ALBIN ESER

Zur Regelung der Heilbehandlung in rechts- vergleichender Perspektive

Sonderdruck aus

Festschrift für
HANS JOACHIM HIRSCH
zum 70. Geburtstag
am 11. April 1999

herausgegeben

von

Thomas Weigend und Georg Küpper

1999

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Im Buchhandel nicht erhältlich

Zur Regelung der Heilbehandlung in rechtsvergleichender Perspektive*

ALBIN ESER

I. Ausgangslage

Die Heilbehandlung – als Sammelbegriff für jede Art von medizinischen Maßnahmen, die zum Zwecke der Behebung von Krankheiten, der Gesundheitsverbesserung oder auch nur der Schmerzlinderung mit Auswirkungen im oder am Körper eines Menschen vorgenommen werden – ist in Deutschland bekanntlich nicht in einer besonderen Vorschrift geregelt, und zwar gleichgültig, ob solche Behandlungen durch einen Arzt oder einen medizinischen Laien erfolgen. Demzufolge ist umstritten, ob die Heilbehandlung – gleichsam nach dem Motto „Der Heilzweck salviert auch vom Recht“ – grundsätzlich vom Strafrecht auszunehmen ist oder ob – in Mißtrauen gegenüber jeder Art von professionellem Privileg – das Eingreifen in die körperliche Integrität einer anderen Person nicht schon deshalb vom allgemeinen Strafrechtsschutz auszugrenzen ist, weil es durch einen Arzt geschieht. Da weder das exemtorische Extrem zugunsten des Arztes noch das protektionistische Extrem zugunsten des Patienten akzeptabel erscheint, versucht man mittlere Wege zu gehen, deren Verlauf teils von verbrechenssystematischen Vorgaben und teils von bestimmten Rechtsgutsaspekten abhängt.

Ohne den Meinungsstand in seinen vielfältigen Nuancierungen hier voll darstellen zu können¹, sind wenigstens die Hauptpositionen zu markieren, die bei einer etwaigen Neuregelung entscheidungsbedürftig erscheinen:

* Zu den Problembereichen, mit denen sich *Hans Joachim Hirsch* wiederholt befaßt hat, gehört auch der ärztliche Heileingriff (vgl. die Nachweise in den Fn. 1, 5, 9). Daher mögen ihm diese rechtspolitischen Überlegungen zu jüngsten Regulierungsbemühungen zu seinem 70. Geburtstag in freundlicher Verbundenheit gewidmet sein. – Zu danken habe ich für die Erschließung des ausländischen Rechts den jeweiligen Länderreferenten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht sowie insbesondere für die Mitarbeit bei der Sichtung des Materials und der Erstellung eines Entwurfs Rechtsreferendarin *Katja Langneff*.

¹ Vgl. dazu bereits den Überblick von *Hirsch*, in: LK, 10. Aufl. 1991, Vorbem. 3–5 vor § 223, sowie aus neuerer Zeit *Eser*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, 25. Aufl. 1997, § 223 Rdn. 28–55.

Nach der von der ständigen Rechtsprechung vertretenen Position ist jede ärztliche, die Integrität des Körpers berührende Maßnahme tatbestandlich eine Körperverletzung im Sinne des § 223 StGB, unabhängig davon, ob der Eingriff erfolgreich oder mißglückt bzw. kunstgerecht oder fehlerhaft ausgeführt wurde; eine Strafflosigkeit des einzelnen Arztes ist damit nur auf der Rechtswidrigkeitsebene mittels einer Einwilligung des Patienten zu erreichen². Auch wenn dies möglicherweise nicht von allen Vertretern dieser Auffassung so beabsichtigt ist, läuft sie aufgrund der Unerheblichkeit der gesundheitlichen Auswirkungen und der Kunstgerechtigkeit des ärztlichen Handelns doch letztlich darauf hinaus, daß nicht das Wohl, sondern der *Wille* des Patienten zum obersten Prinzip und Schutzgut erhoben wird.

Dieser Einseitigkeit versucht die überwiegende Lehre dadurch zu begegnen, daß die Straffreistellung der Heilbehandlung nicht erst durch rechtfertigende Einwilligung des Patienten erreicht wird, sondern bereits durch Ausgrenzungen aus dem Straftatbestand. Dies geschieht auf unterschiedliche Weise und letztlich auch mit unterschiedlichen Folgen für das Schutzgut:

Soweit der Tatbestandsausschluß vom Gelingen des Eingriffs abhängig gemacht wird, nämlich davon, ob im Ergebnis das körperliche Wohl des Patienten im ganzen erhöht oder jedenfalls bewahrt worden ist³, wird – im Sinne einer „Körper(interessen)theorie“ – auf das *Wohl* des Patienten (unter Vernachlässigung seines Willens) das Hauptgewicht gelegt.

Soweit hingegen maßgeblich auf die Kunstgerechtigkeit des ärztlichen Handelns abgehoben wird⁴, treten sowohl das Wohl als auch der Wille des Patienten hinter das Vertrauen auf die ärztliche Professionalität zurück, mit der Folge, daß der Individualschutz durch *gesellschaftliche* Inter-

² So bereits das RG seit RGSt 25 (1894), 375 bis hin zu BGH NStZ 1996, 34 mit Anm. *Ulsenheimer*, NStZ 1996, 132 f. Auch in der Rechtslehre hat diese Auffassung vereinzelte Anhängerschaft gefunden, wie namentlich bei *Arzt/Weber*, Strafrecht, Besonderer Teil, LH 1, 3. Aufl. 1988, Rdn. 320; *Schwalb*, Festschrift für Bockelmann, 1979, S. 539, 547; im Ergebnis ähnlich *Horn*, in: SK StGB, § 223 Rdn. 33 ff; *Krey*, Strafrecht Besonderer Teil I, 10. Aufl. 1996, Rdn. 219 ff, sowie im Ergebnis auch *Cramer*, Festschrift für Lenckner, 1998, S. 761, 776 ff.

³ Vgl. z. B. *Bockelmann*, Strafrecht des Arztes, 1968, S. 67 ff; *Hardwig*, GA 1965, 161; *Arthur Kaufmann*, ZStW 73 (1961), 341, 372 f; *H. Mayer*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953, S. 170. Im gleichen Sinne *Hirsch* (vgl. die Nachw. in Fn. 5).

⁴ So insbesondere *Engisch*, ZStW 58 (1939), 1, 5 ff; *Eb. Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht, 1939, S. 69 ff; *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 289.

essen (wie die *Integrität des Ärztestandes*) ergänzt, wenn nicht sogar überlagert wird⁵.

Gewiß gibt es noch sonstige Meinungsvarianten⁶ und auch weiter differenzierende Wege, wie etwa der eigene⁷; diese mögen jedoch hier ebenso dahingestellt bleiben wie eine nähere Auseinandersetzung mit dem gesamten Meinungsstand⁸. Denn was in dieser Ausgangsbeschreibung zu zeigen war, sollte bereits deutlich geworden sein, nämlich daß der Mangel einer besonderen gesetzlichen Regelung für die Heilbehandlung nicht nur Rechtsunsicherheit zur Folge hat, sondern auch Wertentscheidungen über unterschiedlich weitgehende Schutz- und Freistelungskonzepte der Rechtsprechung überlassen bleiben.

Da dies alles andere als ein guter Zustand ist, war es zu begrüßen, daß im Zusammenhang mit den verschiedenen Reformbemühungen in diesem Jahrhundert auch immer wieder Versuche zu einer gesetzlichen Regelung des ärztlichen Heileingriffs unternommen wurden⁹, ohne daß

⁵ Den Blick für diese Einschätzung aus der Bürgerperspektive darf man sich auch nicht dadurch trüben lassen, daß es aus dogmatischer Sicht bei Kunstgerechtigkeit eines gelungenen Eingriffs bereits am Erfolgsunwert und beim Mißlingen eines kunstgerechten Eingriffs jedenfalls am Handlungsunwert fehle bzw. ersterenfalls bereits der objektive und letzterenfalls der subjektive Tatbestand zu verneinen sei (vgl. *Hirsch*, Recht in Ost und West. Festschrift zum 30-jährigen Jubiläum des Instituts für Rechtsvergleichung der Waseda Universität, Tokio 1988, S. 853, insbes. 862 ff, sowie bereits *ders.*, in: LK, Vorbem. 3 ff vor § 223); denn diese verbrechenssystematische Einordnung ist nicht möglich, ohne zuvor den Patientenwillen aus dem Erfolgsunwert ausgeklammert bzw. die ärztliche Sorgfalt und damit das professionelle Element zu einem maßstäblichen Wert erhoben zu haben.

⁶ Vgl. den Überblick bei *Hirsch*, in: LK, Vorbem. 3 f vor § 223, sowie bei *Horn*, in: SK StGB, § 223 Rdn. 31 ff.

⁷ Nämlich durch Differenzierung zwischen gelungenen Heilmaßnahmen ohne wesentlichen Substanzverlust, wo Körperverletzung auch ohne Einverständnis bereits tatbestandlich ausgeschlossen ist, einerseits und wesentlichen Substanzveränderungen und gesundheitsverschlechternden Eingriffen, bei denen nur unter weiteren Voraussetzungen – einschließlich der Einwilligung des Betroffenen – Körperverletzung entfällt, andererseits; zur näheren Begründung vgl. *Eser*, in: *Schönke/Schröder*, § 223 Rdn. 32 ff.

⁸ Lediglich in einem Punkt mag im Hinblick auf meine vorangehende Differenzierung (Fn. 7) eine Klarstellung gegenüber dem Jubilar erlaubt sein: Wenn er zwischen dem Selbstbestimmungsrecht und dem Körperwohl ein „Tertium“ für nicht gegeben erklärt (*Hirsch*, in: LK, Vorbem. 4 vor § 223), so dürfte er verkennen, daß Eingriffe, die zu wesentlichen Substanz- oder Funktionsverlusten oder ähnlich gravierenden Persönlichkeitsveränderungen führen können, selbst dann, wenn sie zu seinem „Wohle“ sein mögen, nicht ohne seinen „Willen“ vorgenommen werden dürfen, falls der Mensch Herr seiner inneren und äußeren Person und Gestalt bleiben soll. – Im übrigen vgl. zu den zu berücksichtigenden Schutzaspekten und den Auswirkungen auf das Tatbestandsverständnis auch *Eser*, ZStW 97 (1985), 1, insbes. 3 ff.

⁹ Vgl. § 279 des E 1911; § 313 des E 1919; § 235 des Radbruch-E 1922; § 238 des E 1925; §§ 263, 281 des E 1927/1930; §§ 286, 299 des E 1933; §§ 419, 431 des E 1936; §§ 419, 431 des E 1939; §§ 161, 162 des E 1962 und § 123 des AE-BT 1970. Im übrigen

diese jedoch zum Erfolg geführt hätten¹⁰. Um so mehr mußte es überraschen, daß mit dem Entwurf eines 6. Strafrechtsreformgesetzes, der vom Bundesministerium der Justiz im Jahr 1996 zur Diskussion gestellt wurde, ein neuer Anstoß zu einer gesetzlichen Regelung der Heilbehandlung unternommen wurde (§§ 229, 230 BMJE-StGB¹¹). Auch wenn dieser Anlauf einmal mehr ins Stocken kam, indem dieser Regelungskomplex im Interesse einer raschen Verabschiedung der übrigen

wurde auch von *Hirsch* ein Regelungsvorschlag vorgelegt, wobei er im Sinne sowohl des E 1962 als auch des AE offenbar davon ausging, daß die gelungene und kunstgerechte Heilbehandlung ohnehin aus dem Körperverletzungstatbestand ausgegrenzt und nur noch die eigenmächtige Heilbehandlung als Freiheitsdelikt strafbar sei, so daß es ihm vor allem um eine Klärung der Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für Sterilisation und Organspende ging; *Hirsch*, ZStW 83 (1971), 140, insbes. 165, 174 f.

¹⁰ Ob sich dieses Scheitern allerdings mit Hinweis auf den raschen Wechsel der politischen Systeme in Deutschland ausreichend erklären läßt, wie von *Schroeder* (Besondere Strafvorschriften gegen Eigenmächtige und Fehlerhafte Heilbehandlung?, 1998, S. 11) vermutet, erscheint zweifelhaft.

¹¹ Diese Vorschriften des BMJE-StGB haben folgenden Wortlaut:

§ 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.

(3) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, daß

1. sie unter den in Absatz 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 Satz 1 bezeichneten Zwecken dienenden Behandlung an ihrer Gesundheit schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) § 229 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 gilt entsprechend.

Teile des 6. Strafrechtsreformgesetzes wieder abgekoppelt wurde¹², ist damit die Reformdiskussion erneut in Gang gekommen¹³. Da es sich dabei um ein Regelungsproblem handelt, das sich praktisch in jeder Rechtsordnung stellt, erscheint es zur Erweiterung des Beurteilungshorizonts angebracht, auch die Erfahrungen anderer Länder einzubeziehen. Deshalb soll der Entwurf nachfolgend in rechtsvergleichender Perspektive beleuchtet werden, wobei freilich – nicht zuletzt aus Zeit- und Raumgründen – eine Beschränkung auf zugängliche europäische Rechtsordnungen geboten war.

Zuvor erscheint jedoch noch eine Offenlegung des rechtspolitischen Vorverständnisses angebracht. Wie bereits an anderer Stelle dargetan, geht es bei der rechtlichen Erfassung medizinischer Behandlungsmaßnahmen um einen optimalen Ausgleich zwischen den Interessen des Patienten an Wahrung seiner Gesundheit und Achtung seiner Selbstbestimmung einerseits und dem Interesse des Arztes an einer von strafrechtlichem Risiko freien Berufstätigkeit andererseits, wobei nicht zuletzt auch darauf zu achten ist, daß ärztliches Handeln als tendenziell auf das Wohl des Patienten ausgerichtet nicht pauschal mit nicht-altruistischen Mißhandlungen und Gesundheitsbeschädigungen auf dieselbe Wertungsstufe gestellt wird¹⁴. Demzufolge hat einerseits der Patient ein legitimes Interesse am Schutz seines Willens gegen ärztliche Eigenmacht und am Schutz seines körperlichen Wohles gegen ärztliche Behandlungsfehler. Andererseits darf der Arzt erwarten, daß alles, was über diese Schutzinteressen des Patienten hinausgeht, straffrei bleibt. Diesen rechtspolitischen Vorgaben scheint der BMJE zu entsprechen, indem er nur noch Straftatbestände für „eigenmächtige Heilbehandlung“ (§ 229) und „fehlerhafte Heilbehandlung“ (§ 230) vorsieht. Inwieweit diese begrüßenswerte Selbstbeschränkung auch in der Einzelgestaltung gelungen ist, soll einem abschließenden Resümee vorbehalten bleiben (VII.). Zuvor jedoch sei der bereits angekündigte Blick über die Grenzen geworfen, wobei es zunächst um die Frage nach etwaigen Sondertatbeständen für Heilbehandlung geht (II.), um sodann speziell nach dem Schutz vor eigenmächtiger (III.) und fehlerhafter (IV.) Heilbehandlung

¹² Vgl. BT-Drs. 13/7164. Im übrigen ist das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 26. Januar 1998 (BGBl. I 1998, S. 164) am 1. April 1998 in Kraft getreten.

¹³ Wie die bereits genannten Arbeiten von *Cramer* (Fn. 2) und *Schroeder* (Fn. 10) zeigen; vgl. auch den Bericht über die Stellungnahme eines Arbeitskreises von Strafrechtslehrern von *Freund*, ZStW 109 (1997), 455, insbes. 475 ff, sowie *Katzenmeier*, ZRP 1997, 156.

¹⁴ Vgl. *Eser*, in: *Schönke/Schröder*, § 223 Rdn. 31, sowie *ders.*, ZStW 97 (1985), 3 ff.

sowie nach möglichen allgemeinen Einschränkungen strafrechtlicher Verantwortlichkeit von Medizinern (V.) bzw. nach etwaigen sektoralen Regelungsbedürfnissen (VI.) zu fragen.

II. Sondertatbestände für Heilbehandlung

Als erstes erscheint die Frage angebracht, inwieweit es in anderen europäischen Ländern für medizinisches Handeln überhaupt Sondervorschriften gibt bzw. inwieweit man auch dort – ähnlich wie im deutschen Recht – mit allgemeinen Körperverletzungstatbeständen auskommen und möglichen Sonderbedürfnissen bei ärztlichem Handeln durch die Rechtsprechung Rechnung zu tragen versucht. Es ist festzustellen, daß letzteres die Regel ist, während sich Sonderregeln nur in wenigen europäischen Ländern finden.

1. Rechtsordnungen mit besonderen Straftatbeständen für Heilbehandlung

Diesen Weg ist bisher wohl am weitesten der *portugiesische* Código Penal¹⁵ gegangen, indem nach seinem Art. 150 „die nach dem Stand der Erkenntnisse und Erfahrung der Medizin angezeigten und in Übereinstimmung mit den *leges artis* vorgenommenen Heilbehandlungen durch einen Arzt oder eine andere autorisierte Person nicht als Körperverletzungen angesehen (werden)“¹⁶.

Diese ausdrückliche Exemption „medizinisch-chirurgischer Eingriffe und Behandlungen“ aus dem allgemeinen Körperverletzungstatbestand bedeutet jedoch nicht, daß der Patient völlig schutzlos gestellt wäre; denn zum einen sind die in Art. 150 genannten Eingriffe oder Behandlungen, wenn sie ohne Einwilligung des Patienten vorgenommen werden, durch Art. 156 gesondert unter Strafe gestellt¹⁷, und zum anderen bleibt im Falle einer (gesundheitsverschlechternden) Heilbehandlung diese als fahrlässige Körperverletzung nach Art. 148 port. StGB strafbar, wobei jedoch von Strafe abgesehen werden kann, wenn die ärztliche Handlung eine Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit von nicht mehr als acht Tagen zur Folge hat (Art. 148 Abs. 2 a port. StGB).

¹⁵ Port.StGB vom 23. 9. 1982 in der Fassung der neuen Bekanntmachung vom 15. 3. 1995.

¹⁶ Eine ähnliche Vorschrift findet sich auch in § 161 des E 1962.

¹⁷ Wobei es vom Einwilligungserfordernis ausdrückliche Ausnahmen gibt, wie vor allem bei einer Lebens- oder schweren Gesundheitsgefahr im Falle eines Aufschubs bzw. wenn zur Abwendung solcher Gefahren eine mit Einwilligung begonnene Behandlung auszuweiten oder zu modifizieren ist (Art. 156 Abs. 2 port. StGB).

Auch in *Österreich* wird die „eigenmächtige Heilbehandlung“ in § 110 ö. StGB von 1974 gesondert unter Strafe gestellt, ohne daß allerdings wie in Portugal die Heilbehandlung insgesamt ausdrücklich von den allgemeinen Körperverletzungstatbeständen ausgenommen wäre. Gleichwohl gelten die allgemeinen Körperverletzungstatbestände insoweit als ausgeschlossen, als es sich um eine Behandlung „nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft“ handelt¹⁸, wobei der Behandelnde nicht einmal Arzt zu sein braucht¹⁹. Vielmehr spielt die berufliche Qualifikation als Arzt erst dann eine Rolle, wenn es sich um eine „fehlerhafte“ Heilbehandlung handelt, die durch den allgemeinen Tatbestand der fahrlässigen Körperverletzung (§ 88 ö. StGB) strafbar bleibt, aber selbst dies bei ärztlicher Berufsausübung nur für den Fall eines „schweren Verschuldens“ (§ 88 Abs. 2 Nr. 2 ö. StGB). Sieht man von diesem etwas stärkeren ärztlichen Privilegierungsaspekt²⁰ einmal ab, so geht es auch in Österreich – ähnlich wie bereits in Portugal – nicht um Schutz der körperlichen Integrität als solcher, sondern lediglich um den des Selbstbestimmungsrechts im Sinne einer freien Entscheidung über die Vornahme bzw. Zulassung einer Behandlung²¹.

2. Rechtsordnungen ohne tatbestandliche Ausgrenzungen

Zwar gibt es auch in einigen anderen Ländern noch gewisse Sondervorschriften für ärztliche Behandlung, wie beispielsweise im *dänischen* Ärztegesetz über die Aufklärung und Einwilligung des Patienten (§ 6 Abs. 3) sowie zur Strafbarkeit des Arztes bei Verletzung seiner Pflichten (§ 18); auch die besondere *slowenische* Regelung für fehlerhafte Heilbehandlung wäre hier zu erwähnen²². Aber ganz abgesehen davon, daß dabei das jeweilige Verhältnis zu den allgemeinen Körperverletzungstatbeständen unklar ist, wird auch in diesen Ländern die Heilbehandlung jedenfalls nicht in Form eines Sondertatbestandes aus den allgemeinen Körperverletzungstatbeständen ausgegrenzt.

¹⁸ Trotz weitgehender Einigkeit in diesem Ergebnis hätte sich aber bei ausdrücklicher Ausgrenzung aus dem Körperverletzungstatbestand sicherlich mancher Theorienstreit erübrigt; vgl. dazu *Schmoller*, in: *Triffterer* (Hrsg.), StGB-Kommentar (Stand: Juli 1997), § 110 Rdn. 5, 7.

¹⁹ Vgl. *Schmoller* (Fn. 18), § 110 Rdn. 21.

²⁰ So besonders betont von *Zipf*, Festschrift für Bockelmann, 1979, S. 577, 578.

²¹ *Kienapfel*, Grundriß des österreichischen Strafrechts. Besonderer Teil I, Delikte gegen Personenwerte, 4. Aufl. 1997, § 110 Rdn. 3; aber auch *Schmoller* (Fn. 18), § 110 Rdn. 12.

²² Vgl. unten zu IV.

Soweit ersichtlich, besteht daher – abgesehen von den in der vorangehenden Position genannten Ländern – in den übrigen europäischen Rechtsordnungen ähnlich wie in Deutschland keine Einigkeit darüber, ob und inwieweit es bei einer ärztlichen Heilbehandlung bereits an der Tatbestandsmäßigkeit einer Körperverletzung fehlt bzw. ob eine solche tatbestandlich gegeben ist und daher eines besonderen Ausschlusses, wie insbesondere durch vorherige Einwilligung des Patienten, bedarf. Innerhalb dieser Länder lassen sich jedoch ihrerseits gewisse Gruppierungen unterscheiden:

Sowohl die *englische* als auch die *französische*, die *italienische*, die *norwegische*, die *schwedische* und die *slowenische* Jurisprudenz gehen im Falle eines ärztlichen Heileingriffs grundsätzlich vom Vorliegen einer tatbestandlichen Körperverletzung aus. Dennoch soll in den meisten Fällen keine strafbare Körperverletzung vorliegen, da der Heileingriff entweder durch eine tatsächlich vorhandene Einwilligung oder aber zumindest durch eine mutmaßliche Einwilligung gerechtfertigt ist.

Einen etwas anderen Weg verfolgt *Frankreich*, wo man die körperliche Unversehrtheit ebenso wie das menschliche Leben für unverfügbar hält²³ und als Rechtfertigungsgrund nur die *autorisation de la loi*, wie sie in Art. 122–4 Abs. 1 franz. StGB explizit normiert ist, in Betracht kommt. Damit wird die (wirksame) Einwilligung in die Behandlung weder als Rechtfertigungsgrund im eigentlichen Sinne angesehen²⁴, noch scheint sie eine notwendige Bedingung der Straflosigkeit zu sein. Somit steht in Frankreich offenbar der *ordre public* bzw. ein objektiviertes Heilungsinteresse gegenüber dem Willen des Patienten im Vordergrund.

Auch im *slowenischen* Strafrecht ist die rechtfertigende Wirkung der Einwilligung in diesem Zusammenhang nicht bekannt. Vielmehr wird ein eigenständiger Rechtfertigungsgrund traditionellerweise im Handeln nach den Regeln der ärztlichen Kunst (den „Regeln der ärztlichen Wissenschaft und des Ärztefachs“) gesehen. Von diesem Terminus werden nach slowenischer Auffassung allerdings nur die „technischen Regeln“ umfaßt, mit der Folge, daß das Einholen der Einwilligung des Patienten nicht hierunter fällt. Konsequenterweise stellt damit der eigenmächtige Heileingriff, soweit er unter Einhaltung der „technisch“ verstandenen Regeln erfolgt, nach slowenischem Recht keine Straftat dar. Andererseits ist aber die Einwilligung eines Patienten auch nicht in der Lage, die

²³ Vgl. *Doucet*, La protection pénale de la personne humaine, Band 1, 2. Aufl. 1993, Rdn. 64.

²⁴ Vgl. auch *Stefani/Levasseur*, Droit pénal général, 15. Aufl. 1995, Rdn. 409.

Rechtswidrigkeit eines nicht den „technischen Regeln“ folgenden Eingriffs zu beseitigen.

In einer anderen Ländergruppe hingegen wird versucht, die mit einer besonderen Rechtfertigung durch Einwilligung verbundenen Probleme dadurch zu umgehen, daß im Wege der Auslegung der ärztliche Heileingriff aus dem Tatbestand der Körperverletzung ausgegrenzt wird. So soll nach der herrschenden Auffassung in *Finnland* und *Dänemark* bei einem eigenmächtigen, aber erfolgreichen Heileingriff in die körperliche Integrität der Tatbestand der Körperverletzung nicht erfüllt sein, da die Annahme einer Körperverletzung mit der Grundvorstellung vom ärztlichen Handeln unvereinbar sei²⁵.

Auch von der herrschenden Meinung in *Spanien* wird im Falle eines einverständlichen Heileingriffs die Tatbestandsmäßigkeit einer Körperverletzung verneint²⁶.

Diesen Punkt zusammenfassend, spricht schon allein der theoriebeladene Begründungsaufwand, der erforderlich ist, um den Besonderheiten der Heilbehandlung in ausgewogener Weise Rechnung zu tragen, für eine klarstellende Sonderregelung, zumal für die dabei zu treffenden Wertentscheidungen der Gesetzgeber die Verantwortung zu übernehmen hat.

III. Schutz vor eigenmächtiger Heilbehandlung

Nachdem gegenüber einem Sondertatbestand für „eigenmächtige Heilbehandlung“ neuerdings in Frage gestellt wurde, ob ein derartiger isolierter Schutz des Selbstbestimmungsrechts nur gegen Heileingriffe überhaupt legitim bzw. ob dies nur im Rahmen eines umfassenderen Selbstbestimmungsschutzes berechtigt sei²⁷, erscheint es aufschlußreich zu erfahren, ob und inwieweit in anderen europäischen Ländern das eigenmächtige Handeln des Arztes unter Strafe gestellt wird²⁸. Dazu

²⁵ Vgl. *Lahti*, in: *Westerhäll/Phillips* (Hrsg.), *Patient's Rights*, 1994, S. 207, 213.

²⁶ Vgl. *Tamarit Sumalla*, in: *Quintero Olivares* u. a., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 1996, Art. 155 Anm. 2, sowie *Suarez Gonzalez*, in: *Rodriguez Mourullo/Jorge Barreiro* (Hrsg.), *Comentarios al Código Penal*, 1996, Art. 155 Anm. 1. Vgl. hinsichtlich der Zustimmung des Patienten allerdings auch unten zu Fn. 36.

²⁷ So offenbar der Arbeitskreis von Strafrechtslehrern in seiner Würdigung des BMJE-StGB; vgl. *Freund*, ZStW 109 (1997), 476.

²⁸ Wen – wie offenbar manche Ärzte – der Terminus „eigenmächtig“ stört, weil damit den Ärzten ein ihnen völlig fernliegendes „Machtstreben“ gegenüber dem Patienten unterstellt werde, dem könnte ohne wesentliche inhaltliche Einbußen auch durch die Bezeichnung als „ungewollte“ oder „unerbetene“ Heilbehandlung entgegengekommen werden; vgl. dazu bereits *Schroeder* (Fn. 10), S. 23.

ergibt sich – bei weitgehender Einigkeit in grundsätzlicher Anerkennung eines Schutzbedürfnisses – ein recht variantenreiches Bild. Dazu einige Beispiele:

In *Österreich* wird allein auf die Eigenmächtigkeit des Arztes, d. h. auf sein Handeln ohne Einwilligung des Patienten, abgestellt; ob der Eingriff *lege artis* oder erfolgreich durchgeführt wurde, ist dabei ohne Belang²⁹. Ebenso verhält es sich in *Portugal*³⁰.

In *Dänemark* ergibt sich das Erfordernis einer Einwilligung des Patienten aus § 6 Abs. 3 des Ärztegesetzes³¹. Nur bei akuter Lebensgefahr oder im Falle der Bewußtlosigkeit reicht eine mutmaßliche Einwilligung aus³². Nimmt der Arzt gegen den Willen des Patienten eine Heilbehandlung vor, so kann diese als ärztlicher Fehler nach § 18 des Ärztegesetzes mit Geldstrafe oder Haft geahndet werden. Daneben kommt eine Strafbarkeit wegen Nötigung (§ 260 dän. StGB) oder wegen Nachlässigkeit im öffentlichen Dienst (§ 157 dän. StGB) in Betracht.

Auch in *Polen* ist die Einwilligung des Betroffenen die Grundvoraussetzung für die Legalität des ärztlichen Handelns³³. Verlangt wird sie *expressis verbis* freilich nur für die Durchführung einer Operation³⁴. Bei anderen, nichtoperativen Eingriffen wird das Erfordernis der Einwilligung aus dem verfassungsrechtlich verankerten Recht eines jeden Menschen auf Selbstbestimmung und körperliche Unversehrtheit abgeleitet³⁵. Ein eigenmächtig und *lege artis* durchgeführter Heileingriff des Arztes wird allerdings im polnischen Strafrecht nicht als Körperverletzung, sondern ausschließlich als eine Verletzung der Freiheit des Patienten (nämlich als Freiheitsberaubung nach Art. 165 § 1 oder als Nötigung nach Art. 167 § 1 poln. StGB) bestraft. Gleichwohl wird in Polen zunehmend Kritik an dieser Rechtslage laut, um statt dessen einen eigenständigen Straftatbestand der „eigenmächtigen Heilbehandlung“ ähnlich der österreichischen Regelung zu fordern.

Da in *Spanien* nach herrschender Meinung ein Heileingriff keine tatbestandliche Körperverletzung darstellt, kommt bei Eigenmächtigkeit des

²⁹ Kienappfel (Fn. 21), § 110 Rdn. 9 f.

³⁰ Art. 156 port. StGB. Vgl. dazu auch oben II.1.

³¹ Laegeloven in der Fassung der Bekanntmachung lovbekendtgørelse nr. 632 vom 20. 7. 1995.

³² § 12 des Runderlasses der Gesundheitsverwaltung vom 22. 9. 1992.

³³ Vgl. Zoll, Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu (Strafrechtliche Verantwortung des Arztes für das Mißlingen der Heilbehandlung), Warschau 1988, S. 16 ff; Rejman, Odpowiedzialność karna lekarza (Strafrechtliche Verantwortung des Arztes), Warschau 1991, S. 51 ff.

³⁴ Vgl. insbesondere Art. 17 des Gesetzes über den Ärzteberuf von 1950.

³⁵ Vgl. Zoll (Fn. 33), S. 17.

Arztes eine tatbestandsmäßige Nötigung in Betracht³⁶. Diese kann allerdings gegebenenfalls durch Notstand (Art. 20 Nr. 5 span. StGB) oder durch die rechtmäßige Ausübung eines Berufs (Art. 20 Nr. 7 span. StGB) gerechtfertigt und damit straflos sein.

Frankreich und *Slowenien* hingegen, wo zwar bei jedem ärztlichen Heileingriff der Tatbestand der Körperverletzung als erfüllt angesehen wird, versagen der Einwilligung die Anerkennung als Rechtfertigungsgrund. So kommt es in Frankreich ausschließlich auf ein objektiviertes Heilungsinteresse bzw. in Slowenien auf die Einhaltung der Regeln der ärztlichen Kunst im „technischen Sinne“ an³⁷.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, daß eigenmächtiges Handeln des Arztes in der Mehrzahl der europäischen Staaten unter Strafe gestellt ist. Divergenzen finden sich jedoch hinsichtlich der dafür in Betracht kommenden Straftatbestände. Während in Rechtsordnungen ohne – ausdrückliche oder interpretative – Ausgrenzung der Heilbehandlung aus dem Körperverletzungstatbestand dieser konsequenterweise auch bei gelungener und kunstgerechter, aber eigenmächtiger Heilbehandlung zur Anwendung kommen kann³⁸, werden in anderen Ländern Freiheitsdelikte (wie Nötigung und Freiheitsberaubung) herangezogen³⁹. Auf dieser Linie liegen auch die selbständigen Regelungen der eigenmächtigen Heilbehandlung in Österreich und Portugal. Der Grundgedanke dieser Auffassung besteht darin, daß der einen Heileingriff vornehmende Arzt – auch wenn er ohne Zustimmung des Patienten handelt – nicht in das Lebensrecht bzw. das Recht auf Gesundheit des Betroffenen eingreift, sondern im Gegenteil diese zu retten bzw. zu schützen versucht. Deshalb widerstrebt es, einen medizinisch indizierten, lege artis durchgeführten und die Gesundheit verbessernden Heileingriff als Körperverletzung einzuordnen. Darauf wird noch zurückzukommen sein.

IV. Schutzbedürfnis gegenüber fehlerhafter Behandlung

Diese Frage ist von vornherein nur bei solchen Ländern ein besonderes Problem, wo die Heilbehandlung in gewisser Weise von den allge-

³⁶ *Romeo Casabona*, El médico y el derecho penal I, 1981, S. 288; *Jorge Barreiro*, La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico, in: Cuadernos de política criminal Nr. 16 (1982), S. 17.

³⁷ Vgl. hierzu oben II.2.

³⁸ So in Deutschland, Belgien, England, Italien, Norwegen, Schweden und Slowenien.

³⁹ So in Dänemark, Polen und Spanien.

meinen Tötungs- und Körperverletzungstatbeständen ausgenommen ist. Sind diese nämlich ohne jede Abstriche auch auf medizinische Maßnahmen anzuwenden, so kommen sie bei jeder Art von fehlerhaftem Verhalten – sei es wegen mangelnder Indikation, kunstfehlerhafter Durchführung oder auch etwaiger Einwilligungsmängel – zum Zuge, ohne daß es eines besonderen Tatbestandes für „fehlerhafte Heilbehandlung“, wie er in § 230 BMJE-StGB vorgeschlagen wird, bedürfte. Das bedeutet, daß irgendwelche Sonderregeln für „fehlerhafte Heilbehandlung“ von vornherein nur dort veranlaßt sind, wo aufgrund von Einschränkungen der allgemeinen Tötungs- und Körperverletzungstatbestände Lücken zu schließen sind oder Privilegierungen bzw. Qualifizierungen für fehlerhaftes medizinisches Handeln angebracht erscheinen. Deshalb wird auch die offenbar vor allem in der Ärzteschaft verkannte, weil als Verschärfung mißverständene Einführung eines besonderen Tatbestandes für „fehlerhafte Heilbehandlung“ in § 230 BMJE-StGB in ihrer eigenen Bedeutung erst dann verständlich, wenn man sich klar macht, daß neben der grundsätzlich auf vorsätzliche Eigenmacht beschränkten Strafbarkeit jedenfalls auch noch die fahrlässig fehlerhafte Heilbehandlung (§ 230 BMJE-StGB) strafbar bleiben soll, während beispielsweise fahrlässige Einwilligungsmängel demnach ungeahndet blieben⁴⁰.

Behält man also das ohnehin fragliche Regelungsbedürfnis im Sinne von Lückenschließung und/oder Modifizierung gegenüber den allgemeinen Schutztatbeständen im Auge, so kann schwerlich überraschen, daß in anderen europäischen Ländern ein eigenständiger Tatbestand für „fehlerhafte Heilbehandlung“ kaum zu finden ist. Eine Ausnahme hiervon macht, soweit ersichtlich, offenbar nur *Slowenien* mit einem dem deutschen Entwurf sehr nahekommenden Tatbestand für „Fahrlässige Heilbehandlung“ (Art. 190 slow. StGB).

Dieser Mangel an eigenständigen Sondertatbeständen bedeutet aber nicht, daß nicht doch gewisse Modifizierungen der allgemeinen Fahrlässigkeitstatbestände im Hinblick auf fehlerhaftes ärztliches Verhalten vorzufinden wären. Das gilt namentlich für *Österreich* und *Portugal*, wo die fehlerhafte Heilbehandlung an sich unter den allgemeinen Tatbestand

⁴⁰ In diesem Sinne wird auch die Begründung zum BMJE-StGB, S. 92, 141 f, zu verstehen sein. Eine ganz andere Frage ist, ob diese Konstruktion, die offensichtlich sogar den Arbeitskreis von Strafrechtslehrern etwas ratlos gelassen hat (vgl. *Freund*, ZStW 109 [1997], 477), auch gesetzestechisch als geglückt zu bezeichnen ist. Diese Frage stellt sich auch hinsichtlich der offenbar ebenfalls beabsichtigten Beschränkung der „fehlerhaften Heilbehandlung“ auf gesundheitsschädliche Folgen (unter Ausschluß „folgenloser“ Behandlung; vgl. unten zu Fn. 49). Vgl. auch die kritischen Anfragen von *Schroeder* (Fn. 10), S. 38 f.

der fahrlässigen Körperverletzung fällt (§ 88 ö. StGB bzw. Art. 148 port. StGB), jedoch für bestimmte Fälle ein Absehen von Strafe vorgesehen ist: so in Portugal für den Fall, daß die fehlerhafte Behandlung eine Erkrankung oder Arbeitsunfähigkeit von nicht mehr als acht Tagen zur Folge hat (§ 148 Abs. 2 a port. StGB). Und noch mehr kommt Österreich den Ärzten entgegen, indem ein gesundheitlicher Ausfall bis zu 14 Tagen als tolerabel angesehen wird und die Strafbarkeit sogar ganz entfällt, wenn den Arzt kein „schweres Verschulden“ trifft (§ 88 Abs. 2 Nr. 2 ö. StGB⁴¹).

Umgekehrt besteht in strafschärfender Richtung in den *Niederlanden* die Möglichkeit, im Falle einer fahrlässigen Körperverletzung die Strafe zu erhöhen, wenn diese in Ausübung eines Amtes oder Berufes begangen wurde (Art. 309 nl. StGB).

Eine ähnliche Verschärfung sieht das *spanische* Strafrecht vor, das drei verschiedene Arten der Fahrlässigkeit, die leichte (*leve*), die schwere (*grave*) und die berufliche (*profesional*) kennt, wobei letztere sowohl das Ausführen einer gefährlichen Tätigkeit ohne die entsprechende Vorbereitung als auch die unangebrachte Anwendung von Fertigkeiten und Kenntnissen aufgrund fehlender Sorgfalt umfaßt, die von einer durchschnittlichen Person in diesem Beruf verlangt werden kann⁴². Diese Strafverschärfung kann sowohl bei fahrlässiger Tötung (Art. 142 Abs. 3 span. StGB) als auch bei fahrlässiger Körperverletzung (Art. 152 Abs. 3 span. StGB) zum Zuge kommen.

Im übrigen können sich Einschränkungen bei fehlerhafter Heilbehandlung gegenüber den allgemeinen Körperverletzungstatbeständen auch dahingehend ergeben, daß für Tatbestandserfüllung nicht schon jede körperliche Beeinträchtigung genügt, sondern eine „Gesundheitsbeschädigung“ (wie nach § 230 BMJE-StGB)⁴³ oder eine „spürbare Gesundheitsverschlechterung“ (wie in Art. 190 slow. StGB) verlangt wird⁴⁴.

V. Allgemeine Einschränkungen strafrechtlicher Verantwortlichkeit

Wie vorangehend bereits verschiedentlich angeklungen, sind Begrenzungen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit im medizinischen Be-

⁴¹ Dieses „Ärzteprivileg“ durch weitreichende strafrechtliche Freistellung von leichter Fahrlässigkeit wird in Österreich im Zusammenhang mit einer weitgehenden Entkriminalisierung der Heilbehandlung gesehen. Vgl. auch *Kienapfel* (Fn. 21), § 88 Rdn. 46 und § 110 Rdn. 2.

⁴² Vgl. *Tamarit Sumalla* (Fn. 26), Art. 152 Anm. 4.

⁴³ Vgl. aber dazu auch *Schroeder* (Fn. 10), S. 38 f.

⁴⁴ Vgl. dazu auch V.1.

reich nicht nur durch die Bildung von Sondertatbeständen für Heilbehandlung zu erreichen; vielmehr können sich auch durch besondere Anforderungen an einzelne Tatbestandsmerkmale oder durch besondere Strafverfolgungserfordernisse Einschränkungen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit ergeben. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit erscheinen dazu folgende vergleichende Beobachtungen bemerkenswert.

1. Auf tatbestandlicher Ebene

Auf dieser Ebene kommt zunächst die Ausklammerung von *Bagatell-eingriffen* in Betracht, wie dies beispielsweise in § 229 BMJE-StGB vorgeschlagen wird, indem nur „körperliche Eingriffe“ und andere die körperliche Integrität oder den Gesundheitszustand „nicht nur unwesentlich beeinflussende Behandlungen“ erfaßt werden; damit werden beispielsweise medizinische Maßnahmen wie Pulsfühlen, Abhören und Blutdruckmessen schon tatbestandlich ausgegrenzt⁴⁵. Eine ähnliche Beschränkung findet sich in verschiedenen anderen europäischen Ländern. So wird in *Spanien* im Falle einer Körperverletzung eine erforderliche einfache ärztliche Überwachung oder Weiterbehandlung nicht als „medizinische Behandlung“ und somit als minderschwere Fall angesehen⁴⁶. Ferner ist beispielsweise in *Dänemark* und *Finnland* die Strafbarkeit der fahrlässigen Körperverletzung auf die Hervorrufung erheblicher Schäden an Körper und Gesundheit beschränkt⁴⁷.

Weitere Ausgrenzungen können sich durch Einschränkungen beim *Einwilligungserfordernis* ergeben. Ein Beispiel dafür ist im *englischen common law* zu finden. Zwar stellt dort jede Heilbehandlung eine tatbestandsmäßige Körperverletzung (*battery*) dar, deren Strafbarkeit bei Vorliegen einer wirksamen Einwilligung (*consent*) ausgeschlossen wird. Darüber hinaus sind in bestimmten Fällen ärztliche Eingriffe aber auch ohne Einwilligung des Patienten gerechtfertigt, wie bei *permanent or temporary incompetence* sowie bei Minderjährigkeit des Betroffenen, wobei freilich vorausgesetzt wird, daß der ärztliche Eingriff notwendig ist und im besten Interesse des Patienten erfolgt⁴⁸.

⁴⁵ Vgl. die Begründung zu § 229 BJME-StGB, S. 135; im gleichen Sinne bereits Koch, in: Eser/Nishihara (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung IV, 1995, S. 213, 223 f. Anders insoweit noch § 161 des E 1962.

⁴⁶ Vgl. Art. 147 span. StGB.

⁴⁷ Vgl. § 249 dän. StGB und § 10 fin. StGB.

⁴⁸ Vgl. hierzu Kennedy/Grubb, Medical Law, Text with Materials, 2. Aufl. London 1994, S. 324 ff. Die deutsche Parallele zu diesem Fall wäre die mutmaßliche Einwilligung (vgl. dazu Koch [Fn. 45], S. 232 ff). Vgl. auch die Begründung zu § 229 BMJE-StGB, S. 139.

Ferner sind hinsichtlich des *Täterkreises* Differenzierungen denkbar, etwa in der Weise, daß bestimmte Straffreistellungen und/oder Strafmilderungen nur Ärzten zugute kommen. Während der BMJE-StGB von solchen Differenzierungen abgesehen⁴⁹ und sich dafür bereits Kritik zugezogen hat⁵⁰, meinten *Österreich* und *Portugal* die bereits erwähnten Privilegierungen bei fehlerhafter Heilbehandlung⁵¹ nur den Ärzten zugestehen zu sollen. Daß ansonsten derartige täterspezifische Differenzierungen nicht zu finden sind, mag auf den ersten Blick überraschen, kann aber letztlich nicht verwundern, wenn man an die enge Interaktion des medizinischen Personals, wie sie nicht nur im Krankenhausbetrieb zu beobachten ist, sowie an neue Formen ernstzunehmender alternativer Medizin denkt: Selbst wenn mögliche Scharlatane und Quacksalber keinesfalls vom allgemeinen Strafrecht auszunehmen sind, hätte dies jedenfalls nicht durch Diskriminierung zwischen verschiedenen Arten von Heilpersonen, sondern allenfalls gemäß dem Charakter als anerkenntnenswerte Heiltätigkeit zu geschehen⁵².

2. Hinsichtlich subjektiver Anforderungen

Auf dieser Ebene sind vor allem Einschränkungen auf die Weise möglich, daß man für die Tatbestandsverwirklichung nicht bloße Fahrlässigkeit genügen läßt, sondern *Vorsatz* oder zumindest *qualifizierte Fahrlässigkeit* fordert.

Dafür lassen sich wiederum *Österreich* und *Portugal* als Beispiele anführen. Bei deren Tatbeständen für *eigenmächtige* Heilbehandlung handelt es sich jeweils um Vorsatzdelikte⁵³. Da dafür das Fehlen einer wirksamen Einwilligung als objektives Tatbestandsmerkmal zu verstehen ist, muß sich der Vorsatz des Arztes darauf beziehen. Demzufolge ist bei irrtümlicher Annahme einer Einwilligung eine Bestrafung wegen eigenmächtiger Heilbehandlung ausgenommen. Damit läßt es allerdings Portugal nicht bewenden; ist nämlich hinsichtlich der fälschlichen Annahme einer Einwilligung dem Täter grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen, so macht er sich - mit einer allerdings wesentlich mildernden Strafandrohung (6 Monate anstatt 3 Jahren Höchststrafe im Vorsatzfalle) - strafbar (Art. 156 Abs. 1 bzw. 3 port. StGB). In allen übrigen Ländern, in denen es an

⁴⁹ Im gleichen Sinne bereits §§ 161, 162 des E 1962; vgl. dazu die Begründung in BT-Drs. IV/650, S. 298.

⁵⁰ So von *Cramer* (Fn. 2), S. 766, und *Schroeder* (Fn. 10), S. 35 f.

⁵¹ Vgl. dazu oben zu Fn. 41.

⁵² Vgl. auch *Koch* (Fn. 45), S. 224.

⁵³ § 110 Abs. 1 ö. StGB bzw. Art. 156 Abs. 1 port. StGB; vgl. oben II.1.

einem Sondertatbestand für die eigenmächtige Einwilligung fehlt, bleibt die fahrlässige Annahme einer nicht vorhandenen Einwilligung in Form der fahrlässigen Körperverletzung strafbar.

Auch hinsichtlich *Behandlungsfehlern*, die in der Regel als fahrlässige Körperverletzung strafbar sind, sind Einschränkungen der Verantwortlichkeit in der Weise möglich, daß nicht schon jede Fahrlässigkeit genügt. Ein Beispiel dafür ist wiederum *Österreich*, wo der Arzt von der Strafbarkeit wegen fahrlässiger Körperverletzung (§ 88 Abs. 1 ö. StGB) ausgenommen wird, wenn er „in Ausübung der Heilkunde“ behandelt hat, ihn kein „schweres Verschulden“ trifft und sich die gesundheitsbeeinträchtigenden Folgen in einem bestimmten - zeitlichen und schweremäßigen - Rahmen halten (§ 88 Abs. 2)⁵⁴. Auch wenn man über die gesetzestechnische Fassung eines solchen „Ärzteprivilegs“ wird streiten können, wird doch der grundsätzlichen Beschränkung auf grobe Fahrlässigkeit, um die möglicherweise entscheidungshemmende Angst vor Kriminalisierung jedweder Art von Nachlässigkeit zu nehmen, eine gewisse Berechtigung nicht abzusprechen sein⁵⁵, wobei dies freilich nicht auf eine – andere Heilpersonen diskriminierende – Bevorzugung einer bestimmten „Schulmedizin“ hinauslaufen dürfte.

3. Auf Strafverfolgungsebene

Wer vor materiellrechtlichen Einschränkungen der vorgenannten Art zurückscheut, kann natürlich noch auf der Strafverfolgungsebene mit Hilfe des *Opportunitätsprinzips* zur Ausgrenzung von geringfügigen Fehlleistungen kommen⁵⁶.

Eine weitere Hemmschwelle läßt sich dadurch einbauen, daß die Einleitung einer Strafverfolgung von einem *Strafantrag* des Betroffenen abhängig gemacht wird. Diesen Weg sind wiederum *Österreich* und *Portugal* bei der eigenmächtigen Heilbehandlung gegangen⁵⁷. Auch der BMJE-StGB hat mit seinem Antragserfordernis bei eigenmächtiger Heilbehandlung (§ 229 Abs. 3) diesen Weg eingeschlagen, ist ihn jedoch nicht bis zum Ende gegangen, indem er in besonders schweren Fällen (wie bei fremdnütziger Erprobung einer neuen Behandlungsmethode oder nicht verantwortbarer Unverhältnismäßigkeit) bzw. bei besonderem öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung das Antragserfordernis ent-

⁵⁴ Ausführlich dazu *Kienapfel* (Fn. 21), § 88 Rdn. 29 ff.

⁵⁵ Vgl. dazu bereits *Eser*, ZStW 97 (1985), 540 mit Anm. 131.

⁵⁶ So namentlich *Schroeder* (Fn. 10), S. 345 f, durch Verweis auf die Verfahrenseinstellung bei geringer Schuld nach §§ 153, 153a StPO.

⁵⁷ § 110 Abs. 3 ö. StGB bzw. Art. 156 Abs. 4 port. StGB.

fallen läßt (Abs. 3). Auch in einem weiteren Punkt gehen Österreich und der neue deutsche Entwurf verschiedene Wege, nämlich bei der in anderen Lebensbereichen wohl weniger wichtigen Vererblichkeit des Antragsrechts. Während dieses in Österreich nicht fortlebt⁵⁸, war dies bereits im E 1962 vorgesehen⁵⁹, und zwar mit gutem Grund, können doch gerade in Fällen, in denen der Patient plötzlich stirbt, strafrechtliche Nachforschungsmaßnahmen äußerst angebracht erscheinen.

VI. Sektorale Sonderregelungen

Es versteht sich, daß ein volles Bild von Regelungen der Heilbehandlung über „gewöhnliche“ Routinemaßnahmen der Inneren Medizin und Chirurgie hinaus auch noch die Berücksichtigung von „außergewöhnlichen“ Eingriffen – wie noch nicht voll standardisierte Heilversuche, Neulandoperationen und Organtransplantationen bis hin zu besonderen Schutzbedürfnissen bei Humanexperimenten – erfordern würde. Da dies hier schon aus Raumgründen nicht möglich ist – hatte doch schon allein ein kürzlich unternommener Überblick über Regelungen von Humanexperimenten mehr Raum in Anspruch genommen, als hier insgesamt zur Verfügung steht⁶⁰ –, muß es hier mit einem Hinweis sein Bewenden haben, daß es neben allgemeinen Regeln für die Heilbehandlung in den meisten Ländern auch noch Sonderregeln für bestimmte Sektoren medizinischer Tätigkeit gibt.

Diese Feststellung gilt nicht nur für jene Länder, die ohnehin bereits aus den allgemeinen Tötungs- und Körperverletzungstatbeständen herausgenommene Sondertatbestände für die (eigenmächtige oder fehlerhafte) Heilbehandlung haben, sondern auch – wenn nicht sogar noch mehr – für jene Rechtsordnungen, die in der Heilbehandlung einen nach allgemeinen Grundsätzen zu rechtfertigenden Fall von „Körperverletzung“ sehen. Denn bei diesem Regelungsstatus wird das Bedürfnis, „außergewöhnlichen“ medizinischen Eingriffen wie Transplantationen, Sterilisationen und Kastrationen bis hin zu experimentellen Verfahren und Sterbehilfe durch Sonderregeln Rechnung zu tragen, um so

⁵⁸ Vgl. hierzu *Bertel/Schwaighofer*, Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil I, 3. Aufl. 1993, § 110 Rdn. 11.

⁵⁹ § 162 Abs. 5 E 1962; ebenso § 123 Abs. 2 AE-BT 1970 sowie jetzt auch § 229 Abs. 3 S. 2 BMJE-StGB.

⁶⁰ *Eser*, in: *Noble/Vincent* (eds.), *The ethics of life*, UNESCO Publishing 1997, S. 125–155.

dringlicher. Deshalb ist von einer abschließenden Gesamtbeurteilung abzusehen, solange über die allgemeinen Regeln der Heilbehandlung hinaus nicht auch etwaige sektorale Regelungen mitberücksichtigt sind.

VII. Schlußbetrachtung

Eingedenk des vorangehenden Vorbehalts sei von vornherein Abstand genommen von dem untauglichen Versuch, eine abschließende Würdigung vorzunehmen, geschweige einen umfassenden Regelungsvorschlag vorzulegen. Statt dessen mögen vor dem Hintergrund ausländischer Regelungsbeispiele einige allgemeine Bemerkungen zum neuesten deutschen Regelungsversuch im BMJE-StGB erlaubt sein.

1. Ohne die Schwierigkeiten der gesetzestechnischen Umsetzung verkennen zu wollen, erscheint es mir an der Zeit, die sich von „normalen“ Körperverletzungen abhebenden „heilungsbezogenen“ Eingriffe in die körperliche Integrität auch tatbestandlich abzuheben und dabei die Schutzrichtung im wesentlichen auf zwei Interessen zu konzentrieren: die Respektierung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten und die Sicherung medizinischer Qualität. Dem wäre – nach dem Vorbild von Österreich und Portugal – durch Sondertatbestände für „eigenmächtige“⁶¹ Heilbehandlung“ sowie – insoweit über diese ausländischen Vorbilder noch hinausgehend – für „fehlerhafte Heilbehandlung“ Rechnung zu tragen. Dabei wäre auch zu bedenken, inwieweit – ähnlich dem österreichischen Vorbild – die strafrechtliche Verantwortlichkeit auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu beschränken wäre.

2. Falls man sich zu diesem Schritt zu Sondertatbeständen für Heilbehandlung entschließt, muß das Verhältnis zu den allgemeinen Tötungs- und Körperverletzungstatbeständen klargestellt werden, ähnlich wie dies – anders als in Österreich – jedenfalls in Portugal geschehen ist und auch schon in früheren deutschen Entwürfen vorgesehen war. Denn wenn Strafrecht im Sinne von Verhaltensregeln ernstgenommen sein will, dann muß es seinerseits den Bürger ernstnehmen und einerseits dem Arzt (im Sinne aller „Heilpersonen“) so ausdrücklich wie möglich sagen, was er zu beachten hat, und andererseits den Heilsuchenden erkennen lassen, was er an Schutz erwarten darf. Was demgegenüber die jetzigen Fassungen der §§ 229, 230 BMJE-StGB an Entschlüsselungsarbeit im Verhältnis zu den teilweise denn doch noch zum Zuge kommen-

⁶¹ Oder meinerwegen auch „ungewollte“ bzw. „unerbetene“; vgl. oben zu Fn. 28.

den allgemeinen Verletzungstatbeständen selbst einschlägig erfahrenen Juristen abverlangt⁶², ist schlicht ein Unding⁶³.

3. Wenn schon eine gesetzliche Regelung gemacht werden soll und es dabei insbesondere um den Schutz vor Eigenmacht geht, dürfen dafür erforderliche Schlüsselbegriffe wie ärztliche Aufklärung und Einwilligung des Patienten nicht völlig ungeregt bleiben. Auch dafür ließen sich ausländische Vorbilder – wie beispielsweise Finnland – finden⁶⁴.

4. Nicht zuletzt wäre im Falle einer gesetzlichen Regelung anzustreben, daß über die „Heilbehandlung“ im allgemeinen hinaus auch sektorale Sonderregelungen – wie insbesondere für Neulandverfahren, Transplantationen und Sterilisationen – mitgeregt oder jedenfalls aufeinander abgestimmt werden.

Bei einem derart umfassenden Programm ist freilich zu befürchten, daß die vom Jubilar bereits im Jahr 1981 alsbald erhoffte gesetzliche Reform der Heilbehandlung⁶⁵ noch eine Weile auf sich warten läßt.

⁶² Vgl. oben zu Fn. 40.

⁶³ Allgemein zu der auch sonst noch viel zu sehr vernachlässigten Rolle des eigentlichen Normadressaten *Eser*, Festschrift für Lenckner (Fn. 2), S. 25, insbes. 39 ff.

⁶⁴ Vgl. *Lahti* (Fn. 25), S. 217 f.

⁶⁵ *Hirsch*, in: LK, Vorbem. 6 vor § 223.