen Einheitlichkeit und Gesamtheit geschützt wird“.³⁷¹ Steffen³⁷² versteht unter Körper den eher statischen Zustand der Integrität der körperlichen Befindlichkeit, wobei Schutzgut nicht die Materie als solche sein soll, sondern das in der körperlichen Befindlichkeit materialisierte Seins- und Bestimmungsfeld der Persönlichkeit. Unter Gesundheit begreift Steffen die physiologischen Abläufe in einem eher dynamischen Sinn.³⁷³ Die zivilrechtliche Rechtsprechung erfaßt das Recht am eigenen Körper als gesetzlich ausgeformten Teil, als Basis des Persönlichkeitsrechtes.³⁷⁴ Nach Auffassung des 6. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes ist Schutzgut des § 823 Abs. 1 BGB nicht die Materie als solche, sondern das „Seins- und Bestimmungsfeld der Persönlichkeit, das in der körperlichen Befindlichkeit materialisiert ist“.

³⁶⁹ Vgl. z.B. Schiemann, in: Ermann (Hrsg.), Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, § 823 Rn. 17 ff.; Teichmann, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, § 823 Anm. 2. Vgl. auch BGH JZ 1994, 463 mit krit. Anm. Laufs/ Reiling, NJW 1994, 775. Zum Gegenbegriff der Gesundheitsstörung vgl. Hager, Staudingers Kommentar zum BGB, § 823 Rn. B 20.

³⁷⁰ Vgl. bereits Mugan, Protokolle, Band II, 1073; Deutsch, AcP 1992 (192), 161, 165 f.; ders., Arztrecht und Arzneimittelrecht, 253 f., wonach die Rechtsgüter Körper und Gesundheit als Teil der Persönlichkeit geschützt sein sollen; Taupitz, NJW 1995, 745. Nach Medicus, Bürgerliches Recht, sollte das Persönlichkeitsrecht durch Analogie zu den vier durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgütern begründet werden, ein Persönlichkeitsrecht als sonstiges Recht sei abzulehnen.

³⁷¹ Taupitz, NJW 1995, 745. Ähnlich Schünemann, Die Rechte am menschlichen Körper, 115.

³⁷² So auch Hager, Staudingers Kommentar zum BGB, § 823 Rn. B 8.: „Schutzgut ist die autonome Bestimmung über den körperlichen Zustand.“

³⁷³ Steffen, in: BGB - RGRK, § 823 Rn. 8 ff.; Palandt/ Thomas, BGB, § 823 Rn. 8.

³⁷⁴ Vgl. BGH NJW 1980, 1452 f.; NJW 1994, 127; BGHZ 124, 52, 54; ähnl. BGH NJW 1995, 2407 f.

Herausragende Bedeutung nimmt der Schutz von Körper und Gesundheit auch im Arbeitsrecht ein. In den arbeitsrechtlichen Normen finden sich z.B. zahlreiche Regelungen,³⁷⁵ die den Arbeitgeber verpflichten, die Arbeitsumgebung und Arbeitsleistung des Arbeitnehmers so zu regeln, daß „der Arbeitnehmer gegen Gefahren für Leben und Gesundheit insoweit geschützt ist, wie die Natur des Betriebes und die Arbeit es gestatten“.

Diese Bestimmungen des Arbeitsschutzes bezwecken, die Grundrechte der Arbeitnehmer auf Leben und körperliche Unversehrtheit, auf freie Entfaltung der Persönlichkeit sowie Achtung der Menschenwürde, vgl. z.B. § 75 Abs. 1 BetrVG, im Arbeitsverhältnis zu gewährleisten. Wie auch das allgemeine Zivilrecht setzt das Arbeitsrecht die Termini Körper und Gesundheit voraus. Demgegenüber wird der Begriff der Krankheit als regelwidriger, nicht zwingend behebbarer³⁷⁶ Körper- oder Geisteszustand interpretiert. Stehen die objektiv nachprüfbaren medizinischen Befunde fest, so kommt es nicht auf das entgegenstehende subjektive (Wohl-)befinden des Arbeitnehmers an.³⁷⁷

b. Sozialversicherungsrecht

Gleich dem Arbeitsrecht erläutert das gegenwärtige wie historische³⁷⁸ Sozialversicherungsrecht weder die Begriffe Körper noch Gesundheit, obwohl diese dem gesamten Leistungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung zugrunde liegen. So bleibt und blieb es auch hier Verwaltungspraxis, Rechtsprechung und Literatur überlassen, den Grundbegriff der gesetzlichen Krankenversicherung, die Krankheit, von sonstigen Gebrechen und Leidenszuständen und damit letztlich von dem Zentralbegriff der Gesundheit abzugrenzen. Im Anschluß an ein Urteil des Preußischen Oberwaltungsgerichts aus dem Jahre 1898 wird die Krankheit bis heute als „ein regelwidriger Körper- oder Geisteszustand definiert, dessen Eintritt entweder allein die Notwendigkeit einer Heilbehandlung und zugleich oder ausschließlich die Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat“.

³⁷⁵ Vgl. z.B. § 618 BGB, § 62 HGB, § 120a GewO sowie § 3 Arbeitsschutzgesetz.

³⁷⁶ BAG AP Nr. 1 zu § 78 SeemG. Ob Behandlungsbedürftigkeit und -fähigkeit notwendige Voraussetzungen des Krankheitsbegriffs sind, ist umstritten, bejahend BAG 29.2.84, AP Nr. 64 zu § 616 BGB. A.A. Schuln, Handbuch Arbeitsrecht, Band 1, § 81 Rn. 25.

³⁷⁷ BAG NJW 1999, 3432 f.

³⁷⁸ Weder das Krankenversicherungsrecht aus dem Jahre 1883 noch die Reichsversicherungsordnung vom 19. Juni 1911 und auch nicht das Gesundheitsreformgesetz vom 20.12.1988 enthalten eine Legaldefinition.

Diese Umschreibung erfordert zunächst einen objektiv faßbaren regelwidrigen, von der Norm abweichenden Zustand von Körper und/oder Geist. Das Bundessozialgericht präzisierte in einer Entscheidung aus dem Jahre 1987³⁷⁹ den Begriff der Norm als durch das Leitbild eines gesunden Menschen geprägt. Entscheidend sei allein, ob der Versicherte zur Ausübung der normalen physiologischen Funktionen in der Lage sei oder nicht.³⁸⁰ Da es jedoch Anomalien gibt - wie z.B. die Transsexualität³⁸¹ -, die als abweichendes geschlechtsspezifisches Identitätsbewußtsein zwar nicht als Krankheit im genannten Sinne gelten können, beim Betroffenen aber aufgrund des hierdurch erzeugten Leidensdrucks eine Regelwidrigkeit mit Krankheitswert hervorrufen,³⁸² erweiterte das Bundessozialgericht die Krankheitsdefinition um den Leidensdruck, durch den sich die Regelwidrigkeit erst zur eigentlichen Krankheit qualifiziert.³⁸³ Bedingt durch die spezifische Aufgabenstellung der Krankenversicherung, „die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wieder herzustellen oder ihren Gesundheitszustand zu verbessern“, ergänzt das Merkmal der Behandlungsbedürftigkeit die herkömmliche Krankheitsdefinition, vgl. § 1 SGB V.³⁸⁴ Der Begriff der Gesundheit hingegen wird nicht durch eine anerkannte Definition unterlegt, zumal erst durch das Gesundheitsreformgesetz die Formulierungen ‚Gesundheit‘ und ‚Gesundheitsförderung‘ in den sozialversicherungsrechtlichen Sprachgebrauch Eingang fanden. Weder Reichsversicherungsordnung noch Krankenversicherungsgesetz kannten den Begriff der Gesundheit. Obgleich ihm heute zentrale Bedeutung im Sozialversicherungsrecht zukommt - hierbei ist zum Beispiel an die Gesundheitskasse, früher Krankenkasse, die Gesundheitsreform, die Gesundheitsförderung etc. zu denken - und er eines der höchsten Lebensgüter beschreibt, gibt es keine einmütige Inhaltsbestimmung. Einigkeit besteht lediglich insoweit, daß die Gesundheit keine genau meßbare Größe darstellt. Ob sie sich aber nur aus dem Gegenbegriff der Krankheit und damit aus dem Freisein von Zuständen, die von der Norm abweichen, definiert oder ob zwischen Gesundheit und Krankheit ein nicht diagnostizierbares Vakuum besteht, wird nicht beantwortet.

³⁷⁹ BSGE 62, 83.

³⁸⁰ BSGE 35, 10, 12; 39, 167, 168.

³⁸¹ Vgl. LAG Hamm NJW 1999, 3435; Correll, NJW 1999, 3372 ff.

³⁸² Vgl. aber die Erläuterung des Krankheitswerts der Transsexualität Spengler, NJW 1978, 1192.

³⁸³ BSGE 62, 83 ff.

³⁸⁴ BSGE 59, 116, 117; Narr, Ärztliches Berufsrecht, 65 f.

9. Zwischenfazit

Es kann zusammenfassend festgestellt werden: Die Begriffe Körper und Gesundheit werden nicht nur im Strafrecht, sondern auch in gleichrangigen Regelungswerken sowie der höherrangigen Verfassung vorausgesetzt und damit weitgehend durch Rechtsprechung und Schrifttum interpretiert. Trotz zahlreicher Definitionsversuche sind Abgrenzungsschwierigkeiten unausweichlich, wobei sich jedoch eindeutig die Tendenz zeigt, die körperliche Unversehrtheit als Überbegriff zu Körper und Gesundheit nicht ausschließlich körperlich-biologisch zu verstehen, sondern wesentlich durch die Autonomie des Rechtsgutsträgers zu prägen.

III. Der medizinische Gesundheitsbegriff

Die strafrechtliche Interpretation von Körper und Gesundheit kann, insbesondere im Kontext ärztlicher Behandlung, nicht umhin, den medizinischen Bezugspunkt dieser Thematik mit in die Betrachtungen aufzunehmen. Die Erhaltung und Wiederherstellung der Gesundheit und damit der körperlichen Unversehrtheit bildet eine wesentliche Aufgabe der Medizin. Demgemäß ist es plausibel, in Ergänzung zu den rechtlichen Aspekten die vorrechtlichen Gesundheits- und Körperbegriffe der Medizin zu beleuchten und so Rückschlüsse auf die der §§ 223 ff. StGB zu ziehen.

Bei näherer Betrachtung der angebotenen medizinischen Definitionen offenbart sich rasch, daß sich die Medizin zwar detailliert mit dem Begriff der Gesundheit, mit dem des Körpers jedoch häufig nur als Annex zur Gesundheit beschäftigt.³⁸⁵ Die einzelnen Fachrichtungen gehen dabei - je nach ihrem Gegenstand und ihren Methoden - von einem unterschiedlichen Gesundheitsverständnis aus. So definiert die traditionelle Medizin die Termini Gesundheit und Krankheit anhand ihres überwiegend naturwissenschaftlich geprägten Verständnisses, während die Sozialmedizin die Gesundheit unter dem Blickwinkel der Interdependenz von sozialen, humanbiologischen und medizinischen Faktoren³⁸⁶ sieht.³⁸⁷

Deutlich beeinflussen der Strukturwandel und der wissenschaftliche wie der soziale Fortschritt das jeweilige medizinische Gesundheitsverständnis. Diese Änderungen

³⁸⁵ Vgl. z.B. Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch. Während unter dem Begriff der ‚Gesundheit‘ drei Interpretationsansätze angeführt werden, findet sich bei dem Begriff des Körpers allein der Hinweis auf das Synonym ‚corpus‘.

³⁸⁶ Franke, Die medizinischen Probleme des Gesundheitsbegriffs, 23 m.w.N.

³⁸⁷ Daher finden sich z.B. in Pschyrembel, Stichwort: Gesundheit, unterschiedliche Definitionen.

zeigen sich in der - zumindest in den sozial und wirtschaftlich entwickelten Ländern anzutreffenden - deutlichen Reduktion der Zahl großer Erkrankungen mit letalem Ausgang. Der Tod rückt aufgrund der Errungenschaften der Medizin - von Unfällen abgesehen - zunehmend in einen Lebensabschnitt, dem er im Selbstverständnis des menschlichen Seins und Sterbens zugeschrieben wird. Die Säuglingssterblichkeit hat ebenso ihre Schrecken verloren wie die Diphtherie. Auch die Pocken³⁸⁸ und die Tuberkulose³⁸⁹ - Volkskrankheiten früherer Generationen - wurden erfolgreich eingedämmt. Durch neue medizintechnische und biochemische Möglichkeiten gelten etliche früher als unheilbar Gezeichnete heute als bedingt Gesunde. Dies zeigt sich an Patienten mit Diabetes mellitus, die mittels Insulinbehandlung ein relativ normales Leben zu führen imstande sind.³⁹⁰ Wenngleich heute neue Krankheitserreger wie HIV,³⁹¹ Ebola Virus etc.³⁹² ganze Völker bedrohen und die Medizin an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit treiben, haben doch die Veränderungen der letzten 150 Jahre das medizinische Selbstverständnis der Gesundheit simultan verändert. Technischer Organersatz, Wiederbelebung, Organtransplantation und Fertilisationstherapien sind Behandlungsmöglichkeiten, die aufgrund der Fortschritte in biomedizinischer Wissenschaft und Technik und der damit verbundenen Steigerung der Leistungsfähigkeit der Medizin möglich wurden. Sie haben aber auch die Begriffe Krankheit und Gesundheit sowie das Verständnis von Personalität, Individualität und damit das Menschenbild neu definiert. Während ehemals ‚Gesund-Sein‘ aufgrund naturwissenschaftlicher Betrachtung mit dem Synonym ‚ohne Befund‘ bezeichnet wurde, d.h. die Gesundheit sich in einem nicht diagnostizierbaren Vakuum befand, setzt sich in der heutigen naturwissenschaftlichen Medizin und in noch stärkerem Maße in der Sozialmedizin richtigerweise die Erkenntnis durch, daß Gesundheit nicht allein durch den Gegenbegriff der Krankheit definiert werden kann. Vielmehr führen die Weiterentwicklungen in der Medizin dazu, die Gegensätzlichkeit von Gesundheit und

³⁸⁸ Vgl. Hof, in: Bauer (Hrsg.), Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts, 140 ff.

³⁸⁹ Hierbei soll nicht verschwiegen werden, daß im Jahre 1996 weltweit noch beinahe 3,1 Millionen Menschen an Tuberkulose verstarben, vgl. Weltgesundheitsbericht der WHO 1996. Zur Entwicklung dieser Krankheit, vgl. Franke, Die medizinischen Probleme des Gesundheitsbegriffs, 37 ff.

³⁹⁰ Franke, a.a.O., 39 m.w.N. Zur Diabetestherapie vgl. Scherbaum, DÄBl 93 (1996), C 1844.

³⁹¹ Informativ Schünemann/ Pfeiffer (Hrsg.), Die Rechtsprobleme von Aids.

³⁹² Vgl. Weltgesundheitsbericht 1996, Abschnitt neue Erkrankungen.

Krankheit nach und nach aufzuheben.³⁹³ Zwar sind diese Termini trotz des Distanzverlustes geeignet, sich gegenseitig die Konturen aufzuzeigen. Denn auf der Basis des naturwissenschaftlichen und klinischen Krankheitsbegriffs, der sich an vom Normalzustand abweichenden Veränderungen im anatomischen, biochemischen oder psychischen Bereich orientiert, kann ein menschlicher Zustand häufig dem Bereich des Gesunden oder Kranken zugeordnet werden.³⁹⁴ Dennoch verbleibt ein mit der herkömmlichen Abgrenzung nicht faßbarer Zwischenbereich.

Das Rechtsgut der Gesundheit ist großer Minderung oder Steigerung fähig,³⁹⁵ was sich darin zeigt, daß ein Mensch leicht oder schwer erkrankt sein kann. So wird jemand, der im wahrsten Sinne des Wortes an einer mehrtägigen, wenngleich vorübergehenden leichten Erkältung ‚leidet‘, ebenso wie ein vom Tode gezeichneter Krebspatient, der dennoch seinen Lebensmut bewahrt, richtigerweise als krank bezeichnet. Denn in beiden Fällen liegt eine objektive Regelwidrigkeit des Körperzustandes vor. Trotzdem wird das ‚Krank-Sein‘ nicht allein durch die objektive körperliche Verfassung, die sich hieraus ergebende Prognose, die Behandlungsfähigkeit oder gar Arbeitsunfähigkeit bedingt, sondern dadurch, wie die Betroffenen ihren Zustand selbst empfinden,³⁹⁶ wie sie ihn verarbeiten und auf welche Weise die Umwelt auf dieses Gesamtgeschehen reagiert. Zugleich beschreitet die medizinisch-technische Entwicklung Wege, die sich von dem persönlichen Empfinden der Behandlungsbedürftigkeit entfernen. Moderne Untersuchungsmethoden, zum Beispiel mit Hilfe von Computertomographie, erlauben Diagnosen, die nur noch eingeschränkt auf Empfindung und Mitwirkung des Patienten angewiesen sind.³⁹⁷ Aus dieser Entwicklung wird deutlich, daß die Begriffe Gesundheit und Krankheit in einem Beziehungsgitter von sozialen, humanbiologischen und medizinischen Faktoren Wertungen sind, mit denen ein momentaner Status beschrieben wird. Hierbei existieren zahlreiche Grenzbereiche, in denen Gesundheit und Krankheit nicht mehr strikt voneinander zu trennen sind. So geht die körperliche und geistig-seelische Unversehrtheit, die volle Funktionsfähigkeit aller Organe, von abstrakten Erwar-

³⁹³ So beschäftigt sich z.B. die Rehabilitationsmedizin auch mit der Wiedereingliederung von Kranken und damit mit der Beseitigung von beruflichen und anderen sozialen Problemen, die durch die Erkrankung hervorgerufen wurden, vgl. Tölle, DÄBl 93 (1996), C 1861; Franke, Die medizinischen Probleme des Gesundheitsbegriffs, 39 f. m.w.N. Kritisch Seewald, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, 29 f.

³⁹⁴ So auch Hermes, Das Grundrecht zum Schutz von Leben und Gesundheit, 225.

³⁹⁵ So bereits Binding, Strafrecht Bes. Teil/1, 55.

³⁹⁶ Instruktiv Trede, in: Bauer (Hrsg.), Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts, 19, 21.

³⁹⁷ Vgl. Kirchhof, NJW 1996, 1497, 1503

tungen aus, die bereits unter physiologischen Aspekten, wie z.B. der kindlichen Entwicklung oder dem natürlichen Alterungsprozeß, unreal und falsch sind. Andererseits ist an bedingt gesunde Menschen zu denken, die zwar auf Dauermedikation oder ständige Diät angewiesen sind, bei Einhaltung dieser Vorgaben aber im allgemeinen problemlos leben können. Wesentliches Merkmal des Gesundheitszustandes ist daher, daß er keinen abstrakten, sondern einen normalen, relativen Status beschreibt, der sich durch zahlreiche innere und äußere Faktoren und nicht zuletzt durch die konkrete Lebensführung ständig verändert. Als gesund gilt, wessen Körper in der Lage ist, mit Hilfe der ihm eigenen Regenerationskraft vorübergehende Einschränkungen und damit ‚Betriebsstörungen des Soll-Zustandes‘ zu kompensieren. Der Gesunde verfügt üblicherweise über eine Leistungsreserve, die ihm bei der Belastung des täglichen Lebens die Leistungsfähigkeit wie die Lebensqualität erhält. Dem Kranken hingegen fehlt dieses Kräfte-reservoir, so daß er - im Unterschied zum Gesunden - ein Leben mit normaler Belastung nicht führen kann.

Damit ist als Ergebnis festzuhalten: Das medizinische Verständnis von Gesundheit wird in unserer heutigen Zeit nicht mehr durch das Synonym „ohne Befund“, als das Freisein von Krankheit charakterisiert. Gesundheit bedeutet keine vollständige Funktionsfähigkeit des Organismus. Sie umschreibt vielmehr einen relativen Normalzustand, der neben den objektiven Faktoren auch von subjektiven Einstellungen und Verhaltensweisen der betroffenen Person bedingt wird. Und Krankheit bedeutet nicht die Beeinträchtigung im vollständigen Wohlbefinden. Vielmehr liegen beide Zustände nahe beieinander, ergänzen sich und sind nicht zwingend einander diametral widersprechende Begriffe.

IV. Gesundheitsverständnis der WHO

Bei der Darstellung der unterschiedlichen Interpretationsansätze des Begriffs ‚Gesundheit‘ ist es naheliegend, die von der Weltgesundheitsorganisation³⁹⁸ verkündeten Gesundheitsformeln zu berücksichtigen. Bereits im Jahre 1946 definierte die WHO in der Präambel der Satzung ihrer Organisation die Gesundheit als einen „Zustand völligen körperlichen, seelischen und sozialen Wohlbefindens, und nicht

³⁹⁸ Zur WHO vgl. Arab-Zadeh, Zum Verhältnis der WHO zu den Mitgliedstaaten.

allein als das Freisein von Krankheit oder Gebrechen“.³⁹⁹ Dieses als sozialer Gesundheitsbegriff bezeichnete idealistische Leitbild wurde vielfach als zu weitgehend⁴⁰⁰ und für das Dasein der meisten Menschen als überwiegend irrelevant kritisiert. Daher verabschiedete die 30. Weltgesundheitsversammlung im Mai 1977 eine weitere Definition. Gesundheit ist danach gegeben, „wenn eine Person in der Lage ist, ein sozial und wirtschaftlich produktives Leben zu führen“.

Letztlich umschreibt das auf die Förderung der Gesundheit ausgerichtete WHO Fachsprachen-Informationssystem den Begriff Gesundheit mit der Fähigkeit des einzelnen, sein Leistungspotential durchzusetzen und positiv auf die Herausforderungen der Umwelt zu reagieren.⁴⁰¹

Diese Gesundheitsformeln unterscheiden sich aufgrund ihrer Zwecksetzungen. Während die Definition aus dem Jahre 1946 die Gesundheit als Ziel und Aufgabe der WHO und damit als einen Idealzustand umfassenden Wohlbefindens begreift, geht die nachfolgende Entwicklung den Weg, die Gesundheit als einen positiven Prozeß zu verstehen, der die sozialen und persönlichen Ressourcen des Einzelnen ebenso wie dessen körperliche Kapazitäten betont. In der gegenwärtigen Formel der Health promotion wird die Gesundheit als Quelle des täglichen Lebens und nicht allein als deren Bezugspunkt verstanden.

Wenngleich diese nahezu schrankenlosen, idealistischen WHO-Formeln der Lebenswirklichkeit häufig nicht gerecht werden, so weisen sie doch in aller Anschaulichkeit auf den allgemeingültigen Ansatz, wonach Gesundheit nicht eindimensional objektiv-biologisch bestimmt werden darf. Vielmehr sind soziale und psychische Befindlichkeiten mit in die Begriffsbildung einzubeziehen. Das Verhältnis der grundlegenden Gesundheitsmerkmale ‚körperlich, seelisch und sozial‘ darf freilich nicht in dem Sinne fehlinterpretiert werden, daß eine Person, die sich zwar physischer und geistiger Gesundheit erfreut, jedoch in ihrem sozialen Wohlbefinden eingeschränkt ist, nicht gesund ist, etwa weil sie z.B. aufgrund von Arbeitslosigkeit oder eingeschränkten wirtschaftlichen bzw. räumlichen Verhältnissen in ihrer sozialen Geltung beeinträchtigt ist. Die WHO-Definitionen gelten vielmehr nur mit der Maßgabe, daß bei der Beurteilung des körperlichen und geistigen Gesundheitszustandes die hiermit verbundenen sozialen Momente mit in die Beurteilung einzustellen sind.⁴⁰² Anderen-

³⁹⁹ Original: „Health is a state of complete physical, mental or social well-being and not merely the absence of disease or infirmity“. Vgl. Spranger, Spiegel special 7/1996, 20.

⁴⁰⁰ Z.B. Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 223.

⁴⁰¹ Original: „The ability of an individual to achieve his potential and to respond positively to the challenges of the environment“.

⁴⁰² Vgl. hierzu Begründung zum Entwurf des 5. StrRG, BT-Drs. VI/3434, 21 f.

falls würden Erwartungen an menschliches und insbesondere medizinisches Handeln gestellt, die jenseits der Grenzen des Möglichen liegen. Dies gilt zum einen in tatsächlicher Sicht, zum anderen aber auch unter dem Aspekt der Knappheit finanzieller und medizinischer Ressourcen.

Das weite Gesundheitsverständnis der WHO-Formeln verbietet die inhaltliche Gleichsetzung mit dem Gesundheitsbegriff in §§ 223 ff. StGB. Anderenfalls wären sozialinadäquate Lärmimmissionen, wie sie z.B. von Flugzeugen oder quakenden Fröschen⁴⁰³ ausgehen, bereits wegen der lärmbedingten Beeinträchtigungen des psychisch-sozialen Wohlbefindens - hier ist insbesondere an die Beeinträchtigung der Kommunikation, der Konzentration, aber auch das Erschrecken, das Aufkommen von Nervosität zu denken - Eingriffe in die strafrechtlich geschützte Gesundheit. Gegen die unumschränkte Geltung der WHO-Gesundheitsformeln im Rahmen von §§ 223, 229 StGB sprechen aber noch weitere gewichtige Einwände. Zunächst ist es - wenn sie der Vorstellung des Gesetzgebers entsprochen hätten - kaum einzusehen, daß in der Gesetzesbegründung zu §§ 223, 229 StGB hierauf nicht Bezug genommen wurde. Außerdem sind alle seitens der WHO verkündeten Formeln als Leitlinien der öffentlichen Gesundheitspolitik zu dienen bestimmt.⁴⁰⁴ Mit der Zielsetzung, die Gesundheit und damit eng verbunden das soziale Wohlergehen der Menschen zu fördern, fand die umfassende Formel Eingang in die Präambel der WHO-Constitution. Dies wurde unter anderem zum 50. Geburtstag der WHO-Constitution im Jahre 1996 unter Hinweis darauf bestätigt, daß den jeweiligen Regierungen die Verantwortung für die Volksgesundheit obliege und ihr nur durch angemessene Gesundheitsvorsorge und entsprechende soziale Maßnahmen Rechnung getragen werden könne.⁴⁰⁵ Aufgrund der gesundheitspolitischen und daher naturgemäß weitausholenden Zielsetzung sind die WHO-Gesundheitsformeln bei der Würdigung individueller gesundheitlicher Sachverhalte demgemäß nur mit Bedacht anzuwenden. Denn die Begriffswelt in den §§ 223, 229 StGB ist aufgrund der Subsidiarität und der fragmentarischen Natur des Strafrechts wesentlich enger.

Dieses Ergebnis wird durch die Begründung zu § 219 in der Fassung des Entwurfs eines fünften Gesetzes zur Reform des Strafrechts,⁴⁰⁶ der späteren medizinischen Indikation, untermauert. Der Reformgesetzgeber bezog sich bei der Auslegung des Gesundheitszustandes der Schwangeren auch auf das Gesundheitsverständnis der

⁴⁰³ Vgl. BGH NJW 1993, 925 ff.

⁴⁰⁴ Vgl. BVerfGE 56, 74.

⁴⁰⁵ Vgl. Press release Fiftieth Anniversary of the WHO Consitution vom 22. Juli 1996.

⁴⁰⁶ BT-Drs. VI/3434, Anlage 1, 2 f.

WHO. Er hob hierbei hervor, daß die Mitberücksichtigung sozialer, körperlicher und psychischer Momente im Rahmen der medizinischen Indikation der Entwicklung in der modernen Medizin entspreche.⁴⁰⁷ Zugleich betonte die Begründung, der Begriff Gesundheitszustand unterscheide sich von dem engeren der Gesundheit in §§ 223, 229 StGB.⁴⁰⁸ Hieraus ergibt sich konkludent, daß der weite Gesundheitsbegriff der Weltgesundheitsorganisation über den eingegrenzten des § 223 StGB hinausgeht. Die WHO-Gesundheitsformeln sind als Programmsätze mit dem strafrechtlichen Begriff der Gesundheit inhaltlich nicht identisch. Das Rechtsgut Gesundheit i.S. von §§ 223, 229 StGB beschreibt lediglich einen Teilaspekt des umfassenden Gesundheitsbegriffs der Weltgesundheitsorganisation.

V. Gesundheitsdefinition der Bundesärztekammer

Schließlich soll die Gesundheitsdefinition der Bundesärztekammer nicht unerwähnt bleiben. Gesundheit ist danach „die aus der personalen Einheit von subjektivem Wohlbefinden und objektiver Belastbarkeit erwachsende körperliche und seelische, individuelle und soziale Leistungsfähigkeit des Menschen“.⁴⁰⁹ Leistungsfähigkeit wird hierbei verstanden als Vermögen des einzelnen, seine Rollenfunktion in der Gesellschaft zu erfüllen. Die Begriffsbestimmung der Bundesärztekammer beruht im wesentlichen auf den Vorstellungen der Weltgesundheitsorganisation - wenn auch unter Abschwächung der subjektiven Komponente -, so daß insoweit auf das hierzu Gesagte verwiesen werden kann.

VI. Stellungnahme

Welchen Inhalt umschreiben nach alledem die Rechtsgüter Körper und Gesundheit im Sinne von §§ 223, 229 StGB? Aus den unterschiedlichen Interpretationsansätzen ergeben sich zwar zahlreiche Einzelaspekte, ein einheitliches Bild läßt sich aber zunächst nicht zeichnen. Hierzu ist die Gesamtschau aller Punkte erforderlich: Der Sprachgebrauch zeichnet den menschlichen Körper als organisierte biologische, von

⁴⁰⁷ BT-Drs. a.a.O., 21 f.

⁴⁰⁸ BT-Drs. a.a.O., 20.

⁴⁰⁹ Manuskript 1974, 3, zit. bei Rosenberg, Möglichkeiten der Reform des Gesundheitswesens in der Bundesrepublik Deutschland.

der Außenwelt abgrenzbare Gesamtheit aller Körperbestandteile, als lebenden menschlichen Gesamtorganismus in seiner natürlichen Verbundenheit. Die Gesundheit stellt sich als Fähigkeit des menschlichen Organismus zum reibungslosen Funktionieren der körperlichen Abläufe dar. Wird damit die Gesundheit einerseits durch die Existenz des Körpers bedingt, weisen beide Termini andererseits einen eigenen Begriffskern auf.

Diese Erkenntnis bestätigt sich durch die Gesetzgebungshistorie, da die Gesundheit durch ein körperliches Mißhandeln nicht zwingend tangiert wird und Beeinträchtigungen des körperlichen Wohlbefindens nicht zwangsläufig mit einer Beschädigung der Gesundheit einhergehen müssen. Des weiteren kann die Reduktion von Körper und Gesundheit auf rein objektiv-biologische Faktoren, zu welcher die Existenz spezieller Straftatbestände zum Schutz der Autonomie vordergründig verleiten mag, im Lichte des verfassungsrechtlich garantierten, die physische wie psychische Gesundheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, prägenden Selbstbestimmungsrechts keinen Bestand haben.

Der Rückgriff auf das allgemeine Gesundheits- wie Körperverständnis zeigt beide Begriffe als zugleich relative wie dynamische, durch objektiv-biologische wie personale Aspekte geprägte Größen. Der Mensch kann schon von Geburt an körperliche Anomalien aufweisen, er kann sie im Laufe seines Lebens erwerben und wieder einbüßen.⁴¹⁰ Und nicht zuletzt durch seinen Tod verliert er unwiderruflich und endgültig seine Gesundheit,⁴¹¹ der Körper wird - regelmäßig⁴¹² - dem endgültigen Verfall preisgegeben. Sodann werden Körper und Gesundheit von individuellem - Empfinden, objektiven Gegebenheiten oder einer Mischung beider Komponenten beeinflusst. Eine Sicht, welche das subjektive Wohlbefinden im Sinne des Erlebens eines Körperzustandes in den Mittelpunkt der Betrachtungen stellt, überzeugt nicht. Denn das rein subjektive Wohlbefinden beschreibt das Erleben eines Körperzustandes, in welchem der Mensch keine Symptome einer Krankheit in bzw. an sich verspürt. Bei Zugrundelegung dieses Kriteriums würde zum Beispiel eine über ihre Infertilität nicht informierte Frau, ein von seiner Sterilität nicht unterrichteter Mann, als gesund gelten, obgleich die organisch bedingte Infertilität objektiv einen

⁴¹⁰ Näher hierzu 9. Symposium der Kaiserin-Friedrich-Stiftung für Juristen und Ärzte zum Thema „Medizinische und juristische Probleme älterer Menschen“, Köln 1984.

⁴¹¹ Vgl. Bachmann, MMW 119 (1977) 350; Binding, Strafrecht Bes. Teil/1, 54 f.

⁴¹² Zur Konservierung mittels dem Verfahren der Plastination vgl. Tag, MedR 1998, 387; Wetz/ Tag (Hrsg.), Schöne neue Körperwelten.

anormalen, regelwidrigen Körperzustand bezeichnet.⁴¹³ Erst die Mitteilung der Diagnose würde - soweit der dringende Wunsch bestünde, Kinder zu zeugen - zu einer Beeinträchtigung des Wohlbefindens und aufgrund des heftigen Leidensdrucks - gegebenenfalls zu einer Erkrankung führen. Auch der unwissend HIV-Infizierte oder der Farbenschwache, der nichts von seiner eingeschränkten Fähigkeit, Farben zu erkennen, weiß, der alternde Mensch, bei dem die ersten Alzheimer-bedingten Veränderungen eintreten, ohne daß er diese bemerkt,⁴¹⁴ würde nicht krank sein im Sinne der subjektiven Definition. Diese Beispiele verdeutlichen, daß das Abstellen allein auf das subjektive Wohlempfinden dem tatsächlichen körperlichen Zustand nicht zwangsläufig gerecht wird. Ein Realitätsverlust wäre die Folge, die Wirklichkeit würde an die Empfindsamkeit jedes einzelnen gekoppelt, was unter dem Aspekt der Rechtssicherheit keine tragfähige Basis bietet. Darüber hinaus würde eine primär subjektive Betrachtungsweise eine nicht zu rechtfertigende Anspruchsmentalität bedingen. Die Meinung, jede Störung menschlichen Befindens, die durch medizinisches Handeln behoben werden könne, müsse angegangen werden und ein Fehlgehen der Behandlung sei mit Sanktionen zu belegen, würde den Gesetzgeber über Gebühr in Anspruch nehmen und die Ärzte einer Haftung mit unübersehbaren Folgen aussetzen.

Aber auch die konträre Gegenposition, wonach Körper und Gesundheit rein objektiv-biologisch zu bestimmen sind, muß Widerspruch erfahren. Die Anwendung des objektiven Maßstabes findet sich zu Recht nur in Bereichen, in denen das Tragen des Risikos für den Fall der Gesundheitseinbuße im Vordergrund steht. Bei der Frage, nach welchen Modalitäten im Arbeitsverhältnis das Risiko der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle verteilt wird,⁴¹⁵ oder ob und wenn ja, in welchem Umfang die gesetzliche Krankenversicherung Leistungen an den Versicherten gewährt, kann es nicht angehen, den Begriff der Gesundheit nach subjektiven Kriterien und damit auch nach der Empfindsamkeit des Einzelnen zu bestimmen. Vielmehr bedarf es eines objektiven körperlich-biologischen Mindestmaßstabes, um gerechte Ergebnisse zu erzielen.

Zwar scheint für eine objektive Beurteilung auch im Rahmen der §§ 223, 229 StGB und damit gegen die Berücksichtigung individueller und auch zufälliger Sensibilitäten des Betroffenen zunächst der Bestimmtheitsgrundsatz sowie der Gedanke

⁴¹³ Instruktiv BGH NJW 1998, 824 sowie BFH NJW 1998, 854, letzterer zur homologen künstlichen Befruchtung als außergewöhnliche Belastung.

⁴¹⁴ Zur Vorbeugung und Behandlung der Alzheimer-Krankheit bei Frauen vgl. Pagani-Hill/ Henderson, Orgyn Nr. 1, 1998, 11 ff.

⁴¹⁵ Vgl. BAG NJW 1999, 3432 f.

der Rechtssicherheit zu sprechen. Es wäre aber übereilt anzunehmen, mittels eines Gesundheitsverständnisses im Sinne des Normalzustandes der körperlichen bzw. körperbezogenen Funktionen alle rechtsgutsbezogenen Auslegungsprobleme lösen zu können. Denn die Maßstäbe, anhand derer die Begriffsgrenzen des Normalen als Bezugspunkt des Untypischen, oftmals Krankhaften, bestimmt werden müssen, sind keineswegs eindeutig. Bedingt durch die Fortschritte in der Medizin ist der Inhalt des Normalen so vage geworden, daß viele Personen aus der Sicht des Laien als gesund, aus der des Arztes freilich als von der Norm abweichend und damit gegebenenfalls als krank befunden werden. Einen tauglichen Maßstab vermögen auch nicht die zahlreichen Versuche zu bieten, anhand derer der Gesundheitszustand der Bevölkerung mit Hilfe unterschiedlicher Gesundheitsindizes transparent gemacht und auf deren Basis der Normalzustand der Gesundheit bestimmt werden soll. Die anzulegenden Parameter - wie Lebenserwartung, Morbidität, Mortalität, vorzeitige Berentung, körperliche oder geistige Behinderungen⁴¹⁶ - werden im Regelfall von den Untersuchern selbst bestimmt. Daher ist die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, daß sie die erwarteten Ergebnisse - sei es bewußt oder unbewußt - in die Versuchsanordnungen projizieren⁴¹⁷. Darüber hinaus weisen Schaefer/ Bloemke zu Recht auf die Probleme bei dem Skalieren von Befindensstörungen hin, so daß im Ergebnis offen bleibt, ob mit ihrer Hilfe Gesundheit oder Wehleidigkeit gemessen wird.⁴¹⁸

Des weiteren sind Beeinträchtigungen des Körpers sowie etliche Erkrankungen nicht allein an einer vom Normalzustand abweichenden Regelwidrigkeit des Körpers bzw. seiner Funktionen festzumachen. Ein klares Beispiel bietet hier die humangenetische Variabilität. Etliche angeborene körperliche oder geistige Behinderungen sind auf Genveränderungen zurückzuführen.⁴¹⁹ Sie sind Ursache für individuelle Konstitutionen, die zum konkreten Menschen gehören; und sie sind im medizinischen Sinne nicht heilbar.⁴²⁰ Mutierte Gene sind deswegen aber nicht anormale, sondern seltene Gene. Menschen mit seltenen Genveränderungen sind auch nicht anhand eines die Besonderheiten des Einzelfalles außer acht lassenden Maßstabes pauschal als anormal oder gar krank zu bezeichnen.⁴²¹ Dies würde ganz im Gegenteil eine

⁴¹⁶ Hierzu Schaefer/ Bloemke, Sozialmedizin, 5.2.3.1.

⁴¹⁷ Vgl. Bachmann, MMW 119 (1977), 350.

⁴¹⁸ Schaefer/ Bloemke, Sozialmedizin, 5.2.3.1.

⁴¹⁹ So z.B. die Trisomie 21.

⁴²⁰ Eine andere Frage ist, ob die sich aus dieser besonderen genetischen Konstitution ergebenden Anfälligkeiten tatsächlich zu einer Erkrankung führen.

⁴²¹ Zu den möglichen körperlichen Auswirkungen des Down Syndroms, vgl. Urban & Schwarzenberg (Hrsg.), Roche Lexikon Medizin, Stichwort: Down Syndrom.

verfassungswidrige Diskriminierung von behinderten Menschen bedeuten. Für die Berücksichtigung individueller körperlicher und gesundheitlicher Besonderheiten spricht weiterhin die Variationsbreite menschlicher Anatomie. So weicht der Körper eines durchtrainierten Sportlers⁴²² oder gar Body-Builders⁴²³ stark von der Norm des durchschnittlichen Menschen ab. Aber auch der gesundheitsbewußte Mensch, der seine Lebensführung an der Erhaltung seiner körperlichen Funktionen ausrichtet, beeinflußt den Zustand seines Körpers und seiner Gesundheit nachhaltig. Diese beliebig erweiterbaren Beispiele verdeutlichen, daß die Auslegung der abstrakten Rechtsbegriffe Körper und Gesundheit keineswegs allein durch die objektiven biologischen Tatsachen⁴²⁴ bestimmt werden. Maßgebend ist vielmehr, wie der einzelne mit ihnen verfährt.

Darüber hinaus ist in der modernen Medizin die Erkenntnis der Interdependenz psychischer und physischer Erkrankungen eine Selbstverständlichkeit. So sind zahlreiche körperliche Funktionsstörungen zumindest auch auf psychisch-seelische Störungen⁴²⁵ zurückzuführen und körperliche Erkrankungen vermögen psychische Folgeerkrankungen auszulösen.⁴²⁶ Vor diesem Wissen kann das Strafrecht die Augen nicht verschließen. Statt auf die nach heutigen medizinischen Erkenntnissen verfehlte Trennung von Körper, Seele und Geist abzustellen, sind die Termini Gesundheit und Körper im Lichte des einen umfassenden körperbezogenen Persönlichkeitsschutz gewährenden Grundgesetzes auszulegen. Dies bedeutet, daß die strafrechtlich geschützten Rechtsgüter Körper und Gesundheit nicht allein die biologische Lebensgrundlage und den objektiv-biologischen Zustand des Menschen beschreiben, sondern ebenso die diesen vorangestellte, korrespondierende Verfügungsfreiheit und damit das individuelle Selbstbestimmungsrecht des konkreten Rechtsgutsträgers.⁴²⁷

⁴²² Insoweit kann auf die Leichtathletin Florence Griffith-Joyner verwiesen werden, deren bis ins Detail durchtrainierter Körper bis zu ihrem überraschenden Tod im September 1998 als das ideale Modell der Ästhetik betrachtet wurde, vgl. Die Welt, 23.9.1998, S. 11: „Neonkühle Ästhetik, Körperkult, Wahn“.

⁴²³ Zum Stellenwert des Körpers als äußere Erscheinung vgl. Spiegel Special Nr. 4, 1997, „Lust am Leib, Die Entdeckung des Körpers“; zur Veränderung des weiblichen Körpers durch Leistungssport vgl. Prost/ Nader, Orgyn Nr. 1 1998, 2 ff.

⁴²⁴ Zur Begriffsbildung näher Bauer, Ausstellungskatalog Körperwelten, 201, 213.

⁴²⁵ Jores, Der Kranke mit psychovegetativen Störungen; ders., Praktische Psychosomatik.

⁴²⁶ So z.B. die anhaltende reaktive Depression nach einem Unfall, vgl. Tölle, DÄBl 93 (1996), C 1861.

⁴²⁷ Instruktiv zu dem Parallelproblem, welches Rechtsgut durch §§ 212, 216 StGB geschützt wird, Herzberg, NJW 1996, 3043, 3046: „Das Interesse, welches die §§ 211, 212 StGB zu schützen bestimmt sind, ist schlicht identisch mit dem Wunsch und Willen des Opfers weiterzuleben; ein Interesse, dessen rechtliche Relevanz und Schutzwürdigkeit über jeden

Die sich an dieses Zwischenergebnis notwendigerweise anschließende weitergehende Frage nach dem Stellenwert des körperbezogenen Persönlichkeitsrechtes - ob es lediglich als Abwägungsfaktor Berücksichtigung findet oder den Rang eines selbständigen Schutzgutes einnimmt - ist ebenfalls vor dem Hintergrund des autonomiesichernden Freiheitsschutzes von Art. 2 Abs. 1 und 2 GG zu beantworten. Würden die Körperverletzungstatbestände neben der körperlichen Unversehrtheit nicht zugleich die körperbezogene freie Entfaltung der Persönlichkeit⁴²⁸ schützen, bestünde die Gefahr, den Menschen zum Objekt zu degradieren und damit der Vernunftthoheit Dritter auszuliefern. Das Nebeneinander der gleichrangigen Schutzzwecke ist nicht kumulativ, sondern alternativ zu verstehen. Im Einzelfall genügt es daher, wenn einer der beiden tangiert oder verletzt ist. Der Eingriff in nur einen Schutzzweck, so z.B. die erfolgreiche Bluttransfusion gegen den Willen des Empfängers, vermag daher nicht den Tatbestand der Körperverletzung auszuschließen. Der Einbezug der Verfügungsfreiheit über den Körper wie die Gesundheit hat weiterhin zur Folge, daß ein Verstoß gegen die ärztliche Pflicht, den Patienten aufzuklären, den objektiven Tatbestand der Körperverletzung erfüllt.

Der strafrechtliche Schutzbereich der §§ 223, 229 StGB muß weiterhin unter Berücksichtigung des persönlichen Werteverhältnisses des Rechtsgutsträgers zumindest auch die Psyche⁴²⁹ miteinbeziehen, soweit sie sich in der körperlichen bzw. gesundheitlichen Verfassung äußert. Wenngleich gute Gründe dafür sprechen würden, den körperbezogenen Gesundheitsbegriff um den des seelischen zu erweitern, steht diesem Unterfangen das §§ 223, 229 StGB zugrunde liegende historische wie teleologische Gesundheitsverständnis entgegen. Das rein seelische Gleichgewicht ohne konkreten Bezug zum Körper bzw. zur körperbezogenen Gesundheit wird gegenwärtig nicht erfaßt.⁴³⁰ Damit ist die Verbindung zwischen dem objektiven, körperlich-biologischen und dem personalen, selbstbestimmten - Gesundheits- und Körperverständnis offengelegt. Die hier vertretene Auffassung

Zweifel erhoben ist, auch bei schwerstem Leid oder extremer körperlich-geistiger Behinderung und auch dann, wenn andere meinen, daß sie selber einem solchen Leben den Tod vorziehen würden. Es versteht sich, daß dieser ‚aktuelle Lebenswille‘ kein bewußter sein muß. Auch der animalische des Neugeborenen genügt als schutzwürdiges Interesse.“

⁴²⁸ BVerfGE 54, 148, 153; Pieroth/ Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 409 ff.

⁴²⁹ So Blei, Strafrecht Bes. Teil/2, 47, unter Hinweis darauf, daß der menschliche Organismus ein körperlich-geistiger ist; vgl. auch Wolfslast, Psychotherapie in den Grenzen des Rechts, 12 ff.

⁴³⁰ Zu dieser umstrittenen Frage vgl. weiterhin Hirsch, LK-StGB, § 223 Rn. 14; Küper, Das Verbrechen am Seelenleben, 237, Fn. 451 f.

macht die §§ 223, 229 StGB nicht zu Auffangtatbeständen, die ärztliche Handlungen - unter den noch weiter zu präzisierenden Voraussetzungen - auch dann strafrechtlich sanktionieren, wenn sie die körperbezogene Verfügungsbefugnis des Rechtsgutsinhabers verletzen. Vielmehr gebietet die Grundentscheidung der Verfassung, die Würde, Freiheit und körperliche Unversehrtheit des Menschen zu achten und zu schützen, die hier vertretene Auslegung.

Entgegen der von Bockelmann⁴³¹ geäußerten Ansicht begründet der Einbezug der Verfügungsfreiheit keine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte. Hierzu sei angemerkt, daß bei der Frage, ob bzw. inwieweit der Patientenautonomie im Rahmen einer ärztlichen Behandlung Bedeutung zukommt, als grundlegende Rechtsvorstellung die Wertungen der Verfassung zu berücksichtigen sind.⁴³² Dabei geht es um die Einwirkung von Grundrechten bei der Konkretisierung und Auslegung von einfachem Recht, nicht aber darum, die Straftatbestände mit den Grundrechtsgewährleistungen zu synchronisieren. Auch muß dem Einwand des Verstoßes gegen die Tatbestimmtheit und damit gegen Art. 103 Abs. 2 GG⁴³³ entschieden begegnet werden. Die insoweit gegen den Einbezug subjektiver Komponenten geltend gemachten Bedenken sind nicht berechtigt. Anhand einer rein objektiven Betrachtung könnte der Gesetzgeber der Vielgestaltigkeit der Begriffe Körper und Gesundheit nicht Rechnung tragen. Die mit der gemischt objektiv-subjektiven Sichtweise einhergehenden Unschärfen der Begriffsgrenzen verlieren unter dem Aspekt an Gewicht, daß aufgrund der Verknüpfung von rechtlichen mit medizinischen Vorgaben ein Mindestkonsens über das Wesen und den Kern der körperlichen Unversehrtheit wie der Gesundheit besteht. So sind viele gravierende Eingriffe unproblematisch unter die Verletzung des Körpers oder die Gesundheitsschädigung zu subsumieren. Geht es jedoch um subtile Eingriffe, wie die eigenmächtige Heilbehandlung ohne zureichende Aufklärung, kommt lediglich die bei normativen Rechtsbegriffen, wenn auch in Abstufungen, vorhandene Wertausfüllungsbedürftigkeit⁴³⁴ zum Tragen.

Auch wenn die Konsequenzen nicht immer einfach hinzunehmen sind, so war und ist es im Ergebnis eine weise Zurückhaltung des Gesetzgebers, auf eine Legaldefinition von Körper und Gesundheit zu verzichten, und nicht ein typisches Merkmal unserer Zeit, mit Begriffen umzugehen, um deren Definition sich niemand recht

⁴³¹ Bockelmann, in: Ponsold (Hrsg.), Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 34.

⁴³² Vgl. BVerfGE 52, 173 ff.

⁴³³ Bockelmann, in: Ponsold (Hrsg.), Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 35; Rudolphi, JR 1975, 512; Ulsenheimer, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 138 Rn. 4.

⁴³⁴ Roxin, Strafrecht Allg. Teil/I, § 10 Rn. 57 ff.

bemüht.⁴³⁵ Denn nur so besteht für die moderne Strafrechtspflege die Möglichkeit, gesundheitliche bzw. körperliche Einschränkungen, die erst aufgrund des Wandels in den medizinischen Erkenntnissen als solche eingestuft wurden, sachgemäß zu erfassen. Bereits die grundlegenden Veränderungen in der Medizin verbieten es, den wortgleichen Gesundheitsbegriff des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund aus dem Jahre 1870 oder den des Reichstrafgesetzbuches aus dem Jahre 1871 mit dem heutigen gleichzusetzen. Da den Gesetzen ein gewisser Bedeutungsspielraum eigen ist, der eine Anpassung an geänderte Lebensumstände und sozialetische Anschauungen gestattet,⁴³⁶ steht das frühere körperlich-biologische Gesundheitsverständnis dem erweiterten gemischt objektiv-subjektiven nicht entgegen.

VII. Resümee

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß das Rechtsgut der Gesundheit nicht als abstraktes, statisches Rechtsgut, als Abwesenheit aller Störungen und als vollständiges Wohlbefinden zu verstehen ist. Gesundheit ist dynamisch, ist ein lebenslanger, aktiver Prozeß, der durch individuelle und gesellschaftliche Wertvorstellungen, persönliche Lebensführung und Wohlbefinden geprägt wird. Gesundheit ist die Kraft, mit Störungen, die einen gewissen Grad an körperlich-seelischer und geistiger Beeinträchtigung nicht überschreiten, zu leben. Da die Gesundheit als Rechtsgut justitiabel und von den Ärzten feststellbar sein muß, ist sie unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles freilich auf eine gesundheitliche Normalsituation zu reduzieren. Das Rechtsgut des Körpers hingegen beschreibt die Einheit des lebenden biologischen Organismus des Menschen sowie die entsprechende körperbezogene Entscheidungsautonomie.

⁴³⁵ A.A. Bachmann, MMW 119 (1977), 349 ff.

⁴³⁶ Vgl. Larenz, Methodenlehre, 307; Zippelius, Methodenlehre, 58.

§ 6 Strafrechtlicher Schutz abgetrennter Körperteile

Im Anschluß an die grundlegende Bestimmung der Termini Körper und Gesundheit soll auf den - durch das Urteil des 6. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes vom 9.11.1993,⁴³⁷ das Transplantationsgesetz vom 1.12.1997⁴³⁸ und das Transfusionsgesetz vom 7. 7.1998⁴³⁹ - verstärkt in den Blickpunkt juristischen Interesses gerückten - Fragenkreis eingegangen werden, ob bzw. inwieweit Teile des menschlichen Körpers nach deren Trennung sowie künstliche Teile nach deren Einfügen in den menschlichen Körper oder nach deren Trennung dem Rechtsgut Körper im Sinne von § 223 StGB zuzuordnen sind. Die Erörterungen in § 6 sind den natürlichen Bestandteilen des Körpers gewidmet. Auf künstliche Implantate und Substanzen wird in § 7 der Abhandlung eingegangen.

I. Der lebende Mensch als Einheit

Der Körper des lebenden Menschen als Gesamtorganismus erhält seinen besonderen strafrechtlichen Schutz aufgrund der Einheit von Seele, Geist und biologischer Materie, die dem Menschen das unvergleichliche persönliche Gepräge verleihen. Obgleich die stofflichen Bestandteile des Menschen grundsätzlich einer sachen- und damit einer eigentumsrechtlichen Betrachtung zugänglich wären, macht das Außergewöhnliche des Menschen aus, daß eine vollständige Lösung des Körpers von den seelisch-geistigen Gegebenheiten nicht möglich ist, ohne die Einheit des lebenden Menschen unwiederbringlich zu zerstören. Denn es sind Seele und Geist, die den Menschen von der Sache unterscheiden,⁴⁴⁰ die ihm Menschenwürde,⁴⁴¹ Art. 1 Abs. 1 GG, sowie das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i. V. Art. 1 Abs. 1 GG, zukommen lassen. Dementsprechend ist das Verhältnis des lebenden Menschen zu seinem Körper rein personenrechtlich geprägt.⁴⁴² Dieses Selbstverständnis spiegelt sich in Wortsinn und Systematik von § 1 und § 90 BGB wider. Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt die natürliche

⁴³⁷ BGH NJW 1994, 127 f.

⁴³⁸ BGBl I, 1997, Nr. 74; hierzu Kühn, MedR 1998, 455 ff.

⁴³⁹ BGBl I, 1998, Nr. 42; hierzu Deutsch, NJW 1998, 3377 ff.

⁴⁴⁰ Ruß, LK-StGB, § 242 Rn. 4 m.w.N.; BGH bei Dallinger MDR 1958, 739; BGH NJW 1994, 127.

⁴⁴¹ Dürig, in: Maunz/ Dürig/ Herzog (Hrsg.), Grundgesetz, Band 1, Art. 1 Rn. 17 m.w.N.

⁴⁴² Vgl. Brohm, JuS 1998, 197, 199; Kindhäuser, Strafrecht Bes. Teil/1, Rn. 26; Taupitz, JZ 1992, 1089, 1091; Wessels/ Hillenkamp, Strafrecht Bes. Teil/2 Rn. 65.

Person als Rechtssubjekt den im zweiten Abschnitt geregelten Sachen gegenüber.⁴⁴³ Die personenrechtliche Qualifikation des Menschen teilen seine ungetrennten, mithin festverbundenen natürlichen Körperbestandteile. Sie sind weder Sachen noch Teile von Sachen, sondern gehören zur biologisch-seelischen Einheit des lebenden menschlichen Körpers.⁴⁴⁴ Diese persönlichkeitsrechtliche Bindung strahlt in zwei Richtungen aus: Das subjektive Recht dient der Abwehr vor schädigenden Eingriffen und schützt damit zugleich die körperliche Integrität. Darüber hinaus gewährleistet es dem Berechtigten, in den Grenzen des zwingenden Rechts über den Körper zu bestimmen.⁴⁴⁵ Geschützt sind damit Handlungen des willensfähigen Rechtsgutsträgers zur Sicherung seiner biologischen Existenz sowie die Selbstbestimmung über den eigenen Körper und damit verbunden über die Gesundheit.

II. Abgetrennte Körperteile und Substanzen

1. Problemdarstellung

Die Eindeutigkeit dieser rechtlichen Bewertung gerät in Zweifel, sobald Teile vom menschlichen Körper abgetrennt werden. Unspektakuläre, häufig dem Alltagsleben zuzuschreibende Ereignisse, wie das Schneiden von Haaren, Nägeln, aber auch fühlbare Geschehnisse, wie die Zahnextraktion oder die Blutentnahme,⁴⁴⁶ lassen vermuten, daß die abgetrennten biologischen Körperfragmente und -substanzen nun als Sachen zu behandeln sind - zumal die durch Trennung entstandene Herrschaft über die Segmente vom ursprünglichen Träger wie eine Sachherrschaft ausgeübt wird: sei es nun durch Aufgabe oder Verzicht, wenn der Friseur die abgeschnittenen Haare kommentarlos und ohne Einwendungen des Kunden entsorgt, oder durch Übereignung der üppigen Haarteile zum Anfertigen einer Perücke. Schlägt der Räuber mittels eines Werkzeugs die mit Gold überkronten Zähne seines sich heftig zur Wehr setzenden Opfers aus, um sich das Gold rechtswidrig zuzueignen, steht der Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung, § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB, zunächst im Vordergrund der Betrachtung. Wollte man hier aber den allein beweglichen Sachen vorbehaltenen schweren Raub

⁴⁴³ Vgl. Heinrichs, in: Palandt, BGB, § 90 Rn. 2.

⁴⁴⁴ BGH NJW 1994, 127 f.; Schünemann, Die Rechte am menschlichen Körper, 30 ff.; Lanz-Zumstein, Die Rechtsstellung des unbefruchteten und befruchteten menschlichen Keimguts, 69 ff.; Tag, in: Wetz/ Tag (Hrsg.), Schöne neue Körperwelten; Wessels/ Hillenkamp, Strafrecht Bes. Teil/2 Rn. 65.

⁴⁴⁵ Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 13 Rn. 5.

⁴⁴⁶ Zur postmortalen Blutentnahme vgl. OLG Frankfurt mit krit. Besprechung Roxin, JuS 1976, 505 ff.

mit einer Mindeststrafe von fünf Jahren⁴⁴⁷ aus der rechtlichen Würdigung ausklammern, würde das gewonnene Ergebnis mit dem allgemeinen Rechtsgefühl nicht übereinstimmen, zumal der Gegenstand der Begehrlichkeit durch Trennung vom Körper beweglich gemacht wurde.⁴⁴⁸ Darüber hinaus ermöglicht die moderne Transplantations- und Transfusionsmedizin die vorübergehende Trennung bzw. Übertragung von Körpersubstanzen, mit deren Spende der Träger ein besonderes persönliches Interesse verbindet. Zu denken ist z.B. an eine Rückenmarks-, Nieren- oder Blutspende⁴⁴⁹ zugunsten individualisierter Dritter. In diesen Kontext gehört des weiteren, daß menschliche Körperteile, Körperbestandteile und Stoffwechselprodukte auf eine Weise genutzt werden können, daß sie dem Spender unmittelbar wieder zugute kommen, wie die autologe Chondrozyten-implantation bzw. die autologe Keratinocyten transplantation.⁴⁵⁰ Aber auch die Möglichkeit der künstlichen Befruchtung läßt die Frage nach einer persönlichkeitsrechtlichen Bindung der getrennten Keimzellen sowie des gezeugten Embryos am rechtlichen Horizont entstehen.⁴⁵¹ Wird die gespendete Niere abredewidrig nicht dem Bruder des Spenders implantiert, sondern dem hierfür einen hohen Preis zahlenden Dritten,⁴⁵² werden die zum Zwecke der künstlichen Befruchtung zur Verfügung gestellten Keimzellen abredewidrig zu Versuchszwecken eingesetzt, in Kulturkreise verkauft, die der Bestimmung der Spenderin/ des Spenders zuwiderlaufen⁴⁵³ oder gar vernichtet⁴⁵⁴ oder fällt der im Rahmen einer Operation vorübergehend getrennte Augapfel - anstatt alsbald wieder an seinen angestammten Platz zurückversetzt zu werden - unwiederbringlich

⁴⁴⁷ Vgl. § 250 Abs. 2 Nr. 2 und 3a StGB.

⁴⁴⁸ So BGH bei Dallinger MDR 1958, 739 f.

⁴⁴⁹ Hierzu Jansen, Die Blutspende aus zivilrechtlicher Sicht, 79 ff., sowie Schröder/ Taupitz, Menschliches Blut: Verwendbar nach Belieben des Arztes? 34 ff.

⁴⁵⁰ Vgl. Bettermann/ Hübner, Humboldt-Spektrum 2/2000, 12 ff.

⁴⁵¹ Hegnauer, in: Hauser/ Rehberg (Hrsg.), Gedächtnisschrift Noll, 49, 55 sowie Arthur Kaufmann, in: Flöhl (Hrsg.), Genforschung - Fluch oder Segen? Interdisziplinäre Stellungnahmen, 259 ff., 264 ff., ordnen bereits die unbefruchteten Keimzellen außerhalb des Körpers dem Persönlichkeitsrecht zu, während andere Autoren sie als Sache betrachten, so z.B. Bilsdorfer, MDR 1984, 803 f.; Britting, Die postmortale Insemination als Problem des Zivilrechts, 95, 99 ff., welche allerdings ein Bestimmungsrecht des Spenders annimmt; Koch, MedR 1986, 259, 262; Schick, in: Bernat (Hrsg.), Lebensbeginn durch Menschenhand, 183, 192.

⁴⁵² Vgl. Forkel, JZ 1974, 593, 595 sowie Hillenkamp, Strafrecht Allg. Teil, 7. Problem. Zur Sittenwidrigkeit von Übertragungsgeschäften Maier, Der Verkauf von Körperorganen, sowie Taupitz, AcP 1991 (191), 201 ff.

⁴⁵³ Näher Britting, Die postmortale Insemination als Problem des Zivilrechts, 70 ff.

⁴⁵⁴ Vgl. hierzu die Entscheidung BGH NJW 1994, 127.

in den Abguß,⁴⁵⁵ stimmt die Qualifikation der abgetrennten Körpersubstanzen als reine Sachen sowie das hiermit verbundene Außerachtlassen des persönlichen Bestimmungsrechtes bzw. dessen Einordnung als reine Vertragsverletzung bedenklich. Im folgenden ist es daher geboten, die zu der Frage entwickelten Ansichten, ob bzw. inwieweit das Bestimmungsrecht des ursprünglichen Trägers sich in ein Herrschaftsrecht über die Körperteile transformiert, nachzuzeichnen:

2. Die Abgrenzungstheorien

a. *Sachenrechtliche Lösung*

Die vom lebenden Körper abgetrennten natürlichen Körperteile und -substanzen nehmen nach herkömmlicher Ansicht vom Zeitpunkt der Trennung an nicht mehr am persönlichkeitsrechtlichen Schutz des Körpers teil. Ein abgelöstes Segment wird - unabhängig davon, ob die Trennung gewollt war - zur Sache im Sinne von § 90 BGB, so daß sich das Recht des Betroffenen an seiner ursprünglichen Körpersubstanz allein nach dem Sachenrecht bemißt.⁴⁵⁶

Die sich in der Konsequenz stellende Frage nach dem Rechtsgrund des Eigentumserwerbs wird vornehmlich durch entsprechende Anwendung von § 953 BGB beantwortet. Danach verwandelt sich die Herrschaft des Menschen über seinen Körper mit der Trennung analog § 953 BGB ipso facto in Eigentum.⁴⁵⁷ Bisweilen werden die abgelösten Körperbestandteile aber auch - entsprechend dem Rechtsgedanken des

⁴⁵⁵ Fall berichtet bei Taupitz, NJW 1995, 745, 746 unter Bezugnahme auf den Fall Mokry v. University of Texas Health Science Center at Dallas 529 S.W. 2 d 802 (Texte 1975).

⁴⁵⁶ So z.B. Bilsdorfer, MDR 1984, 803 f.; Brandenburger, JuS 1984, 47; Britting, Die postmortale Insemination als Problem des Zivilrechts, 64 ff. (anders für Keimzellen, 70, 95 ff.); Eser, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 242 Rn. 10; Gareis, in: Festgabe Schirmer, 61 ff., 90 f.; Gössel, Strafrecht Bes. Teil/2, § 4 Rn. 9; Heinrichs, in: Palandt, BGB, § 90 Rn. 3; Holch, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 90 Rn. 21; Kallmann, FamRZ 1969, 572, 577; Kindhäuser, NK-StGB, § 242 Rn. 10 f.; Ruß, LK-StGB, § 242 Rn. 4. Speziell zu menschlichen Keimzellen Pap, Extrakorporale Befruchtung und Embryotransfer aus arztrechtlicher Sicht, 142 f.; Sternberg-Lieben, JuS 1986, 673, 675 (für die Ei- und Samenzelle vor ihrer Vereinigung im Rahmen der extrakorporalen Befruchtung).

⁴⁵⁷ Vgl. Bilsdorfer, MDR 1984, 803 f.; Brandenburg, JuS 1984, 47; Frahm/ Nixdorf, Arzthaftungsrecht, Rn. 35; Holch, in: Münchener Kommentar, § 90 Rn. 21; Hoyer, SK-StGB, § 242 Rn. 5; Koch, MedR 1986, 259, 262; Mühl, in: Soergel, BGB, Band I, AT 1987, § 90 Rn. 4; Nixdorf, VersR 1995, 740, 742; RGRK-Kregel, § 90 Rn. 4; Ruß, LK-StGB, § 242 Rn. 9; Wessels/ Hillenkamp, Strafrecht Bes. Teil, Rn. 65; BGH bei Dallinger MDR 1958, 739.

§ 958 Abs. 2 BGB - zunächst als herrenlose, dem Aneignungsrecht des ursprünglichen Trägers unterliegende Sachen betrachtet.⁴⁵⁸

b. Persönlichkeitsrechtliche Lösung

Demgegenüber betonen andere Stimmen stärker die Elemente des Persönlichkeitsrechts. Vor dem Hintergrund der Errungenschaften der modernen Medizin und der damit ermöglichten zielgerichteten Spende von Körpersubstanzen rückt Forkel⁴⁵⁹ im Kontext mit der Organspende die Verwendungsintention des ursprünglichen Trägers in den Mittelpunkt der rechtlichen Betrachtung. Soweit ein individueller Empfänger vorgesehen sei, sei das Verhältnis Spender - Transplantat persönlichkeitsrechtlich geprägt. Die Befugnis, über den abgetrennten Körperteil zu bestimmen, bliebe bis zur Transplantation das Recht des Spenders. Selbst wenn diese Bestimmungsbefugnis an Dritte übertragen würde, solle sie lediglich ein beschränktes Recht erlangen, dessen Inhalt durch die konkreten Vorgaben des ehemaligen Rechtsgutsträgers bestimmt würde. Ein Eigentumsrecht komme in diesen Fällen weder an Stelle des Persönlichkeitsrechts noch zusätzlich neben ihm in Frage.⁴⁶⁰ Bestehe kein Interesse des Spenders an einem Bestimmungsrecht, da die Spende nicht zur Heilung einer individuell ausgesuchten Person erfolge, so sei das Bedürfnis, sachenrechtliche Vorschriften und damit die Möglichkeit der Verkehrsfähigkeit der getrennten Körpersubstanzen anzuwenden,⁴⁶¹ anzuerkennen. Der Persönlichkeitsschutz werde preisgegeben, so daß nun Eigentumsrechte Platz greifen können.

c. Überlagerungstheorie

Unter dem Eindruck der sachen- wie der persönlichkeitsrechtlichen Auffassungen tritt H. Schünemann⁴⁶² für eine vermittelnde Rechtsposition ein. Da der Körper Materie und als solche dem menschlichen Willen zugeordnet ist, soll sowohl von einer sachen- wie persönlichkeitsrechtlichen Ebene der am Menschen bestehenden Rechtsverhältnisse ausgegangen werden. Solange der Körper und seine Teile der Person als Einheit zur Verfügung stehen, überlagere die persönlichkeitsrechtliche Ebene die sachenrechtliche

⁴⁵⁸ Kallmann, FamRZ 1969, 572, 577; Frank, StGB, § 242 Anm. III 2 e.; Gareis, in: Festgabe Schirmer, 61, 90 ff.; LG Mainz MedR 1984, 199 f.

⁴⁵⁹ Forkel, JZ 1974, 593 ff. Später auch Jansen, Die Blutspende aus zivilrechtlicher Sicht, 82 ff.

⁴⁶⁰ Forkel, JZ 1974, 595, 596.

⁴⁶¹ Forkel, a.a.O., 595; Jansen, Die Blutspende aus zivilrechtlicher Sicht, 114.

⁴⁶² H. Schünemann, Die Rechte am menschlichen Körper, 86 ff.

vollständig. Bei Lösung von Teilen oder im Falle des Todes trete die sachenrechtliche Ebene hervor und präge die Rechtsverhältnisse am Körperteil⁴⁶³ oder Leichnam. Letzteres geschehe freilich hinsichtlich des abgetrennten Teils des lebendigen Trägers nicht selbsttätig. Um der persönlichkeitsrechtlichen Gebundenheit Rechnung zu tragen, soll neben der Trennung der Verzicht des Rechtsinhabers ausschlaggebendes Kriterium für das Zurücktreten des Persönlichkeitsrechtes sein.⁴⁶⁴ Nach einem Verzicht auf die Ausübung des Persönlichkeitsrechtes soll der abgelöste Teil als normale Sache dem Rechtsverkehr zugänglich werden.

d. Ansicht des 6. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes

Nach letzterer Meinung überlagert, nach der persönlichkeitsrechtlichen Lösung verdrängt - im Falle einer individuellen Spende - das Persönlichkeitsrecht das Sachenrecht dergestalt, daß dem ursprünglichen Träger Bestimmungs- und Abwehrbefugnisse auch gegenüber dem Erwerber zustehen können. Beide Ansichten gehen freilich nicht so weit, die getrennte Körpersubstanz in den rechtlichen Schutz des Körpers einzubeziehen. Diese Grenze überschreitet der 6. Senat des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen.⁴⁶⁵ Auf dem Boden der zumindest auch persönlichkeitsrechtlich geprägten Ansicht qualifiziert er in der ‚Sperma‘-Entscheidung das betroffene Rechtsgut danach, ob nach dem Willen des Patienten und des behandelnden Arztes die entnommene Substanz später wieder in den Ursprungkörper zurückgelangen soll - zu denken ist z.B. an eine Eigenblutspende - oder nicht. Im ersten Fall liege nach wie vor eine funktionale Einheit zwischen Körper und getrenntem Körperteil vor, so daß bei einer Beschädigung oder Vernichtung der Substanz eine Körperverletzung im Sinne von §§ 823 Abs. 1, 847 Abs. 1 BGB anzunehmen sei. Im zweiten Fall hingegen werde die getrennte Substanz zur Sache im Sinne von § 90 BGB, jedoch unter Fortbestehen gewisser persönlichkeitsrechtlicher

⁴⁶³ Ähnlich - wenngleich mit zum Teil abweichender Begründung und unterschiedlicher Beantwortung der Frage nach der Verkehrsfähigkeit - BGH NJW 1994, 127 f.; Bernat, Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugungen, 115; Coester-Waltjen, Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, 1986, Bd. I, Teil B 32; ähnlich Deutsch, AcP 192 (1992), 162, 173; Freund/ Heubel, MedR 1995, 194, 198 Fn. 22; Heldrich, JuS 1969, 455, 461; Laufs/ Reiling, NJW 1994, 775 f.; Otto, Jura 1996, 219 f.; Rohe, Anm. zu BGH JZ 1994, 463, 465 ff.; Schnorbus, JuS 1994, 830, 833; H. Schünemann, Die Rechte am menschlichen Körper, 57; Schröder/ Taupitz, Menschliches Blut - Verwendbar nach Belieben des Arztes? 43, 95; Taupitz, AcP 191 (1991), 209 ff.; ders., JZ 1992, 1093; ders., NJW 1995, 745.

⁴⁶⁴ H. Schünemann, Die Rechte am menschlichen Körper, 110 ff.

⁴⁶⁵ Vgl. BGH NJW 1994, 127 f.

Beziehungen.⁴⁶⁶ Mit dieser Entscheidung interpretiert der BGH - ausgehend von dem Verständnis des Rechts am eigenen Körper als gesetzlich geregeltem Fall des allgemeinen Persönlichkeitsrechts - den Körper als „Seins- und Bestimmungsfeld der Persönlichkeit, das in der körperlichen Befindlichkeit materialisiert ist“ und setzt damit die bisherige enge Beschränkung auf die Materie als solche außer Kraft. Auf dem Boden dieser Erwägungen stellt das konservierte Sperma, das nach dem Willen des Spenders dazu vorgesehen ist, zu seiner Fortpflanzung verwendet zu werden, einen Sonderfall dar. Denn es ist einerseits endgültig vom Körper des Rechtsträgers getrennt, andererseits aber dazu bestimmt, seine körpertypische Funktion der Fortpflanzung zu erhalten und damit in den weiblichen Körper eingebracht zu werden. Aufgrund dieser Besonderheit stellt der 6. Senat das zur Insemination vorgesehene kryokonservierte Sperma jenen Körperbestandteilen gleich, die nach dem Willen des Rechtsträgers zur Bewahrung der Körperfunktionen entnommen werden⁴⁶⁷ und überantwortet es dem Schutzbereich des Rechtsguts Körper.

Gegen diese extensive Sichtweise werden in der Literatur erhebliche Bedenken angemeldet.⁴⁶⁸ Hierbei wird insbesondere darauf hingewiesen, daß das Recht am eigenen Körper nur insoweit tangiert sei, als die Körperteile lediglich kurzfristig situationsbedingt mit dem alleinigen Zweck der Reintegration vom Körper getrennt würden, wobei das Wiedereinfügen in einem räumlich/zeitlich engen Zusammenhang erfolgen müsse.⁴⁶⁹ Finde eine länger dauernde Ausgliederung statt, seien die Körperteile dagegen als - je nach den Umständen des Einzelfalles persönlichkeitsrechtlich gebundene - Sachen zu qualifizieren, ohne Rücksicht darauf, ob sie später in den Körper des Spenders oder eines Dritten eingefügt werden sollen. Laufs/ Reiling⁴⁷⁰ weisen darauf hin, daß es bei Vernichtung von kryokonserviertem Sperma nahe gelegen hätte, statt den Schutzbereich des Körpers verletzt zu sehen, eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu prüfen. Denn dieses überlagere auch bei abgetrennten Körpersubstanzen das Sachenrecht. Bei fahrlässiger Vernichtung der Spermakonserve hätte die Klage des Spenders auf Schmerzensgeld keinen Erfolg gehabt hätte. Denn zum einen ist die Freiheit,

⁴⁶⁶ Freund/ Heubel, MedR 1995, 198 Fn. 22; Heinrichs, in: Palandt, BGB, § 90 Rn. 3; Schnorbus, JuS 1994, 833.

⁴⁶⁷ BGH NJW 1994, 127 f.

⁴⁶⁸ Vgl. Laufs/ Reiling, NJW 1994, 775 f.; Frahm/ Nixdorf, Arzthaftungsrecht, Rn. 33; Marian, Die Rechtsstellung des Samenspenders bei IVF, 176 f., für das zur Fremdspende zur Verfügung gestellte Sperma; Nixdorf, VersR 1995, 740, 743; Schroeder, in: Festschrift Hirsch, 724, 736 f.; wohl auch Taupitz, NJW 1995, 745.

⁴⁶⁹ Schroeder, in: Festschrift Hirsch, 724, 736, der jedoch zur Ausscheidung aus dem Körper bestimmte Stoffe (Sperma) oder ohne Eingriff aus dem Körper ausgeschiedene Körperprodukte ausnimmt.

⁴⁷⁰ Laufs/ Reiling, NJW 1994, 775 f.

ob und wenn ja, wie das Sperma zur Befruchtung eingesetzt wird, nicht vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Spenders umfaßt, das lediglich einen Integritätsschutz, nicht aber einen Aktivitätsschutz vermittelt.⁴⁷¹ Zum anderen fehlt es, wenn die Spermakonserve fahrlässig vernichtet wird, an einem zielgerichteten Eingriff in die Rechtsposition des Spenders.⁴⁷²

3. Stellungnahme

Durch die Rechtsprechung des 6. Senats ist die interessante Frage entstanden, ob und gegebenenfalls wie dieses zivilrechtliche Verständnis vom Schutzzumfang des absoluten Rechtsguts ‚Körper‘ auf das Strafrecht übertragen werden kann. Der dargelegte Meinungsstand deutet - entsprechend den großen medizinischen Fortschritten - auf eine Entwicklung der differenzierten Wahrnehmung und Qualifikation abgetrennter menschlicher Körperteile hin. Bis vor einigen Jahren waren abgetrennte Körperteile oder -substanzen in ihren ursprünglichen oder vergleichbaren Körperfunktionen kaum oder überhaupt nicht mehr verwendbar. Demzufolge lag es nahe, sie aufgrund ihrer Körperlichkeit, Abgrenzbarkeit und Beherrschbarkeit einer rein sachenrechtlichen Betrachtung zu unterwerfen. Die Errungenschaften in der Medizin insbesondere auf dem Gebiet der Transplantationschirurgie, des Transfusionswesens, aber auch der Genforschung⁴⁷³ bringen es in immer größerem Umfang mit sich, daß explantierte Organe und entnommene Körpersubstanzen sowohl dem ursprünglichen Träger wie auch Dritten funktionsentsprechend eingepflanzt oder auch künstliche Befruchtungen in vitro bzw. ‚normale‘ Bluttransfusionen durchgeführt werden. Daher gerät die persönlichkeitsrechtliche Dimension der menschlichen Substanzen verstärkt in den Mittelpunkt der Betrachtungen. Aber auch die Entwicklung in der humanen Genomforschung veranschaulicht das Gewicht der persönlichkeitsrechtlichen Komponente.⁴⁷⁴ Nachdem es aufgrund des Humangenomprojektes gelang, ‚Landkarten‘ der menschlichen Chromosomen zu erstellen, welche die Identifizierung von mutierten Genen und damit beispielsweise auch die von Erbkrankheiten erleichtern,⁴⁷⁵ hat die Abtrennung von Körpersubstanzen

⁴⁷¹ Schwerdtner, in: Münchner Kommentar, § 12 Rn. 187.

⁴⁷² So die Begründung des OLG Frankfurt als Vorinstanz zu BGH NJW 1994, 127.

⁴⁷³ Hierzu Taupitz, JZ 1992, 1089 ff.

⁴⁷⁴ Zur Gendiagnostik bei Morbus Huntington Epplen/ Przuntek, DÄBl 95 (1998), C 26 ff.; zur Molekulargenetik bei spinalen Muskeltrophien Zerres/ Rudnik-Schöneborn/ Wirth, DÄBl 95 (1998), C 1220, 1222 f.

⁴⁷⁵ Vgl. z.B. Mertens, DÄBl 94 (1997), C 985, sowie Böderlein, DÄBl 92 (1995), C 1380. Nach heutigem Wissensstand sind ca. 4000 genetisch bedingte Krankheitsbilder bekannt, wovon ca. 500 Krankheiten molekulargenetisch nachweisbar sind, vgl. Schmidtke, in: Beck-Gernsheim (Hrsg.), Welche Gesundheit wollen wir? 25 ff.

eine Dimension erreicht, die deren sachenrechtliche Relevanz zunehmend in den Hintergrund drängt. Die herkömmliche Qualifikation abgelöster Körperteile und -substanzen als Sachen ist damit notwendigerweise um die persönlichkeitsrechtliche Komponente zu ergänzen. Hierbei sind sehr unterschiedliche Möglichkeiten rechtlicher Würdigung eröffnet. Auch wenn die von H. Schönemann entwickelte Position zunächst schlüssig erscheint und insbesondere die Umwandlung von Persönlichkeits- in Sachenrecht plausibel erklärt, wird die Ausgangsthese - die Latenz sachenrechtlicher Beziehungen vor der Trennung der Körperteile und -substanzen vom lebenden Körper - der Natur des Menschen nicht gerecht. Solange der Mensch lebt und mit seiner biologischen Körperhülle zu einer Einheit verschmolzen ist, bildet er nicht eine bloße Summe von dominierender Persönlichkeit und latenter Sache, sondern eine selbständige Rechtsgutseinheit. Wird der rechtsgutskonstitutive Kern durch die vollständige Trennung von Person und Körper zerbrochen, entfällt mithin die prägende Komponente des lebenden Menschen, bestimmt das verbleibende rein stoffliche Element primär das Wesen des nun vorhandenen Rechtsguts. Die abgetrennten Körperteile und -substanzen sind zur Sache geworden, bei denen - im Regelfall - die Eigentums- und Verkehrsfähigkeit fehlt. Daher bewirkt der Akt der Explantation bzw. der Entnahme von Körpersubstanzen eine die Rechtsgutsidentität verändernde Rechtsgutsmodifizierung. Diese von H. Schönemann⁴⁷⁶ beklagte Diskontinuität des Rechts am Körper und an seinen Teilen ist wesensmäßig vorgegeben. Für die Hilfskonstruktion der Überlagerung von persönlichkeits- und sachenrechtlicher Ebene an der Einheit des lebenden Menschen besteht keine Notwendigkeit. Sie führt vielmehr einen Schritt in die Richtung, den Menschen zu versachlichen. Den damit einhergehenden Gefahren für die Unantastbarkeit der menschlichen Würde muß aus ethischen Gründen entschieden begegnet werden.

Vollzieht sich mit der Trennung von Persönlichkeit und Körper der Übergang zur Sache - wobei sich der Erwerb der Sachherrschaft durch den ursprünglichen Träger analog § 953 BGB verwirklicht⁴⁷⁷ -, ist damit noch keine Aussage darüber getroffen worden, ob das ehemalige Persönlichkeitsrecht vollständig oder nur teilweise untergegangen ist. Gegen den vollständigen Untergang des Persönlichkeitsrechtes und damit gegen eine rein sachenrechtliche Betrachtung der abgelösten Körperteile und Substanzen spricht, daß die Materie durch ihre Herkunft geformt wird, die mehr oder weniger stark die Verwendungsfähigkeiten der menschlichen Substanzen prägt. Auch

⁴⁷⁶ Schönemann, Die Rechte am menschlichen Körper, 89 ff.

⁴⁷⁷ So auch Kindhäuser, Strafrecht Bes. Teil/1, Rn. 26; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Bes. Teil/2 Rn. 65. Die für abgetrennte Sachteile angeordnete Regelung muß erst recht für die - aus der intensiveren Beziehung stammenden - getrennten Körperteile gelten. Der Umweg über die Aneignung ist weder erforderlich noch vor dem Hintergrund, daß die Sache bis zur Aneignung herrenlos wäre, geboten.

paßt der alleinige zivilrechtliche Eigentumsschutz für Teile des menschlichen Körpers nicht immer. Die Rechtsposition des Eigentümers weist etliche Eigentümlichkeiten auf, die nach Umfang und Inhalt mit der Berechtigung des ursprünglichen Trägers der Körpersubstanzen nicht zu vereinbaren sind.⁴⁷⁸ So findet das dingliche Herrschaftsrecht seine Ausprägung in § 903 BGB, wonach der Eigentümer einer Sache nach Belieben mit ihr verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen. Dieses dingliche Bestimmungsrecht erlaubt dem Eigentümer, mit der Sache nach seinem Gutdünken umzugehen, so z.B. sie zu veräußern oder an ihr Sicherungseigentum oder Eigentumsvorbehalt zu vereinbaren. Darüber hinaus ist an beweglichen, nicht abhanden gekommenen Sachen gutgläubiger Erwerb möglich. Diese rechtlichen Möglichkeiten auf getrennte Körperteile bzw. -substanzen angewandt, bedingen zwangsläufig deren Deklassierung zum verkehrsfähigen Handelsgut. Hieran ist aber im Regelfall gerade kein rechtliches und ethisches Interesse des einzelnen wie der Allgemeinheit⁴⁷⁹ vorhanden. Denn abgesehen von den nachwachsenenden, häufig aus kosmetischen Gründen abgelösten Körpersegmenten, wie Nägeln oder Haaren,⁴⁸⁰ besteht zu den elementaren Körpersubstanzen im Regelfall eine besondere Beziehung des ursprünglichen Trägers, die nicht durch einen eventuellen Eigentumsübergang ausschließlich versachlicht wird.⁴⁸¹ Vielmehr überdauert die individuelle körperliche Urheberchaft,⁴⁸² deren Bedeutung vor dem Hintergrund der medizinischen Entwicklung im Bereich der Entschlüsselung des menschlichen Genoms eine rein sachenrechtliche Beziehung bei weitem übersteigt.⁴⁸³ Somit erscheint es auf den ersten Blick nicht zwingend als übersteigert, wenn der 6. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes entnommene

⁴⁷⁸ Vgl. z.B. Deutsch, Medizinrecht, Rn. 490 ff., wonach an getrennten Körperteilen sowohl der Aspekt des Persönlichkeitsrechts wie des Eigentumsrechts, jedoch mit Vorrang des Persönlichkeitsrechts zu berücksichtigen ist; vgl. auch Jansen, Die Blutspende aus zivilrechtlicher Sicht, 88 f.; Schnorbus, JuS 1994, 830, 832.

⁴⁷⁹ Vgl. z.B. das in § 17 TPG normierte Verbot des kommerziellen Organhandels. Näher König, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Medizinstrafrecht, 265 ff. Dieser Gedanke kommt aber auch in § 10 Transfusionsgesetz zum Ausdruck, wonach der Blutspender lediglich eine Aufwandsentschädigung, nicht aber eine Vergütung als Gegenleistung für die Blutspende erhalten soll. Dennoch darf nicht verschwiegen werden, daß die entgeltliche Weitergabe des unentgeltlich erlangten Blutes durch die Blutspendezentralen an die Krankenhäuser nicht unüblich ist, vgl. Taupitz, JuS 1997, 203, 207 m.w.N.

⁴⁸⁰ Wobei bei Einbezug der hiermit verbundenen Analysemöglichkeiten auch hier eine andere Betrachtung möglich ist.

⁴⁸¹ Vgl. z.B. Deutsch, AcP 1992 (192), 161, 173.

⁴⁸² Hierzu Forkel, JZ 1994, 595 f.; Schroeder/Taupitz, Menschliches Blut. Verwendbar nach Belieben des Arztes? 42 ff.; Schnorbus, JuS 94, 830, 833.

⁴⁸³ Zur Lokalisierung von Erbkrankheiten auf dem humanen Genom, vgl. Böderlein, DÄBl 92 (1995), C 1380.

Körpersubstanzen, die nach dem Willen des Trägers dazu bestimmt sind, dessen körperliche Funktionen zu erhalten, dem „Seins- und Bestimmungsfeld der Persönlichkeit, das in der körperlichen Befindlichkeit materialisiert ist“, unterstellt.⁴⁸⁴

Die Übertragung dieser zivilrechtlich geprägten Ansicht auf den strafrechtlichen Schutz des Körpers im Rahmen von §§ 223, 229 StGB verdient dennoch Widerspruch. Zwar ist zuzugeben, daß sich die Beeinträchtigung des menschlichen Funktionspotentials erkennbar vom spezifischen Unrecht eines Eigentumsdelikts unterscheidet⁴⁸⁵. Dies zeigt sich deutlich an der Situation, daß die Möglichkeit, trotz inzwischen eingetretener Unfruchtbarkeit ein Kind auf medizinisch assistiertem Wege zu zeugen, durch Vernichtung des kryokonservierten Spermas vereitelt wird. Denn die Einschränkung körperlicher Funktionen - sei es nun durch einen Eingriff in den Körper selbst oder in hierzu bereitgestellte Hilfsmechanismen - trifft die Freiheit der personalen Selbstbestimmung. Dies gilt grundsätzlich auch, wenn einzelne Körperteile vorübergehend vom Körper getrennt werden. Wird jedoch in die Funktionsfähigkeit der abgetrennten Körpersubstanz eingegriffen, so gilt dieses Vorgehen regelmäßig nicht dem ‚Entnahme-Körper‘ als solchem, sondern der getrennten Körpersubstanz. Demzufolge steht nicht die Verletzung des Körpers in seiner Integrität im Vordergrund, sondern das persönlichkeitsrechtlich zu qualifizierende Band zwischen Explantat und ursprünglichem Träger. Das § 223 StGB zugrunde liegende Gebot, die körperliche Unversehrtheit Dritter nicht anzutasten, würde bei Ausdehnung auf dieses Band im Unfaßbaren verschwinden. Mit dem Bestimmtheitsgebot ließe sich eine solche Auslegung nicht mehr vereinbaren. Mag das Zurückbleiben des Strafrechtsschutzes bei Körperverletzungen gegenüber den von der Rechtsprechung anerkannten zivilrechtlichen Haftungsfolgen manchem unbillig erscheinen. Die Strafrechtspflege ist jedoch an diese gesetzlichen Vorgaben gebunden.

Davon ist eine Ausnahme zu machen, wenn die durch Eingriff entnommene Substanz nur kurzfristig vom Körper getrennt wird, um sie im Rahmen derselben Behandlung wieder in den Körper zu integrieren und damit in einem engen raum-zeitlichen Zusammenhang⁴⁸⁶ zurückzusetzen. Dann ist die personale Integrität für den potentiellen Schädiger lokalisierbar. Dies gilt z.B. bei der medikamentösen Behandlung eines kurzzeitig entnommenen Organs, der apparativen Behandlung von Körperflüssigkeit,

⁴⁸⁴ Eine weitergehende Frage ist jedoch, ob aus zivilrechtlicher Sicht das Rechtsgut des Körpers oder des Persönlichkeitsrechtes tangiert ist, vgl. die kritischen Beiträge von Frahm/ Nixdorf, *Arzthaftungsrecht*, Rn. 35; Laufs/ Reiling, *NJW* 1994, 775 f.; Rohe, *JZ* 1994, 463 ff. sowie Taupitz, *NJW* 1995, 745 ff.

⁴⁸⁵ So Freund/ Heubel, *MedR* 1995, 194, 197.

⁴⁸⁶ So auch für das Zivilrecht Frahm/ Nixdorf, *Arzthaftungsrecht*, Rn. 35 ff. Etwas weiter Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, *StGB*, § 223 Rn. 2.

wie sie anlässlich der Dialyse vorgenommen wird. Aber auch die vorübergehende Entnahme des Organs, um so freien Zugang zum Operationsfeld zu erlangen, die Entnahme von Haut, um sie während der Operation auf eine andere Körperstelle zu transplantieren oder die Transplantation von Teilen einer Armvene mit Venenklappe an eine defekte tiefe Beinvene⁴⁸⁷ sind erfaßt. Wird in einem solchen Fall die Körpersubstanz abredewidrig beschädigt oder vernichtet, wie im Falle des während einer Operation vorübergehend entnommenen Augapfels, der vor seiner beabsichtigten Rückverpflanzung durch Unachtsamkeit unwiederbringlich verloren geht, liegt ein Eingriff in das strafrechtlich geschützte Rechtsgut des Körpers vor. Unter diesen Voraussetzungen ist aufgrund der medizinischen Gegebenheiten das Band zwischen menschlichem Körper und seiner getrennten Substanz so eng gewoben, die Struktur- und Wertgleichheit mit den fest verbundenen natürlichen Körperteilen dergestalt gegeben, daß die kurzfristige Ausgliederung die entnommene Körpersubstanz nicht zur Sache umgestalten kann. Die Beschädigung der ‚ausgelagerten‘ Substanz ist unter diesen engen Vorgaben der unmittelbaren Körperverletzung gleichzustellen.⁴⁸⁸

Außerhalb dieser engen Grenze besteht aber selbst bei Wiedereingliederungsabsicht keine körperliche, sondern nur eine vorwiegend psychisch vermittelte persönlichkeitsrechtliche Bindung des ursprünglichen Trägers zu seiner Substanz. Aufgrund des Fehlens einer engen raum-zeitlichen Verbindung zum Spender verliert der Schutz der als körperliche Unversehrtheit verstandenen personalen Integrität hier ihren strafrechtlichen Sinn. Auch zeigt die von Taupitz in diesem Zusammenhang angeführte Konsequenz des extensiven Körperverständnisses, die „Bi- oder Multilokation“ des Körpers an mehreren Stellen,⁴⁸⁹ daß diese zumindest für das Strafrecht nicht gelten kann. Bei längerfristiger sowie räumlicher Trennung ist demgemäß Sachqualität mit gegebenenfalls personenrechtlichem Einschlag anzunehmen. Dasselbe gilt erst recht für die endgültige Trennung vom Körper. Jedes andere Ergebnis würde die Wortlautgrenzen der Körperverletzung überschreiten und wäre als verbotene Analogie mit Art. 103 Abs. 2 GG nicht

⁴⁸⁷ Über dieses neue Venen-Transplantationsverfahren aus den USA berichtete der New Yorker Arzt Dinker B. Rai auf dem Angiologischen Forum in Hamburg, vgl. Krieger, Die Welt, 23.9.1998, 9.

⁴⁸⁸ Restriktiver Horn, SK-StGB, § 223 Rn. 5a, sowie Otto, Jura 1996, 219, 220, der den Schutz des Körpers allein auf die biologische Einheit des Körpers beschränkt; extensiver dagegen Freund/ Heubel, MedR 1995, 194, 197 f., wonach der Körper nicht an der Außenhaut endet, sondern den „Kernbestand des Freiheitsentfaltungspotentials mit -erfaßt“.

⁴⁸⁹ Taupitz, NJW 1995, 745 f.

zu vereinbaren.⁴⁹⁰ Entsteht nach der Entnahme⁴⁹¹ der zumindest längerfristig vom Körper zu trennenden Substanz die Absicht, diese in einer zweckwidrigen Art und Weise zu verwenden oder zu beschädigen, ist damit nicht der Körper im Sinne von §§ 223, 229 StGB betroffen. Dieses Ergebnis führt zwar zu einem Auseinanderdriften von Straf- und Zivilrecht.⁴⁹² Dies ist aber unschädlich, da das Strafrecht den Begriffsbildungen des Zivilrechts nicht notwendig folgt.⁴⁹³

- *Implikationen des Embryonenschutzgesetzes*

Untermuert wird die hier vertretene Ansicht durch die Regelungen des Embryonenschutzgesetzes. Würden getrennte Körpersubstanzen, die das Seins- und Bestimmungsfeld des Rechtsträgers materialisieren - hierzu zählt u.a. die in vitro befruchtete Eizelle vor Einbringung in die Gebärmutter, denn sie trägt das Recht der biologischen Eltern auf Fortpflanzung und damit auf die Familienplanung in sich - Teile des Körpers sein, so stünden im Falle ihrer vorsätzlichen oder fahrlässigen Vernichtung die Straftatbestände der §§ 223, 229 StGB zu Lasten der biologischen Eltern zur Prüfung an. Dem steht jedoch der fragmentarische Charakter des Embryonenschutzgesetzes entgegen.

Der strafrechtliche Schutz ungeborenen Lebens durch die Regelungen über den Schwangerschaftsabbruch, §§ 218 ff. StGB, beginnt mit Abschluß der Einnistung des befruchteten Eis in der Gebärmutter.⁴⁹⁴ Künstlich gezeugte und noch nicht auf die Frau übertragene Embryonen genießen nach bislang einhelliger Ansicht keinen Schutz durch das Kernstrafrecht. Um diese Lücke zumindest teilweise zu schließen, hat der Bundesgesetzgeber von seiner konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit für das Strafrecht Gebrauch gemacht⁴⁹⁵ und zum Ende des Jahres 1990 das Gesetz zum Schutz

⁴⁹⁰ Wessels/ Hillenkamp, Strafrecht Bes. Teil/2, Rn. 65 (für die endgültige Trennung vom Spenderkörper); a.A. Freund/ Heubel, MedR 1995, 194, 198.

⁴⁹¹ Zur Rechtslage, wenn bereits schon vor der Entnahme die Absicht bestand, die Körpersubstanz - ohne entsprechende Aufklärung des Rechtsgutsträgers - in zweckwidriger Weise zu verwenden, vgl. § 14 Punkt IX.3 der Abhandlung.

⁴⁹² So auch Otto, Jura 1996, 220; Schnorbus, JuS 1994, 830, 835; Taupitz, NJW 1995, 745 ff. A.A. Freund/ Heubel, MedR 1995, 194, 198.

⁴⁹³ Wessels/ Hillenkamp, Strafrecht Bes. Teil/2, Rn. 65.

⁴⁹⁴ Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, § 218 Rn. 4; Wessels/ Hettinger, Strafrecht Bes. Teil/1, Rn. 219 f.

⁴⁹⁵ Kritisch zur strafrechtlichen Lösung Däubler-Gmelin, Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 11/230, Stenographischer Bericht vom 24.10.1990.

von Embryonen verabschiedet.⁴⁹⁶ Aufgrund dieser Ausgangslage ergibt sich zugleich, daß das Embryonenschutzgesetz durch zwei wesentliche Prinzipien des Strafrechts beherrscht wird: Das Subsidiaritätsprinzip sowie der fragmentarische Charakter des Strafrechts.⁴⁹⁷ Denn das Strafrecht reagiert als ultima ratio auf den mißbräuchlichen Zugriff auf den in der Petrischale befindlichen Embryo.⁴⁹⁸ Zudem gilt das Analogieverbot: Die im Embryonenschutzgesetz beschriebenen Handlungsweisen dürfen nicht zu Lasten des Beschuldigten auf ein Tun jenseits ihres Wortlauts ausgeweitet werden. Sonst wäre ein Verstoß gegen das Gesetzlichkeitsprinzip gegeben, Art. 103 Abs. 2 GG.

Der Kernbereich des Embryonenschutzes ist in den §§ 2 bis 4 ESchG enthalten.⁴⁹⁹ Hier wird unter anderem die Verwendung eines extrakorporal verfügbaren Embryos zu einem nicht seiner Erhaltung dienenden Zweck unter Strafe gestellt. Was unter dem Begriff des Embryos zu verstehen ist, entnimmt das Gesetz nicht dem medizinischen Sprachgebrauch. Vielmehr enthält es in § 8 Abs. 1 ESchG eine eigene Begriffsbestimmung. Danach gilt als Embryo bereits die befruchtete entwicklungsfähige menschliche Eizelle vom Zeitpunkt der Kernverschmelzung an, ferner jede einem Embryo entnommene totipotente Zelle,⁵⁰⁰ soweit sie die Fähigkeit zur Weiterentwicklung besitzt. Der Begriff der ‚zellulären Totipotenz‘ hingegen wurde ohne eigenständige Definition dem Embryonenschutzgesetz zugrunde gelegt. Damit ist auf die naturwissenschaftliche Begriffsbildung zurückzugreifen.⁵⁰¹ Diese beschreibt mit ‚zellulärer Totipotenz‘ die komplexe Fähigkeit der Zelle, allein ein ganzes lebensfähiges Individuum zu bilden.⁵⁰² Wann eine Zelle totipotent und damit geschütztes Tatobjekt im Sinne des Embryonenschutzgesetzes ist, wird zwar in den Fachkreisen kontrovers diskutiert. Nach gegenwärtigem Erkenntnisstand sind aber totipotente Zellen in der frühen Embryonalentwicklung der Säugetiere bis zum 8-Zell-Stadium vorhanden. Blastomeren aus späteren Entwicklungsphasen konnten bis heute nicht als totipotent beschrieben

⁴⁹⁶ BGBl I, 2746. Durch die Änderung des GG liegt die konkurrierende Gesetzgebung auf dem Gebiet der künstlichen Befruchtung der Untersuchung und künstlichen Veränderung von Erbinformationen heute beim Bund, Art. 74 Abs. 1 Nr. 26.

⁴⁹⁷ Zur fragmentarischen und subsidiären Natur des Strafrechts vgl. Arthur Kaufmann, in: Flöhl, (Hrsg.), Genforschung - Fluch oder Segen, 259, 266.

⁴⁹⁸ Günther, in: Keller/ Günther/ Kaiser (Hrsg.), Embryonenschutzgesetz, vor § 1 Rn. 2.

⁴⁹⁹ Näher Günther, a.a.O., §§ 2 ff.

⁵⁰⁰ § 8 ESchG lautet: „Als Embryo im Sinne dieses Gesetzes gilt bereits die befruchtete, entwicklungsfähige menschlichen Eizelle vom Zeitpunkt der Kernverschmelzung an, ferner jede einem Embryo entnommene totipotenten Zelle, die sich bei Vorliegen der dafür erforderlichen weiteren Voraussetzungen zu teilen und zu einem Individuum zu entwickeln vermag“.

⁵⁰¹ Näher Beier, Ethik in der Medizin, 1999, 23 ff.

⁵⁰² Beier, Gynäkologie 31 (1998), 307 ff.; ders., Ethik in der Medizin 11 (1999), 23 ff.

oder experimentell nachgewiesen werden. Aus den veröffentlichten Befunden wird deutlich, daß mit hoher Wahrscheinlichkeit bereits im Vierzellstadium, spätestens aber im Achtzellstadium nicht mehr alle Blastomeren totipotent sein können.⁵⁰³ Die Reproduktionsbiologie überträgt diese Erkenntnisse auf die Entwicklungspotenz menschlicher Blastomeren, da sie sich aufgrund experimenteller Hinweise nicht von denen bekannter Säugetierblastomeren unterscheiden.⁵⁰⁴ Der Verlust der Totipotenz embryonaler Zellen ist nach bisherigen Erkenntnissen spätestens mit dem 16-Zellstadium abgeschlossen.

Welche Konsequenzen hat dies nach dem Embryonenschutzgesetz? § 2 Abs. 1 verbietet⁵⁰⁵ eindeutig den Verbrauch einer totipotenten Zelle zum Zwecke der genetischen Untersuchung.⁵⁰⁶ Damit bewehrt das Embryonenschutzgesetz die vorsätzliche Vernichtung eines Embryos mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. Nicht unter Strafe gestellt ist die fahrlässige Begehung.⁵⁰⁷ Würde der vorsätzliche Verbrauch der befruchteten Eizelle zugleich eine vorsätzliche Körperverletzung zu Lasten der biologischen Eltern bedeuten, so gälte nach dem Kernstrafrecht die Strafdrohung von Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. Auch unter Berücksichtigung der geschützten Rechtsgüter des Embryonenschutzgesetzes und jenen der Delikte zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit, bleibt unklar, wodurch sich diese Strafraumdifferenz rechtfertigen ließe - zumal es beim Embryo um alles oder nichts geht, während die durch das Kernstrafrecht geschützte körperliche Unversehrtheit nur eine Einschränkung erfahren würde. Auch könnte die nach dem Embryoschutzgesetz nicht mit Strafe bewehrte fahrlässige Vernichtung der befruchteten Eizelle gemäß § 229 StGB als fahrlässige Körperverletzung zu Lasten der Eltern geahndet werden und über diesen Umweg der bewußt fragmentarische Charakter des Embryonenschutzgesetzes unterlaufen werden.

Damit ist die Aufzählung der strafrechtlichen Widersprüchlichkeiten aber noch nicht am Ende angelangt. Entscheidet sich die biologische Mutter gegen die Implantation, ist der Arzt nicht wegen mißbräuchlichen Verwendens im Sinne von § 2 Abs. 1 ESchG strafbar, wenn er den Embryo absterben läßt. Einerlei, ob er den Embryo schlichtweg dem Zerfall preisgibt oder den kryokonservierten Embryo zu diesem Zweck zuvor zum

⁵⁰³ Beier, Gynäkologe 31 (1998), 307 ff.

⁵⁰⁴ Nachweise bei Beier, Ethik in der Medizin, 1999, 23 ff.

⁵⁰⁵ Günther, in: Keller/ Günther/ Kaiser (Hrsg.), Embryonenschutzgesetz, § 2 Rn. 19; Laufs, Fortpflanzungsmedizin und Arztrecht, 79.

⁵⁰⁶ Ob hierin zugleich ein gemäß § 6 ESchG strafbewehrtes Klonen liegt, ist umstritten. Dagegen Günther, in: Günther / Keller (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik, Strafrechtliche Schranken, 237.

⁵⁰⁷ Günther, in: Keller/ Günther/ Kaiser (Hrsg.), Embryonenschutzgesetz, vor § 1 Rn. 29.

Auftauen aus der Retorte nimmt, liegt der strafrechtliche Sinngehalt seiner Handlung⁵⁰⁸ in dem Nichtweiterkultivieren. Damit ist ein Unterlassen zu beurteilen. Das strafbare Unterlassen knüpft - nach den auch im Rahmen des Embryonenschutzgesetzes geltenden Vorgaben des § 13 StGB - an mehrere Voraussetzungen an: So muß für den Verpflichteten die zumutbare⁵⁰⁹ Möglichkeit bestehen, die vom Strafgesetz geforderte Handlung vorzunehmen. Der Täter muß Garant für das verletzte Rechtsgut sein und das pflichtwidrige Unterlassen der Verwirklichung des Tatbestandes durch ein positives Tun entsprechen. Verweigert die biologische Mutter die Implantation des Embryos, so ist der Arzt an diese höchstpersönliche Entscheidung gebunden.⁵¹⁰ Eine Implantation gegen den Willen der Frau hätte die Strafbarkeit des Arztes wegen Körperverletzung sowie gegebenenfalls Nötigung zur Folge. Des weiteren bedroht § 4 Abs. 1 Nr. 2 ESchG denjenigen mit Strafe, der es unternimmt, auf eine Frau ohne deren Einwilligung einen Embryo zu übertragen. Diese Regelungen begrenzen das Recht und die Pflicht des Arztes im Hinblick auf eine Weiterentwicklung des Embryos und das Recht des biologischen Vaters auf Fortpflanzung. Darüber hinaus vermeiden sie einen unüberbrückbaren Wertungswiderspruch zu den Regelungen des Schwangerschaftsabbruches. Ein solcher läge vor, wenn die biologische Mutter zur Schwangerschaft gezwungen werden könnte, ihr aber zugleich kraft Gesetzes die Möglichkeit eingeräumt wird, ohne Einwilligung des biologischen Vaters bei Vorliegen einer gesetzlich geregelten Indikation einen Abbruch durchführen zu lassen. Unabhängig davon, daß widersprüchliche rechtliche Bewertungen das Rechtsbewußtsein verunsichern, würde dieser Umweg für die Frau eine unzumutbare Belastung bedeuten.

Die Strafbarkeit wegen Nichtweiterkultivierens des Embryos scheitert aber auch an der strafrechtlichen Entsprechensklausel. Gemäß § 13 Abs. 1 StGB ist das Unterlassen einer möglichen Erfolgsabwendung nur dann wie die Tatbestandsverwirklichung durch positives Tun strafbar, wenn das Unterlassen der Verwirklichung durch ein positives Tun entspricht. Damit steht ein unechtes Unterlassen dem Tun nur dann gleich, wenn es gerade darauf beruht, daß nicht lediglich der Erfolgsunwert, sondern außerdem auch

⁵⁰⁸ Zum gleichen Ergebnis führt die von der Rechtsprechung vertretene Theorie vom Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit, vgl. z.B. BGHSt 6, 59; BGH NJW 1995, 204 ff.

⁵⁰⁹ Ob der Zumutbarkeit als generelle Grenze der Haftung des Unterlassungstäters tatbestandsausschließende, rechtfertigende oder nur entschuldigende Wirkung beikommt, vgl. Lackner, in: Lackner/ Kühl, StGB, § 13 Rn. 5 m.w.N.; diff. Küper, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision, 86.

⁵¹⁰ Zur Rechtslage vor Inkrafttreten des ESchG Günther, in: Günther/ Keller (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik, 159 ff.; Keller, ebenda, 132 ff.

der spezielle Handlungsunwert nicht verhindert wurde.⁵¹¹ Der Straftatbestand des mißbräuchlichen Verwendens, § 2 ESchG, intendiert aber keinen umfassenden Schutz des Embryos. Das Gesetz schweigt darüber, wie mit einem Embryo zu verfahren ist, der, aus welchem Grunde auch immer, nicht implantiert werden kann. Der strafrechtliche Unterlassensvorwurf kann sich daher ebenfalls nur auf ein Verhalten beziehen, durch das der Arzt den Embryo mißbräuchlich verwendet. Diese ethisch schwierig zu beurteilende Tathandlung läßt sich nicht in das begehungsneutrale Schema von Handlung und Erfolg einbinden. Denn das bloße Unterlassen lebenserhaltender Maßnahmen zugunsten des Embryos ist im Regelfall nicht dem mißbräuchlichen Verwenden durch aktives Tun gleichzustellen.⁵¹²

Würde das auf Betreiben der Mutter bewirkte, daher für den Arzt straflose Absterbenlassen des Embryos den Arzt in Gefahr bringen, sich zugleich wegen Körperverletzung zu Lasten des biologischen Vaters strafbar zu machen, da dessen Recht auf Fortpflanzung unterlaufen würde, würde dieses Ergebnis der Rechtssicherheit eklatant zuwiderlaufen. Damit ist festzuhalten: Obgleich sich in der befruchteten menschlichen Eizelle das Seins- und Bestimmungsfeld der biologischen Eltern im Bezug auf ihre Fortpflanzungsfähigkeit und damit Familienplanung materialisiert, kann ein Schutz der befruchteten Eizelle über § 223 StGB - wie das Embryonenschutzgesetz eindeutig aufzeigt - für das Strafrecht nicht gelten.

4. Zwischenfazit

Das Rechtsgut des gemäß §§ 223, 229 StGB geschützten Körpers umfaßt zunächst den Gesamtorganismus des lebenden Menschen. Darüber hinaus nehmen vorübergehend getrennte Körperteile und -substanzen als Körperexklave am strafrechtlichen Schutz nur teil, wenn sie kurzfristig im Rahmen einer apparativen oder medikamentösen Behandlung oder zum Zwecke der Durchführung der Operation vom Körper getrennt und während desselben engen raumzeitlichen Gesamtvorgangs wieder in der ursprünglichen oder einer vergleichbaren Funktion⁵¹³ implantiert oder sonst fest eingefügt werden.

⁵¹¹ Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 288 ff.; Rudolphi, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 63 f.

⁵¹² Günther, in: Keller/ Günter/ Kaiser (Hrsg.), Embryonenschutzgesetz, § 2 Rn. 34.

⁵¹³ Zu denken ist z.B. an eine Wirbelkörperrekonstruktion mittels eines autologen trikortikalen Beckenspanns im Rahmen der operativen Therapie von Malignomen der Halswirbelsäule, vgl. Pitzen/ Caspar/ Barbier/ Steudel, DÄBl 94 (1997), C 1888 ff.

5. Abgetrennte Körperteile als fremde Sache?

Im Anschluß an dieses Ergebnis stellt sich zwangsläufig die Frage nach dem strafrechtlichen Schutz der nicht vom Begriff des Körpers erfaßten abgetrennten Körperteile, Organe und Substanzen. Sowohl der Tatbestand des Diebstahls, § 242 StGB, der Unterschlagung, § 246 StGB, als auch der Sachbeschädigung, § 303 StGB, setzen als Tatobjekt eine fremde Sache voraus. Der Begriff der Sache umfaßt alle körperlichen Gegenstände und damit auch Substanzen menschlichen Ursprungs, soweit sie nicht nur kurzfristig mit der Zielsetzung der Wiedereingliederung in unmittelbarem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang vom Körper getrennt wurden. Eine rein sachenrechtliche Betrachtung solcher menschlicher Substanzen liegt daher nahe. Sie hätte aber deren unbeschränkte Eigentums- und Verkehrsfähigkeit⁵¹⁴ zur Folge und begünstigt daher Bedenken.

Zwar besteht in unserer Welt ein gesteigertes Interesse an menschlichen Substanzen: Das Stillen der Amme ist seit der Zeit unserer Ahnen gesellschaftlich geachtet. Bekanntester Gegenstand des Handels mit regenerierbaren Substanzen Lebender ist jedoch Blut, wie der Verkauf von unentgeltlich erlangtem Blut seitens der Blutspendezentralen an die Krankenhäuser⁵¹⁵ beispielhaft aufzeigt. An dem für Blutkonserven bestehenden großen Markt wurde durch das im Jahre 1998 in Kraft getretene Transfusionsgesetz (TFG) nicht gerüttelt. Aber auch Knochenmarks- und Hauttransplantationen sind heute aus vielen Behandlungen nicht mehr wegzudenken. Zudem meldet die Pharmaindustrie - bedingt durch die revolutionären Entwicklungen bio- und gentechnologischer Methoden - einen erheblichen Bedarf an menschlichen Zellen und Körpersubstanzen an.

Das Spektrum der Körperteile und -substanzen, die nach der Entnahme beim Verstorbenen weiterverwendet werden, ist naturgemäß größer als das beim Lebenden. Die gegebenenfalls multiple Organentnahme, das Herstellen von Fertigarzneimitteln aus Körpersubstanzen,⁵¹⁶ das Verwenden von Organen zu kosmetischen Zwecken oder ihr Einsatz in der wissenschaftlichen und industriellen Forschung⁵¹⁷ ergeben ein

⁵¹⁴ So zur menschlichen Leiche Brunner, NJW 1953, 1173 f. Kritisch Müller, Postmortaler Rechtsschutz - Überlegungen zur Rechtssubjektivität Verstorbener, 105 ff.

⁵¹⁵ Schröder, Michael/ Taupitz, Jochen, Menschliches Blut: verwendbar nach Belieben des Arztes? 1991, 10f.

⁵¹⁶ Zur Herstellung von Präparaten aus harter Hirnhaut, Augenhornhaut, Oberflächenhaut, Faszien- und Knochenpräparaten, vgl. BT-Drs. 13/4355, 40.

⁵¹⁷ Pulisch/Heifer, NJW 1994, 2377 sowie Landtag von Baden-Württemberg, Drs. 11/2978 vom 24.11.1993.

facettenreiches Bild.⁵¹⁸ Aber dennoch sprechen etliche Regelungen, welche auf die auch über den Tod hinaus Geltung beanspruchende Menschenwürde zurückzuführen sind, gegen eine uneingeschränkte Anwendung des Sachenrechts. Das Transplantationsgesetz⁵¹⁹ macht die Entnahme von menschlichen Organen, Organteilen und Geweben zum Zwecke der Übertragung auf einen anderen Menschen sowohl bei der Lebendspende wie der Spende von Todes wegen grundsätzlich von einer Einwilligung des Spenders abhängig, §§ 1, 3, 8 TPG. Liegt keine entsprechende Willensäußerung vor, ist unter Einhaltung bestimmter gesetzlicher Vorgaben allein die Organentnahme im Todesfall zulässig. In diesem Fall bedarf es der Einwilligung der Angehörigen oder sonstiger Personen, die der Verstorbene ermächtigt hatte, § 4 TPG. Bei der Entscheidung ist sein mutmaßlicher Wille - soweit bekannt - zu berücksichtigen. Darüber hinaus normiert § 17 TPG das Verbot des Organhandels.⁵²⁰ Das Transfusionsgesetz knüpft die Spende von Blut bzw. Blutbestandteilen an die aufgeklärte Einwilligung der spendenden Person und enthält die Bestimmung, wonach die Spendeentnahme unentgeltlich erfolgen soll, den spendenden Personen jedoch eine Aufwandsentschädigung gewährt werden kann, §§ 6, 10 TFG.⁵²¹ Die Begründung hierzu führt zunächst Sicherheitserwägungen an, da unerwünschte Spendewillige nicht angelockt werden sollen. Außerdem eigneten sich der menschliche Körper und seine Bestandteile nicht als Handelsobjekte. Auch wenn das Gesetzesvorhaben zu der Weitergabe des gewonnenen Blutes bzw. von Blutbestandteilen schweigt und damit kein Verbot des Handels mit den menschlichen Substanzen enthält, verdeutlichen die aufgezeigten Regelungen doch den - auch vom Europarat sowie der europäischen Union vertretenen - ethischen Grundsatz, den lebenden Menschen sowie seine funktionsfähigen getrennten Organe und Substanzen nicht zur Handelsware zu degradieren.⁵²² Aufgrund ihrer besonderen Rechtsstellung sind getrennte menschliche Organe und Substanzen zwar Sachen, eine uneingeschränkte Verkehrs- und Eigentumsfähigkeit im herkömmlichen sachenrechtlichen Sinne ist aber zurückzuweisen.⁵²³

Modifiziert damit die persönlichkeitsrechtliche Komponente das Eigentum in Hinblick auf die Verkehrsfähigkeit der Sache, folgt hieraus nicht zwingend eine strafrechtliche

⁵¹⁸ Taupitz, AcP 191 (1991), 201 f.: „Kaum ein Körperteil, der nicht schon heute zu einer begehrten Grundlage der Entwicklung und Herstellung von Impfstoffen, Therapeutika, Diagnostika [...] geworden ist.“

⁵¹⁹ BGBl I, 1997 Nr. 74.

⁵²⁰ Ausführlich König, Strafbare Organhandel.

⁵²¹ BR-Drs. 851/97, 6, 21.

⁵²² Art. 21 des Menschenrechtsübereinkommens zur Biomedizin des Europarates. Näher Taupitz, DÄBl 95 (1998), A 1078 ff.

⁵²³ A.A. BGH bei Dallinger MDR 1958, 739.

Schutzlücke. Vielmehr liegt es nahe, das Merkmal ‚fremd‘ neben der herkömmlichen zivilrechtlichen Sichtweise um das persönlichkeitsrechtlich geprägte Bestimmungsrecht über eine Sache normativ zu ergänzen und der abgetrennten Körpersubstanz, soweit kein Widerspruch zu der personenrechtlichen Bindung besteht, den allgemeinen Eigentumsschutz zukommen zu lassen. Eine solche Auslegung ist keineswegs ungewöhnlich. Eine Parallele hierzu findet sich z.B. in dem Zusammentreffen von Urheberrechten und Eigentum. So gewährt § 22 des Kunsturhebergesetzes das Recht am eigenen Bild während einer Frist von 10 Jahren nach dem Tode. In dieser Zeit dürfen Photographien des Verstorbenen nur mit Einwilligung der Angehörigen verwendet werden, wobei dessen Wille - so er postmortal erkennbar ist - Vorrang hat. Grundlage dieser Wertentscheidungen ist die Fortgeltung der durch Art. 1 Abs. 1 GG garantierten Menschenwürde auch über den Tod hinaus. Diese Vorschriften gelten unabhängig von den zivilrechtlichen Eigentumsverhältnissen am Bild. Aufgrund des Urheberrechts wird zwar die Verwendungsfähigkeit der Photographie eingeschränkt, so daß der Erbe nicht nach völligem Belieben mit ihr verfahren kann. Dennoch ist sie im Verhältnis zu Dritten fremd und damit dem Schutz der Eigentums- bzw. Vermögensdelikte unterstellt.

In diesem Kontext ist auch die Entscheidung des Reichsgerichts zum Urheberpersönlichkeitsrecht von Bedeutung.⁵²⁴ Der Eigentümer eines Freskogemäldes veranlaßte die Übermalung unbekleideter Sirenen. Dieses Tun hat das Reichsgericht als Eingriff in das Recht des Künstlers an seinem Bild bewertet und den Eigentümer zur Beseitigung dieser Veränderung verurteilt. Mit dieser Entscheidung, die dem Kunsturheberrecht insoweit einen höheren Rang als dem Eigentumsrecht einräumte, wurde aber letzteres nicht prinzipiell in Frage gestellt. D.h. Dritten gegenüber hätte das Gemälde trotz des Urheberrechtes als geschütztes Eigentum des Beklagten und damit als fremd gegolten.

Ein weiteres Beispiel für die Einschränkung des privaten Eigentums findet sich im öffentlichen Recht aufgrund des Zusammenspieles von „öffentlichem“⁵²⁵ und privatem Eigentum.⁵²⁶ So regelt z.B. § 4 Abs. 1 Wassergesetz Baden-Württemberg, daß das Bett eines Gewässers erster Ordnung im öffentlichen Eigentum des Landes, das eines Gewässers zweiter Ordnung innerhalb eines Gemeindegebietes im öffentlichen Eigentum der Gemeinde steht. Privateigentum anderer bleibt hiervon unberührt, jedoch kann unter den Voraussetzungen von § 65 Wassergesetz Baden-Württemberg enteignet

⁵²⁴ RGZ 79, 397 ff.

⁵²⁵ Das öffentliche Eigentum ist nach heutiger Ansicht eine öffentlich-rechtliche Dienstbarkeit, vgl. Papier, Das Recht der öffentlichen Sachen, § 1 Nr. 4 und 5.

⁵²⁶ Zum Verhältnis von Eigentum und öffentlicher Dienstbarkeit vgl. Papier, a.a.O., § 4 II, § 6 I.

werden.⁵²⁷ Für die einem öffentlichen Zweck gewidmete private Sache gelten die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Grundeigentum nur, soweit nicht die aus der Zweckbestimmung öffentlicher Gewässer und die aus dem Wasserrecht folgenden Beschränkungen entgegenstehen. Trotz dieser Beschränkungen ist das Gewässerbett - steht es in Privateigentum - als fremde Sache taugliches Tatobjekt der Sachbeschädigung, § 303 StGB.⁵²⁸ Denn die dualistische Rechtskonstruktion ermöglicht einen Ausgleich zwischen öffentlich-rechtlicher Sachherrschaft und Eigentumsträgerschaft, so daß - soweit aufgrund der Widmung möglich - das Privateigentum seinen allgemeinen Schutz behält. Bei einer vorsätzlichen Gewässerverunreinigung, die das Flußbett mit umfaßt, greift neben öffentlich-rechtlichen Bestimmungen zur Gefahrenabwehr sowie § 324 StGB⁵²⁹ daher auch § 303 StGB gegenüber dem Schädiger ein. Werden diese Konstellationen auf das Eigentum an abgetrennten Körperteilen übertragen, die persönlichkeitsrechtlichen Bindungen unterliegen, so sind sie zwar nicht unbeschränkt verkehrsfähig, aber dennoch fremd im Sinne von § 303 StGB.

Das gewonnene Ergebnis soll anhand eines Beispiels veranschaulicht werden: Patient P unterzieht sich einer Arthroskopie (Gelenkspiegelung) im Knie. Hierbei entnimmt Arzt A eine kleine Probe des gesunden Knorpelgewebes aus dem Gelenk, sog. Biopsie. Das Knorpelgewebe wird in einem Speziallabor mit Nährstoffen versorgt und in einer Zellkultur vermehrt. Nach einigen Wochen wird die abgeschlossene Zellkultur an A versandt. Arzt A fordert Patient P schriftlich auf, umgehend einen Termin zum Einpflanzen der Zellen in sein Kniegelenk zu vereinbaren.⁵³⁰ Da P sich bei A nicht meldet, zerstört A im Glauben daran, daß P an der Operation kein Interesse mehr habe, die Zellkultur. Der operationswillige P hingegen hat die Aufforderung nie erhalten. Die Frage, ob A durch Vernichtung des gezüchteten Knorpelgewebes den P körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit geschädigt hat, ist zu verneinen. Die Vernichtung der aus körpereigenem Gewebe hergestellten Zellkultur stellt aus strafrechtlicher Sicht keine Verletzung des Körpers des Knorpelspenders dar. Denn die anläßlich der Arthroskopie durchgeführte Entnahme von Knorpelzellen ist nicht kurzfristig erfolgt, um diese im Rahmen derselben Behandlung wieder an ihren angestammten Platz zurück-

⁵²⁷ § 65 WG BW betrifft die Enteignung zur Ausführung eines zum Wohl der Allgemeinheit dienenden Ausbauvorhabens von oberirdischen Gewässern.

⁵²⁸ Fischer, in: Tröndle/ Fischer, StGB, § 324 Rn. 11.

⁵²⁹ § 324 StGB ist mittelbar insoweit geschützt, als von ihm Beeinträchtigungen der Wasserqualität einher gehen, Cramer, in: Schönke/ Schröder, StGB § 324 Rn. 4; Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, § 324 Rn. 2.

⁵³⁰ Hierbei handelt es sich um eine autologe Chondrozytenimplantation, vgl. Informationsbroschüre genzyme tissue repair 10/95; genzyme tissue repair Cartilage Repair Registry Periodic Report Volume 2, January 1997.

zuersetzen, vielmehr lag zwischen der Entnahme und der vorgesehenen Implantation ein Zeitraum von mehreren Wochen. Darüber hinaus wurden die Knorpelzellen in der Kultur - auch wenn sie genetisch von P abstammten - künstlich herangezüchtet, so daß insoweit nicht von körpereigenen Substanzen im strafrechtlichen Sinne gesprochen werden kann.

Ob eine Sachbeschädigung anzunehmen ist, wird durch zwei Fragen bedingt: Zum einen müßte die Zellkultur eine Sache i. S. von § 90 BGB, zum anderen müßte sie für A fremd sein, was voraussetzt, daß die Knorpelzellen eigentumsfähig sind und nicht im Eigentum des Arztes standen. Der Begriff der Sache umfaßt alle körperlichen Gegenstände und damit auch Substanzen menschlichen Ursprungs, soweit sie nicht nur kurzfristig mit der Zielsetzung der Wiedereingliederung in unmittelbarem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang vom Körper getrennt wurden. Bei extensiver Auslegung des Tatbestandsmerkmals fremd in § 303 StGB werden auch menschliche Substanzen mit persönlichkeitsrechtlichen Komponenten erfaßt. Fraglich ist jedoch, in wessen Eigentum die gezüchteten Knorpelzellen standen. Mit der Entnahme aus dem Kniegelenk sind die Zellen in analoger Anwendung des § 953 BGB in das Eigentum des Patienten übergegangen. Im Unterschied zur Blutentnahme zum Zweck der ‚verbrauchenden‘ Untersuchung kann hier aufgrund der besonderen Zielrichtung der Knorpelentnahme nicht davon ausgegangen werden, daß der Patient das Eigentum an seiner Körpersubstanz aufgibt, wenn er sie beim Arzt kommentarlos zurückläßt. Auch eine Übereignung erscheint fraglich, da der Patient ein besonderes Interesse daran hat, seine Knorpelzellen - wenngleich im vermehrten Maße - zurückzuerhalten. Der Besonderheit des Falles entspricht es am ehesten, die gezüchteten Zellen als Erzeugnisse der Ursprungszellen zu betrachten, so daß sie im Regelfall nicht in das Eigentum des ‚verarbeitenden‘ Labors fallen. Bleibt P daher Eigentümer der Sache⁵³¹ und damit auch Eigentümer ihrer Erzeugnisse, hat A diese fremde Sache entgegen dem tatsächlichen Willen des P zerstört. Soweit sich der Vorsatz des A auch auf die Fremdheit der Sache bezog, ist nach den Voraussetzungen der mutmaßlichen Einwilligung des P zu fragen. Seine tatsächliche Einwilligung konnte jedoch eingeholt werden. Auch lag kein Grund vor, wonach ohne weiteres anzunehmen war, daß er auf seine Befragung keinen Wert legte.⁵³² Da A sich jedoch vorstellte, daß P an der Implantation und damit an der Aufbewahrung der Knorpelzellen kein Interesse hatte, nahm er die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes an. Damit ist analog § 16 Abs. 1 S. 1 StGB die Bestrafung

⁵³¹ Je nach Lage des konkreten Falles kann auch ein Eigentumsübergang nahe liegen. In diesem Fall würde es bereits an dem tauglichen Tatobjekt des § 303 StGB, der fremden Sache, fehlen.

⁵³² Zu den Voraussetzungen der mutmaßlichen Einwilligung vgl. Haft, Strafrecht Allg. Teil, 108 f.

wegen vorsätzlicher Sachbeschädigung ausgeschlossen. Mangels eines entsprechenden Fahrlässigkeitsdelikts ist A wegen der Vernichtung der Knorpelzellen nicht strafbar.

§ 7 Körperfremde Implantate und Substanzen

I. Künstliche, in den Körper integrierte Teile

Die Diskussion um die rechtliche Qualifikation von Körperteilen beschränkt sich keineswegs auf die der abgetrennten natürlichen Substanzen, sondern erfaßt gleichermaßen die Rechtsnatur künstlicher, in den menschlichen Körper integrierter Implantate.

Die Vertreter der Theorie des Sacheigentums qualifizieren künstliche Körperteile unabhängig davon, ob sie mit dem Körper fest verbunden sind, als Sachen⁵³³ im Sinne von § 90 BGB. Zur Begründung verweist Strätz auf die Konstellation, daß wiederverwendbare kostspielige Implantate minderbemittelten Empfängern durch eine mildtätige Organisation zur Verfügung gestellt würden. Zugleich sei von vornherein festgelegt, daß diese Geräte nur geliehen seien und - etwa nach einem Austausch gegen ein neues Modell - der Organisation zurückgegeben werden müßten.⁵³⁴ Würde durch die Implantation die Sacheigenschaft des Gerätes untergehen und zugleich ein persönlichkeitsrechtlich zu qualifizierender Körperteil entstehen, würde im Falle der späteren Explantation das Eigentum hieran dem Implantatsträger zufallen. Dies aber hätte die mißliche Konsequenz, daß die Organisation gegenüber dem ursprünglichen Implantatsträger auf obligatorische Rückgabeansprüche beschränkt sei.

Demgegenüber soll nach der bisher vornehmlich vertretenen Auffassung die Sachqualität künstlicher Implantate mit Einpflanzung und dadurch bewirkter fester Verbindung mit dem lebenden Menschen untergehen.⁵³⁵ Damit erlöschen alle dinglichen Rechtspositionen der Implantate. Nach Trennung lebt die Sacheigenschaft freilich wieder auf,⁵³⁶ wobei der Träger des Implantats nach heute zu Recht vorherrschender Auffassung

⁵³³ Gareis, in: Festgabe Schirmer, 61, 63; Samson, SK-StGB, § 242 Rn. 4, 16; Strätz, Zivilrechtliche Aspekte der Rechtsstellung des Toten unter besonderer Berücksichtigung der Transplantationen, 53 ff.

⁵³⁴ Strätz, Zivilrechtliche Aspekte der Rechtsstellung des Toten unter besonderer Berücksichtigung der Transplantationen, 54.

⁵³⁵ Hoyer, SK-StGB, § 242 Rn. 16; Palandt, BGB, § 90 Rn. 3; Wessels/ Hillenkamp, Strafrecht Bes. Teil/2, Rn. 65.

⁵³⁶ Stirbt der Träger des Implantats, so wird der leblose Rückstand des Menschen zur Sache mit persönlichkeitsrechtlicher Prägung. Die Leiche ist - von Anatomieleichen bzw. gespendeten Organen abgesehen - regelmäßig herrenlos, vgl. Tag, Hebammenzeitschrift 2000, 403 ff.; dies., MedR 1998, 387 ff. Herrenlos ist nach überwiegender Meinung auch das Implantat, wobei hieran ein Aneignungsrecht der Totensorgeberechtigten oder der Erben entstehen soll, vgl. z.B. Gropp, JR 1985, 181, 182 m.w.N.

unmittelbar Eigentum erwirbt.⁵³⁷ Die nicht fest verbundenen künstlichen Implantate hingegen sollen trotz Verbindung mit dem Körper ihre rechtliche Qualität als bewegliche Sachen bewahren.⁵³⁸

Die strikte Trennung der Rechtsqualität nach fest verbundenen und jederzeit trennbaren Implantaten hat sich simultan zum medizinischen Fortschritt verändert. So unterscheidet eine Ansicht⁵³⁹ statt dessen nach Ersatz- und Zusatzimplantaten. Als Ersatzimplantate werden in den Körper eingepflanzte künstliche Hilfsmittel bezeichnet, die funktionsgeschädigte Organe oder Körperteile ersetzen, dem Körper normalerweise angepaßt und damit für Dritte regelmäßig nicht nutzbar sind. Während der Verbindung mit dem menschlichen Körper wird diesen die Sachqualität abgesprochen.

Zusatzimplantate hingegen, d.h. solche, die lediglich insuffiziente Körperteile und Organe unterstützen und regelmäßig wiederverwendbar sind, sollen ihre Sachqualität beibehalten.⁵⁴⁰ Görgens⁵⁴¹ stellt in diesem Zusammenhang auf den „Grad der Verbindung“ zwischen Implantat und Körper als Maßstab dafür ab, ob den künstlichen Hilfsmitteln Sachqualität zukommt. Unter Heranziehung des Rechtsgedankens von §§ 93 ff. BGB sollen Implantate die Sachqualität verlieren, wenn sie wesentliche Teile des menschlichen Körpers sind und demzufolge ihre Beseitigung zu einer Zerstörung oder Wesensänderung führen würde.

⁵³⁷ So z.B. BGH bei Dallinger MDR 1958, 739; Ruß, LK-StGB, § 242 Rn. 9; Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, § 242 Rn. 6a; Holch, in: Münchener Kommentar, § 90 Rn. 21; Mühl, in: Soergel, BGB, § 90 Rn. 4; RGRK-Kregel, § 90 Rn. 4. Die Annahme eines privilegierten Aneignungsrechts konzentriert sich auf die Trennung von Implantaten nach dem Tod des Trägers, vgl. z.B. LG Mainz MedR 1984, 199 f. m.w.N.

⁵³⁸ So Dotterweich, JR 1953, 174; Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, § 242 Rn. 2, 6a; Holch, in: Münchener Kommentar, § 90 Rn. 22; Küper, Strafrecht Bes. Teil, 159; Mühl, in: Soergel, BGB, Band I, Allg. Teil, § 90 Rn. 4; Kindhäuser, NK-StGB, § 242 Rn. 10 ff.; Otto, Jura 1989, 138 f.; Heinrichs, in: Palandt, § 90 Rn. 3; Ruß, LK-StGB, § 242 Rn. 4; Taupitz, NJW 1995, 745; wohl auch Laufs/ Reiling, NJW 1994, 775; Peris, MedR 1994, 113; Schäfer, Rechtsfragen zur Verpflanzung von Körper- und Leichteilen, 43 ff.; BGH bei Dallinger MDR 1958, 739; LG Mainz MedR 1984, 199 f.

⁵³⁹ Gropp, JR 1985, 183. Vgl. auch Eser, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 242 Rn. 10 sowie Maurach/ Schroeder/ Maiwald, Strafrecht Bes. Teil/1, § 32 Rn. 18.

⁵⁴⁰ Zum Herzschrittmacher Brandenburger, JuS 1984, 48; Bringwat, JA 1984, 61, 63, sowie Sonnen, JA 1984, 569.

⁵⁴¹ Görgens, JR 1980, 140.

II. Stellungnahme

Obgleich der Ausgangspunkt der sachenrechtlich ausgerichteten Überlegung, daß künstliche Implantate sich nach der Einpflanzung und festen Verbindung mit dem Körper in ihrer Substanz nicht verändern und damit im Regelfall identifizierbar bleiben, zunächst folgerichtig erscheint, vermittelt der medizin-technische Fortschritt eine bessere Einsicht. Die biotechnische Weiterentwicklung künstlicher Körperteile hat Implantate und Substanzen⁵⁴² hervorgebracht, die sich im Körper auflösen oder so mit ihm verwachsen, daß nach einiger Zeit eine Identifizierung als künstlicher Gegenstand oder eine Trennung vom natürlichen Gewebe kaum noch möglich erscheint. Die rechtliche Unterscheidung zwischen künstlichem Implantat und biologischem Körper ist in diesem Fall unmöglich. Darüber hinaus liegt es auch aus Gründen der Rechtseinheitlichkeit nahe, natürliche, aber körperfremde Implantate gleich den künstlichen zu behandeln. Nur wenn das Implantat aufgrund seiner festen Verbindung mit dem Körper seine Sacheigenschaft verliert, besteht ein angemessener, an der Menschenwürde ausgerichteter Strafrechtsschutz. Die übermäßig naturalistische Sichtweise der Theorie vom Sacheigentum wird diesem aber nicht gerecht.⁵⁴³

Taugliches Abgrenzungskriterium bildet auch nicht die These, wonach nur körperfremde Implantate mit körpererhaltenden Funktionen dem Schutzgut des Körpers als zugehörig anzusehen sind. Bei dieser Unterscheidung sollen ohne Funktion in den Körper gelangte Gegenstände ihre Sachqualität beibehalten,⁵⁴⁴ dagegen könnten lediglich lose mit dem Körper verbundene Gegenstände - wie Korrekturbrillen oder Kontaktlinsen, künstliche Gliedmaßen etc. - aufgrund ihrer Funktion, verlorengegangene oder zumindest eingeschränkte Körperfunktionen zu ersetzen, als Körper gelten.⁵⁴⁵

Dieser Ansicht steht entgegen, daß die Rechtsgutsqualität der zum Gesamtorganismus gehörenden Komponenten nicht durch deren Funktionsfähigkeit und Integration in physiologische Abläufe bedingt wird. Maßgeblich ist vielmehr, ob eine Verbindung mit einer gewissen Festigkeit und Dauer mit dem Körper besteht. Ist die Rechtsnatur verschluckter Gegenstände - wie das geschmuggelte Rauschgift, der gestohlene Edelstein - zu beurteilen, kann mit guten Gründen im Hinblick auf die überschaubare Verweildauer bis zum natürlichen Ausscheiden und die fehlende feste Verbindung mit dem Körper das Beibehalten der Sachqualität angenommen werden. Aber auch locker mit dem Körper

⁵⁴² So z.B. Implantate aus Titan, wie künstliche Hüftgelenke, Kniegelenke oder auch Zahnersatzimplantate, die im Regelfall in das Gewebe völlig einwachsen.

⁵⁴³ So auch Otto, Jura 1989, 137, 138; Kindhäuser, NK-StGB, § 242 Rn. 12.

⁵⁴⁴ Zum versehentlich im Körper zurückgelassenen Operationsbesteck bzw. zum vom Dieb verschluckten Edelsteinen vgl. Kindhäuser, NK-StGB, § 242 Rn. 11.

⁵⁴⁵ Freund/ Heubel, MedR 1995, 194, 198; im Ansatz Horn, SK-StGB, § 223 Rn. 5.

verbundene Hilfsmittel sind Sachen und nicht Teile des Körpers. Neben der natürlichen Lebensanschauung ergibt sich diese Folgerung bereits indirekt aus der Pfändungsschutzvorschrift des § 811 Ziff. 12 ZPO, welche nur bei Sachen Sinn macht.⁵⁴⁶

Im Unterschied dazu können Gegenstände, die mit dem Körper so eng verbunden sind, daß die Selbstreinigungskraft des Körpers sich nicht von ihnen zu trennen vermag - wie das im Bauchraum vergessene Operationsbesteck,⁵⁴⁷ die abgekapselte Kugel, der Bombensplitter im Körper des Kriegsversehrten, aber auch der verschluckte Edelstein, der sich unglücklicherweise im Körper festsetzt - im Regelfall nicht ohne invasiven Eingriff vom Körper getrennt werden. Sie werden damit Teil des persönlichkeitsrechtlich zu qualifizierenden Körpers, eine Einwirkung auf sie bedeutet grundsätzlich zugleich einen Eingriff in die körperliche Integrität.⁵⁴⁸

Mit der hier vertretenen Auffassung ist zugleich gegen die Unterscheidung von Ersatz- und Zusatzimplantaten⁵⁴⁹ das Wort geredet. Denn es findet eine Eingliederung statt, einerlei, ob die künstlichen Hilfsmittel an die Stelle funktionsgeschädigter Organe oder Körperteile treten, dem Körper normalerweise angepaßt und damit für Dritte regelmäßig nicht nutzbar sind, oder lediglich insuffiziente Körperteile und Organe unterstützen und regelmäßig wiederverwendet werden können. Auch erscheint die Rechtsgutszuordnung je nach Ersatz- oder Zusatzimplantat im Lichte der regelmäßig komplexen medizinischen Vorgänge nicht zwingend. Die Frage der Wiederverwendbarkeit von Implantaten ist häufig an den medizinisch-technischen Fortschritt gekoppelt, so daß an dieses Kriterium eine den Grundsätzen der Rechtssicherheit entsprechende Rechtsgutsqualifizierung kaum geknüpft werden kann. Weiterhin kennt die Medizin Behandlungsmethoden, bei denen eine exakte Trennung von Ersatz- und Zusatzfunktion erhebliche Probleme bereitet. Als Beispiel sei auf die Möglichkeit der auxiliären Lebertransplantation verwiesen, bei welcher nach Teilresektion der Leber dem Patienten das Spenderorgan mit dem Ziel, die verbleibende Restleber zu regenerieren, implantiert wird.⁵⁵⁰ Gelingt die temporäre Leberunterstützung, kann nach Erholung der eigenen Leber das Transplantat entfernt werden. Es bestehen Ansätze, diese Regenerationsmöglichkeit der Patientenleber durch eine artifizielle ‚Ersatzleber‘ weiterzuentwickeln. Bei dieser Behandlungsmethode übernimmt die Spender- bzw. Ersatzleber zunächst

⁵⁴⁶ Gareis, in: Festgabe Schirmer, 61, 63.

⁵⁴⁷ Zu sachwidrig im Operationsgebiet zurückgelassenen Fremdkörpern vgl. BGH VersR 1981, 462; OLG Celle VersR 1990, 50; OLG Köln MedR 1984, 67; OLG Köln Vers 1988, 807; OLG Stuttgart VersR 1989, 632 sowie unter § 12 Punkt VIII. 1. der Abhandlung.

⁵⁴⁸ So auch Otto, Jura 1989, 138.

⁵⁴⁹ So aber z.B. Gropp, JR 1985, 181, 183.

⁵⁵⁰ Ausführlich Oldhafer/ Böcker/ Gubernatis, u.a., DÄBl 93 (1996), C 2378 ff.

eine Ersatzfunktion, die sich durch fortschreitende Erholung in eine Zusatzfunktion umwandelt. Dieses Paradigma verdeutlicht die Schwierigkeiten einer Grenzziehung nach Ersatz- bzw. Zusatzfunktion bei den medizinisch möglichen fließenden Übergängen.

Es kann aber auch nicht darauf ankommen, ob analog § 93 BGB wesentliche oder unwesentliche Bestandteile vorliegen.⁵⁵¹ Denn unabhängig von der Frage, ob § 93 BGB analog auf den menschlichen Körper angewandt werden kann, ist die Unterscheidung zwischen wesentlichen oder unwesentlichen Bestandteilen ebenso wie die nach Ersatz- und Zusatzimplantaten dem Wandel in den medizinischen Erkenntnissen unterworfen und nicht, wie es den Anschein haben mag, ein zumindest im Begriffskern festgefügtes Kriterium. Des weiteren tangiert auch die Abtrennung unwesentlicher Bestandteile das körperbezogene Selbstbestimmungsrecht des Patienten. Damit ist mit der vorherrschenden Meinung davon auszugehen, daß die in den Körper aufgenommenen künstlichen Gegenstände mit deren fester Verbindung dem Schutz des Körpers unterfallen. Durch die Trennung werden sie freilich wieder zur Sache.⁵⁵² Da allein die Trägerschaft keine persönliche Verbundenheit zu begründen vermag und anders als bei natürlichen Körpersubstanzen eine genetische Urheberschaft nicht besteht, ist ein nachwirkendes Persönlichkeitsrecht - wenn überhaupt - so nur von untergeordneter Bedeutung.

III. Körperfremde, natürliche Implantate

Zuletzt soll der Blick auf die Rechtsnatur körperfremder, natürlicher Implantate gerichtet werden. Angesprochen sind damit z.B. die von einem Angehörigen gespendete Niere, das gespendete Blut,⁵⁵³ Serum oder Knochenmark oder auch die Leber im Falle einer Transplantation.⁵⁵⁴ Diese menschlichen Substanzen sind infolge der endgültigen Trennung vom Spender Sachen mit persönlichkeitsrechtlichen Bindungen.⁵⁵⁵ Durch Implantation

⁵⁵¹ Görgens, JR 1980, 140. Vgl. auch Eser, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 242 Rn. 10; ähnlich Gössel, Strafrecht Bes. Teil/2, § 4 Rn. 9, wonach die Sachqualität nur untergeht, wenn eine untrennbare Einheit zwischen Implantat und Körper geschaffen wird oder sich dieses im Körper auflöst.

⁵⁵² So auch Otto, Jura 1989, 137, 138; Ruß, LK-StGB, § 242 Rn. 5, 9.

⁵⁵³ Näher hierzu das Transfusionsgesetz aus dem Jahre 1998.

⁵⁵⁴ Zur 100. Lebertransplantation an der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt am Main, vgl. Markus u.a., Hess. Ärzteblatt 1998, 392 ff.

⁵⁵⁵ Dies wird z.B. daran deutlich, daß nach einer im Mai 1994 durchgeführten repräsentativen Erhebung unter Einwohnern in Nordrhein-Westfalen 71,6 Prozent der 450 Befragten ihre Bereitschaft, Verwandten ein Organ als Lebendspende zur Verfügung zu stellen, erklärten, vgl. Hollenbeck, DÄBl 93 (1996), C 781.

werden sie gleich den künstlichen Komponenten Teil des Empfängerkörpers, so daß die bisherigen Rechtsbeziehungen untergehen. Bei einer späteren Trennung sind die körperfremden natürlichen Implantate und Substanzen wie die Organe und Substanzen des Empfängers zu behandeln, da aufgrund der Implantation ein personenrechtliches Verhältnis begründet wurde, das auch nach Trennung erhalten bleibt. Damit ist zusammenfassend festzuhalten, daß körperfremde Implantate und Substanzen - einerlei ob künstlicher oder natürlicher Herkunft - aufgrund der festen Verbindung mit dem Körper ihre Sacheigenschaft verlieren, bei Trennung jedoch wieder erlangen. Rein lose mit dem Körper verbundene Hilfsmittel behalten demgegenüber ihre Sacheigenschaft bei.

§ 8 Der lebende Mensch

Nachdem der Inhalt der Rechtsgüter ‚Körper‘ und ‚Gesundheit‘ näher dargelegt wurde, besteht die Notwendigkeit, im folgenden den Rechtsbegriff des lebenden Menschen als Träger dieser Rechtsgüter und damit als Tatobjekt der Körperverletzungs-, aber auch Tötungsdelikte in Abgrenzung zur Leibesfrucht sowie zum Toten in den Blick zu nehmen.

I. Der Beginn des menschlichen Lebens

Die Delikte zum Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit setzen als Tatobjekt eine Person und damit einen lebenden Menschen voraus. Im Gegensatz zu § 1 BGB, wonach die Rechtsfähigkeit des Menschen an die Vollendung der Geburt anknüpft, legt das Strafrecht den Zeitpunkt des Wandels von der Leibesfrucht zum lebenden Menschen nicht explizit fest. Die notwendige Abgrenzung zwischen nasciturus und geborenem Menschen muß daher mit Blick auf die durch die Regelung zum Schwangerschaftsabbruch geschützten Rechtsgüter vorgenommen werden.

1. Schutzgut der §§ 218 ff. StGB

Schutzgut der Regelungen über den Schwangerschaftsabbruch ist das sich im Mutterleib entwickelnde Leben, als eigenständiges, höchstpersönliches Rechtsgut, das Verfassungsrang genießt. Denn der nasciturus - auch wenn er sich in der Anfangsphase des Lebens für den Laien als eine Ansammlung undifferenzierter Zellen darstellen mag - ist keineswegs eine Sache, mit der nach Belieben verfahren werden kann.⁵⁵⁶ Zwar ist der rechtliche Status des Embryos im geschriebenen Recht nicht umfassend geregelt. Aber bereits Arthur Kaufmann hat zu Recht darauf hingewiesen, daß „ebenso wie der Mensch keine Sache ist, so können auch diejenigen Substanzen, durch welche der Mensch das Leben weitergibt, keine Sachen sein, zumindest so lange nicht, als sie diese Fähigkeit besitzen“.⁵⁵⁷

⁵⁵⁶ A. A. Bilsdorfer, MDR 1984, 803 f.

⁵⁵⁷ Arthur Kaufmann, in: Flöhl (Hrsg.), Genforschung - Fluch oder Segen? 259, 264.

Dem Embryo kommt daher ab der Kernverschmelzung das originäre Recht auf Leben und Menschenwürde zu.⁵⁵⁸ Mit der Befruchtung ist ein neuer Genotyp entstanden⁵⁵⁹ - und die befruchtete Eizelle teilt sich selbst unter künstlichen Bedingungen⁵⁶⁰ von selbst.⁵⁶¹ Dieser Prozeß macht den Embryo nicht erst zum Menschen, vielmehr entwickelt er sich *als* Mensch.⁵⁶² In diesem Zusammenhang gebührt der Aussage des Bundesverfassungsgerichts besondere Beachtung: „Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu: es ist nicht entscheidend, ob der Träger sich dieser Würde bewußt ist und sie selbst zu wahren weiß.“⁵⁶³ Beginnt damit die besondere Schutzpflicht des Staates gegenüber dem Embryo bereits in der Anfangsphase des Lebens,⁵⁶⁴ ist die rechtsphilosophische Position,⁵⁶⁵ wonach nur jedem geborenen Menschen das Lebensrecht zustehe, eindeutig zurückzuweisen. Aufgrund dieser Ausgangssituation unterliegt das werdende Leben weder der freien Verfügungsgewalt der Schwangeren noch der dritter Personen. Aus Gründen der strafrechtlichen Praktikabilität gelten diese Vorschriften für den im Mutterleib befindlichen Embryo nicht bereits mit der Kernverschmelzung, sondern erst ab Nidation, d.h. ab ca. dem 13. Tag nach der Befruchtung.⁵⁶⁶ Weiteres Schutzgut der §§ 218 ff. sind die Gesundheitsinteressen der Schwangeren, und zwar nicht lediglich als Reflex, sondern als eigenständiges Rechtsgut.⁵⁶⁷

2. Fragmentarische vorgeburtliche Schutztatbestände

Die vorgeburtlichen Schutzregelungen sind jedoch höchst fragmentarischer Natur.⁵⁶⁸ Die untrennbare Beziehungskonstellation von Mutter und nasciturus, das Bundes-

⁵⁵⁸ Wurzel, BayVBl 1991, 705, 711; offen gelassen BVerfG NJW 1993, 1751, 1753.

⁵⁵⁹ Näher Pap, Extrakorporale Befruchtung, 168 f.

⁵⁶⁰ In diesem Fall ist jedoch das Embryonenschutzgesetz einschlägig, § 1 ESchG.

⁵⁶¹ Schick, in: Bernat (Hrsg.), Lebensbeginn durch Menschenhand, 183, 185.

⁵⁶² Vgl. BVerfG NJW 1993, 1751, 1753 für das Ungeborene nach Abschluß der Nidation.

⁵⁶³ BVerfGE 39, 41.

⁵⁶⁴ BVerfG a.a.O., 42; BVerfG NJW 1993, 1751.

⁵⁶⁵ Hoerster, Lebenswert, Behinderung und das Recht auf Leben, 53 f.; Tooley, Abortion and Infanticide, 121, geht soweit, die Abtreibung und Tötung von Neugeborenen zu propagieren, da diese lediglich potentielle Personen seien, deren Tötung moralisch akzeptabel erschiene.

⁵⁶⁶ Für eine Vorverlagerung auf den Zeitpunkt der Kernverschmelzung sprach sich der Gesetzesentwurf Carsten/ Geis u.a. aus, BT-Drs. 12/6944.

⁵⁶⁷ Eser, in: Schönke/ Schröder, StGB, Rn. 9 vor § 218; Gropp, Schwangerschaftsabbruch, 15; Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, vor § 218 Rn. 6; a.A. Jähnke, LK-StGB, vor § 218 Rn. 25; Rudolphi, SK-StGB, vor § 218 Rn. 25 (Reflex).

⁵⁶⁸ Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, Vor § 218 Rn. 18 ff.

verfassungsgericht bezeichnete sie bildhaft als „Zweiheit in Einheit“, ⁵⁶⁹ hat unter anderem dazu geführt, daß sich das Strafrecht auf Regelungen über den vorsätzlichen Schwangerschaftsabbruch beschränkt. Der fahrlässige Abbruch ist ebensowenig wie die vorsätzliche oder fahrlässige Schädigung des Ungeborenen mit Strafe bewehrt. Diese Regelungslücke beruht auf unterschiedlichen Gründen: Gerade die symbiotische Verbindung von Mutter und Kind hat für die Frau Konsequenzen, die sich sowohl auf ihren aktuellen Zustand wie ihre Lebensgewohnheiten beziehen. Trotz der wachsenden Loyalität der Mutter gegenüber ihrem Kind entstehen Schwangerschaftskonflikte mit Gefahren für das Kindeswohl.

Zwar bestünde die Möglichkeit, beide Individuen als von einander losgelöst zu betrachten, ihnen Rechte und Pflichten zuzuordnen und diese in ein Rangverhältnis einzuordnen. Die fahrlässige oder vorsätzliche Mißachtung der mütterlichen Pflicht, die Entwicklung des nasciturus nicht zu gefährden, könnte dann strafrechtlich sanktioniert werden. In diese Richtung ging § 1 Abs. 3 des Diskussionsentwurfs eines Gesetzes zum Schutz von Embryonen nebst Begründung, der wie folgt lautete: ⁵⁷⁰

- (1) Wer durch Einwirkung auf einen Embryo oder Foetus eine Gesundheitsschädigung des [aus ihm hervorgegangenen] Menschen herbeiführt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
- (2) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter
 1. eine schwere Gesundheitsschädigung herbeiführt oder
 2. durch die Tat leichtfertig den Tod des Verletzten verursacht.
- (3) Handelt der Täter in den Fällen des Absatzes 1 leichtfertig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe.
- (4) Die Absätze 1 bis 3 gelten nicht für Handlungen, die auf einen Abbruch der Schwangerschaft ausgerichtet sind.

Die Pönalisierung sollte - wie aus Absatz 3 hervorgeht - auf leichtfertiges Handeln beschränkt werden. Gleichwohl erweist sich ein derartiger Vorschlag im Hinblick auf eine mögliche Täterschaft der werdenden Mutter als nicht praktikabel. Denn die strafrechtliche Kontrolle des Schwangerschaftsverhaltens entspricht weder dem Rechtsbewußtsein in der Bevölkerung noch ist sie durchsetzbar. Zwar bedeutet

⁵⁶⁹ BVerfGE 88, 203, 253.

⁵⁷⁰ Vom 29. 4. 1986, abgedruckt in ZRP 1986, 243. Dazu Günther, GA 1987, 433 ff.

verantwortliche Elternschaft unter anderem, Entscheidungen zu treffen, um dem Kind zu helfen, ein gesundes Leben zu führen. Der Grundstein hierfür wird bereits während der Schwangerschaft gelegt. Für die werdenden Eltern und damit insbesondere für körperlich unmittelbar involvierte Mutter ist es ein ethischer Imperativ, Vorsorgeentscheidungen zu treffen, wie z.B. pränatale Untersuchungen durchführen zu lassen,⁵⁷¹ den Ernährungsstatus an die Schwangerschaft anzupassen und Verhalten mit nachteiligen Folgen für den Gesundheitszustand des Kindes zu vermeiden.⁵⁷² Diesen Obliegenheiten durch Androhung strafrechtlicher Sanktionen Nachdruck zu verleihen, würde aber bedeuten, einen Schritt in die Richtung zu gehen, die werdende Mutter hoheitlich zu kontrollieren⁵⁷³ und zur möglichst fehlerfrei funktionierenden ‚Gebärmutter‘ zu instrumentalisieren - ein Ergebnis, das weder mit dem Selbstverständnis des vernunftbegabten noch des mit Menschenwürde ausgestatteten Personseins in Einklang steht. Hieran vermag auch eine Beschränkung auf leichtfertiges Verhalten - wie sie in § 1 Diskussionsentwurf vorgesehen war - nichts zu ändern.

Darüber hinaus ist in diesem Kontext zu berücksichtigen, daß Kontrazeption und Emanzipation häufig Hand in Hand gehen. Eine wesentliche wissenschaftliche Entwicklung unseres Jahrhunderts ist die Möglichkeit der Geburtenkontrolle durch hormonelle Verhütung. Sie hat vielen Frauen die Möglichkeit eröffnet, sich für oder gegen Kinder zu entscheiden, eine fundierte Ausbildung zu absolvieren und damit in der nicht immer familienfreundlichen Gesellschaft⁵⁷⁴ Beruf und Familie miteinander zu vereinbaren. Mit den Methoden zur Geburtenkontrolle erhöht sich - statistisch gesehen - das Alter für Erstschwangerschaften sowie die Zeitspanne zwischen zwei Geburten. Wenn Frauen in fortgeschrittenem Alter Kinderwunsch verspüren oder zulassen, ist die Wahrscheinlichkeit, keine oder keine gesunden Kinder zu bekommen im Vergleich zu jüngeren Frauen signifikant höher. Damit aber stellt das Hinausschieben der Schwangerschaft auch eine Gefahr für die fetale Entwicklung des Kindes dar. Zwar beschränkt sich § 1 Abs. 1 Diskussionsentwurf 1986 auf die Gesundheitsschädigung infolge Einwirkung auf einen Embryo oder Foetus. Nicht ganz auszuschließen ist aber, daß bei extensiver Auslegung auch Einwirkungen erfaßt werden, bei denen die Schwangerschaft in Kenntnis der gesundheitlich nachteiligen Umstände für das Kind herbeigeführt und dadurch das

⁵⁷¹ Vgl. Stengel-Rutkowski, in: Petermann, Franz/ Wiedebusch, Silvia/ Quante, Michael (Hrsg.), *Perspektiven der Humangenetik*, 49 ff. (str.).

⁵⁷² Bergmann/ Huch/ Bergmann/ Dudenhausen, DÄB 194 (1997), C 1812 ff.; Watson, *Orgyn* 1997, Heft 1, 2 und 3.

⁵⁷³ So auch Günther, GA 1987, 433, 446 mit Hinweis auf die geschichtliche Entwicklung.

⁵⁷⁴ Hierzu Kirchhof, NJW 1996, 1497, 1502.

gesundheitsschädigende Ergebnis während der Schwangerschaft bewirkt wird.⁵⁷⁵ Dieses könnte in Verbindung mit ungesunden Lebensgewohnheiten durchaus dazu führen, die Frau dem Vorwurf des sorgfaltswidrigen Umgangs mit ihrer Schwangerschaft auszusetzen. Da zudem bei der Abgrenzung von einfacher Fahrlässigkeit und Leichtfertigkeit Wertungsfragen durchaus von Bedeutung sind, könnte hier - wenn auch unbeabsichtigt - ein Einfallstor geöffnet werden, behinderte Menschen zu diskriminieren. Denn eine derartige Vorschrift, die zwar die Embryonenschädigung mit Strafe bewehrt, zugleich aber die Vorschriften über den Schwangerschaftsabbruch und damit die Indikationenregelung unberührt läßt, könnte den Druck auf die Eltern erhöhen, ungeborenem Leben eine Absage zu erteilen, wenn die ernstzunehmende Gefahr der seltenen Genveränderung oder einer sonstigen, durch schädliches Verhalten der Mutter oder des familiären Nahfeldes verursachte Behinderung des Kindes besteht. Eine solche Tendenz würde aber auch die Eingliederung behinderter Menschen in der Gesellschaft gefährden. Um das werdende Leben vor schädlichen Einflüssen durch die Mutter oder auch ihres familiären Nahfelds während der Schwangerschaft wirksam zu schützen, gilt es daher, die gesellschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen für Schwangerschaften zu verbessern, Aufklärungsarbeit zu betreiben und den werdenden Eltern nicht-direktive Beratungsgespräche über ein adäquates Schwangerschaftsverhalten anzubieten, um somit die Eigenverantwortung für und die Loyalität zum Kind zu stärken. Strafrechtliche Überwachung und Sanktionen sind in diesem Bereich jedoch verfehlt.

Aber auch die Gegenposition, die Einheit von Mutter und ungeborenem Kind nur unter relationalen Gesichtspunkten zu betrachten, ist zum Scheitern verurteilt. Wenngleich hiermit die gegenseitige Abhängigkeit und das enge Beziehungsgeflecht berücksichtigt würde, vernachlässigt ein derartiger Ansatz, daß das Personsein nicht mit dem In-Gemeinschaft-Stehen gleichgestellt werden kann.⁵⁷⁶ Vielmehr setzt die Beziehung der „Zweiheit in Einheit“ zunächst zwei Personen voraus, um eine Einheit, d.h. eine Gemeinschaft, bilden zu können.

Um dennoch der „Zweiheit in Einheit“ Rechnung zu tragen, wurde entsprechend den verfassungsrechtlichen Implikationen dem Schutz des Ungeborenen auch aus strafrechtlicher Sicht Vorrang vor dem Recht der Mutter auf Selbstbestimmung

⁵⁷⁵ Daß dieses Szenario keineswegs rein hypothetischer Natur ist, zeigt sich z.B. daran, daß in den USA Krankenversicherungen den Versicherungsschutz für das Kind vom negativen Ausgang der prä- bzw. postnatalen Untersuchungen abhängen lassen. Trägt die Mutter dennoch das Kind aus, liegt im Versagen des Versicherungsschutzes eine mittelbare Sanktion.

⁵⁷⁶ Hartmann, Person und Sittlichkeit, 21.

eingerräumt. Der relationale Aspekt der vorgeburtlichen Mutter-Kind-Beziehung findet hierbei insoweit Berücksichtigung, als - in diesem engen Familienbereich zurecht - nur der vorsätzliche Schwangerschaftsabbruch verboten wurde. Das geltende Recht gewährt keinen Schutz vor fahrlässig bewirktem Abort. Auch ist die Gesundheitsschädigung des später Geborenen durch pränatale Einwirkungen nicht mit Strafe bedroht. Die Indikationenregelungen verdeutlichen aber, daß die Rechtspflicht der Mutter, das Kind auszutragen, mit Blick auf die Achtung und den Schutz ihrer Menschenwürde, ihr Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit und ihr Persönlichkeitsrecht, bestimmten Einschränkungen unterliegt.⁵⁷⁷

Daß fahrlässige Schädigungen des noch Ungeborenen sowie die postnatale Gesundheitsschädigung aufgrund vorsätzlicher pränataler Einwirkungen durch außenstehende Dritte - wie z.B. Ärzte oder ärztliches Hilfspersonal - nicht mit Strafe bedroht sind,⁵⁷⁸ beruhte zunächst auf folgendem: Der Gesetzgeber hatte bei Verabschiedung des fünften Strafrechtsreformgesetzes, der Grundlage zu den heutigen Regelungen über den Schwangerschaftsabbruch, primär zum Ziel, den vorsätzlichen Abbruch durch soziale Hilfe und Beratung einzudämmen und mit Hilfe legaler Lösungen unzumutbare Konfliktlagen zu entschärfen.⁵⁷⁹ Obgleich durch die Fortschritte in der Medizin das Ungeborene zusehends in den Einflußbereich der Pränatalmedizin gerät und sich dadurch die Gefahr der fahrlässigen oder auch vorsätzlichen Einwirkung auf das Ungeborene bis hin zum fahrlässig bewirkten Fruchtabgang erhöht, konnten sich spätere Initiativen zur Schaffung eines Straftatbestandes der Embryonenschädigung bis heute nicht durchsetzen. Die in § 1 des Diskussionsentwurfes oder auch dem Musterentwurf der Länder für ein Fortpflanzungsmedizinengesetz aus dem Jahre 1988 vorgesehene Regelung fand zum einen wegen prognostizierter Wertungswidersprüche zu den Regelungen über den Schwangerschaftsabbruch, zum anderen aber auch, weil der Straftatbestand der Embryonenschädigung im Kernstrafrecht angesiedelt werden sollte,⁵⁸⁰ keine Aufnahme in das geltende Embryonenschutzgesetz. Obwohl von Reformen und dem hohen Stellenwert des werdenden Lebens gefordert, bestehen trotz eines unabweisbaren Bedürfnisses für die Strafbarkeit vorsätzlicher oder zumindest leichtfertiger Embryonenschädigungen von dritter Seite keine entsprechenden Regelungen. In diesem Bereich ist der Gesetzgeber gefordert. Denn das ungeborene Kind kommt durch die

⁵⁷⁷ Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 253.

⁵⁷⁸ Instrukтив OLG Karlsruhe NSTZ 1985, 314 mit Anm. Jung.

⁵⁷⁹ Vgl. Vorblatt zum Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Reform des Strafrechts, BT-Drs. VI/3434.

⁵⁸⁰ So der Arbeitsentwurf eines Embryonenschutzgesetzes des Bundesministeriums der Justiz vom Oktober 1988.

Fortschritte in der pränatalen Medizin zusehends auch in den Gefahrenkreis ärztlicher Behandlungsfehler. Aber auch im außermedizinischen Bereich, wie im Straßenverkehr oder auch am Arbeitsplatz, bestehen zahlreiche Risiken für das Ungeborene, die es abzuwenden gilt.

Vor diesem Hintergrund der fragmentarischen Natur der vorgeburtlichen Schutztatbestände⁵⁸¹ ist im folgenden die weitreichende Frage zu beantworten, wann das Menschsein im Sinne der §§ 212, 223 ff. StGB und damit deren umfassender Schutz beginnt.

3. Der natürliche Geburtsverlauf

Nach Auffassung des Schrifttums und der Rechtsprechung ist „eine Tötung nach Beginn der Geburt nicht mehr als Schwangerschaftsabbruch, sondern als Tötung des Kindes, also eines Menschen, anzusehen“.⁵⁸²

Vor dem Inkrafttreten des sechsten Strafrechtsreformgesetzes gab § 217 StGB,⁵⁸³ die ehemalige Vorschrift der Kindestötung, einen positiv-rechtlichen Anhaltspunkt im Hinblick auf die Grenze zwischen dem durch die Regelungen über den Schwangerschaftsabbruch geschützten nasciturus und dem Kind, das dem Schutz der allgemeinen Tötungs- und Körperverletzungsdelikte anheimgestellt wird.⁵⁸⁴ Zweck von § 217 StGB a.F. war, dem besonderen psychischen Zustand der Mutter eines nichtehelichen Kindes Rechnung zu tragen, wenn sie ihr Kind in oder gleich nach der Geburt tötet.⁵⁸⁵ Durch die sprachliche Fassung „in“ oder gleich nach der Geburt ließ sich zugleich entnehmen, daß der Strafrechtsschutz schon mit Beginn der Geburt einsetzt. Die Tötung während der Geburt war mithin als ein gegen einen Menschen gerichtetes Verhalten zu verstehen.⁵⁸⁶ Zogen die Tötungsdelikte somit die Geburtsphase in ihren Schutzbereich mit ein, war damit zugleich festgestellt, daß das menschliche Leben im Sinne der Tötungs- und Körperverletzungsdelikte mit der Geburt beginnt.⁵⁸⁷

⁵⁸¹ Eser, ZStW 97 (1985), 1, 36.

⁵⁸² Vgl. BGHSt 31, 348, 351; 32, 194.

⁵⁸³ § 217 Abs. 1 StGB a.F. lautete: „Eine Mutter, welche ihr nichteheliches Kind in oder gleich nach der Geburt tötet, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren bestraft“.

⁵⁸⁴ BVerfG NJW 1993, 1751.

⁵⁸⁵ Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, 22. Auflage, § 217 Rn. 1.

⁵⁸⁶ Vgl. Engisch, Der Arzt an den Grenzen des Rechts, 13; Saerbeck, Beginn und Ende des Lebens als Rechtsbegriffe, 94.

⁵⁸⁷ BGHSt 31, 348, 351; BGHSt 32, 194, 197 m.w.N.

Diese Zäsur gilt noch heute - trotz der Streichung von § 217 StGB a.F.⁵⁸⁸ durch das sechste Strafrechtsreformgesetz. Denn Grund für die Aufhebung war nicht eine veränderte Sichtweise in Hinblick auf den strafrechtlichen Lebensbeginn, sondern die in § 217 StGB a.F. zum Ausdruck kommende ungleiche Behandlung von nichtehelichen Kindern. Darüber hinaus ließ sich der Gesetzgeber von der Erkenntnis leiten, daß die psychische Ausnahmesituation einer Mutter, die ihr Kind in oder gleich nach der Geburt tötet, keines Privilegierungstatbestandes bedarf, sondern durch die Anwendung von § 213 StGB Berücksichtigung finden kann.⁵⁸⁹

Wann die Geburt beginnt und sich der nasciturus zum strafrechtlich geschützten Menschen entwickelt, wurde nicht immer einheitlich beantwortet. Im Hinblick auf etliche Verletzungs- bzw. Tötungshandlungen in Geburtsnähe⁵⁹⁰ verlegte die Jurisdiktion den im Vergleich zum vorsätzlichen Schwangerschaftsabbruch extensiveren Strafrechtsschutz der Tötungs- und Körperverletzungsdelikte kontinuierlich nach vorne. Ursprünglich war der Bundesgerichtshof⁵⁹¹ im Anschluß an die spätere Rechtsprechung des Reichsgerichts⁵⁹² der Auffassung, die Geburt beginne damit, daß „der Mutterleib versucht, die Frucht auszustoßen“. Diese Ausstoßungsversuche wurden jedoch nicht näher konkretisiert.

Vor dem Hintergrund, daß sich die Geburt regelmäßig über eine erhebliche Zeitspanne mit unterschiedlicher Wehentätigkeit erstreckt,⁵⁹³ stellt die heutige Rechtsprechung in weitgehender Übereinstimmung mit der Literatur bei regulärem Geburtsverlauf zu Recht auf das Einsetzen der Eröffnungswehen als maßgeblichen Einschnitt ab.⁵⁹⁴ Entscheidend sind daher die rhythmischen⁵⁹⁵ Wehen in der

⁵⁸⁸ Küper, Strafrecht Bes. Teil, Stichwort: Geburt.

⁵⁸⁹ BT-Drs. 13/8587, 34, 81; zweifelnd Struensee, Einführung in das 6. StrRG, 29.

⁵⁹⁰ BGHSt 31, 348, 356 (Buscopanfall) mit Anm. Arzt, FamRZ 1983, 119 f.; Eser, NStZ 1984, 49 ff.; Lüttger, NStZ 1983, 481 ff.; BGHSt 32, 194, 196 (Tötung von Mutter und Kind während der Geburt) mit Anm. Hirsch, JR 1985, 335 ff.

⁵⁹¹ BGHSt 10, 5.

⁵⁹² RGSt 9, 131 f.; RGSt 26, 178; anders noch RGSt 1, 446, 448, wonach „das Kind zum Teil bereits den Schoß der Mutter verlassen hat und damit an die Außenwelt getreten ist, um dasselbe als in der Geburt begriffen erscheinen zu lassen“.

⁵⁹³ Zu den unterschiedlichen Wehentätigkeiten, die als Schwangerschafts-, Senkungs-, Vor-, Geburts- und Nachwehen bezeichnet werden sowie zur Unterscheidung von Eröffnungs- und Preßwehen, vgl. Pschyrembel, Stichwort: Wehen.

⁵⁹⁴ So bereits Lüttger, JR 1971, 133; a. A. Saerbeck, Beginn und Ende des Lebens als Rechtsbegriffe, 95, welcher auf die sog. Preßwehen abstellt, mit welchen das Kind aus dem Mutterleib ausgestoßen wird.

⁵⁹⁵ Daher kommt es nicht darauf an, daß der Muttermund auch ohne Eröffnungswehen bereits erweitert ist.

Eröffnungsperiode.⁵⁹⁶ Dieser Wendepunkt zwischen Leibesfrucht und Mensch basiert auf der medizinischen Erkenntnis, daß die Eröffnungswehen in zeitlicher und lokomotorischer Hinsicht einen erheblichen Teil des Gesamtvorganges der Ausstoßung aus dem Mutterleib bilden.⁵⁹⁷ Von diesem Zeitpunkt an gerät das Kind aufgrund der beginnenden Trennung von der Mutter in den Bereich der medikamentösen und sonstigen Geburtshilfe und hierdurch in eine Sphäre erhöhter Gefahr.⁵⁹⁸ Die Regelungen über den Schwangerschaftsabbruch bieten insoweit keinen Schutz, da der Geburtsvorgang gerade nicht auf den Fetoizid abzielt, sondern im Gegenteil das Kind in das biologisch eigenständige, von der Mutter getrennte Leben entlassen soll. Die Funktion des Strafrechts, das bereits entwickelte Ungeborene wirksam vor Beeinträchtigungen in der Geburt zu bewahren, kann sich daher nur wirkungsvoll entfalten, wenn das Kind bereits in der Geburtsphase in den Schutzbereich der vorsätzlich wie fahrlässig begehbaren Tötungs- und Körperverletzungsdelikte einbezogen ist.⁵⁹⁹ Mag das Abstellen auf die Eröffnungswehen manchem Kritiker sachlich unrichtig erscheinen, so sprechen doch gute Gründe dafür, hieran festzuhalten. Zwar ist der Übergang von den Schwangerschafts- und Vorwehen zu den Eröffnungswehen und schließlich zu den Austreibungswehen fließend und aus medizinischer Sicht nicht selten ebenso unsicher.⁶⁰⁰ Eine gewisse Unsicherheit ist jedoch beinahe allen biologischen Prozessen eigen. Die hierdurch entstehenden natürlichen Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den einzelnen Wehentätigkeiten werden von der Jurisdiktion zu Recht unter Hinweis darauf, daß Fehleinschätzungen gemäß § 16 Abs. 1 StGB nicht zu Lasten des Arztes gehen, zurückgewiesen.⁶⁰¹

4. Irregulärer Geburtsverlauf

Die Frage, wann die Leibesfrucht bei irregulärem Geburtsverlauf von der Leibesfrucht zum ‚Menschen‘ wird, hat die höchstrichterliche Rechtsprechung ausdrücklich offen gelassen.⁶⁰²

⁵⁹⁶ Zur Definition der Eröffnungswehen, vgl. Psyrembel, Stichwort: Wehen.

⁵⁹⁷ Lüttger, JR 1971, 133, 135 mit Nachweisen aus dem medizinischen Schrifttum in Fn. 20.

⁵⁹⁸ Eser, in: Schöнке/ Schröder, StGB, Vorbem § 211 Rn. 13; Schreiber, in: Festschrift Steffen, 451, 453. Die Geburtsdauer bemißt sich vom Beginn der Eröffnungswehen bis zur Geburt des Kindes bei Erstgebärenden 15 - 24 Stunden, bei Mehrgebärenden 12 - 18 Stunden, vgl. Psyrembel, Stichwort Geburtsdauer.

⁵⁹⁹ Wessels/ Hettinger, Strafrecht Bes. Teil/1, Rn. 10.

⁶⁰⁰ Instruktiv Cremer, MedR 1989, 301, 303 f.

⁶⁰¹ BGHSt 32, 194, 197 f.

⁶⁰² Vgl. BGHSt 31, 348, 356 f.; BGHSt 32, 194, 197.

a. *Blasensprung als Abgrenzungskriterium*

Cremer tritt aus medizinischer Sicht dafür ein, als zuverlässiges Abgrenzungskriterium für den Beginn der Geburt den Blasensprung heranzuziehen. Insbesondere bei vorzeitigem Blasensprung, d.h. soweit er vor Beginn der Eröffnungswehen eintritt, erachtet Cremer diesen Vorgang als taugliches Kriterium, da sich die Schwangere - unabhängig vom Weheneintritt - ab diesem Zeitpunkt „unter der Geburt befinde“.⁶⁰³

Wenngleich der Blasensprung ein deutliches Zeichen dafür ist, daß sich die Schwangerschaft ihrer Beendigung annähert, muß dieses Kriterium Widerspruch erfahren. Denn der spontane Einriß der Fruchtblase und der hierdurch bewirkte Abgang des Fruchtwassers geschieht - soweit er rechtzeitig ist - zwischen dem Ende der Eröffnungs- und dem Anfang der Austreibungsperiode, d.h. Minuten vor bis nach Beginn der Preßwehen.⁶⁰⁴ Der verzögerte Blasensprung - so bei abnorm dicken Eihäuten oder mangelnder Abdichtung der Vorblase - findet erst während der Austreibungsperiode statt, während der frühzeitige Blasensprung den Einriß der Fruchtblase zwischen Wehenbeginn und der vollständigen Muttermunderöffnung, d.h. mindestens 20 Minuten vor Beginn der Preßwehen, umschreibt. Den Geburtsbeginn in diesen Konstellationen an den Blasensprung zu koppeln, wird dem Erfordernis, dem Kind bereits in der Geburt wirksamen strafrechtlichen Schutz zu gewähren, nicht gerecht. Anderenfalls würde der Anwendungsbereich der §§ 212, 223 ff. StGB willkürlich daran angeknüpft, welchen Druck die Fruchtblase aushält, bis sie einreißt und damit das Ungeborene zum Menschen macht. Außer acht gelassen würde des weiteren, daß die für die Geburt typische Gefahrensituation zu den beschriebenen Zeitpunkten im Regelfall bereits eingetreten ist und durch den Blasensprung lediglich eine Verschärfung erfährt.

Aber auch die Anregung, den Beginn der Geburt an den vorzeitigen Blasensprung zu koppeln, ist Zweifeln ausgesetzt. Dieser auch als ‚unzeitig‘ beschriebene Blasensprung erfolgt eine Stunde oder mehr vor dem Wehenbeginn und damit bei pathologischen Geburtsverläufen. Bei 80-90% der betroffenen Patientinnen setzen die Eröffnungswehen innerhalb der nächsten 24 Stunden ein.⁶⁰⁵ Bleiben die Wehen aus und ist das Kind am Termin, so wird gewöhnlich die Geburt wegen des Infektionsrisikos eingeleitet. Während die Geburtshilfe früher bestrebt war, alle betroffenen Patientinnen aufgrund des neonatalen Infektionsrisikos möglichst bald zu entbinden, hat sich heute allerdings eine etwas andere Erkenntnis durchgesetzt.

⁶⁰³ Cremer, MedR 1989, 301, 304.

⁶⁰⁴ Roche, Lexikon Medizin, Stichwort: Blasensprung.

⁶⁰⁵ MSD-Manual der Diagnostik und Therapie. Stichwort: Verlauf der normalen Geburt.

Zwar werden Patientinnen mit vorzeitigem Blasensprung im Regelfall nicht vaginal untersucht, um das Infektionsrisiko gering zu halten. Statt dessen wird eine Spiegeleinstellung zur Bestätigung des Blasensprungs, Einschätzung der Muttermundweite und zum Auffangen von Fruchtwasser für Lungenreifetests durchgeführt. Wenn die entsprechenden Tests ergeben, daß die fetalen Lungen noch nicht reif sind, wird im Regelfall versucht, die Entbindung bis zur Lungenreife aufzuschieben. Bei Verdacht auf Infektion oder wenn Fruchtwasseruntersuchungen für eingetretene Lungenreife sprechen, wird die Patientin entbunden.⁶⁰⁶ Diese Entwicklung zeigt eindeutig, daß das Kind aufgrund des vorzeitigen Blasensprungs zwar in erhöhte gesundheitliche Gefahr geraten kann. Diese Situation ist jedoch nicht zwingend an den Beginn der Geburt gekoppelt. Sie wird gerade wie im Falle fehlender Lungenreife des Kindes so weit als möglich verhindert, um gegebenenfalls durch Medikamenteneinsatz die Lungenreife zu unterstützen. Damit führt der vorzeitige Blasensprung zwar häufig dazu, daß die Geburt im Sinne des Beginns der Eröffnungswehen einsetzt, zwingend ist dies jedoch nicht.

Darüber hinaus ist die Abgrenzung von vorzeitigem und dem sog. falschen Blasensprung, d.h. dem vorübergehenden, wieder verklebenden Einriß nur des Chorions, verbunden mit Abgang geringer Fruchtwassermengen trotz erhaltener Fruchtblase, nicht immer eindeutig, so daß auch insoweit Abgrenzungsprobleme unausweichlich sind.

Zusammenfassend bleibt daher festzuhalten: Die Verknüpfung von vorzeitigem Blasensprung und Geburtsbeginn führt dazu, den strafrechtlichen Lebens- und Gesundheitsschutz auf die Phase vor der Geburt zu verlegen, obgleich er erst in der Geburt greift. Auch wenn für eine Ausweitung in dem von Cremer vorgeschlagenen Sinne gute Gründe sprechen, so gilt im Strafrecht dennoch das Analogieverbot: Die §§ 212, 223 ff. StGB dürfen nicht zu Lasten des beschuldigten Arztes auf Bereiche jenseits ihres Wortlauts ausgeweitet werden. Sonst wäre ein Verstoß gegen das Gesetzlichkeitsprinzip gegeben, Art. 103 Abs. 2 GG. Die Herausforderung liegt insoweit eindeutig beim Gesetzgeber.

b. Wehenstimulation

Bleiben die echten Eröffnungswehen aus, spricht die Medizin von einer hypotonen Wehenschwäche.⁶⁰⁷ In diesem Fall erscheint es richtig, den Beginn des Lebens-

⁶⁰⁶ A.a.O., Stichwort: Vorzeitiger Blasensprung.

⁶⁰⁷ MSD-Manual der Diagnostik und Therapie. Stichwort: Geburtseinleitung und Wehenstimulation.

schutzes an die Geburtseinleitung durch medikamentengebundene Wehenstimulation anzuknüpfen. Sobald sie die Eröffnungswehen hervorruft, gerät das Ungeborene in den erhöhten Gefahrenkreis der Geburt.

c. *Operative Schnittentbindung*

Aber auch bei operativer Schnittentbindung fehlen häufig natürliche Anhaltspunkten für die beginnende Geburt. Haben jedoch bei einer sekundären Sectio die Eröffnungswehen bereits eingesetzt, so sind diese maßgeblich für die Zäsur Fetus - Mensch.⁶⁰⁸ Anderenfalls bedarf es einer dem künstlichen Geburtsvorgang angepaßten Entsprechung. In der Literatur wird insoweit zum Teil auf das Einleiten der Narkose,⁶⁰⁹ zum Teil auf den Beginn des ärztlichen Eingriffs durch Öffnung der Bauchdecke,⁶¹⁰ überwiegend aber auf die Öffnung des Uterus⁶¹¹ als Abgrenzungskriterium abgestellt.

Der Zeitpunkt der Narkoseeinleitung als Geburtsbeginn⁶¹² vermag nicht zu überzeugen. Trotz des hohen Gefährdungspotentials für die werdende Mutter und das Kind kann die Einleitung der Narkose nicht mit den natürlichen Eröffnungswehen gleichgesetzt werden. Eine der natürlichen Geburt entsprechende Gefahrenlage besteht erst - aber auch schon - bei Beginn des Eingriffs als solchem und damit der Eröffnung der Bauchdecke zum Zwecke der Schnittentbindung. Der hiergegen vorgebrachte Einwand, die Eröffnung der Bauchdecke könne zu unterschiedlichen Zwecken vorgenommen werden, „die innere Zielvorstellung des den Eingriff vornehmenden Arztes könne aber nicht den Beginn des Lebens bestimmen“⁶¹³ läßt außer acht, daß eine strafrechtlich relevante Handlung grundsätzlich neben der Berücksichtigung der äußeren Umstände auch die der Intention bedarf. Selbst wenn die Bauchhöhle zu unterschiedlichsten Zwecken eröffnet werden kann, so entscheidet doch maßgeblich die Art des vorzunehmenden Eingriffs über die Operationsvor-

⁶⁰⁸ Laufs, NJW 1995, 1590, 1592; Ratzel, MedR 1994, 472; a.A. Cremer, MedR 1993, 421.

⁶⁰⁹ Vehement Cremer, MedR 1993, 421 ff.

⁶¹⁰ Lüttger, in: Festschrift Heinitz, 359 ff. Vgl. auch OLG Karlsruhe, NStZ 1985, 314 f. mit Anm. Jung; Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, vor § 211 Rn. 2.

⁶¹¹ So z.B. Eser, in: Schönke/ Schröder, StGB, vor § 211 Rn. 13; Heinemann, Frau und Fötus in der Prä- und Perinatalmedizin aus strafrechtlicher Sicht, 60 ff.; Jähne, LK-StGB, vor § 211 Rn. 3; Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, vor § 211 Rn. 3; Küper, Strafrecht Bes. Teil, Stichwort: Geburt; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 322.

⁶¹² So Cremer, MedR 1993, 421, 422 ff.

⁶¹³ Maurach/ Schroeder/ Maiwald, Strafrecht Bes. Teil/1, § 1 III Rn. 8.

bereitung sowie über die Art und Weise der Schnittführung.⁶¹⁴ Das Abstellen erst auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Uterus würde andererseits bedeuten, die Zäsur Mensch - Fetus an den Beginn der unmittelbar bevorstehenden räumlichen Trennung von Mutter und Kind anzuknüpfen. Dem entspräche bei natürlichem Geburtsverlauf das Einsetzen der Preßwehen, nicht aber das der Eröffnungswehen.

5. Übergang von Leibesfrucht zum Menschen

Der Zeitpunkt des Übergangs von Leibesfrucht zum Menschen ist vom Einwirkenden aus gesehen zufällig. Daher kommt es für die rechtliche Beurteilung, ob eine Leibesfrucht oder bereits ein Mensch existiert, darauf an, wann sich die schädigende Einwirkung auf das Kind auszuwirken beginnt⁶¹⁵ gleichgültig ob dem Täter positives Tun, pflichtwidriges Unterlassen, Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last gelegt wird. D.h. soweit eine Unterscheidung im konkreten Einzelfall möglich ist, ist nicht das Auftreten der Handlung auf das Opfer entscheidend, sondern wann die schädigende Handlung nachteilige Wirkungen zeigt. Entgegen dem Landgericht Aachen⁶¹⁶ ist daher das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit aus Sicht des geltenden Strafrechts nicht betroffen, wenn - wie im Contergan-Fall - ein Embryo während der Schwangerschaft geschädigt wird und daher mit seltenen Veränderungen zur Welt kommt.⁶¹⁷ Die entstehenden Strafrechtslücken zu schließen, obliegt nicht der Rechtsprechung, sondern allein dem Gesetzgeber.

II. Das Ende des menschlichen Lebens

1. Der Mensch an der Schwelle zum Tod

Nach den Ausführungen zum Problem des beginnenden Lebensschutzes in der Geburt soll im weiteren der Lebensschutz an der Grenze zum Tod im Zentrum der Betrachtungen stehen. Dem Arzt ist durch die Fortschritte in der Chirurgie, der Entwicklung von lebenserhaltenden medizinisch-technischen Geräten und bahnbrechenden Erkenntnissen auf dem Gebiet der Arzneimittelforschung in ehemals

⁶¹⁴ Zurecht Cremer, MedR 1993, 412, 422.

⁶¹⁵ Hierfür spricht auch § 1 DiskussionsE EmbryonenschutzG. Ferner Eser, in: Schöneke/Schröder, StGB, vor § 211 Rn. 15; § 223 Rn. 1. Für die Einwirkung allgemein sprechen sich z.B. aus BGHSt 31, 348, 352; Jähnke, LK-StGB, vor § 211 Rn. 4; Lüttger, NSTZ 1983, 481, 483 ff.

⁶¹⁶ LG Aachen JZ 1971, 507 ff. So auch Arzt/ Weber, Strafrecht Bes. Teil, LH I Rn. 411.

⁶¹⁷ Vgl. BGHSt 31, 348, 351; Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, vor § 211 Rn. 2.

für utopisch erachtetem Umfang „Macht über Leben und Tod“⁶¹⁸ zugewachsen. Sowohl die Transplantationschirurgie wie die Lebensverlängerung in der Phase des Sterbens sind Aspekte der strafrechtlichen Arzthaftung, die in besonderer Weise mit der Bestimmung des Todeszeitpunkts verknüpft sind.⁶¹⁹

Der Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit endet begriffsnotwendig mit dem Tod des Menschen. Während das Sterben - nach unseren medizinisch-technischen Erkenntnissen - einen von einem bestimmten Zeitpunkt an unumkehrbaren, sich entsprechend den einzelnen Gewebsarten unterschiedlich schnell vollziehenden biologischen Prozeß beschreibt,⁶²⁰ stellt der Tod ein je nach den Umständen des konkreten Falles schnell oder weniger schnell eintretendes Ereignis innerhalb dieses Vorgangs dar. An dessen Einmaligkeit knüpft das Recht erhebliche Wirkungen. Neben den zahlreichen zivilrechtlichen Bestimmungen über die Gesamtrechtsnachfolge im Erbfall, dem nachwirkenden Persönlichkeitsschutz, den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen über das Bestattungswesen oder die Sektion,⁶²¹ trennt das Strafrecht die Delikte zum Schutz gegen das Leben und die körperliche Unversehrtheit von der Störung der Totenruhe, § 168 StGB. Damit aber gerät die Bestimmung des Todeszeitpunkts als Trennlinie zwischen den Delikten zum Schutz der Lebenden und den zum Schutz der Toten in den Mittelpunkt der rechtlichen Würdigung.

2. Todeszeitpunkt

Wann aber ein Mensch lebt und damit als geschütztes Tatobjekt im Sinne der Körper- und Tötungsdelikte strafrechtlichen Schutz genießt, ist weder im medizinischen noch juristischen Schrifttum eindeutig geklärt. Zwar wurde durch das § 3 Abs. 2 Ziff. 2 TPG zugrunde liegende Hirntodkonzept⁶²² die Kontroverse zur Bestimmung der

⁶¹⁸ Geilen, JZ 1968, 145, 149.

⁶¹⁹ Zur Zulässigkeit und Strafbarkeit der Organentnahme zu Transplantationszwecken, vgl. Dufková, MedR 1998, 304 ff.

⁶²⁰ Fuchs, Außerkörperliche Erfahrungen und Nahtodeserlebnisse bei Wiederbelebten, Berliner Medizinethische Schriften, 19; Geilen, JZ 1968, 145, 149; Russegger, in: Joerden (Hrsg.), Der Mensch und seine Behandlung in der Medizin, 283 f.; Wolf, in: Joerden (Hrsg.), Der Mensch und seine Behandlung in der Medizin, 289, 296.

⁶²¹ Zum Berliner Sektionsgesetz vom 18. 6. 1996, Gesetz- und Verordnungsblatt Berlin 1996, Nr. 32, A 3227 A, 237 ff. vgl. Höpker/ Wagner, DÄBl 95 (1998), C 1164 ff.

⁶²² Gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 2 TPG ist die Entnahme von Organen unzulässig, wenn nicht vor der Entnahme bei dem Organspender der endgültige, nicht behebbare Ausfall der Gesamthirnfunktionen des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstamms nach Verfahrensregeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft

Kriterien des Todeszeitpunkts nach dem gegenwärtigen medizinischen Erkenntnisstand zumindest aus legislatorischer Sicht entschieden.⁶²³ Etliche Erklärungen öffentlicher Institutionen haben dieses rechtsverbindliche Bekenntnis gut vorbereitet. Waren bereits in den 60ziger Jahren die Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Chirurgie⁶²⁴ und die Deklaration der ad-hoc-Kommission an der Harvard Medical School⁶²⁵ wegbereitend, so gilt dies in den 80ziger und 90ziger Jahren für die Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats der Bundesärztekammer.⁶²⁶ Aber auch die gemeinsame Erklärung des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland und der Deutschen Bischofskonferenz anerkannte im Jahre 1990 das Hirntodkonzept im Kontext von Organtransplantationen.⁶²⁷ Trotz des scheinbar breiten Konsenses ist die Diskussion um das maßgebliche Todeskriterium aber keineswegs beendet.⁶²⁸ Denn nach wie vor stehen sich unterschiedliche Positionen bei der Frage gegenüber, ob die normative Wertung des Hirntodkonzepts auch auf Bereiche außerhalb des Transplantationsgesetzes übertragbar ist und mit dem tatsächlichen Tod übereinstimmt.

a. *Der Herztod*

Auf der einen Seite der vertretenen Positionen zur Feststellung des Todes steht der sogenannte Herztod oder auch klassische⁶²⁹ Tod. Dieser wurde während den Beratungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch als so selbstverständlich erachtet, daß

entsprechen, festgestellt ist, vgl. Laufs, NJW 1998, 1750, 175; Richtlinien zur Feststellung des Hirntodes, Wissenschaftlicher Beirat der BÄK, DÄBl 95 (1998), C 1381 ff.

⁶²³ Vgl. TPG vom 5.11.1997, BGBl I, 2631. Merkel, Jura 1999, 113, 114, meint, der Gesetzgeber habe das Kriterium des Hirntodes als notwendige Bedingung des Todes festgeschrieben. Ob er auch eine hinreichende Bedingung und damit mit diesem identisch sei, sei offen geblieben.

⁶²⁴ Aus dem Jahre 1968, nachzulesen in: Der Chirurg 1968, 196 f. Hierzu Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, vor § 211 Rn. 2.

⁶²⁵ Beecher ed al.: A Definition of Irreversible Coma, Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death, JAMA 1968, 337 ff.

⁶²⁶ DÄBl 1982, B 45 ff.; DÄBl 1986, B 2940 ff.; DÄBl 1991, B 2855 ff. Eine eigenständige Begründung des Hirntodkonzepts findet sich erstmalig in der Stellungnahme von 1993, DÄBl 1993, B 2177.

⁶²⁷ Die Erklärung ist als Sonderdruck des Arbeitskreises Organspende herausgegeben.

⁶²⁸ Z.B. Spittler, JZ 1997, 747; Merkel, Jura 1999, 113 ff.; Tröndle, in: Festschrift Hirsch, 779.

⁶²⁹ Geilen, JZ 1968, 145, 150 Fn. 52.

keine Notwendigkeit gesehen wurde, den Zeitpunkt des Todes explizit zu regeln.⁶³⁰ Obgleich man sich der Prozeßhaftigkeit des Sterbens bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts bewußt war, sprach der seinerzeitige Erkenntnisstand nur für den endgültigen und irreversiblen Stillstand von Herz und Kreislauf, der zwangsläufig das Absterben aller Zellen und allen Gewebes zur Folge hatte, als verlässliches Kriterium für den Tod eines Menschen.⁶³¹ Der Herztod zeigte dem Arzt die tatsächlichen Grenzen seiner auf Schutz bzw. Wiederherstellung der Gesundheit sowie auf Schmerzlinderung ausgerichteten Tätigkeit auf.⁶³² Er stellte damit auch aus juristischer Sicht ein einfach festzustellendes, zeitlich mit einiger Sicherheit zu bestimmendes Ereignis⁶³³ auf der Scheidelinie zwischen Leben und Tod dar.⁶³⁴ Durch die Entwicklung auf dem Gebiet der künstlichen Reanimation eröffneten sich jedoch Möglichkeiten, den bereits eingetretenen, aber noch frischen Stillstand von Herz und Kreislauf durch unterschiedlichste Maßnahmen künstlich aufzuheben. Damit war es zugleich gelungen, klinisch toten Menschen ‚wieder Leben einzuhauchen‘,⁶³⁵ soweit der biologische Zerfall noch nicht eingesetzt hatte. Von diesem Zeitpunkt an wurde der Atem- und Herztillstand als klinischer Tod bezeichnet.⁶³⁶ Dieser nur mit dem äußeren Anschein des Todes verknüpfte Zustand entwickelt sich zum biologischen Tod⁶³⁷ im Sinne der irreversiblen Strukturveränderung der Organe, wenn die Kreislauffunktionen nicht mehr in Gang zu setzen sind.

Das trotz klinischem Tod wiedererweckbare Leben kann - je nach den Voraussetzungen des Einzelfalles - auf der gesamten Skala der biologisch-geistigen Daseins-

⁶³⁰ In den Beratungen zum 1. Entwurf des BGB's findet sich die Ansicht, in § 3 des Entwurfs „die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Geburt und endet mit dem Tode“ den letzten Halbsatz als überflüssig und selbstverständlich zu streichen, vgl. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 1, 1897, 4; Bd. 6, 106. Diesem Vorschlag wurde im 3. Entwurf Rechnung getragen.

⁶³¹ Zur Definition des Herztodes Geilen, in: Festschrift Heinitz, 373, 376. Aufgrund der engen zeitlichen Verbindung von Herz- und Hirntod herrschte z.B. im alten Ägypten die Vorstellung, daß das Herz der Sitz der Seele sei, vgl. Schmiedek/ Polhmann-Eden, in: Bauer (Hrsg.), Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts, 148, 149.

⁶³² Geilen, in: Festschrift Heinitz, 373, 376.

⁶³³ Daher wird der Herztod für die Folgen des Zivil-, Versicherungs-, Beamtenrechts etc. herangezogen, vgl. Deutsch, ZRP 1982, 174, 175.

⁶³⁴ Zusammenfassend Schreiber, in: Festschrift Steffen, 451, 453.

⁶³⁵ Weitsichtig daher die Jean Rostand zugeschriebene, bei Geilen, JZ 1968, 145, 150 Fn. 51 zitierte Bemerkung: „Ich habe häufig gesagt und geschrieben, daß ein Toter ein provisorisch unheilbarer Patient sei. Ein Mensch, der 1966 als tot gilt, wird vielleicht unter gleichen Umständen im Jahre 2000 noch nicht für tot erklärt.“

⁶³⁶ Kaindel/ Zilcher, in: Krösl/ Scherzer (Hrsg.), 59 f.

⁶³⁷ Stratenwerth, in: Festschrift Engisch, 528, 532.

formen menschlicher Existenz angesiedelt sein. Daher ist es durchaus möglich, daß bei schnellem Eingreifen weder das Gehirn noch der Körper als solcher dauerhaft geschädigt sind. Denkbar ist aber auch, daß bei irreversiblen Ausfall eines Teils des Gehirns oder aller Gehirnfunktionen das Herz unter künstlicher Beatmung weiter schlägt oder die Gehirnfunktionen zwar intakt sind, das Herz jedoch irreversibel geschädigt ist.

Die seit dem Ende der sechziger Jahre sprunghaft angestiegenen medizinisch-technischen Möglichkeiten⁶³⁸ führen demzufolge auch dazu, die ehemals kurze Zeitspanne zwischen Herz- und Hirntod künstlich hinauszuschieben,⁶³⁹ was nicht zuletzt die Entwicklung auf dem Gebiet der Organtransplantation entscheidend voran brachte. Gleichzeitig aber wurde die Frage nach dem erlaubten Behandlungsabbruch Hirntoter virulent.⁶⁴⁰ Unter diesen Vorgaben⁶⁴¹ ist die Selbstverständlichkeit, mit welcher ehemals der Tod des Menschen mit dem Herztod gleichgestellt wurde, der Notwendigkeit neuer Kriterien zur Todesfeststellung gewichen.

b. *Der Kortikaltod*

Wenn man nach der extremen Gegenposition zum Herztod fragt, so sieht man sich auf der entgegengesetzten Seite des Meinungsspektrums den Überlegungen zum sogenannten Teilhirntod oder auch Kortikaltod⁶⁴² gegenüber. Hierzu wird die These vertreten, daß „es offensichtlich Teile des Gehirns gibt, die mit den Funktionen, die wir als wesentlich für die Personalität ansehen, nicht wesentlich assoziiert sind“; daher „ist es also auch nicht erforderlich, daß diese Hirnareale tot sind, wenn der Mensch als Person tot ist“. Den Anhängern des Teilhirntod-Kriteriums geht die

⁶³⁸ Ein wichtiges Datum ist die erste Herzverpflanzung von Prof. Christiaan Barnard am 3. Dezember 1967. An diesem Tage erhielt der 55 Jahre alte Patient Louis Washkansky im Groote-Schuur-Krankenhaus in Kapstadt (Südafrika) in einer 5-stündigen Operation das Herz eines anderen Menschen an die Stelle des eigenen, nicht mehr leistungsfähigen. Spender war Deenise Ann Darvall, die wenige Stunden zuvor 25-jährig verstorben war. Wenngleich Louis Washkansky die Operation nur 18 Tage überlebte, verdeutlichte die Transplantation, daß das Herz als ursprüngliches Zentrum des Menschen ersetzbar ist.

⁶³⁹ Vgl. Kaiser, in: Göppinger (Hrsg.), *Arzt und Recht*, 58, 62 f.

⁶⁴⁰ Bavastro, *ZRP* 1999, 114 ff.

⁶⁴¹ Fehlen die medizinisch-technischen Möglichkeiten zur Reanimation, z.B. bei Verunfallten, bei denen ärztliche Hilfe zu spät kommt, ist der klassische Todesbegriff anwendbar, so auch Stentenbach, *Der strafrechtliche Schutz der Leiche*, 23 f.

⁶⁴² Oder auch ‚neocortical Death‘. Nachweise bei Merkel, *Jura* 1999, 113, 116 Fn. 23. Weitere Vertreter sind Kurthen/ Linke, in: Hoff/ in der Schmitten (Hrsg.), *Wann ist der Mensch tot? Organverpflanzung und Hirntodkriterium*, 82 ff. Instruktiv zum Teilhirntod Geilen, in: *Festschrift Heinitz*, 373, 391 mit Fn. 43.

Festlegung des Gesamthirntod-Kriteriums nicht weit genug, da sie Tote für lebend erkläre. Der Versuch, das Lebensrecht des Menschen an die Merkmale des geistbegabten Organismus zu binden,⁶⁴³ gerät freilich in die unakzeptable Gefahr, das Lebensrecht mit kaum objektivierbaren, noch unzureichend erforschten Eigenschaften wie Bewußtsein, Interessen und damit auch der Fähigkeit, Person zu sein, zu verknüpfen.⁶⁴⁴

Zwar hat das Transplantationsgesetz dem Kortikaltod-Kriterium eine deutliche Absage erteilt. Außerdem sprechen auch anthropologische Gründe entschieden dagegen, Lebenden das Lebensrecht abzuerkennen. Die normative Festlegung des Todeszeitpunkts auf den Kortikaltod - will man Menschen mit beeinträchtigten Hirnfunktionen nicht zu einem reinen Ersatzteillager umfunktionieren - ist aufgrund der bei weitem noch nicht vollständig erforschten komplexen Hirnfunktionen⁶⁴⁵ nach dem heutigen medizinischen Erkenntnisstand nicht vertretbar.⁶⁴⁶ Denn die Gleichsetzung von Kortikaltod mit dem Tod im umfassenden Sinne bedeutet eine Vorverlagerung in den Bereich des Lebens und eine gefährliche Umdeutung des Todes im Interesse der Transplantationsmedizin oder auch der Kostenschonung im Gesundheitswesen.

Hinzu treten die Dammbuch- oder Schiefe-Ebene-Argumente.⁶⁴⁷ Zwar sind sie weniger rechtlicher, sondern mehr pragmatischer Natur. Sie nehmen in der Medizinethik aber eine bedeutende Position ein. Diesen zufolge besteht bei der Bestimmung des Todeszeitpunkts - wie auch bei sonstigen ethisch schwierig zu beurteilenden Fragen - die Gefahr des Abgleitens vom ethisch Vertretbaren in das ethisch Verwerfliche, falls das entsprechende Einfallstor einmal geöffnet ist. Da im Regelfall davon ausgegangen wird, daß die losgetretene Lawine unaufhaltsam dem Abgrund entgegen stürzt und damit unweigerlich unbeherrschbare Prozesse heraufbeschwört, die bei der Ausgangsfrage nicht notwendig bedacht wurden, darf bei konsequenter Anwendung des slippery-slope-Gedankens diese Kettenreaktion überhaupt nicht in Gang gesetzt werden. Die Allgemeingültigkeit dieser Argumentation ist in Hinblick auf die Eigengesetzlichkeit und der Notwendigkeit des

⁶⁴³ Z.B. Angstwurm, in: Hoff/ in der Schmitt (Hrsg.), Wann ist der Mensch tot? Organverpflanzung und Hirntodkriterium, 41, 44 f.; Birnbacher, in: Hoff/ in der Schmitt (Hrsg.), Wann ist der Mensch tot? Organverpflanzung und Hirntodkriterium, 25; für den Kortikaltod ebenfalls Dencker, NStZ 1992, 311 und Funck, MedR 1992, 182.

⁶⁴⁴ Daher kritisch Höfling, JZ 1995, 26, 32.

⁶⁴⁵ Instrukativ Fuchs, Außerkörperliche Erfahrungen und Nahtodererlebnisse bei Wiederbelebten, Berliner Medizinethische Schriften, Heft 13.

⁶⁴⁶ Kritisch ebenfalls Wolfslast, MedR 1989, 163; Höfling, JZ 1995, 26, 29 f. A.A. Funk, MedR 1992, 182, 187 f.

⁶⁴⁷ Sog. Slippery-slope arguments.

Fortschritts sowie der Erkenntnis, daß weder das Rad der Geschichte je zurückgedreht werden noch Verbote je neue Erkenntnisse unterdrücken konnten, zwar zurecht umstritten. Gleichwohl verdeutlicht das Dammbruch-Argument im Kontext mit der Festlegung der Todeskriterien in anschaulicher Weise die zurecht bestehende Befürchtung, die rechtliche Anerkennung des Kortikaltodes könne den notwendigen Respekt vor dem Leben aufweichen, mit der Folge, daß auf der Skala zwischen Leben und Tod die normative Festlegung immer weiter nach vorne verschoben würde. Das radikale Weiterdenken des Kortikaltod-Ansatzes führt dazu, das Lebensinteresse des personalen Menschen in den Mittelpunkt der Thematik zu stellen. In diese Richtung weist die Ansicht Hoersters, wonach zwischen menschlichem und personalem Wesen unterschieden werden müsse;⁶⁴⁸ letzteres beginne etwa mit dem vierten Lebensmonat.⁶⁴⁹ Auch wenn Hoerster die Tötung von Kleinstkinder für unvertretbar hält, da die Gefahr des Mißbrauchs zu groß und die Überwachung zu schwierig sei, er mithin die Geburt als äußerste Abtreibungsgrenze betrachtet,⁶⁵⁰ halten die Philosophen Singer⁶⁵¹ und Tooley⁶⁵² Schwangerschaftsabbrüche bis zum neunten Monat und danach die Kindestötung während eines kurzen Zeitraums nach der Geburt für moralisch akzeptabel. Sie begründen ihre Ansicht damit, daß das Kind zu dieser Zeit noch keine Person mit Überlebensinteresse sei. Wenngleich die Ausführungen sich dabei auf schwerstgeschädigte Neugeborene beschränkten, die nur für kurze Zeit und unter großen Qualen leben könnten, zeigen sie doch, daß mit rechtspositivistischen oder präferenzutilitaristischen Argumenten bereits versucht wird, das Lebensrecht ethisch unvertretbar zu beschneiden. Eine Übertragbarkeit dieser Gedanken auf das Lebensrecht apallischer Patienten, d.h. solchen mit nachweisbar zerstörter Großhirnrinde, ist - wie die Diskussion „Anencephale als Organspender“ zeigt⁶⁵³ - nicht von der Hand zu weisen. Vom Ergebnis her macht es dabei keinen allzu großen Unterschied, ob diese Menschen für tot erklärt werden oder zwar für lebend, ihnen aber das Lebensinteresse abgesprochen wird.⁶⁵⁴ Denn bei dem „Kortikaltoten“ ist ein Überlebensinteresse im Sinne der kaum objektivierbaren, daher sehr zweifelhaften Kriterien wie das Bewußtsein seiner selbst, von Vergangen-

⁶⁴⁸ Hoerster, Neugeborene und das Recht auf Leben, 1995, 11 ff.

⁶⁴⁹ Hoerster, Abtreibung im säkularen Staat, 84 f., 133.

⁶⁵⁰ Hoerster, a.a.O., 128 ff.

⁶⁵¹ Singer, Praktische Ethik, 70 ff.

⁶⁵² Tooley, in: List, A. (Hrsg.), Um Leben und Tod, 157, 186.

⁶⁵³ Näher Kloth, MedR 1994, 180 ff.

⁶⁵⁴ Falls keine Willensäußerung des Betroffenen vorliegt, Merkel, ZStW 107 (1995), 545, 570.

heit und Zukunft und Fähigkeit der Kommunikation⁶⁵⁵ nach unseren heutigen Erkenntnissen häufig nicht nachweisbar. Dies zeigt, daß berechnete Zweifel am Kriterium des Korkaltodes bestehen.

c. *Der Gesamthirntod*

Damit steht im Zentrum der Betrachtungen diejenige Ansicht, wonach der Tod eingetreten ist, wenn das menschliche Zentralorgan, das Gehirn, seine Tätigkeit endgültig eingestellt hat.⁶⁵⁶ Das Gesamthirntodkriterium⁶⁵⁷ stellt im Unterschied zum Herztod darauf ab, daß die Gesamtfunktionen des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstamms irreversibel erloschen sind.⁶⁵⁸ Dieser unumkehrbare Bewußtseinsverlust, the point of no return,⁶⁵⁹ auch als unsichtbarer Tod bezeichnet, ist für den Laien erst über Hilfsmittel wie der 30minütigen EEG-Null-Linie⁶⁶⁰ erkennbar. Ihn als Zeitpunkt des Todes zu erklären, bedarf der normativen Wertung.⁶⁶¹ Denn es ist nicht aus sich selbst heraus verständlich, daß bei weiterschlagendem Herzen oder auch bei anderen Lebensvorgängen, wie innere Atmung, Ausscheidungen, Schwitzen, Hormonausschüttungen, Schwangerschaft oder auch Kontraktion der Muskeln⁶⁶² der Mensch nicht mehr am Leben sein soll, falls alle Gehirnfunktionen endgültig ausgefallen sind.⁶⁶³

⁶⁵⁵ Kuhse/ Singer, Muß dieses Kind am Leben bleiben? 162.

⁶⁵⁶ Vgl. hierzu Bundesärztekammer, DÄBl 1993, B 2177, sowie Schreiber, in: Festschrift Remmers, 593, 595.

⁶⁵⁷ Zur Entwicklung des Hirntodkriteriums vgl. Höfling, JZ 1995, 26, 29.

⁶⁵⁸ Grundlegend Wissenschaftlicher Beirat der Bundesärztekammer, Richtlinien zur Feststellung des Hirntodes, DÄBl 95 (1998), C 1381.

⁶⁵⁹ Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, vor § 211 Rn. 3b.

⁶⁶⁰ Durch die EEG-Ableitung einer hirnelektrischen Stille, sog. Null-Linien-EEG, kann die Irreversibilität des Hirnfunktionsausfalls ohne weitere Beobachtungszeit festgestellt werden. Die Registrierung muß mindestens 30 Minuten kontinuierlich, einwandfrei auswertbar und artefaktarm erfolgen, vgl. Wissenschaftlicher Beirat der Bundesärztekammer, Richtlinien zur Feststellung des Hirntodes, DÄBl 95 (1998), C 1381, 1384 Anm. Nr. 6.

⁶⁶¹ Joerden, NStZ 1993, 268 f.

⁶⁶² Weitere Beispiele finden sich bei Bavastro, ZRP 1999, 114, 115; Tröndle, in: Festschrift Hirsch, 779, 785; Sachverständigenanhörung, Bundestag, 13. Wahlperiode, Ausschluß für Gesundheit Prot. Nr. 17; Ausschuß-Drs. 13/136 f; Bundestag, Ausschuß-Drs. 600/13.

⁶⁶³ Ist das Gesamthirn irreversibel zerstört, fallen alle weiteren Funktionen des Menschen nacheinander aus, wenn sie nicht künstlich aufrecht erhalten werden, vgl. Schreiber/ Wolfslast, MedR 1992, 189, 193; Schreiber, in: Festschrift Steffen, 451, 454 ff.

3. Stellungnahme

Bei der Auslegung des normativen Begriffs des personalen Todeszeitpunkts ist von wesentlicher Bedeutung, daß seine Festlegung aufgrund der fehlenden exakten naturwissenschaftlichen Erkenntnisse über den ‚eindeutigen‘ Todeseintritt eine moralische Tatsache ist. Der sichere, deduktive Schluß von der festzustellenden Tatsache, daß das Bewußtsein eines Menschen für immer verloren gegangen ist, auf die wertende Aussage, daß durch dieses Ereignis der biologische Tod eingetreten sei,⁶⁶⁴ kann anhand des nur beschränkten medizinischen Wissens⁶⁶⁵ über den tatsächlichen Todeseintritt nicht gezogen werden;⁶⁶⁶ dies wäre ein klassischer naturalistischer Fehlschluß. Aber auch die gefühlsmäßige Festlegung des Todeszeitpunkts auf den irreversiblen Gesamthirntod spiegelt allein subjektive und individuelle Empfindungen wider, denen eine allgemeingültige Aussage fehlt.⁶⁶⁷

Die Festlegung des Todeszeitpunkts ist damit eine Wertung, mit deren Hilfe die natürliche Tatsache des irreversiblen Ausfalls des Gesamthirns als Todeszeitpunkt interpretiert wird. Die entsprechende Befugnis hierzu kommt weder allein der Medizin, der Rechtswissenschaft, der Theologie, der Philosophie noch staatlichen Instanzen zu. Vielmehr bedarf die Konkretisierung dieser institutionellen Tatsache eines fachübergreifenden Mindestkonsenses.

Ob dieser zum gegenwärtigen Zeitpunkt tatsächlich vorhanden ist, erscheint vor dem Hintergrund der unterschiedlichen internationalen Konzepte zur Feststellung des

⁶⁶⁴ Im megaethischen Diskurs wird dieser Ansatz als Kognitivismus bezeichnet, vgl. Bauer, in: ders. (Hrsg.), *Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts*, 1, 11 m.w.N.

⁶⁶⁵ Dieses zeigt sich darin, daß sich international drei von einander abweichende Konzepte durchgesetzt haben. Das englische Konzept des Hirntodes erfordert nur den irreversiblen Ausfall des Hirnstamms, wobei elektrophysiologisch nachweisbare Inseln mit prognostisch irrelevanten Restfunktionen des Großhirns bestehen bleiben können. Das neurophysiologische oder bioelektrische Konzept basiert auf dem Nachweis des permanenten nicht-Funktionszustandes des Gehirns (über 30 Minuten sicheres Null-Linien-EEG mit doppelter Amplitude), das - in Deutschland nur eingeschränkt zugelassene - neuropathologisch-hirnzirkulatorische Konzept schließlich beruht auf dem angiographischen Nachweis eines zerebralen Zirkulationsstillstandes bei ausreichendem systemischen Blutdruck und anderen definierten Bedingungen vgl. Pohlmann-Eden, in: Bauer (Hrsg.) *Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts*, 148, 151.

⁶⁶⁶ Daher vehement gegen eine Gleichsetzung von Organtod des Gesamthirns mit dem Tod des Menschen, Tröndle, in: *Festschrift Hirsch*, 779 ff.

⁶⁶⁷ Sog. Emotivismus, vgl. Bauer, in: ders. (Hrsg.), *Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts*, 1, 11 f.

Hirntodes fraglich⁶⁶⁸ - selbst wenn das Kriterium des Hirntodes an sich in allen europäischen Ländern akzeptiert und nur in Deutschland „radikal in Frage gestellt wird“. ⁶⁶⁹ Denn bei näherer Betrachtung wird schnell die zentrale Gefahr deutlich, die dem Sterbenden durch das Hirntodkonzept droht:⁶⁷⁰ Das Sterben ist aus Sicht der Hirnforschung kein plötzliches Ereignis, das Gehirn ist nicht „die entscheidende Instanz für die Aufrechterhaltung des biologischen Lebens“. ⁶⁷¹ Darüber hinaus zeigt die Tatsache, daß wie im Erlanger Fall⁶⁷² die Schwangerschaft einer hirntoten Mutter⁶⁷³ - wenngleich unter vehementer intensivmedizinischer Unterstützung - fortbestehen kann und daher biologische Abläufe im Körper unbezweifelbar vorliegen,⁶⁷⁴ wie ungewiß bei gegenwärtigem Erkenntnisstand das Hirntodkriterium ist. Andererseits sind die geistig-seelischen Fähigkeiten und Leistungen im Großhirn, deren Verknüpfung mit der Funktion des oberen Hirnstamms sowie die zahlreichen Regulationen im Hirnstamm⁶⁷⁵ unverzichtbare Komponenten einer individuellen Persönlichkeit des Menschen.⁶⁷⁶ Diese sind aber bei irreversiblen Ausfall des

⁶⁶⁸ Dies zeigt die Definition „Tod ist nicht der Hirntod, sondern das endgültige Abschneiden der Chance zu weiterem Leben“, vgl. Dencker, NStZ 1992, 311, 314 mit krit. Bespr. Joerden, NStZ 1993, 268 ff.

⁶⁶⁹ Vgl. Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 306 unter Verweis auf Bondolfi, Zur Lage der Medizinethik in Europa. Ein Turmbau zu Babel? Berliner Medizinethische Schriften, Heft 1, 18.

⁶⁷⁰ Tröndle, in: Festschrift Hirsch, 779, 786 ff.

⁶⁷¹ Roth/Dicke, in: Hoff/ in der Schmitten (Hrsg.), Wann ist der Mensch tot? Organverpflanzung und Hirntodkriterium, 51 ff.

⁶⁷² Näher AG Hersbruck, NJW 1992, 3245; Beckmann, MedR 1993, 121 ff.; Bockenheimer-Lucius/ Seidler (Hrsg.), Hirntod und Schwangerschaft; Coester-Waltjen, in: Festschrift Gernhuber, 837, 856 ff.; Gruber, in: Roxin/ Schroth (Hrsg.), Medizinstrafrecht, 165, ff.; Hilgendorf, NJW 1996, 758; Kiesecker, Der Erlanger und der Stuttgarter Baby-Fall; Laufs/ Peris, Heidelberger Jahrbücher 37 (1994), 155 ff.

⁶⁷³ Zu den verfassungsrechtlichen Aspekten vgl. Höfling, JZ 1996, 26, 31 ff.; Klinge, Todesbegriff, Totenschutz und Verfassung, 239 ff.

⁶⁷⁴ Kern, Ann. zu AG Hersbruck, MedR 1993, 111, 112 f., wonach zwar Hirntote intensivmedizinisch funktionsfähig nicht länger als eine Woche erhalten werden können, dies aber bei Schwangeren sogar über Wochen und Monate möglich ist. Vgl. auch Beckmann, MedR 1993, 121 ff.; Spittler, JZ 1997, 747, 749. Bavastro, ZRP 1999, 114, 116 berichtet von einem Fall aus dem Jahre 1991, in dem eine Patientin mit Hirnversagen von einem gesunden Kind entbunden wurde.

⁶⁷⁵ Heun, JZ 1996, 213, 215.

⁶⁷⁶ Engisch, Der Arzt an den Grenzen des Lebens, 39 f.; Imbach, in: Roxin/ Schroth (Hrsg.), Medizinstrafrecht, 189, 225 f.; Spittler, JZ 1997, 747, 751.

Gesamthirns endgültig verloren.⁶⁷⁷ Gleich, welchen Kriterien Vorrang eingeräumt wird, die Festlegung des Todeszeitpunkts bleibt eine Wertung⁶⁷⁸ mit einem mehr oder weniger großen Rest an Ungewißheit. Das hiermit einhergehende Unbehagen⁶⁷⁹ betrifft nicht allein den Abbruch von - aus medizinischer Sicht sinnlosen - Reanimationsmaßnahmen, sondern vor allem die gezielte Herbeiführung des klinischen Todes durch Entnahme lebenswichtiger Organe bzw. das Hinauszögern des klinischen Todes und damit des natürlichen Sterbevorgangs, um erst zu einem späteren Zeitpunkt die Explantation vornehmen zu können.⁶⁸⁰ Das deutliche Unbehagen bleibt trotz der Tatsache, daß nur wenige Patienten aufgrund ihres Alters und ihres körperlichen Allgemeinzustandes als Organspender in Betracht kommen. Obgleich diese Einwände sehr ernst zu nehmen sind, erscheint das Hirntodkonzept gegenwärtig als ein zwar problematischer, im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben⁶⁸¹ aber noch hinnehmbarer Kompromiß.⁶⁸² Denn die Möglichkeit, Körperteile und -substanzen sowie Organe außerhalb ihres ursprünglichen Körpers am Leben zu halten und menschliche Zellen außerhalb des Körpers zu kultivieren, zeigt, daß zwischen dem rein biologischen Leben und seiner anthropologischen Relevanz unterschieden werden muß.⁶⁸³ Überdies ist mit dem Gesamthirntod ein Stadium erreicht, ab dem sich das Gehirn in einem aseptischen Prozeß selbst zersetzt, so daß auch bei künstlicher Aufrechterhaltung der Vitalfunktionen das Mensch-Sein an einem unumkehrbaren Wendepunkt angelangt ist. Aus diesem Grunde erscheint es - nach dem gegenwärtigen Stand der medizinischen Erkenntnisse - vertretbar, das Gehirn und damit den Gesamthirntod als wesentliches Kriterium für das Erlöschen

⁶⁷⁷ Russeger, in: Joerden (Hrsg.), *Der Mensch und seine Behandlung in der Medizin*, 283, 286 f.

⁶⁷⁸ Eser, *ZStW* 97 (1985), 1, 29 ff.

⁶⁷⁹ Z.B. Stentenbach, *Der strafrechtliche Schutz der Leiche*, 30 f.

⁶⁸⁰ Merkel, *Jura* 1999, 113 ff., zitiert folgenden im amerikanischen Bundesstaat New York vorgefallenen Sachverhalt: Das Opfer eines Tötungsdeliktes wurde drei Tage lang künstlich intubiert und beatmet. Erst danach wurde der Hirntod festgestellt. Die Eltern des Opfers willigten in die Organentnahme ein. Die Anwälte von John Eulo, dem Täter, trugen später vor Gericht vor, eine Strafbarkeit komme allein wegen versuchter Tat in Frage. Todesursache sei die Organentnahme oder das spätere Abschalten der Herz-Lungen-Maschine gewesen.

⁶⁸¹ Neben Art. 2 Abs. 2 GG ist auch Art. 2 Abs. 1 i.V. Art. 1 Abs. 1 GG zu nennen, da eine Organentnahme nur bei entsprechendem Willen des Spenders zulässig ist, vgl. §§ 3 und 4 TPG.

⁶⁸² Die Frage, ob die Organentnahme eine höchstpersönliche Einwilligung voraussetzt, so Tröndle, in: *Festschrift Hirsch*, 779, 783, ist hiervon zu treten.

⁶⁸³ So bereits Geilen, *JZ* 1968, 145, 151.

menschlichen Lebens zu betrachten.⁶⁸⁴ Es ist sicherlich nicht verfehlt, wenn das Strafrecht den Kompromiß des Transplantationsgesetzes übernimmt und damit auch Wertungswidersprüche zwischen der zulässigen Organexplantation gemäß den gesetzlichen Bestimmungen einerseits und den Straftaten zum Schutz des Lebens andererseits vermeidet. Verfehlt wäre es aber, das Kriterium des Gesamthirntodes auch für die Zukunft als unabänderliche Größe hinzunehmen.⁶⁸⁵ Dazu zwingt weder das Transplantationsgesetz noch der medizinische Erkenntnisstand. Denn mit der Öffnungsklausel in § 3 Abs.2 Nr. 2 i.V. § 16 Abs. 1 TPG ist weder ein Stillstand in der medizin-technischen Entwicklung noch des hiermit verbundenen normativen Diskurses festgeschrieben.⁶⁸⁶

⁶⁸⁴ Ablehnend Wolf, in: Joerden (Hrsg.), *Der Mensch und seine Behandlung in der Medizin*, 289 ff., 312 ff. (Organentnahme als Totschlag, soweit ohne Einwilligung des Berechtigten vorgenommen); dagegen Schmidt-Jortzig, *Wann ist der Mensch tot?*, 20 (zu § 216 StGB).

⁶⁸⁵ So auch Damm, in: *Festschrift Heinrichs*, 115, 126 f.; Schmidt-Jortzig, *Wann ist der Mensch tot?*, 23.

⁶⁸⁶ Damm, in: *Festschrift Heinrichs*, 115, 122.

§ 9 Bestimmung des Unrechts der Heilbehandlung

Die Klassifizierung ärztlicher Behandlungen als Körperverletzung⁶⁸⁷ ist nicht zuletzt darauf zurückzuführen, daß Rechtswissenschaft und Rechtsprechung von allgemeinen Rechtssätzen ausgehen, deren Anwendbarkeit im Strafrecht die Grundlage jeder Verantwortlichkeit ausmachen. Die strafrechtliche Würdigung ärztlichen Verhaltens nimmt daher grundsätzlich ihren Ausgangspunkt in der Frage, ob der zu untersuchende Sachverhalt den Tatbestand eines Rechtssatzes erfüllt. Trifft dies zu, ist weiterhin zu ermitteln, ob mit der Verwirklichung des Lebenssachverhaltes zugleich Unrecht geschehen ist, oder ob es Gründe gibt, welche die Verwirklichung des Lebenssachverhaltes gerechtfertigt erscheinen lassen.

Die Übersicht über die zur strafrechtlichen Qualifizierung der Heilbehandlung bzw. des Heileingriffs vertretene Meinungsvielfalt zeigt deutlich, daß bei der Bestimmung des hiermit verbundenen strafrechtlichen Unrechts die Tatbestandslösungen den Rechtfertigungslösungen gegenüberstehen. Eine Untersuchung strafrechtlicher Aspekte ärztlichen Verhaltens muß sich daher - neben der Interpretation der durch die Körperverletzungsdelikte geschützten Rechtsgüter - auch mit dem Themenkreis auseinandersetzen, nach welchen Kriterien das Unrecht strafbarer Handlungen⁶⁸⁸ zu bestimmen ist.

Um eine dogmatisch klare Ausgangssituation zu schaffen, wird der Versuch unternommen, die bereits im vorherigen Jahrhundert durch Adolf Merkel⁶⁸⁹ entfachte Diskussion um die Bestimmung des Unrechts als Rechtsverletzung und damit als Widerstand gegen die geistige Autorität des Rechtes zu skizzieren. Dies ist um so notwendiger, als die artztstrafrechtliche Ausgangsentscheidung des Reichsgerichts, RGSt 25, 375, am Ende des 19. Jahrhunderts und damit zu einer Zeit gefällt wurde, in der althergebrachte Verhaltensweisen und Werte stärker als in der heutigen Gesellschaft gewichtet wurden und daher geringere Anforderungen an die Selbststeuerung der Patienten stellten, als es heute der Fall ist.

⁶⁸⁷ Und gegebenenfalls als Tötung.

⁶⁸⁸ So auch Eb. Schmidt, Gutachten für den 44. Deutschen Juristentag, Nr. 35.

⁶⁸⁹ Merkel, Kriminalistische Abhandlungen Bd. I.

I. Objektive Unrechtstheorien

1. Klassische objektive Unrechtstheorie

Die ältere, zu Beginn des 20. Jahrhunderts vorherrschende, insbesondere durch v. Liszt⁶⁹⁰ und Beling⁶⁹¹ geprägte klassische Dogmatik bestimmte auf der Grundlage der kausalen Handlungslehre das Unrecht vom Verletzten her. Sie verstand das Unrecht als negative Bewertung eines durch die Tat verursachten objektiven Zustandes und beschränkte demgemäß das Unrechtsurteil auf die Rechtsgutsverletzung als solche. Die Rechtsnormen wurden als Bewertungsnormen begriffen. Ihre Verbindlichkeit sollte nicht davon abhängen, ob der einzelne ihnen nachzuleben vermochte.⁶⁹²

Die Argumentation der klassischen Unrechtstheorie ging von der Notwendigkeit aus, das Außerachtlassen des vom Recht Geforderten von der hierauf bezogenen Verantwortlichkeit des einzelnen zu trennen. Mezger⁶⁹³ stützte diese Zweiteilung auf das Argument, daß das Unrecht aufgrund seiner objektiven Natur keines Subjekts bedürfe. Das Recht bezwecke ein geordnetes äußeres Zusammenleben; demzufolge sei strafbares Unrecht allein äußeres Verhalten. Sein Maßstab sei grundsätzlich nicht die Zwecksetzung des Täters, sondern die Interessenrichtung des Verletzten. Beling⁶⁹⁴ verwies auf die Doppelfunktion des gesetzlichen Tatbestandes als abstraktes Leitbild, auf das sich zum einen die Verwirklichung als objektive Deliktsseite und zum anderen die Schuld in Form von Vorsatz und Fahrlässigkeit als subjektive Deliktsseite bezog. Diese Doppelfunktion würde bei Integration subjektiver Elemente außer Kraft gesetzt. Rittler⁶⁹⁵ beschwor gar die Gefahr der Verwirrung, die aus der Vermischung der äußeren und inneren Tatseite entstehen könne.

2. Eingeschränkt objektive Unrechtstheorie

Trotz der zunächst plausibel anmutenden und leicht handhabbaren Zweiteilung von objektivem Unrecht und subjektiver Schuld zeigte die fortschreitende strafrechtliche Diskussion alsbald, daß die Beschränkung des Unwerturteils auf den reinen Erfolgsunwert

⁶⁹⁰ v. Liszt, Lehrbuch, 115.

⁶⁹¹ Beling, Lehre vom Verbrechen, 43 ff., 178 ff.; ders., Lehre vom Tatbestand, 11 ff.

⁶⁹² Goldschmidt, in: Festgabe Frank I, 458 ff.; v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 2, 184 ff.; v. Liszt, Lehrbuch, 115; Mezger, LK-StGB, 8. Aufl. 1957, Bem. 6a und b vor § 51; Nagler, in: Festschrift Binding, Bd. 2, 331 ff.; Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts I, 81 ff.; ähnlich Zimmerl, Lehre vom Tatbestand, 29 ff., 48 ff.

⁶⁹³ Mezger, GS 89 (1924), 207, 250.

⁶⁹⁴ Beling, Lehre vom Tatbestand, 11.

⁶⁹⁵ Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts I, 83.

- unter Leugnung der Unterscheidung von Unrecht und Unfall, soweit ein Mensch den Vorgang ursächlich mitbeeinflusste⁶⁹⁶, für sich allein nicht geeignet war, das Unwerturteil einer Tat allgemeingültig zu bestimmen. Zwar hat die klassische Theorie hier einen bedeutsamen Ausgangspunkt geschaffen. Das Verdienst der sich anschließenden Diskussion ist es aber, die Faktoren des Unrechtsurteils weiter zu präzisieren.

Durch die Entdeckung subjektiver Tatbestandselemente,⁶⁹⁷ wie der besonderen Absicht beim Diebstahl, und der ambivalenten Tatmerkmale, wie der Beleidigung oder der Täuschung beim Betrug, setzte sich zu Recht die Erkenntnis durch, den Objektivismus durch Berücksichtigung subjektiver Elemente insoweit zu modifizieren, als dies bei sachgemäßer Interpretation und Anwendung der Strafrechtsnormen notwendig erschien, um das Urteil tatbestandsmäßigen Unrechts sprechen zu können. Die Vertreter⁶⁹⁸ dieser eingeschränkten objektiven Unrechtslehre sprechen sich aber mit Nachdruck gegen eine übermäßige Gewichtung der subjektiven Unrechtselemente aus. Denn Gegenstand der rechtlichen Beurteilung sei das äußere Verhalten des einzelnen, nicht seine innere Haltung. Allein durch die objektive Tat werde Unrecht geschaffen und damit die Rechtsordnung gestört, nicht durch das Denken und Wollen, durch die Gesinnung des Täters.

Die Kritik an der klassischen wie der eingeschränkt objektiven Unrechtslehre läßt sich von zwei Punkten aus leiten: Aufgrund der Beschränkung des Unrechtsurteils auf die Rechtsgutsverletzung wird die Existenz bzw. die Tragweite subjektiver Unrechtselemente verkannt,⁶⁹⁹ obwohl bereits unter der Geltung des Reichsstrafgesetzbuches die Sprache des Strafgesetzgebers häufig nicht zwischen subjektiv und objektiv unterschied. Viele Tathandlungen - wie mißhandeln, täuschen, erschleichen - implizieren damals wie heute subjektive Komponenten. Sie sind nur gegen ihre eigene Natur und daher in der Praxis schwerlich in subjektive und objektive Elemente aufzuspalten.⁷⁰⁰

⁶⁹⁶ So Mayer, Strafrecht Allg. Teil, 62 f.

⁶⁹⁷ Grundlegend Mezger, GS 89 (1924), 207 ff.

⁶⁹⁸ Class, Grenzen des Tatbestandes, 175 ff., welcher das Unrecht der Tat anhand des objektiven und subjektiven Geschehens objektiv bestimmen will; Mayer, Strafrecht Allg. Teil, 63 f., geht aufgrund einer ganzheitlichen Unrechtslehre davon aus, daß jedes objektive Unrecht Objektivierung des Willens oder Willensäußerung ist; ders., Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 22 ff.; in der Argumentation ähnlich Spengel, in: Festschrift Bockelmann, 245, 251 f.; ders., ZStW 65 (1953), 519, 529 ff.; Nowakowski, ZStW 63 (1951), 287 ff. bezieht bestimmte psychische Merkmale - jedoch unter Ausschluß des Vorsatzes - in den Unrechtstatbestand mit ein; ders., Das Österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen, 46 ff.; Sieverts, Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen, 73 ff.; Wegner, Strafrecht, 99 ff., 105 ff.

⁶⁹⁹ Jescheck, ZStW 73 (1961), 179; Zipf, in: Festschrift Dreher, 402; Ebert/ Kühl, Jura 1981, 231.

⁷⁰⁰ Puppe, NK-StGB, Vor § 13 Rn. 19; Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, 10 Rn. 65; Wessels/ Beulke, Strafrecht Allg. Teil, Rn. 118; Otto, Allgemeine Strafrechtslehre, § 5 I, 2.

Auch anerkennt das geltende Strafrecht die strafrechtliche Relevanz des bloßen Intentionsunrechts, wie sich unter anderem an der Strafbarkeit des untauglichen Versuches zeigt.

Weiterhin übergehen die objektiven Theorien einen wesentlichen Teil des Unrechtsurteils: das Handlungsunrecht.⁷⁰¹ Ob eine Handlung den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht, läßt sich häufig nur unter Berücksichtigung der Art und Weise seiner Herbeiführung und unter Rückgriff auf die subjektive Zwecksetzung des Handelnden bestimmen.⁷⁰² Denn die Handlung einer Person - wie das ärztliche Behandeln eines Patienten oder die erzieherische Maßnahme der Sorgeberechtigten gegenüber einem Kind - wird häufig nur als Verbindung objektiver und subjektiver Faktoren begreifbar.

Bei Tatbestandsmerkmalen, die sich nicht auf ein objektives Geschehen reduzieren lassen, wie die bereits erwähnte Täuschung im Rahmen des Betruges, ergibt sich diese Erkenntnis beinahe von selbst. Aber auch bei den eine schlichte Erfolgsverursachung voraussetzenden Straftatbeständen ist der Zusammenhang des Tathergangs von Belang. Ob die Verletzung eines Menschen bewußt und gewollt, d.h. vorsätzlich, oder aus Achtlosigkeit herbeigeführt wird, ob eine Verletzung z.B. am Knie aus Rache oder zur Durchführung einer medizinisch indizierten, fachgerecht durchgeführten Arthroskopie erfolgt, ob dem Kind der Klaps als angemessenes Erziehungsmittel⁷⁰³ oder ohne jeden Grund erteilt wird, verleiht der strafrechtlich zu hinterfragenden Handlung ein völlig unterschiedliches Gepräge. Die Bewertung eines Verhaltens als Unrecht muß daher neben den objektiven zumindest auch subjektive Faktoren berücksichtigen. Das im Kreis der Vertreter der objektiven Unrechtstheorien mehrfach,⁷⁰⁴ auch in Abwandlungen zitierte, Goethes Faust entlehene Beispiel, in dem der junge Mediziner Mephistos Anregung: „und faßet sie, wohl um die schlanke Hüfte frei, zu sehn, wie fest geschnürt sie sei“ entweder in der Absicht befolgt, „die der Teufel meint“ oder aufgrund ärztlicher Fürsorge, die er zu haben vorgibt, zeigt die geringe Differenzierungskraft und Praktikabilität der objektiven Theorien. Mit Blick auf den strafbewehrten Rechtsgüterschutz ist daher eine differenzierte Antwort auf die Frage nach der Strafbedürftigkeit der zumindest mit unrechtsrechtsneutralem Anschein versehenen Handlung unausweichlich. Damit kommt bereits der zweite Kritikpunkt zur Sprache. Um den vielfältigen Erscheinungsformen mehrdeutiger Handlungen gerecht zu werden und damit die Frage nach

⁷⁰¹ Nach Hardwig, ZStW 68 (1956), 14, 21, sollte der von Welzel geprägte Begriff durch den des Verhaltensunwerts ersetzt werden, da hiermit der Unwert des Gesamtverhaltens im Vergleich zur Wertordnung der Gemeinschaft verstanden wird.

⁷⁰² Zum verwandten Themenkreis ‚Beihilfe durch neutrales Verhalten‘, Tag, JR 1997, 49 ff.

⁷⁰³ BT-Drs. 12/6363, 13.

⁷⁰⁴ Z.B. Rittler, Lehrbuch, 81 ff.; Engisch, in: Festschrift Rittler, 167, 172; Zimmerl, Lehre vom Tatbestand, 120.

der Strafrechtsrelevanz beantworten zu können, ist ihre strafrechtliche Erheblichkeit nicht allein anhand des äußeren Erfolges festzulegen. Der Charakter einer Handlung ist vielmehr entsprechend der dem Unrecht zugrunde liegenden Norm als Imperativ zu bestimmen. Hierfür ist unter anderem maßgebend, welche Einstellung der Handlung zugrunde liegt und wie sich die Art und Weise des Handlungsvollzugs darstellt. Denn Unrecht hat zumindest auch einen täterbezogenen Aspekt, ist personales Unrecht.

II. Personale Unrechtslehre

1. Einführung

Die Vertreter der von Welzel⁷⁰⁵ wesentlich geprägten, durch den Finalismus geförderten personalen Unrechtslehren sprechen sich zu Recht dagegen aus, das strafrechtliche Unrechtsurteil allein aufgrund des herbeigeführten Erfolges zu fällen und den Widerspruch zum Imperativ des Straftatbestandes ausschließlich in der Schuld zu problematisieren. Wie Welzel ausführt, „erschöpft nicht die von der Täterperson inhaltlich abgelöste Erfolgsverursachung (Rechtsgüterverletzung) das Werk eines bestimmten Täters: Welche Zielsetzungen er der objektiven Tat zweckmäßig gegeben hat, aus welcher Einstellung heraus er sie begangen hat, welche Pflichten ihm dabei oblagen, all das bestimmt maßgeblich das Unrecht neben der etwaigen Rechtsgüterverletzung. Rechtswidrigkeit ist immer die Mißbilligung einer auf einen bestimmten Täter bezogenen Tat. Unrecht ist täterbezogenes ‚personales‘ Unrecht.“⁷⁰⁶ Denn im Mittelpunkt des strafrechtlichen Unrechts steht die - eine Struktureinheit von objektiven und subjektiven Merkmalen bildende - Täterhandlung. „Den personalen Unrechtstheorien ist gemeinsam, daß sie von den strafrechtlichen Tatbeständen sinngemäß zu entnehmenden Verhaltensnormen ausgehen und diese als Bestimmungsnormen oder Imperative verstehen.

⁷⁰⁵ Welzel, ZStW 51 (1931), 703 ff.; ders., ZStW 58 (1939), 491 ff.

⁷⁰⁶ Welzel, Deutsches Strafrecht, 62.

2. Die duale personale Unrechtstheorie

Die Vertreter der dualen personalen Unrechtstheorie⁷⁰⁷ analysieren das Unrecht unter zweierlei Gesichtspunkten: unter dem des durch die verbotswidrige (finale) Tat realisierten Handlungsunwerts sowie jenem des auf der Verursachung des Erfolgs beruhenden Erfolgsunwerts.

Diese dualistische Auffassung teilt sich in zwei Untergruppen: Die eine weist dem Handlungsunwert neben dem Tatentschluß spezifisch objektive, insbesondere die Art und Weise der Tatbegehung betreffende Merkmale zu.⁷⁰⁸ So argumentiert Bloy⁷⁰⁹ als Vertreter der ‚gemischt dualistischen Auffassung‘, die sozialetische Wertwidrigkeit bestimmter Verhaltensweisen werde nicht allein durch deren Intention, rechtlich geschützte Rechtsgüter zu gefährden oder zu verletzen, definiert. Sie zeige sich vielmehr auch in der näher beschreibbaren äußeren Beschaffenheit des Handlungsvollzugs, so daß die Handlung einer Person letztlich nur als Synthese objektiver und subjektiver Momente verständlich sei.

Für die andere Ansicht erschöpft sich der Handlungsunwert in rein subjektiven Momenten, dem sogenannten Intentionsunwert, während alle objektiven Elemente

⁷⁰⁷ Bloy, JuS-Lernbogen, 4/88, L 25-28; Eser/ Burkhardt, Strafrecht I, 42 ff.; Frisch, in: Festschrift Lackner, 113 ff.; Gallas, ZStW 67 (1955), 1, 39; Hirsch, ZStW 93 (1981), 831 ff.; Graul, JuS Lernbogen, 1995, 41 ff.; Jescheck/ Weigend, Strafrecht Allg. Teil, 236 ff., 582 ff.; Jescheck, LK-StGB, Vor § 13 Rn. 43 ff.; Kratzsch, Verhaltenssteuerung, 94 ff.; Krauß, ZStW 76 (1964), 19,; „soziale Unrechtslehre“ in Abgrenzung zu der „personalen Unrechtslehre“ der Finalisten, welche das Unrecht allein nach dem Handlungsunrecht bestimmen wollen; Krümpelmann, Bagatelldelikte, 62 ff.; Kühl, Strafrecht Allg. Teil, 3/3 ff.; Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, Vor § 13 Rn. 20 f.; Lampe, Das personale Unrecht, 112 ff.; Lenckner, in: Schönte/ Schröder, StGB, Vor § 13 Rn. 52 ff.; Mylonopoulos, Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunrecht im Strafrecht, 30, 129; Otto, ZStW 87 (1975), 539; Paeffgen, Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses, 117 ff.; Puppe, NK-StGB, Vor § 13 Rn. 17 f.; Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 10 Rn. 88 ff.; Rudolphi, in: Festschrift Maurach, 51, 70; Schöneborn, GA 1981, 73 ff.; Schünemann, in: Festschrift Schaffstein, 159 ff., 171 ff.; Stratenwerth, SchwZStR 79 (1963), 233, 255; Welzel, Deutsches Strafrecht, 62; Wessels/ Beulke, Strafrecht Allg. Teil, Rn. 115 ff.; Wolter, Zurechnung, 46 ff.; Zipf, in: Festschrift Dreher, 402 f. Kritisch Degener, ZStW 103 (1991), 357.

⁷⁰⁸ Bloy, JuS-Lernbogen 1988, L 25 ff.; ders., in Schöch: Wiedergutmachung und Strafrecht, 64 ff. Vgl. auch Eser/ Burkhardt, Strafrecht I, 44; Gallas, in: Festschrift Bockelmann 151, 161 ff.; Hirsch, ZStW 93 (1981), 831 ff.; ders., 94 (1982), 240 ff.; Jescheck/ Weigend, Strafrecht Allg. Teil, § 24 III; Jescheck, LK-StGB, Vor § 13 Rn. 43 ff.; Krauß, ZStW 76 (1964), 19, 67; Krümpelmann, GA 1968, 129, 135; Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 10 Rn. 101; Stratenwerth, in: Festschrift Schaffstein, 178 Fn. 9; Welzel, Deutsches Strafrecht, 62.

⁷⁰⁹ Bloy, JuS-Lernbogen 1988, L 26.

dem Erfolgsunwert zugeschrieben werden.⁷¹⁰ Denn aus dem imperativen Charakter der Verhaltensnorm sei zu schließen, daß der Widerspruch zu dieser und der darauf beruhende Handlungsunwert allein im „Intentionsunwert“, d.h. dem durch den deliktischen Tatentschluß begründeten Unwert des Verhaltens bestehe, das Handlungsobjekt und die Handlungsmodalität daher nicht tatsächlich, sondern nur in der Vorstellung des Täters vorzuliegen brauchte.⁷¹¹

3. Die monistisch subjektive Unrechtstheorie

Die im wesentlichen auf Armin Kaufmann⁷¹² zurückgehende monistisch subjektive Unrechtstheorie sieht den aus der Handlung erwachsenden schädlichen Erfolg als für die Unrechtswertung belanglose objektive Bedingung der Strafbarkeit.⁷¹³ Diese weitgehende Lösung vom Erfolgsunrecht kürzt das Handlungsunrecht zum maßgeblichen Faktor, um das Unrecht der Tat zu bestimmen. Als Begründung wird daraufhingewiesen, daß Menschen zwar angewiesen werden können, nicht nach bestimmten Erfolgen zu trachten, statt dessen sich zu bemühen, die Verwirklichung eines Erfolges zu vermeiden. Bleibe der Erfolg aber trotz Mißachtung dieser Anweisung aus, ändere sich nichts an der Übertretung des Verbotes. Daher zähle der - häufig zufallsbedingt⁷¹⁴ - eingetretene oder ausgebliebene Erfolg nicht zur Verbotsmaterie und damit nicht zum Unrecht.⁷¹⁵ Das Unwerturteil sei vielmehr in der Handlung sowie der ihr zugrunde liegenden Intention zu finden.⁷¹⁶ Zur Bekräftigung findet sich unter anderem der Verweis auf die Rechtsfigur

⁷¹⁰ Blei, Strafrecht I, 90, 95; Bockelmann, Strafrecht, 54, 56, 95; Nowakowski, JurBl. 94 (1972), 19, 26; Rudolphi, in: Festschrift Maurach, 57 f.; verneinend Wolter, 50; Lenckner, in: Schönte/ Schröder, StGB, Vor § 13 Rn. 54 ff.; Vor § 32 Rn. 13; Niese, Finalität, 64.

⁷¹¹ Rudolphi, in: Festschrift Maurach, 58 ff.

⁷¹² Armin Kaufmann, ZStW 80 (1968), 34, 50 f.; ders., in: Festschrift Welzel, 393, 403, 411; ders., in: Dornseifer (Hrsg.), Sammelband Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 243.

⁷¹³ Dornseifer, in: Gedächtnisschrift Kaufmann, 427, 435; Horn, Konkrete Gefährungsdelikte, 78 ff., 95; Lüderssen, in: Festschrift Bockelmann 181, 183 ff.; ders., ZStW 85 (1973), 288, 292; Mir Puig, in: Gedächtnisschrift Armin Kaufmann, 253 ff.; Schaffstein, GA 75, 342; Stein, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 81; Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 128 ff., 205 ff.

⁷¹⁴ Durch die Beschränkung des Unrechtsurteils auf den Handlungsunwert gelingt es freilich nicht, den Zufallsfaktor aus dem Unrecht als solchem zu eliminieren. Denn der Zufall bestimmt regelmäßig auch die Frage, ob ein Tatentschluß gefaßt wird, vgl. Jakobs, Strafrecht Allg. Teil, 6/73.

⁷¹⁵ Lüderssen, in: Festschrift Bockelmann, 181, 182.

⁷¹⁶ Armin Kaufmann, in: Festschrift Welzel, 393, 395; Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 135.

des - strafbaren - untauglichen Versuchs, bei welcher die objektiven Handlungsmerkmale völlig oder zumindest teilweise nur in der Vorstellung des Täters existieren, der Unwert der Tat sich demnach nur auf die Betätigung des deliktischen Willensentschlusses begründet. Demgemäß sei der Handlungsunwert mit dem reinen Intentionsunwert des Verhaltens gleichzusetzen.

III. Stellungnahme

Die dargelegten Auffassungen verfolgen mit Ausnahme der klassischen objektiven Theorie - bei aller Unterschiedlichkeit der Argumentation - das gemeinsame Ziel, das strafrechtliche Unrechtsurteil auch anhand subjektiver Faktoren zu bestimmen. Dieser Zielsetzung ist beizupflichten, wobei sich aus der dargelegten Meinungsvielfalt ergibt, daß die Festlegung präziser Kriterien dazu, in welchem Umfang subjektive Faktoren Berücksichtigung finden sollten, keine einfache Aufgabe darstellt. Denn die dargelegten Kategorien sind weder festgefügt noch sind die Kriterien für die Bestimmung des strafrechtlichen Unrechtsurteils abschließend diskutiert. Zwar können hier nicht annähernd alle Facetten aufgezeigt werden, die in diesem Zusammenhang zu bedenken wären. Das Bestimmen des Unrechts einer Straftat allein anhand objektiver Kriterien überzeugt aber ebensowenig wie die Extremposition der monistisch subjektiven Betrachtungsweise. Auch wenn rechtspolitisch scharfsinnige Argumente für die monistisch subjektive Auffassung angeführt werden, wie der zutreffende Hinweis⁷¹⁷ darauf, daß die Entfaltung von Technik, Industrie und Verkehr sowie die zunehmende Verflechtung des Soziallebens es immer schwerer machen, einzelne Schadensereignisse dem jeweiligen Täter trotz feststehenden Handlungsunrechts und feststehender Schuld als verursachte Erfolge zuzurechnen,⁷¹⁸ ist ihr entgegenzuhalten, daß die Delikte menschliches Verhalten als eine Gesamtheit objektiver und subjektiver Elemente beschreiben. Demgemäß wird der Handlungsunwert sowohl durch die in den Straftatbeständen geforderten Modalitäten als auch von den objektiven täterschaftlichen Besonderheiten geprägt und kann daher nicht auf die Intention des Handelnden beschränkt werden. Anderenfalls würde das strafrechtliche Unrecht auf ein - nach dem Verständnis des Strafrechts als zumindest

⁷¹⁷ Armin Kaufmann, a.a.O., 393, 412.

⁷¹⁸ Siehe hierzu nur die Rezensionen zu BGHSt 37, 106 ff., z.B. von Beulke/ Bachmann, JuS 1992, 737; Hilgendorf, NSTZ 1994, 561; Kassebohm/ Malorny, BB 1994, 1361; Otto, WiB 1995, 929; Schmidt-Salzer, NJW 1990, 2966.

auch rechtsgüterschützend⁷¹⁹ - unzulässiges Gesinnungsunrecht⁷²⁰ hinauslaufen. Aber auch die Qualifikation des Erfolgs als objektive Bedingung der Strafbarkeit kann keine Zustimmung finden. Trotz der zutreffenden Feststellung, daß nicht der Eintritt oder das Ausbleiben des Erfolges, sondern nur Handlungen verboten oder geboten werden können,⁷²¹ folgt hieraus nicht zwingend, daß der Täter mit dem eingetretenen Erfolg nichts zu tun hat.⁷²² Die Straftat ist ein gesellschaftlicher Vorgang, zu dem der Täter, häufig auch ein Verletzter⁷²³ und/oder die Allgemeinheit gehören.⁷²⁴ Das Unrecht kann infolgedessen nicht allein zur inneren Angelegenheit des Täters⁷²⁵ gemacht werden.⁷²⁶ Vielmehr bewertet die Gesellschaft menschliche Taten grundsätzlich auch an ihren positiven wie ihren negativen Wirkungen.⁷²⁷ Diese Beurteilung schlägt sich in den Gesetzen nieder; so wenn für den beendeten Versuch, der den gesamten Handlungsunwert umfaßt, die Möglichkeit der - wenn auch fakultativen - Strafmilderung besteht, § 23 Abs. 2 StGB, oder wenn eine Tat trotz desselben Sorgfaltsverstößes, wie einer versehentlich falschen Medikamentverschreibung durch den Arzt, mit höherer Strafe bedroht wird, wenn sie statt zu einer fahrlässigen Körperverletzung, § 229 StGB, zum Tod geführt hat, § 222 StGB. Andererseits begründet bei Vorsatztaten, deren Versuch nicht strafbar ist, erst der Erfolgsintritt strafbares Unrecht. Schließlich werden schwerste Sorgfaltswidrigkeiten erst bei Eintritt des Erfolges zu strafbarem Fahrlässigkeitsunrecht.⁷²⁸ Die Bedeutung des Erfolgs übersteigt demzufolge bei weitem die einer objektiven

⁷¹⁹ Vgl. Lenckner, in: Schönke/ Schröder, StGB, Vor §§ 13 Rn. 10 m.w.N.; Wessels/ Beulke, Strafrecht Allg. Teil, Rn. 6.

⁷²⁰ So Gallas, in: Festschrift Bockelmann, 159, 164; Paeffgen, Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses, 123.

⁷²¹ Vgl. Armin Kaufmann, in: Festschrift Welzel, 393, 395; Stratenwerth, SchZStW 79 (1963), 233, 246; Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 135.

⁷²² Stratenwerth, in: Festschrift Schaffstein, 177, 183.

⁷²³ Zur „Wiederentdeckung“ des Opfers im Strafrecht, vgl. Hillenkamp, JuS 1987, 940.

⁷²⁴ Dencker, in: Gedächtnisschrift Armin Kaufmann, 441 451; Eser/ Burkhardt, Strafrecht I, 44; Puppe, NK-StGB, Vor § 13 Rn. 17; Stratenwerth, in: Festschrift Schaffstein, 175 ff. Puppe, NK-StGB, Vor § 13 Rn. 17; Stratenwerth, a.a.O., 175, 177, 183.

⁷²⁶ Im Bereich der Rechtfertigung führt sie zu einer unzulässigen Gleichsetzung von Unrechtsausschluß und Putativrechtfertigung, vgl. Mylonopoulos, Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunrecht im Strafrecht, 130.

⁷²⁷ Gallas, in: Festschrift Bockelmann, 164 f; Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 10 Rn. 96 ff. m.w.N. Hierzu auch das anschauliche Beispiel von Hirsch, in: Festschrift Köln, 409, wonach jemand, der eine erfolgreiche schulische (universitäre) oder sportliche Leistung anstrebt, und meint, alles für ein erfolgreiches Abschneiden getan zu haben, sein Ziel aber objektiv verfehlt, schwerlich wird behaupten wollen, er stehe denjenigen gleich, die tatsächlich das Ziel erreicht haben.

⁷²⁸ Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, Vor § 13 Rn. 21; Paeffgen, in: Gedächtnisschrift Armin Kaufmann, 399, 415.

Strafbarkeitsbedingung. Ist damit das Unrechtsurteil über die Tat unter Beachtung der Grundsätze der dualistischen Unrechtskonzeption zu sprechen, vermag der Standpunkt, wonach der Handlungsunwert allein anhand subjektiver Faktoren zu bestimmen sein soll, nicht zu überzeugen. Ebenso wie es Sinn hat, den Begriff des Handlungsunwerts von dem des Erfolgsunwerts als weiterer Unrechtskomponente zu trennen, überzeugt es nicht, das Handlungsunrecht allein subjektiv zu definieren. Vielmehr bestärken die bereits zu der monistisch-subjektiven Unrechtstheorie angestellten Überlegungen auch die Bedenken gegen die vollständige Streichung objektiver Elemente aus dem Handlungsunrecht. Erst die Verbindung des objektiven Geschehens mit der Zwecksetzung des Täters führt zu einer ausgewogenen Beurteilung des Handlungsunrechts. Dies zeigt sich daran, daß der Handlungsvollzug als solcher häufig eine näher beschreibbare äußere Beschaffenheit aufweist. So macht es einen Unterschied, ob ein körperlicher Eingriff, z.B. zur Entfernung von krankhaften Hautveränderungen, mit Einwilligung des Patienten von einem Arzt unter Beachtung der *lex artis* mittels eines High-Tech-Lasers durch Verdampfung unter höchstmöglicher Schonung des Gewebes oder unter Anwendung einer älteren Methode durch Herausstanzen der Hautteile vorgenommen wird oder lediglich aus einer unbarmherzigen Gesinnung heraus dem Opfer durch Zufügung erheblicher Qualen mittels eines stumpfen Gegenstandes Hautstücke herausgerissen werden. Diese einfachen Beispiele verdeutlichen, daß die Handlung einer Person und damit der mit ihr gegebenenfalls verbundene Handlungsunwert letztlich nur als Synthese objektiver und subjektiver Momente verständlich sind.⁷²⁹

Ist das Unrecht einer Tat auf dem Boden der gemischten dualistischen Auffassung zu bestimmen, kann - entgegen der durch die Entscheidung des Reichsgerichts im Band 25, Seiten 375 ff. eingeleiteten Jurisdiktion - auch der ärztliche Eingriff nicht unter Beiseitelassen von allem, was für den Patienten und den Arzt den entscheidenden Sinn ausmacht, ausschließlich als reine Verursachung einer körperlichen Verletzung oder einer Schädigung der Gesundheit verstanden werden. Die Frage nach dem verwirklichten Unrecht bestimmt sich vielmehr danach, ob das konkrete Vorgehen des Arztes die strafrechtlich geschützten Rechtsgüter des Patienten verletzt oder aber ihren Bestand sichert bzw. zumindest darauf abzielt. Vor diesem Hintergrund sowie in der Erkenntnis, daß das Unrecht sich über das Zusammenspiel von Handlungs- und Erfolgsunrecht konstituiert, soll im folgenden zum Verhältnis von deliktischem Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Unrecht Stellung genommen werden.

⁷²⁹ Bloy, JuS-Lernbogen 1988, L 25 - 28; ders., in Schöch: Wiedergutmachung und Strafrecht, 64 ff.; Gallas, in: Festschrift Bockelmann, 155, 161 ff.; Jescheck, LK-StGB, Vor § 13 Rn. 43 ff.; Krümpelmann, Bagatelldelikte, 62 ff.; Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 10 Rn. 101; Stratenwerth, in: Festschrift Schaffstein, 177, 178 Fn. 9; Welzel, Deutsches Strafrecht, 62.

§ 10 Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit

Begonnen sei hier mit einer terminologischen Klarstellung: Die Begriffe Unrecht und Rechtswidrigkeit sind keine Synonyme, die ohne Bedenken gegeneinander ausgetauscht werden können. Nach der im Anschluß an Welzel⁷³⁰ heute weitgehend anerkannten⁷³¹ Differenzierung bezeichnet die Rechtswidrigkeit eine Eigenart des unter strafrechtlichen Gesichtspunkten zu würdigenden Verhaltens, nämlich seinen Widerspruch zur Rechtsordnung, während der Begriff des Unrechts das rechtswidrige, aus Tatbestand und Rechtswidrigkeit geformte Gesamtverhalten als solches beschreibt.

Zum besseren begrifflichen Verständnis des Verhältnisses von Unrecht zu Tatbestand und Rechtswidrigkeit empfiehlt es sich, zunächst zu den ursprünglichen Thesen der hierüber geführten strafrechtlichen Diskussion zurückzukehren.

I. Der Tatbestand als wertfreie Kategorie

Während Beling⁷³² aufgrund seiner kausalen Betrachtungsweise die Straftatbestände in ihrer objektiven Funktion begriff, besteht heute zu Recht überwiegende Einigkeit darüber, daß es sich hierbei nicht um neutrale Kategorien handelt.⁷³³ Vielmehr bildet die Tatbestandsmäßigkeit den Kern des Unrechts. Gründe hierfür gibt es zahlreiche: Der Strafgesetzgeber normiert im Tatbestand nicht irgendwelche einer Rechtsgutsverletzung unverdächtige, neutrale Handlungen. Die sich aus den jeweiligen Deliktsumschreibungen des Besonderen Teils⁷³⁴ ergebenden Ver- und Gebote beschreiben vielmehr typisierte Verhaltensweisen, die als qualifiziert unwerte und sozialschädliche aus der unüberschaubaren Vielzahl menschlicher Handlungen herausragen.⁷³⁵ Damit kommt dem Besonderen Teil eine Grenzsetzungsfunktion zu, wobei das Mißachten der gesetzten Schranken durch die jeweilige Strafbewehrung poenalisiert wird. Mit der Feststellung der Verwirklichung der gesetzlichen Deliktsmerkmale durch ein

⁷³⁰ Welzel, Deutsches Strafrecht, 52.

⁷³¹ Statt vieler Hirsch, LK-StGB, Vor § 32 Rn. 11 m.w.N.; Wessels/Beulke, Strafrecht Allg. Teil, Rn. 270 ff.

⁷³² Beling, Lehre vom Verbrechen, 31 ff., 112, 147: „Im Tatbestand liegt kein Werturteil“, „die Rechtswidrigkeit bildet ein eigenes Problem“.

⁷³³ Siehe aber Hardwig, GA 1965, 161 ff., welcher den Tatbestand als „wertfrei“ begreifen und damit mit Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit noch keine sachhaltige Beurteilung eines Verhaltens abgeben möchte.

⁷³⁴ Aber auch der Nebenstrafgesetze.

⁷³⁵ Dölling, ZStW 96 (1984), 36, 56.

Verhalten ist damit zugleich entschieden, daß dieses einem Typus entspricht, der für sich genommen die Rechtswidrigkeit begründet.⁷³⁶ Diese Qualifizierung hat freilich den Charakter der Vorläufigkeit.⁷³⁷ Sie wird entkräftet, wenn der Täter in einer Situation handelt, für die das Recht ein Verhalten - wie das von ihm an den Tag gelegte - ausnahmsweise gestattet.⁷³⁸ Bietet demzufolge der deliktische Tatbestand eine ‚Vorwertung‘ des unter strafrechtlichen Gesichtspunkten zu würdigenden Verhaltens an, ist weiterhin zu klären, ob der Tatbestand lediglich ein rechtstechnisches Konstrukt darstellt, das Unrecht mithin allein eine Sammelbezeichnung für alle positiven wie negativen Voraussetzungen des Tatbestandes ist - so die von Merkel und Frank⁷³⁹ zum Ende des vorigen Jahrhunderts begründete Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen⁷⁴⁰ - oder ob der Tatbestand als Deliktstypus von der Rechtswidrigkeit zu trennen und in ihm lediglich der Erkenntnisgrund der Rechtswidrigkeit zu sehen ist. Denn nur im zweiten Fall macht es wirklich Sinn, eine Diskussion darüber zu führen, ob ein Verhalten zwar tatbestandsmäßig, aber gerechtfertigt ist oder der Tatbestand nicht verwirklicht wurde.

II. Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen

Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen und damit - wenngleich nicht zwangsläufig⁷⁴¹ - verbunden der zweistufige Verbrechensaufbau⁷⁴² versteht den Gesamtunrechtstatbestand als Inbegriff aller unrechtsbegründenden und unrechtsausschließenden Merkmale unter Ausschluß der objektiven Bedingung der

⁷³⁶ Hierauf stellen u.a. die Vertreter der Tatbestandslösungen ab, wenn es darum geht, die Ausübung des Arztberufes von dem kriminellen Vorgehen eines Schlägers, Messerstechers etc. abzugrenzen, vgl. statt vieler: Bauer, in: Universitätstage 1964, 199 ff.

⁷³⁷ Dies betont die ‚Rechtfertigungslösung‘, um das Argument der formalen Gleichstellung von Totschläger, Messerstecher und dem im Sinne des Patientenwohls handelnden Arztes zu entkräften, z.B. Cramer, in: Festschrift Lenckner, 761, 774.

⁷³⁸ Vgl. auch Bockelmann/ Volk, Strafrecht Allg. Teil, 37.

⁷³⁹ Frank, StGB, 1. Auflage 1897, § 59 Anm. II. 2.

⁷⁴⁰ Merkel, Strafrecht, 82.

⁷⁴¹ Roxin, Strafrecht Allg. Teil/I, § 10 Rn. 19 ff., welcher den Begriff des Unrechts als der Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit übergeordnet begreift und damit drei Wertungsfragen innerhalb von zwei Prüfungsstufen stellt; ders., Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 173 ff.; ähnlich Wolter, Zurechnung, 143.

⁷⁴² Maurach/ Zipf, Strafrecht Allg. Teil, 333.

Strafbarkeit und der Schuld. Daß sie bis in die heutige Zeit namhafte Vertreter⁷⁴³ gefunden hat, liegt nicht zuletzt in einigen teleologischen Vorzügen⁷⁴⁴ begründet. Auch wenn der deliktische Tatbestand aufgrund der ihm zugewiesenen Wertungsfunktion wesentlich das typisierte Unrecht aufzeigt, erlaubt erst die Überprüfung der in Frage kommenden Rechtfertigungsgründe ein abschließendes Urteil über den Unwertgehalt eines Verhaltens. Damit ist die besondere Wechselbeziehung der Rechtswidrigkeitsprüfung mit dem Verhalten, das die deliktischen Tatbestandsmerkmale erfüllt, offenkundig. Ferner kann gerade bei der strafrechtlichen Beurteilung ärztlicher Behandlungen nicht von der Hand gewiesen werden, daß die Zuordnung eines Sachverhalts, wie das Herstellen des informed consent, zu den den Tatbestand erfüllenden oder die Rechtswidrigkeit ausschließenden Gründen aufgrund der stilistischen Fassung der jeweiligen Strafrechtsnorm vielfach zufällig erscheint.

III. Stellungnahme

Die Gründe gegen die Tatbestandslehre und damit dafür, den deliktischen Tatbestand und die Rechtswidrigkeit trotz der unbestreitbar vorhandenen Interdependenz als selbständige Kategorien zu behandeln, wurden bereits mit großer Eindringlichkeit und hoher Gedankenscharfe im Schrifttum⁷⁴⁵ vorgetragen. Demgemäß sollen die Argumente im folgenden nur in der gebotenen Knappheit dargestellt werden. Der zweigliedrige Verbrechensaufbau stellt das nicht tatbestandsmäßige und deshalb strafrechtlich irrelevante und das tatbestandsmäßige, aber ausnahmsweise gestattete Verhalten auf eine Stufe. Mit dieser Gleichschaltung aber wird zum einen die typisierende Funktion des

⁷⁴³ Engisch, in: Festschrift DJT, Bd I, 406 ff.; Arthur Kaufmann, ZStW 76 (1964), 561, 564 ff.; Lange, JZ 1953, 9, 15; Lang-Hinrichs, JR 1952, 302 ff., 356 ff.; Mezger, Vom Sinn strafrechtlicher Tatbestände, 11; Otto, Allg. Strafrechtslehre, 46 ff.; Roxin, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2. Auflage 1970, 173 ff.; ders., differenzierend, Strafrecht Allg. Teil/1, § 10 Rn. 16 ff.; Samson, SK-StGB, Vor § 32 Rn. 9, 11; Schaffstein, in: Festschrift OLG Celle, 185. Nahestehend Kuhlen, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 390; Puppe, in: Festschrift Stree und Wessels, 183; dies., NK-StGB, Vor § 13 Rn. 7 ff.; Schünemann, GA 1985, 34.

⁷⁴⁴ Näher Roxin, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 173 ff.; Schünemann, GA 1985, 347 ff.

⁷⁴⁵ Hirsch, LK-StGB, Vor § 32 Rn. 8, 49; Jescheck, LK-StGB, § 34 Rn. 89; ders., Vor § 32 Rn. 44; Paeffgen, Der Verrat in irriger Annahme eines Geheimnisses (§ 97 b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, 78 ff.; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 81 f.

Tatbestandes⁷⁴⁶ gelegnet, die der Gesetzgeber gezielt einsetzte, um bestimmte, den Grad der Strafwürdigkeit erreichende, mißbilligte Verhaltensweisen von anderen tadelnswerten abzuheben. Zum anderen wird der zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit bestehende Werteunterschied außer acht gelassen.⁷⁴⁷ Auch beseitigt das Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes nach dieser Auffassung nicht nur das Unrecht der Tat, sondern die Tatbestandsmäßigkeit des Tuns, so daß z.B. der in Notwehr Befindliche aus strafrechtlicher Sicht überhaupt nicht getötet hat.⁷⁴⁸ Damit wird aber der normtheoretische Unterschied zwischen Verbot und Erlaubnissatz außer Acht gelassen.⁷⁴⁹ Denn ein gerechtfertigtes Verhalten bleibt - dieser Tatsache ungeachtet - tatbestandsmäßig. Die tatbestandsmäßige Handlung und ihr gegebenenfalls eingetretener Erfolg können nicht ungeschehen gemacht, sondern nur als rechtlich gebilligte gewertet werden. Mit der Rechtfertigung aber wird das generelle Unwerturteil über die im Tatbestand inkriminierte Verhaltensweise weder zurückgenommen noch eingeschränkt.⁷⁵⁰ Der deliktische Tatbestand erweist sich damit als selbständige strafrechtliche Wertungsstufe, die dem Adressaten einen deutlichen Hinweis auf die Grenzen der strafrechtlich sanktionierten Verhaltensnorm erteilt.⁷⁵¹ Dieses Ergebnis wird dadurch bekräftigt, daß sich der Vorsatz bei Begehung der Tat auf alle Umstände des gesetzlichen Tatbestandes zu erstrecken hat, § 16 StGB. Daher müßte beim zweistufigen Verbrechensaufbau der Tatbestandsvorsatz zugleich das Nichteingreifen von Rechtfertigungsgründen mitumfassen, was psychologisch - zumindest auf den juristischen Laien bezogen - kaum denkbar ist.⁷⁵²

⁷⁴⁶ So Gallas, ZStW 67 (1955), 1, 27 f. A. Kaufmann's Einwand, wonach nicht von einem Regeltypus, „A tötet den B“ sondern von einem normativen Unrechtstypus „A tötet den B in Notwehr bzw. A tötet B böswillig“ auszugehen sei, ist im Hinblick auf die inkriminierten Verhaltensweisen problematisch. Denn wollte der Gesetzgeber z.B. den in Notwehr verursachten Tötungserfolg als tatbestandslos werten, ist die Formulierung des § 32 Abs. 1, wonach „wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, nicht rechtswidrig handelt“ nicht plausibel.

⁷⁴⁷ Das von Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 81, gebildete Beispiel, bei Anwendung der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen stelle sich die Tötung eines Menschen in Notwehr nicht anders als die einer Mücke, verdeutlicht die Konsequenz, wenn tatbestandsloses und tatbestandsmäßiges, aber gerechtfertigtes Verhalten gleichgesetzt wird.

⁷⁴⁸ Maurach/ Zipf, Strafrecht Allg. Teil, 333 f.

⁷⁴⁹ Hirsch, LK-StGB, Vor § 32 Rn. 8.

⁷⁵⁰ Z.B. Bockelmann/ Volk, Strafrecht Allg. Teil, 37 ff.

⁷⁵¹ Jescheck/ Weigend, Strafrecht Allg. Teil, 324.

⁷⁵² Statt vieler Hirsch, ZStW 94 (1982), 239, 257; Jakobs, Strafrecht Allg. Teil, 157 f.; Schroeder, LK-StGB, § 16 Rn. 49.

Damit ist mit zahlreichen Vertretern der Lehre⁷⁵³ und der Rechtsprechung am dreistufigen Verbrechensaufbau und somit am Regel- Ausnahmekarakter von deliktischem Tatbestand und Rechtswidrigkeit festzuhalten. Im Begriff des strafrechtlichen Unrechts werden infolgedessen die im Regel-Ausnahmeverhältnis zueinander stehenden Kategorien Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit zusammengefaßt. Es gilt nun, die gewonnenen Erkenntnisse für die strafrechtliche Beurteilung ärztlicher Behandlungen fruchtbar zu machen.

⁷⁵³ Z.B. Baumann/ Weber/ Mitsch, Strafrecht Allg. Teil, 280 f.; Hirsch, LK-StGB, Vor § 32 Rn. 8, 49; Jescheck, LK-StGB, § 34 Rn. 89; ders., Vor § 32 Rn. 44; Kühl, Strafrecht Allg. Teil, § 3 Rn. 1 f., § 6 Rn. 4 ff., 8; Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, Vor § 13 Rn. 17; Maurach/ Zipf, Strafrecht Allg. Teil, Band I, 333; Nowakowski, WK, Vor § 3 Rn. 54; Lenckner, in: Schönke/ Schröder, StGB, Vorbem § 13 Rn. 46 ff.; Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, Vor § 13 Rn. 8 ff., 24; Wessels/ Beulke, Strafrecht Allg. Teil, Rn. 129; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 81 f.

§ 11 Körperliches Mißhandeln - Schädigen der Gesundheit

Die Retrospektive auf mehr als ein Jahrhundert des von Schrifttum und Jurisdiktion praktizierten Umgangs mit den Tathandlungen der ‚Körperverletzung‘, § 223 StGB, legt - insbesondere unter dem Blickwinkel des Medizinstrafrechts - unterschiedliche Sichtweisen des geltenden Rechts offen. Es ist daher in der Sache geboten, den Versuch zu unternehmen, die diskutierten Meinungen sowie deren Stärken und Schwächen aufzuzeigen. Systematisch setzt eine an den Tatbestand der Körperverletzung anknüpfende strafrechtliche ‚Arzthaftung‘ ein körperliches Mißhandeln bzw. ein Schädigen an der Gesundheit voraus. Den Inhalt dieser besonderen Art und Weise der Beeinträchtigung von Körper und Gesundheit des Patienten sowie des damit gegebenenfalls verbundenen Handlungs- und Erfolgsunwerts gilt es im folgenden zu klären.

I. Entstehungsgeschichte

Wählt man zunächst die Entstehungsgeschichte der inkriminierten Körperverletzungshandlungen als Ausgangspunkt der Interpretation, so stößt man auf die Theresiana aus dem Jahre 1768. Sie regelte unter dem 83. Artikel in § 15 „Verwundungen und andere blutrünstige Gewalttätigkeiten“. Hierbei war eine ‚Tödllichkeit‘ der Verwundung nicht vorausgesetzt. Die Josephina von 1787 erfaßte im Ersten Teil, §§ 89, 119 - 122, fragmentarisch unter den „Verbrechen, die auf die körperliche Sicherheit unmittelbar Beziehung haben“ die „beträchtliche Verwundung“ und „die Verstümmelung an den Gliedern“. Das Preußische Allgemeine Landrecht aus dem Jahre 1794 überschrieb im zweiten Teil, 20. Titel, den 11. Abschnitt mit „körperliche Verletzungen“. Die Abspaltung der körperlichen Verletzung von den Realinjurien war noch nicht vollständig vollzogen, wie die Regelungen der §§ 796 f. zeigen. Denn geringe Verletzungen, die für den Betroffenen nicht von weiterem Nachteil waren, sollten gleich den Realinjurien bestraft werden.

In den Regelungen der Partikulargesetzbücher des 19. Jahrhunderts⁷⁵⁴ finden sich - wie in Art. 178 Bayerisches Strafgesetzbuch⁷⁵⁵ - zum einen Körperverletzungstatbestände,

⁷⁵⁴ Weiterführend Maurach/ Schroeder/ Maiwald, Strafrecht Bes. Teil/1, § 8 Rn. 1 ff.

⁷⁵⁵ Bayerisches Strafgesetzbuch vom 6. Mai 1813, I. Teil, Art. 178: „Wer ohne Absicht zu töten, jedoch mit rechtswidrigem Vorsatze einen anderen gewaltsam angreift, denselben in seinem Körper mißhandelt oder dessen Gesundheit durch Verwundung, Verletzung

die neben einem gewaltsamen Angriff als Tathandlung alternativ das Mißhandeln sowie das Gesundheitsbeschädigen beschrieben.⁷⁵⁶ Art. 241 Strafgesetzbuch Hannover koppelte darüber hinaus das Mißhandeln an ein tätliches Vorgehen.⁷⁵⁷ Zum anderen bestanden sowohl solche Regelungen, welche die Verletzung des Körpers oder der Gesundheit mit der überschießenden Innentendenz der Mißhandlungsabsicht verbanden⁷⁵⁸ als auch solche, welche die Gesundheitsstörung als Folge der Mißhandlung voraussetzten.⁷⁵⁹ Die Vorläuferbestimmung zu § 223 RStGB, Art. 187⁷⁶⁰ Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten vom 14. April 1851, stellte dem Stoßen und Schlagen eine „andere Mißhandlung des Körpers“ zur Seite. Die Väter des Preußischen Strafgesetzbuches unterstrichen, daß „jede rechtswidrige körperliche Behandlung eines Menschen [...] eine objektive Injurie enthält“ und werteten diese Form des Angriffs auf die Persönlichkeit als Mißhandlung.⁷⁶¹ Allein die geringeren Tätlichkeiten, die nicht die Intensität von Stoßen und Schlagen erreichten, sollten als symbolische Beleidigungen geahndet werden.⁷⁶² In § 223 Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund findet sich erstmalig die bis heute beinahe unveränderte Aufteilung in die Tathandlung „körperliches Mißhandeln“ und „an der Gesundheit beschädigen“. Damit wurde die Bindung des Mißhandelns an die Realinjurie gelockert, indem das „Stoßen“ und „Schlagen“ keine explizite Erwähnung mehr fand. Weder die amtlichen Motive⁷⁶³ noch die Protokolle über die Beratungen des Reichstages betreffend die Redaktion des Strafgesetzbuches

oder sonst auf irgend eine Weise beschädigt, soll in folgenden Fällen des Verbrechens der Körperverletzung schuldig geachtet werden“.

⁷⁵⁶ So z.B. Art. 183 des Oldenburgischen Strafgesetzbuches vom 10. September 1814.

⁷⁵⁷ Vgl. Art. 241 Hannoversches Strafgesetzbuch von 8. August 1840: „Wer ohne die Absicht zu tödten mit rechtswidrigem Vorsatze einen Anderen durch gewaltsamen Angriff, tätliche Mißhandlung, Verwundung, Verletzung oder auf andere Weise an seinem Körper oder seiner Gesundheit beschädigt, ist des Verbrechens der vorsätzlichen Körperverletzung schuldig. [...]“

⁷⁵⁸ Vgl. Art. 255: Nassauisches Strafgesetzbuch von 14. April 1849: „Wer rechtswidrig, in der Absicht zu mißhandeln, einen Anderen an seinem Körper oder seiner Gesundheit verletzt, soll folgendermaßen bestraft werden [...]“.

⁷⁵⁹ Vgl. § 152 Österreichisches Strafgesetzbuch vom 27. Mai 1852: „Wer gegen einen Menschen, zwar nicht in der Absicht, ihn zu tödten, aber doch in anderer feindseliger Absicht auf eine solche Art mißhandelt, daß darauf eine Gesundheitsstörung oder Berufsunfähigkeit [...] folgt, wird bestraft [...]“.

⁷⁶⁰ § 187 lautete: „Wer vorsätzlich einen anderen stößt und schlägt, oder demselben eine andere Mißhandlung des Körpers zufügt, wird bestraft [...]“.

⁷⁶¹ Goldammer, Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die Preußischen Staaten, 405.

⁷⁶² Goldammer, a.a.O., 406.

⁷⁶³ Höinghaus, Das neue Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund mit vollständigen amtlichen Motiven, 142.

für den Norddeutschen Bund als Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich erklärten sich hierzu.⁷⁶⁴ Lediglich den Motiven zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund läßt sich ein Hinweis darauf entnehmen, daß Körperverletzung und tätliche Beleidigung nach der inneren Willensrichtung abzugrenzen seien.⁷⁶⁵

Der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch als auch die amtlichen Entwürfe aus den Jahren 1913⁷⁶⁶ und 1919⁷⁶⁷ wiederholten ohne nähere Auseinandersetzung die in § 223 RStGB gegebene Begriffsbestimmung der Körperverletzung. Auf eine ausdrückliche Abgrenzung zur tätlichen Beleidigung wurde verzichtet. Der Vorentwurf wertete jedoch - gleich den Motiven zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund - die innere Willensrichtung des Täters als maßgebendes Abgrenzungsmerkmal.⁷⁶⁸

Erst der Radbruch-Entwurf schlug eine inhaltliche Änderung der Körperverletzungsdelikte vor. Um Klarheit über den Inhalt der Körperverletzung zu schaffen, wies Radbruch die rein schmerzzerregende Tätigkeit, die nach den Bemerkungen⁷⁶⁹ weder die körperliche Unversehrtheit noch die Gesundheit beschädigte, als bloße Mißhandlung § 234⁷⁷⁰ zu. § 230⁷⁷¹ hingegen sanktionierte neben der Schädigung der Gesundheit die Verletzung des Körpers.

Getragen von der Intention, das Mißhandeln aus den qualifizierenden Körperverletzungstatbeständen auszuklammern und die fahrlässige Mißhandlung von strafrechtlichen Sanktionen freizustellen,⁷⁷² übernahm der Entwurf aus dem Jahre 1925

⁷⁶⁴ Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, I. Leg. periode - Session 1870, 2. Band, 35. Sitzung, 666 ff.

⁷⁶⁵ Höinghaus, Das neue Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund mit vollständigen amtlichen Motiven, 141.

⁷⁶⁶ Entwurf der Strafrechtskommission (1913), 69, in: Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch.

⁷⁶⁷ Entwurf von 1919, 66, 239, in: Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch.

⁷⁶⁸ Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Begründung, Allg. Teil, 658.

⁷⁶⁹ Radbruch, Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, Bemerkungen, 64.

⁷⁷⁰ § 243 „Mißhandlung“ hatte folgenden Wortlaut: „Wer einen anderen mißhandelt, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft. In besonders leichten Fällen kann das Gericht verwarnen, statt zu strafen“.

⁷⁷¹ § 230 „Körperverletzung“: „Wer einen anderen am Körper verletzt oder an der Gesundheit schädigt, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. In besonders leichten Fällen kann das Gericht den Täter verwarnen, statt ihn zu strafen“.

⁷⁷² Radbruch, in: Aschrott/ Kohlrausch (Hrsg.), Reform des Strafrechts, 315 f.

Radbruchs Zweiteilung⁷⁷³ in § 233, Körperverletzung,⁷⁷⁴ sowie der mit einer milderen Strafdrohung ausgestatteten ‚Mißhandlung‘, § 237.⁷⁷⁵ Inhaltlich ging dieser Entwurf davon aus, daß die Körperverletzung nicht zwangsläufig mit einer Schmerzempfindung verbunden sein müsse⁷⁷⁶ und die Gesundheitsbeschädigung unter anderem das Hervorrufen oder Verschlimmern einer geistigen Erkrankung impliziere.⁷⁷⁷ Körperliche Einwirkungen ohne äußere und innere Verletzungsfolgen, die bloße Erregung von Schmerz oder Unbehagen waren, fielen unter § 237.⁷⁷⁸

Demgegenüber verzichteten die Entwürfe aus den Jahren 1927, 1934/35, 1936⁷⁷⁹ und 1939 auf einen eigenen Straftatbestand der Mißhandlung. Unter der Bezeichnung ‚Körperverletzung‘ sollten vielmehr die sich möglicherweise überkreuzenden Begehungsformen Substanzverletzung, Schmerzzufügung und Gesundheitsbeschädigung zusammengefaßt werden, um so die umstrittene Tatbestandsmäßigkeit körperlicher Einwirkungen ohne Verletzungsfolgen eindeutig zu regeln. Mezger ging in seinem Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission davon aus, daß zum Verzicht auf die fahrlässige Mißhandlung ebensowenig Anlaß bestehe, wie für einen milderen Strafraum bei einer vorsätzlichen Mißhandlung.⁷⁸⁰ Als Schädigung an der Gesundheit galt wie im bisherigen Recht die Herbeiführung oder Steigerung einer Krankheit, ohne Rücksicht auf deren Dauer. Die körperliche Verletzung sollte den Eingriff in die körperliche Unversehrtheit umschreiben. Als körperliche Mißhandlung verblieb das reine, das körperliche Wohlbefinden beeinträchtigende, insbesondere Schmerzen verursachende Einwirken auf den fremden Körper, z.B. mit Schlägen oder Stößen.⁷⁸¹ Die Entwürfe

⁷⁷³ Unter Hinweis auf §§ 296, 326 der österreichischen Regierungsvorlage von 1912.

⁷⁷⁴ § 233 ‚Körperverletzung‘ hatte folgenden Inhalt: „Wer einen anderen am Körper verletzt oder an der Gesundheit schädigt, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. In besonders leichten Fällen kann das Gericht von Strafe absehen“.

⁷⁷⁵ § 237 ‚Mißhandlung‘: „Wer einen anderen mißhandelt, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft. In besonders leichten Fällen kann das Gericht von Strafe absehen“.

⁷⁷⁶ Amtlicher Entwurf eines Allg. Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, 120 ff.

⁷⁷⁷ Amtlicher Entwurf, a.a.O., 122.

⁷⁷⁸ Amtlicher Entwurf, a.a.O., 120 f. Diese Aufteilung wurde später von Österreich, §§ 83 ff. ÖStGB, übernommen. Die Schweiz trennt zwischen Tätlichkeiten, Art. 126 StGB, und Schädigung an Körper oder Gesundheit.

⁷⁷⁹ Die Tatbestände § 420 E 1935/36 sowie § 419 E 1939 lauteten: „Wer einen anderen körperlich mißhandelt, verletzt oder an der Gesundheit beschädigt [...]“.

⁷⁸⁰ Mezger, in: Gürtner (Hrsg.), Das kommende deutsche Strafrecht, Bes. Teil, 267 f.

⁷⁸¹ Begründung zum Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches von 1936, in: Regge/Schubert (Hrsg.), Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, II. Abteilung, NS-Zeit (1933 - 1939) - Strafgesetzbuch, Band 1, Entwürfe; 2. Teil, 249 f.

eines Strafgesetzbuches aus den Jahren 1960⁷⁸² und 1962,⁷⁸³ formulierten den Tatbestand der Körperverletzung entsprechend dem ursprünglichen Wortlaut des RStGB. Unter Hinweis darauf, daß das Merkmal „Verletzen des Körpers“ unter den Oberbegriff des alle äußeren körperlichen Einwirkungen enthaltenden Mißhandelns zu subsumieren sei, wurde auf dessen explizite Nennung verzichtet.

Demgegenüber trennte der Alternativentwurf⁷⁸⁴ die Tatbestände der körperlichen Mißhandlung, § 108,⁷⁸⁵ und Körperverletzung, § 109.⁷⁸⁶ Der Tatbestand der körperlichen Mißhandlung sanktionierte vorsätzliche Eingriffe in das körperliche Wohlbefinden und damit auch Verletzungen der Körpersubstanz⁷⁸⁷ unter dem Schwellenwert der Gesundheitsbeschädigung.⁷⁸⁸ Als Beispiele hierzu wurden Ohrfeigen, das Zufügen bloßer Substanzverletzungen, wie das Abschneiden von Haaren,⁷⁸⁹ sowie das leichtester Substanzverletzungen, wie das Bewirken von Schrammen und blauen Flecken, genannt. Die in § 109 AE normierte Gesundheitsbeschädigung hingegen sollte u.a. die Herbeiführung krankhafter Zustände erfassen. Seelische Einwirkungen wurden je nach Intensität der körperlichen Folgen § 108 AE oder § 109 AE zugewiesen. § 223 StGB in Gestalt der Änderungen des 6. Strafrechtsreformgesetzes entspricht - von einer geringen redaktionellen Änderung abgesehen - (,schädigt‘ statt ,beschädigt‘) der Tathandlung seiner Vorläuferbestimmung.

II. Zwischenbilanz

Die historische Entwicklung der Körperverletzungshandlungen zeichnet das Bild zweier unterschiedlicher, sich im Einzelfall jedoch überschneidender Tathandlungen. Das Schädigen der körperbezogenen Gesundheit ist auf das Herbeiführen oder Aufrechterhal-

⁷⁸² Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1960, mit Begründung, BT-Drs. 270/60, 36. § 146 E-StGB lautete: „Wer einen anderen körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit beschädigt, wird [...] bestraft“.

⁷⁸³ Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB), E 1962, mit Begründung, 282.

⁷⁸⁴ Vgl. Baumann u.a., Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, 1. Halbband.

⁷⁸⁵ § 108 AE ‚Körperliche Mißhandlung‘ hatte folgenden Wortlaut: „(1) Wer einen anderen körperlich mißhandelt, wird mit Geldstrafe bis zu sechs Monaten bestraft [...]“.

⁷⁸⁶ § 109 Abs. 1 AE ‚Körperverletzung‘ lautete: „Wer einem anderen an der Gesundheit schädigt, wird mit Geld- oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bestraft“.

⁷⁸⁷ Baumann u.a., Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, 1. Halbband, 47.

⁷⁸⁸ Baumann u.a., a.a.O., 45.

⁷⁸⁹ Baumann u.a., a.a.O., 47.

ten eines vom normalen Körperzustand negativ abweichenden, im Regelfall pathologischen Zustandes gerichtet und betrifft grundsätzlich innere Vorgänge des menschlichen Körpers. Das Schädigen der seelischen Gesundheit wird hingegen unterschiedlich bewertet. Überwiegend gilt sie lediglich im Falle körperlicher Auswirkungen als tatbestandsmäßig. Die Tathandlung ‚körperliches Mißhandeln‘ bezieht sich demgegenüber auf das Körperäußere, auf die äußere Substanz.

Diese Feststellung ist gleichsam die Basis für weitere Differenzierungen. Zum Teil wird der entscheidende Unterschied in der Substanzverletzung einerseits und der nur geringfügigen Beeinträchtigung des körperlichen Wohls ohne Substanzverletzung andererseits gesehen. Zum Teil aber bildet die Mißhandlung den Oberbegriff für wesentliche wie unwesentliche Substanzverletzungen, wobei eine Schmerzerregung nicht erforderlich ist. Einen interessanten Aspekt hinsichtlich der Auslegung des Merkmals ‚mißhandeln‘ bietet Art. 241 Hannoversches Strafgesetzbuch. Aufgrund der Verknüpfung des Mißhandelns mit Realinjurien, so z.B. das „tätliche Mißhandeln“, wurde äußerlich die soziale Unwertigkeit dieser Tathandlung verdeutlicht. Indem in anderen Bestimmungen dem Stoßen und Schlagen eine „andere Mißhandlung des Körpers“ zur Seite gestellt wurde, unterstrichen die früheren Gesetzgeber, daß die rechtswidrige körperliche Behandlung eines Dritten eine objektive Injurie enthält. Die Befreiung von diesen Vorgaben durch den modernen Gesetzgeber, mit der Folge, daß seither auch ambivalente Verhaltensweisen unter den Tatbestand subsumiert werden können, ist eine Ursache für die zum Teil leidenschaftlich geführte Diskussion um die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen äußerlich wertneutrale Handlungen die Voraussetzungen der inkriminierten Tathandlung des körperlichen Mißhandelns erfüllen.

III. Interpretation des ‚körperlichen Mißhandelns‘

Schrifttum und Jurisdiktion haben sich beinahe einhellig auf die gleichermaßen handlungs- wie erfolgsbeschreibende Definition des körperlichen Mißhandelns als üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich beeinträchtigt, verständigt.⁷⁹⁰ Das Merkmal des

⁷⁹⁰ Eser, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 223 Rn. 3; Gössel, Strafrecht Bes. Teil/1, § 13 Rn. 2 ff.; Haft, Strafrecht Bes. Teil, 116 f.; Hirsch, LK-StGB, § 223 Rn. 6; Kienapfel, Körperliche Züchtigung und soziale Adäquanz im Strafrecht, 36; Krey, Strafrecht Bes. Teil/1, Rn. 189; Küper, Strafrecht Bes. Teil, 198 f.; Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, § 223 Rn. 4; Otto, Die einzelnen Delikte, 62 f.; Pfeiffer/ Maul/ Schulte, StGB, § 223 Rn. 1; Schmidhäuser, Strafrecht Bes. Teil, Rn. 4; Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, § 223 Rn. 3; Ulsenheimer, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 139 Rn. 14;

körperlichen Mißhandelns ist daher weit auszulegen. Neben der üblen, unangemessenen Behandlung erfaßt es auch substanzverletzende Einwirkungen, die weder das körperliche Wohlbefinden schmälern noch als Gesundheitsbeschädigung erfaßt werden können.⁷⁹¹ Der Begriff der ‚üblen, unangemessenen Behandlung‘ wird jedoch keineswegs einheitlich interpretiert. Während das Reichsgericht in seiner grundlegenden Entscheidung RGSt 25, 375 ff., zur strafrechtlichen Beurteilung des ärztlichen Heileingriffs unter dem Begriff des körperlichen Mißhandelns im neutralen und allgemeinsten Sinne alle unmittelbar und physisch dem körperlichen Organismus zugefügten Verletzungen verstand, wertete es diese Tathandlung in anderen Entscheidungen als unangemessenes, schlimmes, übles Behandeln, wie es nicht sein sollte.⁷⁹² Dieses begreift der Bundesgerichtshof⁷⁹³ - ohne Rücksicht auf den eingetretenen Erfolg - als sozialwidriges Verhalten, woran es z.B. fehle, wenn militärische Vorgesetzte im Einklang mit rechtmäßigen Dienstvorschriften körperliche Anforderungen an Untergebene stellen.⁷⁹⁴

Das Schrifttum hingegen bietet unterschiedliche Maßstäbe und Sichtweisen zur Beurteilung der Unangemessenheit der Behandlung an. Hirsch begreift das Kriterium der üblen, unangemessenen Behandlung stellvertretend dafür, daß sich im Handlungsvollzug das objektive Gerichtetsein gegen das Körperinteresse widerspiegeln.⁷⁹⁵ Würtenberger erkennt in der Frage, wann eine Behandlung noch als angemessen gilt, ein normatives, nur unter Zuhilfenahme von objektiv/ subjektiven Wertmaßstäben einwandfrei zu beur-

RGSt 19, 136, 138; 25, 375, 378; 29, 58 f.; 32, 113 f.; BGHSt 14, 269, 271; 25, 278; BGH NJW 1953, 1440; BGH NJW 1977, 339; BGH NJW 1990, 3156 f.; BGH NStZ 1997, 123 f.; BGH StV 1998, 76; OLG Düsseldorf NJW 1991, 2918 f.; OLG Köln NJW 1997, 2191. Auf den ersten Teil der Definition begrenzt: Behr, Ärztlich-operativer Eingriff und Strafrecht, 33; Heimberger, Medizin und Strafrecht, 38 ff. Diff. Horn, SK-StGB, § 223 Rn. 8, wonach auch unerhebliche, jedoch von übler Gesinnung getragene körperliche Einwirkungen unter § 223 zu fassen sind, wodurch aber die Grenze zur Beleidigung verwischt wird. Unter Hinweis darauf, daß die gängige Definition „üble, unangemessene Behandlung“ in der Sache nicht weiter führe, interpretiert Weber die körperliche Mißhandlung als Beeinträchtigung der körperlichen Integrität, vgl. Arzt/ Weber, Strafrecht Bes. Teil, LH 1, Rn. 266 ff. Ähnlich Maurach/ Schroeder/ Maiwald, Strafrecht Bes. Teil/1, § 9 Rn. 3 f., wonach die normative Definition der üblen, unangemessenen Behandlung nur als zusätzliches Erfordernis bewertet wird.

⁷⁹¹ Küper, Strafrecht Bes. Teil, 199; Wessels/ Hettinger, Strafrecht Bes. Teil/1, Rn. 255.

⁷⁹² Vgl. RGSt 19, 137, 139.

⁷⁹³ BGHSt 14, 269 ff.; OLG Düsseldorf NJW 1991, 2918 f.

⁷⁹⁴ BGHSt 14, 269. Kritisch Eser, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 223 Rn. 4a; Gössel, Strafrecht Bes. Teil/1, 144 f.

⁷⁹⁵ Hirsch, LK-StGB, § 223 Rn. 6. Für eine objektive Sicht der Unangemessenheit sprechen sich aus OLG Düsseldorf, NJW 1991, 2919; OLG Oldenburg, NJW 1966, 2133.

teilendes Element.⁷⁹⁶ Während Weber⁷⁹⁷ sozialem Alltagsverhalten, wie dem Drängeln im Bus, das Üble, Unangemessene abspricht, vermißt Hirsch in diesen Fällen die Erheblichkeit der körperlichen Beeinträchtigung. Gössel hingegen bewertet das Handlungsgeschehen nach dem Verbotensein des herbeigeführten Verletzungserfolges.⁷⁹⁸ Damit ist bereits die Erfolgsbeschreibung der Mißhandlung im Sinne einer mehr als unerheblichen Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens angesprochen. Nach überwiegender Meinung bestimmt sich die Erheblichkeit des - relativ zu verstehenden⁷⁹⁹ - beeinträchtigten Wohlbefindens bzw. der körperlichen Unversehrtheit nach den objektiven körperlichen Auswirkungen.⁸⁰⁰ Dies schließt aber nicht aus, hinreichend objektivierbare subjektive Folgen zu berücksichtigen.⁸⁰¹ Als Meßlatte dienen sowohl Dauer⁸⁰² wie Intensität der Einwirkung.⁸⁰³ Zur Illustration werden beispielhaft substanzverletzende Einwirkungen,⁸⁰⁴ Substanzverluste,⁸⁰⁵ Verunstaltungen des Körpers⁸⁰⁶ oder das Bewirken von Funktionsstörungen⁸⁰⁷ angeführt. In Abweichung hierzu legt Horn der Mißhandlung einen objektiv-subjektiven Maßstab zugrunde. Neben den objektiv nicht nur unerheblichen körperlichen Einwirkungen versteht er Mißhandeln auch als Vorgehen, das von einer üblen, unangemessenen Gesinnung getragen wird.⁸⁰⁸ Damit nähert er sich in der Sache den Reformvorschlägen, die eine Zweiteilung der Mißhandlung in substanzverletzende sowie nur geringfügige Beeinträchtigung des körperlichen Wohls ohne Substanzverletzung befürworteten.

⁷⁹⁶ Würtenberger, DRZ 1948, 292. Ebenso Kahl, Der Arzt im Strafrecht, 1909, 20; Eb. Schmidt, JZ 1959, 519.

⁷⁹⁷ Arzt/ Weber, Strafrecht Bes. Teil, LH 1, Rn. 225.

⁷⁹⁸ Gössel, Strafrecht Bes. Teil/1, § 13 Rn. 5.

⁷⁹⁹ Vgl. bereits RGSt 29, 69.

⁸⁰⁰ Hirsch, LK-StGB, § 223 Rn. 7; Eser, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 223 Rn. 4 f.; RGSt 19, 136; OLG Oldenburg NJW 1966, 2133.

⁸⁰¹ OLG Düsseldorf NJW 1991, 2919.

⁸⁰² A.A. Hirsch, LK-StGB, § 223 Rn. 9.

⁸⁰³ Vgl. Eser, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 223 Rn. 4a; Gössel, Strafrecht Bes. Teil/1, 148; BGH NJW 1990, 3157; BGH NJW 1995, 2643.

⁸⁰⁴ oder auch das Herbeiführen von Beulen, Wunden.

⁸⁰⁵ So z.B. der Zahnverlust oder das Haareschneiden, das Abscheren des Bartes, zu letzterem vgl. Küper, Strafrecht Bes. Teil, 199; Wessels /Hettinger, Strafrecht Bes. Teil/1, Rn. 256.

⁸⁰⁶ Z.B. das Besmieren des Körpers mit Farbe oder Teer, vgl. Küper, Strafrecht Bes. Teil, 199; Wessels /Hettinger, Strafrecht Bes. Teil/1, Rn. 256.

⁸⁰⁷ Z.B. durch gehörschädigende Lärmbelästigungen, vgl. Hirsch, LK-StGB, § 223 Rn. 7.

⁸⁰⁸ Dagegen OLG Düsseldorf NJW 1991, 2919.

IV. Definition der Gesundheitsschädigung

Als Gesundheitsschädigung gilt in Literatur und Rechtsprechung das Hervorrufen oder Steigern eines vom Normalzustand der körperlichen oder seelischen Funktionen nachteilig abweichenden pathologischen Zustandes,⁸⁰⁹ unabhängig von dessen Dauer.⁸¹⁰ Beispiele hierfür sind Erkrankungen innerer und äußerer Organe, Knochenfrakturen, Sehnenrisse, Wunden, Infektionen und Hämatome,⁸¹¹ das Versetzen in Rausch- oder Betäubungszustand,⁸¹² die Infektion mit HIV,⁸¹³ die Zerstörung von Zellstrukturen durch intensive Röntgenstrahlen, so daß die Gefahr des Eintritts von Langzeitschäden nicht nur unwesentlich erhöht wird,⁸¹⁴ aber auch das Herbeiführen und Aufrechterhalten von Schmerzzuständen. Auch eine psychische Einwirkung kann den krankhaften Zustand im Sinne der Gesundheitsschädigung bewirken. Jedoch müssen die psychischen Beeinträchtigungen nach der Rechtsprechung den Körper in einen pathologischen, somatisch objektivierbaren Zustand versetzen.⁸¹⁵

⁸⁰⁹ Vgl. Blei, Strafrecht Bes. Teil/1, § 12 III; Eser, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 223 Rn. 5; Gössel, Strafrecht Bes. Teil/1, § 13 Rn. 22 ff.; Haft, Strafrecht Bes. Teil, 117; Horn, SK-StGB, § 223 Rn. 18; Krey, Strafrecht Bes. Teil/ 1, Rn. 194 ff.; Küper, Strafrecht Bes. Teil, 148; Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, § 223 Rn. 5; Otto, Die einzelnen Delikte, 63; Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, § 223 Rn. 6; Wessels/ Hettinger, Strafrecht Bes. Teil/1, Rn. 257; Wolfslast, Psychotherapie in den Grenzen des Rechts, 6 f.; RGSt 19, 226; BGH NJW 1960, 2253; BGH MDR 1972, 386; BGHSt 36, 1 ff. und 262; BGH NJW 1983, 462; NSiZ 1986, 266; OLG Düsseldorf NJW 1989, 269. Ähnlich Arzt/ Weber, Strafrecht Bes. Teil, LH 1, Rn. 269: „Wer einen anderen krank oder kränker oder nicht gesund macht, beschädigt dessen Gesundheit“. Die Definition somatisch einschränkend Hirsch, LK-StGB, § 223 Rn. 11; Maurach/ Schroeder/ Maiwald, Strafrecht Bes. Teil/1, § 9 Rn. 5; RGSt 64, 119.

⁸¹⁰ Hirsch, LK-StGB, § 223 Rn. 11; BGH NJW 1998, 833, 835 m.w.N.

⁸¹¹ Hirsch, a.a.O., § 223 Rn. 12.

⁸¹² RG DR 1939, 333; BGH NJW 1983, 462.

⁸¹³ BGHSt 36, 1, 6 f.; 262, 265.

⁸¹⁴ BGH NJW 1998, 833, 836 mit krit. Anm. Jung, MedR 1998, 329 ff.

⁸¹⁵ BGHR StGB § 223 Abs. 1 Gesundheitsbeschädigung 2.

V. Verhältnis der beiden Tathandlungen zueinander

Nicht allein der Inhalt, auch das Verhältnis der Tathandlungen zueinander wird kontrovers beurteilt. Nach Bockelmann⁸¹⁶ sind beide Begriffe synonym zu verwenden. Danach erschöpft sich der Tatbestand der Körperverletzung in der Gesundheitsbeschädigung, Mißhandlungen ohne Beeinträchtigung der Gesundheit gelten nicht als Körperverletzung. Aufgrund der umfassenden Schutzfunktion der Tathandlung des körperlichen Mißhandelns sowie der Gesundheitsschädigung erklärt sich, daß die überwiegende Meinung⁸¹⁷ beide Tathandlungen bildhaft gesprochen im Verhältnis sich weitgehend, wenngleich nicht völlig überdeckender Kreise interpretiert.⁸¹⁸

VI. Kritische Würdigung des Meinungsstandes

1. Inhalt der Tathandlung ‚Mißhandlung‘

Der Straftatbestand des § 223 StGB beschränkt sich im Unterschied zu § 823 Abs. 1 BGB, dem traditionellen deliktischen Anknüpfungspunkt der zivilrechtlichen Arzthaftung,⁸¹⁹ nicht darauf, neutral von Verletzung des Körpers zu sprechen. Die Tathandlungen werden vielmehr wertend mit körperlichem Mißhandeln bzw. an der Gesundheit Schädigen charakterisiert. Dies gilt gleichermaßen für den Straftatbestand der fahrlässigen Körperverletzung, § 229 StGB,⁸²⁰ obgleich der Wortlaut zunächst sachlich von Körperverletzung spricht. Wenn das Reichsgericht in seiner Grundsatzentscheidung zum Arztstrafrecht beide Tathandlungen zurückhaltend als „alle unmittelbar und physisch dem körperlichen Organismus zugefügten Verletzungen“ umschreibt, ist der hieran bereits im Jahre 1898 von Carl Stooss formulierten Kritik unumschränkt

⁸¹⁶ Bockelmann, Strafrecht Bes. Teil/2, 53; kritisch Krauß, in: Festschrift Bockelmann, 556, 560. Nach Schröder, NJW 1961, 951 f., stehen beide Begriffe nicht isoliert nebeneinander, sondern müssen aufeinander bezogen als Teile der Körperverletzung gesehen werden.

⁸¹⁷ Z.B. Ahlers, Doping und strafrechtliche Verantwortlichkeit, 31; Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, § 223 Rn. 2; Gössel, Strafrecht Bes. Teil/1 § 13 Rn. 25 ff.; Haft, Strafrecht Bes. Teil, 115 ff.; Rengier, Strafrecht Bes. Teil II, § 13 Rn. 13; Schmidhäuser, Bes. Teil, Rn. 5; Tröndle, in: Tröndle/Fischer, StGB, § 223 Rn. 6; Wolfslast, Psychotherapie in den Grenzen des Rechts, 7.

⁸¹⁸ Hirsch, ZStW 83 (1971), 142; ders., LK-StGB, § 223 Rn. 4.

⁸¹⁹ Fischer/Lilie, Ärztliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich, 5.

⁸²⁰ Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 229 Rn. 2; Stree, in: Schönke/Schröder, StGB, § 230 a.F. Rn. 2.

beizupflichten. Stooss schreibt:⁸²¹ „Die Annahme, der Gesetzgeber habe eine ‚zweckmäßige‘ und ‚vernünftige‘ Behandlung des menschlichen Körpers als eine Mißhandlung erklären wollen, ist unmöglich, weil sie dem Gesetzgeber etwas widersinniges zumutet. Durch die Silbe ‚miss-‘ wird das ‚verkehrte, das verfehlt einer Handlung‘ bezeichnet. Wie kann der Gesetzgeber eine zweckmässige und vernünftige Handlung als verfehlt und verkehrt erklären und wie ist es denkbar, dass er die ärztliche Behandlung, die im Dienste des Gesundheitsschutzes steht, als Angriff auf die Gesundheit mit Strafe bedroht habe?“

Aus der Vielzahl menschlicher Verhaltensweisen und Geschehnisse können nur solche Gegenstand strafrechtlicher Ge- und Verbote sein, die sich als besonders sozial-schädlich von anderen, wertneutralen bzw. nützlichen abheben.⁸²² Es gilt, diese Wertmaßstäbe im Rahmen von § 223 StGB auszuloten, nicht aber, wie das Reichsgericht es getan hat, die Tathandlungen in eine allgemeine, nicht aussagekräftige und damit dem Wortsinn nicht entsprechende Bezeichnung aufzulösen.

a. Mißhandeln als übles, unangemessenes Behandeln

Ausgehend vom Wortlaut der Tathandlung ‚mißhandeln‘, ist nicht zu verkennen, daß ihre Bedeutung wesentlich von der Vorsilbe ‚miß-‘ geprägt wird. Spätestens seit dem Ende des vorherigen Jahrhunderts⁸²³ macht ihr Sinngehalt auf das Inkorrekte, das Fehlgegangene einer Handlung aufmerksam. Den mit ‚miß-‘ zusammengesetzten Benennungen kommt ausnahmslos eine negative Sinnesdeutung zu, sie schließen die Wertung des Fehlerhaften, Schlechten, Unwerten mit ein und stellen sich in den Gegensatz zu den Begriffen gut, erfolgreich, vorteilhaft, positiv, ohne Fehler.⁸²⁴ Aber auch die Geschichte der Körperverletzungsdelikte bestätigt diese Erkenntnis. So diene die Erwähnung der tätlichen Mißhandlung in Art. 241 Hannoversches Strafgesetzbuch oder auch der Stöße und Schläge in § 187 PreußStGB dem besseren Verständnis des Begriffs Mißhandeln durch Hervorhebung der vorzugsweise in Betracht kommenden,

⁸²¹ Stooss, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, 20 ff. m.w.N.

⁸²² So auch Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 10 Rn. 33 ff., 36. Dies zeigt sich u.a. in § 163 I Abs. 2 BGB: „Körperliche und seelische Mißhandlungen und andere entwürdigende Maßnahmen sind unzulässig“. Der Gesetzgeber macht sich somit den flexiblen Maßstab der üblen, unangemessenen Handlung nutzbar, um die Schranken zulässiger Erziehungsrechte zu bestimmen. Bei der Prüfung der Unangemessenheit von elterlichen Maßnahmen sollen auch Anlaß und Motive berücksichtigt werden, vgl. BT-Drs. 12/6364, 14 f.

⁸²³ Zur gemeingermanischen Bedeutung des Wechselseitigen, Verschiedenartigen Kienapfel, Körperliche Züchtigung und soziale Adäquanz im Strafrecht, 20 ff. m.w.N.

⁸²⁴ Behr, Ärztlich-operativer Eingriff und Strafrecht, 33; Heimberger, Strafrecht und Medizin 38; Welzel, Das deutsche Strafrecht, 289.

gegen die Körperinteressen gerichteten Begehungsweisen.⁸²⁵ Wenngleich die Verknüpfung der Realinjurien mit Tötlichkeiten auch auf einer noch unzureichenden Abgrenzung von Körperverletzungs- und Beleidigungsdelikten beruhte, verdeutlicht dieser Hintergrund den ursprünglichen Charakter der Körperverletzungshandlung als sozial mißbilligte Verhaltensweise. Die These, der historische Gesetzgeber habe zweckmäßige und vernünftige oder zumindest neutrale Einwirkungen auf den menschlichen Körper als Mißhandlung erklären wollen,⁸²⁶ erhärtet sich nicht vor dem Hintergrund der Gesetzgebungsgeschichte.

Diese Schlußfolgerung wird bestätigt durch die Subsidiarität des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes. Diese aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abzuleitende Beschränkung des Strafrechts gebietet, daß das Strafrecht als Grundlage stärkster staatlicher Sanktionen nur eingesetzt werden darf, wenn weniger belastende Mittel keinen ausreichenden Erfolg versprechen.⁸²⁷ Eine Konsequenz der ultima ratio strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes ist es, den Gegenstand strafrechtlicher Verbote auf außergewöhnlich sozialschädliche Verhaltensweisen zu beschränken.

Aufgrund dieser Überlegungen setzt ein körperliches ‚Miß‘-handeln ein den körperbezogenen Interessen des hiervon Betroffenen zuwiderlaufendes Tun bzw. bei entsprechender Garantenpflicht ein gleichzustellendes Unterlassen voraus. Ist diese Interessenkollision nicht wie beim Verabreichen einer Ohrfeige⁸²⁸ oder dem Überschütten mit Benzin⁸²⁹ zweifelsfrei erkennbar, bieten sich mehrere Möglichkeiten an, den wahren Inhalt der zu prüfenden - regelmäßig ambivalenten - Verhaltensweisen zu hinterfragen.

Zunächst könnte das von Weber⁸³⁰ und Geerds⁸³¹ angeführte, von Welzel⁸³² entwickelte Kriterium der Sozialadäquanz herangezogen werden. Mit seiner Hilfe werden sozial-übliche Verhaltensweisen als dem Bereich der sozialen Handlungsfreiheiten zugehörig

⁸²⁵ Vgl. RGSt 19, 140.

⁸²⁶ So aber i. E. RGSt 25, 375, 378 ff.

⁸²⁷ Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 2 Rn. 39.

⁸²⁸ BGH NJW 1990, 3156 f.; BGH bei Dallinger MDR 1973, 901; Hirsch, LK- StGB, § 223 Rn. 9.

⁸²⁹ BGH NJW 1995, 2643 (der Erfolg des körperlichen Mißhandelns wurde aufgrund der Besonderheiten des Falles im Ergebnis abgelehnt)

⁸³⁰ Arzt/ Weber, Strafrecht Bes. Teil, LH 1, Rn. 255, wonach das Anrempeln in der Straßenbahn aufgrund der Alltäglichkeit keine unangemessene Behandlung darstellt.

⁸³¹ Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, 29 f., rechnet den Heileingriff sowie Sportverletzungen der sozialen Adäquanz zu; Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 88 ff., verzichtet mit Hilfe der Sozialadäquanz auf die Zustimmung des Verletzten.

⁸³² Welzel, Deutsches Strafrecht, 56 f.

vom strafrechtlichen Begriff des Mißhandelns ausgeklammert.⁸³³ Eine Abgrenzung strafbarer von straflosen Verhaltensweisen anhand dieses zwar gängigen, bei näherer Betrachtung jedoch häufig bedenklich unbestimmten Tatbestandskorrektivs erweist sich vielfach als schwierig.⁸³⁴ Die Annahme der Sozialadäquanz setzt eine Wertung voraus, deckt aber nicht die zur Bestimmung notwendigen Merkmale auf. Darüber hinaus zeigt die Funktion der Sozialadäquanz, in ihrem Wortlaut zu weit geratene Tatbestandsformulierungen einzuschränken,⁸³⁵ daß ihr Anwendungsbereich sich nicht auf *lege artis* und mit wirksamer Einwilligung vorgenommene ärztliche Eingriffe erstreckt. Denn es geht hier - anders als z.B. im Bereich von Sportverletzungen bei freiwilliger Teilnahme am Wettkampf⁸³⁶ - darum, eine körperliche „Miß“-handlung aufgrund des Agierens im körperbezogenen Interesse des Betroffenen aus dem Tatbestand herauszufiltern.

Auch die Ansicht, wonach das körperliche Mißhandeln aus subjektiver Sicht des Betroffenen im Sinne des Hervorrufens körperlichen Mißbehagens auszulegen ist,⁸³⁷ vermag nicht zu überzeugen. Denn nach zutreffender Ansicht setzt das körperliche Mißhandeln nicht zwingend ein körperliches Unbehagen des Opfers voraus.

Hirsch findet demgegenüber die Lösung in einem objektiven Ansatz.⁸³⁸ Danach vollzieht sich die körperliche Mißhandlung in einem Vorgehen, welches das objektive Gerichtetsein gegen die Körperinteressen widerspiegelt. Mit diesem Kriterium spricht Hirsch einen bedeutsamen Gesichtspunkt an. Denn der Handlungsunwert und damit die sozialetische Wertwidrigkeit wird nicht allein durch den Entschluß, die geschützten Rechtsgüter zu verletzen, definiert. Er zeigt sich vielmehr gerade auch in objektiven, die Art und Weise des Handlungsvollzugs umschreibenden Merkmalen.⁸³⁹

Übertragen auf die inkriminierte Tathandlung des körperlichen Mißhandelns bedeutet dies, daß die Vorgehensweise mit darüber entscheidet, ob sie sich gegen den Körper des Opfers wendet oder - wie beim ärztlichen Handeln *lege artis* - Erhalt bzw. Wiederherstellung des körperlichen Wohlergehens oder der körperlichen Unversehrtheit das Geschehen prägen.

⁸³³ Zur strafrechtlichen Sozialkontrolle im Sport, Dölling, ZStW 96 (1984), 36, 55 ff.

⁸³⁴ Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 10 Rn. 33 ff.

⁸³⁵ Dölling, ZStW 96 (1984), 36, 57,

⁸³⁶ Ausführlich Dölling, ZStW 96 (1984), 36, 55 ff.

⁸³⁷ Schmitt, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für verletzende Eingriffe, 56.

⁸³⁸ Hirsch, LK-StGB, § 223 Rn. 6 beurteilt das üble, unangemessene Behandeln danach, ob sich im Handlungsvollzug das objektive Gerichtetsein gegen das Körperinteresse widerspiegelt. Für eine objektive Sicht der Unangemessenheit sprechen sich aus Eser, in: Schöнке/ Schröder, StGB, § 223 Rn. 4a; OLG Düsseldorf NJW 1991, 2919; OLG Oldenburg NJW 1966, 2133.

⁸³⁹ Zur dualen personalen Unrechtstheorie vgl. unter § 9 Punkt II. 2. der Abhandlung.

Auch wenn der Inhalt der *lex artis*⁸⁴⁰ aufgrund der sich ständig wandelnden medizinischen Erkenntnisse auf Dauer nicht festgeschrieben werden kann, sondern ebenso dynamisch ist wie das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit, so entspricht ein diesem Kodex verpflichtetes ärztliches Vorgehen nicht dem Regelfall des üblichen, unangemessenen Verhaltens. Grund hierfür ist, daß der Themenkomplex ‚Einhaltung bzw. Verletzung von Sorgfaltspflichten‘ ist nicht allein auf Fahrlässigkeitsdelikte beschränkt. Er kommt gleichermaßen beim Vorsatzdelikt - hier allerdings unter der Bezeichnung: „Zurechnung des Erfolges“ - zur Anwendung. Der Behauptung, daß zwischen dem Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikt eine Wesensverschiedenheit vorhanden sei,⁸⁴¹ sie im Verhältnis des *aliud stünden*, muß daher widersprochen werden.

Ganz besonders im „Arztstrafrecht“ wird deutlich, wie nahe bewußte Fahrlässigkeit und Vorsatz nebeneinander liegen. Der Arzt, der bei einer Risikooperation darauf vertraut, daß der Patient überlebt und geneset oder zumindest keine gesundheitlichen Einbußen zurück behält, muß bei seinem Eingriff dieselben Sorgfaltspflichten beachten wie derjenige, der - sei es aufgrund seiner etwas ängstlicheren Natur, seiner Erfahrung oder auch Gleichgültigkeit - das Mißlingen des Eingriffs ernst nimmt oder sich gar mit dem negativen Erfolg abfindet. Der höhere Bewußtseinsgrad beim Vorsatzdelikt, der bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen die fahrlässige Tötung zum Totschlag macht, entbindet den Arzt gerade nicht von der Einhaltung der Sorgfaltspflichten. Die im Handlungsunwert bestehende personale Komponente des Vorsatzunrechts verbietet vielmehr die bewußte und gewollte Verletzung der dem jeweiligen Tatbestand zugrunde liegenden gebotenen Sorgfalt. Denn neben dem Vorsatz ist Bestandteil des Handlungsunrechts, daß die Rechtsordnung in der konkreten Situation ein Andershandeln geboten hat, das Willensverhalten des Täters sich also als Verletzung der zu beachtenden Sorgfaltspflichten darstellt.⁸⁴² Damit ist die Mißachtung von Sorgfaltspflichten gerade auch für das Unrecht des Vorsatzdeliktes konstitutiv,⁸⁴³ was sich an folgendem Beispiel zeigt:

Arzt A operiert Patient P wegen eines Gehirntumors *lege artis* und mit dessen Einwilligung. Hierbei erhofft sich A, daß P Schmerzen erleiden und später auf das geistige Niveau eines Kleinkindes beschränkt sein werde. Tatsächlich treten beide Folgen aufgrund einer unvorhersehbaren Komplikation ein. Denkt man die Hoffnung des A, P werde Schmerzen erleiden und durch die Operation geistig eingeschränkt sein, hinweg, ist mangels Sorgfaltspflichtverletzung eine fahrlässige Körperverletzung zu verneinen.

⁸⁴⁰ Näher unter § 12 Punkt III ff. der Abhandlung.

⁸⁴¹ BGHSt 4, 341; kritisch Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, § 16 Rn. 56.

⁸⁴² Krauß, ZStW 76 (1964), 19, 47; Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantieprinzip, 244.

⁸⁴³ Herzberg, JuS 1996, 377, 381.

A brachte zwar das körperliche Wohlbefinden und die geistigen Funktionen des P in Gefahr, diese Folgen realisierten sich auch wie gehofft. Aufgrund der Beachtung der *lex artis* sowie der aufgeklärten Einwilligung des P ist A der konkrete Erfolg aber nicht zurechenbar. Denkt man die Hoffnung des A wieder hinzu, so erscheint es unlogisch, wollte man zwar den objektiven Tatbestand der Mißhandlung und der Gesundheitsschädigung⁸⁴⁴ bejahen, den subjektiven aber ablehnen,⁸⁴⁵ da der auf Verbesserung oder Erhaltung zielende Eingriff nicht vom Vorsatz getragen werden soll. Die Verneinung des Vorsatzes führt zu noch fragwürdigeren Ergebnissen, wenn der Vorsatz, der immerhin von der Hoffnung getragen war, daß P Schmerzen erdulden müsse und geistigen Schaden davon tragen solle, unterstellt würde.⁸⁴⁶ Denn in diesem Fall würde allein die böse Gesinnung des Täters die ärztliche Handlung zu einer (schweren) Körperverletzung umgestalten. Dieses Beispiel zeigt es deutlich: Es kann hier nicht primär um die Vorsatzproblematik gehen, sondern um den Bezugspunkt des Vorsatzes, den objektiven Tatbestand. Damit aber erlangen die Sorgfaltspflichten - wie z.B. die Beachtung fachlicher Regeln - auch im Rahmen des objektiven Tatbestandes Bedeutung.

Auf der Grundlage des individuellen Rechtsgutsverständnisses muß neben der *lex artis* die entsprechende Verfügungsmacht des Rechtsgutsträgers bei der Bestimmung des Handlungsunwerts Berücksichtigung finden. Ob der Patient Gesundheitsfürsorge betreiben will, in welchem Umfang und unter welchen Vorgaben, ist eine höchstpersönliche Entscheidung, die allein nach persönlichen Schwerpunkten und Wertvorstellungen getroffen wird. Entscheidet er sich gegen eine nach medizinischen Grundsätzen angezeigte und *lege artis* auszuführende Operation, so kann die Beachtung der *lex artis* bei einem dennoch durchgeführten eigenmächtigen Eingriff den verwirklichten Handlungsunwert nicht aufheben. Denn der Wille und die Willensfreiheit des Rechtsgutsträgers bestimmen den konkreten Status seiner körperlichen Integrität und seines Wohlbefindens. Sie sind integrale Bestandteile des geschützten Rechtsguts. Die Selbstbestimmung des Rechtsgutsträgers zielt auf Emanzipation, ist das Gegenteil von Fremdbestimmung. Die „Bestimmung“ bedeutet die aktive Verwirklichung des Willens, mit dem eigenen Körper und der Gesundheit autonom umzugehen. Die Synthese von objektivem Bestand des Schutzgutes und personalem Interesse⁸⁴⁷ widerspricht einer Verselbständigung und tatbestandlichen Abspaltung des Selbstbestimmungsrechtes. Auch wenn Hirsch davor warnt, in den Schutzbereich der Körperverletzungstatbestände

⁸⁴⁴ In Form der schweren Körperverletzung.

⁸⁴⁵ Heimberger, Strafrecht und Medizin, 62 f.; Welzel, Das deutsche Strafrecht, 66, 289.

⁸⁴⁶ v. Lilienthal, Die pflichtgemäße ärztliche Handlung und das Strafrecht, 44.

⁸⁴⁷ Grundlegend Engisch, ZStW 58 (1939), 1 ff.

andere Rechtsgüter einzubringen,⁸⁴⁸ so erscheint es nicht nur zulässig, sondern dringend geboten, die körper- und gesundheitsbezogene Autonomie in den Straftatbestand der Körperverletzung zu integrieren. Die Schaffung eines eigenen Straftatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung wäre ein mißverständlicher Umweg.⁸⁴⁹

b. Der Erfolg des körperlichen Mißhandelns

Der Erfolgsunwert des körperlichen Mißhandelns liegt in einer nicht nur unerheblichen Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens oder der körperlichen Unversehrtheit. Er umfaßt sowohl leichte körperliche Mißhandlungen, wie das Versetzen eines geringen Stromstoßes, wenn die hiermit verbundenen Beeinträchtigungen sich nicht lediglich auf ein leichtes Kribbeln beschränken,⁸⁵⁰ als auch körperlich schwere Mißhandlungen.⁸⁵¹ Letztere liegen vor, wenn die Integrität des Opfers erheblich verletzt, das heißt mit gravierenden Folgen für die Gesundheit oder heftigen Schmerzen verbunden ist, das Opfer z.B. mehrfach gegen den Kopf geschlagen wird und infolgedessen eine Siebbeinfraktur, eine Gesichtsschädelprellung mit Monokelhaematom und eine Trommelfellperforation erleidet.⁸⁵²

Die Bestimmung des Erfolgsunwerts muß sich unter anderem mit den nicht strafbewehrten Bagatelleingriffen auseinandersetzen. Das Kriterium des Nichtunerheblichen weist darauf hin, daß der durch die substanzverletzende Intervention oder die üble, unangemessene Behandlung herbeigeführte Erfolg im Vergleich zum vorher bestehenden Zustand eine zusätzliche, spürbare Verschlechterung ausmacht. Minimaleingriffe, wie das durch Anspucken hervorgerufene körperliche Unbehagen,⁸⁵³ werden zu Recht aus dem Tatbestand der Mißhandlung ausgeklammert.⁸⁵⁴ Wenn Horn⁸⁵⁵ darüber hinaus unerhebliche Eingriffe bei Vorliegen einer bösen Gesinnung unter die Tathandlung subsumiert, ist dieser extensiven Auslegung unter Hinweis auf die damit verbundene vorrangige Bestrafung von Gesinnungsunwert zu widersprechen.

⁸⁴⁸ Hirsch, LK-StGB, § 223 Rn. 6 sowie vor § 223 Rn. 1 ff.

⁸⁴⁹ A.A. Hirsch, in: Gedächtnisschrift für Zipf, 353 ff.; Schroeder, Besondere Strafvorschriften gegen Eigenmächtige und Fehlerhafte Heilbehandlung? 45 f.

⁸⁵⁰ Näher BGH StV 1998, 76 f.

⁸⁵¹ Der Eintritt der schweren körperlichen Mißhandlung ist als Qualifikationsgrund in § 250 Abs. 2 Nr. 3 a F. oder in § 176 Abs. 3 Nr. 2 StGB als Regelbeispiel eines besonders schweren Falles genannt.

⁸⁵² Zu § 250 Abs. 2 Nr. 3 a StGB n. F. BGH StV 1998, 488.

⁸⁵³ OLG Zweibrücken NJW 1991, 241.

⁸⁵⁴ Näher Hirsch, LK-StGB § 223 Rn. 9; Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, § 223 Rn. 4; Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, § 223 Rn. 4 f. jeweils mit zahlreichen Nachweisen.

⁸⁵⁵ Horn, SK-StGB, § 223 Rn. 7 ff.

Wird weiterhin nach dem Erfolg der Mißhandlung gefragt, muß berücksichtigt werden, daß das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit eine relative und zugleich dynamische Größe beschreibt. Sie charakterisiert das vom Verfügungsbewußtsein des Rechtsgutsträgers umfaßte „In-Funktion-Sein“ der körperlichen Integrität und damit einen körperlichen Zustand, in dem sich der Betroffene vor der Intervention befindet, mag er auch bereits indisponiert sein. Der Erfolgsunwert des körperlichen Mißhandelns kann sowohl in der nicht nur unerheblichen Minderung des vorhandenen körperlichen Zustandes als auch des körperlichen Wohlbefindens liegen. Wird ein bereits „vorgeschädigter“ Körper mißhandelt, so hindert dieser Umstand nicht, daß das Opfer in seiner körperlichen Integrität verletzt wird oder Schmerzen erleidet. Denn entscheidend ist, ob sich der Zustand nach der Beeinträchtigung nachteilig von dem vorherigen unterscheidet.⁸⁵⁶ Gilt die Handlung demgegenüber der Wiederherstellung der körperlichen Integrität, so ist der Erfolg oder Mißerfolg nicht an schmerzenden oder sonst körperlich bzw. gesundheitlich belastenden Zwischenschritten zu bemessen. Desinfiziert die Mutter die leichte Knieabschürfung, die sich ihr Sohn beim Spielen zugezogen hat, mit einer vorübergehend brennend wirkenden Lösung, so stellt diese auf Wundheilung ausgerichtete Handlung trotz des schmerzenden Zwischenerfolges keine Mißhandlung dar. Maßnahmen, die sich darin erschöpfen, eine Besserung des körperlichen Wohlbefindens zu erzielen, wie eine Körpermassage, oder zumindest keine nachteilige Veränderung bewirken, zu denken ist an eine Ultraschalluntersuchung des Unterbauches, sind mangels Erfolgsunwerts⁸⁵⁷ nicht tatbestandsmäßig. Keine Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit ist das Beschädigen von künstlichen, mit dem Körper nicht fest verbundenen Körperersatzteilen und Hilfsmitteln sowie von natürlichen, aber vom Körper getrennten⁸⁵⁸ Bestandteilen. Diese sind nicht (mehr) vom Schutz des § 223 StGB erfaßt.⁸⁵⁹

Nimmt man die durch das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit und des körperlichen Wohlbefindens mitgeschützte Verfügungsbefugnis ernst - wofür ein an den Grundwerten der Verfassung und damit auch an der Selbstbestimmung des mündigen Menschen ausgerichtetes Rechtsgutsverständnis ausreichend Veranlassung bietet -, so ist der Wille des Opfers konstituierender Faktor auch des Erfolgs(-un-)werts. Die Verfügungsbefugnis geht jedoch nicht über den tatbestandsmäßigen Schutz der objektiv-

⁸⁵⁶ Horn, a.a.O., § 223 Rn. 5; Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, § 223 Rn. 4.

⁸⁵⁷ Soweit die Handlungen *lege artis* und mit Einwilligung erfolgen, entfällt bereits der Handlungsunwert, so daß sich die Frage nach dem Erfolgsunwert erübrigt.

⁸⁵⁸ Zur nur vorübergehenden Trennung, soweit eine enge raum-zeitliche Verbindung zum Körper bestehen bleibt, z.B. das Blut, das durch die Dialyse gereinigt und unverzüglich dem Körper wieder zugeführt wird, vgl. unter § 6 Punkt II. 3. der Abhandlung.

⁸⁵⁹ Näher unter § 6 Punkt II. und § 7 der Abhandlung.

biologischen Komponenten hinaus. Anderenfalls geriete die Körperverletzung entgegen ihrem beschränkten Normzweck zu einem allgemeinen Delikt zum Schutz der Autonomie.⁸⁶⁰ Daraus folgt: Bespritzt der Täter sein Opfer mit wenig Benzin, so bewirkt die zugleich vorliegende Eigenmächtigkeit nicht den Erfolgsunwert einer tatbestandsmäßigen und damit nicht nur unerheblichen Verletzung der körperbezogenen Verfügungsbefugnis. Schlägt der Täter hingegen mit Wucht gegen die Brust des wehrlosen Opfers, so liegt auch im Hinblick auf die körperbezogene Autonomie der Erfolgsunwert der Körperverletzung vor.

c. Körperliches Mißhandeln und ärztliches Behandeln

Die nun besonders interessierende Frage, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen, eine ärztliche Behandlung als körperliches Mißhandeln gilt, bemißt sich an Hand des Handlungs- wie des Erfolgsunwerts des zu begutachtenden Vorgehens.

aa. Konkretisierung des Handlungsunwerts

Der Begriff der körperlichen Mißhandlung ist flexibel.⁸⁶¹ Der Handlungsunwert der substanzverletzenden Einwirkung oder der üblen, unangemessenen Behandlung setzt - wie bereits dargelegt - eine objektiv dem personalen Interesse an der Unversehrtheit des Körpers zuwiderlaufende Einwirkung voraus. Die Anwendung dieser Maßstäbe auf die medizinische Behandlung ermöglicht es, im Rahmen des Üblen, Unangemessenen Anlaß und Motive der körperlichen Einwirkung zu berücksichtigen. Dabei kommt dem Arzt-Patienten-Verhältnis als einer zwischenmenschlichen Beziehung besonderer Art wesentliche Bedeutung zu. Die dem Arzt anvertrauten Güter wie Leben, Gesundheit, Menschenwürde, die Teilnahme an der Intimsphäre des Patienten, das hohe Maß an medizinischer Fachkunde und damit verbunden an Verantwortung⁸⁶² sowie die Grundsituation, in der der Patient zumindest temporär sein Wohl und Wehe in die Hände des Arztes legt, erfordern beiderseitiges Vertrauen.⁸⁶³ Die Übertragung der körper- und gesundheitsbezogenen Eigenverantwortung auf den Arzt, worin weder zwangsläufig ein Rückschritt zu der traditionellen hippokratischen Ethik im Sinne der paternalistischen

⁸⁶⁰ Gegen eine Umwandlung der Delikte zu unspezifisch-allgemeinen Delikten gegen die Autonomie Küper, JZ 1986, 219, 226.

⁸⁶¹ So ausdrücklich zu dem in § 1631 Abs. 2 BGB geregelten Verbot körperlicher und seelischer Mißhandlungen BT-Drs. 12/6343, 14 f.

⁸⁶² Rössler, in: Gross/ Hilger/ Kaufmann/ Scheurlen (Hrsg.), Ärztliche Ethik, 17 ff.

⁸⁶³ Laufs, Recht und Gewissen des Arztes, Heidelberger Jahrbücher, XXIV (1980), 1.

Bevormundung des Patienten⁸⁶⁴ noch eine Degradierung des Arztes zum ‚Werkzeug‘ des Patienten zu sehen ist, bedingt zugleich die fachliche Dominanz des Arztes. Er beherrscht durch die freie und damit persönliche Verantwortung begründende Behandlung als Zentralgestalt das konkrete medizinische Geschehen. Sein fachlich bedingter medizinischer Handlungsspielraum, häufig extensiv als ‚ärztliches Ermessen‘⁸⁶⁵ bezeichnet, verdeutlicht, daß eine vollständige Emanzipation des Patienten - trotz informed consent - aufgrund der Natur der Sache kaum möglich ist. Die hiermit regelmäßig einhergehende Abhängigkeit des Patienten bewirkt als notwendiges Korrelat zum einen die fachliche Verpflichtung des Arztes, den medizinischen Sachverhalt zu diagnostizieren, die gesundheitliche Einschränkung zu therapieren oder gegebenenfalls präventive Maßnahmen zu ergreifen und Behandlungsfehler zu vermeiden. Neben der Pflicht zur Behandlung *lege artis*⁸⁶⁶ besteht zum anderen die Verpflichtung, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu wahren. Diese Vorgaben sind bereits auf der Ebene des Tatbestandes zu berücksichtigen, da dieser nicht wertfrei ist, sondern nur sozialwidriges Verhalten als tatbestandsmäßig charakterisiert. Damit konkretisiert nicht allein die objektive biologisch-körperliche Unversehrtheit, sondern auch das personale körperbezogene Verfügungsinteresse des Patienten die Angemessenheit des ärztlichen Vorgehens.⁸⁶⁷ Als Ausfluß der verfassungsrechtlich garantierten Autonomie bestimmt der Patient im Rahmen des informed consent das Ob und Wie der allein durch die Sittenwidrigkeit, § 228 StGB, begrenzten Behandlung und steht damit dem Arzt als gleichberechtigter und mündiger Partner gegenüber. Statt blind auf die ärztliche Berufskunde und -ethik zu vertrauen, entscheidet er nach entsprechender Aufklärung - soweit möglich - eigenverantwortlich über sein Leben, sein körperliches Wohlbefinden, seine körperliche Unversehrtheit, seine Gesundheit und damit auch darüber, ob er sich ärztlichen Maßnahmen unterzieht.

Lehnt der Patient eine körperliche Maßnahme ab, die objektiv im Interesse seiner Gesundheit und seines körperlichen Wohlergehens erforderlich ist, steht und fällt mit dieser höchstpersönlichen Entscheidung der Handlungsunwert eines körperlichen Behandeln. Durch das Verweigern z.B. einer Bluttransfusion aus Gewissensgründen entzieht der Patient dem Arzt die Befugnis, in seinen Körper einzugreifen. Obgleich

⁸⁶⁴ Denn es liegt regelmäßig allein beim Patienten, das Ob und je nach Komplexität der Behandlung deren Wie zu bestimmen.

⁸⁶⁵ Näher Eser, in: Marquard/ Seidler/ Staudinger (Hrsg.), *Ethische Probleme des ärztlichen Alltags*, 78 ff., sowie nachfolgend unter § 12 Punkt V. der Abhandlung.

⁸⁶⁶ Die sich um die *lex artis* rankenden Fragen werden unter § 12 Punkt II. IV. behandelt.

⁸⁶⁷ Bottke, *Suizid und Strafrecht*, 145 ff., 151; deutlich Horn, *SK-StGB*, § 223 Rn. 35 ff., (zweispurige Lösung); Krauß, in: *Festschrift Bockelmann*, 572; Schwalm, in: *Festschrift Bockelmann*, 539; für das zivilrechtliche Schrifttum vgl. Deutsch, *NJW* 1965, 1989.

die Transfusion dem objektiven körperlichen Wohl des Patienten entspricht, stehen seine persönlichen Wertvorstellungen entgegen, so daß die dennoch durchgeführte Behandlung das Merkmal der Unangemessenheit erfüllen würde.

Der gegen diesen ‚Einverständnisansatz‘ zentral vorgebrachte Einwand, daß ebenso wie bei der Einwilligungslösung Aufklärungsmängel zu Körperverletzungen umformuliert würden,⁸⁶⁸ vernachlässigt die wesentliche Bedeutung des grundgesetzlich verankerten Selbstbestimmungsrechtes des Patienten. Denn der Handlungsunwert der Körperverletzung bestimmt sich nicht allein danach, ob der Arzt unter Einsatz der erforderlichen Fachkenntnisse die Behandlung korrekt durchführt.⁸⁶⁹ Maßgebend ist vielmehr auch, ob die Behandlung dem Willen des aufgeklärten Patienten entspricht. §§ 223, 229 StGB stehen nicht unter dem Motto: ‚Wer heilt, hat recht‘. Anderenfalls würde der Arzt privilegiert, der zwar sorgfältig, aber ohne bzw. gegen den Willen des im Mittelpunkt der ärztlichen Behandlung stehenden Patienten vorgeht.

Operiert der Arzt ohne tatbestandsausschließende Einwilligung,⁸⁷⁰ verwirklicht er bereits mit Eröffnen des künstlichen Zugangs zum Operationsgebiet den Tatbestand des körperlichen Mißhandelns. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob der Eingriff medizinisch indiziert war sowie lege artis und mit Erfolg durchgeführt wurde. Denn unter diesen Voraussetzungen ist das Rechtsgut der körperbezogenen Verfügungsfreiheit verletzt, so daß es sich um einen sozialwidrigen und damit unangemessenen Eingriff handelt.⁸⁷¹

Diese Konzeption des Handlungsunwertes verdeutlicht, daß die mögliche Strafbarkeit des Arztes wegen körperlichen Mißhandelns nicht auf den Erfolg oder Nichterfolg der Heilbehandlung abstellt,⁸⁷² soweit sein Vorgehen lege artis und in Abstimmung mit dem Patienten erfolgt. Damit wird der Besonderheit Rechnung getragen, daß der menschliche Körper nicht bis in alle Details erforscht ist und der Arzt folglich nicht für alle Eigentümlichkeiten und unkalkulierbaren Entwicklungen eintreten kann, die aus einem Eingriff in den lebenden Organismus entstehen.⁸⁷³ Würde der Arzt unter

⁸⁶⁸ Gropp, Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung, 535, 539.

⁸⁶⁹ So auch Bottke, Suizid und Strafrecht, 152 m.w.N.

⁸⁷⁰ Der Begriff der Einwilligung ist bewußt gewählt, um zu verdeutlichen, daß nicht die Regeln des tatbestandsausschließenden Einverständnisses anzuwenden sind, sondern nur eine fehlerfreie Zustimmung dem informed consent entspricht.

⁸⁷¹ Die ggf. vorhandene Heilungstendenz läßt den auf die Autonomieverletzung bezogenen Mißhandlungsvorsatz nicht entfallen. Denn soweit der Arzt zumindest mit dolus eventualis in die körperliche Integrität des Patienten interveniert, kann lediglich das Unrechtsbewußtsein ausgeschlossen sein.

⁸⁷² So auch Eser, ZStW 97 (1985), 1, 12; Krauß, in: Festschrift Bockelmann, 556, 562.

⁸⁷³ Zu den hieraus folgenden Konsequenzen für die Beweislast und Beweisführung im zivilrechtlichen Arzthaftungsprozeß Müller, NJW 1997, 3049 ff.

Sanktionsandrohung für den Eintritt eines bestimmten Erfolges haftbar gemacht, würde ihm die Unwägbarkeit des Erfolgsrisikos aufgebürdet und somit die rechtliche Beurteilung gegebenenfalls dem Zufall untergeordnet.⁸⁷⁴ Dies aber hätte zwangsläufig eine Ausweitung der Defensivmedizin⁸⁷⁵ zu Lasten des Patienten zur Folge. Darüber hinaus muß das Strafgesetz zum Zeitpunkt der Vornahme bzw. des pflichtwidrigen Unterlassens der gebotenen Handlung eindeutig festlegen, ob sie gegen das normierte Verbot verstößt.⁸⁷⁶ Bei Abstellen auf den tatsächlichen Erfolg oder Mißerfolg würde zwangsläufig ein mit Art. 103 Abs. 2 GG nicht zu vereinbarender Schwebezustand geschaffen werden.

bb. Ärztliche Behandlung und Heilbehandlung

Bei der Bestimmung des Handlungsunwerts einer ärztlichen Behandlung wird die bereits an früherer Stelle aufgeworfene Frage virulent, ob neben der *lex artis* sowie dem informed consent eine weitere Einschränkung zu fordern ist. Hierbei handelt es sich um das objektive Erfordernis der ‚Heilbehandlung‘ oder zumindest die subjektive Zwecksetzung des Arztes,⁸⁷⁷ den Patienten mit dem Willen zu heilen medizinisch zu betreuen.

Zahlreiche Stimmen des Schrifttums⁸⁷⁸ und etliche Reformvorschläge beschränken die gesonderte strafrechtliche Wertung ärztlichen Verhaltens auf die ‚Heil‘-Behandlung oder den ‚Heil‘-Eingriff und damit auf indizierte oder präventive diagnostische oder therapeutische Vorgehensweisen. Kosmetische Operationen, fremdnützige Organexplantationen bei Lebenden, aber auch Blut- und Plasmaspenden zugunsten Dritter sollen nach allgemeinen Grundsätzen bewertet werden. Ob ein ärztliches Vorgehen angezeigt ist, um Krankheiten, Leiden, Körperschäden, körperliche Beschwerden oder seelische Störungen zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern⁸⁷⁹ - und deshalb Heilbehandlung ist - wird nach den Erfahrungen und Erkenntnissen der Heilkunde und den Grundsätzen eines gewissenhaften Arztes beurteilt.

Bereits diese Programmsätze zeigen, daß sie kaum dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot standhalten können. Denn was nach den Grundsätzen eines gewissenhaften Arztes angezeigt ist, was den Erfahrungen und Erkenntnissen der Heilkunde entspricht, ist ein Konglomerat von sich ständig wandelnden medizinischen

⁸⁷⁴ Engisch, ZStW 58 (1939), 1, 9.

⁸⁷⁵ Hierzu „Defensives Denken in der Medizin“. Irrweg oder Notwendigkeit? 11. Symposium für Juristen und Ärzte der Kaiserin-Friedrich-Stiftung für das ärztliche Fortbildungswesen.

⁸⁷⁶ So bereits Engisch, ZStW 58 (1939), 1, 9.

⁸⁷⁷ Wie z.B. § 229 E 1996 vorsah.

⁸⁷⁸ Hirsch, in: Gedächtnisschrift für Zipf, 353, 364 f.

⁸⁷⁹ § 161 E 1962 sowie Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, § 223 Rn. 9.

und ethischen Erkenntnissen,⁸⁸⁰ verbunden mit einem deutlichen Überschuß an ärztlichem Paternalismus. Wollte man über die Annahme des Tatbestandes der Körperverletzung den Heilzweck oder die Heilabsicht entscheiden lassen, würde dem Arzt zudem eine Orientierungsleistung - verbunden mit dem entsprechenden Risiko, die Situation falsch einzuschätzen - aufgebürdet, die der verantwortlichen Selbststeuerung des Patienten obliegt. Denn Selbstbestimmung bedeutet auch Selbstverantwortung. Darüber hinaus würde sich die Rechtsordnung eine Vernunfthoheit über den einzelnen anmaßen, die ihr verfassungsrechtlich nicht zusteht. Vielmehr liegt es beim Patienten zu bestimmen, ob er eine körperliche Veränderung für erforderlich erachtet, wie z.B. eine Korrektur der Nase, der Augenlider, der Figur. Kommt der Arzt diesem wirksamen Verlangen durch einen Eingriff, der die Regeln der ärztlichen Kunst beachtet und nicht die Grenze der Sittenwidrigkeit überschreitet, nach, so ist weder der Handlungs- noch Erfolgsunwert der Körperverletzungsdelikte erfüllt. Anderenfalls würde das Recht des Patienten, über seinen Körper und sein körperliches Wohlbefinden selbst zu bestimmen, der fachlichen Vernunfthoheit Dritter unterstellt; diese würden dann darüber entscheiden, ob z.B. die Fettabsaugung zur Schonung der Gelenke oder aus Gründen der Ästhetik, die Implantation von Kopfharen zur Besserung depressiver Erkrankungen oder zur Verschönerung der äußereren Erscheinung, die Korrektur einer zu groß oder zu klein geratenen Brust aus medizinischen Gründen indiziert oder als reine Schönheitsoperation sozial unwertig im Sinne der Körperverletzungshandlung ist.⁸⁸¹

Einem solch weitgreifenden fremdbestimmten Paternalismus ist jedoch entgegenzutreten. Auf das einschränkende Merkmal der ‚Heil‘-Behandlung sollte daher verzichtet werden. Denn liegt eine Indikation nicht vor, weil der Patient nicht krank ist im Sinne der medizinischen Erkenntnisse, wünscht er aber dennoch einen Eingriff, so ist der behandelnde Arzt auch in diesen Fällen verpflichtet, all seine ärztliche Sorgfalt anzuwenden, um den erstrebten Erfolg herbeizuführen. Kommt er dieser Verpflichtung nach und hat der Patient nach vollständiger therapeutischer Beratung wie Selbstbestimmungsaufklärung⁸⁸² in die Behandlung eingewilligt, so gibt es keinen Grund, diesen Eingriff aus strafrechtlicher Sicht anhand anderer Maßstäbe zu bewerten als eine indizierte Behandlung.⁸⁸³ Denn der positive Handlungssinn einer ordnungsgemäß

⁸⁸⁰ Zu ‚Standard‘ und ‚Therapiefreiheit‘ vgl. § 12 Punkt V. und VI. der Abhandlung.

⁸⁸¹ Vgl. Paeffgen, NK-StGB, § 226a Rn. 37.

⁸⁸² Abgrenzung beider Rechtsinstitute in § 13 der Abhandlung.

⁸⁸³ So bereits Engisch, in: Stich/ Bauer (Hrsg.), 1521 f.; 1536; Hartmann, Eigenmächtige und fehlerhafte Heilbehandlung, 191 f.; Horn, SK-StGB, § 226a Rn. 20; Kohlhaas, Medizin und Recht, 113 ff.; Paeffgen, NK-StGB, § 226a Rn. 37; Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 13 Rn. 25; a.A. Hirsch, LK-StGB, § 226a Rn. 44 m.w.N.; Jescheck/ Weigend, Strafrecht Allg. Teil, § 34 I. 1. c.; Maurach/ Schroeder/ Maiwald, Strafrecht Bes. Teil/1, § 8 Rn. 38.

erbrachten ärztlichen Leistung wird nicht dadurch gemindert, daß der Patient, der die Leistung in Anspruch nimmt, gesund ist. Solange die gesetzgeberische Mißbilligung der ärztlichen Behandlung nicht aus der Rechtsordnung klar ersichtlich⁸⁸⁴ oder die Grenze der Sittenwidrigkeit, § 228 StGB, nicht überschritten ist,⁸⁸⁵ gibt es keinen Grund, indizierte und nichtindizierte ärztliche Behandlungen unter strafrechtlichen Gesichtspunkten unterschiedlich zu bewerten.

cc. Zwischenresultat

Willigt der aufgeklärte und mündige Patient in die Behandlung lege artis ein, zieht das ärztliche Tun kein strafrechtliches Unwerturteil der Rechtsgemeinschaft nach sich. Der Arzt nimmt vielmehr die ihm kraft seiner Grundrechte garantierte berufsbezogene (Be-)Handlungsmöglichkeit wahr. Aufgrund der dualistischen Konzeption des Handlungsunwertes liegt aus Sicht des Strafrechts keine üble, unangemessene Behandlung und somit nicht der Handlungsunwert des körperlichen Mißhandelns vor.

dd. Erfolgsunwert ärztlicher Behandlung

Der dem Handlungsunwert nachgelagerte Erfolgsunwert des körperlichen Mißhandelns spiegelt sich in der nicht unerheblichen Beeinträchtigung des - insbesondere bei vorhandenen körperlichen oder gesundheitlichen Einschränkungen - relativ zu verstehenden körperlichen Wohlbefindens oder der körperlichen Unversehrtheit. Bagatelleingriffe, wie minimal-diagnostische Maßnahmen, so z.B. das Abtasten des Körpers oder die Behandlung mit Gammastrahlen in geringster Dosis,⁸⁸⁶ führen in der Regel nicht zu erheblichen Beeinträchtigungen des körperlichen Wohlbefindens oder der körperlichen Unversehrtheit. Die Behandlung mit Gammastrahlen in zur Tumورvernichtung ausreichender Dosis greift allerdings auch bei Einsatz der zur größtmöglichen Schonung des Gewebes entwickelten Techniken, wie der Mehrfeldtechnik oder der Einzeithochdosisbestrahlung bei kleineren Gehirntumoren oder -metastasen,⁸⁸⁷ in die körperliche Unversehrtheit des Patienten ein. Denn hierbei muß zwangsläufig gesundes Gewebe mitbestrahlt werden, dessen Zellen durch die Strahlen verändert

⁸⁸⁴ Z.B. in § 8 TPG (Zulässigkeit der Organspende unter Lebenden), §§ 5 ff. TFG (Zulässigkeit der Transfusion), die Vorgaben des Arzneimittelgesetzes (Zulässigkeit von Therapiestudien und Experimenten). Zu letzteren Deutsch, Medizinrecht Rn. 525 ff.

⁸⁸⁵ Zur verfassungskonformen Auslegung von § 228 StGB vgl. unter § 14 Punkt I. 2. d. der Abhandlung.

⁸⁸⁶ LG München NSStZ 1982, 470; Jung, Anm. zu BGH MedR 1998, 326, 329 ff.

⁸⁸⁷ Hierzu Menhorn-Zylka, einblick 1997, Heft 1, 34 f.

und geschädigt werden.⁸⁸⁸ Zwar ist die Strahlentherapie im Normalfall mit Nebenwirkungen verbunden, die aber bei ordnungsgemäßer Dosierung in der Regel alsbald wieder abklingen, wie Rötungen der Haut, Übelkeit und Erbrechen. Das bestrahlte Gewebe, zum Beispiel die Haut, bleibt auch nach dem Abklingen der akuten Nebenwirkungen anfälliger für Verletzungen und heilt schwerer. Angesichts dieser Nebenwirkungen und möglichen Folgen ist der mit der Strahlenanwendung verbundene Eingriff in den menschlichen Organismus durchaus als erheblich anzusehen.⁸⁸⁹ Hat der Patient in diese Intervention nicht wirksam eingewilligt und ist der behandelnde Arzt hierüber informiert, richtet sich sein Wille auf die Herbeiführung des Erfolgsunwerts. Damit liegt unter diesen Voraussetzungen sowohl der Handlungsunwert des vorsätzlichen körperlichen Mißhandelns⁸⁹⁰ als auch der Erfolgsunwert vor.⁸⁹¹ Sind die objektiven Handlungsmerkmale des § 223 StGB allein in der Vorstellung des Arztes vorhanden, wenn er z.B. irrig davon ausgeht, daß der entscheidungsfähige Patient nicht wirksam in die Operation eingewilligt hat,⁸⁹² so bezieht sich der Unwert der Tat auf die Betätigung des deliktischen Willensentschlusses. In diesem Fall liegt ein - seit dem 6. Strafrechtsreformgesetz strafbarer - Versuch der Körperverletzung vor, § 223 Abs. 2 StGB.

Greift der Arzt hingegen - wie beim Pulsfühlen - nur unerheblich in das körperliche Wohlbefinden ein, so verletzt diese geringfügige Eigenmächtigkeit nicht die strafrechtlich geschützte körperbezogene Autonomie. Ihr Schutz wird ebenso wie der der biologischen Komponenten durch die tatbestandlichen Voraussetzungen begrenzt. Erleidet der Patient hingegen aufgrund einer kunstwidrigen Behandlung nicht unerhebliche Schmerzen, so ist dieser Sachverhalt regelmäßig nicht von der Einwilligung des Patienten gedeckt. Der Erfolgsunwert liegt unter diesen Voraussetzungen sowohl in der objektiv-biologischen Komponente der Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens als auch in der Verletzung der körperbezogenen Verfügungsbefugnis. Nimmt der Arzt einen Eingriff *lege artis*, aber ohne wirksame Einwilligung des Patienten vor, so besteht der Erfolgsunwert in der Autonomie-, nicht aber der biologischen Integritätsverletzung.

⁸⁸⁸ Zu den Tumor- und Therapiefolgen bei Kindern nach Bestrahlung des ZNS vgl. Rickert, DÄBl 95 (1998), C 1429 ff.

⁸⁸⁹ BGH NJW 1998, 1802, wobei allein auf die Verletzung der körperlichen Unversehrtheit abgehoben, die Tathandlung nicht konkret bestimmt wurde; OLG Stuttgart NJW 1983, 2644 f. Zur Entfernung von Warzen mittels Röntgenstrahlen BGH NJW 1972, 335, 336.

⁸⁹⁰ Und bei strahlenbedingten Mutationen auch der Gesundheitsbeschädigung, vgl. BGH NJW 1998, 833 f.

⁸⁹¹ Roxin, Strafrecht Allg. Teil/I, § 13 Rn. 17.

⁸⁹² Hierzu Welzel, ZStW 58 (1939), 491, 564 Fn. 96.

ee. Ergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß der Handlungsunwert des körperlichen Mißhandelns entfällt, soweit die ärztliche Behandlung *lege artis* und mit wirksamer Einwilligung des Patienten erfolgt. Fehlt zumindest eine dieser Voraussetzungen, ist zu prüfen, ob die Behandlung zu einer nicht unerheblichen Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens oder der körperlichen Unversehrtheit geführt hat.

2. Schädigen an der Gesundheit

In deutlichem Gegensatz zu den seit mehr als einem Jahrhundert andauernden Diskussionen der Strafrechtsdogmatik um eine allgemeingültige Begriffsbestimmung des körperlichen Mißhandelns steht die überwiegende Einmütigkeit bei der Interpretation des Merkmals ‚beschädigen‘ bzw. seit dem 6. Strafrechtsreformgesetz ‚schädigen‘.⁸⁹³ Es mag die scheinbar größere Einfachheit bzw. Verständlichkeit der mit höherem deskriptivem Gehalt ausgestatteten Ausführungshandlung sein, die - ohne gründliche Durchleuchtung des Begriffsinhalts - zur Definition des Schädigens der Gesundheit als ‚Herbeiführung oder Steigerung eines vom Normalzustand der körperlichen oder seelischen Funktionen abweichenden pathologischen Zustandes‘⁸⁹⁴ führt. Was hierunter zu verstehen ist, soll nachfolgend erläutert werden.

a. Wörtliche Auslegung

Der Begriff des ‚Schädigens‘ umschreibt bei wörtlicher Auslegung eine schadensstiftende Einwirkung, so daß die Gesundheit verletzt, die Unversehrtheit eingeschränkt, beeinträchtigt oder aufgehoben wird. Der hierdurch implizierte Begriff des Schadens wird in der Strafrechtsdogmatik - im Unterschied zum Zivilrecht - nicht als zentraler, vor die Klammer des Besonderen Teils gezogener Terminus, sondern schwerpunktmäßig im Rahmen besonderer Deliktgruppen, wie z.B. der Vermögensdelikte, §§ 263, 266 StGB, diskutiert.⁸⁹⁵ Im Vergleich dazu finden sich bei anderen ‚Schädigungs‘-Delikten, wie der Körperverletzung, nur knappe Ausführungen. Dieser Befund erstaunt, da die mit dem Beschädigungserfolg regelmäßig verbundene Rechtsgutsverletzung im Sinne einer nachteiligen Veränderung eines gegebenen Rechtsgutsobjekts bzw. -subjekts, soweit sie nicht in der restlosen Zerstörung besteht, quantifizierbar ist.⁸⁹⁶ Das Strafrecht versteht -

⁸⁹³ BT-Drs. 13/8587, 36.

⁸⁹⁴ Ulsenheimer, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 139 Rn. 14 f.

⁸⁹⁵ Wessels/ Hillenkamp, Strafrecht Bes. Teil/2, Rn. 538 ff.

⁸⁹⁶ Zur Bestimmung des Erfolgs als „nachteilige Veränderung eines gegebenen Rechtsgutsobjekts“, vgl. Puppe, NK-StGB, vor § 13 Rn. 75 ff.

entsprechend dem allgemeinen Sprachgebrauch - unter Schaden jede Einbuße, die jemand tatsächlich im Bestand oder Zustand seiner Rechtsgüter wie Gesundheit, Ehre oder Vermögen erleidet. Damit folgt die Strafrechtsdogmatik dem bereits im Preußischen Allgemeinen Landrecht I 6 § 1 verwandten natürlichen oder realen Schadensbegriff.⁸⁹⁷ Diese Bezeichnung darf freilich nicht dahingehend mißverstanden werden, daß der natürliche Schaden rein deskriptiv und damit wertfrei ist. Die Einbuße an Rechtsgütern impliziert vielmehr die Annahme eines Wertes als Bezugspunkt der Beeinträchtigung und damit eine Beurteilung, eine Wertung. Denn, um mit Zeuner⁸⁹⁸ zu sprechen:

„Ein Loch ist als solches noch kein Schaden. Es kann vielmehr eine nützliche Einrichtung sein. Ein Schaden [...] setzt immer voraus, daß sich der ins Auge gefaßte Zustand von einem anderen, gewissermaßen dem Idealzustand, nachteilig unterscheidet“.

Ist demgemäß ein Schaden nicht schlicht eine deskriptive Gegebenheit, so bedarf die Feststellung der Einbuße auch im Strafrecht eines wertbezogenen Vergleichs zweier, infolge des Schadensereignisses verbundener Lagen. Als Vergleichsobjekt dient der Zustand vor sowie nach dem schadenstiftenden Ereignis.

Neben dieser Schadensfeststellung muß die Interpretation das Moment des ‚Erleidens‘ in den Mittelpunkt der Betrachtung stellen. Diese essentielle, gleichwohl häufig völlig außer acht gelassene Restriktion dient der Abgrenzung zu einer freiwilligen Hingabe oder Verfügung über ein Rechtsgut. Sie bringt zum Ausdruck, daß den Geschädigten ein Ereignis trifft, welches dieser nicht gewollt, regelmäßig nicht vorhergesehen bzw. nicht in seine Lebensplanung miteingestellt und damit unfreiwillig hinzunehmen hat.⁸⁹⁹ Die Tathandlung des Schädigens beschreibt demzufolge eine unfreiwillige nachteilige Einwirkung auf Rechtsgüter Dritter.⁹⁰⁰ Dieser Feststellung kommt in zweierlei Hinsicht erhebliche Bedeutung zu: Die Ermittlung der nachteiligen Veränderung bedarf - wie bereits festgestellt - eines Wertevergleichs des Gesundheitszustandes vor und nach dem zu begutachtenden Ereignis. Darüber hinaus bestimmt die Unfreiwilligkeit und damit der Wille des von der Einwirkung Betroffenen über das Vorhandensein einer Schädigung.

⁸⁹⁷ Vgl. Teichmann, in: Jauernig (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, vor §§ 249 - 253 II. 1 f.

⁸⁹⁸ Zeuner, AcP 163 (1963), 382.

⁸⁹⁹ Für das Zivilrecht vgl. Larenz, Schuldrecht Band I, § 27 II.

⁹⁰⁰ So i. E. auch Bottke, Suizid und Strafrecht, 153; a.A. Rain, Die Einwilligung des Sportlers beim Doping, 24.

b. Auslegung nach dem Bedeutungszusammenhang

Als weitere Auslegungshilfe bietet sich - ebenso wie bei der Interpretation des Begriffs Gesundheit - ein Vergleich des ‚Schädigens‘ in §§ 223, 229 StGB mit dem des § 218a Abs. 2 StGB a. F., der früheren medizinischen Indikationsregelung zum Schwangerschaftsabbruch, an. § 218a Abs. 2 StGB a.F. sah vor, daß

„der [...] vorgenommene Schwangerschaftsabbruch nicht rechtswidrig ist, wenn nach ärztlicher Erkenntnis der Abbruch notwendig ist, um eine Gefahr für das Leben der Schwangeren oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung ihres körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes abzuwenden, [...]“.

Unter dem Begriff der Beeinträchtigung, der nach den Protokollen⁹⁰¹ weiter ist als der des Gesundheitsschadens, ist - unabhängig davon, ob über die im Rahmen von § 218a StGB zu stellende Prognose richtig entschieden wurde - eine zwar nicht zwingend dauerhafte, aber doch zumindest Spuren hinterlassende Verschlechterung des Gesundheitszustandes zu verstehen. Diese Ausführungen lassen den Rückschluß auf die Schadensintensität im Rahmen von § 223 StGB zu. Da die Beeinträchtigung sowie der Schaden in einem graduellen Stufenverhältnis stehen, bedeutet nicht jede Verschlechterung des Gesundheitszustandes einen Schaden. Vielmehr muß die Schädigung das Maß der reinen Beeinträchtigung überschreiten. Nach welchem Maßstab dieses Maß zu bestimmen ist, kann aus dem Vergleich mit der Tathandlung des körperlichen Mißhandelns entnommen werden. Ebenso wie das körperliche Mißhandeln dem Bagatellbereich zuzuordnende Eingriffe nicht erfaßt, muß bei der Gesundheitsschädigung die Beeinträchtigung einerseits zwar nicht von Dauer sein,⁹⁰² andererseits aber die Grenze des Unerheblichen überschreiten.⁹⁰³

Weiterhin findet sich im Rahmen der Indikation von § 218a Abs. 3 StGB a.F. die Regelung, „wenn nach ärztlicher Erkenntnis dringende Gründe für die Annahme sprechen, daß das Kind [...] an einer nicht behebbaren - schwerwiegenden - Schädigung des Gesundheitszustandes leiden würde, [...]“. Schwerwiegende, nicht behebbare Schädigungen waren solche, die dem Kind nur kurze Überlebenschancen gaben oder schwere und irreparable körperliche Schäden oder psychische Leiden mit sich brachten.⁹⁰⁴ Der Vergleich von §§ 223, 229 StGB und § 218a Abs. 3 StGB a. F. läßt den Gegenschluß zu, daß es im Rahmen von §§ 223, 229 StGB nicht auf die Frage der Behebbarkeit der Schädigung bzw. darauf ankommen kann, ob der Nachteil schwerwiegend ist.

⁹⁰¹ Protokoll 7/1576; RegE, VI/3434, 20. Vgl. auch Dreher/ Tröndle, StGB, 41. Auflage, 1983, § 218a Rn. 11.

⁹⁰² Küper, Strafrecht Bes. Teil, 148.

⁹⁰³ BGH NJW 1998, 833, 835; Eser, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 223 Rn. 4a; Ulsenheimer, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 139 Rn. 15.

⁹⁰⁴ Prot. VI, 2188 f.

c. *Teleologische Auslegung*

Die zunächst aus dem Wortlaut und dem Vergleich zu § 218a a.F. StGB gewonnene Erkenntnis wird durch die teleologische Auslegung gestützt. Ebenso wie die Tathandlung ‚körperliches Mißhandeln‘ einen nicht unerheblichen Eingriff voraussetzt, bedingt der Begriff des Schädigens die Gesundheit verletzende und damit deren Unversehrtheit zumindest teilweise aufhebende Einwirkungen.

Als Maßstab der hierzu geforderten Intensität - normalerweise als Herbeiführung oder Steigerung eines pathologischen Zustandes bezeichnet⁹⁰⁵ -, gilt bisweilen, ob ihre Behebung einen medizinischen Heilungsprozeß erforderlich macht.⁹⁰⁶ Hirsch hingegen läßt mit Recht neben dem medizinischen den körpereigenen Heilungsprozeß genügen.⁹⁰⁷ Was krank oder gesund ist, wird durch die körperliche Verfassung des Betroffenen bedingt. Ob ein medizinischer Heilungsprozeß oder die körpereigene Regenerationskraft den krankhaften Zustand zu verändern vermögen, ist u.a. davon abhängig, welchen Stellenwert der Rechtsgutsträger derlei gesundheitlichen Einschränkungen sowie der Notwendigkeit, medizinische Hilfe in Anspruch zu nehmen, beimißt. Die Entscheidung, bei einem HWS-Trauma, grippalen Infekt, Migräneanfall oder bei Schnitt- bzw. Bißverletzungen medizinische Maßnahmen einzuleiten oder davon abzusehen, wird häufig nach der persönlichen Empfindlichkeit sowie der Einschätzung der Selbstheilungskraft des Körpers getroffen. Theoretische Vorstellungen davon, welche Situationen im Interesse der Gesundheit einer medizinischen Betreuung bedürfen, bleiben zu unklar, um hieran einen generellen Maßstab anlegen zu können.

Weiterhin gebietet die Rechtsgutsbezogenheit der Tathandlung Gesundheitsschädigung - ebenso wie die des körperlichen Mißhandelns -, gesundheitliche Eingriffe erst bei Verletzen des individuellen Verfügungsinteresses an der körperlichen Unversehrtheit § 223 Abs. 1 2. Alt. StGB zu unterstellen. Denn die tangierten Rechtsgüter Gesundheit wie körperliche Unversehrtheit sind für den Inhaber erst von Wert, wenn er über sie verfügen kann.⁹⁰⁸ Dieser bereits von Keßler im Jahre 1884⁹⁰⁹ angesprochene Gedanke hat in Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 GG ein festes verfassungsrechtliches Fundament gefunden. Eine Handlung vermag das geschützte Rechtsgut nicht zu verletzen, wenn sie aufgrund einer freien Entscheidung und damit Entfaltung des Rechtsgutsträgers vorgenommen wird.⁹¹⁰ Denn die Verfügungsbefugnis des Rechtsgutsträgers ist

⁹⁰⁵ Vgl. BGH NJW 1998, 833, 835.

⁹⁰⁶ RGSt 64, 113, 119; Ahlers, Doping und strafrechtliche Verantwortlichkeit, 30; Horn, SK-StGB, § 223 Rn. 20.

⁹⁰⁷ Hirsch, LK-StGB, § 223 Rn. 12.

⁹⁰⁸ Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, 42 f.

⁹⁰⁹ Keßler, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, 68.

⁹¹⁰ Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 13 II 1.

konstituierendes Element des Schutzgutes. Wird ein Dritter aufgrund eines irrtumsfreien und autonomen Entschlusses ersucht, in einer bestimmten Weise auf den Körper des diese Handlung Nachfragenden einzuwirken, liegt hierin - in den Grenzen des § 228 StGB - keine nachteilige Beeinträchtigung, so daß bei diesem von der Verfügungsfreiheit des Rechtsgutsträgers getragenen Tun keine tatbestandliche Schädigung der Gesundheit vorliegt.⁹¹¹

Zu einem anderen Ergebnis zwingt auch nicht die Vorschrift des § 228 StGB, wonach der Täter einer Körperverletzung trotz Einwilligung des Betroffenen rechtswidrig handelt, wenn die Tat gegen die guten Sitten verstößt. Die häufig gezogene Schlußfolgerung, daß die Einwilligung des Rechtsgutsträgers erst auf der Ebene der Rechtswidrigkeit Wirkung entfaltet, ist nicht zwingend. Der Gesetzgeber behandelt allein die Sittenwidrigkeit der Tat trotz Einwilligung als Rechtswidrigkeitsfrage. Damit ist aber keine Aussage über die Verortung der Einwilligung im Straftatenaufbau getroffen.⁹¹²

d. Schädigen der Gesundheit unter medizinischen Aspekten

Praktische Bedeutung gewinnt die Auslegung des Merkmals Gesundheitsschädigung im Kontext der ärztlichen Behandlung.⁹¹³ Das Merkmal des Schadens erfordert auch im Rahmen von § 223 StGB die Feststellung einer realen Einbuße. Dem Erfolgsunwert vorgelagert ist jedoch der Handlungsunwert. Dieser entfällt auch im Rahmen der Gesundheitsbeschädigung bei der aus ex-ante Sicht lege artis durchgeführten und vom informed consent getragenen ärztlichen Behandlung.⁹¹⁴ Daher kommt es für die Beurteilung des Handlungsunwerts weder auf den tatsächlichen medizinischen Erfolg noch die damit verknüpften Nebenfolgen an.⁹¹⁵ Sie erfolgt nicht anhand des vom Zufall

⁹¹¹ Vgl. Stratenwerth, ZStW 68 (1956), 41, 43.

⁹¹² Maurach/Zipf, Strafrecht Allg. Teil/1, § 17 Rn. 66; Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 13 Rn. 27.

⁹¹³ Die Erörterungen zur Restriktion der „Heilbehandlung“, vgl. § 11 VI 1. c. bb. der Abhandlung, gelten hier entsprechend.

⁹¹⁴ Statt vieler (der Stellenwert der Entscheidungsautonomie wird unterschiedlich bewertet), Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, § 223 Rn. 9b; Engisch, ZStW 58 (1939), 1, 5, 9; Laufs, NJW 1969, 529; Eb. Schmidt, 44. DJT-Gutachten, 1962, 4. Teil, 188; Deutsche Gesellschaft für Chirurgie, in: Gutachten und Stellungnahme zu Fragen der Strafrechtsreform mit ärztlichem Einschlag, 141, mit zusätzlichem Hinweis auf die ärztliche Ethik sowie das Vorliegen einer Einwilligung; Deutsche Gesellschaft für Psychiatrie und Nervenheilkunde, in: Gutachten und Stellungnahme zu Fragen der Strafrechtsreform, 52.

⁹¹⁵ So aber Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 66 ff.; Hirsch, LK-StGB, § 223 Rn. 1, 3; Arthur Kaufmann, ZStW 73 (1961), 341, 372 ff.; Otto, Die einzelnen Delikte, 64; Schroeder, Besondere Strafvorschriften gegen Eigenmächtige und Fehlerhafte Heilbehandlung? 20.

abhängigen, sondern des prognostizierten Ausgangs.⁹¹⁶ Abweichungen hiervon können nur Berücksichtigung finden, soweit sie nach medizinischer Erfahrung vorhersehbar waren und keine andere Bewertung der Handlung rechtfertigen. Ohne diesen flexiblen Beurteilungsmaßstab würde der Arzt zu einem Erfolg verpflichtet, dessen Eintreten er bei einem Eingriff in den lebenden Organismus nicht garantieren kann. Die Medizin vermag eindeutige Aussagen über den Nutzen einer eingeschlagenen Therapie kaum zu treffen. Sie beschränkt sich vielmehr im Regelfall darauf, eine statistische Wahrscheinlichkeit mitzuteilen. Auch wenn für den einzelnen Patienten die Statistik nebensächlich ist, vermag der Arzt den Erfolg seines Tuns im Regelfall nicht zuzusichern, sondern kann ihn nur intendieren. Ihm dennoch die Unwägbarkeiten des Erfolgsrisikos aufzubürden und damit die rechtliche Beurteilung gegebenenfalls vom Zufall abhängig zu machen,⁹¹⁷ hätte die Degradierung der Behandlung zum Glücksspiel zur Folge.

Damit ist zugleich ein entscheidender Einwand gegen die Erfolgstheorie⁹¹⁸ formuliert: Wird auf den Gesamterfolg abgestellt, so kann bei Vornahme der ärztlichen Handlung nicht eindeutig festgestellt werden, ob sie tatbestandsmäßig ist oder nicht. Dieses Ergebnis ist aber weder normtheoretisch haltbar noch mit dem Regelungsprogramm der Körperverletzungsdelikte zu vereinbaren. Nur wenn die rechtliche Bedeutung des Wirkens zum Zeitpunkt der Vornahme der Handlung feststeht, kann der Normadressat sein Verhalten an den Strafgesetzen ausrichten.⁹¹⁹

Aber auch die Schwächen der Einzelaktstheorie, wonach die strafrechtliche Beurteilung ärztlicher Behandlungen an den einzelnen, die körperlich-biologische Integrität beeinträchtigenden Akt, nicht aber an die damit intendierte oder tatsächlich eingetretene Verbesserung oder Erhaltung des körperlichen Gesamtbefindens anzuknüpfen habe,⁹²⁰ werden deutlich. Die durch die ärztliche Behandlung tatsächlich bedingten vorübergehenden Einschränkungen des körperlichen Wohlsseins oder der körperlichen Funktionen können nicht Anknüpfungspunkt strafrechtlichen Unrechts sein. Je umfassender der menschliche Körper erforscht wird, desto spektakulärer und komplexer entwickeln sich die medizinischen Behandlungsmethoden. Organtransplantationen, technischer Organersatz sowie die Apparatemedizin bedingen höchst verflochtene Arbeitsabläufe. Hier isoliert auf den einzelnen Akt, d.h. jeden Schritt der Operation abzustellen, reißt lebens- und

⁹¹⁶ Engisch, ZStW 58 (1939), 1, 9, spricht von dem „zu erwartenden wahrscheinlichen Ausgang“.

⁹¹⁷ Engisch, a.a.O.

⁹¹⁸ Näher unter § 3 Punkt II. 3. b. der Abhandlung.

⁹¹⁹ Gropp, Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung, 536, 539.

⁹²⁰ Vgl. bereits RGSt 25, 379 und BGH NJW 1998, 833, 835 m.w.N.

praxisfremd einen einheitlichen, vielschichtigen Vorgang willkürlich auseinander mit der untragbaren Konsequenz, daß durch diese Zerstückelung der positive, auf den Menschen hin gerichtete Handlungssinn in sein Gegenteil verkehrt wird. Will man dieses nicht, muß im klaren Gegensatz zur heutigen, mehr als 100jährigen Rechtsprechung dem Arzt der prognostizierte Gesamttakt mit all seinen integrierten Bestandteilen zugute gehalten werden.⁹²¹ Anderenfalls wird die strafrechtliche Beurteilung medizinischer Behandlungen von den tatsächlichen, sprungartigen, unumkehrbaren Entwicklungen in der Medizin sowie den geänderten gesellschaftlichen Anschauungen, die den Menschen mehr denn je als autonome, selbstbestimmte Persönlichkeit begreifen, abgekoppelt und verliert ihre innere Berechtigung. Diese Konzeption liegt auch im Interesse des Patientenschutzes. Denn wenn der Arzt z.B. bereits mit invasiver Eröffnung des Operationsfeldes im Rahmen einer indizierten und nach Aufklärung vorgenommenen Operation tatbestandliches Unrecht verwirklicht, ist es nachvollziehbar, daß mit Hilfe der dem Patientenwohl häufig abträglichen Defensivmedizin⁹²² versucht wird, den bereits ausgelegten juristischen Fangstricken auszuweichen.

Die modifizierende Ansicht von Eser erklärt die Verfügungsbefugnis des Rechtsgutsträgers zum konstituierenden Element des Tatbestandes, wenn die Heilmaßnahme entweder zu einer Gesundheitsverschlechterung oder zu einem wesentlichen Substanzeingriff, d.h. wesentlichen Substanz- oder Funktionsverlusten oder ähnlichen gravierenden Persönlichkeitsveränderungen führt.⁹²³ Bei Heilmaßnahmen hingegen, die ohne wesentliche Substanzveränderung den gesundheitlichen Gesamtzustand erhalten oder verbessern, soll keine materiale Körperinteressenverletzung vorliegen, so daß die Notwendigkeit einer tatbestandsausschließenden Einwilligung insoweit nicht bestehe. Neben den Argumenten, die bereits gegen die „Erfolgstheorie“ sprechen und auch hier Gültigkeit besitzen, ist gegen die modifizierende Konstruktion zusätzlich einzuwenden, daß sich die körper- wie gesundheitsbezogene Verfügungsbefugnis nicht allein auf die Frage wesentlicher Substanzverluste beschränkt.⁹²⁴ Zwar wird bei der Amputation von Gliedmaßen aufgrund der Veränderung der äußeren Erscheinung die hiermit einhergehenden Beschränkung der individuellen Entfaltung besonders deutlich. Gleichwohl verwirklichen andere ärztliche Eingriffe, selbst bei einer nur vorübergehenden Verschlechterung der körperlichen Leistungsfähigkeit, gleichermaßen den Erfolgsunwert der Gesundheitsschädigung,

⁹²¹ Vgl. Bottke, Suizid und Strafrecht, 149.

⁹²² Instruktiv „Defensives Denken in der Medizin. Irrweg oder Notwendigkeit?“ 11. Symposium für Juristen und Ärzte der Kaiserin-Friedrich-Stiftung für das ärztliche Fortbildungswesen.

⁹²³ Eser, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 223 Rn. 31.

⁹²⁴ Auf diesen Widerspruch weist bereits Hirsch, LK-StGB, vor § 223 Rn. 4 hin.

soweit sie nicht dem Willen des Patienten entsprechen. Denn die durch § 223 StGB geschützte Autonomie erschöpft sich nicht in einem Substanzerhaltungsinteresse. Sie betrifft ebenso die Frage, ob der Patient mit Rücksicht auf eine gewisse Unsicherheit des beabsichtigten Erfolges unmittelbare gesundheitliche Risiken des Eingriffs scheut⁹²⁵ oder welches Austauschrisiko besteht, wenn der Eingriff erfolgt, um anderenfalls zu erwartende gesundheitliche Gefahren zu vermeiden.⁹²⁶

Aber auch der von Horn gewählte Weg der zweispurigen Lösung⁹²⁷ vermag nicht zu überzeugen. Zwar anerkennt er im Unterschied zur allein auf die biologische Körperlichkeit abstellenden Ansicht die doppelte Schutzrichtung der Körperverletzungsdelikte. Seine Empfehlung, den Schutz des Selbstbestimmungsrechtes allein dem körperlichen Mißhandeln zuzuordnen, den der körperlichen Unversehrtheit hingegen der Gesundheitsschädigung, überzeugt aber nicht. Gegen diese Zweiteilung spricht entscheidend, daß sie - im Ergebnis systemwidrig - unter dem Dach von § 223 StGB sowohl einen Straftatbestand der eigenmächtigen ärztlichen Behandlung als auch einen der fehlerhaften Behandlung vereinigt. Diese Aufteilung ist jedoch künstlich. Bei der tatbestandsausschließenden Einwilligung betont Horn, daß es ihm ausschließlich um die Selbstbestimmung gehe. Die körperbezogene Verfügungsbefugnis ist aber im Regelfall untrennbar mit der biologisch-körperlichen Existenz des Rechtsgutsträgers verbunden. Darüber hinaus erfüllt ein ärztliches Vorgehen, das die Regeln der ärztlichen Kunst außer acht läßt, ebenso den Handlungs- und Erfolgsunwert des körperlichen Mißhandelns wie der nicht ärztlich bewirkte Verlust an Körpersubstanz. Das Beiseitelassen der Selbstbestimmung im Rahmen der Gesundheitsschädigung entspricht - wie die Auslegung des Merkmals „Schädigen“ verdeutlicht - nicht dem Wortsinn dieses Tatbestandsmerkmals. Auch die Intention Horns, durch die zweispurige Lösung mangels Quantifizierbarkeit des Selbstbestimmungsrechtes⁹²⁸ den Weg zu der qualifizierten Körperverletzung abzuschneiden, kann nicht ohne Widerspruch hingenommen werden. Ebenso wie eine Eigenmächtigkeit bei unerheblichen körperlichen Beeinträchtigungen keine strafbare Mißhandlung darstellt, ist der Eingriff in die körperbezogene Verfügungsbefugnis steigerbar. Verliert das Opfer durch die Körperverletzung zusätzlich seine Fortpflanzungsfähigkeit im Sinne von § 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB, so beschränkt

⁹²⁵ Zur Risikoauflklärung als Teil der Selbstbestimmungsaufklärung vgl. § 13 Punkt II. 2. c. der Abhandlung.

⁹²⁶ Zur Aufklärung beim Austausch eines „manifesten potentiell äußerst komplikationsträchtigen Schadens der Fehlbildung einer angeborenen Gallengangsyste gegen eine fakultative Disposition zu entzündlichen infektiösen Störungen der Gallenwege“, BGH NJW 1990, 2989.

⁹²⁷ SK-StGB, § 223 Rn. 36.

⁹²⁸ Horn, SK-StGB, § 223 Rn. 38.

sich dieser negative Erfolg nicht allein auf die biologische Veränderung, sondern gewinnt insbesondere unter dem Aspekt Bedeutung, daß die Lebensplanung im Hinblick auf den Wunsch, Nachkommen zu zeugen, zerstört und somit in die körperbezogene Entscheidungsfreiheit massiv eingegriffen wird.⁹²⁹

e. Zusammenfassung

Die lege artis vorgenommene ärztliche Behandlung entspricht nicht den tatbestandlichen Voraussetzungen der Gesundheitsschädigung, wenn sie mit wirksamer tatbestandsausschließender Einwilligung des Patienten und unter der Prognose durchgeführt wird, die vorhandene bzw. drohende körperliche oder gesundheitliche Beeinträchtigung abzuwenden oder zu mildern. Daß sich hierbei vorübergehend der Gesundheitszustand verschlechtert oder auch Körperteile entfernt werden müssen, hindert nicht die positive Gesamtbetrachtung der ärztlichen Intervention.

⁹²⁹ Zurecht stellte der BGH deshalb in seinem Urteil vom 4.10.1999, MedR 2000, 231 ff., bearb. Tag, bei rechtswidriger Sterilisation auch eine schwere Körperverletzung zur Diskussion.

§ 12 Regeln der ärztlichen Kunst

Die bisherigen Erörterungen verdeutlichen, daß die provokante Frage: „Ärztliche Behandlung als strafbare Körperverletzung?“ weder vom sozialen Kontext der ärztlichen Behandlung noch von der körper- und gesundheitsbezogenen Verfügungsfreiheit des Rechtsgutsträger losgelöst beurteilt werden kann. Nicht isolierte, rein kausale und aus dem Handlungszusammenhang herauspräparierte Aktionen und Reaktionen bilden den Gegenstand strafrechtlicher Bewertung, sondern sozial sinngelitetes Handeln. Folglich kann nur der Arzt das Handlungs- und Erfolgsunrecht der Körperverletzungsdelikte verwirklichen, dem im Rahmen der Behandlung ein Behandlungsfehler unterläuft oder/ und der gegen den Willen des Patienten die Behandlung durchführt bzw. pflichtwidrig unterläßt.⁹³⁰ Daher werden im folgenden die zwei großen Themenbereiche ‚Behandlung lege artis‘ sowie ‚Einwilligung des Patienten‘ im Mittelpunkt der Betrachtungen stehen.

I. Der Bezugspunkt

Die Behandlung gemäß den Regeln der ärztlichen Kunst umfaßt das ärztliche Vorgehen als solches und damit die gesamte Bandbreite von der Voruntersuchung über die Diagnose, Therapieentscheidung und Durchführung der Behandlung bis hin zu der Nachsorge. Aber nicht nur bei der eigentlichen Behandlung, sondern auch in ihrem Umfeld bestehen grundlegende Pflichten der Behandlungsseite, deren Mißachtung dazu führen kann, daß der Patient körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit geschädigt wird. So zählen die fehlerfreie horizontale wie vertikale Zusammenarbeit von Ärzten und Pflegepersonal, die Überwachung der eingesetzten Geräte, die Organisation des Behandlungsablaufes sowie die Kommunikation der Beteiligten zur Aufgabe der ärztlichen Leitung.⁹³¹ Aufgrund der Vielgestaltigkeit der zu beachtenden Regeln und Pflichten ergibt es sich beinahe von selbst, daß weder der Begriff des Handelns lege artis⁹³² noch der des Kunstfehlers noch der umfassendere des Behandlungsfehlers einheitlich interpretiert werden. Da sich die denkbaren Möglichkeiten der Kunst- oder Behandlungsfehler ins Uferlose verlieren, wird nachfolgend der Schwerpunkt der Ausführungen auf das Vorgehen lege artis im engeren Sinne sowie

⁹³⁰ Zur Garantenstellung des Arztes vgl. § 17 Punkt I. der Abhandlung.

⁹³¹ Eser, ZStW 97 (1985), I, 9 ff.

⁹³² Vgl. z.B. § 81a StPO „nach den Regeln der ärztlichen Kunst“[...].

die hiermit verbundene Therapiefreiheit gelegt. Im Anschluß daran sollen - ohne in jedes Detail zu gehen⁹³³ - weitere mit der Behandlung verbundene Pflichtenbereiche aufgezeigt werden, bevor der Komplex ‚Selbstbestimmungsaufklärung‘ im Mittelpunkt der Betrachtungen stehen wird. Hierbei darf jedoch nicht außer acht gelassen werden, daß ein Fehler in der Behandlung⁹³⁴ oder der Wahrung der Entscheidungsautonomie⁹³⁵ zwar möglicherweise zu einer Gefährdung, nicht aber zwingend zu einer Verletzung der körperlichen Unversehrtheit führt. Die für das vollendete Delikt erforderliche Kausalität zwischen Handlung und Erfolg, für das versuchte Delikt zumindest mit bedingtem Vorsatz vom Tatentschluß umfaßte Kausalität sowie die insbesondere im Unterlassungsbereich auftretenden Schutzlücken werden daher im Anschluß an die Grundsätze der lex artis sowie der Selbstbestimmungsaufklärung erörtert.

II. Der Kernbereich ärztlichen Handelns

Die klassische Pflicht des behandelnden Arztes ist es, den Patienten bestmöglich medizinisch zu betreuen. Der hierbei zu beachtende Pflichtenkatalog, der dem ärztlichen Handeln sein besonderes Gepräge verleiht, wird traditionell mit der Beachtung der lex artis umschrieben. Welche Anforderungen an das Vorgehen lege artis zu stellen sind, wird von unterschiedlichen Faktoren bedingt. Um diesen einen begründeten Boden zu unterlegen, soll im folgenden die Verrechtlichung der lex artis dargestellt und analysiert werden.

III. Die Verrechtlichung der lex artis

1. Überblick

Die ärztliche Kunst sowie die Diskussion um das regelwidrige Abweichen hiervon stehen - seitdem es die Medizin gibt - im Interesse der Öffentlichkeit. Aber auch die medizinischen und juristischen Fachkreise sind mit dieser Thematik seit langem auf unterschiedlichste Weise befaßt. So beschrieb der Abgeordnete Löwe in den

⁹³³ Instruktiv zu zahlreichen Kunstfehlern Eser, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 223 Rn. 35a; Mallach/ Schlenker/ Weiser, Der ärztliche Kunstfehler.

⁹³⁴ Zutreffend Eser, ZStW 97 (1985), 1, 9.

⁹³⁵ Wenn der Arzt z.B. davon ausgeht, der Patient sei bereits umfassend über den vorzunehmenden Eingriff aufgeklärt, der Patient aber auf eine umfassende Aufklärung verzichtet, da ihm die bereits erhaltene Grundaufklärung ausreicht. Zu den Voraussetzungen des Aufklärungsverzichts vgl. § 13 Punkt VII. 11 der Abhandlung.

Verhandlungen über den Erlaß der Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund die von ihm als Kreisphysikus wahrgenommene Aufgabe der Überwachung der Medizinalpfuscherei als unangenehm, die sich hieraus entwickelnden Verfahren als häßlichste Prozesse, weil „dabei immer das natürliche Rechtsgefühl selbst des Richters in Konflikt kommt mit den Anforderungen des Strafgesetzbuches“.⁹³⁶

Wenngleich die Gesetze gegen die Medizinalpfuscherei längst aufgehoben wurden, so hat sich die Debatte um die ärztlichen Kunstfehler, im modernen Sprachgebrauch häufig mit dem Oberbegriff des Behandlungsfehlers⁹³⁷ bezeichnet, bis heute nicht erledigt. Ganz im Gegenteil: Die mannigfaltig aufgetretenen Probleme sind durch den Fortschritt in der Medizin erst zur Blüte gediehen. Unter welchen Voraussetzungen eine ärztliche Behandlung als sachgemäß und damit als *lege artis* zu bewerten ist, ob bzw. inwieweit dem Arzt eine Einschätzungsprärogative und eine Wahl zwischen unterschiedlichen Behandlungsmethoden zukommt, wird vor dem Hintergrund strafrechtlicher wie zivilrechtlicher Haftung gegenwärtig mehr denn je kontrovers diskutiert.

Hierbei gehen die Ansichten bereits bei der Begriffsbestimmung der ärztlichen Kunst sowie des hiermit naturgemäß verbundenen Kunstfehlers als einem der Dreh- und Angelpunkte unsachgemäßer medizinischer Behandlungen auseinander. Zwar erscheinen die Inhalte der genannten Termini zunächst aus der Natur der Sache heraus einleuchtend und vom allgemeinen Sprachgebrauch anerkannt. Bei genauer Betrachtung treten aber etliche Fragen zutage. Dies rührt daher, daß bei der Interpretation des Begriffs der ärztlichen Kunst notwendigerweise tief in medizinische Gebiete mit der Zielsetzung eingedrungen werden muß, hieran rechtliche Wertungen zu knüpfen. Dem zur juristischen Beurteilung aufgerufenen Nichtarzt mangelt es dazu aber vielfach an Sachwissen sowie therapeutischer Erfahrung. Zwar mag die Barriere der fehlenden Sachkunde mit Hilfe medizinischer Sachverständiger in mancher Hinsicht überwunden werden.⁹³⁸ Aber selbst bei fachkundiger Unterstützung können höchst verschiedenartige Auffassungen hervortreten,⁹³⁹ zumal die allein mit naturwissenschaftlichen Erkenntnissen häufig nicht

⁹³⁶ So der Abgeordnete Löwe, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, I. Leg. periode, Session 1869, Erster Band, 330.

⁹³⁷ Z.B. Giesen, Arzthaftungsrecht, Rn. 68 ff.; Laufs, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 99 Rn. 5 (krit. zum Begriff des ‚Kunstfehlers‘); Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, § 223 Rn. 9; Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, § 223 Rn. 9c. Differenzierend Deutsch, Medizinrecht, Rn. 172 ff.

⁹³⁸ Giesen, R., MedR 1997, 17, 21; Loeckle, NJW 1962, 170 f.; Mezger, Deutsche Zeitschrift für die gesamte gerichtliche Medizin, Bd. 42 (1953), 365, 371. Zur Problematik der Begutachtung aufgrund der unterschiedlichen Fachkompetenz von Gerichtsmedizinern und Sachverständigen Janssen/ Püschel, MedR 1998, 119 ff.

⁹³⁹ Hiersche/ Graf-Baumann, in: Laufs (Hrsg.), Entwicklung der Arzthaftung, 299 ff. Heute noch instruktiv Haberland, JW 1932, 3304.

erfaßbare menschliche Krankheitsbewältigung auch für den Sachverständigen Erschwernisse birgt.⁹⁴⁰ Für den urteilenden Nichtarzt ist die Hürde, der Wirklichkeit rechtlich angemessen zu begegnen, noch höher angesetzt. Überdies befindet sich die ärztliche Behandlung im Spannungsfeld zwischen Vertretern der Schulmedizin und denen der besonderen Therapierichtungen.⁹⁴¹ Die Budgetkürzungen im Gesundheitswesen, die Rationalisierungsbestrebungen in Form von Leitlinien und Evidence Based Medicine sowie die Aufnahme der besonderen Therapierichtungen in den Leistungskatalog des § 2 Abs. 1 SGB V tragen zusätzlich dazu bei, die nicht immer sachliche Diskussion um die Wirksamkeit der unterschiedlichen Therapierichtungen besonders stark hervortreten zu lassen.

Neben diesen eher allgemeinen Schwierigkeiten muß eine strafrechtliche Untersuchung ‚der Regeln der ärztlichen Kunst‘ deren unmittelbar begriffsbezogene Besonderheiten näher beleuchten. Zu der - wie zu zeigen sein wird - im Ergebnis allerdings nicht unüberwindlichen Hürde semantischer Einwände gesellen sich weiterhin gewichtige inhaltliche Fragen. So bedarf es einer Diskussion des sachlichen wie des temporären Bezugspunkts der *lex artis*. Auch ist zu klären, ob bzw. inwieweit dem Arzt aufgrund seiner Fachkompetenz ein juristischen Wertungen entzogener Entscheidungsspielraum zusteht, er mithin in eigener Verantwortung einer von mehreren Behandlungsmöglichkeiten den Vorzug geben kann. Damit naturgemäß verbunden ist die Inhaltsbestimmung des Kunstfehlers. Beachtung verdient hierbei, ob die ‚Regeln der Kunst‘ als verbindliche Grundlage rechtlicher Beurteilung medizinischer Vorgänge existieren oder sich die Medizin als „veränderlichste aller Wissenschaften“⁹⁴² und damit wie die Kunst im heutigen Sinne jeder Kategorisierung entzieht. In diesem Kontext interessiert, ob lediglich ein verbindlicher Bodensatz tradierten Wissens oder ein anerkanntes, zwingend zu beachtendes Regelwerk besteht. Zu diskutieren ist weiterhin, ob ein Kunstfehler in jedem ordnungswidrigen Vorgehen des Arztes liegt,⁹⁴³ ob auf den Begriff des Kunstfehlers zugunsten des Behandlungsfehlers verzichtet⁹⁴⁴ und ob zwischen dem Kunstfehler als dem Verstoß gegen die allgemein anerkannten Grundsätze der ärztlichen Wissenschaft und den sonstigen Sorgfaltspflichtverletzungen⁹⁴⁵ unterschieden werden sollte.

⁹⁴⁰ Ulsenheimer, in: Laufs (Hrsg.), Entwicklung der Arzthaftung, 27, 31.

⁹⁴¹ Hierzu findet sich eine Flut von Veröffentlichungen, die hier aus Platzmangel nicht annähernd zitiert werden kann. Vgl. Jung, ZStW 97 (1985), 47 ff.; Loeckle, NJW 1962, 1750, 1754; Koch, DÄBl 94 (1997), C 2068; Diskussionsforum zum Beitrag von Krämer/Habermann, DÄBl 94 (1997), C 1314, DÄBl 94 (1997), C 2225 - C 2228.

⁹⁴² So Krauß, in: Jung/ Schreiber (Hrsg.), Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht, 141, 148.

⁹⁴³ Vgl. Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 45 f.

⁹⁴⁴ Laufs, Arztrecht, Rn. 469.

⁹⁴⁵ BGHZ 8, 138; 88, 248, 252.

2. Die Wortbedeutung der ärztlichen Kunst

Wählt man als Ausgangspunkt der Interpretation den Wortlaut, so ist - im Einklang mit etlichen Literaturstimmen⁹⁴⁶ - festzustellen, daß sich der Begriff der ärztlichen Kunst - entsprechend dem früher üblichen Sprachgebrauch - auf das Verbalabstraktivum von Können bezieht. Kunst steht als Synonym von Wissen, Erfahrung, Fähigkeit, Fertigkeit und damit handwerklicher wie manueller Geschicklichkeit, steht für die lateinischen Begriffe *scientia*, *ars*, *arteficiū*, *machina*⁹⁴⁷ und den vormodern zu verstehenden Begriff der griechischen *téchne*.⁹⁴⁸

3. Die ärztliche Kunst in der historischen Rechtssprache

Diese ältere Bedeutung des Wortes Kunst findet ihren Niederschlag in der früheren Rechtssprache. Hoffmann⁹⁴⁹ bezeichnete Mitte des 19. Jahrhunderts in seiner Abhandlung über die Gewerbefreiheit den Wundarzneibetrieb als Übergang vom Handwerk zur Kunst. Seine Sichtweise wurde von dem schrittweisen, doch unaufhaltsamen Einzug komplexer Kenntnisse und Fertigkeiten im Bereich der einstigen äußeren Heilkunde geleitet. Dieser zeigte sich unter anderem darin, daß sich die Ausübung der wissenschaftlichen Wundarzneikunst zunehmend von der bis dahin als Erwerbsquelle genutzten „niedrigen Verrichtung“ des Barbierens emanzipierte,⁹⁵⁰ sich mithin dem Tätigkeitsfeld der mit der Behandlung innerer Krankheiten befaßten akademisch gebildeten Ärzten annäherte. J.H. F. v. Autenrieth äußerte sich in seiner Rede über die Bestrafung der Kunstfehler der Ärzte⁹⁵¹ wie folgt:

„Wissen muß der Arzt, wie gefährlich seine Kunst werden kann [...]. Mit jenem Bewußtsein ist ihm aber zugleich die strenge Verpflichtung auferlegt, in Ausübung seiner Kunst alle ihm mögliche Vorsicht anzuwenden. Und er wäre in eben dem Grund strafbar, in welchem er dieser heiligen Pflicht untreu würde. Aber nicht die Unerfahrenheit oder Unkunst schon an sich will der deutsche Gesetzgeber bestrafen, nur die leichtfertige und verwegene Unkunst, die unternimmt, was ihr nicht ziemt.“

⁹⁴⁶ Vgl. Deutsch, NJW 1976, 2289, 2291; Farthmann, in: Jung/ Schreiber (Hrsg.), *Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht*, 129, 133 m.w.N.

⁹⁴⁷ Vgl. Farthmann, a.a.O.

⁹⁴⁸ Hierzu vgl. Bauer, Axel W., *Ausstellungskatalog „Körperwelten - Einblicke in den menschlichen Körper“*, 201, 212.

⁹⁴⁹ Hoffmann, *Die Befugnis zum Gewerbebetriebe*, 202 ff.

⁹⁵⁰ Zur Entwicklung des ärztlichen Aufgabenbereiches in den jeweiligen Berufszweigen vgl. Blaschke, *Die Bader und Scherer als Vorfahren von Chirurgen und Orthopäden*.

⁹⁵¹ v. Autenrieth, J. H. F., in: Autenrieth/ Fues (Hrsg.), *Gerichtsmedizinische Aufsätze und Gutachten*.

4. Modernes Kunstverständnis - ‚Könnens‘-Kunst des Arztes

Die heute vorherrschende Interpretation der Kunst als die schöpferische und damit die über das Erlernbare, Reproduzierbare hinausragende spontane, geniale, kreative, phantasievolle Tätigkeit verfügt über einen abweichenden Begriffskern. Mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur in Art. 5 Abs. 3 des Grundgesetzes garantierten Kunstfreiheit ist zwar davon auszugehen, daß es dem heutigen Verständnis von Kunst geradezu widerspricht, diesen Begriff zu definieren.⁹⁵² Da die Rechtsanwendung den Begriff der Kunst aber von anderen Handlungsformen abgrenzen muß, kann man sie insoweit als „freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zur unmittelbaren Anschauung gebracht werden“ umschreiben.⁹⁵³

In Abgrenzung dazu steht freilich der im medizinischen Sprachgebrauch häufig, in der modernen Alltagssprache jedoch nur noch selten verwandte Begriff der Kunst im Sinne von Können. Diese Bedeutung findet sich in Begriffen wie ärztliche Kunst oder auch *lege artis* (nach den Regeln der ärztlichen Kunst, vorschriftsmäßig) als Synonym von Wissen, Fähigkeit, Fertigkeit und damit hochentwickelter handwerklicher wie manueller Geschicklichkeit.

Zwar ist der Begriff der verfassungsrechtlich geschützten Kunst weit auszulegen⁹⁵⁴ und der Übergang von kreativer Kunst und Könnens-Kunst fließend. Gleichwohl gibt es Anhaltspunkte für eine Abgrenzung beider Handlungsformen. So spricht für das Vorliegen von Kunst der Umstand, daß der Künstler sein Kunstwerk als Kunst betrachtet und in Kunstfragen kompetente Dritte es für vertretbar halten, das in Frage stehende Gebilde als Kunst zu bezeichnen. Als weiteres Kriterium für ein Kunstwerk soll zudem gelten, daß es sich bei fortgesetzter Betrachtung immer neuen Deutungen erschließt.⁹⁵⁵ Dazu ist jedoch anzumerken, daß es kaum menschliche Tätigkeiten, Leistungen und Werke gibt, die nicht unterschiedlich gedeutet werden können. Ergänzendes Abgrenzungskriterium muß daher sein, daß die kreative Kunst im Unterschied zur Könnens-Kunst keinem Regelkodex unterliegt, an dem das Kunstwerk zu messen wäre - ein solcher würde der Kunst geradezu widersprechen. Im Unterschied zur Könnens-Kunst legitimiert sich die kreative Kunst gerade aus sich selbst heraus.

⁹⁵² Diese Erkenntnis hat sich sehr eindrücklich in der am 3.2.1999 im Kunstmuseum Bonn stattgefundenen Diskussion zum Thema „Gestaltplastinate zwischen Kunst und Wissenschaft“ bestätigt, vgl. hierzu Bonner Rundschau vom 5.2.1999, Aussehen nach dem Tode - Emotionale Podiumsdiskussion zur Bonner Ausstellung „Macht des Alters“.

⁹⁵³ Vgl. BVerfGE 30, 173, 189; BVerfGE 67, 213, 366.

⁹⁵⁴ BGH NJW 1986, 1274.

⁹⁵⁵ Vgl. Jarass/ Pieroth, Grundgesetz, Art. 5 Rn. 67.

5. Semantische Kritik

Aufgrund des dargestellten Bedeutungswandels wird von Seiten des medizinrechtlichen Schrifttums Kritik an der Verwendung des Begriffs der ärztlichen Kunst geübt. Diesen semantischen Bedenken sollte jedoch kein überhöhter Stellenwert zugemessen werden - zumal die frühere Bedeutung der Kunst im Sinne der ‚hohen Kunst sachverständigen Könnens‘ auch in der heutigen Zeit noch geläufig ist.⁹⁵⁶ Dem Einwand, aufgrund des sich ständig verändernden Wissens sei eine Umschreibung der ärztlichen Tätigkeit mit dem statisch ausgerichteten Begriff des Könnens verfehlt,⁹⁵⁷ ist mit der heute unverändert gültigen Argumentation Virchows zu entgegnen, daß es trotz des Fortschrittes auch in der Medizin Erkenntnisse gibt, denen zu Recht ein gewisses ruhendes, statisches Element zugeschrieben wird.⁹⁵⁸ Ob es überdies zu einer Versachlichung der Diskussion beizutragen vermag, die sprachlich veraltete Benennung der ärztlichen Verletzung ihrer Kunst durch eine neutrale Formulierung, wie ärztliche Berufsfehler,⁹⁵⁹ zu ersetzen, erscheint zweifelhaft.⁹⁶⁰ Denn das hinter dem semantischen Einwand verborgene Sachproblem bleibt selbst durch eine aktuelle Bezeichnung unberührt.

IV. Inhalt und Grenzen der lex artis

1. Geschichtlicher Hintergrund

Die Diskussion um die inhaltlichen Fragen der lex artis wurde maßgeblich durch Rudolf Virchow⁹⁶¹ geprägt. Anlässlich der Schaffung des Preußischen Strafgesetzbuches unterbreitete Virchow als Mitglied der Preußischen Deputation folgende Definition:⁹⁶²

„Approbirte Medizinalpersonen, welche in Ausübung ihres Berufes aus Mangel an der gehörigen Aufmerksamkeit oder Vorsicht zuwider allgemein anerkannten Regeln der Heilkunst durch ihre Handlungen oder Unterlassungen die Gesundheit eines ihrer Behandlung übergebenen Menschen beschädigt haben, sollen bestraft werden.“

⁹⁵⁶ Vgl. Mallach/ Schlenker/ Weiser, Ärztliche Kunstfehler.

⁹⁵⁷ Deutsch, NJW 1976, 2289, 2291.

⁹⁵⁸ Virchow, in: Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiete der öffentlichen Medizin und der Seuchenlehre, Band II, 514 ff.

⁹⁵⁹ Deutsch, NJW 1976, 2289, 2291.

⁹⁶⁰ So auch Siebert, Strafrechtliche Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit, 9.

⁹⁶¹ Zum Wirken von Rudolf Virchow in der Charité, vgl. Krietsch/ Dietel, Pathologisch-anatomisches Cabinet.

⁹⁶² Vgl. Virchow, in: Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiete der öffentlichen Medizin und der Seuchenlehre, Band II, 514 ff. Abgedruckt auch in: Eser/ Künschner (Hrsg.), Recht und Medizin, 43, 52.

Virchow lehnte sich dabei an Art. 134 der *Constitutio Criminalis Carolina* an, worin auf den Kunstfehler Bezug genommen wurde. Art. 134 lautete:

Straff, so ein Artzt durch sein Artzeny dötett
 „Item so ein Artzt uss unfleiss oder unkunst, und doch unfursetzlich, jemandt, mit seiner Artzeny tödtet: erfindt sich dann durch die gelerten unnd verstenndigen der Artzney, das er die Artzney leyhfertigklich unnd verwegenlich misspraucht oder sich ungegrunder unzulassiger arzney, die jme nit gezimpt, hatt unnderstanden, Und damit einem zum tode ursach gebenn, Der soll nach gestallt unnd gelegenheit der sachenn unnd nach Rat der verstenndigen gestrafft werden, und in diesem fall allermeist Achtung gehapt werden uf leyhfertige leuthe, die sich Artzney understeen Unnd der mit keinem grundt gelernt haben. Hette aber ein Artzt solliche tödtung willigklich gethon, so were er alls ein fursetzlicher Morder zu straffenn“.⁹⁶³

Virchow wies darauf hin, daß es erhebliche Schwierigkeiten bereit, bestimmte Merkmale eines Kunstfehlers festzulegen. In das Zentrum seiner Überlegungen stellte er zum einen, daß der lebende menschliche Organismus häufig Eigentümlichkeiten und Besonderheiten aufweise, zum anderen, daß die Medizin die veränderlichste aller Wissenschaften sei. Trotz dieser Bedenken kam Virchow zu dem Ergebnis, daß es eine bestimmte Anzahl anerkannter Regeln gebe - selbst wenn diese stetiger Veränderung unterworfen seien. Hieraus schloß er zugleich, daß der Begriff des Kunstfehlers das Handeln gegen diese Regeln umfasse. Um den Erfolg der Regelverletzung dem Arzt zurechnen zu können, definierte Virchow den Kunstfehler als Verstoß gegen die allgemein anerkannten Regeln der Heilkunde infolge des Mangels an gehöriger Aufmerksamkeit oder Vorsicht.⁹⁶⁴ Als allgemeine Regeln wollte Virchow nur solche fundamentalen Grundsätze gelten lassen, die, wie das Überschreiten von Maximaldosen oder die - wegen der Infektionsgefahr unbedingt zu vermeidende - Reposition des verletzten Darms in die Bauchhöhle, keiner Lehrmeinung unterworfen und als axiomartige Wahrheiten naturwissenschaftlicher Prägung Grundlage jeder ärztlichen Behandlung sind.⁹⁶⁵ Die Beachtung der allgemein anerkannten Grundsätze der Heilkunde sollte den Arzt vor der Anwendung der Strafrahmenerhöhung im Rahmen der fahrlässigen Körperverletzung

⁹⁶³ Kohler/ Scheel, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. *Constitutio Criminalis Carolina*. Band I; König, Zeitschrift für die gesamte gerichtliche Medizin, Bd. 20 (1933), 161, 163 f.; zur Auslegung von Art. 134 CCC sowie den Vorläuferbestimmungen Laufs, in: Festschrift Niederländer, 71 ff.

⁹⁶⁴ Virchow, in: *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiete der öffentlichen Medizin und der Seuchenlehre*, Band II, 519.

⁹⁶⁵ Virchow, a.a.O., 514 ff.

bzw. Tötung bewahren. Denn § 222 StGB für den Norddeutschen Bund sah folgende Regelung vor: „Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren bestraft. Wenn der Thäter zu der Aufmerksamkeit, welche er aus den Augen setzte, vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes besonders verpflichtet war, so kann die Strafe bis auf fünf Jahre Gefängnis erhöht werden.“

Intention der Strafschärfung bei berufsmäßiger Fahrlässigkeit war die Kompensation⁹⁶⁶ des zunächst in § 184 Abs. 2 Preußisches Strafgesetzbuch geregelten,⁹⁶⁷ durch Änderung der Gewerbeordnung unzulässig gewordenen Entzugs der Gewerbeberechtigung bei Verletzung berufsbezogener Pflichten.⁹⁶⁸ Die Antwort Virchows hierauf lautete:

„Auf die Ausübung oder Unterlassung technischer Handlungen seitens approbierter Medizinalpersonen in ihrem Berufe findet diese Bestimmung nur dann Anwendung, wenn dabei aus Mangel an gehöriger Aufmerksamkeit und Vorsicht gegen allgemein anerkannte Regeln der Heilkunst verstoßen ist.“

Zwar lehnte der Reichstag diese Petition als unzulässige Privilegierung des Ärztestandes ab. Dessen ungeachtet war damit die bis heute andauernde Diskussion darüber entbrannt, ob Kunstfehler zwangsläufig bei Verstoß gegen die allgemein anerkannten Grundsätze der Heilkunde strafrechtliche Relevanz erlangen sollten und wie diese Grundsätze zu definieren waren.

2. Heutiges Verständnis der lex artis

Bis heute, 130 Jahre nach Virchows Ansatz, kennt weder die Medizin noch die Rechtswissenschaft eine exakte Definition der ärztlichen Kunst sowie des aus ihr

⁹⁶⁶ Näher stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, I. Leg. periode, II. Session 1870, Zweiter Band, 661 ff.

⁹⁶⁷ § 184 Abs. 2 PreußStGB lautete: „Wenn der Thäter zu der Aufmerksamkeit oder Vorsicht, welche er aus den Augen setzte, vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes besonders verpflichtet war, so kann derselbe zugleich auf eine bestimmte Zeit, welche die Dauer von fünf Jahren nicht übersteigen darf, oder für immer zu einem solchen Amte für unfähig erklärt oder der Befugnis zur selbständigen Betreibung seiner Kunst oder seines Gewerbes verlustig erklärt werden“.

⁹⁶⁸ § 143 Gewerbeordnung regelte, daß die Berechtigung zum Gewerbebetrieb weder durch richterlichen noch administrativen Beschluß entzogen werden kann. § 144 ordnete weiterhin an: „Inwieweit, abgesehen von den Vorschriften über die Entziehung der Gewerbeberechtigung, § 143, Zuwiderhandlungen der Gewerbetreibenden gegen ihre Berufspflichten außer den in diesem Gesetz erwähnten Fällen einer Strafe unterliegen, ist nach den darüber bestehenden Gesetzen zu beurteilen.“ Somit war die Entziehung der Gewerbeberechtigung als Straftat nicht mehr zulässig, vgl. Höinghaus, Das neue Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund mit den amtlichen Motiven, 156 f.

abgeleiteten Kunstfehlers.⁹⁶⁹ Die Musterberufsordnung der deutschen Ärztinnen und Ärzte⁹⁷⁰ aus dem Jahre 1997 führt unter Teil C Nr. 2 ‚Behandlungsgrundsätze‘ an, daß die Übernahme und Durchführung der Behandlung die Ausführung der gebotenen medizinischen Maßnahmen nach den Regeln der Kunst erfordert. Ein Beschreibungsversuch der Regeln der ärztlichen Kunst findet sich bei Mezger.⁹⁷¹ Unter einem Eingriff *lege artis* versteht er, „daß ein nach den Regeln der ärztlichen Kunst gebotener Eingriff“ vorliegt. Nach Ebermayer⁹⁷² ist unter Kunstfehler ein Handeln gegen die Regeln der ärztlichen Wissenschaft und Kunst zu verstehen. Die Rechtsprechung hingegen interpretiert die Regeln der Kunst anhand der Grundsätze der jeweiligen medizinischen Wissenschaft.⁹⁷³

Trotz dieser sich deutlich abzeichnenden inhaltlichen Unbestimmtheit der *lex artis* lehnen Rechtsprechung und Literatur eine Verknüpfung der Regeln der ärztlichen Kunst mit denen der Schulmedizin zumeist ab.⁹⁷⁴ Um die Zusammenhänge zwischen der *lex artis* und der Schulmedizin einerseits sowie den vielfach als Gegenpol bezeichneten besonderen Therapierichtungen andererseits zu verstehen und diese als Interpretationshilfe für die *lex artis* heranziehen zu können, bedarf es der Auseinandersetzung mit diesen Themenbereichen. Was sich hinter der Bezeichnung Schulmedizin sowie besondere Therapierichtung verbirgt, soll im folgenden näher dargelegt werden.

3. Die Schulmedizin

a. Wortlaut

Der Wortlaut Schulmedizin legt zunächst nahe, anstatt auf inhaltliche Festlegungen zurückzugreifen, die Schule und damit Autoritäten hochzurechnen. So wird Schulmedizin als Inbegriff dessen verstanden, was an Universitäten auf dem Sektor der Medizin gelehrt wird,⁹⁷⁵ als die auf den Universitäten und Medizinischen Hochschulen in wissenschaftlicher Forschung, Lehre und Krankenbehandlung betriebene Medizin⁹⁷⁶ oder auch als

⁹⁶⁹ Figgenger, Arzt und Strafrecht, 24.

⁹⁷⁰ In der Fassung der Beschlüsse des 100. Deutschen Ärztetages in Eisenach, DÄBl 94 (1997), C 1772, C 1777; hierzu Laufs, NJW 1997, 3071.

⁹⁷¹ Mezger, Deutsche Zeitschrift für die gesamte gerichtliche Medizin, Bd. 42 (1953), 365.

⁹⁷² Ebermayer, JW 1932, 3305.

⁹⁷³ BGH NJW 1956, 1843; BGH NJW 1953, 257.

⁹⁷⁴ BGH JZ 1992, 105, 106 mit Anm. Laufs/ Reiling; Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, § 223 Rn. 9; Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, § 223 Rn. 9c.

⁹⁷⁵ Zuck, NJW 1991, 2933 f.; RGSt 67, 16 f.

⁹⁷⁶ Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 93 Fn. 12; ders., in: Ponsold (Hrsg.), Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 1, 41 Fn. 12.

die Auffassung namhafter Universitätslehrer und Ärzte.⁹⁷⁷ Die Aussagekraft dieser Umschreibungen ist jedoch begrenzt. Zum einen werden heutzutage an Universitäten und Hochschulen auch alternative Therapierichtungen gelehrt. Außerdem sind - in geringerem Umfang - Lehrstühle für alternative Heilmethoden eingerichtet.⁹⁷⁸ Zum anderen werden an Universitäten Heilexperimente durchgeführt und innerhalb der Schulmedizin zahlreiche Kontroversen ausgetragen.

b. Repräsentanten/ Grad der Anerkennung

Aber auch die Interpretationsansätze, welche auf der Gewichtung von Autoritäten beruhen, sind nicht überzeugend. Zwar finden sich häufig Begriffsbestimmungen, die die Schulmedizin als die allgemein oder weitaus überwiegend anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft⁹⁷⁹ bezeichnen oder als die auf den Universitäten gelehrt medizinische Wissenschaft, wenn sie entweder allgemein oder weitaus überwiegend anerkannte Regeln entwickelt hat oder Heilverfahren von überragender Wirksamkeit und Bedeutung oder doch weit verbreitete und erprobte Verfahren in Lehre, Ausbildungspraxis und Forschung vertritt.⁹⁸⁰

Auch wenn davon ausgegangen wird, daß Mißbrauch und abweichende Meinungen eine allgemeine Anerkennung nicht hindern, muß hier aber die Frage gestellt werden, ob bzw. in welchem Umfang die Themenkreise einer wissenschaftlichen Kontroverse bereits entzogen sein müssen, um in die Schulmedizin Eingang gefunden zu haben und wem die Autorität zukommt, hierüber zu befinden. Bei der Suche nach der Antwort wird man mit dem Problem konfrontiert, daß es häufig besonderer Kenntnisse oder Ideologien bedarf, um eine Therapierichtung fachgerecht bewerten zu können. Außerdem wird die Validität von medizinischen Aussagen höchst kontrovers beurteilt. So fordert die naturwissenschaftlich orientierte Medizin reproduzierbare Wirksamkeitsnachweise bis hin zu randomisierten, doppelblinden, placebo-kontrollierten Studien, welche die besonderen Therapierichtungen häufig nicht zu geben imstande sind.⁹⁸¹ Versuche, diese

⁹⁷⁷ Ebermayer, *Der Arzt im Recht*, 137, unter Verweis auf OLG Hamburg Urt. v. 31. März 1917. Ähnlich Liertz/ Paffrath, *Handbuch des Arztrechts*, 288.

⁹⁷⁸ Vgl. Röttger, *DÄBl* 94 (1997), C 1306.

⁹⁷⁹ Goller, *Der einverständlich vorgenommene, sachgerechte, aber erfolglos gebliebene ärztliche Heileingriff*, 24. Weitergehend Deutsch, in: Neuhaus (Hrsg.), *Pluralität in der Medizin*, 141, 142: „Schulwissenschaft als Bodensatz des tradierten Konsenses“.

⁹⁸⁰ Schwalm, in: *Festschrift Bockelmann*, 539, 546; BGH NJW 1962, 1780.

⁹⁸¹ Vgl. Hewer, *MMW* 1984, 1218 ff.; Koch, *DÄBl* 94 (1997), C 2068; Sewing, *NJW* 1995, 2400 ff.; Zuck, *NJW* 1991, 2933 ff.

Problematik zu entschärfen, indem mit Zuck⁹⁸² der Grad der Anerkennung von den Vertretern der jeweiligen Therapierichtung bestimmt werden soll, führen zu einer der Realität kaum entsprechenden Distanzverringerung zwischen Schulmedizin und besonderen Therapierichtungen. Selbst bei einem Verzicht auf das Merkmal der Binnenanerkennung⁹⁸³ bleibt die Frage, ob zu dem, was naturwissenschaftlich anerkannt ist, noch Alternativen einhergehen, zwischen denen mit den Verfahren der Naturwissenschaft nicht eindeutig entschieden werden kann, unbeantwortet. Der Grad der Anerkennung als Merkmal des Begriffs der Schulmedizin erscheint damit insgesamt nicht zweckdienlich.

Selbst die Umschreibung von Siebert, der die Schulmedizin als die Richtung in der medizinischen Wissenschaft bezeichnet, die nach wissenschaftlicher Erprobung auf führenden Kongressen, in führenden Fachzeitschriften und von führenden Fachwissenschaftlern vertreten, deren Wert in der medizinischen Wissenschaft nicht überwiegend ausdrücklich und ernsthaft bestritten und die keinen grundsätzlichen sozialetischen Bedenken ausgesetzt wird,⁹⁸⁴ vermag nicht zu überzeugen. Denn Wissenschaftler beschäftigen sich im Regelfall gerade mit Problemen, über deren Lösung noch kontrovers diskutiert wird. Allgemein gesicherte Erkenntnisse sind daher selten auf Fachkongressen oder in der Fachliteratur - wenn sie nicht im wesentlichen der Ausbildung oder als Nachschlagewerk dienen - Gegenstand der wissenschaftlichen Auseinandersetzung.⁹⁸⁵

c. *Entstehungsgeschichte*

Der Versuch, den Begriff der Schulmedizin anhand seiner Entstehungsgeschichte zu interpretieren, trägt ebenfalls nicht maßgeblich zu dessen heutiger Begriffsbestimmung bei. So spricht sich Windeler gegen den Begriff der Schulmedizin aus, da er seinen Nachforschungen zufolge dem Begründer der Homöopathie, Samuel Hahnemann, zuzuschreiben sei.⁹⁸⁶ Dessen Intention sei es gewesen, die zu jener Zeit etablierte Schulmedizin als verkrustet, dem Neuen abgewandt, lediglich reproduzierend, weit von der Wirklichkeit des kranken Menschen entfernt abzuqualifizieren.⁹⁸⁷ Bockelmann⁹⁸⁸ sieht die ähnlich

⁹⁸² Zuck, NJW 1991, 2933, 2935, unter Hinweis darauf, daß die „allgemeinen Regeln der Technik“ durch die einschlägigen Fachkreise und dort durch die herrschende Meinung festgelegt werden, vgl. BVerfG E 49, 89, 135.

⁹⁸³ Jung, DÄBl 94 (1997), C 1475, 1476; Sewing, NJW 1995, 2400.

⁹⁸⁴ Siebert, Strafrechtliche Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit, 37; ähnlich BGH NJW 1978, 587 f.

⁹⁸⁵ Vgl. Wieland, in: Neuhaus (Hrsg.), Pluralität in der Medizin, 145.

⁹⁸⁶ Hahnemann, Organon der Heilkunst, 20 ff.

⁹⁸⁷ Ähnlich Loewe, Rechtliche Gleichwertigkeit der Therapien?, 48.

⁹⁸⁸ Bockelmann, in: Ponsold (Hrsg.), Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 1, 41 Fn. 12.

gelagerte Gefahr, daß der mehrdeutige Begriff der ‚Schulmedizin‘ von Polemikern als Bezeichnung eines engstirnigen Zunftgeistes mißbraucht werden kann, der die Meinung des Außenseiters einfach deshalb nicht gelten lasse, weil sie von außen kommt. Nach Auffassung des Vorstandes und wissenschaftlichen Beirats der Bundesärztekammer suggeriert der Begriff Schulmedizin fälschlicherweise das Bild vom starren Gedankengebäude mit Handlungsanweisungen, so daß Dogmen nicht in Frage gestellt würden.⁹⁸⁹

d. Schulmedizin als naturwissenschaftlich orientierte Medizin

Die aktuelle Schulmedizin steht als Synonym für die primär naturwissenschaftlich orientierte Medizin. Bereits Kleinschrod beschrieb die Schulmedizin als eine Zusammenfassung von Heilverfahren, die sich theoretisch auf eine mechanische Auffassung vom Wesen der Krankheit stützen, in der Krankheit und Symptom nur eine pathologische mechanische Störung beschreiben.⁹⁹⁰ Unter Zuhilfenahme materieller Kriterien wurde damit der Gegenstand der Schulmedizin charakterisiert, der sich grundlegend von dem der alternativen Therapierichtungen unterscheidet. Im Vordergrund steht die Krankheit als eigene Erscheinungsform, nicht aber die Befindlichkeit und die Konstitution des Erkrankten. Neben dem Verzicht auf eine ganzheitliche Betrachtung des Patienten⁹⁹¹ ist das Kriterium der dem Kranken innewohnenden Lebenskraft, dem bei etlichen alternativen Methoden zentrale Bedeutung zukommt, nicht zu finden.

e. Stellungnahme

Der Begriff Schulmedizin zeigt je nach dem Kontext seiner Verwendung unterschiedliche Facetten seines Inhalts. Weder die Interpretation nach seinem Wortlaut „Schulmedizin“ noch dem Grad der Anerkennung noch die Entwicklungsgeschichte, die ein eher verkrustetes Bild der Schulmedizin zeigt, sprechen zunächst gegen die Weiterverwendung des Begriffes in der heutigen Medizin. Andererseits ist nicht zu verkennen, daß die Schulmedizin bis heute ihren Platz im medizinischen wie allgemeinen Sprachgebrauch verteidigt hat. Grund hierfür ist nicht zuletzt ein erheblicher Bedeutungswandel des Begriffsinhalts und die damit einhergehende Schwerpunktverlagerung. Während frühere Charakterisierungen, wie ‚starres Gedankengut‘ auf der seinerzeit zutreffenden Bewertung beruhten, daß die Medizin im 18. und zum Teil noch im 19. Jahrhundert in eine tiefe

⁹⁸⁹ Vorstand und Wissenschaftlicher Beirat der Bundesärztekammer, Memorandum „Arzneibehandlung im Rahmen besonderer Therapierichtungen“, 16.

⁹⁹⁰ Kleinschrod, Wissenschaftliche Begründung der Naturheilkunde, 109.

⁹⁹¹ Näher Wittern, Natur kontra Naturwissenschaft, Erlanger Universitätsreden.

Krise geraten war⁹⁹² und demgemäß Anlaß zu Kritik und Stärkung der damaligen Naturheilkunde gaben,⁹⁹³ so ist nicht zu verkennen, daß die Hochleistungsmedizin des 20. Jahrhunderts⁹⁹⁴ hiermit keineswegs mehr vergleichbar ist. Ehemalige Wertungen sind damit gleichermaßen überholt und auf die heutige Medizin nicht übertragbar.

Die Schulmedizin steht im aktuellen Kontext nicht mehr für verkrustete, überholte Denkweisen, sondern fungiert im Sinne der naturwissenschaftlichen Disziplin als eine der bedeutsamsten Quellen der menschlichen Gesundheit, die sich gerade durch Offenheit und den Willen zur Fortentwicklung auszeichnet. Obwohl sich das Krankheitsverständnis seit Beginn des 20. Jahrhunderts stark gewandelt hat, kommt dem naturwissenschaftlichen Ansatz der Schulmedizin bis heute noch Geltung zu. Sie geht im Grundsatz von einer Zusammensetzung der Naturgebilde von Teilchen und den zwischen ihnen wirkenden Kräften aus. Im Unterschied zu den besonderen Therapieformen kommt ganzheitlich gestaltbildenden Kräften oder einer Naturordnung in der Regel keine oder nur untergeordnete Bedeutung zu. Um Wirkungsprozesse zu erklären, werden regelmäßig⁹⁹⁵ statistische Verfahren und experimentelle Methoden, die den Anspruch auf zumindest limitierte Reproduzierbarkeit erheben, eingesetzt.⁹⁹⁶ Diese naturwissenschaftliche Entwicklung, die dem Arzt dennoch die Möglichkeit offen läßt, zwischen unterschiedlichen Behandlungsmethoden zu wählen und eine Festschreibung auf den einmal erreichten naturwissenschaftlichen Standard gerade vermeiden will, zeigt einen Wandel im Begriffskern der Schulmedizin auf. Zwar ist den Kritikern der Bezeichnung Schulmedizin zuzugestehen, daß es legitim ist, einen Begriff zu wählen, dem negative Konnotationen nicht anhaften. Ob aber allein der Bezug zur Vergangenheit sowie die unwürdige Motivation von Gegnern der modernen naturwissenschaftlichen Schulmedizin, den Geltungsanspruch der Schulmedizin herabzusetzen, ausreichend Gewicht besitzen, um den bis heute im medizinischen, juristischen, aber auch populären Sprachgebrauch fest verankerten und eingeführten Begriff aus dem strafrechtlichen Vokabular zu verbannen, erscheint fraglich; zumal diese Bezeichnung nicht zwingend eine antiquierte Sicht wissenschaftlicher Medizin zum Ausdruck bringt oder mit der unwürdigen Motivation der mißbräuchlichen Verwendung verbunden sein muß. Andererseits ist eine

⁹⁹² Blaschke, Die Bader und Scherer als Vorfahren von Chirurgen und Orthopäden.

⁹⁹³ Näher Wittern, Natur kontra Naturwissenschaft, Erlanger Universitätsreden.

⁹⁹⁴ Vgl. Laufs, in: Laufs (Hrsg.), Die Entwicklung der Arzthaftung, 1.

⁹⁹⁵ Diese Einschränkung soll darauf hinweisen, daß die Schulmedizin auch Behandlungsmethoden, wie z.B. die Anwendung durchblutungsfördernder Mittel kennt, für deren Wirksamkeit keine ausreichenden wissenschaftlichen Belege existieren, vgl. z.B. Enquete-Kommission „Strukturreform“, Endbericht, BT-Drs. 11/6380, 64.

⁹⁹⁶ Vorstand und Wissenschaftlicher Beirat der Bundesärztekammer, Memorandum Arzneibehandlung im Rahmen „besonderer Therapierichtungen“, 19.

eindeutige Abgrenzung zu den besonderen Therapierichtungen aufgrund bestehender Grenzüberschreitungen⁹⁹⁷ nicht in allen Bereichen möglich. Dennoch ist festzuhalten: Wenngleich die Übergänge zwischen der Schulmedizin und den besonderen Therapierichtungen fließend sind,⁹⁹⁸ kennzeichnet der Begriffskern der Schulmedizin die naturwissenschaftlich orientierte Medizin im Unterschied zu den besonderen Methoden, die nach schulmedizinischen Maßstäben methodisch befriedigende Nachweise der Wirksamkeit regelmäßig nicht geben können.⁹⁹⁹

4. Besondere Therapierichtungen

a. Inhaltsbestimmung

Um die Richtungen der Medizin zu beschreiben, die in Rechtsprechung und Literatur oftmals den Gegenpol zur Schulmedizin, in zunehmendem Maße aber auch deren Ergänzung¹⁰⁰⁰ bilden, findet sich eine Vielzahl neutraler, aber auch wertender Termini,¹⁰⁰¹ wie alternative Heilmethoden bzw. Therapieverfahren,¹⁰⁰² Außenseitermethoden,¹⁰⁰³ unkonventionelle Methoden,¹⁰⁰⁴ Naturheilkunde.¹⁰⁰⁵ Mit gleichermaßen anzutreffenden Bezeichnungen wie Glaubensmedizin,¹⁰⁰⁶ paramedizinische Verfahren,¹⁰⁰⁷ Kurpfuschertum,¹⁰⁰⁸ Scharlatanerie,¹⁰⁰⁹ Beutelschneider auf dem Gebiet der Heilkunde¹⁰¹⁰ werden überwiegend solche Therapierichtungen charakterisiert, deren Vorgehen unlauter erscheint. Um eine gewisse Wertneutralität im Umgang mit den von der Schulmedizin abweichenden medizinischen Verfahren zu erreichen, soll im folgenden - unter Anlehnung

⁹⁹⁷ Jung, ZStW 97 (1985), 47 f.

⁹⁹⁸ Bock, Geleitwort zu Open (Hrsg.), Unkonventionelle medizinische Verfahren, XI.

⁹⁹⁹ Siehe hierzu Hoyer, MMW 126 (1984), 1218; Ernst, DÄBl 94 (1997), C 1762; Enquete-Kommission „Strukturreform“, Endbericht, BT-Drs. 11/6380, 65.

¹⁰⁰⁰ Daher die Bezeichnung der Alternativmedizin als Komplementärmedizin, vgl. Hackethal, DÄBl 94 (1997), C 1306; Kiene, Komplementärmedizin - Schulmedizin; Röttger, DÄBl 94 (1997), C 1306.

¹⁰⁰¹ Wobei die nachgenannten Autoren insbesondere die wertenden Begriffe überwiegend im Sinne der Unlauterkeit im Heilgewerbe verstanden wissen wollen.

¹⁰⁰² Franz, Naturheilmittel und Recht, 19; Hoyer, MMW 1984, 1218.

¹⁰⁰³ Rieger, Lexikon des Arztrechts, Rn. 290 ff.

¹⁰⁰⁴ Windeler, in: Open (Hrsg.), Unkonventionelle medizinische Verfahren, 104, 107 ff.

¹⁰⁰⁵ Allensbach Studie, DÄBl 94 (1997), C 1857.

¹⁰⁰⁶ Hopf, DÄBl 94 (1997), C 1084.

¹⁰⁰⁷ Gesetzentwurf der Bundesregierung zu § 2 SGB V, BR-Drs. 200/88, 157.

¹⁰⁰⁸ Eser, ZStW 97 (1985), 1, 12.

¹⁰⁰⁹ Open, in: Forster (Hrsg.), Praxis der Rechtsmedizin, 665.

¹⁰¹⁰ Schmid, NJW 1986, 2339.

an die Wortwahl in § 2 Abs. 1 Nr. 2 SGB V -, die Bezeichnung der besonderen Therapierichtung bzw. -form gewählt werden.¹⁰¹¹ Hierunter¹⁰¹² ist die Ausrichtung der medizinischen Behandlung an Methoden und Mitteln zu verstehen, die im wesentlichen auf von der Schulmedizin nicht anerkannten Methoden und Prämissen aufbauen. Ungeachtet der zum Teil negativen Einschätzung besonderer Therapierichtungen¹⁰¹³ als auch den bedeutenden Errungenschaften der naturwissenschaftlichen Medizin, üben erstere eine beachtliche Faszination auf die Gesellschaft aus.¹⁰¹⁴ Das große Interesse hieran findet seinen Ausdruck u. a. in der im Auftrag der Europäischen Union erstellten Analyse über die Heilerfolge der Homöopathie als besondere Therapierichtung wie auch in der Aufnahme der besonderen Therapierichtungen in den Leistungskatalog des § 2 Abs. 1 Nr. 2 SGB V.¹⁰¹⁵ Weiterhin ergab eine Umfrage, die das Allensbacher Institut im Jahre 1997 unter 2647 Befragten ab 16 Jahren durchführte,¹⁰¹⁶ eine sichtliche Tendenz zu Naturheilmitteln.¹⁰¹⁷

Doch auch in Fachkreisen wird den besonderen Therapierichtungen verstärkt Sympathie entgegengebracht.¹⁰¹⁸ Insbesondere die Erkenntnis, daß zum einen die Interaktionen in der Arzt-Patienten-Beziehung häufig ebensowenig wie manche Ergebnisse medizinischer Behandlungen den Anforderungen der experimentellen Reproduzierbarkeit Stand halten, und daß zum anderen nicht alles, was in der Medizin therapeutisch mit Erfolg eingesetzt wird, auf plausiblen rationalen Erkenntnissen¹⁰¹⁹ beruht und manchem Plausiblen der therapeutische Erfolg versagt bleibt, bewirkt eine zunehmen-

¹⁰¹¹ So auch Franz, Naturheilmittel und Recht, 19 f.

¹⁰¹² Vgl. Rieger, Lexikon des Arztrechts, Rn. 290 ff.; Schwalm, in: Festschrift Bockelmann, 539, 547, beide für den inhaltsgleichen Begriff der Außenseitermethode.

¹⁰¹³ Haustein/ Höffler/ Lasek/ Müller-Oerlinghausen, DÄBl 95 (1998), C 599; Krimmel, DÄBl 94 (1997), C 1422; Oepen, in: Forster (Hrsg.), Praxis der Rechtsmedizin; Schmid, NJW 1986, 2339 f.; Wimmer, Bremer Ärzteblatt 1980, 23. Zu pro und contra der Homöopathie Ernst, DÄBl 94 (1997), C 1762 ff.

¹⁰¹⁴ In der Schweiz wurde gegen den Willen der betroffenen Universität per Volksentscheid ein Lehrstuhl für Naturheilkunde erzwungen, Röttger, DÄBl 94 (1997), C 1306.

¹⁰¹⁵ Hierzu Enquete-Kommission „Strukturreform“, Endbericht, BT-Drs. 11/6380, 64 f.

¹⁰¹⁶ Näher Allensbach-Studie, DÄBl 94 (1997), C 1857.

¹⁰¹⁷ Naturheilmittel werden der Studie zufolge zur Linderung bei leichten und auch als Begleitmedikamentation bei schweren Erkrankungen eingesetzt.

¹⁰¹⁸ Vgl. Bühring, DÄBl 95 (1998), C 317.

¹⁰¹⁹ Näher die von Koch, DÄBl 94 (1997), C 2068, zitierte, im britischen Medizinjournal „Lancet“ veröffentlichte Studie über die Wirksamkeit homöopathischer Präparate, wonach sie etwa um den Faktor 1,5 bis 2 wirksamer zu sein scheinen als die wirkstofffreien Placebos, obgleich die Verdünnung der jeweiligen Präparate so extrem war, daß sie nach schulmedizinischen Erkenntnissen selbst als Placebos gelten. Aus der medizinischen Praxis Stürmer, DÄBl 94 (1997), C 2226.

de Aufgeschlossenheit auch unter den an der Schulmedizin orientierten Ärzten. Die Polemik gegen alternative Heilmethoden, wie sie dennoch verschiedentlich geäußert wird,¹⁰²⁰ erkennt, daß die Entwicklungen und Erkenntnisse der alternativen Methoden auch die Schulmedizin voranbrachte; dies nicht zuletzt, weil unkonventionelle Wege beschritten wurden, die der naturwissenschaftlichen Denkweise verschlossen waren.¹⁰²¹ Innerhalb der besonderen Therapieformen wird zwischen den traditionellen wie alternativen Verfahren unterschieden. So umschreibt Akerele¹⁰²² beide Richtungen wie folgt: „Traditionell medicine based on beliefs that were in existence often hundreds of years before the development and spread of modern medicine“. „Alternative medicine, on the other hand, is of more recent origin and to some extent represents a reaction to high technology medicine“. Als bekannteste besondere Therapierichtungen gelten die Homöopathie, Phytotherapie sowie das anthroposophische Konzept.¹⁰²³

b. *Homöopathie*

Die von dem Arzt, Apotheker und Chemiker Samuel Hahnemann (1755 - 1843) begründete, unter den besonderen Therapierichtungen heute mit am weitesten verbreitete¹⁰²⁴ Homöopathie geht im wesentlichen vom Simile-Prinzip wie der These vom „Gedächtnis des Wassers“ aus. Der Leitsatz „wähle um sanft, schnell, dauerhaft zu heilen, in jedem Krankheitsfalle eine Arznei, welche ein ähnliches Leiden für sich erregen kann, als sie heilen soll“,¹⁰²⁵ sowie die homöopathischen Verdünnungen jenseits der Loschmidtschen Zahl zur Potenzierung der Aktivität homöopathischer Zubereitungen bilden bis heute - wenngleich mit unterschiedlichen Ausrichtungen¹⁰²⁶ - die Grundfesten der Homöopathie.¹⁰²⁷

¹⁰²⁰ Statt vieler Haustein/ Höffler/ Lasek/ Müller-Oerlinghausen, DÄBl 95 (1998), C 599; Krimmel, DÄBl 94 (1997), C 1422.

¹⁰²¹ Vgl. Eser, ZStW 97 (1985), 1, 12.

¹⁰²² Akerele, Traditional medicine: as old als humanity, as new as today. Paper presented at the Vienna Dialogue on Holisitic Medicine, Vienna, 15. - 21 Oktober 1997.

¹⁰²³ Die nachfolgenden Ausführungen dienen lediglich einem knappen Überblick, der die Bandbreite der jeweiligen Therapieformen nicht annähernd wiedergeben kann. Der interessierte Leser sei hier auf weiterführende Literatur verwiesen.

¹⁰²⁴ Haustein/ Höffler/ Lasek/ Müller-Oerlinghausen, DÄBl 95 (1998), C 599, 600.

¹⁰²⁵ Rosenberg/ Reuber, DÄBl 94 (1997), C 2225.

¹⁰²⁶ Hierzu Vorstand und Wissenschaftlicher Beirat der Bundesärztekammer, Memorandum Arzneibehandlung im Rahmen „besonderer Therapierichtungen“, 36 f.

¹⁰²⁷ Hahnemann, Organon der Heilkunst, 27, 44; Ernst, DÄBl 94 (1997), C 1762. Zur Homöopathie als besondere Therapierichtung gem. § 34 SGB V, Zuck, NJW 1991, 2934.

c. *Phytotherapie*

Die Phytotherapie, eine ursprünglich klassische traditionelle Therapierichtung,¹⁰²⁸ ist Allopathie und unterscheidet sich damit von der Homöopathie. Was der von dem französischen Arzt Henri Leclerc (1870 - 1955) in die Wissenschaft als Phytotherapie eingeführte Begriff¹⁰²⁹ umschreibt, konkretisieren Weiss/ Fintelman wie folgt: „Die Phytotherapie beschreibt die Vorbeugung und Behandlung von Krankheiten des Menschen durch Pflanzen, Pflanzenteile und deren Zubereitung“.¹⁰³⁰

d. *Anthroposophie*

Die in ihrem Wesen untrennbar mit Rudolf Steiner¹⁰³¹ (1861 - 1925) verbundene anthroposophische Therapierichtung vertritt eine geisteswissenschaftliche Medizin, die entsprechend der anthroposophischen Menschenkunde die vier Wesensglieder des Menschen, den physischen Leib, den Ätherleib, den Astralleib und die Ich-Organisation berücksichtigt.¹⁰³² Für das anthroposophische Krankheitsverständnis ist es wichtig, leibliche Veränderungen als Ausdruck der Seele und des Geistes zu verstehen.¹⁰³³ Neben diesen drei Hauptrichtungen existieren zahlreiche alternative Therapieformen wie bestimmte manuelle Therapien, Akkupunktur, Behandlungen durch diätetische Maßnahmen, übergreifende naturgemäße Heilmethoden sowie sonstige Verfahren.¹⁰³⁴ Eine Sonderstellung nimmt das Heilexperiment ein.¹⁰³⁵ Dieses entsteht regelmäßig im schulmedizinischen Umfeld und kann sich zur Standardbehandlung entwickeln.

Von diesen grundsätzlich anzuerkennenden alternativen Therapierichtungen sind solche zu trennen, die außerhalb des ärztlichen Bezugfeldes stehen. Damit werden Vorgehensweisen aus dem positiven Handlungswert der *lex artis* ausgeklammert, für

¹⁰²⁸ Vorstand und Wissenschaftlicher Beirat der Bundesärztekammer, Memorandum Arzneibehandlung und „besondere Therapierichtung“, 24, 32 ff.

¹⁰²⁹ Zur zum Teil jahrtausendalten Geschichte der Pflanzenheilkunde vgl. Weiss/ Fintelman, Lehrbuch der Phytotherapie, 5.

¹⁰³⁰ Weiss/ Fintelman, a.a.O., 3.

¹⁰³¹ Zur Person Rudolf Steiners, vgl. Stratmann, in: Oepen (Hrsg.), Unkonventionelle medizinische Verfahren, 68, 69 ff.

¹⁰³² Stratmann, a.a.O., 68 ff.

¹⁰³³ Steiner/ Wegmann, Grundlegendes zur Erweiterung der Heilkunst nach geisteswissenschaftlichen Erkenntnissen, 10 f.

¹⁰³⁴ Eine Auflistung gängiger alternativer Therapieverfahren findet sich bei Hower, MMW 126 (1984), 1218, sowie dem Memorandum des Vorstandes und Wissenschaftlichen Beirates der Bundesärztekammer zu Arzneibehandlungen und „besondere Therapierichtungen“, 23 f.

¹⁰³⁵ Zur klinischen Forschung vgl. Eser, in: Gedächtnisschrift Schröder, 191 ff.; Keller, MedR 1991, 11 ff.; Laufs, VersR 1978, 385 ff.

die keinerlei Anhaltspunkte einer Wirksamkeit bestehen¹⁰³⁶ oder die auf einer abwegigen Vorstellung von gemeinhin bekannten medizinischen Ursachenzusammenhängen beruhen. Die aus medizinischer Sicht dilettantische Annahme, die der „Behandlung“ zugrunde liegt, muß für den Sachkundigen handgreiflich sein. Allerdings darf hier nicht mit den Maßstäben der Schulmedizin gemessen werden. Zu diesen, der lex artis von vornherein entzogenen Behandlungsmethoden zählt z.B., wenn der Behandler einem von ihm richtigerweise als Rubin erkannten Edelstein heilende Wirkung zuerkennt. Selbst wenn die Edelsteintherapie zunehmend Anhänger findet, entspricht ihre Anwendung nicht dem rationalen Bezug eines medizinischen Vorgehens lege artis. Nach heutigem Sachverstand ist aber auch die Heilung eines entzündeten Appendix, indem der Leib mit warmer Butter massiert wird, eine derart dilettantische, von jedem medizinischen Wissen entfernte Vorgehensweise, daß diese Untauglichkeit regelrecht für jeden erkennbar auf die Stirn geschrieben ist.¹⁰³⁷ Hier ist die Grenze zum Humbug überschritten, so daß der positive Handlungswert eines Vorgehens lege artis nicht mehr erkennbar ist.

Aber auch abergläubische bzw. weltanschaulich motivierte Behandlungsversuche mit Mitteln, die der menschlichen Beherrschbarkeit entzogen sind, wie das Gesundbeten, das Handauflegen oder Herausoperieren von Geschwüren mittels Telepathie stellen keine alternativen Heilmethoden dar. Zwar mag hier der Wunsch, medizinische Sachverhalte zu lösen, durchaus vorhanden sein.¹⁰³⁸ Auf der Grundlage der dualen personalen Handlungslehre reicht aber die Intention allein nicht aus, um dem Handlungsvollzug das objektive Gepräge einer medizinischen Behandlung zu verleihen.

5. Zusammenfassung

Aufgrund der gewonnenen Erkenntnisse kann zusammenfassend festgestellt werden, daß die heutige Medizin sowohl durch die naturwissenschaftlich ausgerichtete Schulmedizin wie die besonderen Therapierichtungen geprägt wird. Die ärztliche Kunst beschreibt demzufolge nicht allein die Summe der Erkenntnisse der auf experimentellem Wege nachprüfbaren medizinischen Naturwissenschaft. Sie erfaßt gleichermaßen die reduziert reproduzierbaren ärztlichen Erfahrungen als auch die alternativen Heilmetho-

¹⁰³⁶ OLG München VersR 1991, 471; siehe auch Jung, ZStW 97 (1985), 47, 50.

¹⁰³⁷ A.A. RGSt 67, 12 ff., da zum damaligen Zeitpunkt selbst im Falle der akuten Blinddarmentzündung vom einem Sachverständigen die Ansicht vertreten wurde, daß auch eine abwartende Behandlung angezeigt gewesen sei, 26 f.

¹⁰³⁸ Weitergehend Bockelmann, NJW 1966, 145, 146, wonach der Heilschwindler, betrügerische Wunderdoktor, der Heilapostel keine diagnostischen oder therapeutischen Zwecke verfolge, sondern diese nur vortäusche.

den.¹⁰³⁹ Eine Festschreibung der *lex artis* auf einen einmal erreichten Standard der Schulmedizin ist ebenso verfehlt wie die Öffnung für Verfahren, die - bei aller Offenheit gegenüber Neuem - dennoch nur als Dilettantismus oder irrealer bzw. abergläubischer Verfahren beschrieben werden können.

V. Therapiefreiheit und ärztliche Kunst

1. Therapiefreiheit - Methodenfreiheit

Die unterschiedlichen medizinischen Denkansätze und Ideologien und die damit verbundene Methodenvielfalt erklären den bereits vom Reichsgericht beschriebenen Grundsatz der ärztlichen Methodenfreiheit.¹⁰⁴⁰ Das Reichsgericht erklärte: „Die allgemein oder weitaus überwiegend anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft genießen grundsätzlich keine Vorzugsstellung vor den von der Wissenschaft abgelehnten Heilverfahren ärztlicher Außenseiter oder nicht ärztlicher Heilbehandler“. Der Bundesgerichtshof¹⁰⁴¹ fügte später hinzu: „jeder operierende Arzt hat die Freiheit, die von ihm anzuwendende Operationsmethode danach auszusuchen, wie sie seiner Ausbildung, Erfahrung und Praxis entspricht. Unter mehreren praktisch gleichwertigen Methoden darf er das nach seinem Ermessen am besten geeignete Verfahren bevorzugen, insbesondere ein solches, für das er die größere Erfahrung besitzt“.

Als notwendiges, gemäß Art. 12 Abs. 1 GG, § 1 Abs. 2 BÄO garantiertes Korrelat darf der Arzt zu keiner seinem Gewissen widersprechenden Behandlung, Methode oder Arzneimitteltherapie gezwungen werden.¹⁰⁴² Das Verbot des - durch § 144 Abs. 2 GewO¹⁰⁴³ aufgehobenen - Kurierzwangs¹⁰⁴⁴ ergänzt die Methodenfreiheit um die Entschließungsfreiheit des Arztes, ob eine Behandlung stattfinden soll, zu dem umfassenden Prinzip der Therapiefreiheit und damit „zum Pluralismus unserer medizinischen Kultur“.¹⁰⁴⁵

¹⁰³⁹ Heite, DÄBl 92 (1995), C 2026 f.

¹⁰⁴⁰ RGSt 64, 263; 67, 12, 22.

¹⁰⁴¹ BGH NJW 1982, 2121 f.; OLG Hamburg VersR 1989, 147 f.

¹⁰⁴² Instrukтив Laufs, NJW 1997, 1609; Rieger, Lexikon des Arztrechts, Rn. 1754.

¹⁰⁴³ Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund, Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes, 1869, 245, 278.

¹⁰⁴⁴ § 144 Abs. 2 RGewO lautete: „Jedoch werden aufgehoben die für Medizinalpersonen bestehenden besonderen Bestimmungen, welche ihnen unter Androhung von Strafen einen Zwang zur ärztlichen Hilfe auferlegen.“ Vgl. Schenke, Die Deutsche Gewerbeordnung nebst Vollzugsvorschriften, 348 ff.; Sendel, Das Gewerbepolizeirecht nach der Reichsgewerbeordnung, 118.

¹⁰⁴⁵ Instrukтив Laufs/ Reiling, Anm. Zu BGH JZ 1992, 103, 105.

2. Gründe und Rechtsnatur der Therapiefreiheit

a. *Mangelnde Kompetenz Dritter*

Die Gründe, die für die Notwendigkeit der Therapiefreiheit angeführt werden, sind vielfältig: Mitunter wird die innere Rechtfertigung darin gesehen,¹⁰⁴⁶ daß es nicht Aufgabe der Gerichte sein dürfe, wissenschaftliche Theorienstreitigkeiten autoritativ zu entscheiden. Obwohl dieser Ansicht im Grundsatz zuzustimmen ist, vermag die vereinzelt anzutreffende Begründung, den zur Entscheidung berufenen Juristen fehle es regelmäßig an eigener medizinischer Fach- und Sachkunde, um medizinische Vorgänge angemessen zu bewerten, letztlich nicht zu überzeugen. Denn ebenso wie in anderen Spezialgebieten ist es auch im Medizinrecht Aufgabe der Sachverständigen, im Streitfall die Sachverhalte für medizinische Laien aufzubereiten.¹⁰⁴⁷

b. *Reflex der Kurierfreiheit*

Das Reichsgericht hingegen erblickte die Wurzeln und damit die Begründung der Methodenfreiheit in der gewerberechtlich geprägten Kurierfreiheit.¹⁰⁴⁸ Die Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund aus dem Jahre 1869¹⁰⁴⁹ hatte den medizinischen Beruf - im Vergleich zu anderen Gewerben - weitgehend¹⁰⁵⁰ freigegeben.¹⁰⁵¹ Die die Ausübung der Heilkunde beschränkenden Medizinalordnungen der Länder, wonach, wie in § 1 der Oberhessischen Medizinalordnung vom 25. Juni 1861 „die Ausübung der gesammelten Heilkunde, einschließlich der ‚Operativen Chirurgie‘, nur denjenigen Personen gestattet war, welche auf der Landesuniversität den akademischen Doktorgrad in der gesamten Heilkunde erworben haben“, wurden aufgehoben.¹⁰⁵² Das gleiche Schicksal erfuhr die Regelung des § 199 des Strafgesetzbuches¹⁰⁵³ für die Preußischen

¹⁰⁴⁶ Grünwald, in: Göppinger (Hrsg.), *Arzt und Recht*, 125, 129; Pribilla, in: Mergen (Hrsg.), *Juristische Problematik in der Medizin*, Band III, 70, 75.

¹⁰⁴⁷ Vgl. Giesen, *MedR* 1997, 17, 21; Schmid, *NJW* 1986, 2339, 2341.

¹⁰⁴⁸ *RGSt* 64, 263 ff.; 67, 12, 22 f. Näher zur Geschichte der Kurierfreiheit sowie zum Kurfuschertum am Beginn des 20. Jahrhunderts, Ebermayer, *Der Arzt im Recht*, 214 ff.

¹⁰⁴⁹ Vom 21.6.1869, *BGBI Norddeutscher Bund*, 1869, 245 ff.; Änderungsgesetz von 1883.

¹⁰⁵⁰ Siehe hierzu die Auflistung in *RGSt* 67, 12, 21 f.

¹⁰⁵¹ Zur Entstehungsgeschichte des Heilgewerbes unter der Gewerbeordnung von 1869 vgl. Cohn, *Zeitschrift für die deutsche Gesetzgebung und für einheitliches deutsches Recht*, VI, 1872, 624 ff.

¹⁰⁵² Reuling, *Die norddeutsche Gewerbeordnung und die hessische Gewerbebesetzgebung*, 27.

¹⁰⁵³ Die Regelung lautete: „Wer ohne vorschriftsmäßig approbiert zu sein, gegen Belohnung, oder einem besondern an ihn erlassenen polizeilichen Verbote zuwider, die Heilung einer äußeren oder inneren Krankheit oder eine geburtshülfliche Handlung vornimmt, wird mit

Staaten aus dem Jahr 1851,¹⁰⁵⁴ welche das Unternehmen der Heilung einer inneren oder äußeren Erkrankung oder einer geburtshilflichen Handlung gegen Belohnung grundsätzlich den approbierten Personen vorbehielt. § 6 GewO vermittelte dem Heilgewerbe insoweit eine Sonderstellung, als die hiermit verbundenen Rechte und Pflichten nur fragmentarisch geregelt wurden. So bedurften zwar gemäß § 29 Abs. 1 GewO „diejenigen Personen, die sich als Ärzte (Wundärzte, Augenärzte, Geburtshelfer, Zahnärzte und Thierärzte) oder mit gleichbedeutenden Titeln bezeichnen oder seitens des Staates oder einer Gemeinde als solche anerkannt oder mit amtlichen Verrichtungen betraut werden sollen“ der Approbation. Dieser Befähigungsnachweis war jedoch nicht erforderlich, falls die Tätigkeit nicht als öffentlich anerkannte, in amtlicher Funktion oder nicht mit der Führung des ärztlichen Titels versehen wurde. Auch traf die Gewerbeordnung keine Bestimmungen über das Verrichten von Heildiensten einfacher Art, sofern diese lediglich gewisse Fertigkeiten oder Übung voraussetzten, wie bei Heilgehilfen, Badern und Hühneraugenoperateuren.¹⁰⁵⁵ Das Heilpraktikergesetz¹⁰⁵⁶ beseitigte im Jahre 1939 diese weitreichende Kurierfreiheit, mit der Folge, daß lediglich der Besitzstand der Berufsausübenden gewahrt wurde, neue Erlaubnisse jedoch nur in begründeten Ausnahmefällen erteilt werden konnten.¹⁰⁵⁷ Diese generelle Zugangssperre verwandelte sich aber im Lichte der späteren, durch Art. 12 GG garantierten Berufsfreiheit im nachhinein in eine Absicherung und Stütze für den Fortbestand des Heilpraktikerwesens.¹⁰⁵⁸ Die Regelungen der §§ 1 Abs. 3 und § 2 Abs. 1 HPG sind gemäß der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts¹⁰⁵⁹ verfassungskonform auszulegen, so daß im Regelfall jeder die persönlichen Zulassungsvoraussetzungen erfüllende Bewerber die Erlaubnis

Geldbuße von fünf bis fünfzig Thalern oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft. Diese Regelung findet keine Anwendung, wenn eine solche Handlung in einem Falle vorgenommen wird, in welchem zu dem dringend nöthigen Beistande eine approbierte Medicinalperson nicht herbei geschafft werden kann.“

¹⁰⁵⁴ In Kraft getreten am 1.7.1851.

¹⁰⁵⁵ Vgl. Sendel, Das Gewerbepolizeirecht nach der Reichsgewerbeordnung, 114 ff.

¹⁰⁵⁶ Vom 17.2.1939, RGBI I, 251. Zur Rechtsentwicklung im Heilpraktikerwesen Bockelmann, NJW 1966, 1145; Jung, ZStW 97, 47, 52 f.; Raule, Berufskunde und Versicherungsmedizin, in: Forster (Hrsg.), Praxis der Rechtsmedizin, 616 f.; Wittern, Natur kontra Naturwissenschaft, Erlanger Universitätsreden, 20.

¹⁰⁵⁷ Pelchen, Gesetz über die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung, in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, Vorbemerkung Rn. 3.

¹⁰⁵⁸ Kohlhaas, Recht und Medizin, 98 f.; Rupp/ v. Olshausen, in: Mergen (Hrsg.), Die juristische Problematik in der Medizin, Band I, 13, 18. Zu den heutigen (Minimal)-Voraussetzungen der Erlaubniserteilung Pelchen, a.a.O., § 2 Rn. 3 ff.

¹⁰⁵⁹ Vgl. BVerwG NJW 1984, 1414 f. zur Zulassung als Psychotherapeut vor Inkrafttreten des Gesetzes über die Berufe des Psychologischen Psychotherapeuten und des Kinder- und Jugendpsychotherapeuten.

zur Ausübung der Heilkunde beanspruchen kann.¹⁰⁶⁰ Etwas anderes gilt nur, soweit sondergesetzliche Regelungen bestehen, wie z.B. aufgrund des Gesetzes über die Berufe des psychologischen Psychotherapeuten und des Kinder- und Jugendpsychotherapeuten¹⁰⁶¹ oder des Gesetzes über die Ausübung der Zahnheilkunde.¹⁰⁶²

Damit ist festzuhalten: Das Reichsgericht hat das Prinzip der Methodenfreiheit aus der gewerberechtlich geprägten Kurierfreiheit abgeleitet. Ungeachtet der durch das Heilpraktikergesetz zumindest vorübergehend abgeschafften Kurierfreiheit gab die Rechtsprechung das Prinzip der Methodenfreiheit aber nicht auf. Dieses widersprüchlich anmutende Verhalten interpretiert Bockelmann dahingehend, daß sich die Methodenfreiheit eben nicht aus der Kurierfreiheit ableite, sondern aus ihrer Unentbehrlichkeit.¹⁰⁶³ Denn jede strikte Bindung des Arztes an die anerkannten Regeln würde im Ergebnis zu einem Stillstand der Medizin und zu der inakzeptablen Konsequenz führen, daß der wissenschaftliche Fortschritt gehemmt würde. Franz hingegen erachtet den Umfang der Therapiefreiheit als nicht entscheidend vom Bestehen oder Nichtbestehen der Kurierfreiheit bedingt.¹⁰⁶⁴

c. *Stellungnahme*

Die Geschichte der Kurierfreiheit, die den beruflichen Handlungsspielraum der Behandlungsseite betrifft,¹⁰⁶⁵ ist eng mit der Entwicklung der auf das Vorgehen bezogenen Methodenfreiheit verwoben. Gleichwohl ist nicht zu verkennen, daß in Bereichen, in denen ein absolutes Kurierverbot für Nichtärzte besteht, wie in der Zahnheilkunde,¹⁰⁶⁶ den approbierten Ärzten sowohl eine Einschätzungsprärogative über den Gesundheitszustand ihrer Patienten als auch ein Wahlrecht zwischen unterschiedlichen Behandlungsmethoden zukommt. Dies spricht für eine Emanzipation der Methodenfreiheit von der Kurierfreiheit. Weiterhin geht mit dem im wesentlichen unbeschränkten Zugang zum Heilberuf die Notwendigkeit einher, den heilkundigen Nichtarzt zur Behandlung

¹⁰⁶⁰ Kritisch Laufs, *Arztrecht*, Rn. 45; Rupp/v. Olshausen, in: Mergen (Hrsg.), *Die juristische Problematik in der Medizin*, Band I, 13, 18 ff.

¹⁰⁶¹ BT-Drs. 13/9212; 13/8035. DÄBl 95 (1998), C 2341 (Psychotherapie-Richtlinien).

¹⁰⁶² Gesetz über die Ausübung der Zahnheilkunde vom 31.3.1952.

¹⁰⁶³ Bockelmann, *Strafrecht des Arztes*, 89.

¹⁰⁶⁴ Franz, *Naturheilmittel und Recht*, 99.

¹⁰⁶⁵ Jung, *ZStW* 97 (1985), 47, 54.

¹⁰⁶⁶ Gesetz über die Ausübung der Zahnheilkunde vom 31.3.1952. § 1 Abs. 1 knüpft die Befugnis zur Ausübung der Zahnheilkunde an den Besitz einer Bestallung als Zahnarzt oder Arzt. Im Unterschied zum Heilpraktikergesetz kennt das Zahnheilkundengesetz keine Ausnahmen vom Kurierverbot für Nichtapprobierte, Bockelmann, *NJW* 1966, 1145 ff.

der gesetzlich nicht ausgenommenen¹⁰⁶⁷ Erkrankungen zuzulassen und damit naturgemäß auch eine Vielzahl von Behandlungsmethoden zu tolerieren. Daher stellte bereits das Reichsgericht fest:¹⁰⁶⁸ „Die Kurierfreiheit gilt - vorbehaltlich der sondergesetzlichen Ausnahmen - grundsätzlich für Krankheiten aller Art, auch für schwere Krankheiten, ferner für ernst gemeinte - nicht auf Schwindel hinauslaufende - Heilverfahren aller Art.“

Würden abweichend von diesem Postulat die Vertreter besonderer Therapieformen den Behandlungslinien der Schulmedizin verpflichtet, könnte diese Ausübungsregelung derart einengend sein, daß sie den Heilkundigen zur Berufsaufgabe zwingt.¹⁰⁶⁹ Diese Situation zeigt eindeutig, daß zwar die Kurierfreiheit ohne Methodenfreiheit schwerlich denkbar ist, die Methodenfreiheit jedoch nicht durch das Bestehen der Kurierfreiheit bedingt wird.¹⁰⁷⁰ Umschreibt weder die fehlende Sachkunde der zur Entscheidung über medizinische Sachverhalte berufenen Juristen noch die Kurierfreiheit das maßgebliche Moment der Therapiefreiheit, liegt es nahe, die Rechtsstellung der im Mittelpunkt der Behandlung stehenden Ärzte und die der Patienten als bestimmende Faktoren näher zu betrachten.

Im einfachen Recht wie in der Verfassung finden sich Hinweise auf weitreichende Freiheiten des Arztes bei seiner Berufsausübung. Die Musterberufsordnung¹⁰⁷¹ regelt unter Teil C Nr. 2 „Behandlungsgrundsätze: Die Übernahme und Durchführung der Behandlung erfordern die gewissenhafte Ausführung der *gebotenen* medizinischen Maßnahmen nach den Regeln der ärztlichen Kunst [...]“.¹⁰⁷²

Teil B I § 1 Abs. 1 der Musterberufsordnung sowie § 1 Abs. 2 BÄO kennzeichnen den Arztberuf seiner Natur nach als frei. Teil B I § 1 Abs. 4 der MuBO ordnet an, daß

¹⁰⁶⁷ Hierzu Pelchen, Gesetz über die Berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung, in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, § 1 Rn. 3. Ausgenommen ist die Untersuchung und Behandlung von Geschlechtskrankheiten, § 9 Abs. 1 GBG, die Behandlung der im BSeuchG genannten übertragbaren Krankheiten, abgesehen von den Linderungsmaßnahmen beim eigenen Patienten, § 30 BSeuchG.

¹⁰⁶⁸ RGSt 67, 12, 22.

¹⁰⁶⁹ So haben sich seit Hahnemann zum Teil stark von einander abweichende Strömungen in der Homöopathie entwickelt, vgl. Ernst, DÄBl 94 (1997), C 1763 m.w.N. Das Verbot bestimmter Richtungen würde nicht allein deren Existenz als unterschiedliche Ausrichtung in der Homöopathie bedrohen, sondern außerdem für den jeweiligen Homöopathen auf ein Berufsverbot hinauslaufen.

¹⁰⁷⁰ Weitergehend Franz, Naturheilmittel und Recht, 99.

¹⁰⁷¹ Zur Rechtsqualität der Empfehlungen und Musterentwürfe vgl. Laufs/ Reiling, Anm. zu BGH JZ 1992, 103, 105 f.

¹⁰⁷² Musterberufsordnung der deutschen Ärztinnen und Ärzte 1997, DÄBl 94 (1997), C 1773, 1777.

der Arzt¹⁰⁷³ gegenüber Nichtärzten im fachlich-ärztlichen Bereich weisungsfrei ist. Damit wird die bereits bei Erlaß der Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund vorherrschende Aussage¹⁰⁷⁴ bestätigt, wonach dem selbständig, aber auch dem abhängig tätigen¹⁰⁷⁵ Arzt bei der Ausübung seines Berufes aufgrund der Natur der ausgeübten Dienstleistung ein gewisser Freiraum notwendigerweise zukommt.¹⁰⁷⁶

Obgleich diese Freiheit - im Unterschied zu der des Rechtsanwalts als unabhängiges Organ der Rechtspflege - nicht zwingend mit einem eigenständigen verfassungsrechtlichen Gehalt ausgestattet ist,¹⁰⁷⁷ darf der Aspekt, daß sich die Therapiefreiheit in der grundgesetzlich garantierten Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG sowie der Wissenschaftsfreiheit, Art. 5 Abs. 3 GG widerspiegelt,¹⁰⁷⁸ nicht gering geachtet werden. Denn die Berufsfreiheit konkretisiert das Recht des Arztes auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit im Bereich der individuellen Berufstätigkeit,¹⁰⁷⁹ mithin auch bei seiner konkreten Tätigkeit im jeweiligen Behandlungsgeschehen. Damit wurzelt die Therapiefreiheit des Arztes sowohl in seiner beruflichen Tätigkeit als auch seiner persönlichen Rechtsstellung.

Gleichwohl bedingt diese Feststellung nicht notwendigerweise, die Therapiefreiheit als persönliches ärztliches Privileg zu interpretieren. Sie ist dem Arzt nicht als Selbstzweck, sondern primär als fremdnütziges Recht zu Gunsten der Patienten übertragen. Die Entscheidungsautonomie des Patienten begründet und beschränkt gleichermaßen die ärztlichen Rechte und Pflichten. Denn die auch auf staatlichen Schutz in bezug auf privates Handeln ausgerichteten Rechte des Patienten auf Wahrung der Menschenwürde, Selbstbestimmung sowie der körperlichen Unversehrtheit verlangen über die Kompensation bereits eingetretener Schäden hinaus wirksame Prävention.¹⁰⁸⁰ Um diese zu erreichen und zu gewährleisten, bedarf es einerseits einer Vielfalt und Vielzahl von Behandlungsmethoden, die dem ständigen Wandel und Fortschritt der medizinischen Erkenntnisse offen stehen. Diese Bedingungen sind aber nur dann erfüllt, wenn der Arzt bei seinem Tun nicht an starre Regeln gebunden ist, die unkonventionelle Wege oder neue Erkenntnisse außer acht lassen. Andererseits liegt es beim Patienten als aktivem Partner des Arztes, das Ob und - je nach Komplexität - das Wie der Behandlung anhand

¹⁰⁷³ Dies gilt gemäß § 23 MuBO auch für Ärzte, die in einem Arbeits- oder Beamtenverhältnis stehen.

¹⁰⁷⁴ Vgl. Sendel, Das Gewerbepolizeirecht nach der Reichsgewerbeordnung, 113.

¹⁰⁷⁵ Teil B I. § 23 MuBO 1997, DÄBl 94, C 1773, 1775.

¹⁰⁷⁶ Hierzu Laufs, Berufsfreiheit und Persönlichkeitsschutz im Arztrecht, 7.

¹⁰⁷⁷ Instruktiv Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, 58 f.

¹⁰⁷⁸ BSGE 73, 66 ff.; Hart, MedR 1996, 60 f.; Laufs/ Reiling, Anm. zu BGH JZ 1992, 103, 105; Zuck, NJW 1991, 2933.

¹⁰⁷⁹ BVerfGE 30, 292, 334; 54, 301, 313; 71, 183, 210.

¹⁰⁸⁰ Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, 73 ff.

seines in der individuellen Autonomie begründeten Werteverständnisses zu bestimmen. Legt er hierbei als im Regelfall medizinischer Laie zumindest temporär sein Wohl und Wehe in die Hände des behandelnden Arztes, so ist dies zwar auf die Fach- und Sachkompetenz des Behandlers zurückzuführen. Dieses Vorgehen bedeutet aber keinen Rückgriff auf die traditionelle hippokratische Ethik im Sinne einer paternalistischen Bevormundung des Patienten. Obgleich der Arzt durch die freie und damit persönliche Verantwortung begründende medizinische Behandlung das konkrete medizinische Geschehen - idealerweise - fachlich beherrscht und damit aufgrund der Natur der Sache eine vollständige Emanzipation des Patienten nicht möglich ist, wird der Patient nicht zum Objekt ärztlicher Vernunfthoheit, sondern bleibt aktiver Partner im Behandlungsgeschehen. Trotz des zunächst festgestellten personalen Ansatzes entfaltet damit die Therapiefreiheit somit primär den Charakter eines fremdnützigen Rechts des Arztes.¹⁰⁸¹

Es bleibt festzuhalten: Die Therapiefreiheit wird nicht durch das Bestehen der gewerberechtlich ausgerichteten Kurierfreiheit bedingt. Grund der Therapiefreiheit ist vielmehr, dem Patienten eine effektive, selbstbestimmte Gesundheitsfürsorge zu ermöglichen. Die Therapiefreiheit umschreibt demgemäß ein fremdnütziges Privileg des Arztes.

VI. Inhalt der Therapiefreiheit

1. Eckpunkte der Therapiefreiheit

Bisher wurde festgestellt, daß das Postulat der *lex artis* die Behandlungsseite kraft ihrer auf dem Grundsatz der Therapiefreiheit beruhenden therapeutischen Eigenverantwortlichkeit zunächst weder an die Regeln der Schulmedizin¹⁰⁹² noch an die besonderer Therapierichtungen bindet. Die Verfahren der Schulmedizin sind damit nicht ohne weiteres mit der für die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes maßgeblichen *lex artis* gleichzustellen.¹⁰⁹³ Die Regeln der ärztlichen Kunst gewähren dem Arzt bei der Diagnose und Behandlung einen von ihm zu verantwortenden strafrechtlichen Risikobereich. Dieser zeigt sich nicht nur bei den tagtäglichen Routineentscheidungen, sondern gerade bei Anwendung von Verfahren der besonderen

¹⁰⁸¹ So auch Buchborn, in: Kleinsorge u.a. (Hrsg.), *Forschung am Menschen*, 19 ff.; Czeniek, in: Bock (Hrsg.), *Arzneimittelprüfung am Menschen*, 197, 203; Laufs, NJW 1997, 1609; Schmid, NJW 1986, 2339 f.

¹⁰⁹² BGH JZ 1992, 105 f. mit Anm. Laufs/ Reiling; Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, § 223 Rn. 9.

¹⁰⁹³ Hartmann, *Eigenmächtige und fehlerhafte Heilbehandlung*, 31 ff.; Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, § 223 Rn. 9c.

Therapierichtungen als auch auf medizinisch noch nicht vollständig geklärtem Gebiet.¹⁰⁹⁴ Im folgenden sollen daher Inhalt wie Reichweite der Therapiefreiheit geklärt werden. Dies geschieht mit der Zielsetzung, Kriterien zu gewinnen, um das kunstgerechte, ordnungsgemäße ärztliche Verhalten von dem fehlerhaften trennen zu können.

Die ärztliche Entscheidung für bzw. gegen ein medizinisches Vorgehen erfordert sowohl die Berücksichtigung etlicher prognostisch einzuschätzender Faktoren als auch die Abwägung der für den Patienten mit der Behandlung verbundenen gesundheitlichen Chancen und Risiken.¹⁰⁹⁵ Hierbei stehen der Behandlungsseite herkömmliche sowie - aufgrund des kontinuierlichen Fortschritts der Medizin wie Medizintechnik - neue Behandlungsmethoden und Mittel zur Verfügung. Schutzschilde aus Natur, Retorte,¹⁰⁹⁶ Chemie und Physik¹⁰⁹⁷ ergänzen oder ersetzen die Chirurgie, erlauben maßgeschneiderte medizinische Behandlungen. Die häufig geschwächte Regenerationskraft des Patienten wird von außen durch spezifische und nebenwirkungsarme Mittel, die - soweit als möglich - der Natur oder körpereigenen Stoffen entsprechen sollen, mobilisiert. Dazu tritt verstärkt die ganzheitliche Betrachtung des Menschen¹⁰⁹⁸ als auch die Berücksichtigung psycho-sozialer Komponenten im Krankheitsgeschehen.

Vor diesem Hintergrund zeigt sich die Reichweite der ärztlichen Therapiefreiheit in ihren spezifischen Anwendungsbereichen. Die Entscheidung des Arztes zugunsten eines medizinischen Verfahrens setzt die Abwägung etlicher prognostisch einzuschätzender physischer, psychischer und sozialer Umstände voraus. Die Bedürfnisse des Erkrankten sind ebenso wie die medizinischen Eventualitäten auszuloten. Es bedarf keiner eingehenden Erörterung, daß die Einordnung eines Krankengeschehens unter ein bestimmtes Krankheitsbild sowie die Durchführung der erforderlichen Therapie im Einzelfall häufig mit wertenden Beurteilungen verbunden sind. Insbesondere in Fällen unsicherer Anamnese kann das Ausfindigmachen der angezeigten Behandlung mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein.¹⁰⁹⁹

Damit liegt die erste vom Arzt zu überwindende Hürde im Bereich der Erkenntnis. Bei zweifelhaftem Krankheitsbild müssen vor allem die Diagnosemöglichkeiten in bezug auf gravierende Erkrankungen ausgeschöpft werden. Ergibt sich dabei, daß

¹⁰⁹⁴ BGHSt 37, 383 mit Anm. Laufs/ Reiling, JZ 1992, 105.

¹⁰⁹⁵ Laufs, NJW 1984, 1383 f.

¹⁰⁹⁶ Ries, einblick 1996, 21 ff.

¹⁰⁹⁷ Eberhard-Metzger, einblick 1996, 2 ff.

¹⁰⁹⁸ Hierzu Schipperges/ Schumann, Wege zu neuer Heilkultur. Ganzheitliches Denken in der kommenden Medizin.

¹⁰⁹⁹ Frahm/ Nixdorf, Arzthaftungsrecht, Rn. 95; Glück, Schadensursachen de lege lata, in: Laufs (Hrsg.), Die Entwicklung des Arztrechts, 287, 289.

von der Sache her abweichende Interpretationen des Krankheitsgeschehens als auch Vorgehensweisen möglich sind, d.h. eine Bandbreite von in gleicher Weise vertretbaren Entscheidungen zur Verfügung steht, obliegt es zunächst der sach- und fachkundigen Behandlungsseite, die Wahl zugunsten einer oder mehrerer Möglichkeiten zu treffen.¹¹⁰⁰ In diesen Entschluß fließen zum Teil sehr verschiedenartige - Aspekte wie Heilungsaussichten, Eingriffsbelastung und Schadensrisiken¹¹⁰¹ ein, die zu beurteilen und gegeneinander abzuwägen sind. Bei diesem Entscheidungsprozeß läßt sich die unter Umständen einzig angemessene ärztliche Entscheidung häufig nicht zweifelsfrei feststellen.¹¹⁰² Die Subjektivität des Krankheitsbegriffes und die begrenzte Wissenschaftlichkeit der Medizin stehen einer eindeutigen Ableitung des medizinisch Notwendigen häufig entgegen. Wurde ein Urteil über die Grundlage ärztlichen Handelns getroffen, so kennt der ärztliche Alltag aufgrund des Pluralismus der medizinischen Behandlungsformen etliche Bereiche, die dem Arzt unterschiedliche Therapieformen zur Auswahl stellen. Die regelmäßig komplexe Natur der medizinischen Behandlung bedingt je nach Lage des Einzelfalls einen mit engeren oder weiteren Grenzen versehenen Handlungsspielraum. Die ärztliche Entscheidung kann sich hierbei darauf beziehen, ob eine Therapie durchgeführt wird und wenn ja, welche. Damit verbindet sich die regelmäßig gegebene Einschätzungsprärogative hinsichtlich Diagnose wie Behandlung mit einem Beurteilungsspielraum bezüglich der anzuwendenden Therapie.¹¹⁰³ Die Eckpunkte des in Betracht zu ziehenden Vorgehens darf der Behandler freilich nicht nach eigenem Gutdünken festsetzen. Das Strafrecht ist zwar nicht berechtigt, die Freiheit der Methodenwahl und das Fortschreiten der Medizin zu behindern. Indessen dispensiert die Bandbreite von schulmedizinischen bis hin zu alternative Behandlungsmethoden nicht von den bekannten und medizinisch notwendigen Sicherheitsmaßnahmen. Der ärztliche Beurteilungsspielraum endet aber dort, wo allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe und Erkenntnisse nicht beachtet werden.¹¹⁰⁴ Vor dem Hintergrund der verfassungs-

¹¹⁰⁰ Zur Frage, ob bzw. inwieweit der Arzt den Patienten hier auf die anderen Entscheidungsmöglichkeiten hinweisen und ggf. dessen Einwilligung einholen muß vgl. nachfolgend unter Punkt VI. 4.

¹¹⁰¹ Vgl. Glück, Schadensursachen des lege lata, in: Laufs (Hrsg.), Die Entwicklung der Arzthaftung, 287 f.

¹¹⁰² Daher bewertet die Rechtsprechung Diagnoseirrtümer, die auf Fehlinterpretationen von Befunden beruhen, nur zurückhaltend als Behandlungsfehler, z.B. BGH VersR 1981, 1033.

¹¹⁰³ Instrukтив Eser, in: Kaufmann (Hrsg.), Ärztliches Handeln zwischen Paragraphen und Vertrauen, 111, 112 ff.

¹¹⁰⁴ Zum Beurteilungsspielraum von Behörden vgl. Küper, Darf sich der Staat erpressen lassen?, 101.

rechtlich verankerten Menschenwürde, des Persönlichkeitsrechtes sowie der körperlichen Unversehrtheit ist dem Patienten das objektiv medizinisch Gebotene zu gewähren, wie es sich bei der Diagnose, Behandlung und Beobachtung ergibt. Die Umschreibung dieses Pflichtenkreises zeigt, daß die Frage nach Herkunft und Umfang des sachgerechten ärztlichen Verhaltens primär dem medizinischen Sachverständigen zur Beantwortung übertragen ist.¹¹⁰⁵ Nachfolgend soll dennoch der Versuch unternommen werden, den im Verhältnis dazu kleinen Teil strafrechtlicher Kategorien zu beleuchten. Hierbei geht es darum ausfindig zu machen, unter welchen Voraussetzungen ärztlichem Verhalten eine Schädlichkeit in Bezug auf die gemäß §§ 223, 229 StGB geschützten Rechtsgüter zu attestieren ist. Die Subsidiarität des Strafrechts mahnt hierbei zur Zurückhaltung. Denn wenn uns bereits die Vielgestaltigkeit der Medizin unmißverständlich aufzeigt, daß eine Dogmatisierung und Kanonisierung ärztlichen Handelns mit großen Schwierigkeiten verbunden ist, so ist es dem auf das Sanktionieren von besonders sozialschädlichem Verhalten ausgerichteten Strafrecht verwehrt, medizinische Schulenstreitigkeiten zu entscheiden.

2. Befunderhebung

Voraussetzung einer gewissenhaften Diagnose und Therapiewahl ist zunächst die verantwortungsvolle und umfassende Erhebung der Krankheitsbefunde durch den Behandler.¹¹⁰⁶ Jede Erkrankung bzw. jeder Krankheitsverdacht bedingt eine Basisuntersuchung.¹¹⁰⁷ Der Patient ist, soweit nach den Umständen, insbesondere den zur Verfügung stehenden Hilfsmitteln, möglich, gründlich mit Hilfe der geeigneten Methoden zu untersuchen. Im Zusammenwirken mit dem Patienten sind mehrdeutige Krankheitsgeschehen aufzuklären. Die Notwendigkeit des weiteren diagnostischen Vorgehens richtet sich nach dem Einzelfall. Diese Anforderungen an die ärztliche Befunderhebung bilden die Grundlage einer sachgerechten Diagnose¹¹⁰⁸ sowie einer Beurteilung der hieraus gezogenen und bewerteten Schlußfolgerungen.

Die mit einer ordnungsgemäßen und sachgerechten Befunderhebung sowie Diagnose verbundenen Probleme sind vielfältig. Dies zeigt sich u.a. daran, daß nach Aussage eines im *New english journal of medical sciences* im Jahr 1994 erschienenen Beitrags 35 % aller klinischen Diagnosen falsch sind. Unabhängig davon,

¹¹⁰⁵ Vgl. Giesen, *MedR* 1997, 17, 21; Kern/ Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 5 Fn. 17; BGH NJW 1995, 776.

¹¹⁰⁶ Buchborn, *MedR* 1987, 222 f.; Deutsch, *Medizinrecht*, Rn. 311; BGH NJW 1998, 814.

¹¹⁰⁷ Zu den Anforderungen einer sorgfältigen Anamnese bei einem nicht erforderlichen Eingriff vgl. BGHSt 12, 379, 385.

¹¹⁰⁸ Ausführlich Giesen, *Arzt Haftungsrecht*, Rn. 111 ff.; Uhlenbruck, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, § 49 Rn. 1.

ob diesen Angaben auch für den deutschsprachigen Raum und hier auch für den nichtklinischen Bereich¹¹⁰⁹ Gültigkeit zukommt, läßt diese Zahl die Tendenz erkennen, daß es einen nicht geringen Anteil ärztlicher Fehlbeurteilungen gibt.

Die Gründe hierfür sind unterschiedlich. So besteht für die Methodologie der Abklärung eines Krankheitsbildes mit therapeutischer Konsequenz häufig keine eindeutige Vorstellung. Dies beruht u.a. darauf, daß das diagnostische Vorgehen stark durch die Persönlichkeit und die Assoziationskraft des untersuchenden Arztes beeinflußt wird. Ein Großteil der diagnostischen Erfahrung, der umsichtigen, defensiven oder offensiven ärztlichen Vorgehensweise, fließt hier ein.¹¹¹⁰ Außerdem setzt eine Diagnose neben der Analyse von Symptomen zusätzlich das Erkennen von Krankheitseinheiten voraus, welche aufgrund ihrer Komplexität schwierig festzustellen sind.¹¹¹¹ Auch kann der behandelnde Arzt bei seinem Rückschluß vom Symptom zur Ursache meist nur einen ziemlich flachen Zeithorizont berücksichtigen. Dieser reicht in der Regel nicht weiter als bis zu einer konkreten Organstörung - in der Akutmedizin, wie z.B. bei Atemstillstand oder Kammerflimmern, entfällt gar eine Differenzierung zwischen Symptom und Diagnose. Eine zu 100 % richtige Diagnose kann daher häufig erst im nachhinein gestellt werden.¹¹¹² Daher entspricht die Vermutungsdiagnose und die sich hieraus ergebende Indikation zu einer Behandlung dem ärztlichen Alltag eher als die allgemeine Vorstellung vom Durchschauen des Krankheitsbildes.¹¹¹³

Zur Veranschaulichung der mit der Diagnose einhergehenden Schwierigkeiten ist auf das medizinhistorisch bekannte Beispiel des primär multifaktoriellen pathologischen Prozesses der früher als Arthritismus bezeichneten Krankheit der ‚großen Esser und Trinker, der Luxuskonsumption‘ zu verweisen.¹¹¹⁴ Zuerst bildet sich dabei eine Adipositas¹¹¹⁵ aus, die eine Überbelastung und erhöhten Verschleiß der Kniegelenke zur Folge hat. Die Adipositas geht oftmals mit einem Altersdiabetes einher, mit

¹¹⁰⁹ Einer Untersuchung aus dem Jahre 1958 zufolge sollen nahezu 100% der von den niedergelassenen Ärzten angegebenen Todesursachen nicht den von rechtsmedizinischer Seite festgestellten Resultaten entsprechen, vgl. Bleyl, in: Bauer (Hrsg.), *Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts*, 87 f.

¹¹¹⁰ Vgl. Anschütz, in: Hammerstein/ Schlungbaum (Hrsg.), „Defensives Denken in der Medizin“. Irrweg oder Notwendigkeit? 11 f.

¹¹¹¹ Epplen/ Przuntek, DÄBl 95 (1998), C 26 ff.

¹¹¹² Instruktiv Bleyl, *Klinische Fehlbeurteilung im Spiegel des Auftrags der Pathologie*, in: Bauer (Hrsg.), *Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts*, 87.

¹¹¹³ Anschütz, in: Hammerstein/ Schlungbaum (Hrsg.), „Defensives Denken in der Medizin“. Irrweg oder Notwendigkeit? 11, 13.

¹¹¹⁴ Das Beispiel ist den Ausführungen von Bleyl, in: Bauer (Hrsg.), *Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts*, 87, 95 f. entnommen.

¹¹¹⁵ Adipositas bedeutet Fettsucht, vgl. Pschyrembel, Stichwort Adipositas.

einer generalisierten Arteriosklerose einschließlich peripherer arterieller Verschlußkrankheit und mit einer Hypertonie. Infolge der Kombination dieser grundsätzlich wesensverschiedenen Krankheitsprozesse kommt eine pathophysiologische Syntropie zustande. Die Hypertrophie des Herzens auf dem Boden der Hypertonie dekompensiert schließlich, und eine zur Bronchopneumonie eskalierte Bronchitis kann ein akutes Herzversagen herbeiführen. Hierbei könnte keiner der genannten Krankheitsprozesse für sich genommen diese Situation hervorrufen, in dem Zusammenwirken aber entsteht die Gefahr einer Dekompensation dieser Hypertonie mit Todesfolge. Wenn nun Gegenstand der Behandlung zwar die einzelnen Krankheitsprozesse sind, entzieht sich aber der klinischen Analyse regelmäßig die Intensität der syntropischen,¹¹¹⁶ konvergierenden Pathomechanismen, so daß häufig die Behandlungsbedürftigkeit der zunächst harmlos erscheinenden, aber letztlich tödlichen Bronchitis unterschätzt wird.

3. Methodenwahl

Die Wahl des Diagnoseverfahrens sowie der anschließenden Therapie trifft die Behandlungsseite unter Berücksichtigung einer Vielzahl von Variablen.¹¹¹⁷ Bei diesem Entscheidungskonvolut kommt dem Stand der jeweiligen Therapieform sowie dem der naturwissenschaftlich begründeten Medizin eine wesentliche Kontrollfunktion zu.

a. *Der medizinische Standard*

Rechtsprechung¹¹¹⁸ und Schrifttum¹¹¹⁹ sind sich im Grundsatz darin einig, daß die Meßlatte der sachgerechten Behandlung den jeweiligen medizinischen bzw. ärztlichen Standard zu berücksichtigen hat. ‚Standard‘ wird in diesem Zusammenhang regelmäßig als Synonym für das Zusammenspiel von wissenschaftlichem Erkenntnisstand und anerkannter medizinischer Praxis unter dem Aspekt der normierenden Vereinheitlichung von Leistungen interpretiert.¹¹²⁰

¹¹¹⁶ Syntropie umschreibt ein überzufälliges gemeinsames Vorkommen von verschiedenen Erkrankungen, vgl. Psyhyrembel, Stichwort Syntropie.

¹¹¹⁷ Buchborn, MedR 1987, 222 f.

¹¹¹⁸ Vgl. BGH NJW 1987, 1479 ff. zur Übernahme der Behandlung durch das Krankenhaus und dem damit geschuldeten Facharztstandard.

¹¹¹⁹ Groß, VersR 1996, 657, 663; Laufs, NJW 1997, 1609 f.; ders., in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 99 Rn. 3 m.w.N.

¹¹²⁰ Zum Begriff ‚Standard‘ Buchborn, MedR 1993, 328; Deutsch, Medizinrecht, Rn. 174.

Obgleich die Eigenart des Standards gerade in seiner grundlegenden Allgemeingültigkeit liegt, ist das zu beachtende medizinische Leistungssoll nicht abstrakt, sondern unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles festzulegen. Denn der Begriff Standard bezeichnet eine sich wandelnden Umständen und Erkenntnissen anpassende dynamische Größe,¹¹²¹ wobei das normativ Geforderte von dem normalen Durchschnittsmenschen der angesprochenen Gruppe erfüllbar bleiben muß.¹¹²² Der ärztliche Standard kann infolgedessen nicht einheitlich nach den Grundsätzen der Maximalmedizin¹¹²³ beurteilt werden. Andererseits darf der Qualitätsstandard nicht unter die unverzichtbare Basisschwelle abrutschen.¹¹²⁴ Entscheidend ist - das jeweilige Leistungssoll¹¹²⁵ in der konkreten Situation. Dieses wird u.a. von den entsprechenden, in der jeweiligen Situation zur Verfügung stehenden medizinischen Hilfsmitteln sowie dem Ausbildungsgrad des Behandlers determiniert. Für die Frage, ob die Behandlung dem erforderlichen Standard entspricht, ist es von Belang, ob sie in einem städtischen Krankenhaus oder einer Universitätsklinik durchgeführt,¹¹²⁶ ob ein Facharzt bzw. ein Allgemeinarzt zur Behandlung aufgesucht wird. Ebenso sind die konkreten Umstände der medizinischen Behandlung von Bedeutung.¹¹²⁷

b. Stand der medizinischen Wissenschaft und Technik

Wie nun der maßgebende fachliche Standard bestimmt werden soll, ist umstritten. Er wird häufig mit dem - bereits im Rahmen der Begriffsbestimmung der Schulmedizin

¹¹²¹ Grafe, AR 1998, 181 ff.; Laufs, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 99 Rn. 3.

¹¹²² Laufs, in: ders. (Hrsg.), Die Entwicklung der Arzthaftung, 1, 8.

¹¹²³ BGH NJW 1994, 1596; Empfehlungen zur Entwicklung des Arzthaftungsrechtes, Deutsche Gesellschaft für Medizinrecht e.V., in: Neue Entwicklungen der Arzthaftung, 353.

¹¹²⁴ Laufs, NJW 1997, 1609, 1612.

¹¹²⁵ Schwalm, in: Festschrift Bockelmann, 539, 544 f.; Damm, NJW 1989, 737, 739 mit kritischem Hinweis auf die Grenzziehung zwischen allgemein erforderlicher Normalausstattung und gesteigerter Sozialausstattung; Steffen, Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht, 50.

¹¹²⁶ Kern, NJW 1996, 1561; Laufs, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 99 Rn. 11 ff.; Mezger, Deutsche Zeitschrift für die gesamte gerichtliche Medizin, Bd. 42 (1953), 365, 372.

¹¹²⁷ So z.B. eine Notoperation auf einem Kriegsgefangenentransport, vgl. Schwalm, in: Festschrift Bockelmann, 539, 544 Fn. 12. Bereits Virchow hat im Jahre 1870 darauf hingewiesen, daß der Standard die konkreten Umstände berücksichtigen muß, vgl. Virchow, in: Eser/ Künschner (Hrsg.) Recht und Medizin, 43, 46. Einschränkung Goller, Der einverständliche vorgenommene, sachgerechte, aber erfolglos gebliebene ärztliche Heileingriff, 27.

problematisierten - Stand der medizinischen Wissenschaft und Technik oder aber der allgemeinen wissenschaftlichen Anerkennung und ärztlichen Erfahrung bzw. deren Kern¹¹²⁸ umschrieben. Wenngleich die Bestimmung des maßgebenden Standards primär Aufgabe der medizinischen Fachwelt ist,¹¹²⁹ ist die in diesem Kontext geforderte Beschränkung auf die wissenschaftliche Anerkennung nicht frei von Zweifeln. Denn die besonderen Therapierichtungen entziehen sich häufig einem wissenschaftlich exakten Wirksamkeitsnachweis im Sinne der naturwissenschaftlich orientierten Medizin. Und selbst schulmedizinische Erkenntnisse mit limitierter Reproduzierbarkeit sowie wissenschaftlich nicht zwingend abgesicherte Entscheidungen im ärztlichen Alltag¹¹³⁰ vermögen den Anforderungen kaum standzuhalten. Würde der Maßstab der wissenschaftlichen Anerkennung über den Standard entscheiden, müßten die besonderen Therapierichtungen ebenso wie die im Grenzbereich der Nachweisbarkeit angesiedelten Verfahren häufig als dem Minimalstandard nicht entsprechend aus der Betrachtung ausscheiden.¹¹³¹ Um diesem Umstand entgegenzuwirken, enthält z.B. § 1 Abs. 3 PTG keine Aufzählung der zulässigen psychotherapeutischen Verfahren. Denn Weiterentwicklungen in diesem Bereich sollen gerade nicht durch Gesetz ausgeschlossen werden. Wenn das PTG dennoch die wissenschaftliche Anerkennung der Verfahren als Voraussetzung einer anerkannten Ausübung der Psychotherapie vorsieht, so deshalb, um generell zu verhindern, daß die Befugnis zur Ausübung von Psychotherapie mißbraucht wird.¹¹³² Ob aber im Einzelfall ein wissenschaftlich nicht anerkanntes Verfahren contra legem ist und daher die Verwirklichung strafrechtlichen Unrechts nahelegt, wird damit nicht präjudiziert.

¹¹²⁸ Buchborn, MedR 1993, 328; Kriele, NJW 1976, 355 f.: „Der Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse ist dadurch gekennzeichnet, daß er kontrovers ist.“

¹¹²⁹ Zu § 15 TPG „Richtlinien zum Stand der medizinischen Wissenschaft“ vgl. BT-Drs. 13/4355, 28; zu § 12 „Stand der medizinischen Wissenschaft und Technik zur Gewinnung von Blut und Blutbestandteilen“ der Regierungsvorlage zur Regelung des Transfusionsgesetzes vgl. BR-Drs. 851/97, 22.

¹¹³⁰ Buchborn, MedR 1987, 221, 223.

¹¹³¹ Zwar wird dieses Ergebnis von etlichen Vertretern der Schulmedizin insbesondere mit Blick auf die Verteilung der Ressourcen der Krankenkassen offen angestrebt, vgl. Haustein/ Höffler/ Lasek/ Müller-Oerlinghausen, DÄBl 95 (1998), C 599. Trotzdem dürfen Wirtschaftlichkeit- sowie Rationierungserwägungen im Kassennarztrecht nicht so weit gehen, die Therapiefreiheit auf die Schulmedizin zu beschränken und damit die besonderen Therapierichtungen aus dem Wettbewerb zu verdrängen. Zu Verhältnis von Therapiefreiheit und Wirtschaftlichkeitsgebot BSG RegNr. 18930 (BSG-Intern); BSGE 73, 66 ff.

¹¹³² BT-Drs. 13/8035, 14.

c. *Maßstab der allgemeinen Anerkennung*

Um die im Hinblick auf das umfassende Verständnis der Therapiefreiheit gerade nicht intendierte restriktive Interpretation des Standards zu vermeiden, besteht die Möglichkeit, den Maßstab des Standards auf die allgemeine Anerkennung zu reduzieren.¹¹³³ So haben die Krankenkassen gemäß § 70 Abs. 1 SGB V „[...] den Versicherten eine [...] dem allgemein anerkannten Stand der Erkenntnisse entsprechende Versorgung der Versicherten zu gewährleisten“.

Mit Hilfe dieses Maßstabes findet die Auseinandersetzung zwischen der Schulmedizin und den besonderen Therapierichtungen allerdings nur eine scheinbare Lösung. Denn einer allgemeinen Anerkennung steht vielfach entgegen, daß die Vertreter der Schulmedizin wie die der besonderen Therapierichtungen regelmäßig Vorurteile für ihre und gegenüber der anderen Therapie haben¹¹³⁴ und sich daher häufig die gegenseitige Anerkennung versagen. Darüber hinaus werden auch innerhalb der jeweiligen Richtungen Schulenstreits ausgefochten.¹¹³⁵ Weiterhin bedingen Ideologie sowie Erfahrungsregeln des Behandlers maßgebend die Wahl der Behandlungsform und folglich die Art der Berufsausübung.

Das Kriterium der allgemeinen Anerkennung birgt damit regelmäßig die Gefahr des Machtkampfes der ideologisch geprägten Therapierichtungen mit der Konsequenz der Verdrängung neuerer Behandlungsmethoden sowie besonderer Therapieformen von der Plattform der Anerkennung. Dies steht freilich im Widerspruch zur Dynamik der medizinischen Entwicklung sowie zum Prinzip der Kurier- wie der Methodenfreiheit. Letztlich kann es nicht Aufgabe der Strafgerichte oder der Entscheidungsinstanzen der Krankenversicherungen sein,¹¹³⁶ autoritativ zu bestimmen, ob der Denkansatz der Schulmedizin oder der besonderen Therapieformen objektiv richtig oder falsch ist.¹¹³⁷

¹¹³³ Vgl. § 70 Abs. 1 SGB V: „Die Krankenkassen und Leistungserbringer haben eine bedarfsgerechte und gleichmäßige, dem allgemein anerkannten Stand der Erkenntnisse entsprechende Versorgung der Versicherten zu gewährleisten. Die Versorgung der Versicherten muß ausreichend und zweckmäßig sein, darf das Maß des Notwendigen nicht überschreiten und muß wirtschaftlich erbracht werden“.

¹¹³⁴ Buchborn, MedR 1993, 328, 331.

¹¹³⁵ Siehe auch Deutsch, in: Neuhaus (Hrsg.), Pluralität in der Medizin, 141 f.; Loewe, Rechtliche Gleichwertigkeit der Therapien? 33.

¹¹³⁶ Obgleich die Bestrebungen der Priorisierung im Hinblick auf die Verteilung der Mittel in der Sozialversicherung durchaus in diese Richtung weisen.

¹¹³⁷ BSGE 73, 66 ff.; LSG Rheinland-Pfalz NJW 1991, 2992; Grünwald, in: Göppinger (Hrsg.), Arzt und Recht, 125, 129; Lewandowski, Diskussionsbeitrag zum Referat von Czeniek, in: Bock/Hofmann (Hrsg.), Arzneimittelprüfung am Menschen, 204, spricht anschaulich davon, daß bei „unserem lückenhaften Wissen die Rechtsregel weitgehend Willkür wäre [...]“.

Diesem Ergebnis entspricht im Sozialversicherungsrecht die Aufnahme der besonderen Therapierichtungen in den Leistungskatalog des § 2 Abs. 1 Nr. 2 SGB V.¹¹³⁸ Die Stellung dieser Vorschrift im Ersten Kapitel des SGB V zeigt, daß ihr auch für die nachfolgenden Bestimmungen über den Leistungsanspruch des Versicherten als auch dem Leistungserbringungsrecht Geltung zukommt.¹¹³⁹

d. „Schlawineruntergrenze“

Trotz der aufgezeigten Schwierigkeiten darf der strafrechtliche Spielraum des Behandlers bei der Wahl des Diagnoseverfahrens sowie der anschließenden Therapie vor allem mit Blick auf den Patientenschutz nicht grenzenlos sein. So hat der Gesetzgeber in den Grenzen der Verhältnismäßigkeit vereinzelt präventive Maßnahmen ergriffen, um unter dem Aspekt der Gefahrenabwehr das therapeutische Angebot zu reglementieren.¹¹⁴⁰ Neben den ausdrücklichen Schranken¹¹⁴¹ kann der notwendige Konsens über den einzuhaltenden Standard darin gefunden werden, im Rahmen der jeweiligen Therapierichtung auf die fachbezogene Binnenanerkennung und Plausibilitätsprüfung abzustellen. Maßgebend ist demzufolge, ob versierte und kenntnisreiche Vertreter der jeweiligen Richtung die Einhaltung bestimmter Erkenntnisse bei der Auswahl bzw. Anwendung einer Methode als erforderlich und geboten erachten.¹¹⁴²

Dieses Ergebnis steht nicht im Widerspruch zu § 2 Abs. 1 S. 2 und 3 SGB V. Danach haben zwar Qualität und Wirksamkeit der Leistungen dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Wissenschaft zu entsprechen und den medizinischen Fortschritt zu berücksichtigen. Da aber bei einer Auslegung von Satz 3 allein im Sinne der wissenschaftlich nachweisbaren Medizin für besondere Therapierichtungen, wie z.B. der Naturheilkunde, kein Raum bliebe und demzufolge massiv in den Kernbereich der Therapiefreiheit wie der Kurierfreiheit eingegriffen würde, kann der zutreffende allgemeine Maßstab auch im Sinne von § 2 Abs. 1 S. 2 und 3 SGB V nur therapieimmanent ermittelt werden.¹¹⁴³ Dies hat der Gesetzgeber in bezug auf die Zusammenstellung der Arzneimittelrichtlinien ausdrücklich

¹¹³⁸ Enquete-Kommission „Strukturreform“, Endbericht, BT-Drs. 11/6380, 64 f.; Zuck, NJW 1991, 2933.

¹¹³⁹ BSGE 73, 66 f.

¹¹⁴⁰ Laufs/ Reiling, Anm. zu BGH JZ 1992, 103, 105; Siebert, Strafrechtliche Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit, 45.

¹¹⁴¹ Vgl. § 13 BtmG; dazu Hellebrand, NStZ 1992, 13, 16 f.

¹¹⁴² So neuerdings auch das BSG zur kassenrechtlichen Zulässigkeit von Kunststoff anstelle von Amalgam, BSG MDR 1994, 928 ff.

¹¹⁴³ So ausdrücklich BSGE 73, 66 ff.

geklärt.¹¹⁴⁴ So sind gemäß § 92 Abs. 2 S. 4 SGB V bei der Beurteilung von Arzneimitteln der besonderen Therapierichtungen gerade auch Stellungnahmen von Vertretern dieser Therapierichtungen einzuholen. Somit wird die Frage, ob eine Therapie der *lex artis* entspricht, maßgebend durch deren Binnenanerkennung bestimmt. Dem entspricht es, wenn - um eine rechtliche Außenkontrolle ärztlicher Tätigkeit zu ermöglichen¹¹⁴⁵ - als absolute Grenze der „tradierte Bodensatz allgemeiner Übereinstimmung“¹¹⁴⁶ eingehalten wird, oder um mit den Worten von Neuhaus¹¹⁴⁷ zu sprechen, die „Schlawineruntergrenze“ im Sinne des in eklatanter Weise außerhalb des Minimalkonsens Stehenden¹¹⁴⁸ berücksichtigt werden muß.

e. *Zwischenbilanz*

Der einzuhaltende ärztliche Standard der jeweiligen Therapierichtung ist grundsätzlich anhand der fachbezogenen Binnenanerkennung zu ermitteln. Um jedoch Mißbrauch zu vermeiden, muß die Diagnose und die Therapie auch der Kontrolle von außen unterliegen. Die strafrechtliche Fehlerkontrolle darf aber nicht dazu führen, dem Arzt die Entscheidung hinsichtlich der Methoden und Verfahren abzunehmen. In dem unscharfen Terrain zwischen Methodenvielfalt, Fortschritt und Standard können bestenfalls einige Markierungspunkte gesetzt werden. Anderenfalls würde sich das Strafrecht als Hemmschwelle für den medizinischen Fortschritt erweisen. Der dem Arzt eröffnete Spielraum findet seine Grenzen in fachimmanenten Vernunftskriterien. Diese sind unter anderem, daß die Behandlungsseite verpflichtet ist, sowohl die ausdrücklichen Schranken wie die im konkreten Fall für alle Therapierichtungen gleichermaßen geltenden elementaren Grundsätze einzuhalten.

f. *Bestimmungsfaktoren des ärztlichen Standards*

Trotz der aufgezeigten Innen- wie Außengrenzen der ärztlichen Behandlung bleibt dennoch die Bestimmung des Leistungssolls im Einzelfall schwierig. Um einen sachgerechten Umgang mit der Freiheit der Methodenwahl sicherzustellen, bedingt

¹¹⁴⁴ Wenn auch die Arzneimittelkommission der Deutschen Ärzteschaft diesem Befund kritisch gegenüber steht, vgl. Hausteil/ Höffer/ Lasek/ Müller-Oerlinghausen, DÄB 95 (1998), C 599.

¹¹⁴⁵ Ulsenheimer, ‚Ausgreifende Arzthaftpflichtjudikatur und Defensivmedizin‘, Berliner Medizinethische Schriften, Heft 17, 1, 3.

¹¹⁴⁶ Deutsch, in: Neuhaus (Hrsg.), Pluralität in der Medizin, 141 f.

¹¹⁴⁷ Neuhaus, in: ders. (Hrsg.), Pluralität in der Medizin, 137.

¹¹⁴⁸ Zur Diskussion „Problematisierung der 'allgemeinen wissenschaftlichen Anerkennung' in der Medizin“, in: Neuhaus (Hrsg.), Pluralität in der Medizin, 149, 151.

der einzuhaltende Standard als „unausweichliches Korrelat die Verbindlichkeit von Sorgfaltspflichten, welche die Verfahrensqualität gewährleisten“. ¹¹⁴⁹ Der Kern der verantwortlichen Therapie liegt in der Beachtung nachfolgender Grundsätze:

aa. Temporärer Standard

Einerseits schuldet der Arzt dem Patienten die Diagnose und Anwendung der Therapie, die dem jeweiligen Entwicklungsstand der vertretenen Therapierichtung genügt. Maßgebend ist hierbei die Binnensicht, die jedoch zu diesem Zeitpunkt vorhandene, allgemein anerkannte Basiserkenntnisse und Erfahrungen anderer Therapierichtungen und hierbei insbesondere der naturwissenschaftlich geprägten Schulmedizin nicht außer acht lassen darf. ¹¹⁵⁰ Dem Behandler darf im nachhinein nicht mehr abverlangt werden, als dem Stand der medizinischen Erkenntnisse im Zeitpunkt der ärztlichen Tätigkeit entspricht. ¹¹⁵¹ Ist das Behandlungsgeschehen Gegenstand eines Strafverfahrens, so hat das Gericht eine ex-ante-Betrachtung vorzunehmen. ¹¹⁵² Spätere medizinische Errungenschaften und Kenntnisse schaden daher nicht der Behandlungsseite. Andererseits ist der Arzt nicht verpflichtet, das neueste Therapiekonzept anzuwenden. ¹¹⁵³ Ein Verfahren gilt aber dann als veraltet und genügt nicht mehr dem einzuhaltenden Qualitätsstandard, wenn es aktuelle Methoden gibt, die risikoärmer und/oder für den Patienten weniger belastend und in der Wissenschaft unbestritten sind. ¹¹⁵⁴ In diesem Fall entspricht das bisherige Verfahren nicht mehr den Erfordernissen einer sachgerechten Behandlung, so daß der Standard von gestern den Fehler von heute bildet. ¹¹⁵⁵

¹¹⁴⁹ Deutsch/ Kleinsorge/ Scheler (Hrsg.), Verbindlichkeit der medizinisch-diagnostischen und therapeutischen Aussage; Laufs/ Reiling, Anm. zu BGH JZ 1992, 103, 105.

¹¹⁵⁰ BGH NJW 1960, 2253 f. (Augendiagnose, biologische Heilmethoden wie Heilkräuterextrakte, Sitzbäder bei tödlich verlaufenem Gebärmutterhalskrebs).

¹¹⁵¹ BGH NJW 1994, 1596 f.; OLG Düsseldorf, VersR 1996, 755, 756.

¹¹⁵² Farthmann, in: Jung/ Schreiber (Hrsg.), Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht, 129, 135 f.; Mezger, Deutsche Zeitschrift für die gesamte gerichtliche Medizin, 42 (1953), 365 ff.; Schwalm, in: Festschrift Bockelmann, 539, 544; Laufs, Arztrecht, Rn. 476 (nachträgliche Erkenntnisse bleiben außer Betracht, es sei denn, sie lassen sich zugunsten des Arztes verwerten); BGH JR 1981, 499 f.

¹¹⁵³ Vgl. BGH JZ 1988, 411, 413 mit Anm. Giesen; OLG Düsseldorf VersR 1996, 755 f.; Deutsch, Medizinrecht, Rn. 199 m.w.N.

¹¹⁵⁴ BGH VersR 1960, 19 f.; BGH JZ 1988, 411, 413 mit Anm. Giesen; BGH NJW 1992, 754 f.; OLG Stuttgart VersR 1989, 295; Laufs, NJW 1997, 1609.

¹¹⁵⁵ In Anlehnung an Deutsch, Medizinrecht, Rn. 11: „Der Standard von heute bildet den Fehler von morgen“. Vgl. auch Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 246.

bb. Bereichsbezogener Standard

Der Arzt schuldet weiterhin den Standard, den er nach außen zu geben verspricht. Hierbei ist eine Fülle von Einzelaspekten zu berücksichtigen: So werden an die Sachkunde eines Allgemeinarztes auf dem Lande geringere Anforderungen als an den Facharzt in der Universitätsstadt gestellt,¹¹⁵⁶ in der Universitätsklinik kann der Patient einen höheren medizinischen Standard erwarten, als im ‚normalen‘ Krankenhaus.¹¹⁵⁷

Der dem Patienten geschuldete Standard im Krankenhaus ist der Facharztstandard. Dieser muß auch gewährleistet sein, wenn ein Nichtfacharzt die Behandlung durchführt.¹¹⁵⁸ Der medizinische Wissens- und Erkenntnisstand im Krankenhaus richtet sich nach dem Wissen des Facharztes, nicht aber eines Arztes, der erst am Beginn der Ausbildung steht.¹¹⁵⁹ Ein Arzt mit Spezialkenntnissen ist ebenso wie derjenige, der im Vergleich zur normalen Praxisausstattung über modernere Geräte verfügt, verpflichtet, diese einzusetzen,¹¹⁶⁰ wenn dadurch die Heilungschancen verbessert oder unerwünschte Nebenwirkungen erkannt und abgewendet werden können. Der behandelnde Arzt darf sich weiterhin nicht mit einmal erworbenem Wissen zufrieden geben, er ist vielmehr zur ständigen Fortbildung verpflichtet.¹¹⁶¹

cc. Verpflichtung zur vergleichenden Prüfung

Die Behandlungsseite ist zur Vermeidung eines Behandlungsfehlervorwurfs gehalten, nur solche Behandlungen und Eingriffe durchzuführen und Medikamente einzusetzen, die geeignet sind, der Erkrankung effektiv entgegenzuwirken. Zugleich sollen die hiervon ausgehenden Gefahren für die Gesundheit des Patienten möglichst

¹¹⁵⁶ Ein Vorwurf kann jedoch insoweit erhoben werden, als der praktische Arzt eine Behandlung übernimmt, die - für ihn erkennbar - seine Fähigkeiten und Möglichkeiten überschreitet, sog. Übernahmeverschulden, vgl. Grünwald, in: Göppinger (Hrsg.), *Arzt und Recht*, 125, 132.

¹¹⁵⁷ Enders, DÄBl 95 (1998), C 1647 f.

¹¹⁵⁸ BGH JZ 1987, 877, 879; BGH NJW 1994, 3008 f.

¹¹⁵⁹ BGH JZ 1987, 877, 879 mit insoweit zust. Anm. Giesen.

¹¹⁶⁰ BGH NJW 1988, 2949 f.; BGH NJW 1989, 2321 f.

¹¹⁶¹ Bereits RGSt 67, 12, 23. BGH MedR 1998, 218 f. sowie die vom Deutschen Ärztetag 1997 beschlossene MBO-Ä in § 4 Abs. 1, NJW 1997, 3076. Danach muß z.B. ein ärztlicher Urlaubsvertreter über die Fachkenntnisse verfügen, die ihn befähigen, die bei der Vertretung vorgenommenen Behandlungen lege artis durchzuführen. Vgl. auch Giesen, *Arzthaftungsrecht*, Rn. 77 ff.; zum Ist-Stand der ärztlichen Fortbildung Enquête-Kommission „Strukturreform der gesetzlichen Krankenversicherung“, Endbericht, 231 f., BT-Drs. 11/6380 und § 4 Berufsordnung der Landesärztekammer Baden-Württemberg in der Fassung vom 14. Januar 1998.

minimal sein. Um dieses Ziel zu erreichen, ist der Behandler verpflichtet, sein medizinisches Vorgehen den anderen bekannten und erprobten Verfahren gegenüberzustellen und deren Eignung im konkreten Fall zu überprüfen.¹¹⁶² Stehen mehrere gleich geeignete Vorgehensweisen mit unterschiedlicher Gefahrenträchtigkeit¹¹⁶³ zur Verfügung, ist diejenige zu wählen, welche den Patienten neben dem primär erstrebten Heilerfolg am wenigsten gefährdet oder schädigt. Die Anforderungen an die vergleichende Prüfung steigen mit der Gefährlichkeit der Erkrankung¹¹⁶⁴ bzw. des vorzunehmenden Eingriffs. Bei der nachträglichen Überprüfung der ärztlichen Vorgehensweise dürfen die Anforderungen jedoch nicht übersteigert werden. Dies gilt auch bei alternativen Heilverfahren, bei denen die Wahl der Methode maßgeblich auch von der Ideologie des Behandlers geleitet wird.¹¹⁶⁵ Zwar bedeutet diese Vorgabe keinen Freibrief für Gewissenlosigkeit im Umgang mit kranken Menschen. Denn die insoweit maßgeblichen Mindeststandards sind ebenso von naturwissenschaftlich ausgerichteten Ärzten wie denen, die besondere Therapierichtungen anwenden, zu beachten. Die Bindung an die Schulmedizin geht aber nicht soweit, daß hierdurch ihre generelle Vorzugsstellung begründet wird.

Während der gesamten medizinischen Betreuung ist der Arzt aber verpflichtet, das eigene Vorgehen und Können kritisch zu hinterfragen,¹¹⁶⁶ wobei ältere Ansichten sorgfältig an neueren Erkenntnissen zu messen und zu überprüfen sind.¹¹⁶⁷ Außerdem sind stets die Regeln einzuhalten, die von den gewissenhaften Vertretern der eigenen - gegebenenfalls besonderen - Vorgehensweise beachtet werden.¹¹⁶⁸ Die permanente Überprüfungspflicht setzt die Abwägung der Vor- und Nachteile sowie die Erfolgsaussichten der unterschiedlichen Verfahren im Hinblick auf den konkreten Patienten voraus.

Um Gefahren und Schäden zu vermeiden, ist im allgemeinen die weniger riskante Methode zu wählen. Ergibt sich hierbei, daß die konkret angewandte Methode nicht ausreicht, muß diese abgebrochen und durch eine effektivere substituiert werden.¹¹⁶⁹ Hierbei gebieten es die Regeln der ärztlichen Kunst, daß der behandelnde Arzt auch

¹¹⁶² RG JW 1912, 857; RGSt HHR 1938, Nr. 857.

¹¹⁶³ BGHSt 29, 6, 9; OLG Köln MedR 1996, 27 mit Anm. Hart; hierzu auch Wilts/Kleinewefers, in: Mergen (Hrsg.), Die juristische Problematik in der Medizin, Band III, 25, 33.

¹¹⁶⁴ BGH NJW 1960, 2253.

¹¹⁶⁵ BGH VersR 1956, 224 f.

¹¹⁶⁶ RGSt 67, 12, 23.

¹¹⁶⁷ BGH VersR 1978, 41 f.

¹¹⁶⁸ RGSt 67, 12, 23.

¹¹⁶⁹ BGH LM § 230 StGB Nr. 6; OLG Koblenz NJW 1996, 1600 f. bezüglich einer Diagnosemethode, die von der Schulmedizin eindeutig abgelehnt wird.

solche Therapieentscheidungen in seiner Entscheidung berücksichtigt, deren Wirksamkeit für möglich gehalten werden muß.¹¹⁷⁰ Gerade bei schweren Erkrankungen ist der Arzt gehalten, auch solche Behandlungsmöglichkeiten mit in seine Überlegungen einzubeziehen, die nicht durchgehend anerkannt sind.¹¹⁷¹ Wenngleich nach Ansicht der Rechtsprechung keine zwingende Bindung an die wirksamste Methode besteht, es mithin genügt, wenn sich der Behandler auf sachliche Gründe für die Wahl seiner Behandlung stützen kann, so ist doch die Schranke der Wahlfreiheit erreicht, sofern ein Verfahren existiert, das als weitaus wirksamstes zur Verfügung steht, so daß alle anderen dahinter zurücktreten müssen.¹¹⁷² Reichen die eigenen Kenntnisse nicht aus, besteht die Pflicht, einen weiteren Arzt oder Facharzt zur Behandlung heranzuziehen oder den Patienten zu überweisen.¹¹⁷³ Die dargestellten Einzelaspekte vermitteln zwar einige der bei der Methodenwahl zu berücksichtigenden Eckpunkte. Konkrete Aussagen über die Wahl der einzuhaltenden Verfahren lassen sich aber in der Regel nur mit Hilfe von Sachverständigen treffen.

Als Beispiel soll auf die therapeutischen Möglichkeiten beim Prostatakarzinom verwiesen werden. Die Therapiemöglichkeiten werden zwischen den Urologen und Radioonkologen kontrovers diskutiert.¹¹⁷⁴ Die Ergebnisse der Strahlentherapie sind nach den derzeitigen Resultaten der vergleichenden Prüfungen denen der Operation gleichwertig. Welches der beiden Therapiekonzepte zu bevorzugen ist, entscheidet sich anhand der Besonderheiten des Einzelfalles. Hierbei kommt den behandelnden Ärzten aufgrund der notwendigerweise prognostischen Beurteilung der Erfolgsaussichten¹¹⁷⁵ bezüglich der Bestrahlung bzw. Operation sowie des Heilungsverlaufs ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Denn bei der ärztlichen Behandlung handelt es sich nicht um einen Vorgang, der nach Ursache, Durchführungsart und Erfolg fest bestimmt ist. Vielmehr steht der Arzt allen Schwierigkeiten gegenüber, die mit der Analyse des Ist-Zustandes und des in der Zukunft erstrebten Soll-Zustandes verbunden sind. Jede ärztliche Handlung eröffnet - wie Engisch¹¹⁷⁶ treffend formuliert - „ex-ante bestimmte Chancen und Gefahren“.

Der Arzt ist bei jeder Behandlung trotz seines medizinischen Wissens und seiner Erfahrung mit zahlreichen Unsicherheiten und Erschwernissen konfrontiert, deren Verlauf häufig nicht mit Gewißheit vorherzubestimmen, jedenfalls aber nicht zu

¹¹⁷⁰ BSG NJW 1989, 794, 796.

¹¹⁷¹ BSG NJW 1989, 2349 f.

¹¹⁷² BGH NJW 1960, 2253.

¹¹⁷³ RGSt 67, 12, 23; BGH NJW 1960, 2253. Vgl. auch Teil C Nr. 2 Berufsordnung der Landesärztekammer Baden-Württemberg i.d. F. v. 14.1.1998.

¹¹⁷⁴ Vgl. Sautter-Bihl, DÄBl 95 (1998), C 817 ff.

¹¹⁷⁵ Zur Prognose BSG MedR 1997, 123, 130.

¹¹⁷⁶ Engisch, ZStW 58 (1939), 1, 38.

beherrschen sind. Aufgrund der Erfolgsunsicherheit ärztlicher Behandlungen kann das Prognoserisiko nicht dem Arzt aufgebürdet werden, wenn bei Abwägung der maßgeblichen Faktoren die Chancen für den Patienten überwiegen. Diese Umstände bedeuten aber nicht, daß die Letztentscheidungskompetenz allein beim Arzt liegt. Vielmehr gebieten die Unsicherheiten der Behandlungssituation sowie des Heilungsverlaufes, die Auswahl an verschiedenen Therapieansätzen und die sich für den Patienten abzeichnenden Vor- und Nachteile den Patienten in den Entscheidungsprozeß über die jeweiligen Verlaufsmöglichkeiten und deren Auswirkungen einzubinden, ihn zu unterrichten und an den zu treffenden Entscheidungen zu beteiligen.¹¹⁷⁷ Dieser Grundsatz zeigt sich bei der Entscheidung zwischen den unterschiedlichen Möglichkeiten der Therapie des Prostatakarzinoms darin, daß der Patient sowohl von Radioonkologen als auch von Urologen über beide Therapiemöglichkeiten zu informieren und zu beraten ist.¹¹⁷⁸

4. Verpflichtung zur Information

Damit drängt sich ein weiterer bedeutsamer Gesichtspunkt in den Blickwinkel der Betrachtung. Ein essentieller Mosaikstein in der vielfältigen Problematik der Therapiefreiheit ist ihre Einbindung in die ärztlichen Aufklärungspflichten. Die Behandlungsseite ist gehalten, den Patienten über das Krankheitsgeschehen sowie die damit verbundenen Chancen und Risiken aufzuklären. Dies geschieht mit dem Ziel, den Patienten über den medizinischen Befund der ärztlichen Untersuchung und die sich hieraus ergebenden Konsequenzen zu informieren.

Damit stellt die Aufklärung über Behandlungsalternativen die Schnittstelle zwischen der Behandlung gemäß den Regeln der ärztlichen Kunst sowie der Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten dar. Über den Umfang der Unterrichtung besteht freilich Uneinigkeit. Die Meinungspalette reicht von der Ansicht, die Aufklärung über den Befund und den drohenden unbehandelten Verlauf¹¹⁷⁹ sei entbehrlich, bis hin zur Verpflichtung des Arztes, dem Patienten alle für seinen Entscheidungsprozeß erkennbar bedeutsamen Faktoren¹¹⁸⁰ mitzuteilen.

¹¹⁷⁷ Jung, ZStW 97 (1985), 47, 54. Zum Wunsch nach Offenheit aus Patientensicht, vgl. Strojnik, DÄBl 95 (1998), C 886.

¹¹⁷⁸ Vgl. Sautter-Bihl, DÄBl 95 (1998), C 817 ff.

¹¹⁷⁹ Grünwald, in: Göppinger (Hrsg.), *Arzt und Recht*, 141; nach Kleinewefers, in: *Stiftung zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung über Wesen und Bedeutung der freien Berufe* (Hrsg.), *Die Aufklärungspflicht des Arztes*, 33, 50, soll es nicht regelmäßig notwendig sein, dem Patienten die Diagnose mitzuteilen, wenn er behandelt werden und nicht die Diagnose erfahren will.

¹¹⁸⁰ Deutsch, *Medizinrecht*, Rn. 113; Giesen, *Arzthaftungsrecht*, Rn. 117.

a. *Ansicht der Rechtsprechung*

Nach Auffassung der Rechtsprechung obliegt dem Arzt die therapeutische Pflicht, mit dem Patienten das aus „ärztlicher Sicht Notwendige“ zu besprechen und, wenn die Bereitschaft zur Mitwirkung zweifelhaft erscheint, ihn mit Nachdruck auf die Dringlichkeit und die Gefahren der Unterlassung von Behandlung und Kontrolluntersuchung hinzuweisen.¹¹⁸¹ Eine solche Beratungspflicht wird den selbstverständlichen ärztlichen Behandlungspflichten und damit der *lex artis* zugerechnet.¹¹⁸² Ausgehend von dem Grundsatz, „die Wahl der Behandlungsmethode ist primär Sache des Arztes“,¹¹⁸³ sieht die Rechtsprechung jedoch regelmäßig keine Verpflichtung des Behandlers, dem Patienten ungefragt die medizinischen Möglichkeiten darzustellen und sein Vorgehen ihm gegenüber zu begründen. Dies gilt sowohl, wenn eine echte Wahlmöglichkeit zwischen unterschiedlichen Behandlungsmethoden nicht vorhanden ist, als auch wenn in Chancen und Risiken gleichwertige Behandlungsalternativen zur Verfügung stehen.¹¹⁸⁴

Eine Verpflichtung zur Offenlegung der bestehenden Alternativen sowie der Gründe für die konkrete Auswahlentscheidung soll nach Auffassung der Rechtsprechung regelmäßig nicht bestehen, da „der Patient, der von sich aus nicht weiter nachfragt, seiner ärztlichen Entscheidung vertraut und nicht eine eingehende fachliche Unterrichtung über spezielle medizinische Fragen erwartet“.¹¹⁸⁵

Demzufolge muß der Arzt dem Patienten nicht unaufgefordert seine Methodenwahl erläutern, solange die gewählte Methode dem medizinischen Standard entspricht.¹¹⁸⁶ In den einschlägigen Entscheidungen ist darüber hinaus häufig nicht die Tendenz zu verkennen, den medizinischen Erfahrungsstand zum Zeitpunkt der zur Diskussion stehenden Verfahren und damit die Annahme echter Alternativen zurückhaltend zu werten.¹¹⁸⁷ So soll z.B. der Umstand, daß bei einem Eingriff ein Interponat aus körperfremdem Material eingepflanzt wird, zugleich aber die Möglichkeit besteht, ein solches aus körpereigenem Material zu verwenden, für sich keine Aufklärungspflicht bedingen.¹¹⁸⁸ Auch wird keine Verpflichtung angenommen, den Patienten darauf aufmerksam zu machen, daß in einigen Spezialkliniken bereits eine im Vergleich zur vorgeschlagenen Vorgehensweise technisch verbesserte Behandlungs-

¹¹⁸¹ Vgl. BGH VersR 1954, 98 f.; BGH JZ 1989, 901, 903 mit Anm. Laufs.

¹¹⁸² BGH NJW 1989, 2318 f.

¹¹⁸³ Z.B. BGH NJW 1982, 2121 f.

¹¹⁸⁴ Vgl. OLG Hamburg VersR 1989, 147 f.

¹¹⁸⁵ Vgl. BGH NJW 1982, 2121 f.

¹¹⁸⁶ Zur Wahl zwischen unterschiedlichen Sterilisationsmethoden OLG Hamm VersR 1987, 1146 f.; OLG Hamburg VersR 1989, 147 f.

¹¹⁸⁷ Dies merkt ebenso an Giesen, *Arzt Haftungsrecht*, Rn. 218 ff.

¹¹⁸⁸ Vgl. BGH JR 1996, 69 f. mit zust. Anm. Ulsenheimer NSTz 1996, 132 f.

methode zur Verfügung steht,¹¹⁸⁹ zumal wenn diese Weiterentwicklung noch nicht zum Standard zähle und lediglich eine Risikoverringerung im Promillebereich biete.¹¹⁹⁰

Eine Aufklärungspflicht wird jedoch angenommen, wenn mehrere Behandlungsarten mit jeweils unterschiedlichen Belastungen bzw. Chancen Anwendung finden können. Der Unterschied muß dann aber von einigem Gewicht sein.¹¹⁹¹ Diese Aufklärungspflicht wird in den zivilrechtlichen Entscheidungen vom BGH ausdrücklich als Teil der Verlaufs- und Risikoaufklärung, nicht aber der therapeutischen Beratung bezeichnet.¹¹⁹² Sie kann etwa dann geboten sein, wenn eine langwierige, konservative Behandlung oder ein operativer Eingriff zur Wahl stehen.¹¹⁹³ Die nur geringfügig niedrigere Komplikationsrate eines Verfahrens soll für sich allein keine Aufklärungspflicht begründen.

Bei einschneidenden Interventionen mit beträchtlichen Risiken muß der Behandler über seinen konkreten Erfahrungsstand mit Operationen dieser Art aufklären, wenn für den Patienten die konkrete Aussicht besteht, den Eingriff deutlich gefahrloser durch einen anderen Arzt oder in einem anderen Krankenhaus durchführen zu lassen.¹¹⁹⁴

Unabhängig davon wird eine Aufklärungspflicht angenommen, wenn ernsthafte Stimmen der medizinischen Wissenschaft auf bestimmte, mit einer Behandlung verbundene Gefahren hinweisen,¹¹⁹⁵ der Arzt von den anerkannten Regeln der Schulmedizin abweichen will¹¹⁹⁶ oder ein - wenn auch international anerkanntes - Verfah-

¹¹⁸⁹ Vgl. BGH JZ 1988, 411, 413 mit krit. Anm. Giesen.

¹¹⁹⁰ BGH JZ 1988, 411, 413 f. mit Anm. Giesen; vgl. auch BGH NJW 1992, 754 f. zu einer seit Jahren eingesetzten technisch verbesserten Behandlungsmethode, welche jedoch im konkreten Fall nicht angewandt wurde.

¹¹⁹¹ Zur Aufklärung über unterschiedliche Methoden operativer Geburtshilfe, hier: Vacuumextraktion, Zangenextraktion und Kaiserschnitt, OLG Düsseldorf MedR 1987, 111 f.

¹¹⁹² BGH JZ 1987, 411 f.; BGH MedR 1988, 145 f. Die wenigen strafrechtlichen Entscheidungen nehmen hierzu nur indirekt Stellung, wie z.B. in BGH JR 1996, 69, 71, indem die Vorstellung über das Nichtbestehen der Aufklärungsverpflichtung als Irrtum über das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes eingeordnet wird.

¹¹⁹³ BGH NJW 1986, 780; BGH MedR 1988, 145 f.; BGH StV 1994, 425 f.; OLG Stuttgart VersR 1991, 1141, 1144 mit Anm. Gaisbauer, VersR 1991, 1413.

¹¹⁹⁴ OLG Düsseldorf VersR 1987, 161, 163.

¹¹⁹⁵ So BGH VersR 1978, 41 f.; BGH MedR 1996, 271 (bearbeitet von Kern); vgl. auch Laufs, NJW 1997, 1609.

¹¹⁹⁶ Ähnlich RGSt in HRR 38, Nr. 857. Zur operativen Versorgung einer Außenknöchelfraktur mit Syndesmosen Sprengung mittels eines Bündelnagels, eines Kirschnerdrahts, einer Zuggurtung und einer Ackermannschraube als Außenseitermethode vgl. OLG Oldenburg VersR 1997, 192.

ren wählt, dem die arzneimittelrechtliche Zulassung fehlt.¹¹⁹⁷ Darüber hinaus hat der Arzt durch begleitende Maßnahmen den Erfolg seiner Behandlung abzusichern. Hierzu zählt unter anderem, den Patienten auf nicht offensichtliche Risiken hinzuweisen und bei Ablehnung einer dringend gebotenen Behandlungsmethode die hiermit verbundenen Gefahren eindringlich aufzuzeigen.¹¹⁹⁸

Steht die Notwendigkeit der Aufklärung über unterschiedliche Methoden und damit über das ‚Ob‘ fest, stellt die Rechtsprechung an das ‚Wie‘ keine übermäßig hohen Anforderungen. Zwar muß die Behandlungsseite dem Verlangen des Patienten nach umfassender sachbezogener Information entsprechen. Auch besteht die Verpflichtung, Einzelfragen wahrheitsgemäß zu beantworten¹¹⁹⁹ und dem Patienten eine allgemeine Vorstellung über die Schwere des Eingriffs und die damit verbundenen Folgen zu vermitteln.¹²⁰⁰ Davon abgesehen, obliegt dem Arzt jedoch allein die Aufklärung „im großen und ganzen“. ¹²⁰¹

b. Position des arztrechtlichen Schrifttums

Das arztrechtliche Schrifttum¹²⁰² trägt zwar zum großen Teil die Linie der Zivilrechts- wie Strafrechtsjudikatur mit. Es finden sich aber auch Stimmen,¹²⁰³ die sich für eine stärkere Gewichtung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten aussprechen. So beanstandet insbesondere Giesen¹²⁰⁴ die restriktiven Maßstäbe des BGH zur Aufklärungspflicht bei Behandlungsalternativen.

¹¹⁹⁷ Die Aufklärungspflichten mittels einer restriktiven Interpretation des Schutzgutes von § 223 StGB reduziert Jordan, Anm. zu BGH JR 1996, 69, JR 1997, 32.

¹¹⁹⁸ Für den Fall einer verweigerten Klinikeinweisung vgl. BGH NJW 1987, 2367.

¹¹⁹⁹ BGHZ 29, 46; BGH NJW 1980, 633, 635; KG VersR 1988, 1184.

¹²⁰⁰ BGH NJW 1992, 754 f.

¹²⁰¹ BGH NJW 1971, 1887; BGH NJW 1977, 337; BGHZ 90, 103, 105 f.; BGH NJW 1988, 1514 f.; BGH JZ 1991, 675 mit Anm. Giesen; BGH NJW 1992, 754 f.

¹²⁰² So Kern, NJW 1996, 1561, 1563; Laufs, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 64 Rn. 6; die restriktive Einstellung des Strafrichters befürwortend Ulsenheimer, Anm. zu BGH NSTZ 1996, 34, 132; eine Pflicht zur Aufklärung im Hinblick auf die kritischen Fälle anerkennt Eb. Schmidt, in: Gutachten für den 44. Deutschen Juristentag, Nr. 59 f.

¹²⁰³ Vgl. Damm, NJW 1989, 737 ff.; Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, 192; Giesen, Arzthaftungsrecht, Rn. 217 ff.

¹²⁰⁴ Giesen, Arzthaftungsrecht, Rn. 216 ff.

c. *Stellungnahme*

Die zur Debatte stehende Problematik der Aufklärung über Behandlungsalternativen gliedert sich in zwei Problemkreise: So ist zum einen von Bedeutung, ob diese Art der Aufklärung als Teil der therapeutischen Beratung der Behandlung *lege artis* oder der Selbstbestimmungsaufklärung zuzurechnen ist. Zum anderen ist - unabhängig von der rechtlichen Einordnung - zu diskutieren, ob bzw. inwieweit den restriktiven Grundsätzen der Rechtsprechung zu folgen ist.

Zur besseren Verständlichkeit soll zunächst auf den zweiten Fragenkreis eingegangen werden. Denn erst wenn deutlich ist, nach welchen Grundsätzen der Arzt verpflichtet ist, seine Methodenwahl bzw. bestehende Behandlungsalternativen zu erläutern, kommt der Frage nach der Rechtsnatur der Aufklärung und damit den Konsequenzen einer pflichtwidrig unterlassenen bzw. unvollständigen Aufklärung Bedeutung zu. In § 13 der Abhandlung soll die Frage beantwortet werden, ob im Strafrecht die Notwendigkeit besteht, die therapeutische Beratung von der Selbstbestimmungsaufklärung abzugrenzen und wie diese Abgrenzung - auch mit Blick auf die Information über Behandlungsalternativen - vorzunehmen ist.

aa. *Pflicht des Arztes zur Erläuterung der Methodenwahl*

Nach den bereits dargestellten Grundsätzen braucht der Arzt dem Patienten nicht ungefragt seine Methodenwahl zu erläutern, solange die gewählte Methode dem medizinischen Standard entspricht. Eine Aufklärungspflicht wird von der Rechtsprechung lediglich angenommen, wenn der Patient eine echte Wahlmöglichkeit hat, die ihm infolge Aufklärung ermöglichte informierte Entscheidung zugunsten der Behandlungsalternative entweder objektiv bessere Heilungschancen und/ oder ein geringeres Risiko hätte bieten können und die Alternative auch im Einzelfall verfügbar war.

Diese auf den ersten Blick einsichtig erscheinende Eingrenzung der Unterrichtungspflicht des Arztes wirft bei genauer Betrachtung etliche Fragen auf. Denn die Rechtsprechung beantwortet - wie im folgenden gezeigt wird - die Frage nach dem Vorhandensein von Wahlmöglichkeiten und damit der gebotenen Unterrichtung des Patienten mit Zurückhaltung. Dieses Vorgehen, das zum Teil bedenklich offen auf dem Gedanken der ärztlichen Vernunftshoheit¹²⁰⁵ basiert, muß aber im Hinblick auf den hohen Rang des verfassungsrechtlich gewährleisteten Selbstbestimmungsrechts des Patienten in einigen Bereichen Widerspruch erfahren.

¹²⁰⁵ So auch Francke, *Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte*, 192.

bb. Technische Verbesserung

Die Rechtsprechung hatte mehrfach Gelegenheit, sich mit dem bisweilen schwierigen Problemkreis des temporären Standards und der hierauf bezogenen Aufklärungspflicht des Arztes auseinanderzusetzen. Der Schwerpunkt einer hieran ansetzenden Kritik liegt jedoch weniger in der Beurteilung der Behandlungsfehlerproblematik als in der Einbindung der Aufklärung in die Therapiefreiheit. Ausgangspunkt der Betrachtungen ist, daß der Arzt dem Patienten das dem jeweiligen Entwicklungsstand der Medizin entsprechende Vorgehen schuldet.¹²⁰⁶ Dieser Prämisse ist insoweit zuzustimmen, als hierbei auf den jeweiligen Erkenntnisstand der vertretenen Therapierichtung, ergänzt um das von allen Richtungen zu beachtende Basiswissen abgestellt wird. Die Behandlung genügt dann nicht mehr dem einzuhaltenden Qualitätsstandard, wenn es neue Methoden gibt, die risikoärmer und/ oder für den Patienten weniger belastend und in der Wissenschaft unbestritten sind.¹²⁰⁷ Nach einer - zum Teil heftig kritisierten¹²⁰⁸ - Entscheidung des BGH¹²⁰⁹ entsprach es der erforderlichen Behandlung, daß zur Sterilisation mittels Tubenkoagulation ein auf der Basis von monopolarer Hochfrequenzstrom arbeitender Elektrokoagulator eingesetzt wurde, obgleich medizinische Fachkreise bereits ein weiterentwickeltes, am Markt erhältliches Gerät mit bipolarem Hochfrequenzstrom empfohlen, das eine größere Sicherheit vor Darmverletzungen bot. Das vom Krankenhaus bereits bestellte Gerät war noch nicht ausgeliefert, so daß die - über die technische Neuerung nicht unterrichtete - Patientin mittels des monopolarer Hochfrequenzstromgerätes operiert wurde. Hierbei wurde ihr Darm verletzt.

Nach den für den BGH bindenden Feststellungen¹²¹⁰ des sachverständig beratenen Berufungsgerichts entsprach der Einsatz des monopolarer Hochfrequenzgerätes noch dem ärztlichen Standard, ein Behandlungsfehler wurde daher verneint.¹²¹¹ Dieses

¹²⁰⁶ Deutsch, Medizinrecht, Rn. 199; Giesen, Arzthaftungsrecht, Rn. 73 Fn. 30, 33 mit zahlreichen Nachweisen; Grünwald, in: Göppinger (Hrsg.), Arzt und Recht, 125, 129; Laufs, Arztrecht, Rn. 476; Ulsenheimer, in: Laufs (Hrsg.), Entwicklung des Arztrechts, 27, 31. Zu den Erkenntnissen von Chancen und Risiken der Frischzellentherapie vgl. BVerfG NJW 1997, 2086 f.

¹²⁰⁷ BGH JZ 1988, 411, 413 mit Anm. Giesen; BGH NJW 1992, 754 f.; OLG Stuttgart VersR 1989, 295 f. zur Notwendigkeit, trotz Mammographie, Ultraschalluntersuchung und Feinnadelpunktion eine Probeexzision zur hinreichend sicheren histologischen Klärung vor Durchführung einer subkutanen Mastektomie vorzunehmen.

¹²⁰⁸ BGH JZ 1988, 411 mit Anm. Giesen.

¹²⁰⁹ BGH a.a.O.

¹²¹⁰ Vgl. BGH JZ 1988, 41 f.

¹²¹¹ Damit wurde zwar indirekt die Frage, inwieweit die Fortbildung des medizinischen Standards von den im einzelnen sehr unterschiedlichen Beschaffungsgrundsätzen der jeweiligen medizinischen Einrichtung abhängig gemacht wird, angesprochen, aber nicht

Ergebnis mag - soweit aufgrund des Kostendrucks die Regeln des fachlich Gebotenen nicht preisgegeben werden¹²¹² - vor dem Hintergrund knapper Ressourcen im Gesundheitswesen zwar nicht gutgeheißen werden, aber doch nachvollziehbar erscheinen, um einer übersteigerten Begehrlichkeit der Patienten im Hinblick auf neue Verfahren entgegenzusteuern.

Wer aber nun die naheliegende Erwartung hegt, daß der Behandler, wenn nicht zum Einsatz des verbesserten Geräts oder zur Überweisung der Patientin an ein bereits mit den verbesserten Geräten ausgestattetes Krankenhaus, so doch zu deren entsprechender Aufklärung verpflichtet ist,¹²¹³ sieht sich enttäuscht. Nach Auffassung des erkennenden Senats bestand vorliegend mangels echter Wahlmöglichkeit zwischen unterschiedlichen Behandlungsmethoden keine Aufklärungsverpflichtung. Die hierzu angeführte Begründung, wonach der Einsatz des bipolaren Hochfrequenzstromgerätes lediglich eine „technische Verbesserung unter Herabsetzung gleichgearteter Risiken“ gewesen sei und die Verringerung der hiermit verbundenen Komplikationsrate sich nur im Promillebereich bewegt habe,¹²¹⁴ überzeugt aber nicht. Aufgrund des hohen Ranges der Selbstbestimmung des Patienten kann es nicht im Entscheidungsbereich der Behandlungsseite liegen, darüber zu befinden, ob die Herabsetzung gleichgearteter Risiken, wie hier des Risikos der Darmverletzung, für den Entschluß der Patientin, in diesem Krankenhaus und bei der konkret vorhandenen Geräteausstattung die anstehende Sterilisation durchführen zu lassen, maßgebend ist oder nicht. Auch wenn dem Arzt bei der Behandlung aufgrund seiner fachlichen Qualifikation ein gewisser Entscheidungsspielraum eingeräumt werden muß, so kann dieser nicht so weit gehen, daß die Patientenautonomie dadurch übergangen wird. Da die Therapiefreiheit kein Privileg des Arztes, sondern ein fremdnütziges Recht zugunsten des Patienten ist, erfordert eine ordnungsgemäße Therapiewahl das Zusammenwirken mit dem informierten Patienten. Dieser muß letztendlich die Entscheidung selbst treffen, auf welche körperlichen und gesundheitlichen Chancen wie auch Risiken er sich einläßt.¹²¹⁵

Das gilt auch, wenn die Verringerung der hiermit verbundenen Komplikationsrate sich nur im Promillebereich bewegt, denn allein diese Verbesserung erhöht die reelle Chance für einen reibungslosen Operationsablauf für die Patientin. Wenn der erkennende Senat hier zwischen der nicht unterrichtungspflichtigen technischen Verbesserung einer vorhandenen Methode und der offenbarungspflichtigen technisch

vertieft. Hierzu Giesen, Anm. zu BGH JZ 1988, 411, 414.

¹²¹² Vgl. Laufs, NJW 1997, 1609 f.

¹²¹³ Diese Verpflichtung wurde aber in BGH NJW 1989, 2321 f. angenommen.

¹²¹⁴ BGH JZ 1988, 411, 414.

¹²¹⁵ So auch BGH NJW 1982, 2121 f.

anderen Methode, die eine vergleichbare Verbesserung bewirkt, differenziert, kann dies nicht unwidersprochen hingenommen werden. Der hier deutlich in Erscheinung tretende Rückgriff auf eine paternalistische Sichtweise des Arzt-Patienten-Verhältnisses entspricht nicht dem heutigen Werteverständnis des vernunftbegabten, zu einer freien Willensbildung fähigen Patienten.¹²¹⁶ Soweit die Behandlungsseite infolge faktischer oder finanzieller Umstände Abstriche beim medizinischen Standard macht bzw. machen muß, so sind diese zumindest durch entsprechend höhere Anforderungen an die Unterrichtungspflichten der Behandlungsseite auszugleichen.¹²¹⁷

Auch der Hinweis, wonach es allgemein bekannt und daher nicht aufklärungsbedürftig sei, daß es häufig besser ausgestattete Spezialkliniken gebe, in denen innovative Methoden angewendet würden, vermag die vorher genannte Entscheidung nicht zu tragen. Denn ein medizinischer Laie geht regelmäßig davon aus, daß der aufgesuchte Spezialist oder auch das entsprechende Krankenhaus entweder über die neusten Methoden verfügt oder aber zumindest darüber informiert, wo diese zu erhalten sind. Ist es dem Patienten nicht möglich, in der angefragten medizinischen Einrichtung den anderenorts grundsätzlich verfügbaren neuen Standard zu erhalten, so muß ihm zumindest die Möglichkeit bleiben, sich frei für bzw. gegen die herkömmliche Behandlung zu wenden, was aber wiederum - im Rahmen des Zumutbaren - die vorherige Information des Patienten voraussetzt.

Der zur Behandlung aufgesuchte und kraft berufsrechtlicher Vorgaben zur ständigen Fortbildung¹²¹⁸ verpflichtete Arzt muß demgemäß den Patienten über neue, tatsächlich zugängliche medizinische Entwicklungen informieren.¹²¹⁹ Jede andere Lösung führt zu einer unverhältnismäßig überdimensionierten Fremdbestimmung, so daß es dem Gutdünken einzelner obliegt, ob sich der Patient mangels entsprechender Information herkömmlichen Methoden mit größerem Gesundheitsrisiko auszusetzen hat oder nicht. Nach der hier vertretenen Auffassung hat der behandelnde Arzt im - ‚Tubenkoagulationsfall‘ seine Aufklärungspflichten verletzt, so daß - unabhängig von der Frage, ob bei der Operation die *lex artis* gewahrt wurde -, zu prüfen ist, ob

¹²¹⁶ Francke, *Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte*, 192.

¹²¹⁷ Giesen, Anm. zu BGH JZ 1988, 411, 414 ff.

¹²¹⁸ Vgl. z.B. § 4 Abs. 1 Berufsordnung der Landesärztekammer Baden-Württemberg vom 14.1.1998: „Ärztinnen und Ärzte, die ihren Beruf ausüben, sind verpflichtet, sich in dem Umfang beruflich fortzubilden, wie es zur Erhaltung und Entwicklung der zu ihrer Berufsausübung erforderlichen Fachkenntnisse notwendig ist“.

¹²¹⁹ Hat er hiervon keine Kenntnis, fehlt der Vorsatz. Soweit er trotz Fortbildung über die neuen Methoden nicht informiert sein kann, liegt keine Sorgfaltspflichtverletzung vor.

die Patientin bei einer den Anforderungen genügenden Aufklärung ebenfalls in den Eingriff eingewilligt hätte.¹²²⁰

cc. Neuartige, weniger belastende Diagnoseverfahren

In einer Entscheidung aus dem Jahre 1984 befaßte sich der Senat mit der Frage, inwieweit der Patient über neuartige, weniger belastende Diagnoseverfahren aufgeklärt werden muß, wenn diese sich noch in der Erprobung befinden und erst an einzelnen Universitätskliniken zur Verfügung stehen. Konkret ging es um die Einführung einer non-invasiven Methode, der Computertomographie, CTG, welche unter anderem eine Alternative zur Pneumencephalographie bot, d.h. einem Verfahren, bei dem nach Entnahme von Liquor durch Lumbalpunktion und Einführung eines Luftgas-Gemisches versucht wird, hirneorganische Veränderungen röntgenologisch zu erfassen. Der Senat lehnte eine Aufklärungspflicht ab, denn „solange eine bewährte und mit vergleichsweise geringem Risiko behaftete Untersuchungsmethode zur Verfügung steht, braucht der Arzt den Patienten nicht von sich aus über andere, neuartige Verfahren zu unterrichten, die erst nach einem längeren Zeitraum auch für seinen Fall zusätzlich oder alternativ in Betracht kommen“.¹²²¹ In der Argumentation wird darauf verwiesen, daß der Patient, der jetzt untersucht und behandelt werden will, kein theoretisches Interesse daran habe, zu erfahren, ob die Medizin über kurz oder lang über bessere Methoden verfüge, die auch schon hier und da erprobt und angewendet würden. Damit wird in der Konsultation des Arztes konkludent die Akzeptanz der konkret verfügbaren medizinisch-technischen Gerätschaften seitens des Patienten gesehen.

Dieser Argumentation muß aber eine rechtlich wie ethisch zu mißbilligende Unterbewertung der Selbstbestimmung des Patienten entgegengehalten werden. Denn die Abwägungskompetenz für die mit einer non-invasiven Untersuchung einhergehenden Belastungen im Vergleich zu einer nicht bagatellarischen invasiven Methode liegt zunächst bei dem Patienten, den dieses Vorgehen im wahrsten Sinne des Wortes körperlich betrifft. Etwas anderes kann - abgesehen von einer absolut dringlichen Maßnahme - auch nicht gelten, wenn die neue Methode erst in einiger Zeit verfügbar ist. Denn auch hier liegt es in der Letztentscheidungskompetenz des Patienten, ob er die Einführung der neuen Methode abwarten oder sich mit der älteren, für ihn risikoreicheren Methode untersuchen lassen möchte.

¹²²⁰ Zur hypothetischen Einwilligung BGH JR 1996, 69, 71 mit Anm. Rigizahn; BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 2.

¹²²¹ BGH NJW 1984, 1810 f.

dd. Bereichsbezogener Standard

Mit dem temporären Standard eng verbunden ist der bereichsbezogene Standard. Innovative Techniken und Behandlungskonzepte, die an Universitätskliniken bereits zur Selbstverständlichkeit geworden sind, können in den allgemeinen Kliniken wegen der geringeren finanziellen Ausstattung häufig nicht zeitgleich oder überhaupt nicht eingeführt werden. Damit reduziert sich der gebotene Standard auf die in der jeweiligen Einrichtung oder dem jeweiligen Arzt normalerweise zur Verfügung stehenden Mittel. Auch hier muß jedoch - entsprechend den Ausführungen zum temporären Standard - eine Unterrichtungspflicht der Behandlungsseite bestehen, soweit sich anderenorts verfügbare Alternativen ergeben und dies auch in den Fachkreisen bekannt ist.

Diese Verpflichtung zur Beratung über Behandlungsalternativen ist Teil der Verlaufsaufklärung. Besteht die Wahl zwischen Verfahren mit unterschiedlichen Chancen und Risiken, so ist von ärztlicher Seite darauf hinzuweisen. Dies gilt selbst unter der Voraussetzung, daß die Diskussion hierüber noch nicht beendet ist. In diesem Grenzbereich zwischen temporärem und bereichsspezifischem Standard genügt es, wenn ernsthafte Stimmen der medizinischen Wissenschaft auf die mit der Behandlungsmethode verbundenen Konsequenzen aufmerksam machen.¹²²² Ist eine Wahlmöglichkeit zwischen gleich üblichen und erfolgversprechenden Behandlungsmethoden vorhanden, kann es entgegen einer häufig vertretenen Ansicht¹²²³ nicht alleiniger Verantwortungsbereich des Behandlers sein, die Entscheidung zu treffen. Die Verfügungsfreiheit des Patienten über seinen Körper und seine Gesundheit gebietet vielmehr, ihn in den Entscheidungsvorgang durch Information über die unterschiedlichen Methoden und damit in die Letztentscheidungskompetenz einzubinden - und zwar unabhängig davon, ob die zur Verfügung stehenden Alternativen für den Patienten mit - nach objektiven Kriterien - unterschiedlichen Risiken und Chancen versehen sind.¹²²⁴ Denn die Entscheidung darüber, was für den Patienten vorteilhaft oder belastend ist, vermag dieser mit Rücksicht auf sein persönliches Werteverständnis nur selbst zu treffen.

Anders ist die Sachlage im Hinblick auf das Bestehen von besonderen Therapieansätzen. Auf diese muß ein Vertreter der Schulmedizin nicht hinweisen. Vielmehr liegt es in diesem Fall beim Patienten, sein diesbezügliches Informationsinteresse zum Ausdruck zu bringen. Insoweit ist mit der Rechtsprechung davon auszugehen, daß die Unterrichtung des Patienten sich im Rahmen des für den Arzt Möglichen und

¹²²² Vgl. BGH VersR 1996, 233: Thromboserisiko.

¹²²³ So BGH NJW 1982, 2121 f.; OLG Hamm, VersR 1984, 1076 f.

¹²²⁴ So aber Heilmann, NJW 1990, 1513, 1517 f. Ausführliche Rechtsprechungsnachweise finden sich bei Franke/ Hart, Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation, 35 ff.

- im Hinblick auf den nur begrenzt zur Verfügung stehenden zeitlichen Rahmen eines Gespräches sowie den damit einhergehenden legitimen Wirtschaftlichkeitserwägungen - Zumutbaren halten muß.

Dennoch soll in diesem Zusammenhang nochmals das auch subjektiv geprägte Verständnis der durch §§ 223, 229 StGB geschützten Rechtsgüter Körper und Gesundheit erinnert werden. Das körperliche Wohl wie auch die gesundheitlichen Interessen des Patienten können schließlich weder allein aus der Sicht des Arztes noch der eines verständigen Dritten, sondern stets nur unter Berücksichtigung der konkreten Patientensicht beurteilt werden.¹²²⁵ Im Hinblick auf die zentrale Bedeutung der Entscheidungsautonomie obliegt es dem behandelnden bzw. zur Behandlung verpflichteten Arzt, dem Patienten sowohl den Krankheitsbefund als auch den Verlauf in behandelter wie unbehandelter Form darzulegen und demzufolge auch das Risiko, welches er bei Ablehnung der empfohlenen medizinischen Maßnahme trägt.¹²²⁶ Diese Anbindung der ärztlichen Entscheidung an die Autonomie des Patienten setzt hierbei eine angemessene Sprache voraus, welche u.a. die Lebenssituation, den Bildungsgrad, den Beruf¹²²⁷ des Patienten sowie die konkrete Gesprächssituation berücksichtigen muß. Keineswegs genügt es diesen Anforderungen, die Aufklärung eines im Hinblick auf die zu unterbreitenden Tatsachen und Prognosen aufnahmefähigen und -willigen Patienten auf eine solche nach „ärztlicher Vernunft“ zu reduzieren, den Patienten mithin auf die Möglichkeit zu verweisen, anhand weitergehender Fragen sein Informationsbedürfnis zu stillen. Denn ohne entsprechende Vorkenntnisse wird es dem Patienten im Regelfall nicht möglich sein zu wissen, welche gezielten Fragen das zwar objektiv vorhandene, subjektiv jedoch gerade nicht erfaßte Wissensdefizit auszugleichen vermögen.

Andererseits ist mit dieser Feststellung nicht die Forderung erhoben, den Patienten mit fachlichen Details zu überschütten, die er - mangels medizinischer Kenntnisse und Erfahrungen nicht zu übersehen und demgemäß nicht zu entscheiden vermag. Erforderlich ist jedoch, dem Patienten in verständlicher, ausgewogener Form offenzulegen, welche verfügbaren Therapiemöglichkeiten bestehen, z.B. konventionell oder interventionell,¹²²⁸ eine medikamentöse oder eine Strahlenbehandlung,¹²²⁹ und

¹²²⁵ Gegen die Bestrebungen, medizinische Aufklärungspflichten einzuschränken Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, 175 ff.; Giesen, Arzthaftungsrecht, Rn. 229 ff.; restriktiver Laufs, NJW 1997, 1609, 1614.

¹²²⁶ Deutsch, NJW 1982, 2585, spricht von der Herstellung des Informed Refusal.

¹²²⁷ Zumindest im Hinblick auf die Erstberatung, vgl. BGH NJW 1979, 1933, 1934. Instrukтив Heilmann, NJW 1990, 1513, 1517.

¹²²⁸ Hierzu Allenberg/ Kallinowsk/ Schumacher, DÄBl 94 (1997), C 2100 ff.; zur Bypass-Operation mittels Endoskop vgl. Sass, DÄBl 95 (1998), C 1458 f.

¹²²⁹ Zu den Hirntumorbehandlungsvarianten vgl. Zylka-Menhorn, einblick, 1997, 34 f.

welche Chancen und Risiken¹²³⁰ hiermit verbunden sind. Bestehen unterschiedliche Chancen und Risiken, so ist darauf hinzuweisen, wenn ernsthafte Stimmen der medizinischen Wissenschaft auf diese Diskussion aufmerksam machen.¹²³¹

Damit ist festzuhalten: Temporärer medizinischer Standard ist der der gegenwärtigen Medizin. Veraltete Methoden entsprechen ebenso wenig dem Standard wie solche Methoden, die sich erst in der Phase der Erprobung befinden. Stehen dem Arzt Verfahren zur Verfügung, die zwar noch nicht mit dem Manko des Veralteten behaftet sind, ist die Entwicklung jedoch bereits so weit vorangeschritten, daß sich für den Patienten einschlägige und sinnvolle, in Chancen oder Risiken weniger belastende Methoden konkret abzeichnen, so liegt es primär in der Kompetenz des Patienten, sich für die herkömmliche, gegenwärtig zur Verfügung stehende Methode zu entscheiden oder aber den Versuch zu unternehmen, die neue Methode anderenorts zu erhalten bzw. auf deren Einführung zu warten. Es liegt daher bei der fachlich versierten Behandlungsseite, den Patienten zumindest in groben Zügen über diese neuen Entwicklungen zu informieren. Gleichwohl kann nicht darauf verzichtet werden, den Patienten so zu informieren, daß er - wenngleich in der Laiensphäre - sowohl Diagnose wie den jeweiligen prognostizierten Verlauf mit und ohne Therapie sowie bei Durchführen der jeweiligen Therapie in seiner Tragweite erfassen kann.¹²³² Mit diesem Erfordernis wird nicht zugleich die alleinige Verantwortung für die richtige Methodenwahl auf den mündigen, vollständig informierten Patienten überwälzt. Denn trotz der auf der Ebene der Laiensphäre angesiedelten Wissensvermittlung beherrscht der zur Behandlung aufgesuchte Arzt aufgrund seiner Fach- und Sachkunde das medizinische Geschehen. Mittels des gebotenen Beratungs- und Aufklärungsgesprächs sowie der hierdurch bedingten freiverantworteten Einwilligung des Patienten wird dieser jedoch in das Geschehen integriert, so daß er sich nicht in die vorgeschlagene Behandlung fügt, sondern diese, soweit möglich, mitträgt. Mit dieser Forderung wird nicht einer entfesselten Begehrlichkeit der Patienten das Wort geredet, sondern ein Umgang mit dem Patienten gefordert, der einem mündigen, vernunftbegabten Menschen entspricht.

¹²³⁰ Zur Aufklärungsverpflichtung bezüglich verschiedener Sterilisationsmethoden und deren Versagerquoten vgl. OLG Köln NJW 1994, 3016.

¹²³¹ Vgl. BGH VersR 1996, 233: Thromboserisiko.

¹²³² Zu ärztlichen Fehleinschätzungen des Aufklärungsbedarfes auf Patientenseite instruktiv Giesen, Arzthaftungsrecht, Rn. 227 mit zahlreichen Nachweisen.

ee. Anwendung besonderer Therapierichtungen

Einen besonderen Fall des bereichsbezogenen Standards bildet die Anwendung besonderer Therapieformen durch die Behandlungsseite.¹²³³ Diese Art der Behandlung bedarf ebenso wie die der Schulmedizin der Einhaltung des sachgerechten Standards. Zunächst: es geht nicht an, unter der falschen bzw. irreführenden Benennung einer besonderen Therapierichtung Methoden anzuwenden, die gesichertes medizinisches Erfahrungswissen oder Mindeststandards der unterschiedlichen Therapierichtungen außer acht lassen. Hält die besondere Therapierichtung freilich diese Grenzen ein, steht der Behandlungsseite aufgrund der Therapiefreiheit die Wahl zugunsten einer von den Regeln der Schulmedizin abweichenden Methode offen. Bleibt es der Behandlungsseite aufgrund der Therapiefreiheit unbenommen, die Therapiemethode anzuwenden, die sie für zutreffend hält, kann es ihr aber nicht gestattet werden, dadurch in die Autonomie des Patienten einzugreifen. Der effektive Schutz des Selbstbestimmungsrechts bedingt eine umfassende Aufklärung des Patienten über die angewandten Methoden, deren Verhältnis zur Schulmedizin und insbesondere auch, ob sie von der Schulmedizin eindeutig abgelehnt werden.¹²³⁴ Wenngleich diese Verpflichtung zunächst diskriminierend anmutet, so trägt dieser Schein. Denn die Aufklärung darüber, daß eine Methode gegebenenfalls von der Schulmedizin eindeutig abgelehnt wird, es keine zureichenden empirischen Belege für die Tauglichkeit des vorgesehenen Verfahrens gibt,¹²³⁵ ist - ebenso wie der Hinweis auf neue, in Chancen und/oder Risiken abweichende Behandlungsmethoden - ein gewichtiger Aspekt im Rahmen der vom informierten und selbstbestimmten Patienten vorzunehmenden Entscheidung für oder gegen den vorgeschlagenen medizinischen Weg.

Daran ändert sich auch nichts, wenn die besondere Therapieform von der Binnenanerkennung getragen wird. Diese Tatsache mag - je nach Sachlage - für die Behandlungsseite den Vorwurf eines Behandlungsfehlers ausschließen. Damit ist nicht über die Aufklärungspflicht hinsichtlich der Behandlungsalternativen innerhalb und außerhalb der besonderen Therapierichtung wie der Schulmedizin entschieden. Nur bei umfassender Aufklärung über Risiken und Nutzen nach dem jeweiligen Erkenntnisstand kann sich der Patient ein eigenes Bild über die besonderen Therapieformen machen und damit in der letzten Konsequenz sich für oder gegen eine der-

¹²³³ Zur Frischzellentherapie vgl. BVerfG NJW 1997, 2086 f.

¹²³⁴ Jung, ZStW 97 (1985), 47, 58.

¹²³⁵ Zur (Un)tauglichkeit der bioelektronischen Funktions-Diagnostik, wenn bei einer Patientin die klassischen Symptome eines Uterus-Carzinoms auftreten, vgl. OLG Koblenz NJW 1996, 1600 f.

artige Behandlung entscheiden.¹²³⁶ Eine detaillierte Aufklärung über die Diagnose- und Therapiemöglichkeiten von Fachärzten kann sich nur ausnahmsweise erübrigen, so wenn - wie in dem vom Oberlandesgericht München entschiedenen Fall - ein Patient nach Abbruch einer fachärztlichen Behandlung einen Vertreter besonderer Therapierichtungen aufsucht, um hier Hilfe zu erlangen. Entgegen der Entscheidung des Oberlandesgerichts entfällt eine Hinweispflicht des sich besonderer Therapieformen bedienenden Behandlers im Hinblick auf die aus fachmedizinischer Sicht unzureichende Erfolgskontrolle aber nicht.¹²³⁷ Zwar sucht der Patient gerade die Behandlung fachmedizinisch wie empirisch nicht anerkannter Methoden nach. Hierin liegt aber kein konkludenter Verzicht auf Information.

VII. Fazit

Aufgrund des Umstandes, daß die Erkenntnisse in der Medizin einem raschen Wandel unterworfen sind und daher nur wenige allgemein anerkannte Regeln existieren, ist das Vorgehen *lege artis* nicht als Synonym für das Einhalten der Regeln der Schulmedizin zu verstehen. Vielmehr steht es dem Arzt - in den Grenzen der Therapiefreiheit - offen, alternative Wege bei Diagnose, Behandlung und Nachsorge zu gehen. Hierbei ist der Patient durch Information in das Geschehen einzubinden, so daß die Behandlung nicht allein durch ärztliche Sach- und Fachkunde, sondern auch vom Willen des Patienten getragen wird. Liegt unter diesen Vorgaben ein ärztliches Fehlverhalten vor, ist eine wesentliche Vorfrage der daran anknüpfenden rechtlichen Beurteilung geklärt. Ob sie sich allerdings zu strafbarem Unrecht verdichtet, wird von zahlreichen weiteren strafrechtsspezifischen Parametern bedingt.

¹²³⁶ Vgl. Laufs, *Arztrecht*, Rn. 285; BVerfG NJW 1997, 2086 f.

¹²³⁷ OLG München VersR 1991, 471 ff.

VIII. Ärztliche Pflichten im Behandlungsumfeld

1. Genereller Pflichtenkreis

Die ärztliche Tätigkeit hat den wachsenden fachlichen Regeln und sonstigen Sorgfaltspflichten zu genügen. Zur eigentlichen Therapie gemäß den Regeln der ärztlichen Kunst tritt die ärztliche Pflicht, im Umfeld von Diagnose, Behandlung und Nachsorge alle möglichen und zumutbaren Maßnahmen zu ergreifen, um einen erkennbar drohenden Schaden vom Patienten abzuwenden. Bei der Bestimmung dieses Pflichtenkatalogs ist zwar zu berücksichtigen, daß das Patienteninteresse primär auf Heilung, nicht aber auf den sichersten therapeutischen Weg gerichtet ist.¹²³⁸ Der Arzt ist aber verpflichtet, den typischen Risiken zu begegnen und Gefahren vorzubeugen.¹²³⁹

Neben einer ordnungsgemäßen Diagnose und Therapiewahl ist Bedingung einer Behandlung *lege artis*, daß die Therapie sachgerecht durchgeführt wird.¹²⁴⁰ Aus den zahlreichen Pflichten seien nur einige exemplarisch erwähnt. So dürfen keine Fremdkörper sachwidrig im Operationsgebiet zurückgelassen werden,¹²⁴¹ wie Mullkompressen,¹²⁴² Endstücke eines Blasenkatheters,¹²⁴³ Tupfer oder Bauchtücher.¹²⁴⁴ Der Arzt ist zur fehlerfreien Medikation sowie Rezeptierung¹²⁴⁵ verpflichtet. Bei den erforderlichen Eingriffen ist das richtige Maß einzuhalten. Bei der Anwendung von Gammastrahlen¹²⁴⁶ zur Vernichtung eines Tumors sind die Verfahren und Dosen einzusetzen, die das gesunde Gewebe am meisten schonen. Des weiteren müssen Hygienevorschriften beachtet werden, wie z.B. Desinfektion von medizinisch-

¹²³⁸ BGH VersR 1988, 82 f.

¹²³⁹ Laufs, *Arztrecht*, Rn. 344.

¹²⁴⁰ Ein ausführlicher Überblick über die Behandlungsfehlerkasuistik in der Rechtsprechung findet sich bei Eser, in: Schönke/ Schröder, *StGB*, § 223 Rn. 35a. Bei den überwiegend zivilrechtlichen Entscheidungen ist zu beachten, daß im Strafrecht mit dem festgestellten Behandlungsfehler nicht zugleich über eine strafrechtliche Verantwortlichkeit entschieden ist. Vielmehr ist die Kausalität im Sinne der Äquivalenztheorie zwischen Behandlungsfehler und Schaden festzustellen, auch sind der objektive Zurechnungszusammenhang und Vorsatz bzw. die subjektive Sorgfaltswidrigkeit nachzuweisen.

¹²⁴¹ BGH VersR 1981, 462; OLG Celle VersR 1990, 50; OLG Köln MedR 1984, 67; OLG Köln Vers 1988, 807. Nach kleineren und größeren Fremdkörpern differenziert Kamps, *Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt*, 196 ff.

¹²⁴² OLG Köln VersR 1988, 140.

¹²⁴³ Fall zitiert bei Mallach/ Schlenker/ Weiser, *Ärztliche Kunstfehler*, 107 ff.

¹²⁴⁴ Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis*, Rn. 42 m.w.N.

¹²⁴⁵ Laufs, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, § 100 Rn. 26.

¹²⁴⁶ BGH MedR 1998, 218, 219; zu Röntgenstrahlen LG Hamm VersR 1980, 1030 f.

technischen Geräten, Spritzen, aber auch der Haut bzw. der Hände.¹²⁴⁷ Zu diesen klassischen Sorgfaltspflichten treten solche im Behandlungsumfeld.¹²⁴⁸ Hierzu zählt, daß der Arzt den angekündigten Hausbesuch tatsächlich ausführt¹²⁴⁹ oder den Patienten einbestellt, wenn Anhaltspunkte einer ernsten Erkrankung bestehen.

Infolge der sich ständig verfeinernden Arbeitsteilung und Spezialisierung sowie der Extension des medizinisch-technischen Komplexes nehmen ferner die zu beachtenden Sorgfaltspflichten im Umgang mit Geräten und Hilfsmitteln immer größeren Raum ein. Zwar würde es den Rahmen dieser Abhandlung sprengen, das weit gefächerte Spektrum der hier zu beachtenden Grundsätze im einzelnen aufzuzeigen. Ein kurzer Einblick ist jedoch geboten, um einen Überblick über die Vielfalt zu verschaffen.

2. Einsatz medizinisch-technischer Geräte

Die stetig anwachsende Technisierung in Arztpraxen und Krankenhäusern bedingt, daß sich hieraus spezielle Pflichten ergeben.¹²⁵⁰ Lasertechniken, Dialysegeräte, Herz-Lungen-Maschinen, Computertomographen, Computer, Monitore, Endoskope, Narkosegeräte und anderes technisches Gerät sind aus dem Klinikalltag kaum mehr wegzudenken. Trotz der damit verbundenen Steigerung der medizinischen Leistungsmöglichkeiten und des dadurch einhergehenden Gewinns auf Patientenseite sind zugleich neue Fehler- und Gefahrenquellen geschaffen worden. Denn jeder Ausfall oder Defekt von Geräten, die Vitalfunktionen des Patienten übernehmen, können schnell zu lebensbedrohlichen Situationen führen.¹²⁵¹ Es dürfen infolgedessen keine Anreize bestehen, um haftungsbelastete menschliche Tätigkeit durch haftungsbefreiten Einsatz von technischen Geräten zu ersetzen.¹²⁵² Die Auswirkungen des Technikeinsatzes werfen demzufolge nicht nur unter zivilrechtlichen,¹²⁵³ sondern gerade auch unter strafrechtlichen Gesichtspunkten Fragen der Haftung des hiermit befaßten Arztes auf.

¹²⁴⁷ BGH NJW 1992, 2380; Mallach/ Schlenker/ Weiser, Ärztliche Kunstfehler, 21 ff.

¹²⁴⁸ Giesen, JZ 1982, 345, 347.

¹²⁴⁹ BGH NJW 1979, 1248.

¹²⁵⁰ Laufs, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 100 Rn. 22 ff.

¹²⁵¹ Vgl. BGH VersR 1978, 83.

¹²⁵² Vgl. Heilmann, NJW 1990, 1513, 1515.

¹²⁵³ Hierzu Mirtsching, Haftung für den Einsatz von Technik in der Medizin. Eine Übersicht über die Sicherheitsvorschriften zugunsten der Patienten findet sich bei Uhlenbruck, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), § 55 Rn. 3, über das Medizinproduktegesetz bei Deutsch, Medizinrecht, Teil C. Medizinprodukterecht m.w.N.

Auch wenn der Arzt selbstverständlich kein Techniker bzw. Ingenieur sein muß,¹²⁵⁴ zählt zu der Behandlung *lege artis*, daß er mit dem verwendeten Gerät umgehen kann.¹²⁵⁵ Der Arzt hat sich vor dem Einsatz des Gerätes über dessen Funktionsweise und dessen technische Besonderheiten so zu informieren und gegebenenfalls schulen zu lassen, daß er es fehlerfrei bedienen¹²⁵⁶ und Fehlfunktionen rechtzeitig erkennen kann.¹²⁵⁷ Zwar wird von ihm nicht gefordert, den Aufbau und die technische Funktionsweise des Gerätes vollständig zu erfassen. Er muß sich damit jedoch so vertraut machen, „wie dies einem naturwissenschaftlich und technisch aufgeschlossenen Menschen zumutbar und möglich ist“.¹²⁵⁸ Vor Inbetriebnahme ist eine eingehende Untersuchung nicht erforderlich. Der Arzt muß jedoch zumindest eine vorgehende Inaugenscheinnahme und damit optische Kontrolle durchführen und sich so des einwandfreien Zustands des Geräts versichern.¹²⁵⁹ Bei riskanten Behandlungen oder Situationen besteht darüber hinaus die Verpflichtung zur ständigen Überwachung des Geräts wie des Patienten,¹²⁶⁰ um rechtzeitig Fehlfunktionen aufdecken zu können.

Der Arzt ist weiterhin verpflichtet, die verfügbaren medizinisch-technischen Geräte bei gegebener Indikation einzusetzen. Sieht er hiervon ab, weil er sich z.B. nicht mit der Funktionsweise vertraut gemacht hat, liegt hierin ein - gegebenenfalls grober - Behandlungsfehler.¹²⁶¹

3. Behandlungsfehler bei Arbeitsteilung

a. Problemüberblick

Die Tendenz zu ausdifferenzierter Arbeitsteilung ist aufgrund der außergewöhnlichen Entwicklung und Spezialisierung in der Medizin ungebrochen.¹²⁶² Sowohl die medizinische Versorgung durch die Kliniken als auch die niedergelassenen Ärzte

¹²⁵⁴ Uhlenbruck, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 55 Rn. 5.

¹²⁵⁵ Vgl. die Grundsatzentscheidung des BGH NJW 1978, 584.

¹²⁵⁶ BGH NJW 1978, 584; BGH MedR 1998, 218 ff.

¹²⁵⁷ OLG Hamm VersR 1980, 585; Heilmann, NJW 1990, 1513, 1515.

¹²⁵⁸ BGH NJW 1978, 584.

¹²⁵⁹ Eser, in: Schöнке/ Schröder, StGB, § 223 Rn. 35; Giesen, Arzthaftungsrecht, Rn. 120 m.w.N.

¹²⁶⁰ Zur fehlerhaften Bestrahlung mit Gamma-Strahlen BGH MedR 1998, 218 ff.

¹²⁶¹ BGH NJW 1989, 2321 f.

¹²⁶² So bereits Stratenwerth, in: Festschrift Eb. Schmidt, 385 ff.; zur heutigen Zeit vgl. Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 138 ff.; Umbreit, Die Verantwortlichkeit des Arztes für das fahrlässige Verhalten anderer Medizinalpersonen, 1 ff.

basiert heutzutage regelmäßig auf der Zusammenarbeit mehrerer. Ebenso wie der Einsatz medizinisch-technischer Geräte kann allerdings auch die Arbeitsteilung ihre Janusköpfigkeit nicht verbergen: Einerseits Segen für die Patienten und die medizinisch Tätigen, andererseits Fluch¹²⁶³ in Form vielfältiger Gefahren- und Schadensquellen, ist das arbeitsteilige Zusammenwirken eine Medaille mit zwei Seiten. Aufgabe des Strafrechts ist es, ohne die eine oder andere Seite fehlzugewichten, die persönliche Verantwortung der Involvierten festzustellen, soweit die Arbeitsteilung zu einer konkreten Beeinträchtigung oder Gefährdung von Rechtsgütern der Patientenseite geführt hat.

Anknüpfungspunkt der strafrechtlichen Haftung des im Team¹²⁶⁴ Arbeitenden ist zunächst das eigene¹²⁶⁵ Handeln bzw. pflichtwidrige Unterlassen. Liegt hierin bereits ein vorwerfbarer Behandlungsfehler, so stellt sich regelmäßig nicht die Problematik der Zurechnung von Verhalten Dritter. D.h. unterläuft dem Chirurgen ein Fehler bei der Schnittführung, der zum Verlust der einzigen Niere des Patienten führt,¹²⁶⁶ so ist diese Fehlleistung unter strafrechtlichen Gesichtspunkten zu würdigen. Liegt die Fehlleistung darin, daß er der Operationsschwester oder dem noch in der Ausbildung befindlichen Arzt Aufgaben überträgt, die ihr Können übersteigen oder unterläßt er pflichtwidrig die Überwachung der nachgeordneten Mitarbeiter, kann nach der weiten Äquivalenztheorie die sachwidrige Delegation bzw. mangelnde Kontrolle Ursache des späteren Schadens und damit Gegenstand strafrechtlicher Betrachtung sein. Mit diesem Ausgangspunkt sind bereits zwei weitere Kriterien angesprochen: die Arbeitsteilung im Rahmen der vertikalen und der horizontalen Zusammenarbeit zur Erreichung eines gemeinsamen Ziels.

¹²⁶³ Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 138 ff.

¹²⁶⁴ Daß der Begriff Team-Work im deutlichen Kontrast zu hierarchischen Systemen steht, so Wilhelm, Verantwortung und Vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin, 3, ist nicht zwingend. Auch wenn im Operationsteam Chefarzt und Assistenzarzt zusammenarbeiten, so können sie trotz des eindeutig gegebenen Weisungsverhältnisses und des Direktionsrechts des Chefarztes, vgl. § 315 BGB, als Team das gemeinsame Ziel der erfolgreichen Operation verwirklichen.

¹²⁶⁵ Aufgrund der strafrechtlichen Eigenverantwortung knüpft die strafrechtliche Haftung an eigenes, rechtswidriges und regelmäßig schuldhaftes Tun an, vgl. statt vieler Majunke, Anästhesie und Strafrecht, 21; Wilhelm, Verantwortung und Vertrauen bei der Arbeitsteilung in der Medizin, 28.

¹²⁶⁶ Fall zitiert bei Mallach/ Schlenker/ Weiser, Ärztlicher Kunstfehler, 123 ff.

b. *Horizontale Arbeitsteilung*

aa. *Bedeutung*

Der Begriff der horizontalen Arbeitsteilung umschreibt die Zusammenarbeit an einem gemeinsamen Arbeitsziel in „partnerschaftlicher Gleichordnung“.¹²⁶⁷ Ulsenheimer¹²⁶⁸ nennt hierfür vier charakteristische Fallgruppen: die interdisziplinäre ärztliche Zusammenarbeit zwischen Fachärzten verschiedener Gebiete;¹²⁶⁹ die Zusammenarbeit zwischen Facharzt und dem Arzt für Allgemeinmedizin;¹²⁷⁰ das Zusammenwirken zwischen niedergelassenem Arzt und Krankenhausarzt¹²⁷¹ sowie das Zusammenwirken von behandelndem Arzt und Konsiliarius.

Essentielles Merkmal der Rechtsfigur der horizontalen Arbeitsteilung sind die eigenständigen Pflichten- und Kompetenzbereiche der weisungsfrei und kooperativ Zusammenwirkenden. Grundlage dieser Kooperation ist die Übernahme bestimmter Aufgabenkreise zur selbständigen Erledigung. Jeder Beteiligte ist für die ordnungsgemäße Erledigung seines eigenen ärztlichen Aufgabenbereiches verantwortlich. Die horizontale Arbeitsteilung bedeutet regelmäßig eine gegenseitige fachliche Entlastung der Kooperierenden durch Einbezug von Spezialisten. Ist die Entscheidung zur horizontalen Zusammenarbeit gefallen, sind die Beteiligten verpflichtet, zum Wohl des Patienten zusammenzuarbeiten. Dieses Kooperationsgebot ist Leitlinie für die Zusammenarbeit im Team. Bei der Zusammenarbeit zwischen Ärzten gilt primär die Einzel- und Eigenverantwortlichkeit jedes Spezialisten.¹²⁷² Im

¹²⁶⁷ Kamps, Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt, 212 ff.; Peter, Arbeitsteilung im Krankenhaus in strafrechtlicher Sicht, 19 m.w.N.; Wilhelm, MedR 1983, 45, 46,

¹²⁶⁸ Strafrecht des Arztes, Rn. 142.

¹²⁶⁹ So ist der Chirurg für den operativen Eingriff mit den sich daraus ergebenden Risiken, der Anästhesist für die Narkose einschließlich der Überwachung und Aufrechterhaltung der vitalen Funktionen des Patienten zuständig, vgl. Operbecke, Anästhesie und ärztliche Sorgfaltspflicht, 13 f.; ders., in: Operbecke/ Weißbauer (Hrsg.), Forensische Probleme in der Anästhesiologie, 13, 15.

¹²⁷⁰ Z.B. des Gynäkologen und des Hausarztes, BGH NSTz 1983, 313 mit Anm. Lilie.

¹²⁷¹ Zur Abgrenzung der diagnostischen Verantwortlichkeit einer niedergelassenen Kinderärztin, die bei einem Neugeborenen eine Vorsorgeuntersuchung vornimmt, während Mutter und Kind im Krankenhaus von dem dort als Belegarzt tätigen Gynäkologen ärztlich betreut werden, vgl. BGH NJW 1992, 2962 ff.

¹²⁷² Ulsenheimer, Strafrecht des Arztes, Rn. 141; zu den Verantwortungsbereichen des Anästhesisten in der prä-, intra- und postoperativen Phase vgl. Operbecke, in: Operbecke/ Weißbauer (Hrsg.), Forensische Probleme in der Anästhesiologie, 13 ff.

Grundsatz¹²⁷³ bleiben die Verantwortungsbereiche der Ärzte somit getrennt.¹²⁷⁴ Jeder der zusammenwirkenden Ärzte muß denjenigen Gefahren entgegentreten, die in seinem Aufgabenbereich entstehen. Damit ist - quasi als Kehrseite der übernommenen Verantwortung - zugleich festgelegt, daß sich jeder bei der Interaktion im Rahmen horizontaler Arbeitsteilung zunächst darauf verlassen und vertrauen darf, daß die Kooperationspartner mit der gebotenen Sorgfalt und unter Beachtung der *lex artis* vorgehen.¹²⁷⁵ Das kann zunächst mit dem Prinzip der Selbstverantwortung begründet werden, wonach sich der Verantwortungsbereich des einzelnen grundsätzlich auf sein eigenes Handeln beschränkt. Zudem steht jeder Beteiligte unter den Anforderungen der Rechtsordnung.¹²⁷⁶ Daher darf jeder der kooperierenden Ärzte im Regelfall darauf vertrauen, daß die im Kooperationsverbund Tätigen die übernommenen Verpflichtungen unter Einhaltung der gewährleisteten Standards ausüben. Eine gegenseitige Überwachungspflicht besteht insoweit nicht.¹²⁷⁷ Ansonsten droht die Gefahr, daß sich Ärzte wechselseitig beaufsichtigen, statt sich ihrer eigentlichen Aufgabe zu widmen.¹²⁷⁸ Bei anderer Bewertung würde eine Überwachungspflicht - und damit eine Verantwortlichkeit für fremdes Verhalten konstruiert - und zwar ohne Rücksicht darauf, daß mit Übertragung der fachlichen Verantwortung eine fachliche Kontrollmöglichkeit und damit eine Einschreitemacht, wenn überhaupt, so nur rudimentär, besteht. Denn überweist z.B. der Arzt für Allgemeinmedizin den Patienten zum Facharzt, so geschieht dies gerade im Hinblick auf dessen Spezialisierung. Daß der Arzt für Allgemeinmedizin in diesem Fall regelmäßig keine Einwirkungsmöglichkeit mehr hat und in den Facharztfragen nicht zwingend bewandert ist, bedarf keiner näheren Erläuterung.¹²⁷⁹

¹²⁷³ Etwas anderes gilt, wenn der Kooperationspartner für den anderen erkennbar handlungsunfähig, alkoholisiert oder sonst in der Ausübung seiner Pflichten beeinträchtigt ist.

¹²⁷⁴ So, wenn z.B. zwischen einer Herzklinik und einer Universitätsklinik eine Absprache dahingehend besteht, daß die Herzoperation an einem Patienten an der Universitätsklinik, alle entscheidenden Voruntersuchungen und auch die nachoperative Behandlung aber Sache der Herzklinik bleiben sollen, vgl. BGH NJW 1990, 2929 ff.

¹²⁷⁵ Peter, Arbeitsteilung im Krankenhaus aus strafrechtlicher Sicht, 21. Zur Zusammenarbeit zwischen Chirurgen und Anästhesisten vgl. BGH NJW 1980, 649, 651; BGH NJW 1980, 651 ff.; BGH NJW 1984, 1400; BGH MedR 1991, 198 ff.; zwischen Gynäkologen und Anästhesisten, BGH NJW 1987, 2293.

¹²⁷⁶ Stratenwerth, in: Festschrift Eb. Schmidt, 385, 392.

¹²⁷⁷ BGH NJW 1980, 649, 650; BGH NJW 1991, 1539 ff.; Carstensen/ Schreiber, in: Jung/ Schreiber (Hrsg), Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht, 167, 169 ff.; Narr, Ärztliches Berufsrecht, Bd. 2, Rn. 891.

¹²⁷⁸ BGH NJW 1991, 1539 f.; Hager, Staudingers Kommentar zum BGB, § 823 Rn. I 31.

¹²⁷⁹ So auch Wilhelm, Verantwortung und Vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin, 85 zum Verhältnis Internist - Gynäkologe.

bb. Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes

Grundlage des Vertrauensgrundsatzes ist eine Interessenabwägung,¹²⁸⁰ die davon ausgeht, daß etliche alltägliche Interaktionen nicht möglich wären, wenn ständig mit Fehlverhalten anderer gerechnet und darauf reagiert werden müßte. Dies hat zur Folge, daß die Beschränkung der Sorgfaltspflicht aufgrund des Prinzips der Selbstverantwortung keine allgemeine ist, sondern Ausnahmen zuläßt. So hilft der Vertrauensgrundsatz dem Arzt nicht, der selbst sorgfaltswidrig handelt. Er kann weiterhin dann keine Geltung beanspruchen, wenn der Zweck der horizontalen Arbeitsteilung im Hinblick auf die dadurch ausgelöste Gefahr für das Leben bzw. die körperliche Unversehrtheit des Patienten pflichtwidrig ist oder es sich aufdrängt, daß der Kooperationspartner erkennbar seinen Handlungsrahmen überschreitet.¹²⁸¹ Der Vertrauensgrundsatz tritt außerdem zurück, wenn der Spezialist außerhalb der ihm übertragenen Aufgabe eine lebensbedrohliche Situation des Patienten erkennt, die dem Kooperationspartner aufgrund fehlender Untersuchungsmöglichkeiten verborgen bleibt.¹²⁸²

Um nicht durch die Pflicht zur Überwachung des Interaktionspartners fundamentale Regeln der Aufgaben- und Kompetenzaufteilung gegenstandslos werden zu lassen, mit der Folge, daß das Prinzip der Einzelverantwortung mittelbar in eine Gesamtverantwortung umfunktioniert würde, sind an die Erkennbarkeit hohe Anforderungen zu stellen. So besteht bei offensichtlichen Qualifikationsmängeln oder deutlichen Fehlleistungen kein schutzwürdiges Vertrauen darauf, daß der Kollege des anderen Fachgebiets seine Aufgaben mit der gebotenen Sorgfalt erfüllt.¹²⁸³ So in dem Fall, daß bei vertretungsweiser Fortführung einer Strahlentherapie der Urlaubsvertreter eine Fülle von schwerwiegenden Anhaltspunkten im Hinblick darauf hat, daß die Therapie des Vertretenen nicht dem aktuellen Stand der ärztlichen Kunst entspricht.

Die Notwendigkeit der Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes liegt in der Notwendigkeit ärztlicher Interaktionen begründet. Durch die Übernahme der

¹²⁸⁰ Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, 189 f.

¹²⁸¹ Peter, Arbeitsteilung im Krankenhaus aus strafrechtlicher Sicht, 29. Etwas allgemeiner Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 193, wonach der Vertrauensgrundsatz besagt, daß das Vertrauen darauf, daß der andere seine Pflicht tun werde, solange nicht pflichtwidrig sei, als weder die für den Vertrauenden maßgebenden normalen Erfahrungen noch seine besondere Wissensmöglichkeit ihm das Vertrauen zu erschüttern brauchen.

¹²⁸² Vgl. hierzu Lilie mit abl. Anm. zu BGH NStZ 1983, 313 ff. für den Fall, daß der im Rahmen einer Beratung gemäß § 218 b StGB a.F. hinzugezogene Gynäkologe eine lebensbedrohliche Eileiterschwangerschaft feststellt, dies jedoch nicht unverzüglich dem Hausarzt mitteilt, so daß die Patientin in der Folge verstarb.

¹²⁸³ BGH NJW 1991, 1539.

Behandlung wird der Arzt zugleich Garant¹²⁸⁴ für das gesundheitliche Wohl des Patienten. Bedarf die Behandlung der Hinzuziehung eines oder mehrerer Spezialisten, so wirken die mit dem Krankengeschehen befaßten Ärzte regelmäßig im Kooperationsverbund zusammen. Entsprechend den Besonderheiten des Einzelfalles bildet sich ein Geflecht von Interaktionen im gesundheitlichen Interesse des Patienten. In dessen Zentrum befinden sich Koordinierungs- wie Organisationsfragen und je nach Art der gleichstufigen Zusammenarbeit auch Fachfragen. So obliegt es sowohl dem Träger eines Belegkrankenhauses als auch dem gynäkologischen Belegarzt im Rahmen ihrer Organisations- und Koordinationspflichten für eine sichere Rücklaufkontrolle bei einem Test zur Schilddrüsendiagnostik zu sorgen. Aber auch der nachbehandelnde ambulant tätige Kinderarzt muß sich über das Testergebnis vergewissern.¹²⁸⁵ Aufgrund dieser Überschneidung in den Aufgabenbereichen liegt es nahe, die Grenze des Vertrauensgrundsatzes dort zu ziehen, wo konkrete Anhaltspunkte für das Mißachten des einzuhaltenden Standards durch den Kollegen bestehen. Ist diese Nichtbeachtung aber nicht aus sich heraus erkennbar, ist der Kooperierende allein im Rahmen seiner Möglichkeit und seines Aufgabenkreises verpflichtet, durch Kontrolle und Überwachung vom Patienten Schaden abzuwenden.¹²⁸⁶ So darf ein Arzt für Allgemeinmedizin nicht langfristig den Medikationsempfehlungen der Fachklinik folgen, ohne die sich verschlimmernden Beschwerden des Patienten zu hinterfragen und die Medikamentenverträglichkeit definitiv abzuklären.¹²⁸⁷ Eine Pflicht zur Überwachung und Kontrolle des fremden Pflichtenkreises resultiert hieraus aber nicht.

c. *Vertikale Arbeitsteilung*

In Abgrenzung zur horizontalen Arbeitsteilung charakterisiert die vertikale Arbeitsteilung die Zusammenarbeit in einem regelmäßig durch den unterschiedlichen beruflichen Status begründeten Weisungsverhältnis. Diese Teamarbeit ist weniger darauf ausgerichtet, Fachwissen zusammenzuführen und gegenseitig zu ergänzen. Das Ziel ist vielmehr, den ranghöheren Kräften durch Diversion der behandlungsspezifischen Aufgaben zu assistieren. Dies geschieht regelmäßig mittels eines mehrstufigen Aufgabensplittings entsprechend dem Qualifikationsniveau der

¹²⁸⁴ Zur Garantenstellung unter § 17 Punkt I. der Abhandlung.

¹²⁸⁵ BGH NJW 1992, 2962.

¹²⁸⁶ BGH NJW 1987, 2293. Zur Überprüfungspflicht des Krankenhausarztes in der Augenklinik, wenn Zweifel an der Richtigkeit der Diagnose des niedergelassenen Augenarztes bestehen BGH Arztrecht 1994, 156 f.

¹²⁸⁷ OLG Koblenz VersR 1992, 752.

Beteiligten und führt im Regelfall nicht dazu, daß die überantworteten Aufgaben aus der Verantwortung des Delegierenden ausscheiden. Ihm obliegen vielmehr weiterhin Gesamtverantwortung und Weisungsbefugnis.¹²⁸⁸ Zugleich treten die nachgeordneten Mitarbeiter aufgrund ihres abgeleiteten ärztlichen Auftrags in eine Pflichtenstellung ein und übernehmen dem Patienten gegenüber Gewähr für seine körperliche Unversehrtheit.

aa. Form der Aufgabenübertragung

Die Aufgaben können in Form von Delegation¹²⁸⁹ eigener Zuständigkeiten übertragen werden. So delegiert der Chefarzt einer Klinik die laufende Betreuung der auf Station liegenden Patienten. Ein Behandlungsfehler durch Delegation liegt regelmäßig vor, wenn Tätigkeiten, die spezifische ärztliche Kenntnisse und Erfahrungen voraussetzen und daher dem Arzt als solchem vorbehalten sind, an nachgeordnete nichtmedizinische Mitarbeiter überantwortet werden.¹²⁹⁰

Die zulässige Delegation von medizinischen Tätigkeiten an nichtärztliches Assistenzpersonal¹²⁹¹ reduziert sich im Regelfall auf Hilfstätigkeiten.¹²⁹² Darüber hinaus muß der Chefarzt die an den Assistenten übertragene Betreuung des Patienten wieder an sich ziehen, wenn sich dessen Gesundheitszustand so verschlechtert, daß es der Erfahrung des Ober- oder Chefarztes bedarf, um das Geschehen zu beherrschen. Treten Versäumnisse in diesem Bereich auf und führen sie zu gesundheitlichen Beeinträchtigungen auf seiten des Patienten oder gar zu dessen Tod, so ist je nach Verschulden des übergeordneten Arztes der Tatbestand der vorsätzlichen oder fahrlässigen Körperverletzung bzw. Tötung verwirklicht. Dazu tritt - entsprechend dem Grad des eigenen Verschuldens - die strafrechtliche Verantwortlichkeit des nachgeordneten Mitarbeiters.

¹²⁸⁸ Majunke, Anästhesie und Strafrecht, 26; Peter, Arbeitsteilung im Krankenhaus aus strafrechtlicher Sicht, 21; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 168 ff.

¹²⁸⁹ Zur Delegation von Aufgaben im Rahmen der Anästhesie, vgl. Ulsenheimer, in: Opderbecke/ Weißauer (Hrsg.), Forensische Probleme in der Anästhesiologie, 41, 47 f. Umbreit, Haftung des Arztes für fahrlässiges Verhalten anderer Medizinalpersonen, 51 f., will die Delegation als ungespaltene Übertragung von Kompetenzen auf Dritte aus dem Bereich der Arbeitsteilung herausnehmen.

¹²⁹⁰ Zur Delegation anästhesiologischer Aufgaben vom leitenden Anästhesisten an ärztliche Mitarbeiter vgl. Majunke, Anästhesie und Strafrecht, 28 ff.

¹²⁹¹ Näher Brose, in: Roxin/ Schroth (Hrsg.), Medizinrecht, 51, 66.

¹²⁹² Wer die Heilkunde, ohne als Arzt bestellt zu sein, ausüben will, bedarf dazu der Erlaubnis, § 1 Abs. 1 HPG.

Aus dem Alltag in der Medizin sind aber auch weitere Formen der Kompetenz-zuweisung nicht wegzudenken. Schulbeispiel hierfür ist die Zusammenarbeit von operierendem Chefarzt und bei der Klinik angestelltem Techniker während einer komplexen Herzoperation. Wie bereits im vorangehenden Abschnitt dargelegt, kann vom Arzt nicht erwartet werden, die Feinheiten der eingesetzten medizinisch-technischen Geräte bis ins kleinste Detail zu beherrschen. Dies ist vielmehr der Kompetenzbereich des speziell ausgebildeten Medizintechnikers. Obgleich dieser dem arbeitsrechtlichen Direktionsrecht des für die Operation verantwortlichen Chefarztes unterliegt, reduziert sich sein Weisungsrecht infolge der Spezialisierung des Mitarbeiters auf allgemeine organisatorische Anordnungen. Aber auch die Dienste der Operationsschwester, die dem Chirurgen für Handreichungen, wie dem situationsgerechten Instrumentieren und Anreichen von Materialien und sonstigen entlastenden Tätigkeiten, zur Seite steht,¹²⁹³ sind unter dem Blickwinkel der vertikalen Arbeitsteilung zu beurteilen.

bb. Instruktions-, Überwachungs- und Kontrollpflichten

Da der Arzt dem Patienten auch bei Zwischenschalten von Hilfskräften die Behandlung *lege artis* schuldet, entsteht aufgrund der Übertragung zugleich seine - je nach Qualifikation der Hilfskraft abgestufte¹²⁹⁴ - Verpflichtung, die Einhaltung des Standards sicherzustellen.¹²⁹⁵ Daher muß der Vorgesetzte die Mitarbeiter gewissenhaft auswählen, ihre fachliche und persönliche Qualifikation überprüfen und für ihre Weiterbildung Sorge tragen. Bei der konkreten Tätigkeit steht die Pflicht zur Instruktion, Information und laufenden Überwachung im Vordergrund. Zugleich sind die durch die Arbeitsteilung bedingten Gefahren wie z.B. das Stocken des u.U. lebensrettenden Informationsflusses durch konkrete und eindeutige Zuständigkeitsverteilungen auszugleichen.¹²⁹⁶

Hinsichtlich der Frage, ob auch im Bereich der vertikalen Arbeitsteilung der Vertrauensgrundsatz gilt, gehen die Meinungen weit auseinander. Eindeutige Grundsätze für die Lösung dieses Problems existieren nicht und werden sich angesichts der Vielgestaltigkeit der Arbeitsteilung im medizinischen Bereich auch

¹²⁹³ Wilhelm, Verantwortung und Vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin, 87.

¹²⁹⁴ Hahn, NJW 1981, 1977, 1983.

¹²⁹⁵ So ist z.B. der Chefarzt einer Kinderklinik verpflichtet, durch organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, daß bei Wärmflaschen aus Gummi, die zur Verwendung in Inkubatoren bestimmt sind, das Anschaffungsdatum registriert wird, so daß sie vor dem Einsatz äußerlich kontrolliert und nach kurzer Gebrauchsdauer aussortiert werden, vgl. BGH NJW 1994, 1594.

¹²⁹⁶ Für das Zivilrecht vgl. Giesen, JZ 1982, 345, 351.

nicht finden. Eine sinnvolle Anwendung des Vertrauensgrundsatzes wird sich jedoch von folgenden Überlegungen leiten lassen:

Einerseits zeichnet sich die vertikale Arbeitsteilung durch das Prinzip der Gesamtverantwortung, im Krankenhaus schlagwortartig mit dem ‚Chefarztprinzip‘ bezeichnet, aus. Andererseits gilt auch hier der jeder Arbeitsteilung immanente Grundsatz, daß jeder seinen Aufgabenteil mit der anzuwendenden Sorgfalt erledigt. Auch wenn damit der Vertrauensgrundsatz hier nicht in dem Maße gelten kann, wie er im Rahmen der horizontalen Arbeitsteilung zu beachten ist,¹²⁹⁷ im Unterschied zur gleichstufigen Arbeitsteilung die Grenzen somit enger zu ziehen sind, begründet allein die Tatsache, daß nachgeordneten Mitarbeitern Behandlungsteilbereiche übertragen werden, für sich keinen Verstoß gegen die *lex artis*. Von der Übertragung auf nichtärztliche Mitarbeiter ausgenommen ist der Kernbereich ärztlicher Tätigkeit, wie das Erstellen der Diagnose sowie die Therapienentscheidung. Vertrauen darf jedoch nicht, wer sich nicht regelmäßig vergewissert, daß Aufgaben der eigenen Zuständigkeit von hierzu eingesetzten Dritten ordnungsgemäß erfüllt werden. Eine Haftung für eigenes Unrecht kommt daher bereits dann in Betracht, wenn der übergeordnete Arzt bewußt oder unbewußt die erforderlichen Anordnungen, Kontrollen¹²⁹⁸ und sonstige organisatorische Maßnahmen - wie z.B. Regelungen über die Kompetenzverteilung - zwecks Sicherstellung der Behandlung *lege artis* auf allen Stufen der Arbeitsteilung außer acht läßt. In dem weiten Bereich der Behandlungspflege obliegt daher einerseits dem zuständigen Arzt ein hohes Maß an Aufsichtspflicht und damit unmittelbar verbunden an Weisungsrechten. Geht es darüber hinaus um die Delegation ärztlicher Verrichtungen auf Pflegekräfte,¹²⁹⁹ so ist im Regelfall zuvor die erforderliche Qualifikation zu prüfen. Dies gilt auch bei der Zusammenarbeit von Rettungsärzten und Rettungsassistenten. Denn die Notfallrettung ist primär medizinische Dienstleistung. Zentrale Aufgabe des Rettungsdienstes ist die schnelle und qualifizierte notfallmedizinische Versorgung von erkrankten und verletzten Personen während der Notfallsituation. Aufgrund dieses Aufgabenkreises ergibt sich, daß die zu erbringende Leistung den Anforderungen der *lex artis* entsprechen muß

¹²⁹⁷ So i.E. auch BGH MedR 1998, 218 ff.

¹²⁹⁸ Ordnet der Arzt z.B. telefonisch wehenfördernde Medikamente mit potenzierender Wirkung an, ohne daß eine Überwachung durch ein CTG-Gerät möglich ist, darf er den Geburtsverlauf nicht allein in den Händen der Hebamme lassen, sondern muß sich vor Ort persönlich über den Fortgang informieren, vgl. OLG Frankfurt NJW-RR 1991, 1373.

¹²⁹⁹ Der Arzt darf den ihm anvertrauten Patienten in der unmittelbaren postoperativen Phase nicht der alleinigen Verantwortlichkeit einer Anästhesieschwester überantworten vgl. Laufs, NJW 1993, 1497, 1503.

und Fehler im Behandlungsumfeld zu vermeiden sind. Der Delegation¹³⁰⁰ entzogen sind auch im Rettungseinsatz die spezifisch ärztlichen Pflichten.¹³⁰¹ Im Bereich der - nach der Sachlage des Einzelfalles zu entscheidenden - zulässigen Delegation obliegen dem Arzt die erforderlichen Anordnungen und Aufsichtspflichten. Hiermit verbunden ist auch die Überprüfung, ob die für die übertragenen Tätigkeiten erforderliche Qualifikation beim Rettungsassistenten vorhanden ist. Ist damit der Arzt einerseits zur Aufsicht verpflichtet, dürfen sich andererseits die Mitarbeiter nicht blind auf die Anordnungen des ärztlichen Vorgesetzten verlassen. Ergeben sich aus den Anordnungen Anhaltspunkte dafür, daß sie der *lex artis* widersprechen, so ist die Hilfskraft verpflichtet, dem Arzt einen entsprechenden Vorhalt zu machen. Bei Mißachtung dieses Gebots kann sich die vertikale Arbeitsteilung zum Multiplikator strafrechtlicher Verantwortlichkeit entwickeln. Erst wenn der Vorgesetzte trotz der Remonstration bei seiner Anweisung bleibt, ist eine strafrechtliche Entlastung näher zu diskutieren.¹³⁰²

¹³⁰⁰ Hiervon nicht erfaßt ist die sog. Notfallkompetenz des Rettungsassistenten. Ist ärztliche Hilfe erforderlich, aber nicht zu erreichen, darf der Rettungsassistent aufgrund fachspezifischer Ausbildung invasive Eingriffe zur Abwehr von Gefahren für Leben und Gesundheit des Notfallpatienten vornehmen. Gemäß § 3 RettAssG soll der Rettungsassistent durch die Ausbildung befähigt werden, am Notfallort als Helfer des Arztes tätig zu werden, bis zur Übernahme der Behandlung durch den Arzt lebensnotwendige Maßnahmen durchzuführen, Transportfähigkeit der Patienten herzustellen und die lebensnotwendigen Körperfunktionen während des Transports zu beachten und aufrechtzuerhalten, vgl. Stellungnahme der Bundesärztekammer zur Notkompetenz von Rettungsassistenten und zur Delegation ärztlicher Leistungen im Rettungsdienst (zu beziehen über die BÄK) sowie Bloch, NJW 1993, 1513, 1514.

¹³⁰¹ Stellungnahme der Bundesärztekammer zur Notkompetenz von Rettungsassistenten und zur Delegation ärztlicher Leistungen im Rettungsdienst.

¹³⁰² Zur zivilrechtlichen Entlastung OLG Frankfurt NJW-RR 1991, 1373 f.

§ 13 Therapeutische Beratung und Selbstbestimmungsaufklärung

Die ärztliche Therapiefreiheit und die individuelle Einwilligung des Patienten in eine medizinische Behandlung formen die Arzt-Patienten-Beziehung zur Behandlungs- und Entscheidungspartnerschaft.¹³⁰³ Neben der sorgfaltsgemäßen Behandlung erfordert der wirksame strafrechtliche Rechtsgüterschutz die freie, den sozialen Sinngehalt erfassende Patientenentscheidung für oder gegen das konkrete ärztliche Vorgehen. Denn nach überwiegender Ansicht ist ein Eingriff in den Körper eines Menschen und damit auch eine medizinische Behandlung nur mit Einwilligung des Betroffenen zulässig: „Voluntas aegroti suprema lex.“ Hinter diesem Ansatz verbirgt sich der große Bereich der Selbstbestimmungsaufklärung. Im Grenzbereich zwischen der Behandlung *lege artis* und der individuellen Einwilligung des Patienten ist überdies die bereits im Rahmen der Therapiefreiheit angesprochene therapeutische Beratung angesiedelt. Die nachfolgenden Ausführungen sollen dazu beitragen, die Unterschiede von Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Beratung zu verdeutlichen und hinterfragen die sich hieran anschließenden strafrechtlichen Konsequenzen.

I. Unterrichtungspflicht des Arztes

Die Therapiefreiheit umschreibt primär ein fremdnütziges Recht des Arztes, nicht aber ein ärztliches Privileg. Damit entbindet die Freiheit des ärztlichen Berufes den Arzt bei seiner beratenden, diagnostischen und therapeutischen Tätigkeit „nicht vom geltenden Recht, auch dort nicht, wo er es als Last oder Fessel empfinden mag“.¹³⁰⁴ Im Mittelpunkt dieser rechtlichen Vorgaben steht die Achtung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Autonomie des Patienten, Art. 2 Abs. 1 i.V. m. Art. 1 Abs. 1 GG.¹³⁰⁵ Die Bedeutung der Selbstbestimmung des Patienten ist zudem durch die Musterberufsordnung aus dem Jahre 1997 deutlich ausgewiesen.¹³⁰⁶ Das Vorgehen der Behandlungsseite muß daher neben den vorhandenen medizinischen Möglichkeiten entscheidend auch den

¹³⁰³ Hart, in: Festschrift Heinrichs, 291, 310 m.w.N.

¹³⁰⁴ Laufs, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 3 Rn. 23.

¹³⁰⁵ Wobei zumindest von einer mittelbaren Drittwirkung ausgegangen werden soll.

¹³⁰⁶ Um Gültigkeit zu erlangen, bedarf sie der Umsetzung durch die Landesärztekammern, vgl. z.B. Berufsordnung der Landesärztekammer Baden-Württemberg vom 14. Januar 1998, § 7 Abs. 1: „Jede medizinische Behandlung hat unter Wahrung der Menschenwürde und unter Achtung der Persönlichkeit, des Willens und der Rechts der Patientinnen und Patienten, insbesondere des Selbstbestimmungsrechts, zu erfolgen.“

Patienten als autonome, d.h. emanzipierte und aktiv tätig werdende Persönlichkeit berücksichtigen.¹³⁰⁷ Der Patient - normalerweise ein medizinischer Laie - ist aber nur dann imstande, eine autonome Entscheidung zu treffen, wenn er über alle relevanten Punkte der Diagnose und Therapie unterrichtet ist. Der medizinische Wissensstand und das Informationsbedürfnis des Patienten können sehr unterschiedlich sein. Wenngleich die Möglichkeiten der Information durch die traditionellen und modernen Medien, wie z.B. das Fernsehen oder das Internet,¹³⁰⁸ ständig anwachsen, wird die objektive Informationssituation des Patienten regelmäßig durch einen Mangel an Information sowie durch Defizite in der Beurteilung der eigenen körperlichen und gesundheitlichen Verfassung einerseits und den vorhandenen medizinischen Möglichkeiten andererseits geprägt. Ferner beeinflusst die konkrete Situation den Bedarf an Information. Maßgeblich ist, ob sich der Patient zu einer reinen Routinekontrolle, zur Abklärung erster Befindlichkeitsstörungen, zu einer ambulanten oder stationären Operation in ärztliche Behandlung begibt und ob es sich um einen lebensbedrohlichen Notfall¹³⁰⁹ handelt, in dem höchste Eile geboten ist.

Um dem Patienten das Behandlungsrisiko zu verdeutlichen und ihn in den Stand zu versetzen, sich kooperativ zu verhalten, ist die fachlich dem Patienten überlegene Behandlungsseite¹³¹⁰ kraft Vertrages oder faktischer Übernahme - im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren - verpflichtet, das vorhandene Wissensdefizit des Patienten auszugleichen.¹³¹¹ Die Aufklärungsverpflichtung des Arztes zielt hierbei nicht allein darauf ab, als Selbstbestimmungsaufklärung dem Patienten die informierte Entscheidung über die Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme zu ermöglichen.¹³¹² Die Pflicht zur Information bezeichnet - summarisch umschrieben - vielmehr auch die Unterrichtungspflicht des Arztes über das im Hinblick auf das Gelingen der Therapie vorausgesetzte adäquate Patientenverhalten. Diese therapeutische Beratung ist Teil der Behandlung

¹³⁰⁷ Ausdrücklich § 8 und Teil C Nr. 1 MBO-Ä 1997, DÄBl 94 (1997), 1772 ff.

¹³⁰⁸ Zur Selbstmedikamentation via Internet vgl. z.B. Spiegel special 7/1988, 12: „Risiko per Internet?“.

¹³⁰⁹ Zur Einschränkung der Aufklärungspflicht in Notfallsituationen vgl. Roßner, Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes bei Kollision mit anderen ärztlichen Pflichten, 33 f., 75 ff.

¹³¹⁰ Hart, in: Festschrift Heinrichs, 291, 294 f., spricht von einer Berufs- und Expertenverantwortlichkeit.

¹³¹¹ BGH VersR 1976, 293, 294; BGH VersR 1979, 720, 721; OLG Stuttgart VersR 1987, 515, 518; BGH NJW 1997, 1635 ff. Zur historischen Entwicklung der Aufklärungspflicht seit dem 19. Jahrhundert vgl. Roßner, Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes bei Kollision mit anderen ärztlichen Pflichten, 46 ff.

¹³¹² Giesen/ Kloth, Anm. BGH JZ 1991, 784; BGH NJW 1987, 2923; Müller, NJW 1997, 3049, 3051.

lege artis, Fehler in diesem ärztlichen Pflichtenbereich sind infolgedessen dem Behandlungsfehlerbereich zuzurechnen.¹³¹³

II. Die therapeutische Beratung

1. Rechtsgrund

Obgleich die Zivilgerichte die therapeutische Beratung häufig als vertragliche Nebenpflicht qualifizieren, wie sie auch sonst mit einer vertraglichen Leistung einhergehen kann,¹³¹⁴ bedingt sie nicht das Bestehen eines Behandlungsvertrages bzw. dessen Wirksamkeit.¹³¹⁵ Denn eine rein vertragliche Sichtweise würde diejenigen Fälle vernachlässigen, in denen der Behandlung ein (wirksamer) Vertrag nicht zugrunde liegt. Der Arzt ist jedoch auch bei der faktischen Übernahme der Behandlung¹³¹⁶ zur fehlerfreien Behandlung verpflichtet und damit - im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren¹³¹⁷ - zur Wahrung des Integritätsinteresses durch therapeutische Aufklärung. Die therapeutische Beratung bildet daher keine vertragsspezifische Besonderheit, sondern umschreibt ein der ärztlichen Behandlung generell innewohnendes Spezifikum.

2. Bedeutung der therapeutischen Beratung im Zivilrecht

Die in der ärztlichen Praxis häufig vermengten, im Einzelfall oft nicht oder nur mit Schwierigkeiten abzugrenzenden eigenständigen Pflichtenkreise der Selbstbestimmungsaufklärung und der therapeutischen Beratung¹³¹⁸ werden im bürgerlichen Recht stärker als im deutschen Strafrecht¹³¹⁹ diskutiert. Diese abweichende Schwerpunktbildung findet ihre Erklärung in unterschiedlichen dogmatischen Vorgaben. Die zivilrechtliche

¹³¹³ Giesen, Arzthaftungsrecht, Rn. 347 m.w.N.; Hart, in: Festschrift Heinrichs, 291, 295 f.; Laufs, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 62 Rn. 1 ff.; Menter, Die therapeutische Aufklärung, 62 f.; Roßner, Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes bei Kollision mit anderen ärztlichen Pflichten, 56 ff.

¹³¹⁴ Vgl. BGH JR 1981, 499, 500 mit Anm. Fischer.

¹³¹⁵ Für das Zivilrecht: vgl. Schmid, NJW 1984, 2601, 2606.

¹³¹⁶ Laufs, Anm. BGH JZ 1991, 903.

¹³¹⁷ Die Verpflichtung entfällt regelmäßig bei einer am bewußtlosen Unfallpatienten vorgenommenen Notoperation.

¹³¹⁸ Vgl. OLG Köln VersR 1993, 361 f. mit Anm. Gaisbauer, VersR 1993, 1234; Müller, NJW 1997, 3049, 3051 f. Zur Abgrenzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten Kern/ Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 183 ff.

¹³¹⁹ Zur Situation nach dem österreichischen Strafrecht vgl. Proske, in: Schick (Hrsg.), Die Haftung des Arztes, 101 ff.

Judikatur erklärt - auf dem Boden der Rechtfertigungslösung¹³²⁰ - die aufgeklärte, wirksame Einwilligung des Patienten zum Rechtfertigungsgrund. Unter zivilrechtlichen Gesichtspunkten betrachtet, trägt daher die Behandlungsseite die Darlegungs- und Beweislast dafür, daß sie ihrer Aufklärungspflicht genügt hat.¹³²¹ Die therapeutische Beratung hingegen wird als eigenständiger Pflichtenkreis bzw. als vertragliche Nebenpflicht¹³²² der geschuldeten oder zumindest übernommenen Behandlung gemäß den Regeln der ärztlichen Kunst verstanden,¹³²³ und zwar selbst dann, wenn - wie im Falle der Untersuchung des Patienten im Auftrag einer Versicherungsgesellschaft¹³²⁴ - zwischen Patient und untersuchendem Arzt weder eine vertragliche Beziehung noch eine faktische Übernahme der Behandlung besteht. Um eine für den Arzt möglicherweise nicht beherrschbare Beweislage zu vermeiden, obliegt die Darlegungs- und Beweislast dieser pflichtenbegründenden Umstände - abgesehen vom groben Behandlungsfehler¹³²⁵ - der Patientenseite.¹³²⁶ Ein grober Behandlungsfehler wird angenommen, „wenn der Arzt eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstoßen und einen Fehler begangen hat, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf“.¹³²⁷

¹³²⁰ Näher Taupitz, Gutachten A zum 63. DJT 2000, A 12 ff.

¹³²¹ BGH JR 1990, 23 f. mit Anm. Matthies; Deutsch, Medizinrecht, Rn. 320 m.w.N.; Giesen, Arzthaftungsrecht, Rn. 358; Taupitz, NJW 1986, 2851, 2851; ders., Gutachten A zum 63. DJT 2000, A 30 f.

¹³²² Kern/ Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 186.

¹³²³ Vgl. Gaisbauer Anm. zu OLG Köln VersR 1993, 361, 1234; Müller, NJW 1997, 3049, 3051.

¹³²⁴ Vgl. OLG Köln NJW 1990, 772.

¹³²⁵ Wird ein grober Behandlungsfehler festgestellt, so können für den Kausalzusammenhang zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden Beweiserleichterungen bis zur Beweislastumkehr eingreifen. Näher Müller, NJW 1997, 3049, 3052 f.; BGH NJW 1989, 2318, 2320; BGH NJW 1997, 796 ff.; BGH NJW 1998, 814 f.; OLG Köln MedR 1996, 27 mit Anm. Hart, 30 ff.; OLG Stuttgart VersR 1989, 632 f.

¹³²⁶ Giesen, Arzthaftungsrecht, Rn. 357; Hager, in: Staudingers Kommentar zum BGB, § 823 Rn. I 44, I 78; Kern/ Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 186; Laufs, Arztrecht, Rn. 167 mit Hinweis darauf, daß bei einem groben Verstoß gegen die Hinweispflicht der Kläger vom Kausalitätsnachweis entlastet wird; Müller, NJW 1997, 3049, 3051. Vgl. auch BGH JR 1981, 499, 501 mit Anm. Fischer; BGH NJW 1986, 705 f.; OLG Celle VersR 1985, 346 f.; OLG Karlsruhe VersR 1987, 1247 f.

¹³²⁷ Vgl. BGH NJW 1996, 2428 m.w.N.

3. Bedeutung der therapeutischen Beratung im Strafrecht

Diese feine, in den Konsequenzen freilich nicht zu unterschätzende Differenzierung in der Beweislastverteilung zeigt im Strafrecht zunächst keine Auswirkung. Denn einerlei, ob die *lex artis* oder die Regeln über den informed consent verletzt werden, liegt es nicht beim beschuldigten bzw. angeklagten Arzt, die Beachtung der Aufklärungsgrundsätze nachzuweisen oder glaubhaft zu machen; vielmehr ist ihm der Regelverstoß sowie die Tatsache, daß der Patient bei einer den Anforderungen entsprechenden Aufklärung in den Eingriff nicht eingewilligt hätte, nachzuweisen.¹³²⁸ Bleibt im Strafverfahren ungeklärt oder zweifelhaft, ob der Arzt die erforderliche Aufklärung vorgenommen hat, so ist er nach dem Grundsatz in dubio pro reo freizusprechen - und zwar unabhängig davon, ob der Vorwurf der fehlerhaften Aufklärung der therapeutischen Beratung oder der Selbstbestimmungsaufklärung zuzurechnen ist.

Erst wenn es um die dogmatische Behandlung von Fehlvorstellungen des Arztes über die Pflicht zur therapeutischen Beratung bzw. Selbstbestimmungsaufklärung oder deren Umfang geht, erlangt die Differenzierung auch im geltenden Strafrecht Relevanz.¹³²⁹ Der Irrtum über die Einhaltung der Kunstregeln ist gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 StGB als vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum zu qualifizieren. Zwar besteht im Falle des vorwerfbaren Irrtums die Möglichkeit, wegen Fahrlässigkeit zu bestrafen, § 16 Abs. 1 S. 2 StGB, die Anstiftung oder Beihilfe des nicht irrenden Beteiligten scheitert aber an der fehlenden vorsätzlichen Haupttat. Der Irrtum über die sachlichen Voraussetzungen der Einwilligung hingegen wird von der Rechtsprechung in analoger Anwendung des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB behandelt.¹³³⁰ Glaubt der Arzt zu Unrecht, der Patient sei bereits aufgeklärt und habe dem Eingriff zugestimmt und läßt er sich von der Fehlvorstellung leiten, der Patient habe zu einer indizierten Operationserweiterung seine Zustimmung erteilt,¹³³¹ oder nimmt er einen Sachverhalt an, der keine Aufklärungspflicht bedingt,¹³³² so geht er irrtümlich vom Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes aus. In diesem Fall ist eine Bestrafung wegen vorsätzlicher Körperverletzung ausgeschlossen. Bei Außerachtlassen der erforderlichen Sorgfalt bleibt die

¹³²⁸ Vgl. BGH JR 1996, 69, 71 mit Anm. Rigizahn; Franzki, in: Opderbecke/ Weißbauer (Hrsg.), Forensische Problem in der Anästhesiologie, 55, 69.

¹³²⁹ Zur Behandlung der Fehlvorstellungen über die tatsächlichen Voraussetzungen und den Umfang der Einwilligung, vgl. Paeffgen, NK-StGB, § 226a. Rn. 87 ff.

¹³³⁰ St. Rechtsprechung vgl. z.B. BGH NSTZ 1996, 132 ff. m.w.N.

¹³³¹ Vgl. BGHSt 35, 250 mit Anm. Geppert JZ 1988, 1028; Müller-Dietz, JuS 1989, 284 ff.

¹³³² So im Fall BGH JR 1996, 69, 71 mit Anm. Rigizahn. Der Angeklagte hatte alle Methoden für gleichwertig erachtet, so daß er sich einen Sachverhalt vorstellte, der nach den Grundsätzen der Rechtsprechung nicht zur Aufklärung über „gleichwertige“ Behandlungsmethoden verpflichtete.

Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit unberührt, § 16 Abs. 1 S. 2 StGB analog.¹³³³ Die bis dahin in den Konsequenzen vergleichbare Rechtsfolge bei dem Irrtum über die lex artis und die sachlichen Voraussetzungen der Einwilligung ändert sich aber, falls der Arzt die Grenzen letzterer erkennt. Ein solcher Sachverhalt liegt auch vor, wenn er über den Umfang der Aufklärung irrt.¹³³⁴ Unter dieser Voraussetzung wird die Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Körperverletzung durch die Frage der Vermeidbarkeit des Irrtums bedingt, § 17 StGB.¹³³⁵ Damit liegt bei einer Fehlvorstellung über den Umfang der zur lex artis zählenden therapeutischen Aufklärung ein vorsatzausschließender Irrtum gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 StGB vor, bei einem Irrtum über den Umfang der Selbstbestimmungsaufklärung hingegen ein Verbotsirrtum gemäß § 17 StGB.

Selbst wenn - mit etlichen Stimmen aus der Literatur - die Selbstbestimmungsaufklärung bereits dem Tatbestand im engeren Sinne zugeordnet und damit die Fehlvorstellung über Voraussetzungen und Grenzen der Einwilligung in direkter Anwendung des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB behandelt wird, erübrigt sich die Abgrenzungsdiskussion nicht. Vielmehr ist mit Blick auf die zahlreichen¹³³⁶ Reformvorschläge, auch aus neuerer Zeit,¹³³⁷ über die Regelung der eigenmächtigen sowie der fehlerhaften Heilbehandlung¹³³⁸ die Frage nach dem Anwendungsbereich der therapeutischen Beratung auch aus strafrecht-

¹³³³ Vgl. BGHSt 11, 114 f.; 35, 250; BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 2 und 4. Zu den weiteren in Schrifttum und Rechtsprechung vertretenen Abgrenzungstheorien Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Problem; Wessels/Beulke, Strafrecht Allg. Teil, Rn. 467 ff.

¹³³⁴ Z.B., wenn der Arzt nicht darüber aufklärt, daß anlässlich der Blutuntersuchung zugleich ein HIV-Test durchgeführt wird und auch keine Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, daß in der Bitte um gesundheitliche Überprüfung eine konkludente Einwilligung auch in den HIV-Test liegt, vgl. Einstellungsbeschluß der StA Mainz, NJW 1987, 2946; Bruns, MDR 1987, 355. Diff. Tröndle, in: Tröndle/Fischer, StGB, § 223 Rn. 9w m.w.N.

¹³³⁵ Vgl. OLG Hamburg NJW 1975, 604; Hardwig, GA 1965, 170; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 137.

¹³³⁶ Im Jahre 1919 befaßte sich der erste amtliche deutsche Entwurf in § 313 mit dem sog. eigenmächtigen Heileingriff. Wesentliche Entwürfe waren weiterhin §§ 161, 162 E 1962, § 123 AE 1970, vgl. Baumann u.a., Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, Erster Halbband, 1970.

¹³³⁷ Der jüngste, wenngleich bereits wieder aufgegebene Vorstoß zur Regelung der eigenmächtigen Heilbehandlung findet sich in §§ 229 f. des Entwurfs eines sechsten Gesetzes zur Reform des Strafrechts vom 15.7.1996. Zu diesem Referentenentwurf Cramer, in: Festschrift Lenckner, 61 ff.; Deutsch, Medizinrecht, Rn. 229a f.; Katzenmeier, ZRP 1997, 156; Laufs, NJW 1997, 1609 f.; Schroeder, Besondere Strafvorschriften gegen Eigenmächtige und Fehlerhafte Heilbehandlung?; Tag, in: Bauer (Hrsg.), Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts, 207, 215 f.

¹³³⁸ Zum Wortlaut von § 229 ‚Eigenmächtige Heilbehandlung‘ und § 230 ‚Fehlerhafte Heilbehandlung‘, Referentenentwurf E 1996, vgl. § 21 Punkt III. der Abhandlung.

licher Sicht relevant.¹³³⁹ Denn im Rahmen dieser Gesetzesinitiativen ist von wesentlicher Bedeutung, ob die Verletzung der Aufklärungspflicht ggf. zu einer Eigenmächtigkeit des Arztes oder aber zur Fehlerhaftigkeit seines Vorgehens führt. Damit besteht auch für das Strafrecht die Notwendigkeit einer Abgrenzungsdiskussion zwischen der Selbstbestimmungsaufklärung und der therapeutischen Beratung.

III. Selbstbestimmungsaufklärung

1. Inhalt

Die ärztliche Aufklärung umfaßt weiterhin die Selbstbestimmungsaufklärung. So soll sie die freie und informierte Entscheidung des Patienten über die Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme ermöglichen,¹³⁴⁰ ihn in die Lage versetzen, das Für und Wider seiner Entscheidung abzuwägen und ungewollte Eingriffe mit den sich ergebenden Folgen zu vermeiden.¹³⁴¹ Der Inhalt dieser Eingriffs- bzw. Selbstbestimmungsaufklärung ist im abweichenden Votum zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts BVerfGE 52, 131, 171, 176 vortrefflich¹³⁴² beschrieben:

„Damit eine freie Entscheidung des einwilligungsfähigen Patienten möglich ist, ist typischerweise, d.h. soweit er nicht auf ihre Kenntnis wirksam verzichtet, erforderlich, daß der Patient die für seine Entscheidung bedeutsamen Umstände kennt. Bedeutsame Umstände in diesem Sinne sind zumindest der angenommene medizinische Befund, die Art des geplanten Eingriffs und seine voraussichtliche gesundheitliche Tragweite sowie -bezogen auf die konkrete Situation dieses Patienten- die mit und die ohne diesen Eingriff zu erwartenden Heilungs- oder Besserungsmöglichkeiten und -aussichten, mögliche andere medizinisch sinnvolle Behandlungsweisen, ferner die mit und die ohne diesen Eingriff zu erwartenden oder möglichen, nicht völlig unerheblichen Risiken einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes des Patienten“.¹³⁴³

Die Selbstbestimmungsaufklärung soll dem Patienten die Risiken der ärztlichen Behandlung erläutern, so daß er die Bedeutung seiner Einwilligung erkennen und sein

¹³³⁹ Zur bereits Wirklichkeit gewordenen Problematik in Österreich vgl. Proske, in: Schick (Hrsg.), Haftung des Arztes, 101 ff.

¹³⁴⁰ Giesen/ Kloth, Anm. BGH JZ 1991, 784; BGH NJW 87, 2923; Laufs, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 63 Rn. 1 ff.; Müller, NJW 1997, 3049, 3051.

¹³⁴¹ Vgl. Fischer Anm. zu BGH JR 1981, 501.

¹³⁴² Das Sondervotum findet keine ungeteilte Zustimmung. So wird es u.a. auch als „verheerend“ bezeichnet, vgl. Franzki, in: Opderbecke/ Weißbauer (Hrsg.), Forensische Problem in der Anästhesiologie, 55, 69.

¹³⁴³ Vgl. BGH JZ 1988, 411f.

körperbezogenes Selbstbestimmungsrecht qualifiziert ausüben kann.¹³⁴⁴ Der Umfang dieser Aufklärung¹³⁴⁵ wird von vielfältigen Faktoren bedingt, die die Besonderheiten des Einzelfalles berücksichtigen müssen. Sie erfaßt z.B. die Fragen, von deren Antwort es abhängt, ob der Patient mit Rücksicht auf eine gewisse Unsicherheit des beabsichtigten Erfolges unmittelbare gesundheitliche Risiken des Eingriffs gescheut hätte. Bezugspunkt der Selbstbestimmungsaufklärung ist daher die konkret in Aussicht genommene medizinische Diagnose bzw. Behandlung, wobei der Schwerpunkt auf der Risikoaufklärung liegt.¹³⁴⁶

2. Bestimmungsfaktoren

a. Diagnoseaufklärung¹³⁴⁷

Die rechtswirksame Einwilligung des Patienten in eine ärztliche Behandlung setzt - auch im Strafrecht¹³⁴⁸ - zunächst das Wissen des Patienten über den ärztlichen Befund und damit die entsprechende Aufklärung durch die Behandlungsseite voraus.¹³⁴⁹ Der Arzt muß hierbei den Grad der Diagnosewahrscheinlichkeit deutlich machen und den Patienten darüber unterrichten, ob die Diagnose als ‚sicher‘ gilt oder als dringende oder nur einfache Vermutung bzw. als Verdacht zu verstehen ist. Vor dem Hintergrund der Patientenautonomie wird die Pflicht zur Diagnosemitteilung - auch in der Einordnung der Stufenleiter nach dem Verdachtsgrad¹³⁵⁰ - nicht davon beeinflusst, ob sie für die weitere Lebensführung des Patienten von Bedeutung ist. Selbst wenn medizinisch keine Maßnahme indiziert ist, so obliegt es doch allein der Beurteilung des Patienten, ob er aufgrund der Wahrscheinlichkeit der mitgeteilten Diagnose seine persönliche

¹³⁴⁴ BGH NJW 1984, 1807; Ehlers, Die ärztliche Aufklärung, 51 ff.; Roßner, Begrenzung der ärztlichen Aufklärungspflicht des Arztes bei Kollision mit anderen ärztlichen Pflichten, 56.

¹³⁴⁵ Zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen im einzelnen, vgl. § 14 der Abhandlung.

¹³⁴⁶ Kern/ Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 53.

¹³⁴⁷ Kern/ Laufs, a.a.O., 53 ff.; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 63.

¹³⁴⁸ Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, § 228 Rn. 14; Roßner, Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes bei Kollision mit anderen ärztlichen Pflichten, 58; einschränkend Eser, in: Schöнке/ Schröder, StGB, § 223 Rn. 41; Grünwald, in: Göppinger (Hrsg.), Arzt und Recht, 125, 141; Wilts, MDR 1971, 4, 7.

¹³⁴⁹ Laufs, Arztrecht, 202; Deutsch, Medizinrecht, Rn. 112 f.

¹³⁵⁰ Das OLG Stuttgart NJW 1988, 695 sowie das OLG Frankfurt, NJW 1996, 101 ff. beschränken die Verdachtsmitteilung auf den Fall, daß sie für die Entschließung des Patienten von Bedeutung ist; zust. Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 63.

Lebensführung verändern möchte.¹³⁵¹ Bei diagnostischen Eingriffen ohne therapeutischen Eigenwert muß der behandelnde Arzt besonders sorgfältig über die hiermit verbundenen Gefahren aufklären und selbst entfernt liegende Komplikationsmöglichkeiten mitteilen.¹³⁵²

*b. Verlaufsaufklärung*¹³⁵³

Die Verlaufsaufklärung hat zum Ziel, den Patienten über die in Aussicht genommene Therapie, d.h. über Art, Umfang, Durchführung, Schwere und Schmerzhaftigkeit¹³⁵⁴ zu unterrichten. Sie erfaßt auch die Prognose darüber, wie sich der Gesundheitszustand des Patienten mit und ohne Behandlung entwickeln wird, welche sicheren Behandlungsfolgen und Behandlungsnebenfolgen eintreten und mit welchem Grad an Erfolgssicherheit zu rechnen ist. Wesentlicher Teil der Verlaufsaufklärung bildet ferner die Unterrichtung über bestehende Alternativen in der Behandlung. Hierzu zählt auch der Verzicht auf einen Eingriff, soweit er eine vernünftige Alternative darstellt.¹³⁵⁵

c. Risikoaufklärung

Die Risikoaufklärung dient dazu, den Patienten über die mit der Behandlung verbundenen gesundheitlichen Folgen und Risiken zu unterrichten. Notwendig ist demnach die Information in bezug auf das - auch bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt - bestehende Risiko des Mißlingens der Behandlung sowie möglicher körperlicher und gesundheitlicher Schäden.

aa. Eingriffsspezifische Risiken

Die ärztliche Aufklärung erstreckt sich zunächst auf eingriffsspezifische Risiken. Das sind nicht völlig unbedeutende Risiken, die namentlich dem geplanten Eingriff anhaften und von denen der Arzt nicht annehmen darf, daß der Patient mit ihnen rechnet und sie in seine Entscheidung, in die Operation einzuwilligen, einbeziehen kann.¹³⁵⁶

¹³⁵¹ Die Mitteilung einer lebensgefährlichen Erkrankung kann den Patienten zur Aufgabe von risikoerhöhenden Gewohnheiten bewegen oder aber auch, sich mehr um sein - noch verbliebenes - körperliches Wohl kümmern.

¹³⁵² Vgl. OLG Hamm VersR 1989, 801; OLG Karlsruhe VersR 1989, 1053.

¹³⁵³ Kern/ Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 58 ff.; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 64.

¹³⁵⁴ BGH NJW 1984, 1395.

¹³⁵⁵ Laufs, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 63 Rn. 20.

¹³⁵⁶ BGH NJW 1980, 1905, 1907.

Über schwerwiegende Risiken und Komplikationen, die mit einer Operation verbunden sind, ist der Patient auch dann aufzuklären, wenn sie nur selten wirklich eintreten. Es kommt damit für die ärztliche Hinweispflicht nicht entscheidend auf das Vorliegen einer bestimmten Komplikationsdichte, sondern maßgeblich darauf an, ob die Gefahr dem Eingriff spezifisch anhaftet und bei seiner Verwirklichung die Lebensführung des Patienten besonders belastet.¹³⁵⁷ Unter diesen Voraussetzungen sind zwar Art und Umfang der Aufklärung daran auszurichten, wie dringlich die beabsichtigte Operation ist; ob das mit dem Eingriff verbundene Risiko eingegangen werden soll, ist aber im Regelfall nicht die einsame Entscheidung des Arztes, sondern das Ergebnis einer Beratung mit dem Patienten.¹³⁵⁸ Mit Blick auf das Selbstbestimmungsrecht des Patienten gilt dies selbst dann, wenn eine andere erfolgsversprechende Therapie nicht in Betracht kommt und der Patient bei Nichtbehandlung nur eine verhältnismäßig kurze Lebensspanne vor sich hat.¹³⁵⁹

bb. Allgemeine Gefahren

Über allgemeine Gefahren einer ärztlichen Behandlung, mit denen der Patient üblicherweise rechnet, braucht grundsätzlich nicht aufgeklärt zu werden.¹³⁶⁰ Auf die Möglichkeit einer Wundinfektion nach einer Operation ist damit im Regelfall nicht hinzuweisen.¹³⁶¹ Von dem allgemeinen Gefahrenbewußtsein des Patienten kann aber nicht ausgegangen werden, wenn mit der Behandlung Gefahren verbunden sind, die im Falle einer Verwirklichung die Lebensführung schwer belasten.¹³⁶² So z.B., wenn der Vornahme eines Routineeingriffs mit einem spezifischen Infektionsrisiko mögliche schwere Folgen anhaften. In diesem Fall muß der Patient, der mit diesem Risiko nicht rechnet, darüber informiert werden, um selbst über das Ja oder Nein zum Eingriff entscheiden zu können. Der bloße ärztliche Hinweis auf die seltene Möglichkeit einer durch die Injektion verursachten Infektion vermittelt daher unter diesen Voraussetzungen das Risiko des Eingriffs nicht zutreffend. Mit der Umschreibung ‚Infektion‘ verbindet

¹³⁵⁷ Zum Risiko einer Bandscheibenoperation in der sog. Häschenstellung hinsichtlich der möglichen Dauerschädigung wichtiger Nerven BGH NJW 1985, 2192; zum Risiko der Erblindung BGH NJW 1994, 793; auch Pfeiffer, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 9.

¹³⁵⁸ St. Rechtspr., z.B. BGH VersR 1991, 812 f. m.w.N.; BGH NJW 1994, 793.

¹³⁵⁹ Zu den Möglichkeiten der Palliativmedizin, insbes. der supportiven und symptomatischen Eingriffe Pichlmaier, DÄBl 95 (1998), 1464 f.

¹³⁶⁰ BGH VersR 1978, 1022; BGH NJW 1980, 633, 635; BGH NJW 1986, 780; BGH NJW 1989, 1533. Kritisch zur Abgrenzung von allgemeinen und eingriffsspezifischen Risiken Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 69.

¹³⁶¹ BGH VersR 1986, 342.

¹³⁶² BGH NJW 1980, 633, 635.

der Patient herkömmlicherweise die Vorstellung einer vorübergehenden Entzündung ohne schwerwiegende Folgen, nicht aber gravierende, gegebenenfalls letal verlaufende Prozesse.¹³⁶³ Darüber hinaus ist aufgrund der weitreichenden Konsequenzen einer HIV-Kontaminierung von Blutkonserven¹³⁶⁴ vor einem Eingriff die Aufklärung des Patienten über das Risiko einer Infektion mit Hepatitis oder HIV durch Transfusion von Fremdblut geboten, wenn aus ärztlicher Sicht die ernsthafte Möglichkeit einer intra- oder postoperativen Bluttransfusion erforderlich werden kann.¹³⁶⁵

cc. Austauschrisiko

Eine besonders sorgfältige und detaillierte ärztliche Aufklärung ist gefordert, wenn der Eingriff mit dem Ziel vorgenommen wird, nur ein vorhandenes körperliches Gebrechen oder eine sonstige Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes zu bessern, nicht aber um eine akute oder schwerwiegende Gefahr abzuwenden. Das gilt vor allem bei Zweifelhafteigkeit des erstrebten Erfolges, insbesondere wenn die naheliegende Möglichkeit besteht, daß sich der Zustand des Patienten durch die Operation deutlich verschlechtert. Um hier dem Patienten eine selbständige Entscheidung für oder gegen die Operation zu ermöglichen, ist es geboten, ihn so zu informieren, daß er sich auch darüber bewußt ist, welche Folgen auf ihn im Falle eines Fehlschlages zukommen können.¹³⁶⁶ Er muß wissen, welches „Austauschrisiko“ er eingeht, wenn er sich zwecks Vermeidung ohne den Eingriff zu erwartender gesundheitlicher Gefahren operieren läßt.¹³⁶⁷ Unter diesen Voraussetzungen ist ferner auch über nicht eingriffsspezifische Risiken, wie allgemeine Gefahren, die mit der Operation als solcher verbunden sein können, aufzuklären.¹³⁶⁸

dd. Dringlichkeit

Die Risikoaufklärung muß dem Patienten eine zutreffende Vorstellung über die Dringlichkeit des Eingriffs und damit der Bedeutung des Zeitfaktors vermitteln.¹³⁶⁹

¹³⁶³ BGH NJW 1989, 1533.

¹³⁶⁴ BGH VersR 1991, 816, 818.

¹³⁶⁵ BGH NJW 1992, 743 f.

¹³⁶⁶ BGH VersR 1981, 532.

¹³⁶⁷ Zur Aufklärung beim Austausch eines „manifesten potentiell äußerst komplikations-trächtigen Schadens der Fehlbildung einer angeborenen Gallengangsyste gegen eine fakultative Disposition zu entzündlichen infektiösen Störungen der Gallenwege“, vgl. BGH NJW 1990, 2989.

¹³⁶⁸ BGH NJW 1988, 1514.

¹³⁶⁹ BGH NJW 1989, 2318 ff.; VersR 1991, 547 ff.; VersR 1992, 747 ff.

Er ist darüber zu unterrichten, ob nach medizinischer Erkenntnis eine sofortige Operation zur Verhinderung schwerer Gesundheitsgefahren erforderlich oder nur angezeigt ist. Der Patient muß wissen, ob und gegebenenfalls wie lange er abwarten kann, um nach seinen persönlichen Bedürfnissen die Entscheidung sorgfältig zu überdenken, um sich möglicherweise weitere Ansichten einzuholen und einen ihm passend erscheinenden Operationstermin in einem Krankenhaus seiner Wahl auszusuchen.¹³⁷⁰

IV. Abgrenzung: therapeutische Beratung - Selbstbestimmungsaufklärung

1. Traditionelle Abgrenzung

Die ärztliche Information beschränkt sich aber nicht allein darauf, dem Patienten die Entscheidungsfindung in Hinblick auf ein medizinisches Geschehen zu ermöglichen. Als therapeutische Beratung bzw. Sicherheitsaufklärung soll sie weiterhin den Patienten zur Sicherung des Heilerfolgs und zu gesundheitsgerechtem Verhalten anleiten oder ihn vor Schaden bewahren bzw. drohende Gesundheitsschäden abwenden.¹³⁷¹ Die ärztliche Aufklärung im Sinne einer therapeutischen Beratung kann geboten sein, um die Kooperationsfähigkeit¹³⁷² des Patienten für die Therapie und die erforderlichen diagnostischen Maßnahmen herzustellen.¹³⁷³ Sie kann dazu dienen, dem Patienten Aufschlüsse über eine verantwortliche Lebensgestaltung, zum Einhalten einer Diät oder zur Enthaltsamkeit zu vermitteln.¹³⁷⁴ Aber auch die konkrete Mitwirkung des Patienten, z.B. an einer körperlichen Untersuchung, wird häufig erst durch die therapeutische Information

¹³⁷⁰ BGH NJW 1990, 2928 f.

¹³⁷¹ BGH VersR 1954, 98 f.; OLG Celle MedR 1987, 108; OLG Köln JR 1993, 361 mit Anm. Gaisbauer, VersR 1993, 1234; Kern/ Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 183; Laufs, Anm. BGH JZ 1991, 903; Menter, Die therapeutische Aufklärung als Ausgleich des Spannungsverhältnisses zwischen Heilpflichtprimat des Arztes und Selbstbestimmungsaufklärung des Patienten, 52; Müller, NJW 1997, 3049, 3051.

¹³⁷² Eser, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 223 Rn. 35.

¹³⁷³ Deutsch, NJW 1982, 2585 f.; Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, § 223 Rn. 9p; Gaisbauer, Anm. zu OLG Köln VersR 1993, 361, 1234; BGH JZ 1989, 901 mit Anm. Laufs.

¹³⁷⁴ Zur Sicherheitsaufklärung vor Selbstgefährdung bei Unkenntnis über die Wirkungen eines Medikaments BGH NJW 1970, 511; OLG Oldenburg VersR 1986, 69 mit Anm. Uhlenbruck, AR 1986, 294; Laufs, VersR 1974, 2028; bei Versäumnung eines fristgebundenen Eingriffs, vgl. OLG Stuttgart MedR 1985, 175; BGH AR 1988, 233; OLG Celle MedR 1987, 108; OLG Frankfurt MedR 1987, 187; zur Nachsorgeuntersuchung vgl. BGH NJW 1991, 748 mit Anm. Giesen, JZ 1991, 783; OLG Köln VersR 1993, 361 mit Anm. Gaisbauer 1234.

ermöglicht, indem dem Patienten mitgeteilt wird, wie er sich zu verhalten hat.¹³⁷⁵ Obgleich diese funktionale Unterscheidung zwischen therapeutischer Beratung und Selbstbestimmungsaufklärung durchaus plausibel erscheint, wirft die Differenzierung bei näherer Betrachtung etliche Fragen auf.¹³⁷⁶ Denn beim Studium der einschlägigen Rechtsprechung und der Angaben im Schrifttum zeigt sich, daß die im Einzelfall fließend ineinander übergehende Diagnose-, Verlaufs- und Risikoaufklärung¹³⁷⁷ sowohl der Vorbereitung einer selbstbestimmten Einwilligung des Patienten als auch der Abwendung gesundheitlicher Gefahren im Sinne der therapeutischen Beratung dienen kann.¹³⁷⁸

Daß anhand einer thematischen Differenzierung eine Zuordnung nicht immer zweifelsfrei vorgenommen werden kann, zeigt sich insbesondere darin, daß die Diagnose-, Verlaufs- sowie Risikoaufklärung primär der Selbstbestimmungsaufklärung zugerechnet werden.¹³⁷⁹ Zugleich aber wird die Mitteilung der Diagnose, des Krankheitsverlaufs mit und ohne Behandlung,¹³⁸⁰ der Nebenwirkung der Behandlung bzw. Medikation,¹³⁸¹ der Dringlichkeit der Behandlung wie auch des Risikos des Fehlschlags den selbstverständlichen ärztlichen Behandlungspflichten und damit der *lex artis*¹³⁸² zugeschrieben. Auch die Beratung des Patienten über die Möglichkeiten, durch seine Mitwirkung am

¹³⁷⁵ Zur Mitwirkung an Herzkatheteruntersuchung Ankermann, in: Festschrift Steffen, I ff.

¹³⁷⁶ Daher äußert sich Deutsch, Medizinrecht, Rn. 112, zu Recht kritisch: „Die Aufklärung, durch die Rechtsprechung zu einem Rechtsinstitut geprägt, hat zur Entwicklung einer in ihrer Vielfalt verwirrenden Terminologie geführt“.

¹³⁷⁷ Laufs, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 63 Rn. 11.

¹³⁷⁸ Instruktiv Kern/ Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 53. Vgl. auch OLG Hamm VersR 1987, 106, wonach die Information über Behandlungsalternativen sowohl als vertragliche Nebenpflicht qualifiziert wird als auch die Rechtswidrigkeit der ärztlichen Einflußnahme auf die Persönlichkeitssphäre des Patienten bedingt.

¹³⁷⁹ Aus dem Strafrecht Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 63 f.; aus dem Zivilrecht Laufs, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 63 Rn. 11 ff. m.w.N.

¹³⁸⁰ Gaisbauer, Anm. zu OLG Köln, VersR 1993, 361, 1234.

¹³⁸¹ So z.B. der Hinweis auf die verminderte Fahrtüchtigkeit infolge einer Medikation, vgl. LG Konstanz NJW 1972, 2223 f., oder die Erteilung exakter Anweisungen bei der ambulanten Entziehungstherapie, vgl. BGHSt 29, 6, 13; 37, 383 ff. Wird wiederholt einer 15jährigen ein arsenhaltiges Mittel - wenngleich ordnungsgemäß - verschrieben, so muß der Arzt die Patientin wie auch die Eltern auf die hiermit verbundenen Gefahren eindrücklich hinweisen, vgl. BGH NJW 1970, 511.

¹³⁸² Vgl. BGH NJW 1987, 705: Unterlassener ärztlicher Hinweis auf die Fristgebundenheit der Osteosynthese; BGH JZ 1989, 901, 903 mit Anm. Laufs: Unterlassen der Mitteilung eines bedrohlichen medizinischen Befundes. Vgl. auch OLG Köln VersR 1993, 361 mit Anm. Gaisbauer, VersR 1993, 1234, zur eindringlichen Belehrung des Arztes bei der Verweigerung des Patienten im Hinblick auf eine Parodontosebehandlung.

Behandlungsgeschehen die Heilungschancen günstig zu beeinflussen¹³⁸³ und Risiken auszuschließen,¹³⁸⁴ zählt zu den therapeutischen Pflichten. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich der Patient dem gebotenen Eingriff verweigert. In diesem Fall wird die therapeutische Pflicht des Arztes angenommen, auf den Patienten durch Information einzuwirken, um die Behandlungsverweigerung zu überwinden.

Als Beispiel sei hier auf eine - heute noch interessierende - Entscheidung aus dem Jahre 1953 verwiesen: Eine Patientin hatte nach Einnahme einer für sie nicht bekömmlichen Wurmkur die zur Abwendung von Gesundheitsschäden erforderliche weitere Einnahme eines Abführmittels aufgrund von „Schock-, Angstgefühlen und unsachlichen Erwägungen [...] rein instinktiv verweigert“.¹³⁸⁵ Nach Auffassung des Bundesgerichtshofes ist es therapeutische Aufgabe des Arztes, derart unsachliche Motive aus dem Weg zu räumen und den Patienten zu einer Sinnesänderung zu veranlassen.¹³⁸⁶ Der Arzt, der den behandlungsunwilligen Patienten nicht mit aller Entschiedenheit zur Vornahme des erforderlichen Eingriffs drängt, soll gegen seine Behandlungspflichten und damit gegen die *lex artis* verstoßen. In einer Entscheidung aus dem Jahr 1986 hat das Oberlandesgericht Karlsruhe die Pflicht des behandelnden Arztes, einen Patienten, bei dem er einen Spontanpneumothorax festgestellt hat, über die Gefährlichkeit der Erkrankung und eindringlich über die Erforderlichkeit einer sofortigen stationären Behandlung aufzuklären, als therapeutische Aufklärung qualifiziert.¹³⁸⁷

¹³⁸³ Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, 112; Giesen, Arzthaftungsrecht, Rn. 81; Uhlenbruck, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), § 78 Rn. 1 - 17.

¹³⁸⁴ Z.B. durch Hinweis des Urologen, wie sich der Patient beim Auftreten von Beschwerden am Resthoden verhalten soll, vgl. OLG Celle MedR 1987, 108, oder durch Hinweis auf die Notwendigkeit regelmäßiger Vorsorgeuntersuchungen bei erhöhtem Karzinomrisiko, Giesen, Arzthaftungsrecht, Rn. 81; Hart, Arzneimitteltherapie und ärztliche Verantwortung, 116 ff.

¹³⁸⁵ BGH VersR 1954, 98 f. Vgl. auch Deutsch, NJW 1982, 2584 f., für den Fall, daß der Arzt versuchen muß, den Widerstand des Patienten gegen eine Röntgenaufnahme seines gebrochenen Handgelenks zu überwinden und so eine Fehlstellung zu vermeiden.

¹³⁸⁶ BGH a.a.O. Zurückhaltender OLG Köln JR 1993, 361 f. mit Anm. Gaisbauer, JR 1993, 1234, wonach sich die Fürsorgepflicht des Arztes auf die eindringliche Belehrung beschränkt. Gaisbauer, a.a.O., spricht sich dagegen für eine Einwirkungspflicht dahingehend aus, daß der Arzt den Patienten zu überzeugen versucht.

¹³⁸⁷ Vgl. OLG Karlsruhe VersR 1987, 1247 f.

2. Eigener Ansatz

Eine Beratung mit dem Ziel, die Kooperationsbereitschaft des Patienten herzustellen,¹³⁸⁸ in den Kreis der gemäß der *lex artis* zu beachtenden Grundsätze einzuordnen, beruht auf der Überlegung, daß diese Beratungspflichten regelmäßig aus medizinischen Gründen erforderlich sind, um durch entsprechende Wissensvermittlung¹³⁸⁹ angemessene Therapie-schritte einleiten und damit gesundheitliche Gefahren vom Patienten abwenden zu können. Damit ist hier - wie in der zivilrechtlichen Literatur häufig diskutiert¹³⁹⁰ - der Gedanke der Gefahrenabwehr richtungweisend. Dennoch scheint diese primär die ‚*salus aegroti*‘ berücksichtigende Ansicht unter dem Blickwinkel der ‚*voluntas aegroti*‘ nicht frei von Bedenken.¹³⁹¹ Zwar muß der Arzt, der den Patienten häufig mit weitreichenden und für das gesundheitliche Wohlergehen eventuell schwerwiegenden Informationen konfrontiert, mit Fachwissen und Einfühlungsvermögen dem Betroffenen mittels des Beratungsgesprächs ermöglichen, eine gegebenenfalls vorhandene Angstbarriere zu durchbrechen, die Diagnose sowie die sich hieraus ergebenden Folgen für sich selbst anzunehmen und damit die Basis für die Behandlung zu legen.

Diese Umstände können aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Einflußnahme durch Aufklärung und eindringliche Schilderung der Notwendigkeit eines Behandlungsgeschehens zugleich unmittelbar der Vorbereitung einer informierten und selbstbestimmten Entscheidung des Patienten - und damit sowohl der Gefahrenabwehr als auch der aus zivilrechtlicher Sicht primär geschuldeten Arztleistung und nicht allein einer Nebenpflicht¹³⁹² - dient.¹³⁹³ Denn der Behandler ist entgegen dem Willen des Betroffenen gerade nicht berechtigt, in dessen körperliche Integrität einzudringen.¹³⁹⁴ Weil aber die medizinische Behandlung im Regelfall den Willen des Patienten voraussetzt, sich einer entsprechenden Behandlung zu unterziehen, ist vor die eigentliche Behandlung

¹³⁸⁸ Instrukтив z.B. OLG Oldenburg Ur. v. 18.3.1997, 5 U 82/95: der Arzt ist verpflichtet, durch therapeutische Beratung sicherzustellen, daß auf mögliche dramatische Veränderungen des Beschwerdebildes in kurzer Zeit reagiert werden kann.

¹³⁸⁹ Instrukтив Laufs, Anm. zu BGH JZ 1989, 901, 903 f. Zu den hierbei auftretenden menschlichen Schwierigkeiten vgl. Junghanns, in: Stiftung zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung über Wesen und Bedeutung der freien Berufe (Hrsg.), Die Aufklärungspflicht des Arztes, 59 ff.

¹³⁹⁰ Statt vieler Laufs, Arztrecht, Rn. 163.

¹³⁹¹ So auch Heilmann, NJW 1990, 1513, 1517.

¹³⁹² Zu den Schwierigkeiten beim Arztvertrag Leistungs- und Nebenpflichten voneinander zu trennen, vgl. Fischer, Anm. zu BGH JR 1981, 499, 501 f.

¹³⁹³ Vgl. BGH NJW 1992, 741: So muß der Arzt die mit einer Vaginalentbindung verbundenen besonderen Gefahren für Mutter und Kind der Schwangeren insbes. dann eindringlich vor Augen führen, wenn nach dem Willen der Schwangeren entgegen medizinischer Vernunft auf eine Schnittentbindung verzichtet wird.

¹³⁹⁴ BGH VersR 1954, 98 f.

die Willensentschließung und Willensbetätigung des Patienten gesetzt. Er trifft seinerseits auf der Basis der entsprechenden Diagnose-, Verlaufs- und Risikoaufklärung, wenngleich unter sachkundiger Beratung mit dem Arzt, eigenverantwortlich die Entscheidung für bzw. gegen eine Behandlung sowie zwischen mehreren gegebenenfalls zur Verfügung stehenden Möglichkeiten. Aus diesem Grunde aber bereiten etliche therapeutische Informationen nicht allein den medizinischen Eingriff in den biologischen Körper- und Gesundheitszustand vor, indem sie als Maßnahmen der Gefahrenabwehr¹³⁹⁵ von seiten des Behandlers dazu führen, daß sich der Patient in die Behandlung fügt oder sie aktiv angeht und sich damit therapiegerecht verhält.¹³⁹⁶ Vielmehr ermöglichen sie dem Patienten erst, eigenverantwortlich eine gesundheitliche Entscheidung zu treffen.¹³⁹⁷ Die nach den Grundsätzen der lex artis erforderliche therapeutische Beratung und die Selbstbestimmungsaufklärung überlappen sich¹³⁹⁸ daher in diesem Bereich, so daß eine Entweder-oder-Zuordnung dem zugrunde liegenden Lebenssachverhalt nicht immer gerecht wird.¹³⁹⁹

Die dennoch von der zivilrechtlichen Jurisdiktion und in Teilen der Literatur vertretene, häufig willkürlich anmutende, in den Rechtsfolgen aber bedeutsame Unterscheidung beruht nicht zuletzt auf der systemwidrigen Trennung der körperbezogenen Verfügungsbefugnis von dem Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit. Dadurch, daß die Selbstbestimmungsaufklärung einerseits von der Rechtsprechung auf der Ebene der Rechtswidrigkeit angesiedelt wird, andererseits aber die Kommunikation zwischen Arzt und Patient auch Teil der geschuldeten ärztlichen Pflichten ist, überlappen sich der informed consent und die therapeutische Beratung notwendigerweise. Ebenso wie die Tathandlungen des § 223 StGB im Verhältnis zweier sich überschneidender Kreise stehen, überschneiden sich auch die Selbstbestimmungsaufklärung und die therapeutische Beratung. Bei einer Aufspaltung dieser Schnittmenge würde aber überspielt, daß die ärztliche Behandlung nicht allein ‚stoffliche Bestandteile‘ des Patienten betrifft, sondern

¹³⁹⁵ Ehlers, Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen, 49.

¹³⁹⁶ So aber z.B. BGH JZ 1989, 901 zust. Anm. Laufs.

¹³⁹⁷ Vgl. das eindeutige - abweichende - Votum zur Entscheidung des BVerfGE 52, 131, 171, 176; Bodenburg, NJW 1981, 601, 603. Die Aufklärung über die Wahl unterschiedlicher Behandlungsmethoden weist das OLG Stuttgart VersR 1991, 1141, 1144 dem Einwilligungsbereich und damit dem Selbstbestimmungsrecht zu.

¹³⁹⁸ A. A. Eb. Schmidt, Gutachten für den 44. Deutschen Juristentag, Nr. 196, wonach die Einwilligung des Patienten mit dem kunstgerechten Handeln nichts zu tun haben soll.

¹³⁹⁹ Anschaulich Ankermann, in: Festschrift Steffen, 1, 3: „Der Jurist spaltet freilich, wie auch sonst oft, wegen der verschiedenen haftungsrechtlichen Folgen den einheitlichen Lebensvorgang des Gesprächs, das Verlaufsaufklärung und Informationen über medizinische Daten (in der Regel noch mehr) enthält, künstlich auf.“

die Einheit aus Körper, Seele und Geist.¹⁴⁰⁰ Ob die dennoch vorgenommene Aufspaltung im Zivilrecht gerechtfertigt ist, ist hier nicht zu entscheiden. Für das Strafrecht kann diese unbefriedigende und unnatürliche Trennung nicht übernommen werden.

Wird die körperbezogene Verfügungsfreiheit mit in das Schutzgut Körper und Gesundheit einbezogen, so kann der therapeutischen Beratung als Teil der *lex artis* nur bei einer von der Einwilligung in die Behandlung unabhängigen Zweckbestimmung eigenständige Bedeutung zukommen. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn die Belastungen des Patienten infolge der konkreten Behandlung nicht wägbare sind,¹⁴⁰¹ für Dritte entstehen,¹⁴⁰² die Unterrichtung das therapieadäquate Verhalten des therapiebereiten Patienten betrifft oder wenn sich die Notwendigkeit einer Information erst nach einer Behandlung¹⁴⁰³ ergibt.¹⁴⁰⁴ Bei diesem Verständnis der therapeutischen Beratung erklärt sich auch die - im Hinblick auf das Bild des mündigen Patienten zunächst befremdlich erscheinende - Aussage, wonach die therapeutische Beratung im Sinne einer gesundheitsgerechten Instruktionspflicht zur Abwendung körperlicher Unbill weiter gehen kann als bei der Selbstbestimmungsaufklärung.¹⁴⁰⁵

Zu der echten therapeutischen Beratung zählt der Hinweis auf die Notwendigkeit einer Kontrolluntersuchung anlässlich einer Sterilisation¹⁴⁰⁶ oder die Mitteilung der Diagnose, soweit aus therapeutischen Gründen Isolierungs-, Desinfizierungs-¹⁴⁰⁷ oder sonstige Schutzmaßnahmen¹⁴⁰⁸ ergriffen werden müssen, um die Ansteckungsgefahr für Dritte zu vermindern bzw. zu bannen. Hierunter fällt, daß zur Verordnung von Medikamenten die Information gehört, wann und in welchen Mengen sie einzunehmen

¹⁴⁰⁰ Vgl. auch Ankermann, in: Festschrift Steffen, 1.

¹⁴⁰¹ Weil z.B. zugleich eine ohnehin erforderliche Operation durchgeführt wird und aus dem weiteren Eingriff keine zusätzlichen Belastungen entstanden sind, wie z.B. bei einem Schwangerschaftsabbruch mit kombiniertem Sterilisationseingriff, vgl. BGH JR 1981, 499 f. mit Anm. Fischer.

¹⁴⁰² So im Falle der unterlassenen Aufklärung über das erhöhte Ansteckungsrisiko für besonders gefährdete Kontaktpersonen bei einer Schutzimpfung gegen Kinderlähmung unter Verwendung von Lebendviren, vgl. BGHZ 126, 386 ff.

¹⁴⁰³ Dann, wenn der verantwortliche Anästhesist den gebotenen Hinweis darauf unterläßt, daß Kopfschmerzen, die nach einer Spinalanästhesie auftreten, anästhesiologisch therapiert werden müssen, vgl. OLG Stuttgart VersR 1995, 1353 ff.

¹⁴⁰⁴ Vgl. BGH JR 1981, 499, 501 mit Anm. Fischer.

¹⁴⁰⁵ So Laufs, Anm. zu BGH JZ 1989, 901, 903 f.; Kern/ Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 187.

¹⁴⁰⁶ Vgl. BGH NJW 1992, 2961. Das OLG Oldenburg NJW 1996, 2432 f. ordnet die hier versäumte Aufklärung der Sicherheitsaufklärung zu.

¹⁴⁰⁷ So z.B. die Diagnose „Diphtherie“, vgl. RG JW 1937, 3087; vgl. auch Kern/ Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 184.

¹⁴⁰⁸ Z.B. bei der Feststellung von HIV.

sind.¹⁴⁰⁹ Der Arzt muß dem Patienten das medizinische Programm so verdeutlichen, daß dieser die von ihm geforderte Mitwirkungshandlung versteht und daher ordnungsgemäß ausüben kann.¹⁴¹⁰ Zur therapeutischen Beratung zählt auch, die Patientin, der zur Vorbeugung gegen eine Antikörperbildung ein Medikament injiziert wird, über das Risiko einer Antikörperbildung bei einer erneuten Schwangerschaft zu unterrichten.¹⁴¹¹ Wird ein Eingriff zum Abbruch einer Zwillingschwangerschaft vorgenommen, schuldet die Behandlungsseite einen deutlichen Hinweis darauf, daß wegen des Risikos des Fortbestandes der Schwangerschaft eine Nachkontrolle dringend erforderlich ist.¹⁴¹² Zeichnet sich postoperativ ein negatives Ergebnis ab, ist der Patient über die Möglichkeit einer Nachoperation und deren 50 bis 60% Erfolgsquote in Kenntnis zu setzen.¹⁴¹³ Bricht bei einer Knochenoperation eine Bohrspitze ab und verbleibt im Knochen, ist der Arzt im Interesse einer zielgerichteten Behandlung später auftretender Beschwerden verpflichtet, über die Existenz des Fremdkörpers aufzuklären.¹⁴¹⁴ Soweit eine konservative Therapie endgültig gescheitert ist, muß der Patient über die Möglichkeit einer fristgebundenen Operation und deren Folgen eindringlich belehrt werden.¹⁴¹⁵

V. Resümee

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, daß die von der Rechtsprechung und von etlichen Literaturstimmen vorgenommene Differenzierung zwischen therapeutischer Beratung und Selbstbestimmungsaufklärung in der beschriebenen Form keine Zustimmung finden kann. Ausgehend von Sinn und Zweck der Selbstbestimmungsaufklärung, dem Patienten eine informierte Entscheidung über die anstehende oder bereits stattfindende medizinische Behandlung zu ermöglichen, kommt der therapeutischen Beratung nur insoweit ein eigenständiger Regelungsbereich zu, als sie Informationen enthält, die für den Entschluß für oder gegen die in Aussicht genommene medizinische Behandlung nicht unmittelbar von Bedeutung sind. Damit kann Gegenstand der therapeutischen Beratung zwar auch das Selbstbestimmungsrecht sein, nicht aber im Hinblick auf den

¹⁴⁰⁹ BGH NJW 1970, 511; Engisch, in: Engisch/ Hallermann (Hrsg.), Die ärztliche Aufklärungspflicht aus rechtlicher und ärztlicher Sicht, 7, 13 f.

¹⁴¹⁰ Vgl. Ankermann, in: Festschrift Steffen, 1, 4 f.

¹⁴¹¹ Vgl. BGH JR 1990, 23 mit Anm. Matthies.

¹⁴¹² OLG Oldenburg NJW 1996, 2432.

¹⁴¹³ BGH VersR 1989, 189 f.

¹⁴¹⁴ OLG Stuttgart VersR 1989, 632 f.

¹⁴¹⁵ BGH NJW 1987, 705.

in Aussicht genommenen medizinischen Eingriff.¹⁴¹⁶ Dem in der Literatur weiterhin diskutierten Ansatz, die therapeutische Aufklärung erfolge im gesundheitlichen Interesse des Patienten oder aber diene der Gefahrenabwehr durch den Arzt,¹⁴¹⁷ ist vor dem Hintergrund eines subjektiv geprägten Gesundheitsverständnisses nicht allzu aussagekräftig. Auch die Selbstbestimmungsaufklärung bezweckt, gesundheitliche Gefahren vom Patienten abzuwenden, indem durch entsprechende Unterrichtung ein Einverständnis über den Eingriff erzielt wird. Wird gegen die so verstandene therapeutische Beratung verstoßen, liegt ein Behandlungsfehler vor, der zu einer Verletzung des Rechtsguts der körperlichen Unversehrtheit führen kann. Geht man mit der Rechtfertigungslösung von der rechtfertigenden Wirkung der Einwilligung aus oder wird die Ansicht vertreten, wonach die körper- und gesundheitsbezogene Verfügungsbefugnis dem zu schaffenden Straftatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung zuzuweisen ist, so kommt der hier vertretenen Abgrenzung Bedeutung zu, da gegenwärtig der Anwendungsbereich der Selbstbestimmungsaufklärung auf Kosten der therapeutischen Aufklärung erweitert wird.

¹⁴¹⁶ Zutreffend Matthies, Anm. zu BGH JR 1990, 23, 25 zur Sicherungsaufklärung.

¹⁴¹⁷ Gaisbauer Anm. zu OLG Köln, VersR 1993, 361, 1234.

§ 14 Die autonome Einwilligung

I. Einleitung

Therapieentscheidungen zählen zu den problematischsten und bedeutendsten Verantwortlichkeiten des Arztes. Sie sind jedoch nicht allein ärztliche Angelegenheit, sondern im anzustrebenden Idealfall das einvernehmliche Ergebnis einer konstruktiven partnerschaftlichen Besprechung zwischen Arzt und Patient.¹⁴¹⁸ Der Patient bedarf zunächst des fachlichen Rats und Beistands des Spezialisten, um sich mit dem gegebenen physiologischen Krankheitsbild, den ärztlichen Behandlungsvorschlägen und deren etwaigen komplexen, zugleich aber lediglich prognostizierbaren Folgen vertraut zu machen.¹⁴¹⁹ Da der Patient die Konsequenzen der gegebenenfalls folgenschweren Therapieentscheidung in eigener Person trägt und im Regelfall nur er allein seine persönlichen Prioritäten und Wertvorstellungen kennt, kommt grundsätzlich ihm die Letztentscheidungskompetenz über die Behandlung zu. Diese Selbstbestimmung¹⁴²⁰ konkretisiert das Werteverhältnis und somit gerade auch das Verfügungsinteresse des Patienten am eigenen Körper wie an der Gesundheit und damit - neben dem Vorgehen *lege artis* - die Angemessenheit der medizinischen Behandlung.¹⁴²¹ Das verfassungsrechtlich verbürgte Recht auf körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 GG, das hiermit eng verflochtene allgemeine Persönlichkeitsrecht und die in Art. 1 Abs. 1 GG verankerte Menschenwürde¹⁴²² berechtigen den Patienten, selbst über seinen Körper und seine Gesundheit zu entscheiden. Die wirksame Einwilligung in eine *lege artis* durchgeführte medizinische Behandlung läßt den Handlung- und Erfolgsunwert des Tatbestandes der Körperverletzung entfallen.¹⁴²³

¹⁴¹⁸ Sachverständigenrat für die konzertierte Aktion im Gesundheitswesen im Jahresgutachten 1992, Rn. 392.

¹⁴¹⁹ Zum Recht auf Kenntnis vgl. Laufs, NJW 1998, 1750, 1756.

¹⁴²⁰ Die Musterberufsordnung aus dem Jahre 1997 betont das Persönlichkeitsrecht des Patienten, vgl. § 7 f. MuBO 1997, NJW 1997, 3077.

¹⁴²¹ Bottke, Suizid und Strafrecht, 145 ff., 151; Horn, SK-StGB, § 223 Rn. 35 ff. (zweispurige Lösung); Krauß, in: Festschrift Bockelmann, 557, 572; Schwalm, in: Festschrift Bockelmann, 539; für das zivilrechtliche Schrifttum vgl. u.a. Deutsch, NJW 1965, 1989.

¹⁴²² Dürig, in: Maunz/ Dürig/ Herzog (Hrsg.), Grundgesetz, Band 1, Art. 1 Rn. 17 ff. m.w.N.

¹⁴²³ Vgl. bereits § 4 Punkt II 5. f. der Abhandlung sowie Kühne, JZ 1979, 241 ff.; Roxin, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 129 f.; ders., in: Gedächtnisschrift Noll, 275 f. A.A. Amelung, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 26 f.; Neyen, Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht, 2 f.

Der Gedanke, der eigene Körper könnte durch ärztlichen Eingriff von Krankheit geheilt, verändert oder am Leben gehalten werden, ist vielen Hoffnung, aber nicht jedem erträglich - aus welchen Gründen auch immer. Aus ebenso vielfältigen Gründen willigen Patienten zunächst in Operationen ein und ziehen dann ihre Einwilligung aus im einzelnen häufig nicht allein rational faßbaren Umständen zurück. Grundlage dieser nicht nur tatsächlich auftretenden, sondern auch rechtlich geschützten Wankelmütigkeit ist das verfassungsrechtlich garantierte körperbezogene Verfügungsrecht, das dem Menschen kraft seines Daseins und um des selbstbestimmten Lebens willen zukommt. Das hiermit verknüpfte Recht auf Selbstbestimmung konkretisiert einerseits das individuelle Werteverhältnis und somit gerade auch das Verfügungsinteresse am eigenen Körper und der eigenen Gesundheit. Es ermächtigt andererseits den Arzt durch Realakt¹⁴²⁴ in den körper- und gesundheitsbezogenen Rechtskreis des Patienten einzugreifen.¹⁴²⁵ Die Einwilligungen in ärztliche Behandlungen sind daher keine Willenserklärungen im rechtsgeschäftlichen Sinne, die - wie Amelung¹⁴²⁶ plastisch beschreibt -, „ein System aufeinander aufbauender Handlungen schaffen“, sondern sonstige, zivilrechtlichen Regelungen nicht unterliegende Rechtshandlungen.¹⁴²⁷ Die Einwilligung gibt im Unterschied zu rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen kund, ob und in welcher Weise der Rechtsgutsträger gegenwärtig über das ihm zugeordnete Rechtsgut - in diesem Fall über seinen Körper - verfügt. Eine in die Zukunft gerichtete Bindung an die Verfügung scheidet damit aus. Grundsätzlich steht es dem Patienten frei, seine Einwilligung jederzeit ohne Bindung an bestimmte Gründe oder Fristen zu widerrufen.¹⁴²⁸ Schließt die wirksame Einwilligung des Patienten nach der hier vertretenen Auffassung bereits den Tatbestand aus,¹⁴²⁹ so bedeutet das nicht, daß ihre Wirksamkeitsvoraussetzungen denen entsprechen, die an das Einverständnis gestellt werden, das bereits nach der Gesetzesfassung den Eintritt der tatbestandlichen Vollendung hindert.¹⁴³⁰ Dieses

¹⁴²⁴ Auf dem Boden der Rechtfertigungslösung so bereits RGSt 41, 392, 395 für das Strafrecht; für das Zivilrecht BGH NJW 1959, 811: „Die Einwilligung als „Gestattung und Ermächtigung zur Vornahme tatsächlicher Handlungen, die in den Rechtskreis des Gestattenden eingreifen“, vgl. auch BGH NJW 1988, 2946 ff.

¹⁴²⁵ Neyen, Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht, 6 ff. (Rechtfertigungslösung).

¹⁴²⁶ Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, 14.

¹⁴²⁷ Ausführlich Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung, 13 ff. (Einwilligung jedoch als Rechtfertigungsgrund.)

¹⁴²⁸ Einzelheiten unter § 14 Punkt IV. der Abhandlung.

¹⁴²⁹ A.A. Gropp, Strafrecht Allg. Teil, § 6 Rn. 57; Köhler, Strafrecht Allg. Teil, 245; Wessels/Beulke, Strafrecht Allg. Teil, Rn. 365.

¹⁴³⁰ So aber Cramer, in: Festschrift Lenckner, 761, 769 f., zu dem gleichgelagerten Problem der Einwilligung in § 229 E 1996.

herkömmlicherweise als tatbestandsausschließend bezeichnete Einverständnis gilt, wenn der deliktische Charakter der Tathandlung darauf beruht, daß er ein Eingreifen gegen den Willen des Rechtsgutsträgers oder ohne dessen Zustimmung voraussetzt.¹⁴³¹ Exemplarisch sei hier die Wegnahme in § 242 StGB oder das Eindringen gemäß § 123 StGB genannt. Aus der Struktur dieser Delikte und der hierdurch geschützten Rechtsgüter ergeben sich vielfach besondere Gültigkeitsvoraussetzungen.¹⁴³²

II. Die Wirksamkeit der Einwilligung

1. Bezugspunkt der Einwilligung

Die Einwilligung als Ausübung der körperbezogenen Verfügungsbefugnis bedingt, daß der Patient nicht nur in das ärztliche Handeln, sondern auch den damit verbundenen Zwischen- und Enderfolgen zustimmt.¹⁴³³ Auf weitergehende, nicht rechtsgutsbezogene Beweggründe, Absichten oder Ziele braucht sich die Einwilligung nicht zu erstrecken.¹⁴³⁴ Der Patient muß sich des prognostizierten Erfolges der ärztlichen Handlung insoweit bewußt sein, als er zum Zeitpunkt der Einwilligung die konkreten Auswirkungen der Behandlung auf seine körperliche Unversehrtheit zutreffend erfaßt.

2. Schranken der Einwilligung

a. *Disponibilität der Rechtsgüter*

Abgesehen von dem individualistischen Einwilligungserfordernis verfügt die Rechtsordnung über objektive Grenzen, die einer erteilten Einwilligung entgegenstehen und deren Mißachtung ein Verbot entsprechender Vorgänge bewirkt. Übergeordneter Gesichtspunkt und Wirksamkeitsvoraussetzung der Einwilligung in eine ärztliche Behandlung ist die Disponibilität der hiervon betroffenen Rechtsgüter. Bezogen auf den Umgang mit dem Menschen, ist es vor allem das in Art. 1 Abs. 1 des Grundgesetzes niedergelegte Postulat, daß die Menschenwürde unantastbar und sie zu schützen aller staatlichen Gewalt aufgegeben ist. Im Hinblick auf die verfassungsrechtlich abgesicherte Patientenautonomie genügt es jedoch nicht, daß der Patient seine Einwilligung erteilt. Er muß sich zudem - nach zureichender ärztlicher Aufklärung - der damit verbundenen Konsequenzen bewußt sein und die vorhandenen Tabugrenzen beachten.

¹⁴³¹ Wessels/ Beulke, Strafrecht Allg. Teil, Rn. 362.

¹⁴³² Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 13 Rn. 30.

¹⁴³³ Otto, in: Festschrift Geerds, 603, 612; Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 13 Rn. 49

¹⁴³⁴ Zur Bedeutung des Irrtums des Patienten vgl. nachfolgend unter Punkt VIII.

aa. Menschenwürde in der geistesgeschichtlichen Tradition

Dieses Konzept der Materialisierung der Einwilligung bedarf eines Rekurses darauf, was unter dem Begriff der Menschenwürde zu verstehen ist. Verschiedenste Auffassungen der geistesgeschichtlichen Tradition haben den verfassungsrechtlich verankerten Begriff der Würde beeinflusst.¹⁴³⁵ So bestimmten die Römer die Würde des Menschen nach seinem Ansehen in der Öffentlichkeit (*dignitas*).¹⁴³⁶ Einer Person kam damit nur dann Würde zu, wenn sie sich um dieselbe verdient gemacht hatte. Demgegenüber beruht die christliche Vorstellung von Würde auf einer objektiven Gegebenheit. Da der Mensch als Ebenbild Gottes geschaffen wurde, kommt aufgrund dieses Gnadenerweises allen Menschen ein gleiches Maß an Würde zu.¹⁴³⁷ Kant hingegen säkularisierte den Würdebegriff, indem er ihn durch die menschliche Fähigkeit zur sittlichen Selbstbestimmung definierte.¹⁴³⁸ Demgegenüber leitete Hegel die Würde des Menschen aus seiner Fähigkeit ab, die Wirklichkeit bis in alle Einzelheiten erforschen und das eigene Leben an dieser Erkenntnis ausrichten zu können.¹⁴³⁹ Nipperdey umschrieb die Würde als „Eigenwert und die Eigenständigkeit, die Wesenheit, die Natur des Menschen schlechthin, die an den Anfang und in den Mittelpunkt der Gesamtrechtsordnung gestellt wird“. ¹⁴⁴⁰ Luhmann hingegen spricht dem Menschen die Würde aufgrund seines eigenen selbstbestimmten Verhaltens zu.¹⁴⁴¹ Die Würde ist danach kein vorgegebener Wert, sondern das Ergebnis eines ständigen sozialen Austausches.

bb. Würde im Sinne von Art. 1 Abs. 1 GG

Obgleich diese ganz unterschiedlichen Interpretationen den Begriff der Menschenwürde im Sinne von Art. 1 Abs. 1 GG konkretisieren, bestimmen sie nicht ausschließlich

¹⁴³⁵ Zur Ideengeschichte des Würdebegriffs vgl. Wetz, Die Würde des Menschen ist antastbar, 14 ff.

¹⁴³⁶ Giese, Das Würde-Konzept, 23; Müller, Postmortaler Rechtsschutz - Überlegungen zur Rechtssubjektivität Verstorbener, 168.

¹⁴³⁷ Bauer, Körperwelten - Ausstellungskatalog, 3. Auflage 1998; Giese, Das Würde-Konzept, 33 m.w.N.; Laufs, Fortpflanzungsmedizin und Arztrecht, 19 f. m.w.N.

¹⁴³⁸ Grundlage hierfür war, daß Kant den Menschen als vernünftiges Wesen verstand, das nur den Gesetzen gehorcht, die es sich selbst geschaffen hat, vgl. Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 77.

¹⁴³⁹ Hegel, Theorie-Werksausgabe, Band 16, 301: „[...] denn Würde hat der Mensch [...] nur indem er von einem Anundfürsichseienden, einem Substantiellen weiß und diesem seinem natürlichen Willen unterwirft und gemäß macht“. Erst dadurch „[...] erhält er eine Würde, und dann ist [...] das Leben selbst etwas wert“.

¹⁴⁴⁰ Nipperdey, in: Neumann/ Nipperdey/ Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte. 2. Band: Die Freiheitsrechte in Deutschland, 1.

¹⁴⁴¹ Luhmann, Grundrechte als Institution, 53 ff.

seine Auslegung.¹⁴⁴² Im Sinne der Menschenwürde des Grundgesetzes ist der höchste Wert unserer freiheitlichen Demokratie gemeint; das erschließt sich insbesondere vor dem geschichtlichen Hintergrund krasser Verletzungen der Menschenwürde durch totalitäre Regime der Vergangenheit.¹⁴⁴³ Der Menschenwürdeverbürgung kommt weiterhin soziologisch die Funktion einer Tabugrenze zu,¹⁴⁴⁴ die die Wirkkraft anderer Rechte akzentuiert und durch diese zugleich konkretisiert und umgesetzt wird. Diese Wechselwirkung hat zur Folge, daß Inhalt und Reichweite der Menschenwürde durch die konkret zu beurteilende Situation beeinflusst werden und eine Verletzung der Menschenwürde nur in Ansehung des konkreten Falles bestimmt werden kann.¹⁴⁴⁵ Ein und dasselbe Verfahren kann menschenunwürdig sein, wenn es staatlich angeordnet wird und menschenwürdig, wenn es freiwillig geschieht.¹⁴⁴⁶ In einem gewissen Rahmen gehört zur Würde im Sinne von Art. 1 Abs. 1 GG auch, nicht zur Würde gezwungen zu werden.¹⁴⁴⁷ Aufgrund der zahlreichen Facetten des Würdebegriffs hat sich nicht eine positive, sondern eine negative Definition als konsensfähig erwiesen. Nach der von Dürig¹⁴⁴⁸ geprägten Objektsformel des Bundesverfassungsgerichts ist die Würde des Menschen verletzt, wenn der konkrete Mensch „zum Objekt, zum bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird“. ¹⁴⁴⁹ Verletzbar ist der soziale Wert- und Achtungsanspruch, der sich aus der Menschenwürde ergibt.¹⁴⁵⁰ Da sich der Mensch aber häufig in das System des Rechts einfügen muß und damit auch mit Rechten Dritter konfrontiert wird, gilt diese Negativdefinition nur unter der Prämisse, daß die Subjektsqualität prinzipiell in Frage gestellt wird oder wenn in dem konkreten Einzelfall eine willkürliche Mißachtung der Menschenwürde liegt.¹⁴⁵¹

Überlegungen zur Vereinbarkeit von ärztlichen Behandlungen und Menschenwürde haben daran anzusetzen, ob der Patient als ‚bloßes‘ Objekt behandelt wird. Nun liegt

¹⁴⁴² v. Münch, Ingo, Grundgesetzkommentar Band 1, Art. 1 Rn. 20. Bei den die Verfassung vorbereitenden Beratungen in Herrenchiemsee wurde auf eine weltanschauliche Deduktion der Menschenwürde gerade verzichtet, vgl. Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, 18 m.w.N.

¹⁴⁴³ v. Münch, Ingo, Grundgesetz-Kommentar, Band 1, Art. 1 Rn. 6.

¹⁴⁴⁴ Pieroth/ Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 358.

¹⁴⁴⁵ BVerfGE 30, 1, 25: „Allgemeine Formeln können lediglich die Richtung andeuten, in der Fälle der Verletzung der Menschenwürde gefunden werden können“.

¹⁴⁴⁶ Damit ist es gerade auch der einzelne selbst, der bestimmt, was seine Würde ausmacht, vgl. Pieroth/ Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 356.

¹⁴⁴⁷ BVerfG 87, 209, 228.

¹⁴⁴⁸ Dürig, AöR 81 (1956), 117, 127.

¹⁴⁴⁹ BVerfGE 6, 32, 34, 41; NJW 1998, 519, 521.

¹⁴⁵⁰ BVerfG NJW 1993, 1457; NJW 1998, 519, 521.

¹⁴⁵¹ BVerfG E 30, 1, 16.

es in einem Rechtsstaat wie der Bundesrepublik gerade im Kompetenzbereich des Einzelnen, über das Ob und Wie gerade auch der ärztlichen Behandlung zu entscheiden. Diese Verfügungsmacht unterstreicht die Subjektsqualität des Patienten, statt sie in Frage zu stellen. Aber auch der bereits vor dem Inkrafttreten des Grundgesetzes unternommene Versuch, einer Einwilligung die Wirksamkeit unter Hinweis darauf abzusprechen, sie sei nicht auf eine Heilbehandlung, sondern z.B. auf eine kosmetische Operation, die zudem wichtige körperliche Funktionen beeinträchtigt, ausgerichtet,¹⁴⁵² muß in dieser Allgemeinheit fehlschlagen. Denn das Postulat der Menschenwürde bedeutet nicht, sie als objektives Schutzgut zu verbürgen und damit über die individuelle Freiheit des Patienten zu stellen; anderenfalls würde dessen Wille ohne Rücksicht auf seine Motive durch abstrakte, von der sozialen Wirklichkeit abgehobene Ideale verdrängt.

Demgegenüber spräche es für einen Eingriff in die Menschenwürde, wenn - wie im Rahmen von Zwangsbehandlungen, Zwangsexperimenten oder Zwangssterilisationen zur Zeit des NS-Regimes geschehen - das ärztliche Tun die Verfügungsbefugnis des hiervon Betroffenen außer acht ließe und dazu Ausdruck der Verachtung des Wertes wäre, der ihm als Person zukommt. Dies würde selbst dann gelten, wenn der Betroffene sich „freiwillig“ mit einer solchen Behandlung einverstanden erklären würde, um als Gegenleistung die versprochene Freiheit zu erlangen.

b. Tötung auf Verlangen, § 216 StGB

Eine gesetzlich normierte Aussage, daß durch eine bestimmte Handlung die Tabugrenze der Unantastbarkeit der Menschenwürde überschritten ist, findet sich in § 216 StGB. Die Pönalisierung der Tötung auf Verlangen zeigt die Wertung des Gesetzgebers, die einem Dritten täterschaftlich zuzurechnende Tötung selbst dann der Disposition des Rechtsgutsträgers zu entziehen und mit einem strafbewehrten Verbot zu belegen, wenn es dessen freier und ernsthafter Wille ist, der den Täter zur Deliktsverwirklichung veranlaßt.¹⁴⁵³ Andererseits ist die Selbsttötung nicht mit Strafe bewehrt,¹⁴⁵⁴ so daß es naheliegt, die in § 216 StGB zum Ausdruck kommende mangelnde Disponibilität nicht primär aus einem absoluten Wertanspruch des Rechtsgutes Lebens selbst abzuleiten,

¹⁴⁵² Engisch, ZStW 58 (1939), 1,10 unter Hinweis auf den Verlust der Stillfähigkeit bei kosmetischen Brustoperationen.

¹⁴⁵³ Hierzu Wessels/ Hettinger, Strafrecht Bes. Teil/1, Rn. 47 ff.

¹⁴⁵⁴ Schroeder, ZStW 106 (1994), 565 f.; a.A. Schmidhäuser, in: Festschrift Welzel, 801, wonach der Tatbestand des § 212 StGB auch die Selbsttötung erfasse, dem einzelnen gegenüber der Gemeinschaft die „Rechtspflicht zum Weiterleben“ obliege und die „notstandsähnliche Lage des subjektiven Aussichtslosigkeit“ nur die Schuld des Lebensmüden entfallen lasse.

sondern aus dem jedem menschlichen Leben immanenten Postulat der Unantastbarkeit der Menschenwürde.

Die verfassungsmäßig vorgegebene Grenze der Unantastbarkeit der Menschenwürde schreibt neben dem staatlichen Achten auch den staatlichen Schutz der Menschenwürde vor, Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG. Damit ist zunächst primär „[...] der Schutz gegen Angriffe auf die Menschenwürde [...] durch andere gemeint“.¹⁴⁵⁵ Ein Schutz gegen den Willen des Betroffenen und damit eine Beschränkung der Dispositionsbefugnis über das eigene Leben ist auch unter Berufung auf eine staatliche Schutzpflicht regelmäßig nicht geboten.¹⁴⁵⁶ Denn andernfalls würde die autonome Entscheidung - und damit die allgemeine Handlungsfreiheit¹⁴⁵⁷ des einzelnen - ohne Rücksicht auf die zugrundeliegenden Motive kraft paternalistischer Bevormundung durch Staat oder Gesellschaft durch abstrakte Ideale verdrängt. Ein solches Konzept ordnet jedoch die umfassende Freiheitsgarantie des Grundgesetzes der Sozialpflichtigkeit des individuellen Lebens unter, was mit der gerade auch individuell zu verstehenden Unantastbarkeit der Menschenwürde nicht zu vereinbaren wäre.¹⁴⁵⁸

Wenn § 216 StGB auch bei ernstlichem und ausdrücklichem Fremdtötungsverlangen des Rechtsgutsträgers das Leben rechtlicher Disposition entzieht,¹⁴⁵⁹ so wird damit nicht die Subjektsqualität oder gar Entscheidungsfähigkeit des Lebensmüden prinzipiell in Frage gestellt, soweit es sein Wille ist, sein Leben zur Disposition Dritter zu stellen.¹⁴⁶⁰ Nicht die Erkenntnis, daß der Wunsch zu sterben vielfach pathologischen Ursprungs ist,¹⁴⁶¹ führt zur einer Pönalisierung der Tötung auf Verlangen. Die in § 216 StGB zum Ausdruck kommende fehlende Einwilligungsbefugnis in die Fremdtötung ist vielmehr am Gedanken der Tabuisierung fremden Lebens¹⁴⁶² sowie dem sich hierin

¹⁴⁵⁵ BVerfGE 1, 97, 104.

¹⁴⁵⁶ Vgl. Herzberg, NJW 1996, 3034, 3046: „Das Interesse, welches die §§ 211, 212 StGB zu schützen bestimmt sind, ist schlicht identisch mit dem Wunsch und Willen des Opfers weiterzuleben“.

¹⁴⁵⁷ Das Recht auf Selbsttötung ist durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet, vgl. Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 392.

¹⁴⁵⁸ Arthur Kaufmann, MedR 1983, 121, 124: „Der einzelne ist der Gesellschaft verpflichtet, aber nur solange er lebt; er ist der Gemeinschaft indessen nicht verpflichtet zu leben“.

¹⁴⁵⁹ Vgl. Dölling, Anm. zu BGH JR 1988, 159, 160 f.

¹⁴⁶⁰ Hirsch, in: Festschrift Welzel, 775, 791.

¹⁴⁶¹ Nachweise bei Geilen, JZ 1974, 148 ff.; Meyer, MedR 1985, 210 ff.; Schmitt, in: Festschrift Maurach, 113, 118. Instrukativ zu sog. präsumptiven Syndromen mit Krankheitswert Jähnke, LK-StGB, Vor § 211 Rn. 27 ff.

¹⁴⁶² Bereits Engisch, in: Festschrift Mayer, 412, 415 spricht von „der Unantastbarkeit fremden Menschenlebens“; Hirsch, in: Festschrift Welzel, 775, 789 f.; ders., in: Festschrift Lackner, 597, 611; Schreiber, in: Festschrift Steffen, 451 f.; Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 117 f.; zur Funktion der Men-

manifestierenden hohen Stellenwert des menschlichen Lebens festzumachen. Zwar kann der konkrete Rechtsgutsträger den Stellenwert seines Lebens durch eigenes Tun bzw. Unterlassen im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit verändern. Der innere Entschluß aber, aus dem Leben zu scheiden, muß - aufgrund seiner Irreversibilität - objektiv die Barriere des Selbsterhaltungsinteresses sowie des Selbsterhaltungstriebes durchbrechen und die eigenen Hemmungen vor dem letzten Schritt überwinden.¹⁴⁶³ Irreversibilität ist allerdings eine Eigenschaft, die jeder Handlung zukommt, die aber in unterschiedlichem Maße ausgeprägt sein kann. Bei der Tötung zeigt sie sich in Extremform. Dem kann nur dadurch angemessen Rechnung getragen werden, daß ein Eingriff von außen entweder nur unter den strengen Notwehrvoraussetzungen gerechtfertigt ist¹⁴⁶⁴ oder in den Fällen, in denen der bewußtseinsklare Lebensmüde seinen Willen aus tatsächlichen Gründen nicht selbst verwirklichen kann, ein Dritter sich bei der Tötungshandlung dem Willen des Lebensmüden unterordnet, so daß nach dem sozialen Sinn des Tuns keine Fremdtötung, sondern bloße Suizidbeihilfe vorliegt.¹⁴⁶⁵

c. *Todeseintritt infolge ärztlicher Behandlung*

Neben der Tötung auf Verlangen bilden die Vorschriften der vorsätzlichen, § 212 StGB, und fahrlässigen Tötung, § 222 StGB, eine weitere Schranke der wirksamen Einwilligung; dies gilt nach dem Wortlaut von § 212 StGB selbst dann, wenn ein ärztliches Handeln für den Todeseintritt ursächlich war.¹⁴⁶⁶

schenwürdeverbürgung als Tabugrenze vgl. Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 358. Kritisch Schroeder, ZStW 106 (1994), 565, 567.

¹⁴⁶³ Akzentuiert Schmitt, in: Festschrift Maurach, 113, 118: „Wenn ein Wesen, das normalerweise so zäh an seinem Leben hängt, wie der Mensch [...]“. Vgl. auch Verrel, JZ 1996, 224, 226.

¹⁴⁶⁴ Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 13 Rn. 35. Weitergehend Herzberg, NJW 1986, 1635 ff.; Merkel, in: Hegselmann/ Merkel (Hrsg.), Zur Debatte über Euthanasie, 71 ff., die dem Täter ggf. § 34 StGB zugute halten. § 216a Abs. 2 Alternativ-Entwurf Sterbehilfe, sieht in Extremfällen - z.B. wenn der todkranke, schwer leidende und sterbewillige Patient aufgrund einer Lähmung nicht imstande ist, seinem Leben selbst ein Ende zu setzen - die Möglichkeit des Absehens von Strafe vor. Diesem Vorschlag hat sich der Deutsche Juristentag 1986 angeschlossen, NJW 1986, 3065, 3073 f.

¹⁴⁶⁵ Eser, in: Schönke/ Schröder, StGB, Vor § 211 Rn. 38.

¹⁴⁶⁶ Vgl. bereits Bockelmann, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 7, 191: „Von einer solche Dekretierung schreckt man jedoch zurück in dem Gefühl, daß sich auch der Gesetzgeber eine derartige Vergewaltigung der Lebensstatsachen nicht erlauben kann“.

aa. Naturalistische Interpretation des Merkmals ‚Töten‘

Verstirbt der Patient infolge einer ärztlichen Behandlung, so scheint ihr Mißlingen zunächst eindeutig zu sein. Bei einer rein naturalistischen Interpretation der Tathandlung¹⁴⁶⁷ ‚Töten‘ als Herbeiführen des Todes braucht man auf das Vorliegen des objektiven Tatbestandes nur wenige Überlegungen zu verwenden. Die eigentlichen Schwierigkeiten scheinen vor allem im subjektiven Tatbestand damit zur Frage zu entstehen, ob der Tod des Patienten dem Arzt als personale Fehlleistung zuzurechnen ist.¹⁴⁶⁸ Diesen Weg beschreiten etliche Vertreter des arztstrafrechtlichen Schrifttums. Die Überlegungen konzentrieren sich dabei auf den Gedanken, daß die vorsätzlich bewirkte Tötung niemals zugleich eine ärztliche Heilbehandlung sein könne. Ob Fahrlässigkeit vorliege, solle danach entschieden werden, ob der Eingriff kunstgerecht oder regelwidrig ausgeführt sei. Im ersten Falle fehle die Sorgfaltspflichtverletzung, der Vorwurf der Fahrlässigkeit sei somit nicht zu erheben.¹⁴⁶⁹

Mit dieser Argumentation wird aber der eigentliche Prüfstein der arztrechtlichen Problematik ausgeklammert. Denn geht es nicht um die Beurteilung ärztlicher Eigenmächtigkeit, sondern um die Vornahme oder Unterlassung therapeutischer Schritte, so kommt man nicht daran vorbei, daß dieses ärztliche Handeln vorsätzlich erfolgt. Wenn auch etliche Eingriffe nicht mit einem konkreten tödlichen Risiko behaftet sind, kann gerade in der Notfall- und Intensivmedizin nicht hinwegdiskutiert werden, daß der handelnde Arzt beinahe tagtäglich unter der ernsthaften Gefahr des tödlichen Ausgangs Risikooperationen vornehmen muß. Aber auch, wenn einem Moribunden um den Preis einer möglichen Beschleunigung des Todesintritts schwere Todesqualen durch schmerzlindernde Medikation erspart werden, handelt der Arzt, dem es zwar nicht auf das Forcieren des Sterbens ankommt, der dieses jedoch als sichere oder ernsthaft in Betracht kommende Nebenfolge der Schmerzmittelgabe erkennt, vorsätzlich.¹⁴⁷⁰

- *Hemmschwellentheorie*

In dieser zwiespältigen Situation behilft sich die Jurisdiktion, indem sie den Tötungsvorsatz wegen fehlenden Wollens selbst dann ablehnt, wenn der Täter die

¹⁴⁶⁷ Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 152 f.; Lange, Niederschriften, Bd. 7, 196.

¹⁴⁶⁸ Näher zur Abgrenzung von *dolus eventualis* und bewußter Fahrlässigkeit Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allg. Teil, 1. Problem.

¹⁴⁶⁹ Bockelmann, Niederschriften, Bd. 7, 191; ders., Strafrecht des Arztes, 50 ff.; Dreher, Niederschriften, Bd. 7, 195; Gallas, Niederschriften, Bd. 7, 197; Hagedorn, Die Entbehrlichkeit der Einwilligung und Aufklärung bei Heilbehandlungen nach dem Strafgesetzbuch - Entwurf 1962 -, 32; Hirsch, in: LK-StGB, Vor § 223 Rn. 5.

¹⁴⁷⁰ Vgl. BGH JR 1998, 159 f. mit Anm. Dölling; Schöch, NSTZ 1997, 409, 411.

erhebliche Gefährlichkeit seines Verhaltens erkannt hat, mit der Möglichkeit eines tödlichen Ausgangs rechnet, zugleich aber ernsthaft und nicht nur vage auf einen guten Ausgang vertraut und damit nur bewußt fahrlässig handelt. Als Begründung wird auf die zur Abgrenzung von lebensgefährlicher Körperverletzung und Tötung entwickelte Hemmschwellentheorie¹⁴⁷¹ verwiesen. Denn danach ist angesichts der hohen Hemmschwelle gegenüber einer Tötung immer die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, daß der Täter die Gefahr der Tötung nicht erkannt, nicht ernst genommen oder jedenfalls darauf vertraut hat, der tödliche Erfolg werde nicht eintreten.¹⁴⁷² Der Schluß auf den bedingten Tötungsvorsatz ist nach dieser Ansicht nur dann rechtsfehlerfrei gezogen, wenn der Tatrichter in seine Erwägungen alle die Umstände einbezogen hat, die ein solches Ergebnis in Frage stellen.¹⁴⁷³ Die Hemmschwellentheorie wird jedoch nicht auf die Vorsatzfeststellung beim unechten Unterlassungsdelikt übertragen, da hier generell keine psychologisch vergleichbare Hemmschwelle vor dem Tötungsvorsatz wie bei positivem Tun bestehen soll.¹⁴⁷⁴ Verstirbt der Patient aufgrund eines ärztlichen Unterlassens oder vertraut der Arzt - trotz seines intensiven Bemühens - aufgrund des kritischen Zustandes des Patienten nicht auf den positiven Ausgang, zeigt sich, daß allein die Verlagerung der Problematik in den subjektiven Tatbestand verfehlt ist. Richtig ist vielmehr, daß die Zurechnung des Todes sowohl bei § 212 StGB als auch im Rahmen von § 222 StGB zunächst anhand objektiver Kriterien zu überprüfen ist.

bb. Soziale bzw. professionelle Adäquanz

Als bestimmendes Kriterium findet sich in diesem Zusammenhang häufig das der sozialen¹⁴⁷⁵ bzw. der - dem Welzelschen Gedanken auch vom Wortlaut her noch am nächsten stehenden - professionellen¹⁴⁷⁶ Adäquanz. Letzteres besagt, daß sozial akzeptiertes, regelgeleitetes berufliches und damit professionell adäquates Handeln nicht zugleich strafrechtlich verboten sein könne (und umgekehrt). Erfülle die Profession nämlich eine staatlich und gesellschaftlich anerkannte Aufgabe und lege sie ihre Handlungsregeln

¹⁴⁷¹ Näher Mühlbauer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Tötungshemmschwelle.

¹⁴⁷² BGHR StGB § 212 Abs. 1, Vorsatz, bedingter 9; BGH B. v. 03.12.97 3 StR 569/97 DRSp-ROM Nr. 1998/2042.

¹⁴⁷³ BGHR StGB § 212 Abs. 1, Vorsatz, bedingter 1, 2, 5, 7.

¹⁴⁷⁴ BGH NJW 1992, 583.

¹⁴⁷⁵ Zur sozialen Adäquanz als Prinzip der tatbestandseinschränkenden und am Deliktstyp orientierten Gesetzesauslegung, siehe Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten, 155; Roxin, Strafrecht Allg. Teil/I, § 10 Rn. 33 ff.

¹⁴⁷⁶ Für den Bereich der Beihilfe durch ‚neutrales Verhalten‘ vgl. Gallandi, wistra 1989, 125, 127; Hassemer, wistra 1995, 41, 81, 83.

offen, bestehe die Vermutung, daß die professionellen Regeln denen des Strafrechts nicht widersprechen, sie vielmehr ergänzen und konkretisieren.

Diese in den Ansätzen mit der früheren arztrechtlichen Position, wonach das Berufsrecht des Arztes den Eingriff in den menschlichen Körper legitimiere,¹⁴⁷⁷ korrespondierende Auffassung ist insoweit anzuerkennen, als die Verletzung von Verkehrsnormen wie die der *lex artis* ein Indiz für eine unerlaubte Gefahrschaffung sein kann. Die darüber hinausgehende Wirkung erscheint aber fraglich.¹⁴⁷⁸ Eine Vermutung, wonach ‚professionelle Regeln‘ generell denen des Strafrechts nicht widersprechen, sie vielmehr ergänzen und konkretisieren, existiert nicht.¹⁴⁷⁹ Insbesondere die Richtlinien von Berufs- und Interessenverbänden sind in der Regel nicht mit der Objektivität von Gesetzen ausgestattet. Mit der Position der professionellen Adäquanz würden aber Sonderrechte geschaffen, obgleich § 212 StGB für jedermann gilt. Damit liegt nicht allein in der berufstypischen Tätigkeit das Problem, sondern in der Frage, ob und wann auch die berufstypischen Verhaltensweisen des Arztes den Straftatbestand der vorsätzlichen bzw. fahrlässigen Tötung erfüllen.

cc. Sinngehalt ärztlichen Handelns

Zu klären ist vielmehr, ob dem Patienten aufgrund der ärztlichen Behandlung ein von der Rechtsordnung nicht mehr tolerierbares Verhalten im Hinblick auf sein Leben widerfährt. Auch wenn der Arzt aus ethischer Perspektive dem Patienten für den Erfolg seiner Handlung bürgt, so bleibt doch die Medizin die ‚Kunst des Möglichen im Dienst des Kranken‘.¹⁴⁸⁰ Da die Medizin bis heute weit davon entfernt ist, Krankheiten als logisch exakt erklärbare Phänomene zu beschreiben und die Begrenztheit medizinischen Wissens den ärztlichen Alltag prägt, können weder die Unwägbarkeiten, die im Einzelfall mit einer Behandlung einhergehen, noch der Nutzen einer Therapie anhand einer statistischen Überlebens- oder Genesungswahrscheinlichkeit beurteilt werden. Denn im Einzelfall ist diese Statistik bedeutungslos.¹⁴⁸¹ Die ärztliche Handlung ist vielmehr nach dem im Einzelfall zu bestimmenden Risikogehalt zu bewerten. Hierbei muß berücksichtigt werden, daß rechtlich legitime ärztliche Handlungen ihren positiven Bezug nicht deshalb verlieren, weil die Gefahr des tödlichen Ausgangs besteht und der Arzt diese zutreffend erkennt. Die Schwierigkeiten ergeben sich jedoch bei der konkreten

¹⁴⁷⁷ Vgl. Heimberger, Strafrecht und Medizin, 6 f.; Kahl, ZStW 29 (1909), 361, 368.

¹⁴⁷⁸ So weißt Trockel, NJW 1972, 1493, 1494, zu Recht darauf hin, daß die Erlaubnis für die Tätigkeit des Arztes im Einzelfall nicht aus der Bestallung folgt.

¹⁴⁷⁹ So aber Hassemer, wistra 1995, 41, 81, 85, für den Bereich der Bankentätigkeit.

¹⁴⁸⁰ Bender, in: Bauer (Hrsg.), Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts, 102, 105.

¹⁴⁸¹ Bender, a.a.O.

Anwendung und damit der Feststellung des nicht mehr tolerierbaren Risikos. Ob der Arzt eine strafbare Tötung bewirkt oder lediglich eine straflose ärztliche Behandlung erbringt, hängt ebenso im Rahmen der vorsätzlichen wie der fahrlässigen Tötung davon ab, ob er die gebotene Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit bei Planung und Ausführung seiner Handlungen walten läßt. Dazu zählt die Einhaltung der *lex artis* und das Vermeiden von Fehlern im Behandlungsumfeld ebenso wie die Beteiligung des Patienten im Sinne einer freien und eigenverantwortlichen Selbstbestimmung. Denn ein Arzt, der mangels Sorgfaltspflichtenverstoß den Tatbestand der fahrlässigen Tötung nicht verwirklicht, kann aufgrund objektiver Wertungsgesichtspunkte - den entsprechenden Tatbestand des § 212 unterstellt - nicht wegen vorsätzlicher Tötung bestraft werden,¹⁴⁸² selbst wenn er, das tödliche Risiko erkennend, die Hemmschwelle zum irreversiblen Ausgang überschritten hat. Das folgt aus dem Gebot der einheitlichen Auslegung der Tötungstatbestände, das es ausschließt, den Schutzbereich der vorsätzlichen Tötungsdelikte anders zu bestimmen als den der fahrlässigen Tötung.

Die Entscheidung, unter welchen Voraussetzungen der Arzt die von der Rechtsordnung nicht mehr tolerierte Risikoschwelle zum tödlichen Ausgang überschritten hat, muß neben den behandlungsspezifischen Aspekten wesentlich die Menschenwürde und Selbstbestimmung, die den persönlichen wie fachlichen Umgang mit den Patienten prägen, berücksichtigen. Denn neben dem Recht auf Leben als ein höchstwertiges Rechtsgut¹⁴⁸³ schützt die Verfassung andere höchstwertige Rechtsgüter, wie etwa die Menschenwürde und die personelle Selbstbestimmung.

Auch wenn die Verletzung des Lebens im Sinne der Fremdtötung der Disposition des Rechtsgutsträgers entzogen ist, löst § 212 StGB im Falle einer ärztlichen Behandlung den Zusammenhang zwischen Rechtsgut und Willensfreiheit nicht völlig. Dies wird deutlich in lebensbedrohlichen Situationen. Hier obliegt es nicht einem an objektiv-biologischen Kriterien ausgerichteten Entscheidungsprozeß, ob die mit der ernstzunehmenden Gefahr des tödlichen Ausgangs verbundene Operation durchgeführt wird oder nicht. Der Entschluß zu einer lebensnotwendigen Operation, bei welcher durchaus die ernstzunehmende Gefahr des tödlichen Ausgangs besteht, und damit dazu, die vitale Basis¹⁴⁸⁴ der individuellen Rechtsgüter zu erhalten, ist gerade auch im Hinblick auf seine mögliche Endgültigkeit das Ergebnis eines zwischen Arzt und willensfähigem

¹⁴⁸² Für den Bereich der Heilbehandlung vgl. Krauß, in: Festschrift Bockelmann, 557, 564: „[...] Als Vorsatztäter wird immer nur in Betracht gezogen, wer, einen entsprechenden Tatbestand vorausgesetzt, auch ohne Vorsatz wegen fahrlässiger Tatbegehung bestraft würde.“

¹⁴⁸³ BVerfG E 39, 1, 42; zur Höchstwertigkeit des menschlichen Lebens vgl. z.B. Doehring, in: Festschrift Mosler, 145, 148 f.; Küper, JuS 1981, 785 Fn. 5.

¹⁴⁸⁴ BVerfG E 39, 1, 42: das Leben „als Voraussetzung aller anderen Grundrechte“.

Patienten - bzw. wenn eine Kommunikation nicht möglich ist, dessen Vertreter - gefundenen Konsenses. Ist das Rechtsgut Leben bereits durch positive lebensbedrohliche Krankheitsbefunde aus sich selbst heraus unmittelbar gefährdet, können die herkömmlichen Aussagen, „das Leben sei der Disposition des Rechtsgutsträgers entzogen, die Einwilligung des Patienten beziehe sich allein auf die Gefährdung“, nicht uneingeschränkt auf das Arztstrafrecht übertragen werden. Denn ebenso wie die ärztliche Behandlung aus ihrem sozialen und medizinischen Sinn heraus gerade das Gegenteil von Tötung oder Körperverletzung ist, sie vielmehr Leben erhalten und Gesundheit mehren will, gibt der Patient durch seine Einwilligung in eine lebensgefährliche Operation nicht sein Leben auf, sondern nimmt die Chance wahr, unter Zuhilfenahme eines Spezialisten zu überleben - selbst wenn er, wie auch der behandelnde Arzt, die Möglichkeit, infolge der Behandlung zu sterben, zutreffend einschätzt und sich damit abfindet. Bei einer anderen Bewertung dieser Konstellationen würde die unumschränkte Beachtung des Tötungsverbotes, das ja gerade der Erhaltung des Lebens dienen soll, zu einer lebensfeindlichen Maxime pervertiert. Die Lebensschutzfunktion des Tötungsverbotes würde in letzter Konsequenz zum Tod des Patienten führen.

Aber auch im Falle der durch die tatsächliche oder subsidiär mutmaßliche Einwilligung des Moribunden getragenen indirekten Sterbehilfe¹⁴⁸⁵ ist nach dem sozialen Sinngehalt nicht der Tatbestand der Tötung verwirklicht.¹⁴⁸⁶ Die Menschen sehnen sich nicht nur nach einem Leben in Würde, sondern auch nach einem würdigen Sterben. Dringt der unheilbar Kranke auf seinen Tod und gibt es für ihn keine realistische Hoffnung auf eine positive Änderung seiner körperlichen Verfassung, ist es sein Recht zu bestimmen, daß der Arzt den häufig qualvollen Kampf gegen den nahenden Tod einstellen¹⁴⁸⁷ und - wenn vergleichbare Mittel ohne derartige Nebenwirkungen nicht zur Verfügung stehen¹⁴⁸⁸

¹⁴⁸⁵ Der BGH, NStZ 1997, 182 ff., erlaubt eine schmerzlindernde Medikation, die „als unbeabsichtigte, aber in Kauf genommene unvermeidbare Nebenwirkung den Todeseintritt beschleunigen kann“. Damit wird die erlaubte indirekte Sterbehilfe auf den Eventualvorsatz beschränkt.

¹⁴⁸⁶ Herzberg, NJW 1996, 3043, 3048 f., unter Abkehr von seiner bisherigen Ansicht; Jähne, LK-StGB, Vor § 211 Rn. 15 und 17; Krey, Strafrecht Bes. Teil/1, § 1 Rn. 14 und Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, Vor § 211 Rn. 17 sehen die Handlung als nicht vom Schutzbereich des § 211 StGB erfaßt an. Für eine Notstandsrechtfertigung Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, Vor § 211 Rn. 7 m.w.N.; ähnlich Schöch, NStZ 1997, 409, 411; für eine Rechtfertigung gemäß § 34 vgl. Merkel, in: Hegselmann/ Merkel (Hrsg.), Zur Debatte über Euthanasie, 93, 97; Roxin, in: Roxin/ Schroth (Hrsg.), Medizinstrafrecht, 87, 90 f.; für eine Kombination von wirklichem oder mutmaßlichen Willen mit Notstandsgesichtspunkten vgl. Dölling, JR 1998, 160, 162. Gössel, Strafrecht Bes. Teil/1, 31 f., bewertet die Lebensverkürzung im Rahmen passiver Sterbehilfe als Unrecht.

¹⁴⁸⁷ „Sterbehilfe durch Sterbenlassen“, vgl. Wessels/ Hettinger, Strafrecht Bes. Teil/1, Rn. 35.

¹⁴⁸⁸ Dölling, MedR 1987, 6; Wessels/ Hettinger, Strafrecht Bes. Teil/1 Rn. 31.

- auch schmerzlindernde Mittel verabreichen darf, die das Leben des Patienten gegebenenfalls verkürzen.¹⁴⁸⁹ In den Grenzen des Zumutbaren gilt Jonas' Feststellung: „Von einem bestimmten Moment an hört der Arzt auf, Heiler zu sein, und wird zum Todeshelfer des Patienten“.¹⁴⁹⁰

Hierbei kann die Grenze zwischen sinnvoller und unzumutbarer Lebensverlängerung allein anhand der Besonderheiten des Einzelfalles bestimmt werden. Unabdingbare Voraussetzung der ärztlichen Intervention ist jedoch, daß die vorhersehbare Beschleunigung des Todeseintritts nicht den Zweck der ärztlichen Handlung ausmacht.¹⁴⁹¹

Liegt damit die rechtliche Verantwortung auch für die mit dem ernstzunehmenden Todesrisiko verbundene ärztliche Behandlung sowohl auf der Behandlungs- als auch auf der Patientenseite, ist die Einhaltung der *lex artis* und des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten normatives Element der ärztlichen Sorgfaltspflicht nicht nur im Bereich der Körperverletzungs-, sondern auch der Tötungsdelikte.¹⁴⁹² Hält der Arzt diese - einerseits seine Berufsausübungsfreiheit und andererseits den Handlungsunwert auch im Rahmen von §§ 212, 222 StGB konkretisierenden - Vorgaben ein, verstirbt der Patient aber dennoch infolge der ärztlichen Behandlung, ist dieser Erfolg der Behandlungsseite nicht als Unrechtserfolg zurechenbar.¹⁴⁹³ Bei einer Mißachtung dieser Elemente hingegen setzt sich der Arzt des Vorwurfs der vorsätzlichen bzw. fahrlässigen Tötung aus.

¹⁴⁸⁹ Vgl. hierzu Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, DÄBl 95 (1998), C 1690 f., bezogen auf den Sterbenden (I.) und auf Patienten mit infauster Prognose, wenn die Krankheit weit fortgeschritten ist und eine lebenserhaltende Behandlung Leiden nur verlängert (II.).

¹⁴⁹⁰ Jonas, Technik, Medizin und Ethik, 257.

¹⁴⁹¹ Wessels/Hettinger, Strafrecht Bes. Teil./1 Rn. 31.

¹⁴⁹² Ansatzweise bereits Beling, ZStW 44 (1924), 220, 223, jedoch nur für den Fall der erfolgreichen Operation.

¹⁴⁹³ Ob hier die Grundsätze der einverständlichen Fremdgefährdung anzuwenden sind, vgl. allg. hierzu Dölling, GA 1984, 71 ff.; Göbel, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechtes, 99 ff.; Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 11 Rn. 105 ff.; Zaczek, Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Opfers, 56 ff., ist fraglich. Im Unterschied zu dieser Einschränkung der objektiven Zurechnung steht nach dem sozialen Sinn der ärztlichen Behandlung nicht die Rechtsgutsgefährdung oder -verletzung, sondern - soweit möglich - die Wiederherstellung der Gesundheit oder die Linderung körperlicher Beschwerden im Vordergrund.

d. Sittenwidrigkeit, § 228 StGB

Auf eine weitere Schranke der Einwilligung verweist die Regelung des § 228 StGB.¹⁴⁹⁴ Das nicht allein auf Abwehr von staatlichen Eingriffen, sondern auch auf staatlichen Schutz in bezug auf privates Handeln ausgerichtete Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit bedingt, daß es beim Patienten liegt, bei Schädigungen und Gefährdungen der körperlichen Unversehrtheit eine ärztliche Behandlung nachzufragen.¹⁴⁹⁵ Das Recht, eine sonstige ärztliche Behandlung, z.B. eine Schönheitsoperation oder eine Blutspende, durchführen zu lassen, wird durch die allgemeine Handlungsfreiheit geschützt.

Scheinbar ungeachtet dieser verfassungsrechtlich gewährleisteten Dispositionsfreiheit ordnet § 228 StGB die Rechtswidrigkeit einer Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten an, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt. § 228 n.F. StGB stellt damit auf das Werturteil über die Tat, nicht auf das über die Einwilligung ab. Insoweit sind vor allem die Motive und Absichten der Beteiligten sowie die eingesetzten Mittel und die Art der Verletzung maßgebend.¹⁴⁹⁶

aa. Der Begriff der guten Sitten

Der Begriff der guten Sitten ist dem bürgerlichen Recht entnommen.¹⁴⁹⁷ Ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt vor, wenn eine Handlung dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zuwiderläuft.¹⁴⁹⁸ Damit knüpft die Beurteilung der Sittenwidrigkeit an das Durchschnittsempfinden an, nicht aber an subjektive Empfindungen einzelner. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist diese Einschränkung unter dem Vorbehalt der allgemeinen Schranken-Schranken¹⁴⁹⁹ zulässig. Denn das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit steht unter dem Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG, zudem ist die Handlungsfreiheit des einzelnen nur in der Schrankentrias der Rechte anderer, der verfassungsmäßigen Ordnung sowie dem Sittengesetz gewährleistet, Art. 2 Abs. 1 GG.

¹⁴⁹⁴ Vgl. Otto, in: Festschrift Geerds, 603, 618 ff.; Niedermair, Körperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten.

¹⁴⁹⁵ Pieroth/ Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 395.

¹⁴⁹⁶ Vgl. Wessels/ Beulke, Strafrecht Allg. Teil, Rn. 377 für die rechtfertigende Einwilligung.

¹⁴⁹⁷ RT-Drs. III 1924/27 Nr. 3390, 134.

¹⁴⁹⁸ RGZ 80, 219, 221; BGHZ 10, 228, 232; 69, 295, 297.

¹⁴⁹⁹ Vgl. BVerfGE 67, 213, 228.

bb. Verfassungskonforme Auslegung

In Hinblick auf die Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes, Art. 103 Abs. 2 GG, sind ‚die guten Sitten‘ jedoch weder im Sinne der historisch überlieferten Moralauffassungen noch der Sittlichkeit im gesinnungsethischen Sinne¹⁵⁰⁰ zu verstehen, sondern als ein Minimum an sittlicher Handlungsweise bei dem zu beurteilenden Vorgehen.¹⁵⁰¹ Was das ethische Minimum ausmacht, ist auf der Grundlage des materiellen Rechtsstaatsprinzips den Grundwerten der geltenden Rechtsordnung,¹⁵⁰² in Ermangelung einer rechtlichen Konkretisierung den anerkannten moralischen und ethischen Vorstellungen der Gesellschaft¹⁵⁰³ zu entnehmen. Hierbei ist aus strafrechtlicher Sicht zu berücksichtigen, daß sich nur in engem Rahmen eine herrschende Sozialmoral ermitteln läßt und die Pönalisierung eines Tuns als subsidiäre staatliche Reaktion nicht von Zufälligkeiten abhängig gemacht werden darf. Demgemäß kann nur dann von einer Sittenwidrigkeit der Tat ausgegangen werden, wenn deren rechtliche Mißbilligung als ethisches Minimum eindeutig aus der Rechtsordnung hervorgeht.¹⁵⁰⁴ Bei diesem engen Verständnis der guten Sitten führt die diesem Rechtsbegriff immanente Unschärfe nicht zur Verfassungswidrigkeit.¹⁵⁰⁵ Denn ohne die Verwendung allgemeiner und damit auch auslegungsbedürftiger Rechtsbegriffe kann dem Wertewandel in der Gesellschaft nicht Rechnung getragen werden. Was den Werten unserer Gesellschaft entspricht, ist keineswegs starr festgelegt, sondern wird durch den Fortschritt der Menschheit, durch das Vorstoßen in Bereiche, die früher als unrealistisch galten und damit zwangsläufig auch durch Änderungen der historisch-gesellschaftlichen wie auch geistigen Gegebenheiten und nicht zuletzt durch die Rechtsentwicklungen in anderen Ländern beeinflusst. Solange der Anwendungsbereich des § 228 StGB sich eindeutig an den Grundwerten unserer Rechtsordnung bemißt, begrenzt diese Wertegleichheit die Auslegung des § 228 StGB in einer Art. 103 Abs. 2 GG entsprechenden Weise.¹⁵⁰⁶ Unter diesen Vorgaben ist z.B. die Einwilligung eines Volljährigen in die Organentnahme bei der Lebendspende, soweit die Voraussetzungen des § 8 TPG vorliegen, wirksam.¹⁵⁰⁷

¹⁵⁰⁰ Jauernig, in: ders. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, § 138 Rn. 6 f.; Sack, NJW 1985, 761.

¹⁵⁰¹ Berz, GA 1969, 145, 164.

¹⁵⁰² BVerfG NJW 1990, 1470.

¹⁵⁰³ Heinrichs, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 138 Rn. 2.

¹⁵⁰⁴ Roxin, Strafrecht Allg, Teil/1, § 13 Rn. 37.

¹⁵⁰⁵ A.A. Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 136.

¹⁵⁰⁶ A.A. Eser, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 1 Rn. 23; Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 162 m.w.N.

¹⁵⁰⁷ D.h. wenn der aufgeklärte Spender nicht über das Operationsrisiko hinaus gefährdet und die Übertragung des Organs nach ärztlicher Beurteilung geeignet ist, das Leben des Empfängers zu erhalten, eine schwerwiegende Krankheit zu heilen, ihre Verschlimmerung

Aber auch die ohne Indikation vorgenommene freiwillige¹⁵⁰⁸ Sterilisation widerspricht nicht - die aufgeklärte und wirksame Einwilligung der betroffenen Person vorausgesetzt - den guten Sitten.¹⁵⁰⁹ Die Sterilisation erfolgt beim Mann durch Vasektomie. Bei diesem ambulanten Eingriff, der nur eine Lokalanästhesie erfordert, wird der Samenleiter durchtrennt, die Enden werden verschlossen. Nach ungefähr 15-20 Ejakulationen wird eine Sterilität erreicht. Die Sterilisation der Frau wird durch einen komplizierteren Eingriff, wie z.B. die Tubenligatur oder Minilaparotomie erreicht.¹⁵¹⁰ Wenngleich diese Eingriffe nicht zwingend irreversibel sind, gestalten sich die Wiederherstellungsoperationen vielfach schwierig. Die Schwangerschaftsraten betragen 45-60% nach Reanastomose der Samenleiter und 50-80% nach Reanastomose des Eileiters.¹⁵¹¹ Aufgrund dieser Besonderheiten unterscheidet sich die Sterilisation erheblich von anderen Methoden der Schwangerschaftsverhütung. Es handelt sich um einen einschneidenden Eingriff, der die Fortpflanzungsfähigkeit beseitigt und mit den bei operativen Eingriffen üblichen gesundheitlichen Risiken verbunden ist.

Mangels gesetzlicher Regelung der freiwilligen Sterilisation¹⁵¹² fällt dieser ärztliche Eingriff unter die allgemeinen strafrechtlichen Regelungen.¹⁵¹³ Damit erhebt sich zugleich die Frage nach seiner Sittenwidrigkeit. Auch wenn die Aufnahme von § 226a a. F. in das Reichsstrafgesetzbuch¹⁵¹⁴ u.a. auf der Intention beruhte, freiwillige medizinisch nicht indizierte Eingriffe in die Fortpflanzungsfähigkeit zu verhindern,¹⁵¹⁵ so vermag dieser historische Kontext heute keine Rechtswirkungen mehr zu entfalten. Nach Sinn und Zweck von § 228 n.F. StGB kann sich diese Tabugrenze als Schutz des mündigen Menschen vor sich selbst nur auf extreme Situationen wie die Verletzung der

zu verhüten oder ihre Beschwerden zu lindern und der gesetzlich vorgeschriebene Empfängerkreis, d.h. Verwandte ersten und zweiten Grades, Ehegatten, Verlobte oder dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestehende Personen, eingehalten wird, § 8 Abs. 1 TPG.

¹⁵⁰⁸ Zur unfreiwilligen Tubenligatur anlässlich eines Kaiserschnitts BGH MedR 2000, 231 ff., bearb. Tag.

¹⁵⁰⁹ Ausführlich Niedermair, Körperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten, 240 ff.

¹⁵¹⁰ MSD-Manual, Stichwort: Sterilisationseingriff.

¹⁵¹¹ MSD-Manual, Stichwort: Sterilisationseingriff. Nach BT-Drs. 11/4528, 73 beträgt die Korrekturchance zwischen 50 und 60%.

¹⁵¹² Das Erbgesundheitsgesetz vom 14.7.1933, RGBI I, 529 wurde ausdrücklich durch Art. 8 Nr. 1 des 5. StrRG vom 18.6.1974, BGBl I, 1294 ersatzlos aufgehoben, vgl. Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, § 228 Rn. 18.

¹⁵¹³ Paefffgen, NK-StGB, § 226a a.F. Rn. 74. BGHSt 20, 81 mit abl. Bespr. Hanack, JZ 1965, 221 ff. ging davon aus, daß die freiwillige Sterilisation überhaupt nicht geregelt sei.

¹⁵¹⁴ Gesetz vom 26.5.1933, RGBI I, 295.

¹⁵¹⁵ Bockelmann, in: Ponsold (Hrsg.), Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 22 Fn. 21.

Menschenwürde beziehen. Diese liegt aber nur dann vor, wenn der Betroffene zum *bloßen* Objekt, zum vertretbaren Mittel degradiert wird. Zwar wird die Sterilisationsentscheidung zunächst von Art. 2 Abs. 1 GG und damit den Grenzen der Schrankentrias erfaßt. Da die Entscheidung über die eigene Fortpflanzungsfähigkeit zugleich den Sexualbereich betrifft, gehört sie zur intimsten Sphäre der Persönlichkeit. Diese ist gemäß Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG als Teil der Privatsphäre besonders geschützt.¹⁵¹⁶ Jeder kann daher von den staatlichen Organen die Achtung dieses Bereichs verlangen. Das schließt die Pflicht ein, die individuelle Entscheidung eines Menschen über seine Fähigkeit zur Fortpflanzung zu respektieren. Nur bei Vorliegen besonderer öffentlicher Belange darf in sie eingegriffen werden. Diese Belange bestimmen sich in einem materiellen Rechtsstaat aus den Grundwerten der Verfassung, nicht aber politischen¹⁵¹⁷ oder ethisch-moralischen Anschauungen.¹⁵¹⁸

Den freiwilligen, indikationslosen Sterilisationseingriff unter das Damoklesschwert der Sittenwidrigkeit zu stellen, bedeutet, ihn am Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit des Patienten zu messen. Denn im Unterschied zur Sachlage, die von den Regelungen über den Schwangerschaftsabbruch oder dem Embryonenschutzgesetz erfaßt wird, ist bei der Sterilisation gerade noch kein Leben gezeugt, das der besonderen Schutzpflicht des Staates anheim gestellt ist. Steht damit der Schutz des mündigen Menschen vor sich selbst als Kriterium der Sittenwidrigkeit zur Diskussion, so bedeutet ein Abstellen hierauf die völlige Verkehrung der Grundrechtsgarantie und damit auch eine unzulässige Verkürzung des Freiheitsschutzes. Dies gilt selbst dann, wenn die mögliche Einbuße körperlicher Funktionen, die der Patient erstrebt, indem er künftig auf seine Fortpflanzungsfähigkeit verzichtet, groß und mit einiger Sicherheit irreversibel ist. Der Hinweis auf die mit dem Eingriff verbundenen psychischen Belastungen trifft auf jede gravierende Operation zu und verändert nicht die rechtliche Beurteilung.¹⁵¹⁹ Die mit der Sterilisation verbundenen Gefahren dem Patienten deutlich vor Augen zu führen, obliegt dem Arzt im Rahmen der Aufklärung, die Folgen hat der Patient zu tragen, indem er eigenverantwortlich über den Eingriff entscheidet. Diese Selbstverantwortung ist die Kehrseite der Selbstbestimmung. Aber auch der Hinweis, daß die Sterilisation der traditionellen Aufgabe des Arztes, zu heilen, zu lindern oder vorzubeugen widersprechen würde, kann die Sittenwidrigkeit des Sterilisationseingriffs

¹⁵¹⁶ BVerfGE 47, 46, 73; 60, 123, 134; 88, 87, 97; NJW 1997, 1632, 1633 (zum Transsexuellengesetz).

¹⁵¹⁷ Wie z.B. die „völkische Ordnung“, vgl Engisch, ZStW 58 (1939), 1, 15.

¹⁵¹⁸ So i.E. auch Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, § 223 Rn. 62; Horn, SK-StGB, § 226a a.F. Rn. 18; Paeffgen, NK-StGB, § 226a a.F. Rn. 74.

¹⁵¹⁹ BGH MedR 2000, 231 ff., bearb. Tag; Hanack, in: Göppinger (Hrsg.), Arzt und Recht, 1, 34 ff.

nicht begründen.¹⁵²⁰ Denn der Heilkontext ist - wie bereits erläutert - zu unbestimmt, um daran die Meßlatte des Sittenwidrigen aufhängen zu können. Vor dem Hintergrund eines von Freiheit und Autonomie geprägten Menschenbildes ist der im früheren Schrifttum vertretenen Ansicht, wonach die ohne Indikation vorgenommene freiwillige Sterilisation trotz wirksamer Einwilligung den guten Sitten widerspricht,¹⁵²¹ als paternalistisch zurückzuweisen. Der grundrechtliche Schutz der Intimsphäre, wozu auch die Sexualsphäre zählt, gebietet, daß das einsichts- und willensfähige Individuum seine Empfängnisverhütung über die Sterilisation regeln darf, und zwar auch mit rechtlicher Wirkung für Dritte, hier für den tätig werdenden Arzt.¹⁵²² Der Hinweis, die „Gefälligkeitssterilisation“ könne gegebenenfalls der ungezügelten Genußsucht Vorschub leisten, muß an den verfassungsrechtlichen Vorgaben scheitern. Denn ebenso wie Konzeption durch Medikamente oder sonstige Hilfsmittel dem Autonomiebereich des einzelnen obliegt, gibt es keine anerkannte rechtliche Pflicht, sich bis zu einem bestimmten Alter fortpflanzungsfähig zu halten.¹⁵²³ An dieser Rechtslage vermag auch § 8 MuBO,¹⁵²⁴ wonach der Sterilisationseingriff nur bei Vorliegen medizinischer oder sozialer Indikation vorgenommen werden darf, nichts zu ändern. Denn diese grundrechtsrelevante Frage übersteigt die Kompetenz von Berufsverbänden und Kammern. Aufgrund des Wesentlichkeitsprinzips obliegt es allein der Zuständigkeit des Gesetzgebers, einschränkende Regelungen über die Zulässigkeit der Sterilisation zu treffen. Daß der hierzu erforderliche gesellschaftliche Konsens nicht vorliegt, zeigt das Scheitern entsprechender Gesetzesinitiativen.¹⁵²⁵ Und sie entspricht der Rechtswirklichkeit. So ist die Sterilisation die weitestverbreitete Methode zur Schwangerschaftsverhütung bei Paaren, in denen die Frau das 30. Lebensjahr überschritten hat. Bei ungefähr einem Drittel aller verheirateten Paare in den USA, die irgendeine Methode der Familienplanung anwenden, ist ein Partner sterilisiert.¹⁵²⁶

¹⁵²⁰ A.A. Laufs, *Arztrecht* Rn. 311, da der ärztliche Beruf in seiner herkömmlichen Gebundenheit an den Heilauftrag gefährdet werde.

¹⁵²¹ Engisch, in: *Festschrift Mayer*, 399, 414.

¹⁵²² Paeffgen, *NK-StGB*, § 226a a.F. Rn. 74.

¹⁵²³ Gründel/ Koch, in: Eser/ v. Luterotti/ Sporken (Hrsg.), *Lexikon Medizin - Ethik - Recht*, Sp. 1108; Uhlenbruck, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, § 39 Rn. 42.

¹⁵²⁴ DÄBl 93 (1996), C 295 ff. § 8 MuBO lautet: „Sterilisationen sind aus medizinischen, genetischen oder sozialen Gründen zulässig.“

¹⁵²⁵ Vgl. BT-Drs. VI/3434; 7/375 und 443. Näher Paeffgen, *NK-StGB*, § 226a a.F. Rn. 73.

¹⁵²⁶ MSD-Manual, Stichwort: Sterilisationseingriff.

III. Kundgabe und Form der Einwilligung

Die Einwilligung in die ärztliche Behandlung muß sowohl auf der inneren Zustimmung des hierzu Berechtigten beruhen als auch vor der Behandlung ausdrücklich oder konkludent erklärt¹⁵²⁷ werden, um rechtliche Wirksamkeit zu erlangen.¹⁵²⁸ Die rein innere Zustimmung, wonach die Einwilligung „in dem rein seelischen Vorgang der Aufgabe des Rechtsschutzwillens besteht [...], ohne daß sie nach außen kundgetan zu werden braucht“, ¹⁵²⁹ genügt ebensowenig den Erfordernissen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit wie der reine Willensentschluß auf Täterseite, eine strafbare Handlung zu begehen. Mangels Feststellbarkeit ist die innere Entscheidung nicht geeignet, um hieraus Rechtsfolgen abzuleiten.¹⁵³⁰

¹⁵²⁷ Auf der Behandlungsseite ist weiterhin die korrespondierende Kenntnisnahme erforderlich. Fehlt sie, so ist der Versuch der Körperverletzung zu prüfen. Liegt Kenntnisnahme vor, so ist die Einwilligung auf die Wirksamkeit hin zu überprüfen.

¹⁵²⁸ So auch Begründung zum Referentenentwurf 1996, 137; Hirsch, LK-StGB, vor § 32 Rn. 109 ff. und Köhler, Strafrecht Allg. Teil, 249, zur rechtfertigenden Einwilligung. Gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 2 TFG muß eine schriftliche Bestätigung von Einwilligung und Aufklärung vorliegen. Ein Formverstoß hat jedoch nicht zwangsläufig Auswirkungen auf die Wirksamkeit der strafrechtlichen Einwilligung. Zwar soll das Schriftformerfordernis sicherstellen, daß die spendende Person Kenntnis über Wesen, Bedeutung und Durchführung der Spendenentnahme und die Untersuchung sowie über die Freiwilligkeit ihrer Spende erlangt, vgl. BR-Drs. 851/97, 19. Ob die Blutentnahme mit dem Willen des Spenders geschieht, ist aus strafrechtlicher Sicht aber allein anhand der tatsächlichen Umstände und damit des irrtumsfreien, erklärten Willens des Spenders zu beurteilen. Liegt dieser vor, kann allein an die Mißachtung von Formvorschriften kein strafrechtliches Unrecht wegen eines Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit geknüpft werden.

¹⁵²⁹ Vgl. KG JR 1954, 429.

¹⁵³⁰ Eingeschränkte Willenserklärungstheorie, vgl. Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, 42 ff.; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allg. Teil, § 17 Rn. 104; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 228 Rn. 6; Kühne, JZ 1979, 241, 243; Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 13 Rn. 44; a. A. die Vertreter der sog. Willensrichtungstheorie, vgl. Noll, Die übergesetzlichen Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 134; Göbel, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, 135.

IV. Widerruf der Einwilligung

Die Einwilligung ist als tatsächliche Handlung ohne Bindung an bestimmte Gründe oder Fristen jederzeit frei widerruflich.¹⁵³¹ Als *actus contrarius* zur Erklärung der Einwilligung in die ärztliche Behandlung bedarf auch ihr Widerruf der Kundgabe nach außen. Die rein innere Entscheidung, sich nicht mehr an der Einwilligung festhalten lassen zu wollen, genügt nicht den Anforderungen der Erklärung im sozialen Bereich.¹⁵³² Durch diese Notwendigkeit wird der Patient nicht unverhältnismäßig in seinem Selbstbestimmungsinteresse beeinträchtigt. Denn aufgrund der Höchstpersönlichkeit der Willensentschließung steht der Widerruf der Einwilligung im freien Belieben des Patienten bzw. dessen Bevollmächtigten, so daß die individuelle Lebensentscheidung im Rahmen medizinischer Behandlungen jederzeit möglich bleibt.

Widerruft der entscheidungsfähige Patient seine Einwilligung, so darf die Behandlung nicht begonnen bzw. muß sie abgebrochen werden.¹⁵³³ Dem Arzt obliegt in diesem Fall die Pflicht, den Patienten auf die möglichen gesundheitlichen Folgen einer Unterbrechung deutlich und unmißverständlich hinzuweisen.¹⁵³⁴ Diese Einwirkung ist unter dem Aspekt der Gefahrenabwehr erforderlich, um dem zwar einsichtsfähigen, aber gegebenenfalls durch die momentane Situation - z.B. eines Eingriffs mit lokaler Betäubung - psychisch stark belasteten Patienten eine individuell vernünftige Entscheidung zu ermöglichen. Beharrt der einsichtsfähige Patient auf seinem Widerruf, so liegt in der bereits begonnenen, *lege artis* durchgeführten Behandlung keine strafbare Körperverletzung. Führt der Arzt jedoch trotz des Widerrufs mit seiner Behandlung fort, so ist dieses Vorgehen ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit. Untersagt der Patient dem Zahnarzt die geplante Zahnextraktion nach dem Erhalt der Betäubungsspritze, so stellt sich ein Weiterbehandeln als Exzeß dar. Als Nachwirkung der ursprünglichen, wenngleich widerrufenen Einwilligung reduziert sich vielmehr die Pflicht des Arztes auf eine gegebenenfalls erforderliche Notversorgung des Patienten, deren Umfang sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalles richtet.

¹⁵³¹ Göbel, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrecht, 137; Laufs, in: Jung/Schreiber (Hrsg.), Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht, 71, 81; Hirsch, LK-StGB, vor § 32 Rn. 112 ff. für die rechtfertigende Einwilligung.

¹⁵³² Vgl. Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allg. Teil, § 21 II 4 b; Roxin, Strafrecht Allg. Teil/I, § 13 V 50; a. A. Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 261.

¹⁵³³ So auch Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, 140. Dies gilt auch, wenn der einwilligungsfähige Patient schon eingeleitete, lebenserhaltende Maßnahmen abbrechen möchte, vgl. Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, DÄBl 95 (1998), C 1961.

¹⁵³⁴ Vgl. bereits BGH VersR 1954, 98; Schmidt, Gutachten für den 44. DJT, 116 ff.

Zum Problemkreis des Widerrufs einer Einwilligung wird im Schrifttum das scheinbar paradoxe Beispiel von Arzt diskutiert,¹⁵³⁵ daß der ängstliche Patient, der bereits mehrfach seine Einwilligung zur Operation widerrufen hat, den Operateur bittet, den nochmaligen Widerruf seiner Einwilligung nicht zu beachten. Zur interessengerechten Lösung dieses Sachverhaltes wird vom neueren Schrifttum erwogen, das Handeln des Arztes gemäß § 34 StGB zu rechtfertigen, wenn er sich - im wohlverstandenen gesundheitlichen Interesse des Patienten - über dessen Widerruf hinwegsetzt und die Behandlung durchführt. Dennoch erscheint dieser Gedanke die vorhandene Interessenlage nicht ausreichend zu berücksichtigen. Erreicht die Angst oder Wehleidigkeit nicht den Grad der Einsichts- und damit Einwilligungsunfähigkeit, so macht der - zugegeben willensschwache - Patient von seinem Selbstbestimmungsrecht Gebrauch, eine Behandlung abzulehnen. Leidet der Widerruf nicht am Mangel der Ernstlichkeit, so entfaltet er Bindungswirkung.¹⁵³⁶ Eine dennoch durchgeführte Behandlung gemäß § 34 StGB zu rechtfertigen,¹⁵³⁷ würde die Situation des entscheidungsschwachen Patienten mit der einer Notfalloperation an einem Einwilligungsunfähigen, dessen mutmaßlicher Wille nicht erforscht werden kann, gleichsetzen. Neben der Unvergleichbarkeit der beiden Fälle würde darüber hinaus die Rechtfertigung des Arztes von dem Gewicht der widerstreitenden Rechtsgüter bedingt, was für diesen ein unangemessenes strafrechtliches Risiko begründet.¹⁵³⁸ Der sich hier versteckt regende Ruf nach ärztlicher Fürsorge im Sinne des sonst zurückgedrängten ärztlichen Paternalismus würde den Patienten zugleich aufgrund der früher erteilten Einwilligung zur Duldung der Behandlung verpflichten; dies, obgleich sie seinem tatsächlichen Willen zum Zeitpunkt der Behandlung nicht mehr entsprechen muß.

Der Fall der dem biologischen Gesundheitsinteresse zuwiderlaufenden widerrufenen Einwilligung kann Patient und Arzt in eine mißliche, wenn nicht gar äußerst problematische Situation bringen. Dennoch kommt einem ernsthaften, im Besitz voller geistiger Urteilskraft ausgesprochenem Widerruf rechtsverbindliche Wirkung auch

¹⁵³⁵ Ausführlich mit instruktiven Hinweisen Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung, 263 ff.

¹⁵³⁶ Zu Recht davor warnend, daß sich Ärzte zu schnell über einen ernst gemeinten Widerruf wegsetzen Hager, in: Staudingers Kommentar zum BGB, § 823 Rn. I 110; Taupitz, Gutachten A 63. DJT2000, A 19.

¹⁵³⁷ So Noll, Die übergesetzlichen Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 133, für den Fall, daß die Verletzung des zunächst Einwilligenden nicht mehr ohne größere Schäden für andere unterlassen werden könnte; für die Situation des Widerrufs nach Beginn der ärztlichen Behandlung, wenn der Abbruch zu einer akuten Lebensgefährdung des Patienten führen würde, Eser, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 223 Rn. 46 i.V. 44; weitergehend Schmidt, Gutachten zum 44. DJT, Rn. 169 ff.

¹⁵³⁸ Richtig Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 266.

dann zu, wenn sich bei Einstellen oder Einschränken der ärztlichen Behandlung der biologische Zustand des Patienten verschlechtert. Dieser unbestreitbare, aber zugleich unvermeidbare Nachteil muß als Kehrseite der freien Selbstbestimmung hingenommen werden. Ein Schutz des aufgeklärten und informierten Patienten vor sich selbst ist mit dem keineswegs rein theoretischen Menschenbild des Grundgesetzes nicht vereinbar.¹⁵³⁹ Gleichwohl ist der Arzt in dieser Situation nicht von seiner Pflicht, den Patienten „mit allem Nachdruck und eindringlich“¹⁵⁴⁰ auf die Notwendigkeit eines Eingriffs hinzuweisen, entbunden. Zwar bewirkt die Verletzung der Aufklärungsobliegenheit nicht die Unwirksamkeit des Widerrufs.¹⁵⁴¹ Dem Arzt obliegt aber aufgrund Behandlungsübernahme eine Garantenstellung gegenüber dem Patienten. Ist dem Arzt infolge des Widerrufs ein Weiterbehandeln gerade verboten, so rechtfertigt die Behandlungsübernahme nicht den körperlichen Zwangeseingriff. Sie verpflichtet aber den Arzt zu vollständiger Aufklärung, so daß die unterlassene Aufklärung - je nach Lage des einzelnen Falles - zur strafrechtlichen Haftung wegen unechtem Unterlassen¹⁵⁴² führen kann.

V. Zeitpunkt der Einwilligung

Die Einwilligung in die ärztliche Behandlung muß vor¹⁵⁴³ der Behandlung ausdrücklich oder konkludent erklärt werden. Die nachträgliche Genehmigung kann im Hinblick darauf, daß das Strafrecht grundsätzlich der Disposition von Täter und Opfer entzogen ist, den bereits entstandenen staatlichen Strafanspruch nicht rückwirkend beseitigen.¹⁵⁴⁴ Die nachträgliche Zustimmung des hierzu Befugten muß dennoch nicht folgenlos bleiben. Das Arztstrafrecht beschäftigt sich schwerpunktmäßig mit der einfachen vorsätzlichen bzw. der fahrlässigen Körperverletzung und damit mit Delikten, die - soweit nicht die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses ein Einschreiten für geboten hält - eine Strafverfolgung an den Antrag des Geschädigten knüpfen. Der nachträglichen Entscheidung des Patienten, die Behandlung zu genehmigen, kommt

¹⁵³⁹ Sternberg-Lieben, a.a.O., 268, folgert demgegenüber aus dem Gedanken der Effektivierung der Grundrechte die Wirksamkeit des Ausschlusses der Widerrufsmöglichkeit.

¹⁵⁴⁰ BGH LM Nr. 6 zu §§ 230, 232 StGB.

¹⁵⁴¹ Zur Parallelproblematik „Ablehnung einer Behandlung“ im Zivilrecht Taupitz, Gutachen A, 63. DJT 2000, A 19, 33.

¹⁵⁴² Einzelheiten zur Körperverletzung durch Unterlassen vgl. § 17 der Abhandlung.

¹⁵⁴³ BGHSt 17, 359; Baumann/ Weber/ Mitsch, Strafrecht Allg. Teil, § 17 Rn. 105; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 117; für das Transfusionswesen vgl. § 6 Abs. 1 TFG, BR-Drs. 851/97, 6.

¹⁵⁴⁴ So bereits Heimberger, Strafrecht und Medizin, 14.

insoweit Bedeutung zu, als es bei ihm liegt, durch Stellung des Strafantrags¹⁵⁴⁵ das Augenmerk der staatlichen Ermittlungsbehörden auf den Fall zu lenken.

Aber auch auf die Frage der Einstellung gemäß §§ 153 ff. StPO ist die Genehmigung des Opfers nicht ohne Einfluß. Willigt der Patient erst nach Beginn der Behandlung und damit nach Überschreiten der Versuchsgrenze in die Heilbehandlung ein, kommt im Hinblick auf die fahrlässige Körperverletzung eine Strafbarkeit des Arztes mangels Versuchsstrafbarkeit, §§ 229, 12 Abs. 1, 23 Abs. 1 StGB nicht in Betracht. Soweit der Versuch des Straftatbestandes - wie auch seit dem sechsten Strafrechtsreformgesetz der einfachen Körperverletzung, § 223 Abs. 2 StGB - mit Strafe bedroht ist und der Arzt in Kenntnis der fehlenden Einwilligung handelt, ist im Falle des Erkennens der nachträglichen Einwilligung der Rücktritt infolge Unmöglichkeit der Vollendung der Tat¹⁵⁴⁶ versperrt. Daher hängt auch hier die Realisierung der staatlichen Strafdrohung maßgeblich vom Strafantrag des Geschädigten ab.¹⁵⁴⁷

VI. Einwilligungsfähigkeit des Patienten

1. Tatsächliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit

Die Einwilligung vermag nur Rechtswirkungen zu entfalten, wenn sie sich als ein „Akt wirklicher Selbstbestimmung“ erweist.¹⁵⁴⁸ Denn nur solange der Patient fähig und in der Lage ist, mit dem Arzt zu kommunizieren, können sich Entscheidungen an seinem¹⁵⁴⁹ autonomen Willen ausrichten. Um wirksam in die ärztliche Behandlung einzuwilligen, muß der Patient einsichts- und einwilligungsfähig¹⁵⁵⁰ sein.¹⁵⁵¹ Die Frage der Einwilligungsfähigkeit betrifft das Spannungsverhältnis zwischen Autonomie

¹⁵⁴⁵ Vgl. auch Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 241a.

¹⁵⁴⁶ Entgegen dem Willen des Patienten.

¹⁵⁴⁷ Zur Rechtslage in Österreich Proske, in: Schick (Hrsg.), Die Haftung des Arztes in zivil- und strafrechtlicher Sicht unter Einschluß des Arzneimittelrechts, 101, 104.

¹⁵⁴⁸ Bichlmeier, JZ 1980, 53 f. unter Verweis auf Stratenwerth, Strafrecht Allg. Teil, Rn. 376.

¹⁵⁴⁹ Zur Lebendspende von Organen, vgl. Kirste, MedR 1998, 266.

¹⁵⁵⁰ Instruktiv Amelung, ZStW 104 (1992), 525, 543, wonach die Anforderungen an eine vernünftige Entscheidung davon abhängen, daß die Entscheidung a) den subjektiven Wertmaßstäben des Rechtsgutsträgers entspricht und auf den Erwerb eines Vorteils, die Vermeidung eines Nachteils oder die Preisgabe eines dem Inhaber unwichtigen Rechtsgutes zielt, b) auf einer zutreffenden Würdigung der bewertungsrelevanten, objektiven Tatsachen und Kausalverläufe beruht und c) im Falle des Konflikts zwischen mehreren Rechtsgütern nach der subjektiven Bewertung des Patienten zur Konfliktlösung erforderlich ist.

¹⁵⁵¹ Zur Fremdbestimmung bei ärztlichen Eingriffen, Kern, NJW 1994, 753 ff.

einerseits und Fürsorge des Betroffenen andererseits.¹⁵⁵² Die Einwilligungsfähigkeit im Hinblick auf einen körperlichen Eingriff ist weder im Strafgesetzbuch und im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelt noch durch Jurisdiktion und Schrifttum hinreichend geklärt. Letzteres orientiert sich überwiegend an den von der Jurisdiktion entwickelten Kriterien.¹⁵⁵³ Diese fragt - unabhängig von der zivilrechtlichen Geschäftsfähigkeit¹⁵⁵⁴ als auch der strafrechtlichen Schuldfähigkeit und den damit verbundenen Altersgrenzen¹⁵⁵⁵ - allein danach, ob der Patient die tatsächliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit besitzt, die ihn dazu befähigt, „die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung zu ermessen“¹⁵⁵⁶ und damit seine Einwilligung auf der Grundlage der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit zu treffen. Entscheidend für die Bewertung der Einsichts- und Willensfähigkeit ist die Sachlage im Einzelfall.¹⁵⁵⁷

2. Minderjährige Patienten

Besonders klar treten die Unsicherheiten über die Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger hervor. So besteht Uneinigkeit darüber, ob der Jugendliche allein, seine Erziehungsberechtigten oder nur alle Parteien zusammen wirksam in die körperliche Behandlung einwilligen können. Zum Teil wird zumindest ein Vetorecht des Minderjährigen angenommen. Umstritten ist des weiteren, anhand welcher Umstände die Einwilligungsfähigkeit zu bemessen ist. Anerkannt ist lediglich, daß dem Lebensalter, der Tragweite und dem Risiko des Eingriffs gewisse Bedeutung zukommt.¹⁵⁵⁸

Die Erkenntnisse der heutigen Entwicklungsforschung belegen, daß Jugendliche zumindest ab einem Lebensalter von 14 Jahren geistig so weit entwickelt sind, daß sie eigene, auch vom Willen der gesetzlichen Vertreter abweichende Entscheidungen¹⁵⁵⁹

¹⁵⁵² Taupitz, Gutachten A, 63. DJT 2000, A 52.

¹⁵⁵³ Näher Amelung, ZStW 104 (1992), 522, 541 ff. m.w.N.

¹⁵⁵⁴ BGHZ 29, 33, 36; BGH JZ 1989, 93 f. mit Anm. Giesen; Paeffgen, NK-StGB, § 226a Rn. 9.

¹⁵⁵⁵ Vgl. insoweit § 19 StGB: „Schuldunfähig ist, wer bei Begehung der Tat noch nicht vierzehn Jahre alt ist“.

¹⁵⁵⁶ BGH NJW 1959, 811; aufschlußreich Amelung, ZStW 94 (1992), 525, 557 f.; ders., Vetorechte beschränkt Einwilligungsfähiger in Grenzbereichen medizinischer Interventionen; ders., Recht und Psychiatrie, 20 ff.; Neyen, Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 108.

¹⁵⁵⁷ Amelung, ZStW 104 (1992), 525, 557 f.; Neyen, Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht, 44 ff.

¹⁵⁵⁸ Ausführlich Taupitz, Gutachten A, 63. DJT 2000, A 54 ff.

¹⁵⁵⁹ Stark einschränkend Köhler, Strafrecht Allg. Teil, 252 f., wonach für Eingriffe in die Körperintegrität des Jugendlichen sowohl die Einwilligung des einsichtsfähigen Jugendlichen als auch grundsätzlich die Zustimmung der Personensorgeverpflichteten

über eine ärztliche Behandlung zu treffen vermögen. Dennoch erscheint es keineswegs zwingend, analog der Altersgrenze der Testierfreiheit die Vollendung des 16. Lebensjahres,¹⁵⁶⁰ entsprechend der straffen 14-Jahresgrenze der Religionsmündigkeit, § 5 S. 1 RelKErzG, oder der strafrechtlichen Verantwortlichkeit Minderjähriger,¹⁵⁶¹ § 19 StGB, eine absolute Untergrenze im Hinblick auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit Minderjähriger anzunehmen. Auch wenn die Einsichts- und Urteilsfähigkeit bei einem 16jährigen eher als bei einem 12- oder 13jährigen anzunehmen ist, so zeigt sich doch in den letzten Jahrzehnten kontinuierlich, daß der Reifeprozeß vom Kind zum Jugendlichen und letztlich zum Erwachsenen zunehmend früher einsetzt und damit durchaus auch vor Vollendung des 14. Lebensjahres weit fortgeschritten sein kann. Der Entwicklungsgrad eines Minderjährigen ist daher im konkreten Einzelfall von medizinischer Seite aus zu bestimmen.¹⁵⁶² Wenngleich eine unflexible Altersgrenze ein höheres Maß an Rechtssicherheit bieten würde, steht sie der wachsenden Eigenständigkeit Jugendlicher entgegen.¹⁵⁶³ Maßgebend müssen daher die individuellen Fähigkeiten des Betroffenen sein. Des weiteren ist die Einwilligungsfähigkeit nicht generell, sondern für den konkreten Eingriff zu bestimmen.¹⁵⁶⁴ Im Einzelfall kann es durchaus sachgerecht sein, einem unter 14jährigen nach seinem Entwicklungsstand und Reifeprozeß die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit im Hinblick auf die Bedeutung und Tragweite einer geringfügigen ärztlichen Behandlung in ihrem Für und Wider zuzubilligen,¹⁵⁶⁵ während mittlere bis schwere Eingriffe der Einwilligung der Personensorgeberechtigten bedürfen. Ausnahmen von diesem fließenden Übergang

vorausgesetzt sein soll.

¹⁵⁶⁰ Eser, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 223 Rn. 38; für den Bereich der Sexualmedizin modifizierend Deutsch, Medizinrecht, Rn. 444.

¹⁵⁶¹ So aber Roxin, Strafrecht Allg. Teil/I, § 13 V Rn. 56; nach Kern/ Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 29, soll auch im Zivilrecht bei Minderjährigen unter 14 Jahren immer die Einwilligung der Personensorgeberechtigten einzuholen sein.

¹⁵⁶² Helge, Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung 1998, 559.

¹⁵⁶³ Näher Rain, Die Einwilligung des Sportlers beim Doping, 77 ff.; Trockel, NJW 1972, 1493, 1495. Zur strafrechtlichen Einwilligung Minderjähriger in den HIV-Antikörpertest, Lesch, NJW 1989, 2309 ff.

¹⁵⁶⁴ Zur rechtfertigenden Einwilligung Lenckner, in: Schönke/ Schröder, StGB, vor § 32 Rn. 39 ff.

¹⁵⁶⁵ Der wissenschaftliche Beirat der Bundesärztekammer, DÄBl 1994, C 2031, spricht sich im Ausnahmefall dafür aus, bei etwas jüngeren als 14jährigen Patienten die Einsichts- und Urteilsfähigkeit anzunehmen. Für die starre 14-Jahresuntergrenze Kern, NJW 1994, 753, 755; Jäger, Mitspracherechte Jugendlicher bei persönlichen rechtlichen Entscheidungen: ein Rechtsvergleich mit Österreich und der Schweiz, 217 f.; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 109b. Kritisch zur Verordnung von Kontrazeptiva an Minderjährige unter 14 Jahren, Tröndle, MedR 1992, 320.

gelten jedoch in den Bereichen, in denen die Einsichtsfähigkeit kraft Gesetzes an bestimmte Altergrenzen gebunden ist,¹⁵⁶⁶ vgl. z.B. § 40 Abs. 2 Nr. 1 AMG,¹⁵⁶⁷ § 7 Abs. 1 Nr. 1a TPG.

3. Volljährige Patienten

Volljährige Personen sind grundsätzlich einwilligungsfähig, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte für psychische Defekte, Bewußtseinsstörungen etc. vorliegen. Allein die Verweigerung einer ärztlichen Behandlung oder das Beharren auf einer unvernünftigen Entscheidung zugunsten einer ärztlichen Behandlung¹⁵⁶⁸ bietet keinen zureichenden Grund, auf die fehlende Einsichtsfähigkeit zu schließen. Denn auch eine im Widerspruch zu objektiv vernünftigen Erwägungen getroffene Entscheidung kann durchaus im selbstbestimmten Eigeninteresse liegen.

Ein sinnvolles Aufklärungsgespräch und damit eine wirksame Einwilligung kommt aber nicht zustande, wenn der Patient - sei es vorübergehend oder endgültig - die entscheidungserheblichen Gesichtspunkte nicht erfassen und abwägen kann. Hiervon ist auszugehen, wenn der Patient binnen weniger Stunden schon zum zweiten Mal operiert wurde, erheblich sediert ist und aufgrund des Gesamtgeschehens unter einer schweren psychischen und physischen Belastung steht oder wenn der Entbindungsvorgang so weit fortgeschritten ist, daß die Patientin infolge der erheblichen psychischen und physischen Belastungen durch den Geburtsvorgang, der starken Schmerzen und der Einwirkung der verabreichten Schmerzmittel nicht mehr in der Lage ist, eine eigenverantwortliche relevante Entscheidung zu treffen.¹⁵⁶⁹

¹⁵⁶⁶ So kann in Anlehnung an die Testierfähigkeit, § 2229 Abs. 1 BGB, mit Vollendung des 16. Lebensjahres in die Organspende eingewilligt, in Anlehnung an die Religionsmündigkeit mit Vollendung des 14. Lebensjahres der Organspende widersprochen werden, § 3 Abs. 1 TPG.

¹⁵⁶⁷ Nach dem deutschen Arzneimittelrecht und dem Medizinproduktegesetz ist abgesehen vom Heilversuch unter engen Voraussetzungen eine klinische Forschung an Minderjährigen zulässig, soweit es um die Prüfung von Diagnostika und Prophylaktika geht. Der Wille des Minderjährigen wird nach den Regelungen nur dann berücksichtigt, wenn er in der Lage ist, Wesen, Bedeutung und Tragweite der klinischen Prüfung einzusehen und seinen Willen aufgrund dieser Kenntnisse zu bestimmen. Nach dem von Deutschland nicht unterzeichnete Menschenechtsübereinkommen zur Biomedizin vom 5. April 1997 ist die Ablehnung des Betroffenen stets zu beachten, vgl. Art. 17 Abs. 1 Punkt v.

¹⁵⁶⁸ Z.B. die Extraktion sämtlicher Zähne, obgleich medizinisch keinerlei Anhaltspunkte dafür bestanden, daß damit die heftigen migräneartigen Kopfschmerzen beseitigt werden können. So auch Horn, SK-StGB, § 226a a.F. Rn. 3; Kühl, Strafrecht Allg. Teil, § 9 Rn. 33; Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 13 Rn. 58 m.w.N.; a. A. BGH NJW 1978, 1206.

¹⁵⁶⁹ BGH NJW 1993, 2372 ff.

4. Fremdbestimmung

Fehlt dem Patienten die erforderliche Einsichts- und Willensfähigkeit und damit die Entscheidungskompetenz, entsteht kein rechtliches Vakuum.¹⁵⁷⁰ Die Entscheidung über Beginn, Fortsetzung, Eskalation oder Absetzen therapeutischer Maßnahmen¹⁵⁷¹ ist vielmehr von den hierzu Berufenen - unter weitestmöglicher Beachtung des Patientenwillens - zu treffen.¹⁵⁷² Daher ist die Einwilligung grundsätzlich desjenigen einzuholen, der an Stelle des Patienten - nach entsprechender Aufklärung¹⁵⁷³ - zu entscheiden hat.¹⁵⁷⁴

a. Fremdbestimmung bei Minderjährigen

aa. Allgemeine Grundsätze

Dies sind bei noch nicht einsichtsfähigen Minderjährigen regelmäßig die miteinander verheirateten Eltern, denen von Verfassung wegen die Geschicke ihrer minderjährigen Kinder anvertraut sind, Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG.¹⁵⁷⁵ Als Orientierung gelten auch im Strafrecht zu Recht die Regelungen der §§ 1626 ff. BGB, wonach bei gemeinsamem Personensorgerecht die Einwilligung wirksam nur im Einvernehmen beider Elternteile erklärt werden kann.¹⁵⁷⁶ Sind die Eltern bei Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, so steht der Mutter allein die elterliche Sorge zu, wenn die Eltern nicht erklären, daß sie die Sorge gemeinsam übernehmen wollen oder einander heiraten,

¹⁵⁷⁰ Ausführlich zur Betreuung, ihre Grenzen und grundrechtlichen Dimensionen Lipp, Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson.

¹⁵⁷¹ Auch bei der Blutspende ist die Fremdbestimmung im Rahmen der allgemeinen Grundsätze zulässig, BR-Drs. 851/97, 19 zu § 6 Abs. 1. Aufgrund der altruistischen Zielrichtung der Spende kommt dem Vetorecht des Einwilligungsunfähigen aber besonders große Bedeutung zu. Demgegenüber knüpft die Wirksamkeit einer Einwilligung in die Lebendspende von Organen an die Volljährigkeit und Einwilligungsfähigkeit an, vgl. § 8 TPG.

¹⁵⁷² So auch Begründung zum Referentenentwurf 1996, 137.

¹⁵⁷³ Laufs, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 66 Rn. 7.

¹⁵⁷⁴ Zur Ausübung des Selbstbestimmungsrechtes bei älteren Menschen, wenn eine zeitliche, räumliche oder zur Person bezogene Orientierung nicht mehr möglich ist, vgl. Pistreich, in: Heim (Hrsg.), 9. Symposium der Kaiserin-Friedrich-Stiftung für Juristen und Ärzte, Medizinische und juristische Probleme älterer Menschen, 123, 130.

¹⁵⁷⁵ Amelung, Vetorechte beschränkt Einwilligungsfähiger im Grenzbereich medizinischer Interventionen, 12; Dierks, Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung 1998, 560 f.

¹⁵⁷⁶ Der Arzt bedarf daher der Einwilligung beider Elternteile, vgl. BGH NJW 1988, 2946, 2948.

§ 1626a BGB. Darüber hinaus kann jeder Elternteil den anderen ausdrücklich oder konkludent ermächtigen, im Einzelfall oder in bestimmten festgelegten Situationen für ihn mitzuhandeln.

In Frage kommt außerdem eine Vertretung des Kindes nach den Grundsätzen der auch im außerrechtsgeschäftlichen Bereich anwendbaren Anscheinsvollmacht,¹⁵⁷⁷ die sich mangels entgegenstehender Anhaltspunkte unter anderem daraus ergeben kann, daß ein Elternteil das Kind zur Behandlung oder gegebenenfalls zu einer Operation in das Krankenhaus begleitet. Geht es hingegen um die Vornahme eines Eingriffs schwerer Art mit nicht unbedeutenden Risiken, liegt es beim Arzt, sich zu vergewissern, ob der erschienene Elternteil mit Ermächtigung des Abwesenden vorspricht. Nach zutreffender Ansicht des Bundesgerichtshofs darf der Arzt jedoch grundsätzlich auf eine wahrheitsgemäße Auskunft des erschienenen Elternteils vertrauen. Eine übertriebene Förmerei würde häufig dem Vertrauensverhältnis zwischen dem Arzt und den Sorgeberechtigten eines behandlungsbedürftigen Kindes abträglich sein. Bei gravierenden Eingriffen mit weitreichenden Folgen darf sich die Behandlungsseite freilich nicht auf eine Ermächtigung verlassen, sondern muß sich ausdrücklich vergewissern, ob beide Elternteile in die Behandlung einwilligen.¹⁵⁷⁸ Liegt Gefahr im Verzug vor, so z.B. für den Fall einer Notoperation, ist jeder Elternteil im Rahmen des sogenannten Notvertretungsrechts berechtigt, alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die zum Wohl des Kindes erforderlich sind, § 1629 BGB. Bei der Ausübung des Personensorgerechts ist den Eltern ein am Wohl des Kindes orientierter¹⁵⁷⁹ Ermessensspielraum eingeräumt.¹⁵⁸⁰ Dieser wird jedoch bei einer das Kindeswohl konkret gefährdenden Entscheidung überschritten, § 1666 BGB. Als Leitlinie kann gelten, daß eine medizinisch indizierte, lege artis durchgeführte Behandlung dem Wohl des Kindes entspricht. Persönliche Überzeugungen der Eltern haben insoweit zurückzutreten. So widerspricht die Verweigerung der Einwilligung zu einer lebensnotwendigen Bluttransfusion aufgrund religiöser Überzeugung der Eltern¹⁵⁸¹ grundsätzlich dem Kindeswohl. Lehnen die Eltern hingegen die Fortführung einer ärztlichen Behandlung ab, um dem Kind im Endstadium einer tödlich verlaufenden Erkrankung weiteres Leiden zu ersparen, ist ein

¹⁵⁷⁷ BGH NJW 1988, 2946 ff.

¹⁵⁷⁸ BGH NJW 1988, 2946 ff.; Deutsch, Medizinrecht, Rn. 145; aufgrund der hiermit verbundenen Unsicherheit und den fließenden Übergängen von normalen zu schwerwiegenden Eingriffen kritisch Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 109c

¹⁵⁷⁹ Vgl. § 1627 Abs. 1 S. 1 BGB; Sterberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 255; Taupitz, Gutachten A, 63. DJT 2000, A 74.

¹⁵⁸⁰ Mit Ausnahme der Sterilisation, in die weder die Eltern noch das minderjährige Kind einwilligen können, vgl. § 1631c BGB.

¹⁵⁸¹ OLG Hamm NJW 1968, 212 f.

Sorgerechtsmißbrauch nicht gegeben.¹⁵⁸² In Not- oder Eilfällen, die zur Vermeidung nicht wiedergutzumachender gesundheitlicher oder körperlicher Schäden zu unaufschiebbaren Maßnahmen zwingen, kann der Arzt bis zur Eilentscheidung des Gerichts im Interesse des Kindes die erforderlichen Handlungen gemäß § 34 StGB vornehmen.¹⁵⁸³ In dieser Extremsituation vermag auch die Entscheidung des Elternteils, der sich am Wohl des Kindes orientiert, trotz entgegenstehender Meinung des anderen den erforderlichen Eingriff zu legitimieren. Liegt aber kein Not- oder Eilfall vor und ist eine weitreichende und wichtige Entscheidung für das Wohl des Kindes zu treffen, so bedarf es für die Zeit der Gefahr für das Kindeswohl einer gerichtlichen Regelung, §§ 1666 Abs. 1,¹⁵⁸⁴ 1696 BGB. In diesem Fall tritt die Entscheidung des Familiengerichts¹⁵⁸⁵ an die Stelle der elterlichen Entscheidung.

Gemäß § 1666 Abs. 2 BGB kann das Gericht die Erklärung auch nur eines Elternteils ersetzen. Diese Regelung bezieht sich nach der Begründung zwar primär auf den Fall, daß nur ein Sorgeberechtigter vorhanden ist.¹⁵⁸⁶ Diesem Fall ist aber gleichgestellt, wenn ein Elternteil, ohne daß eine rechtliche bzw. tatsächliche Verhinderung im Sinne von §§ 1673, 1674 BGB vorliegt, die Einwilligung verweigert. Denn hier ist, von ‚Gefahr im Verzug‘ abgesehen, der am Kindeswohl orientierte Personensorgeberechtigte im Regelfall nicht zur Alleinvertretung berechtigt. Entzieht das Familiengericht dem die Einwilligung verweigern den Elternteil die elterliche Sorge gemäß § 1666 Abs. 1 BGB, so wird für die Zeit der rechtlichen Verhinderung gemäß § 1909 BGB ein Ergänzungspfleger bestellt.¹⁵⁸⁷ Die Regelung des § 1678 Abs. 1 I. Halbsatz¹⁵⁸⁸ führt nicht zu einer alleinigen Ausübung durch den anderen Elternteil, wenn dem verweigern den Elternteil das Sorgerecht gemäß § 1666 BGB entzogen wurde. In diesen Fällen geht

¹⁵⁸² Ulsenheimer, in: Dierks/ Graf-Baumann/ Lenard, 65, 80.

¹⁵⁸³ Auf den mutmaßlichen Willen des Vormundschaftsgerichts abzustellen, erscheint nicht interessengerecht, so aber Müller, in: Roxin/ Schroth (Hrsg.), Medizinstrafrecht, 29, 39.

¹⁵⁸⁴ In dringenden Fällen ist eine vorläufige Anordnung möglich. Ist die Gefährdungssituation des § 1666 Abs. 1 BGB nicht erreicht, kann bei Meinungsverschiedenheiten der Eltern auf Antrag eines Elternteils das Familiengericht die Entscheidung auf einen Elternteil übertragen, § 1628 Abs. 1 BGB.

¹⁵⁸⁵ Taupitz, Gutachten A, 63. DJT, A 80 f. unter Hinweis darauf, daß trotz Amtsermittlungsgrundsatz jemand die Initiative ergriffen haben muß, das Gesetz mithin eine per se Kontrolle des Familiengerichts grundsätzlich nicht vorsehe.

¹⁵⁸⁶ Zur vergleichbaren Regelung des § 1631a BGB vgl. Beschlußempfehlung, BT-Drs. 8/2788, 50 sowie Hinz, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Familienrecht II, § 1631a Rn. 34; § 1666 Rn. 57.

¹⁵⁸⁷ Schwab, in: Münchener Kommentar, Familienrecht II, § 1909 Rn. 36.

¹⁵⁸⁸ § 1678 Abs. 1 I. Hs lautet: „Ist ein Elternteil tatsächlich verhindert, die elterliche Sorge auszuüben, oder ruht seine elterliche Sorge, so übt der andere Teil die elterliche Sorge allein aus.“

§ 1909 BGB vor.¹⁵⁸⁹ Bei der Entscheidung ist der noch nicht einsichtsfähige Minderjährige mit zunehmender Reife an der Willensbildung zu beteiligen und ein Einvernehmen mit ihm anzustreben, § 1626 Abs. 2 BGB.¹⁵⁹⁰

bb. Behandlung schwerstgeschädigter Neugeborener

Als besonderes Problem der Sorgerechtsausübung stellt sich die Entscheidung für oder gegen eine Behandlung schwerstgeschädigter Neugeborener dar.¹⁵⁹¹ Im Hinblick auf die ständige Zunahme gravierender Zerebralpareesen bei überlebenden extremen Frühgeborenen, deren Sterblichkeit ständig zurückgeht, gewinnt die Frage: wer bestimmt, wie krank ein Kind sein darf und muß, damit die Behandlung begonnen, fortgeführt oder aufgegeben werden sollte, zunehmend an Gewicht. Sind es die Eltern, denen regelmäßig kraft Gesetzes das Recht der elterlichen Sorge zusteht? Ist es das Familiengericht, § 1666 Abs. 1 BGB,¹⁵⁹² das bei Gefährdung des Kindeswohls die erforderlichen Maßnahmen mit Wirkung auch gegenüber Dritten trifft, wenn die Eltern nicht gewillt oder in der Lage sind, die Gefahr abzuwenden, das Vormundschaftsgericht im Rahmen der Ergänzungspflegschaft, § 1909 BGB¹⁵⁹³ oder ist es der Arzt kraft seiner fachlichen Kompetenz?

In diesem Bereich werden Grenzen deutlich, die nicht konfliktlos überschritten werden können. Auch Regelungen wie die des § 1627 BGB, wonach die elterliche Sorge zum

¹⁵⁸⁹ KG FamRZ 1973, 152; Hintz, in: Münchener Kommentar, Familienrecht II, § 1678 Rn. 11.

¹⁵⁹⁰ Zum Vetorecht des nicht Einwilligungsfähigen ausführlich Taupitz, Gutachten A, 63. DJT 2000, A 75 ff.

¹⁵⁹¹ Hierzu Hanack, MedR 1985, 33 ff.; Hiersche/ Hirsch/ Graf-Baumann (Hrsg.), Grenzen der ärztlichen Behandlungspflicht bei schwerstgeschädigten Neugeborenen; Holschneider/ Holschneider, AR 1998, 97 ff.; Löwenich, MedR 1985, 30 ff.

¹⁵⁹² § 1666 Abs. 1 i.d.F. v. 16.12.1997, BGBl I, 2945 ff. BGB lautet:
„Wird das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes oder sein Vermögen durch mißbräuchliche Ausübung der elterlichen Sorge, durch Vernachlässigung des Kindes, durch unverschuldetes Versagen der Eltern oder durch das Verhalten eines Dritten gefährdet, so hat das Familiengericht, wenn die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage sind, die Gefahr abzuwenden, die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen zu treffen.“

¹⁵⁹³ § 1909 Abs. 1 BGB lautet: „Wer unter elterlicher Sorge oder unter Vormundschaft steht, erhält für Angelegenheiten, an deren Besorgung die Eltern oder der Vormund verhindert sind, einen Pfleger. Er erhält insbesondere einen Pfleger zur Verwaltung des Vermögens, das er von Todes wegen erwirbt oder das ihm unter Lebenden unentgeltlich zugewendet wird, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung, der Zuwendende bei der Zuwendung bestimmt hat, daß die Eltern oder der Vormund das Vermögen nicht verwalten sollen.“

Wohl des Kindes auszuüben ist, vermögen kaum weiterzuhelfen, weil es in dieser Entscheidungssituation keinen gesetzlich faßbaren Regelfall gibt. Der behandelnde Arzt und die betroffenen Eltern müssen bei ihrer keineswegs autonom-beliebigen,¹⁵⁹⁴ sondern im Dienste des Kindes vorzunehmenden Abwägung berücksichtigen, daß den geschädigten Kindern und ihren Eltern etliche von gesunden Frühgeborenen gegenüberstehen. Welcher dieser beiden Gruppen ein Kind angehören wird, ist häufig nicht vor Beginn der Behandlung festzustellen.

Sind sich Eltern und behandelnder Arzt über das ‚Ja‘ zur Behandlung einig, so entspricht diese Entscheidung dem ethischen Grundsatz, daß in vielen Fällen mit der Therapie begonnen werden muß, um die Chancen für das Kind auszuloten.¹⁵⁹⁵ Erreicht die Behandlung aber den Grad der ‚Aktivität um jeden Preis‘, so ist das Kindeswohl dadurch möglicherweise ebenso gefährdet wie bei einem zwischen Arzt und Eltern einverständlich abgeklärten Nichtstun im Sinne einer passiven Sterbehilfe, wenn dem Kind tatsächlich zu helfen wäre.¹⁵⁹⁶

Besteht keine Einigkeit zwischen Eltern und behandelndem Arzt, liegt die fachliche Einschätzungsprerogative zunächst beim Arzt.¹⁵⁹⁷ Denn er ist von Rechts wegen gehalten, das bedrohte Leben des Neugeborenen zu bewahren, wenn sich die Behandlung nicht allein als Verlängerung des Sterbens darstellt. Verweigern die Sorgeberechtigten die Einwilligung in die Behandlung, liegt es in letzter Konsequenz beim Familiengericht, § 1666 BGB, den Eltern für die Zeit der Behandlung das Sorgerecht zu entziehen. Für die insoweit an der Personensorge rechtlich verhinderten Eltern wird ein Pfleger bestellt, § 1909 BGB.¹⁵⁹⁸ Im Notfall ist der Arzt gemäß § 34 StGB¹⁵⁹⁹ zur vorläufigen Behandlung ohne gerichtliche Entscheidung berechtigt.¹⁶⁰⁰

¹⁵⁹⁴ Vgl. bereits Hagedorn, Die Entbehrlichkeit der Einwilligung und Aufklärung bei Heilbehandlung nach dem Strafgesetzbuch - Entwurf 1962 -, 41 f.

¹⁵⁹⁵ Melchert, in: Bauer (Hrsg.), Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts, 29, 33.

¹⁵⁹⁶ Zu den Grenzen des zulässigen Therapieabbruchs bzw. -verzichts, Ulsenheimer, MedR 1994, 425, 427.

¹⁵⁹⁷ BGH MedR 1985, 43.

¹⁵⁹⁸ Eser, in: Festschrift Narr, 47, 54.

¹⁵⁹⁹ Vgl. Grünwald, in: Göppinger (Hrsg.), Arzt und Recht, 125, 134.

¹⁶⁰⁰ Ulsenheimer, MedR 1994, 425, schildert den Fall eines körperlich schwer mißgebildeten Kindes. Die Ärzte hatten nach der Geburt ein irreparables caudales Dysplasiesyndrom mit der Gefahr einer Wasserkopfbildung, eine Anomalie der Lendenwirbel und einen operativ korrigierbaren Verschuß der Darmöffnung festgestellt, was eine zuverlässige Funktion der Blasen- und Mastdarmkontrolle unwahrscheinlich machte. Hinweise auf einen zerebralen Schaden fanden sich nicht. Die Eltern verweigerten die Einwilligung zur Operation des Darmverschlusses. Nachdem die Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht eingeholt war, verweigerte der Anästhesist seine Mitwirkung an der Operation aufgrund der schweren Mißbildungen und der mangelnden Einwilligung der Eltern. Das

Verweigert der Arzt hingegen die Behandlung entgegen dem Willen der Sorgeberechtigten, so steht ihm zwar zunächst aufgrund seines Fachwissens ein Beurteilungsspielraum im Hinblick auf die Chancen des Neugeborenen zu. Seine Entscheidung ist für das Kind freilich irreversibel und kann im Falle der Fehleinschätzung zu einem Überleben mit erheblichen Schäden führen. Demgemäß besteht für den Arzt in dieser Situation die Verpflichtung, das Vormundschaftsgericht einzuschalten.¹⁶⁰¹ Teilt dieses die Auffassung des Arztes und werden damit die Grenzen des Rechts sichtbar, sollten jedoch - entsprechend den Einbecker Empfehlungen aus dem Jahre 1992¹⁶⁰² - aus ethischen Gründen vor einem Behandlungsverzicht alle verfügbaren Möglichkeiten, auch die Verlegung in eine andere Klinik, ausgelotet werden. Ist diese nicht möglich, ist mit den Eltern, dem Pfleger und dem Arzt eine für alle Beteiligten tragfähige Entscheidung zu suchen. Die Lösung dieser schwierigen Situation wird - wie Melchert eindringlich schildert - von vielen Faktoren bedingt.¹⁶⁰³ Da aber dem individuellen Leiden eines schwerstgeschädigten Frühgeborenen in der Intensivbehandlung größere Bedeutung für die ärztliche Entscheidung zukommen muß als eine statistische Überlebenswahrscheinlichkeit, kann sich auch eine dem menschlichen Leben verpflichtete ärztliche Humanität im konkreten Einzelfall dafür entscheiden, unmenschliches Leiden nicht sinnlos zu verlängern.¹⁶⁰⁴ Vermag die Behandlung nur ein in Bälde zu erwartender

Kind verstarb am 12. Lebenstag an einem septischen Schock. Die Staatsanwaltschaft stellte den Fall ein.

¹⁶⁰¹ Hanack, MedR 1985, 33, 38; Uhlenbruck, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 58 Rn. 3; Ulsenheimer, MedR 1994, 425, 428.

¹⁶⁰² Einbecker Empfehlungen über die Grenzen ärztlicher Behandlungspflicht bei schwerstgeschädigten Neugeborenen - revidierte Fassung 1992, MedR 1992, 206.

¹⁶⁰³ Vgl. auch Laufs, in: Universitätsgesellschaft Heidelberg (Hrsg.), Heidelberger Jahrbücher XXIV, 1980, 1, 11.

¹⁶⁰⁴ Im einzelnen ist hier vieles umstritten, vgl. Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, vor § 211 Rn. 5 m.w.N. Aber auch die Grundsätze der Bundesärztekammer, DÄBl 95 (1998), 1691 (II.): „Bei Neugeborenen mit schwersten Fehlbildungen oder schweren Stoffwechselstörungen, bei denen keine Aussicht auf Heilung oder Besserung besteht, kann nach hinreichender Diagnostik und im Einvernehmen mit den Eltern eine lebenserhaltende Behandlung, die ausgefallene oder ungenügende Vitalfunktion ersetzt, unterlassen oder nicht weitergeführt werden. Gleiches gilt für extrem unreife Kinder, deren unausweichliches Sterben abzusehen ist und für Neugeborene, die schwerste Zerstörungen des Gehirns erlitten haben. Eine weniger schwere Schädigung ist kein Grund zur Vor-enthaltung oder zum Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen, auch dann nicht, wenn Eltern dies fordern. Ein offensichtlicher Sterbevorgang soll nicht durch lebenserhaltende Therapie künstlich in die Länge gezogen werden. Alle diesbezüglichen Entscheidungen müssen individuell erarbeitet werden. Wie bei Erwachsenen gibt es keine Ausnahmen von der Pflicht zu leidensmindernder Behandlung, auch nicht bei unreifen Frühgeborenen.“

Tod hinauszuzögern, ist entsprechend der Rechtslage beim Erwachsenen¹⁶⁰⁵ das Sterbenlassen unter Wahrung von Würde und in Schmerzfreiheit zulässig.¹⁶⁰⁶ Die Pflicht zur Gewährung der Grundversorgung, leidenslindernder Maßnahmen und menschlicher Zuwendung bleibt hiervon unberührt.¹⁶⁰⁷

b. Fremdbestimmung bei Volljährigen

aa. Behinderte volljährige Patienten

Psychisch Kranke und geistig Behinderte bedürfen im Hinblick auf das Erfordernis einer wirksamen Einwilligung in die ärztliche Behandlung des besonderen Augenmerks. Ihnen kommt als rechts- und handlungsfähige Personen grundsätzlich der volle Strafrechtsschutz zu. Eine andere Frage ist jedoch, ob die konkrete Person willens-, einsichts- und damit auch entscheidungsfähig in eigenen Angelegenheiten ist, § 1896 Abs. 1 BGB. Diese - von der Geschäftsfähigkeit zu trennende - Frage wird regelmäßig nur von dem sachverständigen Arzt zu beantworten sein.¹⁶⁰⁸ Liegt das vorausgesetzte Defizit vor und kann der Patient seine Angelegenheiten nicht (mehr) selbst besorgen, bedarf es auch in Fragen der Gesundheitsfürsorge der Bestellung eines Betreuers, vgl. §§ 1896, 1901, 1904 BGB. Seine Einwilligung ist aber nicht frei, sondern dem Wohl und grundsätzlich auch den Wünschen des Betreuten verpflichtet, §§ 1901 Abs. 2, 3, 1901a, 1904 Abs. 2 BGB.¹⁶⁰⁹

bb. Behandlung in der Intensivmedizin

Besondere rechtliche, aber auch ethische Schwierigkeiten treten in der Intensivmedizin aufgrund der vom Normalfall beträchtlich abweichenden Patientensituation auf. Häufig bewußtlos, intubiert und beatmet, befindet sich der Patient nicht in der Lage, einen

¹⁶⁰⁵ Z.B. BGH JR 1998, 159, 160 mit Anm. Dölling sowie Opperbecke/ Weißbauer, MedR 1998, 395 ff.

¹⁶⁰⁶ Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, DÄBl 95 (1998), 1691 (II.). Problematisch ist die beim Erwachsenen geforderte Einschränkung „gemäß dem erklärten oder mutmaßlichen Patientenwillen“. Da das schwerstgeschädigte Neugeborene naturgemäß keinen Willen fassen kann, die Eltern häufig mit einer sachlichen Entscheidung überfordert sind und auch aufgrund der knappen Zeit eine Pflegerbestellung häufig unmöglich ist, wird unter diesen Voraussetzungen regelmäßig eine Entscheidung nach dem objektivierten Willen des verständigen Dritten gefällt.

¹⁶⁰⁷ Beckmann, MedR 1998, 155, 159.

¹⁶⁰⁸ BGHZ 29, 45, 51.

¹⁶⁰⁹ Saliger, JuS 1988, 16 ff.

Willen zu fassen bzw. diesem Ausdruck zu verleihen.¹⁶¹⁰ Ist im Ausnahmefall mit dem Patienten eine Kommunikation durchführbar, kann trotzdem aufgrund der belastenden Rahmenbedingungen von einer kompetenten Einbeziehung des Betroffenen in die anstehenden medizinisch-ethischen Entscheidungen nur selten ausgegangen werden.¹⁶¹¹ Versagt das Selbstbestimmungsprinzip für den Patienten, so ist sein mutmaßlicher Wille¹⁶¹² und nicht das Ermessen der behandelnden Ärzte oder sonstiger Dritter rechtlicher Maßstab dafür, welche Eingriffe zulässig sind und wie lange sie fortgesetzt werden dürfen.¹⁶¹³

Bleibt ausreichend Zeit, so wird auf Antrag oder von Amts wegen ein Betreuer¹⁶¹⁴ bestellt, § 1896 BGB. Ihm obliegt es, nach ärztlicher Aufklärung die Entscheidung über die ärztlichen Schritte unter Beachtung der Wünsche und des Wohls des Betreuten zu treffen. Bei begründeter Gefahr, daß der Betreute aufgrund der Behandlung verstirbt oder aber einen schweren oder länger andauernden gesundheitlichen Schaden erleidet, muß die Einwilligung des Betreuers zusätzlich durch das Vormundschaftsgericht genehmigt werden,¹⁶¹⁵ § 1904 Abs. 1 S. 1 BGB.¹⁶¹⁶ Ist mit dem Aufschub der ärztlichen Maßnahme Gefahr verbunden, § 1904 Abs. 1 S. 2 BGB,¹⁶¹⁷ entfällt das Genehmigungserfordernis. Neben den medizinischen und biologischen Faktoren bildet dann der mutmaßliche Wille¹⁶¹⁸ des Patienten die Leitlinie des ärztlichen Vorgehens.¹⁶¹⁹ Im Gegensatz zur tatsächlichen Einwilligung des Patienten beschreibt die mutmaßliche

¹⁶¹⁰ Opderbecke/ Weißauer, MedR 1998, 395, 396.

¹⁶¹¹ Vgl. Bender, in: Bauer (Hrsg.), Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts, 102 ff.; Meran, in: Hinrichsen/ Sass/ Viehues (Hrsg.), Patientenverfügung und stellvertretende Entscheidung in rechtlicher, medizinischer und ethischer Sicht, 4.

¹⁶¹² Näher BT-Drs. 11/4528, 142 im Falle der Betreuerbestellung; vgl. auch Rieger, Die mutmaßliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch, 71 ff.

¹⁶¹³ Zur Ermittlung des mutmaßlichen Willens vgl. BGHSt 35, 246, 249 f.; 37, 376 ff.

¹⁶¹⁴ Zur Betreuerbestellung bei einer hirntoten Schwangeren, vgl. AG Hersbruck MedR 1993 mit Anm. Kern.

¹⁶¹⁵ BGHSt 40, 257 ff. Vgl. auch Saliger, JuS 1999, 16. Kritisch zur Anwendbarkeit der Norm auf die passive Sterbehilfe bei fehlender Willensäußerung des Betroffenen, Seitz, ZRP 1998, 417, 419.

¹⁶¹⁶ § 1904 Abs. 1 BGB lautet: „Die Einwilligung des Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff bedarf der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht, wenn die begründete Gefahr besteht, daß der Betreute aufgrund der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet. Ohne Genehmigung darf die Maßnahme nur durchgeführt werden, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist“.

¹⁶¹⁷ Zu einzelnen Voraussetzungen Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, 94 ff.

¹⁶¹⁸ Der tatsächliche freie Wille kann in dieser Situation häufig nicht erfragt werden.

¹⁶¹⁹ Grundsätze der Bundesärztekammer zur Sterbebegleitung, DÄBl 95 (1998), 1691 (IV.).

Einwilligung einen Rechtfertigungsgrund.¹⁶²⁰ Unter diesen Umständen greift der Arzt in die Rechtsgüter des Patienten anhand eines auf objektiven Kriterien beruhenden Werturteils ein. Wenngleich der Inhalt des Willens primär aus den persönlichen Umständen des Patienten, seinen individuellen Wertvorstellungen und Wünschen zu ermitteln ist, besteht dennoch die Gefahr, daß die ärztliche Handlung vom wirklichen Willen des Rechtsgutsträgers abweicht. Denn gerade bei persönlichen Entscheidungen wie der Einwilligung in eine ärztliche Behandlung oder auch in deren Abbruch hat der Betroffene im Regelfall die Möglichkeit der Meinungsänderung im entscheidenden Moment.¹⁶²¹ Eine Garantie der Aktualität und Individualität der Willensentscheidung ist bei der mutmaßlichen Einwilligung nicht in dem Maße gegeben wie bei der tatsächlichen Einwilligung. Die sich hieraus ergebenden Risiken im Hinblick auf das Abweichen von der authentischen Einwilligung dürfen nicht vernachlässigt werden, selbst wenn sie aufgrund der hypothetischen Annahme nicht nach außen treten.¹⁶²² Die medizinischen Handlungsalternativen wie sie bei einem im irreversiblen Koma liegenden Patienten bestehen - so z.B. Ernährungseinstellung oder Fortführung - verdeutlichen, daß unterschiedliche, sich gegebenenfalls gegenseitig ausschließende Vorgehensweisen konkret möglich sind. Damit entsteht selbst bei Würdigung aller erkennbaren Umstände die konkrete Gefahr, die falsche Entscheidung zu treffen. Die mutmaßliche Einwilligung ist daher dem erlaubten Risiko¹⁶²³ angenähert.¹⁶²⁴ Eine Rechtsgutsverletzung ist nicht von vornherein auszuschließen, so daß Veranlassung besteht, die tatsächliche und mutmaßliche Einwilligung ungleich zu behandeln.¹⁶²⁵ Die mutmaßliche Einwilligung stellt lediglich eine Hilfskonstruktion dar, falls die tatsächliche Einwilligung nicht vorliegt oder nicht rechtzeitig eingeholt werden kann. Aus dem Grunde gilt der Grundsatz der Subsidiarität. Die mutmaßliche Einwilligung kommt in Betracht bei internen Güter- und Interessenkollisionen im Seins- und Bestimmungsbereich des Verletzten, die durch einen seinem Sinne entsprechenden Eingriff von außen zu lösen sind“ oder weil die „Preisgabe seiner Interessen zugunsten

¹⁶²⁰ Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 13 Rn. 3; Tröndle, in: Tröndle/Fischer, StGB, vor § 32 Rn. 4. Für den Ausschluß des Tatbestandes Horn, in: SK-StGB, § 223 Rn. 36. Zipf, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 52, spricht der mutmaßlichen Einwilligung eigenständige Bedeutung ab.

¹⁶²¹ Zum Widerruf vgl. unter III. dieses Paragraphen.

¹⁶²² A.A. Heidner, Die Bedeutung der mutmaßlichen Einwilligung als Rechtfertigungsgrund, 143.

¹⁶²³ Hierunter werden im strafrechtlichen Schrifttum jedoch sehr unterschiedliche Kategorien verbunden, vgl. Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 18 Rn. 1.

¹⁶²⁴ Geppert, JZ 1988, 1024, 1025; Lenckner, in: Schöнке/Schröder, StGB, Vorbem. § 32 Rn. 56; Rieger, Die mutmaßliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch, 75 f.

¹⁶²⁵ Rieger, Die mutmaßliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch, 63 f.

Dritter¹⁶²⁶ wegen mangelndem oder geringem Eigeninteresse vermutet wird. Erstere Kategorie gewinnt insbesondere Relevanz, wenn der Patient nicht (mehr) in der Lage ist, einen eigenen Willen zu fassen und zu äußern, aber im Interesse des Lebens- oder Gesundheitsschutzes ärztliche Maßnahmen zwingend erforderlich sind. Die Intention der mutmaßlichen Einwilligung erfordert die Ermittlung des hypothetischen Willens des Patienten. Eine pflichtgemäße Prüfung ist aber nicht zu fordern.¹⁶²⁷ Sie würde dazu führen, daß der Arzt, der die konkreten Umstände nicht ausreichend berücksichtigt und geprüft hat, mangels subjektiver Rechtfertigung wegen vorsätzlicher Körperverletzung zu bestrafen wäre, selbst wenn er zutreffend davon ausgeht, daß sein Vorgehen dem tatsächlichen Willen des Patienten entsprochen hätte. Dieses Ergebnis ist aber widersprüchlich. Denn der ärztliche Eingriff steht sowohl objektiv als auch in der Vorstellung des Arztes mit der Rechtsordnung in Einklang. Hat der Arzt die Voraussetzungen der mutmaßlichen Einwilligung mangels sorgfältiger Prüfung der Bewertungsgrundlagen verkannt, weil er sich einen Sachverhalt vorstellt, bei dem eine Befragung des Patienten nicht mehr möglich gewesen wäre, befindet er sich im Erlaubnistatbestandsirrtum, der jedoch die Bestrafung wegen Fahrlässigkeit unberührt läßt.¹⁶²⁸

In die Erforschung des mutmaßlichen Willens sind frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen des Patienten ebenso wie seine religiöse Überzeugung und sonstigen persönlichen Wertvorstellungen mit einzubeziehen.¹⁶²⁹ Weiterhin sind - entsprechend den Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches oder auch des § 4 TPG¹⁶³⁰ und § 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB zugrundeliegenden Gedankens - die nächsten Angehörigen oder andere enge Bezugspersonen zu befragen.¹⁶³¹ Zudem müssen die gesamten Lebensumstände Berücksichtigung finden, soweit der Arzt sie in der gegebenenfalls knappen Zeit erforschen kann. Der im Wege des Wahrscheinlichkeitsurteils zu ermittelnde Wille kann durchaus vom Standpunkt des objektiven Betrachters unvernünftig sein.¹⁶³²

¹⁶²⁶ Jescheck/ Weigend, Strafrecht Allg. Teil, § 34 VII.

¹⁶²⁷ A.A. Lenckner, in: Festschrift H. Mayer, 165 ff.; Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, § 17 Rn. 17 m.w.N.

¹⁶²⁸ Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 18 Rn. 31; Rudolphi, Gedächtnisschrift Schroeder, 73. Zur Abgrenzung von Erlaubnistatbestands- und Verbotsirrtum bei der mutmaßlichen Einwilligung nachfolgend unter Punkt VII. 10. c. aa.

¹⁶²⁹ BGHSt 40, 257 ff.

¹⁶³⁰ Zu dem im Gesetz genau geregelten Verfahren, vgl. Deutsch, NJW 1998, 777 ff. Von einem eigenen Zustimmungsrecht des Angehörigen ist im Unterschied zum TPG jedoch Rahmen der Intensivmedizin nicht auszugehen.

¹⁶³¹ BGH NJW 1987, 2291.

¹⁶³² Lenckner, in: Schönke/ Schröder, StGB, Vorbem. § 32 Rn. 56.

Trotz dieses scheinbar klaren Katalogs von Vorgehensweisen ergeben sich komplizierte Fragestellungen. Bereits bei der Auswahl der Bezugsperson setzen Probleme ein. So muß - häufig unter immensem Zeitdruck - bestimmt werden, ob es z.B. der Ehefrau oder der Lebensgefährtin, mit welcher der Patient die letzten Jahre verbracht hat, obliegt, über dessen Schicksal zu entscheiden. Das Transplantationsgesetz gibt hierzu nur wenig Hilfestellung. Zwar ist der Ehegatte als nächster Angehöriger nur dann zu einer Entscheidung befugt, wenn er in den letzten zwei Jahren vor dem Tod des möglichen Organspenders mit diesem persönlichen Kontakt hatte. Liegen diese Voraussetzungen aber vor, so steht ihm ein volljähriger Lebenspartner des möglichen Organspenders gleich, der diesem bis zu seinem Tode in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahegestanden hat, § 4 Abs. 2 TPG. Nach der Wertung des § 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB, gegen dessen Anwendung im Interesse der weitgehenden Aufklärung des hypothetischen Willens keine durchgreifenden Bedenken bestehen dürften, kann der Kreis der zu Befragenden noch weiter gezogen sein. Sind Bezugspersonen ermittelt und befragt, bietet deren Einschätzung im Hinblick auf den mutmaßlichen Patientenwillen dem Arzt ein wesentliches Indiz zur Erforschung des „Willens, den der Patient bei objektiver Beurteilung aller Umstände geäußert hätte, wenn er sich hätte entscheiden und mitteilen können“. ¹⁶³³ Dennoch darf sich der Arzt nicht blind auf die gewonnenen Aussagen verlassen. Denn bei der Prüfung des mutmaßlichen Patientenwillens muß das bei der regulären Betreuerbestellung bekannte Problem der möglichen Interessenkollision auch im Strafrecht Berücksichtigung finden. ¹⁶³⁴ So regelt § 1897 Abs. 5 BGB: „Schlägt der Volljährige niemanden vor, der zum Betreuer bestellt werden kann, so ist bei der Auswahl des Betreuers auf die verwandtschaftlichen und sonstigen persönlichen Bindungen des Volljährigen, insbesondere auf die Bindungen zu Eltern, Kindern und zum Ehegatten, sowie auf die Gefahr von Interessenkonflikten Rücksicht zu nehmen.“ § 1904 Abs. 2 BGB unterstreicht, daß auch Vorab-Bestimmungen, ¹⁶³⁵

¹⁶³³ Laufs, *Arztrecht*, Rn. 226.

¹⁶³⁴ Vgl. Bender, in: Bauer (Hrsg.), *Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts*, 113.

¹⁶³⁵ Näher zur Vorab-Einwilligung in den Heileingriff Ulsenheimer, *MedR* 1992, 134 m.w.N., sowie die Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, *DÄBl* 95 (1998), C 1961.

Patiententestamente¹⁶³⁶ und Vorsorgevollmachten¹⁶³⁷ - so bedeutsam sie sind - nicht in jedem Fall eine letztentscheidende, zuverlässige Hilfe geben. Denn existentielle Entscheidungen lassen sich häufig nicht mit Wirkung für die Zukunft treffen. Der niedergelegte Patientenentschluß kann daher zum Entscheidungszeitpunkt bereits überholt sein. Auch sind die Umstände, unter denen die Bestimmungen verfaßt wurden, vielfach nicht bekannt.¹⁶³⁸ Darüber hinaus muß stets mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß sich die in der Vorabentscheidung niedergelegte Prognose über den künftigen Lebenswillen unter wesentlich veränderten gesundheitlichen und körperlichen Bedingungen bei Eintritt dieses Wandels als falsch oder irrtümlich herausstellen.¹⁶³⁹

Unter den speziellen Anforderungen der Intensivmedizin kann sich der Arzt in einer Situation wiederfinden, die ihn zu einer raschen und möglicherweise einsamen Entscheidung zwingt.¹⁶⁴⁰ Die Möglichkeit, die Entscheidungsfindung in das Kollektiv

¹⁶³⁶ Hiermit verfügt der entscheidungsfähige Patient, mit welchen Behandlungsmaßnahmen er einverstanden ist und welche zu unterbleiben haben, falls er zu einer Entscheidung im Krankheitsfall nicht mehr in der Lage ist, vgl. Hinrichsen/ Sass/ Viefhues (Hrsg.), Patientenverfügung und stellvertretende Entscheidung in rechtlicher, medizinischer und ethischer Sicht; Rieger, Die mutmaßliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch, 79 ff.; Sass/ Kielstein, Die Betreuungsverfügung in der Praxis.

¹⁶³⁷ Damit ermächtigt der Patient zu einer Zeit, zu welcher er noch entscheidungsfähig ist, eine Person seines Vertrauens, ihm im Falle seiner Entscheidungsunfähigkeit bei der Einwilligung in eine Behandlungsmaßnahme oder deren Ablehnung zu vertreten, hierzu und insbes. zu der Frage der rechtlichen Wirksamkeit der Vertretung in höchstpersönlichen Willenserklärungen Opperbecke/ Weißauer, MedR 1998, 395, 396.

¹⁶³⁸ So auch Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 115; kritisch Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 256 f. Die schweizerischen medizin-ethischen Richtlinien für ärztliche Betreuung Sterbender und cerebral schwerst geschädigter Patienten, NJW 1996, 767 f., gehen von einer Wirksamkeit der Patientenverfügung aus, wenn sie vom Patienten zu einem früheren Zeitpunkt als Urteilsfähiger abgefaßt wurde.

¹⁶³⁹ Zutreffend Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 115, unter Hinweis darauf, daß ein schwerkranker oder kurz vor seinem Streben stehender Mensch ein „anderer“ geworden sei. Vgl. auch das Beispiel bei Williams/ Cockerill, Dein Schmerz geht durch mein Leben: ein aktiver Sportler und Rennfahrer bleibt nach seinem schweren Unfall querschnittsgelähmt, arrangiert sich dennoch mit seinem neuen Leben, genießt, zu Rennen gefahren zu werden und seine Rennteams zu trainieren. Hätte er zur Zeit seines Unfalls eine Betreuungsverfügung gehabt, hätte er verfügt, ihn sterben zu lassen.

¹⁶⁴⁰ Kern, NJW 1994, 753, 759, spricht sich aufgrund der praktischen Schwierigkeiten, die in der Beteiligung der Angehörigen auftreten können, dafür aus, daß die tatsächliche Legitimation des Arztes größer sei als die der Angehörigen. Diese Ansicht gewichtet die fachliche Kompetenz - die unbestreitbar von großer Bedeutung ist - im Vergleich zum Selbstbestimmungsrecht bzw. den in der Extremsituation nur vorhandenen rudimentären Ansätzen - m. E. zu stark.

des Ärzte- und Pflorgeteams zu verlagern, mag hier zwar dazu beitragen, einen vernünftigen Konsens zu finden. Aber letztlich steht der behandelnde Arzt als Einzelperson vor einem Entschluß, der eine enorm hohe Entscheidungskompetenz abfordert und den er alleine zu verantworten hat. Bestehen keine Anhaltspunkte dafür, wie sich der Betroffene entscheiden würde, kann die Situation eintreten, daß die Entscheidung im Einzelfall davon abhängt, wie aussichtslos die ärztliche Prognose und wie nahe der Patient dem Tode ist. Im Zweifel muß aber der Schutz menschlichen Lebens Vorrang vor persönlichen Ansichten des Arztes oder der Bezugspersonen genießen. Da die biologische Existenz und damit das Leben vernichtet ist, wenn sich der Arzt in einer zweifelbehafteten Situation gegen die lebenserhaltende Operation entscheidet, entspricht es regelmäßig dem Schutz der Selbstbestimmung, die Behandlung durchzuführen und die spätere Entscheidung - auch zugunsten des Todes - dem Patienten selbst zu überlassen.¹⁶⁴¹

cc. *Behandlungsabbruch*

Die Situation der Ratlosigkeit in Hinblick auf den Patientenwillen besteht insbesondere bei der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Behandlung, durch Einstellung von Sondenernährung, abgebrochen werden darf, wenn der Patient zwar im irreversiblen Koma liegt, die Phase des Sterbens aber noch nicht erreicht ist.¹⁶⁴²

Die durch Ernährungseinstellung gewährte Hilfe zum Sterben bildet auch bei Aufrechterhalten der Flüssigkeitszufuhr ein Unterlassen im strafrechtlichen Sinne. Denn nicht die Gabe von Tee oder sonstiger Flüssigkeit, sondern der Entzug der Nahrung bewirkt den Tod des Patienten. Aber auch bei der an die Pflegekräfte gerichteten Anordnung des Arztes, die Ernährung auf Flüssigkeit umzustellen, ist letztendlich ein Unterlassen Anknüpfungspunkt der strafrechtlichen Haftung. Zur Abgrenzung von positivem Tun und Unterlassen bei ambivalenten Verhaltensweisen haben sich zwar etliche Theorien entwickelt. So versteht die naturalistische Abgrenzung das Tun als Körperbewegung, das Unterlassen als Körperruhe.¹⁶⁴³ Eine andere Ansicht erklärt zum positiven Tun, was einverständlich von der Allgemeinheit als positive Tätigkeit gewertet wird, zum Unterlassen die Untätigkeit, die der Sprachgebrauch nicht mehr als positives Tun auffaßt.¹⁶⁴⁴ Die Abgrenzung nach der sozialen Sinnhaftigkeit geht von einem

¹⁶⁴¹ Zutreffend Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 18 Rn. 25.

¹⁶⁴² Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, DÄBl 1998, C 3406 ff., abgedruckt auch bei Uhlenbruck, in: Laufs/ Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts (Hrsg.), § 132 Rn. 18 ff.

¹⁶⁴³ Beling, Grundzüge, 12; M.E. Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 108.

¹⁶⁴⁴ H. Meyer, Strafrecht Allg. Teil, 81.

positiven Tun aus, wenn sich der Erfolg einer Willensbetätigung als tatbestandlich darstellt, von einem Unterlassen dagegen, was als Nichtabwenden des tatbestandlichen Erfolges aufzufassen ist.¹⁶⁴⁵ Die Unterscheidung nach Wertungsgesichtspunkten erfaßt als Tun, was als aktive Begehung, als Unterlassen, was als bloßes Unterlassen zu begreifen ist.¹⁶⁴⁶ Hierbei wird von Teilen der Literatur¹⁶⁴⁷ sowie der Rechtsprechung auf den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit abgestellt.¹⁶⁴⁸ Nach anderer Ansicht ist das positive Tun bei Zweideutigkeit des Verhaltens vorrangig, so daß bei einheitlichem Verhalten, das sowohl Tätigkeits- wie Unterlassungsmomente enthält, im Zweifel positives Tun anzunehmen ist. Letztlich werden auch Energiegesichtspunkte herangezogen. Positives Tun ist das Aufwenden von Energie in eine bestimmte Richtung, Unterlassen das Nichteinsetzen von Energie. Die bei der Abgrenzung von positivem Tun und Unterlassen auftretenden Fragen sind aber weniger empirisch-naturwissenschaftlicher Art, sondern vielmehr wertender Natur. Daher läßt sich die Qualifikation der zu beurteilenden Handlung schwerlich aus dem äußeren Befund oder der Kausalität ableiten.¹⁶⁴⁹ Die rechtliche Qualität des zu beurteilenden Verhaltens ist vielmehr anhand normativer Merkmale zu ermitteln. In Betracht kommt hier die Bewertung mittels des sozialen Sinns des Handelns¹⁶⁵⁰ oder des Schwerpunkts der Vorwerfbarkeit.¹⁶⁵¹ Unter Heranziehung dieser Kriterien kann die Frage nach der strafrechtlichen Handlungsqualität der ärztlichen Anordnung, die Ernährung einzustellen, einer sinnvollen Antwort zugeführt werden.¹⁶⁵² Sowohl nach dem Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit als auch dem sozialen Sinn des Handelns liegt ein Nichtweiterhandeln des Arztes und damit ein Unterlassen vor.¹⁶⁵³ Denn im Zentrum der Hilfe zum Sterben steht die fehlende Ernährung, für deren Aufrechterhaltung der betreuende Arzt zuständig ist. Es kann strafrechtlich aber keinen Unterschied machen, ob der Arzt die erforderliche

¹⁶⁴⁵ Eb. Schmidt, in: Festschrift Engisch, 339 ff.; Ranft, JuS 1963, 344.

¹⁶⁴⁶ Maurach, Strafrecht Allg. Teil, 4. Auflage 1971, § 45 I C.

¹⁶⁴⁷ Stree, in: Schönke/ Schröder, StGB, Vorbem § 13 Rdnr. 158 m.w.N.

¹⁶⁴⁸ BGHSt 6, 46, 59; 7, 287; 7, 268, 272; NStZ 1992, 125.

¹⁶⁴⁹ Zurecht Stree, in: Schönke/ Schröder, StGB, Vorbem § 13 Rn. 158 mit Hinweis darauf, daß Unterlassen von nebensächlichem positivem Tun begleitet sein kann; vgl. auch Wessels/ Beulke, Strafrecht Allg. Teil, Rn. 700.

¹⁶⁵⁰ Eb. Schmidt, in: Festschrift Engisch, 339; Ulsenheimer, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 140 Rn. 13.

¹⁶⁵¹ BGHSt 6, 59; BGH NJW 1995, 204 ff.

¹⁶⁵² Kritisch Merkel, ZStW 107 (1995), 545, 553.

¹⁶⁵³ Engisch, in: Festschrift Gallas, 163, 177 f.; Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, 134 f.; Krey, Strafrecht Bes. Teil, § 1 Rn. 11; Küper, JuS 1971, 474, 476; Lackner, in: Lackner/ Kühl, StGB, Vor § 211 Rn. 8 m.w.N.; Roxin, in: Roxin/ Schroth (Hrsg.), Medizinstrafrecht, 87, 95; Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, Vor § 211 Rn. 17; BGHSt 40, 265. Kritisch Seitz, ZRP 1998, 417, 418.

Maßnahme überhaupt nicht anordnet oder später zurücknimmt. Damit unterläßt der anordnende Arzt, indem er handelt, was der Rechtsfigur der ‚Unterlassung durch Begehung‘ entspricht.¹⁶⁵⁴

Die beim unechten Unterlassungsdelikt erforderliche Garantenstellung¹⁶⁵⁵ und -pflicht liegen beim behandelnden Arzt kraft Übernahme¹⁶⁵⁶ vor. Dennoch ist die auf Lebenserhaltung ausgerichtete Garantenpflicht nicht unabänderbar. In der Phase des Sterbens wandelt sie sich um in die Pflicht, dem Patienten einen Tod in Würde und Schmerzfreiheit zu ermöglichen.¹⁶⁵⁷ Ist dieser letzte Lebensabschnitt noch nicht erreicht, sind zwar viele Detailfragen noch offen. Dennoch besteht in den Grundzügen Einigkeit insoweit, als die Bitte um die aktive Sterbehilfe - eine strafbare Tötung¹⁶⁵⁸ - die Lebenserhaltungspflicht des Arztes nicht in eine Pflicht, das Sterben zu ermöglichen, verwandelt. Dagegen wird die indirekte Sterbehilfe zu Recht für zulässig erachtet, wenn ihr Ziel ist, das Sterben zu erleichtern, so z.B. die Vernichtungsschmerzen zu dämpfen, auch wenn die Lebensverkürzung als mögliche oder sichere Nebenfolge in Kauf genommen wird.¹⁶⁵⁹ Damit wird mit dem Ziel, die Menschenwürde des an der Schwelle zum nahen Tod stehenden Patienten zu wahren, die Lebenserhaltungspflicht relativiert. Die passive Hilfe beim und vorgelagert die passive Hilfe zum Sterben durch Nichtaufnahme oder Beendigung der ärztlichen Behandlung - rechtlich gesehen im Sinne einer Umwandlung der ursprünglichen Lebenserhaltungspflicht -, die das Leiden nicht mehr bessern, sondern nur noch hinauszögern kann, ist zulässig, wenn sie auf einer freiverantwortlichen Entscheidung des Patienten beruht. Denn auch beim Entschluß zugunsten des Behandlungsabbruchs sind die Würde und das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen als Ausdruck seiner allgemeinen Entscheidungsfreiheit anzuerkennen. Der Arzt muß den auf Unterlassen weiterer Behandlung gerichteten Willen respektieren, selbst wenn in der Konsequenz das Leben des Patienten verkürzt wird. Ist der Patient nicht mehr ansprechbar und zu einer Willensbildung nicht fähig, so darf der Arzt die Anordnung, die Ernährung auf eine reine Flüssigkeitszufuhr umzustellen, nicht von sich aus treffen. Aber auch die Einwilligung des Betreuers in die Einstellung der Nahrungszufuhr vermag den Arzt nicht zu legitimieren. Zwar ersetzt die Entscheidung

¹⁶⁵⁴ Näher Roxin, in: Festschrift Engisch, 280, 395 ff.; Schöch, NStZ 1995, 154.

¹⁶⁵⁵ Gemäß § 13 Abs. 1 StGB.

¹⁶⁵⁶ Näher § 17 Punkt I. 1. der Abhandlung.

¹⁶⁵⁷ Vgl. BGH JR 1998, 159, 160 mit Anm. Dölling; BGHSt 37, 376; Sowada, Jura 1985, 75, 83; Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, DÄBl 95 (1998), C 1691.

¹⁶⁵⁸ BGHSt 37, 376 mit Anm. Langer JR 1993, 133; anders für Extremfälle Herzberg NJW 1996, 3043, 3047.

¹⁶⁵⁹ BGHSt 42, 301 mit zust. Anm. Schöch, NStZ 1997, 409; Dölling, JR 1989, 160; Otto, JK StGB 3 zu § 212.

des Betreuers diejenige des Betreuten, § 1902 BGB.¹⁶⁶⁰ Im Konflikt um die Achtung des Lebens, die Autonomie und die Würde ist es zunächst der früher tatsächlich geäußerte Wille des Patienten, der im Gewande der mutmaßlichen Einwilligung über die Weigerung lebenserhaltender Maßnahmen entscheidet.¹⁶⁶¹ Da dessen Aktualität in diesem Fall aber nicht zweifelsfrei feststeht und der Betreuer mit seiner - an den mutmaßlichen Willen gebundenen - Einwilligung über Leben und Tod entscheidet, bedarf es einer neutralen Instanz, die dazu aufgerufen ist, die vorhandenen Umstände und Indizien für die Willensrichtung des Betroffenen aus der Position des in das Geschehen nicht Involvierten und damit mit kritischer Distanz zu würdigen.¹⁶⁶² Denn die Gefahr ist groß, daß Arzt, Angehörige oder Betreuer unabhängig vom Willen des entscheidungsunfähigen Patienten nach eigenen Wertvorstellungen das Dasein des Patienten als sinnlos, lebensunwert oder unnütz betrachten,¹⁶⁶³ obgleich der Wunsch

¹⁶⁶⁰ Der Betreuer nimmt die Stellung eines gesetzlichen Vertreters ein, vgl. Diederichsen, in: Palandt, BGB, § 1902 Rn. 2.

¹⁶⁶¹ BGHSt 37, 376 ff.; Dölling, MedR 1987, 6, 8; Verrel, JZ 1996, 224, 227 m.w.N.

¹⁶⁶² Dörner, ZRP 1996, 93, 96.

¹⁶⁶³ In diese Richtung geht Hoerster, Sterbehilfe im säkularen Staat, 87 ff. Merkel, ZStW 107 (1995), 545, 570 ff. plädiert für eine Behandlungseinstellung bei apallischen Patienten, die keine Patientenverfügung oder ähnliches verfaßt haben und deren mutmaßlicher Wille nicht bekannt ist. Diese abbruchsfreundliche Ansicht ist nicht unproblematisch, da - wie Merkel zurecht feststellt - hier nicht allein ein rechtliches, sondern ein ethisches Problem zu lösen ist. Hierbei müssen beide „Seiten“ der Behandlungseinstellung betrachtet werden. Es geht nicht nur um ein Strafverfahren gegen den anordnenden Arzt oder den Betreuer wegen Tötung durch Unterlassen. Es geht auch nicht um „irrationale Ängste“, die aufgrund der emotionalen Besetzung des Themas eine nüchterne Abwägung kaum noch gestatten, diff. Roxin, in: Roxin/ Schroth (Hrsg.), Medizinstrafrecht, 87, 101. Gleichmaßen steht das Leben eines hilflosen und in besonderem Maße auf Schutz und Hilfe Dritter angewiesenen Menschen - der Apalliker ist nicht tot im Sinne der derzeitigen Todeskriterien - zur Diskussion und wie es scheint zur Disposition. Hierbei sollte meines Erachtens eines deutlich sein: solange diese Menschen nach dem gesellschaftlichen Konsens unter dem Schutz unserer Rechtsordnung stehen, solange kommt ihnen dieser Schutz zu - soweit keine Anhaltspunkte dafür bestehen, daß sie auf den Schutz verzichtet haben. Jede Abweichung davon bedarf im Hinblick auf den hohen Rang des Rechtsguts Leben und die Gefahr, daß der Wert des menschlichen Lebens an die Fähigkeit zur Kommunikation, zur Willensbildung etc. geknüpft wird, einer speziellen gesetzlichen Rechtsgrundlage. Die Notstandsregelung ist in diesem hochsensiblen und an die Wurzeln des menschlichen Verständnisses gehenden Bereich nicht geeignet, das Todesurteil - man könnte hierzu auch sagen: die „Vermeidung von Inhumanität“ - zu legitimieren. Sie ist für Ausnahmefälle gedacht, nicht aber zur Legitimation einer Tötung „mangels überwiegenden Lebensinteresses“ oder gar auch im „überwiegenden finanziellen Interesse“(?). Wenn eine Änderung der Rechtslage den gesellschaftlichen Konsens findet, so liegt es allein am Gesetzgeber, hier eine eindeutige und für jeden vorhersehbare

des Betroffenen entgegensteht. Wenn hier der Bundesgerichtshof¹⁶⁶⁴ und das Oberlandesgericht Frankfurt¹⁶⁶⁵ die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts in analoger Anwendung des § 1904 Abs. 1 BGB annehmen, so ist diesen Entscheidungen - trotz der hieran geäußerten Kritik¹⁶⁶⁶ - zuzustimmen.¹⁶⁶⁷

Eine direkte Anwendung der Norm scheidet aus, da nach dem Wortlaut allein die Einwilligung in ärztliche Handlungen wie Untersuchungen, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe erfaßt werden. Die Regelungslücke zu schließen, damit die Einwilligungsverweigerung und ein ärztliches Unterlassen im Sinne des finalen Behandlungsabbruchs zu erfassen, wird durch den Erst-Recht-Schluß¹⁶⁶⁸ ermöglicht. Denn wenn bereits die Einwilligung in Maßnahmen, die der Erhaltung des Lebens dienen, zugleich aber den Patienten in die Gefahr des Todes bringen, der Zustimmung bedarf, muß erst recht die Untersagung der Behandlung und somit die auf Beendigung des Lebens abzielende Ernährungsumstellung der Entscheidungskompetenz des Vormundschaftsgerichts unterliegen.¹⁶⁶⁹

Der Analogie steht nicht entgegen, daß § 1904 Abs. 1 BGB eine Ausnahmenvorschrift darstellt, da die normale Gesundheitsfürsorge¹⁶⁷⁰ einem gerichtlichen Genehmigungserfordernis nicht unterliegt. Auch wenn Ausnahmeregelungen besonders sorgfältig auf ihre Analogiefähigkeit zu überprüfen sind, so kann es doch keinem Zweifel unterliegen, daß sich beim Behandlungsabbruch im Rahmen der Hilfe zum Sterben das § 1904 BGB zugrunde liegende Spannungsverhältnis zwischen dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit einerseits und der Würde andererseits in voller Stärke zeigt. Daß der Gesetzgeber im Rahmen des Betreuungsrechtsänderungsgesetzes vom 25.6.1998¹⁶⁷¹ die Behandlungseinstellung nicht ausdrücklich dem Genehmigungserfordernis unterworfen hat, kann auf unterschiedlichsten Gründen beruhen, muß aber keineswegs für die Unzuständigkeit des Vormundschaftsgerichts sprechen.¹⁶⁷² Eine

Regelung zu treffen.

¹⁶⁶⁴ BGH NJW 1995, 204 ff.

¹⁶⁶⁵ NJW 1998, 2747.

¹⁶⁶⁶ Z.B. Alberts, NJW 1999, 835 f.; Laufs, NJW 1998, 3399.

¹⁶⁶⁷ So auch Taupitz, Gutachten A, 63. DJT 2000, A 86 ff. m.w.N.

¹⁶⁶⁸ BGH NJW 1995, 204, 205; OLG Frankfurt, JR 1999, 72 f. Zur Analogie mit dem „argumentum a maiore ad minus“ vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre, 208.

¹⁶⁶⁹ A.A. Alberts, NJW 1999, 835 f.; AG Hanau BTPrax 1997, 82; Dodegge, NJW 1997, 2432; Bernsmann, ZRP 1996, 87.

¹⁶⁷⁰ Nicht aber gravierende Eingriffe, wie z.B. die Sterilisation, vgl. § 1905 BGB.

¹⁶⁷¹ BGBl I, 1580.

¹⁶⁷² Das Schweigen kann u.U. auch dahin gedeutet werden, daß der Gesetzgeber infolge der analogen Anwendung des § 1904 Abs. 1 BGB in der Rechtsprechung keine Notwendigkeit einer speziellen Regelung sah.

Analogie an der Unvergleichbarkeit von aktivem Tun und Unterlassen scheitern zu lassen,¹⁶⁷³ geht von der ontologischen Sicht der Handlung aus. Betrachtet man jedoch Tun und Unterlassen normativ, so sind sie nicht unvereinbare Gegensätze, sondern beschreiben unterschiedliche Erscheinungsformen willensgetragenen menschlichen Verhaltens.

Letztlich vermag auch der Hinweis darauf, daß § 1904 Abs. 1 BGB den Schutz des Lebens bezwecke, dieser Normzweck bei analoger Anwendung auf den Behandlungsabbruch jedoch in sein Gegenteil verkehrt würde, nicht zu überzeugen. Die Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit werden maßgeblich durch die entsprechende Verfügungsbefugnis des Rechtsgutsinhabers beeinflußt - was auch durch den neu eingefügten § 1904 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommt. Die Autonomie bildet neben der biologischen Komponente konstituierendes Element des Gesamtrechtsgutes. Bedarf es einer Betreuung, so bedeutet dies, daß der Betreute zu einer wirksamen Willensbildung und -äußerung nicht mehr imstande ist. Tritt daher der Wille des Betreuers an die Stelle des Betreuten, so ist dennoch der mutmaßliche Wille des Betreuten zu beachten. Denn die Betreuung bedeutet gerade keine Entmündigung. Stehen ärztliche Behandlungen mit gravierenden Auswirkungen an, ist die Gefahr groß, daß nicht nur der biologische Organismus erheblichen Schaden erleidet, sondern auch die körper- und gesundheitsbezogene Selbstbestimmung des Patienten. Daher ist es folgerichtig, wenn § 1904 BGB die Einwilligung des Betreuers einer objektiven Überprüfung unterzieht, um so eine höhere Richtigkeitsgewähr in Hinblick auf die medizinische Vertretbarkeit der Behandlung wie die Wahrung der Autonomie des Patienten zu erreichen. Die körperliche Unversehrtheit und die entsprechende Autonomie des Betreuten sind besonders gefährdet, wenn es um den Behandlungsabbruch bei der Hilfe zum Sterben geht. Infolgedessen entspricht insoweit eine analoge Anwendung Sinn und Zweck von § 1904 BGB.¹⁶⁷⁴ Daß damit dem Arzt und den nahen Angehörigen ein Teil der Entscheidungsfreiheit genommen wird, ist der Preis der Objektivität. Die Nachteile zu mindern, liegen bei jedem selbst. Die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts muß sich vor dem Hintergrund der Würde und Autonomie des Betreuten an seinen wirksamen Willensäußerungen, z.B. im Rahmen von Betreuungsverfügungen oder auch Patiententestamenten ausrichten.¹⁶⁷⁵ Ihre Bindungswirkung wurden zwar durch § 1904 Abs. 2 BGB eingeschränkt. Dies bewirkt aber nicht ihre Bedeutungslosigkeit,

¹⁶⁷³ Alberts, NJW 1999, 835.

¹⁶⁷⁴ Für eine analoge Anwendung auch Frister, JR 1999, 73 f.

¹⁶⁷⁵ OLG Frankfurt, JR 1999, 72 f.; zur Frage der Rechtsverbindlichkeit vgl. Uhlenbruck, Selbstbestimmtes Sterben durch Patiententestament, Vorsorgevollmacht Betreuungsverfügung, 12; zur den Vorsorgevollmachten vgl. die Neufassung der §§ 1904, 1906 BGB durch das Betreuungsrechtsänderungsgesetz vom 25.6.1998.

sondern soll allein der Gefahr der Entaktualisierung Rechnung tragen. Ältere und unbestimmte Verfügungen sind mithin nur mit größter Vorsicht heranzuziehen. Liegt eine aktuelle oder regelmäßig aktualisierte Verfügung vor, so bindet sie das Vormundschaftsgericht.

Nur wenn keine Anhaltspunkte für eine frühere Ansicht des Betroffenen vorhanden sind, muß sich die Entscheidung notgedrungen an objektiven Gesichtspunkten ausrichten. Die Feststellung, daß die Behandlung eines apallischen Patienten unter diesen Voraussetzungen abgebrochen werden muß, ist nicht zwingend das Ergebnis der rechtlichen Würdigung.¹⁶⁷⁶ Denn - wie bereits gesagt - Apalliker sind nicht tot. Ein Zwang, den Tod herbeizuführen, würde nur dann bestehen, wenn ihr Lebensinteresse erloschen wäre und sie anderenfalls zum bloßen Objekt der Medizin gemacht würden.¹⁶⁷⁷ Dies aber kann nicht ernstlich behauptet werden. Zum einen unterscheiden sich die sogenannten apallischen Symptome - wie sie phänomenologisch im Krankenhaus wahrgenommen werden - graduell. Zum anderen sind selbst bei den schwersten Formen Lebensvorgänge vorhanden, die den Kunstgriff, diesen lebenden Menschen aus objektiven Gründen das Lebensinteresse abzusprechen, als Irrweg kennzeichnen.

Erfordert die Einwilligung des Betreuers in den Behandlungsabbruch der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, so ist aber zu bezweifeln, daß sie unabhängig von der materiellen Richtigkeit der Einwilligung den Behandlungsabbruch legitimiert. Angesichts ihrer weitreichenden strafrechtlichen Konsequenzen muß die Grenze des Rechtsmißbrauchs gezogen werden. Zwar beschreibt die Akzessorietät von vormundschaftlicher Genehmigung und Strafflosigkeit der Ernährungseinstellung den Regelfall. Ausnahmen sind aber anzuerkennen. Führt der Betreuer die Genehmigung unredlich herbei, ist der Strafrichter nicht blind an diese Vorgaben gebunden.

Eindeutig rechtsmißbräuchlich handelt der Betreuer, sofern er die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung durch arglistige Täuschung, widerrechtliche Drohung oder Bestechung erwirkt oder sie auf Angaben beruht, die er vorsätzlich falsch oder unvollständig machte.¹⁶⁷⁸ Hierbei ist erforderlich, daß er bei der durch Täuschung erschlichenen Genehmigung insoweit relevante Tatsachen vorspiegelt, unterdrückt oder entstellt und das Vormundschaftsgericht infolgedessen einem entscheidungserheblichen, kausal verursachten Irrtum erliegt. Auch die Täuschung des Vormundschaftsgerichts durch einen Dritten, die der Betreuer vorsätzlich veranlaßte, kann den Rechtsmißbrauch begründen. Problematisch ist die fahrlässige Täuschung des Vormundschaftsgerichts über genehmigungsnotwendige Umstände. Zwar ist auch die fahrlässige Tötung mit Strafe bedroht, so daß insoweit die fahrlässige Täuschung des Vormundschaftsgerichtes

¹⁶⁷⁶ A.A. Merkel, ZStW 107 (1995), 545, 573.

¹⁶⁷⁷ So auch Bernsmann, ZRP 1996, 87, 91.

¹⁶⁷⁸ Für das Umweltstrafrecht findet sich eine entsprechende Norm in § 330d Nr. 5 StGB.

eine Sorgfaltspflichtverletzung begründen könnte. Andererseits ist das Vormundschaftsgericht nicht an die Angaben des Betreuers gebunden, sondern erforscht den Sachverhalt von Amts wegen. Durch die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts wird die Feststellung der Voraussetzungen für die Einstellung lebenserhaltender Maßnahmen objektiviert und damit gerade der Gefahr der Fehlentscheidung vorgebeugt. Von einer rechtsmißbräuchlich erschlichenen Genehmigung kann daher im Regelfall nicht ausgegangen werden, wenn sie durch fahrlässig falsche Angaben bewirkt wurde.

Liegt überhaupt keine Genehmigung vor, so kommt diesem Umstand nicht allein Relevanz im Innenverhältnis zwischen Betreuer und Betreutem zu.¹⁶⁷⁹ Er führt vielmehr im Außenverhältnis zum betreuenden Arzt zur Unwirksamkeit der Einwilligung. Gehen Arzt und/ oder Betreuer irrtümlich davon aus, daß eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht erforderlich ist, liegt ein gemäß § 17 StGB zu beurteilender Verbotsirrtum vor. Dieser wird regelmäßig vermeidbar sein. Der Arzt ist bei Zweifeln über die Rechtslage verpflichtet, sich insoweit sachkundigen Rat einzuholen. Der Betreuer darf sich zwar auf die Auskunft des Allgemeinmediziners verlassen, da dieser regelmäßig die Gewähr für eine objektive, pflichtgemäße und verantwortungsbewußte Auskunftserteilung bietet. Dennoch erschöpft sich die Erkundigungspflicht nicht in der Befragung des Arztes. Der Betreuer ist verpflichtet, vor seiner Einwilligung in ärztliches Tun mit gravierenden Auswirkungen die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einzuholen.¹⁶⁸⁰ Damit besteht im Regelfall auch die Pflicht, beim Vormundschaftsgericht die Rechtslage zu erfragen.

Geht der Arzt allerdings irrtümlich davon aus, daß sowohl eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts als auch eine wirksame Einwilligung vorliegt, stellt er sich eine Situation vor, in der seine auf Lebenserhaltung ausgerichtete Garantenpflicht entfällt. Das Untätigbleiben stellt damit keine durch Unterlassen bewirkte Tötungshandlung dar.

Duldet das Vormundschaftsgericht die Ernährungseinstellung, mag es naheliegen, in diesem Verhalten eine passive Hinnahme des Geschehens mit genehmigungsgleicher Wirkung zu sehen. Allerdings wurde bereits darauf hingewiesen, daß die Genehmigung nur unter bestimmten Voraussetzungen erteilt werden darf, d.h. die Würde, die Selbstbestimmung des Patienten als auch die Gefahren für seine Gesundheit oder sein Leben müssen zueinander in Beziehung gesetzt werden. Diese Voraussetzungen werden im Regelfall nicht bei einer schlichten Duldung vorliegen, so daß sie keine

¹⁶⁷⁹ In diesem Fall würde die Einwilligung aus strafrechtlicher Sicht nur entlastend wirken, wenn sie sich im Rahmen ordnungsgemäßer Erfüllung der Betreuerpflichten bewegt, vgl. Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, Vorbem. § 32 Rn. 41; Bernsmann, ZRP 1996, 91 f.

¹⁶⁸⁰ BGH NJW 1995, 204 ff.

genehmigungsgleiche Wirkung entfaltet. Eine solche Wirkung ist - abgesehen von Gefahr im Verzug - selbst dann zu versagen, wenn die Genehmigungsvoraussetzungen vorliegen, die Genehmigung aber formell nicht ausgesprochen wurde. Zwar erscheint die Ernährungseinstellung in diesem Falle nicht zu einer Verletzung der durch die §§ 212, 216, 222 StGB geschützten Rechtsgüter des Lebens und der Würde sowie Autonomie zu führen. Die wirksame Durchsetzung des Rechtsgüterschutzes bei einem unter Betreuung stehenden Patienten gemäß § 1904 Abs. 1 BGB ist aber nur bei Einsatz präventiver Kontrolle durch das Vormundschaftsgericht gewährleistet. Damit kommt der schlichten Duldung des Vormundschaftsgerichts keine genehmigungsgleiche Wirkung zu. Geht der Betreuer oder der Arzt irrtümlich von einer genehmigungsgleichen Wirkung des vormundschaftsgerichtlichen Duldens aus, so geht er - die tatsächlichen Genehmigungsvoraussetzungen unterstellt - von einem Sachverhalt aus, bei welchem die Ernährung eingestellt werden darf. Er befindet sich insoweit in einem Erlaubnistatbestandsirrtum. Es bleibt jedoch zu prüfen, ob ihm der Vorwurf sorgfaltswidrigen Vorgehens gemacht werden kann - der insbesondere darin gesehen werden kann, daß der Arzt oder der Betreuer es gegebenenfalls pflichtwidrig unterlassen haben, sich beim Vormundschaftsgericht über die Rechtslage zu erkundigen.

VII. Der Willensbildungsprozeß

1. Die gebotene Aufklärung

Unabhängig von der Frage, ob der Einwilligung tatbestandsausschließende Wirkung zukommt oder ob sie als besonderer Rechtfertigungsgrund betrachtet wird, besteht heute Einigkeit über die Notwendigkeit der Patientenaufklärung¹⁶⁸¹ als Basis der autonomen Willensentschließung.¹⁶⁸² Zwar zeichnete sich in der früheren Rechtsprechung¹⁶⁸³ zur Zulässigkeit von Heileingriffen sowie im älteren Schrifttum¹⁶⁸⁴

¹⁶⁸¹ Abgrenzung zur therapeutischen Beratung vgl. unter § 13 der Abhandlung.

¹⁶⁸² Grünwald, in: Göppinger (Hrsg.), *Arzt und Recht*, 125, 141; Hart, in: *Festschrift Heinrichs*, 291, 315; Laufs/ Reiling, Anm. zu BGH LM § 823 Nr. 139, Bl. 1846 RS; Deklaration der 72. deutschen Gesundheitsministerkonferenz (GMK), *Patientenrechte in Deutschland*, 1. Abschnitt.

¹⁶⁸³ Z.B. RGZ 78, 432: „Die Annahme einer derartigen (Aufklärungsverpflichtung, Einfügung durch die Verf.) läßt sich weder aus der Übung der pflichtgetreuen und sorgfältigen Vertreter des ärztlichen Berufes, noch aus inneren Gründen herleiten. Eine umfassende Belehrung des Kranken über alle möglichen Folgen der Operation würde nicht selten sogar falsch sein, sei es, daß der Kranke dadurch abgeschreckt wird, sich der Operation zu unterwerfen, obwohl sie trotz der damit verbundenen Gefahren geboten oder doch zweckmäßig ist, sei es, daß der Kranke durch die Vorstellung der mit der Operation

eine zurückhaltende Tendenz im Hinblick auf das Erfordernis einer ärztlichen Aufklärungspflicht ab.¹⁶⁸⁵ Denn die Kommunikation zwischen Arzt und Patient diene anfänglich primär der Befragung, um die erforderlichen medizinischen Befunde zu erheben.¹⁶⁸⁶ Dementsprechend hätten frühere Ärztegenerationen eine umfassende Aufklärungspflicht als Eingriff in ihre therapeutische Eigenverantwortlichkeit zurückgewiesen. Nachdem sich aber das zunächst von ärztlicher Dominanz geprägte Arzt-Patienten-Verhältnis allmählich in eine partnerschaftliche Beziehung verwandelte, in der beide Seiten die Krankheit gemeinsam angehen, wurde der paternalistische Grundzug des Gesprächs durch einige Oberlandesgerichte,¹⁶⁸⁷ in der Folge auch durch den Bundesgerichtshof¹⁶⁸⁸ - nicht ohne zum Teil heftigen Protest durch das Schrifttum¹⁶⁸⁹ - schrittweise aufgehoben. Die Aufklärung des Patienten ist heute gemäß § 1a BÄO und § 8 MBO-Ä 1997 als ärztliche Berufspflicht unverzichtbarer Bestandteil der Behandlung. Obgleich oder vielleicht gerade weil sich die Rechtsprechung vor allem auf dem Gebiet der zivilrechtlichen Arzthaftung in den letzten Jahrzehnten ständig erweitert und ausdifferenziert hat,¹⁶⁹⁰ bildet der Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht heute einen der wesentlichen Diskussionspunkte der strafrechtlichen wie auch der zivilrechtlichen Arzthaftung.¹⁶⁹¹

2. Gesetzliche Regelungen der Aufklärungspflicht

Der Fragenkreis um die ärztlichen Aufklärungspflichten wurde durch den Deutschen Juristentag im Jahre 1962 und im Jahre 1978 diskutiert. Die Reformbestrebungen bezüglich einer gesetzlichen Normierung der ärztlichen Aufklärungspflichten fanden hierbei jedoch keine Mehrheit.¹⁶⁸⁵ Eine eindeutige Stellungnahme des Gesetzgebers zum Inhalt der ärztlichen Aufklärungspflicht ist bis heute nicht zu finden. Dennoch

verbundenen Gefahren in Angst und Erregung versetzt und so der günstige Verlauf der Operation und der Heilung gefährdet wird“.

¹⁶⁸⁴ Vgl. Beling, ZStW 44 (1924), 220, 234 ff.; Stooss, Chirurgische Operationen und ärztliche Behandlung, 26 ff.; weitere Nachweise bei Tröndle, MDR 1983, 881, 882.

¹⁶⁸⁵ Hierzu Engisch, in: Engisch/ Hallermann (Hrsg.), Die ärztliche Aufklärungspflicht aus rechtlicher und ärztlicher Sicht, 7 f.; Laufs, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 61 Rn. 6 f.

¹⁶⁸⁶ Ankermann, in: Festschrift Steffen, 1.

¹⁶⁸⁷ OLG Frankfurt VersR 1954, 180; OLG Stuttgart VersR 1954, 310.

¹⁶⁸⁸ BGHSt 11, 111; BGH NJW 1959, 811; BGH NJW 1956, 1106.

¹⁶⁸⁹ Aus dem älteren Schrifttum vgl. z.B. Neidhardt, NJW 1956, 1097; Roemer, JZ 1962, 138.

¹⁶⁹⁰ Diese Entwicklung wird von Vertretern des arztrechtlichen Schrifttums nicht immer mit Freude gesehen, vgl. z.B. Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 60.

¹⁶⁹¹ Pfeiffer, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 6.

¹⁶⁸⁵ NJW 1962, 1857; NJW 1978, 2185, 2193.

lassen sich einige spezialgesetzliche Anhaltspunkte aufspüren. So ist für den Bereich der Organtransplantation geregelt, daß der Lebendspender¹⁶⁸⁶ über die „Art des Eingriffs, den Umfang und mögliche, auch mittelbare Folgen und Spätfolgen der beabsichtigten Organentnahme für seine Gesundheit sowie über die zu erwartende Erfolgsaussicht der Organübertragung und sonstige Umstände, denen er erkennbar eine Bedeutung für die Organspende beimißt, durch einen Arzt aufzuklären“ ist, § 8 Abs. 2 TPG. Eine verwandte Bestimmung findet sich in § 3 Abs. 1 Kastrationsgesetz. Danach ist der zu Kastrierende „über Grund, Bedeutung und Nachwirkungen der Operation, über andere in Betracht kommende Behandlungsmöglichkeiten sowie über Umstände zu unterrichten, denen er erkennbare Bedeutung zumißt“. Nach dem Transfusionsgesetz¹⁶⁸⁷ darf eine Spendenentnahme nur durchgeführt werden, „wenn die spendende Person vorher in verständlicher Form über Wesen, Bedeutung und Durchführung der Spendenentnahme und der Untersuchung sachkundig aufgeklärt worden ist und in die Spendenentnahme und die Untersuchung eingewilligt hat“. Diese drei exemplarisch genannten Bestimmungen stellen entscheidend auf die Faktoren ab, die von der richterlichen Spruchpraxis außerhalb des normierten Bereichs in die sog. Diagnose-, Verlaufs- und Risikoaufklärung unterteilt wurden. Aber auch im allgemeinen Arztrecht entspricht es der heute ständigen Rechtsprechung und ist im Grundsatz auch im medizinischen wie medizinrechtlichen Schrifttum unumstritten,¹⁶⁸⁸ daß der Patient über den Verlauf des Eingriffs, seine Erfolgsaussichten, seine Risiken und mögliche Behandlungsalternativen mit wesentlich anderen Belastungen aufzuklären ist. Nur unter dieser Prämisse werden das Selbstbestimmungsrecht und das Recht auf körperliche Unversehrtheit gewahrt.¹⁶⁸⁹ Das Ziel der ärztlichen Aufklärung, dem Patienten zu ermöglichen, das Für und Wider einer ärztlichen Diagnose bzw. Therapie abzuwägen und auf diese Weise die Basis einer frei bestimmten Einwilligung zu schaffen,¹⁶⁹⁰ setzt daher eine gezielte Information über Art, Tragweite und Folgen und damit über das Wie und die Modalitäten der ärztlichen Behandlung voraus. Die Selbstbestimmungsaufklärung muß darauf hinwirken, dem Patienten die mit dem Eingriff verbundenen konkreten

¹⁶⁸⁶ Zur Lebendspende vgl. Seidenath, MedR 1998, 253 ff.

¹⁶⁸⁷ BR-Drs. 851/ 97, 6.

¹⁶⁸⁸ Statt vieler Deutsch, NJW 1983, 1351, 1354; Hart, in: Festschrift Heinrichs, 291 ff.; Laufs, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 63 Rn. 11 ff.; Begründung zum Referentenentwurf 1996, 138.

¹⁶⁸⁹ Grundlegend BGHZ 29, 46 ff.; 29, 176. Vgl. auch § 8 MBO-Ä 1997, DÄBl 94 (1997) C 1772 sowie die vom 98. Deutschen Ärztetag niedergelegten „Empfehlungen zur Patientenaufklärung“, DÄBl 1990, Heft 16.

¹⁶⁹⁰ Vgl. Deutsch, AcP 192 (1992), 161, 166 ff.; Engisch, in: Engisch/ Hallermann (Hrsg.), Die ärztliche Aufklärungspflicht aus rechtlicher und ärztlicher Sicht, 7, 11; Giesen, Arzthaftungsrecht, Rn. 203 ff.

Auswirkungen auf sein körperliches Wohlergehen, seine körperliche Unversehrtheit sowie seine gesundheitliche Konstitution offen zu legen. Ihr Ziel muß sein, den Patienten zu einer eigenverantwortlichen Entscheidung über das konkret anstehende medizinische Vorgehen zu befähigen. Das Maß der erforderlichen Aufklärung relativiert sich nicht aufgrund vorhandener gesundheitlicher oder körperlicher Einschränkungen. Denn ebenso wie die objektiv-biologische Komponente des Rechtsguts ‚körperliche Unversehrtheit‘ trotz Vorliegens nachteiliger Veränderungen vollen Schutz erfährt, bewirken Krankheit oder Gebrechen keine Einschränkung der körper- und gesundheitsbezogenen Selbstbestimmung. Die verfassungsrechtlichen Implikationen bedingen vielmehr, daß sich auch gegenüber dem ärztlichen und insbesondere zu Heilzwecken vorgenommenen Eingriff der Freiheitsschutz im Bereich der körperlichen Unversehrtheit frei entfalten kann.¹⁶⁹¹

VIII. Voraussetzungen einer wirksamen Aufklärung

1. Aufklärungsverpflichteter

Regelmäßig obliegt dem Arzt, der den Patienten untersucht, die Diagnose erstellt und die Therapie durchführt, aufgrund der tatsächlichen Übernahme von Gewährpflichten für die körperliche Unversehrtheit des Patienten¹⁶⁹² die Vornahme der gebotenen Aufklärung.¹⁶⁹³

Rät der behandelnde Arzt dem Patienten dringend zu einer Operation und weist ihn ins Krankenhaus ein, ist er nach Auffassung der Rechtsprechung¹⁶⁹⁴ verpflichtet, den Patienten über Art und Umfang der möglichen Risiken des Eingriffs zu informieren. Wenngleich der Umfang der Aufklärungspflicht von den Umständen des Einzelfalls abhängt, so darf in diesem Zusammenhang nicht außer acht gelassen werden, daß sich die Verantwortung des Arztes in der Regel auf sein Fachgebiet beschränkt. Zieht er Spezialisten hinzu oder legt er einem Patienten das Aufsuchen eines Krankenhauses nahe, so geschieht dies insbesondere, weil die eigene Kompetenz, die diagnostischen und therapeutischen Mittel zur Lösung der anstehenden ärztlichen Notwendigkeiten nicht ausreichen. In diesem Fall ist es geradezu paradox, wenn von dem Allgemeinarzt die Aufklärung über von ihm nicht beherrschte und häufig nicht beherrschbare Sachgebiete gefordert wird.¹⁶⁹⁵ Den Anforderungen genügt vielmehr, wenn Allgemeinarzt

¹⁶⁹¹ Abweichende Meinung zu BVerfG E 52, 131, 176.

¹⁶⁹² Zu den deliktischen Estandspflichten vgl. BGH NJW 1980, 1905.

¹⁶⁹³ Laufs, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 66 Rn. 1.

¹⁶⁹⁴ BGH MedR 1995, 500.

¹⁶⁹⁵ Kritisch ebenfalls Kern/ Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 19 f.

und Spezialist bzw. Krankenhausarzt Rücksprache nehmen und insoweit eine Aufgabenverteilung im Hinblick auf die gebotene Patientenaufklärung vornehmen.

Wirken Spezialisten unterschiedlicher Fachrichtung dergestalt zusammen, daß durch diese Tätigkeiten fachspezifische Eigenrisiken für den Patienten auftreten, bedarf es insoweit einer selbständigen Aufklärung durch alle Spezialisten.¹⁶⁹⁶ So ist der zu operierende Patient sowohl durch den Chirurgen wie den Anästhesisten vor der Operation entsprechend aufzuklären. Besteht jedoch eine Arbeitsteilung zwischen mehreren Kliniken dergestalt, daß alle gewichtigen Voruntersuchungen und auch die nachoperative Behandlung Sache einer Klinik ist, der chirurgische Teil der Behandlung jedoch durch eine andere spezialisierte Klinik ausgeführt werden soll, ist der Chirurg nicht verpflichtet, dem Patienten diejenigen Kenntnisse zu vermitteln, die ihn zu einer eigenständigen Entscheidung befähigen, ob er sich trotz aller Risiken operieren lassen möchte, sondern allenfalls noch hinsichtlich speziell operationstechnischer Fragen, einschließlich der Anästhesie.¹⁶⁹⁷ Behandeln mehrere Ärzte einer Fachrichtung den Patienten, wie im Fall der Urlaubsvertretung oder bei der Zusammenarbeit diensthabender Ärzte im Krankenhaus, so genügt bei horizontaler Arbeitsteilung die vollständige Aufklärung durch einen von ihnen. Das Vertrauen darauf,¹⁶⁹⁸ daß jeder die Regeln der ärztlichen Kunst wie die Verpflichtung zur Aufklärung beachtet, ist nur insoweit schutzwürdig, als keine ernsthaften Zweifel an der Ordnungsmäßigkeit der Vorarbeiten des Kollegen erkennbar sind.¹⁶⁹⁹ Daher besteht auch bei horizontaler Arbeitsteilung regelmäßig die Verpflichtung der Kollegen, die vorgenommene Aufklärung zu dokumentieren und damit die weiteren Kollegen darüber zu informieren, ob und inwieweit der Patient aufgeklärt wurde.¹⁷⁰⁰ Diese aus dem Arzt-Patienten-Verhältnis resultierende Pflicht gilt jedoch nur insoweit, als die Ärzte untereinander von der Schweigepflicht entbunden sind, vgl. § 9 Abs. 4 MBO-Ä. Bei vertikaler Arbeitsteilung mehrerer Ärzte ist der Vertrauensgrundsatz nur mit Einschränkungen anzuwenden,¹⁷⁰¹ so daß bei durchaus zulässiger Delegation¹⁷⁰² der Aufklärungspflicht eine entsprechende Überwachung und Kontrolle stattzufinden hat.

¹⁶⁹⁶ Zur Reichweite der Aufklärungspflichten bei der Zusammenarbeit zwischen den Ärzten einer allgemeinen und einer Spezial-Klinik vgl. BGH NJW 1990, 2929 ff.

¹⁶⁹⁷ BGH NJW 1990, 2929.

¹⁶⁹⁸ Zum Vertrauensgrundsatz BGHR StGB § 15 Fahrlässigkeit 1; BGH NJW 1994, 797 f., sowie Kern/ Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 15 f.

¹⁶⁹⁹ Für den Behandlungsfehlerbereich vgl. BGH MedR 1998, 218.

¹⁷⁰⁰ Giesen, Arzthaftungsrecht, Rn. 156;

¹⁷⁰¹ Hierzu bereits unter § 12 Punkt VII. 3. c. der Abhandlung.

¹⁷⁰² Anders bei der Delegation an Personal aus dem nichtärztlichen Bereich; sie ist aufgrund der weitreichenden Bedeutung der Aufklärung grundsätzlich unzulässig. A.A. Kern, in: Festschrift Weißbauer, 71.

2. Umfang der durchzuführenden Beratung

Rechtlich wirksam ist eine Einwilligung allerdings nur, wenn sie sich als ein Akt wirklicher Selbstbestimmung erweist. Ihre Wirksamkeit setzt daher die umfassende Aufklärung des Patienten voraus. Über den Umfang der Aufklärung bestehen in Schrifttum und Rechtsprechung unterschiedlichste Auffassungen.¹⁷⁰³ Die Meinungspalette reicht von der Ansicht, wonach die Aufklärung über den Befund und den drohenden unbehandelten Verlauf¹⁷⁰⁴ entbehrlich sein soll bis hin zur Verpflichtung des Arztes, dem Patienten alle für seinen Entscheidungsprozeß erkennbar bedeutenden Faktoren¹⁷⁰⁵ mitzuteilen. Nach Auffassung der Rechtsprechung obliegt dem Arzt die Pflicht zur Aufklärung „im Großen und Ganzen“.¹⁷⁰⁶ Was sich hinter dieser Umschreibung verbirgt, ist nach der Jurisdiktion weniger eine klar durchschaubare Vorgabe, als vielmehr eine umfangreiche, häufig am Einzelfall orientierte Kasuistik. Diese Tatsache erklärt sich daraus, daß keine Behandlung und kein Aufklärungsgespräch mit einem anderen vergleichbar ist. Die Reichweite der Aufklärung bestimmt letztlich der konkret zu beurteilende Einzelfall. Die strafrechtliche Jurisdiktion ist allerdings aufgrund des Bestimmtheitsgrundsatzes, Art. 103 Abs. 2 GG, gehalten, allgemeine Kriterien aufzustellen, die für die jeweilige Situation umgesetzt werden müssen.

Mit der Rechtsprechung und der medizinischen Praxis ist davon auszugehen, daß sich die Unterrichtung des Patienten im Rahmen des für den Arzt Möglichen und - im Hinblick auf den nur begrenzt zur Verfügung stehenden zeitlichen Rahmen eines Gespräches sowie den damit einhergehenden legitimen Wirtschaftlichkeitserwägungen¹⁷⁰⁷ - Zumutbaren halten muß.

¹⁷⁰³ Vgl. auch die Ausführungen unter § 12 Punkt IV. 4. c (Therapiefreiheit). Die bestehende Uneinigkeit - auch gerade aus Sicht der Mediziner - wird eindrücklich durch einen Beitrag von Julia, DÄBl 1997 (94), Heft 26, sowie die unterschiedlichsten, in Leserbriefen manifestierten Reaktionen, vgl. DÄBl 95, (1998), C 4 ff., verdeutlicht.

¹⁷⁰⁴ Grünwald, in: Göppinger (Hrsg.), Arzt und Recht, 125 ff.; nach Kleinewefers, in: Stiftung zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung über Wesen und Bedeutung der freien Berufe (Hrsg.), 33, 50, soll es nicht regelmäßig notwendig sein, dem Patienten die Diagnose mitzuteilen, will er behandelt werden und nicht nur die Diagnose erfahren.

¹⁷⁰⁵ Bütikofer, DÄBl 1997 (94), Heft 26; Deutsch, Medizinrecht, Rn. 113; Giesen, Arzthafungsrecht, Rn. 117; OLG Köln NJW 1990, 772.

¹⁷⁰⁶ Vgl. BGH NJW 1971, 1887; BGH NJW 1972, 335 f.; BGH NJW 1985, 2192; BGH NJW 1986, 780; BGH NJW 1989, 1533; BGH JZ 1991, 675 mit krit. Anm. Giesen. Der Rechtsprechung verwandt Hager, in: Staudingers Kommentar zum BGB, § 823 Rn. I 83; Laufs, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 66 Rn. 4; Pfeiffer, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 8 f.

¹⁷⁰⁷ Müller, DÄBl 95 (1998), C 5 f.

Im Unterschied zur traditionellen hippokratischen Ethik gebietet der in den vergangenen Jahrzehnten stattgefundene, in den Patientenrechten¹⁷⁰⁸ manifestierte Wertewandel, die Bestimmungsrechte über Körper und Gesundheit primär dem Patienten einzuräumen. Das körperliche wie gesundheitliche Wohl des Patienten kann letztendlich weder aus der Sicht des Arztes noch eines verständigen Dritten, sondern allein aus seiner eigenen Sicht beurteilt werden.¹⁷⁰⁹ Ausgangspunkt einer auf Selbstbestimmung ausgerichteten Aufklärung muß daher sein, daß im Mittelpunkt nicht der zu behandelnde Patient, sondern der Rat- und Hilfesuchende steht, der zu einer eigenverantwortlichen und für ihn akzeptablen Entscheidung befähigt werden soll. Diese Sichtweise der Aufklärung ergibt sich daraus, daß die zu treffenden Entscheidungen die persönliche Lebensplanung und Gesundheitsfürsorge betreffen, daher multifaktoriell determiniert, mithin nicht allein durch medizinische Faktoren vorgegeben und vom Rat- und Hilfesuchenden in letzter Konsequenz selbst zu verantworten sind. Der Verantwortungsbereich des Arztes liegt - bezogen auf das Aufklärungsgespräch - darin, die medizinischen Faktoren korrekt zu vermitteln und zu bewerten, angemessene Angebote diagnostischer bzw. therapeutischer Maßnahmen zu ergreifen und beim Erarbeiten der vom Ratsuchenden individuell verantwortbaren Entscheidung fachliche Unterstützung zu geben. Daher ist dem Patienten sowohl der Krankheitsbefund¹⁷¹⁰ als auch der Verlauf in behandelter wie unbehandelter Form darzulegen und demzufolge auch das Risiko, welches er bei Ablehnung der empfohlenen medizinischen Maßnahme trägt.¹⁷¹¹ Die ärztliche Aufklärung darf dabei das Augenmerk nicht allein auf den erstrebten Endzweck der Behandlung richten, sondern muß ebenso die damit verbundenen vorhersehbaren Zwischenerfolge und Risiken erfassen. In Hinblick auf die häufig zur Verfügung stehenden unterschiedlichen Diagnose- und Therapiemethoden ist es geboten, die medizinisch sinnvollen Behandlungsweisen zu erläutern und damit gemeinsam mit dem Patienten die konkrete Therapiewahl zu treffen. Zu dem Aufklärungskonvolut gehört weiterhin, dem Patienten zu verdeutlichen, welche nicht völlig unerheblichen gesundheitlichen und körperlichen Veränderungen ohne den medizinisch erforderlichen Eingriff zu erwarten sind. Denn erst die Zusammenschau dieser Einzelfälle ermöglicht dem Patienten eine freie Gesamtwürdigung und damit eine selbstbestimmte

¹⁷⁰⁸ Instrukтив Jahresgutachten des Sachverständigenrates für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen 1992, Rn. 363; Deklaration der 72. deutschen Gesundheitsministerkonferenz (GMK), 1999, Patientenrechte in Deutschland.

¹⁷⁰⁹ Gegen die Bestrebungen, medizinische Aufklärungspflichten einzuschränken vgl. z.B. Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, 175 ff.; Giesen, Arzthaftungsrecht, Rn. 229 ff.; restriktiver Laufs, NJW 1997, 1609, 1614.

¹⁷¹⁰ Zur Diagnoseaufklärung bei genetischer Beratung Buchborn, MedR 1996, 441, 444.

¹⁷¹¹ Deutsch, NJW 1982, 2585, spricht von ‚Informed Refusal‘. Zu ärztlichen Fehleinschätzungen des Aufklärungsbedarfes instruktiv Giesen, Arzthaftungsrecht, Rn. 227.

Entscheidung für oder gegen die ärztliche Behandlung. Da dem Arzt selbstverständlich keine hellseherischen Gaben im Hinblick auf das konkrete Wissensbedürfnis des Patienten abzufordern sind, bemißt sich die Aufklärung zunächst an den gesundheitsrelevanten Fakten, die für den normal interessierten und gebildeten Patienten in dem jeweiligen Kontext der anstehenden Behandlung erkennbar von Bedeutung sind. Damit soll zwar nicht die Forderung erhoben werden, die Aufklärung anhand des Maßstabes des ‚vernünftigen‘ Patienten, den Aufklärungsumfang mithin im Koordinatenkreuz der Schwere des Leidens einerseits und dem Risiko zu erwartender schädlicher Folgen des Eingriffs andererseits zu bestimmen. Denn während sich letztere aufgrund medizinischer Erkenntnisse ergeben, obliegen die weiteren Wertungen der individuellen Abwägung des Patienten. Diese Einschränkung soll aber dem Umstand Rechnung tragen, daß erst wenn der medizinisch Versierte die Gesprächsbasis und den Rahmen durch entsprechende Information abgesteckt hat, der Patienten zusammen mit dem Arzt die erforderlichen Handlungspläne entwerfen, Lebensentscheidungen fällen und in eigener Verantwortung tragen kann.

3. Zeitpunkt der Aufklärung

Sinn und Zweck der Aufklärung, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu gewährleisten und somit die Basis einer wirksamen Einwilligung zu schaffen, erfordern eine rechtzeitige Information. Dem Patienten muß vor dem beabsichtigten Eingriff ausreichend Zeit bleiben, durch hinreichende Abwägung der für und gegen den Eingriff sprechenden Umstände eine freie,¹⁷¹² eigenständige Entscheidung über den Eingriff zu gewinnen.¹⁷¹³

Unter Berücksichtigung der Dringlichkeit und der Schwere des Eingriffs kann der angemessene Zeitpunkt des Aufklärungsgespräches nicht generell, sondern nur unter Berücksichtigung der in der konkreten Situation vorliegenden Umstände bestimmt werden.¹⁷¹⁴ Im Regelfall hat die Aufklärung unter Beachtung dieser Umstände aber so zeitig zu erfolgen, daß der Patient noch im vollen Besitz seiner Erkenntnis- und Entscheidungsfreiheit ist und ihm eine Überlegungsfrist verbleibt, sofern die Dringlichkeit

¹⁷¹² So schon BGHSt 12, 379, 383; OLG Celle NJW 1979, 1251, 1253 mit ablehnender Anmerkung Wachsmuth; BGH JZ 1992, 312 f. mit Anm. Giesen, 315; Brüggemeier, Deliktsrecht, 1986, 436; Franzki, Sitzungsbericht I zum 52. DJT, 121; Kern/ Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 41; Nüßgens, in: BGB-RGRK, § 823 Anh. II, Rn. 100; Tempel, NJW 1980, 609, 615; ähnlich OLG Stuttgart VersR 1979, 1016 und OLG Hamm VersR 1981, 486, 488.

¹⁷¹³ BGH NJW 1985, 1399; NJW 1987, 2291; VersR 1989, 253; VersR 1992, 960.

¹⁷¹⁴ Deutsch, Medizinrecht, Rn. 140; Tempel, NJW 1980, 609, 615; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 117 ff.; Begründung zum Referentenentwurf 1996, 138.

der ärztlichen Behandlung dies zuläßt.¹⁷¹⁵ Bei diagnostischen Eingriffen und ebenso bei ‚normalen‘ ambulanten Operationen genügt regelmäßig eine Aufklärung am Tag des Eingriffs.¹⁷¹⁶ Dennoch darf aufgrund eines engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs von Aufklärung und Eingriff für den Patienten nicht der Eindruck entstehen, daß er sich von dem bereits in Gang gesetzten Geschehensablauf nicht mehr distanzieren kann.¹⁷¹⁷ Eine Aufklärung zur Unzeit liegt vor, wenn sich der Patient bereits auf dem Operationstisch¹⁷¹⁸ oder in der Phase der Operationsvorbereitung befindet und unter dem Einfluß von Medikamenten steht.¹⁷¹⁹ Zu einem solchen Zeitpunkt ist die Entscheidungsfreiheit des Patienten regelmäßig nicht mehr gewährleistet, so daß er mit der Nutzen-Risiko-Abwägung überlastet ist. Dies gilt grundsätzlich auch bei ambulant durchzuführenden „größeren Eingriffen mit beträchtlichen Risiken“. ¹⁷²⁰ Die Aufklärung über Narkoserisiken hingegen kann rechtmäßig noch am Vorabend der Operation erfolgen.¹⁷²¹

4. Verbindliche Absprache eines künftigen Eingriffs

Soll ein Patient bereits einige Wochen vor dem stationär durchzuführenden Eingriff dem Operateur gegenüber verbindlich einen fixen Operationstermin zusagen, fordert die Rechtsprechung bereits zu diesem Zeitpunkt die vollständige Aufklärung.¹⁷²² Stehen noch wesentliche Untersuchungsbefunde aus, ist die Aufklärung bis zu deren Erhebung aufzuschieben. Diese vorzeitige Aufklärung soll dem Patienten ermöglichen, sich rechtzeitig mit dem auf ihn zukommenden, häufig sehr einschneidenden Ereignis einer Operation auseinanderzusetzen, Ängste zu verarbeiten und die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen.

¹⁷¹⁵ Vgl. hierzu die Richtlinien zur Aufklärung der Krankenhauspatienten über vorgesehene ärztliche Maßnahmen, abgedruckt in: Bölke/ Robbers, Die stationäre Krankenhausbehandlung, A II. 4.2.

¹⁷¹⁶ Für ambulante Operationen BGH VersR 1994, 1235 ff.; für diagnostische Eingriffe BGH VersR 1995, 1055.

¹⁷¹⁷ BGH NJW 1996, 777.

¹⁷¹⁸ Tempel, NJW 1980, 609, 615.

¹⁷¹⁹ BGH VersR 1974, 752, 753; BGH VersR 1983, 957, 958; Francke/ Hart, Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation, 29.

¹⁷²⁰ Offen gelassen in BGH VersR 1983, 957, 958.

¹⁷²¹ BGH NJW 1992, 2351; kritisch zur Unterscheidung Vorabend - Vortag Giesen, Arzthaftungsrecht, Rn. 236.

¹⁷²² BGH NJW 1992, 2351 ff. mit Anm. Giesen JZ 1992, 315 = LM § 823 Nr. 139 mit Anm. Laufs/ Reiling.

Dennoch wird die Rechtsprechung von der Literatur u.a. deswegen kritisiert, weil der Patient sich in Angstzustände verlieren kann, einerlei, ob er lange oder erst kurze Zeit vor der Operation aufgeklärt wird. Darüber hinaus wird zu Recht auf die Möglichkeit der durch Zeitablauf „entaktualisierten“¹⁷²³ Einwilligung aufmerksam gemacht. Eine befriedigende Lösung bietet hier der vermittelnde Vorschlag einer „Doppelaufklärung“.¹⁷²⁴ Um die Wirksamkeit der Einwilligung zum Zeitpunkt des Eingriffs sicherzustellen, besteht die Pflicht, erneut aufzuklären, wenn sich tatsächliche Anhaltspunkte für den behandelnden Arzt ergeben, daß der Patient an seiner Einwilligung nicht mehr festhalten möchte oder er den Inhalt des Aufklärungsgesprächs vergessen bzw. verdrängt hat und demgemäß über die auf ihn zukommenden Risiken nicht mehr informiert ist. Die Argumentation, das Auffassungsvermögen des Patienten sei intellektuell begrenzt und außerdem befinde er sich vor einer Operation häufig in einer psychischen Ausnahmesituation, überzeugt nicht. Denn letzterem kann durch ein rechtzeitiges Aufklärungsgespräch, ersterem durch angemessene Sprache und Einfühlungsvermögen begegnet werden.

5. Verspätete Aufklärung

Die Aufklärung nach, während¹⁷²⁵ oder kurz vor der Behandlung ist regelmäßig verspätet. Im Unterschied zur Information während und nach der Behandlung steht die erst kurz vor der Behandlung stattfindende Unterrichtung der Wirksamkeit der Einwilligung nicht zwingend entgegen.¹⁷²⁶ Maßgebend ist hierbei, ob der Patient in dem konkret zu beurteilenden Einzelfall sich trotz der Verspätung noch vor der Behandlung frei entscheiden konnte oder aber der organisatorische und psychische Druck einem freiverantwortlichen Entschluß entgegenstand.¹⁷²⁷ Dies zu beurteilen, obliegt im Strafverfahren dem Gericht bzw. bei der Frage, ob Anklage erhoben wird, der Staatsanwaltschaft.

¹⁷²³ So bereits Deutsch, NJW 1979, 1905, 1907; zu der hieraus folgenden Prüfungspflicht des behandelnden Arztes vgl. Laufs/ Reiling, LM § 823 BGB Nr. 139.

¹⁷²⁴ Hoppe, NJW 1998, 782, 785 f.

¹⁷²⁵ Z.B. die Aushändigung eines Merkblattes über die Thrombosegefahr während der gefahrenträchtigen Behandlung, hier: bei Anlegung des Gipses, BGH NJW 1996, 776.

¹⁷²⁶ Insoweit gelten die Ausführungen zur nachträglichen Genehmigung entsprechend.

¹⁷²⁷ Vgl. Laufs/ Reiling, Anm. BGH LM § 823 BGB Nr. 139 Bl. 1847.

6. Form der Aufklärung

Die Information des Patienten über die Diagnose, den Verlauf der Therapie sowie die hiermit verbundenen Chancen und Risiken findet im Regelfall durch ein persönliches Arztgespräch¹⁷²⁸ statt. Die Wortwahl muß sich hier notwendigerweise daran orientieren, daß der Patient als in der Regel medizinischer Laie die ärztliche Fachsprache zwar akustisch vernehmen, kaum aber deren Bedeutung verstehen kann.¹⁷²⁹ Die eigenverantwortliche Entscheidungsfindung auf Patientenseite setzt demgemäß eine angemessene Sprache, welche die Lebenssituation, den Bildungsgrad, den Beruf¹⁷³⁰ des Patienten sowie die konkrete Gesprächssituation berücksichtigen muß, voraus.¹⁷³¹

7. Verwendung von Merk- und Informationsblättern

Die ärztliche Praxis bedient sich häufig besonderer Merk- und Informationsblätter, um den prognostizierten Verlauf des bevorstehenden Eingriffs sowie die hiermit verbundenen Risiken in einer für den medizinischen Laien verständlichen Sprache schriftlich zu erläutern.¹⁷³² Zwar birgt ein Übermaß an vorformulierten Entscheidungshilfen die Gefahr in sich, daß der Patient den Blick für das Wesentliche verliert oder überhaupt nicht gewinnt, das Verhältnis zum Arzt formalisiert und damit naturgemäß auch distanziert wird, was mit einem Verlust an Vertrauen einhergehen und zum Aufbau von Ohnmachtsgefühlen auf Patientenseite führen kann. Dennoch ist der Erkenntniswert dieser schriftlichen Information, um eine Grundinformation abzusichern, nicht gering zu achten.¹⁷³³ Für den medizinischen Laien verständliche Merk- und Informationsblätter, die den in Aussicht genommenen, konkreten, standardisierten Eingriff im Wort und häufig auch im Bild darlegen, vermitteln dem Patienten die Möglichkeit, sich außerhalb des organisierten Klinikapparats sowie des Einflußbereiches der gegebenenfalls übermächtig erscheinenden Behandlungsseite in Ruhe mit dem Eingriff in Körper und Gesundheit auseinanderzusetzen. Hierbei können Fragen formuliert werden, die sich erst nach mehrmaligen Lesen und Überdenken der Information wie der eigenen Situation auf tun. Unter diesem Aspekt betrachtet, tragen Merkblätter wesentlich zum Verständnis eines bevorstehenden Eingriffs bei und sind

¹⁷²⁸ Hart, in: Festschrift Heinrichs, 291, 310; Hollmann, NJW 1973, 1393 ff.

¹⁷²⁹ So ausdrücklich Nr. 1 Teil C MBO-Ä 1997, DÄBl 94 (1997), C 1772.

¹⁷³⁰ Zumindest im Hinblick auf die Erstberatung, vgl. BGH NJW 1979, 1933, 1934. Instrukтив Heilmann, NJW 1990, 1513, 1517.

¹⁷³¹ Laufs, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 64 Rn. 15.

¹⁷³² Zur Aufklärung mittels Merkblatt über die Gefahr von Blutumlauftörungen BGH NJW 1996, 776; über die Risiken bei endonasalen Siebbeineingriffen BGH NJW 1994, 793.

¹⁷³³ Lauer, in: Hymmen/ Ritter (Hrsg.), Behandlungsfehler - Haftung des operativ tätigen Arztes, 13, 15. Siehe aber auch das Konzept der Stufenaufklärung.

als Ergänzung zum persönlichen, vertiefenden Gespräch eine sinnvolle Säule im Aufklärungsgeschehen. Die ausgehändigten Formulare und Merkblätter ersetzen aber nicht das erforderliche Aufklärungsgespräch. Ebenso wie sich der Patient bemühen muß, sein persönliches Aufklärungsbedürfnis mitzuteilen,¹⁷³⁴ darf der Arzt die Aufklärung nicht auf den bloßen Einsatz formaler Informationshilfen und bürokratischer, vom Patienten abzeichnender Nachweise beschränken. Denn ein Rückzug auf diese Informationshilfen steht zu Wesen und Sinn der Patientenaufklärung regelrecht in Widerspruch.¹⁷³⁵ Entscheidendes Moment der Aufklärung ist die aktive Mitwirkung von Patient und Arzt an dem vertrauensvollen und offenen Gespräch, das den Besonderheiten der jeweiligen Situation Rechnung trägt.¹⁷³⁶ Daher läßt sich der Tatsache, daß Aufklärungsblätter ausgehändig wurden, nicht zwingend die Information des Patienten über ein nicht deutlich erwähntes Risiko entnehmen.¹⁷³⁷ Die Existenz einer durch den Patienten schriftlich bestätigten Aufklärung¹⁷³⁸ oder unterzeichneten Einwilligungserklärung kann nur ein Indiz dafür sein, daß vor der Unterzeichnung überhaupt ein Aufklärungsgespräch über die Operation und deren mögliche Folgen geführt wurde.¹⁷³⁹

8. Konzeption der Stufenaufklärung

Nach der von Weißbauer¹⁷⁴⁰ entwickelten, von der Jurisdiktion übernommenen Konzeption einer Stufenaufklärung¹⁷⁴¹ soll der Patient unter Zuhilfenahme von Merk- und Informationsblättern eine schriftliche Basisinformation über den Verlauf und die Risiken des Eingriffs erhalten. Daran anknüpfend werden dem Patienten im persönlichen Aufklärungsgespräch die für seinen konkreten Fall erforderlichen Informationen vermittelt. Der Patient bestätigt schriftlich im Anschluß an das Aufklärungsgespräch, daß er keine Fragen mehr hat, oder kreuzt an, welche Fragen er noch stellen möchte.

¹⁷³⁴ BVerfG NJW 1979, 1925, 1930; Katzenmeier, MedR 1997, 167.

¹⁷³⁵ BGH MDR 1985, 923; kritisch zur gängigen Formularpraxis vgl. Laufs/ Reiling, Anm. zu BGH LM § 823 BGB Nr. 139 Bl. 1847 RS.

¹⁷³⁶ Ankermann, in: Festschrift Steffen, 1 ff.

¹⁷³⁷ BGHZ 90, 103, 110; Schlund, VersR 1993, 753; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 120.

¹⁷³⁸ Vgl. z.B. § 6 Abs. 1 S. 2 TFG. Zum Entwurf vgl. Bender, ZRP 1997, 353 f.

¹⁷³⁹ BGH MDR 1985, 923.

¹⁷⁴⁰ Weißbauer, in: Hymmen/ Ritter (Hrsg.), Behandlungsfehler - Haftung des operativ tätigen Arztes, 30 ff.

¹⁷⁴¹ OLG München VersR 1993, 752, wonach ein persönliches Aufklärungsgespräch für überflüssig erachtet wurde, da der Patient nach Vorlage eines ausführlichen Informationsblattes keine weiteren Fragen stellte.

Dieses zunächst plausible und für die medizinische Praxis praktikable Konzept der Informationsverschaffung erscheint jedoch dann nicht zweifelsfrei, wenn dem Patienten die Basisinformation allein anhand des Merkblattes vermittelt und im anschließenden Gespräch überwiegend darauf verwiesen wird, Fragen zu den noch unklaren Punkten zu stellen.¹⁷⁴² Ein solches Vorgehen vernachlässigt sowohl die Erkenntnis, daß nur der bereits Wissende in der Lage ist, konkrete Fragen zu stellen, als auch die Einsicht, daß der medizinische Laie bei einer standardisierten Aufklärung seine persönlichen Risiken regelmäßig nicht abzuschätzen vermag.

Eine am konkreten Informations- und Aufklärungsbedürfnis des Patienten ausgerichtete Unterrichtung erfordert vielmehr, zunächst in einem persönlichen Gespräch zwischen Arzt und Patient den Befund sowie entsprechend der Schwere der hiermit verbundenen Folgen kursorisch bis ausführlich die therapeutischen Möglichkeiten darzulegen.¹⁷⁴³ Erst nach dieser Basisinformation erweist sich - unter dem Blickwinkel der Wahrung des Selbstbestimmungsrechtes - der Einsatz von standardisierten Aufklärungshilfen zur Absicherung der erforderlichen Grundinformation als sinnvoll. Im Anschluß daran muß die Möglichkeit eines weiteren Gespräches geboten werden, in welchem die Behandlungsseite einzelfallbezogen die relevanten Punkte - wie Art und Dauer der Behandlung, Komplikationsdichte, Auswirkungen auf die spätere Lebensführung - aufzeigt und dem nun vorinformierten Patienten Gelegenheit eingeräumt wird, Fragen zu stellen.

9. Aufklärungspflicht bei Fragen des Patienten

Außerhalb der Verpflichtung zur Diagnose-, Verlaufs- und Risikoaufklärung ist der Patient auf sein ernstliches Verlangen hin im Rahmen des Zumutbaren umfassend über die objektiven Feststellungen, seine körperliche Befindlichkeit und die vorhandenen Therapiemöglichkeiten zu informieren.¹⁷⁴⁴ Fragen zu speziellen, die ärztliche Behandlung betreffenden Themenbereichen dürfen nicht falsch oder irreführend beantwortet

¹⁷⁴² Kritisch auch Giesen, *Arzthaftungsrecht*, Rn. 272 ff.; Laufs, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, § 66 Rn. 13.

¹⁷⁴³ Über die mit dem Anlegen eines Unterschenkelgipses verbundenen Gefahren einer tiefen Beinvenenthrombose ist zu informieren, wenn Behandlungsalternativen zur Verfügung stehen, BGH NJW 1996, 776.

¹⁷⁴⁴ Laufs, NJW 1998, 1750 f.: „Die Zeiten wohlthätiger Illusionen sind längst vorbei“, unter Verweis auf das von Thomas Mann geschilderte Schicksal von Theodor Storm, vgl. hierzu ausführlich Laufs, in: Jung/ Schreiber (Hrsg.), *Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht*, 71, 74. Zur Aufklärungspflicht bei Fragen des Patienten Roßner, *Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes bei Kollision mit anderen ärztlichen Pflichten*, 216 ff.

werden.¹⁷⁴⁵ Das Verschweigen von relevanten Umständen - auch wenn es wohlmeinend dazu dient, den Patienten nicht übermäßig zu ängstigen - führt im Regelfall zu einer Aufklärungspflichtverletzung. Denn das körper- und gesundheitsbezogene Patientenwohl kann nicht allein anhand des Maßstabes der ärztlichen Fachvernunft gemessen werden.¹⁷⁴⁶ Anderenfalls würde der Arzt - auch wenn er kraft seines Berufes dem Patientenwohl verpflichtet ist - seine Auffassung an die Stelle der des Patienten setzen, mit der Konsequenz der Fremdbestimmung und damit des Rückfalls in den überwundenen ärztlichen Paternalismus.

10. Einschränkung der Aufklärungspflicht

Sucht der Patient einen Arzt auf, um sein körperliches Leiden behandeln zu lassen, tauscht er seine körperlichen wie gesundheitlichen Einschränkungen als auch sein Krankheitsrisiko gegen das Behandlungsrisiko ein.¹⁷⁴⁷ Diese Transaktion ist für den Patienten nur dann zumutbar, wenn er zuvor zu einer selbstbestimmten und eigenverantwortlichen Entscheidung befähigt wurde. Lediglich im restriktiv zu verstehenden Ausnahmefall kann daher im Interesse des Patienten die Aufklärungspflicht begrenzt werden.

a. Hohe Dringlichkeit des Eingriffs

Die Dringlichkeit der anstehenden Maßnahme beeinflusst die Ausführlichkeit der gebotenen Aufklärung. Als Grundsatz gilt, daß an die Aufklärung vor einer zur Abwendung einer akuten Lebens- oder auch nur schwerwiegenden Gesundheitsgefahr erforderlichen Operation - aufgrund der fehlenden oder doch sehr eingeschränkten Zeit vor der Operation - geringere Anforderungen zu stellen sind als bei indizierten, aber nicht zwingend notwendigen Maßnahmen.¹⁷⁴⁸ Das Erfordernis der Aufklärung entfällt jedoch nur in Ausnahmefällen. Eine Reduzierung der Aufklärungsverpflichtung auf Null kommt z.B. in Betracht, wenn die Einwilligung nicht oder nicht rechtzeitig eingeholt werden kann. So entfällt das Aufklärungserfordernis für den unmittelbar notwendigen Eingriff infolge tatsächlicher Unmöglichkeit, wenn ein Patient ohne

¹⁷⁴⁵ RG HRR 1934 Nr. 1278; BGH NJW 1980, 633, 635; KG VersR 1988, 1184; Giesen, Arzthaftungsrecht, Rn. 225; Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, 127.

¹⁷⁴⁶ Pfeiffer, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 8, weist zutreffend darauf hin, daß die Leitfigur des verständigen Patienten dem Arzt nur eine erste Hilfestellung sein kann, die individuellen Aufklärungsbedürfnisse des Patienten zu erkennen.

¹⁷⁴⁷ Francke/ Hart, Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation, 15.

¹⁷⁴⁸ BGH NJW 1988, 1514 f.; Tröndle, MDR 1983, 881, 883.

Bewußtsein in das Krankenhaus eingeliefert wird und unverzüglich operiert werden muß, um Schäden für das Leben oder die Gesundheit abzuwenden.¹⁷⁴⁹ Der Patient ist jedoch im nachhinein über den vorgenommenen Eingriff zu informieren. Hiervon zu trennen ist die Situation, daß sich ein noch einsichts- und willensfähiger Patient in vital bedrohlicher Situation in ärztliche Behandlung begibt. Wenngleich aus zeitlichen Gründen eine ausführliche Aufklärung mit Bedenkzeit in dieser Lage kaum möglich ist, muß der Patient im Rahmen des tatsächlich Möglichen über die Grundzüge der Behandlung oder wenn nicht einmal hierzu die Zeit bleibt, über die Operationsabsicht unterrichtet werden.¹⁷⁵⁰

b. Informierter Patient

Der Umfang der ärztlichen Aufklärung wird weiterhin durch den individuellen Kenntnisstand des Patienten bedingt und reduziert sich demzufolge mangels Aufklärungsbedürfnis beim bereits informierten Patienten.¹⁷⁵¹ Die Umstände hierfür können vielfältig sein.¹⁷⁵² Die Geschwindigkeit des Wandels zur heutigen Informationsgesellschaft bedingt, daß der Patient häufig durch die Medien Aufklärung über seine Erkrankung findet. Die Tages-, Wochen- und Fachpresse beschreibt regelmäßig neue bzw. weiterentwickelte Behandlungsmethoden, das Internet bietet Interessierten ausführliche Darstellungen von Krankheiten und Therapiemöglichkeiten. Patienten, die wegen eines Gebrechens bereits mehrere Spezialisten aufgesucht haben¹⁷⁵³ sowie Patienten, die schon über eine längere Zeit mit ihrer Krankheit leben, sind häufig über diese, die hiermit verbundenen Gefahren sowie die üblichen Behandlungsmethoden

¹⁷⁴⁹ Vgl. BGHSt 12, 379, 382: „Hat der Arzt einen Patienten vor sich, dessen Leben nach seiner ärztlichen Ansicht bedroht ist, wenn er ihn nicht sofort operiert, so braucht er mit der Einwilligung nicht viel Umstände zu machen“; zum Wegfall der Aufklärung im Notfall vgl. Eisner, Die Aufklärungspflicht des Arztes, 182.

¹⁷⁵⁰ BGHSt 12, 289; Kern/ Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 69 f.; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 76; OLG Saarbrücken VersR 1988, 95: Dem mit akutem Bauch eingelieferten Patienten wurde mitgeteilt, daß - je nach OP-Befund - der Magen genäht oder entfernt werden müsse. In der Notfallsituation war dies ausreichend.

¹⁷⁵¹ Die amtliche Begründung zum Entwurf von 1962, S. 300, erwähnt diese Möglichkeit der Aufklärungseinschränkung, nimmt hierzu jedoch nicht Stellung.

¹⁷⁵² Roßner, Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes bei Kollision mit anderen ärztlichen Pflichten, 95; Tempel, NJW 1980, 609, 613.

¹⁷⁵³ Hierbei ist aber OLG Celle, NJW 1971, 1251 zu beachten, wonach bei Aufsuchen einer Universitätsklinik in der Hoffnung, bestimmte Komplikationen dort auszuschließen, über die mit der Operationen verbundenen Risiken aufzuklären ist.

unterrichtet.¹⁷⁵⁴ Ebenso sind gerichtlich bestellte Betreuer, die eine Vielzahl von Personen, wie z.B. sehr alte Menschen, betreuen, bereits aufgrund dieser Tätigkeit häufig über die medizinischen Probleme dieser Personengruppe unterrichtet,¹⁷⁵⁵ so daß die Aufklärung im Einzelfall zumindest knapper ausfallen kann. Geringere Anforderungen an die Aufklärung sind ebenso bei Angehörigen medizinischer Berufe, wie z.B. Ärzte,¹⁷⁵⁶ Ärztehelfer(innen), Krankenschwestern oder auch Pflegern¹⁷⁵⁷ zu stellen, wobei die Entscheidung über den erforderlichen Umfang auch hier dem Einzelfall überlassen bleiben muß.¹⁷⁵⁸ Bei gebildeten Patienten entspricht ein allgemeiner Hinweis auf den Stellenwert der Krankheit und dessen Risiken aber nicht den Anforderungen. Wenn die Rechtsprechung demgegenüber davon ausgeht, daß weitere Fragen dem selbstsicheren und klugen Patienten anheim gestellt werden dürfen,¹⁷⁵⁹ so läßt diese Ansicht die situationsbedingte, häufig nach außen überspielte Befangenheit und Verunsicherung außer acht, die auf der Behandlungsseite den irrtümlichen Eindruck ausreichenden Wissens vermitteln kann.¹⁷⁶⁰

c. Einschränkung aus medizinischen Gründen

Zahlreiche Probleme stellen sich im Fragenkreis der Einschränkung von Aufklärungspflichten bei medizinischer Kontraindikation.

aa. Aufklärung bei Operationserweiterung¹⁷⁶¹

Vorab sollen drei Fälle geschildert werden. Bei der 1938 geborenen Patientin wurde im Jahre 1975 an drei Stellen der linken Brust ein Carzinoma lobulare¹⁷⁶² in situ festgestellt. Nachdem sich bis Januar 1983 keine Anzeichen für eine Malignität ergaben,

¹⁷⁵⁴ Vgl. BGH VersR 1961, 412; BGH NJW 1976, 363 f.; OLG Köln VersR 1978, 551; OLG Celle NJW 1979, 1251.

¹⁷⁵⁵ Hierzu Heim (Hrsg.), Medizinische und juristische Probleme älterer Menschen, 9. Symposium der Kaiserin-Friedrich.-Stiftung für Juristen und Ärzte.

¹⁷⁵⁶ OLG Karlsruhe VersR 1979, 58.

¹⁷⁵⁷ BGH VersR 1961, 363.

¹⁷⁵⁸ Giesen, Arzthaftungsrecht, Rn. 275.

¹⁷⁵⁹ So BGH NJW 1976, 363.

¹⁷⁶⁰ Giesen, Arzthaftungsrecht, Rn. 275; Tempel, NJW 1980, 609, 611; Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, 129. A.A. Hartmann, Eigenmächtige und fehlerhafte Heilbehandlung, 133 f.

¹⁷⁶¹ Instrukтив Wachsmuth, in: Festschrift Bockelmann, 473 ff.

¹⁷⁶² Lobulär bedeutet läppchenförmig, vgl. Psyhyrembel, Klinisches Wörterbuch, Stichwort: lobulär.

wurden im Oktober 1983 neu aufgetretene Zysten diagnostiziert. Die Patientin erteilte die Einwilligung in eine Probeexzision aus der linken Brust mit Schnelluntersuchung, da eine histologische Untersuchung für notwendig erachtet wurde. Je nach Ausgang sollte eine subkutane Mastektomie¹⁷⁶³ durchgeführt werden. Während der Operation führte der Chirurg ohne vorige Probeexzision eine beiderseitige Mastektomie mit plastischem Wiederaufbau der Drüsenkörper durch. Der BGH¹⁷⁶⁴ hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Mastektomie von der Einwilligung der Patientin getragen war.

Im zweiten Fall¹⁷⁶⁵ litt die Patientin P unter postmenopausalen Blutungen. Daher erklärte sie sich mit einer Ausschabung einverstanden. Das Gewebe sollte noch während der Narkose untersucht werden. Bei malignem Befund bestand die Absprache, daß sofort eine Uterusentfernung durchgeführt werden sollte, bei gutartigem Befund sollte es außer der Ausschabung keine operative Maßnahme geben. Die histologische Untersuchung des während der Ausschabung gewonnenen Gewebes ergab eine Karzinomvorstufe. Wie in diesem Fall zu verfahren sei, war mit der Patientin nicht erörtert worden. Der Chirurg C entfernte den Uterus, wobei sein Vorgehen medizinisch indiziert war. Ein Abwarten mit konservativer Therapie wäre jedoch ebenso medizinisch indiziert gewesen, was C auch wußte. P hätte sich unter den gegebenen Voraussetzungen gegen die Uterusentfernung entschieden. Konnte hier von einer Rücksprache mit der Patientin abgesehen werden?

Im dritten Fall betreuten die Angeklagten, beide Fachärzte für Gynäkologie, die Entbindung einer Patientin, die fünf Jahre zuvor ihr erstes Kind mittels Kaiserschnittes zur Welt gebracht hatte. Die 24-jährige Frau verhielt sich während des Geburtsverlaufs unkooperativ, schrie lautstark, verweigerte schließlich eine aktive Mitwirkung bei der Geburt. Als durch ihre falsche Atmung die Gesundheit des Kindes in Gefahr geriet, führten die Angeklagten nach vorheriger Zustimmung durch den Ehemann der Patientin - der Angeklagte W hatte seinen Versuch, die Patientin selbst aufzuklären, zuvor erfolglos abgebrochen - eine Kaiserschnittentbindung durch. Während der Operation bildeten sich Risse in der Gebärmutter, es kam zu heftigen Blutungen, die aber zum Stillstand gebracht werden konnten. Die Angeklagten wollten eine erneute Schwangerschaft der Patientin, bei der sie das Risiko eines Gebärmutterrisses mit lebensgefährlichen Folgen für Mutter und Kind befürchteten, sicher vermeiden. Daher führten sie nunmehr eine Tubensterilisation durch, ohne zuvor die Einwilligung der Patientin, die sich

¹⁷⁶³ Eine heute nicht mehr gebräuchliche brusterhaltende Operation mit Entfernung des gesamten Drüsenkörpers und der axillären Lymphknoten, vgl. Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, Stichwort: Mastektomie, subkutane.

¹⁷⁶⁴ Vgl. BGH NJW 1992, 2354.

¹⁷⁶⁵ Vgl. Dettmeyer/ Madea, MedR 1998, 247, 249 f.

insgesamt drei Kinder gewünscht hatte, eingeholt zu haben. Unmittelbar vor der Kaiserschnittoperation hatte die Patientin, die sich schon im Operationssaal befand, auf die Frage der Angeklagten B: „... Sie wollen doch sicher keine Kinder mehr haben, wir wollen Sie gleich mit sterilisieren?“ eine Sterilisation ausdrücklich abgelehnt. Denn sie wünschte sich insgesamt drei Kinder.¹⁷⁶⁶

Die geschilderten Situationen veranschaulichen das Spannungsverhältnis zwischen objektiv körperlich-biologischen Faktoren und der körperbezogenen Verfügungsfreiheit der Rechtsgutsträger, wenn sich erst im Verlauf einer Operation die Notwendigkeit einer Operationserweiterung oder -änderung herausstellt.¹⁷⁶⁷ Wenngleich die Diagnosemöglichkeiten und ihre Treffsicherheit durch zahllose technische Neuerungen auf dem Gebiet der medizinischen Diagnostik - wie z.B. der minimalinvasiven Techniken oder auch dem präoperativ geplanten intraoperativen Schnellschnitt¹⁷⁶⁸ - revolutioniert wurden, so bleiben trotz des Fortschritts etliche Fälle, in denen „ohne vorher genau festgelegten Operationsplan begonnen werden muß“¹⁷⁶⁹ und die spezielle Vorgehensweise erst nach Eröffnung des Operationsfeldes festgelegt werden kann. In diesem Fall schuldet der Arzt nicht mehr an Aufklärung, als was er selbst weiß bzw. aufgrund seiner ärztlichen Kenntnisse, Erfahrung und Weiterbildung hätte wissen können.¹⁷⁷⁰ Die vorhersehbaren Möglichkeiten sind jedoch mit dem Patienten zu besprechen, das Vorgehen während der Operation ist an dieser Übereinkunft auszurichten.

So bestand im geschilderten ersten Fall gemäß der Absprache mit der Patientin die Verpflichtung, eine Probeexzision aus der linken Brust mit anschließender histologischer Untersuchung und je nach deren Ausgang gegebenenfalls eine subkutane Mastektomie mit plastischem Wiederaufbau durchzuführen. Hieran hat sich der Operateur nicht gehalten. Die weitergehende beiderseitige Mastektomie ohne vorherige Probeexzision war nicht von der Einwilligung der Patientin getragen, da gerade das Vorgehen von dem Ergebnis der Probeexzision abhängig gemacht werden sollte. Damit liegt hier ein eindeutiger Fall des Verlassens des durch Einwilligung legitimierten Handlungsrahmens vor. Erfordert der intraoperative Befund ein Vorgehen, das mit dem Patienten nicht abgeklärt und damit nicht von dessen tatsächlicher Einwilligung getragen ist, bleibt der Behandlungsseite zum einen die Möglichkeit, die Operation abubrechen, nach Abklingen der Narkosen mit dem Patienten das weitere Vorgehen

¹⁷⁶⁶ BGH MedR 2000, 231 ff., bearb. Tag.

¹⁷⁶⁷ BGHSt 11, 111 (Myomfall) und BGH JZ 1964, 231 mit Anm. Eb. Schmidt (Hodenfall).

¹⁷⁶⁸ Hierzu Dettmeyer/ Madea, MedR 1998, 247 ff.

¹⁷⁶⁹ Wachsmuth, in: Festschrift Bockelmann, 473, 476.

¹⁷⁷⁰ Zutreffend BGH JZ 1964, 231. Zu den Unsicherheiten einer Diagnose der Appendizitiden vgl. Ritter, in: Hymmen/ Ritter (Hrsg.), Behandlungsfehler - Haftung des operativ tätigen Arztes, 19 f.

zu besprechen und danach zu handeln.¹⁷⁷¹ Zum anderen kann die Operation nach ärztlicher Vernunft im rein biologisch-körperbezogenen Interesse auf der Grundlage des mutmaßlichen Einverständnisses des Patienten weitergeführt werden.¹⁷⁷² Die erste Möglichkeit ist versperrt, soweit die Unterbrechung eine ernste Lebensgefahr für den Patienten bedeutet. In Fällen dieser Art ist für das weitere Vorgehen allein der mutmaßliche Wille des Patienten ausschlaggebend.¹⁷⁷³ Um diesen zu ermitteln, hat der Arzt im Rahmen des tatsächlich Möglichen und Zumutbaren zu prüfen, ob der Patient ihm oder Dritten gegenüber Andeutungen gemacht hat, aus denen er Rückschlüsse auf seine Sinnesrichtung hinsichtlich des weiteren medizinischen Vorgehens ziehen kann. Nur für den Fall, daß sich keinerlei Anhaltspunkte für den Patientenwillen eruieren lassen, ist auf Kriterien zurückzugreifen, die der allgemeinen Wertvorstellung entsprechen.¹⁷⁷⁴ Im Zweifel ist davon auszugehen, daß der Patient für sich das Beste will und damit in die therapieadäquaten Maßnahmen einwilligt.¹⁷⁷⁵ Subjektiv ist zu fordern, daß der Arzt in Kenntnis des mutmaßlichen Willens des Patienten handelt.

Der vitalen Indikation gleichzustellen ist die Situation, in der sich im Laufe der Operation eine unvorhersehbare Indikation ergibt, bei der sich die prognostizierte Gefährlichkeit des Abbruchs für den Patienten - z.B. aufgrund des kritischen Gesundheitszustandes - mit der Notwendigkeit der Fortsetzung des Eingriffs¹⁷⁷⁶ die Waage hält oder aber die Erweiterung zwar nicht vital indiziert, der Abbruch für den Patienten aber das Risiko einer neuen, unter Umständen mit größeren Gefahren oder zumindest mit weiteren körperlichen und seelischen Beeinträchtigungen verbundenen

¹⁷⁷¹ Vgl. bereits Kahl, ZStW 29 (1909), 361, 365.

¹⁷⁷² So bereits Stooss, Chirurgische Operationen und ärztliche Behandlungen, 33.

¹⁷⁷³ Kritisch zu dieser „Fiktion“, Kahl, ZStW 1909 (29), 351, 366, mit instruktivem Beispiel: „Es gibt Leute, die sonst im Leben recht tapfer sind, die aber eine natürliche Scheu vor dem Operationstisch nicht überwinden können und dem Türschlüssel des heiligen Petrus ruhiger entgegen sehen als dem Messer des Arztes. [...] Wer weiß denn sicher, ob dieser [Anm. der Verf.: Verunglückte], nicht eben auf dem Weg war, sich zu erschießen oder ins Wasser zu gehen?“

¹⁷⁷⁴ BGH NJW 1995, 204.

¹⁷⁷⁵ Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, DÄBl 95 (1998), C 1691.

¹⁷⁷⁶ BGH NJW 1977, 337, 338 mit krit. Bespr. Wachsmuth, in: Festschrift Bockelmann, 476 f.; Tröndle, MDR 1983, 883 f. Das OLG Frankfurt NJW 1981, 1321, 1323 f., geht hier von der Rechtmäßigkeit des Eingriffs aus, wenn die unvorhersehbar während des Eingriffs ernsthaft für möglich gehaltene Erkrankung ohne Behandlung zum Tode des Patienten in absehbarer Zeit führt, eine Unterbrechung des Eingriffs zu neuen gefährlichen Komplikationen führen kann und ein der Operationserweiterung entgegenstehender Wille nicht ernsthaft zu erwarten ist.

Operation bedeutet.¹⁷⁷⁷ Diese Sachlage kann - muß aber nicht zwingend - bei absoluter Indikation gegeben sein. Selbst wenn eine Operation sachlich unumgänglich ist, um einen Patienten zu heilen, so liegt es doch zunächst bei ihm selbst, die Entscheidung für oder gegen den möglicherweise sehr weitgehenden Eingriff zu treffen. Daher besteht - mit Ausnahme der geschilderten Einschränkungen - grundsätzlich die Verpflichtung, die Operation abubrechen, um mit dem Patienten nach Abklingen der Narkosewirkungen diese Änderung sowie seine Einwilligung abzuklären.¹⁷⁷⁸ Führt der Arzt den Eingriff dessen ungeachtet durch, so handelt er rechtswidrig.

Auf der Grundlage dieser Erkenntnisse ist der Myom-Fall - bei aller hieran vom Schrifttum geäußerten Kritik - richtig entschieden. Denn die Operation konnte - mangels Lebensgefahr für die Patientin - unterbrochen und zu einem späteren Zeitpunkt ohne weiteres fortgeführt werden. Hieran ändert auch nichts die Tatsache, daß die Patientin, zum Operationszeitpunkt 46 Jahre alt, sich nach dem Stand der damaligen Reproduktionsmedizin bereits der Fertilitätsgrenze näherte. Selbst danach war bekannt, daß die Entfernung eines Organs wie der Gebärmutter nicht nur Schwangerschaften unmöglich macht, sondern außerdem die vorzeitige Menopause mit all den damit verbundenen körperlichen Auswirkungen zur Folge hat.¹⁷⁷⁹ Für die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit aufgrund des Aufklärungsversäumnisses kommt es nicht darauf an, daß die Gebärmutterentfernung problemlos verlief. Entscheidend ist vielmehr, ob die Organentfernung bei ordnungsgemäßer Aufklärung der Klägerin nicht durchgeführt worden wäre. Aber auch der Entscheidung des Bundesgerichtshofes zu den Voraussetzungen der mutmaßlichen Einwilligung in eine Sterilisation nach Kaiserschnitt¹⁷⁸⁰ ist zuzustimmen. Der fünfte Senat stellt zurecht fest, daß der Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung nur in Betracht kommt, wenn ohne den Eingriff eine erhebliche Gefahr für Leben und Gesundheit der Patientin besteht. Ist die Gefahr denkbar gering und hat die betroffene Patientin die zusätzliche Maßnahme ausdrücklich - wenngleich unter den physischen und psychischen Belastungen des schwierigen Geburtsverlaufs - abgelehnt, entspricht die Erweiterungsoperation nicht ihrem mutmaßlichen Willen. Irrt der Arzt nicht über die sachlichen Voraussetzungen,

¹⁷⁷⁷ BGH NJW 1988, 2310 ff.

¹⁷⁷⁸ BGH NJW 1977, 337; OLG Hamm Urt. v. 19.12.1990 - 3 U 103/90. Zum Sonderfall von Entbindungsvorgängen, bei denen der Arzt allerdings zu einem Abbruch und einer späteren Fortsetzung nach Einholung der Einwilligungserklärung nicht in der Lage und daher in besonderem Maße verpflichtet ist, über mögliche Entwicklungen aufzuklären, vgl. BGH NJW 1993, 2372 ff.

¹⁷⁷⁹ Zu heutigen Erkenntnissen, wie z.B. das Erfordernis von Östrogensubstitution nach der Menopause, um vor Osteoporosen zu schützen, vgl. Mellberg, orgyn Nr. 4 1995, 35 ff.; Ringe, orgyn Nr. 4 1996, 19 ff.

¹⁷⁸⁰ BGH MedR 2000, 231 ff., bearb. Tag.

sondern über die Grenzen der gesetzlich nicht geregelten mutmaßlichen Einwilligung, ergeben sich erhebliche Konsequenzen. Denn der „Vorsatz zum Heilen“ bei gleichzeitiger - wenn auch wohlmeinender - Mißachtung der Patientenautonomie schließt den Straftatbestand der vorsätzlichen, ggf. besonders schweren Körperverletzung (§ 225 StGB a.F.), nicht aus - selbst wenn der zusätzliche Eingriff ohne Komplikationen abgeschlossen werden konnte.

In dem Fall, in dem sich die unter postmenopausalen Blutungen leidende Patientin mit einer Ausschabung unter der Bedingung des positiven Ausgangs der vorherigen Gewebeuntersuchung einverstanden erklärt hatte, hätte die Operation nicht ohne Rücksprache mit der Patientin durchgeführt werden dürfen. Da sowohl die Uterusentfernung wie auch die konservative Vorgehensweise *lege artis* gewesen wäre, d.h. weder eine vitale noch absolute Indikation mit erheblichen Gefahren für das Leben der Patientin bestand, lag die Entscheidung über den konkret einzuschlagenden Weg allein bei der Patientin. Sie hätte der Uterusentfernung unter den gegebenen Voraussetzungen aber nicht zugestimmt. Im Hinblick auf die irreversiblen Folgen des Eingriffs hätte der Operateur die Operation abbrechen und die Entscheidung der Patientin über das weitere Vorgehen einholen müssen. Da der Arzt nicht von einer vermuteten Einwilligung¹⁷⁸¹ ausging - diese unterscheidet sich von der mutmaßlichen gerade dadurch, daß der Arzt bei ersterer irrtümlich annimmt, die Patientin habe die wirksame Einwilligung erteilt, er sich mithin im Tatbestandsirrtum¹⁷⁸² befindet -, sondern von der mutmaßlichen Einwilligung, obgleich er nach der medizinischen Sachlage hätte erkennen können, daß die Patientin eine Wahlmöglichkeit hatte und auch wahrnehmen konnte, irrte er über die Grenzen des Rechtfertigungsgrundes der mutmaßlichen Einwilligung. Er befand sich gemäß § 17 StGB im Verbotsirrtum.¹⁷⁸³ Der Operateur C hat sich des weiteren darüber geirrt, daß eine sofortige Uterusentfernung nur zulässig war, wenn ein Abbrechen des Eingriffs die Lebensgefährdung oder ein erhebliches gesundheitliches Risiko für die Patientin bedeutet hätte. Der Sachverhalt bietet keine Anhaltspunkte dafür, daß C die tatsächlichen Umstände verkannte. Vielmehr hat er diese irrtümlich den rechtlich vorausgesetzten Indikationen gleichgestellt. Die strafrechtliche Behandlung eines solchen

¹⁷⁸¹ Näher Geppert, JZ 1985, 1024, 1027

¹⁷⁸² Tag, in: Bauer (Hrsg.), Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts, 207, 211. Nach der Rechtswidrigkeitslösung: im Erlaubnistatbestandsirrtum.

¹⁷⁸³ In einem vergleichbaren Fall (Sterilisation nach einer Schnittenbindung obgleich zu ersterem keine „Gefahr im Verzug“ vorlag); a.A. BGH JZ 1988, 1021 mit krit. Anmerkungen Weitzel (aus medizinischer Sicht); Geppert (aus strafrechtlicher Sicht); Giesen (aus zivilrechtlicher Sicht).

Irrtums ist zwar nicht zweifelsfrei.¹⁷⁸⁴ Zum einen könnte darin ein Subsumtionsirrtum über ein normatives Merkmal der mutmaßlichen Einwilligung vorliegen. Unter normativen Merkmalen versteht man herkömmlicherweise solche, die eine rechtliche oder kulturelle Bewertung voraussetzen.¹⁷⁸⁵ Zum anderen könnte auch ein analog § 16 Abs. 1 StGB zu beurteilender Irrtum über die Bewertungsgrundlagen vorliegen.¹⁷⁸⁶ Dieser würde aber voraussetzen, daß eine verfehlte Rechtsauffassung C den sozialen Sinn seines Tuns verschleierte, d.h. daß er den unzulässigen Eingriff aufgrund eines Rechtsirrtums fälschlicherweise als dem Subsidiaritätsprinzip nicht widersprechend erachtet. Hierfür bietet der geschilderte Sachverhalt jedoch keine Anhaltspunkte.

Fraglich ist allerdings, wie zu entscheiden gewesen wäre, wenn der Befund, der sich im Laufe der Operation ergab, bei sorgfältiger Anamnese, d.h. präoperativ, erkennbar und voraussehbar war. Diesen Pflichtenverstoß unterstellt, ergibt sich folgende Rechtslage: Die Aufklärungspflicht erstreckt sich auch auf die infolge Sorgfaltswidrigkeit des Arztes verborgen gebliebenen Umstände. Der Aufklärungsmangel führt zu einer rechtsgutsbezogenen Fehlvorstellung, da sich die Patientin nicht über die Folgen und Tragweite ihrer Einwilligung in Hinblick auf die gesundheitlichen Prämissen der Uterusentfernung im klaren war. Damit hat der Operateur vor Beginn des Eingriffs das Einwilligungserfordernis verkannt. Daß die Patientin bei ordnungsgemäßer Aufklärung der Uterusentfernung bei einer Krebsvorstufe nicht zugestimmt hätte, lag bei einem solchen gravierenden Eingriff nicht außerhalb jeder Lebenserfahrung. Auch dies hätte vom Arzt erkannt werden können und müssen. Darüber hinaus ist aufgrund der unsorgfältigen Anamnese ein Behandlungsfehler in Betracht zu ziehen. Ein solcher liegt vor, wenn der Arzt unter außer acht Lassen der von ihm zu fordernden medizinischen Kenntnisse und Erfahrungen im konkreten Fall eine unrichtige Entscheidung in Hinblick auf die Befunderhebung oder die anstehenden therapeutischen Maßnahmen getroffen oder eine vertretbare Entscheidung nicht lege artis oder sonst sorgfaltswidrig durchgeführt hat. Anhand dieser Kriterien hat die Ausschabung zu einer tatbestandlichen Körperverletzung geführt. Denn nach Lage der Dinge hätte die Patientin die Zustimmung zur ordnungsgemäß durchgeführten Ausschabung auch dann verweigert, wenn sie über die Möglichkeit unterrichtet gewesen wäre, daß sich als Befund eine Krebsvorstufe ergibt. In bezug auf die Uterusentfernung führte die unsorgfältige Anamnese aber nicht nur zu einem Aufklärungsfehler, sondern auch zu einer fahrlässigen Gesundheits-

¹⁷⁸⁴ Dazu BGH JZ 1988, 1021 mit krit. Anm. Geppert; Hoyer, StV 1989, 245; Müller-Dietz, JuS 1989, 280; Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 18 Rn. 12. Zu der im einzelnen schwierigen Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 12 Rn. 89 m.w.N.

¹⁷⁸⁵ Cramer, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 15 Rn. 43 ff.; § 16 Rn. 20.

¹⁷⁸⁶ Näher Müller-Dietz, JuS 1989, 280, 286.

schädigung wie einer körperlichen Mißhandlung der Patientin. Der Fahrlässigkeitsvorwurf gemäß § 229 StGB trifft damit im doppelten Sinne zu. Hält ein Arzt hingegen aufgrund des vorliegenden Befundes eine Operationserweiterung im vitalen gesundheitlichen Interesse des Patienten zutreffend für erforderlich¹⁷⁸⁷ und geht er aufgrund der Würdigung der ihm bekannten persönlichen Umstände des Patienten zurecht davon aus, der Betroffene hätte bei rechtzeitiger Befragung seine Zustimmung dazu gegeben, liegen die Voraussetzungen der mutmaßlichen Einwilligung vor. Diese entfallen nicht deshalb, weil der Arzt die Möglichkeit der ordnungsgemäßen Aufklärung oder der sorgfaltsgemäßen Befunderhebung hat ungenutzt verstreichen lassen. Vorhandene Aufklärungsmängel können allein die Wirksamkeit der tatsächlich erteilten Einwilligung zunichte machen. Die vergangenen Versäumnisse bewirken jedoch nicht den Ausschluß der mutmaßlichen Einwilligung zum Operationszeitpunkt.¹⁷⁸⁸ Denn dies ist kein Anwendungsbereich des der mutmaßlichen Einwilligung zugrunde liegenden Subsidiaritätsprinzips. Aber auch der konstruktive Versuch, die Fahrlässigkeit des Vorgeschehens auf die spätere Tathandlung durchschlagen zu lassen, so daß an die Voraussetzungen der mutmaßlichen Einwilligung höhere Anforderungen zu stellen wären - z.B. daß nur das Verhalten, das dem Interesse des Patienten am besten durchsetzt, dem mutmaßlichen Willen entspricht¹⁷⁸⁹ oder aber die gewissenhafte Prüfung des mutmaßlichen Willens¹⁷⁹⁰ - ist zurückzuweisen. Zwar hat der Arzt durch sein Vorverhalten bereits den Boden des Strafrechts verlassen. Das Fahrlässigkeitsunrecht dieses Verhaltens wird aber durch die Vollendung des Operationsgeschehens bereits abgegolten. An die schuldhaft Herbeiführung der Situation, in der der Arzt auf die mutmaßliche Einwilligung zurückgreifen muß, durch Anhebung des Prüfungsmaßstabes weitere Sanktionen zu knüpfen, würde mittelbar zu einer Doppelverwertung bereits abgegoltenen Unrechts führen und vermag daher nicht zu überzeugen. Im Falle einer vital indizierten Operationserweiterung, bei welcher der Arzt irrtümlich von der mutmaßlichen Einwilligung des Patienten ausgeht, befindet er sich im Erlaubnistatbestandsirrtum. Eine Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Körperverletzung scheidet in seinem solchen Sachverhalt aus. Ist der Irrtum fahrlässig verschuldet, so kommt eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Körperverletzung in Betracht.¹⁷⁹¹

¹⁷⁸⁷ Kann nach Lage des zu beurteilenden Falles abgewartet werden, wie der Rechtsgutsträger sich entscheiden wird, bleibt für die mutmaßliche Einwilligung kein Raum.

¹⁷⁸⁸ Geppert, JZ 1988, 1024, 1027.

¹⁷⁸⁹ Hoyer, StV 1989, 245 f.

¹⁷⁹⁰ Lenckner, Festschrift H. Mayer, 165 ff.; Jescheck/ Weigend, Strafrecht Allg. Teil/1, § 41 IV 3.

¹⁷⁹¹ Zur Rechtfertigungslösung: BGHSt 11, 111, 114; BGH NJW 1988, 2310; zur Tatbestandslösung vgl. Tag, in: Bauer (Hrsg.), Medizinische Ethik zu Beginn des 21. Jahrhunderts, 207, 211.

*bb. Aufklärungsverzicht infolge Kontraindikation*¹⁷⁹²

Zu diskutieren bleibt weiterhin, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen die Aufklärungspflicht des Arztes ihre Grenze findet, wenn sein Urteil angesichts der Persönlichkeit des Kranken und seines psychischen Zustandes zu einer Gefährdung der Heilungsaussichten führen könnte.¹⁷⁹³ Die Jurisdiktion hat bislang noch in keiner Entscheidung ein „therapeutisches Privileg“ des Arztes anerkannt, das ihn berechtigen würde, dem Patienten aus der Befürchtung heraus, ihn zu beunruhigen und seinen Gesundheitszustand negativ zu beeinflussen, von der Mitteilung des Befundes und der hiermit verbundenen Konsequenzen abzusehen.¹⁷⁹⁴ Nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes aus dem Jahre 1959 kann zwar auf eine Vollaufklärung verzichtet werden, wenn die hiermit verbundene Offenbarung der Krankheitsursache „zu einer ernststen und nicht behebbaren Gesundheitsschädigung des Patienten führen würde“.¹⁷⁹⁵

Bei der Frage, ob aufzuklären ist, wird jedoch kein Beurteilungsspielraum der Behandlungsseite anerkannt. Im Jahr 1982 hat der BGH¹⁷⁹⁶ die Frage nach dem therapeutischen Privileg nochmals unter dem Aspekt aufgegriffen, ob dem Patienten ein Einsichtsrecht in seine Krankenunterlagen zukommt. Unter Hinweis darauf, daß „die Gefahr einer mitunter gutgemeinten ärztlichen Zurückhaltung sonst den grundsätzlichen Anspruch des Patienten untergraben kann“, zog der Senat die Grenzen für solche Ausnahmefälle sehr eng und ließ selbst den Sachverhalt, daß die Kenntnis eines objektiven Befundes „dem Patienten mittelbar eine ungünstige Prognose erschließen kann, deren Kenntnis sein Befinden verschlechtern und ihn für die verbleibende Lebenszeit resignieren lassen, ja u.U. die Gefahr eines körperlichen und seelischen Zusammenbruchs heraufbeschwören könnte“, nicht als Grund für die Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts gelten. Besonderheiten werden allenfalls für den Bereich

¹⁷⁹² Hierzu ausführlich Roßner, Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes bei Kollision mit anderen ärztlichen Pflichten, 97 ff.

¹⁷⁹³ Eb. Schmidt stellte seinem Gutachten zum 44. DJT Sätze aus dem West-östlichen Diwan, Hikmet Nameh, Buch der Sprüche voran: „Wofür ich Allah höchlich danke? Daß er Leiden und Wissen trennt. Verzweifeln müßte jeder Kranke, das Übel kennend, wie der Arzt es kennt.“

¹⁷⁹⁴ OLG Hamm VersR 1989, 807; Giesen, Arzthaftungsrecht, Rn. 309 ff. m.w.N.; Steffen, Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht, 148; Tröndle, MDR 1983, 883 f.; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 90; ähnlich Wilhelm, Ist das therapeutische Privileg der Nichtaufklärung zugunsten des Patienten als zulässig anzusehen?, 135. Für eine Einschränkung der Aufklärung z.B. Deutsch, NJW 1980, 1305 ff.; ders., Medizinrecht Rn. 149 ff.; Laufs, NJW 1974, 2025, 2028; Roßner, Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes bei Kollision mit anderen ärztlichen Pflichten, 273 ff.

¹⁷⁹⁵ BGHZ 29, 176, 185.

¹⁷⁹⁶ BGH NJW 1983, 328 f.

der Psychiatrie und Psychotherapie angenommen, da hier die Einflußnahme auf die geistig-seelische Struktur des Patienten den Schwerpunkt der ärztlichen Aufgabe bilde,¹⁷⁹⁷ so daß in diesem Bereich die sonst maßgebenden objektiven Beurteilungselemente zugunsten subjektiver zurücktreten könnten. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1984 schränkte der Senat diese weitgehende Ansicht für den Fall ein, daß durch eine Offenlegung das zwischen Arzt und Patient bestehende Vertrauensverhältnis nicht belastet wird und auch Rechte Dritter einer Mitteilung nicht entgegenstehen.¹⁷⁹⁸

Das Schrifttum nimmt demgegenüber keinen einheitlichen Standpunkt ein. Während etliche Stimmen mit der Rechtsprechung eine restriktive Handhabung der Aufklärungseinschränkung fordern,¹⁷⁹⁹ den vollständigen Verzicht darüber hinaus ablehnen, räumen andere der Behandlungsseite zum Teil sehr großzügig das Recht ein, zu bestimmen, wann eine Aufklärung dem Patientenwohl entgegensteht.¹⁸⁰⁰

Die kontroversen Positionen zeigen, wie sehr das Spannungsverhältnis zwischen Selbstbestimmung des Patienten und wohlmeinender ärztlicher Fremdbestimmung bei der Frage nach einer Einschränkung oder gar dem Verzicht auf Aufklärung auf die Zerreißprobe gestellt wird. Einerseits erwartet der Patient im Rahmen des idealerweise von Vertrauen getragenen Arzt-Patienten-Verhältnisses Wahrheit über seinen körperlichen und gesundheitlichen Zustand, Information über die mit einem anzuratenden Eingriff verbundenen Gefahren und Chancen sowie über den prognostizierten Verlauf. Andererseits kann die Offenbarung der tatsächlichen bzw. prognostizierten Sachlage Hoffnung abbauen, den Patienten in depressive Stimmung und Isolation treiben.¹⁸⁰¹ Daher erscheint allein eine differenzierende Antwort geeignet, dem hier offen zu Tage tretenden Wertewiderspruch zwischen dem Recht, über den biologischen Zustand des eigenen Körpers bis hin zur infausten Prognose unterrichtet zu werden und der humanitären Pflicht des Arztes, mit seinem Wissen über den Gesundheitszustand des Patienten und den hieraus resultierenden Folgen behutsam umzugehen, Rechnung zu tragen.

¹⁷⁹⁷ BGH NJW 1983, 330 ff.

¹⁷⁹⁸ BGHZ 85, 339, 344.

¹⁷⁹⁹ Giesen, Arzthaftungsrecht, 317 ff.; Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, 133. Enger Buchborn, MedR 1996, 441 f., wonach das therapeutische Privileg nicht gegenüber den Gefahren des Eingriffs gilt.

¹⁸⁰⁰ Deutsch, Medizinrecht Rn. 149 ff.; diff. Laufs, NJW 1974, 2025, 2028; Tempel, NJW 1980, 609, 614; Wachsmuth, in: Festschrift Bockelmann, 476 ff.

¹⁸⁰¹ Ausführlich Grünwald, in: Göppinger (Hrsg.), 125, 147 ff.; Roßner, Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes bei Kollision mit anderen ärztlichen Pflichten, 221 ff.; Rügheimer, in: Opderbecke/ Weißbauer (Hrsg.), Forensische Probleme in der Anästhesiologie, 9 f.

Wie der Patient seine Krankheit annimmt, wird nicht allein durch das Vorliegen sogenannter harter Fakten, wie Laborergebnisse oder röntgenologische Befunde, bestimmt. Maßgebend sind gleichermaßen die weichen Daten, wie die subjektive Befindlichkeit, Angst, Schmerz und damit auch die persönliche Adaptionsfähigkeit des Kranken. Eine eiserne Regel dergestalt, dem Patienten niemals die Wahrheit über ein Krebsleiden mitzuteilen,¹⁸⁰² ist auch in der Grenzsituation zwischen Leben und Tod aus ethischen Erwägungen grundsätzlich nicht hinnehmbar.¹⁸⁰³ Die emotionale Beteiligung des Arztes am Schicksal seines Patienten - im seltenen Negativfall die Gleichgültigkeit - darf aber nicht so weit gehen, die Würde und Autonomie des Patienten außer acht zu lassen. Auch wenn dem Patienten nicht ohne Not die Hoffnung genommen werden darf,¹⁸⁰⁴ so muß ihm auch die ethische und rechtliche Chance gegeben werden, sich bei infauster Prognose, die nicht mehr abgewendet werden kann, auf das Sterben vorzubereiten und seine verbleibende Zeit nach seinem Willen zu gestalten.¹⁸⁰⁵ In diesem Zusammenhang kann es durchaus von großer Bedeutung sein, daß der Patient durch rechtzeitige Aufklärung Gelegenheit erhält, familiäre und/oder geschäftliche Angelegenheiten zu Lebzeiten zu regeln, ein Testament zu verfassen oder Verfügungen von Todes wegen zu treffen.¹⁸⁰⁶ Auch ist der Wille des Betroffenen entscheidend für

¹⁸⁰² Diese Regel hat in den fünfziger Jahren in England gegolten und wird heute noch in manchen mediterranen Ländern so gehandhabt, vgl. Trede, in: Bauer (Hrsg.), Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts, 19, 28.

¹⁸⁰³ So auch Ankermann, in: Festschrift Steffen, 1, 3; BGH NJW 1989, 2318. A.A. Hallermann, in: Engisch/ Hallermann (Hrsg.), Die ärztliche Aufklärungspflicht aus rechtlicher und ärztlicher Sicht, 45, 61: „Es wird immer die Aufgabe des Arztes sein müssen, etwa den schwerkranken Patienten soweit wie notwendig über seinen Krankheitszustand zu täuschen“.

¹⁸⁰⁴ Aus ethischer Sicht bereits Ziemssen, Die Ethik des Arztes als medicinischer Lehrgegenstand, 13 f.: „Der Arzt ist nicht berechtigt, einen Kranken aufzugeben, falls er ihn für unheilbar hält. Zur Linderung seiner Leiden und auch tröstend möge er ihm ferner treu zur Seite stehen. Gewiss ist es schwer und auch peinlich für den Arzt, die Besuche fortzusetzen, sobald er die Unmöglichkeit der Hülfe erkannt hat. Aber er wird doch dem Kranken und selbst dem Sterbenden, sowie auch der Umgebung des Kranken von größtem moralischen Nutzen sein.“

¹⁸⁰⁵ Wolff, in: Sass/ Viefhues (Hrsg.), Güterabwägung in der Medizin, 108, 110.

¹⁸⁰⁶ Aleker, Ethische Probleme der Patientenaufklärung - am Beispiel der multiplen Sklerose, 58 f.; Geiß, Arzthaftpflichtrecht, 100; a.A., aber nicht mehr zeitgemäß Rabel, Die Haftpflicht des Arztes, 36, unter Hinweis darauf, daß wenn der Patient es verabsäume, sein Testament zu machen, so sei das seine Sache.

den Übergang von lebensverlängernden zu palliativ-medizinischen¹⁸⁰⁷ Maßnahmen.¹⁸⁰⁸ Unter Berücksichtigung der psychischen Verfassung und des verbleibenden Zeitrhums ist es aber nicht nur legitim, sondern im Regelfall geboten, den Patienten nicht im ‚Rundumschlag‘ mit den harten Fakten zu konfrontieren, sondern ihn im gegebenenfalls mehrphasigen Gespräch mit Verständnis für die besondere emotionale Situation¹⁸⁰⁹ schrittweise - aber mit Blick auf die vermutlich zur Verfügung stehende Zeit - mit der Realität vertraut zu machen.¹⁸¹⁰ Dasselbe gilt auch bei Linderungsmaßnahmen für einen Patienten mit infauster Prognose, wenn die Krankheit so weit fortgeschritten ist, daß eine lebenserhaltende Behandlung Leiden nur verlängert. Von diesen Grundsätzen kann allein dann abgewichen werden, wenn für den Sterbenden medizinisch nur noch Schmerzen gestillt werden können; dies aber nur, soweit tatsächlich nichts mehr zu entscheiden ist und damit das Recht, in Würde dem bevorstehenden Tod entgegenzugehen, nicht verletzt wird.¹⁸¹¹

Davon abgesehen, ist ein Verheimlichen der aus therapeutischen Gründen gewonnenen Erkenntnisse nur im absoluten Ausnahmefall zulässig;¹⁸¹² beispielsweise, wenn die volle Mitteilung einer lebensbedrohenden Diagnose, die Aufklärung über die erforderlichen therapeutischen Schritte oder die hiermit verbundenen Risiken ernsthaft das Leben des Patienten gefährden oder wenn die konkrete Gefahr schwerster Schäden für die Gesundheit des Patienten besteht.¹⁸¹³ Außerhalb dieses Bereiches von engumgrenzten Ausnahmetatbeständen besteht kein ‚therapeutisches Privileg‘ des Arztes, das ihn berechtigen würde, dem Patienten gegenüber aus der Befürchtung heraus, diesen zu beunruhigen und dessen Gesundheitszustand negativ zu beeinflussen, von der

¹⁸⁰⁷ Das sind solche, die gegen die Symptome, nicht aber gegen die Ursache einer Erkrankung wirken, vgl. Pschyrembel, Stichwort: Palliativa.

¹⁸⁰⁸ So nun auch die Grundsätze der Bundesärztekammer zur Sterbebegleitung vom September 1998, DÄBl 95 (1998), C 1690 f.

¹⁸⁰⁹ Zu den Erwartungen des Patienten an den Arzt vgl. Heene, in: Bauer (Hrsg.), Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts, 155, 158.

¹⁸¹⁰ Instrukтив Heene, a.a.O., 155, 163 f.; Trede, in: Bauer (Hrsg.), Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts, 26 f. Zur verzögerten Diagnoseaufklärung vgl. Roßner, Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes bei Kollision mit anderen ärztlichen Pflichten, 232 m.w.N.

¹⁸¹¹ BGHZ 29, 46, 57; Ankermann, in: Festschrift Steffen, 1, 3 f.; Eberbach, MedR 1986, 181 ff.; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 89.

¹⁸¹² Extensiver Roßner, Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes bei Kollision mit anderen ärztlichen Pflichten, 196 ff.; 270 ff., 309 ff., welcher im Rahmen der Gesamt-abwägung dem biologischen Gesundheitsinteresse breiteren Raum zuspricht.

¹⁸¹³ Vgl. bereits § 123 Abs. 4 Satz 2 AE Besonderer Teil. Straftaten gegen die Person, erster Halbband, 1970, 11, 78 ff.

Mitteilung des Befundes und den hiermit verbundenen Konsequenzen abzusehen.¹⁸¹⁴ Denn der Aufklärungsverzicht ist ebensowenig wie die Therapiefreiheit Privileg des Arztes, sondern eine aus dem Arzt-Patienten-Verhältnis resultierende Verpflichtung zu Schadensabwendung.¹⁸¹⁵ Die Grenzen für solche Ausnahmefälle sind sehr eng zu ziehen. Durch die am biologisch-körperlichen Wohl des Patienten ausgerichtete ärztliche Rücksichtnahme würde anderenfalls das Selbstbestimmungsrecht und die personale Würde des Patienten, die es verbieten, ihm im Rahmen der Behandlung die Rolle eines bloßen Objekts zuzuweisen,¹⁸¹⁶ ignorieren. Zwar soll nicht verkannt werden, daß schon die Unterrichtung über die objektiven Befunde dem Patienten unmittelbar oder mittelbar eine negative Prognose erschließen kann, deren Kenntnis sein Befinden verschlechtern, ihn resignieren lassen, und gegebenenfalls das Risiko eines körperlichen und seelischen Zusammenbruchs heraufbeschwören. Hier liegt es aber gerade bei der Behandlungsseite, den Patienten schonend und mit Einfühlungsvermögen mit den vorhandenen Tatsachen sowie der möglichen weiteren Entwicklung vertraut zu machen.

d. Einschränkung gemäß § 123 AE sowie § 162 E 1962

Aufgrund dieser restriktiven Handhabung von Aufklärungseinschränkungen sind die entsprechenden Vorschläge des § 123 AE sowie § 162 E 1962 zurückzuweisen. Unter dem verfassungsrechtlichen Gewicht der Patientenautonomie betrachtet, erscheint der rigorose Vorschlag des § 123 Abs. 4 S. 2 AE zu extensiv. Danach kann die Aufklärung unterbleiben, „soweit sie die ernste Gefahr einer erheblichen Beeinträchtigung der Gesundheit oder des seelischen Zustandes begründen würde“.

Die Verfasser des Alternativentwurfs entschieden sich für die Möglichkeit des Aufklärungsverzichts,¹⁸¹⁷ und stellten sowohl das Ob als auch das Wie der Aufklärung in das Ermessen des Arztes. Diese Regelung beruhte auf dem Gedanken, die Initiative

¹⁸¹⁴ Giesen, Arzthaftungsrecht, Rn. 309 ff. m.w.N.; Taupitz, NJW 1986, 2851, 2857; Tröndle, MDR 1983, 883 f.; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 90; rechtsvergleichend Eisner, Die Aufklärungspflicht des Arztes, 183 ff. Für eine Einschränkung der Aufklärung z.B. Deutsch, NJW 1980, 1305 ff.; ders., Medizinrecht Rn. 149 ff.; Laufs, NJW 1974, 2025, 2028.

¹⁸¹⁵ Roßner, Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes bei Kollision mit anderen ärztlichen Pflichten, 196 ff., betrachtet das therapeutische Privileg als eine im Interesse des Patienten eingeräumte Befugnis.

¹⁸¹⁶ Vgl. BVerfG NJW 1979, 1925, 1929, Sondervotum 1930 f. sowie unter § 4 Punkt II. 6. der Ausführungen.

¹⁸¹⁷ Begründung zu § 123 Abs. 4 Satz 2 AE Besonderer Teil. Straftaten gegen die Person, erster Halbband, 1970, 11, 80 f. Befürwortend Laufs, in: Jung/Schreiber (Hrsg.), Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht, 71, 78.

des Arztes nicht über Gebühr einschränken zu wollen. Bei einer solchen Vorschrift besteht aber die unter verfassungsrechtlichen Aspekten nicht hinnehmbare Gefahr, den Patienten - wenn auch zu seinem ‚Besten‘ - zum Objekt ärztlicher Vernunftthoheit werden zu lassen.¹⁸¹⁸

Die Regelung des § 162 Abs. 3 E 1962,¹⁸¹⁹ scheint zunächst der Interessenlage von Arzt und Patient in angemessener Weise Rechnung zu tragen. Ihre Besonderheit liegt gerade darin, daß nicht auf die Aufklärung als solche verzichtet werden sollte. Nur bei Vorliegen der Einwilligung dem Grunde nach konnte zur Abwendung der Gefahr des Todes oder der schweren Schädigung an Körper und Gesundheit von der vollen Aufklärung über wesentliche Umstände abgewichen werden, § 162 Abs. 3 Nr. 2 E 1962. Dennoch ist die Vorschrift nicht frei von Zweifeln. Denn die in Aussicht genommene Behandlung muß nach den Regeln der ärztlichen Kunst notwendig sein, um die Gefahrenlage abzuwenden. Damit sind aber gerade die Sachverhalte nicht erfaßt, in denen der Eintritt des Todes oder die Gefahr schwerer Gesundheitsschäden unausweichlich ist - obgleich hier in besonderem Maße humanitäre Gründe für eine Aufklärungseinschränkung sprechen können. Weiterhin fordert § 162 Abs. 3, daß die seelische Belastung den Behandlungserfolg voraussichtlich wesentlich beeinträchtigen würde.

Damit sind zwei weitere Problemkreise angesprochen: Zum einen ist die durch die Aufklärung verursachte nachteilige Beeinflussung der seelischen Verfassung und damit häufig auch des Allgemeinbefindens ein unausweichlicher, zwangsläufig aus dem Selbstbestimmungsrecht resultierender Nachteil, der abgesehen von extremen Ausnahmesituationen hingenommen werden muß.¹⁸²⁰ Zum anderen würde die Vorschrift des § 162 Abs. 3 Nr. 3 weitestgehend leerlaufen. Denn es reicht nicht allein die Vorstellung aus, daß der Behandlungserfolg beeinträchtigt werden könnte. Vielmehr ist aufgrund des einschränkenden Merkmals ‚voraussichtlich‘ maßgebend, ob sich der Arzt hiervon eine zutreffende Wahrscheinlichkeitsvorstellung gemacht hat. Zwar wird es kaum Schwierigkeiten bereiten zu beurteilen, ob die Gemütsverfassung des Patienten durch Eröffnung einer schwerwiegenden, eventuell infausten Prognose negativ beeinflußt wird. Die weitere hypothetische Forderung, daß hierdurch der Behandlungserfolg voraussichtlich erheblich beeinträchtigt wird, kann jedoch kaum beantwortet werden.¹⁸²¹ Aufgrund dieser Auslegungsschwierigkeiten ist der 44. Deutsche

¹⁸¹⁸ RG JW 1933, 2062 f.; BGHZ 29, 176, 182 ff.; Giesen, Arzthaftungsrecht, Rn. 312.

¹⁸¹⁹ Der genaue Wortlaut findet sich in § 4 Punkt I. der Abhandlung.

¹⁸²⁰ Vgl. BGHZ 29, 176, 184 f.; BGH JZ 1989, 901, 903 mit Anm. Laufs.

¹⁸²¹ Ausführlich Grünwald, in: Göppinger (Hrsg.), Arzt und Recht, 125, 157, sowie Schmidt, Gutachten zum 44. DJT, Nr. 224 ff.

Juristentag dem Vorschlag von Eberhard Schmidt¹⁸²² in modifizierter Form gefolgt und hat als Empfehlung an den Gesetzgeber die Neufassung von § 162 Abs. 3 Nr. 3 wie folgt beschlossen: „[wenn ...] eine Aufklärung des Betroffenen zu einer ernststen Beeinträchtigung des seelischen Zustandes oder der Gesundheit des Patienten führen könnte“.¹⁸²³

Aber auch diese Fassung ist nicht frei von Zweifel. Das Selbstbestimmungsrecht ist auch dann zu beachten, wenn sich der Patientenwille aus ärztlicher Sicht als unvernünftig darstellt.¹⁸²⁴ Befürchtet der behandelnde Arzt, daß sich der Patient bei Offenlegung der medizinischen Tatsachen gegen eine Behandlung und damit für den durch die Krankheit bedingten sicheren Tod entscheidet, würde ihm über den legitimen Aufklärungsverzicht die Möglichkeit eröffnet, den Patienten gegen seinen Willen zu behandeln. Denn nach § 162 Abs. 3 Nr. 4 E 1962 ist lediglich erforderlich, daß Umstände nicht zu der Annahme zwingen, daß er bei voller Aufklärung die Einwilligung versagen würde.

Damit ist festzuhalten, daß weder § 162 Abs. 3 E 1962 noch der Änderungsvorschlag des 44. DJT noch § 123 Abs. 4 S. 2 AE die Ausnahmesituation der Einschränkung der Aufklärung zufriedenstellend lösen. Dieses Ergebnis verwundert jedoch nicht angesichts der schwierigen und praktisch nur am Einzelfall zu entscheidenden Rechtsfrage. Daher ist der im E 1996 geübte Verzicht einer gesetzlichen Normierung des Umfangs der Aufklärung¹⁸²⁵ begrüßenswert.

11. Aufklärungsverzicht

Die ärztliche Aufklärung geht im Regelfall vom Recht des Rat- und Hilfesuchenden auf Information aus. Die möglichst umfassende und zutreffende Aufklärung soll ihn in die Lage versetzen, selbst auf eine verantwortliche Weise ein Konvolut von Entscheidungen zu treffen und diese nicht dem Arzt, der insoweit über einen fachlichen Informationsvorsprung verfügt, zu überlassen. Der Anspruch des Patienten auf Nichtwissen kommt vorab dadurch zur Geltung, als daß die ärztliche Behandlung und damit verbunden die Aufklärung im Regelfall ein Angebot darstellt, das nicht zwangs-

¹⁸²² Der Vorschlag von Eb. Schmidt lautete: „[...] die Aufklärung des anderen über die Art des Leidens oder die Art und die möglichen Folgen der Behandlung oder des Eingriffs in dem Maße eingeschränkt wird, wie es erforderlich erscheint, um den anderen vor einer ernstlichen Beeinträchtigung seines seelischen Zustandes oder seiner Gesundheit zu bewahren“, Gutachten Nr. 225.

¹⁸²³ Vgl. Nr. IX des Beschlusses der Strafrechtlichen Abteilung des 44. DJT.

¹⁸²⁴ So ausdrücklich die Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, DÄBl 95 (1998), C 1691.

¹⁸²⁵ Vgl. S. 138 der Begründung des Referentenentwurfs.

läufig angenommen werden muß. Hat sich der Patient entschlossen, einen Arzt aufzusuchen, muß der Arzt zunächst davon ausgehen, daß sich der Wille des Patienten mit der Wahrnehmung des Angebots ärztlicher Leistung zugleich auch auf eine vollständige Information erstreckt. Dennoch folgt aus dem Selbstbestimmungsrecht keine Selbstbestimmungspflicht des Patienten.¹⁸²⁶ Die Kehrseite des Rechtes auf Information über den eigenen körperlichen wie gesundheitlichen Zustand ist das Recht des Patienten, darüber zu entscheiden, welche Erkenntnisse er über seinen körperlichen und gesundheitlichen Zustand für erforderlich und zumutbar erachtet. Gerade weil mit der Mitteilung der Diagnose und der hieran anknüpfenden, möglicherweise aber auch verschlossenen Therapie Wege eine mehr oder weniger sichere Prognose für die Lebensführung des Patienten verbunden ist, muß es dem einzelnen überlassen bleiben, ob und inwieweit er sich der Last des Wissens aussetzen möchte.¹⁸²⁷ Lehnt er eine Aufklärung durch den Arzt ab und legt er sein gesundheitliches Schicksal nach früher selbstverständlicher Manier in die Hände des fachlich Versierten, so ist es zunächst Sache des Patienten, wie er von seinem Selbstbestimmungsrecht Gebrauch macht.¹⁸²⁸ Ebenso wenig wie er bei gesundheitlichen Problemen einen Arzt aufsuchen muß, bleibt es ihm grundsätzlich unbenommen, ganz oder teilweise, zeitweilig oder auf Dauer auf die ärztliche Aufklärung zu verzichten.¹⁸²⁹

Der Anspruch darauf, über seinen Körper- und Gesundheitszustand und die anstehende Behandlung nicht mehr wissen zu müssen, als man selbst will, besteht jedoch nicht schrankenlos. Das Recht auf Nichtwissen ist vielmehr an dieselben Voraussetzungen gebunden wie die Einwilligung infolge Aufklärung. D.h. nur der Einwilligungsfähige kann wirksam auf Aufklärung verzichten.¹⁸³⁰ Der Verzicht gilt nur solange, als er nicht ausdrücklich oder konkludent - z.B. indem der Patient beginnt, Fragen zu stellen - widerrufen wird. Willensmängel zerstören nach den im Rahmen der Einwilligung

¹⁸²⁶ Tröndle, MDR 1983, 881, 885.

¹⁸²⁷ Diese Situation stellt sich in aller Schärfe bei genetischen Beratungen im Hinblick auf Krankheiten bzw. Dispositionen, die nach heutigen Erkenntnissen nicht therapierbar sind, näher Buchborn, MedR 1996, 441, 444; Jonas, Technik, Medizin und Recht, 194. Vgl. auch Deutsch, NJW 1993, 1351, 1354; Kern/ Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 118; Nüßgens, in: RGRK, § 823 Anh II. Rn. 139 ff.

¹⁸²⁸ BGH JR 1959, 418 f.: „In einem solchen Fall mag es gerechtfertigt sein, daß der Arzt entsprechend dem erkennbaren Wunsche des Patienten von einer näheren Aufklärung absieht. [...] Er [Anm. der Verf.: der Patient] will daher eigentlich nicht wissen, sondern gehorchen. Das kann aber nicht für die Regel gelten.“

¹⁸²⁹ Engisch, in: Engisch/ Hallermann (Hrsg.), Die ärztliche Aufklärungspflicht aus rechtlicher und ärztlicher Sicht, 7, 23 f.

¹⁸³⁰ Vgl. Roßner, NJW 1990, 2291; ders., Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes bei Kollision mit anderen ärztlichen Pflichten, 96.

erarbeiteten Grundsätzen die Wirksamkeit des Verzichts. Des weiteren muß der Verzicht ausdrücklich oder konkludent erklärt werden.¹⁸³¹ Bloßes Schweigen des Patienten läßt noch nicht auf einen Verzicht schließen. Denn der Patient weiß im Regelfall nicht, welche Konsequenzen er durch den Aufklärungsverzicht auf sich nimmt. Daher müssen hier noch weitere Umstände hinzukommen, die der Passivität des Patienten den Erklärungswert ‚Aufklärungsverzicht‘ verleihen.¹⁸³²

Zu denken ist hier an den Fall, daß bei einem hochbetagten Patienten ein ‚Schatten‘ auf der Lunge entdeckt wird. Hierbei handelt es sich nach röntgenologischen Erkenntnissen um ein im hohen Lebensalter des Patienten relativ langsam wachsendes Bronchialkarzinom. Ist aufgrund der körperlichen Verfassung weder ein minimal-invasiver Eingriff zur Überprüfung der Diagnose noch ein operativer Eingriff zur Entfernung von Teilen der Lunge durchführbar und weicht der Patient im Arztgespräch dieser Fragestellung - trotz wiederholter Versuche des Arztes, den Patienten über die mögliche Diagnose zu unterrichten - aus, so liegen deutliche Anhaltspunkte vor, in diesem Patientenverhalten einen konkludenten Verzicht auf Aufklärung über die Diagnose zu erblicken.¹⁸³³

Trotz der prinzipiellen Anerkennung des Rechts auf Unkenntnis stößt der Aufklärungsverzicht an seine verfassungsrechtliche Grenze, wenn sich der Patient durch dieses Informationsdefizit zum Objekt Dritter macht. Zwar ist die Wirksamkeit des Verzichts am Einzelfall¹⁸³⁴ zu beurteilen. Ergibt aber die Diagnose die Erforderlichkeit einer Behandlung oder eines Eingriffs, so sind diese therapeutischen Maßnahmen nur zulässig, wenn der Patient ein Mindestmaß an Information über Art, Umfang und Risiken besitzt, so daß sich bei dieser Sachlage die Aufklärungsverpflichtung des Arztes auf die Grundaufklärung reduziert.¹⁸³⁵ Im Regelfall kann der Patient daher wirksam nur auf die Unterrichtung über Details von Verlauf und Gefahren verzichten.¹⁸³⁶ Ein vollständiger Blankoverzicht ohne entsprechende Vorinformation ist bei Eingriffen in den menschlichen Körper regelmäßig nicht vertretbar.¹⁸³⁷ Denn der Patient weiß häufig nicht einmal, welche Gefahren mit einer Behandlung verbunden sind. Daher

¹⁸³¹ Kern/ Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 120; Schmid, NJW 1984, 2601, 2606; Tempel, NJW 1980, 609, 614.

¹⁸³² Roßner, NJW 1990, 2291 f.

¹⁸³³ Zur Vorsicht mahnt Nüßgens, in: RGRK, § 823 BGB Anh. II Rn. 143.

¹⁸³⁴ Kern/ Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 118.

¹⁸³⁵ Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 126; für die Möglichkeit eines vollständigen Verzichts vgl. Deutsch, Medizinrecht, Rn. 148.

¹⁸³⁶ Kern/ Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht unter Bezugnahme auf BGH NJW 1973, 556, 558; Laufs, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 64 Rn. 18.

¹⁸³⁷ OLG Frankfurt NJW 1973, 1415 f.; Tempel, NJW 1980, 609, 614; Roßner, NJW 1990, 2291, 2294; Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, 129 f.

besteht die Verpflichtung des Arztes, den Patienten zumindest darüber aufzuklären, daß er auf die Mitteilung einer sehr ernsten Diagnose mit weitreichenden Konsequenzen verzichtet. Etwas anderes gilt jedoch in den Fällen einer Therapiebegrenzung oder eines Therapieabbruchs infolge Aussichtslosigkeit bei infauster Prognose. Hier kann die Aufklärung des Patienten bei ausdrücklichem oder - in dieser emotional schwierigen Situation häufiger - konkludentem Verzicht unterbleiben,¹⁸³⁸ ohne daß die Wirksamkeit der Einwilligung leiden würde.

IX. Willensdefizite auf Patientenseite

Die Autonomie des Patienten verkörpert keinen absoluten Wert, sondern bewegt sich auf einer Skala zwischen Selbstbestimmung und Unabhängigkeit einerseits sowie Unfreiheit andererseits. Von einer selbstbestimmten Entscheidung des Patienten kann nur gesprochen werden, soweit sie ernstlich und freiwillig getroffen wurde. Die abstrakten Voraussetzungen der Einwilligung hat Amelung pointiert dargestellt: „Als autonom erteilt muß eine Einwilligung gelten, bei der der Einwilligende in Übereinstimmung mit seinem Wertesystem entscheidet“.¹⁸³⁹ Eine autonome Entscheidung liegt daher nicht oder nur bedingt vor, wenn sie durch Fehleinschätzungen, Trugschlüsse oder andere Willensmängel beeinflusst ist.¹⁸⁴⁰

1. Die zivilrechtliche Entsprechung

Im Unterschied zum Strafrecht kennt das Zivilrecht etliche Regelungen über die Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Willensmängeln.¹⁸⁴¹ § 119 Abs. 1 BGB regelt den sogenannten Erklärungs- und Inhaltsirrtum, § 119 Abs. 2 BGB den Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften und damit einen Unterfall des Motivirrtums. § 123 BGB betrifft die durch arglistige Täuschung hervorgerufene Fehlvorstellung sowie die Behandlung von durch widerrechtliche Drohung bewirkten Willensmängeln.

¹⁸³⁸ Laufs, in: Jung/ Schreiber (Hrsg.), *Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht*, 71. Dem entspricht der in der Praxis häufig anzutreffende Tabubereich, wonach Ärzte und die hiervon betroffenen Patienten bei Sinnlosigkeit die Frage nach Therapiemöglichkeiten vermeiden, vgl. Schmoll, in: Engelke/ Schmoll/ Wolff (Hrsg.), *Sterbebeistand bei Kindern und Erwachsenen*, 40 ff. Nicht zulässig ist es jedoch, aufgrund ungünstiger Prognose über das Informationsbedürfnis des Patienten hinwegzugehen, zutreffend Hart, *Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte*, 44 f.

¹⁸³⁹ Amelung, *Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln*, 41.

¹⁸⁴⁰ Vgl. Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, *StGB*, § 223 Rn. 9e.

¹⁸⁴¹ Vgl. §§ 116 ff., insbes. § 119 Abs. 1 und 2, § 123, §§ 142 f. BGB.

Die sich aufdrängende Frage nach der Übertragbarkeit dieser Vorschriften in das Strafrecht und damit auf Willensmängel der strafrechtlichen Einwilligung ist jedoch zu verneinen.¹⁸⁴² Die zivilrechtlichen Normen betreffen die Nichtigkeit bzw. Anfechtbarkeit von Willenserklärungen. Die strafrechtliche Einwilligung in die ärztliche Behandlung stellt jedoch keine rechtsgeschäftliche Erklärung im Sinne dieser Vorschriften dar.¹⁸⁴³ Aber auch bezüglich einer analogen Anwendung dieser Anfechtungsregelungen im Strafrecht ist kritisches zu sagen: Das anfechtbare Rechtsgeschäft ist bis zum Zeitpunkt der Anfechtung wirksam, erst die Ausübung des Anfechtungsrechtes vernichtet das Rechtsgeschäft mit im Regelfall¹⁸⁴⁴ rückwirkender Kraft. Die Anfechtung wegen eines Irrtums gemäß § 119 BGB hat unverzüglich - d.h. ohne schuldhaftes Zögern - zu erfolgen, § 121 BGB. Die wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung ausgesprochene Anfechtung kann binnen Jahresfrist erfolgen, § 124 Abs. 1 BGB. Die Frist beginnt bei arglistiger Täuschung mit ihrer Entdeckung durch den Anfechtungsberechtigten, im Falle der Drohung mit dem Zeitpunkt, in welchem die Zwangslage aufhört. Die Anfechtbarkeit bewirkt die Vernichtbarkeit des Rechtsgeschäftes, bis zur Erklärung der Anfechtung ist die Erklärung allerdings wirksam. Hat aufgrund der anfechtbaren Erklärung ein Leistungsvollzug stattgefunden, so ist er ohne Rechtsgrund erfolgt. Für die Rückabwicklung gilt das Bereicherungsrecht, §§ 812 ff. BGB.

Diese zivilrechtlichen Bestimmungen über die Anfechtung einer Willenserklärung bedingen im bürgerlichen Recht einen Schwebezustand, der mit dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG nicht zu vereinbaren ist. Die Feststellung, ob ein strafbares Verhalten vorliegt, muß anhand objektiver Kriterien zum Tatzeitpunkt, nicht aber mittels hiervon unabhängiger Umstände, wie dem möglichen Willensentschluß des Rechtsgutsinhabers, das Anfechtungsrecht auszuüben, getroffen werden.

Selbst das im Rahmen von §§ 223, 229 StGB zur Verfügung gestellte Instrument des Strafantrages läßt keine andere Bewertung zu. Denn die Entscheidung über die Stellung des konkreten Antrags kann erst getroffen werden, wenn feststeht, daß die

¹⁸⁴² So i.E. auch der Brandts/ Schlehofer, JZ 1987, 442, 446.

¹⁸⁴³ Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, 16 ff., weist in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hin, daß die §§ 119 ff. BGB im wesentlichen auf - durch die Vertragsautonomie in vielfältiger Gestalt ermöglichten - Austauschverträge abstellen, während das Strafrecht durch die jeweiligen Strafrechtsnormen Bestandsschutz bietet. Damit nehmen die zivilrechtlich relevanten Fehlvorstellungen breiteren Raum ein als die strafrechtlichen.

¹⁸⁴⁴ Ausnahmen finden sich z.B. im Arbeitsrecht, wenn der Arbeitsvertrag bereits in Vollzug gesetzt ist und nicht unter extrem schwerwiegenden Mängeln leidet, vgl. Richardi, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1, Individualarbeitsrecht I, § 44 Rn. 56 ff., 65 ff. m.w.N.

Merkmale einer Straftat verwirklicht sind. Bei der Anfechtung jedoch würde die Feststellung des strafbaren Verhaltens von der Ausübung des Anfechtungsrechtes abhängig gemacht.¹⁸⁴⁵

2. Strafrechtliche Lösung

Ist demgemäß die Antwort im Strafrecht zu suchen, zeigt sich, daß Jurisdiktion und Schrifttum eine Bandbreite von Möglichkeiten erarbeitet haben,¹⁸⁴⁶ um die strafrechtliche Relevanz von Willensmängeln zu bewerten. Hierbei besteht zurecht weitgehende Übereinstimmung im Hinblick auf die Unwirksamkeit der durch Drohung oder Zwang bewirkte Einwilligung, soweit die Willensbeeinflussung den Grad der Nötigung erreicht.¹⁸⁴⁷

3. Die durch Täuschung veranlaßte Einwilligung

a. Die vertretenen Lösungsansätze

Die durch Täuschung veranlaßte Einwilligung wird in der strafrechtlichen Lehre und Rechtsprechung unterschiedlich bewertet.¹⁸⁴⁸ Die Theorie von der Willensmangelfreiheit spricht ihr die legitimierende Wirkung ab.¹⁸⁴⁹ Eine andere Position erklärt -

¹⁸⁴⁵ Instrukativ Kühne, JZ 1979, 241, 243; Otto, in: Festschrift Geerds, 603, 615; Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 13 VII Rn. 6.

¹⁸⁴⁶ Eine Übersicht über die vorhandenen Ansichten findet sich bei Amelung, Irrtum und Täuschung; Kußmann, Einwilligung und Einverständnis bei Täuschung, Irrtum und Zwang.

¹⁸⁴⁷ Vgl. Otto, in: Festschrift Geerds, 603, 615 m.w.N.

¹⁸⁴⁸ Die Übersicht über den Streitstand findet sich bei Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allg. Teil, 7. Problem.

¹⁸⁴⁹ Baumann/ Weber/ Mitsch, Strafrecht, Allg. Teil, 325; Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, 18 ff., 104; Geilen, Strafrecht Allg. Teil, 114; Hirsch, in: LK-StGB, Vor § 32 Rn. 119; Otto, Grundkurs Strafrecht Allg. Teil, § 8 III 2 b, b; ders., in: Festschrift Geerds, 603, 615 ff.; Maurach/ Zipf, Strafrecht Allg. Teil/1, § 17 Rn. 59; Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, § 223 Rn. 9e; Zipf, Einwilligung und Risikoübernahme, 44 f.; so auch BGHSt 4, 113, 118; 16, 309; 32, 267, 269; OLG Stuttgart 1982, 2265, 2267

in unscharfen Konturen - bloße Motivirrtümer für unbeachtlich.¹⁸⁵⁰ Kühne¹⁸⁵¹ will die Wirksamkeit der Einwilligung nicht an Fehlvorstellungen des Rechtsgutsinhabers scheitern lassen, dem Erklärungsempfänger aber ein Berufen auf die Einwilligung regelmäßig mit Hilfe des Rechtsmißbrauchs versagen, wenn er den Mangel kennt oder bewußt herbeigeführt hat. Die auf Arzt¹⁸⁵² zurückgehende Lehre von der Bedeutungskennntnis unterteilt die Defizite in beachtliche, weil rechtsgutsbezogene, und unbeachtliche.¹⁸⁵³ Roxin unterscheidet anhand einer normativen Wertung: Soweit sich das Geschehen als Ausdruck der Autonomie des Rechtsgutsträgers darstellt, ist die Einwilligung wirksam. Rechtsgutsbezogenen Irrtümern sowie solchen, die einen altruistischen Zweck betreffen, der dem Träger des Rechtsguts das ausschlaggebende Motiv zur Erteilung der Einwilligung gegeben hat, mißt Roxin Bedeutung zu.¹⁸⁵⁴ Amelung zieht ein zweistufiges Verfahren zur Beurteilung heran. Erst nach der Feststellung, daß eine Einwilligung nicht in Übereinstimmung mit dem Wertesystem des Einwilligenden abgegeben wurde, soll auf einer zweiten Stufe zu fragen sein, ob der Eingreifende für die Rechtsgutsverletzung verantwortlich zu machen ist.¹⁸⁵⁵ Demgegenüber sucht die Rechtsprechung eine sachgerechte Abgrenzung, indem sie die Beurteilung am Einzelfall vornimmt und damit häufig dem Tatrichter überläßt.¹⁸⁵⁶

¹⁸⁵⁰ Noll, Die übergesetzlichen Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 129 ff., 131, will demgegenüber Willensmängel nur dann einwilligungsvernichtend wirken lassen, „als sie maßgebliche Motive zur Preisgabe des verletzten Rechtsgutes überhaupt betreffen“.

¹⁸⁵¹ Kühne, JZ 1979, 241 ff.

¹⁸⁵² Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, 15 ff.

¹⁸⁵³ Bloy, ZStW 96 (1984), 714 ff.; Bockelmann/ Volk, Strafrecht Allg. Teil, § 15 C 12 b. bb; Brandts/ Schlehofer, JR 1987, 442, 444 ff.; Eser/ Burkhardt, Strafrecht Bd.1, 13/15 f.; Geppert, JK § 223a/2; Haft, Strafrecht Allg. Teil, 105, 108; Jescheck/ Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allg. Teil, § 34 IV 5; Kühl, Strafrecht Allg. Teil, § 9 Rn. 37; Kußmann, Einwilligung, und Einverständnis bei Täuschung, Irrtum und Zwang, 38 ff.; Rudolphi, ZStW 86 (1974), 82 ff.; Samson, SK-StGB, Vor § 32 Rn. 77; Schröder/ Taupitz, Menschliches Blut - Verwendbar nach Belieben des Arztes? 29 ff.; Sternberg-Lieben, GA 1990, 292 f.

¹⁸⁵⁴ Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 13 VII Rn. 68 ff.; ders., Gedächtnisschrift Noll, 285 f.

¹⁸⁵⁵ Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung, 44 f.

¹⁸⁵⁶ Deutlich RGSt 41, 392, 394 ff.; OLG Stuttgart NJW 1962, 62.

b. Stellungnahme

Eine Abgrenzungslinie zwischen beachtlichem und unbeachtlichem Willensmangel zu ziehen ist, auch angesichts des fehlenden gesetzgeberischen Konzepts,¹⁸⁵⁷ keine einfache Aufgabe. Selbst wenn - wie hier - der Einwilligung tatbestandsausschließender Charakter beigemessen wird, verliert diese Thematik nicht an Bedeutung. Denn wie bereits dargelegt, kann das tatbestandsausschließende Einverständnis mit den hierbei geltenden Wirksamkeitsvoraussetzungen bei Delikten, die ein Handeln gegen den Willen des Rechtsgutsinhabers voraussetzen, nicht mit der tatbestandsausschließenden Einwilligung im Rahmen der Körperverletzungsdelikte gleichgestellt werden.¹⁸⁵⁸

Als Ausgangspunkt einer sinnvollen Problemlösung entspricht die von Arzt herausgearbeitete Unterscheidung nach dem Bezugspunkt der Täuschung am ehesten dem am Rechtsgüterschutz orientierten Strafrecht. Mit Roxin¹⁸⁵⁹ ist allerdings davon auszugehen, daß das Einwilligungserfordernis nicht nur den „Bestand“ der „statisch gedachten Rechtsgüter“¹⁸⁶⁰ schützt, sondern auch die Selbstbestimmung im Umgang mit dem strafrechtlich geschützten Rechtsgut.¹⁸⁶¹ Das dynamische Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit ist bei Zugrundelegen dieser Maßstäbe verletzt, wenn Umstände, die dem Verantwortungsbereich des Eingreifenden zuzuordnen sind, beim Patienten zu einer wesentlichen Fehlvorstellung über das Ob und/ oder das Ausmaß seiner Einwilligung führen. Die hieran anknüpfende Behandlung wirkt dann unter Umgehung der körperbezogenen Verfügungsfreiheit auf die körperliche Unversehrtheit ein.¹⁸⁶² Hierbei kommt der Mißachtung der ärztlichen Aufklärungspflichten - sei es durch Unterlassen der gebotenen Aufklärung, durch Teilaufklärung oder durch aktive Täuschung - wesentliche Bedeutung zu.

Dennoch ist mit dieser Feststellung der um den Problemkreis geschlungene Knoten noch nicht entwirrt. Denn der Patient verbindet mit einem ärztlichen Eingriff eine Vielzahl von Hoffnungen, Erwartungen und konkreten Zielen. Betrifft die täuschungsbedingte Fehlvorstellung einige davon, so bedarf es eines Maßstabes, anhand dessen die relevanten Fehlvorstellungen von unbeachtlichen getrennt werden. Insoweit bietet sich an, zwischen dem Irrtum über Umstände, die die Behandlung als

¹⁸⁵⁷ Gegen eine gesetzgeberische Regelung vgl. Geerds, ZStW 72 (19), 42, 50; für eine solche Traeger, GS 94, 112, 133 ff.

¹⁸⁵⁸ Siehe § 14 unter Punkt I. der Abhandlung; Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, 10; Bloy, ZStW 96 (1984), 703, 713 ff.; Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 13 Rn. 11 ff.

¹⁸⁵⁹ Vgl. Roxin, in: Gedächtnisschrift Noll, 275, 278; vgl. auch Schroth, JZ 1997, 1149 ff.

¹⁸⁶⁰ A.A. Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, 18; Kußmann, Einwilligung und Einverständnis bei Täuschung, Irrtum und Zwang, 149 ff.

¹⁸⁶¹ Deutlich Rudolphi, ZStW 84 (1974), 82, 87.

¹⁸⁶² Roxin, in: Gedächtnisschrift Noll, 275, 280.

solche betreffen, über die hiermit verbundenen Primärzwecke und die Sekundärzwecke zu unterscheiden.

aa. Täuschung über die Behandlung und die hiermit verknüpften Primärzwecke

Die erste Gruppe der täuschungsbedingten Fehlvorstellungen auf Patientenseite ist dadurch gekennzeichnet, daß der Arzt seine Aufklärungspflicht in Hinblick auf einen unmittelbar mit der ärztlichen Behandlung verbundenen Umstand oder Zweck verletzt und damit im Kernbereich der körperbezogenen Verfügungsbefugnis beim Patienten einen Irrtum erweckt bzw. unterhält. Hierzu zählt ebenso die nicht ordnungsgemäße wie die pflichtwidrig unterlassene Aufklärung über die festgestellte Diagnose, die Durchführung der Therapie, die hiermit verbundenen Gesundheitsrisiken, die sicheren oder unsicheren körperlichen Behandlungsfolgen und damit auch das Ziel, ohne bzw. nur mit möglichst geringen Einschränkungen von den vorhandenen körperlichen bzw. gesundheitlichen Einschränkungen geheilt zu werden. Unabhängig davon, ob der Arzt die erforderliche Aufklärung vollständig unterlassen, über einen aufklärungsbedürftigen Teilaspekt nicht aufgeklärt oder mittels falscher Angaben durch positives Tun getäuscht hat, kann sich der Patient bei diesen Konstellationen nicht wirklich für oder gegen die in Aussicht gestellte Behandlung entscheiden. Mangels unerläßlicher Bewertungsgrundlage¹⁸⁶³ ist ihm eine realistische Einschätzung der mit dem Eingriff verbundenen Gefahren und Chancen sowie eine autonome Entscheidung insgesamt nicht möglich. Willigt der Patient auf dieser Grundlage in eine Behandlung ein, so vermag diese irrumsbedingte Willensäußerung den Arzt nicht zu legitimieren.¹⁸⁶⁴ Verschweigt der behandelnde Arzt pflichtwidrig die spezifischen Risiken einer Behandlung, die im Falle einer Verwirklichung die Lebensführung des Patienten schwer belasten, wie das Risiko einer tiefen Beinvenenthrombose bei der ambulanten Gipsruhigstellung ohne medikamentöse Thromboseprophylaxe,¹⁸⁶⁵ die Gefahr von Lähmungserscheinungen bis hin zur Querschnittlähmung bei der Durchführung einer Myelographie¹⁸⁶⁶ oder das Risiko operativ-bedingter Sehstörungen bis hin zur seltenen Gefahr der

¹⁸⁶³ Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängel bei der Einwilligung des Verletzten, 58, spricht von den gegenwärtigen Grundlagen der Prognoseentscheidung.

¹⁸⁶⁴ So auch Roxin, in: Gedächtnisschrift Noll, 275, 283: „Tatbestandliche Beeinträchtigungen, auf die sich die Einwilligung des Opfers nicht bezieht, können der Natur der Sache nach nicht Ausdruck seiner Willensautonomie sein.“

¹⁸⁶⁵ BGH NJW 1996, 776 f.

¹⁸⁶⁶ Darstellung des Rückenmarks, vgl. BGH NJW 1996, 777 f.

Erblindung,¹⁸⁶⁷ so richtet sich die Fehlvorstellung des Patienten unmittelbar auf einen mit der Preisgabe seiner körperlichen Integrität verbundenen Umstand. In diesem Kontext ist der Fall zu sehen, daß sich bei einer Patientin aufgrund der Einnahme eines Hormonpräparats eine Thrombose im Bein bildet. Wurde sie über diese mögliche Nebenwirkung nicht aufgeklärt, hat sie mangels zureichender Information über die Möglichkeit der Thrombosebildung nicht wirksam eingewilligt. Denn die Patientin kann eine verantwortliche Entscheidung über den operativen Eingriff nur treffen, wenn sie umfassend über die hiermit verbundenen Risiken aufgeklärt worden ist. Der Irrtum über die Behandlung als solche sowie ihren Primärzweck schließt die Wirksamkeit der hierauf beruhenden Einwilligung aus.

Täuscht der Eingreifende anläßlich der Behandlung allerdings über andere als körper- bzw. gesundheitsbezogene Umstände, führt die hierauf beruhende Fehlvorstellung des Patienten nicht zu einem im Hinblick auf die Körperverletzungsdelikte relevanten Einwilligungsmangel. Welche Umstände körperbezogen und hinsichtlich der Einwilligung relevant sind, ist anhand des Schutzgutes der Körperverletzungsdelikte zu ermitteln. Wird der Patient im Rahmen der Aufklärung darüber informiert, daß der Eingriff vom Operationsteam A vorgenommen wird, operiert tatsächlich aber das Team B, ist dieser Begleitumstand für die körperbezogene Autonomie in der Regel nicht von Bedeutung - vorausgesetzt, die dem Team A angehörigen Mitglieder stehen in fachlicher Qualifikation und Erfahrung denen des Teams B gleich. Diese Beurteilung kann sich aber durchaus ändern, wenn die konkrete Operation absprachewidrig nicht durch den vom Patienten ausgewählten Spezialisten S, sondern durch einen erst in den Anfängen der Spezialisierung befindlichen Arzt A, der für seine Facharztausbildung eine gewisse Anzahl von Operationen noch benötigt, vorgenommen werden soll. Bei dieser Sachlage ist die körperliche Integrität des Patienten durch das Handeln des A regelmäßig ungleich mehr gefährdet,¹⁸⁶⁸ so daß ein Austausch der Person des Arztes für das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit des Patienten wesentlich ist.¹⁸⁶⁹ Wird hingegen aus betriebsinternen Gründen der Operationszeitpunkt durch Täuschung des Patienten P eigenmächtig vorgezogen, so begeht der Arzt zu dem vorgezogenen Zeitpunkt

¹⁸⁶⁷ BGH NJW 1994, 793 f.

¹⁸⁶⁸ Vgl. hierzu Roxin, in: Gedächtnisschrift Noll, 275, 282. Zum sog. Famulusurteil vgl. BGH NJW 1962, 682; zur Anfänger-Chirurgie BGHZ 88, 249.

¹⁸⁶⁹ Arzt, in: Festschrift Baumann, 201, 209; Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, 63 f.

keine Körperverletzung. Denn das Vorspiegeln nicht körperbezogener Begleitumstände läßt die Wirksamkeit der Operationseinwilligung unberührt.¹⁸⁷⁰

bb. Täuschung über den Sekundärzweck der Behandlung - Problemaufriß

Schwieriger gestaltet sich die zweite Konstellation. Wird der Patient zwar über den Eingriff, die hiermit verbundenen Risiken und die unmittelbaren gesundheitlichen Folgen, die Primärzwecke und Begleitumstände aufgeklärt, läßt der Arzt ihn jedoch über einen darüber hinausgehenden Umstand, d.h. einen Sekundärzweck, pflichtwidrig im unklaren bzw. führt er den Patienten durch falsche Angaben in die Irre, ist auch hier der Fragenkreis der strafrechtlich geschützten Reichweite der körperbezogenen Dispositionsfreiheit angesprochen.

Sekundärzwecke auf Patientenseite sind z.B. die mit der Nierenspende verbundenen Absichten des Spenders, dem ansonsten auf die Dialyse angewiesenen nahen Angehörigen ein normales Leben zu ermöglichen oder die Zielsetzung, mit Hilfe von Körpersubstanzen eine Genomanalyse durchzuführen und damit eine Krebsdisposition ausfindig zu machen.¹⁸⁷¹ Sekundärzweck auf Behandlungsseite kann sein,¹⁸⁷² das explantierte Organ einem bestimmten Empfänger zukommen zu lassen oder unter Zuhilfenahme der gewonnenen Körpersubstanz wirtschaftlich lukrative biotechnische Produkte herzustellen.

Die an diese Täuschung bzw. pflichtwidrig unterlassene Offenbarung anknüpfenden Rechtsfragen sind nicht unumstritten. Dennoch sind die Rahmenvorgaben eindeutig: Der bei der ärztlichen Behandlung zu beachtende rechtliche wie ethische Mindestkonsens bedingt die Berücksichtigung der individuellen Patientenautonomie sowie des hiermit verbundenen Werteverhältnisses. Darüber hinaus umfaßt Autonomie nicht nur das Wissen um das, was man tut, sondern auch aus welchen Zwecken heraus etwas getan wird.¹⁸⁷³ Der soziale Kontext der Einwilligung ist von der Verfügungsfreiheit über das Rechtsgut nicht abtrennbar.¹⁸⁷⁴ Zwar kommt es für die Beurteilung, ob die körperbezogene Verfügungsfreiheit durch

¹⁸⁷⁰ Krauß, in: Festschrift Bockelmann, 557, 574, erachtet die Einwilligung als nicht wirksam, mangels Rechtsgutsbezogenheit der Täuschung sieht er jedoch den Tatbestand der Körperverletzung als nicht erfüllt an.

¹⁸⁷¹ Zu den Konsequenzen der Genomanalyse für die ärztliche Aufklärung in der prädiktiven Medizin vgl. Buchborn, MedR 1996, 441 ff.

¹⁸⁷² Hiermit soll keineswegs die Behauptung aufgestellt werden, daß diese Zwecke regelmäßig vorliegen. Vielmehr ist als Regelfall davon auszugehen, daß der dem Patientenwohl verpflichtete Arzt redlich seinen Berufspflichten entspricht.

¹⁸⁷³ Vgl. Otto, in: Festschrift Geerds, 603, 615.

¹⁸⁷⁴ Zurecht Bloy, ZStW 96 (1984), 703, 718.

einen Willensmangel verletzt ist, zunächst auf die Kenntnis der unmittelbar mit der ärztlichen Behandlung verbundenen Umstände an. Diese lassen sich jedoch dann nicht isoliert betrachten, wenn sie für sich allein nicht vorliegen würden, sondern nur notwendig in Kauf genommen werden, um ein darüber hinausgehendes Sekundärziel zu erreichen.

- *Das körperbezogene Verfügungsrecht betreffende Umstände*

Täuscht der Eingreifende über seinen erstrebten Sekundärzweck, ist damit noch nicht über die Relevanz des hierdurch auf Patientenseite erzeugten Willensmangels entschieden. Vielmehr bleibt zu prüfen, ob die Unkenntnis der vorenthaltenen Umstände die körper- und gesundheitsbezogene Patientenautonomie tangiert. Denn die Körperverletzungsdelikte schützen das Verfügungsinteresse und damit das Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht umfassend.¹⁸⁷⁵ Vielmehr gilt einerseits das Subsidiaritätsprinzip und der fragmentarische Charakter des Strafrechts¹⁸⁷⁶ sowie andererseits das Analogieverbot.

Vor diesem Hintergrund interessiert, daß der Eingriff in das Verfügungsinteresse an anderen Individualrechtsgütern aufgrund der Ultima-ratio staatlicher Reaktionen nur in mancher Hinsicht und häufig nur gegen bestimmte Angriffsarten¹⁸⁷⁷ in Tatbeständen des Besonderen Teils sowie den Nebenstrafgesetzen strafbewehrt ist. Betreffen die mit dem Eingriff verbundenen sekundären Zwecke mehrere strafrechtlich geschützte Rechtsgüter, ist die Wirksamkeit der diesbezüglichen Einwilligung des Rechtsgutsträgers anhand normativer Kriterien zu bestimmen. Die konkreten Anforderungen an die eigenverantwortliche Entscheidung werden sich richtigerweise an Schwerpunkt und Zielrichtung der Rechtsgutsbeeinträchtigung orientieren. Bezweckt der Rechtsgutseingriff zumindest als Zwischenziel, den Patienten über körperbezogene Bewertungsfaktoren der Einwilligung zu täuschen und damit die körperbezogene Verfügungsfreiheit zu verletzen, so ist der Schutzbereich der Körperverletzungsdelikte tangiert. Täuschungsbedingten Fehlvorstellungen des Patienten über Sekundärumstände und -zwecke, die notwendig eine Einwirkung auf

¹⁸⁷⁵ Die Delikte gegen die körperliche Unversehrtheit stellen keinen Auffangtatbestand für alle täuschungsbedingten Fehlvorstellungen dar, vgl. auch Kußmann, Einwilligung und Einverständnis bei Täuschung, Irrtum und Zwang, 169.

¹⁸⁷⁶ Zur fragmentarischen und subsidiären Natur des Strafrechts vgl. Arthur Kaufmann, Der entfesselte Prometheus, in: Flöhl (Hrsg.), Genforschung - Fluch oder Segen, 259, 266; Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 2 Rn. 38; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Bes. Teil/2, Rn. 510.

¹⁸⁷⁷ Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 2 XI.

den ‚Körper‘ oder die ‚Gesundheit‘¹⁸⁷⁸ voraussetzen und auf die Art der Verwertung, die Nutzung oder den Gebrauch der hierdurch gewonnenen menschlichen Substanz abzielen, unterfallen regelmäßig dem Schutzbereich der Körperverletzungsdelikte. Beispiel hierfür ist das täuschungsbedingte Erschleichen der Einwilligung in die Blutentnahme, um das gewonnene Blut abredewidrig zu verwerten. In dieser Konstellation wird die Verwendung der durch die Entnahme gewonnenen Körpersubstanzen nicht zur Körperverletzung.¹⁸⁷⁹ Die Nutzung betrifft die abgetrennte Substanz und somit eine mit persönlichkeitsrechtlichen Bindungen ausgestattete Sache,¹⁸⁸⁰ nicht aber den strafrechtlich geschützten Körper. Die durch Täuschung erschlichene Einwilligung in den als Zwischenschritt zwingend erforderlichen körperlichen Eingriff, der zur Gewinnung von Substanzen dient, ist aber unwirksam. Abgesehen von den Fällen des rechtmäßigen Alternativverhaltens¹⁸⁸¹ liegt insoweit eine strafbare Körperverletzung vor.

- *Umstände, die sonstige Rechtsgüter betreffen*

Zielt die Täuschung - sei es durch positives Tun oder pflichtwidriges Unterlassen - darauf ab, eine Fehlvorstellung zu schaffen, die schwerpunktmäßig einem anderen Rechtsgut als dem der körperlichen Unversehrtheit zuzuordnen ist, ist dieses Defizit allenfalls im Hinblick auf sonstige Straftatbestände von Bedeutung.¹⁸⁸² Als Beispiel hierfür sei genannt, daß die Patientin nicht ordnungsgemäß über die von ihr zu leistenden Eigenanteile der medizinisch indizierten Behandlung aufgeklärt wird. Ihr kausal verursachter Irrtum bezüglich des Kostenübernahmeanteils durch die Krankenkasse betrifft nicht den ärztlichen Eingriff als solchen bzw. Umstände, die notwendigerweise die Erlangung von Körpersubstanzen voraussetzen. Ihre Fehlvorstellung bezieht sich vielmehr auf die durch den Arztvertrag eingegangene wirtschaftliche Zahlungsverpflichtung. Dieser vermögensbezogene Irrtum¹⁸⁸³ findet seinen strafrechtlichen Schutz durch die Vermögensdelikte, wie z.B. den Betrugstat-

¹⁸⁷⁸ Zum Schutzzumfang vgl. §§ 5 - 8 der Abhandlung.

¹⁸⁷⁹ Daher vermag die insoweit geäußerte Kritik von Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängel bei der Einwilligung des Verletzten, 85, nicht zu überzeugen.

¹⁸⁸⁰ BR-Drs. 851/97, 19.

¹⁸⁸¹ Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängel bei der Einwilligung des Verletzten, 78 f., bildet das Beispiel, daß der Arzt einer Patientin vorspiegelt, Geld für ihre Blutspende zu erhalten, die Frau aber ohnehin zu einer kostenlosen Abgabe entschlossen war.

¹⁸⁸² Ähnlich Roxin, in: Gedächtnisschrift Noll, 275, 284 f.

¹⁸⁸³ Vgl. Arzt, in: Festschrift Baumann, 201, 207.

bestand. Eine indirekte Pönalisierung der von ärztlicher Seite vorgenommenen Täuschung über die Delikte zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit ist mit Blick auf das Gesetzlichkeitsprinzip weder erlaubt noch geboten. Anderenfalls würden die Körperverletzungsdelikte verfassungswidrig im Sinne von „unspezifisch-allgemeinen Delikten gegen die Autonomie (im Sinne irrtumsfreier beliebiger Disposition über das Gut)“¹⁸⁸⁴ und damit zu einem Verwischen der Straftatbestände führen.

- *Anwendung auf die Lebendspende von Organen und Körpersubstanzen*

Die skizzierten Grundsätze gelten auch für die Lebendspende von Organen, Organteilen und Geweben zum Zwecke der Übertragung auf andere Menschen. Im Schrifttum werden Fälle diskutiert, in denen die Lebendspende vom Wunsch getragen wird, dazu beizutragen, eine nahestehende Person von einer Krankheit zu heilen oder vorhandene Beschwerden zu lindern. Zu denken ist an folgende Situation: Der Neffe des Dialysepatienten läßt sich eine Niere entnehmen, um dem erkrankten Onkel durch die Organspende ein relativ normales Leben zu ermöglichen. In diesem Kontext ist aber auch das von Roxin zur Diskussion gestellte Beispiel zu sehen, in dem die Mutter ihrem Kind die Sehkraft eines ihrer Augen spendet, um dessen drohende Erblindung durch eine Hornhauttransplantation abzuwenden.¹⁸⁸⁵ Implantiert der Arzt das entnommene Organ entsprechend seinem von Anfang an gefaßten Entschluß abredewidrig einem Dritten oder vernichtet er es gar, stellt sich die Frage, ob das bloße Wissen um die mit der Explantation unmittelbar verbundenen Umstände sowie den Primärzweck, hier die Entnahme des Organs, ausreicht, um eine eigenverantwortliche Spendenentscheidung anzunehmen. Die Antwort muß sich daran orientieren, daß die Einwilligung in die Entnahme in diesen Konstellationen untrennbar mit dem erstrebten Endziel verknüpft ist. Der Wunsch, dem nahen Angehörigen die Dialyse zu ersparen oder dem Kind das Augenlicht zu bewahren prägt die Explantationsentscheidung. Eine freiwillige und selbstbestimmte Einwilligung erfordert insoweit auch die Aufklärung über den tatsächlichen Verwendungszweck.¹⁸⁸⁶ Die Annahme, das Selbstbestimmungsrecht sei allein aufgrund der Information über die mit der Operation verbundenen körperbezogenen Risiken gewahrt, ist geradezu entwürdigend und degradiert den Spender zum bloßen Objekt bzw. Ersatzteillager. Bei einer Täuschung über die Verwendung der mit dem Menschen aus biologischen Gründen aufs engste verbundenen biologischen

¹⁸⁸⁴ So für das Parallelproblem im Rahmen der Sachbeschädigung Küper, JZ 1986, 219, 226.

¹⁸⁸⁵ Roxin, Strafrecht Allg. Teil/I, § 13 VII Beispiel 7.

¹⁸⁸⁶ So auch Roxin, in: Gedächtnisschrift Noll, 275, 286; so i.E. auch Otto, in: Festschrift Geerds, 601, 617.

Substanzen sind vielmehr die körperbezogene Autonomie des Spenders wie auch seine Menschenwürde massiv beeinträchtigt. Das Opfer wird als Werkzeug gegen sich selbst eingesetzt, so daß dem Täuschenden die Tatherrschaft über das Geschehen zuwächst.

Da sich die Autonomie eben nicht allein auf Primärzwecke beschränkt, sondern auch die Verwendung der zu entnehmenden Körpersubstanzen erfaßt, stellt das Transplantationsgesetz im Rahmen der Lebendspende folgerichtig strenge Anforderungen an die Aufklärung und Einwilligung. Der Arzt muß den potentiellen Spender über die Art des Eingriffs, den Umfang der beabsichtigten Organentnahme, über entfernt liegende Risiken und mögliche gesundheitliche Spätfolgen der Entnahme, auch wenn sie nur von geringer Wahrscheinlichkeit sind, die nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft zu erwartenden Erfolgsaussichten der Organübertragung und sonstige für ihn im Einzelfall bedeutsame Umstände aufklären, § 8 Abs. 2 TPG. Für den Spendewilligen bedeutsame Umstände sind alle, denen er erkennbar eine Bedeutung für die Organspende zumißt. Von einer Beschränkung der Aufklärung auf die Organentnahme als solche und die damit verbundenen Primärzwecke wurde zurecht abgesehen. Denn nur wenn der Spendewillige weiß, worauf er sich einläßt - und Wissen bezieht sich eben gerade auch auf Sekundärzwecke wie die konkret in Aussicht genommene Verwendung des menschlichen Gewebes -, kann von einer selbstbestimmten Entscheidung gesprochen werden. Das Gewicht der zu schützenden Autonomie hat der Gesetzgeber hervorgehoben, indem der vorsätzliche Verstoß gegen die umfassende Aufklärungspflicht mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bewehrt wurde, § 19 Abs. 2 i.V. § 8 Abs. 1 Nr. 1 b TPG. Darüber hinaus soll die gutachtliche Stellungnahme der nach Landesrecht zuständigen Kommission in jedem Einzelfall sicherstellen, daß eine Lebendspende freiwillig und nicht durch Druck oder durch Vorteilsgewährung zustande kommt, § 8 Abs. 3 TPG. In diese Beurteilung fließen die Beweggründe der Organspende mit ein.¹⁸⁸⁷

Weiterhin beschränkt das Transplantationsgesetz die Lebendspende nicht nachwachsender Organe. Zulässig ist die Transplantation zugunsten eines Verwandten ersten oder zweiten Grades, des Ehegatten, Verlobten oder anderer Personen, die dem Spendewilligen in besonderer persönlicher Verbundenheit nahe stehen. Der hiergegen gerichtete vorsätzliche Verstoß des Operateurs ist strafbewehrt, §§ 8 Abs. 1 S. 2 TPG, 19 Abs. 2 TPG. Die Strafbarkeit einer Transplantation zugunsten einer nicht nahestehenden Person soll die Freiwilligkeit der Organspende sichern und dem

¹⁸⁸⁷ BT-Drs.13/4355, 21.

Organhandel entgegenwirken.¹⁸⁸⁸ Der Spender soll sich nicht unter Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 des Grundgesetzes zum bloßen Objekt, zur vertretbaren und mit Geld bezahlbaren Größe degradieren.¹⁸⁸⁹ Der Gesetzgeber ging davon aus, daß eine enge verwandtschaftliche oder eine sonstige enge Lebensbeziehung der genannten Art die Autonomie des Spenders vor unzulässiger Einflußnahme bewahrt, die Motive der Spende mithin auf einer persönlichen oder sittlichen Verbundenheit beruhen. Jeder Anreiz und damit auch die Beeinträchtigung der freien Entscheidung durch das Inaussichtstellen finanzieller oder sonstiger Vorteile, die den Spender dazu bewegen sollen, Teile seines lebenden Körpers für Dritte und damit im Sinne eines Handels preiszugeben, soll unterbunden werden. Dieses Regelungskonvolut spiegelt die Position des Gesetzgeber wider, daß sich die Selbstbestimmung auf den Sekundärzweck „Verwendung des Organs“ für Dritte bezieht. Würde die Einwilligung des Spenders durch Täuschung des entnehmenden Arztes erschlichen, indem wie im geschilderten Fall der Nierenspende das Organ abredewidrig einem Dritten implantiert werden soll, hätte dies die Unwirksamkeit der Einwilligung zur Folge. Dieser Wertung kommt Wirkung auch für das allgemeine Strafrecht zu. Denn es sind keine Gründe vorhanden, die für die Lebendspende geltenden Einwilligungsvoraussetzungen gemäß dem Transplantationsgesetz anders zu definieren als die des allgemeinen Strafrechts - zumal die Entnahme der Niere einen allgemeinen Regeln unterfallenden ärztlichen Eingriff darstellt¹⁸⁹⁰ und somit an den Voraussetzungen der §§ 223, 229 StGB zu messen ist.

Als Ergebnis ist festzuhalten: Mit der Pönalisierung des Verstoßes gegen § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 b und S. 2 TPG bestätigt der Gesetzgeber die Bedeutung der verfassungsrechtlich verankerten körperbezogenen Autonomie. Dem TPG ist die für das gesamte Strafrecht verallgemeinerungsfähige Aussage zu entnehmen, daß sich das körperbezogene Selbstbestimmungsrecht nicht auf den Primärzweck des Eingriffs reduzieren läßt. Erfasst werden vielmehr auch Sekundärzwecke, die unmittelbar mit der Spende der Körpersubstanz verbunden sind. Damit beschreitet der deutsche

¹⁸⁸⁸ BT-Drs. 13/4355, 20 f., 31.

¹⁸⁸⁹ So bereits vor dem Inkrafttreten des TPG LSG Niedersachsen, Urt. v. 30.8.1995 L 4 Kr 256/93, Breithaupt 1996, 23 ff. Kritisch Kühn, MedR 1998, 445, 458 unter Hinweis darauf, daß der grundlegende Unterschied zwischen dem finanziellen Druck als Auslöser der Lebensspende und dem moralischen Druck etwa auf die Mutter, ihrem Kind „freiwillig“ ein Organ zu spenden nicht eindeutig darzulegen ist; vgl. auch Maier, Der Verkauf von Körperorganen, 29; Schroeder, ZRP 1997, 265 ff.

¹⁸⁹⁰ Soweit von teilen des Schrifttums ein Heilkontext gefordert wird, so handelt es sich danach zumindest um eine an § 228 StGB zu messende Körperverletzung.

Gesetzgeber den durch das - von Deutschland allerdings nicht unterzeichnete¹⁸⁹¹ - Menschenrechtsübereinkommen des Europarats zur Bio-Medizin vom 4. April 1997 bereiteten Weg. Art. 22 enthält folgende Regelung:

„Wird bei einer Intervention ein Teil des menschlichen Körpers entnommen, so darf er nur zu dem Zweck aufgenommen und verwendet werden, zu dem er entnommen worden ist; jede andere Verwendung setzt angemessene Informations- und Einwilligungsverfahren voraus“.

Dieses Verbot stellt klar, daß der Betroffene auch über die Weitergabe und Verwendung der Körpersubstanz zu informieren ist. Zwar führt das Abkommen über die Regelung des in Deutschland geltenden § 8 Abs. 2 TPG hinaus. Denn ein der Explantation nachfolgender Entschluß, die Substanz entgegen ursprünglicher Absicht anderweitig zu verwenden, kann auf die Entnahme der Substanz und die entsprechende strafrechtliche Einwilligung nicht zurückwirken. Art. 22 bringt jedoch aus gutem Grund größere Klarheit in die Frage, durch welche Formen der Weiterverwendung die körperbezogene Verfügungsfreiheit des Spenders tangiert ist. Im Fall der Nierenspende hat der Arzt den Spender über die präsumtive Verwendung der zu spendenden Niere getäuscht. Dies löst zum einen die Straffolge des § 19 Abs. 2 TPG aus. Zum anderen ist die Entnahme mangels wirksamer Einwilligung auch als Körperverletzung strafbar.^{1892, 1893}

¹⁸⁹¹ Maßgebend hierfür waren vor allem Bedenken, daß das Übereinkommen zu viele Fragen ungeregelt lasse und bei den geregelten Fragen zu unbestimmt sei, hierzu kritisch Taupitz, DÄBl 95 (1998), A 1078 f.

¹⁸⁹² BT-Drs. 13/4355, 31. Diff. Niedermair, Körperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten, 232 f.

¹⁸⁹³ Eine Strafbarkeit gemäß §§ 263, 13 StGB wegen des geheimgehaltenen Weiterverkaufs der Niere scheitert - legt man nicht den rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff zugrunde - spätestens an der durch das Verbot des Organhandels explizit geregelten fehlenden Verkehrsfähigkeit des Organs. So stützt insbesondere Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, 21 f., die Unbeachtlichkeit des Irrtums über eine Gegenleistung auf die damit einhergehende „Kommerzialisierung von Personenwerten“. Kritisch zum Kommerzialisierungsargument Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, 60, der zurecht klarlegt, daß dieses dem Opfer strafrechtlichen Schutz entzieht und zugleich den Täter schützt, „der einen gegenleistungsbezogenen Irrtum des Opfers bewußt ausnutzt und damit gegen das rechtsethische Minimalgebot verstößt, niemanden an seinen Rechtsgütern zu schädigen, ohne hierfür Ausgleich zu leisten“. Dazu, daß eine Verletzung des Achtungsanspruchs auch in der Kommerzialisierung menschlichen Daseins liegen kann, BVerfG NJW 1998, 519, 512.

- *Nicht ausschließlich körperbezogene Fehlvorstellungen*

Nach den bereits skizzierten Grundsätzen sind auch die täuschungsbedingten Fehlvorstellungen zu bewerten, die sowohl mit der Behandlung verbundene körperbezogene Sekundärzwecke als auch sonstige Umstände betreffen. Diese Konstellation liegt bei Eingriffen vor, die dazu dienen, eine Körpersubstanz nicht nur vorübergehend vom Körper zu trennen¹⁸⁹⁴ und bei denen der Patient nur über einige von mehreren Verwendungszwecken aufgeklärt wurde. Taupitz¹⁸⁹⁵ schildert in diesem Kontext den Fall John Moore. John Moore willigte in die aufgrund einer Leukämieerkrankung medizinisch indizierte Entnahme der Milz ein. Bei der Explantation hegten die Ärzte bereits die Vermutung, daß die Zellen einzigartig sein könnten. Daher wurde die Milz - ohne Information oder Einwilligung von John Moore - besonders untersucht, was den Verdacht zur Gewißheit werden ließ. Die Zellen von John Moore wurden weiterkultiviert und in großem Umfang kommerziell genutzt. Er selbst wurde noch sechs Jahre lang zu Blutentnahmen einbestellt. Neben der Nachuntersuchung im Hinblick auf ein erneutes Auftreten von Leukämie besorgte man sich damit Nachschub an den besonderen Zellen des John Moore, ohne ihn über die Hintergründe aufzuklären.

Entgegen häufig vertretener Auffassung¹⁸⁹⁶ fällt in einem Fall wie diesem die strafrechtliche Bewertung des Problemkreises eindeutig aus: Eine autonome Entscheidung über Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit bedingt die Information des Patienten über die Behandlung als solche, ihre Primärzwecke sowie die mit der Behandlung verbundenen, das körperbezogene Selbstbestimmungsrecht tangierenden sekundären Zwecke.¹⁸⁹⁷ Denn die Einwilligung bezieht sich nicht auf das eine oder andere Risiko, auf den einen oder anderen Zweck. Vielmehr bildet die Zusammenschau aller Risiken und Zwecke die Entscheidungsgrundlage zugunsten oder zu Lasten der Behandlung.

¹⁸⁹⁴ Zu Eingriffen, durch welche Körperteile und -substanzen nur kurzfristig im Rahmen einer apparativen oder medikamentösen Behandlung oder zum Zwecke der Durchführung der Operation vom Körper getrennt und im Verlauf derselben wieder in den Körper integriert werden, vgl. § 6 Punkt II. 2. der Abhandlung.

¹⁸⁹⁵ Taupitz, AcP 191 (1991), 201, 205, 207.

¹⁸⁹⁶ Z.B. Sternberg-Lieben, GA 1990, 289, 293 für die eigenmächtige Genomanalyse; zur Problematik heimlicher Aids-Tests, vgl. Eberbach, NJW 1987, 1470 ff.; Laufs/ Laufs, NJW 1987, 2257 ff.; Lesch, NJW 1989, 2309, 2311.

¹⁸⁹⁷ Zum HIV-Test vgl. Bottke, in: Schünemann/ Pfeiffer (Hrsg.), Die Rechtsprobleme von Aids, 174, 224.

Würde bereits durch Kenntnis eines von mehreren Sekundärzwecken die Einwilligung zu einer selbstbestimmten,¹⁸⁹⁸ so würde der Patient in Hinblick auf die verschwiegene Intentionen entmündigt. Auch wäre dem Mißbrauch Tür und Tor geöffnet, wenn bereits die Mitteilung eines tatsächlich vorhandenen Zwecks ausreichen würde, um weitere mit der ärztlichen Behandlung verbundene Intentionen zu legitimieren.

In diesen Problemkreis gehört auch die Frage nach der Zulässigkeit von HIV-Tests ohne Einwilligung des Patienten. Die hierzu erforderliche Blutentnahme ist im Regelfall eine diagnostische Maßnahme mit - einen positiven Befund unterstellt - gravierenden Konsequenzen für den Patienten. Aus der Freiwilligkeit der Inanspruchnahme ärztlicher Beratung über den Gesundheitszustand folgt, daß der Betroffene ein Recht auf Unkenntnis im Hinblick auf eine mögliche Infektion in Anspruch nehmen kann. Läßt er eine allgemeine Vorsorgeuntersuchung durchführen, so geht sein Interesse im Regelfall darauf zu erfahren, ob Krankheiten vorliegen, die seiner Lebensführung oder seiner Altersstufe gemäß sind.¹⁸⁹⁹ Eine konkludente Berechtigung und Verpflichtung des Arztes, einen HIV-Test durchzuführen, ist hierin im Normalfall nicht zu sehen.¹⁹⁰⁰ Hiervon zu trennen ist die Verpflichtung des Arztes, den Patienten bei Vorliegen der entsprechenden Symptome auf den Verdacht einer HIV-Erkrankung hinzuweisen. Da die mögliche Indikation die Einwilligung des Patienten in den HIV-Test aber nicht zu ersetzen vermag, darf der Arzt den Test von sich aus nicht durchführen - auch nicht, um sich oder sonstige Dritte zu schützen.¹⁹⁰¹

Führt der Arzt dessen ungeachtet eine Venenpunktion durch, um das abgenommene Blut ohne ausdrückliche oder konkludente Einwilligung auch auf eine HIV-Kontaminierung zu testen, so liegt insoweit ein wesentlicher Teilaufklärungsmangel vor. Da sich die rechtliche Beurteilung der Venenpunktion nicht allein auf den Einstich beschränkt, sondern auch die Blutentnahme miteinbezieht, ist - je nach Lage des Einzelfalles - die Bagatelldgrenze des körperlichen Mißhandelns bzw. der Schädigung der Gesundheit überschritten.¹⁹⁰² Die Argumentation, bei der Blutentnahme zum Zwecke des heimlichen HIV-Tests sei allein das Recht auf informationelle Selbstbestimmung betroffen,¹⁹⁰³ vernachlässigt die Tatsache, daß im Regelfall ohne Eingriff in den Körper die Ausforschung der konkreten Körpersubstanzen, das

¹⁸⁹⁸ Vgl. z.B. Schröder/ Taupitz, Menschliches Blut: Verwendbar nach Belieben des Arztes?, 32 f.; Taupitz, AcP 191 (1991), 201, 207.

¹⁸⁹⁹ Giesen, Arzthaftungsrecht, Rn. 245.

¹⁹⁰⁰ A.A. Laufs, in: Laufs/ Uhlenbruck, (Hrsg.) Handbuch des Arztrechts, § 49 Rn. 19.

¹⁹⁰¹ Uhlenbruck, MedR 1996, 206 f.

¹⁹⁰² A. A. LG Köln, MedR 1995, 409 (Verletzung des Persönlichkeitsrechtes).

¹⁹⁰³ So z.B. Sternberg-Lieben, die objektiven Schranken der Einwilligung, 533.

Erlangen von Detailinformationen über die gegenwärtige körperliche wie gesundheitliche Verfassung nicht möglich ist. Damit ist der Eingriff notwendige Voraussetzung, um die Bewertungsgrundlage einer Prognose über die Weiterentwicklung des körperlichen Zustandes zu erhalten. Es geht daher zunächst nicht um einen nicht konsentierten Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Patienten über die Erhebung von Körperdaten, sondern um den Akt der nicht konsentierten Blutentnahme, die zwingende Voraussetzung jeder späteren Diagnostik ist. Wird die Einwilligung in diesen körperbezogenen Eingriff und damit auch in die Preisgabe des Blutes über den Umweg eines erschlichenen Eingriffs in den menschlichen Körper erreicht, bleibt dem Patienten der wahre Sinn der Venenpunktion verborgen. Er weiß gerade nicht,¹⁹⁰⁴ warum ihm sein Blut entzogen wird und worauf er sich einläßt. Dieses Unkenntnis wesentlicher Umstände steht regelmäßig der Wirksamkeit der Einwilligung entgegen.

Das Transfusionsgesetz stützt die gewonnene Rechtsansicht. Eine Entnahme von Blut- und Blutbestandteilen darf nur erfolgen, wenn die spendende Person vorher in einer für sie verständlichen Form über Wesen, Bedeutung und Durchführung der Spendenentnahme und der Untersuchung sachkundig aufgeklärt worden ist, § 6 TFG. Der Spender muß zugleich erklären, daß die Spende verwendbar ist, wenn kein vertraulicher Selbstausschluß vorliegt. Damit stellt das Gesetz fest, daß der Blut- oder Plasmaspender nicht nur über den Eingriff als solchen, sondern auch über die Verwendung des entnommenen Blutes für Untersuchungen auf HIV-, Hepatitis B- und Hepatitis C-Virusmarker aufzuklären ist, § 5 Abs. 3 i.V. § 6 Abs. 1 TFG. Die vor der Entnahme erfolgende Verwendungserklärung zeigt, daß der Spendewillige auch über die Verwendungszwecke unterrichtet werden muß, wobei vor jeder Spende die Spendebereitschaft erneut zu erklären ist. Diese Bestimmungen lassen erkennen, daß der Gesetzgeber nicht nur im Transplantations-, sondern auch im Transfusionsgesetz dem zwingenden Gebot der Freiwilligkeit¹⁹⁰⁵ breiten Raum gewährt. Die Bedeutung der Autonomie wird weiterhin durch die Regelung unterstrichen, wonach die Spendenentnahme unentgeltlich erfolgen soll und den Spendern lediglich ein Aufwendersersatz gewährt werden kann, § 10 TFG. Die Gesetzesbegründung führt zu einer Sicherheitserwägung an, da unerwünschte Spendewillige nicht angelockt werden sollen und sich der menschliche Körper und seine Bestandteile zum anderen nicht als Handelsobjekte eignen. Um zu vermeiden, daß bei häufigen Spenden die Aufwandsentschädigung den Charakter eines Entgelts annimmt - und damit auch die Freiwilligkeit durch den finanziellen Anreiz verloren geht - spricht

¹⁹⁰⁴ A. A. Schroeder/ Taupitz, Menschliches Blut: Verwendbar nach Belieben des Arztes?, 32 f.; Sternberg-Lieben, GA 1990, 289, 292 ff.

¹⁹⁰⁵ BR-Drs. 851/97, 19.

sich die Begründung dafür aus, die einzelnen Beträge entsprechend zu reduzieren.¹⁹⁰⁶ Damit ist festzuhalten: Die körperbezogene Autonomie eines jeden Menschen bedingt, daß er vor der Entnahme von menschlichen Substanzen über die geplante Verwendung aufzuklären ist. Eine Teilaufklärung dergestalt, daß nur über einige von mehreren Zwecken unterrichtet wird, genügt nicht den Anforderungen.

4. Irrtum des Patienten ohne Täuschung des Arztes

Irrt der Patient über Umstände der Behandlung sowie deren Primär- oder Sekundärzwecke, ohne daß dem Arzt die Fehlvorstellung mittels Täuschung durch positives Tun oder aufgrund pflichtwidrig unterlassener Offenbarung wesentlicher Umstände zuzurechnen ist, führt auch diese Fehlvorstellung zu einer Trennung von Realität und Vorstellung. Ein solcher Fall liegt vor, wenn der Patient beispielsweise irrtümlich unterstellt, daß er aufgrund alphabetischer Reihenfolge früh morgens als erster operiert wird, oder wenn ein heiratswilliger Mann sich einredet, daß er im Falle der Korrektur seiner Nase seine Chancen auf dem Heiratsmarkt steigert¹⁹⁰⁷ oder das Mannequin davon ausgeht, im Falle der Lippenunterspritzung mit körpereigenen Lipiden die Arbeitschancen in der Kosmetikbranche verbessern zu können. Aber auch der Sachverhalt wird erfaßt, daß eine einsichtsfähige Patientin trotz ausführlicher gegenteiliger Aufklärung durch den Arzt darauf beharrt, alle Zähne gezogen zu bekommen, um sich so von ihren unerträglichen Kopfschmerzen zu befreien.¹⁹⁰⁸

Die Beachtlichkeit der Fehlvorstellung steht ebenfalls unter der Prämisse des Vorhandenseins eines rechtsgutsbezogenen Irrtums. Die irrige Vorstellung, die Heiratschancen oder die Chancen in der Kosmetikbranche zu erhöhen, betrifft nicht das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit, so daß diese Fehlvorstellung im Rahmen der Körperverletzung unbeachtlich ist. Die Fehlvorstellung, durch das Ziehen aller Zähne den Kopfschmerz im wahrsten Sinne des Wortes an der Wurzel anzupacken, obgleich nach medizinischen Erkenntnissen der vorgestellte Zusammenhang nicht besteht, betrifft das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit. Der Irrtum im Hinblick auf die Reihenfolge der angesetzten Operationstermine ist dann unbeachtlich, wenn dem Operationszeitpunkt keine Auswirkung auf die Körperinteressen zukommt. Ist der Operateur hingegen durch einen langen anstrengenden Tag in seiner Leistungsfähigkeit stark vermindert, muß Ausgangspunkt der Betrachtung sein, daß dem Patienten durch das vorher stattfindende Aufklärungsgespräch die Chance eingeräumt wird, sich für oder gegen den konkreten

¹⁹⁰⁶ BR-Drs. 851/97, 21.

¹⁹⁰⁷ Das Beispiel wurde gebildet in Anlehnung eines im Schrifttum diskutierten Falles.

¹⁹⁰⁸ BGH NJW 1978, 1206 mit Anm. Hruschka JR 1978, 519 f.

medizinischen Vorgang zu entscheiden und sich über die Begleitumstände der Behandlung zu informieren. Soweit keine Aufklärungslast des Arztes besteht,¹⁹⁰⁹ liegt es beim Patienten, seine Entscheidungsgrundlage abzusichern. Unterliegt er hierbei einer Fehlvorstellung, ohne diese nach außen deutlich zu machen, in dem er z.B. nicht nachfragt, nach welcher Reihenfolge operiert wird, ist das durch die Einwilligung miterklärte Unterwerfen unter die Organisationsgewalt des Operators wirksam. Denn wird die Einwilligung nach außen unbeschränkt erklärt, muß sich der Patient daran festhalten lassen,¹⁹¹⁰ soweit nicht der Erklärungsempfänger einen vorhandenen rechtsgutsbezogenen Willensmangel erkennt.¹⁹¹¹ Der Einwilligende unterstellt sich kraft eigenen Willensentschlusses einer Behandlung, so daß - auch wenn diese Entscheidung mit einem Willensmangel behaftet ist - eine Fremdbestimmung nicht vorliegt.

Wird der rechtsgutsbezogene Willensmangel - wie im Zahnextraktionsfall - nach außen deutlich, ist der aufgrund der Behandlungsübernahme¹⁹¹² dem gesundheitlichen und körperlichen Wohl des Patienten verpflichtete Arzt gehalten, diese Fehlvorstellung zu beseitigen. Gelingt ihm das trotz ausreichender Bemühungen nicht und führt er dennoch entsprechend den Wünschen des Patienten den Eingriff durch, widerspricht der Schutz des Patienten vor seiner unvernünftigen Entscheidung - und damit vor sich selbst - dem Autonomiegedanken. Als überkommene paternalistische Denkweise ist er demzufolge abzulehnen. Solange der Patient einsichts- und willensfähig ist¹⁹¹³ und keine anderweitigen Gründe vorliegen, die die Sittenwidrigkeit der Tat nahelegen, besteht kein strafwürdiges Unrecht.¹⁹¹⁴

¹⁹⁰⁹ Vgl. Kühl, Strafrecht Allg. Teil, § 9 Rn. 40; Otto, in: Festschrift Geerds, 603, 618; Roxin, Strafrecht Allg. Teil, § 13 Rn. 77.

¹⁹¹⁰ Zutreffend Hirsch, LK-StGB, Vor § 32 Rn. 122; Otto, in: Festschrift Geerds, 603, 617 ff.; Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 13 Rn. 79.

¹⁹¹¹ Hierzu Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung, 48.

¹⁹¹² Zur Garantenstellung aufgrund der Übernahme der Behandlung vgl. § 17 unter Punkt I. der Abhandlung.

¹⁹¹³ Zum Zahnextraktionsfall Niedermair, Körperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten, 195.

¹⁹¹⁴ So auch Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, § 223 Rn. 50; Horn, SK-StGB, § 226a a.F. Rn. 3; Hruschka JR 1978, 519; Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor § 32 Rn. 40; Meyer, Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 232 f.; Rogall, NJW 1978, 2344; Rüping, Jura 1979, 90; Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 13 Rn. 57 f.

5. Fazit

Die durch Täuschung und Irrtum verursachten Willensmängel bei der Einwilligung des Patienten in die ärztliche Behandlung hindern nur dann die Wirksamkeit, wenn sie rechtsgutsbezogen sind. Das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit betrifft nicht allein den vorhandenen Bestand. Es ist vielmehr dynamisch in dem Sinne zu verstehen, daß auch die körperbezogene Verfügungsfreiheit des Rechtsgutsträgers strafrechtlichen Schutz findet. Der Arzt kann den Patienten sowohl durch Vorspiegeln falscher Tatsachen als auch durch Unterlassen der gebotenen Aufklärung über körperbezogene Umstände täuschen. Vom Schutzbereich der §§ 223, 229 StGB erfaßt sind solche täuschungsbedingten Fehlvorstellungen, die entweder die Behandlung als solche, ihre Primärzwecke oder ihre unmittelbar körperbezogenen Sekundärzwecke betreffen.

Nicht körperbezogene Vorstellungen und Absichten unterfallen nicht dem Schutz der Körperverletzungsdelikte. Unterliegt der Patient einer nicht täuschungsbedingten körperbezogenen Fehlvorstellung, so muß er sich an seiner erklärten Einwilligung festhalten lassen, es sei denn, der behandelnde Arzt hat den Irrtum erkannt oder hätte ihn zumindest erkennen können.

§ 15 Abgrenzung von positivem Tun und Unterlassen

Im Mittelpunkt der bisherigen Ausführungen standen die inhaltlichen Anforderungen an die ärztliche Behandlung und deren strafrechtliche Grenzen. Im weiteren soll der Frage nachgegangen werden, unter welchen Voraussetzungen das ärztliche Verhalten im strafrechtlichen Sinne ein positives Tun oder Unterlassen darstellt. Denn die den genannten Handlungsformen entsprechenden Deliktsarten - Begehungsdelikte und unechte Unterlassungsdelikte - unterscheiden sich zum einen wesentlich in ihren Strafbarkeitsvoraussetzungen und zum anderen in der konkreten Bestimmung einzelner Tatbestandsmerkmale. So wird die Kausalität und damit die Strafbarkeit des nur unterlassenden Arztes dadurch bedingt, daß bei Vornahme der gebotenen Handlung der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vermieden worden wäre.¹⁹¹⁵ Auch kommt die Verwirklichung eines unechten Unterlassungsdelikts nur in Betracht, sofern dem Täter das verletzte Rechtsgut aufgrund einer Garantenstellung anvertraut gewesen ist und das pflichtwidrige Unterlassen dem positiven Tun entspricht, § 13 StGB.¹⁹¹⁶

Der Unrechtsgehalt der Körperverletzung - aber auch der Tötung - kann durch beide Verhaltensformen verwirklicht werden. Dies zeigt sich für den Bereich der strafrechtlichen ‚Arzthaftung‘ deutlich beim Abbruch einer bereits begonnenen Behandlung durch den Arzt.¹⁹¹⁷ Geht es hierbei nicht nur um ein bloßes Nichtweiterhandeln, sondern muß der Arzt, um eine sinnlose Behandlung zu beenden, z.B. eine Herz-Lungen-Maschine abstellen¹⁹¹⁸ oder eine vom Patienten ernsthaft und freiwillig nicht weiter gewollte Behandlung abbrechen und die hierzu erforderliche Anordnung erteilen, kommt als Anknüpfungspunkt strafrechtlicher Haftung sowohl positives Tun als auch pflichtwidriges Unterlassen in Betracht.

Die Notwendigkeit einer Abgrenzung ergibt sich aber nicht allein bei ambivalentem Verhalten. Sie besteht gleichermaßen bei zeitlich sukzessiven Verhaltensformen,

¹⁹¹⁵ A. A. die Risikoverminderungslehre, z.B. Rudolphi, SK-StGB, Vor § 13 Rn. 16.

¹⁹¹⁶ Nach Herzberg, JuS 1996, 337, 383 f. sowie ders., Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 56 ff., kommt es allein darauf an, ob der Täter pflichtwidrig handle, nicht aber, ob ein positives Tun oder Unterlassen vorliege.

¹⁹¹⁷ Instruktiv hierzu BGH NJW 1995, 204 ff. zur Frage, ob das vorgeworfene Verhalten - die ärztliche Anweisung an das Pflegepersonal, nach Aufbrauchen der vorhandenen Flaschennahrung „oder“ ab dem 15. März 1993 die Patientin nur noch mit Tee zu ernähren - ein positives Tun oder Unterlassen darstellte.

¹⁹¹⁸ Hierzu Kühl, Strafrecht Allg. Teil, § 18 Rn. 17 f.; Stoffers, Die Formel Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen, 387 ff., 457 ff.; Jakobs, in: Festschrift Schewe, 76 ff.

die sich bei natürlicher Betrachtung als einheitliches zusammengehöriges Tun darstellen.¹⁹¹⁹ Als Beispiel für solche Konstellationen kann folgender Sachverhalt dienen: Der Arzt reißt bei der Operation aufgrund kunstfehlerhaften Vorgehens den Wurmfortsatz ab und vergißt das im Operationsgebiet liegende Bauchtuch aus Nachlässigkeit, so daß der Patient infolge dieses gesamten Fehlverhaltens verstirbt. Lehnt man nicht aus grundsätzlichen Erwägungen eine natürliche oder rechtliche Einheit von positivem Tun und Unterlassen ab, ist das Vorliegen einer natürlichen Handlungseinheit zu prüfen. Diese setzt einen derart unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang zwischen einer Mehrheit gleichartiger, strafrechtlich erheblicher Verhaltensweisen voraus, daß das gesamte Handeln des Täters objektiv auch für einen Dritten als ein einheitliches zusammengehöriges Tun erscheint und die einzelnen Betätigungsakte durch ein gemeinsames subjektives Element miteinander verbunden sind.¹⁹²⁰ Eine einheitliche psychische Linie kommt auch bei Fahrlässigkeitsdelikten¹⁹²¹ und bei unmittelbar aufeinanderfolgenden Handlungs- und Unterlassungsakten¹⁹²² in Betracht, falls der Tathergang insoweit keinen wesentlichen Unterschied aufweist.¹⁹²³ So bildet das sukzessive Vergessen des Bauchtuches im Operationsgebiet mit dem vorangegangenen Abreißen des Wurmfortsatzes ein zusammengehörendes Geschehen. Der Gesamtvorgang ist demgemäß nach Wertungsgesichtspunkten dem positiven Tun oder Unterlassen zuzuordnen. Bei ernsthaften Zweifeln an der Einheitlichkeit des sukzessiven Geschehens sind beide Verhaltensformen getrennt zu beurteilen.

Die Grenze zwischen positivem Tun und Unterlassen ist nicht anhand ontologischer Kriterien zu ziehen. Denn diese verwischen gerade auch im Hinblick auf moderne Techniken und Organisationsformen zunehmend den wesensmäßigen Unterschied beider Verhaltensformen und erscheinen willkürlich. Ob der Arzt den Versuch aufgibt, den Patienten manuell wiederzubeleben oder er wegen Aussichtslosigkeit weiterer Bemühungen den Respirator per Knopfdruck, durch Umlegen des Schalthebels oder per ‚Mausklick‘ abstellt, ist bei wertender Betrachtung einerlei. Keineswegs angemessen wäre es, im ersten Fall ein Unterlassen weiterer Rettung, im

¹⁹¹⁹ RGSt 28, 116; BGHSt 56, 142; abl. Stree, in: Schönke/ Schröder, StGB, Vorbem §52 Rn. 22 f.

¹⁹²⁰ BGHSt 41, 368 m.w.N.; BGH 4 StR 450/97 - 23.09.97.

¹⁹²¹ Rissig van Saan, LK-StGB, Vor § 52 ff Rn. 62. So z.B., wenn dem Patienten über mehrere Tage hinweg fahrlässig das falsche Medikament verabreicht oder auch pflichtwidrig vorenthalten wird und der Gesundheitszustand sich dadurch sukzessive verschlechtert.

¹⁹²² OLG Bremen, JR 1953, 388; BGH NSStZ 1995, 46, wobei die natürliche Handlungseinheit i.E. abgelehnt wurde; Samson/ Günther, SK-StGB, Vor § 52 Rn. 41.

¹⁹²³ Für eine Einheit von positivem Tun und Unterlassen BGH wistra 1989, 302; Stree, in: Schönke/ Schröder, StGB, Vorbem. § 52 Rn. 58.

folgenden hingegen - die sonstigen Voraussetzungen unterstellt¹⁹²⁴ - aktive Sterbehilfe anzunehmen. Daher erscheint es richtig, die strafrechtliche Qualität des zu beurteilenden Verhaltens anhand normativer Merkmale zu ermitteln.¹⁹²⁵ Ob eine bestimmte Erwartung der Strafrechtsordnung enttäuscht und damit unterlassen wurde,¹⁹²⁶ ist mittels des sozialen Sinns des Handelns¹⁹²⁷ oder des Schwerpunkts der Vorwerfbarkeit¹⁹²⁸ zu klären. Diese Kriterien¹⁹²⁹ verdeutlichen, daß die Qualität des zu beurteilenden Verhaltens nur rechtlich entschieden werden kann.

Selbst die heikle Frage, wie zu urteilen ist, wenn der Arzt das von ihm selbst in Gang gesetzte Rettungsgeschehen abbricht, kann danach sinnvoll beantwortet werden. Liegt der strafrechtlich relevante Vorgang allein im Absehen von Maßnahmen, für die der Arzt in der Regel zuständig ist, kann es strafrechtlich keinen Unterschied machen, ob der Arzt die Behandlung gar nicht erst aufgenommen oder später wegen Aussichtslosigkeit oder aufgrund ausdrücklichen und ernsthaften Wunsches des Patienten eingestellt hat.¹⁹³⁰ Auch wenn der einzelne Akt gegebenenfalls ein aktives Tun erfordert, so bleibt für die normative Beurteilung des gesamten Geschehens entscheidend, daß bei diesem Verhaltenskonvolut keine neue Todesursache gesetzt wird. Maßgebend ist vielmehr, daß aufgrund des Zustandes, der ein Weiterversuchen als sinnlos erscheinen läßt¹⁹³¹ oder aufgrund ernstlicher und freiwilliger Willensentscheidung des Patienten vom Gebotserfüllungsversuch zurückgetreten und somit allein der ursprüngliche Zustand wieder hergestellt wird. Ordnet eine Ärztin hingegen den Abbruch der von ihr nicht selbst initiierten¹⁹³²

¹⁹²⁴ Mangels Pflichtwidrigkeit des Arztes kann im Einzelfall die Zurechnung scheitern, vgl. § 14 Punkt I. 2. c. cc.

¹⁹²⁵ A. A. Puppe, NK-StGB, § 13 Rn. 28, welche bei doppelrelevantem Verhalten, insbes. im Fahrlässigkeitsbereich, das Unterlassen hinter dem Tun als subsidiär zurücktreten läßt.

¹⁹²⁶ Denn im Strafrecht bedeutet etwas zu unterlassen nicht das bloße, unkonkrete Nichtstun, vgl. Jescheck/ Weigend, Strafrecht Allg. Teil, § 59 I; Stree, in: Schönke/ Schröder, StGB, Vor § 13 Rn. 139.

¹⁹²⁷ Eb. Schmid, in: Festschrift Engisch, 339; Ulsenheimer, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 140 Rn. 13.

¹⁹²⁸ BGHSt 6, 59; BGH NJW 1995, 204 ff.

¹⁹²⁹ A. A. Puppe, NK-StGB, § 13 Rn. 23 m.w.N.

¹⁹³⁰ A. A. Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 125.

¹⁹³¹ Roxin, in: Festschrift Engisch, 380, 398 f.; Stree, in: Schönke/ Schröder, StGB, Vorbem § 13 Rn. 160. Kritisch zur Rechtsfigur des Unterlassens durch Handeln Stoffers, JA 1992, 177 ff.

¹⁹³² OLG Düsseldorf JMBI NW 1983, 199 mit Bespr. Ranft, JZ 1987, 861 f. Vgl. auch Gropp, Strafrecht Allg. Teil, § 11 Rn. 59. Aber auch wenn sie den positiven Heilungsverlauf zunächst initiiert, dann sich aber später umentschieden hätte, läge ein positives Tun vor. Denn durch die Insulinbehandlung war das Leben des Patienten bereits

medizinisch erforderlichen Insulinbehandlung an und verabreicht sie dem siebenjährigen Patienten statt dessen ein Abführmittel, so daß der an Diabetes mellitus erkrankte Junge nach vier Tagen verstirbt, liegt der Schwerpunkt ihrer Handlung nicht in der unterlassenen Medikation. Hier greift die ärztliche Anordnung aktiv in den vorhandenen relativen Gesundheitszustand ein und beseitigt die positiven Wirkungen der vorhergehenden Behandlung, indem der vorhandene rettende Kausalverlauf abgebrochen wird.

Werden Ernährung, Medikation oder die künstliche Beatmung eingestellt und konnte durch das vorangehende ärztliche Bemühen *lege artis* der Gesundheitszustand nicht oder nur unwesentlich verbessert werden, so ist dieses Verhalten nicht gleichzusetzen z.B. mit der Entnahme lebenswichtiger Organe zu einem Zeitpunkt, zu dem der Hirntod noch nicht eingetreten ist. Denn die künstliche Ernährung und Beatmung unterstützen allein das Funktionieren der biologischen Existenz, so daß die Einstellung nicht das Zerstören von etwas ärztlicherseits Geschaffenem bedeutet, sondern die Aufgabe der sinnlosen oder vom Patienten nicht mehr gewollten Bemühungen, die biologische Lebensgrundlage zu erhalten. Die Organentnahme hingegen greift aktiv in die biologischen Lebensgrundlagen ein und nimmt dem biologischen Organismus die Möglichkeit zum Weiterexistieren. Aber auch wenn der Arzt den zunächst angelegten Wundverband entfernt, so daß der Patient verblutet, liegt in dem nachfolgenden, den Gesundheitszustand negativ beeinflussenden Verhalten ein aktives Tun und nicht lediglich ein Rücktritt vom Versuch der Heilung. Durch das Anlegen des Verbandes wird zwar auch die biologische Existenz gesichert, da das Blut nicht weiter aus dem Körper sickert. Darüber hinaus wurden aber zunächst die Voraussetzungen der körpereigenen Heilung gezielt geschaffen, so daß die Entfernung des Verbandes das ärztlicherseits Vollbrachte und damit die konkrete und bereits vollständig in die Tat umgesetzte Rettungschance für das Opfer zerstört, daher nicht anders zu bewerten ist, als hätte der Arzt den Patienten von vornherein durch aktives Tun verletzt.

Damit ist festzuhalten, daß das Nichtweiterhandeln des Arztes als Unterlassen zu bewerten ist, wenn der Arzt entweder nur von Maßnahmen absieht oder er zwar aktiv tätig wird, dieses Verhalten aber unter Wertungsgesichtspunkten als Unterlassen einzuordnen ist.¹⁹³³ Erschöpft sich das Verhalten des Arztes in einem aktiven Tätigwerden - wozu auch gehört, daß sich das ärztliche Handeln als Rückgängigma-

gerettet, so daß das Einstellen der Medikation auch insoweit den Abbruch eines rettenden Kausalverlaufes bedeuten würde.

¹⁹³³ So Engisch, in: Festschrift Gallas, 163, 177 f.; Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, 134 f.; Krey, Strafrecht Bes. Teil, § 1 Rn. 11; Küper, JuS 1971, 474, 476. Kritisch Seitz, ZRP 1998, 418.

chen der bereits verwirklichten Rettungschance von bereits medizinisch Erreichtem darstellt -, so steht ein positives Tun zur Beurteilung an.

Zweifel am strafrechtlich maßgeblichen Anknüpfungspunkt ergeben sich im Fahrlässigkeitsbereich daraus, daß der Handlungsvollzug mit der Außerachtlassung der gebotenen Sorgfalt verbunden und damit an ein Unterlassen gekoppelt ist. Wenn der Zahnarzt die stark übergewichtige Patientin unter Vollnarkose setzt und dadurch fahrlässig ihren Tod verursacht,¹⁹³⁴ so kann aus diesem einheitlichen Geschehen heraus sowohl das positive Tun als auch das Unterlassen der vorherigen Überprüfung der Narkoseverträglichkeit für den Todeseintritt kausal geworden sein. Auch wenn im Fahrlässigkeitsbereich grundsätzlich ein Unterlassensmoment vorhanden ist, da die Mißachtung der Sorgfaltsregeln zugleich bedeutet, das Gebotene zu unterlassen, darf damit das aktive Tun nicht vernachlässigt werden. In einem Grenzfall wie dem vorliegenden führen folgende wertenden Überlegung zum richtigen Ergebnis: Das Außerachtlassen der erforderlichen Voruntersuchungen stellt nicht nur eine notwendige Modalität der Verabreichung der Narkose dar. Auf dem Unterlassungsmoment lag vielmehr das Schwergewicht der Pflichtwidrigkeit des Zahnarztes. Daher ist sein Verhalten nach normativen Kriterien der Kategorie des Unterlassens zuzuordnen.¹⁹³⁵

¹⁹³⁴ Mit Veränderungen nachgebildet BGHSt 21, 59 ff.

¹⁹³⁵ So auch die Strafkammer in dem dem BGH zur Entscheidung vorgelegten Fall BGHSt 21, 59, 61. A. A. Wessels, JZ 1967, 449, 450.

§ 16 Kausalität und objektive Zurechnung

I. Ursächlichkeit und objektive Zurechnung bei positivem Tun

Liegt ein Behandlungsfehler bzw. eine eigenmächtige Behandlung vor, ist damit noch nicht der Nachweis geführt, daß diese Verfehlungen den eingetretenen Gesundheitsschaden, das Erleiden unnötiger Schmerzen,¹⁹³⁶ den Tod oder die Verletzung des Selbstbestimmungsrechts¹⁹³⁷ bewirkt haben. Der konkrete Taterfolg muß vielmehr durch die Tathandlung verwirklicht worden sein. Dieser ursächliche Zusammenhang wird im Strafrecht richtigerweise anhand der Äquivalenztheorie bestimmt. Danach ist eine Handlung ursächlich für einen Erfolg, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg in der konkreten Gestalt entfiel.¹⁹³⁸ Diese weit gespannte Ursächlichkeit zwischen Handlung und Erfolg steckt den äußeren Rahmen der strafrechtlichen Haftung ab, der nach innen durch die objektive Zurechnung begrenzt wird.

Die dem älteren Schrifttum zuzurechnenden individualisierenden Ansichten bemühen sich, die Ursachen von den reinen Bedingungen des Erfolgs abzusondern. So soll Ursache nur die wirksamste,¹⁹³⁹ die qualitativ bestimmende,¹⁹⁴⁰ die durch menschliches Verhalten gesetzte¹⁹⁴¹ oder die fördernde¹⁹⁴² Bedingung sein. Nach Nagler¹⁹⁴³ soll die Kausalität anhand eines sozialen Maßstabes bewertet werden. Eine Unterscheidung von Ursache und reiner Bedingung ist aufgrund dieser Vorwertungen jedoch kaum praktikabel.¹⁹⁴⁴ Ferner können atypische Ursachen häufig nicht ausgeschlossen werden. Daher bieten diese Ansichten keine praktikablen Lösungsansätze zur Beurteilung der Kausalität bei fehlgegangenen oder eigenmächtigen

¹⁹³⁶ Schroeder, Besondere Strafvorschriften gegen Eigenmächtige und Fehlerhafte Heilbehandlung? Fn. 14 sowie S. 21, weist daraufhin, daß dieser Punkt häufig übersehen wird.

¹⁹³⁷ Hier ist zu beachten, daß nach der hier vertretenen Auffassung das körperbezogene Selbstbestimmungsrecht und die biologisch-körperliche Verfassung gemäß §§ 223, 229 StGB geschützt werden.

¹⁹³⁸ RGSt I, 373; BGHSt I, 322. Kritisch Wessels/ Beulke, Strafrecht Allg. Teil, Rn. 156 ff.

¹⁹³⁹ Birkmeyer, GS 37 (1885), 257, 272.

¹⁹⁴⁰ Kohler, GA 51 (1904), 327, 337.

¹⁹⁴¹ Ortmann, Zur Lehre vom Kausalzusammenhang, GA 1876, 93 ff.

¹⁹⁴² Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. I, 115 ff.

¹⁹⁴³ Nagler, LK-StGB, 7. Auflage 1954, Anh. I zur Einleitung II B 4b.

¹⁹⁴⁴ So zu Recht Roxin, Strafrecht Allg. Teil/I, § 11 A II Rn. 6.

ärztlichen Behandlungen. Aber auch die im Schrifttum häufig vertretene¹⁹⁴⁵ Formel von der gesetzmäßigen Bedingung ist Zweifeln ausgesetzt. Ihr Inhalt lautet: „Ein Verhalten ist dann Ursache eines Erfolges, wenn dieser Erfolg mit dem Verhalten durch eine Reihe von Änderungen gesetzmäßig verbunden ist“.¹⁹⁴⁶

Zwar bietet die Formel von der gesetzmäßigen Bedingung aufgrund ihres Verzichts auf hypothetische Erwägungen bei der Abschichtung irrelevanter Kausalverläufe sowie bei der Bewertung von Ersatzursachen gegenüber der reinen *conditio-sine-qua-non*-Formel unbestreitbare Vorteile.¹⁹⁴⁷ Die Bewertung anhand der geforderten Gesetzmäßigkeit ermöglicht aber keine weitergehenden Erkenntnisse über die tatsächliche Kausalität. Vielmehr versagt sie ebenso wie die Äquivalenztheorie, wenn das verfügbare Erfahrungswissen nicht ausreicht, um die Kausalität zwischen einem bestimmten Umstand und einem konkreten Erfolg festzulegen.¹⁹⁴⁸ Darüber hinaus werden aufgrund des vorhandenen Erfahrungswissens zugleich Wertungen vorgenommen, die richtigerweise im Rahmen der objektiven Zurechnung erfolgen sollten.¹⁹⁴⁹

Für die Überzeugungsbildung im Hinblick auf die Ursächlichkeit einer Handlung ist keine absolute, das Gegenteil denknotwendig ausschließende Gewißheit erforderlich. Ausreichend ist vielmehr ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit, das vernünftige Zweifel nicht aufkommen läßt.¹⁹⁵⁰ Dies gilt auch in bezug auf die Würdigung von Vorgängen, die Gegenstand medizinischer oder naturwissenschaftlicher Forschung sind.¹⁹⁵¹ Insbesondere im Medizinstrafrecht ist

¹⁹⁴⁵ Vgl. Kühl, Strafrecht Allg. Teil, § 4 Rn. 22: „Die Formel von der gesetzmäßigen Bedingung hat inzwischen den größeren Teil der Lehrbuch- und Kommentarliteratur erobert“; Roxin, Strafrecht Allg. Teil/I, § 11 A II Rn. 14: „In der Wissenschaft weitgehend durchgesetzt hat sich [...] die Formel von der ‚gesetzmäßigen Bedingung‘.“

¹⁹⁴⁶ Vgl. Puppe, ZStW 107 (1990), 148 Fn. 9; ähnlich Jescheck/ Weigend, Strafrecht Allg. Teil, § 28 II 4; Lenckner, in: Schönke/ Schröder, StGB, Vor § 13 Rn. 75; Rudolphi, SK-StGB, Vor § 1 Rn. 41; Jakobs, Strafrecht Allg. Teil, 7/12.

¹⁹⁴⁷ Ausführlich Kühl, Strafrecht Allg. Teil, § 4 Rn. 22.

¹⁹⁴⁸ Wessels/ Beulke, Strafrecht Allg. Teil, Rn. 168. Daher schlägt Rolinski, in: Festschrift Koichi Miyazawa, 483, 499 f. vor, die deterministische Kausalität des Strafrechts durch das Modell probabilistischer Gesetzmäßigkeiten zu ergänzen. Im Rahmen des geltenden Strafrechts würde eine derartige Auslegung des Kausalzusammenhangs jedoch zu einer Umformulierung der Erfolgs- zu Gefährdungsdelikten führen, was mit Art. 103 Abs. 2 GG nicht zu vereinbaren ist.

¹⁹⁴⁹ Ähnlich Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, Vor § 13 Rn. 10.

¹⁹⁵⁰ BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 5 m.w.N.; BGH Urt. v. 12.11.97 3 StR 325/97.

¹⁹⁵¹ RGSt 61, 202, 206; RGSt 66, 163 f.; BGH GA 1954, 152; Herdegen StV 1992, 527, 530.

wesentlich, daß die Kausalität - im Regelfall nach sachverständiger Unterrichtung¹⁹⁵² - auch anhand von Untersuchungsergebnissen festgestellt werden kann, die Gegenstand eines wissenschaftlichen Disputes bzw. eines Meinungsstreites zwischen alternativen Methoden und der sogenannten Schulmedizin sind. Die Grenze der zulässigen Würdigung ist jedoch erreicht, wenn sie den Gesetzen der Logik und dem gesicherten wissenschaftlichen Erfahrungswissen widerspricht.¹⁹⁵³ Eine Aussage über die Ursächlichkeit zwischen einem ärztlichen Behandlungsfehler, wie z.B. der Verabreichung nicht indizierter bzw. falsch dosierter Medikamente oder der Vornahme eines kunstwidrigen Eingriffs und einer Verschlechterung der Gesundheit oder einer Mißhandlung, wie dem Erleiden unnötiger Schmerzen oder gar dem Eintritt des Todes, ist nicht allein dadurch belegbar, daß entweder die Wirkungsweise der Behandlung auf den menschlichen Organismus naturwissenschaftlich nachgewiesen oder alle anderen möglichen Ursachen ausgeschlossen werden. Ein Kausalzusammenhang kann vielmehr bereits dann angenommen werden, wenn auf der Grundlage einer Gesamtbewertung der bekannten Umstände zumindest die Mitverursachung des fehlerhaften Vorgehens zweifelsfrei festgestellt wird¹⁹⁵⁴ - wozu allerdings in der Regel die Kenntnis der schadensverursachenden Faktoren erforderlich ist. Die Anforderungen an den Nachweis des Kausalzusammenhanges dürfen jedoch nicht so überspannt werden, daß „nicht einmal die Gravitationsgesetze ihren Anforderungen entsprochen hätten“.¹⁹⁵⁵

Entgegen der Auffassung des Bundesgerichtshofes¹⁹⁵⁶ reicht es aber nicht aus, wenn „andere mögliche Ursachen ohne deren vollständige Erörterung“ auch „nach einer Gesamtbewertung der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und anderen Indiztatsachen“ ausgeschlossen werden. Denn hier werden Zweifel an der Kausalität durch eine Plausibilitätsprüfung ausgeschlossen.¹⁹⁵⁷

Der Kausalverlauf wird unterbrochen, wenn ein nachfolgendes Ereignis die Fortwirkung einer früheren Bedingung aufhebt und eine andere Ursachenreihe eröffnet, die den Erfolg allein bewirkt. In diesem Fall liegt eine sogenannte überholende Kausalität vor.¹⁹⁵⁸ Der Kausalverlauf wird hingegen nicht unterbrochen, wenn der Arzt nach einem fehlerhaften Vorgehen eine weitere Ursache für den

¹⁹⁵² Vgl. Maiwald, Kausalität und Strafrecht, 6.

¹⁹⁵³ BGHR StGB Vor § 1 Kausalität - Unterlassen I.

¹⁹⁵⁴ Bruns, in: Festschrift Maurach, 469, 478 f.; Kaufmann, JZ 1971, 569, 574; Maiwald, Kausalität und Strafrecht, 108, 109.

¹⁹⁵⁵ So kritisch im Hinblick auf die Beweisbarkeit naturwissenschaftlicher Regeln Sjöström/Nilsson, Contergan oder die Macht der Arzneimittelkonzerne, 150.

¹⁹⁵⁶ BGH NJW 1995, 2930 ff. (Holzschutzurteil).

¹⁹⁵⁷ Roxin, Strafrecht Allg. Teil/I, § 11 A II Rn. 17; Volk, NStZ 1996, 105, 109.

¹⁹⁵⁸ RGSt 61, 318, 320; 69, 44, 47; BGHSt 4, 360, 362; BGH NJW 1993, 1723 f.

Erfolg der Körperverletzungs- oder Tötungsdelikte gesetzt hat. In diesem Fall ist auch die erste Handlung für den Erfolg ursächlich. Ein Rückgriff auf das Verhalten des Arztes kann jedoch gegebenenfalls nach den Regeln über die objektive Zurechnung ausgeschlossen sein.¹⁹⁵⁹

Von ‚alternativer Kausalität‘ wird gesprochen, wenn verschiedene, unabhängig voneinander gesetzte Umstände zusammenwirken, die zwar auch für sich allein zur Erfolgsherbeiführung genügt hätten, tatsächlich aber alle im eingetretenen Erfolg wirksam geworden sind.¹⁹⁶⁰ Diese Konstellation kann unter anderem bei der Entscheidung zugunsten einer fehlerhaften Behandlung Bedeutung erlangen. Wird durch das Ärztekollektiv gleichberechtigt über das medizinische Vorgehen entschieden, bleiben alle den Beschluß befürwortenden Stimmen für den Erfolg am Patienten ursächlich, selbst wenn einzelne, die pflichtwidrige Behandlung tragenden Stimmen ohne Auswirkung auf die Entscheidung als solche hinweggedacht werden können.¹⁹⁶¹

Von der alternativen Kausalität zu trennen sind die Fälle der ‚kumulativen Kausalität‘. Hierbei handelt es sich um die Konstellationen, in denen erst das Zusammentreffen zweier unabhängig voneinander vorgenommenen Handlungen den pöналиisierten Erfolg bewirkt: So z.B., wenn sowohl der behandelnde Arzt wie die Krankenschwester unabhängig voneinander die regelwidrige Medikamentendosis verabreichen. Auch wenn jede falsche Dosis für sich genommen nicht ausreichen würde, um die Gesundheit des Patienten zu schädigen, bewirkt aber das Zusammentreffen beider Fehldosierungen die Gesundheitsschädigung, sind beide Handlungen ursächlich im Sinne der Bedingungstheorie. Eine kumulative Kausalität liegt hingegen in folgendem Fall nicht vor: Operiert der Arzt einen Schwerverletzten kunstfehlerhaft und verstirbt der Patient, läßt sich aber aufgrund der schweren Verletzungen des Patienten nicht feststellen, ob durch den fehlerhaften ärztlichen Eingriff der Todeseintritt beschleunigt wurde und bei einem Vorgehen *lege artis* das Leben des Patienten verlängert oder gerettet worden wäre, ist die Kausalität des Eingriffs in *dubio pro reo* zu verneinen. Eine kumulative Kausalität scheitert daran,

¹⁹⁵⁹ Hierzu Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, Vor § 13 Rn. 11.

¹⁹⁶⁰ So - wenngleich mit unterschiedlichen Begründungen - Jescheck, in: LK-StGB, Vor § 13 Rn. 53; Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, Vor § 13 Rn. 11; Lenckner, in: Schönke/ Schröder, StGB, Vor § 13 Rn. 82; Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 11 A III Rn. 24; Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, Vor § 13 Rn. 18.

¹⁹⁶¹ Zur alternativen Kausalität bei Gremienentscheidungen vgl. Puppe, Anmerkung zu BGH JR 1992, 27, 30, 32; Hilgendorf, NSTZ 1994, 561; Jakobs, in: Festschrift Miyazawa, 419, 422 ff, spricht hier von überbedingten Erfolgen. Zu kollektivem Unterlassen vgl. BGHSt 37, 106, 130.

daß die Ursächlichkeit zwischen Operation und Tod gerade nicht feststellbar ist.¹⁹⁶² Mit der Feststellung der Kausalität ist die Frage, ob der Erfolg dem Arzt objektiv zuzurechnen ist, aber noch nicht geklärt. Erforderlich ist darüber hinaus, daß das konkrete ärztliche Geschehen einen Verstoß gegen die dem Tatbestand der Körperverletzung zugrunde liegende Verbotsnorm enthält und der Erfolg bei Vornahme der Handlung als zumindest mögliche Folge vorhersehbar ist. Da der Handlungsunwert der Vorsatz- wie der Fahrlässigkeitsdelikte die Mißachtung der gebotenen Sorgfaltspflicht voraussetzt,¹⁹⁶³ schützt der Tatbestand der Körperverletzung nicht gegen jede Art des Erfolgseintritts. Wesentlich ist vielmehr, daß der Täter das erlaubte Risiko überschreitet und bei Einhaltung der gebotenen Sorgfalt der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vermieden worden wäre.¹⁹⁶⁴ Wäre er bei Einhaltung des erlaubten Risikos ebenfalls eingetreten, entfällt die Erfolgszurechnung. Denn der Tatbestand der Körperverletzung dient dem Schutz des Rechtsguts der körperlichen Unversehrtheit. Kann dieses vor Einbußen nicht bewahrt werden, da die schadensverursachende, pflichtwidrige Handlung nicht die Situation des geschützten Rechtsguts verschlechtert, hängt die Zurechnung der Rechtsverletzung davon ab, ob sie bei Einhaltung der einschlägigen Sorgfaltspflichten vermeidbar gewesen wäre. In den Fällen, in denen die Regeln der ärztlichen Kunst oder das Einwilligungserfordernis außer acht gelassen wurden, wird diese Prämisse vielfach zu bejahen sein. Dennoch gibt es Situationen, in denen der Verstoß gegen die Anforderungen an die Sorgfalt nicht durch den Schutzzweck der Sorgfaltsnorm gedeckt wird, der konkrete Erfolg dem Täter mithin nicht zuzurechnen ist.¹⁹⁶⁵ Damit stellt sich in jedem Einzelfall die Frage, welchen Schutz die jeweilige Sorgfaltsanforderung, wie z.B. das Hinzuziehen von Fachkollegen, die Voruntersuchung,¹⁹⁶⁶ die Absprache im Ärzteteam oder die ordnungsgemäße Aufklärung,¹⁹⁶⁷ bezweckt.

Fälle, in denen sich eine unerlaubte Handlung mit einem später eingetretenen erlaubten Risiko zeitlich überschneidet, zeigen, daß eine kritiklose Erfolg-zurechnung mit dem Schutzzweck der außer acht gelassenen Sorgfaltsnorm in Widerspruch stehen würde. Sie scheitert daher, wenn z.B. der Patient aufgrund nachlässiger Überprüfung des Operationsgebietes am falschen Bein operiert, während der Operation der Fehler bemerkt und deswegen in kurzem zeitlichen

¹⁹⁶² Schünemann, StV 1985, 229, 232.

¹⁹⁶³ Vgl. bereits § 11 Punkt VI 1. a. und § 14 Punkt I 2 c. cc. der Abhandlung.

¹⁹⁶⁴ BGHSt 11, 1 ff.; 35, 106, 126; Samson, SK-StGB, Rn. 27a nach § 16; Ulsenheimer, JZ 1969, 364; Wessels/ Beulke, Strafrecht Allg. Teil, Rn. 680 ff.

¹⁹⁶⁵ Näher nachfolgend unter II.

¹⁹⁶⁶ OLG Köln MedR 1987, 2293.

¹⁹⁶⁷ BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 4, 4.

Abstand eine Zweitoperation erforderlich wurde, so daß der Patient deswegen drei Wochen länger im Krankenhaus verbringen mußte und dann am Ende dieser Zeit bei einem Streit mit dem Zimmergenossen einen Herzanfall erleidet und verstirbt. In diesem Fall ist das nachlässige Nichtuntersuchen des Operationsgebietes kausal für den späteren Tod des Patienten. Trotzdem haben sich in diesem Erfolg nicht die der Verletzung der *lex artis* immanenten Risiken verwirklicht. Denn die Pflicht zum kunstgerechten Vorgehen dient im Hinblick auf die erforderliche Untersuchung dem Schutz des Patienten vor fachlich unkorrektem Vorgehen anläßlich des Eingriffs, nicht aber der Verhinderung späterer Folgen außerhalb dieses Bereiches. Auch wenn ein verlängerter Krankenhausaufenthalt erforderlich war, hat das Gebot der *lex artis* nicht den Sinn, den Patienten schneller aus dem Krankenhaus zu entlassen und dadurch die ihrerseits erlaubt begründete Gefahr, einen Patienten im Krankenhaus auch im Mehrbettzimmer zu pflegen - mit der Möglichkeit des aufregenden Streits mit dem Zimmergenossen - zu verhindern.

Obgleich diese Situation klarstellt, daß die Erfolgszurechnung der Sorgfaltspflichtverletzung sich nicht auf erlaubte Folgerisiken erstrecken darf, da der Schutzzweck der verletzten Strafrechtsnorm nicht unbegrenzt ist, so zeigt sie doch nur einen Ausschnitt aus dem breiten Spektrum des Zurechnungszusammenhangs. Unter diesen Vorgaben erscheint die Behandlungssituation diskussionswürdig, in der der Arzt die *lex artis* verletzt, ihre Beachtung den tatbestandlichen Erfolg - wie die Verletzung der Gesundheit, das Erleiden von Schmerzen oder gar den Tod - mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit aber nicht vermieden hätte. Zu denken ist an den Fall, daß der Arzt infolge Nachlässigkeit das falsche Bein operiert, sich daher die Operation verzögert und der Patient infolge eines unerkannten und unerkennbaren Herzfehlers unter der verlängerten Narkose verstirbt, hierbei aber nicht auszuschließen ist, daß der Patient auch bei ordnungsgemäßer Erstoperation am richtigen Bein verstorben wäre.¹⁹⁶⁸ Im Kontext dieser Situationen steht insbesondere der Pflichtwidrigkeitszusammenhang im Mittelpunkt der Betrachtung. Nach einer Ansicht muß sich im Erfolg gerade die Sorgfaltspflichtverletzung realisiert haben, woran es fehle, wenn dieser Erfolg auch bei sorgfältigem Verhalten nicht vermieden worden wäre.¹⁹⁶⁹ Küper¹⁹⁷⁰ weist jedoch zurecht darauf hin, daß diese Argumentation die Bewertung eines realen Verhaltens mit der Bewertung eines hypothetisch-fiktiven

¹⁹⁶⁸ Ähnlich der Fall der aufgrund unterlassener Voruntersuchung notwendig gewordenen Zweitoperation, bei der der Patient aufgrund der Narkosebelastung an einem unerkannten Herzfehler stirbt, vgl. Cramer, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 15 Rn. 169.

¹⁹⁶⁹ So z.B. Cramer, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 15 Rn. 160 f.; Ulsenheimer, Pflichtwidrigkeit und Erfolg, 147; Wessels/ Beulke, Strafrecht Allg. Teil, Rn. 180.

¹⁹⁷⁰ Küper, in: Festschrift Lackner, 247, 254 f.

Geschehens verknüpft. Die Bewertung des hypothetischen Verhaltens als erlaubt kann jedoch nicht die tatsächlich entstandene Gefahr aus der Welt schaffen.

Roxin¹⁹⁷¹ fragt demgegenüber, „welches Verhalten dem Täter nach den Grundsätzen des erlaubten Risikos nicht hätte zugerechnet werden dürfen.“ Bewirkt die das erlaubte Risiko überschreitende Handlung eine Gefahrerhöhung im Vergleich zu diesem erlaubten Risiko, so liege eine tatbestandserfüllende Pflichtverletzung vor. Ist eine Risikosteigerung nicht eingetreten, soll das verbotene ebenso wie das erlaubte Verhalten behandelt werden. Steht fest, daß z.B. die kunstwidrige Vornahme einer Operation das Todesrisiko erhöht hat und damit die Wahrscheinlichkeit des Erfolgsintritts deutlich gestiegen ist, so ist nach der Risikoerhöhungslehre der Tatbestand der Tötung in vielen Fällen zu bejahen, in denen die nach der Vermeidbarkeit fragende Jurisdiktion in dubio-pro-reo freispricht. Der Risikoerhöhungslehre kann jedoch de lege lata nicht gefolgt werden. Denn das Kriterium der Risikoerhöhung¹⁹⁷² führt - ebenso wie eine Beurteilung der Kausalität anhand der statistischen Wahrscheinlichkeit - im Ergebnis dazu, daß Erfolgsdelikte systemwidrig in Gefährdungstatbestände verwandelt werden.¹⁹⁷³ Die Risikoerhöhungslehre kollidiert weiterhin mit dem in-dubio-pro-reo-Grundsatz.¹⁹⁷⁴ Denn läßt sich nicht feststellen, ob und um welche Zeitpanne bei rechtzeitiger Operation der Tod des Patienten hätte vermieden werden können, erscheint die durch die Verspätung verursachte Risikoerhöhung als Folge ungenügender prozessualer Aufklärbarkeit des Sachverhaltes. Hieran vermag auch die Einwendung nichts zu ändern, daß in diesem Bereich mit Wahrscheinlichkeiten operiert wird.¹⁹⁷⁵ Denn diese Ansicht erfordert eine „abstrakte Begrenzung der unbestimmbaren Tatsachen“, die „sich entweder nicht sauber oder nicht überzeugend durchführen läßt“.¹⁹⁷⁶ Ob de lege ferenda im ‚Arztstrafrecht‘ eine Risikoerhöhung postuliert werden sollte, erscheint fraglich. Die strafrechtliche Zurechnung bei Risikoerhöhung ist kein spezielles medizinisches, sondern vielmehr ein allgemeines strafrechtliches Problem, dessen Lösung - wenn überhaupt, so generell - angegangen werden sollte.

Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen dem sorgfaltswidrigen Vorgehen und dem konkreten Erfolg wird vielmehr dadurch begründet, daß die Sorgfaltspflicht,

¹⁹⁷¹ Roxin, ZStW 74 (1962), 431 f.; ders., Strafrecht Allg. Teil/I, § 11 Rn. 76 ff.

¹⁹⁷² Kritisch zur Risikoerhöhungslehre z.B. Gropp, Strafrecht Allg. Teil, § 12 Rn. 52 ff.; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 215; Wolfslast, Anmerkung zu BGH NStZ 1981, 218 f.

¹⁹⁷³ Ausdrücklich OLG Köln OLGSt § 222 StGB, Rn. 63.

¹⁹⁷⁴ Cramer, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 15 Rn. 173; Krümpelmann, GA 1984, 495 ff. A. A. Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, § 15 Rn. 44.

¹⁹⁷⁵ So aber Puppe, ZStW 95 (1983), 287, 293 ff.; Stratenwerth, in: Festschrift Gallas, 233.

¹⁹⁷⁶ Krümpelmann, GA 1984, 495, 499 ff.; Schünemann, StV 1985, 229, 230.

wie das Vorgehen *lege artis* oder auch die umfassende Aufklärung des Patienten, ihre Schutzwirkung für das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit oder auch des Lebens verliert, wenn der schädliche Erfolg auch bei Einhalten der Sorgfaltsanforderungen eingetreten wäre. Der Rechtsgüterschutz ist damit nicht absolut, sondern wird dadurch bedingt, inwieweit die Einhaltung der im Umgang mit dem Rechtsgut geltenden Sorgfaltspflichten den Schutz zu begründen vermag. Ist ein effektiver Schutz nicht zu erreichen, so steht das Verhaltensunrecht, das im sorgfaltswidrigen Umgang mit dem Rechtsgut liegt, mit der Rechtsgutsverletzung nicht in einer inneren Konnexität, vielmehr liegt ein zufälliges Zusammentreffen vor, das dem Täter nicht zugerechnet werden kann. Die Verletzung des Rechtsguts stellt sich nicht als inkriminierter „Erfolgsunwert“ dar. Dies muß auch gelten, wenn unaufklärbare Zweifel über die Vermeidbarkeit der Rechtsgutsverletzung vorliegen. Denn zeigt die Realität, daß die Rechtsgüter keinen absoluten Schutz genießen und demgemäß das Strafrecht insoweit nur einen relativen Rechtsgüterschutz garantiert, so wirkt die Unaufklärbarkeit im Hinblick auf die faktische Reichweite der durch das Sorgfaltsgebot bezweckten Schutzwirkung in *dubio-pro-reo*.¹⁹⁷⁷ D.h. bleiben ernstliche Zweifel - allein die bloße gedankliche Möglichkeit, daß der gleiche Erfolg auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre, genügt diesen Anforderungen nicht¹⁹⁷⁸ - so wirken sich diese im Strafrecht zugunsten des Angeklagten aus.¹⁹⁷⁹ Daher scheitert auch im Fall der durch kunstwidriges Vorgehen verlängerten Operation die objektive Zurechnung des Todes. Als den Erfolg bewirkende Sorgfaltspflichtverletzung kommt allein die fehlerhafte Untersuchung des Operationsgebietes in Betracht. Hätte der Operateur hier die Untersuchung ordnungsgemäß durchgeführt, wäre die Operationsverlängerung nicht erforderlich geworden. Das Außerachtlassen der erforderlichen Sorgfalt ist demnach kausal für den Tod des Patienten. Eine Zurechnung scheitert aber am Schutzzweck der vernachlässigten Sorgfaltspflichten. Sinn und Zweck der Voruntersuchung war zwar die Vermeidung von Komplikationen bei der Leistenbruchoperation. Da aber nicht auszuschließen ist, daß der später eingetretene Tod auch bei kunstgerechtem Vorgehen nicht abzuwenden gewesen wäre, entfällt hier in *dubio-pro-reo* der Erfolgsunwert des Tötungsdeliktes.

¹⁹⁷⁷ A. A. Küper, in: Festschrift Lackner, 247, 269, da hier sozialetische, vom *in-dubio-pro-reo*-Satz nicht erfaßte Unwerte betroffen seien.

¹⁹⁷⁸ BGHSt 11, 1, 4; OLG Koblenz, OLGSt § 222 StGB 63 ff.

¹⁹⁷⁹ Mit unterschiedlicher Begründung grundlegend BGHSt 11, 1 ff.; 30, 228, 230; Cramer, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 15 Rn. 173; Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, Vor § 13 Rn. 17 e; Ulsenheimer, JZ 1969, 399 ff.; ders., Strafrecht des Arztes, Rn. 207; Krümpelmann, in: Festschrift Bockelmann, 462 f.

Zu dem Problemkreis der objektiven Zurechnung¹⁹⁸⁰ zählt des weiteren, ob der fehlerhaft aufgeklärte Patient bei Kenntnis aller aufklärungsrelevanter Umstände in die ärztliche Behandlung eingewilligt hätte. Zwar ist auch hier die Sorgfaltspflichtverletzung kausal für den Eingriff in das geschützte Rechtsgut, hier: der körper- und gesundheitsbezogenen Verfügungsfreiheit des Rechtsgutsinhabers. Da der Schutzbereich der Körperverletzung aber dem Rechtsgut der körperbezogenen Verfügungsfreiheit Integrität gegenüber dem nicht aufklärenden Arzt gewähren will, der diese unter Mißachtung der erforderlichen Aufklärung verletzt, die Gewährleistung aber dort eingeschränkt wird, wo durch sorgfältige Aufklärung der Schutz des Rechtsguts nicht erreicht werden kann, weil z.B. der Patient dem prinzipiell aufklärungsrelevanten Umstand keine Bedeutung zumißt, ist der Erfolgsunwert¹⁹⁸¹ unter diesen Vorgaben nicht verwirklicht. Gedankliche Voraussetzung der hypothetischen Einwilligung ist die Hypothese einer ordnungsgemäßen und damit auch vollständigen Aufklärung. Bei Zurechnung des strafrechtlichen Erfolges anhand der Vermeidbarkeit ist die hypothetische Einwilligung im Strafverfahren nach dem Grundsatz in dubio-pro-reo bereits dann anzunehmen, wenn dem Gericht Zweifel daran verblieben, ob der Patient in seiner persönlichen Entscheidungssituation bei vollständiger Aufklärung in der damaligen Situation vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden¹⁹⁸² und nicht eingewilligt hätte.

Des weitem erfordert die Erfolgszurechnung, daß das für den Verletzungserfolg am Patienten mitursächliche Handeln des Arztes sich nicht als Folge des vom Patienten eigenverantwortlich gewollten Tuns darstellt. Zwar könnte der Arzt auch in dieser Konstellation - je nach Bewußtseinsintensität - wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Körperverletzung strafbar sein. Da aber die vorsätzliche Selbstverletzung nicht mit Strafe bedroht ist, kann die Teilnahme hieran auch nicht strafbar sein. Verschreibt der Arzt heroinabhängigen, aber einsichts- und einwilligungsfähigen Patienten nach Aufklärung wunschgemäß Suchtersatzstoffe mit dem Ziel einer anschließenden Langzeittherapie und nehmen die Patienten die Medikamente nach Abholung bei der Apotheke sogleich ein, so ist die hierdurch verursachte Körperverletzung dem Arzt nicht zuzurechnen, wenn sich seine Mitwirkung allein in der Ermöglichung der fremden Selbstgefährdung erschöpft.¹⁹⁸³

¹⁹⁸⁰ Eine Problemübersicht zur Zurechnung des Erfolges, wenn der Erfolg auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre, findet sich bei Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allg. Teil, 31. Problem.

¹⁹⁸¹ Hat der Arzt den entsprechenden Tatentschluß, den Patienten z.B. durch unvollständige Aufklärung in seiner Verfügungsfreiheit zu verletzen, bleibt der Versuch zu prüfen.

¹⁹⁸² Für das Zivilrecht BGH JR 1989, 286 ff.

¹⁹⁸³ BayObLG NJW 1995, 797, 799.

II. Kausalität und objektive Zurechnung beim Unterlassen

Im Unterschied zur Verwirklichung des Straftatbestandes durch positives Tun liegt es bereits in der Natur des Unterlassens, daß die *conditio-sine-qua-non*-Formel der Umkehrung bedarf, um die Kausalität zwischen der tatbestandsmäßigen Handlung und dem tatbestandsmäßigen Erfolg feststellen zu können. Quasi-kausal ist ein ärztliches Unterlassen, sofern „die unterlassene Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne daß der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfiel“, ¹⁹⁸⁴ d.h. wenn bei Vornahme der pflichtgemäßen Handlung der tatbestandsmäßige Erfolg ausgeblieben wäre. ¹⁹⁸⁵ Entsprechend den allgemein für die strafrechtliche Kausalität geltenden Grundsätzen der Äquivalenztheorie kommt es weder auf die Qualität der einzelnen mitbeteiligten Ursachen noch auf ihren quantitativen Anteil am verursachten Erfolg an. ¹⁹⁸⁶ Auch ist die Detailgenauigkeit der kausalen Erklärung normativ zu bestimmen, so daß es z.B. bei Erfolgsdelikten wie der Körperverletzung oder Tötung entbehrlich ist, das Zusammenspiel der beeinträchtigenden Handlung mit den eingetretenen Folgen naturwissenschaftlich exakt zu identifizieren. Es genügt daher, den Zusammenhang zwischen Ursache und Wirkung als solchen zu klären. ¹⁹⁸⁷

Darüber hinaus bedingt die strafrechtliche Kausalität - gerade auch im Arztstrafrecht - keine absolute Gewißheit. Es genügt vielmehr ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit, das keinen vernünftigen Zweifel bestehen läßt. ¹⁹⁸⁸ Denn ein absolut sicheres Wissen - auch von Kausalzusammenhängen - dem gegenüber ein entgegengesetzter Sachverhalt als sicher auszuschließen wäre, gibt es nicht. ¹⁹⁸⁹ Dies gilt besonders dann, wenn es um sehr komplexe und naturwissenschaftlich nicht bis in das kleinste Detail erforschte Vorgänge wie z.B. die Schädigung des menschlichen Organismus durch Unterlassen ärztlicher Maßnahmen geht.

Bei der Feststellung der Quasi-Kausalität ist nicht auf einen abstrakten, sondern den konkreten Erfolg abzustellen. ¹⁹⁹⁰ Wesentlich ist danach nicht, ob z.B. die einzige

¹⁹⁸⁴ RGSt 58, 130 f.; BGH NJW 1987, 2940; Gropp, Strafrecht Allg. Teil, § 11 Rn. 71.

¹⁹⁸⁵ St. Rechtspr., z.B. RGSt 58, 130, 131; BGH StV 1984, 247 f.; BGH NSTZ 1985, 26 f.; BGHSt 37, 106; auch Stree, in: Schönte/ Schröder, StGB, § 13 Rn. 61 m.w.N.; Ulsenheimer, Zeitschrift für ärztl. Fortbildung und Qualitätssicherung 1998, 549 f.

¹⁹⁸⁶ Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, Vor § 13 Rn. 9; BGHSt 22, 8; BGHSt 26, 363.

¹⁹⁸⁷ LG Aachen JZ 1971, 511 ff.

¹⁹⁸⁸ Vgl. z.B. BGHR StPO § 261 Überzeugungsbildung 2.

¹⁹⁸⁹ Vgl. RGSt 61, 202, 206; RGSt 66, 163 f.; BGH GA 1954, 152; BGHSt 41, 206; Herdegen, StV 1992, 527, 530.

¹⁹⁹⁰ So z.B. BGH NSTZ 1981, 218 mit krit. Anm. Wolfslast.

Niere des Patienten bei rechtzeitiger Operation hätte erhalten werden können oder der Patient bei rechtzeitiger Behandlung überlebt hätte, sondern ob bei rechtzeitiger Behandlung der konkrete Erfolg, d.h. der Verlust der Niere oder der konkrete Todeseintritt zumindest nicht nur unwesentlich hätte hinausgeschoben werden können.¹⁹⁹¹ Nur dadurch kann eine unnötige Diskrepanz zwischen Begehungs- und Unterlassungskausalität vermieden werden.

Daß die Kausalität auch im Unterlassensbereich um das Kriterium der objektiven Zurechnung zu ergänzen ist, zeigt der bereits geschilderte Zahnextraktionsfall.¹⁹⁹² Die unterlassene, aber gebotene Voruntersuchung hatte die Narkotisierung und damit den Tod der Patientin kausal zur Folge. Dennoch würde die Annahme strafbaren Verhaltens nachdenklich stimmen. Unterstellt, der Tod der Patientin hätte auch bei ordnungsgemäßer Voruntersuchung nicht abgewendet werden, aber zumindest um die Zeit der Voruntersuchung hinausgeschoben werden können, wäre sie auch bei Durchführen der Verträglichkeitsprüfung infolge ihrer nicht erkennbaren Krankheit verstorben. D.h. einerlei, ob der Zahnarzt sich sorgfaltsgemäß oder sorgfaltswidrig verhalten hätte, er wäre der Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung anheim gefallen. Geht man demgegenüber davon aus, daß das Strafrecht dazu dient, Rechtsgüter zu schützen und Straftatbestände nur dort ihre Berechtigung finden, wo durch die Beachtung der strafbewehrten Ge- und Verbote und der zugrunde liegenden Sorgfaltsanforderungen die betreffenden Rechtsgüter Schutz erfahren, läßt sich dem Täter ein konkreter Erfolg dann nicht mehr zurechnen, wenn dieser auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre. Die das erlaubte Risiko begrenzenden Sorgfaltsanforderungen im Rahmen ärztlicher Behandlungen sind unter anderem die Regeln der ärztlichen Kunst. Der Zweck des Gebotes, Kunst- oder Behandlungsfehler zu vermeiden, verlangt zwar keine sinnlosen ärztlichen Bemühungen. Er geht aber dahin, Gefahren von der körperlichen Unversehrtheit und dem Leben des Patienten durch Anwendung zweckmäßiger Maßnahmen abzuwenden. Bei einem Patienten, der die Phase des Sterbens noch nicht erreicht hat, gebietet die *lex artis* die erforderlichen Operationen und sonstigen Behandlungen rechtzeitig und fachgerecht durchzuführen. Es liegt aber außerhalb des Schutzbereiches, wenn der auf einem Narkosezwischenfall beruhende Tod der Patientin erst später, d.h. um die Zeit der Untersuchung aufgeschoben, eingetreten wäre, vorausgesetzt, der Arzt hätte die Patientin zuvor durch einen Anästhesisten untersuchen lassen. Denn Schutzzweck

¹⁹⁹¹ Vgl. BGH NStZ 1985, 26; BGH StV 1994, 425 mit Anm. Puppe, JR 1994, 515; Anm. Otto, JK 5 Vor § 13; Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, § 212 Rn. 2; Jähnke, LK- StGB, § 212 Rn. 4. A. A. Ulsenheimer, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 140 Rn. 37, welcher hierin ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG sieht.

¹⁹⁹² Mit Veränderungen nachgebildet BGHSt 21, 59 ff.

der Untersuchung auf Anästhesieverträglichkeit ist es, Risiken der Narkose aufzuspüren und entsprechende Konsequenzen für die Operation zu ziehen. Schutzzweck ist aber nicht, den Tod um die Zeit der Untersuchung aufzuschieben.¹⁹⁹³ Eine Erfolgszurechnung setzt daher die Feststellung voraus, daß eine im gleichen Zeitpunkt nach Durchführung vorgenommene Behandlung nicht oder erst später zum Tode der Patientin geführt hätte.¹⁹⁹⁴

Aber auch das bloße Hinausschieben des schädlichen Erfolges wird vom Schutzzweck der Körperverletzungs- und auch Tötungsdelikte erfaßt. Die im Schrifttum vertretene gegenteilige Ansicht vermag in dieser Allgemeinheit nicht zu überzeugen.¹⁹⁹⁵ Die Frage, ob das Hinauszögern des Todes um einige Stunden oder Tage dem behandlungsfehlerhaft vorgehenden Arzt zuzurechnen ist, darf nicht anhand einer Zeitskala qualitativ entschieden werden. Denn das Rechtsgut Leben ist schützenswert und strafrechtlich geschützt, einerlei, ob der Tod um Stunden oder um einen Tag oder mehrere Tage aufzuhalten gewesen wäre.¹⁹⁹⁶ Nur im Falle eines bloßen unwesentlichen Hinauszögerns ist der Todeserfolg vom Tatbestand der §§ 212, 222 StGB nicht erfaßt. Was jedoch wesentlich oder auch unwesentlich ist, kann nicht pauschal beantwortet werden.¹⁹⁹⁷ Ist die Phase des Sterbens bereits erreicht, so tötet der Arzt nicht, wenn er davon absieht, den Patienten durch Medikamente noch einige Minuten am Leben zu erhalten. Steht die Sterbephase unmittelbar bevor und besteht keine Chance, Lebenszeit für den Patienten zu gewinnen, wird die Sachlage im Regelfall wie beim Sterben zu beurteilen sein. Möchte der Patient aber die letzte Phase seines Lebens erleben, so ist es sein Recht, dieses zu bestimmen und die Pflicht des Arztes, die entsprechenden Maßnahmen zu ergreifen. Sowenig wie der Arzt das Sterben verlängern darf, so wenig darf er von sich aus das Leben - und sei es nur um Stunden - durch Passivität verkürzen, auch wenn die Phase des Sterbens nicht weit entfernt ist. Ist sie noch weiter weggerückt, betrifft das ärztliche Unterlassen bereits bei einer mit an Sicherheit grenzenden Lebensverlängerung um Stunden und erst recht um Tage eine nicht unerhebliche Lebenszeit.¹⁹⁹⁸ Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob letztendlich eine Überlebenschance besteht oder

¹⁹⁹³ Hardwig, JZ 1968, 289, 291.

¹⁹⁹⁴ BGHSt 21, 59, 61.

¹⁹⁹⁵ Ulsenheimer, Strafrecht des Arztes, Rn. 225, da die Gleichstellung der Nichtabwendung des Todes mit der Lebensverkürzung im Ergebnis die Umkehr der Beweislast zu Ungunsten des Angeklagten bedeutete.

¹⁹⁹⁶ So i.E. auch BGH NStZ 1985, 26 f.; NStZ 1985, 27; NStZ 1987, 1092; BayObLG JZ 1973, 319 mit krit. Anmerkung Geilen; Wolfslast, Anmerkung zu BGH NStZ 1981, 218, 219 f.

¹⁹⁹⁷ Wolfslast, Anmerkung zu BGH NStZ 1981, 218 ff.

¹⁹⁹⁸ Abl. Ulsenheimer, MedR 1984, 161, 163; Ranft, JZ 1987, 859, 863.

nicht. Anderenfalls könnten Todkranke ohne Überlebenschancen, aber mit einer Restlebensdauer von einem Tag oder mehr sanktionslos durch Unterlassen getötet werden. Das Leben würde in das Belieben der zuständigen Ärzte gestellt. Die Unhaltbarkeit dieser Konsequenz ergibt sich von selbst. Denn herkömmlicherweise gilt der Arzt als wohltätiger Begleiter des Patienten, zurecht gilt er aber nicht als Herrscher über Leben und Tod. Daß die Schwierigkeiten, die beim Nachweis der Verursachung entstehen, aufgrund der Anwendung des Grundsatzes in dubio-pro-reo den Arzt gegebenenfalls vor einer Verurteilung bewahren können, betrifft einen hiervon zu trennenden Problemkreis.

Argumentiert man mit der Risikoverminderungslehre,¹⁹⁹⁹ so stellt sich die Frage nach dem konkreten Erfolg des pflichtwidrigen Unterlassens nicht. Denn steht fest, daß z.B. die gebotene Vornahme einer Operation das Risiko des Todes vermindert und damit die Wahrscheinlichkeit des Erfolgeintritts deutlich geringer gewesen wäre, so kann der Tatbestand der Tötung durch pflichtwidriges Unterlassen in vielen Fällen bejaht werden, in denen die Rechtsprechung in dubio-pro-reo freispricht.

III. Fehlender Nachweis

Kann der Nachweis der Kausalität nicht geführt werden, so ist der betroffene Arzt trotz des vorliegenden Behandlungsfehlers vom Vorwurf der vollendeten Körperverletzung bzw. Tötung freizusprechen oder bereits im Vorfeld das Verfahren gemäß § 170 Abs. 2 StPO einzustellen.²⁰⁰⁰ Dies gilt aber auch, wenn die objektive Zurechnung²⁰⁰¹ mißlingt, weil nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit festgestellt werden kann, daß der Erfolg²⁰⁰² bei gehöriger Sorgfalt vermieden worden wäre.²⁰⁰³ Daß behandlungsfehlerhaftes Verhalten und damit auch das Versagen der Ärzte im Fahrlässigkeitsbereich²⁰⁰⁴ nicht in allen Fällen strafrechtlich geahndet

¹⁹⁹⁹ Für die Risikoverminderungslehre Roxin, Strafrecht Allg. Teil/I, § 11 Rn. 76 ff. Die Risikoverminderungslehre findet ihre Entsprechung beim positiven Tun in der Risikoerhöhungslehre. Zahlreiche Hinweise hierzu finden sich bei Hillenkamp, Strafrecht Allg. Teil, 31. Problem II.

²⁰⁰⁰ Vgl. BGH StV 1996, 148; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 219.

²⁰⁰¹ Die Jurisdiktion behandelt den Pflichtwidrigkeitszusammenhang als bloßes Kausalitätsproblem, vgl. z.B. BGHSt 11, 1; 21, 59; 61, 63, was jedoch zu einer Vermengung unterschiedlicher Problemkreise führt.

²⁰⁰² Der in der vorliegenden Abhandlung auch als Verletzung des körperbezogenen Selbstbestimmungsrechts verstanden wird.

²⁰⁰³ Vgl. Ulsenheimer, JZ 1969, 364; ders., Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 208 ff.

²⁰⁰⁴ Soweit Vorsatz vorliegt, ist an die Versuchsstrafbarkeit zu denken.

werden kann, ist - insbesondere in Fällen gravierender Pflichtverletzungen - für den Laien kaum nachvollziehbar. Die aus Patientenschutz Gesichtspunkten auftretenden strafrechtlichen²⁰⁰⁵ Lücken werden gegenwärtig aber durch die Möglichkeit, ein berufsgerichtliches Verfahren einzuleiten,²⁰⁰⁶ aufgefangen. Kann dem Arzt strafrechtlich zwar eine Pflichtverletzung, nicht aber deren Kausalität für den negativen Erfolg auf Patientenseite, d.h. die körperliche Mißhandlung, die gesundheitliche Einbuße oder gar den Tod, nachgewiesen werden,²⁰⁰⁷ liegt häufig - wenngleich nicht zwingend - im Pflichtenverstoß ein unärztliches Verhalten, das Ausdruck mangelnder Gewissenhaftigkeit und ärztlicher Hilfsbereitschaft ist.²⁰⁰⁸ Auch wenn sich die Zwecke der strafrechtlichen und standesrechtlichen Ahndung notwendig unterscheiden - anderenfalls würde das Verbot der Doppelbestrafung gelten, Art. 103 Abs. 3 GG²⁰⁰⁹ -, so stellt dieser berufsrechtliche Überhang sicher, daß der betroffene Arzt zur Erfüllung seiner beruflichen Pflichten angehalten und das Ansehen des ärztlichen Berufsstandes gewahrt wird.²⁰¹⁰

In diesem Kontext ist folgender Sachverhalt zu sehen: Die 61jährige Patientin P suchte ihren Hausarzt H wegen hohen Fiebers, Übelkeit, Erbrechen und Bauchschmerzen auf. Dieser diagnostizierte eine Bauchgrippe. Eine erkennbar vorhandene Unterbauchsymptomatik wurde übersehen. Nachdem sich der Zustand der Patientin nicht verbesserte, veranlaßte der Hausarzt zwei Tage später die Noteinweisung in das Krankenhaus. Chirurg O schob die Entfernung des Appendix entgegen den Regeln der ärztlichen Kunst um 15 Stunden auf. Bei der Operation riß der durch die

²⁰⁰⁵ Zu den Beweiserleichterungen für Behandlungsfehler und Schadenszufügung im Zivilrecht vgl. Deutsch, Medizinrecht, Rn. 305 ff.

²⁰⁰⁶ Hierzu Laufs, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 14.

²⁰⁰⁷ Vgl. hierzu § 55 Abs. 3 Kammergesetz Baden-Württemberg: „Hat das Strafverfahren mit Freisprechung oder Einstellung des Verfahrens wegen fehlenden Tatbestandes oder Beweises geendet, so ist auch für das berufsgerichtliche Verfahren entschieden, daß eine Straftat nicht vorliegt. Wenn die Handlungen, wegen derer das Strafverfahren eingeleitet war, trotzdem als berufsunwürdig anzusehen sind, so hat sich der Beschuldigte noch im berufsgerichtlichen Verfahren zu verantworten.“

²⁰⁰⁸ Berufsgericht für Heilberufe beim VG Köln AR 1981, 324 mit krit. Anm. Andreas; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 515.

²⁰⁰⁹ Vgl. BVerfG NJW 1963, 875. Zu den Voraussetzungen, unter welchen neben einer strafrechtlichen Verurteilung zusätzlich eine berufsrechtliche Maßnahme in Betracht kommt, vgl. Entscheidung des Bayerischen Landesberufsgerichts für die Heilberufe vom 18.04.1996, LBG-Ä-3/95, auszugsweise zitiert bei Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 514.

²⁰¹⁰ Vgl. Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 514.

Operationsverzögerung zunehmend gangränös²⁰¹¹ gewordene Wurmfortsatz ab, was bei geschickter Operation zu vermeiden gewesen wäre. Die Patientin verstarb einige Tage nach der Operation.²⁰¹² Bei einer Altersappendizitis - wie vorliegend gegeben - beträgt die durchschnittliche Letalität ca. 3,5 %. Nach dem medizinischen Sachverständigengutachten hätte Frau P zumindest zwei Tage länger, wahrscheinlich aber überlebt, wenn die Krankenhauseinweisung rechtzeitig oder aber die Operation sofort nach Einweisung korrekt erfolgt wäre. Dieser Fall ist durch zahlreiche, schwerwiegende Behandlungsfehler gekennzeichnet: Es wurde eine falsche Diagnose erstellt, die erforderliche Krankenhauseinweisung fand zwei Tage verspätet statt, die notwendige Operation wurde um 15 Stunden verzögert, während des Eingriffs wurde sorgfaltswidrig der Wurmfortsatz abgerissen. Damit wurden die erheblichen Gefahren, die sich für die körperliche Unversehrtheit und das Leben der Patientin ergaben, nicht erkannt oder nicht richtig eingeschätzt. Maßstab für die von den behandelnden Ärzten zu fordernde Aufmerksamkeit war die *lex artis* in der konkreten *ex-ante* zu betrachtenden Gefahrenlage. Aufgrund der Erkennbarkeit der Gefahren erwuchs die Pflicht zu einer Behandlung *lege artis* mit dem Ziel, die Gefahr für Leben und Gesundheit der Patientin abzuwenden. So hätte bereits der Hausarzt gründlich untersuchen und aufgrund der fortschreitenden Verschlimmerung des Krankheitsbildes eine schnelle Einweisung ins Krankenhaus und eine umgehende Operation veranlassen müssen. Damit hat H sowohl durch aktives Tun wie Unterlassen die *lex artis* verletzt. Da die verspätete und damit zunächst unterlassene Krankenhauseinweisung aber nur Folge der fehlerhaften Untersuchung war, liegt der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit hier auf dem aktiven Tun. Dieses hat im Zusammenwirken mit den Pflichtwidrigkeiten des O zum Tod von Frau P geführt. Der diensthabende Krankenhausarzt O hätte die Operation aufgrund des Krankheitsbildes unverzüglich und ohne Fehler durchführen müssen. Sein Verhalten erfüllt durch die verzögerte Operation zunächst die Merkmale des Unterlassens sowie in Hinblick auf das Abreißen des Wurmfortsatzes die des aktiven Tuns. Fraglich ist, ob das Unterlassen und das positive Tun ein einheitliches Geschehen bilden. Die Gewebezersetzung des Wurmfortsatzes und damit verbunden die Gefahr des Abreißen intensivierte sich aufgrund der aufgeschobenen Operation. Damit bestand zwischen dem pflichtwidrigen Unterlassen und der fehlerhaften Operation ein unmittelbarer sachlicher Zusammenhang, so daß das gesamte Handeln des Operators objektiv

²⁰¹¹ Feuchtes Gangrän ist durch bakterielle Einwirkung auf ein abgestorbenes Gewebe entstehende Nekrose mit Verflüssigung des Gewebes, vgl. Pschyrembel, Stichwort Gangrän.

²⁰¹² Dieser Fall wurde mit Änderungen nachgebildet dem bei Mallach/ Schlenker/ Weiser, Ärztliche Kunstfehler, 59 f. gebildeten Sachverhalt.

auch für einen Dritten als ein einheitliches zusammengehöriges Tun erscheint. Der Tathergang beim Handeln und Unterlassen weist auch keinen wesentlichen Unterschied auf und die einzelnen Betätigungsakte liegen auf einer psychischen Linie des Arztes. Unter diesen Umständen liegt es nahe, ein einheitliches Geschehen anzunehmen, wobei der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit auf der verzögerten Operation liegt. Das aktive Tun des H und das pflichtwidrige Unterlassen des Operators waren in ihrem kumulativen Zusammentreffen auch kausal für den Tod der Patientin. Dieser kann den Ärzten aber nur dann zugerechnet werden, wenn er seine spezifische Voraussetzung gerade in der Sorgfaltspflichtverletzung hatte. Der Rechtswidrigkeitszusammenhang erfordert, daß der Erfolg bei sorgfaltsgemäßigem Verhalten vermieden worden wäre, der Schutzzweckzusammenhang, daß die sorgfaltswidrige Handlung im Schutzbereich der verletzten Norm liegt. Die erste Voraussetzung entfällt, wenn die beteiligten Ärzte den Tod der Patientin zwar durch das sorgfaltswidrige Verhalten verursacht haben, er aber auch bei sorgfältigem Verhalten eingetreten wäre. Zweifel hinsichtlich der Lösung dieses Sachverhaltes bestehen, da die vorliegende Altersappendizitis mit einer Letalität von ca. 3,5% behaftet war. Damit ist fraglich, ob der konkrete Tod durch ein fehlerfreies Verhalten hätte abgewendet oder zumindest nicht nur unwesentlich hätte hinausgeschoben werden können. Wird die Risikoerhöhungslehre abgelehnt, so muß freigesprochen werden, wenn nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit festzustellen ist, daß der konkrete Erfolg bei fach- und sachgemäßer Behandlung vermeidbar gewesen wäre. Laut Sachverständigengutachten hätte der Tod bei rechtzeitiger Einweisung ebenso um mindestens einen Tag hinausgezögert werden können wie bei zwar verspäteter Einweisung, dann aber rechtzeitiger fehlerfreier Operation. Damit greift hier der Grundsatz in dubio-pro-reo nicht ein. Da der Tod von Frau P auch innerhalb des Schutzbereiches von § 222 StGB liegt und voraussehbar war, ist der Hausarzt ebenso wie der Operator der fahrlässigen Tötung schuldig. Hiervon unberührt bleibt die Einleitung eines berufsgerichtlichen Verfahrens gegen die beteiligten Ärzte.

§ 17 Das strafbare Unterlassen

I. Garantenstellung des Arztes

Ist ein körperliches Mißhandeln oder ein Schädigen der Gesundheit durch Unterlassen festgestellt, trifft den Arzt eine strafrechtliche Verantwortlichkeit aus dem unechten Unterlassungsdelikt nur, wenn ihm als Garant das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit des Patienten²⁰¹³ anvertraut gewesen ist und ihm ein pflichtgemäßes Handeln tatsächlich möglich war.

1. Garant kraft Übernahme der Behandlung

Die ärztliche Garantenstellung wird aufgrund der faktischen Betrachtungsweise des Strafrechts nicht durch die Wirksamkeit des zivilrechtlichen Behandlungsvertrages bedingt, sondern dadurch, daß der Arzt seine Schutzfunktion tatsächlich übernimmt²⁰¹⁴ oder die Übernahme zu einem bestimmten Zeitpunkt fest zusichert²⁰¹⁵ und dadurch für den Patienten eine besondere Vertrauenssituation schafft.²⁰¹⁶ Hierbei ist unbeachtlich, ob sich der Patient im guten Glauben auf die vom ärztlichen Garanten zu kompensierende Lage selbst in Gefahr bringt oder gebotene Vorkehrungen zur eigenen Sicherung unterläßt²⁰¹⁷ und sich hierdurch selbst gefährdet, da er sich

²⁰¹³ Bei Tötungsdelikten das Rechtsgut Leben, vgl. Ulsenheimer, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 140 Rn. 14.

²⁰¹⁴ Vgl. BGH NJW 1995, 204 ff.; OLG Celle NJW 1961, 1939; Blei, in: Festschrift Hellmuth Mayer, 119, 121 ff., 137 ff.; Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 19 f.; Stree, in: Schönte/ Schröder, StGB, § 13 Rn. 28a; Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, § 13 Rn. 8; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 34.

²⁰¹⁵ Stree, in: Festschrift Hellmuth Mayer, 145, 159 f.

²⁰¹⁶ Zur Betreuungspflicht einer Hebamme, vgl. OLG Düsseldorf NJW 1991, 2979 mit Anm. Meurer, JR 1992, 38 ff.; Jescheck, LK-StGB, § 13 Rn. 27; Stree, in: Festschrift Hellmuth Mayer, 145, 149 ff.

²⁰¹⁷ So z.B., wenn ein Heilpraktiker eine Krebsbehandlung mit hierfür ungeeigneten Naturheilmitteln übernimmt, es versäumt, den Patienten rechtzeitig in ein Krankenhaus zu überweisen und durch diese Verzögerung der Tod des Patienten eintritt. Vertraute der Patient der Fachkunde des Heilpraktikers, ohne daß er sich des damit verbundenen gesundheitlichen Risikos bewußt ist, so lag im Unterlassen anderweitiger Behandlung eine Gefährdung, die das Leben des Patienten in die Hand des Behandlers legte, vgl. RGSt 75, 324.

dem Arzt anvertraut.²⁰¹⁸ Die Verantwortung für die körperliche Unversehrtheit geht auf den Arzt über, weil es dem Willen des Arztes und dem tatsächlichen, im Ausnahmefall zumindest dem mutmaßlichen Willen des Patienten entspricht. Daher entscheidet diese faktische Übereinstimmung auch über den Inhalt der übernommenen Pflichten.²⁰¹⁹ Denn nicht jede ärztliche Tätigkeit begründet eine besondere Pflichtenstellung für die körperliche Unversehrtheit des Patienten. Erschöpfen sich die übernommenen Pflichten in einer reinen Beratung, wie z.B. der Schwangerschaftskonfliktberatung gemäß § 219 StGB,²⁰²⁰ so wird aufgrund deren Zielrichtung, die Frau zu einer Fortsetzung der Schwangerschaft zu ermutigen und ihr entsprechende Perspektiven zu eröffnen, keine Garantenstellung für ihren Gesundheitszustand begründet.²⁰²¹ Auch wenn im Rahmen einer Beratungsuntersuchung ein lebensbedrohlicher Befund festgestellt wird, erweitern sich nicht die ursprünglich übernommenen ärztlichen Pflichten.²⁰²² Ein Facharzt, der die Lebensgefahr der untersuchten Patientin erkennt, wird damit nicht zwangsläufig zum Garanten für deren Leben, wenn er nur zur Beratung aufgesucht wurde.

2. Ingerenz

Die Garantenstellung kann weiterhin²⁰²³ durch Ingerenz²⁰²⁴ begründet werden,²⁰²⁵ so insbesondere, wenn der Arzt durch eine fehlerhafte Operation eine Gefahr für die Gesundheit des Patienten schafft. Bricht bei einer Knochenoperation aus Unachtsamkeit eine Bohrspitze ab und verbleibt im Knochen, ist der Arzt im Interesse einer zielgerichteten Behandlung später auftretender Beschwerden verpflichtet, über die

²⁰¹⁸ Zum Streit, welches Element die Garantenstellung letztlich prägt, die tatsächliche Übernahme, das Vertrauen oder eine Kombination von beidem: Rieger, Die mutmaßliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch, 45 f. m.w.N.

²⁰¹⁹ Kühl, Strafrecht Allg. Teil, § 18 Rn. 71.

²⁰²⁰ Gemäß § 6 Abs. 3 SchKG sind - soweit erforderlich - im Einvernehmen mit der Schwangeren auch ärztliche Fachkräfte heranzuziehen.

²⁰²¹ Zur früheren Beratungsregelung des § 218b StGB vgl. BGH NStZ 1983, 313 f.

²⁰²² Geiger, JZ 1983, 153 f.; Laufs, NJW 1983, 1345, 1347; Otto/ Brammsen, Jura 1985, 592, 595.; a.A. Kreuzer, abl. Anm. zu BGH JR 1984, 293 (= NStZ 1983, 313), 294 f.; Lilie, mit abl. Anm. zu BGH NStZ 1983, 314 f.

²⁰²³ Gegenüber dem Patienten besteht i.d.R. bereits die Garantenstellung kraft Behandlungsübernahme.

²⁰²⁴ Zum Streitstand, ob eine Garantenstellung aus vorangegangenen gefährdendem Tun (Ingerenz) nur bei Pflichtwidrigkeit oder auch bei Rechtmäßigkeit des Vorverhaltens in Betracht kommt, vgl. Hillenkamp, Strafrecht Allg. Teil, 29. Problem.

²⁰²⁵ Vgl. Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 38.

Existenz des Fremdkörpers aufzuklären.²⁰²⁶ Eine Garantenstellung aus Ingerenz für Dritte ergibt sich, wenn z.B. bei Durchführung einer staatlichen Schutzimpfung unter Verwendung von Lebendviren der Hinweis auf die mögliche Ausscheidung und damit die Infektionsgefahr für besonders gefährdete Kontaktpersonen vergessen wird.²⁰²⁷ Die Amtspflicht,²⁰²⁸ Impflinge bzw. deren Sorgeberechtigte auf die für Kontaktpersonen bestehende Ansteckungsgefahr hinzuweisen, besteht nicht allein im Interesse der Allgemeinheit, sondern konkret der Personen, die als Familie, Angehörige oder Bekannte mit dieser Gefahrenquelle in Berührung kommen. Unterläßt der Arzt diese therapeutische Aufklärung und kommt es deshalb zu einer Ansteckung von Kontaktpersonen oder im Fall der abgebrochenen Bohrspitze zu Wundheilungsstörungen, ist er aufgrund vorangegangenen pflichtwidrigen Tuns Garant für das Leben und die körperliche Unversehrtheit des Patienten bzw. des mit der Gefahrenquelle in Berührung gekommenen Dritten.

3. Garanten kraft berufsrechtlicher Stellung?

Lehnt der Arzt eine Behandlung ab, so kann nicht allein aufgrund seiner Niederlassung oder seiner beruflichen Stellung eine Garantenstellung für die körperliche Unversehrtheit des Hilfesuchenden angenommen werden. Denn die im Arztrecht bestehende Abschlußfreiheit²⁰²⁹ hat faktische Wirkungen auch auf das Strafrecht, obgleich sich auf den ersten Blick eine andere Rechtslage ergeben könnte.

Das Arzt-Patienten-Verhältnis ist weit mehr als eine rein juristische Vertragsbeziehung.²⁰³⁰ Der Arzt ist durch seinen Berufsauftrag rechtlich wie ethisch dem Gemeinwohl verpflichtet.²⁰³¹ Dies zeigt sich unter anderem in den berufsrechtlichen wie vertrags- bzw. kassenärztlichen Funktionen des Arztes. § 1 MuBO-Ä 1997 regelt die arztrechtliche Verpflichtung, der Gesundheit des einzelnen Menschen und der Bevölkerung zu dienen. Aber auch nach dem Vertragsarztrecht, § 12 Abs. 2 S. 1 BMV-Ä, darf der Vertragsarzt die Behandlung des Versicherten nur in begründeten Fällen ablehnen. Für das Kassenarztrecht ergibt sich diese Verpflichtung aus § 95 Abs. 3 SGB V.²⁰³² Der zugelassene Kassenarzt hat das Recht, aber auch die Pflicht,

²⁰²⁶ Zur zivilrechtlichen Unterrichtungspflicht vgl. OLG Stuttgart VersR 1989, 632 f.

²⁰²⁷ Zur Amtshaftung bei Schutzimpfung bezügl. Kinderlähmung wegen unterlassenem Hinweis auf die Ansteckungsgefahr von Kontaktpersonen, vgl. BGHZ 126, 386 ff.

²⁰²⁸ Zur umstrittenen Frage, unter welchen Voraussetzungen Amtsträger Garanten gegenüber einzelnen Bürgern sind, vgl. Kühl, Strafrecht Allg. Teil, Rn. 78 ff. m.w.N.

²⁰²⁹ Hager, Staudingers Kommentar zum BGB, § 823 Rn. I 14.

²⁰³⁰ Tag, in: Bauer (Hrsg.), Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts, 217 ff.

²⁰³¹ BVerfG 52, 131, 170.

²⁰³² Laufs, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 14 Rn. 12.

an der kassenärztlichen Versorgung teilzunehmen. Allein sachlich begründete Ausnahmefälle erlauben es dem Kassenarzt, einen Patienten zurückzuweisen.²⁰³³

Diese weitgehenden Behandlungspflichten sind jedoch nicht Ausdruck der staatlichen Schutzpflicht im Hinblick auf Art. 2 Abs. 2 GG, sondern sollen dem Allgemeininteresse an einer funktionierenden ärztlichen Versorgung Rechnung tragen.²⁰³⁴ Eine generelle Garantenstellung für die körperliche Unversehrtheit eines jeden hilfesuchenden Patienten kann aus diesen Vorgaben nicht abgeleitet werden. Denn die Übernahme einer Schutz- oder Überwachungsposition muß sich auf ein bestimmtes Rechtsgut, z.B. die Gesundheit des Patienten X, konkretisieren.²⁰³⁵ Anderenfalls wäre der Arzt kraft seiner beruflichen Stellung verpflichtet, sich jederzeit für jedermann leistungsfähig und -bereit zu halten, um den aus der Garantenposition erwachsenden Pflichten zu genügen. Dies hätte zur Konsequenz, daß der Arzt nicht nur ethisch, sondern auch rechtlich verpflichtet wäre, rund um die Uhr, sieben Tage pro Woche, zwölf Monate im Jahr, im Dienst zu sein. Diese Vorstellung fordert jedoch im Hinblick auf den Sinn und Zweck der öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitbeschränkungen²⁰³⁶ rechtlich und in bezug auf die begrenzte körperliche Leistungsfähigkeit tatsächlich Unmögliches. Aber auch die Begrenzung auf die Dienstzeiten würde bei weitem die Anforderungen an den ärztlichen Berufsstand überspannen.²⁰³⁷ Demgemäß normiert § 7 Abs. 2 MuBO-Ä für das Berufsrecht die auch unter strafrechtlichen Aspekten gültige Aussage, daß der Arzt, von Notfällen oder besonderen rechtlichen Verpflichtungen abgesehen, frei ist, eine Behandlung abzulehnen.

Darüber hinaus besteht im Grundsatz²⁰³⁸ weder ein Recht noch eine Pflicht des Arztes zur Zwangsbehandlung. Darf aber der Arzt nicht von sich aus tätig werden, so kann schwerlich eine über die Jedermannspflicht hinausgehende besondere Pflicht

²⁰³³ Laufs, NJW 1987, 2262.

²⁰³⁴ Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, 168.

²⁰³⁵ Zum Parallelproblem der Garantenstellung des Amtsträgers vgl. Rudolphi, Anm. zu BGH JR 1987, 335, 336.

²⁰³⁶ Das Arbeitszeitgesetz gilt nur für Arbeitnehmer und damit auch für Ärzte, die in abhängiger Stellung beschäftigt sind, § 2 Abs. 2 ArbZG. Es gilt daher nicht für selbständig Tätige sowie aufgrund der gesetzlichen Ausnahme für Chefarzte, § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG. Aber auch die Arbeitszeit in Krankenhäusern, Sanatorien etc. ist besonderen Beschränkungen unterworfen.

²⁰³⁷ So bereits zutreffend Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 23.

²⁰³⁸ Abweichungen hiervon finden sich z.B. in § 101 StVollzG; § 34 BSeuchG, §§ 3, 14 GeschlKrG; §§ 1, 16 ImpfG. Vgl. Ernst, DÄBl 95 (1998), C 2110 ff.

zum Tätigwerden angenommen werden.²⁰³⁹ Von diesem Umstand abgesehen, muß zur tatsächlichen Übernahme der Schutz- und Überwachungsposition das zusätzliche Moment hinzukommen, daß der Hilfesuchende auf das Tätigwerden des Arztes und damit auf seine Schutzzusage rechtlich²⁰⁴⁰ vertrauen darf.²⁰⁴¹ Damit beginnt das Garantieverhältnis erst, wenn der Arzt entweder tatsächlich die Behandlung übernommen hat oder die Übernahme im konkreten Fall verbindlich zusichert.²⁰⁴²

4. Garantenstellung des Bereitschaftsarztes?

Kann eine gesteigerte Verantwortlichkeit für die körperliche Unversehrtheit des Hilfebedürftigen unter mehreren Gesichtspunkten begründet werden, so stellt sich die Frage, ob die Tätigkeit als Bereitschaftsarzt oder im ärztlichen Notdienst, § 26 MuBO-Ä,²⁰⁴³ den geforderten Voraussetzungen entspricht. Richtet man den Blick auf den Stand der bisherigen Diskussion, so finden sich etliche Stimmen, die eine Garantenstellung des Bereitschaftsarztes befürworten.²⁰⁴⁴ Doch bilden sich zunehmend differenzierende Stellungnahmen heraus.

Der Bereitschaftsdienst wird speziell mit der Zielvorgabe eingerichtet, die ‚diensthabenden‘ Ärzte für gewisse Zeiten zu entlasten. Aufgrund dieser besonderen Verantwortung wird im Regelfall davon abgesehen, während des Bereitschaftsdienstes andere Ärzte zur Verfügung zu stellen.²⁰⁴⁵ Daher sieht die Rechtsprechung - gefolgt von etlichen Stimmen aus dem Schrifttum - den Bereitschaftsarzt als Garanten kraft Übernahme gegenüber der Bevölkerung, mit der Konsequenz, daß er in dringenden Erkrankungsfällen einzugreifen verpflichtet ist.²⁰⁴⁶ Die absolute

²⁰³⁹ Vgl. Sowada, Jura 1985, 75, 83. Kommt der Arzt jedoch nicht der Jedermannspflicht gemäß § 323c StGB nach, kann er berufsgerichtlich belangt werden, weil er als Arzt seiner Hilfeleistungspflicht nicht nachgekommen ist. Dieser besondere Vorwurf wird nicht durch die strafrechtliche Verurteilung abgedeckt, vgl. Landesberufsgericht für Ärzte, Stuttgart, in: Kallfelz, Sammlung von Entscheidungen der ärztlichen Berufsgerichte II, 1970 Nr. 108, 395 ff.; vgl. weiterhin Taupitz, NJW 1986, 2851 f.

²⁰⁴⁰ Hiervon zu trennen ist die Frage, ob er in die Fähigkeiten des Arztes vertraut, vgl. Otto/Brarmsen, Jura 1985, 592, 594.

²⁰⁴¹ OLG Celle NJW 1961, 1940; Stree, in: Festschrift Hellmuth Mayer, 145, 153 ff.

²⁰⁴² Stree, in: Festschrift Hellmuth Mayer, 145, 159 f.

²⁰⁴³ Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 17 Rn. 23.

²⁰⁴⁴ Brarmsen, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, 181 ff., 212; Rieger, Die mutmaßliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch, 47 f.

²⁰⁴⁵ Stree, in: Festschrift Hellmuth Mayer, 145, 160.

²⁰⁴⁶ BGHSt 7, 211, 212; Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 23 f.; Gallas, Studien zum Unterlassungsdelikt, 83 f.; Gropp, Strafrecht Allg. Teil, § 11 Rn. 27 f.; Kühl, Strafrecht Allg. Teil, § 18 Rn. 74; Otto/Brarmsen, Jura 1985, 592, 595 m.w.N.; Stree, in:

Gültigkeit dieser Annahme ist jedoch zurecht umstritten. Die Gefahr, deren Abwendung dem Bereitschaftsarzt obliegt, besteht darin, daß der normalerweise zuständige Arzt dem schutzbedürftigen Patienten zeitweilig seine Hilfe entzieht. Damit ist die körperliche Unversehrtheit oder gar das Leben zwar nicht zwangsläufig in Bedrängnis geraten. Das Vertrauen des Patienten auf die jederzeitige Abrufbereitschaft des Bereitschaftsdienstes verhindert aber regelmäßig, daß andere notwendige Sicherungsvorkehrungen ergriffen werden - so z.B., daß der schwer Erkrankte vorsorglich in ein Krankenhaus eingeliefert wird.

Im Mittelpunkt der Überlegungen zur strafrechtlichen Pflichtenstellung des Bereitschaftsarztes muß stehen, daß allein aus der ärztlichen Tätigkeit eine Garantenstellung für die körperliche Unversehrtheit des Hilfesuchenden gerade nicht erwächst. Eine Schutz- und Überwachungspflicht des Bereitschaftsarztes kann nur entweder von der Garantenstellung des primär zuständigen Kollegen abgeleitet sein oder aber aufgrund des Bereitschaftsdienstes als solchem entstehen.

Erstere Möglichkeit besteht nur, falls der vertretene Kollege die Behandlung bereits übernommen oder fest zugesagt hat. In diesem Fall ist er zum Garanten für die körperliche Unversehrtheit des konkreten Patienten geworden, so daß diese besondere Pflichtenstellung auch für den informierten Bereitschaftsarzt gilt. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, würde den regulär zuständigen Arzt bei Ablehnung der Behandlung allein die Jedermannspflicht des § 323 c StGB treffen.²⁰⁴⁷ Dann gilt auch für den Bereitschaftsarzt zunächst keine gesteigerte Hilfeleistungspflicht.²⁰⁴⁸ Gleichwohl kann unter diesen Voraussetzungen eine originäre Pflichtenstellung des Bereitschaftsarztes diskutiert werden. Übernimmt er die Behandlung, z.B. durch konkrete Ratschläge, oder sichert er die Übernahme fest zu, so tritt er aufgrund der Übernahme in eine besondere Pflichtenstellung in bezug auf die körperliche Unversehrtheit des Patienten ein.²⁰⁴⁹ Lehnt der Bereitschaftsarzt trotz seines Dienstes

Schönke/ Schröder, StGB, § 13 Rn. 28a; ders., in: Festschrift Hellmuth Mayer, 145, 159 f.; weitergehend Eb. Schmidt, in: Ponsold (Hrsg.), Lehrbuch der gerichtlichen Medizin 1, 6, wonach der Arzt aufgrund seiner Niederlassung Garant und somit verpflichtet ist, in akuten Notfällen gefährdete Menschen ärztlich zu versorgen.

²⁰⁴⁷ Zum Rücktritt vom Gebotserfüllungsversuch des § 323c StGB, wenn der zum Verletzten gerufene Arzt auf halbem Wege wieder kehrt macht, vgl. Roxin, in: Festschrift Engisch, 380, 391. Mit Zusicherung der Behandlung werden jedoch i.d.R. andere Sicherungsvorkehrungen unterlassen, so daß bereits eine über die Jedermannspflicht hinausgehende Garantenstellung entsteht.

²⁰⁴⁸ Ranft, JZ 1987, 908, 914; Rudolphi, SK-StGB § 13 Rn. 61; Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 353.

²⁰⁴⁹ So im Fall BGHSt 7, 211 sowie AG Jever MDR 1991, 441.

die Behandlung ab,²⁰⁵⁰ kann er nur unter der weiteren Voraussetzung Garant sein, daß er für die Zeit der Bereitschaft eine monopolgleiche Stellung hinsichtlich der Gesundheitsfürsorge eines abgrenzbaren Patientenkreises einnimmt, wie etwa im Fall der Bereitschaft auf dem Lande, wenn kein Krankenhaus in zumutbarer Nähe oder ein Krankentransport ohne ärztliche Überweisung nicht möglich ist.²⁰⁵¹

Der hier maßgebliche Bewertungsaspekt liegt darin, daß unter diesen Umständen im Vertrauen auf die Handlungsbereitschaft des Bereitschaftsdienstes anderweitige Sicherungsvorkehrungen unterbleiben. Besteht für den Patienten allerdings die zumutbare Möglichkeit, eine ärztliche Leistung auch außerhalb des Bereitschaftsdienstes abzurufen, so wenn in einem Ballungszentrum mehrere ärztliche Bereitschaftsdienste zur gleichen Zeit oder ein Krankenhaus²⁰⁵² erreichbar sind, besteht eine der regulären ärztlichen Tätigkeit vergleichbare Situation. Unter diesen Umständen spricht viel dafür, die Verpflichtung des Bereitschaftsarztes allein im Rahmen von § 323c StGB zu bewerten.

5. Fazit

Zieht man ein Fazit aus dem Vorgesagten, so entsteht eine Garantenstellung des Arztes durch die tatsächliche Übernahme, die konkrete Zusage der Behandlung oder durch Ingerenz. Der informierte Bereitschaftsarzt tritt in die Pflichtenstellung des vertretenen Kollegen ein, so daß er bei bereits übernommener Behandlung ebenfalls Garant für die körperliche Unversehrtheit des Patienten ist. Neben der abgeleiteten besonderen Pflichtenstellung kommt eine solche aus eigener Behandlungsübernahme in Betracht. Darüber hinaus ist der Bereitschaftsarzt nur dann besonders verpflichtet, wenn er durch seine Tätigkeit eine monopolgleiche Stellung für die Hilfesuchenden einnimmt und damit ein schutzwürdiges Vertrauen auf seine Dienstbereitschaft begründet.

²⁰⁵⁰ Vgl. BGH NStZ 1985, 409. Der Bereitschaftsarzt hatte durch die Aufforderung, die Patientin solle ihn in seiner Praxis oder mit einem Taxi das Krankenhaus aufsuchen, Scheinmaßnahmen in Form von ‚Ratschlägen‘ ergriffen, ohne auf die dringende Notwendigkeit der Überführung in ein Krankenhaus hinzuweisen und sich zu vergewissern, ob die Maßnahme tatsächlich durchgeführt wurde. Ob die später in der Klinik am Herzinfarkt verstorbene Frau bei rechtzeitiger Einleitung der notwendigen Maßnahmen gerettet worden wäre, steht nicht fest. Der BGH bestätigte die Verurteilung wegen § 323c StGB, ohne die Garantenstellung des Bereitschaftsarztes zu erörtern.

²⁰⁵¹ So im Fall OLG Hamm NJW 1975, 604.

²⁰⁵² So ist wohl auch die Entscheidung BGH NStZ 1985, 409 mit zust. Anm. Ranft, JZ 1987, 908, 914 zu verstehen.

Zur Verdeutlichung der sich um die Garantenstellung rankenden Rechtsfragen soll folgender Sachverhalt dienen.²⁰⁵³ Arzt A wird zu einem Notfall zu Frau P gerufen, die er seit Jahren regelmäßig, u.a. wegen Herz-Kreislauf-Schwäche, betreut. Als A bei P eintrifft, findet er sie tot auf dem Boden liegend vor. A stellt eine Todesbescheinigung aus, nachdem seine Untersuchung ergab, daß bei ihr keinerlei Atemtätigkeit, kein Pulsschlag und keine Pupillenreaktion mehr vorhanden waren. Als Todesursache gab A Herz-Kreislauf-Versagen infolge eines Herzinfarkts und eines Schlaganfalls an. Hierbei übersah er, daß Frau P - insbesondere im Rückenbereich - deutlich ausgeprägte hellrote Totenflecken aufwies, wie sie bei Kohlenmonoxydvergiftungen typischerweise auftreten. Tatsächlich war P an einer Kohlenmonoxydvergiftung gestorben, wobei das CO-Gas aus einem Ofen ausgetreten war, der insbesondere bei höheren Außentemperaturen Kohlenmonoxyd als Abgas bildete. Drei Tage nach dem Tod von Frau P verstarb auch deren Tochter, Frau T, die in derselben Wohnung lebte, an einer Kohlenmonoxydvergiftung. Frau T war jedoch im Gegensatz zu ihrer Mutter nicht Patientin bei Arzt A. Die Beantwortung der Frage, ob A sich wegen fahrlässiger Tötung von Frau T strafbar gemacht hat, muß daran ansetzen, ob A ein positives Tun oder unechtes Unterlassen zur Last gelegt wird. Ganz gleich, welches Kriterium zur Abgrenzung herangezogen wird, kommt im Verhältnis von Arzt A und Frau T allenfalls ein Unterlassen in Betracht: A hat keine Energie in Richtung auf Frau T aufgewendet, der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit seines Verhaltens liegt nicht in einem positiven Tun, aber auch der soziale Handlungssinn seiner nur unzulänglichen Untersuchung der zuerst verstorbenen Frau P liegt im Verhältnis zu Frau T in einem Unterlassen. Die im Rahmen des unechten Unterlassens erforderliche Garantenstellung für das Leben und die körperliche Unversehrtheit von Frau T kann sich, da sie nicht Patientin des A gewesen ist, allenfalls aus Gesetz, z.B. in Baden-Württemberg §§ 20, 22 Bestattungsg, ergeben. Die Bestimmungen der Bestattungsgesetze dienen jedoch der allgemeinen Gefahrenabwehr und begründen daher im Regelfall²⁰⁵⁴ keine besondere strafrechtliche Verantwortung des Arztes für die konkrete Todesursache. Diese ist hier dadurch charakterisiert, daß die tödliche Gefahr von einem Gegenstand aus dem Herrschaftsbereich der verstorbenen Frau P ausging. Der gefahrlose Betrieb von technischen Geräten im Wohnbereich ist grundsätzlich von dem Wohnungsinhaber bzw. dem Produzenten oder Vertreiber in eigener Verantwortung sicherzustellen. Daß sich der zweite Todesfall bei sorgfältiger Leichenschau hätte vermeiden lassen, erweist sich allein als Reflex der in den Bestattungsgesetzen der Länder normierten Pflicht, den Leichnam sorgfältig zu untersuchen. Daher liegt auch keine Garantenstellung aus

²⁰⁵³ AG Wennigsen NJW 1989, 786 mit krit. Bespr. Kahlo, NJW 1990, 1521 ff.

²⁰⁵⁴ Etwas anderes gilt, wenn z.B. zugleich seuchenpolizeiliche Bestimmungen eingreifen.

vorangegangenen gefährdenden Tun vor.²⁰⁵⁵ Mangels Garantenstellung des A in Hinblick auf das Leben von Frau T ist eine fahrlässige Tötung durch Unterlassen abzulehnen.²⁰⁵⁶

6. Begrenzung der Garantenpflicht

Ist der Arzt durch tatsächliche Übernahme zum Garanten für die körperliche Unversehrtheit des Patienten geworden, bedeutet dies keine Verpflichtung mit feststehendem Inhalt. Vielmehr konkretisiert und modifiziert der Fortgang der Behandlung das Arzt-Patienten-Verhältnis.²⁰⁵⁷ So kann sich entsprechend dem erklärten oder mutmaßlichen Patientenwillen aus der ärztlichen Pflicht zur Gesundheitsfürsorge die Pflicht, dem Patienten einen Tod in Würde und Schmerzfreiheit zu ermöglichen,²⁰⁵⁸ ergeben. Auch liegt es im Ermessen des freiverantwortlich handelnden, vollständig aufgeklärten Patienten, dem Arzt die Behandlung zu untersagen. Das Recht und die Verpflichtung des Arztes zu heilen, „finden [...] in dem grundsätzlich freien Selbstbestimmungsrecht des Menschen über seinen Körper ihre Grenze. [...] denn selbst ein lebensgefährlich Kranker kann triftige Gründe haben, eine Operation abzulehnen, auch wenn er durch sie und nur durch sie von seinem Leiden befreit werden könnte“.²⁰⁵⁹

Diese Freiheit kann - entgegen der Entscheidung des Bundesgerichtshofes, BGHSt 32, 367 ff. - so weit gehen, daß der Arzt ganz oder teilweise seiner besonderen Pflichtenstellung enthoben wird und eine Behandlung gegen den Willen des Patienten eine eigenmächtige Heilbehandlung darstellt.²⁰⁶⁰

Ebenso wie die faktische Übernahme der Behandlung oder deren konkrete Zusicherung die Garantenstellung begründet, besteht die Möglichkeit der tatsäch-

²⁰⁵⁵ Rudolphi, SK-StGB, § 31 Rn. 45.

²⁰⁵⁶ So auch Kahlo, NJW 1990, 1521 ff. entgegen dem AG Wennigsen, NJW 1989, 786, welches das strafbare Verhalten des A in einem positiven Tun erblickte.

²⁰⁵⁷ Lilie, Anm. zu BGH NSTZ 1983, 313, 314 f.

²⁰⁵⁸ Vgl. BGH JR 1998, 159, 160 mit Anm. Dölling; BGHSt 37, 376; Hirsch, in: Festschrift Engisch, 597, 602, Sowada, Jura 1985, 75, 83, sowie die Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung, DÄBl 95 (1998), C 1691.

²⁰⁵⁹ BGHSt 11, 111, 114; Engisch, ZStW 58 (1939), 1, 24; Arthur Kaufmann, ZStW 73 (1961), 341, 368 ff.; Kühl, Strafrecht Allg. Teil, § 18 Rn. 72; Ranft, in: Festschrift Schwinge, 119; a. A. Beling, ZStW 44 (1924), 220, 236; Bockelmann, NJW 1961, 945, 950.

²⁰⁶⁰ OLG München NJW 1987, 2940, 2943 f. (Fall Hackethal); Hirsch, in: Festschrift Engisch, 597, 601; Otto/ Brammsen, Jura 1985, 592, 596.

lichen Beendigung des Garantieverhältnisses.²⁰⁶¹ Diese tritt ein, wenn das Gefahrenmoment endet, für dessen Abwendung der Pflichtige tätig wurde; im Beispiel des Arzt-Patienten-Verhältnisses also, wenn die Gesundheit wieder hergestellt wurde. Das Garantenverhältnis endet aber auch, wenn zwar der Patient noch krank ist, er die Betreuung durch den behandelnden Arzt jedoch ernsthaft und freiwillig ablehnt,²⁰⁶² weil er z.B. zu einem anderen Arzt überwechselt oder keine Behandlung mehr wünscht, wie es bei der passiven Sterbehilfe der Fall ist.²⁰⁶³

Entgegen der Auffassung des Bundesgerichtshofes kommt eine Entbindung von der ursprünglichen Pflichtenstellung auch bei einem freiverantwortlich herbeigeführten Selbstmord des Patienten in Betracht. Findet der Arzt - wie im Peterle-Fall²⁰⁶⁴ - den Patienten bewußtlos zu einem Zeitpunkt vor, zu welchem er möglicherweise reanimiert werden kann, so ist der Arzt an die ernstlichen und freiwilligen Vorgaben des Patienten gebunden. Eine Pflicht, den Patienten wieder ins Leben zu rufen, besteht nur, soweit zureichende Anhaltspunkte für einen Mangel der Freiverantwortlichkeit vorliegen.²⁰⁶⁵

Darüber hinaus läßt sich aus der einmal übernommenen Behandlung nicht schließen, daß der Arzt bis zur Entbindung durch den Patienten von seinen Pflichten Garant bleibt.²⁰⁶⁶ Der ärztliche Garant hat vielmehr die Möglichkeit, die Fortsetzung der Behandlung dem Hilfesuchenden gegenüber ausdrücklich abzulehnen. In diesem Fall muß jedoch neben der Zerstörung des Vertrauens das ursprünglich übertragene Gefahrenmoment ausgeschaltet sein, um die gesteigerte Pflichtenstellung zu beenden. Maßgebend hierfür ist, ob sich der Patient der durch die Behandlungseinstellung ergebenden Lage anpassen und so eine anderweitige angemessene Behandlung erlangen kann. Der Arzt muß dem Patienten dabei ausreichende Zeit zum Aufsuchen eines Kollegen geben. Kümmert sich der Patient nicht um eine anderweitige Behandlung, so wandelt sich nach einer angemessenen Zeit das Garantenverhältnis in ein Jedermannsverhältnis im Sinne von § 323 c StGB um.

²⁰⁶¹ Hierzu Schultz, JuS 1985, 269, 273.

²⁰⁶² Zu den Anforderungen an einen wirksamen Verzicht vgl. Schultz, JuS 1985, 269, 273.

²⁰⁶³ Für die Beendigung der Garantenpflicht vgl. Hirsch, in: Festschrift Lackner, 597, 600. Für eine Aufspaltung der Garantenstellung für das Rechtsgut Leben und das der körperliche Unversehrtheit im Sinne von Schmerzfreiheit, Rieger, Die mutmaßliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch, 53.

²⁰⁶⁴ BGHSt 32, 367.

²⁰⁶⁵ Vgl. Sowada, Jura 1985, 75, 80 ff.

²⁰⁶⁶ Stree, in: Festschrift Hellmuth Mayer, 145, 163; a.A. RGSt 17, 260.

II. Entsprechensklausel, § 13 Abs. 1 StGB

Darüber hinaus ist das Unterlassen einer möglichen Erfolgsabwendung nur dann wie die Tatbestandsverwirklichung durch positives Tun strafbar, wenn das Unterlassen der Verwirklichung durch ein positives Tun entspricht. Die Entsprechung ist von Bedeutung, wenn nicht jede Herbeiführung eines Unrechtserfolges unter Strafe gestellt ist, sondern das jeweilige Delikt näher konkretisiert, auf welche Art und Weise der Erfolg bewirkt werden muß, um den Tatbestandserfordernissen zu genügen.²⁰⁶⁷ Als Beispiel wird in der Regel der Straftatbestand des Betruges genannt, der einen gerade durch eine Täuschungshandlung verursachten Vermögensschaden voraussetzt.²⁰⁶⁸ Aber auch bei anderen Delikten, deren spezifischer Unrechtsgehalt sich nicht allein in der Verursachung einer bestimmten Rechtsgutsverletzung erschöpft, sondern eines speziell beschaffenen Handlungsunwertes bedarf, ist die Entsprechensklausel von Bedeutung.²⁰⁶⁹ Für eine Strafbarkeit wegen unechten Unterlassens hat dies zur Konsequenz, daß ein Unterlassen dem Tun nur gleichkommt, wenn es gerade darauf basiert, daß nicht lediglich der Erfolgsunwert, sondern außerdem der spezielle Handlungsunwert nicht verhindert wurde. Nicht jedes Geschehenlassen des tatbestandsmäßigen Erfolges begründet in diesen Fällen die Strafbarkeit als Garant, sondern nur das Zulassen des auf eine bestimmte Art und Weise eingetretenen Erfolges.

Im Schrifttum werden die Tatmodalitäten des § 223 StGB überwiegend als begehungsneutral bezeichnet, so daß die Entsprechensklausel keine Anwendung finden soll.²⁰⁷⁰ Zweifel an dieser Ansicht sind jedoch nicht von der Hand zu weisen. Wie bereits dargelegt, besteht der Zweck des Körperverletzungstatbestandes keineswegs allein in einem umfassenden Schutz der körperlichen Unversehrtheit, sondern auch aus einem komplizierten Zusammenspiel von Schutzinteresse des Opfers und dem Interesse des Täters an seiner Handlungsfreiheit. Der vom Gesetzgeber gemeinte Handlungsunwert wird besonders deutlich durch die Tatbeschreibung des ‚körperlichen Mißhandelns‘. Der strafrechtliche Vorwurf kann sich nur auf ein Verhalten beziehen, durch das der Täter sein Opfer übel und

²⁰⁶⁷ Vgl. Gallas, Niederschriften, Bd. 12, 80 ff.; Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 288 ff.; Rudolphi, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 63 f.

²⁰⁶⁸ Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 74 ff.

²⁰⁶⁹ Hierzu Nitze, Die Bedeutung der Entsprechensklausel beim Begehen durch Unterlassen, (§ 13 StGB).

²⁰⁷⁰ Jescheck, LK-StGB § 13 Rn. 5; Jescheck/ Weigend, Strafrecht Allg. Teil, § 59 V.1; Kühl, Strafrecht Allg. Teil, § 18 Rn. 124; Meurer, Anm. zu BGH JR 1992, 37, 39; Puppe, JA 1989, 345, 347; Schlehofer, Jura 1989, 263, 269.

unangemessen behandelt. Das strafbare Unterlassen setzt damit voraus, daß der spezielle Handlungsunwert, d.h. im Arztrecht das kunstwidrige und/oder eigenmächtige Vorgehen, nicht verhindert wurde. Ein Verursachen einer Körperverletzung durch Untätigbleiben bedeutet daher nicht zwangsläufig ein Mißhandeln; wer eine Körperverletzung geschehen läßt, mißhandelt noch nicht.²⁰⁷¹ Aber auch die Modalität der Gesundheitsschädigung ist verhaltensgebunden. Aus dem Wortlaut läßt sich diese Wesensart zwar nicht unmittelbar entnehmen. Trotzdem ist nach der Auslegung dieser Tathandlung kaum zweifelhaft, daß sich das Schädigen an der Gesundheit nicht in das puristische, begehungsneutrale Schema von Handlung und Erfolg einbinden läßt. Versteht man § 223 StGB so, dann ist die Körperverletzung weder in der Modalität des körperlichen Mißhandelns noch der des ‚Gesundheit-Schädigens‘ ein begehungsneutrales, sondern ein verhaltensgebundenes Delikt. Daher setzt ein Unterlassen neben der Garantenstellung voraus, daß die Untätigkeit eine körperliche Mißhandlung oder eine unfreiwillige nachteilige Einwirkung auf die Gesundheit bewirkt und das Unterlassen der Verwirklichung durch ein Tun entspricht.²⁰⁷²

III. Verhältnis unechtes - echtes Unterlassungsdelikt

Leistet der ärztliche Garant keine Hilfe,²⁰⁷³ erhebt sich die Frage nach der Verantwortlichkeit gemäß § 323c StGB. Die Rechtsprechung vertritt in etlichen Entscheidungen den Grundsatz, wonach § 323c StGB im Verhältnis zum unechten Unterlassungsdelikt²⁰⁷⁴ subsidiäre Geltung zukommt. Damit soll das drohende Ergebnis der Straflosigkeit des Arztes durch das Aufleben von § 323c StGB aufgefangen werden. Gestützt wird diese Auffassung auf das Argument, der Unrechtsgehalt von § 323c StGB erschöpfe sich in der Nichtvornahme der Jedermann auferlegten Hilfeleistung, ohne Rücksicht auf die Folgen dieses Unterlassens.²⁰⁷⁵ Bei Zweifeln im Tatsächlichen wird nach dem leichteren Gesetz

²⁰⁷¹ So auch Jakobs, wonach die „Unterlassungsversion das Unangemessene für das Unterlassen übernehmen muß“, Strafrecht Allg. Teil, 29/7.

²⁰⁷² Zu Unwertdifferenzen bei Nichtverbesserung einer bereits schlechten Gesundheit, vgl. Horn, SK-StGB, § 223 Rn. 25 ff.

²⁰⁷³ BGHSt 32, 367 („Peterle-Entscheidung“) mit Bespr. Dölling, NJW 1986, 1011; Eser, MedR 1985, 6; Gropp, NStZ 1985, 97; Herzberg, JA 1985, 184; Kurzer, MedR 1985, 710; Otto/Brammsen, Jura 1985, 596; Ranft, JZ 1987, 908, 911; Schmitt, JZ 1984, 866; Schultz, JuS 1985, 269; Sowada, Jura 1985, 75.

²⁰⁷⁴ Aber auch zum Begehungsdelikt. Kritisch hierzu Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 323c Rn. 8; Tag, JR 1995, 133, 136.

²⁰⁷⁵ BGHSt 3, 68.

verurteilt. Demgegenüber verneinen einige Stimmen in der Literatur bereits den Tatbestand des § 323c StGB²⁰⁷⁶ unter Hinweis darauf, es sei widersprüchlich und nicht sachgerecht, dem Täter, der als Garant durch die Mißachtung der Rechtsordnung eine Gefahr geschaffen hat, deren Abwendung aufzubürden.²⁰⁷⁷ Damit geht es hier um die Frage, ob es Aufgabe der Rechtsordnung sein kann, dem Täter durch persönlichen Einsatz die Rettung der - durch sein vorsätzliches Unterlassen als Garant - gefährdeten Rechtsgüter zuzumuten.

Für die Strafflosigkeit des echten Unterlassens bei gleichzeitigem Vorliegen einer Garantstellung spricht wesentlich der Sinn und Zweck von § 323c StGB. Aufgabe der Strafrechtsnormen ist es, die strafrechtlichen Verhaltensanforderungen und damit auch die Freiheitsräume der Normadressaten festzulegen; d.h. auf § 323c StGB bezogen: auf Kosten der allgemeinen Handlungsfreiheit bei einem Unglücksfall die erforderliche und zumutbare Hilfe zu leisten. Der vorrangige Zweck, das Verhalten von Straftätern im Sinne eines optimalen Rechtsgüterschutzes so zu beeinflussen, daß ein Unglücksfall durch Straftaten gar nicht erst eintritt, wird aber grundsätzlich schon durch den Ausspruch des dem vorsätzlichen unechten Unterlassungsdelikt zugrundeliegenden Gebots erreicht. Das aber bedeutet, daß das strafrechtliche Gebot des § 323c StGB - jedenfalls im Hinblick auf den vorsätzlich unterlassenden Garant - nichts über das Verbot des unechten Unterlassungsdeliktes hinausgehendes zu bewirken vermag. Der unterlassende Garant ist damit - entgegen der Ansicht der Rechtsprechung - in dieser Konstellation nicht Adressat von § 323c StGB. Eine andere Beurteilung läßt sich auch nicht mit dem Hinweis rechtfertigen, daß die Kausalität des Unterlassens häufig nicht nachweisbar ist und damit später gegebenenfalls nicht feststeht, daß bei rechtzeitiger Hilfe der Schaden nicht eingetreten wäre. Denn zum einen ist der Versuch der Körperverletzung seit dem Inkrafttreten des 6. Strafrechtsreformgesetzes mit Strafe bedroht. Zum anderen würde der auf die Körperverletzung oder Tötung anzuwendende Grundsatz in dubio pro reo im Rahmen von § 323c StGB zum Nachteil des Tatverdächtigen in sein Gegenteil verkehrt und im Gewand von § 323c StGB eine unzulässige Verdachtsstrafe²⁰⁷⁸ bezüglich des unechten Unterlassungsdelikts verhängt. Da es nicht der ratio des § 323c StGB entspricht, ihn als Auffangtatbestand zu mißbrauchen, ist dieser Ansicht entgegenzutreten.

²⁰⁷⁶ Arzt/ Weber, LH 2, Rn. 396; Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, § 323c Rn. 8; Oehler, JuS 1961, 154, 155; a. A. Dölling, NJW 1986, 1011 f.; Kreuzer, Ärztliche Hilfeleistungspflicht bei Unglücksfällen im Rahmen des § 330c StGB, 52.

²⁰⁷⁷ Oehler, JuS 1961, 154, 155.

²⁰⁷⁸ Zur Kritik solcher Auffangdienste vgl. Hillenkamp, in: Festschrift Wassermann, 861, 870 ff.; ders., Anm. zu BGH NStZ 1989, 529.

§ 18 Ärztliche Behandlung als gefährliche Körperverletzung?

Entspricht ein ärztliches Verhalten den Voraussetzungen der vorsätzlichen Körperverletzung, stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit der hierauf aufbauenden strafrechtlichen Qualifikationen. Die fünf Erschwerungsgründe des durch das sechste Strafrechtsreformgesetz reformierten Tatbestandes der gefährlichen Körperverletzung, § 224 Abs. 1 Nr. 1 - 5 StGB,²⁰⁷⁹ enthalten - abweichend vom vorhergehenden Referentenentwurf - keine Regelbeispiele, sondern zwingende und abschließende Regelungen. Sie greifen immer, aber auch nur dann ein, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Grund für die Strafschärfung nach altem wie neuem Recht ist vornehmlich die besonders gefährliche Art und Weise der Tatbestandsausführung.²⁰⁸⁰ Denn durch diese wird die konkrete Gefahr erheblicher Verletzungen begründet oder die Chance des Opfers verringert, sich erfolgreich zu wehren.²⁰⁸¹ Für die Rechtswidrigkeitslösung,²⁰⁸² die darauf beharrt, daß jeder ärztliche Heileingriff eine tatbestandsmäßige Körperverletzung darstellt, erhebt sich regelmäßig die Frage, ob der Einsatz eines ärztlichen Instruments die Erfordernisse der Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeuges erfüllt. Aber auch die Erfolgstheorie²⁰⁸³ sieht sich bei mißlungenem Heileingriff mit dem Problem der Anwendbarkeit der Qualifikationen konfrontiert, wenn sich der Täter bewußt war, die Kunstregeln zu verletzen. Unter diesen Vorgaben kommt eine vorsätzliche Körperverletzung in Betracht.²⁰⁸⁴ Die modifizierte Erfolgstheorie gelangt bei vorsätzlicher Kunstwidrigkeit im Falle des gesundheitsverschlechternden bzw. substanzverletzenden Eingriffs zur Frage der Strafschärfung gemäß § 226 StGB.²⁰⁸⁵ Die ‚zweispurige Lösung‘ beantwortet die Anwendbarkeit der Qualifikationsnormen „mangels Quantifizierbarkeit des Selbstbestimmungsrechts“ im verneinenden Sinne,

²⁰⁷⁹ § 223a StGB a.F.

²⁰⁸⁰ Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, § 224 Rn. 1; Stree, Jura 1980, 281; Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, § 224 Rn. 1; BT-Drs. 13/9064, 15; BGHSt 3, 109; ähnlich Heinrich, Die gefährliche Körperverletzung, 586, 612, 644 (zu § 223a StGB a.F.).

²⁰⁸¹ Stree, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 223a Rn. 1.

²⁰⁸² Näheres unter § 3 Punkt I. der Abhandlung.

²⁰⁸³ Vgl. § 3 Punkt III. 2. b. der Abhandlung.

²⁰⁸⁴ Hirsch, LK-StGB, vor § 223 Rn. 5.

²⁰⁸⁵ Eser, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 223 Rn. 51, wobei jedoch die Möglichkeit der Rechtfertigung durch Einwilligung angenommen wird. Vgl. auch § 3 Punkt II. 2. c. der Abhandlung. Zum Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit vgl. § 19 der Abhandlung.

falls der Arzt lege artis, aber ohne Einwilligung vorgeht.²⁰⁸⁶ Weicht der Eingriff aber von den Regeln der ärztlichen Kunst ab oder ist er nicht indiziert, so sollen bei Verschlechterung des gesundheitlichen Gesamtzustandes die §§ 223 ff. StGB, unter Umständen sogar die Vorschriften über die Tötung anwendbar sein.²⁰⁸⁷ Aber auch die erfolgsunabhängige Lehre²⁰⁸⁸ muß sich bei kunstwidrigem, mißlungenem Vorgehen mit der Frage, ob Qualifikationstatbestände eingreifen, auseinandersetzen.

Bei einer eng am Wortlaut orientierten naturalistischen Auslegung der in § 224 StGB normierten Qualifikationen läge es nahe, in der zumindest mit Eventualvorsatz erfolgten Verabreichung von regelwidrig dosierten Medikamenten (Nr. 1), dem mittels Skalpell durchgeführten, mißlungenen ärztlichen Eingriff (Nr. 2), der im Team contra legem artis durchgeführten Operation (Nr. 4) oder auch der kunstfehlerhaften ärztlichen Behandlung, die für den Patienten das konkrete Risiko der Lebensgefahr birgt (Nr. 5), eine gefährliche Körperverletzung zu erkennen. Demgegenüber qualifiziert die überwiegende Meinung in Rechtsprechung²⁰⁸⁹ und Lehre²⁰⁹⁰ die bestimmungsgemäß eingesetzten medizinischen Instrumente in der Hand des Arztes nicht als gefährliche Werkzeuge i.S. von § 224 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB. Kunstfehlerhaftes, exzessives Röntgen hingegen soll nach Ansicht der Rechtsprechung die Voraussetzungen der das Leben gefährdenden Behandlung erfüllen.²⁰⁹¹

Die Antwort auf die Frage, ob eine ärztliche Behandlung den Qualifikationsanforderungen des § 224 Abs. 1 StGB entspricht, muß die Unrechtssteigerung der gefährlichen Körperverletzung im Vergleich zur einfachen Körperverletzung und damit verbunden die Hochstufung zum Officialdelikt durch Herausnahme des § 224 StGB aus dem Katalog der Privatklagedelikte²⁰⁹² im Blick behalten. Die Qualifikation des § 224 Abs. 1 StGB findet ihre Legitimation hauptsächlich in der besonderen objektiven Gefährlichkeit von Tat und Täter und damit verbunden der erhöhten Gefährdung, der das Opfer unter den normierten Umständen typischerweise ausgesetzt ist. Die nachfolgenden Überlegungen werden zeigen, daß sich daher die

²⁰⁸⁶ Horn, SK-StGB, § 223 Rn. 38. Vgl. § 3 Punkt II. 3. d. der Abhandlung.

²⁰⁸⁷ Horn, SK-StGB, § 223 Rn. 39 ff., 42.

²⁰⁸⁸ Vgl. § 3 Punkt II. 3. a. der Abhandlung.

²⁰⁸⁹ Zu § 223a Abs. 1 StGB: BGH Urt. v. 24.5.1960 mitgeteilt bei Pfeiffer/ Maul/ Schulte, StGB, 598; BGH NJW 1978, 1206, wobei darauf abgestellt wird, daß die Instrumente nicht als Waffe benutzt wurden. Hierzu kritisch Heinrich, JA 1995, 601, 605 sowie ders., Die gefährliche Körperverletzung - Bestandsaufnahme und Versuch einer Neuorientierung, 469 ff.

²⁰⁹⁰ Geppert, Jura 1986, 536; Janker, NJW 1987, 2899; Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, § 224 Rn. 5; Stree, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 223a a.F. Rn. 9b; Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, § 224 Rn. 9; vgl. auch StA Mainz NJW 1987, 2946.

²⁰⁹¹ BGH NJW 1998, 883, 886.

²⁰⁹² Näher Rengier, ZStW 111 (1999), 1, 12 ff.

Einbeziehung von Begehungsweisen und Tatmitteln verbietet, die auf die betroffenen Rechtsgüter nur als unwesentlicher Begleitumstand, nicht aber von sich aus als konkret gefährliche Mittel einwirken.

I. Mittels einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs

Gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist die mittels einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs begangene Körperverletzung qualifiziert. Mit der Neufassung des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB wurde zugleich der frühere Meinungsstreit, ob die Waffe oder das gefährliche Werkzeug als Oberbegriff anzusehen waren, entschieden: Mit der Umschreibung „Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug“ ist die Waffe nun ausdrücklich als Spezialfall eines gefährlichen Werkzeuges gekennzeichnet. Damit muß die Waffe zugleich die Merkmale eines gefährlichen Werkzeuges aufweisen, also in der konkreten Situation als gefährliches Werkzeug benutzt werden.²⁰⁹³ Im Unterschied zur Qualifikation des schweren Diebstahls, § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB, reicht das reine Beisichführen bzw. das Beisichführen mit Verwendungsintention nicht aus.²⁰⁹⁴ Vielmehr muß die Waffe - ebenso wie das gefährliche Werkzeug - zur Körperverletzung dienstbar gemacht werden.

Unter Waffen sind nur solche zu verstehen, die bereits nach ihrer Beschaffenheit und der Art ihrer Herstellung geeignet oder nach allgemeiner Verkehrsauffassung dazu bestimmt sind, durch ihren üblichen Gebrauch Menschen mittels einer mechanischen oder chemischen Wirkung zu verletzen.²⁰⁹⁵ Neben Schußwaffen fallen hierunter Hieb- und Stichwaffen, aber auch Messer. Den Waffen übergeordnet sind andere gefährliche Werkzeuge.²⁰⁹⁶ Nach dem Sinn des Gesetzes soll die erhöhte Strafbarkeit des Einsatzes von gefährlichen Werkzeugen davon abhängen, daß sie mit dem Gebrauch einer Waffe vergleichbar sind.²⁰⁹⁷ Diese Voraussetzungen liegen vor, wenn der Gegenstand nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art seiner Benutzung im konkreten Fall geeignet erscheint, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.²⁰⁹⁸ Darüber hinaus setzt der Tatbestand die Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs voraus. Damit muß zum einen eine Mittel-Zweck-Beziehung zwischen der Waffe bzw. dem gefährlichen Werkzeug und der Körperverletzung

²⁰⁹³ Küper, Strafrecht Bes. Teil, 395.

²⁰⁹⁴ Wessels/ Hillenkamp, Strafrecht Bes. Teil, Rn. 254 ff. m.w.N.

²⁰⁹⁵ Rengier, Strafrecht Bes. Teil, § 14 Rn. 12.

²⁰⁹⁶ Rengier, ZStW 111 (1999), 1, 9.

²⁰⁹⁷ BGH NJW 1978, 1206 (Zahnextraktionsfall).

²⁰⁹⁸ Wessels/ Hettinger, Strafrecht Bes. Teil/1, Rn. 255 ; Wessels/ Hillenkamp, Strafrecht Bes. Teil/2, Rn. 261.

bestehen,²⁰⁹⁹ zum anderen muß das Mittel bewußt zum Zweck der Verletzung eingesetzt werden.²¹⁰⁰ Das Vorhandensein des Werkzeugs als bloßer Begleitumstand des Geschehens genügt diesen Anforderungen nicht.

Der Bundesgerichtshof hat unter der Geltung des § 223a StGB a.F. das Skalpell des Chirurgen²¹⁰¹ oder auch die zahnärztliche Zange unter Hinweis auf die bestimmungsgemäße Nutzung der ärztlichen Instrumente ausdrücklich aus dem Kreis der gefährlichen Werkzeuge ausgeklammert.²¹⁰² Die Injektion mit einer Spritze durch den Nichtheilkundigen hingegen wurde unter den Tatbestand des früheren § 223a Abs. 1 2. Variante StGB subsumiert.²¹⁰³

Dieser Differenzierung ist insoweit zuzustimmen, als der sachgerechte Gebrauch des ärztlichen Instruments in der Hand des Heilkundigen im Regelfall gerade dazu dient, die körperliche Gesundheit des Patienten durch mechanische, chemische, thermische oder röntgenologische Wirkung zu unterstützen oder ihr zumindest nicht zu schaden. Handelt der Arzt bei diesem Eingriff eigenmächtig, so ist die in § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB vorausgesetzte Unrechtssteigerung im Hinblick auf die mitgeschützte Verfügungsbefugnis nur verwirklicht, wenn das Instrument bewußt dazu eingesetzt wird, die körperbezogene Willensfreiheit des Patienten über das in § 223 StGB vorausgesetzte - nicht unerhebliche - Maß zu beeinträchtigen.²¹⁰⁴ Eine solche Konstellation läge z.B. vor, wenn der Patient aus Angst vor einer unmittelbar bevorstehenden zahnärztlichen Behandlung vom Behandlungsstuhl springen möchte, mithin konkludent seine Einwilligung in die Behandlung widerruft, der Zahnarzt sich aber in Kenntnis der Situation mit surrendem Bohrer drohend vor den Patienten stellt, so daß dieser infolge der direkten Konfrontation mit dem zahnärztlichen Werkzeug eingeschüchtert im Stuhl verharrt und die Behandlung mit dem ärztlichen Instrument der Not gehorchend, aber unter höchster Panik und entgegen seinem Willen über sich ergehen läßt. Ist die Einwilligung des Patienten allein infolge unzureichender Aufklärung unwirksam, so liegt § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB nicht vor, selbst wenn zur Behandlung ein ärztliches Instrument herangezogen wird.

Verläßt der Arzt aber vorsätzlich den Pfad der ärztlichen Kunst²¹⁰⁵ und setzt er die ärztlichen Instrumente zweckentfremdet und damit durch seine eigene Willkür als

²⁰⁹⁹ Horn, SK-StGB, § 224 Rn. 18 (der Täter muß den Gegenstand „zum Mittel machen“); Küper, Strafrecht Bes. Teil, 397; Stree, in: Schönke/ Schröder, StGB, § 223 a a.F. Rn. 8; ders., Jura 1980, 287.

²¹⁰⁰ Küper, Strafrecht Bes. Teil, 397.

²¹⁰¹ BGH Urf. v. 24.5.1960 mitgeteilt bei Pfeiffer/ Maul/ Schulte, StGB, 598.

²¹⁰² BGH NJW 1978, 1206.

²¹⁰³ BGH JR 1988, 122 mit krit. Anm. Sowada und Anm. Wolski, GA 1987, 527 ff.

²¹⁰⁴ A.A. Horn, SK-StGB, § 223 Rn. 45, 36 ff., 39 ff., § 224 Rn. 15.

²¹⁰⁵ So auch Sowada, Anmerkung zu BGH JR 1988, 122, 124.

Waffe oder gefährliches Werkzeug gegen die körperliche Unversehrtheit des Patienten ein, besteht kein unrechtsrelevanter Unterschied zur Verwirklichung der 2. Variante des § 224 Abs. 1 StGB durch einen beliebigen Nichtheilkundigen.²¹⁰⁶ Gebraucht ein Nichtheilkundiger ärztliche Instrumente in einer der lex artis entsprechenden Weise, so verwandelt sich das wohl tätig eingesetzte Instrument in seiner Hand nicht zwangsläufig zu einem gefährlichen Werkzeug i.S. der Nr. 2. Die Mutter, die ihrem zuckerkranken Kind regelmäßig Insulin spritzt, der Vater, der seinem Sohn mit der desinfizierten Pinzette einen in den Fuß getretenen Dorn entfernt, erfüllen²¹⁰⁷ ebensowenig wie der entsprechend tätig werdende Arzt die Voraussetzungen der gefährlichen Körperverletzung. Geht der Nichtheilkundige hierbei eigenmächtig vor, weil er den ‚Patienten‘ über seine Befugnis zur Ausübung der Heilkunde und damit über seine Qualifikation täuscht,²¹⁰⁸ besteht die in Nr. 2 vorausgesetzte gesteigerte Gefährlichkeit für das Opfer nur, falls die Verwendung des ärztlichen Instruments konkret geeignet ist, die körperbezogene Verfügungsbefugnis im Vergleich zum Grundtatbestand in erheblich höherem Maße zu beeinträchtigen. Darüber hinaus muß der funktionale Zusammenhang zwischen der Täuschung und dem Gebrauch des ärztlichen Instruments bestehen. Das bloße Zusammentreffen dieser Faktoren genügt nicht den gesetzlichen Anforderungen.²¹⁰⁹ Im Zahnextraktionsfall²¹¹⁰ erfüllt die zahnärztliche Zange die Merkmale eines ‚gefährlichen Werkzeugs‘, wenn sie nach ihrer objektiven Beschaffenheit und der Art der Benutzung im konkreten Fall geeignet erscheint, erhebliche Verletzungen herbeizuführen und eine Mittel-Zweck-Beziehung zwischen der Waffe bzw. dem

²¹⁰⁶ Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen die Anwendung von Spritzen durch einen sich als zugelassenen Heilkundigen Gerierenden eine Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeuges darstellt, vgl. BGH JR 1988, 122 mit Anm. Sowada und Wolski, GA 1987, 527 ff.

²¹⁰⁷ Den Grundtatbestand der Körperverletzung unterstellt, so z.B. auf dem Boden der Rechtfertigungslösung.

²¹⁰⁸ Der durch diese Täuschung bewirkte Irrtum des Patienten über die Qualifikation des angeblichen Heilkundigen ist als wesentlicher Umstand der ‚ärztlichen‘ Behandlung beachtlich, vgl. bereits unter § 14 Punkt VIII. 3. b. der Arbeit sowie Sowada, Anm. zu BGH JR 1988, 122, 123.

²¹⁰⁹ Sowada, a.a.O., 124 f.

²¹¹⁰ BGH NJW 1978, 1206. Der Entscheidung lag kurz skizziert folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Zahnarzt zieht seiner Patientin auf deren ausdrücklichen Wunsch hin alle Zähne unter Zuhilfenahme einer zahnärztlichen Zange. Sie erhofft sich hierdurch die Erlösung von ihren unerträglichen Kopfschmerzen. Der Zahnarzt hatte der Patientin zuvor eindringlich von ihrem Vorhaben abgeraten, da aus seiner - zutreffenden - Sicht kein medizinischer Zusammenhang zwischen den Migräneanfällen der Patientin und den vorhandenen Zähnen bestand.

gefährlichen Werkzeug und der Körperverletzung besteht. Zwar kann durch den Einsatz der zahnärztlichen Zange der Umfang der Rechtsgutsbeeinträchtigung erheblich gesteigert werden. Denn sie ist im Regelfall Voraussetzungen einer Zahnentfernung. Der kunstgerechte²¹¹¹ Gebrauch des ärztlichen Instruments begründet jedoch keine erhöhte Gefahr für die körperliche Unversehrtheit der Patientin, sondern wirkt dieser geradezu entgegen. Aber auch im Hinblick auf die körperbezogene Verfügungsbefugnis der Patientin wurde durch die zahnärztliche Zange kein gesteigertes Unrecht begründet. Die Patientin war aufgeklärt - wenngleich aus objektiver Sicht unvernünftig, was aufgrund des Autonomieprinzips die Wirksamkeit der Einwilligung unberührt läßt. Die Zange wurde auch nicht als Einschüchterungsinstrument eingesetzt. Daher entspricht die zahnärztliche Zange in diesem Kontext nicht den Erfordernissen eines gefährlichen Werkzeuges.²¹¹²

II. Gift oder andere gesundheitsschädliche Stoffe

In § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB hat der Gesetzgeber die früher eigenständig als Gefährdungsdelikt geregelte Vergiftung, § 229 StGB a.F., in veränderter Form aufgenommen. In der ersten Variante des § 224 Abs. 1 StGB begeht eine gefährliche Körperverletzung, wer den Körper durch Beibringung von Gift²¹¹³ oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffen verletzt. Unter der Geltung des § 229 StGB a.F. wurde Gift als „jeder organische oder anorganische Stoff, der unter bestimmten Bedingungen durch chemische oder chemisch-physikalische Wirkung die Gesundheit zu zerstören geeignet ist“,²¹¹⁴ definiert. Der neue Qualifikationstatbestand der Giftbeibringung stellt nach dem Wortlaut allein darauf ab, daß durch Gift oder andere gesundheitsschädliche Stoffe die Körperverletzung bewirkt wird. Aufgrund dieser Gesetzesänderung ergeben sich inhaltliche Modifikationen im Hinblick auf die Qualität und Wirkungsweise des Stoffes.²¹¹⁵ Zwar reicht nach dem Wortlaut aus,

²¹¹¹ Eine Indikation ist nach hier vertretener Ansicht nicht erforderlich. Ausreichend ist vielmehr, daß die Behandlung dem aufgeklärten Willen des Patienten entspricht.

²¹¹² So i.E. auch BGH NJW 1978, 1206 zu § 223a StGB a.F.; Wessels/ Hettinger, Strafrecht Bes. Teil/1 Rn. 276.

²¹¹³ Zur - durch das 6. StrRG möglicherweise vgl. Küper, Strafrecht Bes. Teil, 62; Wessels/ Hettinger, Strafrecht Bes. Teil/1, Rn. 265, aber nicht zwingend erledigten - Diskussion, ob das Beibringen ein inneres Beibringen oder aber zumindest innere Wirkungen erfordert, vgl. Hillenkamp, 40 Probleme aus dem Strafrecht Bes. Teil, 4. Problem.

²¹¹⁴ Hillenkamp, 40 Probleme aus dem Strafrecht Bes. Teil, 4. Problem, Ausgangspunkt; Kühl, in: Lackner/ Kühl, 22. Auflage, StGB, § 229 a.F. Rn. 2.

²¹¹⁵ Küper, Strafrecht Bes. Teil, 61.

wenn durch einen gesundheitsschädlichen Stoff im Sinne von Nr. 1 eine die Bagatellgrenze überschreitende Gesundheitsschädigung verursacht wird. Dies führt aber im Hinblick auf die Strafschärfung des § 224 Abs. 1 StGB - der Strafraum von sechs Monaten bis zu zehn Jahren entspricht dem der ehemaligen Vergiftung, § 229 StGB a.F., und dem des ‚gefährlichen‘ Werkzeuges in § 224 Abs. 1 Nr. 2- zu Wertungswidersprüchen. Denn das Beibringen von Medikamenten, Schlafmitteln etc. war bislang nur als gefährliche Körperverletzung strafbar, wenn erhebliche Verletzungen zu befürchten waren. Die Vergiftung setzte eine Dosis voraus, die geeignet war, die Gesundheit zu zerstören. Nun aber würde das Beibringen von relativ gering dosierten chemischen Substanzen ausreichen, um unter der Nr. 1 die Strafdrohung der früheren Vergiftung auszulösen. Ob diese Konsequenzen dem Gesetzgeber vor Augen standen, ist zu bezweifeln, die Notwendigkeit einer restriktiven Interpretation aber nicht. Die Formulierung ‚durch das Gift oder den anderen Stoff‘ sowie die systematische Interpretation eröffnet hierzu den Weg. Daraus ergibt sich, daß das Gift bzw. der gefährliche Stoff konkret geeignet sein müssen, eine erhebliche Gesundheitsschädigung zu bewirken.²¹¹⁶ Die insoweit vom Schrifttum erwogene Beschränkung der Giftwirkung auf das Körperinnere²¹¹⁷ vermag nicht zu überzeugen. Denn wohl dosierte Medikamente können - wie der gesamte Bereich der lege artis durchgeführten Medikation deutlich zeigt - äußerst präzise kalkuliert eingesetzt werden. Nicht alles was im Körperinneren geschieht, ist in den Folgen unbeherrschbar. Daher erfaßt die Beibringung sowohl innerlich wie äußerlich wirkende Substanzen.²¹¹⁸ Der Vergleich mit der in den übrigen Nummern geforderten Gefährlichkeit ergibt, daß die Beschaffenheit und die Dosis, die Art und Weise der Beibringung, die Konstitution des Opfers und insbesondere, ob der Täter den Stoff gerade als gesundheitsschädlich einsetzt, maßgebend sind. Die Beibringung von fehlerhaft dosiertem Schlafmittel, von Rauschgift oder nicht indizierten Medikamenten, erreicht den in der ersten Variante vorausgesetzten Gefahrengrad nur dann, wenn diese Stoffe - vergleichbar dem gefährlichen Werkzeug in Nr. 1 - im Sinne eines funktionalen Zusammenhangs und daher gerade gegen das Opfer verwendet werden.

²¹¹⁶ Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, § 224 Rn. 1a; Wessels/ Hettinger, Strafrecht Bes. Teil/1, Rn. 267; für eine einschränkende Auslegung dergestalt, daß die Eignung des Stoffes, eine Körperverletzung im Sinne von § 226 StGB zu bewirken, zu fordern ist, bietet weder das Gesetz noch die Gesetzgebungshistorie ausreichend Anhaltspunkte. Vgl. Struensee, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz, 48; a.A. Horn, SK-StGB, § 224 Rn. 8; Stein, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz, 102.

²¹¹⁷ Schumacher, in: Schlücher (Hrsg.), Bochumer Erläuterungen zum 6. Strafrechtsreformgesetz, 35 f.; Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, § 224 Rn. 5.

²¹¹⁸ Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, § 224 Rn. 1b; Küper, Strafrecht Bes. Teil, 60; Otto, Grundkurs Strafrecht, Bes. Teil, § 16 Rn. 5; Rengier, ZStW 111 (1999), 1, 9.

Die reine Verursachung der Körperverletzung aufgrund der Giftgabe genügt dagegen nicht. Eine Fülle von Voraussetzungen bestimmt damit die Anwendbarkeit der Nr. 1. Eine entsprechende Strafbarkeit wird somit letztlich von den Umständen des Einzelfalles bedingt. Bringt der Täter einem Kleinkind, einem Kranken oder Gebrechlichen bewußt eine falsche Dosis an Medikamenten bei, so ist die Sachlage gegebenenfalls anders zu beurteilen als bei einem gesunden Erwachsenen. Setzt der Arzt bewußt ein Medikament in nicht indizierter Dosis als Mittel der Verletzung ein und führt dies zur konkreten Gefahr der erheblichen Gesundheitsschädigung, so besteht nach der ratio des § 224 Abs. 1 StGB keine Veranlassung, das Verhalten von vornherein aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes auszuklammern. Auch wenn die Zuführung durch eine Injektion kunstfehlerfrei durchgeführt wird, so ist die durch eine Überdosis bewirkte Gefahr für die Gesundheit des Patienten keinesfalls geringer als bei einem Nichtarzt. Hat der Arzt keine Kenntnis von der Gesundheitsschädlichkeit des Stoffes oder fehlt es am funktionalen Einsatz, so besteht kein - im Vergleich zum Grundtatbestand des § 223 StGB - erhöhtes strafrechtliches Unrecht.

III. Mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich

Die mit anderen gemeinschaftlich begangene Körperverletzung ist in § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB geregelt. Mit der Neufassung dieser Variante wurde zugleich der zu § 223a Abs. 1 Nr. 3 StGB überkommene Streit, ob die für eine gemeinschaftliche Begehung erforderliche Zahl bereits bei zwei Personen erreicht ist,²¹¹⁹ im bejahenden Sinne entschieden. Durch die sprachliche Änderung „von mehreren gemeinschaftlich“ in „mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich“ wurde zugleich klargestellt, daß ein mittäterschaftliches Zusammenwirken nicht gefordert wird.²¹²⁰ Die erhöhte Strafwürdigkeit der gemeinschaftlichen Körperverletzung beruht insbesondere darauf, daß sich das Opfer einer gefährlichen Übermacht gegenüber sieht und der Eindruck entsteht, hieraus könnten dem Opfer erhebliche Verletzungen erwachsen.²¹²¹ An diesen Voraussetzungen fehlt es in der Regel bei im ärztlichen Team vorgenommenen ärztlichen Eingriffen, wie z.B. dem Zusammenwirken von Anästhesist und Chirurg.

²¹¹⁹ Näher dazu Küper, GA 1997, 303.

²¹²⁰ Hörnle, Jura 1998, 178; Otto, Grundzüge Strafrecht, Bes. Teil, § 16 Rn. 10; Wessels/Hettinger, Strafrecht Bes. Teil/1, Rn. 281; Wolters, JuS 1998, 582, 584. I.E. auch Rengier, ZStW 111 (1999), 1, 10. Einschränkung Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 224 Rn. 7. Zur bisherigen Auslegung des § 223 a Abs. 1 3. Var. StGB vgl. Küper, Strafrecht Bes. Teil, 51. A. A. Schroth, NJW 1998, 2861 f.

²¹²¹ Näher zu § 223a StGB a.F. Küper, GA 1997, 301, 304.

IV. Mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung

Die Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung wurde durch das sechste Strafrechtsreformgesetz inhaltlich nicht geändert.²¹²² Maßgebend ist die Gefährlichkeit der Verletzungshandlung,²¹²³ nicht aber die der tatsächlich bewirkten Verletzung. Die gefährliche Begehungsweise setzt voraus, daß das Opfer in eine Situation gebracht wird, in der ein als lebensgefährlich zu beurteilender Verletzungserfolg im Sinne einer konkreten Gefahrenlage nahe liegt. Diese Bedingung sieht die Rechtsprechung als erfüllt an bei medizinisch nicht indizierten, in exzessiver Weise durchgeführten Röntgenaufnahmen durch einen Arzt.²¹²⁴ Die auch in der fünften Variante geforderte Einschränkung, daß die lebensgefährdende Behandlung als Mittel der Körperverletzung eingesetzt wird, bedingt nicht zwingend die planvolle Herbeiführung der Gefährdung des Opfers. Nicht genügend ist jedoch, wenn der Täter die Gefährlichkeit der Behandlung allein äußerlich wahrgenommen hat. Vielmehr muß er sie in ihrer konkreten Bedeutung für die Gesundheitsschädlichkeit erkannt und eingesetzt haben.

V. Fazit

Die Geltung der qualifizierenden Voraussetzungen des § 224 Abs. 1 StGB im Rahmen einer ärztlichen Behandlung kann nicht pauschal verneint oder bejaht werden. Maßgebend ist vielmehr, ob das Handeln des Arztes die in § 224 Abs. 1 StGB vorausgesetzte besondere Gefährlichkeit im Hinblick auf die gemäß § 223 StGB geschützten Rechtsgüter zu begründen vermag. Daher ist jede Variante anhand des ihr immanenten Gefährlichkeitskriteriums auszulegen und der konkrete Einzelfall darauf hin zu untersuchen, ob die konkrete Gefahr eingetreten ist.

²¹²² Rengier, ZStW 111 (1999), 1, 11.

²¹²³ BT-Drs. 13/8587, 83 ; Horn, SK-StGB, § 224 Rn. 30; Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, § 224 Rn. 8. Zur Diskussion Küper, Strafrecht bes. Teil, 54 ff.

²¹²⁴ BGH NJW 1998, 833, 836.

§ 19 Anwendbarkeit der §§ 226, 227 StGB

I. Schwere Körperverletzung

Die Qualifikation der schweren Körperverletzung wurde durch das sechste Strafrechtsreformgesetz neu gefaßt. Sie umfaßt die früher in §§ 224, 225 StGB normierte schwere und die beabsichtigte schwere Körperverletzung. § 226 Abs. 1 StGB ist anwendbar, wenn die abschließend aufgezählten Folgen der Erfolgsqualifikation wenigstens fahrlässig herbeigeführt werden, § 18 StGB. Abs. 2 setzt voraus, daß der Täter die Folgen wissentlich oder absichtlich verursacht hat.

1. Verlust bestimmter Fähigkeiten

Nach § 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB kommt es darauf an, daß das Opfer infolge der Körperverletzung das Sehvermögen auf einem oder beiden Augen, das Gehör, das Sprechvermögen oder die Fortpflanzungsfähigkeit verloren hat.

Der Verlust setzt zumindest einen Ausfall für einen längeren Zeitraum voraus, ohne daß sich die Möglichkeit der Heilung für zumindest einen absehbaren Zeitraum abzeichnet.²¹²⁵ Ist der in § 226 Abs. 1 beschriebene Funktionsfortfall durch einen für das Opfer zumutbaren operativen Eingriff zu beheben, liegen die Voraussetzungen des § 226 StGB nicht vor.²¹²⁶ Der erforderliche Gefahrenzusammenhang zwischen dem Grunddelikt der einfachen Körperverletzung und der schweren Folge besteht nicht, falls die in § 226 StGB beschriebenen Fähigkeiten bereits aus anderen Gründen entfallen sind. Zu denken ist z.B. an die aufgrund der fortschreitenden biologischen Uhr eingetretene endgültige und irreversible Funktionseinstellung der Eierstöcke bei der Frau oder das Beenden der Samenproduktion beim Mann.²¹²⁷ Die für diese Fälle vorbeugend vorgenommene Kryokonservierung von Keimzellen ist nicht geeignet, die Fortpflanzungsfähigkeit im strafrechtlichen Sinne aufrecht zu erhalten. Denn bei der Funktionserhaltung von vom Körper abgetrennten Substanzen

²¹²⁵ Rengier, Strafrecht Bes. Teil/II, § 15 Rn. 5; Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, § 226 StGB a.F. Rn. 4 ; Wessels/ Hettinger, Strafrecht Bes. Teil/I, Rn. 287; OLG Hamm GA 1976, 304

²¹²⁶ Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, § 226 Rn. 9; a. A. Hirsch, LK-StGB, § 224 StGB a.F. Rn. 13.

²¹²⁷ Durch die Umformulierung „Zeugungsfähigkeit“ in die geschlechtsneutrale Bezeichnung „Fortpflanzungsfähigkeit“ sind durch das 6. StrRG nun eindeutig sowohl die weiblichen wie männlichen Funktionen in den Schutzbereich aufgenommen, vgl. Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 13/9064, 16.

steht nicht die Verletzung des Körpers in seiner Integrität und damit seine Fortpflanzungsfähigkeit im Vordergrund, sondern das persönlichkeitsrechtlich zu qualifizierende Band zwischen Körpersubstanz und Spender. Das §§ 223, 226 StGB zugrunde liegende Gebot, die Fortpflanzungsfähigkeit Dritter nicht anzutasten, würde bei Einbezug von Substanzen, die vom Körper des Rechtsgutsträgers getrennt sind, im Unfaßbaren verschwinden,²¹²⁸ so daß die Vernichtung von kryokonservierten Keimzellen gegen den Willen ihrer Spender nicht vom Schutzbereich des § 226 StGB erfaßt wird. In folgender Konstellation²¹²⁹ liegt daher kein den Voraussetzungen des § 226 Abs. 2 StGB entsprechender Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit vor: Bei dem 31jährigen Patienten P wurde eine medizinisch-indizierte Blasenexstirpation unter Einschluß der Prostata vorgenommen. Da dieser Eingriff den Verlust der Zeugungsfähigkeit zur Folge hatte, ließ P zuvor von ihm stammendes Sperma kryokonservieren. Zwei Jahre später fragte die Konservierungsabteilung der Klinik bei P an, ob er an einer weiteren Konservierung interessiert sei. Hierbei wurde angekündigt, daß die Konserve vernichtet werde, wenn nicht innerhalb von 4 Wochen die gegenteilige Mitteilung des P einträfe. P bekundete unverzüglich schriftlich sein Interesse am Fortbestand der Konservierung. Sein Schreiben kam zwar in der Klinik an, wurde jedoch nicht in seiner Krankenakte abgeheftet. Infolgedessen wurde die Spermakonserve vernichtet.²¹³⁰ Da das kryokonservierte Sperma nicht vom Begriff des Körpers umfaßt ist und die Vernichtung keine Gesundheitschädigung darstellt, erübrigt sich die Frage nach der Anwendbarkeit des § 226 StGB.

Würde man im ‚Myomfall‘ eine vorsätzliche Körperverletzung annehmen, würde sich auch die Frage nach der Anwendbarkeit von § 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB stellen. Da die Fortpflanzungsfähigkeit noch vor der Tat vorhanden gewesen sein muß, kommt § 226 Abs. 1 StGB bei Frauen nach der Menopause unter diesem Ge-

²¹²⁸ Zu der Ausnahme der kurzfristigen Trennung, um die Körpersubstanz im engen raumzeitlichen Rahmen derselben Behandlung wieder an ihren angestammten Platz zu setzen vgl. bereits unter § 8 Punkt II. 3. der Abhandlung.

²¹²⁹ Nachgebildet der zivilrechtlichen Entscheidung BGH NJW 1994, 127 mit Anm. Laufs/Reiling, NJW 1994, 775; Taupitz, NJW 1995, 745 ff. Zur strafrechtlichen Seite vgl. Freund/Heubel, MedR 1995, 194 ff.; Horn, SK-StGB, § 223a StGB a.F. Rn. 5a; Otto, Jura 1996, 219, 220; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Bes. Teil/2, Rn. 65.

²¹³⁰ Selbst wenn mit Freund/Heubel, MedR 1995, 194, 198 der Kernbestand des Freiheitspotentials einer Person unter den Rechtsbegriff des Körpers subsumiert wird, liegt keine vorsätzliche Körperverletzung vor. Denn bei Vernichtung der Spermakonserve ging der insoweit Handelnde von der wirksamen Einwilligung des P aus, so daß er sich gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 StGB (nach der Rechtfertigungslösung in analoger Anwendung) in einem den Vorsatz ausschließenden Irrtum befand. Ob hierbei sorgfaltswidrig gehandelt wurde, ist Tatfrage.

sichtspunkt nicht mehr in Betracht.²¹³¹ Liegt die Tat vor der Menopause oder haben die Eierstöcke ihre Funktion noch nicht vollständig eingestellt, so daß die grundsätzliche Empfängnisfähigkeit noch vorhanden ist, so führt die Entfernung der Gebärmutter zum Verlust der Empfängnis- und Fortpflanzungsfähigkeit der betroffenen Frau und damit zur Strafbarkeit des vorsätzlich eigenmächtig operierenden Arztes.

2. Verlust/ Gebrauchsunfähigkeit eines wichtigen Körperteils

Nr. 2 setzt den Verlust eines wichtigen Körperteils oder die dauernde Funktionseinbuße voraus. Vom Begriff des Körperteils erfaßt sind alle äußeren Körperteile mit in sich abgeschlossener Existenz und spezieller Funktion im Gesamtorganismus. Zwar kann einerseits der Verlust innerer Organe - zu denken ist an die Niere,²¹³² die Gebärmutter, das Gehörorgan,²¹³³ oder auch an den von Hornhaut umgebenen, in Fett eingebetteten und in der Augenhöhle liegenden Augapfel²¹³⁴ - von der Schädigungsfolge her für das Opfer genauso oder gar noch mehr belastend sein.²¹³⁵ Andererseits werden unter Glied oder auch Gliedmaßen²¹³⁶ vom Wortlautverständnis her lediglich Extremitäten verstanden. Wollte man ein inneres Organ als „Glied“ charakterisieren, so würde das die Grenze der zulässigen Wortauslegung überschreiten.²¹³⁷ Darüber hinaus ist der Funktionsverlust bestimmter innerer Organe, wie der des Augapfels, des Gehörorgans oder auch der Fortpflanzungsorgane sowohl in Nr. 1 als auch in Nr. 3 pönalisiert. Diese Regelungen zählen abschließend auf, welche Einbuße an den jeweiligen körperlichen Fähigkeiten vorausgesetzt wird. Soweit die Funktionstüchtigkeit anderer innerer Organe beeinträchtigt wird, genügen allein Siechtum, Lähmung oder Geisteskrankheit den tatbestandlichen Erfordernissen. Sprechen daher auch systematische Gründe dafür, innere Organe nicht in Nr.

²¹³¹ So auch Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, § 226 Rn. 5.

²¹³² Hierzu BGHSt 28, 100.

²¹³³ Das ist der dem Hören dienende Teil des Hör- und Gleichgewichtsorgans, bestehend aus Ohr, Mittelohr, Cochlea mit Corti-Organ im Innenohr, i.w.S. auch Hörbahn und Hörzentrum, vgl. Pschyrembel, Stichwort: Gehörorgan.

²¹³⁴ Vgl. Pschyrembel, Stichwort: Auge.

²¹³⁵ Zutreffend Rengier, Strafrecht Bes. Teil/ II, Rn. 7.

²¹³⁶ § 192 Preußisches Strafgesetzbuch, die sogenannte erhebliche Körperverletzung und Vorgängervorschrift der §§ 224, 225 RStGB, lautete: „erheblicher Nachtheil für die Gesundheit oder die Gliedmaßen des Verletzten [...]“, vgl. Höinghaus, Das neue Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, 159.

²¹³⁷ BGHSt 28, 100 ff.

2 miteinzubeziehen,²¹³⁸ stellt sich die in der Literatur weiterhin diskutierte Frage, ob ‚Glieder‘ die Verbindung zum Organismus durch ein Gelenk voraussetzen.²¹³⁹ Hierzu gibt die Gesetzeshistorie einen Anhaltspunkt. Denn das Merkmal des ‚wichtigen Glieds‘ wurde anstelle des zunächst vorgeschlagenen der Verstümmelung in das Strafgesetzbuch aufgenommen.²¹⁴⁰ Eine Verstümmelung liegt aber gerade auch vor, wenn z.B. die Funktionsfähigkeit der Nase auf Dauer verloren geht. Diese Gebrauchseinbuße wird nicht zwangsläufig von Nr. 3 „in erheblicher Weise dauernd entstellt“ erfaßt. Dieses Beispiel zeigt, daß Nr. 2 durchaus einen eigenen Anwendungsbereich auch bei äußeren Gliedern, ohne daß ein Gelenk erforderlich ist, umschreibt.²¹⁴¹

Die vorausgesetzte Einschränkung, wonach das Glied ‚wichtig‘ sein muß, ist mit der Rechtsprechung anhand der generellen Bedeutung im Gesamtorganismus zu bemessen.²¹⁴² Die besondere individuelle Betroffenheit gewinnt im Rahmen der Strafzumessung, § 46 Abs. 2 StGB Bedeutung.²¹⁴³

Das 6. Strafrechtsreformgesetz hat dem Verlust²¹⁴⁴ des Glieds die dauernde Unbrauchbarkeit zur Seite gestellt. Damit wurde die kriminalpolitisch unbefriedigende Regelungslücke, wonach unter der Geltung des § 224 StGB a.F. z.B. die Versteifung eines Kniegelenks nicht als Verlust eines wichtigen Glieds galt,²¹⁴⁵ geschlossen.²¹⁴⁶ Die hiergegen gerichtete Kritik, wonach ein steifes Bein immer noch gewisse Funktionen habe und daher besser als ein künstliches Bein sei, vermag aus

²¹³⁸ Vgl. BGHSt 28, 100; Wessels/ Hettinger, Strafrecht Bes. Teil/1, Rn. 288; a.A. Otto, Die einzelnen Delikte, § 17 Rn. 6; Rengier, Strafrecht Bes. Teil/ II Rn. 7; Wessels, Strafrecht Bes. Teil/1, 21. Aufl. 1997, Rn. 271.

²¹³⁹ Vgl. Hirsch, LK-StGB, § 224 a.F. Rn. 8; Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, § 226 Rn. 3; Paefßen, NK-StGB, § 224 a.F. Rn. 14.

²¹⁴⁰ Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, Band 2, 1. Abteilung, 1844, 99 ff.; Wessels/ Hettinger, Strafrecht Bes. Teil/1, Rn. 288 m.w.N.

²¹⁴¹ Für die vermittelnde Ansicht, wonach auf das Erfordernis der Verbindung durch Gelenke verzichtet wird, vgl. Gössel, Strafrecht Bes. Teil/1, § 14 Rn. 34; Stree, in: Schönke/ Schröder, StGB § 224 a.F. Rn. 2.

²¹⁴² So bereits RGSt 6, 346; 64, 201. Vgl. auch Horn, SK-StGB, § 226 Rn. 10; Paefßen, NK-StGB, § 224 a. F. Rn. 15; Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, § 226 Rn. 7; Wessels/ Hettinger, Strafrecht Bes. Teil/1, Rn. 289. Für den Einbezug individueller Verhältnisse vgl. Hirsch, LK-StGB, § 224 Rn. 9 m.w.N.; Rengier, Strafrecht Bes. Teil/ 11, Rn. 8.

²¹⁴³ Wessels/ Hettinger, Strafrecht Bes. Teil/1, Rn. 289.

²¹⁴⁴ Näher Küper, Strafrecht Bes. Teil, 163 f.

²¹⁴⁵ Zu § 224 StGB a.F. vgl. BGH NJW 1988, 2622; vgl. auch Bericht des Rechtsausschusses BT-Drs. 13/9064, 16.

²¹⁴⁶ Küper, Strafrecht Bes. Teil, 162 f.

strafrechtlicher Sicht nicht zu überzeugen. Rengier²¹⁴⁷ weist zutreffend darauf hin, daß eine Wesentlichkeitsgrenze aufgestellt werden muß, anhand derer reine Funktionsbeeinträchtigungen vom völligen Funktionsverlust abzugrenzen sind. - Letzterer ist anhand einer wertenden Gesamtbetrachtung zu ermitteln. Danach besteht der Funktionsverlust, wenn das Glied im Hinblick auf seine Zweckbestimmung weitgehend unbrauchbar geworden ist.

3. Dauernde, erhebliche Entstellung

Nr. 3 schließlich verlangt, daß das Opfer in erheblicher Weise dauernd entstellt wird oder in Siechtum, Lähmung oder geistige Krankheit oder Behinderung verfällt. Das Opfer ist erheblich entstellt, wenn sein äußeres ästhetisches Erscheinungsbild durch eine körperliche Verunstaltung einschneidend negativ beeinflusst wird. Der Grad der Beeinträchtigung muß zumindest den Wirkungen der sonstigen geringsten Folgen des § 226 gleichkommen.²¹⁴⁸ Eine erhebliche Entstellung liegt i.d.R. vor, wenn das Opfer Teile der Nase²¹⁴⁹ einbüßt. Da das Erscheinungsbild in allen sozialen Situationen geschützt ist, kommt es des weiteren nicht darauf an, ob die Entstellung im Regelfall sichtbar ist.²¹⁵⁰ Die Einschränkung, daß nicht jedwede, sondern nur die dauernde Entstellung von Nr. 3 erfaßt wird, setzt eine immerwährende oder zeitlich unabsehbare Beeinträchtigung voraus.²¹⁵¹ Besteht die Möglichkeit der Wiederherstellung der ästhetischen Erscheinung durch kosmetische Eingriffe oder Zahnbehandlungen und ist sie dem Opfer - auch unter finanziellen Aspekten²¹⁵² - zumutbar, besteht eine nur vorübergehende und damit die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllende Entstellung.²¹⁵³

4. Verfallen in Siechtum, Lähmung etc.

Das Verfallen in Siechtum umschreibt einen schleichenden, den Gesamtorganismus belastenden Krankheitszustand, der einen stetigen Abbau der körperlichen und geistigen Funktionen zur Folge hat. Die Lähmung²¹⁵⁴ hingegen kennzeichnet eine deutlich spürbare Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Bewegungsfähigkeit

²¹⁴⁷ ZStW 111 (1999), 1, 16.

²¹⁴⁸ Zu § 224 StGB a.F. BGH StV 1992, 115.

²¹⁴⁹ BGH bei Dallinger MDR 1957, 627.

²¹⁵⁰ LG Saarbrücken NSTz 1982, 204: Abbrennen der Brustwarzen.

²¹⁵¹ BGHSt 24, 315, 317.

²¹⁵² Vgl. z.B. LG Berlin NSTz 1993, 286.

²¹⁵³ Wessels/ Hettinger, Strafrecht Bes. Teil/ 1, Rn. 292 f. m.w.N.

²¹⁵⁴ Z.B. BGH NJW 1988, 2622: Versteifung eines Kniegelenks.

eines Körperteils, die den Gesamtorganismus in Mitleidenschaft zieht.²¹⁵⁵ Auch hier muß - wie beim Siechtum - ein chronischer Zustand eintreten. Den bisherigen Begriff der ‚Geisteskrankheit‘ hat der Gesetzgeber durch geistige Krankheit oder Behinderung ersetzt. Aufgrund der Systematik und dem Wortlaut ist letztere als geistige Behinderung zu verstehen.²¹⁵⁶ Die rein körperliche Behinderung kann durch die ‚Lähmung‘ oder den Verlust von Gliedern erfaßt werden. Der Betroffenen muß jedoch auch in diesen Zustand verfallen, so daß Schädelverletzungen mit Gehirnbeeileiligung mit nur vorübergehenden Ausfällen nicht erfaßt werden.

II. Körperverletzung mit Todesfolge

Der Tatbestand der Körperverletzung mit Todesfolge, § 227 StGB, setzt voraus, daß der Täter durch die Körperverletzung den Tod der verletzten Person verursacht. Besondere Schwierigkeiten entstehen bei dieser Erfolgsqualifikation im Hinblick auf den Gefahrenzusammenhang zwischen der - gegebenenfalls qualifizierten - Körperverletzung und dem Todeseintritt. Aus Sinn und Zweck der Vorschrift, die gemäß § 12 Abs. 1 StGB ein Verbrechen darstellt, ergibt sich die Notwendigkeit, den Zusammenhang zwischen vorsätzlicher Körperverletzung und zumindest fahrlässiger Todesverursachung nicht anhand der weiten Äquivalenztheorie, sondern der spezifischen Gefahrverwirklichungstheorie zu entscheiden. Erfaßt werden nur solche Körperverletzungen, die mit der spezifischen Gefahr verbunden sind, den Tod des Verletzten zu bewirken. Hierbei ist entgegen der Rechtsprechung²¹⁵⁷ und Teilen der Lehre²¹⁵⁸ auf einen gefahrenspezifischen Zusammenhang zwischen dem Erfolg der Körperverletzung und dem Todeseintritt abzustellen.²¹⁵⁹ Denn trotz des Klammerverweises in § 227 Abs. 1 StGB, welcher auch §§ 223 Abs. 2, 225 StGB betrifft, ergibt sich aus der Formulierung von § 227 StGB „Tod der verletzten Person“ und dem

²¹⁵⁵ Näher Küper, Strafrecht Bes. Teil, 242.

²¹⁵⁶ Hörnle, Jura 1998, 169, 179; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 226 Rn. 4; Schroth, NJW 1998, NJW 1998, 2962, 2862; Tröndle, in: Tröndle/Fischer, StGB, § 226 Rn. 13; Wolters, JuS 1998, 582, 585. Rengier will darüber hinaus auch die seelische Behinderung mit einbeziehen, ZStW 111 (1999), 1, 18.

²¹⁵⁷ BGHSt 31, 96 mit Bespr. Puppe, NStZ 1983, 22 und Maiwald, JuS 1984, 439; BGH NStZ 1995, 287.

²¹⁵⁸ Rengier, Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, 214; Wessels/Hettinger, Strafrecht Bes. Teil, 299.

²¹⁵⁹ Statt vieler Hirsch, LK-StGB, § 226 a.F. Rn. 3; Krey, Strafrecht Bes. Teil/ 1, Rn. 266 ff.; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 227 Rn. 2; Küpper, Strafrecht Bes. Teil/I, § 2 Rn. 29; a.A. Rengier, ZStW 111 (1999) 1, 20 aufgrund des Klammerweises.

typischen Ablauf von Verletzungsgeschehen, daß der Tod aus der vorsätzlich zugefügten Schädigung hervorgehen muß.

III. Anwendbarkeit auf ärztliche Behandlungen?

Wird durch die nicht kunstgerechte ärztliche Behandlung mit (Eventual)-Vorsatz der Körper mißhandelt bzw. die Gesundheit geschädigt und führt dieser Erfolg unmittelbar und sorgfaltswidrig zu einer der in §§ 226, 227 StGB bezeichneten Folgen, so besteht kein plausibler Grund, die Anwendbarkeit dieser Qualifikationen aufgrund der ärztlichen Berufsausübung von vornherein abzulehnen. Ist dem Arzt im Hinblick auf die schwere Folge eine ‚berufsmäßige Fahrlässigkeit‘ zur Last zu legen, so kann das für alle geltende Strafrecht für nicht eine bestimmte berufliche Tätigkeit eingeschränkt werden.²¹⁶⁰ Die Erfolgsqualifikationen der §§ 226, 227 StGB setzen nicht allein die vorsätzliche Körperverletzung plus das Eintreten der fahrlässig verursachten Folge voraus. Vielmehr ist zwischen dem Erfolg des Grunddelikts und dem Eintritt der schweren Folge eine spezifische Umittelbarkeitsbeziehung zu fordern, so daß sich der qualifizierende Erfolg gerade aus dem Ersterfolg entwickelt. Trotzdem ist im Falle der vorsätzlich eigenmächtigen, jedoch kunstgerechten Behandlung die Anwendung von § 226 StGB nicht grundsätzlich verschlossen.²¹⁶¹ Unterstellt, ein Arzt amputiert einen Fuß oder entfernt die noch funktionsfähigen Keimdrüsen im positiven Wissen oder mit Eventualvorsatz dahingehend, daß der Patient bzw. die Patientin in diese Maßnahme weder tatsächlich wirksam eingewilligt hat noch die Voraussetzungen einer mutmaßlichen Einwilligung noch des Notstandes vorliegen, so maßt er sich eine nicht hinzunehmende Vernunftshoheit mit massiven körperlichen und gegebenenfalls gesundheitlichen Auswirkungen über einen autonomen Dritten an. Dieses Verhalten verwirklicht aufgrund der eingetretenen Folgen - völlig unabhängig davon, ob der Arzt nun lege artis vorgegangen ist oder nicht - das im Vergleich zum Grundtatbestand der Körperverletzung wesentlich erhöhte Unrecht der schweren Körperverletzung. Denn für den Patienten, der es vorzieht, mit zwei Beinen zu sterben als amputiert zu leben, das Karzinom an den Geschlechtsorganen oder das Myom an der Gebärmutter nicht entfernen zu lassen,

²¹⁶⁰ Zu der bereits im vorherigen Jahrhundert diskutierten Einschränkung bzw. Erweiterung der strafrechtlichen Haftung für berufsmäßige Fahrlässigkeit vgl. z.B. stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, 2. Band, 34. Sitzung.

²¹⁶¹ A.A. Hirsch, LK-StGB, vor § 223 Rn. 3.

um damit entweder als ‚vollständiger‘ Mensch aus dem Leben zu scheiden²¹⁶² oder das Risiko einer gegebenenfalls tödlich verlaufenden weiteren Schwangerschaft einzugehen, macht es für die weitere Lebensplanung sehr wohl einen Unterschied, daß der unbefugte Eingriff die schwere Folge des § 226 StGB ausgelöst hat. Demgemäß ist das körperbezogene Selbstbestimmungsrecht durchaus quantifizierbar.²¹⁶³ Der Hinweis darauf, daß der Eingriff *lege artis* durchgeführt wurde, erscheint in diesem Kontext aus Sicht des Opfers wenig hilfreich. Hier von einem „völlig inadäquaten strafrechtlichen Risiko“²¹⁶⁴ für den Arzt zu sprechen, betont zwar die Interessen der Behandlungsseite, läßt aber außer Acht, daß die wohlmeinende ärztliche Fürsorge auch ihre strafrechtliche Grenze an der aufgeklärten körperbezogenen Entscheidung des Patienten und damit eines im Regelfall²¹⁶⁵ vernunftbegabten, autonomen Individuums findet.

Vorgehend wurde bereits dargelegt, daß im Rahmen von § 227 StGB der Tod aus der vorsätzlich zugefügten Schädigung als solcher hervorgehen muß. Zwar kann der Erfolg der Körperverletzung auch in der Beeinträchtigung der körperbezogenen Autonomie liegen. Es ist jedoch schwerlich ein Fall denkbar, in dem sich aus der Schädigung der Autonomie im Sinne des Verletzungserfolges der Tod des Patienten unmittelbar entwickelt, so daß die Verletzung der Verfügungsfreiheit grundsätzlich nicht geeignet erscheint, die Erfolgsqualifikation des § 227 StGB unmittelbar zu bedingen.

²¹⁶² Eindrucksvoll Peter Noll, Diktate über Leben und Sterben.

²¹⁶³ A. A. Horn, SK-StGB, § 223 Rn. 38.

²¹⁶⁴ So aber Katzenmeier, ZRP 1997, 156, 157; ähnlich Hartmann, Eigenmächtige und fehlerhafte Heilbehandlung, 70 f.

²¹⁶⁵ Wenn es hieran fehlt, liegt es - abgesehen vom Notfall - nicht beim Arzt, sondern beim Betreuer, die Entscheidung für den Patienten zu treffen, vgl. unter § 14 Punkt V. der Abhandlung.

§ 20 Zusammenfassung

Bedingt durch die vielfältigen Erkenntnisse und Fortschritte in der Medizin und den Einsatz moderner Technologien sind der Körper und die Gesundheit des Menschen heute dem medizinischen Zugriff in hohem Maße zugänglich geworden. Bereits im Rahmen der künstlichen Befruchtung befindet sich das in der Entstehung begriffene menschliche Leben im Mittelpunkt planender Intervention. Humangenetische Untersuchungen ermöglichen ein frühzeitiges Erkennen, in heute noch seltenen Fällen auch Therapieren von genetisch bedingten Krankheitsdispositionen. Der geborene Mensch sieht sich unzähligen medizinischen Diagnose- und Therapiemöglichkeiten gegenüber und wenn das erlöschende Leben seinem Ende entgegentritt, wird es häufig von der Medizin begleitet. Nicht zuletzt, weil ursprüngliche Schranken des medizinischen Wissens und Wirkens gefallen sind, müssen sich sowohl Ärzte wie Patienten unter Beachtung zum Teil völlig neuer Rahmenbedingungen über neue Handlungsmaximen verständigen und die hierbei verfolgten Zwecke sittlich verantworten. Die Notwendigkeit strafrechtlicher Grenzziehung im medizinischen Umgang mit dem lebenden Menschen wird grundlegend von der Frage bedingt, welcher Status dem Menschen und damit seiner körperlichen Unversehrtheit zukommt.

Die Rechtsprechung sowie die ihr beitretenen Stimmen aus der Lehre sehen sich seit der bahnbrechenden, viel gescholtenen und gelobten Ausgangsentscheidung des Reichsgerichts²¹⁶⁶ zur strafrechtlichen Beurteilung des ärztlichen Eingriffs mit dem Problem konfrontiert, daß sie die geschützten Rechtsgüter Körper und Gesundheit sowie das spezifische Unrecht der Delikte gegen die körperliche Unversehrtheit allzu naturalistisch interpretieren. Ein Schnitt in den Körper eines lebenden Menschen ist zwar ein Schnitt. Er muß jedoch weder eine körperliche Mißhandlung noch ein Schädigen der Gesundheit bedeuten. Daher ist das alte und oft herangezogene Argument, wonach der im Rahmen eines ärztlichen Eingriffs *lege artis* geführte Schnitt mit dem eines Raufbolds und Messerstechers in keiner Weise vergleichbar ist, absolut schlagend. Allein auf das Bluten, auf die vorübergehende Wunde abzustellen, bedeutet das Warum und damit die Sinnhaftigkeit des Eingriffs völlig außer acht zu lassen. Wenn es zu früheren Zeiten aufgrund der noch in den Anfängen steckenden modernen Medizin unter Umständen gerechtfertigt gewesen sein mag, eine höhere Skepsis gegenüber ärztlichen Behandlungen zu bewahren und damit an ihrer objektiven Ausrichtung am Wohl des Patienten zu zweifeln, so kann spätestens

²¹⁶⁶ RGSt 25, 375 ff.

seit der Fortentwicklung und Ausdifferenzierung der heutigen medizinischen Möglichkeiten - zu denken ist an die Vielzahl äußerst komplexer Operationen, deren nur andeutungsweise Aufzählung die Abhandlung bei weitem sprengen würde - die Körperverletzungsdoktrin nicht mehr aufrechterhalten werden. Die Kluft zwischen kriminellen, den Körper des Menschen mißhandelnden oder dessen Gesundheit beschädigenden Handlungsweisen und der ärztlichen Behandlung entsprechend den Grundsätzen der *lex artis* hat sich so stark vergrößert, daß der sie vereinigende Bogen der Rechtsprechung zum Bersten gespannt ist. Aber auch die späte Berücksichtigung der Entscheidungsautonomie des Rechtsgutsträgers auf der Ebene der Rechtswidrigkeit²¹⁶⁷ beinhaltet ‚Vor-Wertungen‘, die mit dem verfassungsrechtlichen Bild des selbstbestimmten Menschen schwerlich in Einklang zu bringen sind.

Gegen die Literaturstimmen, die das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit objektiv biologisch bestimmen²¹⁶⁸ und Verletzung der körper- und gesundheitsbezogenen Verfügungsbefugnis damit allein den Freiheitsdelikten zuordnen, erhebt sich das unüberwindliche Bedenken, daß eine Trennung der Rechtsgüter Körper und Gesundheit vom hierauf gerichteten menschlichen Willen nicht sachgerecht ist. Ganz abgesehen von den hierbei auftretenden, nicht hinnehmbaren Strafbarkeitslücken, nimmt diese Ansicht zu Unrecht an, daß die notwendig mit der Körperlichkeit und der Gesundheit verbundene Autonomie im Sinne eines Reflexes zu verstehen sei.²¹⁶⁹ Dies hat zur nicht hinnehmbaren Folge, daß der Individualrechtsgüterschutz durch gesellschaftliche Interessen überlagert bzw. verdrängt wird.²¹⁷⁰ Richtig ist vielmehr, daß der körper- und gesundheitsbezogenen Verfügungsfreiheit eine eigene Schutzrichtung immanent ist.²¹⁷¹ Denn der Zustand von Körper und Gesundheit wird grundlegend durch den im Normalfall willensgesteuerten Umgang des Rechtsgutsträgers mit den ihm zugeordneten Gütern bestimmt.

‚Wer heilt, hat recht‘ - heißt es, aber - im Lichte der Verfassung betrachtet - nicht ohne den entsprechenden autonomen Willen des betroffenen Kranken. Durch diese Erkenntnis hat sich bereits das Reichsgericht leiten lassen. Insoweit gelten seine Ausführungen heute noch mit unverminderter Aktualität.²¹⁷² Denn das durch persönliche Wertvorstellungen geprägte Interesse kann niemand besser beurteilen,

²¹⁶⁷ So die Rechtsprechung bis hin zu BGH NStZ 1996, 34 mit Anm. Ulsenheimer, NStZ 1996, 132 f. und Teile des Schrifttums, vgl. Arzt/ Weber, Strafrecht Bes. Teil, LH 1, Rn. 320; Cramer, in: Festschrift Lenckner, 761, 776 ff.; Schwalm, in: Festschrift Bockelmann, 539, 547.

²¹⁶⁸ Nachweise unter § 3 Punkt II. 2 der Abhandlung.

²¹⁶⁹ So aber Katzenmeier, ZRP 1997, 156, 158.

²¹⁷⁰ Vgl. Eser, in: Festschrift Hirsch, 465, 467.

²¹⁷¹ Vgl. § 5 Punkt II. 5 f. der Abhandlung.

²¹⁷² RGSt 25, 375 ff.; vgl. hierzu Schreiber, in: Festschrift Hirsch, 713 ff.

als der Betroffene selbst. Die medizinische Fachkompetenz verleiht der Behandlungsseite keineswegs die rechtliche Befugnis, über die Rechtssphäre des Patienten zu verfügen und dessen Körper bzw. Gesundheit zum Gegenstand gut gemeinter ärztlicher Behandlungen zu machen.

Mit dieser Auslegung wird weder die zwischen Körper- und Freiheitsdelikten verlaufende Grenze verwischt²¹⁷³ noch das System der gesetzlichen Tatbestände in rechtsstaatlich bedenklicher Weise aufgelöst,²¹⁷⁴ sondern ganz im Gegenteil dem verfassungsrechtlich verankerten Stellenwert der körperbezogenen Entscheidungsautonomie in angemessener Weise Rechnung getragen.

Schützen damit die §§ 223, 229 StGB neben dem biologischen Zustand des Körpers und seiner Funktionen als zweites Rechtsgut das hierauf bezogene Selbstbestimmungsrecht,²¹⁷⁵ so ist die Einwilligung bereits als Tatbestandsfrage eingeordnet. Dies gilt - in Abweichung zur modifizierten Erfolgslösung²¹⁷⁶ - für alle Sachverhalte und nicht allein für wesentliche Substanzeinbußen. Im Gegensatz zur Lehre, die allein das biologische Wohl durch §§ 223, 229 StGB als geschützt ansieht,²¹⁷⁷ wird der gelingende, aber eigenmächtige Heileingriff grundsätzlich vom Regelungsbereich der Delikte gegen die körperliche Unversehrtheit erfaßt.

Ob eine ärztliche Behandlung den Straftatbestand der vorsätzlichen Körperverletzung erfüllt, bemißt sich danach, ob der in § 223 StGB vorausgesetzte Handlungs- und Erfolgsunwert verwirklicht ist.²¹⁷⁸ Der Handlungsunwert des körperlichen Mißhandelns wird im Rahmen der ärztlichen Behandlung wesentlich durch das Arzt-Patienten-Verhältnis geprägt. Das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient, aber auch die fachliche und sachliche Abhängigkeit des Patienten vom Spezialisten bedingen die Pflicht zur Einhaltung der *lex artis* bei medizinischen Eingriffen. Die im Lichte der Verfassung auszulegenden Rechtsgüter Körper und Gesundheit gebieten zudem die Beachtung des Patientenwillens. Eine üble, unangemessene Behandlung und damit eine körperliche Mißhandlung ist demzufolge zu verneinen, wenn der Arzt *lege artis* und mit wirksamer Einwilligung des Patienten vorgeht - und zwar unabhängig vom tatsächlichen Gelingen des Eingriffs. Fehlt eine dieser Komponenten und handelt der Arzt insoweit zumindest mit *dolus eventualis*, so ist der Handlungsunwert verwirklicht. In der Folge stellt sich sodann die Frage nach

²¹⁷³ So aber Bockelmann, JZ 1962, 527f. Katzenmeier, ZRP 1997, 156, 158.

²¹⁷⁴ Vgl. aber Eb. Schmidt, JR 1958, 226 ff.; Niese in: Festschrift Eb. Schmidt, 364, 366.

²¹⁷⁵ Für die Berücksichtigung auch des Selbstbestimmungsinteresses vgl. Tröndle, StGB § 223 Rn. 9b.

²¹⁷⁶ Eser, in: Schönte/ Schröder, StGB, Rn. 32 ff.

²¹⁷⁷ Vgl. Hirsch, LK-StGB, vor § 223 Rn. 3 mit zahlreichen Nachweisen.

²¹⁷⁸ Ausführlich hierzu unter § 11 Punkt VI.

dem Erfolgsunwert der körperlichen Mißhandlung. Dieser besteht im kausalen, zurechenbaren und vorsätzlichen Bewirken einer nicht unerheblichen Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens oder der körperlichen Unversehrtheit. Beispiel hierfür ist das Zufügen von nicht nur geringfügigen Schmerzen aufgrund einer der lex artis nicht entsprechenden Behandlung oder auch das Erdulden müssen der Folgen einer eigenmächtigen Operation. Beschränkt sich der Eingriff auf den Bagatellbereich - zu denken ist an eine eigenmächtige Ultra-Schall-Untersuchung von Einwilligungsunfähigen²¹⁷⁹ - so ist bei fehlender negativer Beeinflussung des körperlichen Wohlbefindens der Erfolgsunwert der körperlichen Mißhandlung nicht gegeben.

Die Modalität ‚an der Gesundheit Schädigen‘ erfordert eine ex-ante-Betrachtung des prognostizierten medizinischen Gesamtgeschehens. Entspricht das ärztliche Vorgehen der lex artis und beruht es auf der aufgeklärten Einwilligung des Patienten, ist weder der Handlungs- noch der hierauf gerichtete Erfolgsunwert der Gesundheitsschädigung verwirklicht - und zwar unabhängig vom Gelingen der Behandlung.

Wurde hingegen durch das vorsätzliche Außerachtlassen der lex artis ein neuer pathologischer Zustand geschaffen oder ein vorhandener intensiviert, liegt der Tatbestand der Gesundheitsschädigung ebenso vor wie wenn die gesundheitsbezogene Verfügungsbefugnis des Patienten im Rahmen eigenmächtiger Heilbehandlung mißachtet wurde. Demzufolge sieht sich das geltende Recht - sowohl von der Rechtsguts- wie von der Tatbestandsebene her betrachtet - durchaus in der Lage, die Problematik der ‚ärztlichen Behandlung als Körperverletzung?‘ sachgerecht zu lösen. Die Rechtslage zeigt sich damit keineswegs so unzulänglich, wie sie von der Kritik wiedergegeben wird. Zwar mag es Bereiche geben, in denen aus Gründen der Rechtsklarheit²¹⁸⁰ eine gesetzliche Regelung diskussionswürdig erscheint. Als Beispiel sei der Komplex der bislang überwiegend gewohnheitsrechtlich anerkannten Einwilligung genannt.²¹⁸¹ Dieser Fragenkreis sollte jedoch seiner Allgemeinheit wegen im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches geregelt werden. Eine Sonderregelung für den Bereich der ärztlichen Behandlung und damit gegebenenfalls ein stigmatisierendes Sonderstrafrecht für die Berufsgruppe der Ärzte oder allgemeiner,

²¹⁷⁹ § 229 E 1996 wollte diesen Bereich mit in die Strafbarkeit einbeziehen, vgl. Begründung, 134 sowie Freund, ZStW 109 (1997), 455, 478.

²¹⁸⁰ Tröndle, in: Tröndle/ Fischer, StGB, § 223 Rn. 9b sieht aufgrund der dogmatisch schwer faßbaren Problematik der Heilbehandlung gesetzlichen Handlungsbedarf.

²¹⁸¹ Schreiber, Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung 1998, 568, 571, sieht in dem Verzicht auf Festlegung der Voraussetzungen einer wirksamen Aufklärung einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG.

der in Heilberufen Tätigen,²¹⁸² empfiehlt sich aufgrund der weitreichenden Implikationen nicht. Da dennoch etliche Stimmen einer Reform des Arztstrafrechts entgegensehen oder sie gar einfordern,²¹⁸³ darf man gespannt sein, ob der Gesetzgeber in naher Zukunft den reklamierten Auftrag angeht. Aus diesem Grunde soll - der Vollständigkeit halber - im folgenden noch auf die unlängst erbrachte Vorleistung des Gesetzgebers, den Referentenentwurf aus dem Jahre 1996, eingegangen werden.

²¹⁸² Der Einwand, eine Stigmatisierung sei nicht zu befürchten, da der Straftatbestand nicht allein Ärzte betreffe, so Hirsch, in: Gedächtnisschrift Zipf, 353, 360, ist m.E. nicht stichhaltig. Denn trotz der Öffnung jenseits der „Tätergruppe Ärzte“ würden in der überwiegenden Zahl der Fälle die in Heilberufen Tätigen erfassen werden.

²¹⁸³ Eser, in: Festschrift Hirsch, 465 ff. ; kritisch Schreiber, in: Festschrift Hirsch, 713, 724.

§ 21 Ein Sonderstrafatbestand der fehlerhaften und der eigenmächtigen Heilbehandlung?

I. Beweggrund einer Strafrechtsänderung

Es war die im Jahr 1996 vom Justizministerium in Form eines Referentenentwurfs zur Regelung der eigenmächtigen und fehlerhaften Heilbehandlung unternommene Bemühung, die die zwar zur Ruhe gekommene, aber dennoch nicht erloschene traditionsreiche Diskussion²¹⁸⁴ um ein Sonderstrafrecht für Ärzte wiederbelebte und etliche Stimmen aus dem juristischen Schrifttum sowie die Bundesärztekammer²¹⁸⁵ bewog, eine Lanze für²¹⁸⁶ oder gegen²¹⁸⁷ dieses Reformvorhaben zu brechen.

Im Unterschied zu sonstigen Gesetzesvorhaben schien nicht die Zahl der rechtskräftigen Verurteilungen von Ärzten wegen berufsspezifischen Fehlverhaltens Dringlichkeit und Berechtigung des Vorstoßes zu belegen. So liegt die Zahl rechtskräftiger Strafurteile bei etwa 5 % der eingeleiteten Ermittlungsverfahren. Die Einstellungsquote mangels hinreichenden Tatverdachts bzw. gegen Zahlung einer Geldbuße bewegt sich weit über dem Bundesdurchschnitt,²¹⁸⁸ wobei jährlich von ca. 3.000 staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahren wegen eines ‚Kunstfehlers‘ gegen Ärzte auszugehen ist.²¹⁸⁹ Diese geringe Zahl an Verurteilungen und die hohe Einstellungsquote können aber auch trügerisch erscheinen. Möglicherweise bietet das geltende Recht oder die bisherige Auslegung der einschlägigen Straftatbestände zu wenig Schutz,²¹⁹⁰ so daß die ‚Kunstfehlerwirklichkeit‘ oder die Eigenmächtigkeit

²¹⁸⁴ Laufs, in: Laufs/ Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 6 Rn. 26, bezeichnete die Kontroverse bereits als Rechtsgeschichte.

²¹⁸⁵ Im Februar 1997 veranstaltete die Bundesärztekammer ein Seminar über die in dem Vorentwurf des sechsten Strafrechtsreformgesetzes vorgesehenen Vorschriften, wobei die Vertreter der Ärzteschaft und der medizinischen Wissenschaft erklärten, daß sie eher mit der Einstufung der ärztlichen Eingriffe als Körperverletzung leben könnten als mit einer völligen Neustrukturierung der Tatbestände, näher Schroeder, Besondere Strafvorschriften gegen Eigenmächtige und Fehlerhafte Heilbehandlung? 12.

²¹⁸⁶ Eser, in: Festschrift Hirsch, 465 ff.; Hartmann, Eigenmächtige und fehlerhafte Heilbehandlung, 76 ff.; Hirsch, in: Gedächtnisschrift Zipf, 535 ff.; Katzenmeier, ZRP 1997, 156 ff., wobei der konkrete Reformvorschlag kritisch bewertet wird.

²¹⁸⁷ Cramer, in: Festschrift Lenckner, 761 ff.

²¹⁸⁸ Ulsenheimer, MedR 1987, 208; ders., Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 1.

²¹⁸⁹ Ulsenheimer, a.a.O., Rn. 1.

²¹⁹⁰ Wogegen allerdings die Rechtswirklichkeit in Österreich spricht. Die Einführung des Straftatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung, § 110 öStGB, hat keine Zunahme einschlägiger Verfahren zur Folge gehabt. Ganz im Gegenteil. Die Verurteilungen sind

nicht wirksam erfaßt wird und damit zumindest Handlungsbedarf im Hinblick auf eine zeitgemäße rechtliche Würdigung der ärztlichen Behandlung besteht.

Maßgebend für die Reformüberlegungen waren aber eher rückschrittliche Überlegungen zum strafrechtlich geschützten Rechtsgut der ‚Körperverletzung‘. Diesen Betrachtungen lag die - im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Bedeutung der körper- und gesundheitsbezogenen Autonomie sowie das ‚Mensch-Sein‘ als untrennbare Einheit von biologischer Existenz, Seele und Geist bedenkliche - Ansicht zugrunde, daß der Tatbestand der Körperverletzung neben dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit nicht auf das mitgewährleistete Selbstbestimmungsrecht des Patienten zugeschnitten sei und sich demzufolge im Bereich der eigenmächtigen Heilbehandlung Probleme ergeben; dies insbesondere, wenn die ärztlich angezeigte, lege artis durchgeführte Behandlung die Gesundheit verbessere. Darüber hinaus wurde die Gefahr der Anwendbarkeit von Qualifikationsvorschriften beschworen.²¹⁹¹ Auch sollte die fahrlässig eigenmächtige Heilbehandlung nicht unter Strafe gestellt werden.²¹⁹² Denn diese tangiere primär das Selbstbestimmungsrecht, die Deliktswelt des StGB stelle diesbezügliche Eingriffe jedoch allein bei vorsätzlichem Handeln unter Strafe.²¹⁹³ Damit tritt der eigentliche Beweggrund einer Strafrechtsänderung hervor, der ebenso alt ist wie der Streit um die rechtliche Qualifikation der ärztlichen Behandlung: Die viel beschworene „Hypertrophie des Strafrechts“²¹⁹⁴ läßt auch hier den Ruf nach Entkriminalisierung laut werden.²¹⁹⁵

II. Tradition der Reformvorhaben

Das wiederum angegangene Problem ist - es wurde hier bereits mehrfach angesprochen - ganz und gar nicht neu, sondern beschäftigt das Schrifttum und die Reformgesetzgeber seit dem Beginn des 20. Jahrhunderts. Als der Deutsche Juristentag 1962 sich mit der Thematik „Empfiehl es sich, daß der Gesetzgeber die Fragen der ärztlichen Aufklärungspflicht regelt?“ befaßte, war der Themenkomplex durch das Gutachten des exponierten Arztstrafrechtlers Eberhard Schmidt²¹⁹⁶ und durch

sehr selten, vgl. Schmoller, in: Triffterer (Hrsg.), StGB-Kommentar, § 110 Rn. 15.

²¹⁹¹ Referentenentwurf 1996, 90 ff.

²¹⁹² Vgl. Hirsch, Gedächtnisschrift Zipf, 353, 361, der hierin den sachgerechten Grund sieht, die Strafbarkeit wegen Eigenmächtigkeit umfangmäßig zu reduzieren.

²¹⁹³ Referentenentwurf 1996, 140 ff.

²¹⁹⁴ Vgl. bereits Frank in einem Vortrag aus dem Jahre 1897 mit dem Titel „Die Überspannung der staatlichen Strafgewalt“, ZStW 18, 733.

²¹⁹⁵ Deutlich Katzenmeier, ZRP 1997, 156, 160.

²¹⁹⁶ Eb. Schmidt, Gutachten für den 44. DJT, Tübingen 1962.

zahlreiche sonstige Beiträge aus dem Schrifttum wie die vorangegangenen Reformdiskussionen um den E 1962 gut vorbereitet. Aber auch im Verlauf der Diskussionen des von Baumann und weiteren Professoren²¹⁹⁷ vorgelegten Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil/1, sowie des Referentenentwurfs 1996 wurde das Terrain durch unzählige kontroverse - auch rechtsvergleichende - Untersuchungen²¹⁹⁸ und Debatten abgesteckt. Im wesentlichen ging es immer darum, ob das bestehende Recht beibehalten werden sollte, oder ob es an der Zeit sei, Alternativen zu beschließen. Der jüngste Entwurf zur Regelung des Rechts der Heilbehandlung fand bereits im Vorfeld der Beratungen keine Mehrheit.

III. Referententwurf 1996

1. Wortlaut

Der Referentenentwurf war mit folgendem Wortlaut gefaßt:

§ 229 Eigenmächtige Heilbehandlung

- (1) Wer ohne wirksame Einwilligung bei einer anderen Person einen körperlichen Eingriff oder eine andere deren körperliche Integrität oder deren Gesundheitszustand nicht nur unwesentlich beeinflussende Behandlung vornimmt, um bei ihr oder ihrer Leibesfrucht vorhandene oder künftige körperliche oder seelische Krankheiten, Schäden, Leiden, Beschwerden oder Störungen zu erkennen, zu heilen, zu lindern oder ihnen vorzubeugen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. § 226 gilt sinngemäß.
- (2) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn die Behandlung
 1. der Erprobung einer neuen Behandlungsmethode dient, ohne daß dies im Interesse der behandelten Person oder ihrer Leibesfrucht geboten ist, oder
 2. unter Abwägung des mit ihr verfolgten Zwecks und einer mit ihr für die behandelte Person verbundenen Gefährdung nicht verantwortet werden kann.

²¹⁹⁷ Hierzu Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Bes. Teil, 1. Halbband, Tübingen 1970.

²¹⁹⁸ Eine Darstellung der Heilbehandlung in rechtsvergleichender Perspektive findet sich bei Eser, in: Festschrift Hirsch, 465 ff.

Fortsetzung Reformentwurf 1996 § 229:

- (3) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, daß
1. sie unter den in Abs. 2 Satz 2 genannten Voraussetzungen begangen ist oder
 2. die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.
- Stirbt die verletzte Person, so geht das Antragsrecht nach § 77 Abs. 2 auf die Angehörigen über.

§ 230 Fehlerhafte Heilbehandlung

- (1) Wer fahrlässig durch einen Behandlungsfehler eine andere Person im Rahmen einer den in § 229 Abs. 1 S. 1 bezeichneten Zwecken dienenden Behandlung an ihrer Gesundheit schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bei zu drei Jahre oder mit Geldstrafe bestraft.
- (2) § 229 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 gilt entsprechend.

2. Die Vorschriften im einzelnen

Der Vorschrift über die eigenmächtige Heilbehandlung, § 229 E 1996, liegt die Intention zugrunde, körperliche Eingriffe und ähnliche Behandlungsmaßnahmen zu Heilzwecken und damit insbesondere ärztliche Heileingriffe mittels einer Sonderregelung eigenständig zu regeln. In Absatz 2 hat der Gesetzgeber zu strafschärfenden Regelbeispielen gegriffen. § 229 E 1996 erfaßt allein die vorsätzliche, eigenmächtige Behandlung, ohne daß eine medizinische Indikation oder die kunstgerechte Ausführung verlangt würde.²¹⁹⁹ Die aufgrund eines Behandlungsfehlers zu gesundheitlichen Schäden führende fahrlässig fehlerhafte Heilbehandlung wird durch § 230 E 1996 geregelt. Eine Strafbarkeit wegen vorsätzlich fehlerhafter sowie fahrlässig eigenmächtiger Behandlung sieht der Reformvorschlag nicht vor.

Der Reformvorschlag beruht auf der Intention, etliche Themenbereiche der strafrechtlichen Arzthaftungsdiskussion aufzunehmen und einer zeitgemäßen Lösung zuzuführen. Zugleich wirft er aber zahlreiche Fragen auf, die es im Ergebnis unvermeidbar erscheinen ließen, ihn im Rahmen des sechsten Strafrechtsreformgesetzes zu verabschieden.²²⁰⁰ Erörterungsbedürftig ist vor allem ein zentraler Punkt der strafrechtlichen Arzthaftungsdiskussion: Welche Rechtsgüter sollten die Sonderstrafatbestände schützen? Während § 230 E 1996 das Schädigen der Gesundheit mit

²¹⁹⁹ Begründung des Reformvorschlages, 94.

²²⁰⁰ Näher Freund, ZStW 109 (1997), 455, 477; Müller, DRiZ 1998, 155 ff.

Strafe bedroht und damit die körperliche Unversehrtheit vor fahrlässig fehlerhaften Behandlungsfehlern schützen wollte,²²⁰¹ unterstellt § 229 E 1996 die von Heilzwecken getragene, jedoch ohne Einwilligung vorgenommene Behandlung - frei von weiteren Einschränkungen, z.B. im Sinne des Vorgehens *lege artis*, - dem Straftatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung. Scheint damit die Entscheidungsautonomie des Patienten im Vordergrund der Regelung über die eigenmächtige Heilbehandlung zu stehen,²²⁰² so läßt ihre systematische Stellung an dieser Feststellung zweifeln - zumal die Vorschrift unter dem Titel „Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit“²²⁰³ zu finden ist. Sieht man noch genauer hin, so ist eine Koppelung von Autonomie und körperlicher Unversehrtheit - entsprechend der Regelung des § 223 StGB - unverkennbar. So knüpfen die Regelbeispiele an das körperlich-biologische Integritätsinteresse an. Denn die mit der Erprobung einer neuen Behandlungsmethode verbundene Gefährdung stellt nach Abs. 2 Nr. 2 auf die körperlich-biologische Unversehrtheit ab.²²⁰⁴ Aufgrund des sich hier abzeichnenden doppelten Schutzgutes hätte der Reformvorschlag im Vergleich zum geltenden Recht²²⁰⁵ der einfachen bzw. fahrlässigen Körperverletzung zunächst keine Veränderung bewirkt.

Eine zeitgemäße Entwicklung zeichnet sich jedoch im Hinblick auf den Schutzzumfang des Rechtsguts der körperlichen Unversehrtheit ab. Die ärztliche Behandlung war herkömmlicherweise darauf gerichtet, Krankheiten zu heilen und Leiden zu lindern. Die Fortschritte auf dem Gebiet der Psychologie sowie der Erzeugung von Psychopharmaka eröffnen jedoch Wege der Willensbeeinflussung, die die Persönlichkeit des Patienten in Frage stellen und eine Neudefinition der Gesundheit erfordern. Diese Entwicklung hat der Referentenentwurf zutreffend erkannt, indem auch der Schutz der seelischen Gesundheit²²⁰⁶ mit aufgenommen wurde. Der Reformvorschlag zeichnet sich aber durch zwei Besonderheiten aus: zum einen sollten die Qualifikationstatbestände der gefährlichen, § 224 StGB, und schweren, § 226 StGB, Körperverletzung bzw. der Körperverletzung mit Todesfolge²²⁰⁷ nicht auf die eigenmächtige Heilbehandlung anwendbar sein, zum anderen wurde die fahrlässig eigenmächtige Heilbehandlung nicht unter Strafe gestellt. Bereits an früherer Stelle wurde dargelegt, daß es - entgegen zahlreichen

²²⁰¹ Begründung, 141.

²²⁰² So auch die Begründung S. 91 ff., 140.

²²⁰³ Vgl. auch Cramer, in: Festschrift Lenckner, 761, 766.

²²⁰⁴ Begründung, 140 f.

²²⁰⁵ Wohl aber zur Rechtfertigungsdoktrin der ständigen Jurisdiktion.

²²⁰⁶ Begründung, 135 ff.

²²⁰⁷ So auch Schroeder, Besondere Strafvorschriften gegen Eigenmächtige und Fehlerhafte Heilbehandlung? 24 f.

anderslautenden Stimmen - keinen sachlichen Grund gibt, die Qualifikationstatbestände nicht auf die ärztliche Behandlung anzuwenden, sofern die entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.²²⁰⁸ Davon abgesehen muß sich der Reformgesetzgeber fragen lassen, aus welchem Grund die Qualifikationstatbestände unanwendbar sein,²²⁰⁹ die Tötungsdelikte hingegen ohne Einschränkung gelten sollen.²²¹⁰ Zeigt doch die Rechtsentwicklung mit völliger Klarheit, daß es selbst bei Einhaltung der *lex artis* Fälle gibt, in denen zumindest der Eventualvorsatz mit Blick auf den durch ärztliches Handeln verursachten Tod des Patienten nicht ausgeschlossen werden kann.²²¹¹ Aber auch der Bereich der Sterbehilfe wirft zahlreiche Rechtsprobleme auf, die in diesem Zusammenhang diskutiert werden müssen.²²¹²

3. Fahrlässig eigenmächtige Heilbehandlung

Im Bereich der nicht pönalisierten fahrlässig eigenmächtigen Heilbehandlung hätte der Referentenentwurf eine bahnbrechende Neuerung geschaffen. Geht der Arzt irrtümlich von einer durch umfassende Aufklärung vorbereiteten Einwilligung des Patienten aus, so würde diese Fehlvorstellung unter der Geltung von § 229 E 1996 als Tatbestandsirrtum gemäß § 16 Abs. 1 StGB zu behandeln sein, der eine Bestrafung aus dem Vorsatzdelikt ausschliesse.²²¹³ Die Möglichkeit der Bestrafung wegen Fahrlässigkeit sollte bewußt am Nichtvorhandensein eines entsprechenden Fahrlässigkeitsdelikts scheitern - lag dem Referentenentwurf doch unter anderem die Intention zugrunde, den Durchgriff auf den Tatbestand der fahrlässigen Körperverletzung zu verhindern.

Damit ist der Referentenentwurf die bereits im Zuge der Großen Strafrechtsreform 1962²²¹⁴ sowie im Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches²²¹⁵ heftig diskutierte Frage angegangen, ob bzw. inwieweit es dem Rechtsgüterschutz dienlich ist, der

²²⁰⁸ Vgl. § 18 und § 19 der Abhandlung.

²²⁰⁹ Begründung, 91.

²²¹⁰ Kritisch auch Cramer, in: Festschrift Lenckner, 761, 772.

²²¹¹ Vgl. unter § 14 Punkt I. 2. c.

²²¹² Vgl. Lackner/ Kühl, StGB, Nachtrag zur 22. Auflage, VIII.; zum Zivilrecht vgl. Taupitz, Gutachten A, 63. DJT 2000; ders., Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens. Eine internationale Dokumentation.

²²¹³ Schreiber, Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung 1998, 568, 572. Kritisch Hartmann, Eigenmächtige und fehlerhafte Heilbehandlung, 197 ff.

²²¹⁴ Niederschriften über die Sitzung der Großen Strafrechtskommission, 7. Band, Besonderer Teil, 72. Sitzung, Bonn 1959.

²²¹⁵ Baumann, Jürgen u.a., Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, 1. Halbband, 1970, 76 ff.

Strafbarkeit wegen fahrlässigen Aufklärungsmängel²²¹⁶ ein Ende zu bereiten. Die im Entwurf 1996 entwickelte Argumentation vermag jedoch nicht zu überzeugen. Die anvisierte Entkriminalisierung sollte der Tatsache Rechnung tragen, daß die eigenmächtige Behandlung primär das Selbstbestimmungsrecht tangiere, die Deliktswelt des Strafgesetzbuches jedoch diesbezügliche Eingriffe allein bei vorsätzlichem Handeln unter Strafe stelle. Diese Position beruht freilich auf einer unnatürlichen Trennung von objektiv-biologischen Faktoren und der entsprechenden Autonomie des Rechtsgutsträgers. Wie bereits dargelegt,²²¹⁷ zeigt sich das Ineinandergreifen von körperlich-biologischem Wohl und Selbstbestimmung in vielen Bereichen. Da der Mensch eine Gesamtheit von biologischen Tatsachen und Menschenwürde bildet, kann nicht hinwegdiskutiert werden, daß die Autonomie des Menschen Schutz durch zahlreiche strafrechtliche Normen findet. Gerade die Körperverletzung trägt neben der Beeinträchtigung der biologisch-körperlichen Unversehrtheit unübersehbar die Züge der Mißachtung des anderen als autonomer Persönlichkeit.²²¹⁸ Daher kann es nicht angehen, aus der Existenz spezieller Freiheitsdelikte einen verallgemeinernden Schluß zu ziehen, wonach das Selbstbestimmungsrecht allein vor vorsätzlichem Handeln strafrechtlichen Schutz finde.²²¹⁹

Daher liegt hier eher die Vermutung nahe, daß mit Hilfe der geplanten Gesetzesänderung der gegenwärtig häufig anzutreffenden Verlagerung der Arzthaftung von strafrechtlich oftmals nicht nachweisbaren Behandlungs- auf Aufklärungsfehler und hiermit der häufig beklagten „Aufklärungsmisere“²²²⁰ ein Ende bereitet werden sollte.²²²¹ Da im Strafrecht Zweifel hinsichtlich unrechts- wie schuldbegründender Umstände zugunsten des Täters gewertet werden und demgemäß - anders als im Zivilrecht - eine Beweislastverteilung grundsätzlich nicht stattfindet, würden Beweisschwierigkeiten in bezug auf die wirksame Einwilligung zur Straffreiheit führen. Dies gilt auch, wenn dem Arzt nicht nachgewiesen werden kann, daß er im

²²¹⁶ Ausführlich Laufs, NJW 1974, 2027 sowie Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 53 ff. m.w.N.

²²¹⁷ Vgl. unter § 5 Punkt II. und § 11 VI. der Abhandlung

²²¹⁸ BVerfGE 54, 148, 153; Bottke, Suizid und Strafrecht, 145 ff., 151; Horn, SK-StGB, § 223 Rn. 35 ff.; Pieroth/ Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 409 ff.

²²¹⁹ Tag, in: Bauer (Hrsg.), Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts, 207, 217.

²²²⁰ So ausdrücklich Ulsenheimer, Handbuch des Arztrechts, Rn. 56, unter Hinweis auf den vom RGSt 25, 375 ff. gesetzten Ausgangspunkt der Aufklärungsproblematik.

²²²¹ Wobei sich bereits Stimmen erheben, die ein Einbeziehen von vermeidbaren Aufklärungspflichtverletzungen in den Bereich der Vorsatzstrafbarkeit befürchten, vgl. Schreiber, Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung 1998, 568, 572.

Hinblick auf die unvollständige Aufklärung mit *dolus eventualis* gehandelt hat.²²²² Damit wäre zwar der häufig erhobenen Forderung nach Entkriminalisierung ärztlichen Handelns wirkungsvoll Rechnung getragen.²²²³ Der Staat würde aber zugleich seinen Auftrag, die verfassungsrechtlich verankerten Rechte des Patienten nicht nur zu achten, sondern aktiv zu wahren, vernachlässigen. So ernst die individuelle Betroffenheit des wohlmeinenden, lege artis handelnden Arztes genommen werden muß, wenn er bei Aufklärungsmängeln²²²⁴ mit einem Strafverfahren „überzogen“²²²⁵ wird und damit seine gesamte Entschlußkraft und Lebensfreude verliert,²²²⁶ so ernst muß auch die grundrechtlich geschützte, vom Bundesverfassungsgericht besonders akzentuierte Menschenwürde²²²⁷ sowie das damit verbundene Selbstbestimmungsrecht des Patienten²²²⁸ gewertet werden.

4. Der geforderte Heilzweck

Die durch § 229 E 1996 charakterisierte eigenmächtige Heilbehandlung sollte nicht durch objektive Merkmale der Erforderlichkeit oder des Angezeigtseins, begrenzt werden. Beabsichtigt war, auch medizinisch nicht indizierte und kunstfehlerhafte Behandlungen unter den Normbereich zu fassen. Der Reformvorschlag setzte allein die subjektive Zweckrichtung wie Vorbeugung, Diagnose, Therapie und Linderung voraus. Ausdrücklich ausgeklammert wurden andere Vorgehensweisen ohne Heilzweck, wie kosmetische Operationen oder Humanexperimente.²²²⁹ Bedenklich stimmt, daß zumindest auf subjektiver Seite eine Heilabsicht vorausgesetzt wird. Bereits an früherer Stelle²²³⁰ wurde klargestellt, daß Sonderregelungen für bestimmte ärztliche Eingriffe, wie die kosmetische Operation,²²³¹ die Organspende unter

²²²² Damit erscheint der Einwand, vgl. Schreiber, in: Festschrift Hirsch, 713, 721, der Arzt handle aufgrund der ausgreifenden Aufklärungspflicht im Hinblick auf die mangelhafte Aufklärung häufig mit *dolus eventualis*, nicht unbedingt stichhaltig. Denn auch dieser Umstand ist dem Arzt nachzuweisen.

²²²³ Stellt doch Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 9, ausführlich dar, daß der Schwerpunkt des Arztstrafrechts auf der Bestrafung wegen Fahrlässigkeit liege.

²²²⁴ Der Behandlung ohne Einwilligung kommt demgegenüber kaum praktische Bedeutung zu, vgl. Schroeder, Besondere Strafvorschriften gegen Eigenmächtige und Fehlerhafte Heilbehandlung? 30 f.

²²²⁵ Zu den Belastungen des Arztes als Beschuldigter vgl. Müller, DRiZ 1998, 151, 158.

²²²⁶ Eindrucksvoll Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 1 ff.

²²²⁷ BVerfGE 56, 54, 73 ff.

²²²⁸ Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 224 ff.

²²²⁹ Begründung, 93 f.

²²³⁰ Vgl. § 4 und § 11 Punkt VI. d. bb. der Abhandlung.

²²³¹ Kritisch ebenso Cramer, in: Festschrift Lenckner, 761, 776 f.

Lebenden etc. nicht empfehlenswert sind.²²³² Die Grenze des Zulässigen wird ausreichend durch spezielle Gesetze, wie § 8 i. V. § 17 TPG, §§ 40, 41 ArzneimittelG und auch § 228 StGB gezogen. Darüber hinaus ist die Verlagerung in den subjektiven Tatbestand nicht geeignet, die mit der geforderten Heilungsabsicht verbundenen Probleme zu lösen. Denn die Absicht des Arztes, für einen Patienten einen heilsamen Erfolg zu bewirken, ist ohne Einfluß auf die Zweckmäßigkeit der Behandlung. Zudem sind subjektive Zwecksetzungen generell nur schwer beweisbar und in einem Strafverfahren häufig nur anhand äußerer Indizien zu erschließen. Auch können Heilabsichten - sollten sie vorgetäuscht sein - nur mit Schwierigkeiten widerlegt werden.²²³³ Es hätte damit der Rechtsklarheit und Offenheit gedient, gänzlich auf dieses Merkmal zu verzichten.

Der Kritik ausgesetzt ist weiterhin das in § 229 Abs. 2 E 1996 genannte Regelbeispiel der Erprobung neuer Behandlungsmethoden. Aufgrund der unbestimmten Umschreibung könnten hierunter auch Heilexperimente verstanden werden, die allerdings sowohl kraft der vorausgesetzten Heilungstendenz des Abs. 1 wie auch aufgrund der Begründung von Abs. 2 nicht erfaßt sind.²²³⁴ Daher hätte hier eine dem Gebot der Normenklarheit entsprechende Formulierung vorgezogen werden sollen.²²³⁵

5. Rechtlicher Maßstab der Einwilligung

Dem Referententwurf ist aber insoweit zuzustimmen, als er die tatbestandsausschließende Einwilligung an den Maßstäben der rechtfertigenden Einwilligung mißt.²²³⁶ Die herkömmliche Trennung von tatbestandsausschließendem Einverständnis und rechtfertigender Einwilligung mit den hieran anknüpfenden Rechtsfolgen vernachlässigt, daß sich etwaige Unterschiede nicht aus der systematischen Stellung, sondern nur aus der Struktur und den geschützten Rechtsgütern ergeben können.²²³⁷

²²³² So auch Freund, ZStW 109 (1997), 455, 477, da der Begriff des Heilzweckes „randunscharf“ ist.

²²³³ Cramer, in: Festschrift Lenckner, 761, 767.

²²³⁴ Begründung, 93 f.

²²³⁵ Deutlich Katzenmeier, ZRP 1997, 156, 159, der die Benennung dieses Regelbeispiels als systemwidrig und als regelungstechnisch groben Fehler bewertet; zurückhaltender Cramer, in: Festschrift Lenckner, 761, 768.

²²³⁶ So auch Schreiber, Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung 1998, 568, 571.

²²³⁷ Roxin, Strafrecht Allg. Teil/1, § 13 Rn. 30.; a.A. Cramer, in: Festschrift Lenckner, 761, 769 f.

6. Verhältnis zu den Körperverletzungsdelikten

Der Reformvorschlag wirft weiterhin die Frage nach dem Verhältnis von § 230 E 1996 zu den Tatbeständen der Körperverletzung auf. § 230 E 1996 betrifft allein das fahrlässige Schädigen der Gesundheit durch einen Behandlungsfehler und läßt damit die Tatmodalität des fahrlässigen körperlichen Mißhandelns sowie die vorsätzlichen Begehungsweisen unberücksichtigt. Zwar spricht sich die Begründung dafür aus, der behandlungsfehlerhaften Heilbehandlung eine neue strafrechtliche Rechtsgrundlage zu geben und diese aus dem Anwendungsbereich der Körperverletzungsdelikte herauszunehmen.²²³⁸ Eine ausdrückliche Regelung hierzu findet sich jedoch im Entwurf nicht, so daß grundsätzlich Tateinheit mit Körperverletzung denkbar bleibt.²²³⁹ Für eine solche Interpretation spricht außerdem, daß der vorsätzliche Behandlungsfehler, bewirkt er einen entsprechenden gesundheitlichen Schaden, aufgrund des verwirklichten Unrechts nicht straffrei sein kann. Dieser Wertungswiderspruch kann auch nicht unter Hinweis auf die in § 230 StGB vorausgesetzte Heilungsabsicht aufgelöst werden; denn es schließen sich - wie Cramer²²⁴⁰ zu Recht deutlich macht - Heilungsabsicht und *dolus eventualis* im Hinblick auf einen Behandlungsfehler sowie die hieran anknüpfenden gesundheitlichen Folgen, nicht zwingend aus.

IV. Fazit

Der Referentenentwurf hat sich zum Ziel gesetzt, die seit dem Jahre 1911 mit unterschiedlicher Intensität diskutierten Reformvorschläge Gesetz werden zu lassen. Zahlreiche Wertungswidersprüche erklären jedoch, warum der Reformvorschlag nicht in das 6. Strafrechtsreformgesetz eingegangen ist. Obgleich der Ruf nach dem Gesetzgeber nie verstummte, besteht die Notwendigkeit eines Straftatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung sowie der fehlerhaften Heilbehandlung mangels einer Regelungslücke nicht. Die Sinnhaftigkeit der positiven, auf das Wohl des Patienten ausgerichteten ärztlichen Behandlung gemäß den Regeln der ärztlichen Kunst ist ebenso wie die wirksame Einwilligung des Patienten bei der Auslegung der Tathandlung „körperliches mißhandeln“ sowie „an der Gesundheit schädigen“ zu berücksichtigen. Auf diesem Wege können sowohl die berechtigten Interessen der

²²³⁸ Begründung, 92 f.: „Der Entwurf schafft daher sowohl im Bereich der eigenmächtigen Heilbehandlung als auch in demjenigen der behandlungsfehlerhaften Heilbehandlung neue Rechtsgrundlagen für deren strafrechtliche Beurteilung“.

²²³⁹ Schreiber, in: Festschrift Hirsch, 713, 719.

²²⁴⁰ Cramer, in: Festschrift Lenckner, 761, 771.

Ärzteschaft, den positiven sozialen Wert ihrer Tätigkeit auch von der Rechtsordnung bestätigt zu erhalten, wie die Interessen der Patienten, als autonome Partner das Behandlungsgeschehen mitzugestalten, angemessene Berücksichtigung finden.

Wenn danach das geltende Recht keine überzeugenden Gründe liefert, ein Sonderstrafrecht für Ärzte zu schaffen, dann bliebe nur das ‚Zeichen‘ an sich, das in der rhetorischen Entkriminalisierung als fragwürdiger Gewinn läge. Aber dies wäre gerade das Bedenklichste von allem: Bisher gilt das allgemeine Strafrecht für alle - und damit auch für Ärzte im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit. Die psychologische Wirkung der fraglichen Reform würde lauten: ein Sonderstrafrecht für Ärzte. Diese Botschaft würde sich in den Vordergrund des Bewußtseins drängen. Ihr Inhalt wäre: Privilegierung oder Stigmatisierung²²⁴¹ - je nach Sichtweise. Was in diesem Kontext ‚Arztstrafrecht‘ hieße, würde von kaum jemandem ohne Umschweife ganz genau erklärt werden können. Aber unbeschadet mancher Ungewißheiten und Skepsis im einzelnen, ließ sich eines prognostizieren: Daß ein Aufklärungsmangel künftig nicht mehr so tragisch genommen würde, daß man sich als Arzt bei entsprechender Heilungsabsicht nur dem Vorwurf der fahrlässigen fehlerhaften Heilbehandlung aussetzen kann, diese Meinung würde ebenso das soziale Bewußtsein prägen wie die Ansicht, daß der Dominanz der Ärzte nur mit Hilfe eines Sonderstrafrechts beizukommen ist. Vor dieser Entwicklung ist aber eindringlich zu warnen.

²²⁴¹ Hierzu Neuhaus, Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung 1998, 542, 544.

Literaturverzeichnis

- Adam, Wilhelm*, Die barmherzige Lüge, Die Medizinische 1959, 1185 ff.
- Ahlers, Rainer*, Doping und strafrechtliche Verantwortlichkeit - zum strafrechtlichen Schutz des Sportlers vor Körperschäden durch Doping, Baden-Baden 1994.
- Akerele, O.*, Traditional medicine: as old als humanity, as new as today. Paper presented at the Vienna Dialogue on Holisitic Medicine, Vienna, 15. - 21 Oktober 1997.
- Alberts, Hermann*, Sterbehilfe, Vormundschaftsgericht und Verfassung, NJW 1999, 835 ff.
- Allensbach* Studie, Wachsendes Vertrauen in Naturheilmittel, DÄBl 94 (1997), C 1857 ff.
- Allenberg, Jens R./ Kallinowsik, Friedrich/ Schumacher, Hardy*, Stand der Chirurgie des infrarenalen Aortenaneurysmas, DÄBl 94 (1997), C 2100 ff.
- Alternativkommentar* zum Strafgesetzbuch, Band I, herausgegeben von Rudolf Wassermann, Neuwied 1990.
- Amelung, Knut*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Frankfurt 1972.
- Ders.*, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsguts, Berlin 1981.
- Ders.*, Über die Einwilligungsfähigkeit, ZStW 104 (1992), 525 ff. (Teil I), 821 ff. (Teil II).
- Ders.*, Vetorechte beschränkt Einwilligungsfähiger im Grenzbereich medizinischer Interventionen, Berlin, New York 1995.
- Ders.*, Probleme der Einwilligungsfähigkeit, Recht und Psychiatrie 1995, 20 ff.
- Ders.*, Zur Verantwortlichkeit Drogenabhängiger für Selbstschädigungen durch den Gebrauch von Suchtstoffen, NJW 1996, 2393 ff.
- Ders.*, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, Berlin 1997.
- Amtlicher Entwurf* eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, Berlin 1925.
- Angstwurm, Heinz*, in: Hoff, Johannes u.a.(Hrsg.), Wann ist der Mensch tot? Organverpflanzung und „Hirntod“-Kriterium, Hamburg 1994, 41 ff.
- Ankermann, Ernst*, Haftung für fehlerhaften oder fehlenden ärztlichen Rat, in: Festschrift für Erich Steffen, Berlin, New York 1995, 1 ff.
- Anschütz, Felix*, „Defensives Denken in der Medizin“. Irrweg oder Notwendigkeit? Zum Thema als Arzt. In: Hammerstein, Jürgen/ Schlungbaum, Werner (Hrsg.), 11. Symposium für Juristen und Ärzte der Kaiserin-Friedrich-Stiftung für das ärztliche Fortbildungswesen, Köln 1991, 11 ff.
- Arab-Zadeh, Amir*, Zum Verhältnis der WHO zu den Mitgliedstaaten, Düsseldorf 1962.

- Arzt, Gunther*, Die Ansicht aller Billig und Gerech Denkenden, Tübingen 1962.
- Ders.*, Willensmängel bei der Einwilligung, Frankfurt 1970.
- Ders.*, Anmerkung, FamRZ 1983, 119 ff.
- Ders.*, Heileingriffe aufgrund einer Blanko-Einwilligung bezüglich der Person des Arztes, in: Festschrift für Jürgen Baumann, Bielefeld 1992, 210 ff.
- Arzt, Gunther/ Weber, Ulrich*, Strafrecht Besonderer Teil, LH 1: Delikte gegen die Person, 3. Auflage, Bielefeld 1988.
- Arzt, Gunther/ Weber, Ulrich*, Strafrecht Besonderer Teil, LH 2: Delikte gegen die Person (Randbereich), Bielefeld 1983.
- Aschrott, P. F./ Kohlrausch, Eduard*, Reform des Strafrechts. Kritische Besprechung des Amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, Berlin und Leipzig 1926.
- Aschrott, P. F./ von Liszt, Franz*, Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, Berlin 1910.
- v. *Autenrieth, J. H. F.*, Rede über die Bestrafung der Kunstfehler der Ärzte, in: Autenrieth, H. F./ Fues, Ludwig Friedrich (Hrsg.), Gerichtsmedizinische Aufsätze und Gutachten, Tübingen 1846.
- Bachmann, W.*, Gesundheit und Krankheit. Kritische Gedanken zum Gesundheitsbegriff der Weltgesundheitsorganisation (WHO), MMW 119 (1977), 350 ff.
- Badura, Bernhard*, Mc Keown, Thomas und die ökologische Gesundheitsstrategie, MMG (Medizin, Mensch, Gesellschaft) 1984 (9), 151 ff.
- v. *Bar, Ludwig*, Zur Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes, GS 60 (1902), 81 ff.
- Barnikel, Wilhelm*, Barmherzige Lüge und Aufklärungspflicht, Deutsche Medizinische Wochenschrift 90 (1965), 621 f.
- Bauer, Karl-Heinrich*, Rechtsfragen in der Chirurgie, in: Universitätstage 1964, 199 ff.
- Bauer, Axel W.*, Der Hippokratische Eid. Medizinhistorische Neuinterpretation eines unbekannten Textes im Kontext der Professionalisierung des griechischen Arztes. In: Zeitschrift für medizinische Ethik 41 (1995), 14 ff.
- Ders.*, Braucht die Medizin Werte? In: ders., (Hrsg.), Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts, Heidelberg 1998, 1 ff.
- Ders.*, Anatomie und Öffentlichkeit. Medizinhistorische, wissenschaftstheoretische und bioethische Aspekte. Ausstellungskatalog „Körperwelten - Einblicke in den menschlichen Körper“, 6. Auflage, Heidelberg 1998, 201 ff.
- Ders.*, Menschen nach Maß oder Anmaßung der Menschen? Der Schutz Ungeborener und ihrer Würde. Zeitschrift für medizinische Ethik 44 (1998), 279 ff.
- Bauer, Anton*, Lehrbuch des Strafrechts, 1833.
- Baumann, Jürgen/ Weber, Ulrich/ Mitsch, Wolfgang*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Auflage, Bielefeld 1995.

- Baumann, Jürgen u.a.*, Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, 1. Halbband, Tübingen 1970.
- Baumann, Jürgen*, Körperverletzung oder Freiheitsdelikt, NJW 1958, 2092 ff.
- Bavastro, Paolo*, Das Hirnversagen und das Transplantationsgesetz, ZRP 1999, 114 ff.
- Beckmann, Rainer*, Die Behandlung hirntoter Schwangerer im Licht des Strafrechts, MedR 1993, 121 ff.
- Ders.*, Der „Wegfall“ der embryopathischen Indikation, MedR 1998, 155 ff.
- Begründung zum Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch*, Allgemeiner Teil, 1909.
- v. Behr, Albert*, Ärztlich-operativer Eingriff und Strafrecht, München 1902.
- Ders.*, Medizin und Strafrecht, GS 62 (1903), 400 ff.
- Beier, Henning M.*, Definition und Grenze der Totipotenz, Reproduktionsmedizin 1998, 41.
- Ders.*, Entwicklung und Differenzierung des Embryos, Reproduktionsmedizin 1998, 307.
- Ders.*, Definition und Grenze der Totipotenz: Aspekte für die Präimplantationsdiagnostik, Ethik in der Medizin, 1999, 23 ff.
- Beling, Ernst*, Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906.
- Ders.*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe, ZStW 44 (1924), 220 ff.
- Ders.*, Die Lehre vom Tatbestand, Tübingen 1930.
- Bender, Albrecht W.*, Der Entwurf eines Transfusionsgesetzes unter Einwilligungsgesichtspunkten: ein Zwischenruf, ZRP 1997, 353 ff.
- Bender, Hans-Joachim*, Intensivmedizin zwischen Faszination und Wirklichkeit, in: Bauer, Axel, W. (Hrsg.), Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts, Heidelberg 1998, 102 ff.
- Berger, Hans-G./ Orth, Klaus*, Zur Laseranwendung in der Medizin, DÄBl 93 (1996), C 991 ff.
- Bergmann, Renate L./ Huch, Renate/ Bergmann, Karl E./ Dudenhausen, Joachim W.*, Ernährungsprävention während der Schwangerschaft, DÄBl 94 (1997), C 1812 ff.
- Bernat, Erwin R.*, Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugungen, Frankfurt, Bern, New York, Paris, 1989.
- Ders.*, Anfang und Ende des menschlichen Lebens, Wien 1994.
- Berz, Ulrich*, Die Bedeutung der Sittenwidrigkeit für die rechtfertigende Einwilligung, GA 1969, 145 ff.

- Beulke, Werner*, Züchtigungsrecht - Erziehungsrecht - strafrechtliche Konsequenzen der Neufassung des § 1631 Abs. 2 BGB, in: Festschrift Hanack, Berlin, New York 1999, 539 ff.
- Ders.*, Strafprozeßrecht, 4. Auflage, Heidelberg 2000.
- Beulke, Werner/ Bachmann, Gregor*, „Die Lederspray-Entscheidung“. Rezension über die Entscheidung des BGH vom 6. 7. 1990 - 2 StR 549/89 = BGHSt 37, 106, JuS 1992, 737 ff.
- Bichlmeier, Gerd*, Die Wirksamkeit der Einwilligung in einen medizinisch nicht indizierten ärztlichen Eingriff, JZ 1980, 53 ff.
- Bilsdorfer, Peter*, Rechtliche Probleme der In-vitro-Fertilisation und des Embryonen-Transfers, MDR 1984, 803 ff.
- Binding, Karl*, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Band 1, Neudruck der 2. Auflage Leipzig 1902, Aalen 1969.
- Ders.*, Die Normen und ihre Übertretung, Band. I, Normen und Strafgesetze. 4. Auflage, Leipzig 1922.
- Birkmeyer*, Über Ursachenbegriff und Causalzusammenhang im Strafrecht, GS 37 (1885), 257 ff.
- Birnbacher, Dieter*, in: Hoff, Johannes u.a.(Hrsg.), Wann ist der Mensch tot? Organverpflanzung und Hirntodkriterium, Hamburg, 1994, 25 ff.
- Blaschke, Bernhard*, Die Bader und Scherer als Vorfahren von Chirurgen und Orthopäden, Heidelberg 1990.
- Blei, Hermann*, Garantenpflichtbegründung beim unechten Unterlassen, in: Festschrift für Hellmuth Mayer, Berlin 1966, 119 ff.
- Ders.*, Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 18. Auflage, München 1983.
- Ders.*, Strafrecht II, Besonderer Teil, 12. Auflage, München 1983.
- Bleyl, Uwe*, Klinische Fehlbeurteilung im Auftrag der Pathologie, in: Bauer, Axel, W. (Hrsg.), Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts, Heidelberg 1998, 87 ff.
- Bloch, Corin*, Zur Amtshaftung bei rettungsdienstlichem Noteinsatz, NJW 1993, 1513 ff.
- Bloy, René*, Handlung und Erfolg im Strafrecht, JuS-Lernbogen, 4/88, L 25 ff.
- Ders.*, Zur Reichweite von § 239 Abs. 1 StGB, ZStW 96 (1984), 703 ff.
- Bock, Hans-Erhard*, Geleitwort zu Open, Irmgard (Hrsg.), Unkonventionelle medizinische Verfahren, Stuttgart, Jena, New York, 1993, XI.
- Bock, K. D./ Hofmann, L.* (Hrsg.), Arzneimittelpflicht am Menschen. Ein interdisziplinäres Gespräch. Braunschweig/ Wiesbaden 1980.
- Bockelmann, Paul*, Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, NJW 1961, 945 ff.
- Ders.*, Operativer Eingriff und Einwilligung des Verletzten, JZ 1962, 525 ff.

- Ders.*, Empfiehlt es sich, daß der Gesetzgeber die Fragen der ärztlichen Aufklärungspflicht regelt? In: Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages, Hannover 1962, Band I, Teil 4.
- Ders.*, Das Ende des Heilpraktikergesetzes, NJW 1966, 1145 ff.
- Ders.*, Strafrecht des Arztes, in: Ponsold, Albert (Hrsg.), Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 1, 3. Auflage, Stuttgart 1967.
- Ders.*, Strafrecht des Arztes, Stuttgart 1968.
- Ders.*, Strafrecht, Besonderer Teil/2, (Delikte gegen die Person), München 1977.
- Ders.*, Der ärztliche Heileingriff in Beiträgen zur Zeitschriften für die gesamte Strafrechtswissenschaft im ersten Jahrhunderts ihres Bestehens, ZStW 93 (1981), 105 ff.
- Bockelmann, Paul/ Volk, Klaus*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, München 1987.
- Bockenheimer-Lucius, Gisela/ Seidler, Eduard* (Hrsg.), Hirntod und Schwangerschaft, Baden-Baden 1993.
- Bodenburg, Reinhard*, Entzerrung der ärztlichen Aufklärungspflicht: Grundaufklärung und Einschätzungsprärogative, NJW 1981, 601 ff.
- Böderlein, Ingeborg*, Anschluß an das Weltniveau im Auge - Nationales Genom-Projekt, DÄBl 92 (1995), C 1380 ff.
- Boiger, Josef H.*, Der ärztliche Heileingriff in strafrechtlicher Sicht unter Berücksichtigung des minderjährigen Patienten, München 1989.
- Bondophi, Alberto*, Zur Lage der Medizinethik in Europa. Ein Turmbau zu Babel? Berliner medizinethische Schriften, Heft 1, Dortmund 1996.
- Bottke, Wilfried*, Suizid und Strafrecht, Berlin 1982.
- Ders.*, Strafrechtliche Probleme von AIDS und AIDS-Bekämpfung, in: Schünemann, Bernd/ Pfeiffer, Gerd (Hrsg.), Die Rechtsprobleme von AIDS, Baden-Baden 1988, 171 ff.
- Brammsen, Joerg*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, Berlin 1986.
- Brandenburger, Hans-F.*, Wem gehört der Herzschrittmacher? JuS 1984, 47 ff.
- Brandts, Ricarda/ Schlehofer, Horst*, Die täuschungsbedingte Selbsttötung im Lichte der Einwilligungstheorie, JZ 1987, 442 ff.
- Bringwat, Peter*, Die Wiederverwendung von Herzschrittmachern, JA 1984, 61 ff.
- Britting, Eva*, Die postmortale Insemination als Problem des Zivilrechts, Frankfurt/ New York 1989 ff.
- Brohm, Wolfgang*, Forum: Humanbioethik, Eigentum und Menschenwürde, JuS 1998, 197 ff.
- Brüggemeier, Gert*, Deliktsrecht, Baden-Baden 1986.
- Brunner, Johannes*, Theorie und Praxis im Leichenrecht, NJW 1953, 1173 ff.

- Bruns, Hans-Jürgen*, Ungeklärte verfahrensrechtliche Fragen des Contergan-Prozesses, in: Festschrift für Reinhard Maurach, Karlsruhe 1972, 469 ff.
- Bruns, Manfred*, Aids, Alltag und Recht, MDR 1987, 353 ff.
- Buchborn, Eberhard*, Therapiefreiheit und Neulandbehandlung aus medizinischer Sicht, in: Kleinsorge, Hellmuth/Hirsch, Günter/ Weißbacher, Walter (Hrsg.), Forschung am Menschen, Heidelberg 1985, 19 ff.
- Ders.*, Ärztliches Ermessen, MedR 1987, 221 ff.
- Ders.*, Ärztlicher Standard: Begriff - Entwicklung - Anwendung, MedR 1993, 328 ff.
- Bühning, Malte*, Über Naturheilkunde und das „Ganze“ in der Medizin, DÄBl 95 (1998), C 317 ff.
- Bütikofer, Julia*, Aufklärungspflicht aus juristischer Sicht, in: DÄBl 1997 (94), Heft 26.
- Bundesärztekammer*, Der endgültige Ausfall der gesamten Hirnfunktionen als sicheres Todeszeichen, DÄBl 1993, B 2177 ff.
- Bushe, Karl August*, Novellierung des Arztstrafrechts? Handlungs- und Reformbedarf aus Sicht des Arztes, Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung 1998, 564.
- Bydliński, Franz*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage, Wien 1991.
- Carstensen, Gert/ Schreiber, Hans-Ludwig*, Arbeitsteilung und Verantwortung, in: Jung, Heike/ Schreiber, Hans-Ludwig (Hrsg.), Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht, Stuttgart 1981, 167 ff.
- Class, Wilhelm*, Grenzen des Tatbestandes, Breslau 1933, Neudruck Aalen 1977.
- Coenders*, Reichsgerichtsfestgabe V, 1929.
- Coester-Waltjen*, Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, 1986, Bd. I, Teil B 32.
- Cohn, Max*, Studien zur Gewerbeordnung, Zeitschrift für die deutsche Gesetzgebung und für einheitliches deutsches Recht, VI, Berlin 1872, 624 ff.
- Correll, Cathrin*, Im falschen Körper, NJW 1999, 3372 ff.
- Cramer, Peter*, Ein Sonderstraftatbestand für die eigenmächtige Heilbehandlung, in: Festschrift für Theodor Lenckner, München 1998, 761 ff.
- Creifelds, Carl*, Rechtswörterbuch, 16. Auflage, München 2000.
- Cremer, Ullrich*, Zur Problematik medizinischer Begutachtung bei der Abgrenzung zwischen fahrlässigem (straflosem) Schwangerschaftsabbruch und den Körperverletzungs- und Tötungstatbeständen, MedR 1989, 301 ff.
- Ders.*, Strafrechtlich relevantes Abgrenzungskriterium zwischen „Leibesfrucht“ und Mensch bei der abdominalen Schnittenbindung, MedR 1993, 421 ff.
- Czeniek, R.*, Bedrohung der Therapiefreiheit, in: Bock, K. D./ Hofmann, L. (Hrsg.), Arzneimittelprüfung am Menschen, Braunschweig/ Wiesbaden 1980, 197 ff.

- Czychowski, Manfred*, Wasserhaushaltsgesetz, 7. Auflage, München 1998.
- Damm, Reinhard*, Medizintechnik und Arzthaftung. Behandlungsfehler bei medizintechnischen Behandlungsalternativen, NJW 1989, 737 ff.
- Ders.*, Persönlichkeitsrecht und Persönlichkeitsrechte - Identitäts- und Autonomieschutz im Wandel, in: Festschrift für Helmut Heinrichs, München 1998, 115 ff.
- Degener, Wilhelm*, Zur Bedeutung des Erfolgs im Strafrecht, ZStW 103 (1991), 357 ff.
- Dencker, Friedrich*, Erfolg und Schuldidee, in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln, Berlin, Bonn, München 1990, 441 ff.
- Ders.*, Zum Erfolg der Tötungsdelikte, NSTZ 1992, 311 ff.
- Denker, Friedrich u.a.*, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz 1998, München 1998.
- Denschrift* zu dem Entwurf von 1919, in: Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Berlin 1920.
- Dettmeyer, Reinhard/ Madea, Burkhard*, Zur Aufklärungsproblematik bei geplanten intraoperative Schnellschnitt-Untersuchungen und intraoperativen Zufallsbefunden mit Operationserweiterung, MedR 1998, 247 ff.
- Deutsch, Erwin*, Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs im Zivilrecht, NJW 1965, 1985 ff.
- Ders.*, Medizinische Fahrlässigkeiten, NJW 1976, 2289 ff.
- Ders.*, Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antizipierte Einwilligung des Patienten, NJW 1979, 1905 ff.
- Ders.*, Problematik des Begriffs der „allgemeinen wissenschaftlichen Anerkennung“ in der Medizin, in: Neuhaus, G.A. (Hrsg.), Pluralität in der Medizin, Frankfurt 1980, 141 ff.
- Ders.*, Das therapeutische Privileg des Arztes: Nichtaufklärung zugunsten des Patienten, NJW 1980, 1305 ff.
- Ders.*, Neue Aufklärungsprobleme im Arztrecht, NJW 1982, 2585 ff.
- Ders.*, Die rechtliche Seite der Transplantation, ZRP 1982, 174 ff.
- Ders.*, Haftungsfreistellung von Arzt oder Klinik und Verzicht auf Aufklärung durch Unterschrift des Patienten, NJW 1983, 1351 ff.
- Ders.*, Anmerkung zu BGH NJW 1989, 767, 769 ff.
- Ders.*, Das Persönlichkeitsrecht des Patienten, AcP 192 (1992), 161 ff.
- Ders.*, Medizinrecht, 4. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1999.
- Ders.*, Das Transplantationsgesetz vom 5.11.1997, NJW 1998, 777 ff.
- Ders.*, Sicherheit bei Blut und Blutprodukten: Das Transfusionsgesetz von 1998, NJW 1998, 3377 ff.
- Ders.*, Novellierung des Arztstrafrechts? Handlungs- und Reformbedarf aus Sicht des Arztes, Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung 1998, 574.

- Deutsch, Erwin/ Kleinsorge, H./ Scheler, F.*, (Hrsg.), Verbindlichkeit der medizinisch-diagnostischen und therapeutischen Aussage, Stuttgart 1983.
- Deutsche Gesellschaft für Chirurgie*, in: Gutachten und Stellungnahme zu Fragen der Strafrechtsreform mit ärztlichem Einschlag, Bonn 1958.
- Deutsche Gesellschaft für Psychiatrie und Nervenheilkunde*, in: Gutachten und Stellungnahme zu Fragen der Strafrechtsreform mit ärztlichem Einschlag, Bonn 1958.
- Dierks, Christian*, Ärztliches Unterlassen als Körperverletzung - Therapieverweigerung aus Sicht des Rechtsanwalts, Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung 1998, 560 ff.
- Dierks/ Graf-Baumann/ Lenard*, Therapieverweigerung bei Kindern und Jugendlichen, 1995.
- Dodegge, Georg*, Die Entwicklung des Betreuungsrechts bis Anfang Juni 1997, NJW 1997, 2425 ff.
- Dölling, Dieter*, Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers, GA 1984, 71.
- Ders.*, Die Behandlung der Körperverletzung im Sport im System der strafrechtlichen Sozialkontrolle, ZStW 96 (1984), 36 ff.
- Ders.*, Suizid und unterlassene Hilfeleistung, NJW 1986, 1011 ff.
- Ders.*, Anmerkung zu BGH JR 1998, 159, 160 ff.
- Doehring, Karl*, Zum „Recht auf Leben“ aus nationaler und internationaler Sicht, in: Festschrift für Hermann Mosler, Berlin, Heidelberg 1983, 145 ff.
- Dornseifer, Gerhard*, Unrechtsqualifizierung durch den Erfolg - ein Relikt der Verdachtsstrafe? in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln, Berlin, Bonn, München, 1990, 427 ff.
- Dotterweich, Georg*, Die Rechtsverhältnisse an Goldplomben in den Kieferknochen beerdigter Leichen, JR 1953, 174 ff.
- Dreher, Eduard/ Tröndle, Herbert*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 41. Auflage, München 1983.
- Duden* - Die sinn- und sachverwandten Wörter, 2. Auflage Mannheim 1986.
- Dufková, Jarmila*, Die Zulässigkeit und Strafbarkeit der Organentnahme zu Transplantationszwecken im Vergleich zu klinischen Sektionen, MedR 1998, 304 ff.
- Dürig, Günter*, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, in: Archiv des Öffentlichen Rechts, 81 (1956), 117 ff.
- Ders.*, in: Maunz, Theodor/ Dürig, Günter/ Herzog, Roman (Hrsg.), Grundgesetz, Art 1, Band 1, München 1958.
- Eberbach, Wolfram*, Die ärztliche Aufklärung unheilbar Kranker, MedR 1986, 180 ff.
- Ders.*, Heimliche Aids-Tests, NJW 1987, 1470 ff.

- Ebermayer, Ludwig*, Der Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches, Berlin 1914, 18 ff.
- Ders.*, Der Arzt im Recht. Rechtliches Handbuch für Ärzte, Leipzig, 1930.
- Ders.*, Ärztliche Kunstfehler, JW 1932, 3305 ff.
- Ebert, Udo/ Kühl, Kristian*, Das Unrecht der vorsätzlichen Straftat, Jura 1981, 231 ff.
- Ehlers, Alexander, P. F.*, Die ärztliche Aufklärung vor medizinischen Eingriffen, Köln, Berlin, Bonn, München 1987.
- Einbecker Empfehlungen* über die Grenzen ärztlicher Behandlungspflicht bei schwerstgeschädigten Neugeborenen - revidierte Fassung 1992, MedR 1992, 206 ff.
- Eisner, Beate*, Die Aufklärungspflicht des Arztes, Göttingen 1992.
- Enders, Alexandra*, Spektakuläre Prozesse sind die Ausnahme, DÄBl 95 (1998), 1647 f.
- Engisch, Karl*, Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen, in: Festschrift für Theodor Rittler, Aalen 1957, 167 ff.
- Ders.*, Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, ZStW 58 (1939), 1 ff.
- Ders.*, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 70 (1958), 566 ff.
- Ders.*, Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation, in: Stich, R./ Bauer, K. H. (Hrsg.), Fehler und Gefahren bei chirurgischen Operationen, 4. Auflage, Jena 1958, 1521 ff.
- Ders.*, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, in: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1860 - 1960, Karlsruhe 1960, 401 ff.
- Ders.*, Vom Weltbild des Juristen, 2. Auflage, Heidelberg 1965.
- Ders.*, Strafwürdigkeit der Unfruchtbarmachung mit Einwilligung, in: Festschrift für Hellmuth Mayer, Berlin 1966, 412 ff.
- Ders.*, Heileingriff und ärztliche Aufklärungspflicht in: Engisch, Karl/ Hallermann, Wilhelm (Hrsg.), Die ärztliche Aufklärungspflicht aus rechtlicher und ärztlicher Sicht, Köln, Berlin, Bonn, München, 1970, 7 ff.
- Ders.*, Tun und Unterlassen, Festschrift für Wilhelm Gallas, Berlin 1973, 163 ff.
- Ders.*, Der Arzt an den Grenzen des Rechts, Bonn 1973.
- Ders.*, Aufklärung und Sterbehilfe bei Krebs in rechtlicher Sicht, in: Festschrift für Paul Bockelmann, zum 70. Geburtstag, München 1979, 519 ff.
- Entwürfe* zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Berlin 1920.
- Epplen, Jörg, T./ Przuntek, Horst*, Morbus Huntington, DÄBl 95 (1998), C 26 ff.
- Erggelet, Christoph/ Steinwachs, Matthias/ Reichelt, Achim*, Die Behandlung von Gelenkknorpeldefekten, DÄBl 95 (1998), C 1005 ff.

- Erbs, Georg/Kohlhaas, Max*, Strafrechtliche Nebengesetze: Loseblatt-Kommentar: Göhler, Erich; Buddendiek, Hans; Lenzen, Karl: Lexikon des Nebenstrafrechts: Gesamtübersicht über die Straftatbestände ausserhalb des StGB und über das Ordnungswidrigkeitenrecht. Loseblatt-Kommentar, 2. Auflage, München 1998.
- Ermann, Walter/Westermann, Harm P.*, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, 9. Auflage, Münster 1993.
- Ernst, Klaus*, Freiwilligkeit und Zwang in der psychiatrischen Behandlung, DÄBl 95 (1998), C 2110 ff.
- Eser, Albin*, Zwischen „Heiligkeit“ und „Qualität“ des Lebens. Zu Wandlungen im strafrechtlichen Lebensschutz, in: Festschrift zum 500jährigen Bestehen der Tübinger Juristenfakultät, Tübingen 1977, 377 ff.
- Ders.*, Das Humanexperiment. Zu seiner Komplexität und Legitimität. In: Gedächtnisschrift für Horst Schröder, Tübingen 1978, 191 ff.
- Ders.*, Juristischer Studienkurs, Strafrecht III, Schwerpunkte: Delikte gegen die Person und Gemeinschaftswerte, 2. Auflage, München 1981.
- Ders.*, Die Tötungsdelikte in der Rechtsprechung seit BGH GSSt 1/81 bis Ende Juni 1983, NSStZ 1984, 49 ff.
- Ders.*, Medizin und Strafrecht: Eine schutzgutorientierte Problemübersicht, ZStW 97 (1985), 1 ff.
- Ders.*, Anmerkung zu BGHSt 32, 367, MedR 1985, 6 ff.
- Ders.*, Ziel und Grenzen der Intensivpädiatrie aus rechtlicher Sicht, in: Festschrift für Helmut Narr zum 60. Geburtstag, Berlin, Heidelberg New York 1988, 47 ff.
- Ders.*, Der Arzt im Spannungsfeld von Recht und Ethik, in: Marquard, Odo u.a. (Hrsg.), Ethische Probleme des ärztlichen Alltags, München 1988, 78 ff.
- Ders.*, Die -Rolle des Rechts im Verhältnis von Arzt und Patient, in: Kaufmann, Franz Xaver (Hrsg.), Ärztliches Handeln zwischen Paragraphen und Vertrauen, Düsseldorf 1984, 111 ff.
- Ders.*, Zur Regelung der Heilbehandlung in rechtsvergleichender Perspektive, in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch, Berlin New York 1999, 465 ff.
- Eser, Albin/Burkhardt, Björn*, Strafrecht I, 4. Auflage, München 1992.
- Ernst, Ezard*, Homöopathie: Argumente und Gegenargumente, DÄBl 94 (1997), C 1762 ff.
- Falke, Konrad J.*, Ärztliches Unterlassen als Körperverletzung - fahrlässige Tötung aus Sicht des Arztes, Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung 1998, 555 ff.
- Farthmann, Eduard H.*, Abschied vom „statischen“ Kunstfehlerbegriff, in: Jung, Heike/Schreiber, Hans Wilhelm (Hrsg.), Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht, Stuttgart 1981, 129 ff.

- Feuerbach, Paul Johann Anselm*, Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland gültigen
Peinlichen Rechts, 11. Auflage 1832.
- Fiebig, Otto*, Freiheit für Arzt und Patient. Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten
als Postulat der Menschenwürde, Stuttgart 1985.
- Figgenger, Ludger*, Arzt und Strafrecht, Münster 1981.
- Fischer, G.*, Anmerkung zu BGH JR 1981, 499, 501 ff.
- Fischer, Gerfried/ Lilie, Hans*, Ärztliche Verantwortung im europäischen
Rechtsvergleich, Köln u.a. 1998.
- Forkel, Hans*, Verfügungen über Teile des menschlichen Körpers, JZ 1974, 593 ff.
- Frahm, Wolfgang/ Nixdorf Wolfgang*, Arzthaftungsrecht. Leitfaden für die Praxis,
Karlsruhe 1996.
- Francke, Robert*, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, Stuttgart 1994.
- Francke, Robert/ Hart, Dieter*, Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation,
Stuttgart 1987.
- Dies.*, Charta der Patientenrechte, Baden-Baden 1999.
- Frank, Reinhard*, Die Überspannung der staatlichen Strafgewalt, ZStW 18, 733.
- Ders.*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1. Auflage, Tübingen 1897.
- Ders.*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Auflage, Tübingen 1931.
- Franke, Manfred*, Die medizinischen Probleme des Gesundheitsbegriffs, Heidelberg
1970.
- Franz, Kurt*, Naturheilmittel und Recht, Köln, Berlin, Bonn, München 1992.
- Franzki, Harald*, Erstes Rundtischgespräch in: Opderbecke, Hans Joachim/ Weißauer,
Walther (Hrsg.), Forensische Problem in der Anästhesiologie, Erlagen 1981, 55
ff.
- Freund, Georg*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, Köln 1992
- Ders.*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin, New York 1998.
- Ders.*, Der Entwurf eines 6. Gesetzes zur Reform des Strafrechts, ZStW 109 (1997),
455 ff.
- Freund, Georg/ Heubel, Friedrich*, Der menschliche Körper als Rechtsbegriff, MedR
1995, 194 ff.
- Frisch, Wolfgang*, Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungs-
elements, in: Festschrift für Karl Lackner, Berlin 1987, 113 ff.
- Ders.*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, Heidelberg 1988.
- Fuchs, Thomas*, Außerkörperliche Erfahrungen und Nahtodeserlebnisse bei
Wiederbelebten, Berliner Medizinethische Schriften, Heft 13 Dortmund 1997.
- Funk, Jan-Robert*, Der Todeszeitpunkt als Rechtsbegriff, MedR 1992, 182 ff.
- Gaisbauer, Georg*, Anmerkung zu OLG Stuttgart VersR 1991, 1141, VersR 1991,
1431 ff.
- Ders.*, Anmerkung zu OLG Köln VersR 1993, 361, VersR 1993, 1234 ff.

- Gallandi, Volker*, Straftaten von Bankverantwortlichen und Anlegerschutz, wistra 1989, 125 ff.
- Gallas, Wilhelm*, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955), 33 ff.
- Ders.*, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, in: Festschrift für Paul Bockelmann, München 1979, 155 ff.
- Ders.*, Studien zum Unterlassungsdelikt, Heidelberg 1989.
- Gareis, Karl*, Das Recht am menschlichen Körper, in: Festgabe der Juristischen Fakultät zu Königsberg für ihren Senior Johann Theodor Schirmer, Königsberg, 1900, 61 ff.
- Geerds, Friedrich*, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, Kiel, 1953.
- Ders.*, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzbuch, ZStW 72 (1960), 42 ff.
- Geiger, Michael*, Anm. zu BGH Urt. v. 26.10.1982 - 1 StR 413/82, JZ 1983, 151 ff.
- Geilen, Gerd*, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, Bielefeld 1963.
- Ders.*, Neue juristisch-medizinische Grenzprobleme, JZ 1968, 145 ff.
- Ders.*, Rechtsfragen der ärztlichen Aufklärungspflicht, in: Mergen, Armand (Hrsg.), Die juristische Problematik in der Medizin, Band II, Ärztliche Aufklärungs- und Schweigepflicht, München 1971, 11 ff.
- Ders.*, Medizinischer Fortschritt und juristischer Todesbegriff, in: Festschrift für Ernst Heinitz, Berlin 1972, 373 ff.
- Genzyme tissue repair*, Informationsbroschüre 10/95.
- Dies.*, An innovative Treatment for tissue damage, Naarden, Niederlande.
- Dies.*, Cartilage Repair Registry Periodic Report Volume 2, January 1997.
- Geppert, Klaus*, Materiell-rechtliche und strafprozeßuale Grundfragen zum Thema „Alkohol und Verkehrsstrafrecht, Jura 1986, 532 ff.
- Ders.*, Anmerkung zu BGH JZ 1988, 1021, JZ 1988, 1024 ff.
- Ders.*, JK § 223a/2.
- Gescher, Susanne*, Rechtsprobleme des Schwangerschaftsabbruchs beim Anenzephalen, Bern, Frankfurt u.a. 1994.
- Giese, Bernhard*, Das Würde-Konzept, Berlin 1975.
- Giesen, Dieter*, Arzthaftungsrecht im Umbruch (I), JZ 1982, 345 ff.
- Ders.*, Anmerkung zu BGH JZ 1988, 411, 414 ff.
- Ders.*, Anmerkung zu BGH JZ 1988, 1021, JZ 1988, 1030 ff.
- Ders.*, Anmerkung zu BGH JZ 1989, 93 f., 95 f.
- Ders.*, Anmerkung zu BGH JZ 1991, 675 ff.
- Ders.*, Anmerkung zu BGH JZ 1992, 312, 315 ff.
- Ders.*, Arzthaftungsrecht, Tübingen 1995.
- Giesen, Dieter/ Kloth, Karsten*, Anmerkung zu BGH JZ 1991, 784 ff.

- Giesen, Richard*, Aktuelle Probleme des Arzthaftungsrechts, MedR 1997, 17 ff.
- Göbel, Alfred A.*, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, Frankfurt u.a. 1992.
- Goldschmidt, James*, Normativer Schuldbegriff, in: Festgabe für Reinhard von Frank, Band 1, Tübingen 1930, Nachdruck Aalen 1969.
- Goldammer*, Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die Preußischen Staaten, 1852.
- Goller, Fritz*, Der einverständlich vorgenommene, sachgerechte, aber erfolglos gebliebene ärztliche Heileingriff, München 1971.
- Görgens, Bernhard*, Künstliche Teile im menschlichen Körper, JR 1980, 140 ff.
- Gössel, Karl Heinz*, Strafrecht Besonderer Teil, Band 1, Delikte gegen immaterielle Rechtsgüter des Individuums, Heidelberg, 1987.
- Grafe, S./ Bruns, W.*, Richtlinien - Leitlinien - Standards, AR 1998, 181 ff.
- Grahmann, Hans -Günter*, Heilbehandlung und Heilversuch, Stuttgart 1977.
- Graul, Eva*, Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß, JuS Lernbogen 1995, 41 ff.
- Gropp, Walter*, Der straflose Schwangerschaftsabbruch, Tübingen 1981.
- Ders.*, Ersatz- und Zusatzimplantate, JR 1985, 181 ff.
- Ders.*, Suizidbeteiligung und Sterbehilfe in der Rechtsprechung, NStZ 1985, 97 ff.
- Ders.*, Ärztliches Handeln als Körperverletzung - aus Sicht der Rechtslehre und Jurisdiktion, in: 21. Symposium für Juristen und Ärzte der Kaiserin-Friedrich-Stiftung für das ärztliche Fortbildungswesen, Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung 1998, 536 ff.
- Ders.*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin, New York 1998.
- Gross, R./ Hilger, H. H./ Kaufmann, W. /Scheurlen, P. G.*, (Hrsg.), Ärztliche Ethik, Stuttgart 1978.
- Ders.*, Die Aufklärungspflicht des Arztes, ZStW 73 (1961), 5 ff.
- Ders.*, Heilbehandlung und ärztliche Aufklärungspflicht, in: Göppinger, Hans (Hrsg.), Arzt und Recht, München 1966, 125 ff.
- Günther, L.*, Über die Hauptstadien der geschichtlichen Entwicklung des Verbrechens der Körperverletzung und seiner Bestrafung, Erlangen 1884.
- Günther, Hans-Ludwig*, Der Diskussionsentwurf eines Gesetzes zum Schutz von Embryonen, GA 1987, 433 ff.
- Ders.*, Strafrechtlicher Schutz des menschlichen Embryos über §§ 218 ff. StGB hinaus? In: Günther, Hans-Ludwig/ Keller, Rolf (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik - Strafrechtliche Schranken?, 137 ff., Tübingen 1987.
- Ders.*, Pränatale Diagnose und Pränatale Therapie genetischer Defekte aus strafrechtlicher Sicht, in: Günther, Hans-Ludwig /Keller, Rolf (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik, Strafrechtliche Schranken, 2. Auflage, Tübingen 1991.

- Ders.*, in: Keller, Rolf/ Günther, Hans-Ludwig/ Kaiser, Peter, Embryonenschutzgesetz, Stuttgart, Berlin, Köln 1992.
- Ders.*, Die Auswirkungen familienrechtlicher Verbote auf das Strafrecht, in: Festschrift Lange, 1992, 877 ff.
- Gürtner, Franz*, Das kommende deutsche Strafrecht. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, Berlin 1935.
- Haberland, Ärztliche Kunstfehler*, JW 1992, 304.
- Hackethal, Julius*, Auf hohem Roß, DÄBl 94 (1997), C 1306 ff.
- Haffke, Bernhard*, Gesundheitsbegriff und Noekorporatismus dargestellt am Beispiel der Auseinandersetzung über die rechtliche Zulässigkeit der Substitutionsbehandlung Drogenabhängiger, MedR 1990, 243 ff.
- Haft, Fritjof*, Strafrecht Besonderer Teil, 7. Auflage, München 1998.
- Ders.*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, München 1998.
- Hagedorn, Manfred*, Die Entbehrlichkeit der Einwilligung und Aufklärung bei Heilbehandlungen nach dem Strafgesetzbuch - Entwurf 1962 -, Heidelberg 1965.
- Hahn, B.*, Zulässigkeit und Grenzen der Delegation ärztlicher Aufgaben, NJW 1981, 1977 ff.
- Hahnemann, Samuel*, Organon der Heilkunst, 3. Auflage, 6 b, Heidelberg 1981.
- Hallermann, Wilhelm*, Die ärztliche Aufklärungspflicht aus medizinischer Sicht, in: Engisch, Karl/ Hallermann, Wilhelm (Hrsg.), Die ärztliche Aufklärungspflicht aus rechtlicher und ärztlicher Sicht, Köln, Berlin, Bonn, München, 1970, 44 ff.
- Halter, Ulrike*, Dokumente „großer orthopädischer Resultate“, DÄBl 94, 1997, C 2553 ff.
- Hälschner, Hugo*, System des Preußischen Strafrechts, Teil I, Bonn 1858.
- Hammerstein, Jürgen*, Vorwort zum 11. Symposium für Juristen und Ärzte der Kaiserin-Friedrich-Stiftung für das ärztliche Fortbildungswesen, „Defensives Denken in der Medizin“, Irrweg oder Notwendigkeit? Köln 1991.
- Ders.*, Einführung zum 21. Symposium für Juristen und Ärzte der Kaiserin-Friedrich-Stiftung für das ärztliche Fortbildungswesen, „Arzt im Strafrecht“, Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung 1998, 535.
- Hanack, Ernst-Walter*, Grenzen ärztlicher Behandlungspflicht bei schwerstgeschädigten Neugeborenen aus juristischer Sicht, MedR 1985, 33 ff.
- Hardwig, Werner*, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, ZStW 68 (1956), 14 ff.
- Ders.*, Betrachtungen zur Frage des Heileingriffs, GA 1965, 161 ff.
- Ders.*, Verursachung und Erfolgszurechnung, JZ 1968, 298 ff.
- Hart, Dieter*, Arzneimitteltherapie und ärztliche Verantwortung, Stuttgart 1990.
- Ders.*, Rechtliche Grenzen der Ökonomisierung, MedR 1996, 60 ff.
- Ders.*, Anmerkung zu OLG Köln MedR 1996, 27, 30 ff.

- Ders.*, Autonomiesicherung im Arzt Haftungsrecht, in: Festschrift für Helmut Heinrichs, München 1998, 291 ff.
- Hartmann, Norbert*, Person und Sittlichkeit. Grundlegung einer Ethik verantworteter Selbstbejahung, Kevelaer 1994.
- Hartmann, Tanja*, Eigenmächtige und fehlerhafte Heilbehandlung, Baden-Baden 1999.
- Hassemer, Winfried*, Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, Frankfurt 1973.
- Ders.*, Professionelle Adäquanz, wistra 1995, 41 ff. (Teil 1), 81 ff. (Teil 2).
- Haustein, Knut-Olaf/ Höffler, Dietrich/ Lasek, Rainer/ Müller-Oerlinghausen, Bruno*, Außerhalb der wissenschaftlichen Medizin stehende Methoden der Arzneitherapie, DÄBl 95 (1998), C 599 ff.
- Heene, D. L.*, Ärztliches Selbstverständnis und ärztliches Handeln, in: Bauer (Hrsg.), Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts, Heidelberg 1998, 155 ff.
- Hegel, Georg Wilhelm*, Theorie-Werksausgabe, Nachdruck, Frankfurt 1969/70.
- Hegnauer, Cyril*, Gesetzgebung und Fortpflanzungsmedizin, in: Hauser/ Rehberg (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zürich 1984, 49 ff.
- Heidner, Hans-Hermann*, Die Bedeutung der mutmaßlichen Einwilligung als Rechtfertigungsgrund, insbesondere im Rahmen des ärztlichen Heileingriffs, Göttingen 1987.
- Heilmann, Joachim*, Der Stand der deliktischen Arzt Haftung, NJW 1990, 1513 ff.
- Heim, Wilhelm* (Hrsg.), Medizinische und juristische Probleme älterer Menschen, 9. Symposium der Kaiserin-Friedrich.-Stiftung für Juristen und Ärzte, Köln 1984.
- Heimberger, Joseph*, Arzt und Strafrecht, Festschrift für Frank, Band I, 1930, 389 ff.
- Heimberger, Joseph*, Strafrecht und Medizin, München 1899.
- Heinrich, Manfred*, Die gefährliche Körperverletzung - Bestandsaufnahme und Versuch einer Neuorientierung, München 1993.
- Ders.*, Die gefährliche Körperverletzung - Versuch einer Neuorientierung - Teil 1, JA 1995, 601 ff.; Teil 2 JA 1995, 718 ff.
- Heite, Hans-Joachim*, Ärztliche Kunst darf nicht fehlen, DÄBl 92 (1995) C 2026 f.
- Heldrich, Andreas*, Schadenersatz bei fehlgegangener Familienplanung, JuS 1969, 455 ff.
- Helge, Hans*, Ärztliches Unterlassen als Körperverletzung - Therapieverweigerung aus Sicht des Pädiaters, Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung 1998, 559 ff.
- Hellebrand, Johannes*, Wende im Methadon-Glaubenskrieg?, NSTZ 1992, 13 ff.
- Helmchen, H.*, Kontraindikation und Verzicht bei der ärztlichen Aufklärung aus Sicht des Arztes, in: Wilhelm Heim (Hrsg.), Ärztliche Aufklärungspflicht, Schriftenreihe der Hans-Neuffer-Stiftung, Band 5, Köln 1984, 81 ff.

- Henke, Eduard*, Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik, 1823.
- Hennies, D.G.*, Ergänzende Rechtsgedanken zum Behandlungsgeschehen, AR 1998, 102 ff.
- Hermes, Georg*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, Heidelberg 1987.
- Herzberg, Rolf Dietrich*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, Berlin 1972.
- Ders.*, Anmerkung zu BGHSt 32, 367, JA 1985, 184.?
- Ders.*, Aids: Herausforderung und Prüfstein des Strafrechts, JZ 1989, 470 ff.
- Ders.*, Das vollendete vorsätzliche Begehungsdelikat als qualifiziertes Versuchs-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikat, JuS 1996, 377 ff.
- Ders.*, Sterbehilfe als gerechtfertigte Tötung im Notstand? Besprechung von BGHSt 40, 25 ff., NJW 1996, 3043 ff.
- Hess, Anton*, Die Ehre und die Beleidigung des § 185 StGB, Hamburg 1891.
- Ders.*, Abhandlungen auf dem Gebiet des Zivil- und des Strafrechts, Hamburg 1892.
- Ders.*, Neue Thesen, Hamburg, 1900.
- Heun, Werner*, Der Hirntod als Kriterium des Todes des Menschen, JZ 1996, 213 ff.
- Hewer, W.*, Alternative Therapieverfahren, MMW 1984, 1218 ff.
- Hiersche, Hans-Dieter*, § 218 StGB aus der Sicht eines Frauenarztes. Qua vadis justitia? - Qua vadis medicina!, in: Festschrift für *Herbert Tröndle*, Berlin New York 1989, 669.
- Hiersche, Hans-Dieter u.a.* (Hrsg.), Grenzen der ärztlichen Behandlungspflicht bei schwerstgeschädigten Neugeborenen, Berlin 1987.
- Hiersche, H.-D./ Graf-Baumann, T.*, Der Gutachter als Schadensverursacher und Schadensbegrenzer, in: Laufs, Adolf (Hrsg.), Entwicklung der Arzthaftung, Berlin u.a. 1997, 299 ff.
- Hildebrandt, Alfred*, „Defensives Denken in der Medizin“. Irrweg oder Notwendigkeit, in: 11. Symposium für Juristen und Ärzte der Kaiserin-Friedrich-Stiftung für das ärztliche Fortbildungswesen, Köln 1991, 55 ff.
- Hilgendorf, Eric*, Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel der Lederspray-Urteile, NSTz 1994, 561 ff.
- Hillenkamp, Thomas*, Beweisnot und materielles Recht, in: Festschrift für Rudolf Wassermann, Darmstadt 1985, 861 ff.
- Ders.*, Anmerkung zu BGH NSTz 1989, 528, 529 f.
- Ders.*, Zur Einführung: „Viktimologie“, JuS 1987, 940 ff.
- Ders.*, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 98. Auflage, Neuwied 1999.
- Ders.*, 40 Probleme aus dem Strafrecht Besonderer Teil, 8. Auflage, Neuwied 1997.
- Ders.*, Vorsatztat und Opferverhalten, Göttingen, 1981.

- v. Hippel, Robert, Deutsches Strafrecht, Zweiter Band: Das Verbrechen, Allgemeine Lehren, Berlin 1930.
- Hirsch, Hans Joachim, Einwilligung und Selbstbestimmung, in: Festschrift für Hans Welzel, Berlin, New York 1974, 775 ff.
- Ders., Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, ZStW 93 (1981), 831 ff. und ZStW 94 (1982), 239 ff.
- Ders., Anmerkung zu BGH JR 1985, 335 f., 336 ff.
- Ders., Behandlungsabbruch und Sterbehilfe, in: Festschrift für Karl Lackner, Berlin, New York 1987, 597 ff.
- Ders., Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, Köln 1988.
- Ders., Zur Frage eines Straftatbestands der eigenmächtigen Heilbehandlung, in: Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, Heidelberg 1999, 353 ff.
- Hoerster, Norbert, Neugeborene und das Recht auf Leben, Frankfurt a.M. 1995.
- Ders., Abtreibung im säkularen Staat, 2. Auflage, Frankfurt a.M. 1996.
- Ders., Lebenswert, Behinderung und das Recht auf Leben, in: Bonfranchi, R. (Hrsg.), Zwischen allen Stühlen. Die Kontroverse zu Ethik und Behinderung, Erlangen 1997, 43 ff.
- Ders., Sterbehilfe im säkularen Staat, Frankfurt a.M. 1988.
- Hof, Herbert, Prävention von Krankheiten - wichtiger als Therapie?, in: Bauer, Axel W. (Hrsg.), Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts, Heidelberg 1998, 140 ff.
- Höfling, Wolfram, Um Leben und Tod: Transplantationsgesetzgebung und Grundrecht auf Leben, JZ 1995, 26 ff.
- Höinghaus, R., Das neue Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund mit vollständigen amtlichen Motiven, 2. Auflage, Berlin 1870.
- Holschneider, A. M./ Holschneider, V., Behandlung Neugeborener mit schwersten angeborenen Fehlbildungen, AR 1998, 97 ff.
- Honig, Richard, Die Einwilligung des Verletzten, Mannheim, Berlin, Leipzig 1919.
- Höpker, Wilhelm-Wolfgang, Wagner, Stefan, Die klinische Obduktion, DÄBl 95 (1998), C 1164 ff.
- Hoffmann, J-G., Die Befugnis zum Gewerbebetriebe, Berlin 1841.
- Hollenbeck, Markus u.a., Gesellschaftliche und organisatorischen Aspekte des Organ-spendemangels, DÄBl 93 (1996), C 781 ff.
- Hollmann, Angela, Das ärztliche Gespräch mit dem Patienten, NJW 1973, 1393 ff.
- Hoppe, Jürgen F., Der Zeitpunkt der Aufklärung des Patienten - Konsequenzen der neuen Rechtsprechung, NJW 1998, 782 ff.

- Hopf, Günter*, NOG - Nicht ohne Glaubensmedizin? DÄBl 94 (1997), C 1084 ff.
- Horn, Eckhart*, Konkrete Gefährdungsdelikte, Köln 1973.
- Hörnle, Tatjana*, Das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts, 178 ff.
- Hoyer, Andreas*, Anmerkung zum BGH Beschluß vom 25.3.1988 2 StR 93/88, StV 1989, 245 f.
- Hruschka, Joachim*, Anmerkung zu BGH JR 1978, 518, 519 ff.
- Humboldt, Wilhelm v.*, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, Stuttgart Nachdruck 1987.
- Illhard, Franz Joseph*, Wem gehört der Mensch? Berliner Medizinethische Schriften, Heft 3, Dortmund 1996.
- Jäger, Susanne*, Mitspracherechte Jugendlicher bei persönlichen rechtlichen Entscheidungen: ein Rechtsvergleich mit Österreich und der Schweiz, Freiburg 1988.
- Jakobs, Günther*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Berlin, New York 1991.
- Ders.*, Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen, in: Festschrift Koichi Miyazawa, Baden-Baden 1995, 419 ff.
- Janker, Helmut*, Heimliche HIV-Antikörpertests - strafbare Körperverletzung? NJW 1987, 2897 ff.
- Jansen, Norbert*, Die Blutspende aus zivilrechtlicher Sicht, Bochum 1978.
- Janssen, Werner/ Püschel, Klaus*, Zur Frage der Gutachterkompetenz in der Beurteilung ärztlicher Behandlungsfehler (sog. Kunstfehler), MedR 1998, 119 ff.
- Jarass, Hans D./ Pieroth, Bodo*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Auflage 1997.
- Jauernig, Othmar*, Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Auflage, München 1997.
- Jescheck, Hans-Heinrich*, Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre, ZStW 73 (1961), 179 ff.
- Jescheck, Hans-Heinrich/ Weigend, Thomas*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996.
- Joecks, Wolfgang*, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, München 1999.
- Joerden, Jan C.*, Tod schon bei alsbaldigem Eintritt des Hirntodes?, NSTZ 1993, 268 ff.
- Ders.*, Einwilligung und ihre Wirksamkeit bei doppeltem Zweckbezug, Rechts-theorie 22 (1991), 165 ff.
- Ders.* (Hrsg.), Der Mensch und seine Behandlung in der Medizin, Berlin, Heidelberg 1999.
- Jonas, Hans*, Technik, Medizin und Ethik, Frankfurt 1987.
- Jones, Howard, W., JR.*, Der Embryo, der aus der Kälte kam, Orgyn Heft 1, 1998, 7 ff.

- Jordan, Adolf-Dietrich*, Anmerkung zu BGH JR 1996, 69, JR 1997, 32 ff.
- Jores, Arthur*, Der Kranke mit psychovegetativen Störungen, Göttingen 1973.
- Ders.*, Praktische Psychosomatik, Bern, Stuttgart, Wien 1976.
- Jung, Heike*, Anmerkung zu OLG Karlsruhe, Beschluß vom 25.4.1984 I Ws 261/83, NSTZ 1985, 314 ff.
- Ders.*, Außenseitermethoden und strafrechtliche Haftung, ZStW 97 (1985), 47 ff.
- Jung, Horst*, Anmerkung zu BGH Urteil vom 3.12.1997 - 2 StR 397/97, MedR 1998, 326, 329 ff.
- Jung, Karl*, Die Richtlinien kommen auf den Prüfstand. Redaktionsgespräch mit Karl Jung, DÄBl 94 (1997), C 1475 ff.
- Junghanns, Herbert*, Die Aufklärungspflicht des Arztes, in: Stiftung zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung über Wesen und Bedeutung der freien Berufe (Hrsg.), Die Aufklärungspflicht des Arztes, Köln, Berlin 1962, 59 ff.
- Kahl, Wilhelm*, Der Arzt im Strafrecht, ZStW 29 (1909), 36 ff.
- Kahl, Wilhelm/von Lilienthal, Karl/v. Liszt, Franz/Goldschmidt, James*, Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs, Berlin 1911.
- Kahlo, Michael*, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes im Zusammenhang mit der Ausstellung einer Todesbescheinigung, NJW 1990, 1521 ff.
- Kaindel, F./Zilcher, H.*, Zur Bestimmung des Todeszeitpunktes aus kardiologischer Sicht, in: Krösl, Wolfgang/ Scherzer, Erich (Hrsg.), Die Bestimmung des Todeszeitpunktes, Wien 1973, 59 f.
- Kaiser, Günther*, Künstliche Insemination und Transplantation, in: Göppinger, Hans (Hrsg.), Arzt und Recht. Medizinisch-juristische Grenzprobleme unserer Zeit, München 1964, 58 ff.
- Kallmann, Rainer*, Rechtsprobleme bei der Organtransplantation, FamRZ 1969, 572 ff.
- Kamps, Hans*, Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt, Berlin 1981.
- Kant, Immanuel*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 2. Auflage 1786.
- Ders.*, Werke. Akademie Textausgabe, Berlin 1968.
- Kassebohm, Kristian/ Malorny, Christian*, Die strafrechtliche Verantwortung des Managements. Produktverantwortlichkeit und deren Einflußbereich auf die qualitätsorientierte Unternehmensführung, BB 1994, 1361 ff.
- Katzenmeier, Christian*, Buchbesprechung MedR 1997, 167 ff.
- Ders.*, Ein Sondertatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung, ZRP 1997, 156 ff.
- Kaufmann, Armin*, Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung, JZ 1955, 37 ff.
- Ders.*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Göttingen 1959.

- Ders.*, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, in: Dornseifer (Hrsg.), Sammelband Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 151 ff., Köln, Berlin, Bonn, München, 1982.
- Ders.*, Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, ZStW 80 (1968), 34 ff.
- Ders.*, Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren, JZ 1971, 569 ff.
- Ders.*, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, in: Festschrift für Hans Welzel, Berlin, 1974, 393 ff.
- Kaufmann, Arthur*, Die eigenmächtige Heilbehandlung, ZStW 73 (1961), 341 ff.
- Ders.*, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, in: Festschrift für Eberhard Schmidt, Göttingen 1961, 200 ff.
- Ders.*, Die Irrtumsregelung im Strafgesetz-Entwurf 1962, ZStW 76 (1964), 561 ff.
- Ders.*, Der entfesselte Prometheus, Fragen der Humangenetik und der Fortpflanzungstechnologien aus rechtlicher Sicht, in: R. Flöhl, (Hrsg.), Genforschung - Fluch oder Segen? Interdisziplinäre Stellungnahmen, München 1985, 259 ff.
- Ders.*, Euthanasie - Selbsttötung - Tötung auf Verlangen, MedR 1983, 121 ff.
- Keller, Rolf*, Beginn und Stufungen des strafrechtlichen Lebensschutzes, in: Günther, Hans-Ludwig/ Keller, Rolf (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik - Strafrechtliche Schranken?, 132 ff., Tübingen 1987.
- Ders.*, Das Recht und die medizinische Forschung, MedR 1991, 11 ff.
- Keller, Rolf/ Günther, Hans-Ludwig/ Kaiser, Peter* (Hrsg.), Embryonenschutzgesetz, Stuttgart u.a. 1992.
- Kern, Bernd-Rüdiger*, Die Selbstbestimmungsaufklärung unter Einbeziehung des nichtärztlichen Personals, in: Festschrift für Walther Weißbauer Berlin 1986, 71 ff.
- Ders.*, Aufklärungspflicht und wissender Patient, MedR 1986, 176 ff.
- Ders.*, Der Arzt und sein Recht, 1991, Heft 8, 6 ff; Heft 9, 10 ff.
- Ders.*, Anm. zu AG Hersbruck, MedR 1993, 111 ff.
- Ders.*, Fremdbestimmung bei der Einwilligung in ärztliche Eingriffe, NJW 1994, 753 ff.
- Ders.*, Haftungsrechtliche Fragen und Probleme des ambulanten Operierens, NJW 1996, 1561 ff.
- Kern, Bernd-Rüdiger/ Laufs, Adolf*, Die ärztliche Aufklärungspflicht, Berlin, Heidelberg, New York 1983.
- Keßler, R.*, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, Berlin und Leipzig 1884.
- Kienapfel, Diethelm*, Körperliche Züchtigung und soziale Adäquanz im Strafrecht, Karlsruhe 1961.

- Ders.*, Grundriß des österreichischen Strafrechts, Besonderer Teil I, Delikte gegen Personenwerte, 4. Auflage, Wien 1997.
- Kiene, Helmut*, Komplementärmedizin - Schulmedizin, Stuttgart, New York, 1994.
- Kientzy, Dieter*, Der Mangel am Tatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers, Tübingen 1970.
- Kindhäuser, Urs*, Gefährdung als Straftat, Frankfurt a. M., 1989.
- Ders.*, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Straftaten gegen Vermögenswerte, Baden-Baden 1998.
- Kirchhof, Paul*, Die Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts in Zeiten des Umbruchs NJW 1996, 1497 ff.
- Kirste, Günter*, Zuviel Paternalismus ist schädlich, MedR 1998, 266 ff.
- Kiesecker, Regine*, Der Erlanger und der Stuttgarter Baby-Fall, Frankfurt a.M. 1996.
- Kitzinger, Friedrich*, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht, GS 55 (1898), 85 ff.
- Kleinewefers, Herbert*, Umfang und Grenzen der Aufklärung des Patienten über ärztliche Maßnahmen und ihre Folgen, in: Stiftung zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung über Wesen und Bedeutung der freien Berufe (Hrsg.), Die Aufklärungspflicht des Arztes, Köln, Berlin 1962.
- Kleinschrod*, Wissenschaftliche Begründung der Naturheilkunde, 1911.
- Klinge, Ines*, Todesbegriff, Totenschutz und Verfassung, Baden-Baden 1996.
- Kloepfer, Michael*, Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts - Dargestellt am Beispiel der Menschenwürde - , in: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 1976, 405 ff.
- Kloepfer, Michael*, Zum Grundrecht auf Umweltschutz, Berlin, New York 1978.
- Kloth, Karsten*, Annenzephale als Organspender - Eine rechtsvergleichende Betrachtung, MedR 1994, 180 ff.
- Knoche, Joachim*, Nebenwirkungen überzogener Anforderungen an die ärztliche Aufklärungspflicht - eine Analyse der juristisch-medizinischen Wechselbeziehungen, NJW 1989, 757 ff.
- Koch, Hans-Georg*, „Medizinisch unterstützte Fortpflanzung“ beim Menschen - Handlungsleitung durch Strafrecht? MedR 1986, 259 ff.
- Koch, Klaus*, Schulmedizin in der Zwickmühle, DÄBl 94 (1997), C 2068 ff.
- Köhler, Michael*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin u.a. 1996.
- Kloepfer, Michael*, Zum Grundrecht auf Umweltschutz, Berlin, New York 1978.
- Kohler*, Über den Kausalbegriff, GA 51 (1904), 327 ff.
- Kohler, Josef/Scheel, Willy*, die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. Constitutio Criminalis Carolina. Die Carolina und ihre Vorgängerinnen. Text, Erläuterungen und Geschichte, Band I. Halle 1900, Neudruck Aalen 1968.

- Kohlhaas, Max*, Der eigenmächtige, nicht dringliche Heileingriff, Die Medizinische 1959, 1127 ff.
- Ders.*, Medizin und Recht, München 1969.
- Kohlrausch*, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, Berlin 1903.
- König, Friedrich Franz*, Geschichte und Begriff des Kunstfehlers, Zeitschrift für die gesamte gerichtliche Medizin, Band 20 (1933), 161 ff.
- Krämer, Hans-Joachim/Habermann, Ernst*, Ein Vorlesungsversuch zur Homöopathie, DÄBl 94 (1997), C 1314 ff.; DÄBl 94 (1997), C 2225 ff.
- Kratzsch, Dietrich*, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, Berlin 1985.
- Ders.*, Prävention und Unrecht - eine Replik, GA 1989, 71 ff.
- Krauß, Detlef*, Erfolgswert und Handlungswert im Unrecht, ZStW 76 (1964), 19 ff.
- Ders.*, Der „Kunstfehler“ oder zur Bedeutung juristischer Kategorien, in: Jung, Heike/Schreiber, Hans Wilhelm (Hrsg.), Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht, Stuttgart 1981, 141 ff.
- Ders.*, Zur strafrechtlichen Problematik der eigenmächtigen Heilbehandlung, in: Festschrift für Paul Bockelmann, München 1979, 557 ff.
- Kreuzer, Artur*, Ärztliche Hilfeleistungspflicht bei Unglücksfällen im Rahmen des § 330c StGB, Hamburg 1965.
- Ders.*, Anmerkung zu BGH JR 1984, 293, 294 ff.
- Krey, Volker*, Strafrecht Besonderer Teil, Band 1, 11. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln 1998.
- Ders.*, Strafrecht Besonderer Teil, Band 2, 11. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln 1999.
- Krieger, Dorit*, Venen-Transplantation schließt „offene Beine“, Die Welt, 23.9.1998, 9.
- Kriele, Martin*, „Stand der medizinischen Wissenschaft“ als Rechtsbegriff, NJW 1976, 355 ff.
- Krietsch, Peter/Dietel, Manfred*, Pathologisch-anatomisches Cabinet, Oxford u.a. 1996.
- Krimmel, Lothar*, Kunsttherapie als Kassenschlager, DÄBl 94 (1997), C 1422 f.
- Krümpelmann, Justus*, Die Bagatelldelikte, Berlin 1966.
- Ders.*, Stufen der Schuld beim Verbotsirrtum, GA 1968, 129 ff.
- Ders.*, Schutzzweck und Schutzreflex der Sorgfaltspflicht, in: Festschrift für Paul Bockelmann, 1979, 443 ff.
- Ders.*, Zur Kritik der Lehre vom Risikovergleich bei den fahrlässigen Erfolgsdelikten, GA 1984, 491 ff.
- Ders.*, Zurechnungsfragen bei mißlungener ärztlicher Fehlerkorrektur, JR 1989, 353 ff.
- Kühl, Kristian*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, München 1997.

- Kuhlen, Lothar*, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, Frankfurt 1987.
- Kühne, H. H.*, Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsgutsverzichts, JZ 1979, 241 ff.
- Küper, Wilfried*, Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung, JuS 1971, 476 ff.
- Ders.*, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision, 1979.
- Ders.*, Tötungsverbot und Lebensnotstand. Zur Problematik der Kollision „Leben gegen Leben“, JuS 1981, 785 ff.
- Ders.*, Das „Wesentliche“ am „wesentlich überwiegenden Interesse“, GA 1983, 289 ff.
- Ders.*, „Autonomie“, Irrtum und Zwang bei der mittelbaren Täterschaft und Einwilligung, JZ 1986, 219.
- Ders.*, Darf sich der Staat erpressen lassen?, Heidelberg 1986.
- Ders.*, Festschrift Lackner, 247
- Ders.*, Vorsatz und Risiko. Zur Monographie von Wolfgang Frisch, GA 1987, 479 ff.
- Ders.*, Das Verbrechen am Seelenleben: Feuerbach und der Fall Kaspar Hauser in strafrechtsgeschichtlicher Betrachtung, Heidelberg 1991.
- Ders.*, Konvergenz - Die gemeinschaftliche Körperverletzung im System der Konvergenzdelikte, GA 1997, 301 ff.
- Ders.*, Strafrecht Besonderer Teil, Definitionen mit Erläuterungen, 4. Auflage, Heidelberg 2000.
- Küpper, Georg*, Strafrecht Besonderer Teil 1, Delikte gegen die Person und Gemeinschaft, Berlin 1996.
- Kurthen/ Linke*, Vom Hirntod zum Teilhirntod, in: Hoff, Johannes/ in der Schmitten (Hrsg.), Wann ist der Mensch tot? Organverpflanzung und Hirntodkriterium, Hamburg 1994, 82 ff.
- Kußmann, Michael*, Einwilligung, und Einverständnis bei Täuschung, Irrtum und Zwang, Bonn 1988.
- Kuhse, Helga/ Singer, Peter*, Muß dieses Kind am Leben bleiben?, Erlangen 1993.
- Lackner, Karl*, Die Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs, NJW 1976, 1233 ff.
- Lackner, Karl/ Kühl, Kristian*, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 23. Auflage, München 1999.
- Lagodny, Otto*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, Tübingen 1996.
- Lampe, Ernst-Joachim*, Das personale Unrecht, Berlin 1966.
- Lang-Hinrichs, Dietrich*, Tatbestandslehre und Verbotsirrtum, JR 1952, 302 ff.

- Lange, Richard*, Irrtumsfragen bei der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung, JZ 1953, 9 ff.
- Lanz-Zumstein, Monika*, Die Rechtsstellung des unbefruchteten und befruchteten menschlichen Keimguts, München 1990.
- Larenz, Karl/ Canaris, Claus-Wilhelm*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin u.a. 1995.
- Dies.*, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987.
- Dies.*, Lehrbuch des Schuldrechts: Band II/2, Besonderer Teil, 13. Auflage, München 1994.
- Lauer, H.*, Aufklärung vor operativen Eingriffen, in: Hymmen, R./ Ritter, U. (Hrsg.), Behandlungsfehler - Haftung des operativ tätigen Arztes, Erlangen 1981, 13 ff.
- Laufs, Adolf*, Zur deliktsrechtlichen Problematik ärztlicher Eigenmacht, NJW 1969, 529 ff.
- Ders.*, Die Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht und ihre deliktische Rechtsfolge, NJW 1974, 2025 ff.
- Ders.*, Die klinische Forschung am Menschen nach deutschem Recht, VersR 1978, 385 ff.
- Ders.*, Recht und Gewissen des Arztes, in: Universitätsgesellschaft Heidelberg (Hrsg.), Heidelberger Jahrbücher, Berlin XXIV (1980), 1 ff.
- Ders.*, Grundlagen und Reichweite der ärztlichen Aufklärungspflicht, in: Jung, Heike/ Schreiber, Wilhelm (Hrsg.), Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht, Stuttgart 71 ff.
- Ders.*, Berufsfreiheit und Persönlichkeitsschutz im Arztrecht, Heidelberg 1982, 7 ff.
- Ders.*, Die Entwicklung des Arztrechts 1981/82, NJW 1982, 1321 ff.
- Ders.*, Die Entwicklung des Arztrechts 1982/83, NJW 1983, 1345 ff.
- Ders.*, Anmerkung zu BGH JZ 1989, 901 ff.
- Ders.*, Der ärztliche Heilauftrag aus juristischer Sicht, Heidelberg 1989.
- Ders.*, Fortpflanzungsmedizin und Arztrecht, Berlin 1992.
- Ders.*, Arztrecht, 5. Auflage, München 1993.
- Ders.*, Arzt und Recht im Umbruch der Zeit, NJW 1995, 1590 ff.
- Ders.*, Delikt und Gefährdung. Von der Schadenszurechnung zur Schadensverteilung. Kritische Darstellung der Grundlinien in Lehre und Spruchpraxis, in: Laufs, Adolf (Hrsg.), Die Entwicklung der Arzthaftung, Berlin, Heidelberg 1997, 1 ff.
- Ders.*, Entwicklungen des Medizinrechts, NJW 1997, 1609 ff.
- Ders.*, Zur neuen Berufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte, NJW 1997, 3071 ff.
- Ders.*, Schädliche Geburten - und kein Ende, NJW 1998, 796 ff.
- Ders.*, Arzt und Recht - Fortschritte und Aufgaben, NJW 1998, 1750 ff.

- Ders.*, Zivilrichter über Leben und Tod?, NJW 1998, 3399 ff.
- Laufs, Adolf/ Eichener, Alexander*, Ursprünge einer strafrechtlichen Arzthaftung. Untersuchungen zu Art. 134 der Constitutio Criminalis Carolina, in: Festschrift für Niederländer, Heidelberg 1991, 71 ff.
- Laufs, Adolf/ Laufs, Rainer*, Aids und Arztrecht, NJW 1987, 2257 ff.
- Laufs, Adolf/ Reiling, Emil*, Anm. zu BGH LM § 823 Nr. 139, Bl. 1846 RS.
- Dies.*, Anmerkung zu BGHSt 37, 383, JZ 1992, 105 ff.
- Dies.*, Schmerzensgeld wegen schuldhafter Vernichtung deponierten Spermas?, NJW 1994, 775 ff.
- Laufs, Adolf/ Uhlenbruck, Wilhelm* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 2. Auflage, München 1999.
- Leibholz, Gerhard/ Rinck, Hans-Justus/ Hesselberger, Dieter*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Grundwerk, 7. Auflage, Köln 1993.
- Leipziger Kommentar*, Großkommentar zum Strafgesetzbuch, 8. Auflage, Berlin 1957.
- Leipziger Kommentar*, Großkommentar zum Strafgesetzbuch, 10. Auflage, Berlin, New York, 1978/89; 11. Auflage, Berlin, New York 1992 ff.
- Lenckner, Theodor*, Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter, ZStW 72 (1960), 446 ff.
- Ders.*, Arzt und Strafrecht, in: Forster, Balduin (Hrsg.), Praxis der Rechtsmedizin für Mediziner und Juristen, Stuttgart 1986, 570 ff.
- Lesch, Heiko*, Die strafrechtliche Einwilligung beim HIV-Antikörpertest an Minderjährigen, NJW 1989, 2309 ff.
- Lilie, Hans*, Anmerkung zu BGH NStZ 1983, 314 f.
- Liertz, Werner/ Paffrath, Hans*, Handbuch des Arztrechts, Düsseldorf 1938.
- von Lilienthal*, Die rechtmäßige ärztliche Heilbehandlung, in: Festgabe für Emanuel Bekker, 1899, Nachdruck 1973, 56 ff.
- Lipp, Volker*, Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson, Tübingen 2000.
- von Liszt, Franz*, Der Begriff des Rechtsguts im Strafrecht, ZStW 6 (1888), 133 ff.
- Ders.*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 16./17. Auflage, Berlin 1908.
- Loeckle, Werner Ernst*, Krebstherapie als Rechtsfrage, NJW 1962, 170 f.
- Loewe, Walter*, Rechtliche Gleichwertigkeit der Therapien?, München 1960.
- von Löwenich, Volker*, Grenzen der ärztlichen Behandlungspflicht bei schwerstgeschädigten Neugeborenen aus ärztlicher Sicht, MedR 1985, 30 ff.
- Lüderssen, Klaus*, Erfolgszurechnung und „Kriminalisierung“, in: Festschrift für Paul Bockelmann, München 1979, 181 ff.
- Ders.*, Die strafrechtsgestaltende Kraft des Beweisrechts, ZStW 85 (1973), 288 ff.
- Luhmann, Niklas*, Grundrechte als Institution, Berlin 1965.

- Lüttger, Hans*, Der Beginn der Geburt und das Strafrecht - Probleme an der Grenze zwischen Leibesfruchtcharakter und Menschqualität, JR 1971, 133 ff.
- Ders.*, Geburtshilfe und Menschwerdung in strafrechtlicher Sicht, in: Festschrift für Ernst Heinitz, Berlin 1972, 359 ff.
- Ders.*, Geburtsbeginn und pränatale Einwirkungen mit postnatalen Folgen, NStZ 1983, 481 ff.
- Maier, Joachim*, Der Verkauf von Körperorganen, Heidelberg 1991.
- Majunke, Philipp*, Anästhesie und Strafrecht, Stuttgart 1988.
- Maiwald, Manfred*, Kausalität und Strafrecht, Göttingen 1980.
- Ders.*, Zurechnungsprobleme im Rahmen erfolgsqualifizierter Delikte - BGHSt 31, 96, JuS 1984, 439.
- Markus, Bernd H./ Hanisch, Ernst/ Allers, Carl/ Petrowsky, Henrik/ Paolucci, V./ Encke, Albrecht*, Zur 100. Lebertransplantation an der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt am Main, Hessisches Ärzteblatt 1998, 392 ff.
- Martin, Christoph*, Lehrbuch des deutschen gemeinen Criminalprocesses. Göttingen 1831.
- Mallach, Hans Joachim/ Schlenker, Gerhard/ Weiser, Alfons*, Ärztliche Kunstfehler, Stuttgart, Jena, New York 1993.
- Marquard/Seidler/Staudinger* (Hrsg.): Ethische Probleme des ärztlichen Alltags, 78 ff.
- Matthies, K.-H.*, Anmerkung JR 1990, 23 ff.
- Maunz, Theodor/ Dürig, Günter/ Herzog, Roman*, Grundgesetz, Kommentar, Band I, Art. 1 - 12, München 1997.
- Maurach, Reinhart/ Gössel, Karl Heinz/ Zipf, Heinz*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Auflage, Heidelberg 1989.
- Maurach, Reinhart/ Schroeder, Friedrich-Christian/ Maiwald, Manfred*, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 8. Auflage, Heidelberg 1995.
- Mayer, Hellmuth*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967.
- Mayer, Max Ernst*, Der allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts, 2. Auflage, Heidelberg 1923.
- Mc Keown, Thomas*, Die Bedeutung der Medizin - Traum, Trugbild oder Nemesis, 1982.
- Medicus, Dieter*, Bürgerliches Recht, 17. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1996.
- Meister, Christian Friedrich Georg*, Meisteri Principia juris criminalis Germaniae communis auditorum usibus destinata. - 5. Ed.. - Goettingae (Nachdruck 1987).
- Melchert, Frank*, Der Geburtshelfer zwischen biomedizinischer Technik und Humanität, in: Bauer, Axel W. (Hrsg.), Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts, Heidelberg, Leipzig 1998, 29 ff.
- Mellberg, Lotta*, Ein Massenproblem wird angegangen, orgyn Nr. 4, 1995, 35 ff.

- Mendling, Werner*, Ethische Probleme in der modernen Geburtsmedizin, in: Joerden, Jan C. (Hrsg.), *Der Mensch und seine Behandlung in der Medizin*, Berlin, Heidelberg 1999, 143 ff.
- Meran, Gobertus Johannes*, Patientenverfügung und stellvertretende Entscheidung im klinischen Kontext, in: Hinrichsen, Klaus/ Sass, Hans-Martin/ Viefhues, Herbert (Hrsg.), *Patientenverfügung und stellvertretende Entscheidung in rechtlicher, medizinischer und ethischer Sicht*, 3. Auflage, Bochum 1996, 4 ff.
- Merkel*, *Kriminalistische Abhandlungen* Bd. I.
- Merkel, Reinhard*, Teilnahme am Suizid -Tötung auf Verlangen - Euthanasie. Fragen an die Strafrechtsdogmatik, in: Hegselmann/ Merkel, *Zur Debatte über Euthanasie*, 1991, 93 ff.
- Ders.*, Tödlicher Behandlungsabbruch und mutmaßliche Einwilligung bei Patienten im apallischen Syndrom, *ZStW* 107 (1995), 545 ff.
- Merleau-Ponty*, *Der Philosoph und sein Schatten*. In: *Das Auge und sein Geist. Philosophische Esseys*, hrgs. von Arndt, *Philosophische Bibliothek*, Band 357, 1984, 45 ff.
- Mertens, Stephan*, Ergebnisse betreffen immer auch Dritte - Genetische Beratungsgespräche, *DÄBl* 94 (1997), C 985 ff.
- Meurer, Dieter*, Anm zu OLG Düsseldorf B. v. 24.6.1991 5 Ss 206//91 - 68/91 I, *JR* 1992, 38 ff.
- Meyer, Joachim-Ernst*, Zur ärztlichen Verantwortung bei der Verhinderung eines Suizids aus psychiatrischer Sicht, *MedR* 1985, 210 ff.
- Meyer, Maria-Katharina*, *Ausschluß der Autonomie durch Irrtum*, Köln, Bonn, Berlin, München 1984.
- Dies.*, Reform der Heilbehandlung ohne Ende. Ein Beitrag zum geltenden Strafrecht und zum Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums 1996, *GA* 1998, 415 ff.
- Mezger, Edmund*, *Die subjektiven Unrechtselemente*, *GS* 89 (1924), 207 ff.
- Ders.*, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlin, München 1949.
- Ders.*, Über strafrechtliche Verantwortlichkeit ärztlicher Kunstfehler, *Deutsche Zeitschrift für die gesamte gerichtliche Medizin*, Bd. 42 (1953), 365 ff.
- Ders.*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Berlin, München 1955.
- Michel, Frank P.*, Forum: Aids-Text ohne Einwilligung - Körperverletzung oder Strafbarkeitslücke?, *JuS* 1988, 8 ff.
- Mir Puig, Santiago*, Über das Objektive und das Subjektive im Unrechtstatbestand, in: *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1990, 253 ff.
- Mirtsching, Wolfram*, *Haftung für den Einsatz von Technik in der Medizin*, Bretten 1980.

- Mühlbauer, Stefan*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Tötungshemmschwelle, Münster 1999.
- Müller, Gerda*, Beweislast und Beweisführung im Arzthaftungsprozeß, NJW 1997, 3049 ff.
- Müller, Knut*, Postmortaler Rechtsschutz - Überlegungen zur Rechtssubjektivität Verstorbener, Frankfurt u.a. 1996.
- Müller, Thomas*, Leserbrief „Auf Risikoaufklärung verzichten“, DÄBl 95 (1998), C 5 f.
- Müller-Dietz, Heinz*, Mutmaßliche Einwilligung und Operationserweiterung, JuS 1989, 280 ff.
- Münchener Kommentar* zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 1, Allgemeiner Teil, (§§ 1 - 240), 3. Auflage, München 1993; Band 3, 2. Halbband (§§ 652 - 853), 2. Auflage München 1986; Band 8, Familienrecht II, 3. Auflage 1992.
- Murmann, Uwe*, Der praktische Fall - Strafrecht: eine folgenschwere Entscheidung, JuS 1998, 630 ff.
- Mylonopoulos, Christos*, Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunrecht im Strafrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 1981.
- Nagler, Johannes*, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, in: Festschrift für Karl Binding, Zweiter Band, Leipzig 1911, 274.
- Narr, H.*, Ärztliches Berufsrecht, 2. Auflage, Köln Stand 1.7.1994.
- Nathan*, ZStW 43 (1922), 451, 453.
- Neidhardt, Karl*, Behandlungsrecht des Arztes und ärztliche Aufklärungspflicht in Sicht des Arztes und Juristen, NJW 1956, 1097 ff.
- Neuhaus, Günter A.*, Problematik der „Allgemeinen wissenschaftlichen Anerkennung“ in der Medizin, in: ders. (Hrsg.), Pluralität in der Medizin, Frankfurt 1980.
- Neuhaus, Peter J.*, Ärztliches Handeln als Körperverletzung aus Sicht des Chirurgen, Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung 1998, 542.
- Neumann, Franz L./ Nipperdey, Hans Carl/ Scheuner, Ulrich*, Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Band 2, Berlin 1954.
- Neyen, Werner*, Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht, Trier 1991.
- Nickolaus, Barbara*, Erbitterter Wettlauf, DÄBl (97) 2000, C 1073.
- Niedermair, Harald*, Körperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten - zum Funktionsverlust einer Generalklausel, München 1999.
- Niese, Werner*, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Tübingen 1951.
- Ders.*, Ein Beitrag zur Lehre vom ärztlichen Heileingriff, in: Festschrift für Eberhard Schmidt, Göttingen 1961, 364 ff.
- Nitze, Paul*, Die Bedeutung der Entsprechungsklausel beim Begehen durch Unterlassen, (§ 13 StGB), Berlin 1989.

- Nipperdey, Hans Carl*, Die Würde des Menschen, in: Neumann, Franz L./Nipperdey, Hans Carl/ Scheuner, Ulrich (Hrsg.), Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte. Zweiter Band: Die Freiheitsrechte in Deutschland, München 1954, 1 ff.
- Nixdorf, Wolfgang*, Zur ärztlichen Haftung hinsichtlich entnommener Körpersubstanzen: Körper, Persönlichkeit, Totenfürsorge, VersR 1995, 740 ff.
- NK-StGB*, Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, Gesamtedaktion Neumann und Schild, 1. Auflage, Baden-Baden 1995.
- Noll, Peter*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im Besonderen die Einwilligung des Verletzten, Basel 1955.
- Ders.*, Tatbestand und Rechtswidrigkeit: die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW 77 (1965), 1 ff.
- Nowakowski, Friedrich*, Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen, Graz, Wien, Köln, 1955.
- Ders.*, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, ZStW 63 (1951), 287 ff.
- Ders.*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JurBl 94 (1972), 19, 26 ff.
- Nußbaum, Johann Nepomuk*, Das Kriegersche orthopädische Institut. In: Jahrbuch für Münchener Geschichte. München 1888/89.
- Oldhafer, Karl J./Böcker, Klaus H. W./Gubernatis, Gundolf, u.a.*, Temporäre Leberunterstützung durch auxiliäre Lebertransplantation, DÄBl 93 (1996), C 2378 ff.
- Olshausen, Justus*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Auflage, Berlin 1897, Band 2.
- Oehler, Dietrich*, Konkurrenz von unechtem und echten Unterlassungsdelikt, JuS 1961, 154 ff.
- Oepen, Irmgard*, Unlauterkeit im Heilgewerbe, in: Forster, Balduin (Hrsg.), Praxis der Rechtsmedizin, 665 ff.
- Dies.*, Unkonventionelle medizinische Verfahren, Stuttgart 1993.
- Opderbecke, Hans Wolfgang*, Anästhesie und ärztliche Sorgfaltspflicht, Berlin New York 1978.
- Ders.*, Der Verantwortungsbereich des Anästhesisten, in: Opderbecke, Hans Joachim./Weißbauer, Walther, Forensische Probleme in der Anästhesiologie, Erlangen 1981, 13 ff.
- Oppenheim*, Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden, Basel, 1892.
- Ortmann*, Zur Lehre vom Kausalzusammenhang, GA 1876, 93 ff.
- Otto, Harro*, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW 87 (1975), 539 ff.
- Ders.*, Strafrechtliche Aspekte des Eigentumsschutzes (I), Jura 1989, 137 ff.
- Ders.*, in: Festschrift für Friedrich Geerds, Lübeck 1995, 603 ff.
- Ders.*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre. 5. Auflage 1996.

- Ders.*, Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte. 5. Auflage, Berlin, New York 1998.
- Ders.*, Grundsätze der strafrechtlichen Produkthaftung nach dem Holzschutzmittel-Urteil, WiB 1995, 929 ff.
- Ders.*, Der strafrechtliche Schutz des menschlichen Körpers und seiner Teile, Jura 1996, 219 ff.
- Otto, Harro/ Brammsen, Joerg*, Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens, Jura 1985, 592 ff.
- Paeffgen, Hans-Ullrich*, Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97b StGB) und die allgemeiner Irrtumslehre, Berlin 1979.
- Ders.*, Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum, in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln, Berlin, Bonn, München, 1990, 399.
- Paganini-Hill, Annlina / Henderson, Victor W.*, Eine Mögliche Rolle für die ERT (Östrogensubstitutionstherapie), Orgyn Nr. 1, 1998, 11 ff.
- Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 59. Auflage, München 2000.
- Pap, Michael*, Extrakorporale Befruchtung und Embryotransfer aus arztrechtlicher Sicht, Frankfurt a.M., Bern, New York, Paris, 1987.
- Papier, Hans-Jürgen*, Recht der öffentlichen Sachen, 3. Auflage, Berlin New York 1998.
- Pelchen*, Gesetz über die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung (Heilpraktikergesetz), Band 2, Stand 01.12.1993, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, München.
- Peter, Anne Marie*, Arbeitsteilung im Krankenhaus in strafrechtlicher Sicht, Baden-Baden 1992.
- Petermann, Franz/ Wiedebusch, Silvia/ Quante, Michael*, Perspektiven der Humangenetik, Paderborn u.a. 1997.
- Pfeiffer, Gerd/ Maul, Heinrich/ Schulte, Benno*, Strafgesetzbuch, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, Essen 1969.
- Pfeiffer, Gerd*, Die ärztliche Aufklärungspflicht, Hagen 1985.
- Pfeiffer*, Anm. zu BGH LM Nr. 151 zu § 823 BGB.
- Piechowiak, Helmut*, Eingriffe in menschliches Leben: Sinn und Grenzen ärztlichen Handelns, Frankfurt 1987.
- Pieroth, Bodo/ Schlink, Bernhard*, Grundrechte, Staatsrecht II, 13. Auflage Heidelberg 1997.
- Pistreich, M.*, Probleme der Selbstbestimmung des älteren Menschen aus juristischer Sicht, in: Heim, Wilhelm (Hrsg.), 9. Symposium der Kaiserin-Friedrich-Stiftung für Juristen und Ärzte, Medizinische und juristische Probleme älterer Menschen, Köln 1984, 123 ff.

- Pitzen, Tobias/ Caspar, Wolfgang/ Barbier, Dragos/ Steudel, Wolf-Ingo*, Operative Therapie von Malignomen der Halswirbelsäule, DÄBl 94 (1997), C 1888 ff.
- Pribilla, Otto*, Der ärztliche Kunstfehler, in: Mergen, Armand (Hrsg.), Juristische Problematik in der Medizin, Band III, München 1971.
- Proske, Manfred*, Ärztliche Aufklärungspflicht und Einwilligung des Patienten aus strafrechtlicher Sicht in: Schick, Peter, J. (Hrsg.), Die Haftung des Arztes, Graz 1983, 101 ff.
- Prost, Henry M./ Nader, Shahla*, Schneller, Höher, Stärker, Orgyn Nr. 1 1998, 2 ff.
- Psyhyrembel*, Klinisches Wörterbuch, Berlin 2000.
- Puppe, Ingeborg*, JA 1989, 345 ff.
- Dies.*, Anmerkung zu BGH JR 1992, 27, 30 ff.
- Dies.*, Zur Struktur der Rechtfertigung, in: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels, Heidelberg 1993, 193 ff.
- Radbruch, Gustav*, Entwurf eines allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922), Tübingen 1952.
- Rain, Joachim*, Die Einwilligung des Sportlers beim Doping, Frankfurt u.a. 1998.
- Ranft, Otfried*, Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, JuS 1963, 340 ff.
- Ders.*, Hilfspflicht und Glaubensfreiheit in strafrechtlicher Sicht, in: Festschrift für Schwinge, 1973, 119 ff.
- Ders.*, Rechtsprechungsbericht zu den Unterlassungsdelikten - Teil 2, JZ 1987, 908 ff.
- Raule, P.*, Berufskunde und Versicherungsmedizin, in: Forster, Balduin (Hrsg.), Praxis der Rechtsmedizin, Stuttgart, New York, 1986, 616 f.
- Regge, Jürgen/ Schubert, Werner*, Quellen zur Reform der Straf- und Strafprozeßrechts, Band 2, Berlin New York, 1990.
- Regge, Jürgen/ Schubert, Werner*, Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, Band 1, Entwürfe eines Strafgesetzbuches, 1. Teil, Berlin New York 1988.
- RGRK.*, 12. Auflage, Berlin New York 1989.
- Rehn, Renate*, Aus der Arbeit des Präsidiums, Hessisches Ärzteblatt 1999, 144.
- Rengier, Rudolf*, Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, Tübingen 1986.
- Ders.*, Strafrecht Besonderer Teil I, Vermögensdelikte, 2. Auflage, München 1998.
- Ders.*, Strafrecht Besonderer Teil II, Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit, München 1998.
- Reuling, W.*, Die norddeutsche Gewerbeordnung und die hessische Gewerbegesetzgebung, Darmstadt 1870.
- Richardi, Reinhard/ Wlotzke, Otfried*, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1, Individualarbeitsrecht, 2. Auflage, München 2000.

- Rickert, Christian, H.*, Therapie und Prognose kindlicher Hirntumoren, Kongressbericht DÄBl 95 (1998), C 1429 ff.
- Rieger, Gregor*, Die mutmaßliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch, Frankfurt 1998.
- Rieger, Hans-Jürgen*, Lexikon des Arztrechts, Berlin, New York, 1984.
- Rigizahn, Ernest F.*, Anmerkung zu BGH JR 1996, 69, JR 1996, 72 ff.
- Ringe, Johann, D.*, Alterungsprozeß oder vermeidbare Erkrankung, orgyn Nr. 4 1996, 19 ff.
- Ritter, U.*, Probleme der „totalen“ Aufklärung des Patienten vor operativen Eingriffen aus der Sicht des Arztes, in: Hymmen, R./Ritter, U. (Hrsg.), Behandlungsfehler-Haftung des operativ tätigen Arztes, Erlangen 1981, 19 ff.
- Rittler, Theodor*, Lehrbuch des österreichischen Strafrecht I, Wien 1933.
- Rogall, Klaus*, Anmerkung zu BGH NJW 1978, 1206 f., 2344 ff.
- Rohe, Mathias*, Anm. zu BGH JZ 1994, 463, 465 ff.
- Rolinsik, Klaus*, „Statistische Kausalität“ im Strafrecht? In: Festschrift für Koichi Miyazawa, Baden-Baden 1995, 483 ff.
- Rosenberg, Werner*, Strafbare Heilungen, GS 62 (1903), 62 ff.
- Rosenberg*, Möglichkeiten der Reform des Gesundheitswesens in der Bundesrepublik Deutschland, 1975.
- Rosenberg, Wolfgang E./Reuber, Kerstin*, Leserbrief „Mutiger Selbstversuch“, DÄBl 94 (1997), C 2225 ff.
- Rosshirt, Konrad Eugen Franz*, Geschichte und System des Deutschen Strafrechts, Band II, Stuttgart 1839.
- Rössler, D.*, Ärztliche Ethik in anthropologischer Sicht, 17 ff., in: *Gross/Hilger/Kaufmann/Scheurlen* (Hrsg.), Ärztliche Ethik, 1978.
- Roßner, Hans-Jürgen*, Verzicht des Patienten auf eine Aufklärung durch den Arzt, NJW 1990, 2291 ff.
- Roßner, Hans-Jürgen*, Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes bei Kollision mit anderen ärztlichen Pflichten, Frankfurt u.a., 1998.
- Roth, Andreas*, Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden?, NJW 1994, 2404 ff.
- Roth/Dicke*, Das Hirntodkriterium aus der Sicht der Hirnforschung, in: Hoff/ in der Schmitten (Hrsg.), Wann ist der Mensch tot? Organverpflanzung und Hirntodkriterium, 51 ff.
- Roth-Stielow*, Grundrechtsverständnis des Parlamentarischen Rates und der Grundrechtsschutz beim Betrieb von Kernkraftwerken, EuGRZ 1980, 386 f.
- Röttger, Klaus*, Hochschulpolitischer Handlungsbedarf, DÄBl 94 (1997), C 1306 ff.
- Roxin, Claus*, An der Grenze von Begehung und Unterlassung, in: Festschrift für Karl Engisch, Frankfurt 1969, 380 ff.
- Ders.*, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2. Auflage, Berlin 1970.

- Ders.*, Zur Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der Entfernung von Leichenteilen (§ 168 StGB), insbesondere zum rechtfertigenden strafrechtlichen Notstand (§ 34 StGB) - OLG Frankfurt, NJW 1975, 217, JuS 1976, 505 ff.
- Ders.*, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, in: Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zürich 1984, 275 ff.
- Ders.*, Anmerkung zu BGH NStZ 1984, 410, 411 f.
- Ders.*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 3. Auflage, München 1997.
- Roxin, Claus/ Schroth, Ulrich*, Medizinstrafrecht: im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht, Stuttgart u.a. 2000.
- Rudolphi, Hans-Joachim*, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, Göttingen 1966.
- Ders.*, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, in: Festschrift für Richard M. Honig, Göttingen 1970, 151 ff.
- Ders.*, Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, in: Festschrift für Reinhart Maurach, Karlsruhe 1972, 51 ff.
- Ders.*, Anmerkung zu HansOLG Hamburg, JR 1975, 511, 512 f.
- Ders.*, Die pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung, in: Gedächtnisschrift Horst Schroeder, 1978, 73 ff.
- Ders.*, Besprechung von *Arzt, Gunther*, Willensmängel bei der Einwilligung, Frankfurt/M., ZStW 84 (1974), 82 ff.
- Ders.*, Anmerkung zu BGH JR 1987, 335, 336 ff.
- Rügheimer, Erich*, Begrüßung zum Symposium der Deutschen Gesellschaft für Anästhesiologie und Intensivmedizin und des Berufsverbandes Deutscher Anästhesisten vom 24. und 25. Oktober 1980, in: Opderbecke, Hans Wolfgang/ Weißauer, Walther (Hrsg.), Forensische Probleme in der Anästhesiologie, Erlangen 1981, 9 f.
- Rupp, Hans Heinrich/ v. Olshausen, Henning*, Die verfassungsrechtliche Situation der nichtärztlichen Heilberufe in: Mergen, Armand (Hrsg.), Die juristische Problematik in der Medizin, Band I, München 1971, 13 ff.
- Russegger, Lothar*, Der Hirntod als Individualtod - eine medizinisch-ethische Gratwanderung, in: Joerden, Jan C. (Hrsg.), Der Mensch und seine Behandlung in der Medizin, Berlin, Heidelberg 1999, 283 ff.
- Sachs, Michael*, Grundgesetz, Kommentar, München 1995.
- Sachverständigengutachten für die konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Ausbau in Deutschland und Aufbruch nach Europa, Jahresgutachten Baden-Baden 1992.
- Sack, Rolf*, Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Moral als Bestimmungsfaktor der guten Sitten, NJW 1985, 761 ff.

- Saerbeck, Klaus*, Beginn und Ende des Lebens als Rechtsbegriffe, Berlin, New York 1974.
- Sass, Martin/ Kielstein, Rita*, Die Betreuungsverfügung in der Praxis, Bochum 1996.
- Sass, Wolfgang*, Für ausgewählte Patienten - Minimal invasive Herzchirurgie, DÄBl 95 (1998), C 1458 f.
- Sauer, Wilhelm*, Tatbestand und Rechtswidrigkeit, Heilbehandlung und Einwilligung, GS 113 (1939), 79 ff.
- Sautter-Bihl, Marie-Luise*, Fortschritte in der Strahlentherapie, Kongressbericht, DÄBl 95 (1998), C 817 ff.
- Schaffstein, Friedrich*, Soziale Adäquanz und Tatbestandsmäßigkeit, ZStW 72 (1960), 369 ff.
- Ders.*, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, in: Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle, Göttingen 1961, 175.
- Schaffstein, Friedrich*, GA 1975, 342 f.
- Schaefer, Hans/ Blohmke, Maria*, Sozialmedizin, Einführung in die Ergebnisse und Probleme der Medizin-Soziologie und Sozialmedizin, 2. Auflage, Stuttgart 1978.
- Schäfer, Leopold*, Deutsche Strafgesetzentwürfe von 1909 bis 1927, Mannheim, Berlin, Leipzig, 1927.
- Schäfer, Paul* Rechtsfragen zur Verpflanzung von Körper- und Leichenteilen, 1961.
- Scheffler, Uwe*, Sterbehilfe mit System, in: Joreden, Jan C. (Hrsg.), Der Mensch und seine Behandlung in der Medizin, Berlin, Heidelberg 1999, 249 ff.
- Schenkel, K.*, Die Deutsche Gewerbeordnung nebst Vollzugsvorschriften, Tauberbischofsheim, 1884.
- Scherbaum, Werner A.*, Praktische Tips zur Einstellung der Patienten, Diabetestherapie mit dem Insulin-Analogen Iispro, Deutsches Ärzteblatt 93 (1996), C 1844 ff.
- Schick, Peter J.*, Strafrechtliche und kriminalpolitische Aspekte der In-Vitro-Fertilisation (IVF) und des Embryo-Transfers (ET), in: Bernat, Erwin (Hrsg.), Lebensbeginn durch Menschenhand, Graz 1985, 183 ff.
- Ders.*, Fremd- und Selbstbestimmung zum Tode im Lichte strafrechtlicher Wertungen, in: Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, Heidelberg 1999, 393 ff.
- Schiemann, Gottfried*, Schmerzensgeld für fehlgeschlagene Sterilisation - OLG Braunschweig, NJW 1980, 643 ff., JUS 1980, 709 ff.
- Schlehofer, Horst*, Aids und Organspende, Jura 1989, 263 ff.
- Schlund, Gerhard, H.*, Anmerkung zu BGH VersR 1993, 752, VersR 1993, 752 f.
- Schmidhäuser, Eberhard*, Der Unrechtstatbestand, in: Festschrift für Karl Engisch, Frankfurt 1969, 433 ff.
- Ders.*, Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht, in: Festschrift für Hans Welzel, Berlin, New York 1974, 801 ff.
- Ders.*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Tübingen 1975.

- Ders.*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Studienbuch, Tübingen 1982.
- Ders.*, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Auflage, Tübingen 1983.
- Schmid, Hugo*, Die Grundlagen der ärztlichen Aufklärungspflicht, NJW 1984, 2601 ff.
- Ders.*, Die Grenzen der Therapiefreiheit, NJW 1986, 2339 ff.
- Schmidt, Eberhard*, Der Arzt im Strafrecht, Leipzig 1939.
- Ders.*, Anmerkung zu BGH JR 1958, 225, JR 1958, 226 f.
- Ders.*, Strafrecht des Arztes, in: Ponsold (Hrsg.), Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 2. Auflage, Stuttgart 1957, 1 ff.
- Ders.*, „Empfiehl es sich, daß der Gesetzgeber die Fragen der ärztlichen Aufklärungspflicht regelt?“ Gutachten für den 44. Deutschen Juristentag, Tübingen 1962.
- Ders.*, Anmerkung zu BGH JZ 1964, 231, 232 f.
- Ders.*, Soziale Handlungslehre, in: Festschrift für Karl Engisch, 1969, 339 ff.
- Schmitt, Richard*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für verletzende Eingriffe, 1900.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard*, Anwendungsprobleme des Art. 2 Abs. 2 GG im Immissionsschutzrecht, AöR 106 (1981), 205 ff.
- Schmidt-Jorzig, Edzard*, Wann ist der Mensch tot?, München 1999.
- Schmidt-Salzer, Joachim*, Strafrechtliche Produktverantwortung. Das Lederspray-Urteil des BGH, (BGH Urteil. vom 6.7.1990 - 2 StR 549/89 = NJW 1990, 2560), NJW 1990, 2966 ff.
- Ders.*, Verbraucherschutz, Produkthaftung, Umwelthaftung, Unternehmensverantwortung, NJW 1994, 1305 ff.
- Schmidtke, J.*, „Nur der Irrtum ist das Leben. Das Wissen ist der Tod“. Das Dilemma der Prädikativen Genetik. In: Beck-Gernsheim, E. (Hrsg.), Welche Gesundheit wollen wir? Frankfurt 1995, 25 ff.
- Schmiedek, Peter/ Polhmann-Eden, Bernd*, Zur Problematik des Hirntodes, in: Bauer, Axel W. (Hrsg.), Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts, Heidelberg, Leipzig 1998, 148 ff.
- Schmitt, Rudolf*, Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst?, in: Festschrift für Reinhard Maurach, Karlsruhe 1972, 113 ff.
- Ders.*, Der Arzt und sein lebensmüder Patient, JZ 1984, 866 ff.
- Ders.*, Ärztliche Entscheidung zwischen Leben und Tod in strafrechtlicher Sicht, JZ 1985, 365 ff.
- Schmoll, H.-J.*, Sterben als sozialer Prozeß. Über das soziale Umfeld des Strebenden, in: Engelke, E./ Schmoll, H.-J./ Wolff, G. (Hrsg.), Sterbebeistand bei Kindern und Erwachsenen, Stuttgart 1979.

- Schneider, C.*, Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung, Berlin 1998.
- Schnorbus, York*, Schmerzensgeld wegen schuldhafter Vernichtung von Sperma, JuS 1994, 830 ff.
- Schöch, Heinz*, Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen, NStZ 1995, 153 ff.
- Ders.*, Die erste Entscheidung des BGH zur sog. indirekten Strebehilfe. Zum Urteil des BGH vom 15.11.1996 - 3 StR 79/96 -, NStZ 1997, 409 ff.
- Schöneborn, Christian*, Zum „Erfolgsunwert“ im Lichte der sozialpsychologischen Attributionstheorie, GA 1981, 73 ff.
- Schöning, Rolf*, Rechtliche Aspekte der Organtransplantation, Zürich 1996.
- Schönke, Adolf/ Schröder, Horst*, Strafgesetzbuch, 25. Auflage, München 1997.
- Schreiber, Hans-Ludwig/ Wolfslast, Gabriele*, Der Entwurf eines Transplantationsgesetzes, MedR 1992, 189 ff.
- Schreiber, Hans Ludwig*, Wann darf ein Organ entnommen werden, in: Festschrift für Erich Steffen, Berlin New York 1995, 451 ff.
- Ders.*, Der Hirntod als Grenze des Lebensschutzes, in: Festschrift für Walter Remmers, Köln, Berlin, Bonn, München 1995, 593 ff.
- Ders.*, Novellierung des Arztstrafrechts - Juristische Gründe, Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung 1998, 568.
- Ders.*, Zur Reform des Arztstrafrechts, in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch, Berlin, New York 1999, 713 ff.
- Schroeder, Friedrich-Christian*, Beihilfe zum Selbstmord und Tötung auf Verlangen, ZStW 106 (1994), 565 ff.
- Ders.*, Gegen die Spendenlösung bei der Organgabe, ZRP 1977, 265 ff.
- Ders.*, Besondere Strafvorschriften gegen Eigenmächtige und Fehlerhafte Heilbehandlung?, in: Buchmüller, Hans-Rainer, Angermühler Gespräche Medizin-Ethik-Recht, Passau 1998.
- Ders.*, Begriff und Rechtsgut der „Körperverletzung“, in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch, Berlin New York 1999, 725 ff.
- Schröder, Horst*, Eigenmächtige Heilbehandlung im geltenden Strafrecht und im StGB-Entwurf 1960, NJW 1961, 951 ff.
- Schröder, Michael/ Taupitz, Jochen*, Menschliches Blut: Verwendbar nach Belieben des Arztes? Stuttgart 1991.
- Schroth, Ulrich*, Die strafrechtlichen Tatbestände des Transplantationsgesetzes, JZ 1997, 1149 ff.
- Schuck, Martin*, Strafrechtliche Bedeutung der Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht unter besonderer Berücksichtigung der kosmetischen Chirurgie, München 1980.

- Schultz, Michael*, Aufhebung von Garantenstellungen und Beteiligung durch Unterlassen-BGH, NJW 1984, 2639, JuS 1985, 269 ff.
- Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen 1971.
- Schünemann, Bernd*, Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik? in: Festschrift für Friedrich Schaffstein, Göttingen 1975, 159 ff.
- Ders.*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 1. Teil GA 1985, 341 ff., 2. Teil GA 1986, 293 ff.
- Ders.*, Anmerkung zu BGH StV 1985, 229 ff.
- Schünemann, Bernd/ Pfeiffer, Gerd* (Hrsg.), Die Rechtsprobleme von Aids, Baden/ Baden, 1988.
- Schünemann, Hermann*, Die Rechte am menschlichen Körper, Frankfurt a.m., Bern, New York, 1985.
- Schulin, Bertram*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, hrsg. von Reinhard Richardi München: 1992, Band 1.
- Schwalm, Georg*, Zu Begriff und Beweis des ärztlichen Kunstfehlers, in: Festschrift für Paul Bockelmann, München 1979, 539 ff.
- Schwalm, Georg*, Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, aus Sicht des Juristen, in: Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe 1961, 21 ff.
- Seewald, Otfried*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, Köln, Berlin, Bonn, München 1981.
- Seidenath, Bernhard*, Lebendspende von Organen - Zur Auslegung des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG, MedR 1998, 253 ff.
- Sendel, Max*, Das Gewerbepolizeirecht nach der Reichsgewerbeordnung, München, Leipzig 1881, 118 ff.
- Sewing, Karl-Friedrich*, Zum Problem der „Binnenanerkennung“ von „besonderen Therapierichtungen“, NJW 1995, 2400 ff.
- Siebert, Arvid*, Strafrechtliche Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit, Berlin, Heidelberg, New York 1983.
- Siegert, Karl*, Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate, Tübingen 1934.
- Sieverts, Rudolf*, Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht, Hamburg 1934.
- Silva-Sanchez, Jesus-Maria*, Aberratio ictus und objektive Zurechnung, ZStW 101 (1989), 352 ff.
- Sina, Peter*, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs Rechtsgut, Basel 1962.
- Singer, Peter*, Praktische Ethik, 2. Auflage, Stuttgart 1994.
- Sjöström/ Nilsson*, Contergan oder die Macht der Arzneimittelkonzerne, 1975.

- SK-StGB*, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, Besonderer Teil, 6. Auflage, Neuwied 1995 ff.
- Soergel, Hans Theodor*, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, 12. Auflage Stuttgart 1988.
- Sonnen, Bernd-Rüdiger*, Der Diebstahl nach § 242 StGB, JA 1984, 569.
- Sowada, Christoph*, Strafbares Unterlassen des behandelnden Arztes, der seinen Patienten nach seinem Selbstmordversuch bewußtlos auffindet?, Jura 1985, 75 ff.
- Ders.*, Anmerkung zu BGH JR 1988, 122, 123 ff.
- Spendel, Günter*, Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht, ZStW 65 (1953), 519 ff.
- Spendel, Günter*, Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, in: Festschrift für Eberhard Schmidt, Göttingen 1961, 183 ff.
- Spendel, Günter*, Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie, in: Festschrift für Ulrich Stock, Würzburg 1966, 89 ff.
- Spendel, Günter*, Gegen den „Verteidigungswillen“ als Notwehrerfordernis, in: Festschrift für Paul Bockelmann, München 1979, 245 ff.
- Spengler, Andreas*, Transsexualität - eine Krankheit im Sinne der RVO, NJW 1978, 1192 ff.
- Spittler, Johann Friedrich*, Der menschliche Körper im Hirntod, ein dritter Zustand zwischen lebendem Menschen und Leichnam?, JZ 1997, 747 ff.
- Spranger*, Spiegel special 7/1996, 20 ff.
- Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 13. Bearbeitung, Berlin 1999, § 823 - § 825, bearb. *Johannes Hager*.
- Steffen, Erich*, Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht, 8. Auflage, Köln 1999.
- Stein, Ulrich*, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, Berlin 1988.
- Steiner, Rudolf/ Wegmann, I.*, Grundlegendes zur Erweiterung der Heilkunst nach geisteswissenschaftlichen Erkenntnissen, Dornach, 1925, Neudruck 1977.
- Stellpflug, Martin H.*, Der strafrechtliche Schutz des menschlichen Leichnams, Frankfurt 1996.
- Stengel-Rutkowski, Sabine*, Möglichkeiten und Grenzen pränataler Diagnostik, in: Petermann, Franz/ Wiedebusch, Silvia/ Quante, Michael (Hrsg.), Perspektiven der Humangenetik, Paderborn u.a., 1997, 49 ff.
- Stentenbach, Berthold*, Der strafrechtliche Schutz der Leiche, Köln 1992.
- Stern, Klaus*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, München 1988.
- Sternberg-Lieben, Detlev*, Gentherapie und Strafrecht, JuS 1986, 673 ff.
- Ders.*, Strafbarkeit eigenmächtiger Genomanalyse, GA 1990, 289 ff.
- Ders.*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, Tübingen 1997.

- Stoffers, Kristian F.*, Die Formel Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen, Berlin 1992.
- Stooss, Carl*, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, Berlin 1898.
- Stratenwerth, Günter*, Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW 68 (1956), 41 ff.
- Ders.*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, SchwZStR 79 (1963), 233 ff.
- Ders.*, Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, in: Festschrift für Eberhard Schmidt, Göttingen, 1961, 385 ff.
- Ders.*, Zum juristischen Begriff des Todes, in: Festschrift für Karl Engisch, Frankfurt 1969, 528 ff.
- Ders.*, Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, in: Festschrift für Friedrich Schaffstein, Göttingen 1975, 177 ff.
- Ders.*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Köln 2000.
- Stratmann, Franz*, Charakteristika der anthroposophischen Medizin, in: Oepen, Irmgard (Hrsg.), Unkonventionelle medizinische Verfahren, Stuttgart, Jena, New York, 1993, 68 ff.
- Strätz, Hans-Wolfgang*, Zivilrechtliche Aspekte der Rechtsstellung des Toten unter besonderer Berücksichtigung der Transplantationen, Paderborn 1971.
- Stree, Walter*, Garantenstellung kraft Übernahme, in: Festschrift für Hellmuth Mayer, Berlin 1965, 145 ff.
- Strojnik, Aleksandra*, Wunsch nach Offenheit statt perfekter Inszenierung, DÄBl 95 (1998), C 886 ff.
- Stürmer, Joachim*, Leserbrief, „Plausibles Denkmodell wünschenswert“, DÄBl 94 (1997), C 2226 ff.
- Suarez Montes, Rodrigo Fabio*, Weiterentwicklung der finalen Unrechtslehre, in: Festschrift für Hans Welzel, Berlin, New York 1974, 379 ff.
- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 1, Allgemeiner Teil, Band 2, Besonderer Teil, 4. Auflage, Neuwied, Frankfurt 1990.
- Tag, Brigitte*, „Nichtanzeige geplanter Straftaten, unterlassene Hilfeleistung oder Freispruch, Besprechungsaufsatz zu BGH Urt. v. 23.3.1993 1 StR 21/93, JR 1995, 133 ff.
- Dies.*, Beihilfe durch neutrales Verhalten, JR 1997, 49 ff.
- Dies.*, Zum Verhältnis von Medizin, Recht und Ethik, in: Bauer, Axel W. (Hrsg.), Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts, Heidelberg, Leipzig 1998, 207 ff.
- Dies.*, Zum Umgang mit der Leiche. Rechtliche Aspekte der dauernden Konservierung menschlicher Körper und Körperteile durch die Plastination, MedR 1998, 387 ff.

- Dies.*, Reproduktionsmedizin und Präimplantationsdiagnostik im Spiegel des Strafrechts, in: Kämmerer, Annette/ Speck, Agnes (Hrsg.), *Geschlecht und Moral*, Heidelberg 1999, 87 ff.
- Taupitz, Jochen*, Wem gebührt der Schatz im menschlichen Körper?, *AcP* 1991 (191), 201 ff.
- Ders.*, Privatrechtliche Rechtsposition um die Genomanalyse: Eigentum, Persönlichkeit, Leistung, *JZ* 1992, 1089 ff.
- Ders.*, Aufklärung über Behandlungsfehler: Rechtspflicht gegenüber dem Patienten oder ärztliche Ehrenpflicht? *NJW* 1992, 713 ff.
- Ders.*, Der deliktsrechtliche Schutz des menschlichen Körpers und seiner Teile, *NJW* 1995, 745 ff.
- Ders.*, Um Leben und Tod - Die Diskussion um ein Transplantationsgesetz, *JuS* 1997, 203 ff.
- Ders.*, Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin: Einheitlicher Mindestschutz, *DÄBl* 95 (1998), A 1078 ff.
- Ders.*, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, Gutachten A zum 63. Deutschen Juristentag, Leipzig 2000.
- Teichmann, Eghard*, Die Haftung des Arztes. Ein schicksalhafter Verlauf, Deisenhofen, 1993.
- Tempel, Otto*, Inhalt, Grenzen und Durchführung der ärztlichen Aufklärungspflicht unter Zugrundelegung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, *NJW* 1980, 609 ff.
- Thiersch, J.*, Sind chirurgische Operationen und operative Eingriffe körperliche Mißhandlungen im strafrechtlichen Sinne?, Sonderabdruck aus dem ärztlichen Vereinsblatt, 1894, Nr. 285.
- Tiedemann, Klaus/ Tiedemann, Inge*, Zur strafrechtlichen Bedeutung des sogenannten kontrollierten Versuches bei der klinischen Arzneimittelprüfung, in: *Festschrift für Rudolf Schmitt*, Tübingen 1992, 139 ff.
- Tilch, Horst*, *Deutsches Rechts-Lexikon*, Band 2, G - Q, 2. Auflage, München 1992.
- Tittmann, Carl August*, *Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde*, Bd. I., 1822.
- Tölle, Rainer*, Rehabilitation - auch bei Depressiven?, *DÄBl* 93 (1996), C 1861 ff.
- Tooley, Michael*, *Abortion and Infanticide*, Oxford 1983.
- Ders.*, Abtreibung und Kindestötung, in: Leist, Anton (Hrsg.), *Um Leben und Tod*, Frankfurt 1990, 157 ff.
- Trede, Michael*, Leben oder Überleben - Ein Dilemma der Chirurgie, in: Bauer, Axel W. (Hrsg.), *Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhundert*, Heidelberg 1998, 19 ff.

- Triffterer, Otto* (Hrsg.), StGB-Kommentar, Wien 1997.
- Trockel, Horst*, Die Rechtfertigung ärztlicher Eigenmacht, NJW 1970, 489 ff.
- Ders.*, Die Einwilligung Minderjähriger in den ärztlichen Heileingriff, NJW 1972, 1493 ff.
- Tröndle, Herbert*, Selbstbestimmungsrecht des Patienten - Wohltat und Plage?, MDR 1983, 881 ff.
- Ders.*, Strafrechtlicher Lebensschutz und Selbstbestimmungsrecht des Patienten, in: Festschrift für Hans Göppinger, Berlin u.a. 1990, 595 ff.
- Ders.*, Verordnung von Kontrazeptiva an Minderjährige - eine Straftat?, MedR 1992, 320 ff.
- Ders.*, Der Hirntod, seine rechtliche Bedeutung und das neue Transplantationsgesetz, in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch, Berlin New York 1999, 779 ff.
- Tröndle, Herbert/ Fischer, Thomas*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 49. Auflage, München 1999.
- Uhlenbruck, Wilhelm*, Anm. OLG Oldenburg, VersR 1986, 69, AR 1986, 294 ff.
- Ders.*, Selbstbestimmtes Sterben durch Patiententestament, Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung, 1997.
- Ulsenheimer, Klaus*, Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte, JZ 1969, 364 ff.
- Ders.*, Die strafrechtliche Haftung des Anästhesisten, in: Opderbecke, Hans Joachim/ Weißauer, Walther (Hrsg.), Forensische Probleme in der Anästhesiologie, Erlangen 1981, 41 ff.
- Ders.*, Anmerkung zu BGH NSTZ 1996, 34, 132 ff.
- Ders.*, Ausgreifende Arzthaftpflichtjudikatur und Defensivmedizin - ein Verhältnis von Ursache und Wirkung, Berliner Medizinethische Schriften, Heft 17, Düsseldorf 1997.
- Ders.*, Änderungsbedarf am bestehenden System - Schwachstellen in der Rechtberatung, in: Laufs, Adolf (Hrsg.), Die Entwicklung der Arzthaftung, Heidelberg, Berlin 1997, 293 ff.
- Ders.*, Arztstrafrecht in der Praxis, Heidelberg 1998.
- Ders.*, Ärztliches Unterlassen als Körperverletzung - fahrlässige Tötung und Behandlungsabbruch, Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung 1998, 548 ff.
- Ders.*, Vorab-Einwilligung und Stellvertretung bei der Einwilligung in einen Heileingriff, MedR 1992, 134 ff.
- Ders.*, Therapieabbruch beim Schwerstgeschädigten Neugeborenen, MedR 1994, 425 ff.
- Ders.*, Entwicklung des Arztstrafrechts in der Praxis der letzten 20 Jahre, in: Laufs, Adolf (Hrsg.), Entwicklung der Arzthaftung, Berlin 1997, 27 ff.

- Umbreit, Hans-Werner*, Die Verantwortlichkeit des Arztes für fahrlässiger Verhalten anderer Medizinalpersonen, Frankfurt u.a. 1992.
- Urban & Schwarzenberg* (Hrsg.), *Roche Lexikon Medizin*, 11/1995 (CD-Rom).
- Verrel, Torsten*, Selbstbestimmungsrecht contra Lebensschutz. Bringt der BGH Bewegung in die Sterbehilfediskussion? JZ 1996, 224 ff.
- v. *Virchow, Rudolf*, „Kunstfehler der Ärzte“, in: Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiete der öffentlichen Medizin und der Seuchenlehre, Band II, Berlin 1879.
- Vogel, Joachim*, Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz, StV 1996, 110 ff.
- Volk, Klaus*, Kausalität im Strafrecht, NSTZ 1996, 105 ff.
- Voll, Doris*, Die Einwilligung im Arztrecht, Frankfurt u.a. 1996.
- Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch*, Berlin 1909.
- Vorstand und Wissenschaftlicher Beirat der Bundesärztekammer*, Memorandum „Arzneibehandlung im Rahmen besonderer Therapierichtungen“, Köln 1993.
- Wachsmuth, Werner*, Anmerkung zu OLG Celle NJW 1979, 1251, 1253 ff.
- Ders.*, Die chirurgische Indikation - Rechtsnorm und Realität -, in: Festschrift für Paul Bockelmann, München 1979, 473 ff.
- Watson, Ronald Ross*, Bausteine des Lebens, Konsum und Mißbrauch während der Schwangerschaft, Orgyn 1997, Heft 3, 33 ff.
- Ders.*, Wenn werdende Mütter trinken, Orgyn 1997, Heft 1.
- Ders.*, Kokain und Schwangerschaft, Orgyn 1997, Heft 2.
- v. *Weber, Hellmuth*, Negative Tatbestandsmerkmale, in: Festschrift für Edmund Mezger, Berlin 1954, 183 ff.
- Wegner, Arthur*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Göttingen 1951.
- Ders.*, Über den Geltungsbereich des staatlichen Strafrechts, in: Festgabe für Reinhard Frank, Band I, Tübingen 1930, Neudruck Aalen 1969, 98.
- Weigend, Thomas*, Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen, ZStW 98 (1986), 44 ff.
- Weißbauer, Walther*, Grenzen der Aufklärungspflicht, in: Laufs (Hrsg.), Die Entwicklung der Arzthaftung, 17 ff.
- Ders.*, Das Konzept der Stufenaufklärung, in: Hymmen, R./ Ritter, U. (Hrsg.), Behandlungsfehler - Haftung des operativ tätigen Arztes, Erlangen 1981, 30 ff.
- Weitzel, Hans*, Praktische Beispiele defensiven Denkens, in: 11. Symposium für Juristen und Ärzte der Kaiserin-Friedrich-Stiftung für das ärztliche Fortbildungswesen, „Defensives Denken in der Medizin: Irrweg oder Notwendigkeit?, Köln 1991, 93 ff.
- Ders.*, Anmerkung zu BGH JZ 1988, 1021, JZ 1988, 1022 ff.
- Welzel, Hans*, Kausalität und Handlung, ZStW 51 (1931), 703 ff.
- Ders.*, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), 491 ff.
- Ders.*, Deutsches Strafrecht, 11. Auflage, Berlin 1969.

- Wessels, Johannes/ Hettinger, Michael*, Strafrecht Besondere Teil/1, 23. Auflage, Heidelberg 1999.
- Wessels, Johannes/ Beulke, Werner*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 29. Auflage, Heidelberg 1999.
- Wessels, Johannes/ Hillenkamp, Thomas*, Strafrecht Besonderer Teil/2, 23. Auflage, Heidelberg 2000.
- Weiss, Rudolf/Fritz/Fintelmann, Volker*, Lehrbuch der Phytotherapie, 8. Auflage, Stuttgart 1997.
- Wetkamp, K. u.a.*, Therapiefreiheit sicherstellen, DÄBl 94 (1997), 1631 ff.
- Wetz, Franz-Josef/ Tag, Brigitte* (Hrsg.), Schöne neue Körperwelten, Stuttgart 2000.
- Wieland, W.*, Die Problematik des Begriffs der „Allgemeinen wissenschaftlichen Anerkennung“ in der Medizin, in: Neuhaus, G.A. (Hrsg.), Pluralität in der Medizin, 1980, 145 ff.
- Wilhelm, Dorothee*, Probleme der medizinischen Arbeitsteilung aus strafrechtlicher Sicht, MedR 1983, 45 ff.
- Dies.*, Verantwortung und Vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin, Stuttgart 1984.
- Williams, Virginia/ Cockerill, Pamela*, Dein Schmerz geht durch mein Leben, Bergisch-Gladbach 1992.
- Wilts, Walter/ Kleinewerfers, Herbert*, Die zivilrechtliche Haftung des Arztes, in: Mergen, Armand (Hrsg.), Die juristische Problematik in der Medizin, Band III, Die Verantwortung des Arztes, München 1971, 25 ff.
- Wimmer, Wolf*, Ärztliche Außenseitermethoden in juristischer Sicht, Bremer Ärzteblatt 1980, 23 ff.
- Windeler, J.*, Paradigmen und andere Prototypen, in: Oepen, Irmgard (Hrsg.), Unkonventionelle medizinische Verfahren, Stuttgart, Jena, New York 1993.
- Wissenschaftlicher Beirat der Bundesärztekammer*, Richtlinien zur Feststellung des Hirntodes, DÄBl 95 (1998), C 1381 ff.
- Wittern, Renate*, Natur kontra Naturwissenschaft. Zur Auseinandersetzung zwischen Naturheilkunde und Schulmedizin im späten 19. Jahrhundert, Erlanger Universitätsreden Nr. 37/1992, 3. Folge, Erlangen 1991.
- Wittmann, Roland*, Die ärztliche Aufklärungspflicht aus rechtsethischer Sicht, in: Joerden Jan C. (Hrsg.), Der Mensch und seine Behandlung in der Medizin, Berlin, Heidelberg 1999, 219 ff.
- Wolf, Gerhard*, Strafbarkeit von Organentnahmen für Transplantationen? In: Joerden Jan C., (Hrsg.), Der Mensch und seine Behandlung in der Medizin, Berlin, Heidelberg 1999, 289 ff.
- Wolfslast, Gabriele*, Anmerkung NSTZ 1981, 218 ff.
- Dies.*, Psychotherapie in den Grenzen des Rechts, Stuttgart 1985.

- Dies.*, Grenzen der Organgewinnung - Zur Frage der Änderung der Hirntodkriterien, MedR 1989, 163 ff.
- Wolter, Jürgen*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, Berlin 1981.
- Wolters, Gereon*, Die Neufassung der Körperverletzungsdelikte, JuS 1998, 582 ff.
- Wolski, Sabine*, Zur Typizität des „gefährlichen Werkzeugs“ im Sinne des § 223a StGB, GA 1987, 527 ff.
- Würtenberger*, DRZ 1948, 291 ff.
- Wurzel, Gabriele*, Embryonenschutzgesetz, BayVBl 1991, 705.
- Zaczyk, Rainer*, Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten, Heidelberger Forum 1993.
- Zerres, Klaus/ Rudnik-Schöneborn, Sabine/ Wirth, Brunhilde*, Proximale spinale Muskelatrophien, DÄBl 95 (1998), C 1220 ff.
- Zeuner, Albrecht*, Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden, AcP 163 (1963), 382 ff.
- Zielinski, Diethart*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Berlin 1973.
- Zimmerl, Leopold*, Zur Lehre vom Tatbestand, Breslau 1928.
- Zipf, Heinz*, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, Neuwied, Berlin 1970.
- Ders.*, Dogmatische und kriminalpolitische Fragen bei § 243 Abs. 2 StGB, in: Festschrift für Eduard Dreher, Berlin 1977, 402 ff.
- Ders.*, Die Bedeutung und Behandlung der Einwilligung im Strafrecht, ÖJZ 1977, 379 ff.
- Ders.*, Probleme eines Straftatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung, in: Festschrift für Paul Bockelmann, 1979, 577 ff.
- Zippelius, Reinhold*, Juristische Methodenlehre, 6. Auflage, München 1994.
- Zuck, Rüdiger*, Der Standort der besonderen Therapierichtungen im deutschen Gesundheitswesen, NJW 1991, 2933 ff.
- Zylka-Menhorn, Vera*, Mit „messerscharfen“ Strahlen, einblick, Heft 1, 1997, 34 f.

Sachverzeichnis

A

- Akzessorietät, 10
- Allgemeinarzt, 335
- Alternative Kausalität, 394
- Alternativentwurf, 37, 57, 169, 359
- Amputation, 195
- Amtlicher Entwurf von 1925, 55
- Anästhesie, 336
- Aneignungsrecht, 99
- Angehörige, 322
- Anscheinsvollmacht, 313
- Anthroposophie, 216
- Apalliker, 134, 143
- Äquivalenztheorie, 392
- Arbeitsschutzrecht, 80
- Arbeitsteilung, 254 ff.
- Arglistige Täuschung, 365 f.
- Arthritis, 228
- Arzneimittelgesetz, 36, 312
- Arzt-Patienten-Verhältnis, 182, 214
- Arzt
 - Fürsorge, 306, 438
 - Vernunft, 4, 7, 9, 249
 - Fehlbeurteilung, 228
 - Instrumente, 424 ff.
 - Eingriff, 33
- Aufklärung, 270, 332 - 340, 342
 - Diagnose, Verlauf, Risiko, 272, 334
 - verspätete, 341
 - Einschränkung, 360
 - Gespräch, 250, 337, 343
 - Pflicht, 241
 - Pflichtverletzung, 7, 345
 - Verpflichteter, 335
 - Verzicht, 355, 361, 363
- Augapfel, 98, 433
- Außenseitermethode, 213
- Austreibungswehen, 133
- Autonomie, 65, 78, 329
- Bagatelleingriff, 187, 455 f.
- Bauchdecke, 136
- Bauchhöhle, 137
- Befunderhebung, 227, 248
- Begehungsdelikte, 393 ff.
- Behandlung
 - Abbruch, 141, 324, 330
 - Alternative, 243, 248
 - Bedürftigkeit, 81, 90
 - Dringlichkeit, 275
 - Grundsätze, 208
 - mißglückte, 26 ff.
- Beibringung, 426
- Bereitschaftsarzt, 411 ff.
- Berufsfreiheit, 220, 223
- Berufsrecht, 410
- Besondere Therapierichtung, 202, 213, 217
- Bestimmtheitsgebot, 106, 337, 365
- Bestimmungsnorm, 153
- Betreuer, 304, 318 ff.
- Betreuungsrechtsänderungsgesetz, 329
- Bevollmächtigter, 305
- Bewertungsnorm, 150
- Binnenanerkennung, 210, 234
- Blankoverzicht, 363 f.
- Blasenexstirpation, 432
- Blasensprung,
 - falscher 135
 - verzögerter 134
 - vorzeitiger 134

- Blastomere, 109
- Blutentnahme, 96
- Bluttransfusion, 102, 183, 313
- Chefarztprinzip, 263
- Chirurg, 336
- Chondrozytenimplantation, 382
- Computertomographie, 84, 247
- Constitutio Criminalis Carolina, 49, 206
- Defensivmedizin, 1 ff., 185, 195
- Delegation, 261
- Diagnose, 35, 227
- Doppelaufklärung, 341 f.
- Drohung, 365
- Duale personale Unrechtstheorie, 154
- Eid des Hippokrates, 10
- Eigenblutspende, 100 f.
- Eigenmächtige Heilbehandlung, 450 ff.
- Einbecker Empfehlungen, 317
- Eingeschränkt obj. Unrechtstheorie, 150
- Eingriff,
 - fehlgegangener, 26
 - kosmetischer, 435
 - spezifische Risiken, 273
- Einschätzungsprärogative, 226, 245, 316
- Einwilligung, 15, 180, 200, 304, 320, 393 ff., 453 ff.
 - entaktualisierte, 341
 - mutmaßliche, 16, 320
- Einwilligungsfähigkeit, 306, 308, 309
- Einwilligungslösung, 184
- Einzelaktstheorie, 17, 195
- Embryo, 97, 108, 138
- Embryonenschutzgesetz, 107 ff.
- Entgeltfortzahlung, 90
- Entscheidungsautonomie, 2, 29, 59, 200, 223
- Entsprechensklausel, 417 f.
- Entwurf von 1919, 32, 55
- Entwurf von 1960, 35, 56
- Entwurf von 1962, 36
- Erfolgsqualifikation, 431
- Erfolgstheorie, 25
- Erfolgsunabhängige Lösungsansätze, 22
- Erfolgsunwert, 27, 150, 157, 180, 187, 417
- Erfolgszurechnung, 397
- Erlanger Fall, 146
- Erlaubtes Risiko, 27, 397
- Ermessensspielraum, 313
- Ermittlungsbehörden, 308
- Erweiterungsoperation, 347 ff.
- ex-ante Betrachtung, 23, 24
- Extremitäten, 433
- Fahrlässigkeit, 5, 7, 26
 - berufsmäßige, 208
- Familiengericht, 316
- Fehlvorstellungen, 371
- Fertilisationstherapie, 83
- Fortpflanzung, 101, 107, 431
- Freiheitsberaubung, 64
- Fremdbestimmung, 311, 312, 318
- Fremdkörper, 253, 409
- Fremdtötung, 75
- Fruchtwasser, 135
- Funktionsfortfall, 431
- Gammastrahlen, 187
- Garanten
 - Pflicht, 24
 - Stellung, 326 ff., 391, 407
- Gebärmutter, 107
- Gebrauchseinbuße, 434
- Geburt, 131 ff.
- Gefahr im Verzug, 313
- Gefahrenabwehr, 305
- Gefahrenzusammenhang, 431, 436
- Gefährliches Werkzeug, 423
- Gefährminderungstheorie, 25
- Gegenentwurf, 32

- Gehör, 431 f.
- Geistesstörung, 51
- Genom
 - Analyse, 371
 - Forschung, 102
- Gesamtorganismus, 433
- Gesamtverantwortung, 259
- Geschäftsfähigkeit, 310, 318
- Gesetzlichkeitsprinzip, 108, 135
- Gesinnungsunwert, 180, 181
- Gesundheit, 21, 44 ff., 60, 66, 81, 85, 88, 89, 192, 373
 - seelische, 59, 170
 - Beschädigung, 28, 166, 169
 - Fürsorge, 318, 328
 - Indizes, 91
 - Schädigung, 173, 192, 196
 - schädliche Stoffe, 426
- Gift, 426
- Gliedmaße, 437
- Grundrechtskatalog, 71
- Hämatome, 175
- Handlungsunwert, 23, 27, 111, 156, 178, 184, 194, 396, 417
- Hausbesuch, 254
- Heilbehandlung, 31, 39, 185, 186, 328
- Heileingriff, 23, 31, 39, 172, 185
- Heilpraktikergesetz, 220
- Heilzweck, 185 ff., 452
- Herztod, 139, 140
- Hirntod, 138, 139, 146, 388
- HIV, 90, 173
- Homöopathie, 210, 214
- Hornhauttransplantation, 374
- Human Genomprojekt, 106
- Humanbioethik, 47
- Humanes Genom, 9
- Humanität, 318
- Hygienevorschriften, 253
- Implantat, 119
- In dubio pro reo, 6
- Indikationsregelung, 60
- Individualrechtsgut, 69, 73
- Infektionskrankheit, 9
- Infertilität, 89
- Informationsblätter, 342, 343
- Informationsgesellschaft, 346
- Informed consent, 184 f.
- Ingerenz, 408 ff.
- Inhaltsirrtum, 364
- Intensivmedizin, 318 ff.
- Intentionsunwert, 154, 157
- Interdisziplinäre Zusammenarbeit, 257
- Jedermannspflicht, 412
- Kastrationsgesetz, 334
- Kausalität, 24, 393, 386, 391
 - kumulative, 395
- Keimzellen, 97, 102, 115
- Kernverschmelzung, 108
- Kindestötung, 131, 143
- Kontraindikation, 355
- Kooperation, 257
- Körper, 44 ff., 66, 79, 82, 88, 96, 373
 - Funktionen, 102
 - Funktionsinteresse, 21
 - Interessentheorie, 69
 - Interessenverletzung, 23
 - Unversehrtheit, 20, 46, 73, 192
 - Handicap, 47
 - Pflege, 65
 - Substanzen, 99, 113, 169
 - Teile, 99, 102, 433
- Körperverfügungsinteresse, 21, 183
- Körperverletzung, 53 ff.
 - gefährliche 97
 - mit Todesfolge, 436
 - schwere, 431
- Kortikaltod, 142, 144

- Kostenübernahme, 374
- Krankheit, 47 f., 80, 83 ff.
- Kryokonservierung, 431
- Kunst, 202-204
- Kunstfehler, 202, 208
- Kunstfreiheit, 206
- Kunsturhebergesetz, 114
- Künstliche Befruchtung, 2, 97
- Kurierfreiheit, 219-222
- Kurierzwang, 218
- Lähmung, 435
- Leichnam, 100
- Lex artis, 28, 35, 39, 201, 224
- Lungenreifung, 135
- Medizinalpfuscherei, 201
- Medizinisch-soziale Indikation, 59, 60
- Mehrdeutige Handlungen, 152
- Menschenwürde, 77, 223
- Messer, 423
- Methodenfreiheit, 218
- Methodenwahl, 229
- Minderjährige, 309, 312
- Minimaleingriffe, 180
- Mißhandeln, 23, 25, 166, 168, 175, 177
 - körperliches, 7, 171, 184, 196
- Mißhandlung, 28, 57, 62, 167, 169
- Mißhandlungsverbotsgesetz, 61, 64
- Modifizierte Erfolgstheorie, 27
- Motivirrtum, 364 ff.
- Musterberufsordnung, 208, 223
- Muttermunderöffnung, 134
- Myom-Fall, 351
- Nahrungsaufnahme, 65
- Narkose
 - Einleitung, 136
 - Risiken, 340
- Nasciturus, 132
- Naturheilkunde, 213
- Neugeborenes, schwerstgeschädigt, 315
- Nichtheilkundiger, 425
- Notfall, 317
- Nötigung, 64
- Notoperation, 306, 313
- Notstand, 16
- objektive Unrechtstheorie, 150
- Objektive Strafbarkeitsbedingung, 157
- Objektive Zurechnung, 393, 399
- Ohrfeige, 169
- Operation,
 - Erweiterung, 269
 - kosmetische, 35, 39, 185
- Organtransplantation, 83, 194, 334
- Partikulargesetzbücher, 54, 166
- Paternalismus, 4, 186
- Patient, volljähriger, 311
- Patientenautonomie, 15, 20, 31, 34, 372
- Patientenschutz, 195
- Patiententestament, 322, 323
- Patientenwille, 312, 321
- Personale Unrechtslehre, 153
- Personensorgerecht, 313
- Persönlichkeitsrecht, 103
- Pflichtwidrigkeitszusammenhang, 399
- Phytotherapie, 216
- Positives Tun, 393, 386
- Präimplantationsdiagnostik, 2
- Pränataldiagnostik, 2
- Pränatale Untersuchungsmethode, 61
- Preßwehen, 134, 137
- Preußische Allgemeine Landrecht, 52
- Preußisches Strafgesetzbuch, 52, 166
- Prognose, 24, 323
- Prognoserisiko, 239
- Prostatakarzinom, 238
- Psychotherapeut, 221 ff.
- Radbruch-Entwurf, 38, 55, 167
- Realinjurie, 50
- Rechtfertigungslösung, 14 ff., 268

- Rechtsgüter, 373
- Rechtsgüterschutz, 152
- Rechtsgut
 - Begriff, 70
 - Qualität, 68
 - Träger, 67, 192
 - Verletzung, 320
 - Verständnis, 179
- Rechtsklarheit, 304
- Rechtsmißbrauch, 368
- Rechtssicherheit, 304
- Rechtsstaat, 71
- Rechtsverkehr, 100
- Referententwurf, 58, 429, 451 ff.
- Reformvorschläge, 3, 18, 31, 445 ff.
- Regeln der ärztlichen Kunst, 32
- Religionsgemeinschaft, 314
- Reproduktionsmedizin, 351
- rettender Kausalverlauf, 388
- Risikoaufklärung, 273
- Risikoerhöhung, 397
- Risikoooperation, 178
- Röntgenaufnahmen, 189
- Sache, 96, 99, 103, 112, 114
- Säugetierblastomeren, 109
- Schaden, 190
- Schädigen, 189
- Schiefe-Ebene-Argumente, 143
- Schmerz
 - Empfindung, 168
 - Freiheit, 318
 - Zustände, 173
- Schnellschnitt, 349
- Schnittentbindung, 136
- Schulmedizin, 202, 208 ff., 222, 241
- Schwangeren-und Familienänderungs-
gesetz, 59
- Schwangerschaftsabbruch, 108, 131,
143, 192
- Schwangerschaftskonfliktberatung, 408
- Schweigepflicht, 336
- Sehvermögen, 431
- Selbstbestimmung, 368
- Selbstbestimmungsaufklärung, 187,
200, 239
- Selbstbestimmungspflicht, 307, 334,
361, 362
- Selbstbestimmungsrecht, 9, 20, 21, 28,
65, 80, 89, 196, 375
- Selbsteilungskraft, 192
- Selbstmord, 73
- Sicherheitsaufklärung, 276
- Sicherheitsmedizin, 11, 13
- Siechtum, 435
- Skalpell, 424
- Sondenernährung, 324
- Sonderstrafrecht, 29, 445 ff.
- Sorgfaltspflicht, 179
- Sorgfaltspflichtverletzung, 203
- Sozialadäquanz, 24, 27, 76, 177
- Sozialversicherungsrecht, 80, 81
- Sportverletzung, 178
- Sprechvermögen, 431
- Staatsanwaltschaft, 341
- Standard, 229 ff.
 - ärztlicher, 230
 - bereichsbezogener 236
 - medizinischer, 246
 - temporärer, 235, 244
 - Facharzt, 236, 245
- Sterbehilfe,
 - aktive, 326
 - indirekte, 326
- Sterben, 138, 318
- Sterilisation, 281
- Stichwaffen, 423
- Störung der Totenruhe, 48, 138
- Strafantrag, 308

- Strafgesetzbuch für den Norddeutschen
 Bund, 31, 53
 Strafrechtsreformgesetz, 48, 189
 Strafverfahren, 341
 Strafverfolgungsbehörde, 307
 Stufenaufklärung, 343
 Substanz,
 - Veränderung, 27
 - Verletzung, 57
 - Verlust, 172
 Tatbestandsirrtum, 269
 Tatbestandslösungen, 18 ff., 31
 Tatbestimmtheit, 94
 Technikeinsatz, 254
 Technischer Organersatz, 83
 Testierfreiheit, 310
 Therapeutische Beratung, 266, 281
 Therapeutisches Privileg, 355, 358
 Therapie
 - Abbruch, 364
 - Begrenzung, 364
 - Freiheit, 200, 218 ff.
 Tier, 68
 Tod, 137
 - klinischer, 141
 - Zeitpunkt, 2, 138
 Totipotenz, 108
 Tötung, 131
 Transfusion, 46
 Transfusionsgesetz, 113, 334
 Transfusionsmedizin, 97, 102
 Transplantation, 46, 102
 Transplantationschirurgie, 138
 Transplantationsgesetz, 138, 142, 322
 Transsexualität, 81
 Unechte Unterlassungsdelikte, 393 ff.
 Ungeborene, 134
 Unterlassen, 19, 24, 111, 137, 326 ff.
 Urlaubsvertretung, 336
 Venenklappe, 107
 Verbotsirrtum, 270
 Verdachtsstrafe, 419
 Verfügungsbefugnis, 67, 69, 92, 182,
 193, 195, 424
 Verfügungsfreiheit, 248, 403 f.
 Verfügungsinteresse, 183
 Verfügungsmacht, 73, 179
 Vernichtungsschmerzen, 326
 Verstümmelung, 434
 Versuchsstrafbarkeit, 308
 Vertragsfreiheit, 409
 Vertrauensgrundsatz, 259 ff.
 Verunstaltung, 435
 Vorab-Bestimmungen, 322 f.
 Vormundschaftsgericht, 309, 316, 319,
 328
 Vorsorgevollmacht, 323
 Waffe, 423
 Wehen
 - Eintritt, 134
 - Eröffnungswehen, 132, 135
 - Stimulation, 136
 Weisungsverhältnis, 260
 WHO, 85
 Wille, mutmaßlicher, 319, 322
 Willensbildungsprozeß, 332
 Willensdefizit, 364 ff.
 Willensentschließung, 305
 Wirtschaftlichkeitserwägung, 337
 Wissenschaftsfreiheit, 223
 Wundarzneibetrieb, 203
 Zahnärztliche Zange, 424 ff.
 Zahnbehandlungen, 435
 Zahnextraktion, 96
 Zeugungsfähigkeit, 432
 zivilrechtliche Arzthaftung, 333
 Zurechnung, 391
 Zweispurige Lösung, 28, 196