ALBIN ESER

Medizin und Strafrecht

Eine schutzgutorientierte Problemübersicht

Medizin und Strafrecht: Eine schutzgutorientierte Problemübersicht

Von Professor Dr. Albin *Eser*, M. C. J., Direktor des Max-Planck-Instituts für
ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i. Br.*

Medizin und Strafrecht — dieses Thema hat eine lange Tradition in der Strafrechtsliteratur¹. Konnte freilich um die Jahrhundertwende, als die ersten intensiveren Problematisierungen medizinischen Handelns einsetzten, vielleicht noch ein Zeitschriftenaufsatz ausreichen, um die Thematik in voller Breite zu entfalten, so kann heute selbst ein umfängliches Zeitschriften-Sonderheft — wie das hiermit einzuleitende — nur noch Problemausschnitte bieten. Das hat nicht nur in den geradezu atemberaubenden medizinischen Fortschritten der letzten Jahrzehnte seinen Grund, sondern kaum weniger in einer ebenfalls fortschreitenden Verfeinerung der strafrechtlichen Dogmatik wie auch in der zunehmenden Spezialisierung, mit der heute medizinrechtliche Themen ausgewählt und behandelt werden.

I. Problemrahmen: Strafrechtliche Schutzgüter bei medizinischem Handeln

Angesichts der inzwischen kaum noch überschaubaren Materialfülle ist in einem Überblicksaufsatz eine vollständige Erfassung weder möglich noch überhaupt anzustreben. Um andererseits eine mehr oder weniger beliebige Auflistung von medizinstrafrechtlichen Problemen zu vermeiden, ist eine Schwerpunktbildung unerlässlich. Dafür wäre etwa eine mehr rechtsgeschichtlich orientierte Herausarbeitung wesentlicher Entwicklungsschritte in Betracht gekom-

* Für Mithilfe bei der Vorbereitung und kritische Durchsicht des Manuskripts bin ich den Herren Referendaren Alfred *Künschner* und Robert *Schlageter* zu besonderem Dank verpflichtet.

¹ Vgl. dazu schon *Heimberger*, Strafrecht und Medizin, 1899; von *Bar*, Zur Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes, GS 60 (1902), S. 81 ff.; *Behr*, Medizin und Strafrecht, GS 62 (1903), S. 400 ff.; *Kahl*, Der Arzt im Strafrecht, ZStW 29 (1909), S. 351 ff.; *Eb. Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht, 1939; *Bockelmann*, Strafrecht des Arztes, 1968; *ders.*, Der ärztliche Heileingriff in Beiträgen der ZStW im ersten Jahrhundert ihres Bestehens, ZStW 93 (1981), S. 105 ff.

men². Auch hätte man mehr strafrechtsdogmatisch den verschiedenen Verästelungen und Nuancierungen in der Erfassung medizinischen Handelns nachgehen können³. Statt dessen aber sei ein Weg gewählt, der bislang — soweit ersichtlich — noch nicht beschritten wurde: die Konzentrierung auf die Schutzgüter, die bei medizinischem Handeln tangiert sein können und deshalb einer spezifisch strafrechtlichen Sanktionierung wert erscheinen. Diese Vorgehensweise dürfte ihre Rechtfertigung nicht zuletzt auch darin finden, daß durch die — in der Rechtsprechung vorherrschende — pauschale Erfassung jeden ärztlichen Eingriffs als tatbestandsmäßige Körperverletzung⁴ die dahinterstehenden Rechtsgüter jedenfalls für den juristischen Laien oft nicht mehr klar genug erkennbar sind und demzufolge auch gewisse ärztliche Pflichten — wie etwa die zur Aufklärung — von Medizinerseite als bloße Folgen einer mehr gesetzestechnischen Verbrechenssystematik empfunden werden. Diese verengte Sicht ist dann auch häufig der Erfassung neuartiger Fallgestaltungen abträglich. Um daher die mehr materiale Schutzfunktion des Strafrechts besser hervortreten zu lassen, soll es im folgenden vor allem darum gehen, inwieweit bei medizinischen Eingriffen bestimmte Schutzgüter (straftatbestandlich geschützt sind bzw. unter welchen Voraussetzungen eine tatbestandsmäßige Rechtsgutsbeeinträchtigung dennoch im Einklang mit der Rechtsordnung stehen kann. Während dabei auf Tatbestandsebene der Rechtsgutsbezug offensichtlich ist, geht es doch auch bei der Rechtfertigungsfrage um die Wahrung von — entgegenstehenden, aber möglicherweise vorrangigen — rechtlich geschützten Interessen.

Es liegt auf der Hand, daß dabei der Schutz von Gesundheit und körperlicher Integrität (II) sowie des Lebens (IV), einschließlich des ungeborenen (V), im Vordergrund stehen muß. Doch auch der Schutz des Selbstbestimmungsrechts, das tatbestandlich nur indirekt erfaßt ist, wird zu verdeutlichen und dabei vor allem von der Verletzung des körperlichen Wohls abzuheben sein (III). Ferner ist der gesteigerten Problematik des Geheimnisschutzes Rechnung zu tragen (VI).

² Da jedoch ein solcher Rückblick bereits für die in der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft Darmstadt herausgegebene Reihe „Wege der Forschung“ geplant ist, erschien dies hier entbehrlich.

³ Da sich dies jedoch weitgehend mit dem Überblicksaufsatz von *Bockelmann*, ZStW 93 (1981), S. 105 ff., decken würde, war auch davon Abstand zu nehmen.

⁴ So seit RGSt. 25, 375 Näher zum heutigen Meinungsstand *Eser*, in: *Schönke/Schröder*, 21. Aufl. 1982, § 223 Rdn. 27 ff.; *H. J. Hirsch*, in: *LK*, 10. Aufl. 1981, Vorbem. 3 ff. vor § 223.

Zum Abschluß erscheinen noch einige ergänzende Gedanken zur Leit- und Stabilisierungsfunktion des Strafrechts angebracht (VII).

Natürlich ist nicht zu verkennen, geschweige denn geringzuschätzen, daß bei dieser schutzgutorientierten Problemsicht nicht alle Beziehungen zwischen Medizin und Strafrecht erfaßt sind. Das gilt insbesondere für jene Fragen, in denen die Medizin nicht (Kontroll-)Gegenstand des Strafrechts ist, sondern gerade umgekehrt diesem dient. Diese Rolle der Medizin als „Hilfswissenschaft des Strafrechts“ ist vor allem für die strafprozessuale Wahrheitsfindung von nicht zu unterschätzender Bedeutung: Ohne medizinische Fachgutachten wäre nicht nur manches Körperverletzungs-, Tötungs- oder Vergewaltigungsverfahren undurchführbar; auch bezüglich Feststellungen zu Schuldunfähigkeit oder verminderter Schuldfähigkeit (§§ 20, 21 StGB) kann die Strafjustiz der Medizin kaum entraten. Entsprechendes gilt für bestimmte strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, wobei der Kürze halber schlicht auf die §§ 81, 81 c, 81 d, 87 und 91 StPO verwiesen sei. Doch so reizvoll und lohnend es wäre, auch dieser — weniger auf Gegnerschaft als auf gemeinsame Seilschaft ausgerichteten — Verbindung von Medizin und Strafrecht nachzugehen, muß dies schon aus Raumgründen unterbleiben⁵.

II. Schutz von Gesundheit und körperlicher Integrität

Zentraler Tatbestand für den Schutz dieser Rechtsgüter ist § 223 StGB mit seinen verschiedenen Abwandlungen in den §§ 223 a—226 StGB. Zwar gibt es darüber hinaus auch noch andere Tatbestände, die — wie etwa § 229 StGB — letztlich dem Schutz von Leib und Leben gegenüber bestimmten Gefährdungen dienen: so — um nur einige Beispiele außerhalb des StGB mit möglichem medizinischem Bezug zu nennen — die Vorschriften über Arzneimittelerprobung (§§ 40—42 AMG), über die Behandlung von Geschlechtskrankheiten (§§ 9, 10 GeschlKrG) oder sonstiger übertragbarer Krankheiten (§§ 30, 69 BSeuchG). Da es sich dabei jedoch um Sonderprobleme handelt, sind sie, sofern nicht in anderem Zusammenhang darauf zurückzukommen ist, für den Normalfall einer Heilbehandlung ohne Bedeutung. Auch der Tatbestand der unterlassenen Hilfeleistung (§ 323 c StGB) dient zwar mittelbar dem Schutz von Leib und Leben. Doch da

⁵ Vgl. dazu etwa *H. W. Schreiber/Rodegra*, Die Entwicklung der Medizin im Einflußbereich juristischer Kategorien, in: *H. W. Schreiber/Jung* (Hrsg.), *Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht*, 1981, S. 27, 41 ff.; *H. L. Schreiber/Müller-Dethard*, Der medizinische Sachverständige im Strafprozeß, DABl. 1977, 373 ff.

es sich dabei um Hilfspflichten für jedermann handelt, die zudem auch schon bei bloßen Sachgefahren eingreifen können⁶, ist auch dieser Tatbestand aus dem besonderen Blickwinkel von „Medizin und Strafrecht“ nicht von zentraler Bedeutung. Deshalb haben wir uns hier auf § 223 StGB zu konzentrieren.

1. Zur strafrechtlichen Erfassung der medizinischen Behandlung im allgemeinen

Wenn hier in bewußt sehr weitem Sinne von „medizinischen Maßnahmen“ die Rede ist, so soll bereits damit zum Ausdruck gebracht sein, daß im materiellen Strafrecht — im Unterschied zum Strafprozeßrecht⁷ — weder zwischen Ärzten und sonstigen im Heilberuf tätigen Personen unterschieden wird noch daß ärztliche Eingriffe anders behandelt werden als die von nichtärztlichem Personal. Ebenso stehen sich insofern alle gleich, als es weder für den Arzt aufgrund seines Berufes eine Art von Sonderrecht gibt noch die im Heilbereich Tätigen — im Sinne weit zurückreichender Bemühungen⁸ — eine Exemption von den allgemeinen Strafvorschriften für sich in Anspruch nehmen können⁹. Diese — jedenfalls für das Strafrecht — grundsätzliche Gleichstellung aller mit Heilbehandlung befaßten Personen erlaubt es aber andererseits, vom „Arzt“ als allumfassendem Synonym zu sprechen. Wenn daher im folgenden von „ärztlichen“ Maßnahmen die Rede ist, so geschieht dies nicht aus einer arztzentrierten Sicht medizinischer Heilbehandlung heraus, sondern mangels eines allgemein eingeführten Begriffs für alle Gruppen von medizinischen „Heilbehandlern“ oder sonstigen im medizinisch-pflegerischen Bereich tätigen Personen. Soweit daher nicht anders angegeben, gelten die nachfolgenden Ausführungen auch für andere im Medizinbereich tätige Berufsgruppen.

Trotz mangelnder Freistellung des Arztes vom allgemeinen Strafrecht ist es dennoch nicht ohne weiteres selbstverständlich, daß Heilbehandlungsmaßnahmen überhaupt strafatbestandlich erfassbar

⁶ Vgl. *Dreher/Trondle*, 41. Aufl. 1983, § 323c Rdn. 3, aber auch *Cramer*, in: *Schönke/Schroder*, § 323c Rdn. 5.

⁷ Wo beim Zeugnisverweigerungsrecht zwischen Ärzten (§ 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO) und den — im Ergebnis allerdings gleichgestellten — „Hilfspersonen“ (§ 53a StPO) unterschieden wird; vgl. dazu auch unten VI 2.

⁸ Vgl. etwa *von Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl. 1897, S. 150; *Kahl* (Anm. 1), ferner heute *Gallwas*, Zur Legitimation ärztlichen Handelns, NJW 1976, 1134 f.

⁹ Vgl. dazu bereits RGSt. 25, 375, 379; ferner *Bockelmann*, Strafrecht des Arztes (Anm. 1), S. 50 f.

sind. Denn tut der Arzt nicht gerade das, was auch das Strafrecht bezweckt: nämlich Gesundheit und Leben des Patienten vor (weiterem) Schaden zu bewahren? Wäre daher allein auf den Bewahrungswillen abzuheben, so liefen Strafrecht und Medizin völlig konform. Deshalb könnte es allenfalls dort zu Kollisionen kommen, wo es der Arzt nicht auf Gesundheitsverbesserung, sondern auf deren Verschlechterung abgesehen hätte — dann aber könnte man schon nicht mehr von „ärztlichem“ Handeln sprechen, so daß die kollisionsfreie Gleichgerichtetheit von Strafrecht und Medizin wiederum gewahrt bliebe. Wahrscheinlich ist es gerade dieses Denkmuster, das es den Ärzten so schwer einsichtig macht, ihr Handeln überhaupt als strafrechtlich erfaßbar anzusehen¹⁰. Der Schlüssel zu einem besseren Verständnis könnte vielleicht darin liegen, daß man die strafrechtlichen Schutzgüter klarer verdeutlicht, als dies in ärztlicher Blickverengung auf (Bewahrung oder Wiederherstellung der) *Gesundheit* meist geschieht; denn bei dem dafür zentralen Tatbestand des § 223 StGB geht es eben nicht nur um Schutz der Gesundheit, sondern auch um den der *körperlichen Integrität*¹¹. Und da diese ihrerseits vom Bewahrungswillen des Betroffenen abhängt, kommt schon damit auch sein *Selbstbestimmungsinteresse* mit ins Spiel.

Aufgrund dieser Vielfalt der Rechtsgutsaspekte (wenn nicht gar Einzelrechtsgüter), die zwar in sich zusammenhängen, aber dennoch unterscheidungsfähig und -bedürftig sind, kann natürlich auch ärztliches Handeln leicht mit strafrechtlichen Schutzzwecken in Konflikt geraten. Denn geht man davon aus, daß ärztliches Handeln überall dort straftatbestandlich relevant werden kann, wo ein bestimmtes Rechtsgut verletzt wird, so ist eine Kollision der Medizin mit dem Strafrecht nicht nur dort denkbar, wo durch Gesundheitsverschlechterung das körperliche Wohl des Patienten beeinträchtigt und damit sowohl das strafrechtliche als auch das medizinische Ziel verfehlt wird, sondern auch da, wo — ohne Gesundheitsverschlechterung oder vielleicht sogar gesundheitsverbessernd — in die körperliche Integrität eingegriffen oder über das Selbstbestimmungsrecht des Patienten hinweggegangen wird: So jedenfalls die Konsequenz,

¹⁰ In diesem Sinne darf beispielsweise nach *Mikorey* die ärztliche Operation nicht als „ein künstlich von außen gegen den kranken Organismus durchgeführter gewaltsamer Eingriff aufgefaßt werden, sondern hat als höchste Steigerung der durch alle Lebensbereiche weitverbreiteten Einrichtungen der Naturoperation“ zu gelten (zitiert nach *Kern/Laufs*, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 1983, S. 4).

¹¹ Dieser auch in der Strafrechtsliteratur nicht immer klar genug betonte Unterschied ist namentlich bei *Hirsch*, in: LK, Vorbem. 1 vor § 223, hervorgehoben.

wenn man — mit der Rechtsprechung¹² — schon jede Rechtsgutsverletzung per se als strafatbestandlich erfaßt ansieht. Diese Sicht ist jedoch schon aus zwei Gründen problematisch: zum einen deshalb, weil damit einseitig der Rechtsgutsbezug verabsolutiert und dies durch Dreifaltigkeit des Schutzzwecks — in Gestalt von Gesundheit, körperlicher Integrität und Selbstbestimmung — noch potenziert wird. Zum anderen deshalb, weil bei einseitiger Fixierung auf den objektiven Unwert der Rechtsgutsverletzung subjektive Handlungsmomente, wie sie insbesondere in der (Achtung bzw. Mißachtung der) *lex artis* ihren Ausdruck finden, zu kurz kommen. Deshalb ist eine sachgerechte Erfassung ärztlichen Handelns nicht möglich, ohne über patientenorientierte Schutzaspekte hinaus auch arztbezogene Momente (wie vor allem das Handeln gemäß der *lex artis*) in den Blick zu nehmen¹³.

Diese wertungsbedürftige Ausbalancierung von teils gleichgerichteten, teils aber auch gegenläufigen Interessen der primär patientenorientierten Schutzfunktion des Strafrechts einerseits und der primär an ärztlichen Gesundheitsvorstellungen ausgerichteten Medizin andererseits mag erklären, daß die strafatbestandliche Erfassung ärztlichen Handelns nicht nur zwischen Medizinern und Juristen unterschiedlich beurteilt wird, sondern daß auch innerhalb der Juristenschaft — und zwar insbesondere zwischen Rechtsprechung und Rechtslehre — Wertungsunterschiede zu konstatieren sind¹⁴. Wie sich diese für die Beurteilung ärztlichen Handelns auswirken (können), kann hier nur modellhaft und ohne Anspruch auf Vollständigkeit skizziert werden¹⁵.

a) Käme es dem Strafrecht im Sinne der gesundheitsorientierten Sicht der Medizin allein auf den Schutz des „körperlichen Wohls“ des Patienten an, so könnte der Tatbestand der Körperverletzung von vornherein nur dann verwirklicht sein, wenn die medizinische Behandlung zu einer Beeinträchtigung des körperlichen Wohls geführt hätte. Denn bei einem gesundheitsförderlichen Eingriff würde es schon am „Erfolgsunwert“ einer Körperverletzung fehlen, und zwar

¹² Vgl Anm 4

¹³ Wobei die Frage, ob diese Ausbalancierung von Interessen bereits ein Tatbestands- oder erst ein Rechtfertigungsproblem ist, zwar verbrechensdogmatisch bedeutsam ist, im vorliegenden Zusammenhang jedoch nicht im Vordergrund zu stehen braucht (vgl auch *Arzt/Weber*, Strafrecht Bes Teil, Delikte gegen die Person, LH 1, 2. Aufl. 1981, S 118 f)

¹⁴ Vgl etwa den Rückblick von *Bockelmann*, ZStW 93 (1981), S. 107 ff.

¹⁵ Eingehend zum Meinungsstand *Hirsch*, in: LK, Vorbem. 3 ff. vor § 233; *Eser*, in: *Schonke/Schroder*, § 223 Rdn 28 ff.

ohne Rücksicht darauf, ob der Arzt die Gesundheitsverbesserung (oder das Ausbleiben einer Gesundheitsverschlechterung) unter Beachtung oder gerade trotz Mißachtung der *lex artis* erreicht hat bzw. ob er mit oder ohne Einwilligung des Patienten vorgegangen ist. Eine solche Verabsolutierung des „körperlichen Wohls“ stellt jedoch andererseits den Arzt unter ein erhebliches Erfolgsrisiko; denn danach könnte eine ungewollte Gesundheitsverschlechterung selbst dann zur tatbestandlichen Körperverletzung werden, wenn der Arzt alle Regeln der *lex artis* beachtet hätte. Dies könnte sich vor allem bei solchen Heilverfahren, deren Erfolgchancen mit dem Risiko einer Gesundheitsverschlechterung erkaufte werden müssen, als entscheidungshemmend auswirken, ganz abgesehen davon, daß im Grunde jede ärztliche Maßnahme, und sei es auch nur die Verschreibung von Medikamenten, im Hinblick auf die individuell verschiedene Konstitution der Patienten mit einem nicht völlig ausschließbaren Risiko behaftet ist. Deshalb läßt sich selbst der im Grundsatz unbestrittene Schutzaspekt des „körperlichen Wohls“ nicht durchhalten, ohne die Handlungskomponente der „*lex artis*“ mitzuberücksichtigen. Denn wurde diese vom Arzt beachtet, so kann es — trotz des „Erfolgsunwerts“ einer Gesundheitsverschlechterung — am „Handlungsunwert“ einer Körperverletzung fehlen. Käme es daher ausschließlich auf das Schutzgut des „körperlichen Wohls“ an, so wäre im Ergebnis die Straftatbestandlichkeit ärztlichen Handelns von vornherein bei gesundheitsfördernden oder -neutralen Eingriffen zu verneinen, darüber hinaus aber auch bei gesundheitsverschlechternden Maßnahmen jedenfalls dann, wenn diese α) medizinisch indiziert waren, β) *lege artis* durchgeführt wurden und γ) subjektiv zu Heilzwecken erfolgten. Aus dieser Sicht würde sich wohl auch die medizinische Sichtweise mit der strafrechtlichen decken.

b) Sobald man jedoch — statt dessen oder auch nur daneben — auf den Schutz der „körperlichen Integrität“ abhebt, wird der straftatbestandliche Bereich erweitert. Denn diese Integrität im Sinne einer Wahrung der körperlichen „Substanz“ kann — wie vor allem bei Amputation oder Veränderung von Funktionen — selbst dann beeinträchtigt sein, wenn der ärztliche Eingriff das körperliche Gesamtwohl gewahrt oder gar verbessert hat. Daher kann unter diesem Rechtsgutsaspekt selbst in einem gesundheitsförderlichen Substanzeingriff ein tatbestandlich erfaßbarer „Erfolgsunwert“ liegen. Daß dies dem Mediziner, für den die „*salus aegroti suprema lex*“ ist und der tagtäglich Substanzeingriffe im höheren Interesse der Gesundheit vorzunehmen hat, nur schwer eingängig ist, erscheint verständlich.

Wenn man daher auch juristisch einen Weg aus der Tatbestandsmäßigkeit finden will, so kann dieser wiederum nur über die Handlungskomponente führen: Ebenso wie bei gesundheitsverschlechternden Maßnahmen der „Handlungsunwert“ fehlen kann, wenn die Behandlung indiziert ist und mit therapeutischer Zielsetzung *lege artis* ausgeführt wurde, muß daher Entsprechendes auch für substanzverändernde Eingriffe gelten.

c) Freilich bleibt die Frage, ob diese notwendigen Handlungselemente zugleich auch schon hinreichende Voraussetzungen sind, um Substanzeingriffe bereits tatbestandlich aus dem Zugriff des Strafrechts auszuschließen. Dies hängt nicht zuletzt davon ab, welchen Stellenwert man einem dritten Rechtsgutsaspekt beimißt: dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten.

Sofern man — wie einem in Diskussionen mit Ärzten immer wieder begegnen kann — in der Gesundheit und körperlichen Integrität gewissermaßen rein *objektive*, mehr vom Zustand als vom Willen des Patienten abhängige Güter sieht, erscheint dessen Einverständnis mit einer Behandlung ohne wesentliche Bedeutung: Schon die entweder gesundheitsförderliche oder zumindest aufgrund objektiver Indikation kunstgerecht durchgeführte Behandlung wäre durch den Straftatbestand der Körperverletzung von vornherein nicht erfaßbar, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Behandlung mit oder ohne Einwilligung des Betroffenen erfolgt.

Diese Auffassung erscheint jedoch schon deshalb nicht haltbar, weil bereits im Schutzaspekt der „körperlichen Integrität“ ein *subjektives* Selbstbestimmungsmoment steckt. Denn wenn der Mensch Herr seiner inneren und äußeren Person und Gestalt bleiben soll, so setzt ein wirksamer Integritätsschutz voraus, daß in dessen Substanz nicht ohne entsprechendes Einverständnis des Betroffenen eingegriffen werden darf. Deshalb kann wesentlichen Substanzeingriffen oder -veränderungen, und seien sie auch noch so gesundheitsförderlich und *lege artis* ausgeführt, nur dann die straftatbestandliche Relevanz abgesprochen werden, wenn sie mit dem Einverständnis des Betroffenen erfolgen.

Eine wiederum andere, noch weitergehende Frage ist die, ob dieser Autonomieaspekt dazu zwingt, im Selbstbestimmungsrecht des Patienten sogar ein *eigenständiges*, zum Gesundheits- und Integritätsschutz hinzutretendes Rechtsgut zu erblicken. Darauf läuft letztlich die Rechtsprechung hinaus, wenn sie — ohne Rücksicht auf den Erfolg oder die Art der Durchführung — in jeder Heilbehand-

lung per se eine tatbestandsmäßige Körperverletzung erblickt, welcher erst aufgrund einer Rechtfertigung durch Einwilligung die Rechtswidrigkeit genommen werden kann. Da es jedoch dabei schon nicht mehr um den — hier in Frage stehenden — Schutz von Gesundheit und körperlicher Integrität, sondern um den Schutz des Selbstbestimmungsrechts geht, ist auf diese Frage in dem sich darauf beziehenden Gesamtzusammenhang (unten III) zurückzukommen.

2. Kunst- und Behandlungsfehler als Verletzung der ärztlichen lex artis

Als klassischer Fall der Verletzung des Rechtsguts Gesundheit durch medizinische Eingriffe gilt der früher so genannte „Kunstfehler“, heute — etwas neutraler — meist als „Behandlungsfehler“ bezeichnet¹⁶. Eine derartige Verletzungsunterstellung ist jedoch nicht zwingend. Denn falls ein solcher Fehler bereits dann vorliegen soll, wenn eine Behandlung nicht lege artis vorgenommen wird, so ist er rein handlungsbezogen und damit erfolgsunabhängig. Das bedeutet, daß in einem Behandlungsfehler zwar eine Gefährdung, nicht aber notwendig eine Verletzung der Gesundheit liegt. Deshalb braucht das Vorliegen eines Behandlungsfehlers nicht ohne weiteres die Tatbestandsmäßigkeit eines Heileingriffs als „Körperverletzung“ zu bedeuten: so beispielsweise dann nicht, wenn der Behandlungsfehler im Verlauf der Therapie wie auch im erreichten Zustand folgenlos — gesundheitsneutral — geblieben ist.

Schon aus diesem Grunde fragt es sich, ob der Begriff des Kunst- bzw. Behandlungsfehlers strafrechtlich sonderlich hilfreich sein kann¹⁷. Trotz oder vielleicht gerade wegen der unzähligen und verschiedenartigsten Versuche, Inhalt und Bedeutung dieser Begriffe festzulegen, tragen diese eher zur Verdunkelung denn zur Klärung der strafrechtlichen Fragen bei. Klammert man den eher seltenen Fall eines vorsätzlichen Kunstfehlers einmal aus¹⁸, so stellt sich die Behandlungsfehlerproblematik in der Regel als eine *Fahrlässigkeitsfrage* dar. Deshalb liegt es nahe, die Behandlungs- bzw. Kunstfehlerfälle nach den allgemeinen Grundsätzen und Begriffen des Fahrläs-

¹⁶ Vgl. *Wagner*, Zur historischen Entwicklung des Begriffs ärztlicher Kunstfehler, Zeitschrift für Rechtsmedizin 1981, 303; *Rodegra*, Zur Problematik des ärztlichen Kunstfehlers im 19. Jahrhundert, Med. Welt 1981, 370 f.; vgl. auch § 81 a StPO: „nach den Regeln der ärztlichen Kunst“

¹⁷ Vgl. *Schreiber*, Abschied vom Begriff des ärztlichen Kunstfehlers, Der medizinische Sachverständige 1976, 71 f.

¹⁸ Meist dürfte es sich in solchen Fällen um die vorsätzliche Behandlung mit nicht mehr akzeptablen Heilmethoden handeln (dazu unten II 3, 4)

sigkeitsdelikts zu beurteilen. Dabei mögen die Begriffe des Behandlungs- bzw. Kunstfehlers zwar als Typenbezeichnung für bestimmte Fallgruppen hilfreich sein, ohne daß sie aber deshalb zu fest umrissenen *termini technici* zu erheben wären.

Im Rahmen der Erfassung fehlerhaften ärztlichen Handelns als Fahrlässigkeitsdelikt (§ 230 StGB) kann bereits die *Verursachungsfrage* problematisch sein; denn sie setzt den Nachweis voraus, daß der tatbestandsmäßige Erfolg in Form einer Gesundheitsverschlechterung gerade auf die (fehlerhafte) Behandlung des Arztes zurückzuführen ist. Die dabei auftretenden Probleme sind jedoch meist eher empirisch-naturwissenschaftlicher Natur. Dennoch ist selbst bei der Frage, ob und inwieweit eine Gesundheitsverschlechterung auf einem bestimmten medizinischen Eingriff beruht oder lediglich das Ergebnis eines nicht beeinflussbaren schicksalhaften Krankheitsverlaufs ist, ein gewisser Beurteilungsspielraum und damit auch eine Wertung nicht völlig auszuschließen. Da diese praktisch weitgehend in der Hand eines medizinischen Gutachters liegt und dieser — bewußt oder unbewußt — wohl eher von einem mehr dem Arzt als dem Patienten zugeneigten Vorverständnis ausgeht, sind selbst Gutachten von anerkannten Sachverständigen nicht über alle Zweifel erhaben¹⁹. Deshalb wurde bereits von einer „Krise des medizinischen Sachverständigenbeweises“²⁰ gesprochen, ohne daß zu deren Behebung schon allseits befriedigende Rezepte vorhanden wären.

Über diese mehr forensisch-prozessualen Schwierigkeiten hinaus kann die Verursachungsfrage jedoch auch materiellstrafrechtlich zu einem vielleicht sogar noch größeren Problem werden. Denn da es nicht schon genügt, die Gesundheitsverschlechterung schlicht auf das Handeln des Arztes zurückzuführen, sondern für den Pflichtwidrigkeitszusammenhang gerade die Rückführbarkeit auf ein etwaiges *Fehlverhalten* entscheidend ist, stellt sich die Frage, was der Arzt eigentlich korrekterweise hätte tun müssen. Zu der damit aufgeworfenen Frage nach der Existenz und Reichweite möglicherweise verletzter Sorgfaltspflichten kann in diesem Rahmen nicht mehr gesagt werden, als daß die Anforderungen daran nicht generell für alle Fälle bestimmt werden können, sondern von den Umständen des

¹⁹ Vgl. etwa die Vorbehalte gegen überholte ärztliche Kollegialität in BGH NJW 1975, 1463 f.; ferner Luthé, Bemerkungen zur „Krise der Begutachtung“, NJW 1975, 1446

²⁰ Friederichs, Der medizinische Sachverständige 1972, 62 f.; vgl. aber auch Wachsmuth, Zur Problematik des medizinischen Sachverständigen im Arzthaftungsprozeß, DRiZ 1982, 412 ff.

Einzelfalles abhängig sind. Dabei ist beispielsweise von Bedeutung, ob ein Eingriff von langer Hand geplant (bzw. planbar) ist oder sich als Notfallmaßnahme stellt, welche diagnostischen und therapeutischen Möglichkeiten verfügbar sind, ob ein Spezialist oder ein Allgemeinmediziner gehandelt hat und dergleichen mehr²¹. Anhaltspunkte dafür könnten jedoch immerhin den von einigen Berufsverbänden entwickelten Standards entnommen werden²². Selbst dies kann aber den Juristen nicht davon entbinden, jeweils für den Einzelfall die Sorgfaltspflichten in Zusammenarbeit mit einem medizinischen Sachverständigen konkret und individuell festzustellen.

Zusätzliche Schwierigkeiten bei der Bestimmung von Sorgfaltspflichten können sich aufgrund zunehmender *Arbeitsteilung*²³ sowie bei *Einsatz technischer Geräte*²⁴ ergeben. Zwar hat der Arzt grundsätzlich nur für eigenes Fehlverhalten einzustehen; ein solches kann jedoch auch in der fehlenden oder mangelhaften Überwachung von Hilfspersonen und technischen Apparaturen liegen.

Was die Praxis betrifft, so werden die meisten Behandlungsfehlerfälle von den Zivilgerichten behandelt, wo sie inzwischen zur Entwicklung eines speziellen Beweisrechts geführt haben²⁵. Da dem jedoch die Parteimaxime zugrunde liegt, sind die zivilprozessualen Beweisregeln schon vom Grundansatz her nicht ohne weiteres auf den von der Instruktionsmaxime beherrschten Strafprozeß übertragbar. Auch diese Unterschiedlichkeit der Beweisforderungen im Zivil- und Strafprozeß ist verständlicherweise ein Punkt, an dem mancher Mediziner irre wird. Um so mehr sollten die Juristen um einfühlsame Aufklärung bemüht sein. Dies gilt natürlich auch gegenüber dem Patienten, dem der Unterschied zwischen dem materiellen „Recht haben“ und dem prozessual erreichbaren „Recht bekommen“ oft nur schwer verständlich zu machen ist.

3. Außenseitermethoden

Sehr schnell – wenn nicht oft vorschnell – werden medizinische Außenseitermethoden in die Nähe des Behandlungsfehlers ge-

²¹ Näher zum Fahrlässigkeitsbegriff im Arztstrafrecht *Ulsenheimer*, Aus der Praxis des Arztstrafrechts, MedR 1984, 161 f. m. w. N.

²² Vgl. *Selbmann*, Qualitätssicherung ärztlichen Handelns, 1984, insbesondere S 161 ff m. w. N.

²³ Dazu *Wilhelm*, Verantwortung und Vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin, 1984.

²⁴ Dazu *Mirtsching*, Haftung für den Einsatz von Technik in der Medizin, 1980.

²⁵ Vgl. namentlich *D. Franzki*, Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozeß, 1982.

rückt. Nun setzen Gesundheitsverschlechterungen und wesentliche Substanzeingriffe, um nicht straftatbestandlich erfaßt zu werden, in der Tat voraus, daß der Eingriff nach den Regeln der *lex artis* vorgenommen wird. Diese ist jedoch nicht schlechthin mit den Regeln der Schulmedizin gleichzusetzen²⁶. Ganz abgesehen davon, daß es schon innerhalb der Schulmedizin unterschiedliche Verfahren geben kann und daß der Arzt in der Wahl der von ihm anzuwendenden Heilverfahren grundsätzlich frei sein muß (Therapie- bzw. allgemeine Methodenfreiheit)²⁷, ist eine Festschreibung der *lex artis* auf einen einmal erreichten Standard, wie etwa den einer bestimmten Schulmedizin, schon deshalb abzulehnen, weil damit jegliche Fortentwicklung der Medizin behindert würde. Die Polemik gegen medizinische Außenseitermethoden, wie sie gelegentlich auch von juristischer Seite geäußert wird²⁸, verkennt, daß die weitere Entwicklung der Schulmedizin nicht zuletzt von äußeren Anstößen auch durch die Vertreter unkonventioneller Heilverfahren abhängig ist. Diese machen nicht selten auf neue Heilweisen aufmerksam, die der herkömmlichen (Schul-)Medizin selbst wegen deren methodischen Festlegungen verschlossen sind. Daher kann auch Heilerfolgen von Außenseitern nicht schon allein deshalb die Anerkennung vorenthalten werden, weil sie sich schulmedizinischen Erklärungsansätzen entziehen.

Da jedoch andererseits das Abweichen von Standards immer mit gewissen Gefahren verbunden ist, sehen sich Rechtsprechung und Rechtswissenschaft vor eine doppelte Aufgabe gestellt: einerseits zu verhindern, daß durch vorschnelle Festlegung der *lex artis* auf anerkannte Heilverfahren der Weg für medizinische Fortentwicklung verbaut wird, andererseits aber den heilungssuchenden Patienten vor unverantwortlichem Kurpfuschertum und Dilettantismus zu schützen. Letzterem ist insbesondere nicht schon mit dem bloßen Hinweis auf das Selbstbestimmungsrecht und das Einverständnis des Patienten Genüge getan. Zwar ist es grundsätzlich seine Sache, auf welche Methoden er sich einzulassen bereit erklärt. Im Interesse eines funktionsfähigen und vertrauenswürdigen Gesundheitswesens kann sich jedoch die Rechtsordnung nicht auf diesen Standpunkt zurückziehen, sondern muß Regelungen bereithalten, die den Patienten vor unkalkulierbaren Gesundheitsrisiken schützen: sei es durch entsprechende Handhabung der Sittlichkeitsklausel des § 226 a StGB

²⁶ Vgl. RGSt 67, 12, 23 f.; 74, 91, 95; *Geilen*, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, 1963, S. 71 ff.

²⁷ Vgl. *Bockelmann*, Strafrecht des Arztes (Anm. 1), S. 86 f.

²⁸ Vgl. z. B. *Wimmer*, Paramedizinisches Kurpfuschertum, Nds. Ärztebl. 1982, 277 f.

oder — wohl besser — durch entsprechendes Verständnis der *lex artis*. In der Sache jedenfalls erscheint die Anwendung eines unkonventionellen Heilverfahrens nur unter folgenden Voraussetzungen akzeptabel: Erstens hat der Heilbehandler diejenigen Grundsätze zu beachten, die von den gewissenhaften Vertretern des von ihm selbst angewendeten Verfahrens allgemein anerkannt werden²⁹, und zweitens darf er nicht in einer Situation an seiner Methode festhalten, wo deren Wirksamkeit gegenüber einer konventionellen Behandlungsweise weit zurückbleibt³⁰. Vor allem die zweite Regel ist in bezug auf den jeweils konkreten Einzelfall noch zu modifizieren: So sind auch die mit einer konventionellen Behandlungsmethode verbundenen Nebenwirkungen in die Entscheidung über die Methodenwahl einzubeziehen. Dabei kann die Entscheidung für ein sanftes aber wenig wirksames Verfahren anstelle einer wirkungsvollen aber eingriffsintensiveren Krebstherapie im Einzelfall durchaus der *lex artis* genügen. Voraussetzung ist jedoch in jedem Fall eine Aufklärung des Patienten auch über mögliche konventionelle Therapien und deren Nutzen und Risiken³¹.

4. Experimentelle Verfahren

Die Problematik nicht-schulmedizinischer Heilverfahren stellt sich natürlich auch im Bereich experimenteller Eingriffe, wenngleich in etwas anderer Weise. Während bei den Außenseitermethoden eine medizinische Indikation jedenfalls bei sachgemäßer Anwendung noch bejaht werden kann, ist dies bei versuchsweisen Therapien oder sonstigen Eingriffen experimenteller Art zumindest zweifelhaft³². Selbst bei wirksamer Einwilligung der Versuchsperson ist daher in solchen Verfahren ein tatbestandlicher Eingriff in die körperliche Integrität im Sinne von § 223 StGB zu erblicken. Dies gilt selbstverständlich erst recht, wenn bei Durchführung eines experimentellen Eingriffs den gerade hier besonders strengen Anforderungen an die ärztliche Sorgfalt nicht entsprochen wird. Allerdings sind auch in diesem Bereich gewisse Unterschiede in den Zulässigkeitsanforderungen zu bedenken, wobei insbesondere die Unterschei-

²⁹ So bereits RGSt. 67, 12, 25.

³⁰ Vgl. im ganzen (in Erwiderung auf *Wimmer* [Anm. 28]) *Backes*, Medizinischer Außenseiter — Außenseiter der Rechtsordnung?, *Arztrecht* 1982, 148 ff.; vgl. auch BGH NJW 1962, 1780.

³¹ Vgl. (auch zu den nachfolgend behandelten experimentellen Verfahren) *Siebert*, *Strafrechtliche Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit*, 1983

³² Vgl. *Grahlmann*, *Heilbehandlung und Heilversuch*, 1977, insbesondere S. 11 ff.

dung von „Heilversuch“ und „Humanexperiment“ zu beachten ist³³ und vor allem bei der Arzneimittelerprobung noch die Sondervorschriften des Arzneimittelgesetzes hinzukommen.

a) Für den „Heilversuch“ ist charakteristisch, daß die einzusetzende Therapie mangels eines sonstigen wirksamen Verfahrens eine Rettungschance darstellt, diese jedoch hinsichtlich ihrer (positiven oder möglicherweise auch negativen) Wirksamkeit samt etwaiger unerwünschter Nebenfolgen noch nicht hinreichend erprobt ist. Bei solchem „therapeutic research“ ergibt sich eine Zwitterstellung zwischen der Heilbehandlung und dem Humanversuch: Mit ersterer hat der Heilversuch das *subjektive Heilungsinteresse* gemein, mit letzterem den *objektiv experimentellen* Charakter.

Ein solcher Heilversuch muß nicht notwendig tatbestandsmäßig sein. So läßt sich der „Erfolgsunwert“ einer Beeinträchtigung des körperlichen Wohls jedenfalls dann verneinen, wenn andere Heilverfahren nicht existieren oder sich als unzureichend erwiesen haben und wenn bei Unterlassen des Heilversuchs eine weitere Gesundheitsverschlechterung zu befürchten wäre. Dagegen wird man den „Handlungsunwert“ nur dann verneinen können, wenn die — mangels Erprobung — fehlende Indikation durch eine umfassende Risiko-Nutzen-Abwägung ersetzt ist³⁴. Andernfalls wird man nur über die Einwilligung des heilungsuchenden Patienten zu einer rechtswidrigkeitsausschließenden Rechtfertigung kommen können, vorausgesetzt natürlich, daß der Betroffene umfassend über Art, Nutzen, Risiken und dabei insbesondere auch über den experimentellen Charakter der neuen Methode aufgeklärt worden ist.

b) Derartige Legitimationsprobleme stellen sich in noch stärkerem Grade beim „Humanexperiment“, das nicht nur methodisch experimentellen Charakter hat, sondern auch in seiner Zielsetzung nicht mehr (oder allenfalls beiläufig) auf ärztliche Behandlung des konkret betroffenen Menschen ausgerichtet ist, sondern (allein oder überwiegend) wissenschaftliche Erkenntnisinteressen verfolgt³⁵. Wenn im Falle eines solchen „non-therapeutic research“ in die kör-

³³ Vgl. Eser, Heilversuch und Humanexperiment, Der Chirurg 50 (1979), S. 215, 217. Im gleichen Sinne bereits von Bar, Medizinische Forschung und Strafrecht, Festschrift für Regelsberger, 1901, S. 229 f.

³⁴ Vgl. Grahlmann (Anm. 32), S. 43 ff.

³⁵ Allgemein dazu Eser, Das Humanexperiment, Gedächtnisschrift für Schröder, 1978, 191 ff., Schimikowsky, Experiment am Menschen, 1980, sowie auch aus zivilrechtlicher Sicht Deutsch, Das Recht der klinischen Forschung am Menschen, 1979.

perliche Integrität eingegriffen wird, so kann an der Tatbestandsmäßigkeit im Sinne von § 223 StGB kein Zweifel sein. Deshalb bedarf es dafür einer besonderen Rechtfertigung, wobei die sich aus den §§ 216, 226a StGB ergebenden Rechtfertigungsschranken bedeutsam werden können. Das bedeutet, daß selbst durch eine Einwilligung nicht jede Art von Experiment gerechtfertigt werden kann: und zwar insoweit nicht, als die Versuchsperson einem tödlichen Risiko ausgesetzt würde, weil dem die Einwilligungssperre des § 216 StGB entgegenzuhalten wäre, und auch insoweit nicht, als der erhoffte Erkenntnisgewinn völlig außer Verhältnis zu dem zu befürchtenden Risiko stünde und das Handeln damit als sittenwidrig im Sinne von § 226a StGB anzusehen wäre. Denn nachdem eine solche Nutzen-Risiko-Abwägung einhellig von allen einschlägigen medizin-ethischen Richtlinien gefordert wird³⁶, ist darin auch ein strafrechtlich beachtlicher Sittlichkeitsstandard zu erblicken³⁷.

c) Ein praktisch besonders wichtiger Teilbereich medizinischer Forschung, die Arzneimittelprüfung am Menschen, hat durch das Arzneimittelgesetz von 1976 eine spezialgesetzliche Regelung gefunden (§§ 40–42 AMG)³⁸. Diese orientiert sich im wesentlichen an den vorgenannten Grundsätzen und nennt insbesondere für die Aufklärung der Versuchsperson bestimmte Einzelanforderungen. Obgleich die Mißachtung dieser Prüfungsvoraussetzungen mit Strafe bzw. mit Geldbuße bedroht ist (§§ 96, 97 AMG), werden damit die allgemein-strafrechtlichen Tatbestände der §§ 223 ff. StGB nicht verdrängt. Dies ist vor allem für jene Fälle wichtig, für die im AMG eine klare gesetzliche Regelung fehlt, wie insbesondere für den Doppelblindversuch³⁹, oder auch für den Fall, daß ein Arzneimittelkonsument nicht durch Verschulden des behandelnden oder forschenden Arztes geschädigt wird, sondern durch Organisations- oder Überwachungsfehler des Unternehmens, das das Arzneimittel produziert oder vertreibt.

³⁶ Vgl. den sog. Nürnberger Code von 1947 sowie die Deklaration von Helsinki/Tokio (1964/1975), zum Teil im Wortlaut abgedruckt bei *Deutsch*, Das internationale Recht der experimentellen Humanmedizin, NJW 1978, 570 ff., sowie in: *Deutsch*, Arztrecht und Arzneimittelrecht, 1983, S. 331 ff., mit weiteren arzt-ethischen Deklarationen.

³⁷ Vgl. *Eser* (Anm. 35), S. 209 ff., auch zu sonstigen Rechtfertigungsmöglichkeiten

³⁸ Allgemein dazu *Staak/Weiser*, Klinische Prüfung von Arzneimitteln, 1978, *Eser*, Kontrollierte Arzneimittelprüfung in rechtlicher Sicht, Internist 23 (1982), S. 218 ff

³⁹ Vgl. dazu einerseits *Fincke*, Arzneimittelprüfung — Strafbare Versuchsmethoden, 1977, andererseits *Samson*, Zur Strafbarkeit der klinischen Arzneimittelprüfung, NJW 1978, 1182.

Auch das allgemeine Strafrecht wird den damit zusammenhängenden Schutzbedürfnissen bislang wenig gerecht⁴⁰, wobei vor allem die auftretenden Kausalitäts- und Verschuldensprobleme noch einer befriedigenden Lösung harren. So geht die Tätigkeitsverlagerung vom Arzt auf eine Vielzahl von Mit- und Zuarbeitern im technisch-organisatorischen Umfeld des Gesundheitswesens einher mit einer Aufspaltung der früher beim Arzt gebündelten Verantwortlichkeit. Das Strafrecht ist dem mit einer entsprechenden Verlagerung und Anpassung von Sanktionsandrohungen bisher nicht nachgekommen. Mit der Konstruktion von besonderen, aus der zunehmenden Arbeitsteilung folgenden Sorgfaltspflichten läßt sich allenfalls der vom Arzt noch überschaubare Bereich erfassen. Dieser aber hört spätestens beim Pharmaberater, beim Gerätelieferanten und bei ähnlichen Vermittlungspersonen auf. Wie bei anderen risikobehafteten Technologien auch, wird strafrechtlicher Rechtsgüterschutz im Bereich pharmazeutischer Produktion zunehmend durch öffentlich-rechtliche Vorschriften präventiver Art ergänzt⁴¹, wenn nicht praktisch sogar verdrängt. Dies wirft die rechtspolitische Frage auf, ob die damit möglicherweise verbundene Gefahr des Abbaus individuell sanktionierter Verantwortlichkeit ein unausweichliches und hinnehmbares oder aber ein vermeidbares und nicht mehr akzeptables Ergebnis gesellschaftlich-ökonomischer Entwicklungen darstellt.

5. Eingriffe mit zweifelhaftem Heilcharakter

Nicht jeder medizinische Eingriff, der von einem Arzt vorgenommen wird, hat schon allein deshalb zwangsläufig Heilcharakter. Das hat sich bereits beim Humanexperiment gezeigt und ließe sich auch noch an anderen Eingriffen verdeutlichen, die — obgleich von einem Arzt nach ärztlichen Kunstregeln durchgeführt — mangels einer medizinischen Indikation nicht als Heilbehandlung gelten können, so etwa die rein kosmetische Operation, ferner die Sterilisation und Kastration sowie die Organtransplantation auf Spenderseite. Sofern sich für solche Eingriffe nicht ausnahmsweise doch eine medizinische Indikation benennen läßt — wie etwa bei plastisch-chirurgischer Beseitigung von Mißbildungen oder Verletzungsfolgen, deren Existenz den Patienten zumindest seelisch erheblich belasten kann —, ist nicht bereits die Tatbestandlichkeit einer „Körperverletzung“ im Sinne von § 223 StGB zu verneinen, so daß die Rechtswidrigkeit

⁴⁰ Vgl. Armin Kaufmann, Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren, JZ 1971, 569 ff.

⁴¹ Vgl. Deutsch Arztrecht (Anm 36), S 262 ff

nur noch durch rechtfertigende Einwilligung ausgeschlossen werden kann⁴².

III. Schutz und Respektierung des Selbstbestimmungsrechts

Diese auf den ersten Blick vielleicht etwas pleonastisch wirkende Überschrift ist nicht ohne Vorbedacht gewählt. Denn das Selbstbestimmungsrecht kann von zwei Seiten her verletzt werden und einer dementsprechenden Absicherung bedürfen: einerseits dahingehend, daß *nicht gegen den Willen* des Patienten ein Eingriff vorgenommen werden darf — insofern bedarf der Patient des Schutzes gegen eigenmächtiges Handeln des Arztes. Andererseits dahingehend, daß Eingriffe, die *mit Einwilligung* oder sogar *auf Verlangen* des Patienten vorgenommen wurden, auch für den Arzt frei von Sanktionen bleiben — insofern geht es um strausschließende Respektierung des Patientenwillens.

1. Schutz des Patienten gegen Eigenmacht des Arztes

Ginge es allein um die Wahrung oder Besserung eines objektivierbaren „Wohls“ des Patienten, könnte man den Strafrechtsschutz auf die Verhinderung von gesundheitlich nachteiligen oder nicht-kunstgerechten medizinischen Eingriffen beschränken. Dies hätte jedoch zur Folge, daß der Patient gleichsam zum Objekt des Arztes werden könnte; denn solange dieser sich an objektiven Gesundheitsstandards ausrichten würde — wobei diese zudem vom Vorverständnis des Arztes abhängen würden und daher auf eine ärztliche „Vernunftthoheit“ hinauslaufen könnten —, wäre selbst ein gegenteiliger Wille des Patienten irrelevant. Damit aber wäre — über noch zu betrachtende Sonderfälle hinaus — ganz allgemein das Tor zur Zwangsbehandlung eröffnet⁴³.

Nicht zuletzt um einer solchen Entwicklung vorzubeugen, hat bereits das Reichsgericht in jedem ärztlichen Eingriff eine tatbestandliche Körperverletzung erblickt, um für den Rechtswidrigkeitsausschluß eine Einwilligung des Patienten voraussetzen zu können⁴⁴. Auch wenn dies in den einschlägigen Entscheidungen so ausdrücklich nicht gesagt ist, wird damit über den konstruktiven Weg eines besonderen Rechtfertigungsbedürfnisses durch Einwilligung der tatbestandliche Schutz des Selbstbestimmungsrechts als eigenständiges

⁴² Weitere Einzelheiten zu dieser im Detail recht komplexen Problematik bei Eser, in: Schönke/Schröder, § 223 Rdn. 50 m w N

⁴³ Dazu unten III 3d

⁴⁴ So die ständige Rspr seit RGSt. 25, 375

Schutzgut abgesichert⁴⁵. Gegen dieses Schutzziel als solches ist sicherlich nichts einzuwenden. Im Gegenteil: Spätestens seitdem die Würde des Menschen ebenso wie sein Recht auf körperliche Unversehrtheit und freie Entfaltung der Persönlichkeit sogar grundrechtlich garantiert sind (Art. 1, 2 GG), kann als deren Ausfluß auch das Selbstbestimmungsrecht des Patienten gesteigerten Respekt beanspruchen.

Eine ganz andere Frage jedoch ist, ob dieser Schutz unbedingt ein *strafrechtlicher* sein muß. Während man auf eine strafrechtliche Absicherung zwar jedenfalls im Grundsatz solange nicht wird verzichten können, als das Zivilrecht nur eine beschränkte Sanktionierung eigenmächtiger Heilbehandlung zur Verfügung stellt, erscheint dennoch höchst zweifelhaft, ob § 223 StGB das geeignete Instrument dafür sein kann. Denn selbst wenn einerseits richtig ist, daß sich bereits der Rechtsgutsaspekt des körperlichen „Wohls“ nicht nach rein objektiven, von den Vorstellungen des Betroffenen abstrahierenden Kriterien bestimmen läßt, darf doch andererseits dessen Subjektivierung nicht so weit gehen, daß damit das Moment der „Körperlichkeit“ praktisch völlig aufgehoben wird und sich dadurch das zugrunde liegende Rechtsgut ins Psychische verflüchtigt. Ähnlich steht es mit dem Rechtsgut der „körperlichen Integrität“: Selbst wenn darin insofern ein voluntatives Moment steckt, als die Unantastbarkeit der körperlichen Gestalt und Substanz von einem entsprechenden Erhaltungsinteresse des Betroffenen abhängt, ginge es doch zu weit, in diesem Selbstbestimmungsaspekt ein eigenständiges Schutzgut des § 223 StGB zu erblicken. Denn ähnlich wie im Diebstahlstatbestand des § 242 StGB die Selbstbestimmung des Eigentümers nicht als eigenständig hinzukommendes, sondern lediglich als eigentumsbezogenes Dispositionsrecht (mit-)geschützt ist, geht es auch bei § 223 StGB um Selbstbestimmungsschutz im Hinblick auf die körperliche Integrität nur insoweit, als der Betroffene keine materialen Einbußen seines gesundheitlichen Wohls oder seiner körperlichen Verfassung ohne sein Einverständnis soll hinnehmen müssen. Soweit es daher lediglich um Heilmaßnahmen geht, die ohne wesentliche Substanzveränderung den gesundheitlichen Gesamtzustand erhalten oder eher verbessern, kann von einer materialen Körper(interessen)verletzung keine Rede sein. Der Einwand, daß ja selbst die schmerzbefreiende Injektion, wenn aus Mitleid, aber ohne Einverständnis bei-

⁴⁵ In diesem Sinne spricht namentlich BGHSt. 11, 111, 114 (Myom-Fall), bei mangelnder Einwilligung von einem „rechtswidrigen Eingriff in die Freiheit und Würde der menschlichen Persönlichkeit“.

gebracht, die körperliche Integrität verletze, könnte demgegenüber nur dann durchschlagen, wenn es in § 223 StGB um Gewährleistung der Selbstbestimmung als solcher ginge und damit selbst ein „Recht auf Schmerzen“ geschützt wäre. Das aber kann nicht die Aufgabe eines gegen Mißhandlung und Gesundheitsbeschädigung gerichteten Tatbestandes sein.

Damit sei keineswegs geleugnet, daß der Patient gegen eigenmächtige Behandlungsmaßnahmen eines Arztes, und mögen sie noch so gesundheitsförderlich und kunstgerecht sein, adäquaten Schutz verdient. Dies jedoch damit erreichen zu wollen, daß dem § 223 StGB über den körperlichen Integritätsschutz hinaus auch noch der Schutz des Selbstbestimmungsrechts „aufgeladen“ wird, erscheint selbst gegenüber einem eigenmächtig handelnden Arzt verfehlt, weil überzogen. Denn indem die Rechtsprechung jede Heilbehandlung als tatbestandsmäßig ansieht und bei mangelnder Einwilligung des Patienten dem Arzt die Rechtfertigung vorenthalten muß und ihn demzufolge als „Körperverletzer“ bestraft, belegt sie ihn mit einem übermäßigen Stigma. Obgleich er durch seine Eigenmacht lediglich den Willen des Patienten mißachtet hat, wird der für sein berufliches Ansehen weitaus nachteiligere Eindruck erweckt, daß er die ärztliche Kunst nicht beherrsche und damit gerade das verfehle, was seine wahre Berufung ist: der Gesundheit des Patienten zu dienen.

Will man dies vermeiden, so bleibt kein anderer Weg, als den Schutz der körperlichen Integrität von dem des Selbstbestimmungsrechts tatbestandlich abzukoppeln, indem dem Körperverletzungstatbestand ein neu zu schaffender Tatbestand für „eigenmächtige Heilbehandlung“ an die Seite gestellt wird. Obgleich dahingehende Bemühungen bis zur Jahrhundertwende zurückgehen⁴⁶, vermochten sie sich bislang nicht durchzusetzen. Dies ist jedoch kein Grund zur Resignation⁴⁷. Denn was inzwischen dem österreichischen Gesetzgeber gelungen ist⁴⁸, müßte auch dem deutschen möglich sein.

⁴⁶ Vgl. etwa *Oppenheim*, Die ärztliche Bedeutung der ärztlichen Eingriffe, SchwZStr. 6 (1893), S. 332, 347; *Stooss*, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, 1898, S. 38; *Beling*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe, ZStW 44 (1924), S. 220 f., sowie aus neuerer Zeit §§ 161, 162 E 1962 und § 123 AE; ferner *Arthur Kaufmann*, Die eigenmächtige Heilbehandlung, ZStW 73 (1961), S. 341 f.; *Krauß*, Zur strafrechtlichen Problematik der eigenmächtigen Heilbehandlung, Festschrift für Bockelmann, 1979, S. 557 f.

⁴⁷ Die Angst, dadurch möglicherweise „schlafende Hunde zu wecken“ — so dem Sinn nach *Deutsch*, Arztrecht (Anm. 36), S. 120 —, ist kein durchschlagendes Gegenargument.

⁴⁸ Durch § 110 öStGB von 1975; dazu *Zipf*, Probleme eines Straftatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung, Festschrift für Bockelmann, 1979, S. 577 f.

2. Sicherung des Selbstbestimmungsrechts durch Aufklärung

Doch wie auch immer das Selbstbestimmungsrecht des Patienten tatbestandlich erfaßt wird: Soweit bereits zum Tatbestandsaus-schluß ein Einverständnis bzw. zur Rechtfertigung eine Einwilligung erforderlich ist, setzt dies eine vorherige Aufklärung des Patienten durch den Arzt voraus. Dies ergibt sich eigentlich schon aus allgemeinen Einwilligungssgrundsätzen⁴⁹. Denn da die Wirksamkeit der Einwilligung eine entsprechende Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Rechtsgutsinhabers sowie die Kenntnis der Tragweite seines Schutzverzehs voraussetzt, ist der Betroffene, falls ihm das erforderliche Urteilsvermögen — beispielsweise aus Altersgründen oder mangels hinreichender Spezialkenntnisse — fehlt, zuvor entsprechend aufzu-klären⁵⁰. Während dies jedoch in anderen Lebensbereichen kaum von praktischer Bedeutung ist⁵¹, spielt bei der Heilbehandlung die Aufklärung des Patienten durch den Arzt eine ganz zentrale Rolle⁵². Ja, gemessen an der Rechtsprechung, die sich zu den Anforderungen und Grenzen der Aufklärung bereits entwickelt hat⁵³, scheint dies sogar der „Hauptzankapfel“ zwischen Ärzten und Juristen zu sein⁵⁴. Dies um so mehr, als bei fehlgeschlagenen oder gesundheitsverschlechternden Heileingriffen angesichts der Schwierigkeit, einen Behandlungsfehler nachzuweisen, von Patientenseite gerne auf den Vorwurf mangelnder Aufklärung ausgewichen wird⁵⁵. Selbst wenn man nun dabei gewisse Übersteigerungen der Rechtsprechung, wie sie vor allem hinsichtlich der „Risikoaufklärung“ ärztlicherseits beklagt werden, hintanstellt, werden gerade in der Aufklärungsfrage unterschiedliche Einstellungen — auch im Hinblick auf die betroffenen Schutzgüter — sichtbar: Während der Arzt vornehmlich das „Wohl“ des Patienten im Auge hat und dieses meist am besten gewahrt glaubt, wenn der Patient möglichst wenig über seine Krankheit und die mit einem Eingriff verbundenen Risiken weiß, geht es dem Recht (auch) um Sicherung des Selbstbestimmungsrechts durch

⁴⁹ Soweit nachfolgend nur von *Einwilligung* die Rede ist, gilt Entsprechendes im wesentlichen auch für das *Einverständnis*, vgl. allerdings auch *Jescheck*, Allg. Teil, 3. Aufl. 1978, S. 300, sowie unten zu Anm. 67.

⁵⁰ *Jakobs*, Allg. Teil, 1983, S. 360.

⁵¹ Woraus sich erklären dürfte, daß beispielsweise bei den Erläuterungen von *Lenckner*, in: *Schonke/Schroder*, Vorbem. 29 ff. vor § 32, zu den allgemeinen Einwilligungsvoraussetzungen das Aufklärungserfordernis nicht einmal erwähnt wird.

⁵² Allgemein dazu *Kern/Laufs*, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 1983.

⁵³ Vgl. z. B. die Nachweise bei *Rieger*, Lexikon des Arztrechts, 1984, Rdn. 253 ff.

⁵⁴ Vgl. *Kuhlendahl*, Die ärztliche Aufklärungspflicht oder der kalte Krieg zwischen Juristen und Ärzten, DABl. 1978, 1984 ff., 2003 ff.

⁵⁵ Vgl. *Laufs*, Arztrecht, 2. Aufl. 1978, Rdn. 67 ff., *Hirsch*, in: LK, § 226 a Rdn. 19.

eine möglichst weitgehende Aufklärung; denn nicht der Arzt, sondern der Patient selbst soll darüber befinden dürfen, worin er sein eigenes Wohl sieht, inwieweit er dies durch medizinische Eingriffe gewahrt oder wiederhergestellt sehen möchte und welche Risiken er dafür in Kauf zu nehmen bereit ist. Das aber setzt voraus, daß dem Patienten Art, Bedeutung und Tragweite des ärztlichen Eingriffs jedenfalls in ihren Grundzügen erkennbar gemacht werden, um ihm eine Abschätzung von Für und Wider zu ermöglichen. Soweit er dabei nicht ohnehin bestimmten Faktoren erkennbar oder gar ausdrücklich Bedeutung beimißt, ist er jedenfalls über solche Umstände aufzuklären, die für die Entscheidung eines „verständigen“ Patienten ins Gewicht fallen können. Freilich werden sich dabei Umfang und Intensität der Aufklärung nicht abstrakt festlegen lassen, sondern an der konkreten Sachlage auszurichten sein, wobei der Genauigkeitsgrad der Aufklärung in dem Maße zunimmt, in dem der Dringlichkeitsgrad des Eingriffs abnimmt: Je leichter aufschiebbar und je weniger geboten die Heilmaßnahme aus der Sicht eines verständigen Patienten erscheint, desto weitgehender ist die Aufklärungspflicht. Umgekehrt kann sich auch der Arzt um so eher mit einer mehr pauschalen Aufklärung begnügen, wenn es um eine unaufschiebbare oder gar lebensrettende Maßnahme geht. Auch wird ein verständiger Patient mit gewissen Gefahren rechnen müssen, je schwerwiegender der Eingriff seiner Natur nach ist⁵⁶.

Bei allem Bemühen um die Sicherung des Selbstbestimmungsrechts wird jedoch zumindest im Rahmen des Körperverletzungsstatbestandes (§ 223 StGB) bewußter als bisher darauf zu achten sein, daß dieses sich nicht völlig verselbständigt und damit die primären Schutzgüter der Gesundheit und körperlichen Integrität überlagert, wenn nicht gar verdrängt. Denn ebenso wie bereits für die Rechtsbegriffsbestimmung des § 223 StGB das Selbstbestimmungsmoment nur insoweit von Bedeutung ist, als Gesundheit und körperliche Integrität (auch) vom subjektiven Schutzinteresse des Betroffenen abhängen, kann es auch bei der Aufklärungspflicht nicht um mehr gehen als um die Ermöglichung einer selbstbestimmten Entscheidung über Art und Umfang des medizinischen Eingriffs und der dabei in Kauf zu nehmenden Risiken. Daher darf durch die Aufklärung nicht gerade das gefährdet werden, was gefördert werden soll: die Gesundheit. Deshalb ist die Aufklärungspflicht bereits immanent durch die „Fürsorgepflicht“ beschränkt. Danach bedarf es insoweit keiner Auf-

⁵⁶ Einzelheiten und Nachweise zu diesen Grundsätzen wie auch zu den Haupttypen der Aufklärung bei Eser, in: *Schönke/Schroder*, § 223 Rdn. 40 ff.

klärung, als eine dadurch zu befürchtende Gefährdung des Patienten gravierender sein könnte als die Beeinträchtigung seines Selbstbestimmungsrechts⁵⁷.

Obgleich diese Einschränkung auch von der Rechtsprechung anerkannt ist⁵⁸, erscheint doch zweifelhaft, ob dies lediglich als ein rein praktisches Erfordernis zur Vermeidung von Übersteigerungen gesehen wird oder auch in seiner prinzipiellen Rechtsgutsrelevanz erkannt ist. Das erscheint namentlich im Hinblick auf die Diagnoseaufklärung, wie sie von der Rechtsprechung in gleicher Weise wie etwa die Risikoaufklärung gefordert wird⁵⁹, fraglich. Denn eine solche Gleichstellung wäre nur dann gerechtfertigt, wenn es im Rahmen des § 223 StGB – und allein um diesen *Körperverletzungstatbestand* und nicht um einen gegen *eigenmächtige* Heilbehandlung gerichteten geht es hier – auch um Sicherung der Selbstbestimmung als solcher ginge, wie das die gängige Bezeichnung als „Selbstbestimmungsaufklärung“⁶⁰ in der Tat nahelegen könnte. Doch so wichtig und griffig dieser Terminus auch sein mag, um die selbstbestimmungssichernde Aufklärung von der – bereits als Teil der *lex artis* zu begreifenden – „therapeutischen Aufklärung“ abzuheben⁶¹, kann er aufgrund seiner sprachlichen Eigendynamik doch leicht zu einer Verabsolutierung des Selbstbestimmungsaspekts führen. Denn anders als bei einem Tatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung, wo es in der Tat auch darum gehen könnte, dem Patienten eine restlose und damit auch den Befund umfassende Aufklärung zu sichern⁶², kann es im Rahmen eines primär gesundheits- und integritätsbezogenen Tatbestandes nur darauf ankommen, dem Patienten eine verständige Entscheidung zu ermöglichen. Das aber setzt eine Mitteilung des Befundes nur insoweit voraus, als die Diagnose für die Abwägung des Für und Wider eines Eingriffs für den Patienten erkennbar von entscheidungserheblicher Bedeutung ist. Darin zeigt

⁵⁷ Näher dazu *Deutsch*, Das therapeutische Privileg des Arztes – Nichtaufklärung zugunsten der Parteien, NJW 1980, 1305 ff., wobei jedoch der aus dem amerikanischen übernommene Begriff des „therapeutic privilege“ wenig glücklich ist, weil er den mißverständlichen Eindruck erweckt, als ob die Einschränkung der Aufklärungspflicht in solchen Fällen einem „Vorrecht“ des Arztes entspringe, während es doch in Wirklichkeit um eine besondere „Rücksicht“ auf den Patienten geht.

⁵⁸ Wobei strittige Einzelfragen zu dem dabei anzulegenden Abwägungsmaßstab hier dahingestellt bleiben können; näher dazu *Eser*, in: *Schönke/Schröder*, § 223 Rdn 42

⁵⁹ So im Grundsatz bereits RGSt. 66, 181, 182; ferner BGH NJW 1959, 814, 815; ebenso die h. L.; vgl. *Hirsch*, in: LK, § 226 a Rdn. 24 m. w. N

⁶⁰ Im Anschluß an *Geilen* (Anm. 26), insbesondere S. 80 ff.

⁶¹ Vgl. *Eser*, in: *Schönke/Schröder*, § 223 Rdn 35.

⁶² Vgl. Anm 46

sich erneut, daß im Rahmen eines Körperverletzungstatbestandes selbst die „Selbstbestimmungsaufklärung“ nur eine annexhaft dem körperlichen Integritätsschutz dienende, dagegen keine eigenständige freiheitsschützende Funktion hat⁶³. Natürlich wäre auch letzteres ein strafrechtlich legitimes Schutzanliegen. Doch kann dies nicht einfach dem Tatbestand des § 223 StGB aufgeladen werden, sondern wäre durch einen freiheitsbezogenen Tatbestand, wie etwa gegen eigenmächtige Heilbehandlung, abzusichern. Für den Anwendungsbe-
reich des § 223 StGB ist daher auch der Versuchung entgegenzutreten, die von der zivilrechtlichen Rechtsprechung unter anderen Vorzeichen entwickelten Anforderungen unbesehen in das Strafrecht zu übernehmen.

3. Respektierung des Patientenwillens und ihre Grenzen

Während es vorangehend um den Schutz des Patienten gegenüber eigenmächtigem Handeln des Arztes ging, ist nunmehr umgekehrt zu fragen, welche strafrechtlichen Folgen sich für den Arzt gerade daraus ergeben können, daß er den Patientenwillen respektiert. Dabei wird sich zeigen, daß der Arzt nicht in jedem Falle dem Patientenwillen zu folgen hat, ja unter Umständen sogar von ihm erwartet wird, sich über den Patientenwillen hinwegzusetzen. Auch dies kann allerdings nicht problemerschöpfend, sondern nur thesenhaft an einigen Punkten aufgezeigt werden.

a) Eine volle Respektierung des Patientenwillens könnte die Forderung nahelegen, daß dem Arzt einerseits nicht nur eigenmächtige Behandlung untersagt sei, sondern daß er andererseits auch einem Behandlungsverlangen des Patienten zu entsprechen habe. Dem ist jedoch nicht so; denn abgesehen von Notfällen ist der Arzt in seiner Entscheidung über die Behandlungsaufnahme frei, solange er sich nicht durch einen entsprechenden Vertrag verpflichtet hat⁶⁴. Insofern begründet das Einwilligungserfordernis lediglich ein Abwehrrecht des Patienten, ohne eine entsprechende Behandlungspflicht des Arztes auszulösen.

b) Falls jedoch der Arzt einem Behandlungsbegehren des Patienten tatsächlich Folge leistet und sich im Rahmen der gegebenen Ein-

⁶³ Entsprechendes wurde auch für eine „Selbstverwirklichungsaufklärung“ zu gelten haben; dazu *Eser*, *Ärztliche Aufklärung und Einwilligung des Patienten*, besonders in der Intensivtherapie, in: *Becker/Eid* (Hrsg.), *Begleitung von Schwerkranken und Sterbenden*, 1984, S. 188, 202.

⁶⁴ Vgl. *Bockelmann*, *Strafrecht des Arztes* (Anm. 1), S. 19; *Deutsch*, *Arztrecht* (Anm. 36), S. 21.

willigung hält, braucht er selbst im Falle einer etwaigen Gesundheitsverschlechterung in der Regel keine strafrechtlichen Folgen zu befürchten. Insofern kommt ihm das Selbstbestimmungsrecht des Patienten strafbefreiend zugute. Denn insoweit, als sich der Patient selbst schädigen darf, macht sich grundsätzlich auch der Arzt nicht strafbar, wenn er einem entsprechenden Begehren des Patienten entspricht⁶⁵.

c) Diese grundsätzlich straffreistellende Respektierung des Patientenwillens gilt jedoch nicht uneingeschränkt; denn obgleich die Rechtsordnung das Selbstbestimmungsrecht des einzelnen insoweit respektiert, als dieser sich strafflos selbst verletzen⁶⁶, ja sogar selbst töten darf, ist die Beteiligung eines Dritten daran nicht ohne weiteres straffrei gestellt. Das gilt vor allem im Rahmen des Lebensschutzes, worauf bei der Suizidproblematik noch einzugehen ist. Doch auch bei sonstigen Eingriffen vermag das Selbstbestimmungsrecht des Patienten dem Arzt nicht in jedem Falle Straffreiheit zu garantieren, sondern nur insoweit, als der Eingriff nicht trotz Einwilligung des Patienten gegen die guten Sitten verstößt (§ 226a StGB)⁶⁷. An dieser Einschränkung zeigt sich, daß die Einwilligung des Patienten eine zwar grundsätzlich notwendige, aber nicht ohne weiteres hinreichende Bedingung für die Rechtmäßigkeit eines ärztlichen Eingriffs ist. Insofern ist die Einwilligung nicht zwangsläufiger Rechtfertigungsgrund, sondern lediglich Rechtfertigungsschranke für ärztliches Handeln. Dadurch wird erneut bestätigt, daß der Arzt zwar einerseits nicht mehr tun darf, als der Patient gestattet, daß er aber andererseits nicht alles tun darf, was dieser von ihm verlangt.

Diese Sittenwidrigkeitsschranke des § 226a StGB hat bekanntlich vor allem bei der Sterilisation eine große Rolle gespielt, da diese nur bei bestimmten — medizinisch, medizinisch-sozial oder eugenisch begründeten — Indikationen als sittengemäß angesehen wurde, während die — teils gezielt abwertend so bezeichnete — „Gefälligkeitssterilisation“ als sittenwidrig galt und daher selbst bei ent-

⁶⁵ Vgl. allerdings auch BGH NJW 1978, 1206 (Zahnextaktions-Fall), wo aus der „Unvernünftigkeit“ des Operationswunsches auf mangelnde Einsichtsfähigkeit geschlossen wurde; vgl. aber dazu Hruschka, JR 1978, 519; Rogall, NJW 1978, 2344; sowie Eser, in Schönke/Schröder, § 223 Rdn. 38, 50.

⁶⁶ Das ausnahmsweise Verbot der Selbstverstümmelung in § 109 StGB und § 17 WehrstrafG betrifft mit der Erhaltung der Verteidigungskraft ein anderes Rechtsgut; vgl. Schroeder, in LK, § 109 Rdn. 1.

⁶⁷ Wobei diese Schranke freilich nur für rechtfertigende Einwilligung, nicht dagegen für tatbestandsausschließendes Einverständnis bedeutsam sein soll; Lenckner, in Schönke/Schröder, Vorbem. 32 vor § 32.

sprechendem Verlangen des Patienten zur Strafbarkeit des Arztes führte⁶⁸. Dies ist zwar praktisch obsolet geworden, seitdem der BGH aus der Sondervortatbestandlichung der Sterilisation in § 226 b StGB (1933/35) und deren späterer Aufhebung (1946) den Schluß gezogen hat, daß die freiwillige Sterilisation vom Strafrecht schon tatbestandlich nicht mehr erfaßt werde⁶⁹. Nachdem die dafür gegebene Begründung jedoch kaum haltbar ist, wäre die Sterilisation nach wie vor einer Sittenwidrigkeitsprüfung zu unterziehen⁷⁰. Dem ist aber andererseits entgegenzuhalten, daß es derzeit an dem von § 226 a StGB geforderten eindeutigen und allgemeinen Sittenwidrigkeitsurteil fehlt⁷¹. Ähnliches gilt für die heterologe Insemination, deren strafrechtliche Sanktionierung bis in die 60er Jahre hinein ernsthaft erwogen worden war⁷². Demgegenüber stellt sich heute die rechtliche Problematik solcher — negativer bzw. positiver — Eingriffe in den natürlichen Fortpflanzungsprozeß weniger auf strafrechtlichem als auf zivilrechtlichem Gebiet. Daher vermögen bei diesen Eingriffen allenfalls Einwilligungsfehler oder mangelnde Kunstgerechtigkeit strafrechtliche Folgen für den Arzt auszulösen⁷³. Soweit es dabei um die Sicherstellung einer wirksamen Einwilligung geht, könnten die materiellen und verfahrensrechtlichen Regelungen des Kastrationsgesetzes Modellcharakter haben⁷⁴, nicht zuletzt, um den Patienten vor übereilten Entschlüssen zu schützen. Doch — wie bei jedem aufgedrängten „Schutz vor sich selbst“ — kann dadurch leicht das Selbstbestimmungsrecht unterlaufen werden.

d) Während in den Fällen des § 226 a StGB dem Arzt lediglich untersagt wird, dem Patientenwillen zu entsprechen, ihm also nur ein Untätigbleiben abverlangt wird, ist ihm in anderen Fällen sogar ein aktives Handeln gegen den Willen des Patienten gestattet, wenn nicht sogar auferlegt. Da es sich jedoch dabei um *Zwangseingriffe* in die körperliche Integrität und Entscheidungsfreiheit des Betroffenen handelt, bedürfen diese schon aus verfassungsrechtlichen Gründen einer spezialgesetzlichen Ermächtigung. Für die Zwangsernährung bei Hungerstreik von Straf- und Untersuchungsgefangenen wird

⁶⁸ Näher zur Entwicklungsgeschichte *Eser/Hirsch*, Sterilisation und Schwangerschaftsabbruch, 1980, S. 56 ff.

⁶⁹ BGHSt 20, 81 (Dohrn-Urteil).

⁷⁰ So die h. L., vgl. *Hirsch*, in: LK, § 226 a Rdn. 38 ff. m. w. N.

⁷¹ Vgl. *Jescheck* (Anm. 49), S. 305; *Eser/Hirsch* (Anm. 68), S. 59.

⁷² Vgl. *Schwalbe*, Strafrechtliche Probleme der künstlichen Samenübertragung beim Menschen, GA 1959, 1.

⁷³ Vgl. *Eser/Koch*, Aktuelle Rechtsprobleme der Sterilisation, MedR 1984, 6, 10 ff.

⁷⁴ Vgl. *Eser*, in: *Schönke/Schröder*, § 223 Rdn. 54 ff.

eine solche Eingriffsgrundlage aus haftrechtlichen Bestimmungen abgeleitet (§ 119 Abs. 3 StPO, § 101 StVollzG)⁷⁵. Auch aus gesundheitspolizeilichen Vorschriften können sich spezielle Duldungspflichten für Patienten und dementsprechende Eingriffsrechte für Ärzte ergeben⁷⁶.

e) Besonders problematisch wird die Respektierung des Patientenwillens bei Patienten, denen alters- oder krankheitsbedingt die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit fehlt. Während man bisher in solchen Fällen die persönliche Einwilligung des Betroffenen durch die des gesetzlichen Vertreters oder durch mutmaßliche Einwilligung zu ersetzen versuchte, wird heute bereits einer möglichen Teil-Mündigkeit des Betroffenen Respekt gezollt⁷⁷. Dem kann jedoch hier nicht weiter nachgegangen werden.

IV. Schutz des Lebens im Grenzbereich des Sterbens

Bereits die in Teil II behandelten Tatbestände dienen natürlich nicht nur dem Schutz der Gesundheit und der körperlichen Integrität, sondern in letzter Konsequenz auch dem Schutz des menschlichen Lebens. Insofern sind die Körperverletzungstatbestände – und gleiches hat für die verschiedenartigen Gefährdungstatbestände⁷⁸ zu gelten – zugleich auch Teile des strafrechtlichen Lebensschutzes. Nachfolgend soll es jedoch nur um medizinisches Handeln gehen, das unmittelbaren Bezug zum Sterben und zum Sterbenden hat, wie vor allem bei Suizid und Euthanasie. Doch selbst diesbezüglich kann es nicht um eine umfassende Auflistung aller denkbaren Fallkonstellationen und ihrer strafrechtlichen Lösung gehen⁷⁹, als vielmehr

⁷⁵ Zu Einzelheiten vgl. *Geppert*, Freiheit und Zwang im Strafvollzug, 1976; *Nöldeke/Weichbrodt*, Hungerstreik und Zwangsernährung, NStZ 1981, 281 ff.; *Ostendorf*, Das Recht zum Hungerstreik, GA 1984, 308 ff., sowie *Eser*, in: *Schönke/Schröder*, Vorbem. 45 vor § 211 m. w. N.

⁷⁶ So etwa aus §§ 1 f. ImpfG und §§ 3, 17 GeschlKG; vgl. *Gallwas*, NJW 1976, 1134; allgemein zur Zwangsbehandlung auch die Übersicht bei *Rieger* (Anm. 53), Rdn. 2003 ff.

⁷⁷ Allgemein dazu *Kern/Laufs* (Anm. 52), S. 24 ff., sowie speziell zum Teilbereich der Sterilisation von Minderjährigen und geistig Behinderten *Eser/Koch*, MedR 1984, 8 f.

⁷⁸ Vgl. oben II, vor 1.

⁷⁹ Zumal ich mich dazu schon anderweitig geäußert habe; vgl. insbesondere *Eser*, Sterbehilfe und Euthanasie in rechtlicher Sicht, in: *Eid* (Hrsg.), Euthanasie oder Soll man auf Verlangen töten?, 1975, S. 45 ff.; *ders.*, Neues Recht des Sterbens?, in: *Eser*, Suizid und Euthanasie als human- und sozialwissenschaftliches Problem, 1976, S. 392 ff.; *ders.*, Lebenserhaltungspflicht und Behandlungsabbruch aus rechtlicher Sicht, in: *Auer/Menzel/Eser* (Hrsg.), Zwischen Heilaufrag und Sterbehilfe, 1977, S. 75 ff., sowie *ders.*, in: *Schönke/Schröder*, Vorbem. 16 ff., 21 ff., 33 ff. vor § 211 m. w. N.

— dem Grundanliegen dieses Beitrags entsprechend — um die Hervorhebung von rechtsgutsbezogenen Wertungsaspekten.

1. Der Rechtsgutsgehalt des Todeszeitproblems

Rechtliche Wertungsprobleme stellen sich nicht erst bei der Frage nach den Möglichkeiten und Grenzen von Sterbehilfe bzw. von etwaigen Behandlungspflichten gegenüber Suizidpatienten, sondern bereits bei der scheinbar rein medizinischen Frage des maßgeblichen Todeszeitpunktes. Dessen rechtliche Relevanz ergibt sich schon daraus, daß sich die Lebensschutztatbestände der §§ 211—217, 221, 222 StGB auf den noch lebenden Menschen beschränken, während der bereits tote Mensch als Leichnam nur partiellen Strafrechtsschutz genießt⁸⁰. Die dabei notwendige Zäsur zwischen „lebend“ und „tot“ allein nach rein naturwissenschaftlichen Kriterien zu bestimmen, hat sich als zu vordergründig erwiesen. Während selbst einem so großen Juristen wie *von Savigny* noch Mitte des letzten Jahrhunderts der Tod als „ein so einfaches Naturereignis“ erscheinen konnte, „daß derselbe nicht, so wie die Geburt, eine genauere Feststellung seiner Elemente nötig macht“⁸¹, wurde dieses offenbar rein empirisch-deskriptive Verständnis des Todes spätestens mit den modernen Reanimationsmöglichkeiten überholt. Denn entgegen der

⁸⁰ Das ist namentlich für die Zulässigkeit der Organtransplantation und klinischen Sektion von Bedeutung, wobei sich insbesondere die Frage stellt, wie weit das Selbstbestimmungsrecht des Menschen über seinen Tod hinausreicht. Das derzeitige Strafrecht trägt zur Klärung dieser Frage wenig bei, da es an einem einschlägigen Tatbestand fehlt, der einen Schutz des — fortwirkenden bzw. durch die Angehörigen wahrzunehmenden — Selbstbestimmungsrechts des Verstorbenen über seine Leiche gewährleisten könnte, zumal § 168 StGB auf die eigenmächtige Organentnahme nach h. M. nicht anwendbar sein soll, vgl. die Nachweise bei *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder*, § 168 Rdn. 6, 8. Bis zur Verabschiedung eines schon seit längerem geplanten Transplantationsgesetzes (dazu *Ruping*, Fur ein Transplantationsgesetz, in: *Medizin — Mensch — Gesellschaft* (MMG) 1982, 77 ff. mit auszugsweisem Abdruck des Entwurfs eines TransplantationsG von 1978, BT-Drucks 8/2681) kann den Schutzbedürfnissen des Verstorbenen (und/oder seiner Angehörigen) daher allenfalls auf dem Zivilrechtsweg Rechnung getragen werden; vgl. *Thomas*, in: *Palandt*, BGB, 43. Aufl. 1984, § 823 Anm. 15 B e m. w. N. Bei einem derartigen Transplantationsgesetz wären jedoch auch die Heilungsinteressen anderer Patienten wie auch das berechtigte Interesse transplantierender Ärzte an klar fixierten Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Organentnahme, denen der gegenwärtige Rechtszustand in keiner Weise gerecht wird, zu berücksichtigen. Ähnliches gilt auch für die Zulässigkeit der zum Zwecke medizinischer Forschung und Qualitätskontrolle unerläßlichen klinischen Sektionen; vgl. *Brugger/Kühn*, Sektion der menschlichen Leiche, 1979; *Laufs*, Die Entwicklung des Arztrechts 1979/80, NJW 1980, 13 ff.

⁸¹ *von Savigny*, System des römischen Rechts, Bd. 2, 1840, S. 17.

früheren Annahme, daß sich der Stillstand von Herz und Atmung als ein derart „zwingendes“ lebensbeendendes Ereignis darstelle, daß es daran auch rechtlich nichts zu deuteln gebe, hat sich inzwischen gezeigt, daß dieser „Herztod“ weder zwingend noch unwiderruflich das Ende des menschlichen Lebens bedeutet, daß das Sterben einen Prozeß darstellt, in dem Organe und Funktionen teils unabhängig und zeitverschoben voneinander absterben können, ja daß unter Umständen — wie insbesondere zu Transplantationszwecken — sogar ein Interesse daran bestehen kann, die Funktionsfähigkeit des Transplantats über das Absterben des Gehirns hinaus am Leben zu erhalten⁸². Damit war es nicht nur aus pragmatischen, sondern auch aus rechtlich-ethischen Gründen notwendig geworden, sich über die für den Tod wesentlichen Kriterien neu zu vergewissern. Denn sowohl im Interesse einer einheitlichen Handhabung wie auch zur Bestimmung der Grenze, bis zu der die Lebensschutzbestimmungen reichen und damit grundsätzlich Lebenserhaltung geboten bzw. die Entnahme von Transplantaten verboten ist, war eine (Neu-)Definierung des Todeszeitpunktes unerlässlich. Das hat schließlich — stark vereinfacht ausgedrückt — zu einer Verlagerung vom „Herztod“ auf den „Hirntod“ geführt, und zwar vornehmlich aufgrund der inzwischen fast allgemein anerkannten Richtlinien der Deutschen Gesellschaft für Chirurgie⁸³.

Für den vorliegenden Zusammenhang interessiert nun an diesem Vorgang weniger die sachliche Richtigkeit dieser neuen Todesdefinition als vielmehr ihr rechtsgutsrelevanter Gehalt. Auf den ersten Blick könnte es in der Tat so scheinen, als hätten die Chirurgen — und gleiches hat natürlich auch für andere vergleichbare Todeszeitbestimmungen durch medizinische Vereinigungen zu gelten — nichts anderes getan, als einen medizinisch-empirischen Sachverhalt definitorisch zu beschreiben, und zwar ohne jede Spur von Wertung. Diese weitverbreitete Ansicht bleibt jedoch im Vordergründigen, weil sie übersieht, daß im Abheben auf den „Hirntod“ Prämissen stecken, die ihrerseits nicht mehr medizinisch, sondern nur noch normativ aufgrund bestimmter Wertvorstellungen über den Menschen und die Reichweite seiner Schutzwürdigkeit erklärbar sind. Das wird deutlich, wenn man nach der Legitimation fragt, aufgrund derer die Verlagerung des Todeszeitpunktes überhaupt getroffen werden

⁸² Vgl. statt vieler *Wawersik*, Reanimation und ihre Grenzen, in: *Eser*, Suizid (Anm 79), S 125 ff

⁸³ Abgedruckt in *Der Chirurg* 1968, 196; vgl. ferner die Richtlinien der Bundesärztekammer, *JZ* 1983, 593

konnte, und warum diese Privatübereinkunft medizinischer Organisationen letztlich sogar die stillschweigende Anerkennung der Rechtsordnung fand⁸⁴; nämlich weil das Gehirn der Sitz der Geistigkeit sei und eben diese Geistigkeit das Menschsein ausmache⁸⁵. Spätestens bei dieser letzten Aussage aber haben wir es nicht mehr mit einer rein medizinisch-biologischen Feststellung, sondern mit einer normativen Wertung zu tun; denn daß Geistigkeit das Spezifikum des Menschen sei, ergibt sich nicht mehr aus reiner Deskription, sondern aus einem auf anthropologischer Wertung begründeten Urteil, das seinerseits auf philosophisch-ethischen Einsichten und wohl nicht zuletzt auch auf religiös-weltanschaulichen Bekenntnissen beruht⁸⁶.

Nun soll das freilich nicht heißen — und vor Vereinseitigungen in diese andere Richtung ist nicht weniger nachdrücklich zu warnen —, daß der Tod ein rein normatives Problem sei. Vielmehr sind hier zwei Ebenen auseinanderzuhalten, die man — ebenfalls stark vereinfachend — als *Normsetzungs-* bzw. *Normanwendungsebene* bezeichnen könnte und die zu einer Differenzierung zwischen (normativem) *Todesbegriff* (a) und (medizinischen) *Todesfeststellungskriterien* (b) führen:

a) Soweit es um den *Todesbegriff* geht, nämlich um die Frage, worin das Spezifikum menschlichen Lebens besteht, bei dessen unwiderruflichem Verlust wir vom Tod als Ende des Menschseins sprechen, bewegen wir uns auf normativem Boden: Aufgrund einer — sittlich, standesethisch, rechtlich anerkannten — Konvention, die ihrerseits auf bestimmten anthropologischen Vor-Urteilen über Personsein, Menschenwürde und dergleichen beruht, gehen wir davon aus, daß „Geistigkeit“ das Charakteristikum menschlichen Lebens ausmache und demzufolge bei deren unwiderruflichem Verlust der betroffene Mensch als „tot“ zu betrachten sei. An dieser Normsetzung — und zwar „Setzung“ deshalb, weil dabei inzident die Geistigkeit zum maßgeblichen Kriterium des Menschseins erklärt wird —

⁸⁴ Wie etwa in der Begründung des Regierungsentwurfs eines Transplantationsgesetzes vom 13. 9. 1978, S. 17; vgl. *Ruping* (Anm. 80).

⁸⁵ Vgl. statt vieler *Bockelmann*, *Strafrecht des Arztes* (Anm. 1), S. 109; *Stratenwerth*, *Zum juristischen Begriff des Todes*, *Festschrift für Engisch*, 1969, S. 528, 543.

⁸⁶ Vgl. *Leuenberger*, *Probleme um das Lebensende*, in: *Hertz u. a.* (Hrsg.), *Handbuch der christlichen Ethik*, Bd. 2, 1978, S. 95 ff. Jedenfalls insoweit ist daher der *Todesbegriff* auch kein rein „deskriptives Tatbestandsmerkmal“, denn da das Sterben einen *Prozeß* darstellt, muß per decisionem anhand bestimmter Kriterien (z. B. dem der Geistigkeit) die entscheidende Zäsur gesetzt werden.

ist natürlich auch der Mediziner mitbeteiligt. Dies freilich weniger in seiner Funktion als Naturwissenschaftler oder Arzt als vielmehr in seiner Rolle als (Mit-)Bürger, aufgrund derer er für Wertentscheidungen der Gemeinschaft (mit-)verantwortlich ist. Insofern hat der Arzt dem nichtmedizinischen Mitbürger zwar faktisch größere Problemnähe und höheres Fachwissen voraus, aber grundsätzlich kein politisch-normatives Vor-Recht. Denn die für Grund und Umfang des Lebensschutzes entscheidende Frage, welches Spezifikum für das Menschsein maßgeblich sei, ist eine im wahrsten Sinne des Wortes „politische“, nämlich von der „polis“ als Rechtsgemeinschaft zu verantwortende und damit grundsätzlich von allen Bürgern (mit-)zutragende Grundwertentscheidung der Rechtsgemeinschaft. Natürlich ist nicht zu verkennen, daß von deren Urzuständigkeit angesichts der Todesdefinitionen rein privater oder allenfalls standesethisch autorisierter Vereinigungen nicht viel übrig geblieben ist. Dennoch darf selbst diese Zuständigkeitsverschiebung nicht darüber hinwegtäuschen, daß die in den Todeszeitdefinitionen enthaltene normative Grundentscheidung — nämlich „Geistigkeit“ als Wesenskriterium des Menschseins — nur und erst dann rechtliche Verbindlichkeit erlangen kann, wenn sie von der Rechtsgemeinschaft — und sei es (wie in der Regel) auch nur stillschweigend — anerkannt wird. Insoweit fungiert auf dieser Ebene der Mediziner nicht kraft eigener Kompetenz, sondern allenfalls als Delegatar der Rechtsgemeinschaft.

b) Soweit es dagegen um die *Todesfeststellungskriterien* geht, nämlich um die Frage, in welchem Organ die „Geistigkeit“ des Menschen ihre biologische Grundlage hat und an welchen Symptomen sich das irreversible Erlöschen dieser Funktion ablesen läßt, bei dieser Frage nach den Todeszeichen also, ist der Mediziner nicht als Bürger, sondern in seiner Eigenschaft als Naturwissenschaftler gefragt. Denn ob und inwieweit das Gehirn als Sitz der Geistigkeit noch lebt bzw. welche Anzeichen sein Absterben beweisen, dies ist — jedenfalls im Prinzip — nicht mehr eine Frage anthropologischer Wertung, sondern naturwissenschaftlicher Empirie; und dies bleibt sie selbst dann, wenn der Gesetzgeber die Todesfeststellungskriterien gesetzlich zu normieren versucht. Denn damit tut er im Grunde nicht mehr, als empirische Tatsachen zum Zweck einheitlicher Anwendung deklaratorisch klarzustellen. Deshalb ist gegen Todesdefinitionen medizinischer Privatvereinigungen auch rechtlich nichts einzuwenden, solange sie sich darauf beschränken, für das — normativ (stillschweigend) vorentschiedene — Abheben auf den Verlust je-

der Geistigkeit die medizinisch-empirischen Feststellungskriterien für den Gehirntod zu benennen⁸⁷.

Dementsprechend handelt es sich dann auch beim konkreten Subsumtionsvorgang, nämlich bei der Frage, ob im Einzelfall anhand dieser Feststellungskriterien ein Mensch als tot zu betrachten ist, kategorial um eine empirische Tatsachenfrage, bei deren beweiswürdiger Beantwortung daher auch der Jurist typischerweise auf die besondere Sachkunde des Mediziners angewiesen ist.

c) Im übrigen werden die rechtsgutsrelevanten Implikationen des Todesbegriffs noch deutlicher, wenn man an Versuche denkt, den teils gegenläufigen Interessen bei Intensivtherapie einerseits und Transplantation andererseits durch *unterschiedliche* Todesbegriffe Rechnung zu tragen⁸⁸. Wäre danach etwa dort, wo es allein um das Lebenserhaltungsinteresse des Patienten geht, der Todeszeitpunkt möglichst spät anzusetzen, während in Transplantationsfällen mit Rücksicht auf das Rettungsinteresse des Organempfängers der Tod des Spenders möglichst frühzeitig anzunehmen wäre, so würde der dezisive, an bestimmten Interessen — wie Lebenserhaltung einerseits bzw. Hilfe für andere andererseits — ausgerichtete Wertungscharakter solcher Definitionen unverkennbar.

Nicht, als ob derartigen Anliegen nicht Rechnung zu tragen wäre. Nur, ob definitorische Verbiegungen oder gar Aufspaltungen des Todesbegriffs der richtige Weg dafür wären, dies ist entschieden zu bezweifeln. Denn nicht nur, daß bei Umdefinierung des Todesbegriffs aufgrund scheinbar rein medizinischen Sachzwangs leicht der darin steckende Wertungsgehalt verschleiert bleibt; auch könnte es zu kaum absehbaren Folgen führen, wollte man den für den Lebensschutz wesentlichen Todesbegriff durch heteronome Hilfsaspekte zugunsten potentieller Transplantatempfänger verfälschen. Denn so

⁸⁷ Einzelheiten zu diesen Todeszeichen bei *Schwerd*, Rechtsmedizin, 1979, S. 199 ff. Wie leicht selbst bei Festlegung solcher Beweisanzeichen bedenkliche Grenzüberschreitungen ins normative Vorfeld unterlaufen können, zeigt sich in I Nr. 2 der bereits erwähnten Chirurgenrichtlinien (Anm. 83), wenn darin „der Gehirntod bereits zum leichter faßbaren Zeitpunkt des Herzstillstandes“ postuliert wird. Denn da der Hirntod dem Herzstillstand im Regelfall erst mit einem zeitlichen Abstand von 5 bis 8 Minuten nachfolgt, handelt es sich bei solchen Postulaten nicht nur um medizinische Hirntodfeststellungskriterien, sondern um normativ relevante Vorverlagerungen des Todesbegriffs. Daher läßt sich der Verzicht auf (mögliche) Reanimierung eines progredient und inkurabel Moribunden allenfalls nach den Grundsätzen passiver Sterbehilfe, nicht aber damit rechtfertigen, daß der Betroffene bereits mit Herzstillstand als tot zu betrachten sei.

⁸⁸ Vgl. dazu etwa *Saerbeck*, Beginn und Ende des Lebens als Rechtsbegriffe, 1974, insbesondere S. 123 ff.

legitim das Rettungsinteresse des Empfängers auch sein mag, so wäre solchen Rücksichten doch auf andere Weise — wie etwa durch ein an Einwilligungs- und/oder Notstandsgrundsätzen orientiertes Transplantationsrecht — Rechnung zu tragen. Deshalb hat sich auch der Europarat zu Recht bereits ausdrücklich dagegen ausgesprochen, bei der Todeszeitbestimmung andere Interessen als die des Sterbenden selbst in Betracht zu ziehen⁸⁹. Klarer als durch eine solche Warnung vor dem Einfluß von Fremdinteressen könnte der normative Rechtsgutsgehalt des Todesbegriffs kaum manifestiert werden⁹⁰.

2. Wertungsaspekte bei Behandlungsabbruch

Derartige Schutzprobleme stellen sich im Vorfeld des Sterbens mit kaum geringerer Brisanz. Dazu sei aus dem weiten Bereich der Sterbehilfe wiederum eine Frage herausgegriffen, die unter Ärzten gerne als rein medizinische Angelegenheit verstanden wird, genau besehen aber eine Reihe von Wertungsproblemen enthält: die Frage des Sterbenlassens durch Behandlungsabbruch, und zwar in Fällen, in denen keine entsprechende Willensäußerung des Patienten vorliegt. Denn anders als im Falle „einstimmigen Sterbenlassens“, bei dem zudem noch die Respektierung des Selbstbestimmungsrechts relevant wird, weswegen darauf im Zusammenhang mit der Suizidproblematik zurückzukommen ist, betrifft der hier in Frage stehende „einseitige“ Behandlungsabbruch den Schutz des Lebens als solchen.

Ähnlich wie das Todeszeitproblem wird auch die Frage, wann der Arzt — und zwar aufgrund eigener Entscheidung — von einer Behandlungsaufnahme absehen bzw. eine bereits begonnene wieder abbrechen darf, nicht selten als eine rein medizinische Angelegenheit verstanden. Doch auch damit wird der Wertungsgehalt derartiger Entscheidungen verkannt. Das ist offensichtlich bei dem zwar noch nicht hirntoten, aber infolge schwerer Hirnschäden irreversibel bewußtlos dahinsiechenden Apalliker: In solchen Fällen glauben sich manche der Pflicht zu weiterer Lebenserhaltung schlicht durch Vorverlagerung des Todeszeitpunktes entledigen zu können⁹¹. Doch

⁸⁹ Europarat-Resolution 613/1976 „On the Rights of the Sick and Dying“ Nr 4. „No other interests may be considered in establishing the moment of death than those of the dying person“

⁹⁰ Vgl. zum ganzen auch *Geilen*, Legislative Erwägungen zum Todeszeitproblem, in: *Eser*, Suizid (Anm. 79), S. 301 ff.

⁹¹ So namentlich der (inzwischen verstorbene) Anästhesist *R. Frey* in einem Spiegel-Interview vom 26. 4. 1976, Nr. 18, S. 92, 94. Zu ähnlichen Tendenzen in den bereits erwähnten Richtlinien der Chirurgen vgl. *Eser*, in: *Auer/Menzel/Eser* (Anm. 79), S. 120 Fn. 163.

so verständlich es auch sein mag, die Kliniken von einer unbegrenzten Pflege gleichsam „lebender Toter“⁹² zu entlasten, darf man sich durch derartige definitorische Tricks doch keinesfalls darüber hinwegtäuschen lassen, daß in einer solchen Vorverlegung des Todeszeitpunktes eine Wertung steckt; und zwar jedenfalls insofern, als nun nicht mehr auf das Erlöschen jeglicher Geistigkeit, sondern bereits auf die Beeinträchtigung der Kommunikationsfähigkeit abgehoben und damit letztere zum Spezifikum des Personseins erklärt wird. Deshalb wird man sich auf die immanenten Schranken des ärztlichen Auftrags rückbesinnen müssen: Da dieser schwerlich auf quantitativ-biologische Verlängerung des Lebens um seiner selbst willen gerichtet sein kann, sondern nur darauf, dem Patienten zumindest noch ein Minimum an personaler Selbstverwirklichung oder wenigstens Selbstwahrnehmung zu ermöglichen, kann jedenfalls mit Eintritt irreversibler Bewußtlosigkeit die (weitere) Behandlungspflicht entfallen⁹³.

Doch auch da, wo der Arzt abbrechen will, weil ihm weiteres ärztliches Bemühen „sinnlos“ erscheint⁹⁴, ist die Entscheidung neben medizinischen Faktoren letztlich auch von normativen, und zwar namentlich am „Lebenssinn“ orientierten Werten mitbestimmt. Denn selbst wenn man „sinnlos“ mehr medizinisch-pragmatisch im Sinn von „zwecklos“ oder „aussichtslos“ versteht, hängt die Entscheidung doch von der Zielvorgabe ab: Soweit es dabei lediglich um die Feststellung geht, daß dieses Ziel nicht mehr erreichbar ist, handelt es sich in der Tat um einen rein medizinischen Befund, der die Unmöglichkeit der Erfolgsabwendung zur Folge hat und dementsprechend zum Wegfall der Garantenpflicht führt. Soweit es dagegen um die — jenem (Unmöglichkeits-)Befund vorausgehende — Zielsetzung geht, sind auch normative Momente mit im Spiel. Das läßt sich leicht verdeutlichen, wenn man den Arzt danach fragt, unter welchen Voraussetzungen er weitere Lebenserhaltungsmaßnahmen für „sinnlos“ oder „zwecklos“ ansieht. Nimmt er dies erst dann an, wenn sich der Todeseintritt auch mit medizinischen Mitteln nicht mehr aufhalten läßt, so liegt darin die Anerkennung von *Leben als solchem*, und zwar unabhängig davon, ob dieses noch irgendeine kommunikationsfähige Qualität besitzt. Ist der Arzt dagegen bereits dann zum Abbruch bereit, wenn sich das Grundleiden als unheilbar herausstellt und bei lebenserhaltenden Stimulantien im Grunde nur noch die

⁹² Gellen (Anm. 90), S. 303.

⁹³ Näher dazu Eser, in: Auer/Menzel/Eser (Anm. 79), S. 129 ff.

⁹⁴ So vor allem die in der Ärzteschaft vorherrschende Auffassung; vgl. die Nachweise bei Eser, in: Auer/Menzel/Eser (Anm. 79), S. 126 Fn. 182.

Qual des Sterbens verlängert würde, oder nutzt er gar die bei einem Krebskranken auftretende Lungenentzündung, um ihn schon vor Bewußtwerden dieser harten Gewißheit sterben zu lassen, so steht dahinter eine mehr *qualitative* Lebensbetrachtung und damit wiederum eine — und zwar von der vorhergehenden abweichende — Wertung. Oder läßt er ein verkrüppelt geborenes Kind etwa deshalb sterben, weil er ihm ein schweres Los sowie den Angehörigen und der Gesellschaft einen unverhältnismäßigen Versorgungsaufwand glaubt ersparen zu müssen, so steckt darin — neben der Bevormundung fremden Lebenssinns — auch eine Relativierung des Lebens: Es wird zu einem aufrechenbaren, abwägbaren und dabei möglicherweise sogar hinter materiellen Interessen rangierenden Wert. Auch wenn häufig durch Mitleid verbrämt, geht es doch gerade bei einer derartigen „Früheuthanasie“ auch um gesellschaftsnützliche *Eugenik*⁹⁵.

Die damit aufgeworfene Frage nach möglichen Kriterien für einseitigen Behandlungsabbruch, der jedoch hier nicht weiter nachgegangen werden kann⁹⁶, läuft letztlich auf die Grundsatzfrage hinaus, ob der Lebensschutz strikt an der „Heiligkeit“ biologischen Lebens per se zu orientieren ist oder ob dabei auch gewisse „qualitative“ Aspekte mitberücksichtigt werden können. Die Antwort der Rechtsgeschichte darauf ist — wie an anderer Stelle dargetan⁹⁷ — ambivalent. Und wohl auch künftig wird anstelle von einseitigen Verabsolutierungen um einen erträglichen Kompromiß zu ringen sein. Denn einerseits darf der Respekt vor der „Heiligkeit“ des Lebens nicht zum formalen Vorwand erstarren, mit dem Sinnansprüche des konkreten Menschen unterdrückt werden. Andererseits darf bei allem Streben nach „Qualität“ des Lebens nicht sein vorrangiger Existenzanspruch untergraben werden.

3. Respektierung des Selbsttötungswillens

Die zuvor angesprochene Problematik wird noch deutlicher im Spannungsverhältnis von Lebensschutz und Selbstbestimmung, wie dies sowohl bei Selbsttötung als auch bei einverständlicher Fremdtö-

⁹⁵ Näher zu dieser Problematik Eser, Grenzen der Behandlungspflicht aus rechtlicher Sicht, in: Lawin/Huth (Hrsg.), Grenzen der ärztlichen Aufklärungs- und Behandlungspflicht, 1982, S. 77 ff.; Arthur Kaufmann, Zur ethischen und strafrechtlichen Beurteilung der sog. Früheuthanasie, JZ 1982, 481 ff.; R. Schmitt, Eugenisches Indikation vor und nach der Geburt, Festschrift für Klug, Bd. II, 1983, S. 329 ff.

⁹⁶ Näher dazu Eser, in: Auer/Menzel/Eser (Anm. 79), S. 83 ff.

⁹⁷ Eser, Zwischen „Heiligkeit“ und „Qualität“ des Lebens, in: Tradition und Fortschritt im Recht. Festschrift zum 500jährigen Bestehen der Tübinger Juristenfakultät, 1977, S. 377 ff.

tung in Erscheinung tritt. Denn auch dabei geht es letztlich um die „Heiligkeit“ bzw. „Qualität“ des Lebens. Während bei reiner Heiligkeitsbetrachtung das Leben ohne Rücksicht auf Willen oder Einschätzung des einzelnen ein schutzwürdiges Gut darstellt, kann unter Qualitätsbetrachtung dem einzelnen bei (tatsächlichem oder vermeintlichem) Verlust von bestimmten Organen, Fähigkeiten oder Funktionen sein Leben nicht mehr als lebenswert erscheinen und ihn daher nach Suizid oder Euthanasie rufen lassen. Insofern liegt im Selbstbestimmungsanspruch über Leben und Tod die radikale Postulierung eines „qualitativen“ Lebensverständnisses.

Gegenüber derartigen Vorstellungen vertritt das deutsche Recht bekanntlich einen mittleren Standpunkt: Während einerseits dem Betroffenen selbst die Möglichkeit eingeräumt ist, sich straflos selbst zu töten (bzw. dies zu versuchen), bleibt dem Dritten (durch § 216 StGB) untersagt, einem entsprechenden Verlangen des Betroffenen nachzukommen. Dieses Verbot gilt freilich nur insoweit, als der Dritte (bei Erfüllung des Tötungsverlangens) *fremdtötend* tätig würde (§ 216 StGB), während die bloße *Teilnahme* an der *Selbsttötung* des Betroffenen straflos bleibt. Diese — jedenfalls im Prinzip klare, wenngleich in der Einzelabgrenzung schwierige — Unterscheidung zwischen (strafloser) Suizidteilnahme und (strafbarer) Tötung auf Verlangen⁹⁸ wird freilich von der BGH-Rechtsprechung dadurch weitgehend unterlaufen, daß selbst bei einem freiverantwortlichen Suizid jedenfalls mit Eintritt der Handlungsunfähigkeit des Suizidenten ein Garant zur Rettung verpflichtet sei und Entsprechendes auch für den Jedermann nach § 323c StGB gelte⁹⁹. Diese weitgehende Umkehrung der (gesetzlichen) Strafflosigkeit der Suizidteilnahme in ihr Gegenteil wird im wesentlichen mit der Unbeachtlichkeit des Selbsttötungswillens begründet: Insofern kommt darin ein heiligkeitsorientierter Lebensschutz zum Ausdruck. Um so mehr mußte nun andererseits überraschen, daß in der neuesten Entscheidung des BGH zu diesem Problembereich (Fall *Wittig*⁹⁹) dem Arzt eine eigenverantwortliche Entscheidung über Aufnahme oder Abbruch von Lebensrettungsmaßnahmen eingeräumt wird. Auch wenn sich der Arzt dabei an den „Maßstäben der Rechtsordnung und der Standesethik“ auszurichten hat, wird ihm damit doch eine Art von

⁹⁸ Zu den verschiedenen Abgrenzungsbemühungen in Rechtsprechung und Lehre näher *Eser*, in: *Schönke/Schröder*, § 216 Rdn 11 m. w. N

⁹⁹ Grundlegend dazu BGHSt. 2, 150; 6, 147, sowie neuestens zum *Wittig*-Fall BGH JZ 1984, 893 m. Anm. *R. Schmitt*; zu weiteren Einzelheiten vgl. *Jähnke*, in: LK, Vorbem. 21 ff vor § 211; *Bottke*, Suizid und Strafrecht, 1982, insbesondere S. 57 ff., 272 ff

Verfügungsrecht über fremdes Leben eingeräumt, und zwar sogar unter möglicher Mißachtung der Selbstbestimmung des Betroffenen. Denn da der Selbsttötungswille des Patienten lediglich einer unter anderen Abwägungsfaktoren innerhalb der ärztlichen Entscheidung sein soll, also möglicherweise auch zurückzutreten hat, wird die Selbstbestimmung des Patienten praktisch in Fremdbestimmung durch den Arzt pervertiert. Selbst wenn sich darüber streiten läßt, ob von Selbstbestimmung *über* das eigene Leben im Sinne eines „Rechts“ überhaupt gesprochen werden kann¹⁰⁰, wäre doch auch einem bloßen Selbstbestimmungs*interesse* — gerade gegenüber fremder Entscheidung über Leben und Tod — nicht jeglicher Respekt zu versagen. Deshalb begegnet diese neue Wende in der Rechtsprechung nicht unerheblichen Bedenken, zumal die Auswirkungen, die sich über Suizidfälle hinaus auch für den sonstigen Bereich „einverständlichen Sterbenlassens“ ergeben können, nicht zu übersehen sind. Da diesen Fragen bereits in einem anderen Beitrag nachgegangen wird¹⁰¹, muß es mit diesen Problemandeutungen hier sein Bewenden haben.

V. Vorgeburtlicher Lebens- und Gesundheitsschutz

Neben der Aufklärungs- und Kunstfehlerproblematik bei Heileingriffen gehört der Schwangerschaftsabbruch zweifellos zu den Hauptproblembereichen des Strafrechts der Medizin. Deshalb hatte sich die Rechtsprechung schon sehr frühzeitig damit zu befassen¹⁰², ebenso wie das besondere Interesse der Rechtswissenschaft geweckt war¹⁰³. Doch auch nach der Reform von 1976 ist der Schwangerschaftsabbruch ein Problemkind sowohl der Strafrechtsdogmatik als auch der Kriminalpolitik geblieben. Von der Überfülle von Fragen können hier wiederum nur einige primär rechtsgutsbezogene Aspekte angesprochen werden.

1. Lückenhaftigkeit des Schutzes

Kennzeichnend für die vorgeburtlichen Schutzzustände ist schon von vornherein ihr fragmentarischer Charakter.

a) Dies gilt bereits für *Gesundheitsverschlechterungen* und Eingriffe in die *körperliche Integrität* werdenden Lebens; denn als geschützter „anderer“ im Sinne vom § 223 StGB gilt erst der geborene

¹⁰⁰ Näher dazu Eser in Eser, Suizid (Anm. 79) S. 394 ff.

¹⁰¹ Eser, Sterbewille und ärztliche Verantwortung, MedR 1985, H. 1

¹⁰² Vgl. die Nachweise in RGSt 61, 242, 249 ff.

¹⁰³ Vgl. statt vieler Radbruch, Geburtshilfe und Strafrecht, 1907

Mensch, wobei — ebenso wie bei den Tötungstatbeständen — die für die Geburt entscheidende Zäsur beim Einsetzen der Eröffnungswehen anzusetzen ist¹⁰⁴. Demzufolge ist ein pränataler Eingriff, sofern er nicht zum Tod des Embryos führt, strafrechtlich nur dann durch § 223 StGB erfaßbar, wenn er sich nach dem Geburtszeitpunkt auszuwirken beginnt¹⁰⁵. Das bedeutet, daß Verletzungen, wie sie etwa pränatal durch eine Amniozentese eintreten können, strafrechtlich ebensowenig erfaßbar sind wie etwaige experimentelle Manipulationen, wobei es für diese Straffreistellung nicht einmal der Einordnung als Heilbehandlung bedarf. Deshalb ist pränatal der Fötus allenfalls mittelbar über die körperliche Integrität der Schwangeren geschützt, aber auch das nur insoweit, als diese den Eingriff in ihren Körper verweigert.

b) Doch selbst soweit es um den Schutz vorgeburtlichen *Lebens* gegen Vernichtung geht, ist der Strafrechtsschutz nur ein fragmentarischer. Denn da Handlungen, deren Wirkung vor Abschluß der Einnistung des befruchteten Eies in die Gebärmutter eintritt, nach § 219d StGB nicht als Schwangerschaftsabbruch gelten, bleibt das pränidative Vernichten oder Absterbenlassen von vornherein straflos. Deshalb bedarf es für einen Eingriff in dieser Phase weder einer Indikation noch einer ärztlichen Durchführung im Sinne von §§ 218, 218a StGB, ebensowenig wie etwaige Beratungs- oder Indikationsfeststellungspflichten (§§ 218b, 219 StGB) zu beachten sind.

c) Diese Schutzlosigkeit in der Frühphase erschien insoweit vertretbar, als es allein darum ging, nidationsverhindernden Eingriffen das Stigma des Schwangerschaftsabbruchs zu nehmen¹⁰⁶. Inzwischen hat sich jedoch infolge der stürmischen Fortschritte in der *Human-genetik* und Reproduktionsmedizin gezeigt, daß dieser strafrechtsfreie Raum nicht unproblematisch ist. Nicht nur, daß er zu therapeutischen Zwecken — wie in-vitro-Fertilisation und Embryotransfer — genutzt werden kann, wobei es dem Gynäkologen derzeit jedenfalls strafrechtlich völlig freisteht, wie er mit „überschüssigen“ Embryonen verfährt, ob er sie für einen späteren Befruchtungsfall einfriert oder einfach wegschüttet. Auch für rein biotechnologische Experimente jedweder Art steht dieser Freiraum offen, einschließlich der gezielten Produktion von Embryos für wissenschaftliche Zwecke wie auch

¹⁰⁴ Neuestens dazu BGHSt 32, 194, vgl. auch Lüttger, Geburtsbeginn und pränatale Einwirkungen mit postnatalen Folgen, NSZ 1983, 481 ff

¹⁰⁵ Näher dazu — auch zu abweichenden Grenzziehungen — Eser, in: Schönke/Schröder, § 223 Rdn 1a

¹⁰⁶ Vgl. Gropp, Der straflose Schwangerschaftsabbruch, 1981, S. 35 ff

für Gentransfer in Keimbahnzellen¹⁰⁷. Ganz ungeachtet der familien- und personenstandsrechtlichen Probleme, die vor allem bei „Leihmüttern“ aufgrund des Auseinanderfallens von genetischer und austragender Mutterschaft auftreten können¹⁰⁸ und die zumindest einer Klarstellung bedürfen, stellen sich — möglicherweise auch strafrechtlich relevante — Schutzprobleme vor allem in zweifacher Hinsicht:

So zum einen die Frage, ob mit einem befruchteten Ei nach Belieben und in beliebiger Dauer soll experimentiert werden dürfen, solange dieser Embryo nicht in die Gebärmutter eingepflanzt wird. Denn immerhin handelt es sich bei dem durch den Samen eines Mannes befruchteten Ei einer Frau um artspezifisches menschliches (und nicht etwa rein vegetatives) Leben. Soll es bei dieser Sachlage dann eigentlich willkürlich manipuliert oder gar vernichtet werden dürfen? Wer dies deshalb glaubt bejahen zu können, weil solches Leben keinen Rechtsgutsträger habe, sollte bedenken, daß die Rechtsordnung ansonsten sogar manche materiellen Güter selbst gegen ihren Eigentümer schützt, wenn sie hinreichend wertvoll erscheinen, wie etwa kulturelle Sammlungsgegenstände (§ 304 StGB). Warum demgegenüber die künstlich fertilisierte menschliche Frucht praktisch „vogelfrei“ bleiben soll und damit auch zum Objekt jedweden Experimentierens gemacht werden kann, ist wohl teilweise damit zu erklären, daß man das, was man geschaffen hat, auch nach Belieben glaubt zerstören zu dürfen. Der Forscher als Schöpfer, Herr und Richter — dies ist langfristig vielleicht sogar die gefährlichste Einstellung, die sich aus ungebremsster Humangenetik ergeben könnte: die beliebige Manipulierbarkeit und Verfügbarkeit alles Menschlichen. Schon um dieser Gefahr vorzubeugen, wäre, wenn auch nicht gleich an ein strafrechtliches Verbot, so doch an eine mißbrauchsverhindernde Regelung des Umgangs mit artspezifischem menschlichem Leben zu denken¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Näher zur rechtlichen Einordnung solcher Verfahren als „Heilbehandlung“ oder „Humanexperiment“ Eser, *Recht und Humangenetik*, in: *Koslowski/Kreuzer/Low* (Hrsg.), *Die Verführung durch das Machbare*, 1983, S. 49 ff. Zu etwaigen Einschränkungen, die sich aus einer Art Verfügungsrecht der Ei- und/oder Samenspende ergeben könnten, vgl. *Koch*, *In-Vitro-Fertilisation und Embryotransfer — Moderne Fortpflanzungstechnik auf dem Prüfstand des Rechts*, *MedR* 1985, H. 2.

¹⁰⁸ Auch dazu vgl. *Koch* (Anm. 107); ferner *Bilsdorfer*, *Rechtliche Probleme der In-Vitro-Fertilisation und des Embryotransfers*, *MDR* 1984, 803 ff.; *Coester-Waltjen*, *Be-fruchtungs- und Gentechnologie beim Menschen*, *FamRZ* 1984, 230 ff.

¹⁰⁹ Dies um so mehr, wenn es um die in manchen Ländern bereits praktizierte Verschmelzung von menschlichen und tierischen Ei- und Samenzellen geht. Dazu wie auch zum nachfolgenden vgl. Eser, *Humangenetik: Rechtliche und sozialpolitische Aspekte*, in: *Reiter/Theile* (Hrsg.), *Genetik und Moral*, 1985 (im Druck).

Und dies zum anderen auch noch aus einem bevölkerungspolitischen Grund: nämlich zum Schutz des — vom Europarat so formulierten — „Rechts auf unverfälschtes menschliches Erbgut“¹¹⁰. Denn ein solches Recht ist als Ausfluß des allgemeinen Persönlichkeitsrechts — weil konstitutiv für sein existentielles So-sein — auch schon dem Ungeborenen zuzugestehen. Zudem ist auch im Allgemeininteresse die technologische Versuchung zu menschenzüchterischer Eugenik unter Kontrolle zu halten.

Jedenfalls werden diese Gefahren mittlerweile für derart bedrohlich angesehen, daß sich auf nationaler wie auf internationaler Ebene bereits verschiedene Gremien mit etwa erforderlichen rechtlichen Regelungen beschäftigen¹¹¹. Inwieweit das — über administrative Richtlinien und zivilrechtliche Klarstellungs- und Haftungsregelungen hinaus — auch zu strafrechtlichen Schutztatbeständen führen wird, ist im Moment noch nicht abzusehen.

2. Abwägung vorgeburtlichen Lebens mit anderen Interessen

Doch selbst soweit ungeborenes Leben straftatbestandlich geschützt ist, hat es nach dem Indikationskatalog von § 218a StGB verschiedenen Gegeninteressen der Schwangeren zu weichen, und zwar nicht nur, soweit diese Lebens- oder Gesundheitsgefahren ausgesetzt ist, sondern auch bei psychischen oder sozialen Konflikten. Und all dies, obgleich dem ungeborenen Leben grundsätzlich keine niedrigere Wertqualität als dem bereits geborenen zukommen soll¹¹². Selbst wenn es dennoch sowohl menschlich verständliche Gründe wie auch dogmatisch begründbare Wege geben mag, um selbst den Vorrang rein sozialer Bedürfnisse noch als Rechtfertigungsgrund zu begreifen¹¹³, bleibt doch nicht zu verkennen, daß damit das ungebo-

¹¹⁰ Europarat Empfehlung 93 (1982), betreffend die Gen-Manipulation Nr 4i, BT-Drucks 9/1373 S. 1 f.

¹¹¹ Vgl. Eser, Genetik, Gen-Ethik, Gen-Recht?, in: Mitteilungen Dt. Gesellschaft für Chirurgie 13 (1984), 135 ff. Die Verhandlungen der darin erwähnten Hakone-Konferenz sind inzwischen veröffentlicht von: The Japan Foundation, Conference on Life Sciences and Mankind, Tokio 1984 Grundlage für die (dort ebenfalls erwähnte) Bundestags-Enquête-Kommission wie auch für die interministerielle „Arbeitsgruppe In-Vitro-Fertilisation, Genomanalyse und Genterapie“ ist u a die Dokumentation eines Fachgesprächs im Bundesministerium für Forschung und Technologie (Hrsg.), Ethische und rechtliche Probleme der Anwendung zellbiologischer und gentechnischer Methoden am Menschen, 1984

¹¹² Vgl. BVerfGE 39, 37, sowie — auch zu Gegenauffassungen — Eser, in: Schönke/Schroder, Vorbem 5 vor § 218

¹¹³ Zu dieser — allerdings nicht unanfechtbaren — Auffassung vgl. einerseits Gropp (Anm. 106), S. 52 ff., andererseits Eser, Die Rechtswidrigkeit des Aborts, MedR 1983, 57 ff.; zum eigenen Standpunkt näher Eser, in: Schönke/Schroder, § 218a Rdn 5 f

rene Leben zu einem abwägbaren und selbst durch materielle Interessen verdrängbaren Wert wird: *Lebensqualität* (der Mutter) geht vor *Lebensexistenz* (des Kindes). Nimmt man noch die weiteren persönlichen Strafbefreiungsgründe für die Schwangere hinzu¹¹⁴, so erscheint der Schutzanspruch des Embryos jedenfalls gegenüber seiner Mutter eher zur Ausnahme verkehrt.

3. Die besondere Verantwortlichkeit des Arztes

Dieser Aspekt darf in einem Beitrag, der sich speziell mit dem Verhältnis von Strafrecht und Medizin befaßt, nicht unerwähnt bleiben. Denn es gibt wohl kaum einen anderen Bereich, in dem der Schutz des betroffenen Rechtsguts derart zentral in die Verantwortung des Arztes gestellt ist wie beim Schwangerschaftsabbruch¹¹⁵. Selbst wenn die Letztkontrolle über die Einhaltung der einschlägigen Vorschriften bei der Strafjustiz verbleibt, so hängt die praktische Wirksamkeit der gesetzlichen Schutzabsichten doch weitgehend von der Gewissenhaftigkeit des Arztes ab. Nicht nur, daß er die *Indikationsvoraussetzungen* festzustellen hat (§ 219 StGB), wobei ihm durch Ausrichtung an der „ärztlichen Erkenntnis“ (§ 218a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB) zudem ein gewisser Beurteilungsspielraum eingeräumt ist; auch hat er die Schwangere zu *beraten* (§ 218b StGB) und die Verantwortung für die *Durchführung* des Abbruchs zu übernehmen (§ 218a Abs. 1 StGB)¹¹⁶. Nicht zuletzt im Hinblick auf die mit rund 80 % erstaunlich hohe Rate von angeblich sozial indizierten Schwangerschaftsabbrüchen¹¹⁷ ist zu befürchten, daß damit die Ärzteschaft den Schutzerwartungen des Gesetzgebers nicht voll gerecht wird.

VI. Schutz der Vertraulichkeit zwischen Arzt und Patient

Die Wahrung des ärztlichen Berufsgeheimnisses gehört seit jeher zu den grundlegenden Normen des Medizinrechts und der ärztlichen Berufsethik¹¹⁸. Es ist Grundvoraussetzung eines vertrauensvol-

¹¹⁴ So bei nicht indiziertem Abbruch innerhalb von 22 Wochen seit der Empfängnis nach Beratung durch einen Arzt (§ 218 Abs. 3 Satz 2 StGB), bei besonderer Bedrängnis (§ 218 Abs. 3 Satz 3 StGB), bei bloßem Versuch (§ 218 Abs. 4 Satz 2 StGB) sowie durchgängig bei allen ergänzenden Schutzvorschriften (§§ 218b Abs. 1 Nr. 2, 219 Abs. 1 Satz 2, 219c Abs. 2 StGB)

¹¹⁵ Vgl. Jähnke, in: LK, Vorbem. 13 vor § 218

¹¹⁶ Näher zu den verschiedenen Rollen, in denen der Arzt am Schwangerschaftsabbruch beteiligt sein kann, Eser, in: Eser/Hirsch (Hrsg.), Sterilisation und Schwangerschaftsabbruch, 1980, S. 123 f.

¹¹⁷ Vgl. Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland, 1984, S. 384

¹¹⁸ Vgl. dazu bereits Sauter, Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz, 1910, insbesondere S. 17 f.; ferner Tenckner, Ärztliches Berufsgeheimnis, in: Göppinger (Hrsg.), Arzt und Recht, 1966, S. 159 f.

len Behandlungsverhältnisses und dient damit letztlich auch dem Gesundheitsinteresse des Patienten¹¹⁹. Seinen Grund findet es im Interesse des Patienten auf Wahrung seiner Privatgeheimnisse, und zwar als Ausfluß seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG)¹²⁰. Diesem Schutzbedürfnis versucht das Strafrecht auf zweifache Weise Rechnung zu tragen: indem es dem Arzt einerseits eine strafrechtlich sanktionierbare Geheimhaltungspflicht auferlegt und andererseits ein prozessuales Zeugnisverweigerungsrecht einräumt.

1. Geheimhaltungspflicht und Informationsaustausch

Über dieses Individualinteresse des Patienten hinaus soll der Geheimnisschutztatbestand des § 203 StGB jedoch auch, wenn nicht sogar vorrangig, dem Allgemeininteresse an einem funktionsfähigen Gesundheitswesen dienen, das entscheidend vom Vertrauen in die Verschwiegenheit der Berufsangehörigen abhängt¹²¹.

Doch gerade bei Betonung dieses sozialen Schutzaspekts treten zugleich auch gegenläufige Interessen in Erscheinung. Denn unter den heutigen Bedingungen arbeitsteiliger medizinischer Versorgung und Verwaltung ist für ein funktionsfähiges Gesundheitswesen nicht nur ein wirksamer Geheimnisschutz, sondern vielleicht sogar mehr noch ein wirksamer Informationsfluß von Bedeutung. Dieses imma-

¹¹⁹ Zur besonderen Bedeutung des Vertrauensmoments im Verhältnis von Arzt und Patient vgl. insbesondere die Beiträge von *Gründel* und *Buchborn*, in: *F-X Kaufmann* (Hrsg.), *Ärztliches Handeln zwischen Paragraphen und Vertrauen*, 1984, S. 130 ff. bzw. 152 ff.

¹²⁰ Vgl. BVerfG NJW 1972, 1123; *Laufs* (Anm. 55), S. 73 f.

¹²¹ So — in Auseinandersetzung mit Gegenmeinungen — namentlich *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder*, § 203 Rdn. 3. Soweit dies freilich aus der Beschränkung des Täterkreises auf bestimmte, im Gesundheitswesen tätige Berufsgruppen hergeleitet wird, vermag dies nicht voll zu überzeugen; denn wenn der Gesetzgeber durch die Auswahl des Adressatenkreises in § 203 StGB typischerweise besonders sensible Geheimnisbereiche einer Strafsanktion unterstellt und auf diesem Wege erreicht, daß die Strafverfolgung unwesentlicher und rein privater Geheimnisbrüche (wie etwa durch allgemeinen „Klatsch“) der Strafjustiz von vornherein erspart bleibt, so dürfte es sich bei der Eingrenzung des Täterkreises eher um eine Frage der Gesetzestechnik denn um eine Entscheidung über das Rechtsgut des § 203 StGB handeln. Immerhin wäre aber bei vorrangigem Schutz des allgemeinen Gesundheitswesens leichter die Nichteinbeziehung der Heilpraktiker erklärbar. Denn während diese aus der Sicht des Patienten eigentlich der gleichen Geheimhaltungspflicht wie der Arzt unterliegen mußten, soll ihnen aus sozialer Sicht offenbar (wenngleich fragwürdigerweise) bescheinigt werden, für die Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens weniger bedeutsam zu sein. Historisch aufschlußreich zu dieser Problematik bereits *Kahl*, ZStW 29 (1909), S. 351 ff.

nente Spannungsverhältnis von Geheimnisschutzinteresse und Gesundheitsinteresse (hier in Form medizinischer Fortschrittschancen) ist vor allem im Streit um die Einrichtung und den Umfang von „Krankheitsregistern“ deutlich geworden¹²². Ein solcher Informationsbedarf über an sich geheimhaltungspflichtige Tatsachen im Sinne von § 203 StGB besteht vor allem in drei Bereichen:

— Zum einen (im ausschließlichen Interesse des *konkret* betroffenen Patienten selbst) in der medizinischen *Behandlung*, bei der nicht nur Ärzte, Krankenschwestern und Sprechstundenhilfen mitwirken, sondern zunehmend weitere (Fach-)Ärzte, Ambulanzen, Labors, Therapeuten und andere Einrichtungen.

— Zum anderen in der *Krankenversicherung*, wo (ebenfalls im Patienteninteresse) Behandlungsdaten zur Gewährung und Abrechnung von Leistungen erfaßt werden müssen.

— Und nicht zuletzt (zugunsten *potentieller* Patienten) in der medizinischen *Forschung*, wo die Epidemiologie mittels statistischer Methoden gerade bei weit verbreiteten Krankheitsbildern (wie bei Krebs) vielversprechende Ergebnisse erwarten läßt, dafür aber auf einen möglichst großen und verfügbaren Datenbestand angewiesen ist.

Dieser Ausweitung des Informationsflusses wurde bereits in der Neufassung des § 203 Abs. 1 Nr. 1 und 6 StGB (im Vergleich zu § 300 StGB a. F.) durch Erweiterung des Kreises der Schweigepflichtigen teilweise Rechnung getragen. Die Fortschritte der Datentechnik und der Informations hunger von Forschung und Verwaltung — wobei dem freilich nicht immer ein objektiver Informationsbedarf entsprechen muß — lassen die derzeitige strafrechtliche Regelung des Geheimnisschutzes jedoch als unzulänglich erscheinen: So geschieht die Offenbarung eines Geheimnisses nach strafrechtlichen Kriterien nur dann befugtermaßen, wenn dafür ein besonderer Rechtfertigungsgrund vorliegt, wobei insbesondere Einwilligung, mutmaßliche Einwilligung, rechtfertigender Notstand und Pflichtenkollision sowie spezialgesetzliche Regelungen von Offenbarungsrechten oder -pflichten in Betracht kommen¹²³. Dabei gewinnen vor allem letztere immer mehr an Bedeutung, da sich angesichts der Masse der notwendigen Datenbewegungen sowohl die tatsächliche wie die mutmaßliche Einwilligung wegen der Unüberschaubarkeit des Datenver-

¹²² Vgl. z. B. *Leuze*, Datenschutz und Krebsregister, *Öff Gesundheitswesen* 43 (1981), S. 524, 583 ff.; ferner das Protokoll einer Diskussion zwischen Ärzten und Datenschutzern, in: *Bild der Wissenschaft* 1982, H. 10, S. 148 ff.

¹²³ Vgl. im einzelnen *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder*, § 203 Rdn. 21 ff.

kehrs für den einzelnen zunehmend als Fiktion erweist bzw. rechtfertigender Notstand und Pflichtenkollision nur selten anwendbar sein dürften. Durch diesen Verweis auf außerstrafrechtliches Medizinalkdatenrecht, für das nicht zuletzt die Datenschutzgesetze von Bedeutung sind, wird auch § 203 StGB überlagert und in seiner Durchschaubarkeit immer komplizierter¹²⁴. Nicht zuletzt im Hinblick auf öffentlich-rechtliche Mitteilungspflichten¹²⁵ stellt sich somit zunehmend für den Arzt nicht mehr die Frage des Schweigens als Pflicht, sondern als Recht. Dabei aber geht es nicht mehr so sehr um das Konfliktfeld Arzt/Patient, sondern um die Wahrung des Arztgeheimnisses als gemeinsames Interesse von Arzt und Patient.

Ungeachtet dieser Datenschutzkonflikte, deren Bewältigung sowohl sachlich wie dogmatisch noch aussteht, bestehen selbst innerhalb des § 203 StGB noch Unklarheiten über den Umfang der Schweigepflicht: So ist etwa bei der Ärzteschaft durchaus noch nicht allgemein bekannt, daß die Schweigepflicht auch zwischen Schweigepflichtigen, wie insbesondere gegenüber anderen Ärzten, gilt, eine Offenbarung also grundsätzlich eines der zuvor genannten Rechtfertigungsgründe bedarf¹²⁶. Auch die ärztlichen Berufsordnungen bringen dieses strikte Schweigegebot nicht in der nötigen Deutlichkeit zum Ausdruck, wenn sie eine Befreiung von der Schweigepflicht schon annehmen, soweit der Patient „nicht etwas anderes bestimmt“¹²⁷.

2. Das prozessuale Zeugnisverweigerungsrecht

Damit die Vertraulichkeit zwischen Arzt und Patient nicht ohne weiteres prozessual unterlaufen werden kann, ist die Schweigepflicht durch ein entsprechendes Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes (§§ 53 Abs. 1 Nr. 3, 53 a, 76 StPO) und als Annex dazu durch ein Beschlagnahmeverbot (§ 97 StPO) abgesichert¹²⁸. Allerdings ist der Kreis der schweigepflichtigen und der zeugnisverweigerungsberechtigten Personen nicht völlig deckungsgleich; denn zur Zeugnisverweigerung sind nur Angehörige von Heilberufen, nicht aber die

¹²⁴ Allgemein zu dieser Problematik *Lilie*, Medizinische Datenverarbeitung, Schweigepflicht und Persönlichkeitsrecht im deutschen und amerikanischen Recht, 1980, ferner *Deutsch* Arztrecht (Anm 36), S 131 ff

¹²⁵ Vgl *Lilie* (Anm 124) S 111 ff

¹²⁶ Vgl im einzelnen *Lenckner*, in *Schonke/Schröder*, § 203 Rdn. 19, 27

¹²⁷ Muster-Berufsordnung für die deutschen Ärzte § 2 Abs. 6; vgl auch *Laufs* (Anm 55), S 77

¹²⁸ Weithin Entsprechendes gilt für zivil- und verwaltungsrechtliche Verfahren; vgl § 383 Abs 1 Nr 6 ZPO § 98 VwGO

Mitarbeiter von Versicherungen und Verrechnungsstellen berechtigt¹²⁹. Dies mag zunächst inkonsequent erscheinen, rechtfertigt sich aber durch das Gewicht des Strafverfolgungsinteresses: Das erlaubt es, für das Strafverfahren die Schweigepflicht solcher Berufsgruppen ausnahmsweise zurückzudrängen, die in nicht ganz so enger Beziehung zur Privatsphäre des Patienten stehen wie die Angehörigen von Heilberufen. Für die von den §§ 53, 97 StPO nicht erfaßte Gruppe der Berufspsychologen aber kann dieses Argument nicht überzeugen: Ihre Nichteinbeziehung stellt sich nach der materiell-rechtlichen Verankerung ihrer Schweigepflicht in § 203 Abs. 1 Nr. 2 StGB als inkonsequent dar und erhält rechtspolitische Brisanz nicht zuletzt durch die Funktionen, die von Psychologen bei der Behandlung von (besonders deliktsanfälligen) Suchtkranken wahrzunehmen sind. Daher kann ihnen in einer Konfliktlage allenfalls über § 53a StPO geholfen werden, was freilich den nicht immer gegebenen Fall voraussetzt, daß sie als „Gehilfen“ eines Arztes tätig sind¹³⁰.

Mag es sich dabei auch mehr um Randprobleme handeln, so zeigt sich doch daran, daß der auch für die Gesundung eines Patienten wesentliche Vertraulichkeitsschutz noch nicht umfassend genug gewährleistet ist.

VII. Leit- und Verstärkungsfunktion des Strafrechts

Wenn hier der spezifisch *strafrechtliche* Schutz von Gütern, die im Verhältnis von Arzt und Patient auf dem Spiele stehen können, hervorgehoben wurde, so ist dies doch keinesfalls dahingehend zu verstehen, als müsse das Strafrecht das primäre oder gar exklusive Instrument des Schutzes sein. Im Gegenteil: Ebenso wie auch sonst das Strafrecht nur die ultima ratio des Rechtsgüterschutzes sein darf, sollte auch im Verhältnis von Arzt und Patient das Strafrecht erst dann zum Zuge kommen, wenn andere soziale Ordnungsmechanismen oder rechtliche Regelungssysteme den Schutzbedürfnissen nicht ausreichend gerecht zu werden vermögen. Dabei ist im ärztlichen Bereich nicht nur an das *Standesrecht* und die *Medizinethik* zu denken, sondern auch an den teils präventiven, teils restitutiven Schutz durch die *öffentlich-* und *zivilrechtlichen* Regelungssysteme. So erscheint insbesondere die Sicherung des medizinisch gebotenen

¹²⁹ Vgl. Kleinknecht/Meyer, StPO, 36. Aufl. 1983, § 53 Rdn. 16. Allerdings sind dabei gewisse Beschränkungen, die sich aus § 54 StPO für öffentliche Bedienstete (z. B. in der Sozialversicherung) ergeben können, zu beachten.

¹³⁰ Vgl. zu dieser Problematik auch BVerfGE 33, 367 (Beschlagnahme der Patientenkartei einer Suchtberatungsstelle).

Behandlungsstandards wie auch die Einhaltung von Aufklärungspflichten weithin durch die einschlägige Zivilrechtsprechung gewährleistet. Auch was dabei über den konkreten Rechtsgüterschutz hinaus die generalpräventive Erhaltung und Stärkung des Verantwortungsbewußtseins betrifft, dürfte die Präventivfunktion des Deliktsrechts der des Strafrechts kaum nachstehen, zumal da die zivilrechtlichen Behandlungsfehlerprozesse schon aufgrund ihrer Zahl für das Rechtsbewußtsein medizinisch handelnder Personen nicht von geringerer Eindruckskraft sein dürften als die eher seltenen Strafverfahren.

Dennoch vermag all dies das Strafrecht nicht voll zu ersetzen. Ebensowenig wie sich sonst die Bedeutung und Wirksamkeit strafrechtlicher Normen allein an der Zahl von Strafverfahren ablesen läßt, ist auch im ärztlichen Bereich die Entbehrlichkeit des Strafrechts nicht schon allein durch die relativ geringe Zahl von einschlägigen Verurteilungen dargetan. Denn mit dieser Annahme würde verkannt, daß durch die strafrechtliche Absicherung bestimmter Rechtsgüter deren besonderer Rang herausgestellt wird, ohne daß sich die Wirksamkeit dieser zusätzlichen Schutzkraft in Zahlen messen ließe. Diese schutzstabilisierende *Verstärkungsfunktion* des Strafrechts — und zwar durch seine bloße Existenz — wird gerade bei einem Berufsstand wie dem der Ärzte, der schon wegen seines öffentlichen Ansehens um grundsätzlich rechtsloyales Verhalten bemüht sein wird, nicht gering zu veranschlagen sein¹³¹. Auch die *Leit-*

¹³¹ Eine ganz andere Frage ist, ob deswegen der Arzt schon für jeden leicht fahrlässigen Behandlungsfehler strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen ist. Ebenso wie bei „juristischen Kunstfehlern“ in Gestalt von Fehlurteilen die Juristen durchaus gute Gründe hatten, um die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Richtern auf vorsätzliche „Rechtsbeugung“ (§ 336 StGB) zu beschränken und dafür sogar *dolus directus* zu verlangen (so die frühere h. M.: vgl. insbesondere BGHSt 10, 294; dazu wie auch zum heutigen Streitstand näher Cramer, in: *Schönke/Schröder*, § 336 Rdn 7; Rudolph, in: SK, § 336 Rdn. 19 f.), wäre in ähnlicher Weise auch dem Arzt die möglicherweise entscheidungshemmende Angst vor Kriminalisierung jedweder Art von Fahrlässigkeit zu nehmen. Auch insoweit könnte das neue österreichische StGB von 1975 Vorbild sein: Nach dessen § 88 Abs 2 Nr 2 bleibt ein Arzt straffrei, wenn ihm bei einer Körperverletzung in Ausübung der Heilkunde kein schweres Verschulden angelastet werden kann und die gesundheitsbeeinträchtigenden Folgen sich in einem bestimmten (zeitlichen und schweremäßigen) Rahmen halten; zu den Einzelheiten vgl. *Kienapfel*, Grundriß des österreichischen Strafrechts, Bes. Teil I, 2. Aufl. 1984, S. 126 f. Auch wenn man über die gesetzestech-nische Fassung eines solchen „Arzteprivilegs“ streiten können, so wird doch der grundsätzlichen Beschränkung auf grobe Fahrlässigkeit die sachliche Berechtigung schwerlich abzuspochen sein; im gleichen Sinne *Deutsch*, *Arztrecht* (Anm. 36), S. 125 f.

funktion des Rechts ist nicht zu unterschätzen¹³². Dies gilt vor allem in einer Zeit, in der die medizinische Ethik selbst in einem Umbruch begriffen ist und sich neue Felder medizinischer Möglichkeiten auf-tun, wie vor allem im Bereich der Gentechnologie und Reproduktionsmedizin. Auch wenn hier das Strafrecht kein Allheilmittel sein kann, um jeder Art von Mißbrauch vorzubeugen, könnte doch durch die Gewährleistung von Strafrechtsschutz die Werthaftigkeit bestimmter Güter ins allgemeine Bewußtsein gehoben werden: in diesem Sinne als „sittenbildende Kraft“ – im beiderseitigen Interesse von Arzt und Patient.

¹³² Allgemein zur Rolle des Rechts im Verhältnis von Arzt und Patient – und zwar insbesondere im Verhältnis zur Ethik – Eser, *Der Arzt zwischen Eigenverantwortlichkeit und Recht*, in: *Mieth/Weber* (Hrsg.), *Anspruch der Wirklichkeit und christlicher Glaube*, 1980, S. 166, 183 ff., in überarbeiteter Fassung auch *ders.*, in: *F.-X. Kaufmann* (Anm. 119), S. 111, 124 ff.