

Rechtswidrigkeit in der Diskussion

Beiträge der dritten Tagung des Chinesisch-
Deutschen Strafrechtslehrerverbands in Würzburg
vom 2. bis 3. September 2015

Herausgegeben von
Eric Hilgendorf

Mohr Siebeck

Eric Hilgendorf, geboren 1960; Studium der Philosophie, Geschichte und Rechtswissenschaft in Tübingen, 1990 philosophische und 1992 juristische Promotion, 1996 Habilitation, 1997 Professor für Strafrecht und Nebengebiete in Konstanz, seit 2001 Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtstheorie, Informationsrecht und Rechtsinformatik an der Universität Würzburg.

ISBN 978-3-16-156316-4 / eISBN 978-3-16-156317-1
DOI 10.1628/978-3-16-156317-1

ISSN 2195-5018 / eISSN 2569-4464 (Schriften zum Ostasiatischen Strafrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen aus der Stempel Garamond gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
---------------	---

HANS-ULLRICH PAEFFGEN Rechtswidrigkeit als juristische Kategorie	1
---	---

Erster Themenkomplex: Die grundlegenden Fragen der Rechtswidrigkeit

URS KINDHÄUSER Grundlagen der Rechtswidrigkeit	27
---	----

XINGLIANG CHEN Rechtswidrigkeit im Kontext des chinesischen Strafrechts	47
--	----

THOMAS WEIGEND Rechtswidrigkeit im Vergleich Kommentar zum Hauptreferat von Prof. <i>Xingliang Chen</i>	75
---	----

GUANGQUAN ZHOU Übereinstimmungen und Differenzen innerhalb der Rechtswidrigkeitslehre. Kommentar zum Hauptreferat von Prof. <i>Urs Kindhäuser</i>	85
--	----

Zweiter Themenkomplex: Das erlaubte Risiko und die Rechtswidrigkeit

ERIC HILGENDORF Moderne Technik und erlaubtes Risiko – am Beispiel des automatisierten Fahrens	97
--	----

MINGKAI ZHANG	
Zur Dogmatik des erlaubten Risikos	113
 BRIAN VALERIUS	
Erlaubtes Risiko.	
Kommentar zum Hauptreferat von Prof. <i>Mingkai Zhang</i>	145
 DONGYAN LAO	
Die Dogmatik des erlaubten Risikos und die Zurechnung beim Fahrlässigkeitsdelikt. Kommentar zum Hauptreferat von Prof. <i>Eric Hilgendorf</i>	151
 Dritter Themenkomplex: Die Einwilligung der Patienten und die Rechtswidrigkeit	
 JAN C. JOERDEN	
Zur Einwilligung, insbesondere im Medizinstrafrecht	161
 JUN FENG	
Informierte Einwilligung des Patienten und Rechtswidrigkeit	181
 FRANK PETER SCHUSTER	
Die Einwilligung der Patienten und die Rechtswidrigkeit.	
Kommentar zum Hauptreferat von Prof. <i>Jun Feng</i>	213
 MINGXIANG LIU	
Zulässige eigenmächtige Heilbehandlung im medizinischen Notfall.	
Kommentar zum Hauptreferat von Prof. <i>Jan C. Joerden</i>	229
 Autorenverzeichnis	237
Sachregister	239

Die Einwilligung der Patienten und die Rechtswidrigkeit

Kommentar zum Hauptreferat
von Prof. *Jun Feng*

FRANK PETER SCHUSTER*

I. Einleitung

Sowohl im Westen als auch in China scheint in der Ärzteschaft traditionell ein paternalistisches Berufsverständnis vorzuherrschen: *Salus aegroti suprema lex*¹, das Wohl des Patienten, ist oberstes Gesetz, und nicht sein freier Wille. Dem Arzt kommt nach diesem überkommenen Vorstellungsbild die Aufgabe eines Vormunds zu, der den unmündigen Patienten vor seelischen Belastungen schützt, seine Interessen definiert und für ihn die notwendigen Entscheidungen trifft. Die ganze Wahrheit über eine schwere Erkrankung zu erfahren, könne den Patienten doch nur in tiefste Not stürzen². Dieses althergebrachte Selbstbild der Ärzte unterscheidet sich jedoch in nahezu jeder Rechtsordnung von der juristischen Bewertung ärztlicher Tätigkeit.

* Frau Dr. *Fei Cao* (Würzburg/Beijing) sei für weiterführende Hinweise zur chinesischen Rechtslage gedankt.

¹ Der Satz lehnt sich an den Ausdruck „*salus populi suprema lex*“ von *Cicero* (106–43 v. Chr.) an.

² So berichtet der Schriftsteller *Thomas Mann* (1875–1955) über den Lyriker und Juristen *Theodor Storm* (1817–1888) folgende Anekdote (in Einleitung zu *Storm*, Sämtliche Werke, Berlin 1930, S. 26): Nach einer Magenkrebsdiagnose fiel *Storm* zusammen und überließ sich tiefster Schwermut. Seine Angehörigen befürchteten, er würde den „Schimmelreiter“, das Höchste und Kühnste, woran er sich je gewagt, nicht vollenden, und beschloss, den alten Dichter „wohltätig“ zu belügen. Sein Bruder *Emil*, ein Arzt, trat mit zwei Kollegen zusammen, nach einem „Humbug“-Konsilium erklärten die dem Dichter, dass von Krebs keine Rede sein könne, die Magenbeschwerden seien ganz harmloser Art. *Storm* glaubte es sofort, schnellte empor und hatte einen „vorzüglichen Sommer“, in dessen Verlauf er seinen Geburtstag feierte und die Erzählung vom „Schimmelreiter“ beendete.

II. Rechtslage in Deutschland und Alternativmodell Österreich

1. Lösung des Reichsgerichts

Ausgangspunkt aller Überlegungen in Deutschland ist ein Urteil des Reichsgerichts vom 31. Mai 1894 (RGSt 25, 375)³. Ein sieben Jahre altes Mädchen litt an einer lebensbedrohlichen, tuberkulösen Vereiterung der Fußwurzelknochen. Zunächst wurde versucht, durch Resektion einzelner Fußknochen dem Fortschreiten der Krankheit Einhalt zu gebieten, jedoch ohne Erfolg. Der Vater des Mädchens, ein Anhänger der Naturheilkunde, erklärte gegenüber dem Oberarzt, er wolle „auf jede Gefahr hin“ verhindern, dass sein Kind zum „Krüppel“ werde, und untersagte die Amputation des Fußes. Der Eingriff, der dem damaligen medizinischen Standard entsprach, wurde dennoch gegen den Willen des Vaters durchgeführt.

Auch wenn sich das Kind den Umständen entsprechend gut erholte, kam es zu einem Strafverfahren gegen den Oberarzt. Der damals maßgebliche Tatbestand lautete fast ebenso wie heute⁴:

§ 223 StGB (1) Wer vorsätzlich einen Anderen körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit beschädigt, wird wegen Körperverletzung mit Gefängniß bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu eintausend Mark bestraft. [...]

Das Reichsgerichts hielt es entgegen der freisprechenden Vorinstanz⁵ für verfehlt, dem zu Heilzwecken vorgenommenen chirurgischen Eingriff den Charakter einer Misshandlung i. S. d. § 223 dtsch. StGB abzusprechen. Mit dem Ausdrucke „körperlich misshandeln“ habe der Gesetzgeber im weitesten und allgemeinsten Sinne alle unmittelbaren und physisch dem körperlichen Organismus zugefügten Verletzungen zusammenfassen wollen. Für die Gegenauffassung und die Einlassung des Oberarztes fand das Gericht sehr deutliche Worte:

Dass jemand nach seiner eigenen Überzeugung oder der seiner Berufs-genossen die Fähigkeit besitze, „das wahre Interesse seines Nächsten besser zu verstehen, als dieser selbst“, gewähre „jenem entfernt nicht [irgendeine] rechtliche Befugnis, nunmehr nach eigenem Ermessen in die Rechtssphäre des anderen einzugreifen, diesem Gewalt [anzutun] oder dessen Körper

³ Siehe auch RGSt 38, 34; RGSt 61, 242, 256 (zur mutmaßlichen Einwilligung).

⁴ RStGB i. d. F. des Gesetzes betreffend die Abänderung von Bestimmungen des Strafgesetzbuches für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871 und die Ergänzung desselben vom 26. Februar 1876, RGBl. I 1876, S. 25–38.

⁵ Interessanterweise wurde der Oberarzt (aus anderen Gründen) auch von der Folgeinstanz freigesprochen. Die landgerichtlichen Urteile sind abgedruckt bei *Stooss*, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, 1898, S. 108 ff.

willkürlich zum Gegenstande gutgemeinter Heilversuche zu benutzen“⁶. Ein solches Recht müsste sonst jedem, „der sich für heilkundig hält“, gegenüber jedem, „den er für krank ansieht“, zuzugestehen sein. Konflikte zwischen mehreren Heilkundigen, die „gleich rationelle, aber in der Methode verschiedenartige Heilverfahren“ zur Anwendung bringen wollen, wären unauflösbar⁷. Erst der Wille des Patienten oder seines Vertreters berufe den Arzt dazu, die Behandlung vorzunehmen⁸. „Derjenige Arzt“, „welcher vorsätzlich zu Heilzwecken Körperverletzungen“ verübe, „ohne sein Recht aus einem bestehenden Vertragsverhältnisse oder der präsumtiven Zustimmung [...] herleiten zu können“, handle rechtswidrig und unterliege der Strafvorschrift des § 223 StGB⁹.

Die grundsätzliche Bedeutung der Entscheidung reicht über die revisionsrichterliche Erledigung des Falles natürlich weit hinaus. Das Urteil löste in der deutschen Ärzteschaft einen Sturm der Entrüstung über den juristischen Formalismus, das fehlende Einfühlungsvermögen und die Wirklichkeitsferne der Richter aus. Es markiert den Beginn des „Kalten Krieges“¹⁰ zwischen Medizinern und Juristen.

2. Alternativmodelle im deutschen Schrifttum

Dabei war das deutsche rechtswissenschaftliche Schrifttum mehrheitlich – weit über 100 Jahre hinweg – bestrebt, den ärztlichen Heileingriff ganz oder teilweise aus dem Tatbestand der Körperverletzung auszuklammern¹¹. Der Arzt könne doch nicht mit einem „Messerstecher“ oder „Heckenschützen“ gleichgestellt werden¹². Aufgrund des sozialen Sinngehalts ärztlicher Tätigkeit könne bei einem Heileingriff von keiner körperlichen Misshandlung oder Gesundheits(be)schädigung die Rede sein, wenn man die Behandlung als Ganzes betrachtet. Zahlreiche Entwürfe sahen im weiteren Verlauf ent-

⁶ RGSt 25, 375, 378.

⁷ RGSt 25, 375, 379.

⁸ RGSt 25, 375, 381.

⁹ RGSt 25, 375, 382.

¹⁰ Vgl. *Kuhlendahl*, Deutsches Ärzteblatt 1978, 1984.

¹¹ Eine ausführliche Aufarbeitung bietet *Bockelmann* ZStW 93 [1981], 105. Vgl. im einzelnen *Binding*, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Band I, § 15 Rn. 53 ff.; *Beling* ZStW 44 [1924], 220, 225 ff.; *Engisch* ZStW 58 [1939], 1; *Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 17. Aufl. (1926), Vor § 223 StGB, II.3; vgl. auch *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 3. Aufl. (1954), S. 208. Siehe ferner *Eser/Sternberg-Lieben* in *Schönke/Schröder*, 29. Aufl., § 223 Rn. 31 ff., die danach unterscheiden, ob der Eingriff mit wesentlichen Substanz- oder Funktionsverlusten verbunden ist.

¹² *Eb. Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht (1939), S. 78.

sprechende gesetzliche Regelungen vor¹³. Auch die Große Strafrechtskommission (1954–59) aus insgesamt 24 Strafrechtslehrern, Richtern, Staats- und Rechtsanwälten sowie Ministerialbeamten und Bundestagsabgeordneten¹⁴ favorisierte ein entsprechendes Modell. So hieß es im Gesamt-Entwurf von 1962 (E 1962)¹⁵:

§ 161 StGB-E – Heilbehandlung

Eingriffe und andere Behandlungen, die nach den Erkenntnissen und Erfahrungen der Heilkunde und den Grundsätzen eines gewissenhaften Arztes zu dem Zweck angezeigt sind und vorgenommen werden, Krankheiten, Leiden, Körperschaden, körperliche Beschwerden oder seelische Störungen zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern, sind nicht als Körperverletzung strafbar.

Zum Schutz der Patientenautonomie war allerdings ein gesonderter Straftatbestand für den eigenmächtigen Heileingriff, also die Behandlung ohne Einwilligung, vorgesehen. Dieser lautete wie folgt:

§ 162 StGB – E – Eigenmächtige Behandlung zu Heilzwecken

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

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

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

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

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

¹³ So etwa der nationalsozialistisch geprägte E 1936 mit seinen §§ 419, 431 E 1936; vgl. dazu *Mezger* in Gürtner (Hrsg.), *Das kommende deutsche Strafrecht, Besonderer Teil*, 2. Aufl. 1936, S. 392f. Letztlich führte das Reformprogramm nur in den Teilen, die zur Sicherung der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft notwendig waren, zur Novellierung des RStGB.

¹⁴ Einen Überblick bieten u. a. *Roxin*, *Strafrecht AT I*, § 4, Rn. 15 ff.; *Vormbaum*, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, S. 232 ff.

¹⁵ Bundestag-Drucksache IV/650.

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

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

(4–5) [...]

Auch mit den am sogenannten Alternativentwurf (AE) von 1970 beteiligten Professoren bestand der Sache nach Einigkeit¹⁶. Ein letzter, vielleicht eher überraschender Versuch, eine Spezialnorm für den ärztlichen Heileingriff ins Gesetz einzufügen, wurde im Vorfeld des 6. Strafrechtsreformgesetzes (1998) vom Bundesministerium der Justiz zur Diskussion gestellt¹⁷, ohne jedoch zur Umsetzung zu gelangen.

3. Alternativmodell Österreich

Unser deutschsprachiger Nachbar Österreich folgt tatsächlich diesem Modell, und das schon länger. *De lege artis* durchgeführte Heilbehandlungen sind tatbestandlich keine Körperverletzungen, auch wenn der Eingriff misslingt. Auch wenn dies so nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt ist, schließt man dies aus folgender Vorschrift, die als Spezialregelung für Heileingriffe angesehen wird¹⁸:

§ 110 öst. StGB – Eigenmächtige Heilbehandlung

(1) Wer einen anderen ohne dessen Einwilligung, wenn auch nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft, behandelt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Hat der Täter die Einwilligung des Behandelten in der Annahme nicht eingeholt, daß durch den Aufschub der Behandlung das Leben oder die Gesundheit des Behandelten ernstlich gefährdet wäre, so ist er nach Abs. 1 nur zu bestrafen, wenn die vermeintliche Gefahr nicht bestanden hat und er sich dessen bei Aufwendung der nötigen Sorgfalt (§ 6) hätte bewußt sein können.

(3) Der Täter ist nur auf Verlangen des eigenmächtig Behandelten zu verfolgen.

Eigenmächtiges Handeln des Arztes, vorsätzliche mangelhafte Aufklärung, wird demnach als Straftat gegen die Freiheit und nicht als strafbare Handlung gegen die körperliche Unversehrtheit angesehen. Die Zustimmung des Patienten läßt folgerichtig bereits die Tatbestandsmäßigkeit (und nicht erst die Rechtswidrigkeit) entfallen.

¹⁶ Vgl. § 123 des Alternativentwurfs (AE).

¹⁷ Vgl. § 229, 230 RefE 6. StrRRefG v. 25.10.1996, BR-Drucks. 164/97 S. 13 ff., dazu E. Müller, DRiZ 1998, 155, 156.

¹⁸ Vgl. Bertel in Wiener Kommentar, § 110 öst. StGB, Rn. 1.

4. Beibehaltung des Rechtfertigungsmodells in Deutschland

In Deutschland blieben Gesetzgeber und Rechtsprechung dagegen von aller Kritik unbeeindruckt¹⁹. Die Umsetzung der Reformentwürfe scheiterte wohl an der etwas mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG schwer zu bewältigenden Normierung der Aufklärungsmodalitäten²⁰. Wenn die ärztliche Maßnahme, isoliert betrachtet, in die Körperintegrität des Patienten eingreift, z. B. der Schnitt des Operators, wird sie also weiterhin tatbestandlich als Körperverletzung gem. § 223 StGB angesehen; und zwar gleichgültig, ob sie Teil einer notwendigen Heilbehandlung ist, die als Ganzes zum Erfolg führt oder missglückt. Um keine Strafbarkeit des Arztes nach sich zu ziehen, bedarf jeder Eingriff der Rechtfertigung durch eine von Willensmängeln nicht beeinflusste Einwilligung²¹. Eine wirklich selbstbestimmte Entscheidung setzt i. d. R. eine umfangreiche Aufklärung durch den Arzt voraus. Das Ziel ist es dabei, dem Patienten „Art, Bedeutung und Tragweite“ des Eingriffs jedenfalls in seinen Grundzügen erkennbar zu machen, um ihm eine Abschätzung von Für und Wider des Eingriffs zu ermöglichen²². Die Einzelheiten dazu wurden uns vom Kollegen *Joerden* bereits dargebracht.

III. Rechtslage in der VR China

1. Keine Strafbarkeit der eigenmächtigen Heilbehandlung

Wie ist die Rechtslage in der Volksrepublik China in diesem Kontext einzuordnen? Sie entspricht vom Ausgangspunkt her der Rechtslage in Österreich. Ein medizinisch indizierter und kunstgerecht von einem staatlich anerkannten Arzt durchgeführter Heileingriff ist keine Körperverletzung im strafrechtlichen Sinne, jedenfalls nach herkömmlichem Verständnis. Der Eingriff wird also – anders als in Deutschland – in seinem sozialen und medizinischen Kontext betrachtet. Dies soll sich aus dem Wortlaut des

¹⁹ BGHSt 11, 111 f.; BGH NJW 2007, 217 ff., BGH NStZ 96, 34; ebenso im Zivilrecht BGHZ 29, 49, 176; BGH NJW 71, 1887, vgl. *Eser/Sternberg-Lieben* in Schönke/Schröder, § 223 StGB, Rn. 29 m. w. N.

²⁰ *E. Müller*, DRiZ 1998, 155, 159.

²¹ Soweit eine Einwilligung z. B. durch Täuschung, Zwang oder Irrtum hervorgerufen wurde, entspricht sie nicht dem „wahren“ Willen des Einwilligenden und ist daher unwirksam. Hoch umstritten ist die Relevanz nicht-rechtsgutsbezogener Irrtümer, etwa wenn bei einer illegalen Lebendspende dem Organspender ein Geldbetrag für seine Niere versprochen wurde, aber der Täter von vornherein vorhatte, den Betrag nicht zu zahlen. Einen solchen Irrtum für unbeachtlich halten *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, Rn. 559; diff. *Roxin*, Strafrecht AT, § 13/74.

²² *Eser/Sternberg-Lieben* in Schönke/Schröder, § 223 StGB, Rn. 40c.

Körperverletzungstatbestands ergeben, der mit der deutschen Regelung allerdings durchaus vergleichbar ist:

§ 234 *chStGB*. (1) Wer eine andere Person vorsätzlich an Körper oder Gesundheit beschädigt, wird mit zeitiger Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, Gewahrsam oder Überwachung bestraft [...]

In China wird der Tatbestand aber traditionell sehr eng ausgelegt. Spezialvorschriften zur Heilbehandlung finden sich in den Art. 330ff. *chStGB*. Ein Tatbestand für fahrlässiges Handeln des Arztes ist z. B. in § 335 *chStGB* enthalten. Ist der Behandelnde kein Arzt kann er sich wegen illegaler ärztlicher Praxis gem. § 336 Abs. 1 *chStGB* strafbar machen (eine entsprechende Regelung findet sich in § 5 des deutschen Heilpraktikergesetz²³). Für die eigenmächtige Heilbehandlung findet man allerdings – anders als in Österreich – keinen Tatbestand, sie bleibt nach herkömmlichem Verständnis strafrei. Ein Modell, das dem traditionellen Selbstbild der Ärzte (ohnehin zum Wohle des Patienten zu handeln) sicherlich am nächsten kommt.

2. Erklärungsansätze

Lange Zeit spielte das Autonomieprinzip in der VR China fast gar keine Rolle. Dass der Paternalismus in der Medizin gerade auf dem chinesischen Festland so lange unangefochten blieb, wird in erster Linie an den konfuzianischen Traditionen und der „Moral des Wohlwollens“ liegen²⁴. Zusätzlich begünstigt wurde er aber wohl auch durch die Einführung des planwirtschaftlichen Systems im Jahre 1949²⁵. Wie in allen anderen sozialistischen Staaten wurde die Gesundheitsfürsorge zur hoheitlichen Aufgabe, Ärzte und Krankenschwestern zu Staatsbeamten, zu Repräsentanten der neuen politisch-ökonomischen Ordnung.

Ähnliches ließ sich in der DDR beobachten, wo staatliche Polikliniken bald die freiberuflichen und frei wählbaren Ärzte ersetzen²⁶. Und auch dort wurden die nunmehr i. d. R. staatsmedizinischen Eingriffe „vom sozialen

²³ Demnach wird derjenige, der ohne Approbation als Arzt und auch ohne Erlaubnis, als „Heilpraktiker“ tätig zu sein, die Heilkunde ausübt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft. Der „Heilpraktiker“ ist ein auf Deutschland und die Schweiz beschränkter (nicht unumstrittener) Berufsstand; er basiert auf einer nicht-evidenzbasierten Erfahrungs- und Laienheilkunde. In Deutschland arbeiten ca. 35.000 Heilpraktiker.

²⁴ Vgl. das Hauptreferat von Feng.

²⁵ Vgl. auch Dai, *Medical Law International* 2003, 53, 57f.

²⁶ Noch im Jahr 1986 appellierte DDR-Gesundheitsminister Ludwig Mecklinger an die Ärzte: „Jeder Mitarbeiter muss sich stets dessen bewusst sein, dass seine Arbeit im Gesundheits- und Sozialwesen den sozialistischen Staat repräsentiert“, zitiert nach Erices/*Gumz*, Dtsch. Ärzteblatt 2014, A 348.

und logischen Wesen der Tätigkeit her“ nicht mehr als Körperverletzung (§ 115 StGB-DDR) angesehen²⁷. Über Rechtfertigung oder Entschuldigung musste man sich also keine Gedanken machen. Auch dann nicht, wenn es ohne Verschulden der Ärzte zu einer Schädigung des – unter Umständen nicht richtig aufgeklärten – Patienten kam²⁸.

Je homogener die staatliche Fürsorge und geringer die Wahlmöglichkeiten, desto stärker sind anscheinend die Erwartungen an den einzelnen Bürger, sich mit den Gegebenheiten abzufinden. Auch wird ein Gemeinwesen, das einer zentralen Steuerung unterliegt, vom Bürger eher erwarten, sich im Interesse der Gesamtheit gesund zu erhalten und gegebenenfalls die dazu nötigen ärztlichen Behandlungen zu dulden²⁹.

3. Zivilrechtliche Sanktionierung und Ausblick

Das marktwirtschaftliche Wirtschaftssystem, auch das in China seit den frühen 1980er-Jahren, setzt dagegen auf mehr Pluralität und Gestaltungsfreiheit des Individuums. Das chinesische Gesundheitswesen wurde reformiert, dezentralisiert und zum Teil auch privatisiert³⁰. Dies ging, wie der Kollege *Feng* uns dargelegt hat, mit einer Materialisierung der Arzt-Patienten-Beziehung und einer Sensibilisierung für das Selbstbestimmungsrecht des Patienten einher. Schließlich steht der Patient trotz aller Vorteile jetzt in Gefahr, z.B. unnötige Behandlungen oder risikoreichere Behandlungsalternativen aufgedrängt zu bekommen³¹.

Folge waren verschiedene legislative Maßnahmen. Wohl wichtigster Meilenstein ist dabei das im Jahre 2010 in Kraft getretene „Gesetz über die deliktischen Haftungen in der VR China“, das die „informierte Einwilligung“ nun ausdrücklich für das Bürgerliche Recht normiert. Ein medizinischer Eingriff gegen oder ohne den echten Willen des Patienten wird demnach als rechtswidrig angesehen. Die h.M. möchte in der „eigenmächtigen Heilbehandlung“ jedoch immer noch kein strafrechtliches Unrecht, so auch der Kollege *Liang*, sondern nur eine zivilrechtlich unerlaubte Handlung erblicken. Herr Kollege *Feng* favorisiert dagegen für das chinesische Strafrecht eine mit der Rechtslage in Österreich vergleichbare Lösung; also die Kri-

²⁷ MdJ-DDR [Hrsg.], Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik, Lehrkommentar, Berlin 1969, § 5 StGB-DDR, Rn. 5.

²⁸ *Lammich/Koch* in *Eser/Koch* (Hrsg.), Materialien zur Sterbehilfe, 1991, S. 197, 201.

²⁹ Vgl. *Bockelmann* ZStW 93 [1981], 105, 114.

³⁰ Dazu auch *Darimont/Liu*, Internationale Revue für Soziale Sicherheit 2013, 111, 112 ff.

³¹ Ähnlich *Darimont/Liu*, Internationale Revue für Soziale Sicherheit 2013, 111, 120.

minialisierung des eigenmächtigen Heileingriffs als Freiheitsdelikt, wobei er noch einige Einschränkungen machen möchte.

IV. Rechtliche und kriminalpolitische Bewertung

1. Ausgestaltung der eigenmächtigen Heilbehandlung als Freiheitsdelikt

a) Blickt man nach Österreich, wird man zunächst feststellen müssen, dass es dort in der Praxis kaum zu strafrechtlichen Verurteilungen wegen eigenmächtiger Heilbehandlung kommt. Bei § 110 öStGB handelt es sich nämlich um ein Privatanklagedelikt i. S. d. § 71 öStPO, so dass der Patient, der ein Verfahren anstrebt, ein nicht unerhebliches Prozess- und Kostenrisiko trägt³². Ein Ermittlungsverfahren findet nicht statt, § 71 Abs. 1 S. 2 2. Hs. öStPO. Das Klagerecht ist obendrein nicht vererblich³³. Zynischerweise könnte man fast den Arzt beglückwünschen, dessen Patient aufgrund der eigenmächtigen Heilbehandlung verstirbt. Nicht „kunstgerecht“ ausgeführte Behandlungen können zwar als fahrlässige Körperverletzung oder Tötung strafbar sein (§§ 80, 88 öStGB); hier greift jedoch eine andere Verfahrensart.

Dies könnte man auf prozessualer Ebene sicherlich anders (und besser) regeln. Als bloße gesetzgeberische „Kuriosität“ darf man die übermäßigen Hürden aber auch nicht abtun. Ein Sonderdelikt zum Schutze der Selbstbestimmung bei Heilbehandlungen wird immer einem höheren Legitimationsdruck ausgesetzt sein als eine allgemeine Vorschrift, die auch jenseits des Heileingriffs zur Anwendung kommt. Dass gerade ärztliche Eigenmacht strafbedürftig sein soll, lässt doch sich generell oder im Einzelfall immer wieder in Frage stellen³⁴.

b) Ein weiteres strukturelles Problem ergibt sich daraus, dass Heilbehandlungen nicht eindeutig von anderen medizinischen Eingriffen abgegrenzt werden können³⁵. Unklar ist etwa die Einordnung von kosmetischen Eingriffen, wobei sicherlich zwischen wiederherstellender medizinischer Plastik und reinen Schönheitsoperationen differenziert werden müsste³⁶. Schwierigkeiten bereiten zudem Eingriffe zur Empfängnisverhütung, aber auch Außenseitermethoden und Naturheilverfahren, die von der medizinischen Wissenschaft als wertlos angesehen werden.

³² Die Kostenfolge ergibt sich aus § 390 Abs. 1 öStPO.

³³ Bertel in Wiener Kommentar, § 110 öStGB, Rn. 33.

³⁴ Vgl. etwa E. Müller DRiZ 1998, 155, 158 f.; siehe auch Freund ZStW 1997 [109], 455, 478.

³⁵ Vgl. Paeffgen in Nomos-Kommentar, § 228 StGB, Rn. 60.

³⁶ Jahn JuS 2007, 1145, 1146.

2. Ausgestaltung der eigenmächtigen Heilbehandlung als Körperverletzungsdelikt

a) Ist die so oft kritisierte Lösung der deutschen Rechtsprechung vielleicht doch vorzugswürdig? Der eher oberflächliche Einwand, der Arzt dürfe nicht mit einem aggressiven „Messerstecher“ gleichgestellt werden, trägt jedenfalls nicht. Gleichgestellt wird der Arzt allenfalls mit demjenigen, der zur Verteidigung Unschuldiger in Notwehr gem. § 32 StGB von einer Waffe Gebrauch macht. Daran ist nichts Ehrenrühriges zu erkennen. Auch die Rasur des Bartes, der Schnitt der Haare, das Stechen von Ohrlöchern oder das Tätowieren stellt in Deutschland immer tatbestandlich eine Körperverletzung i. S. d. § 223 StGB dar³⁷. Die Berufsausübung von Friseuren, Ohrlochstechern oder Tätowierern muss also auch durch Einwilligung der Kunden gerechtfertigt werden. Dagegen sind in der VR China Bagatelleingriffe von vornherein nicht als Körperverletzung strafbar, so dass sich dieses Problem gar nicht erst stellt.

b) Wenn die Bejahung der Strafbarkeit des operierenden Oberarztes in *RGSt* 25, 375 auf Unbehagen stößt, dann doch vor allem deshalb, weil die Beachtung des väterlichen Willens möglicherweise den Tod des 7-jährigen Mädchens bedeutet hätte. Dies stellt jedoch nicht das Rechtfertigungsmodell als solches infrage. Auch bei Annahme einer tatbestandsmäßigen Körperverletzung hätte man sich mit der Frage auseinander setzen müssen, ob hier ein Fehlgebrauch der elterlichen Sorge vorlag und die Verweigerung der Einwilligung durch den Vaters möglicherweise unbeachtlich war³⁸. Heute kommt dasselbe Problem vor allem bei Angehörigen bestimmter Religionsgemeinschaften zum Tragen: So verweigern die Zeugen Jehovas unter Berufung auf verschiedene Bibelzitate³⁹ die Gabe von (mitunter lebensnotwendigen) Bluttransfusionen. Bei Minderjährigen wird in solchen Fällen die Einwilligung der Eltern durch das Familiengericht (früher Vormundschaftsgericht) nach § 1666 Abs. 3 Nr. 5 BGB wegen Gefährdung des Kindeswohls ersetzt⁴⁰. Ist die gerichtliche Entscheidung nicht rechtzeitig einholbar, greift das Institut der mutmaßlichen Einwilligung⁴¹.

³⁷ Vgl. BGH NStZ-RR 2009, 50 (Haare schneiden); AG Rosenheim NStZ 2009, 215 (Tätowieren).

³⁸ Diesen Punkt hat das Reichsgericht wohl übersehen (vgl. *RGSt* 25, 375, 382).

³⁹ 1. Mose 9:4; 3. Mose 17:10; 5. Mose 12:23; Apostelgeschichte 15:28, 29.

⁴⁰ Vgl. hierzu OLG Hamm NJW 1968, 212; OLG Celle NJW 1995, 792; *Biermann* in Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 5. Aufl., Rn. 396.

⁴¹ Weniger eindeutig erscheint die Abwägung in dem *RGSt* 25, 275 zugrunde liegenden Sachverhalt. Eine viel eingriffsintensivere Amputation des Fußes eines kleinen Kindes ist mit den Transfusionsfällen nicht zu vergleichen. Im Falle einer eindeutigen Prognose (ohne den Eingriff keinerlei Rettungschancen) dürfte man nach heutigem Verständnis trotzdem von der Unbeachtlichkeit des väterlichen Willens ausgehen.

Nach ähnlichen Grundsätzen ließe sich m.E. auch der letzte, vom Kollegen *Feng* geschilderte Fall lösen: Eine Stellvertretung kommt nach deutschem Recht nur in Betracht, wenn zum Zeitpunkt des Eingriffs eine wirksame Einwilligungserklärung des Betroffenen nicht eingeholt werden kann⁴², was hier wohl der Fall war, sobald die Patientin ins Koma fiel. Für einwilligungsunfähige Erwachsene greift allerdings vorrangig das Betreuungsrecht nach den §§ 1896 ff. dtsh. BGB. Schon formal dürfte Liyun Li (L) deshalb von ihren Freund Zhijun Xiao (Z) nicht wirksam vertreten worden sein, unabhängig von einem etwaigen Fehlgebrauch der „Vollmacht“. Aber auch ein wirksam bestellter Betreuer könnte seine Einwilligung in eine ärztlicherseits angebotene lebenserhaltende oder -verlängernde Behandlung nur mit Zustimmung des Vormundschaftsgerichts (§ 1904 Abs. 2 BGB) verweigern⁴³. Bis zur Bestellung eines Betreuers und einer Entscheidung des Vormundschaftsgerichts ist wiederum der Anwendungsbereich der mutmaßlichen Einwilligung eröffnet. Die Durchführung eines Kaiserschnitts (tatbestandlich eine Körperverletzung gem. § 223 dtsh. StGB) wäre so sicherlich zu rechtfertigen gewesen (wenn ein solcher Eingriff von L zuvor nicht ausdrücklich abgelehnt wurde). Zudem greift in Bezug auf das ungeborene Kind rechtfertigender Notstand nach § 34 StGB. Ein Behandlungsrecht führt auch zu einer Behandlungspflicht: Allgemein gilt in Notsituationen gem. § 323c StGB, dass jedermann verpflichtet ist, im Rahmen des Erforderlichen und Zumutbaren Hilfe zu leisten. Da sich die L bereits in Behandlung begeben hatte, wäre sogar von einer Garantenstellung auszugehen, was i. E. eine Bestrafung der Ärzte wegen fahrlässiger Tötung gem. §§ 222, 13 StGB oder sogar wegen Körperverletzung mit Todesfolge gem. §§ 223, 227, 13 StGB zur Folge hätte. Die Leibesfrucht ist dagegen gem. § 218 StGB nur vor unbefugter vorsätzlicher Abtötung geschützt. Dass die Ärzte den Tod der Patientin und ihres ungeborenen Kindes billigend in Kauf nahmen (§§ 212, 218, 13, 52 StGB), scheidet angesichts der vielfältigen sonstigen Rettungsbemühungen aber aus.

3. Legitimation und Funktionen einer Strafdrohung neben der zivilrechtlichen Haftung und Reformbedarf

a) Blickt man auf das hier favorisierte Rechtfertigungsmodell in der deutsche Praxis, ergibt sich trotzdem ein eher ambivalentes Bild. Zunächst ist zuzugeben, dass die Geschädigten doch in erster Linie haftungsrechtliche Ziele verfolgen. Geklagt wird zudem nur dann, wenn die Heilbehandlung am Ende nicht den gewünschten Erfolg brachte. Echte Behandlungsfehler sind im Zivilprozess oft schwerer zu beweisen als Aufklärungsfehler, zumal die medizinischen Gutachter doch geneigt scheinen, im Zweifel zu Gunsten ihrer Kollegen zu entscheiden. Den Aufklärungsfehlern kommt dann eine Art Auffangfunktion zu – als nachgeschobener (vielleicht auch für den Arzt weniger ehrenrühriger) Vorwurf⁴⁴. Denn wenn eine bestimmte Komplika-

⁴² *Paeffgen* in Nomos-Kommentar, § 228 StGB, Rn. 67.

⁴³ Vgl. BGH(Z) NJW 2003, 1588.

⁴⁴ *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, 5. Aufl., Rn. 302, 338.

tion auch bei einem sorgfältig handelnden Facharzt hätte eintreten können, scheidet zwar ein Fahrlässigkeitsvorwurf aus. Im Zweifel hätte man dann aber über genau dieses Risiko aufklären müssen.

Der recht strenge Maßstab der deutschen Zivilgerichte, nach dem auch über seltene Risiken von 1:2.000⁴⁵ informiert werden soll, wird freilich dadurch entschärft, dass dem Arzt mittlerweile der Einwand zur Verfügung steht, dass der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung dem jeweiligen Eingriff zugestimmt hätte. Im Zivilrecht ergibt sich die Relevanz einer hypothetischen Einwilligung aus § 630h Abs. 2 S. 2 BGB.

b) Geht es den Geschädigten in der Regel (wenn auch nicht immer) um Schadensersatz und Schmerzensgeld, stellt sich natürlich ganz grundsätzlich die Frage, warum es nicht ausreicht, den Patienten auf eine zivilrechtliche Restitution zu beschränken. Welche Vorteile bringt ein Strafverfahren? Für Deutschland spielen aus Patientensicht auch verfahrenstaktische Gründe eine Rolle. Im Zivilprozess ist die Beweislastverteilung zwar vordergründig günstiger. Der Arzt muss die den Anforderungen des § 630e BGB entsprechende Aufklärung beweisen, § 630h Abs. 2 S. 2 BGB. Im Strafverfahren gilt dagegen der Grundsatz *in dubio pro reo*. Andererseits ist im Zivilprozess der Patient Partei; er steht nicht als Beweismittel, namentlich als Zeuge, zur Verfügung. Er hat auch keine Ermittlungsbefugnisse. Im Strafverfahren stehen dagegen der Staatsanwaltschaft weitreichende Ermittlungsmöglichkeiten (Durchsuchung, Beschlagnahme) zur Verfügung. Der Verletzte schlüpft zudem in der Hauptverhandlung in die Rolle eines „Kronzeugen“⁴⁶. Der Arzt ist demgegenüber Beschuldigter; er unterliegt nicht der Wahrheitspflicht, kann so das „Glaubwürdigkeitsduell“ durchaus verlieren⁴⁷. Mit einer Strafanzeige erhofft man sich also oftmals eine Verbesserung seiner Beweisposition (wichtig insoweit auch das Akteneinsichtsrecht des Verletzten nach § 406e StPO). Die meisten Ermittlungsverfahren, ca. 90 %⁴⁸, enden trotzdem ohne Anklageerhebung, oft jedoch mit einer Einstellung nach § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 oder 2 StPO gegen Zahlung eines Geldbetrages⁴⁹.

c) Wenngleich das Strafrecht in gewisser Weise zweckentfremdet wird, sprechen aber auch sachliche Gründe für die Strafdrohung. Andere Delikte, wie das der Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) oder der Nötigung (§ 240 StGB)

⁴⁵ BGH NJW 1980, 1905; weitere Beispiele bei *Paeffgen* in Nomos-Kommentar, § 228 StGB, Rn. 75 ff.

⁴⁶ *Ulsenheimer* NSTZ 1996, 132.

⁴⁷ *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 317.

⁴⁸ So jedenfalls die (zugegebenermaßen nicht mehr ganz aktuelle) Einschätzung von *E. Müller* DRiZ 1998, 155, 158.

⁴⁹ Dazu jüngst *Ulsenheimer* medstra 2017, 323.

bieten, dies sei vorweg bemerkt, selbst bei grober Missachtung des Selbstbestimmungsrechts keinen ausreichenden Schutz. Der Patient gibt zwar erhebliche Rechtsgüter preis. Dass der Arzt den Widerstand des Kranken dadurch bricht, dass er Gewalt angewendet oder mit einem empfindlichen Übel droht, dürfte kaum einmal vorkommen. Dies ist gar nicht notwendig. Zwischen ihm und dem Arzt besteht ohnehin ein erhebliches Informationsgefälle.

Ärztliche Eigenmacht wird in der Regel durch Ausnutzung dieses Informationsgefälles ausgeübt. Das Zivilrecht allein kann den Patienten nicht effektiv davor schützen, dient es vornehmlich doch dem Ausgleich von Vermögensinteressen. Idealerweise kommt es zur Wiederherstellung des *status quo* (§ 249 Abs. 1 BGB). Physische und psychische Einbußen, um die es hier in der Regel geht, lassen sich aber i. d. R. nicht rückgängig machen, auch eine materielle Entschädigung (§ 253 Abs. 2 BGB) wirkt oft unzureichend. Verstirbt der Patient nach nur kurzer Leidenszeit, steht ihm bzw. seinen Erben z. B. kaum ein Schmerzensgeldanspruch zu⁵⁰. Zudem verfolgt das Zivilrecht, auch das Deliktsrecht im Besonderen, keine repressiven oder präventiven Ziele; „punitive damages“ (wie in den USA) sind dem deutschen Recht, von wenigen Ausnahmen⁵¹ abgesehen, fremd. Prävention ist allenfalls ein gewünschter Nebeneffekt. Die Haftpflichtschäden sind aber in aller Regel gut versichert. Schadensersatzzahlungen treffen also den Arzt oder die Klinik nicht unmittelbar (führen allenfalls zur Prämienerrhöhung), so dass die sozialsteuernde Wirkung einer zivilrechtlichen „Sanktionierung“ nochmals deutlich abgeschwächt wird. Das Strafrecht schafft dagegen einen persönlichen Schuldausgleich, und wirkt präventiv unter Zuschreibung sozialer Verwerflichkeit⁵².

d) Als „schärfstes Schwert des Staates“ sollte das Strafrecht aber nicht bei jedem Aufklärungsfehler zur Anwendung kommen. Die deutschen Zivilgerichte haben hinsichtlich der Aufklärungspflichten überstrenge Maßstäbe entwickelt, schon in Bezug auf das eigene Fachgebiet. Dies erscheint zwar menschlich nachvollziehbar, wenn auf der einen Seite eine anonyme Versicherungsgesellschaft, auf der anderen Seite ein schwergeschädigter und bemitleidenswerter Patient steht⁵³. Trotzdem darf das allgemeine Lebensrisiko des Patienten nicht gänzlich auf die Ärzteschaft bzw. mittelbar auf die Versicherungsgemeinschaft verschoben werden⁵⁴. Überzogene Erwartungen an

⁵⁰ Vgl. etwa BGH NZV 1998, 370. Siehe aber *Fechner* DRiZ 2015, 418 zu Überlegungen bezüglich eines eigenen Schmerzensgeldanspruchs für Hinterbliebene.

⁵¹ Etwa BGHZ 128, 1 („Caroline von Monaco“).

⁵² *Eser/Sternberg-Lieben* in *Schönke/Schröder* § 223 StGB, Rn. 40b.

⁵³ *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, Rn. 319.

⁵⁴ So ist das US-Gesundheitssystem weltweit zwar das innovativste, aber auch pro Kopf das mit Abstand teuerste. Die hohen Haftpflichtversicherungsprämien für Ärzte und der Übergang zu defensiven Behandlungsmethoden haben daran wohl einen nicht unerheb-

ein „Leben ohne Mangel, ohne Verzicht und ohne Beschwerden“⁵⁵ sind erst recht nicht schützenswert.

Die zivilrechtlichen Grundsätze wurden aber vor allem viel zu undifferenziert von den Strafgerichten übernommen⁵⁶. Ein echtes Problem, wenn mangelhafte Aufklärung über eine „seltene“, aber nicht „entfernt seltene“ Nebenwirkung im Strafprozess zur Unwirksamkeit der Einwilligung und zum persönlichen Vorwurf einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Körperverletzung (§§ 223, 229 StGB) führt⁵⁷. Auch im ersten Fall lässt sich doch schwer behaupten, der Patient habe keine selbstbestimmte Entscheidung über seine körperliche Unversehrtheit getroffen, er habe den Eingriff also nicht wirklich gewollt.

Um es auf die Spitze zu treiben, lässt sich sogar der Fall konstruieren, dass ein Arzt einem Patienten das Mortalitätsrisiko vor einer lebenswichtigen Operation (z. B. operativer Entfernung eines Tumors im Bauchraum mittels Duodenopancreatektomie) bewusst verschweigt, um ihn nicht unnötig zu beunruhigen. Die Aufklärungspflicht nach § 630e BGB erlischt bei absolut indizierten Eingriffen nicht⁵⁸. Wenn sich das Risiko (hier läge es bei ca. 3 %) dann doch verwirklicht (der Patient also verstirbt), steht eine Bestrafung des Arztes wegen Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB) im Raum. Der Strafrahmen, auch der für minder schwere Fälle (Abs. 2) von einem Jahr bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe, erscheint aber (auch mit Blick auf den verfassungsrechtlich geschützten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) völlig unangemessen.

Zugunsten der Ärzte wird die Rechtslage freilich nun auch in der Strafrechtspraxis über den Umweg der hypothetischen Einwilligung entschärft (wiederum in Anlehnung an das Zivilrecht). In vielen Fällen führt dies zu rechtspolitisch wünschenswerten Ergebnissen. Teilweise geht die Rechtsprechung allerdings soweit, dass auch bei vorsätzlicher Falschaufklärung darüber, was gemacht wurde und gemacht werden soll, die Überlegung angestellt wird, ob der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung möglicherweise ebenso eingewilligt hätte. Bei Anwendung des Grundsatzes *in dubio pro reo* führt dies faktisch dazu, dass auch die grösste Missachtung des Selbstbestimmungsrechts ohne weiteres wieder „reingewaschen“ werden kann⁵⁹. Insoweit kommen erhebliche Zweifel an der sachlichen Richtigkeit

lichen Anteil. Die Studie von PwC [Hrsg.], *The Factors Fueling Rising Healthcare Costs* 2006 beziffert ihn auf etwa 10 %.

⁵⁵ *Maio* in Katzenmeiner/Bergdolt, *Das Bild des Arztes im 21. Jhdt.*, S. 21.

⁵⁶ Dazu *Eser/Sternberg-Lieben* in Schönke/Schröder, § 223 StGB, Rn. 40b.

⁵⁷ *Valerius* HRRS 1/2014, 22.

⁵⁸ Vgl. etwa BGH(Z) NJW 1984, 1397, 1398.

⁵⁹ Vgl. BGH JZ 2004, 799 („Bandscheibenfall“); vgl. auch BGH NStZ 2004, 442 („Bohrerfall“).

des Instituts auf⁶⁰. Strafrechtsdogmatisch bereitet es ohnehin nicht unerhebliche Probleme; dies war u. a. Gegenstand kontroverser Debatten auf der 36. Strafrechtslehrertagung im Jahre 2015 in Augsburg⁶¹.

V. Fazit

Die Volksrepublik China ist auf einem guten Weg, wenn die Missachtung des Selbstbestimmungsrechts zumindest zivilrechtlich berücksichtigt und „sanktioniert“ wird. Für den Geschädigten ist dies sicherlich der wichtigste Baustein. Der Arzt darf den Patienten nicht einfach zum Objekt seiner Fähigkeiten machen, der Patient hat ein berechtigtes Interesse daran, mitzuentcheiden, was mit ihm geschieht⁶². „Salus et voluntas aegroti suprema lex“, das Wohl *und* der Wille des Patienten sind oberstes Gebot. Spätestens seit der Deklaration von Lissabon (1981/1995)⁶³ wird dies auch von der organisierten Ärzteschaft (dies- und jenseits der Forschung) anerkannt.

Das Strafrecht als repressives und präventives Instrument kann einen Beitrag dazu leisten, dass dieser Grundsatz auch in der ärztlichen Praxis gelebt wird. Aus kriminalwissenschaftlicher Perspektive steht die eigenmächtige Heilbehandlung im Spannungsfeld zwischen Körperverletzungs- und Freiheitsdelikten. Das Rechtfertigungsmodell der deutschen Rechtsprechung betont die Körperbezogenheit des Autonomiegedankens und hat gewisse Vorteile, wenn man an die Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der Heilbehandlung von anderen medizinischen Maßnahmen denkt. Ich habe auch meine Zweifel daran, ob es sich beim Selbstbestimmungsrecht des Patienten wirklich um ein gänzlich anderes Rechtsgut handelt als bei seiner körperlichen Integrität. Den Belangen aller Beteiligten kann durchaus auf Rechtfertigungsebene Rechnung getragen werden, allerdings nur dann, wenn man die Anforderungen an den jeweiligen Rechtfertigungsgrund von vornherein nicht überspannt. Die Enttatbestandlichung des Heileingriffs dagegen, wie sie in der VR China, in der DDR oder in Österreich erfolgte, sollte zumindest mit einer Vertatbestandlichung der ärztlichen Eigenmacht (ein Modell das auch im deutschen Schrifttum zahlreiche Anhänger hat) als Sonderdelikt einhergehen, auch wenn eine solche Vorschrift immer einem erhöhten Legitimationsdruck ausgesetzt sein wird.

⁶⁰ Im Zivilrecht ist das Institut dagegen minder problematisch, da der Arzt auch die Beweislast hinsichtlich der hypothetischen Einwilligung trägt.

⁶¹ Vgl. das Hauptreferat von Tag ZStW 127 [2015], 523 ff. sowie die Diskussionsbeiträge im Tagungsbericht von Brodowski ZStW 127[2015], 691 ff.

⁶² Bertel in Wiener Kommentar, § 110 öStGB, Rn. 2.

⁶³ Verabschiedet von der 34. Generalversammlung des Weltärztebundes in Lissabon (Portugal) und revidiert von der 47. Generalversammlung des Weltärztebundes auf Bali (Indonesien).