

## Für eine sachgerechte Regelung der eigenmächtigen Heilbehandlung

*Susanne Beck, Gunnar Duttge, Elisa Hoven, Michael Kubiciel, Reinhard Merkel, Henning Rosenau, Frauke Rostalski, Christoph Sowada, Brian Valerius, Thomas Weigend*

### **I. Problemaufriss**

Die strafrechtliche Bewertung des sog. „ärztlichen Heileingriffs“ zählte lange Zeit zu den ausnehmend kontroversen Gegenständen des strafrechtswissenschaftlichen Diskurses.<sup>1</sup> Heute gilt die Thematik dagegen als „betagtes Problem“<sup>2</sup> und scheint man sich weithin mit der (nicht zuletzt auch von der höchstrichterlichen Rspr. vertretenen)<sup>3</sup> „Körperverletzungsdoktrin“ arrangiert zu haben, wohlwissend, dass der hauptsächliche Vorzug ein rein „pragmatischer“, d.h. kriminalpolitischer ist: Denn es lässt sich das Selbstbestimmungsrecht von Patienten auf dem Boden des Gesetzlichkeitsprinzips mangels eines eigenständigen Straftatbestandes jenseits der §§ 239, 240 StGB nur über die rechtfertigende Einwilligung strafrechtlich gewährleisten.<sup>4</sup>

Diese Verknüpfung mit dem Körperverletzungstatbestand führt jedoch<sup>5</sup> zu einer Reihe von z.T. gravierenden Friktionen und provoziert juristische Reparaturversuche, die eine systematisch konsistente rechtliche Bewertung des gesamten Themenfeldes in noch weitergehendem Maße in Frage stellt: Dass sich eine Missachtung der „Patientenautonomie“ als Körperverletzung- statt als Freiheitsdelikt rubriziert findet, legt zwangsläufig den Einwand einer Rechts- gutsvertauschung nahe; das zur Abhilfe konstruierte Erklärungsmodell eines verdoppelten Rechtsgutsbezuges unter Einbeziehung des Selbstbestimmungsrechts bewirkt nicht nur eine „Verkümmerng“<sup>6</sup> oder gar „Entmaterialisierung“<sup>7</sup> des gesetzlich vorgegebenen Körper- und Gesundheitsbezuges, sondern kann strafrechtssystematisch den Weg über den Unrechtsausschlussgrund der Einwilligung (§ 228 StGB) überhaupt nicht begründen: Denn bei einem Co-„Hauptrechtsgut Patientenautonomie“ müsste „die Missachtung des Patientenwillens (...) bereits im Tatbestand der §§ 223, 229 StGB von Relevanz“ sein.<sup>8</sup> Soweit dies durch Einbeziehung des „informed consent“ (vgl. §§ 630d, e BGB) in die ärztlichen *leges artis* bewerkstelligt

---

<sup>1</sup> Nachweise zur Debatte vor und nach der vorletzten Jahrhundertwende bei *Engisch*, ZStW 58 (1939), 1 ff.

<sup>2</sup> *Mitsch*, Strafrechtlicher Schutz gegen medizinische Behandlung, 2000, S. 8.

<sup>3</sup> Seit RGSt 25, 375, 380 ff., insbes. BGHSt 11, 111, 112; BGH NStZ 1996, 34; NJW 2000, 885.

<sup>4</sup> Zuletzt z.B. *Magnus*, Patientenautonomie im Strafrecht, 2015, S. 149: „effektiverer“ Schutz des Selbstbestimmungsrechts; *Wiesner*, Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht, 2010, S. 66: „pragmatische Überlegung“.

<sup>5</sup> *Brian Valerius* sieht die „Körperverletzungsdoktrin“ aus anderen Gründen (näher ders., in: Hilgendorf/Ida/Sato [Hrsg.], Strafrecht zwischen Ost und West, 2019, S. 119, 124 f.) nicht derart kritisch, so dass er sich den folgenden Ausführungen zu I. nur bedingt anschließen kann.

<sup>6</sup> Prütting/Duttge, Fachanwaltskommentar Medizinrecht, 5. Aufl. 2019, § 223 StGB Rn 23.

<sup>7</sup> Nomos Kommentar (NK)/Paeffgen/Böse, 5. Aufl. 2017, § 223 Rn. 2: Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG; s. auch Münchener Kommentar zum StGB (MK)/Joecks/Hardtung, 3. Aufl. 2020, § 223 Rn 53: Selbstbestimmung sei „nicht selbst Rechtsgut“, sondern „typisch für disponible Rechtsgüter“.

<sup>8</sup> *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, 2000, S. 75: „Die Verdrängung in den Unrechtsausschlussgrund ... ist systemwidrig“.

werden soll, widerspricht dies der kategorischen arztrechtlichen Unterscheidung zwischen Behandlungs- und Aufklärungsfehler und bewirkt strafrechtlich im Kontext der §§ 223 ff. StGB hinsichtlich der Einwilligung eine nicht erklärliche Sonderdogmatik.

Besonders auffällig zeigt sich die lückenfüllende Behelfsfunktion des Körperverletzungstatbestandes in Bezug auf die Qualifikation nach § 224 I Nr. 2 StGB: Deren (an sich bei invasiven Eingriffen regelhaft in Betracht kommende) Anwendbarkeit generell zu bestreiten (bei bestimmungsgemäßer Verwendung des Instruments in der Hand eines geprüften und approbierten Heilkundigen),<sup>9</sup> drückt nur mehr das pragmatische Kalkül aus, die falschetikettierte Klassifizierung des ärztlichen Heileingriffs zwecks Vermeidung übermäßiger Sanktionierung nicht auch noch auf Unrechtserschwerungsgründe auszuweiten<sup>10</sup> (weshalb z.T. auch eine teleologische Reduktion der Nr. 5 erwogen wird)<sup>11</sup>. Dabei zu postulieren, dass der Heileingriff auf die Gesundheit doch verbessere und den dazu verwendeten Mitteln deshalb keine Verletzungsqualität inhärent sei, müsste folgerichtig zum Ausschluss ärztlichen Handelns bereits aus dem Grundtatbestand führen.<sup>12</sup> Eine einheitliche, widerspruchsfreie Typisierung des Unrechts liegt bei Missachtung des gebotenen Respekts gegenüber dem freiheitsrechtlichen Status des Patienten (d.h. bei Aufklärungsmängeln oder gar gänzlich fehlender Einwilligung) um so näher, als die Körperverletzungsdimension in ihrem Ausmaß hiervon nicht abhängt. In Bezug auf eigenmächtige Heilbehandlungen wirkt eine körperverletzungsbezogene Graduierung des Unrechts evident als „unpassend“; sie verstärkt den Eindruck, dass die Annahme eines Körperverletzungsdelikts jenseits des äußerlichen Tatbildes die „soziale Sinnhaftigkeit“ von Grund auf verfehlt.<sup>13</sup>

Weitere Ungereimtheiten resultieren aus dem Umstand, dass nicht-invasive Behandlungsmaßnahmen (z.B. rein äußerliche oder eine technikbasierte Diagnostik „von außen“) mangels Eingriffscharakters von vornherein ausgenommen bleiben, obgleich bei ihnen eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts keineswegs zwingend von geringerem Gewicht ist. Erst eine Abkoppelung vom Körperverletzungsdogma eröffnet die Möglichkeit, über Reichweite und Grenzen des strafrechtlichen Zugriffs nach kriminalpolitischer Zweckmäßigkeit eigens zu entscheiden. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund eines längst zum Übermaß denaturierten Pflichtenkanons der ärztlichen (Selbstbestimmungs-)Aufklärung im zivilistischen Haftungsrecht,<sup>14</sup> dessen blinde Übernahme in das Strafrecht inzwischen zunehmend hinterfragt

---

<sup>9</sup> Ständige Rspr., z.B. BGH NJW 1978, 1206; MDR 1987, 445 m. krit. Anm. *Sowada* JR 1988, 124; LG Köln NJW 2012, 2128.

<sup>10</sup> Bereits BeckOK/*Eschelbach*, Stand: 46. Edition (1.5.2020), § 224 Rn 28.1; *Fischer*, StGB, 67. Aufl. 2020, § 224 Rn 15; MK/*Hardtung* (o. Fn 7), § 224 Rn 50; NK/*Paeffgen/Böse* (o. Fn 7), § 224 Rn 17; Prütting/*Duttge* (o. Fn 6), § 224 Rn 3; Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, § 224 Rn 8.

<sup>11</sup> Siehe z.B. Spickhoff/*Knauer/Brose*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 224 Rn 7.

<sup>12</sup> Z.B. *Bartsch*, StV 2012, 604 f.; *Jerouschek*, in: Dencker-FS, 2012, S. 171, 176 f.

<sup>13</sup> Bereits *Eb. Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht, 1939, S. 71.

<sup>14</sup> Zur Kritik etwa *Eberbach*, MedR 2019, 1 ff. und 111 ff.; zuvor bereits grundlegend *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, S. 350 ff.; *Schreiber*, Schriften zur Rechtsphilosophie, zum Strafrecht und zum Medizin- und Biorecht,

wird.<sup>15</sup> Im tradierten strafrechtssystematischen Kontext fällt es aber im Lichte der „Einheit der Rechtsordnung“ schwer, die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Einwilligung abweichend von den §§ 630d, e BGB zu setzen; die notwendige Freiheit hierzu schafft erst ein eigenständiger, dezidiert als Freiheitsdelikt ausgestalteter Straftatbestand. Dazu besteht um so mehr Bedarf, als das bisherige Schweigen des Gesetzgebers inzwischen als Zustimmung zur Einwilligungs-lösung gedeutet wird, jedoch der richterrechtliche „Eindämmungsversuch“ durch Übernahme auch der strafrechtsfremden „hypothetischen Einwilligung“, einst geschaffen zum Ausbalancieren der zivilprozessualen Darlegungs- und Beweislast (vgl. jetzt § 630h Abs. 2 S. 2 BGB), vor den Augen der strafrechtlichen Vernunft als gescheitert angesehen werden muss.

## II. Friktionen der hypothetischen Einwilligung<sup>16</sup>

Auf eine Übertragung dieser Rechtsfigur hat sich bekanntlich die höchstrichterliche Rechtsprechung in Strafsachen seit der Surbigone-Dübel-Entscheidung<sup>17</sup> festgelegt, dabei allerdings eine Reihe von Fragen (etwa zur dogmatischen Konstruktion als Rechtfertigungs- oder Zurechnungsausschlussgrund auf Rechtfertigungsebene, zur Reichweite und zur Versuchsstrafbarkeit) unbeantwortet gelassen. Geklärt ist seither lediglich, dass sich die (hypothetische) Einwilligung auf eine *lege artis* durchgeführte Behandlung beziehen muss.<sup>18</sup> Ihrer Anwendung soll hingegen weder der Charakter des Eingriffs als Neuland-OP noch eine aktive Täuschung des Arztes zwingend entgegenstehen.<sup>19</sup>

Für eine Anerkennung der hypothetischen Einwilligung wird strafrechtsdogmatisch vor allem angeführt, es fehle – dem Pflichtwidrigkeitszusammenhang entsprechend – an einem dem Täter vorwerfbareren Erfolgsunrecht, sofern der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung (als rechtmäßigem Alternativverhalten) seine Zustimmung zu dem betreffenden Eingriff erteilt hätte. Hierdurch wird allerdings das der Lehre vom rechtmäßigen Alternativverhalten immanente „Reinheitsgebot für die Hypothesenbildung“ missachtet, nach welchem allein das pflichtwidrige durch ein pflichtgemäßes Verhalten des Täters ersetzt werden darf, im Übrigen

---

2013 (1980), S. 371 ff. sowie in: BGH-FG, Bd. IV, 2000, S. 503, 507: „Monokultur der Aufklärung“; für ein individualisierendes Verständnis des informed consent *Duttge*, *Informationes Theologiae Europae* 2015, S. 193 ff.

<sup>15</sup> IdS *Gaede*, *Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung*, 2014, S. 48 ff.; *Rosenau*, in: ders./Hakeri (Hrsg.), *Der medizinische Behandlungsfehler*, 2008, S. 215, 222; *Sternberg-Lieben*, *StV* 2008, 190, 193, in: *Beulke-FS* 2015, S. 299, 308 ff. und *MedR* 2019, 185 ff.; *Valerius*, in: *Hilgendorf/Ida/Sato* (o. Fn 5), S. 119, 128 f.; gegen eine Übernahme der „hypertrophen“ Aufklärungspflichten auch *Leipziger Kommentar (LK)/Grünwald*, *StGB*, 12. Aufl. 2019, § 223 Rn 88.

<sup>16</sup> Die im Abschnitt II. formulierte Kritik an der hypothetischen Einwilligung trägt *Henning Rosenau* nicht mit.

<sup>17</sup> BGH *NStZ* 1996, 34; im Anschluss BGH *NStZ-RR* 2004, 16, 17; *NStZ* 2012, 205, 206; abl. dagegen AG *Mors medstra* 2016, 123 ff.

<sup>18</sup> BGH *NStZ-RR* 2007, 340, 341; s.a. BGH *NStZ* 2004, 442; 2008, 150; 2012, 205 sowie BGHSt 43, 306, 309.

<sup>19</sup> Vgl. BGH *NStZ-RR* 2004, 16, 17; *NJW* 2013, 1688; dazu auch *Sturm*, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht*, 2016, S. 44 f. und *Valerius*, *HRRS* 2014, 22, 23 f.

aber der Sachverhalt unverändert zu belassen ist.<sup>20</sup> Denn im Fall der hypothetischen Einwilligung muss die (mögliche) Zustimmung des Patienten (wegen Bestehens eines „ernsthaften Entscheidungskonflikts“<sup>21</sup>) als ein weiterer Umstand hinzugedacht werden.<sup>22</sup> Es kommt hinzu, dass eine „Verlängerung der tatbestandlichen Erfolgszurechnung in den Bereich der Rechtfertigungsgründe“<sup>23</sup> nicht ohne Weiteres mit der spezifischen Eigenart der unrechtausschließenden Wertungsstufe verträglich ist.<sup>24</sup>

Gegen die Konstruktion eines eigenständigen Rechtfertigungsgrundes ist einzuwenden, dass die Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes (hier: der rechtfertigenden Einwilligung) überhaupt nicht vorliegen.<sup>25</sup> Überdies unterläuft die hypothetische Einwilligung die Subsidiarität der mutmaßlichen Einwilligung. Ganz generell ist der behauptete Gleichlauf mit der zivilrechtlichen Haftungsfreistellung keineswegs zwingend geboten: So zeigt etwa die Versuchsstrafbarkeit, aber auch die Nichtberücksichtigung zivilrechtlicher Rückwirkungsfiktionen im Strafrecht, dass es durchaus Fälle der Strafbarkeit trotz fehlender Schadensersatzpflicht gibt. Im Übrigen handelt es sich bei der Rechtsfigur in ihrem haftungsrechtlichen Kontext nicht um eine materielle Handlungserlaubnis, sondern um eine Beweislastregel: Es fehlt mithin nicht nur an einer gegenläufigen Verhaltensbeurteilung,<sup>26</sup> sondern die prozessrechtlichen Unterschiede sprechen gerade gegen eine Übertragung der hypothetischen Einwilligung in das Strafrecht.

Darüber hinaus sind mit der Rechtsfigur bei der gebotenen fallbezogenen Rekonstruktion des hypothetischen Sachverhalts erhebliche Unsicherheiten konzeptionell vorprogrammiert:<sup>27</sup> Sie ist insbesondere dem sog. Rückschaufehler (hindsight bias)<sup>28</sup> ausgesetzt, weil der in Frage stehende hypothetische Wille des Patienten ex ante hernach durch die (Un-)Zufriedenheit des Patienten mit dem (Miss-)Erfolg der real durchgeführten Behandlungsmaßnahme strukturell verzerrt wird. Auf reine Spekulationen ist der Urteiler verwiesen, wenn der Patient (ggf. durch den Eingriff) verstorben ist und somit als Beweisquelle ausfällt. Diese „augenfälligen Beweisschwierigkeiten“<sup>29</sup> verschärfen sich erheblich im Lichte der strafprozessualen Beweisregeln: Der im Strafprozess geltende Grundsatz in dubio pro reo führt dazu, dass schon in Fällen tat-

---

<sup>20</sup> Z.B. *Saliger*, JZ 2004, 977, 979 f.; im Kontext des Fahrlässigkeitsdelikts BGHSt 49, 1, 5 ff.

<sup>21</sup> BGH NJW 1990, 2928, 2929; 1991, 1543, 1544; 2344, 2345; 1994, 799, 801 et passim.

<sup>22</sup> Vgl. *Jäger*, in: Jung-FS 2007, S. 345, 350 ff.; *Sternberg-Lieben*, MedR 2019, 185, 186.

<sup>23</sup> *Mitsch*, JZ 2005, 713, 717.

<sup>24</sup> Dazu näher *Duttge*, in: Schroeder-FS 2006, S. 179, 185 ff.

<sup>25</sup> Z.B. *Swoboda*, ZIS 2013, 18, 26; s. auch *Saliger*, in: Beulke-FS 2015, S. 257, 266.

<sup>26</sup> LK/*Grünwald* (o. Fn 15), § 223 Rn 108.

<sup>27</sup> *Roxin*, medstra 2017, 129, 131; *Sternberg-Lieben*, MedR 2019, 185, 187.

<sup>28</sup> Dazu aus Sicht der Kognitionspsychologie z.B. *Oeberst*, Rechtswissenschaft 2019, 180 ff. (m.w.N.); zuvor bereits grdl. *Oeberst/Goeckenjan*, Public Policy and Law 2016, 271 ff.

<sup>29</sup> *Fischer* (o. Fn 10), § 223 Rn 34.

sächlicher Zweifel zugunsten des Beschuldigten vom Vorliegen einer hypothetischen Einwilligung ausgegangen werden muss.<sup>30</sup> Selbst bei vorsätzlicher Unterschreitung der Aufklärungsstandards können die hierdurch entstehenden Strafbarkeitslücken nicht durch eine Versuchsstrafbarkeit geschlossen werden, weil bereits das – unwiderlegbar behauptete – ernsthafte subjektive Vertrauen darauf, dass der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung seine Einwilligung erteilt hätte, einen vorsatzausschließenden (Erlaubnistatumstands-)Irrtum begründen würde.<sup>31</sup>

Das gewichtigste Argument gegen eine Anerkennung der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht bildet jedoch die Erkenntnis, dass diese das Selbstbestimmungsrecht des Patienten systematisch unterläuft.<sup>32</sup> Denn sie entwertet den „Goldstandard“ der Patientenautonomie einer hier – anders als bei der (nicht ohne Rechtsgrund subsidiären) mutmaßlichen Einwilligung – ohne Weiteres erreichbaren höchstpersönlichen Einwilligung des aufgeklärten Patienten, indem sie das – bewusste oder versehentliche – Versäumnis des behandelnden Arztes im Nachhinein für „genehmigungsfähig“ erklärt<sup>33</sup> und damit irrelevant werden lässt. Die damit einhergehende Missachtung des Subjektstatus auf Patientenseite und Wiederauferstehung des ärztlichen Paternalismus („doctor knows best“) widerspricht nicht nur eklatant der jüngeren Entwicklung von Medizinrecht und Medizinethik, sondern lässt zugleich strafrechtlich den genuinen Sinn der Körperverletzungsdoktrin (s.u.) per saldo ins Leere gehen. Denn die im ersten Schritt vollzogene Unterstellung auch des Selbstbestimmungsrechts von Patienten unter den Strafrechtsschutz macht die hypothetische Einwilligung im zweiten Schritt wieder rückgängig. Vonnöten ist aber keine simplifizierende Entweder-Oder, sondern eine angemessen differenzierende Lösung jenseits von Hypertrophie oder Nivellierung der persönlichkeitsrechtlichen Entscheidungsbefugnis des Patienten.

### III. Erfahrungen aus Österreich

Eine deliktssystematische Differenzierung ärztlicher Behandlungsmaßnahmen nach ihrer entweder körper- oder freiheitsspezifischen Dimension kennt das österreichische Recht: Hier gilt der Eingriff in die körperliche Unversehrtheit (§ 83 öStGB) bereits dann als gerechtfertigt, wenn er medizinisch indiziert war und lege artis durchgeführt wurde.<sup>34</sup> Auf eine Einwilligung kommt es insoweit nicht an. Eine Missachtung des Selbstbestimmungsrechts von Patienten wird vielmehr eigens und gezielt durch den Sondertatbestand des § 110 öStGB erfasst. Dieser

---

<sup>30</sup> Z.B. *G. Merkel*, JZ 2013, 975, 979; *Saliger*, in: Beulke-FS 2015, S. 257, 262 ff.; *Valerius*, HRRS 2014, 22, 23.

<sup>31</sup> Vgl. BGH NStZ 2012, 205, 206; *Kraatz*, NStZ-RR 2016, 233, 237; *Sternberg-Lieben*, MedR 2019, 185, 187 f.; ausf. *Sturm* (o. Fn. 19), S. 74 ff.

<sup>32</sup> Bereits *Otto*, Jura 2004, 679, 683; *Paeffgen*, in: Rudolphi-FS 2004, S. 187, 209; *Puppe*, GA 2003, 764 ff., 769; s. weiter *Roxin*, medstra 2017, 129, 130; *Sowada*, NStZ 2012, 1, 7.

<sup>33</sup> Vgl. *Roxin*, medstra 2017, 129, 130 f.: „verkappte Genehmigung“.

<sup>34</sup> *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, Strafrecht BT I, 3. Aufl. 2009, S. 41, 81; vgl. auch *Soyer/Schumann*, in: Höpfel/Ratz (Hrsg.), WK-StGB, 2. Aufl. 2016, § 110 Rn 2: „Rechtfertigungsgrund“.

ist gesetzssystematisch folgerichtig im Abschnitt zu den „Übertretungen gegen die persönliche Freiheit“ (§§ 99 ff. öStGB) enthalten; dieser Abschnitt fasst jene Delikte zusammen, bei denen jeweils ein bestimmter Freiheitsaspekt im Mittelpunkt des Schutzzweckes steht. In Bezug auf § 110 öStGB ist es die Willens- und Entscheidungsfreiheit einer jeden in einem medizinischen Kontext „behandelten“ Person, insbesondere das individuelle Verfügungsrecht über den eigenen Körper.<sup>35</sup> Ob die betreffende medizinische Behandlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst objektiv notwendig/angezeigt ist bzw. lege artis durchgeführt wird, ist dabei irrelevant.<sup>36</sup> Maßgeblich für die Beurteilung, ob der Täter sich nach § 110 öStGB strafbar macht, ist allein, ob die medizinische Behandlung mit oder ohne (wirksame) Einwilligung des „Behandelten“ durchgeführt wird. Der Straftatbestand hat folgende normtextliche Gestalt:

### **§ 110 öStGB (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 Anwendung der nötigen Sorgfalt (§ 6) hätte bewußt sein können.*
- (3) Der Täter ist nur auf Verlangen des eigenmächtig Behandelten zu verfolgen.*

Kern des tatbestandlichen Unrechts ist eine (medizinische) Behandlung, die „ohne Einwilligung“ erfolgt. Deliktssystematisch handelt es sich daher um ein Erfolgsdelikt, denn entscheidend ist über die pflichtwidrige Tätigkeit hinaus die Wirkung beim Behandelten, der die von einem anderen bewirkte Behandlung erfährt (selbst wenn der letzte Akt vom Patienten selbst getätigt wird)<sup>37</sup>. Eine wirksame Einwilligung schließt bereits den Tatbestand aus. Hierfür gelten in Bezug auf Zeitpunkt (vor Vornahme der Behandlung)<sup>38</sup>, Manifestation (auch konkludent, aber hinreichend konkretisiert auf den jeweiligen Eingriff)<sup>39</sup>, Befähigung (natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit, Freiheit von relevanten Willensmängeln)<sup>40</sup> und Berechtigung

---

<sup>35</sup> So bereits zu § 499a StG 1937: *Piegler*, VersR 1962, 921, 923.

<sup>36</sup> *Schmoller*, in: Triffiterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum StGB (SbgK), 1997, § 110 Rn 30.

<sup>37</sup> SbgK-*Schmoller*, § 110 Rn 14.

<sup>38</sup> Eine nachträgliche Billigung durch den Patienten wird allerdings i.d.R. mit einem Verzicht auf die Ausübung des Privatanklagerechts (§ 110 Abs. 3 öStGB) verbunden sein.

<sup>39</sup> Vgl. SbgK-*Schmoller*, § 110 Rn 40.

<sup>40</sup> Vgl. SbgK-*Schmoller*, § 110 Rn 45.

die allgemeinen Grundsätze: Zu letzterem ist bei einwilligungsunfähigen Personen auch eine Einwilligungserklärung berechtigter Dritter (Vormund, Sachwalter) denkbar.<sup>41</sup>

Nach Maßgabe des Konzepts vom „informed consent“ umfasst das Einwilligungserfordernis zudem eine vorherige (i.d.R. ärztliche) Aufklärung über Art und Intensität der Behandlungsmaßnahme und über solche Umstände, die gegen eine Behandlung sprechen könnten („Selbstbestimmungsaufklärung“)<sup>42</sup>. Dabei muss der Patient allerdings keine vollständigen Informationen über seinen Krankheitszustand erhalten: Der Umfang der Aufklärung orientiert sich am Zweck, dem Patienten ein eigenes Urteil über die Tragweite und Sinnhaftigkeit der angebotenen Behandlung zu ermöglichen.<sup>43</sup> Dieses Behandlungsangebot wird i.d.R. ein ärztliches sein: Allerdings ist der Tatbestand des § 110 öStGB nicht als Sonderdelikt ausgestaltet, so dass als Täterperson jedermann in Betracht kommt.<sup>44</sup>

Von wesentlicher Bedeutung ist deshalb die Frage, was unter einem „Behandeln“ näher zu verstehen ist: Unumstritten zählen dazu alle Heilbehandlungen im klassischen Sinne: von der Therapie (z.B. Operation), wozu auch die „bloße“ Schmerzlinderung zählt,<sup>45</sup> über diagnostische (z.B. Blutabnahme) bis hin zu vorbeugenden Eingriffen (z.B. Impfung).<sup>46</sup> Dabei ist irrelevant, ob diese letztlich zu einem positiven (Heil-)Erfolg führen. Auch alternative oder Neulandmethoden, die nicht zur Schulmedizin zählen, sind nicht ausgeschlossen.<sup>47</sup> Umstritten ist hingegen, ob auch „Behandlungen“ einbezogen sind, die keinem Heilzweck dienen oder nicht medizinisch indiziert sind, beispielsweise kosmetischer Art. Diese Auffassung wird u.a. damit begründet, dass der Zusatz „zu Heilzwecken“ aus dem früheren § 499a StG vom Gesetzgeber nicht übernommen worden ist und § 110 öStGB nur noch allgemein von einem „Behandeln“ spricht.<sup>48</sup> Mangels Erheblichkeit ausgeschlossen werden aber solche Aktivitäten, die nach derzeitigem Kenntnisstand keinerlei Wirkung hervorrufen können (wie z.B. „Geistheilung“ durch Handauflegen, Pendeln oder Berühren mit einem Rosenkranz).<sup>49</sup> Eine restriktive Auslegung knüpft dagegen am Vorliegen einer medizinischen Indikation (im Sinne einer „medizinischen Vertretbarkeit“) an:<sup>50</sup> Als Konsequenz hieraus sollen – so auch der OGH<sup>51</sup> – alle fremd-

---

<sup>41</sup> Vgl. *Soyer/Schumann*, WK-StGB, § 110 Rn 16.

<sup>42</sup> Die sog. „therapeutischen Aufklärung“ gibt dem Patienten die notwendigen Informationen, die der Patient für seine Mitwirkung („Compliance“) benötigt, um den Behandlungserfolg nicht zu gefährden; sie ist damit Teil der *leges artis*; ihre Verletzung ist nicht für § 110 öStGB relevant, sondern kann eine Strafbarkeit nach den §§ 83 ff. öStGB begründen: *Soyer/Schumann*, WK-StGB, § 110 Rn 19.

<sup>43</sup> Vgl. *SgbK-Schmoller*, § 110 Rn 58.

<sup>44</sup> Unstreitig, vgl. *Fuchs/Reindl-Krauskopf* (o. Fn 34), S. 81.

<sup>45</sup> Vgl. *SgbK-Schmoller*, § 110 Rn 23.

<sup>46</sup> Siehe *Fuchs/Reindl-Krauskopf* (o. Fn 34), S. 82; *Soyer-Schumann*, WK-StGB, § 110 Rn 7.

<sup>47</sup> *Bruckmüller/Schumann*, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4. Aufl. 2010, S. 813, 821: auch „unkonventionelle Behandlungsformen“.

<sup>48</sup> Z.B. *Zipf*, in: *Bockelmann-FS 1979*, S. 577, 580.

<sup>49</sup> *Bruckmüller/Schumann* (o. Fn 47), S. 822.

<sup>50</sup> Siehe *Schmoller*, in: *Mayer-Maly/Prat* (Hrsg.), *Ärztliche Aufklärungspflicht und Haftung*, 1998, S. 75, 95.

<sup>51</sup> Vom 11.9.1984 – 9 Os 121/84 – JBl 1985, 304 ff.; hierzu näher *Schmoller*, JBl 1989, 10, 22.

nützigen Eingriffe wie Organspenden oder wissenschaftliche Versuche aus dem Anwendungsbereich herausfallen. Zur Begründung wird u.a. auf die Überschrift verwiesen, die ausdrücklich von „Heilbehandlungen“ spricht.<sup>52</sup>

Nicht unumstritten ist schließlich die erforderliche Intensität der (Heil-)Behandlung, um vom Anwendungsbereich des § 110 öStGB erfasst zu werden: Sind auch Eingriffe einbezogen, die nicht auf einer medizinischen Indikation beruhen, wird teilweise gefordert, dass diese dem Niveau einer Körperverletzung/Gesundheitsschädigung entsprechen. Dies verlange das Gebot einer Wertungskohärenz mit der Intensitätsschwelle der §§ 83 ff. öStGB.<sup>53</sup> Einem weiten Verständnis zufolge ist jedoch eine körperbezogene Verletzungshandlung gerade nicht erforderlich, sondern können auch rein psychische Einwirkungen wie z.B. im Rahmen von Behandlungsgesprächen relevant sein.<sup>54</sup> Dies resultiere aus der andersartigen Rechtsgutsdimension und vermeide das Entstehen von unerklärlichen Strafbarkeitslücken bei „schlicht“ als unangenehm empfundenen Behandlungen (jenseits der hier eigenen Bagatellgrenze).

Abs. 2 erweitert schließlich auf Basis eines hier implizit anerkannten spezifischen Rechtfertigungsgrundes (Sonderfall der mutmaßlichen Einwilligung<sup>55</sup> für Situationen einer Gefahr im Verzug, sofern kein gegenteiliger Patientenwille bekannt ist)<sup>56</sup> die Strafbarkeit, wenn das Nichtbestehen einer solchen Lage (und damit die Notwendigkeit der Herbeiführung eines informed consent) fahrlässig verkannt wurde. Die vorherrschende Auffassung sieht hierin allerdings keinen eigenständigen Tatbestand der „fahrlässigen Eigenmacht“, sondern eine Sonderregelung zum Erlaubnistatumsirrtum: Nach § 8 öStGB entfällt an sich jedwede Möglichkeit der Bestrafung wegen eines Vorsatzdelikts; diese generelle Rechtsfolgenanordnung habe der Gesetzgeber aber mit § 110 öStGB durchbrochen<sup>57</sup>. Diese Erweiterung des strafbaren Bereiches und zugleich relativ enge Fassung des Rechtfertigungsgrundes soll die Schutzwirkung des Rechts vor eigenmächtiger Behandlung stärken.<sup>58</sup>

Die kriminalpolitische Kritik sieht in der rechtsgutsorientierten Differenzierung der behandlungsbezogenen Pflichtwidrigkeiten und Ausklammerung der eigenmächtigen Heilbehandlung aus dem Anwendungsfeld der Körperverletzungsdelikte einen wesentlichen Vorzug.<sup>59</sup> Auf diese Weise wird auch im Strafrecht unmissverständlich klargestellt, was verfassungs-

---

<sup>52</sup> Vgl. SgbK-Schmoller, § 110 Rn 25; Soyer-Schumann, WK-StGB, § 110 Rn 6, 10.

<sup>53</sup> So SgbK-Schmoller, § 110 Rn 26 f. sowie ders. in: Mayer-Maly/Prat (o. Fn 50), S. 94.

<sup>54</sup> Vgl. Fuchs/Reindl-Krauskopf (o. Fn 34), S. 82; Soyer-Schumann, WK-StGB, § 110 Rn 11; Stellamor/Steiner, Handbuch Arztrecht I, 1999, S. 336.

<sup>55</sup> Vgl. Marek/Tipold, in: Neumayr/Resch/Wallner (Hrsg.), Gemundner Kommentar zum Gesundheitsrecht (GmundK), 2016, § 110 Rn 9; Soyer-Schumann, WK-StGB, § 110 Rn 31.

<sup>56</sup> Bernat, Handbuch FA Medizinrecht, 3. Aufl. 2013, Rn 40.

<sup>57</sup> Vgl. Bernat (o. Fn 56), Rn 42; Bruckmüller/Schumann (o. Fn 47), S. 836; Fuchs/Reindl-Krauskopf (o. Fn 34), S. 88; SgbK-Schmoller, § 110 Rn 74.

<sup>58</sup> Bruckmüller/Schumann (o. Fn 47), S. 830.

<sup>59</sup> Z.B. SgbK-Schmoller, § 110 Rn 17.

rechtlich nicht mehr zu bestreiten ist: dass der Patientenwille die Behandlungsoptionen verbindlich begrenzt. Fehlt es überdies an der medizinischen Indikation oder an der fehlerfreien Durchführung, so kommen Körperverletzungsdelikt und § 110 öStGB wegen der Verschiedenheit der betroffenen Rechtsgüter nach vorherrschender Sichtweise nebeneinander zur Anwendung.<sup>60</sup> Für den Behandler besteht außerdem der weitere Vorteil, dass § 110 öStGB in der Rechtsfolge eine doppelte Besserstellung mit sich bringt: Es ist die Strafandrohung milder und können die körperverletzungsbezogenen Qualifikationstatbestände von vornherein nicht zur Anwendung kommen. Mit Blick auf die besondere Risikoträchtigkeit ärztlichen Handelns kann man diese Sonderbewertung durchaus als gerechtfertigt ansehen.<sup>61</sup> Die konkrete Tatbestandsfassung weist allerdings mit dem unbestimmten Begriff der „Behandlung“ erhebliche Unschärfen auf. Zudem gilt prozessrechtlich nicht das Offizialprinzip, sondern muss das Opfer gem. § 110 Abs. 3 öStGB eine Privatanklage betreiben. Weil den Privatankläger das Kostenrisiko trifft, er selbst für die Beweisermittlung zuständig ist (§ 71 Abs. 1 S. 2 öStPO) und das Recht zur Privatanklage gem. § 72 Abs. 2 S. 2 öStPO durch „Verzicht“ und „Verzeihung“ erlischt, dürfte darin der maßgebliche Grund dafür zu finden sein, dass der Tatbestand jenseits seiner u.U. generalpräventiven Wirkung (sowie als Anknüpfungspunkt für eine schadensersatzrechtliche Haftung) jedenfalls in der Verurteiltenstatistik keine praktische Relevanz erkennen lässt.<sup>62</sup> Deshalb wird de lege ferenda eine Ausgestaltung als Antrags- oder Ermächtigungsdelikt gefordert, so dass bei Versterben des Opfers auch Erben eine Strafverfolgung von Amts wegen auslösen können.<sup>63</sup>

#### IV. Zum gescheiterten Gesetzentwurf des 6. StrRG 1998

Wer aus den vorstehend benannten Gründen einen Sondertatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung zu konzipieren beabsichtigt, sollte aus den Erfahrungen des österreichischen<sup>64</sup>, aber auch aus dem gescheiterten Reformvorschlag im Vorfeld des 6. StrRG 1998 lernen. Hiermit wollte seinerzeit das Bundesjustizministerium bekanntlich schon einmal – und nicht zum ersten Mal (vgl. § 279 E 1911, § 313 E 1919, § 235 Radbruch-E 1922, § 238 E 1925, § 281 E 1927/1930, § 162 E 1960 und § 162 E 1962; s. auch § 123 Abs. 1 AE 1970)<sup>65</sup> – die

---

<sup>60</sup> So *Bruckmüller/Schumann* (o. Fn 47), S. 823; *Kienapfel/Schroll*, BT I, 13, Aufl. 2009, § 110 Rn 7, 41; a.A. *SgbK-Schmoller*, § 110 Rn 197: Subsidiarität des § 110 öStGB.

<sup>61</sup> Vgl. *Zipf*, in: *Bockelmann-FS 1979*, S. 577, 578; krit. zur Höhe der Strafandrohung allerdings *SgbK-Schmoller*, § 110 Rn 18.

<sup>62</sup> Die amtliche Statistik weist auch für das Jahr 2019 – wie bereits für die Vergangenheit – keine einzige Verurteilung auf: [http://www.statistik.at/web\\_de/statistiken/menschen\\_und\\_gesellschaft/soziales/kriminalitaet/index.html](http://www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/soziales/kriminalitaet/index.html).

<sup>63</sup> *Bruckmüller/Schumann* (o. Fn 47), S. 837; *Ebert*, Die eigenmächtige Heilbehandlung (§ 119 StGB) als überkommene Strafbestimmung?, 2019, S. 16; s. auch *Lewisch*, Strafrecht BT I, 1997, S. 113: „Der Täter hat Glück, wenn das Opfer verstirbt“.

<sup>64</sup> Weiterreichender rechtsvergleichender Blick bei *Eser*, in: *Hirsch-FS 1999*, S. 465, 470 ff.

<sup>65</sup> Zu den jeweiligen konkreten Normtexten siehe *Riegger*, Die historische Entwicklung der Arzthaftung, 2007/08, S. 99 ff., 153 ff., 157 ff., 160 ([https://epub.uni-regensburg.de/10597/1/Finale\\_Version\\_21.10.07.pdf](https://epub.uni-regensburg.de/10597/1/Finale_Version_21.10.07.pdf)).

alte Streitfrage per gesetzgeberischen Akt klären und dabei die sachwidrige Klassifizierung des Heileingriffs als Körperverletzung beseitigen. Der konkret vorgeschlagene Tatbestand hatte folgenden Normtext (§ 229 StGB-RefE)<sup>66</sup>:

- (1) *Wer ohne wirksame Einwilligung bei einer anderen Person einen körperlichen Eingriff oder eine andere deren körperliche Integrität oder deren Gesundheitszustand nicht nur unwesentlich beeinflussende Behandlung vornimmt, um bei ihr oder ihrer Leibesfrucht vorhandene oder künftige körperliche oder seelische Krankheiten, Schäden, Leiden, Beschwerden oder Störungen zu erkennen, zu heilen, zu lindern oder ihnen vorzubeugen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. § 226 gilt sinngemäß.*
- (2) *In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn die Behandlung*
  1. *der Erprobung einer neuen Behandlungsmethode dient, ohne daß dies im Interesse der behandelten Person oder ihrer Leibesfrucht geboten ist, oder*
  2. *unter Abwägung des mit ihr verfolgten Zwecks und einer mit ihr für die behandelte Person verbundenen Gefährdung nicht verantwortet werden kann.*
- (3) *Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, daß*
  1. *sie unter den in Absatz 2 Satz 2 genannten Voraussetzungen begangen ist oder*
  2. *die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.*

Die hiergegen erhobene – vielstimmige – Kritik monierte sehr zu Recht die inkonsequente deliktssystematische Einordnung in den Kontext der Körperverletzungsdelikte,<sup>67</sup> aber auch den Umstand, dass mit dem negativen Tatbestandsmerkmal der fehlenden „wirksamen Einwilligung“ der problematische Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht und damit der neuralgische Punkt jeder Gesetzesregelung zur eigenmächtigen Heilbehandlung (in fraglicher Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot, Art. 103 Abs. 2 GG) unverändert in das Strafrecht übernommen werden sollte.<sup>68</sup> In diesem Licht weckte zudem die eher vage tatbestandliche Grenzziehung anhand des Kriteriums der „Unwesentlichkeit“ in Bezug auf sonstige, nichtinvasive gesundheitsrelevante „Behandlungen“ erhebliche Bedenken.<sup>69</sup> Zudem kann man fragen, ob insoweit – jenseits von invasiven (die Integrität verletzenden) medizinischen Eingriffen –

<sup>66</sup> Hier zit. nach Freund, ZStW 109 (1997), 455, 465 f.

<sup>67</sup> Z.B. Hirsch, in: Zipf-FS 1999, S. 353, 363; Meyer, GA 1998, 415, 423.

<sup>68</sup> Treffend Müller, DRiZ 1998, 155, 159; s. auch Eser, in: Hirsch-FS 1999, 465, 483 und Schreiber, in: Hirsch-FS 1999, S. 713, 720 f., der zudem eine Hochzonung vermeidbarer ärztlicher Irrtümer über die Reichweite der Aufklärungspflicht von der bislang fahrlässigen Körperverletzung zu einem Vorsatzdelikt befürchtet.

<sup>69</sup> So Cramer, in: Lenckner-FS 1998, S. 761, 767; Schreiber (ebd.).

überhaupt ein Strafbedürfnis besteht.<sup>70</sup> Das praktisch bedeutsame Konkurrenzproblem zu den Körperverletzungsdelikten fand sich im vorgeschlagenen Gesetzestext selbst nicht gelöst;<sup>71</sup> soweit naheliegenderweise aber insoweit eine Verantwortlichkeit nach den §§ 223 ff. StGB ausgeschlossen bleiben sollte, genügt jedenfalls eine bloß subjektive Heilabsicht nicht.<sup>72</sup> Ungereimt wirkte außerdem – rechtsfolgenbezogen – die Wahl eines mit der Körperverletzung identischen Strafrahmens, als handle es sich bei der sachgerechten Typisierung des betreffenden Unrechts letztlich doch nur um eine quantité négligeable. Weitere Einwände betrafen die gesteigerte Pönalisierung von Neulandmethoden und wissenschaftlich motivierter Behandlungsversuche in Abs. 2.<sup>73</sup>

Daraus kann ohne Weiteres auf die besondere Herausforderung geschlossen werden, die das Vorhaben einer Neuregelung der eigenmächtigen Heilbehandlung im Einzelnen mit sich bringt. An der Verantwortung des Gesetzgebers, auch hierzu eine sachgerechte Regelung als Grundlage für die Rechtspraxis bereitzustellen, ändert sich dadurch allerdings nichts. Im unmittelbaren Nachgang zu dem letzten gescheiterten Reformvorschlag konnte noch gemutmaßt werden, dass sich die Rechtspolitik auf einen weiteren Versuch nicht mehr so schnell einlassen dürfte.<sup>74</sup> Inzwischen sind aber nicht nur mehr als 20 Jahre vergangen, in denen sich die Folgeprobleme einer kompensatorischen Übernahme der hypothetischen Einwilligung immer deutlicher offenbarten, sondern hat der Gesetzgeber mit der Verabschiedung des Patientenrechtegesetzes 2013<sup>75</sup> klar zum Ausdruck gebracht, wie sehr ihm an einer unmittelbaren Stärkung des Selbstbestimmungsrechts von Patienten und an der notwendigen Transparenz des rechtlichen Rahmens zwecks Gewähr von Rechtssicherheit gelegen ist.<sup>76</sup> An der gegenwärtigen, nur mittelbaren, methodenunehrlichen<sup>77</sup> Sicherung des Patientenwillens im Strafrecht festzuhalten sollte daher im Lichte des hier doch eigentlich strengeren Transparenzgebotes (Art. 103 Abs. 2 GG) keine Option mehr sein.<sup>78</sup> Erinnerung sei an Arthur Kaufmanns Bemerkung, dass „der so dringend notwendige Tatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung längst in unser Strafgesetzbuch aufgenommen worden“ wäre, hätte die Rechtsprechung nicht zwecks Schließung der drohenden Strafbarkeitslücke der Versuchung nachgegeben, auf den

---

<sup>70</sup> Zweifelnd *Schroeder*, Besondere Strafvorschriften gegen Eigenmächtige und Fehlerhafte Heilbehandlung?, 1998, S. 31; demgegenüber *Freund*, ZStW 109 (1997), 455, 478, wonach das Selbstbestimmungsrecht von Patienten „umfassenden [gemeint: auch strafrechtlichen] Schutz“ erfahren müsse.

<sup>71</sup> Vgl. etwa *Hirsch*, in: *Zipf-GS* 1999, S. 353, 367.

<sup>72</sup> Vgl. *Cramer* (o. Fn 69); *Freund*, ZStW 109 (1997), 455, 477; *Schroeder* (Fn 70), S. 39 ff.

<sup>73</sup> *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 7. Aufl. 2014, Rn 739; mit anderer Zielrichtung ebenfalls krit. *Katzenmeier*, ZRP 1997, 156, 159.

<sup>74</sup> I.d.S. LR/*Lilie*, 11. Aufl. 2005, Vor §§ 223 ff. Rn 6.

<sup>75</sup> Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten v. 20.2.2013 (BGBl. I, 277).

<sup>76</sup> BR-Drucks. 312/12, S. 1 ff.

<sup>77</sup> *Katzenmeier*, ZRP 1997, 156, 161, dort auch zu den zwar erheblichen, aber keineswegs per se negativen Folgewirkungen im zivilistischen Arztrecht.

<sup>78</sup> So bereits nachdrücklich *Bockelmann*, ZStW 93 (1981), 105, 114 f.

Körperverletzungstatbestand auszuweichen.<sup>79</sup> Ein selbstzufriedener Verweis auf die „gefes- tigte höchstrichterliche Rechtsprechung“ käme daher einem Offenbarungseid gleich.

Generell begegnen auf dem Weg zu einer Kodifizierung der eigenmächtigen Heilbehandlung eine Reihe klärungsbedürftiger Fragen: Soll der sachliche Anwendungsbereich auf Heilein- griffe beschränkt sein oder im Lichte des weiterreichenden Selbstbestimmungsrechts von Pa- tienten auch nichtinvasive Behandlungen einbeziehen, dann allerdings mit dem erwartbaren Folgeproblem nach angemessener Begrenzung auf den strafwürdigen Bereich? Geht es um ein Sonderstrafrecht für Ärzte/Innen oder aber – aus Patientenperspektive – um einen Tatbe- stand, der an jeden potentiellen (rechtsgutsrelevanten) Schädiger adressiert ist? Vor allem aber: Wie lässt sich die „Eigenmacht“ als zentrales Unrechtsmerkmal hinreichend bestimmt kennzeichnen bzw. umgekehrt das gebotene Maß an ärztlicher Aufklärung als Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung auf ein angemessenes Maß begrenzen? Und schließlich muss auch das Konkurrenzverhältnis zu den Körperverletzungsdelikten für die Rechtsanwendung hinreichend klar entschieden sein.

## **V. Gesetzesvorschlag mit Erläuterungen**

### **§ 241b StGB [Eigenmächtige medizinische Eingriffe]**

- (1) Wer einen medizinischen Eingriff an dem Körper einer anderen Person vornimmt, ohne dass die Person zuvor über den Nutzen und die gesundheitlichen Risiken des Eingriffs sowie über in Betracht kommende Alternativen aufgeklärt wurde und ihre Einwilligung hierin erklärt hat, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*
- (2) Hat der Täter leichtfertig nicht erkannt, dass die andere Person nicht hinreichend auf- geklärt wurde oder dass sie nicht eingewilligt hat, wird er mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*
- (3) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält. Stirbt die verletzte Person, so geht das Antragsrecht nach § 77 Abs. 2 auf die Angehörigen über.*

### **§ 223 StGB [Körperverletzung]**

- (1) ...
- (2) ...

---

<sup>79</sup> Arthur Kaufmann, ZStW 73 (1961), 341, 374.

(3) Die Vorschrift ist auf medizinische Eingriffe an dem Körper einer Person, die nach den allgemein anerkannten fachlichen Standards vorgenommen wurde, nicht anwendbar. § 241b bleibt unberührt.

Dieser Gesetzesvorschlag folgt der Maxime, dass sich die formell-rechtliche Tatbestandsmäßigkeit an der jeweils einschlägigen rechtsgutsspezifischen Unrechtsdimension auszurichten hat. Das Unrecht einer Missachtung des patientenseitigen Selbstbestimmungsrechts („Patientenautonomie“) unterscheidet sich jedoch grundlegend von demjenigen einer Verletzung der (i.d.R. ärztlichen) Behandlungsregeln. Letztere wollen den Patienten (bei bestmöglicher Hilfeleistung) vor Schaden bewahren, sind mithin dem Prinzip des Non-maleficence<sup>80</sup> und dem Streben nach größtmöglicher Patientensicherheit<sup>81</sup> verpflichtet; ersteres bezweckt hingegen die Anerkennung des Patienten als „Person“, die dem Einzelnen in Konkretisierung der Idee eigenverantwortlicher Persönlichkeitsentfaltung<sup>82</sup> und in Abwehr herabwürdigender Zwangsbehandlung das Letztentscheidungsrecht über Therapieangebote nach Maßgabe der je eigenen wertbezogenen Richtigkeitsvorstellungen<sup>83</sup> garantiert. Eine Missachtung der Patientenautonomie trifft daher nicht die biologische, sondern die persönlichkeitsrechtliche Dimension des Menschen; im Lichte des normativen Achtungsanspruchs einer jeden Person (in eigenen Angelegenheiten)<sup>84</sup> verlangt diese nach (straf-)rechtlichem Schutz nicht bloß als „Anhängsel“ einer paternalistischen Arztrolle<sup>85</sup>, sondern kraft eigenen Rechts.

Die Erfahrungen aus Österreich wie auch die Kritik an § 229 StGB-RefE 1997 zeigen jedoch, dass die – rechtsgutsbezogen an sich naheliegende – Ausdehnung des Strafrechtsschutzes auf jedwede ärztliche Eigenmacht bei allen denkbaren Formen einer medizinischen „Behandlung“ i.w.S. erhebliche Unsicherheiten in der tatbestandlichen Grenzziehung nach sich zöge und im Übrigen aufgrund der Heterogenität der Fallgestaltungen kaum dem Ultima-Ratio-Prinzip gerecht würde. Von einer hinreichenden Strafwürdigkeit ist jedoch dann auszugehen, wenn der unautorisierte Umgang mit dem Patienten nicht im Verbalen oder Äußerlichen bleibt, sondern gemessen an dessen körperliche Integrität Eingriffscharakter gewinnt. Insoweit findet sich im

---

<sup>80</sup> Grdl. *Beauchamp/Childress*, Principles of Biomedical Ethics, 7. Aufl. 2013, S. 150 ff.

<sup>81</sup> Zu Begriff und jüngere Entwicklung der rechtlichen Instrumente näher *Hart*, MedR 2019, 509 ff. (m.w.N.).

<sup>82</sup> Vgl. zuletzt BVerfG MedR 2020, 563 ff.

<sup>83</sup> Statt vieler nur *Mackenzie*, in: Journal of Social Philosophy 2008, 51: „Autonomy confers normative authority over one’s life, the authority to make decisions of practical importance to one’s life, for one’s own reasons, whatever those reasons might be“.

<sup>84</sup> Zum Verständnis von Autonomie als normativ-praktische „Autorität“ näher *Seidel*, DZPhil 59 (2011), 897 ff.

<sup>85</sup> Treffend *Hart*, in: Heinrichs-FS 1998, S. 291, 310; ebenso *Katzenmeier* (o. Fn 14), S. 120 f.: für einen Wechsel des zivilistischen Haftungsregimes zugunsten der „persönlichkeitsrechtlichen Betrachtung“ plädierend.

Strafrecht bereits – im Kontext des § 81a Abs. 1 S. 2 StPO – ein etabliertes Begriffsverständnis,<sup>86</sup> an das sich nahtlos anknüpfen lässt. Solange die Psyche des Menschen (jenseits der Nötigung und der nur punktuell relevanten §§ 171, 225 Abs. 1 Var. 1, 238, 241 StGB) keinen eigenständigen umfänglichen Integritätsschutz erfährt,<sup>87</sup> wäre es deliktssystematisch widersprüchlich, ungewollte Eingriffe in die Psyche in der Sonderlage des Arzt-Patienten-Verhältnisses ohne korrespondierenden allgemeinen Straftatbestand (analog zur körperlichen Integrität nach den §§ 223 ff. StGB) in den Strafrechtsschutz einzubeziehen.

Der in § 241b StGB-E somit fortbestehende Körperlichkeitsbezug macht eine Klärung des Konkurrenzverhältnisses zu den §§ 223 ff. StGB unausweichlich; dies sollte um der Rechtsklarheit willen – anders als mit § 229 StGB-RefE 1997 geschehen – ausdrücklich im Gesetz erfolgen. Der Reformvorschlag (§ 223 Abs. 3 StGB-E) folgt der vorherrschenden Auffassung in der Rechtslehre, wonach die Durchführung medizinischer Behandlungen unter Wahrung der hierfür geltenden (ärztlichen) Behandlungsregeln (Formulierung nach dem Vorbild des § 630a Abs. 2 BGB unter Verzicht auf den nicht sachgerechten Rekurs auf die „ärztliche Kunst“)<sup>88</sup> schon nicht als „körperliche Misshandlung“ bzw. „Gesundheitsschädigung“ im Sinne des § 223 Abs. 1 StGB zu bewerten ist. Diese Klassifizierung verschafft dem neuen Straftatbestand des § 241b StGB-E erst die notwendige Relevanz: Verstünde sich jeder Heileingriff weiterhin als Körperverletzung nach § 223 StGB, wie dies insbesondere der derzeitigen Rechtsprechung entspricht, liefe eine neue Vorschrift über „Eigenmächtige medizinische Eingriffe“ ins Leere. Die mit der neuen Strafnorm einhergehende (doppelte) Privilegierung (hinsichtlich des Strafmaßes und der Unanwendbarkeit der Körperverletzungsqualifikationen) ist angesichts der rechtsgutsspezifischen „Gefahrgeneigtheit“ der humanmedizinischen (insbesondere ärztlichen) Berufstätigkeit gerechtfertigt. Verletzt der Behandler jedoch sowohl die berufsspezifischen (ärztlichen) *leges artes* als auch das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, so konkurrieren das Freiheits- und das Körperverletzungsdelikt tateinheitlich.

In tatbestandlicher Hinsicht erspart § 241b StGB-E dem Rechtsanwender zugleich eine – mitunter nicht leichte – Grenzziehung zwischen rein therapeutischen (Heil-)Eingriffen und solchen, die – sei es am kranken oder am gesunden Probanden – auch oder sogar ausschließlich dem medizinischen Erkenntnisinteresse dienen (sog. therapeutische oder wissenschaftliche Versuche/Studien)<sup>89</sup>. Aus der Perspektive des Rechtsgüterschutzes wäre es unverständlich,

---

<sup>86</sup> Z.B. MüKo-StPO/Trück, § 81a Rn 11: „...wenn unter Zufügung auch nur geringfügiger Verletzungen in das haut- und muskelumschlossene Innere des Körpers eingedrungen wird, um Körperbestandteile, insbesondere Körperzellen, Blut, Liquor, Samen, Harn, Speichel, zu entnehmen oder dem Körper Stoffe zuzuführen“.

<sup>87</sup> Dazu näher *Bublitz*, RW 2011, 28 ff.; *Knauer*, Der Schutz der Psyche im Strafrecht, 2013; *Steinberg*, Strafe für das Versetzen in Todesangst. Psychische Gesundheit als strafrechtliches Rechtsgut, 2015.

<sup>88</sup> Dazu bereits unmissverständlich *Schreiber*, in: *Gentner* (Hrsg.), Der medizinische Sachverständige, 1976, S. 71 ff.; s. auch *Deutsch/Spickhoff* (o. Fn 73), Rn 295; aber auch – überraschenderweise – § 1631d BGB mit berechtigter Kritik *Spickhoff*, FamRZ 2013, 337, 340 f.

<sup>89</sup> Zur uneinheitlichen Terminologie z.B. *Duttge*, in: *Deutsch/Schreiber/Spickhoff* u.a. (Hrsg.), Die Implementierung der GCP-Richtlinie und ihre Ausstrahlungswirkungen, 2011, S. 77, 91 ff.; s. auch *Deutsch/Spickhoff* (o. Fn 73), Rn 1294 ff., 1308 ff.

eigenmächtige Forschungseingriffe sanktionslos zu belassen, zumal sich therapeutisches und Erkenntnisinteresse in vielen Konstellationen (z.B. bei klinischen Arzneimittelprüfungen an Erkrankten) ohnehin überlappen. Der Fokus auf „medizinische“ (körperliche) Eingriffe (anstelle „therapeutische“) bezieht den Bereich der klinischen Forschung insgesamt mit ein und erübrigt eine umständliche Aufzählung möglicher medizinischer Handlungsfelder oder Zwecke (siehe dagegen § 229 Abs. 1 StGB-RefE). Diese Erweiterung des Anwendungsbereiches sollte abweichend von der bisherigen Tradition („Heilbehandlung“) schon in der Gesetzesüberschrift klar zum Ausdruck kommen, damit sich evtl. Kontroversen in der Auslegung des Gesetzesinhalts (wie zu § 110 öStGB)<sup>90</sup> von vornherein erübrigen.

Der entscheidende Vorzug des vorgeschlagenen § 241b StGB-E gegenüber früheren Reformentwürfen,<sup>91</sup> aber auch im Vergleich zu § 110 öStGB liegt darin, dass er die Reichweite des Straftatbestandes nicht hinter dem (negativen) Einwilligungszug versteckt, sondern durch (positive) Benennung der die Patientenautonomie konstituierenden (ärztlichen) Aufklärungspflicht („informed consent“) direkt benennt und zugleich kriminalpolitisch angemessen begrenzt. Abweichend von dem wesentlich stärker ausufernden Pflichtenbündel des Behandlungsvertragsrechts (§§ 630c, 630e BGB) konkretisiert der Gesetzentwurf dasjenige, was bereits in den vergangenen Jahren in der medizinstrafrechtlichen Lehre verstärkt gefordert wird: eine Reduktion der strafrechtlichen Relevanz von Aufklärungsfehlern zugunsten eines „limitiert akzessorischen Medizinstrafrechts“<sup>92</sup>. Der Grundgedanke ist, die Missachtung der Patientenautonomie nur in einem rechtsgutsspezifischen Kernbereich strafrechtlich zu sanktionieren; soweit hierzu die tradierte Formel von der „Grundaufklärung“<sup>93</sup> bzw. einer solchen „im Großen und Ganzen“<sup>94</sup> wiederbelebt werden soll,<sup>95</sup> bleibt die nähere Grenzziehung allerdings diffus. Die Ausrichtung des neuen Tatbestandes auf „medizinische Eingriffe“ legt es nahe, den strafrechtlich relevanten Aufklärungsumfang auf dasjenige zu begrenzen, was für die selbstbestimmte Teilhabe des Patienten (oder Probanden) von essentieller Bedeutung ist: eine annäherungsweise Abschätzbarkeit von Nutzen und Risiko des Eingriffs in Abwägung zu eventuellen Behandlungsalternativen.

Soweit letztere zum Teil ausgenommen werden, weil sie „nichts zum Verständnis der konkret vorgeschlagenen ... Behandlung“ beitragen,<sup>96</sup> dürfte dies den Eingriffsbezug zu eng begrei-

---

<sup>90</sup> Siehe o. bei Fn 52.

<sup>91</sup> Zu diesen im Einzelnen *Riegger* (o. Fn 65).

<sup>92</sup> So der Titel der Schrift von *Gaede* (o. Fn 15); s. auch schon *Rosenau*, in: ders./Hakeri (Hrsg.), *Der medizinische Behandlungsfehler*, 2008, S. 215 ff.; *Valerius* (o. Fn 5), S. 119, 128 f.; treffend *Sternberg-Lieben*, *MedR* 2019, 185, 188: „Eine strafbarkeitsbegründende Orientierung an der außerstrafrechtlichen Verhaltensordnung des Zivilrechts kommt nur dann in Betracht, wenn sie auch unter dem Blickwinkel strafbewehrten Rechtsgüterschutzes als angemessene Freiheitsverteilung begriffen werden kann“.

<sup>93</sup> Vgl. BGH NJW 2011, 1088, 1089.

<sup>94</sup> Z.B. BGH NJW 1972, 335, 336; 1989, 1533, 1534; 1994, 793, 794; BGHZ 168, 103, 108.

<sup>95</sup> Z.B. *Wiesner* (o. Fn 4), S. 144 f.

<sup>96</sup> *Gaede* (o. Fn 15), S. 65.

fen, weil menschliches (rationales) Entscheiden herkömmlicherweise in zielorientierter Abwägung zwischen Handlungsoptionen<sup>97</sup> stattfindet. Ob dem Aufklärungsadressaten Risiken und Nutzen wenigstens im hinreichenden Minimum klar vor Augen standen, wird sich mitunter nicht eindeutig feststellen lassen; richtig ist daher der Hinweis, dass die strafrechtliche Relevanz erst dort einsetzen kann, wo der Aufklärungsmangel eindeutig (evident) ist.<sup>98</sup> Allerdings ergibt sich dies bereits aus dem Zweifelssatz und erfordert keine explizite Benennung im Tatbestand. Einer weiteren Beschränkung auf „besonders gravierende“ Aufklärungspflichtverletzungen<sup>99</sup> bedarf es hingegen nicht, wenn die Strafandrohung hinsichtlich des subjektiven Tatumrechts ohnehin nur bei vorsätzlicher und leichtfertiger (Abs. 2) Begehung relevant wird. Musste sich dem Behandler das Versäumnis einer hinreichenden Aufklärung bzw. Einwilligung des Patienten in der Eingriffssituation nicht aufdrängen,<sup>100</sup> sondern konnte er nach Maßgabe der vorherrschenden Abläufe von einer informierten Zustimmung ausgehen, so scheidet eine leichtfertige Tatbegehung aus. Bei einwilligungsunfähigen Patienten bezieht sich das Aufklärungs- und Zustimmungserfordernis auf den zu dessen Stellvertretung „Berechtigten“ (§§ 630d Abs. 1 S. 2, 1901a Abs. 2, 5 BGB: Gesundheitsbevollmächtigter oder Betreuer), sofern es sich nicht um eine „unaufschiebbare Maßnahme“ handelt (§ 630d Abs. 1 S. 4 BGB); diese allgemeinen Regeln sind der Strafnorm gegen eigenmächtige medizinische Eingriffe vorgelagert.

Das relative Strafantragserfordernis (Abs. 3) bildet einen praxisgerechten Kompromiss, um mit Rücksicht auf die große Zahl an täglich stattfindenden medizinischen Eingriffen eine übermäßige Belastung der Strafjustiz zu unterbinden. Die Höchstpersönlichkeit des in Rede stehenden Rechtsguts wird die Durchführung eines Strafverfahrens regelmäßig als entbehrlich erscheinen lassen, wenn die verletzte Person selbst kein Interesse hieran bekundet. Die hohe Wertigkeit des Rechtsguts legt es andererseits aber nahe, den Strafverfolgungsbehörden die Einleitung von Ermittlung bei gravierenden Taten, an deren Aufklärung ein erhebliches Allgemeininteresse besteht, von Amts wegen zu ermöglichen. Dies steht in Parallele zu den behandlungsfehlerhaft verübten Heileingriffen (vgl. § 230 Abs. 1 StGB, Nr. 234 RiStVB) und verhindert, dass der neue Straftatbestand rechtspraktisch bedeutungslos bleibt.<sup>101</sup>

---

<sup>97</sup> Statt vieler nur *Laux*, Entscheidungstheorie, 4. Aufl. 1998, S. 3.

<sup>98</sup> So insbesondere *Sternberg-Lieben*, MedR 2019, 185, 191 („zweiter Filter“).

<sup>99</sup> *Sternberg-Lieben*, in: Beulke-FS 2015, S. 299, 311: „entsprechend zur groben Fahrlässigkeit“.

<sup>100</sup> Näher zum strafrechtlichen Leichtfertigkeitbegriff: *Steinberg*, ZStW 131 (2019), 888, insbes. 910 ff., 953 ff.; zuvor auch schon *Radtke*, in: Jung-FS 2007, S. 737 ff.; s. auch *MK/Duttge*, 4. Aufl. 2020, § 15 Rn 190 ff.

<sup>101</sup> Zur unbefriedigenden Situation in Österreich siehe o. bei Fn 62 f.