

## Arztstrafrecht

### **Leseprobe: S. 1-10 (Die eigenmächtige Behandlung als Körperverletzung)**

**Autor:** Dr. iur. Th. Alexander Peters, u.a.  
Kanzlei Dr. Peters & Partner

**Verlag:** Verlag C.H. Beck

#### **Erreichbarkeiten:**

##### **Kanzlei Koblenz**

Firmungstr. 38 / Jesuitenplatz  
56068 Koblenz

Tel.: 0261-133378-0  
Fax.: 0261-133378-5

##### **Kanzlei Düsseldorf**

Kapellstraße 6  
40479 Düsseldorf

Tel.: 0211-3015956  
Fax.: 0211-3021937

##### **Kanzlei Köln**

Stadtwaldgürtel 13  
50935 Köln

Tel.: 0221-940604-0  
Fax.: 0221-940604-5

##### **Kanzlei Berlin**

Nürnberger Straße 20  
10789 Berlin

Tel.: 030-34663097-8  
Fax.: 030-34663097-9

##### **Kanzlei Frankfurt**

Brüder-Grimm-Str. 13  
60314 Frankfurt

Tel.: 069-2691355-6  
Fax.: 069-2691355-7

##### **Kanzlei München**

Seitzstraße 8  
80538 München

Tel.: 089-4111847-11  
Fax.: 089-4111847-12

# 1. Kapitel. Strafbewehrtes Verhalten im Rahmen von Diagnostik, Therapie und Nachsorge

## A. Die eigenmächtige Behandlung als Körperverletzung

### I. Der Tatbestand der Körperverletzung

#### § 223 StGB

- (1) Wer eine andere Person körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Nach ständiger Rechtsprechung<sup>1</sup> ist jede mit einer auch nur vorübergehenden Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens oder der körperlichen Unversehrtheit des Patienten verbundene ärztliche Behandlung eine körperliche Misshandlung im Sinne des § 223 StGB. Strafrechtlich bedarf damit nahezu jede ärztliche Behandlung einer Rechtfertigung, die sich nicht schon aus ihrer medizinischen Indikation, sondern erst aus der Einwilligung des Patienten ergibt (vgl. zu dieser unter A III u. IV). Ohne eine wirksame Einwilligung des behandelten Patienten wird – sofern nicht ausnahmsweise ein anderer Rechtfertigungsgrund eingreift (vgl. dazu unter A V u. VI) – auch ein medizinisch indizierter und im Ergebnis erfolgreicher Heileingriff von den Strafgerichten als rechtswidrige Körperverletzung bewertet.

Dies stößt nicht nur bei vielen Ärzten auf Unverständnis, sondern ist auch in der Rechtswissenschaft „als Gleichstellung des Arztes mit dem Messerstecher“<sup>2</sup> kritisiert worden. Ungeachtet der mehr als hundertjährigen Rechtsprechungstradition steht ein erheblicher Teil der Literatur auch heute noch auf dem Standpunkt, dass zumindest ein medizinisch indizierter und lege artis durchgeführter Heileingriff nicht den Tatbestand der Körperverletzung verwirklicht.<sup>3</sup> Der gegenteiligen Wertung

<sup>1</sup> Seit RGSt 25, 375, 382; vgl. etwa BGHSt 11, 111, 112; BGH NStZ 1996, 34 und dazu *Ulsenheimer* NStZ 1996, 132 f.; BGHSt 45, 219, 221; BGH NStZ 2004, 442; NStZ-RR 2007, 340, 341; NStZ 2008, 278, 279.

<sup>2</sup> *Bockelmann*, Strafrecht des Arztes, S. 62; Vgl. auch *ders.* NJW 1961, 945, 946; *ders.* JZ 1962, 525, 529.

<sup>3</sup> Ausführliche Darstellung in *LK-Lilie*, Vor § 223 Rn. 3 ff. m.w.N.; vertiefend zur aktuellen Diskussion vgl. *Riedelmeier*, Ärztlicher Heileingriff und allgemeine Strafrechtsdogmatik, S. 17 ff.

der Rechtsprechung liege eine nicht zu rechtfertigende Aufspaltung des zu beurteilenden Lebenssachverhaltes zu Grunde. Die Bewertung der einzelnen körperlichen Auswirkungen der ärztlichen Behandlung unter Ausblendung des Heilungsziels sei „nicht viel sinnvoller als der Versuch, das Wesen einer Verbalbeleidigung auf die Erzeugung von Schallwellen und Schwingungen des Trommelfells zu reduzieren.“<sup>4</sup>

- 3 Der Vorwurf der Gleichstellung mit dem Messerstecher beruht jedoch insofern auf einem Missverständnis, als im Strafrecht mit der Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit allein noch keinerlei Unwerturteil verbunden ist.<sup>5</sup> Auch außerhalb des Arztstrafrechts gibt es eine Vielzahl sozial anerkannter Tätigkeiten, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklichen und „lediglich“ gerechtfertigt sind.<sup>6</sup> Als Beispiel sei nur der Richter angeführt, der einen Mörder zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt. Er verwirklicht dadurch den Verbrechensstatbestand der schweren Freiheitsberaubung in mittelbarer Täterschaft (§§ 239 Abs. 3 Nr. 1, 25 Abs. 1 2. Var. StGB), ohne dass jemand auf den Gedanken käme, darin eine das Ansehen der Richterschaft beeinträchtigende Gleichstellung mit einem Verbrecher zu sehen.
- 4 Es geht deshalb bei dem Problem der Tatbestandsmäßigkeit des ärztlichen Heileingriffs in keiner Weise um das Ansehen der Ärzte, sondern um die schwierige rechtliche Frage, ob die körperlichen Folgen eines ärztlichen Eingriffs bei der strafrechtlichen Beurteilung zu saldieren sind oder nicht. Indem sie das Heilungsziel bei der Beurteilung der Tatbestandsmäßigkeit ausblendet, lehnt die Rechtsprechung eine vom Willen des Betroffenen unabhängige Saldierung ab.<sup>8</sup> Damit schützt sie über den Körperverletzungstatbestand das Selbstbestimmungsrecht des Patienten.<sup>9</sup> Dies erscheint kriminalpolitisch zumindest vertretbar und lässt sich dogmatisch damit rechtfertigen, dass die Gewichtung und Saldierung von körperlichen Beeinträchtigungen höchstpersönlicher Natur ist und deshalb der Patient selbst zu entscheiden hat, ob die mit einer ärztlichen Behandlung verbundenen Beeinträchtigungen seines körperlichen Wohlbefindens und seiner körperlichen Unversehrtheit durch die Heilungschancen aufgewogen werden oder nicht.<sup>10</sup>
- 5 Da nach ständiger Rechtsprechung auch ein ärztlicher Heileingriff den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt, kommt es für die straf-

<sup>4</sup> Krauß, in: FS für Bockelmann, S. 557, 559.

<sup>5</sup> Vgl. Frister, Strafrecht AT, Rn. 13/2; MünchKomm-StGB-Hardtung, § 224 Rn. 33.

<sup>6</sup> Vgl. dazu Frister, Strafrecht AT, Rn. 13/2 f.

<sup>7</sup> Vgl. auch MünchKomm-StGB-Hardtung, § 224 Rn. 33.

<sup>8</sup> Vgl. etwa BGHSt 11, 111; 12, 379; 16, 309; Bichlmeier JZ 1980, 53.

<sup>9</sup> Vgl. BGH NStZ 1996, 34 m.w.N.; ferner Eser ZStW 97 (1985), 1, 5.

<sup>10</sup> Vgl. auch BGH NJW 1989, 1533, 1535.

rechtliche Beurteilung ärztlicher Maßnahmen, ob sie der Heilbehandlung dienen oder Operationen oder Blutentnahmen zugunsten des Patienten den Tatbestand der Körperverletzung unter der Einwilligung des Patienten wie ein Verbrechen wohl ist die tradierte, dem medizinischen Stand entsprechende Unterscheidung von Heileingriffen und Verbrechen. Auch im Strafrecht nicht ohne Ausmaß der notwendigen Aufklärung und Einwilligung des Patienten kann im Einzelfall eine betreffende Behandlung der Vorbeugung und der Heilung von Krankheiten oder Leiden die

## II. Qualifikationstatbestände, in denen die Körperverletzung

### § 224 StGB

#### (1) Wer die Körperverletzung

1. durch Beibringung von Gift oder anderen Stoffen,
2. mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs,
3. (...)
4. mit einem anderen Beteiligten zusammen,
5. mittels einer das Leben gefährdenden

Behandlung, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft.

Eine ärztliche Behandlung kann nicht unter § 223 StGB, sondern auch qualifizierter Körperverletzung unter § 224 StGB erfassen will<sup>11</sup> – im Grundsatz auch wenn die Behandlung medizinisch indiziert war.<sup>12</sup> Wer z.B. als Arzt ohne die erforderliche Erlaubnis einem hohen Letalitätsrisiko verbunden

<sup>11</sup> Fischer, § 223 Rn. 9.

<sup>12</sup> BGH NJW 1978, 1206; NStZ-RR 2007, 1206.

<sup>13</sup> SK-StGB-Horn/Wolters, § 223 Rn. 38.

<sup>14</sup> MünchKomm-StGB-Hardtung, § 224 Rn. 33.

zu rechtfertigende Aufspaltung des  
s zu Grunde. Die Bewertung der  
n der ärztlichen Behandlung unter  
icht viel sinnvoller als der Versuch,  
uf die Erzeugung von Schallwellen  
zu reduzieren.“<sup>4</sup>

t dem Messerstecher beruht jedoch  
als im Strafrecht mit der Feststel-  
1 noch keinerlei Unwerturteil ver-  
ztstrafrechts gibt es eine Vielzahl  
len Tatbestand eines Strafgesetzes  
tfertigt sind.<sup>6</sup> Als Beispiel sei nur  
der zu lebenslanger Freiheitsstrafe  
den Verbrechenstatbestand der  
elbarer Täterschaft (§§ 239 Abs. 3  
e dass jemand auf den Gedanken  
: Richterschaft beeinträchtigende  
u sehen.<sup>7</sup>

ler Tatbestandsmäßigkeit des ärzt-  
n das Ansehen der Ärzte, sondern  
ob die körperlichen Folgen eines  
chen Beurteilung zu saldieren sind  
el bei der Beurteilung der Tatbe-  
Rechtsprechung eine vom Willen  
ng ab.<sup>8</sup> Damit schützt sie über den  
tbestimmungsrecht des Patienten.<sup>9</sup>  
indest vertretbar und lässt sich  
die Gewichtung und Saldierung  
höchstpersönlicher Natur ist und  
en hat, ob die mit einer ärztlichen  
gungen seines körperlichen Wohl-  
versehrtheit durch die Heilungs-  
t.<sup>10</sup>

; auch ein ärztlicher Heileingriff  
erfüllt, kommt es für die straf-

9. MünchKomm-StGB-Hardtung, § 224

f. § 224 Rn. 33.  
09; Bichlmeier JZ 1980, 53.  
Eser ZStW 97 (1985), 1, 5.

rechtliche Beurteilung ärztlicher Maßnahmen im Grundsatz nicht darauf  
an, ob sie der Heilbehandlung dienen oder nicht.<sup>11</sup> Kosmetische Opera-  
tionen oder Blutentnahmen zugunsten Dritter erfüllen in gleicher Weise  
den Tatbestand der Körperverletzung und bedürfen in gleicher Weise  
der Einwilligung des Patienten wie ein ärztlicher Heileingriff.<sup>12</sup> Gleich-  
wohl ist die tradierte, dem medizinischen Sprachgebrauch entstammen-  
de Unterscheidung von Heileingriffen und sonstigen ärztlichen Maß-  
nahmen auch im Strafrecht nicht ohne Bedeutung. Insbesondere das  
Ausmaß der notwendigen Aufklärung und damit die Wirksamkeit einer  
Einwilligung des Patienten kann im Einzelfall davon abhängen, ob die  
betreffende Behandlung der Vorbeugung, Diagnose, Heilung oder Lin-  
derung von Krankheiten oder Leiden dient (vgl. dazu unter A III 3 e).

## II. Qualifikationstatbestände, insbesondere gefährliche Körperverletzung

### § 224 StGB

#### (1) Wer die Körperverletzung

1. durch Beibringung von Gift oder anderen gesundheitsschädli-  
chen Stoffen,
2. mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werk-  
zeugs,
3. (...)
4. mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich oder
5. mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung

begeht, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jah-  
ren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe von drei Monaten  
bis zu fünf Jahren bestraft.

Eine ärztliche Behandlung kann nicht nur den Grundtatbestand des 6  
§ 223 StGB, sondern auch qualifizierte Körperverletzungstatbestände  
erfüllen. Dies gilt – entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffas-  
sung, die die Verletzung des Selbstbestimmungsrechts nur über § 223  
StGB erfassen will<sup>13</sup> – im Grundsatz auch dann, wenn die betreffende  
Behandlung medizinisch indiziert war und lege artis durchgeführt wur-  
de.<sup>14</sup> Wer z.B. als Arzt ohne die erforderliche Einwilligung eine mit ein-  
nem hohen Letalitätsrisiko verbundene Operation vornimmt oder ein

<sup>11</sup> Fischer, § 223 Rn. 9.

<sup>12</sup> BGH NJW 1978, 1206; NSrZ-RR 2007, 340, 341.

<sup>13</sup> SK-StGB-Horn/Wolters, § 223 Rn. 38.

<sup>14</sup> MünchKomm-StGB-Hardtung, § 224 Rn. 34.

Bein amputiert, begeht auch bei Vorliegen einer medizinischen Indikation eine gefährliche (§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB) bzw. schwere Körperverletzung (§ 226 Abs. 1, 2 Nr. 2 StGB).<sup>15</sup> Wird durch eine eigenmächtige Behandlung der Tod des Patienten verursacht, kommt sogar eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB) in Betracht.<sup>16</sup>

7 Voraussetzung für die Anwendbarkeit der qualifizierten Körperverletzungstatbestände ist allerdings, dass das in Frage stehende ärztliche Handeln nicht nur dem Wortlaut, sondern auch dem Grundgedanken der jeweiligen Qualifikation unterfällt. Von daher sind vor allem bei der Anwendung einiger Varianten der gefährlichen Körperverletzung auf ärztliches Handeln Einschränkungen geboten. Besonders offensichtlich ist dies bei der Variante der gemeinschaftlichen Begehung (§ 224 Nr. 4 StGB). Der ihr zugrunde liegende Gedanke, die Verschlechterung der Abwehrmöglichkeiten des Verletzten durch die Übermacht mehrerer aktiv zusammenwirkender Gegner,<sup>17</sup> passt allenfalls auf eine dem Patienten von mehreren Personen gewaltsam aufgenötigte ärztliche Behandlung. Das bloße arbeitsteilige Zusammenwirken bei der Behandlung selbst unterfällt zwar dem Wortlaut dieser Variante, ist aber ungeachtet dessen natürlich nicht dazu geeignet, das Vorliegen einer gefährlichen Körperverletzung zu begründen.

8 In ähnlicher Weise schränkt die Rechtsprechung die Variante der Verwendung einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs (§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB) ein. Nach der Systematik des Gesetzes müsse das gefährliche Werkzeug einer Waffe vergleichbar sein. Dies setze voraus, dass es zu Angriffs- oder Verteidigungszwecken gebraucht werde, so dass zur Behandlung eingesetzte Operationswerkzeuge grundsätzlich keine gefährlichen Werkzeuge im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB (§ 223a StGB a.F.) darstellten.<sup>18</sup> Allerdings soll dies nur gelten, soweit sich die Operationswerkzeuge „in der Hand“ einer zu der betreffenden Behandlung befugten Person befinden. Werden sie ohne Approbation bzw. Heilpraktikererlaubnis, also z.B. auch von einem bereits geprüften Mediziner kurz vor der erwarteten Approbation oder von einem ausländischen Arzt, dem wegen zweimaligen Nichtbestehens der Gleichwertigkeitsprüfung die Berufserlaubnis entzogen wurde, gebraucht, so nimmt die Rechtsprechung

<sup>15</sup> Vgl. schon RGSt 25, 375, 377; ferner *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern (Hrsg.), HdbArztR, § 139 Rn. 13.

<sup>16</sup> Vgl. zu einem solchen Fall BGH NStZ 2008, 150 ff.; zur hier relevanten Figur des „gestreckten Heileingriffs“ vgl. *Rönnau* StV 2008, 466, 468.

<sup>17</sup> Vgl. BGHSt 47, 384, 387; *Küper* GA 2003, 363, 367 f.

<sup>18</sup> BGH 3 StR vom 24.5.1960 (mitgeteilt bei *Pfeiffer-Maul-Schulte*, StGB, S. 598) für das Skalpell des Chirurgen; BGH NJW 1978, 1206 für die Extraktionszange des Zahnarztes.

ungeachtet des fehlenden Angriffs- und Verletzungskörperschadens eine Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 der Literatur zu Recht als ungereimt kritisiert.

Bei den übrigen Varianten der gefährlichen Körperverletzung ist die Rechtsprechung bisher keine expliziten Einschränkungen des Handelns angenommen. Jedoch scheint es sich bei der lebensgefährlichen Behandlung (§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB) zum Teil vom Vorliegen einer medizinischen Indikation handeln zu machen. So hat der 2. Senat des Bundesgerichtshofs vom 3.12.1997<sup>21</sup> für den Fall einer medizinischen Indikation bei der lebensgefährlichen Behandlung die Verwirklichung des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB selbst bei einer geringen Dosis an ionisierender Strahlung, weil auch durch kleinste Dosen ionisierende Strahlung den herbeigeführt, insbesondere die Entschädigungssachen verursacht werden könne.<sup>22</sup> Ob er bei einer medizinischen Einwilligung durchgeführten Eingriffen, die eine lebensgefährliche Gesundheitsgefahr zumindest zweifelhaft.<sup>23</sup>

Vorliegen einer medizinischen Indikation bei der Verabreichung von Arzneimitteln mit Nebenwirkungen den Tatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB nicht erfüllt. Unter Gift im Sinne dieser Vorschrift ist ein chemisch-physikalischer Stoff zu verstehen, der durch seine chemische oder organische Wirkung die chemisch-physikalische Wirkung des Arzneimittels vermag.<sup>24</sup> Dementsprechend ist die Anerkennung der Strafbarkeit von Medikamenten ohne eine entsprechende Quantität und Qualität als Beibringung eines Giftes nicht möglich.<sup>25</sup> Ein sowohl qualitativ als auch quantitativ wirksames Medikament ist jedoch schon vom W

<sup>19</sup> BGH NStZ 1987, 174.

<sup>20</sup> NK-Paeffgen, § 224 Rn. 17; *Sowada* JR 1987, 527, 529.

<sup>21</sup> BGHSt 43, 346, 356; in 43, 306 wird § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB nicht anwendbar gesprochen; vgl. aber bereits *Jerouschek* JuS 1999, 100.

<sup>22</sup> Krit. *Martin* JuS 1998, 563, 564, der für die Anwendung des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB bei der ionisierenden Strahlung – im Gegensatz zur HIV-Infektion – nicht zureichende Verlaufscharakteristika für eine objektive Eignung der Körperverletzung zu Lebensgefahr zu bringen. Vgl. auch *Jung/Wigge* 1998, 329, 331: „eher unwahrscheinlich“.

<sup>23</sup> Vgl. auch MünchKomm-StGB-Joëcks, § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB Rn. 10.

<sup>24</sup> NK-Paeffgen, § 224 Rn. 7 m.w.N.

<sup>25</sup> BayObLGSt 1998, 62, 64; NK-Paeffgen Stree/Sternberg-Lieben, § 224 Rn. 2b.

<sup>26</sup> Vgl. auch BeckOK-StGB-Eschelbach, § 224

orliegen einer medizinischen Indikati-  
 Jr. 5 StGB) bzw. schwere Körperver-  
 B).<sup>15</sup> Wird durch eine eigenmächtige  
 verursacht, kommt sogar eine Straf-  
 nit Todesfolge (§ 227 StGB) in Be-

urkeit der qualifizierten Körperverlet-  
 ass das in Frage stehende ärztliche  
 sondern auch dem Grundgedanken  
 illt. Von daher sind vor allem bei der  
 gefährlichen Körperverletzung auf  
 en geboten. Besonders offensichtlich  
 aschaftlichen Begehung (§ 224 Nr. 4  
 Gedanke, die Verschlechterung der  
 en durch die Übermacht mehrerer  
<sup>17</sup> passt allenfalls auf eine dem Pati-  
 ltsam aufgenötigte ärztliche Behand-  
 sammenwirken bei der Behandlung  
 t dieser Variante, ist aber ungeachtet  
 et, das Vorliegen einer gefährlichen

Rechtsprechung die Variante der Ver-  
 deren gefährlichen Werkzeugs (§ 224  
 Systematik des Gesetzes müsse das  
 vergleichbar sein. Dies setze voraus,  
 agszwecken gebraucht werde, so dass  
 tionswerkzeuge grundsätzlich keine  
 es § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB (§ 223a  
 soll dies nur gelten, soweit sich die  
 l“ einer zu der betreffenden Behand-  
 den sie ohne Approbation bzw. Heil-  
 on einem bereits geprüften Mediziner  
 n oder von einem ausländischen Arzt,  
 ens der Gleichwertigkeitsprüfung die  
 raucht, so nimmt die Rechtsprechung

mer Ulsenheimer, in: Laufs/Kern (Hrsg.),

tZ 2008, 150 ff.; zur hier relevanten Figur  
 u StV 2008, 466, 468.

2003, 363, 367 f.

ilt bei Pfeiffer-Maul-Schulte, StGB, S. 598)

7 1978, 1206 für die Extraktionszange des

ungeachtet des fehlenden Angriffs- und Verteidigungszwecks eine gefähr-  
 liche Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB an.<sup>19</sup> Dies wird in  
 der Literatur zu Recht als ungereimt kritisiert.<sup>20</sup>

Bei den übrigen Varianten der gefährlichen Körperverletzung hat die 9  
 Rechtsprechung bisher keine expliziten Einschränkungen für ärztliches  
 Handeln angenommen. Jedoch scheint sie die Anforderungen an eine  
 das Leben gefährdende Behandlung (§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB) jedenfalls  
 zum Teil vom Vorliegen einer medizinischen Indikation abhängig zu  
 machen. So hat der 2. Senat des Bundesgerichtshofs in seinem Urteil  
 vom 3.12.1997<sup>21</sup> für den Fall einer medizinisch nicht indizierten Strah-  
 lenbehandlung die Verwirklichung des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB (damals  
 § 223a StGB) selbst bei einer geringen Dosierung als naheliegend erach-  
 tet, weil auch durch kleinste Dosen ionisierender Strahlen Langzeitschä-  
 den herbeigeführt, insbesondere die Entstehung von Tumoren verur-  
 sacht werden könne.<sup>22</sup> Ob er bei einer medizinisch indizierten, aber ohne  
 wirksame Einwilligung durchgeführten Strahlenbehandlung ebenso  
 judiziert hätte, erscheint in Anbetracht der doch relativ geringen Le-  
 bensgefahr zumindest zweifelhaft.<sup>23</sup>

Vom Vorliegen einer medizinischen Indikation hängt es auch ab, ob 10  
 die Verabreichung von Arzneimitteln mit gesundheitsschädlichen Neben-  
 wirkungen den Tatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB verwirk-  
 licht. Unter Gift im Sinne dieser Vorschrift ist grundsätzlich jeder anor-  
 ganische oder organische Stoff zu verstehen, der durch chemische oder  
 chemisch-physikalische Wirkung die Gesundheit zu beeinträchtigen  
 vermag.<sup>24</sup> Dementsprechend ist anerkannt, dass auch die Verabreichung  
 von Medikamenten ohne eine entsprechende Indikation, d.h. bei fal-  
 scher Quantität und Qualität als Beibringung von Gift anzusehen sein  
 kann.<sup>25</sup> Ein sowohl qualitativ als auch quantitativ medizinisch indizier-  
 tes Medikament ist jedoch schon vom Wortsinn her kein Gift.<sup>26</sup> Wird es

<sup>19</sup> BGH NSStZ 1987, 174.

<sup>20</sup> NK-Paeffgen, § 224 Rn. 17; Sowada JR 1988, 123, 124 f.; sowie eingehend  
 Wolski GA 1987, 527, 529.

<sup>21</sup> BGHSt 43, 346, 356; in 43, 306 wird § 224 StGB hingegen noch nicht ange-  
 sprochen; vgl. aber bereits Jerouschek JuS 1999, 746, 748.

<sup>22</sup> Krit. Martin JuS 1998, 563, 564, der für maßgeblich hält, dass die Röntgenbe-  
 strahlung – im Gegensatz zur HIV-Infektion – nicht stets tödlich verlaufe. Der tödli-  
 che Verlauf ist aber für § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB insofern unerheblich, als es auf die  
 generelle, objektive Eignung der Körperverletzungshandlung ankommt, das Opfer in  
 Lebensgefahr zu bringen. Vgl. auch Jung/Wigge MedR 1998, 329, 331.

<sup>23</sup> Vgl. auch MünchKomm-StGB-Joecks, § 223 Rn. 32; ferner Jung/Wigge MedR  
 1998, 329, 331: „eher unwahrscheinlich“.

<sup>24</sup> NK-Paeffgen, § 224 Rn. 7 m.w.N.

<sup>25</sup> BayObLGSt 1998, 62, 64; NK-Paeffgen, § 224 Rn. 7; Schönke/Schröder-  
 Stree/Sternberg-Lieben, § 224 Rn. 2b.

<sup>26</sup> Vgl. auch BeckOK-StGB-Eschelbach, § 224 Rn. 17.

ohne die erforderliche Einwilligung verabreicht, liegt deshalb selbst bei Eintritt einer gesundheitsschädlichen Nebenwirkung keine gefährliche Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB vor.

### III. Rechtfertigende Einwilligung des Patienten

#### § 228 StGB

(1) Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung der verletzten Person vornimmt, handelt nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt.

- 11 Die in der ärztlichen Behandlung liegende Körperverletzung (vgl. dazu unter A I) wird im Regelfall durch eine Einwilligung des Patienten selbst gerechtfertigt.<sup>27</sup> Die Einwilligung ist kein Rechtsgeschäft,<sup>28</sup> muss aber nach herrschender Meinung vor der Behandlung ausdrücklich oder konkludent erklärt werden.<sup>29</sup> Soweit nicht – wie etwa bei der Arzneimittelprüfung (§ 40 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 AMG) – spezielle gesetzliche Vorschriften etwas anderes bestimmen, ist sie an keine bestimmte Form gebunden, so dass auch eine lediglich mündlich erklärte Erklärung grundsätzlich wirksam ist. Um die Erteilung und den Inhalt der Einwilligung nachweisen zu können, ist sie jedoch vom Arzt in jedem Fall schriftlich zu dokumentieren.
- 12 Wichtig ist, dass sich eine von einem Patienten erklärte Einwilligung im Zweifel nur auf eine *lege artis* vorgenommene Behandlung bezieht.<sup>30</sup> Jedenfalls soweit der Arzt den Patienten nicht ausdrücklich auf eine beabsichtigte Abweichung hinweist, geht dieser stets davon aus, dass die in Aussicht genommene Behandlung der *lex artis* entspricht. So liegt beispielsweise eine wirksame Einwilligung in einen ärztlichen Heileingriff nicht vor, wenn der Narkosearzt eine angebrochene Flasche mit dem Narkosemittel Propofol wieder verwendet und sich damit wissentlich über anerkannte Regeln der Heilkunst hinwegsetzt. Die Narkose stellt in einem solchen Fall eine vorsätzliche Körperverletzung dar.<sup>31</sup>

<sup>27</sup> BGHSt 16, 309; BGH NJW 1998, 1802, 1803; NStZ-RR 2004, 16, 17. Nach *Schroth*, in: *Roxin/Schroth* (Hrsg.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, S. 21, 33 ist schon der Tatbestand nicht erfüllt.

<sup>28</sup> BGHZ 29, 33, 36; *Frister*, *Strafrecht AT*, Rn. 15/5.

<sup>29</sup> Vgl. *Schönke/Schröder-Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor §§ 32 ff. Rn. 43 m.w.N.

<sup>30</sup> BGHSt 43, 306, 309; OLG Stuttgart NJW 1983, 2644; *Fischer*, § 223 Rn. 9, 13 f.

<sup>31</sup> BGH NStZ 2008, 278 f.

### 1. Einwilligungsfähigkeit

Eine Einwilligung ist nur dann wirksam, wenn sie eine selbstbestimmte Entscheidung erfordert. Sie ist im Gesetz nicht näher definiert, sondern durch die Vorgaben im Einzelfall festzustellen. Sie ist von den Umständen, den Vorteilen und Risiken der geplanten Behandlung sowie von den wesentlichen Vor- und Nachteilen „verständlich“ zu sein.<sup>32</sup> Ob er dazu in der Lage ist, hängt von den persönlichen Fähigkeiten, sondern auch von der Entscheidung ab. Insoweit sind bei der Beurteilung die Art der Krankheit und die Komplexität der Maßnahme, deren Dringlichkeit, die Komplexität der körperlichen Auswirkungen zu berücksichtigen.

Die Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit ist von der rechtlichen Selbstbestimmungsfähigkeit oder der Geschäftsfähigkeit nicht getrennt zu betrachten. Ein nicht geschäftsfähiger Mensch kann auch einwilligungsfähig und umgekehrt ein geschäftsfähiger Patient einwilligungsunfähig sein. Geschäftsfähigkeit und der Schuldfähigkeit sind grundsätzlich davon auszugehen, dass sich ein Erwachsener selbstbestimmt entscheidet. Die Einwilligungsfähigkeit eines Patienten ist richtig, wenn er entweder in erheblichem Maße mündig ist oder noch minderjährig ist.<sup>38</sup>

In der Rechtsprechung wird dies allerdings nicht so gesehen, als die Frage der Einwilligungsfähigkeit ein Ergebnis einer durch ärztliche Aufklärung des Patienten vermengt wird. Ein Patient, der von einem Zahnarzt verlangt, dass er sich von ihren unerträglichen Kopfschmerzen

<sup>32</sup> BGHSt 4, 88, 90; 12, 379, 382; *Fischer/Laubs/Kern* (Hrsg.), *HdbArztR*, § 139 Rn. 43.

<sup>33</sup> *Frister*, *Strafrecht AT*, Rn. 15/9.

<sup>34</sup> Vgl. z. B. BGHSt 12, 379, 382; BGHSt 12, 379, 382; BGHSt 12, 379, 382; *Frister*, *Strafrecht AT*, Rn. 15/8.

<sup>35</sup> *Eser*, in: *Müller/Olbing* (Hrsg.), *Ethisch-ethische Grenzgebiete*, S. 179; *NK-Paeffgen*, § 228 Rn. 18/1.

<sup>36</sup> Vgl. zu den verschiedenen Ausprägungen *Frister*, *Strafrecht AT*, Rn. 18/1.

<sup>37</sup> Vgl. BVerfGE 10, 302, 309; *Ulsenheimer*, § 139 Rn. 43.

<sup>38</sup> Vgl. *Frister*, *Strafrecht AT*, Rn. 15/9.

ng verabreicht, liegt deshalb selbst bei  
chen Nebenwirkung keine gefährliche  
. 1 Nr. 1 StGB vor.

**Einwilligung des Patienten**

**28 StGB**

mit Einwilligung der verletzten Per-  
dann rechtswidrig, wenn die Tat  
die guten Sitten verstößt.

ng liegende Körperverletzung (vgl. da-  
durch eine Einwilligung des Patienten  
ligung ist kein Rechtsgeschäft,<sup>28</sup> muss  
vor der Behandlung ausdrücklich oder  
eit nicht – wie etwa bei der Arzneimit-  
3 AMG) – spezielle gesetzliche Vor-  
en, ist sie an keine bestimmte Form  
diglich mündlich erklärte Erklärung  
: Erteilung und den Inhalt der Einwil-  
t sie jedoch vom Arzt in jedem Fall

einem Patienten erklärte Einwilligung  
vorgenommene Behandlung bezieht.<sup>30</sup>  
atienten nicht ausdrücklich auf eine  
t, geht dieser stets davon aus, dass die  
ng der lex artis entspricht. So liegt  
willigung in einen ärztlichen Heilein-  
arzt eine angebrochene Flasche mit  
er verwendet und sich damit wissent-  
Heilkunst hinwegsetzt. Die Narkose  
sätzliche Körperverletzung dar.<sup>31</sup>

**1. Einwilligungsfähigkeit**

Eine Einwilligung ist nur dann wirksam, wenn der Patient die für eine 13  
selbstbestimmte Entscheidung erforderliche Einwilligungsfähigkeit be-  
sitzt.<sup>32</sup> Sie ist im Gesetz nicht näher definiert und deshalb ohne gesetzli-  
che Vorgaben im Einzelfall festzustellen.<sup>33</sup> Der Patient muss die Wir-  
kungen und Risiken der geplanten Behandlung erfassen und deren wesent-  
liche Vor- und Nachteile „verständlich“ gegeneinander abwägen kön-  
nen.<sup>34</sup> Ob er dazu in der Lage ist, hängt nicht nur von seinen individuel-  
len Fähigkeiten, sondern auch von der Komplexität der zu treffenden  
Entscheidung ab. Insoweit sind bei der Beurteilung der Einwilligungsfä-  
higkeit die Art der Krankheit und die konkret geplante ärztliche Maß-  
nahme, deren Dringlichkeit, die Komplikationsmöglichkeiten und die  
körperlichen Auswirkungen zu berücksichtigen.<sup>35</sup>

Die Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit wird durch andere Formen 14  
rechtlicher Selbstbestimmungsfähigkeit<sup>36</sup> wie etwa die Geschäftsfähig-  
keit oder die Schuldfähigkeit nicht präjudiziert,<sup>37</sup> d.h. grundsätzlich  
kann auch ein nicht geschäftsfähiger oder nicht schuldfähiger Patient  
einwilligungsfähig und umgekehrt ein geschäftsfähiger und schuldfähiger  
Patient einwilligungsunfähig sein. Jedoch ist ebenso wie bei der  
Geschäftsfähigkeit und der Schuldfähigkeit auch bei der Einwilligungs-  
fähigkeit grundsätzlich davon auszugehen, dass ein psychisch gesunder  
Erwachsener sich selbstbestimmt entscheiden kann, so dass die Einwilli-  
gungsfähigkeit eines Patienten richtigerweise nur dann in Frage steht,  
wenn er entweder in erheblichem Maße psychisch beeinträchtigt oder  
noch minderjährig ist.<sup>38</sup>

In der Rechtsprechung wird dies allerdings insofern nicht immer be- 15  
achtet, als die Frage der Einwilligungsfähigkeit zum Teil mit dem Erfor-  
dernis einer durch ärztliche Aufklärung zu gewährleistenden Sachkennt-  
nis des Patienten vermengt wird. Ein Beispiel dafür ist der Fall einer  
Frau, die von einem Zahnarzt verlangte, alle ihre Zähne zu ziehen, um  
sie von ihren unerträglichen Kopfschmerzen zu heilen, obwohl der

<sup>32</sup> BGHSt 4, 88, 90; 12, 379, 382; Fischer, Vor § 32 Rn. 3c; Ulsenheimer, in:  
Laufs/Kern (Hrsg.), HdbArztR, § 139 Rn. 43.

<sup>33</sup> Frister, Strafrecht AT, Rn. 15/9.

<sup>34</sup> Vgl. z. B. BGHSt 12, 379, 382; BGH bei Holtz MDR 1981, 808, 810; Frister,  
Strafrecht AT, Rn. 15/8.

<sup>35</sup> Eser, in: Müller/Olbing (Hrsg.), Ethische Probleme in der Pädiatrie und ihren  
Grenzgebieten, S. 179; NK-Paeffgen, § 228 Rn. 65.

<sup>36</sup> Vgl. zu den verschiedenen Ausprägungen rechtlicher Selbstbestimmungsfähigkeit  
Frister, Strafrecht AT, Rn. 18/1.

<sup>37</sup> Vgl. BVerfGE 10, 302, 309; Ulsenheimer, in: Laufs/Kern (Hrsg.), HdbArztR,  
§ 139 Rn. 43.

<sup>38</sup> Vgl. Frister, Strafrecht AT, Rn. 15/9.

1802, 1803; NStZ-RR 2004, 16, 17. Nach  
dbuch des Medizinstrafrechts, S. 21, 33 ist

AT, Rn. 15/5.  
rnberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn. 43 m.w.N.  
rt NJW 1983, 2644; Fischer, § 223 Rn. 9,



Zahnarzt ihr unmissverständlich erklärt hatte, dass die Zähne nicht die Ursache dieser Schmerzen seien. Der Bundesgerichtshof hat die Verurteilung des Zahnarztes, der ihrem Drängen schließlich nachgegeben hatte, wegen Körperverletzung mit der Begründung bestätigt, dass die Einwilligung der Patientin mangels hinreichender Urteilkraft unwirksam gewesen sei.<sup>39</sup> Dies vermag auch im Ergebnis nicht zu überzeugen.<sup>40</sup> Solange die Grenze zur Sittenwidrigkeit nicht überschritten ist, muss ein hinreichend aufgeklärter Patient auch das Recht haben, aufgrund abweichender persönlicher Einschätzungen medizinisch nicht indizierte Eingriffe vornehmen zu lassen.<sup>41</sup>

- 16 Für die Einwilligungsfähigkeit minderjähriger Patienten gibt es – anders als bei der Geschäftsfähigkeit – keine festen Altersgrenzen. Die für die Entscheidung über die jeweilige ärztliche Behandlung erforderliche Reife ist daher individuell unter Berücksichtigung des jeweiligen Entwicklungsstands und der Komplexität der Entscheidung zu bestimmen.<sup>42</sup> Zwar werden Minderjährige unter 14 Jahren in der Praxis zumeist als einwilligungsunfähig angesehen;<sup>43</sup> jedoch kann dies bei leicht überschaubaren Eingriffen und einem fortgeschrittenen Entwicklungsstand im Einzelfall auch anders zu beurteilen sein.<sup>44</sup> Zwischen der Vollendung des 14. und des 18. Lebensjahres ist stets im Einzelfall abzuwägen, ob eine Einwilligungsfähigkeit besteht.<sup>45</sup> Dabei geht der wissenschaftliche Beirat der Bundesärztekammer seit 1994 davon aus, dass im Regelfall auch ein 14-jähriger Patient ausreichende Einsichtsfähigkeit und Urteilkraft besitzen kann, über eine Behandlung bösartiger Erkrankungen zu entscheiden, wenn die avisierte Therapie die einzige Chance der Lebensrettung darstellt.<sup>46</sup>

<sup>39</sup> BGH NJW 1978, 1206.

<sup>40</sup> Horn JuS 1979, 29, 30; dem BGH i. E. zust. dagegen *Bichlmeier* JZ 1980, 53 ff.

<sup>41</sup> Vgl. dazu *Frister*, Strafrecht AT, Rn. 15/20.

<sup>42</sup> RGSr 41, 392, 394; BGH NJW 1953, 912; st. Rspr.; vgl. zuletzt LG Göttingen Urteil vom 26.6.2008 – 1 Kls 11/08 –, Juris; s. ferner die Darstellung bei *Lesch* NJW 1989, 2309 f., der auf restriktivere Tendenzen in der älteren Rspr. (insb. BGH NJW 1972, 335 ff.) hinweist.

<sup>43</sup> Anders dagegen OLG Frankfurt NJW 2007, 3580, 3581: Einwilligungsfähigkeit in Zirkumzision ab zwölf Jahren und OLG Hamm NJW 1998, 3424, 3425: Volljährigkeit erforderlich; vertiefend dazu *Putzke* MedR 2008, 268, 270 f.

<sup>44</sup> *Laufs*, Arztrecht, Rn. 222; a.A. *Ulsenheimer*, in: *Laufs/Kern* (Hrsg.), HdbArztR, § 139 Rn. 45: „ausnahmslos“.

<sup>45</sup> BayObLG NJW 1999, 372 m. Anm. *Amelung* NStZ 1999, 458 ff.; *Lackner/Kühl*, § 228 Rn. 5; *Otto* JR 1999, 124; *Ulsenheimer*, in: *Laufs/Kern* (Hrsg.), HdbArztR, § 139 Rn. 45.

<sup>46</sup> DÄBl. 1994, C 2031.

## 2. Freiheit von Zwang und Täuschung

Den allgemeinen strafrechtlichen Grundvoraussetzung der Einwilligung eines Patienten in die ärztliche Behandlung ist die freiwillige und bewusste Zustimmung des Patienten. Die Einwilligung ist nur dann wirksam, wenn sie nicht durch Zwang oder Täuschung herbeigeführt ist.<sup>47</sup> Eine durch Drohung oder Zwang herbeigeführte Einwilligung ist nach ständiger Rechtsprechung erschlichene Einwilligung ist nach ständiger Rechtsprechung auch im Arztstrafrecht eine grobe Verletzung des Persönlichkeitsrechts. Ein Beispiel dafür ist die Problematik heimlicher Blutentnahmen. Am Anfang der 90er Jahre in der Literatur und zum Teil auch die Gerichte beschärfte Beurteilung sind zwei Konstellationen – Wird dem Patienten unter Vorspiegelung falscher Tatsachen Blut nur zu dem Zweck entnommen, um eine Diagnose durchzuführen, so ist die Einwilligung aufgrund der Täuschung nichtig<sup>48</sup> und die heimliche Blutentnahme ohne medizinische Indikation für den Test auf eine Infektionskrankheit (§ 223 StGB) strafbar.

– Ist die Blutentnahme dagegen unabdingbar für diagnostische Zwecke notwendig und wird lediglich zusätzlich ein Test vorgenommen, so begründet die Verletzung des Persönlichkeitsrechts die Unwirksamkeit der Einwilligung und damit auch keine Straftat.<sup>49</sup> Die Durchführung des Tests ohne Einwilligung stellt regelmäßig eine zivilrechtlich relevante Verletzung des Persönlichkeitsrechts dar. Nur wenn Krankheitssymptome und die Blutentnahme ursächlichem Zusammenhang stehen, ist eine anzunehmenden stillschweigenden Einwilligung des Persönlichkeitsrechts vor

<sup>47</sup> Vgl. zu diesen *Frister*, Strafrecht AT, Rn. 15/20.

<sup>48</sup> BGHSt 16, 309, 310; BGH NStZ 2004, 4.

<sup>49</sup> *Frister*, Strafrecht AT, Rn. 15/15.

<sup>50</sup> *Laufs/Laufs* NJW 1987, 2263; a.A. StA Koblenz, in: *Laufs/Kern* (Hrsg.), HdbArztR, § 47 Rn. 11: Die Einwilligung ist dann unwirksam, wenn die Einwilligung in die Blutentnahme eine Einwilligung in die Verletzung des Persönlichkeitsrechts darstellt, vgl. OLG Koblenz NStZ 1999, 2263.

<sup>51</sup> AG Mölln NJW 1989, 775, 776; *Ulsenheimer*, in: *Laufs/Kern* (Hrsg.), HdbArztR, § 47 Rn. 11: Die Einwilligung ist dann unwirksam, wenn die Einwilligung in die Verletzung des Persönlichkeitsrechts darstellt, vgl. OLG Koblenz NStZ 1999, 2263; *Michel* NJW 1988, 2272, 2273; wohl auch *Laufs*, in: *Laufs/Kern* (Hrsg.), HdbArztR, § 139 Rn. 45; jedoch *ders.* NZA 1988, 86 für betriebsärztliche Blutentnahmen.

<sup>52</sup> A.A. *Giesen*, Arzt Haftungsrecht, Rn. 245.

erklärt hatte, dass die Zähne nicht die  
Der Bundesgerichtshof hat die Verurtei-  
Drängen schließlich nachgegeben hatte,  
Begründung bestätigt, dass die Einwil-  
reichender Urteilkraft unwirksam ge-  
Ergebnis nicht zu überzeugen.<sup>41</sup> Solan-  
it nicht überschritten ist, muss ein hin-  
ch das Recht haben, aufgrund abwei-  
ngen medizinisch nicht indizierte Ein-

minderjähriger Patienten gibt es – an-  
it – keine festen Altersgrenzen. Die für  
ige ärztliche Behandlung erforderliche  
Berücksichtigung des jeweiligen Ent-  
xität der Entscheidung zu bestimmen.<sup>42</sup>

er 14 Jahren in der Praxis zumeist als  
<sup>13</sup> jedoch kann dies bei leicht über-  
1 fortgeschrittenen Entwicklungsstand  
teilen sein.<sup>44</sup> Zwischen der Vollendung  
s ist stets im Einzelfall abzuwägen, ob  
ht.<sup>45</sup> Dabei geht der wissenschaftliche  
eit 1994 davon aus, dass im Regelfall  
ichende Einsichtsfähigkeit und Urteils-  
handlung bösartiger Erkrankungen zu  
herapie die einzige Chance der Lebens-

<sup>41</sup> E. zust. dagegen *Bichlmeier* JZ 1980, 53 ff.  
i. 15/20.

<sup>42</sup> 53, 912; st. Rspr.; vgl. zuletzt LG Göttingen  
Juris; s. ferner die Darstellung bei *Lesch* NJW  
lenzen in der älteren Rspr. (insb. BGH NJW

W 2007, 3580, 3581: Einwilligungsfähigkeit  
LG Hamm NJW 1998, 3424, 3425: Volljäh-  
ke MedR 2008, 268, 270 f.

*Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern (Hrsg.), HdbArztR,

anm. *Amelung* NSStZ 1999, 458 ff.; Lack-  
124; *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern (Hrsg.),

## 2. Freiheit von Zwang und Täuschung

Den allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen<sup>47</sup> entsprechend hat die 17  
Einwilligung eines Patienten in die ärztliche Behandlung nur dann recht-  
fertige Wirkung, wenn sie nicht durch Willensmängel beeinflusst  
ist.<sup>48</sup> Eine durch Drohung oder Zwang herbeigeführte oder durch Tä-  
uschung erschlichene Einwilligung ist deshalb unwirksam.<sup>49</sup> Obwohl  
solche Fälle naturgemäß selten sind, kann doch insbesondere der Tä-  
uschung auch im Arztstrafrecht eine gewisse Bedeutung zukommen. Ein  
Beispiel dafür ist die Problematik heimlicher Aids-Tests, die insbesonde-  
re Anfang der 90er Jahre in der Literatur eingehend diskutiert wurde  
und zum Teil auch die Gerichte beschäftigt hat. Bei deren strafrechtli-  
cher Beurteilung sind zwei Konstellationen zu unterscheiden:

– Wird dem Patienten unter Vorspiegelung eines anderen Verwen- 18  
dungszwecks Blut nur zu dem Zweck entnommen, einen Aids-Test  
durchzuführen, so ist die Einwilligung in die Venenpunktion auf-  
grund der Täuschung nichtig<sup>50</sup> und der Arzt damit selbst bei einer  
medizinischen Indikation für den Test wegen vorsätzlicher Körperver-  
letzung (§ 223 StGB) strafbar.

– Ist die Blutentnahme dagegen unabhängig von dem geplanten Aids- 19  
Test zu diagnostischen Zwecken notwendig und vom Patienten gebil-  
ligt und wird lediglich zusätzlich ein nicht explizit gebilligter Aids-  
Test vorgenommen, so begründet dessen Vornahme nach der Recht-  
sprechung nicht die Unwirksamkeit der Einwilligung in die Venen-  
punktion und damit auch keine Strafbarkeit wegen Körperverlet-  
zung.<sup>51</sup> Die Durchführung des Testes ist jedoch auch in diesem Fall  
regelmäßig eine zivilrechtlich relevante Verletzung des Persönlich-  
keitsrechts. Nur wenn Krankheitssymptome bestehen, die mit Aids in  
ursächlichem Zusammenhang stehen können, liegt wegen des dann  
anzunehmenden stillschweigenden Einverständnisses auch keine Ver-  
letzung des Persönlichkeitsrechts vor.<sup>52</sup>

<sup>47</sup> Vgl. zu diesen *Frister*, Strafrecht AT, Rn. 15/15–23 m.w.N.

<sup>48</sup> BGHSt 16, 309, 310; BGH NSStZ 2004, 442.

<sup>49</sup> *Frister*, Strafrecht AT, Rn. 15/15.

<sup>50</sup> *Laufs/Laufs* NJW 1987, 2263; a.A. StA Aachen DRiZ 1989, 20 f. Für Strafge-  
fangene besteht in diesem Fall ein Anspruch auf Löschung des Testergebnisses aus der  
Gesundheitsakte, vgl. OLG Koblenz NSStZ 1990, 426.

<sup>51</sup> AG Mölln NJW 1989, 775, 776; *Uhlenbruck* MedR 1996, 206; *Kern*, in:  
Laufs/Kern (Hrsg.), HdbArztR, § 47 Rn. 11. Für die – eine Selbstbestimmungsrechts-  
verletzung annehmende – Gegenmeinung vgl. *Eberbach* NJW 1987, 1470, 1471;  
*Michel* NJW 1988, 2272, 2273; wohl auch *Janker* NJW 1987, 2897, 2903, anders  
jedoch *ders.* NZA 1988, 86 für betriebsärztlich gebotene Untersuchungen.

<sup>52</sup> A.A. *Giesen*, Arzthaftungsrecht, Rn. 245.

### 3. Hinreichende ärztliche Aufklärung

- 20 Auch eine nicht durch Täuschung herbeigeführte Fehlvorstellung oder Unkenntnis des Patienten kann als Willensmangel die Unwirksamkeit der Einwilligung begründen. Eine selbstbestimmte Entscheidung über die in Frage stehende ärztliche Behandlung setzt voraus, dass der Patient über seine Krankheit, die Art, den Schweregrad und den Verlauf des Eingriffs sowie über dessen Risiken und mögliche Nebenwirkungen hinreichend informiert ist.<sup>53</sup> Da er als medizinischer Laie über diese Informationen in aller Regel nicht verfügt, ist der behandelnde Arzt nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich verpflichtet, ihn hierüber aufzuklären.<sup>54</sup> Kommt er seiner Verpflichtung zu dieser sogenannten „Selbstbestimmungsaufklärung“<sup>55</sup> nicht oder nicht hinreichend nach, so stellt die Behandlung mangels wirksamer Einwilligung des Patienten eine rechtswidrige Körperverletzung dar.
- 21 Die nicht nur von vielen Ärzten, sondern zum Teil auch in der juristischen Literatur<sup>56</sup> als überspannt angesehenen Anforderungen an die Selbstbestimmungsaufklärung sind von der Rechtsprechung zum großen Teil in zivilrechtlichen Arzthaftungsprozessen entwickelt worden. Dort spielt die sogenannte Aufklärungsrüge zur Überwindung von Problemen bei dem schwierigen und zeitaufwändigen Nachweis von Behandlungsfehlern eine herausragende Rolle.<sup>57</sup> Die Bedeutung im Arztstrafrecht wird unterschiedlich eingeschätzt,<sup>58</sup> ist aber wohl deutlich geringer. So kam *Peters* bei der Auswertung sämtlicher vonseiten des Dezernates „Ärztlicher Behandlungsfehler“ der Staatsanwaltschaft Düsseldorf bearbeiteter Ermittlungsverfahren der Jahre Juni 1992 bis Ende 1996 zu dem Ergebnis, dass der Vorwurf des Eingriffs ohne Einwilligung nur 4% der den Beschuldigten vorgeworfenen Pflichtwidrigkeiten ausmachte und in nur knapp 6% der Verfahren erhoben wurde.<sup>59</sup>

<sup>53</sup> *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern (Hrsg.), HdbArztR, § 139 Rn. 54.

<sup>54</sup> Vgl. etwa RGSt 25, 375, 381; 66, 181, 182; BGHSt 11, 111, 115; BGH NStZ 2008, 278, 279.

<sup>55</sup> Siehe *Laufs*, in: Laufs/Kern (Hrsg.), HdbArztR, § 57 Rn. 13; § 59 Rn. 1 m.w.N.

<sup>56</sup> Vgl. etwa *Laufs*, in: Laufs/Kern (Hrsg.), HdbArztR, § 59 Rn. 6. Aus der Rspr. s. OLG Celle VersR 1981, 1184.

<sup>57</sup> Vgl. etwa die Entscheidungen BGHZ 89, 95, 98 ff.; BGHZ 90, 103, 105 ff.; BGHZ 107, 222, 226.

<sup>58</sup> Während *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht, Rn. 53, aufgrund langjähriger Erfahrung von über 2500 Fällen dem Vorwurf fehlender Aufklärung im Strafrecht eine „durchaus gewichtige Bedeutung“ zuerkennt – ebenso *Schöch*, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, S. 51, 53 – sehen *Lilie/Orben* ZRP 2002, 154, 156 dessen Bedeutung dort als „limitiert“ an.

<sup>59</sup> *Peters*, Der strafrechtliche Arzthaftungsprozeß, S. 31 mit Überblick über weitere statistische Untersuchungen auf S. 22.

#### a) Aufklärungspflichtiger

Die Aufklärungspflicht wird im Allgemeinen und von dem behandelnden Arzt grundsätzlich angesehen.<sup>60</sup> Bei Übertragung der Aufklärungspflicht auf den Delegationen muss der Delegierende deren ordnungsgemäße Erfüllung gewährleisten.<sup>61</sup> Dazu führt der Bundesgerichtshof grundsätzlich geboten sein, dass bei der Aufklärung die Risikoaufklärung nur von dem Operateur (vgl. aber Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Medizinstrafrechts, Rn. 1), doch ist es erforderlich, dass für die Aufklärung eine spezielle Aufklärungsanweisung existiert, die sich auf andere Ärzte übertragen lässt, wenn der Operateur auf andere Ärzte übertragen hat und die Aufklärung in seiner Gesamtheit erfasst hat und die Entscheidungshilfen im Rahmen der Aufklärung (vgl. Bamberg, a.a.O.). Nur wenn eine solche Aufklärung sichergestellt ist und der Operateur darauf verlassen, dass der Aufklärung im Einzelgespräch erteilt.

Mit der Frage, ob und inwieweit die Aufklärung durch nichtärztliches Personal statthaft ist, hat die Rechtsprechung nicht. Teilweise wird eine solche Aufklärung durch nichtärztliches Personal als rechtmäßig angesehen, wenn der Arzt sein Fachwissen, viel Einfühlungsvermögen, viel Erfahrung (...), Qualifikationen, die erforderlich sind, um den Patienten zu überzeugen, als der fachkundige Arzt zu ersetzen, in welcher Weise der Patient die Aufklärung erhält, kann der Patient in vielen Fällen die für eine selbstbestimmte Entscheidung erhalten. Die Delegation der Aufklärungspflicht ist statthaft.

<sup>60</sup> BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 2 461; *Laufs*, in: Laufs/Kern (Hrsg.), HdbArztR, in: Terbille (Hrsg.), MünchHdbMedR, § 2 Rn. 1, Empfehlung durch den Konsiliararzt s. OLG Schumann MedR 1995, 501 f.

<sup>61</sup> *Terbille*, in: Ders. (Hrsg.), MünchHdbMedR, in: Ders. (Hrsg.), MünchHdbMedR, § 2 Rn. 1, vgl. *Hasskarl/Ostertag* PharmR 2007, 209 ff.

<sup>62</sup> *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht, Rn. 104a n. 2129, 2130.