

DOROTHEA MAGNUS

Patientenautonomie  
im Strafrecht

*Jus Poenale*

5

---

**Mohr Siebeck**

JUS POENALE  
Beiträge zum Strafrecht  
Band 5





Dorothea Magnus

# Patientenautonomie im Strafrecht

Mohr Siebeck

*Dorothea Magnus*, geboren 1975; Studium der Rechtswissenschaft in Hamburg und Rom; 2006 Promotion; 2007 Master of Laws (LL.M.), San Diego, USA; wissenschaftliche Assistentin und Habilitandin am Lehrstuhl für Strafrecht und Rechtsphilosophie der Universität Hamburg; 10/2013–10/2014 Vertretungsprofessorin ebenda; 2014 Habilitation; Sommer 2014 Forschungsaufenthalt an der New York University (NYU), USA; derzeit Privatdozentin an der Universität Hamburg.

e-ISBN PDF 978-3-16-153822-3

ISBN 978-3-16-153821-6

ISSN 2198-6975 (Jus Poenale)

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

© 2015 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

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

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2014 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Habilitationsschrift angenommen. Sie entstand während meiner Zeit als wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Strafrecht und Rechtsphilosophie von Professor Dr. Reinhard Merkel an der Universität Hamburg. Gesetze, Gesetzesentwürfe, Rechtsprechung und Literatur sind bis zum 1.1.2015 berücksichtigt.

Dank gebührt an erster Stelle meinem Habilitationsvater Professor Dr. Reinhard Merkel, ohne dessen Förderung dieses Buch nicht entstanden wäre. Er hat mir den wissenschaftlichen Freiraum verschafft, den ich für die Erstellung des Buches benötigte und mir mit vielen Anregungen den Weg für die weitere wissenschaftliche Laufbahn geebnet. In den Jahren an seinem Lehrstuhl habe ich wertvolle Erfahrungen im Straf- und Medizinrecht sammeln können. Danken möchte ich auch Herrn Professor Dr. Wilhelm Degener für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Prof. Dr. Oliver Knöfel sei an dieser Stelle für Anregungen zum Thema aufrichtig gedankt.

Auch gilt mein besonderer Dank der Universität Zürich für den Zugang zu den Quellen des Schweizer Rechts, die ich während meiner Forschungsaufenthalte im Rahmen des Rechtsvergleichs in der Schweiz nutzen konnte sowie dem Hamburger Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, das mir über mehrere Jahre die Recherche in internationalen Datenbanken und die Nutzung der Bibliothek ermöglicht hat.

Mein herzlichster Dank gilt meinen Eltern Professor Dr. Ulrich Magnus und Dr. med. Sabine Magnus, die mich auf alle erdenkliche Weise unterstützt haben. Gewidmet ist diese Arbeit meinem Verlobten Matthias von Kossak. Ich bin ihm für die tatkräftige Unterstützung bei der Erstellung der Druckfassung sehr verbunden. Seine Liebe und unser erster Sohn, der bald zur Welt kommen wird, machen mich glücklich und dankbar.

Hamburg, im Mai 2015

*Dorothea Magnus*



## Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XXV
Einleitung . . . . .	1

### 1. Teil Grundlagen

A. Überblick . . . . .	13
B. Begriff und Bedeutung der Patientenautonomie . . . . .	14

### 2. Teil Rechtliche Aspekte der Patientenautonomie

A. Gesetzliche Verankerung der Patientenautonomie . . . . .	109
B. Patientenautonomie in Rechtsprechung und Literatur . . . . .	117
C. Rechte und Pflichten von Ärzten und Patienten . . . . .	132
D. Einwilligung als zentraler Ausdruck der Patientenautonomie . . . . .	142

### 3. Teil Besondere Bereiche der Patientenautonomie

A. Allgemeines . . . . .	179
B. Vorsorgeverfügungen . . . . .	180
C. Sterbehilfe . . . . .	235
D. Schönheitsoperationen . . . . .	322
E. Enhancements . . . . .	346
F. Zwangsbehandlungen . . . . .	379

## 4. Teil

## Vergleich mit der Rechtslage in der Schweiz

A. Begründung für den Rechtsvergleich mit der Schweiz . . . . .	401
B. Verankerung des Selbstbestimmungsrechts im Schweizer Recht . . . . .	403
C. Patientenverfügungen . . . . .	405
D. Sterbehilfe im Schweizer Recht . . . . .	430
E. Schönheitsoperationen im Schweizer Recht . . . . .	481
F. Enhancements im Schweizer Recht . . . . .	488
G. Zwangsbehandlungen im Schweizer Recht . . . . .	508

## 5. Teil

## Gesamtzusammenfassung in Thesen

A. Thesen zum eigenen Konzept der Patientenautonomie . . . . .	545
B. Thesen zu den Grundlagen der Patientenautonomie . . . . .	549
C. Thesen zu rechtlichen Folgerungen aus der Autonomie des Patienten . . . . .	551
D. Thesen zur Patientenautonomie am Lebensende . . . . .	554
E. Thesen zu den ethischen Überlegungen zur Patientenautonomie am Lebensende . . . . .	560
F. Thesen zur Patientenautonomie bei der wunscherfüllenden Medizin . . . . .	562
G. Thesen zur Patientenautonomie bei ärztlichen Zwangsbehandlungen . . . . .	565
H. Thesen zum Rechtsvergleich mit der Schweiz . . . . .	567

## English Summary

Patient Autonomy in Criminal Law . . . . .	579
--	-----

Literaturverzeichnis . . . . .	605
--------------------------------	-----

Anhang . . . . .	631
------------------	-----

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XXV
---------------------------------	-----

Einleitung . . . . .	1
----------------------	---

## 1. Teil Grundlagen

A. Überblick . . . . .	13
B. Begriff und Bedeutung der Patientenautonomie . . . . .	14
I. Wandlungen des Arzt-Patient-Verhältnisses. . . . .	16
1. Die klassische Rolle des Arztes. . . . .	16
2. Die „neue“ Rolle des Arztes . . . . .	18
II. Begriff des Patienten . . . . .	21
1. Der Wortsinn . . . . .	22
2. Krankheit als Bestandteil des Patientenbegriffs . . . . .	23
a) Auffassungen zum Begriff der Krankheit. . . . .	23
b) Würdigung dieser Auffassungen . . . . .	25
c) Würdigung der BGH-Auffassung im Besonderen . . . . .	26
aa) Zum ersten Kritikpunkt: Heilbarkeit. . . . .	27
bb) Zum zweiten Kritikpunkt: Unerheblichkeit. . . . .	27
cc) Zum dritten Kritikpunkt: Normalzustand . . . . .	28
d) Stellungnahme zum Krankheitsbegriff . . . . .	29
aa) Ergänzungsbedürftigkeit des objektiven Krankheits- begriffs. . . . .	29
bb) Medizinische Indikation als entscheidendes Kriterium . . . . .	29
cc) Einfluss von psychischen Befindlichkeiten. . . . .	31
dd) Einfluss sozialer Aspekte. . . . .	31
ee) Einfluss kulturgeschichtlicher Aspekte. . . . .	31
ff) Einfluss rechtlicher Aspekte . . . . .	32
gg) Schlussfolgerungen . . . . .	33

3.	Besondere Patienten-Kategorien. . . . .	34
	a) Konsumenten von Schönheitsoperationen und sonstigen Verbesserungen . . . . .	34
	b) Forschungsprobanden. . . . .	35
	c) Alten- und Pflegeheimbewohner . . . . .	36
4.	Zwischenergebnis . . . . .	36
III.	Begriff der Autonomie . . . . .	38
	1. Allgemeines . . . . .	38
	2. Begrifflicher Ursprung von Autonomie. . . . .	39
	3. Philosophische Konzepte zur Autonomie . . . . .	39
	a) Kants Konzept von Autonomie . . . . .	39
	b) Joel Feinbergs Konzept von Autonomie. . . . .	42
	aa) Autonomie als Fähigkeit . . . . .	43
	bb) Autonomie als Zustand . . . . .	44
	(i) Sein eigener Herr sein . . . . .	45
	(ii) Individualität . . . . .	45
	(iii) Authentizität . . . . .	46
	(iv) Selbstbestimmung . . . . .	46
	(v) Selbstgesetzgebung . . . . .	46
	(vi) Moralische Authentizität . . . . .	47
	(vii) Moralische Unabhängigkeit . . . . .	47
	(viii) Integrität. . . . .	47
	(ix) Selbstkontrolle (Selbstdisziplin) . . . . .	48
	(x) Auf-Sich-Selbst-Vertrauen. . . . .	48
	(xi) Initiativfähigkeit . . . . .	48
	(xii) Verantwortlichkeit für sich selbst. . . . .	49
	cc) Autonomie als Ideal . . . . .	49
	dd) Autonomie als Recht . . . . .	51
	ee) Stellungnahme zum Autonomiekonzept Feinbergs. . . . .	54
4.	Medizinethisches Konzept zur Autonomie von Beauchamp und Childress . . . . .	56
	a) Das „Georgetown-Mantra“ . . . . .	56
	b) Respekt vor der Autonomie. . . . .	57
	c) Kriterien für eine autonome Handlung und Entscheidung . . . . .	57
	d) Autonome Personen oder autonome Entscheidungen . . . . .	58
	e) Fehlende Autonomie . . . . .	58
	f) Autonomiefähigkeit: Kompetenz . . . . .	59
	g) sliding-scale strategy . . . . .	59
	h) Bewertung des Autonomiekonzepts von Beauchamp und Childress . . . . .	60
IV.	Eigenes Konzept: Wertgebundene Patientenautonomie . . . . .	61

1. Anwendung der Autonomiekonzepte von Kant, Feinberg und Beauchamp/Childress . . . . .	62
a) Kants Konzept . . . . .	62
b) Feinbergs Konzept . . . . .	62
c) Das Konzept von Beauchamp/Childress . . . . .	64
2. Aufgabe und Zweck eines Konzepts der Patientenautonomie . . . . .	65
3. Eigene Grundthesen . . . . .	67
a) Differenzierungen . . . . .	67
aa) Differenzierung Patient – Dritter, Eigenautonomie – Fremdautonomie . . . . .	67
bb) Differenzierung nach wert- und erlebensbezogenen Interessen des Patienten . . . . .	70
cc) Differenzierung nach Situationen . . . . .	71
dd) Sonderrolle des Arztes und des Arzt-Patient-Verhältnisses . . . . .	72
b) Relativität der Patientenautonomie . . . . .	73
c) Wertgebundene Autonomie . . . . .	73
aa) Ausgangspunkt . . . . .	74
bb) Selbstschädigende Entscheidungen . . . . .	75
cc) Selbstschädigungen aus medizinischer Sicht . . . . .	77
dd) Strafrechtliche Folgerungen . . . . .	77
ee) Paternalistisches Konzept?. . . . .	79
d) Voraussetzungen . . . . .	80
aa) Autonomiefähigkeit . . . . .	80
bb) Möglichkeit zur Ausübung der Autonomie . . . . .	82
e) Einschränkungen der Autonomie und ihrer Ausübung . . . . .	83
f) Ökonomische Hindernisse: Versorgungshindernisse im Sinne von Ressourcenknappheit . . . . .	85
g) Grenzen der Selbstverfügung durch Pflichten gegenüber sich selbst? . . . . .	86
4. Zusammenfassung . . . . .	88
V. Die Paternalismus-Debatte . . . . .	90
1. Weicher Paternalismus . . . . .	94
2. Harter Paternalismus . . . . .	97
3. Wann ist eine paternalistische Intervention rechtlich gerechtfertigt? . . . . .	99
a) Kriterien für eine Rechtfertigung . . . . .	99
b) Paternalistische Rechtfertigung strafrechtlicher Verbote . . . . .	100
c) Zwischenfazit . . . . .	102
d) Paternalismus und Autonomie am Ende des Lebens . . . . .	102
4. Folgerungen aus der Paternalismus-Debatte für das Patientenautonomiekonzept . . . . .	105

## 2. Teil

### Rechtliche Aspekte der Patientenautonomie

A. Gesetzliche Verankerung der Patientenautonomie . . . . .	109
I. Auf europäischer Ebene . . . . .	109
II. Im Grundgesetz. . . . .	111
III. Im Strafgesetzbuch . . . . .	112
IV. Im BGB . . . . .	115
V. Fazit zur gesetzlichen Verankerung der Patientenautonomie . . . . .	116
B. Patientenautonomie in Rechtsprechung und Literatur . . . . .	117
I. Rechtsprechung. . . . .	117
1. Bereich der Sterbehilfe und Suizidteilnahme . . . . .	118
2. Bereich der Einwilligung. . . . .	120
3. Bereich der sexuellen Selbstbestimmung. . . . .	122
4. Zivilrechtliche Rechtsprechung . . . . .	123
II. Literatur . . . . .	124
1. Einwilligung, Einwilligungsfähigkeit und Patientenwille . . . . .	124
2. Patientenverfügungen . . . . .	126
3. Medizinrechtliche Grundprinzipien . . . . .	126
4. Neue Rolle des Arztes und des Patienten . . . . .	127
5. Patientenrecht auf informationelle Selbstbestimmung . . . . .	128
6. Sterbehilfe . . . . .	129
7. Zwangsbehandlungen und Selbstbestimmungsrecht . . . . .	129
8. Zivilrecht, Verfassungsrecht und Patientenautonomie . . . . .	130
C. Rechte und Pflichten von Ärzten und Patienten . . . . .	132
I. Allgemeine Rechte und Pflichten von Patienten . . . . .	132
II. Allgemeine Rechte und Pflichten von Ärzten . . . . .	133
III. Besondere Ausgestaltung der Rechte und Pflichten im Patientenrechtegesetz. . . . .	135
1. Die Neuregelungen im Gesetz . . . . .	135
a) Der Behandlungsvertrag . . . . .	135
b) Einwilligung und Aufklärung . . . . .	135
c) Dokumentationspflichten . . . . .	136
d) Informationspflichten. . . . .	137
e) Beweislastregeln . . . . .	138
f) Stärkung der Rechte des Patienten gegenüber Krankenkassen . . . . .	139
2. Stellungnahme zum Patientenrechtegesetz. . . . .	140

D. Einwilligung als zentraler Ausdruck der Patientenautonomie. . . . .	142
I. Allgemeines . . . . .	142
II. Rechtsnatur der Einwilligung . . . . .	143
III. Zweck der Einwilligung . . . . .	144
IV. Rechtsgrundlage der Einwilligung . . . . .	144
V. Einwilligung und Handlungsfreiheit. . . . .	145
VI. Einwilligung und ärztlicher Heileingriff. . . . .	146
1. Allgemeines . . . . .	146
2. Meinungsstreit zur Einordnung des ärztlichen Heileingriffs als Körperverletzung . . . . .	146
a) Rechtsprechung . . . . .	146
b) Literatur . . . . .	147
c) Stellungnahme. . . . .	149
3. Selbstbestimmung als Teil des Rechtsguts der Körperverletzung .	151
VII. Formen der Einwilligung . . . . .	152
1. Die ausdrückliche Einwilligung. . . . .	152
2. Die mutmaßliche Einwilligung . . . . .	153
a) Bestimmung der mutmaßlichen Einwilligung. . . . .	155
b) Fall der Operationserweiterung . . . . .	156
3. Die hypothetische Einwilligung . . . . .	157
VIII. Voraussetzungen der Einwilligung . . . . .	159
1. Disponibilität des Rechtsgutes. . . . .	159
2. Einwilligungsfähigkeit . . . . .	161
a) Allgemeines . . . . .	161
b) Fehlende Einwilligungsfähigkeit. . . . .	162
3. Einwilligungserklärung . . . . .	163
4. Freiwilligkeit und Willensmängel. . . . .	164
a) Zwang und Täuschung . . . . .	165
b) Irrtümer . . . . .	166
5. Ernstlichkeit. . . . .	167
6. Aufklärung . . . . .	167
a) Zweck der Aufklärung . . . . .	167
b) Förmlichkeiten der Aufklärung . . . . .	168
c) Umfang der Aufklärung . . . . .	169
d) Barmherzige Lüge . . . . .	171
e) Form der Aufklärung . . . . .	172
f) Verzicht auf die Aufklärung . . . . .	173
7. Widerruf der Einwilligung. . . . .	173
8. Reichweite und Grenzen der Einwilligung . . . . .	174
IX. Fazit zur Einwilligung . . . . .	174

### 3. Teil

#### Besondere Bereiche der Patientenautonomie

A. Allgemeines . . . . .	179
B. Vorsorgeverfügungen . . . . .	180
I. Einführung . . . . .	180
II. Patientenverfügung als Instrument der Patientenautonomie . . . . .	181
1. Allgemeines . . . . .	181
2. Patientenverfügungsgesetz . . . . .	182
a) Entstehungsgeschichte . . . . .	182
aa) Arbeitsgruppe des BMJ. . . . .	183
bb) Stellungnahme der Enquete-Kommission . . . . .	183
cc) Kurzer Überblick über die Gesetzesentwürfe zur Patientenverfügung . . . . .	184
b) Inhalt des Gesetzes . . . . .	185
aa) Begriff der Patientenverfügung . . . . .	185
bb) Keine Reichweitenbeschränkung . . . . .	186
cc) Problem der Antizipierbarkeit. . . . .	187
dd) Einwilligungsfähigkeit . . . . .	188
ee) Schriftform . . . . .	190
ff) Widerruf der Patientenverfügung . . . . .	190
(i) Auffassung für die Einwilligungsfähigkeit . . . . .	191
(ii) Auffassung gegen die Einwilligungsfähigkeit . . . . .	192
(iii) Eigene Auffassung . . . . .	192
gg) Fehlende oder nicht zutreffende Patientenverfügung. . . . .	194
hh) Anordnung des Abbruchs lebenserhaltender Maßnahmen. . . . .	196
ii) Ärztliche Aufklärung . . . . .	197
jj) Kein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot . . . . .	199
kk) Freiwilligkeit, Aktualität und Koppelungsverbot . . . . .	199
ll) Gespräch über den Patientenwillen. . . . .	199
mm) Genehmigung durch das Betreuungsgericht. . . . .	200
nn) Odysseus-Anweisungen . . . . .	200
3. FamFG-Reformgesetz. . . . .	201
4. Strafrechtliche Folgerungen . . . . .	201
a) Arzt behandelt den Patienten entgegen der Patienten- verfügung nicht weiter . . . . .	202
aa) Einvernehmen zwischen Arzt und Betreuer. . . . .	203
bb) Handeln des Arztes ohne Zustimmung des Betreuers . . . . .	204
cc) Handeln des Betreuers ohne Beziehung des Arztes . . . . .	204

dd)	Teilnahmesituationen . . . . .	204
ee)	Situation ohne Betreuer . . . . .	205
b)	Arzt behandelt den Patienten entgegen der Patienten- verfügung weiter. . . . .	205
aa)	Handeln des Arztes ohne Zustimmung des Betreuers . . . . .	205
bb)	Weiterbehandlung mit Zustimmung des Betreuers. . . . .	207
cc)	Situation ohne Betreuer . . . . .	208
dd)	Irrtumsfragen . . . . .	208
c)	Weitere Auswirkungen des Patientenverfügungsgesetzes auf das Strafrecht . . . . .	209
5.	Die Rechtsprechung zur Patientenverfügung . . . . .	210
a)	Strafsenate des BGH. . . . .	210
b)	Zivilsenate des BGH . . . . .	211
6.	Literatur zu den strafrechtlichen Folgen der Patientenverfügung . . . . .	212
7.	Auffassung der Bundesärztekammer zur Patientenverfügung. . . . .	212
8.	Vorsorgevollmacht und Betreuungsverfügung . . . . .	216
III.	Eigene Stellungnahme zur Patientenverfügung . . . . .	217
1.	Verbesserungen gegenüber dem Zustand vor dem Patienten- verfügungsgesetz . . . . .	217
2.	Kritikpunkte. . . . .	217
a)	Willensänderung . . . . .	218
b)	Missbrauchsgefahr. . . . .	218
c)	Behandlung von Wachkomapatienten. . . . .	220
d)	Diskrepanz zwischen Verfügung und konkreter Behandlungs- situation . . . . .	223
e)	Fehlende Beratung. . . . .	224
f)	Tod als Ziel . . . . .	224
3.	Vorschlag einer Gesetzesergänzung für Pflichtverletzungen des Betreuers. . . . .	225
IV.	Schlussfolgerungen zur Patientenverfügung. . . . .	229
C.	Sterbehilfe . . . . .	235
I.	Allgemeines . . . . .	235
II.	Gesetzliche Ausgangslage . . . . .	237
III.	Unsicherheit über die Grenzen der Sterbehilfe in der Praxis. . . . .	238
IV.	Sterbehilfe und Demenz . . . . .	239
V.	Verfassungsmäßigkeit der Sterbehilfe . . . . .	242
VI.	Im Zweifel für das Leben. . . . .	242
VII.	Einzelbereiche. . . . .	243
1.	Beteiligung am Suizid . . . . .	243
a)	Begriff und Bedeutung der Beteiligung am Suizid . . . . .	244
b)	Rechtliche Einordnung der Beteiligung am Suizid. . . . .	245

c)	Rechtsprechung . . . . .	248
d)	Schrifttum . . . . .	255
e)	Der ärztlich assistierte Suizid. . . . .	260
f)	Schwächen der Abgrenzung über die Tatherrschaftslehre . . . .	263
g)	Organisierte, kommerzialisierte Suizidbeihilfe . . . . .	264
h)	Stellungnahme zur Beteiligung am Suizid . . . . .	266
2.	Aktive Sterbehilfe (§ 216 StGB) . . . . .	268
a)	Voraussetzungen der aktiven Sterbehilfe . . . . .	268
b)	Sinn und Zweck der Vorschrift. . . . .	269
c)	Abgrenzung zu anderen Formen der Tötung. . . . .	271
d)	Tötung auf Verlangen durch Unterlassen? . . . . .	272
e)	Legalisierung der Tötung auf Verlangen? . . . . .	273
3.	Indirekte Sterbehilfe . . . . .	274
a)	Begriff und Bedeutung der indirekten Sterbehilfe. . . . .	274
b)	Zweck der indirekten Sterbehilfe. . . . .	275
c)	Geeignete Abgrenzung indirekter von direkter Sterbehilfe über den Vorsatz? . . . . .	276
d)	Legitimierung der indirekten Sterbehilfe . . . . .	277
aa)	Legitimierung über die lex artis. . . . .	277
bb)	Legitimierung über das erlaubte Risiko . . . . .	278
cc)	Legitimierung über den sozialen Gesamtsinn „Schmerzlinderung“ . . . . .	279
dd)	Legitimierung über die Einwilligung . . . . .	280
ee)	Legitimierung über den rechtfertigenden Notstand, § 34 StGB. . . . .	281
4.	Abbruch lebenserhaltender Behandlungen (Passive Sterbehilfe) .	283
a)	Begriff und Bedeutung des Behandlungsabbruchs. . . . .	283
b)	Garantenstellung . . . . .	283
c)	Einwilligung des Patienten . . . . .	284
d)	Behandlungsverzicht mit Einwilligung des Patienten . . . . .	285
e)	Behandlungsverzicht ohne Einwilligung des Patienten . . . . .	285
f)	Rechtsprechung . . . . .	286
aa)	BGH-Entscheidung zur Sterbehilfe vom 25.6.2010 . . . . .	286
(i)	Das Urteil . . . . .	286
(ii)	Stellungnahme zur BGH-Entscheidung vom 25.6.2010. . . . .	289
bb)	Kemptener Entscheidung . . . . .	295
(i)	Das Urteil . . . . .	295
(ii)	Stellungnahme zur Kemptener Entscheidung . . . . .	297
cc)	Der Beschluss des XII. Zivilsenats vom 17.3.2003 . . . . .	299
g)	Der Behandlungsabbruch durch einen Dritten (Nichtarzt). . . .	301
5.	Früheuthanasie . . . . .	302

6. Sonderfall: Verweigerung von Bluttransfusionen . . . . .	304
VIII. Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbe- begleitung . . . . .	305
IX. Ethische Überlegungen und Stellungnahme zur Sterbehilfe. . . . .	307
X. Schlussfolgerungen zur Sterbehilfe. . . . .	311
1. Notfallpatienten . . . . .	312
2. Patienten im irreversiblen Wachkoma . . . . .	314
3. Dauerhaft einwilligungsunfähige, aber noch äußerungsfähige Patienten . . . . .	315
4. Vorübergehend einwilligungsunfähige Patienten . . . . .	316
5. Einwilligungsfähige. . . . .	317
a) Gesunde Personen . . . . .	317
b) Lebensbedrohlich erkrankte Patienten . . . . .	318
c) Bis zum Hals gelähmte Patienten . . . . .	319
D. Schönheitsoperationen. . . . .	322
I. Allgemeines . . . . .	322
II. Definition . . . . .	324
III. Die Praxis . . . . .	325
IV. Die Strafbarkeit von Schönheitsoperationen . . . . .	327
1. Die Bedeutung des Fehlens der medizinischen Indikation . . . . .	328
2. Tatbestandsmäßigkeit von Schönheitsoperationen . . . . .	328
3. Einwilligung in eine Schönheitsoperation und ihre Grenzen . . . . .	329
a) Ausdrückliche Einwilligung . . . . .	329
b) Hohe Anforderungen an die Aufklärungspflicht. . . . .	330
c) Grenzen der Einwilligung (§ 228 StGB). . . . .	332
4. Schönheitsoperationen und Tötungsdelikte . . . . .	335
V. Schönheitsoperationen bei Minderjährigen . . . . .	336
1. Die Problematik. . . . .	336
2. Einwilligung. . . . .	336
3. Vorschläge zur Zurückdämmung von Schönheitsoperationen. . . . .	339
VI. Schlussfolgerungen zu den Schönheitsoperationen. . . . .	341
E. Enhancements . . . . .	346
I. Begriff . . . . .	346
II. Abgrenzung Enhancement und Heilbehandlung . . . . .	349
III. Beispiele für pharmakologische Enhancements und ihre Wirkungen	351
1. Physisches Enhancement. . . . .	351
2. Psychisches Enhancement . . . . .	352
IV. Die Kernproblematik bei Enhancements. . . . .	352
V. Strafrechtliche Folgen von Enhancements. . . . .	353
1. Strafbarkeit des Arztes nach dem Betäubungsmittelgesetz. . . . .	354

2. Strafbarkeit des Arztes nach dem Arzneimittelgesetz (AMG) . . .	354
3. Strafbarkeit des Selbst-Enhancements? . . . . .	355
a) Strafbarkeit des Selbst-Enhancements psychischer Eigenschaften . . . . .	355
b) Strafbarkeit des Selbst-Enhancements physischer Eigenschaften . . . . .	356
c) Schranken des Selbstenhancements . . . . .	357
4. Strafbarkeit des Fremd-Enhancements . . . . .	361
a) Körperliche Gesundheitsschäden . . . . .	361
aa) Physische Körperverletzung . . . . .	361
(i) Tatbestandsmäßigkeit . . . . .	361
(ii) Täterschaft . . . . .	362
(iii) Strafbarkeit lediglich einwilligender gesetzlicher Vertreter und Betreuer? . . . . .	362
(iv) Strafbarkeit nach dem AMG . . . . .	363
(v) Verjährung . . . . .	364
bb) Vorschlag einer Gesetzesergänzung für die Vergabe ausschließlich positiv wirkender Enhancements . . . . .	364
b) Rein psychische Veränderungen . . . . .	366
aa) Psychische Veränderung als Körperverletzung . . . . .	366
bb) Psychiatrische Zwangsbehandlung . . . . .	367
c) Verletzung Dritter . . . . .	368
d) Off-label-use . . . . .	369
e) Schranken des Fremd-Enhancements . . . . .	370
aa) Schutz des Einzelnen sowie grundlegender Werte der Gemeinschaft . . . . .	370
bb) Sittenwidrige Körperverletzung bei rein seelischen Leiden? . . . . .	370
5. Schutz der mentalen Selbstbestimmung . . . . .	371
VI. Schlussfolgerungen zu den Enhancements . . . . .	373
F. Zwangsbehandlungen . . . . .	379
I. Allgemeines . . . . .	379
II. Die jüngsten BVerfG-Entscheidungen zur Zwangsbehandlung . . . . .	380
III. Die jüngsten BGH- Entscheidungen zur Zwangsbehandlung im Betreuungsrecht. . . . .	385
IV. Gesetzliche Neuregelung der Zwangsbehandlung . . . . .	386
1. Notwendigkeit einer Neuregelung. . . . .	387
2. Materiell-rechtliche Voraussetzungen . . . . .	389
3. Verfahrensrechtliche Voraussetzungen . . . . .	391
V. Schlussfolgerungen zu den Zwangsbehandlungen . . . . .	392

## 4. Teil

### Vergleich mit der Rechtslage in der Schweiz

A. Begründung für den Rechtsvergleich mit der Schweiz . . . . .	401
B. Verankerung des Selbstbestimmungsrechts im Schweizer Recht . . . . .	403
C. Patientenverfügungen . . . . .	405
I. Allgemeines . . . . .	405
II. Neuregelung der Patientenverfügung im Schweizer Recht . . . . .	405
1. Vorsorgeauftrag . . . . .	406
2. Patientenverfügung . . . . .	407
a) Inhalt und Form der Patientenverfügung. . . . .	407
b) Nachweis der Patientenverfügung . . . . .	407
c) Verbindlichkeit der Patientenverfügung . . . . .	408
d) Widerruf der Patientenverfügung . . . . .	409
e) Überprüfung bei Missachtung der Patientenverfügung . . . . .	411
f) Notfälle . . . . .	411
g) Fehlen einer Patientenverfügung und Vertretung . . . . .	412
h) Strafrechtliche Auswirkungen . . . . .	413
III. Rechtsvergleich . . . . .	414
1. Reichweite von Patientenverfügungen . . . . .	414
a) Vergleich . . . . .	414
b) Bewertung . . . . .	415
2. Begriff der Patientenverfügung und Vertretungsregeln. . . . .	416
a) Vergleich . . . . .	416
b) Bewertung . . . . .	417
3. Erwachsenenschutzbehörde und Betreuungsgericht . . . . .	419
a) Vergleich . . . . .	419
b) Bewertung . . . . .	420
4. Interessenkollisionen . . . . .	420
a) Vergleich . . . . .	420
b) Bewertung . . . . .	422
5. Natürlicher Wille und Willensänderungen . . . . .	423
a) Vergleich . . . . .	423
b) Bewertung . . . . .	425
6. Versichertenkarte . . . . .	426
a) Vergleich . . . . .	426
b) Bewertung . . . . .	426
7. Kein Verstoß gegen das Gesetz. . . . .	426
a) Vergleich . . . . .	426

b) Bewertung . . . . .	426
8. Minderjährige . . . . .	427
a) Vergleich . . . . .	427
b) Bewertung . . . . .	427
9. Wertvorstellungen des Patienten . . . . .	428
10. Schlussfolgerungen . . . . .	429
D. Sterbehilfe im Schweizer Recht . . . . .	430
I. Tötung auf Verlangen (Art. 114 StGB) . . . . .	431
1. Bedeutung . . . . .	431
2. Voraussetzungen . . . . .	433
a) Eindringliches und ernsthaftes Verlangen . . . . .	433
b) Urteilsfähigkeit des Sterbewilligen. . . . .	433
c) Kein Zwang oder Irrtum . . . . .	435
d) Achtenswerte Beweggründe . . . . .	436
3. Durch Unterlassen . . . . .	436
4. Abgrenzung zu den anderen Formen der Sterbehilfe . . . . .	437
5. Rechtsvergleich zur Tötung auf Verlangen . . . . .	437
II. Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord (Art. 115 StGB) . . . . .	439
1. Bedeutung . . . . .	439
2. Voraussetzungen . . . . .	440
a) Eigenverantwortlichkeit. . . . .	440
b) Urteilsfähigkeit . . . . .	442
c) Verleiten und Hilfeleisten. . . . .	444
d) Selbstsüchtige Beweggründe . . . . .	445
3. Durch Unterlassen . . . . .	446
4. Versuch und Teilnahme an der Teilnahme . . . . .	446
5. Suizidbeihilfe durch Ärzte . . . . .	446
6. Abschließende Regelung . . . . .	447
7. Rechtsvergleich zur Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord . . . . .	448
III. Indirekte aktive Sterbehilfe . . . . .	451
1. Bedeutung . . . . .	451
2. Begründung der Legitimation . . . . .	452
3. Rechtsvergleich zur indirekten Sterbehilfe . . . . .	452
IV. Passive Sterbehilfe . . . . .	454
1. Bedeutung . . . . .	454
2. Passive Sterbehilfe bei urteilsfähigen Patienten . . . . .	455
3. Passive Sterbehilfe bei nicht urteilsfähigen Patienten . . . . .	457
4. Sonderfall: Technischer Behandlungsabbruch. . . . .	460
5. Kantonale Unterschiede . . . . .	461
6. Rechtsvergleich zur passiven Sterbehilfe . . . . .	461
V. Sterbehilfeorganisationen . . . . .	465

1. Dignitas und Exit . . . . .	465
2. Rechtsvergleich zu den Sterbehilfeorganisationen. . . . .	468
VI. Rechtspolitische Entwicklungen . . . . .	470
1. Schweizer Bundesamt für Justiz: Bericht Sterbehilfe vom 9.7.2010 . . . . .	470
a) Übereinstimmende Position der gesamten Arbeitsgruppe . . . . .	470
b) Auffassung der Mehrheit: Strafflosigkeit der direkten aktiven Sterbehilfe in Ausnahmefällen. . . . .	471
c) Auffassung der Minderheit: Keine Strafflosigkeit der direkten aktiven Sterbehilfe. . . . .	471
d) Reaktionen auf den Bericht der Arbeitsgruppe zur Sterbehilfe . . . . .	471
2. Bestrebungen de lege ferenda . . . . .	472
VII. Christliche Überlegungen der Schweizer Bischofskonferenz zur Sterbehilfe. . . . .	474
VIII. Schlussfolgerungen . . . . .	475
E. Schönheitsoperationen im Schweizer Recht . . . . .	481
I. Allgemeines . . . . .	481
1. Schönheitsoperation als Körperverletzung. . . . .	481
a) Einfache Körperverletzung . . . . .	482
b) Schwere Körperverletzung . . . . .	483
2. Tötlichkeiten. . . . .	483
3. Einwilligung. . . . .	484
4. Schönheitsoperation bei Minderjährigen. . . . .	485
II. Rechtsvergleich und Schlussfolgerungen . . . . .	486
F. Enhancements im Schweizer Recht. . . . .	488
I. Darstellung . . . . .	488
1. Allgemeines . . . . .	488
2. Rechtliche Fragen . . . . .	489
a) Strafrechtliche Fragen. . . . .	489
aa) Enhancements körperlicher Eigenschaften . . . . .	489
bb) Enhancements psychischer Eigenschaften. . . . .	491
b) Verfassungsrechtliche Fragen . . . . .	492
c) Fragen des Humanforschungsrecht . . . . .	493
d) Fragen der Marktzulassung von Enhancementprodukten . . . . .	496
e) Fragen des off-label-use . . . . .	497
f) Enhancements bei Kindern. . . . .	498
3. Fazit . . . . .	500
II. Rechtsvergleich . . . . .	500
1. Verfassung . . . . .	500
2. Spezialgesetze . . . . .	501

3. Körperliches Enhancement . . . . .	502
a) Verbot des Sportdopings . . . . .	502
b) Sanktionen nach dem Strafgesetzbuch . . . . .	504
c) Verbandsrechtliche Normen . . . . .	505
d) Probleme der Dopingbekämpfung. . . . .	505
4. Psychisches Enhancement . . . . .	505
5. Schlussfolgerungen . . . . .	507
G. Zwangsbehandlungen im Schweizer Recht . . . . .	508
I. Darstellung . . . . .	508
1. Neuregelung im Schweizer Recht . . . . .	508
2. Zwangsmaßnahmen als Grundrechtseingriff . . . . .	510
3. Maßnahmen zur Unterbringung . . . . .	510
a) Zweck der Unterbringung . . . . .	510
b) Grundsätze der Unterbringung . . . . .	511
c) Unterschiede bei somatischen und psychischen Krankheiten . . . . .	512
d) Modalitäten der Unterbringung . . . . .	512
4. Medizinische Zwangsbehandlungen . . . . .	513
a) Art der Zwangsbehandlung. . . . .	514
b) Voraussetzungen der Zwangsbehandlung. . . . .	514
aa) Urteilsunfähigkeit . . . . .	514
bb) Ernsthafte Gefährdung. . . . .	515
cc) Verhältnismäßigkeit . . . . .	516
dd) Behandlungsplan . . . . .	517
ee) Rechtsweg . . . . .	517
c) Notfallsituationen . . . . .	518
d) Einschränkungen der Fortbewegung . . . . .	518
e) Betreute in Wohn- und Pflegeeinrichtungen . . . . .	518
5. Medizinische Zwangsbehandlungen von Inhaftierten . . . . .	520
II. Rechtsvergleich . . . . .	523
1. Regelungsstand . . . . .	523
2. Zwangsbehandlung als Eingriff in die Grundrechte . . . . .	524
a) Vergleich . . . . .	524
b) Bewertung . . . . .	524
3. Unterbringung und Einweisung. . . . .	525
a) Vergleich . . . . .	525
b) Bewertung . . . . .	526
4. Fehlende Einsicht in die Behandlungsbedürftigkeit. . . . .	528
a) Vergleich . . . . .	528
b) Bewertung . . . . .	529
5. Beachtung des natürlichen Willens . . . . .	531
a) Vergleich . . . . .	531

b) Bewertung . . . . .	531
6. Eigen- und Fremdgefährdung . . . . .	533
a) Vergleich . . . . .	533
b) Bewertung . . . . .	534
7. Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit . . . . .	536
a) Vergleich . . . . .	536
b) Bewertung . . . . .	537
9. Verfahrensrechtliche Sicherungen und Vertretung . . . . .	537
a) Vergleich . . . . .	537
b) Bewertung . . . . .	538
10. Schlussfolgerungen . . . . .	541

5. Teil

Gesamtzusammenfassung in Thesen

A. Thesen zum eigenen Konzept der Patientenautonomie . . . . .	545
B. Thesen zu den Grundlagen der Patientenautonomie . . . . .	549
C. Thesen zu rechtlichen Folgerungen aus der Autonomie des Patienten . . .	551
D. Thesen zur Patientenautonomie am Lebensende . . . . .	554
E. Thesen zu den ethischen Überlegungen zur Patientenautonomie am Lebensende . . . . .	560
F. Thesen zur Patientenautonomie bei der wunscherfüllenden Medizin . . .	562
G. Thesen zur Patientenautonomie bei ärztlichen Zwangsbehandlungen . . .	565
H. Thesen zum Rechtsvergleich mit der Schweiz . . . . .	567
I. Rechtsvergleichende Thesen zu den Patientenverfügungen . . . . .	567
II. Rechtsvergleichende Thesen zur Sterbehilfe. . . . .	569
III. Rechtsvergleichende Thesen zu den Schönheitsoperationen und Enhancements. . . . .	573
IV. Rechtsvergleichende Thesen zur Zwangsbehandlung . . . . .	575

English Summary	
Patient Autonomy in Criminal Law . . . . .	579
Literaturverzeichnis . . . . .	605

### Anhang

Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) . . . . .	633
Arzneimittelgesetz (AMG) . . . . .	634
Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) . . . . .	637
Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) . . . . .	645
Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB) . . . . .	646
Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB) . . . . .	648
Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches: Obligationenrecht (OR) . . . . .	657

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	an angegebenem Ort
Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
AIDS	Acquired Immune Deficiency Syndrome
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AG	Amtsgericht
AMG	Arzneimittelgesetz
Anm.	Anmerkung
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
ArztR	Arztrecht
Aufl.	Auflage
BÄO	Bundesärzteordnung
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BetmG	Betäubungsmittelgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BISp	Bundesinstitut für Sportwissenschaft
BMJ	Bundesjustizministerium
BMJ	British Medical Journal
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BtPrax	Betreuungsrechtliche Praxis
BtMG	Betäubungsmittelgesetz
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BVerfG	Bundesverfassungsgericht

BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ChemV	Chemikalienverordnung
CJP	Canadian Journal of Philosophy
CR	Computer und Recht
DÄBl	Deutsches Ärzteblatt
DAZ	Deutsche Apotheker Zeitung
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
DJT	Deutscher Juristentag
DGMR	Deutschen Gesellschaft für Medizinrecht
d. h.	das heißt
DMW	Deutsche Medizinische Wochenschrift
DuD	Datenschutz und Datensicherheit
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
et al.	et alia
etc.	et cetera
EthikMed	Ethik in der Medizin
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FMH	Verbindung der Schweizerischen Ärztinnen und Ärzte
Fn.	Fussnote
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GesR	Gesundheitsrecht
GesundhWes	Das Gesundheitswesen
GG	Grundgesetz
H.	Heft
HCR	Hastings Center Report
HIV	Humanes Immundefizienz-Virus
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HRRS	Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung im Strafrecht
hg	herausgegeben
HMG	schweizerisches Heilmittelgesetz
Hrsg	Herausgeber
JA	Juristische Ausbildung

JAMA	Journal of the American Medical Association
JR	Juristische Rundschau
JRE	Jahrbuch für Recht und Ethik
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KH	Das Krankenhaus
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LG	Landgericht
LMG	Lebensmittelgesetz
m. Anm.	mit Anmerkung
MBO	Musterberufsordnung
MDK	Medizinischer Dienst der Krankenkassen
MedR	Medizinrecht
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MME	Midwest Medical Ethics
MPR	Medizin Produkte Recht
MschKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
MStG	Militärstrafgesetz
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NEK	Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin
n.F.	neue Fassung
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Neue Kriminalpolitik
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Rechtsprechungs-Report Strafrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
ÖJZ	Österreichische Juristen Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
OR	Obligationenrecht
PatVG	Patientenverfügungsgesetz
PharmR	Pharma Recht
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
Rn.	Randnummer
RuP	Recht und Politik
s.	siehe
S.	Satz
SAEZ	Schweizerische Ärztezeitung

SAMW	Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften
SGB	Sozialgesetzbuch
SGBE	Schweizerische Gesellschaft für Biomedizinische Ethik
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
Soziale Sicherheit	Zeitschrift für Arbeit und Soziales
SozVers	Die Sozialversicherung
SpoFöG	Sportförderungsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StoffR	Zeitschrift für Stoffrecht
StV	Der Strafverteidiger
StVO	Straßenverkehrsordnung
StVG	Straßenverkehrsgesetz
SuchtMagazin	Fachzeitschrift für Suchtarbeit und Suchtpolitik
Swiss Med Wkly	Swiss Medical Weekly
TA-Swiss	Technologiefolgenabschätzungsausschuss des Schweizer Bundesrates
USA	United States of America
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	vom
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
vol.	Volume
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
WADA	World Anti-Doping Agency
WADC	Welt-Anti-Doping-Code
WehrStrG	Wehrstrafrecht
WHO	World Health Organisation
ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis
z. B.	zum Beispiel
ZEFQ	Zeitschrift für Evidenz, Fortbildung und Qualität im Gesundheitswesen
ZPhF	Zeitschrift für philosophische Forschung
ZErB	Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis
ZEV	ZEV – Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfL	Die Zeitschrift für Lebensrecht
ZfmE	Zeitschrift für medizinische Ethik
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
zit	zitiert
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZPhF	Zeitschrift für philosophische Forschung
ZRP	ZRP – Zeitschrift für Rechtspolitik

ZSR	Zeitschrift für Sozialreform
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZVW	Zeitschrift für Vormundtschaftswesen
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess



*„Salus et/aut voluntas aegroti suprema lex“*

Das Wohl und/oder der Wille des Patienten  
müssen oberste Richtschnur allen ärztlichen  
Handelns sein

## Einleitung

Der medizinische Fortschritt und die verbesserten Möglichkeiten des medizinisch Machbaren haben dazu geführt, Krankheiten auch noch im schwersten Stadium bekämpfen und Leben weit über jenen Zeitpunkt hinaus verlängern zu können, zu dem noch vor wenigen Jahrzehnten der Tod unausweichlich war. Zumindest der Zeitpunkt des Todes erscheint immer mehr als nicht schicksalhaft (vorher)bestimmt, sondern als das Ergebnis medizinischer Maßnahmen und damit von Menschen gesteuert. Die immer stärker verbreitete Form, vorab im Weg einer Patientenverfügung zu entscheiden, welche Behandlungen im Fall später eintretender Einwilligungsunfähigkeit noch durchgeführt und welche abgelehnt werden sollen, zeigt aber auch die Angst vieler Menschen, später unfreiwillig am Leben gehalten zu werden, obgleich sie dann aufgrund ihres Krankheitszustandes ihr Leben nicht mehr als „lebenswert“ und „lebenswürdig“ zu empfinden glauben. Die Ausdehnung des medizinisch Machbaren erhöht nicht nur die Erwartungen der Menschen, länger und besser zu leben, sondern weckt auch Befürchtungen, nämlich vor einer Übertherapie besonders in Bezug auf eine Verlängerung von Leiden sowie des Sterbeprozesses. Die Begründung zum Gesetzentwurf zur Patientenverfügung formulierte dieses Problem treffend mit den folgenden Worten: „Zu der Angst vor dem eigenen Tod ist die Angst hinzugekommen, ohne Möglichkeit der Einflussnahme einem hoch technisierten und unpersönlichen Gesundheitsbetrieb ausgeliefert zu sein, in dem der Sieg über den Tod ungeachtet der Qualität des erhaltenen Lebens als Ziel definiert wird“.<sup>1</sup>

Aber nicht nur in der Grenzzone zwischen Leben und Tod haben die medizinischen Möglichkeiten dramatisch zugenommen. In vielen Bereichen ärztlichen Handelns haben sich neue vielversprechende, aber zugleich auch bedrohlich risikoreiche Eingriffsformen entwickelt. Als Beispiele seien nur Schönheitsoperationen, Doping, insbesondere so genanntes Minddoping und alle Arten sonstiger ‚Verbesserungen‘ (Enhancements), genetische Diagnostik oder künstliche Fortpflanzungstechniken genannt. Diese Liste ließe sich durchaus noch verlängern.

---

<sup>1</sup> BT-Drucks. 16/8442, S. 7.

Zu der herkömmlichen Aufgabe des Arztes, für die Gesundheit des Patienten zu sorgen, ist heute deshalb vielfach die Aufgabe hinzugetreten, gesundheitsunabhängige Wünsche des Patienten zu erfüllen und dafür auch Beratung zu leisten. Der Patient erwartet hier, so behandelt zu werden, wie das seinen Bedürfnissen und Wünschen am besten entspricht. Kennzeichnend für diese neue Rolle ist bei der wunscherfüllenden Medizin, dass der Arzt auf Wunsch des Patienten statt einer ärztlichen Heilbehandlung eine medizinisch nicht indizierte Gesundheitsleistung erbringt. Das ist nicht unproblematisch in Fällen, in denen der Arzt Forderungen des Patienten nachgibt, die aus ärztlicher Sicht nicht indiziert, sinnlos und überflüssig, unter Umständen sogar schädlich für die Gesundheit des Patienten sind. Der Arzt tritt aus der Rolle des ‚Halbgottes in Weiß‘, der den Gesundungsprozess allein in der Hand hat und seinen Verlauf bestimmt, in die Rolle des bloßen Erfüllungsgehilfen der Patientenwünsche. Er wird vom bestimmenden Gesundheitsobwalter zunehmend zum dienenden Gesundheitsdienstleister. Angesichts dieser Entwicklung bedarf das Verhältnis zwischen Arzt und Patient einer neuen Kalibrierung.

Seit langem wird die Autonomie des Patienten fast ausschließlich über die Figur der Einwilligung nach Aufklärung (informed consent) definiert. Die Selbstbestimmung scheint danach gewahrt, ob und inwieweit der informierte Patient in den medizinischen Eingriff eingewilligt hat. Dieses zwar griffige, aber doch recht grobe Verständnis von Patientenautonomie verkürzt die Sicht auf die vielen Konstellationen, in denen der Patient seine Selbstbestimmung noch nicht oder nicht mehr ausüben kann. Je nach Situation, Patientengruppe, jeweiliger Fähigkeit und Möglichkeit zur Ausübung von Autonomie können die Anforderungen an die Autonomie differieren. Ein Konzept von Patientenautonomie muss diese verschiedenen Ausgestaltungen in den Blick nehmen, will es dem vielgestaltigen Begriff der Autonomie angemessen Rechnung tragen. Neue Gesetze und neue Rechtsprechung haben zudem das Selbstbestimmungsrecht des Patienten in jüngster Zeit gestärkt. Mit dieser Stärkung geht die Notwendigkeit einher, zu erfassen, was unter Selbstbestimmung des Patienten genau zu verstehen ist. Das bisherige Konzept der Einwilligung nach Aufklärung stellt zwar einen Mindeststandard für die Selbstbestimmung dar, bedarf aber in vielen Fällen notwendiger Ergänzung. Die vorliegende Arbeit hat daher den Versuch unternommen, ein deutlich differenzierteres Konzept der Patientenautonomie zu entwickeln, das gleichwohl für das Strafrecht im Praxistest tauglich ist. Zentral dafür ist die Autonomie des Patienten im Verhältnis zum Bestimmungsrecht des Arztes, der natürlich nach wie vor das überlegene Sachwissen gegenüber dem Patienten besitzt, die medizinisch indizierten Maßnahmen ermittelt und regelmäßig selbst durchführt.

Die Berücksichtigung der Patientenautonomie ist nicht nur zum beherrschenden Prinzip der Medizin-Ethik im Arzt-Patient-Verhältnis geworden<sup>2</sup>, sondern sie ist für alle Rechtsbereiche, aber insbesondere für das Strafrecht essentiell, gerade in der Fra-

---

<sup>2</sup> S. etwa *Becker-Schwarze*, FPR 2007, 52 ff.; *Birnbacher*, MedR 2012, 560 ff.; *Härle*, FPR 2007,

ge, wieweit der Arzt an Vorgaben des Patienten gebunden ist und wann ein Abweichen zur Strafbarkeit führt. Das Strafrecht ist im medizinischen Bereich besonders auf den Plan gerufen, da invasive Eingriffe des Arztes die körperliche Integrität des Patienten verletzen und Strafrechtsnormen von Körperverletzung bis zur Tötung einschlägig sein können. Der selbstbestimmte Patientenwille in Form der Patientenautonomie ist für den Arzt nicht nur Aufforderung zum Tätigwerden, sondern er entfaltet seine Funktion als Rechtfertigung für das sonst strafbare Verhalten des Arztes, der einen Eingriff in Körper oder Geist vornimmt oder unterlässt. Die Bedeutung der Patientenautonomie im Strafrecht kann daher nicht stark genug betont werden.

Das Grundgesetz, dessen Wertungen den Maßstab für Fragen der Patientenautonomie bestimmen, enthält nur rudimentäre Vorgaben. Es schützt zwar ein Recht auf Leben und körperliche Integrität gegenüber anderen, aber es etabliert keine rechtliche Pflicht des Einzelnen, zu leben oder die eigene Gesundheit nicht zu schädigen. Es enthält bestenfalls die moralische Aufforderung, sorgsam und verantwortungsvoll mit dem eigenen Leben umzugehen.<sup>3</sup> Das Gleiche gilt für den Umgang mit der eigenen Gesundheit. Beides muss auch für Menschen gelten, die ihren Willen nicht mehr äußern können. Wie aber passen der Lebens- und Gesundheitsschutz einerseits und das Recht des Patienten auf freie Selbstbestimmung andererseits zusammen?

In der vorliegenden Arbeit geht es um das Kernproblem, in welcher Art und in welchem Umfang dem Patienten Selbstbestimmung bei medizinischen Entscheidungen zu ermöglichen ist, und wie viel davon der behandelnde Arzt unter dem Blickwinkel des Strafrechts zu beachten hat. Dieses Problem tritt insbesondere auch dann auf, wenn der Patient nicht mehr oder nur noch eingeschränkt in der Lage ist, freiverantwortliche Entscheidungen selbst zu fällen. Dahinter steht letztlich das Spannungsverhältnis zwischen Selbstbestimmung einerseits und Wohl des Patienten andererseits und die Grundsatzfrage, ob und wie diese beiden Prinzipien in Ausgleich miteinander gebracht werden können.

In dieser Arbeit wird ein eigenes Konzept zur Patientenautonomie entwickelt, das aus medizinethischer Sicht tragfähig, für die medizinische Praxis brauchbar und für das Strafrecht einsetzbar ist.

Am Beginn der Untersuchung steht ein Grundlagenteil, in dem Begriff und Bedeutung der Patientenautonomie erörtert werden. Ausgangspunkt ist der schlechende Wandel des Arzt-Patient-Verhältnisses und der damit verbundene Paradigmenwechsel, der eine neue Kalibrierung des Arzt-Patient-Verhältnis erforderlich macht. Vor diesem Hintergrund erfolgt eine Analyse des Patientenbegriffs und des strittigen

---

47 ff.; Hossfeld, *Hamburger Ärzteblatt*, H. 07/08 (2010), 30; s. auch die Diskussion bei Laufs/Kern-Laufs, *Handbuch des Arztrechts*, § 4.

<sup>3</sup> Von einem aus der Menschenwürde und dem Selbstbestimmungsrecht abgeleiteten Recht, sich selbst zu töten, sprechen Maunz/Dürig-Herdeggen, GG, Art. 1 Rn. 89; Dreier-Dreier, GG, Art. 1 Rn. 157; anders aber von Münch/Kunig-Kunig, GG, Art. 1 Rn. 36; in spezifisch medizinrechtlicher Sicht Lipp/Simon, *Beihilfe zum Suizid*, Keine ärztliche Aufgabe, DÄBl v. 4.2.2011, B 168.

Krankheitsbegriff als hinreichende, aber nicht immer notwendige Voraussetzung der Bestimmung des Patientenbegriffs. Daran schließt sich die Auseinandersetzung mit vorhandenen Konzepten zur Patientenautonomie an, die sich insbesondere in der (rechts-)philosophischen Literatur finden, aber auch in Entscheidungen der Rechtsprechung angelegt sind, ohne dass sie dort jedoch zu ausgearbeiteten Gesamtkonzepten geführt haben. Hier sind die (rechts-)philosophischen und medizinethischen Konzepte von Kant, Feinberg und Beauchamp und Childress zur näheren Fassung des Autonomiebegriffs zu nennen. Gerade die Konzepte aus neuerer Zeit sind besonders geeignet, Anregungen für ein Patientenautonomiekonzept zu liefern. Alle drei Ansätze werden im Grundlagenteil näher ausgeführt und ihre Vor- und Nachteile bei einer Anwendung auf den Bereich der Patientenautonomie erläutert. Auf dieser Grundlage wird als Kernstück der Arbeit das eigene Konzept der wertgebundenen Patientenautonomie entwickelt. Der Begriff der Patientenautonomie soll umschreiben, dass und wie die Entscheidungsfreiheit einer Person zu sichern ist, die sich in der besonderen Lage eines Patienten befindet. Patientenautonomie betrifft ihrem Wesen nach die Selbstbestimmung über den eigenen Körper und Geist in Form eines eigenen Entscheidungsfreiraums über medizinische Eingriffe oder vergleichbare Eingriffe. Sie legt damit vor allem Pflichten für den Arzt fest, die angeben, in welchem Maß er den Wünschen und Entscheidungen des Patienten nachzukommen und sie zu verwirklichen hat. Für das Konzept der Patientenautonomie ist eine Reihe notwendiger Differenzierungen zu beachten, die im Einzelnen ausgeführt werden. Sie dienen der erforderlichen Konkretisierung der Patientenautonomie und der Umsetzung des mit ihr verfolgten Zwecks. Als zentral ist die neue Voraussetzung der Wertgebundenheit der Patientenautonomie hervorzuheben. Sie ist die logische Folge aus der Wertoffenheit anderer Autonomiekonzepte und strebt einen Ausgleich zwischen den wesentlichlichen Prinzipien der Selbstbestimmung und des Wohls des Patienten an. Das im Grundlagenteil entwickelte Konzept hat freilich zunächst vorläufigen Charakter und wird im folgenden Gang der Untersuchung weiter überprüft. Das soll die Gefahr vermeiden, aus einem vorgefertigten Begriff die Dinge erklären zu wollen. Die weitere Überprüfung geschieht anhand von Fallgruppen im Besonderen Teil der Arbeit, für die das vorgeschlagene Autonomiekonzept jeweils untersucht wird und sich den sinnvollen Lösungen der Fallgruppen jeweils stellen muss. Den Grundlagenteil schließt die Auseinandersetzung mit der sowohl für die Medizinethik als auch für das Strafrecht bedeutsamen Paternalismus-Debatte und ihren Auswirkungen auf die Patientenautonomie ab.

Der zweite Teil der Arbeit nimmt sich der allgemeinen rechtlichen Grundlagen der Patientenautonomie an. Dazu gehört an erster Stelle die Frage nach der gesetzlichen Verankerung der Patientenautonomie. In einem zweiten Schritt ist der Frage nachzugehen, welche Rolle die Patientenautonomie in Rechtsprechung und im Schrifttum spielt. Die Untersuchung bezieht sich zunächst auf die gesetzliche Verankerung der Patientenautonomie auf europäischer und verfassungsrechtlicher Ebene sowie im Bürgerlichen Gesetzbuch und Strafbgesetzbuch. Aus allen drei Gesetzesebenen – eu-

ropäische, verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche – ergibt sich ein Schutz des Selbstbestimmungsrechts allgemein, aus dem sich ein besonderes Selbstbestimmungsrecht des Patienten ableiten lässt. Das Selbstbestimmungsrecht als Teil des Persönlichkeitsschutzes wird dabei auf allen Ebenen gleichermaßen vorausgesetzt, ohne jedoch als solches ausdrücklich kodifiziert zu sein. Neben den gesetzlichen Normen ist die Rezeption der Patientenautonomie in Rechtsprechung und Literatur Gegenstand der Untersuchung. Die Arbeit fasst die Gebiete der Patientenautonomie, welche die obergerichtliche Rechtsprechung und das Schrifttum in den letzten Jahrzehnten vorrangig beschäftigt haben, in Fallgruppen zusammen. Mehrere der Anwendungsbereiche, die sowohl in der Rechtsprechung als auch im Schrifttum behandelt werden, greift die Arbeit später im Besonderen Teil wieder auf und unterzieht sie einer genaueren Untersuchung. An die Ergebnisse dieser Recherche schließt sich der für Juristen und Ärzte gleichermaßen bedeutsame Abschnitt über Rechte und Pflichten von Ärzten und Patienten an. Grundlage hierfür bieten neben den vom ärztlichen Berufsrecht anerkannten Rechten und Pflichten und der UN-Charta Patientenrechte vor allem die durch das Patientenrechtegesetz 2013 in das BGB eingefügten Vorschriften. Die Darstellung umfasst die neuen zivilrechtlichen Vorschriften, die auch für das Strafrecht Auswirkungen haben und von praktischer Relevanz sind, mit ihren Vorzügen und Nachteilen. Der letzte Schwerpunkt des zweiten Teils gilt dem Institut der Einwilligung als zentralen Ausdruck der Patientenautonomie, das in seinen verschiedenen Formen und Voraussetzungen und seinem Zweck im Zusammenhang mit dem ärztlichen Heileingriff analysiert und diskutiert wird. Ein besonderes Augenmerk gilt der Einwilligung beim ärztlichen Heileingriff. Hier wird die Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts für das Schutzgut der Körperverletzungsvorschriften und das Dispositionsrecht über Körper und Psyche in den Vordergrund gestellt.

Der dritte und umfanglichste Teil stellt den Besonderen Teil der Arbeit dar und nimmt eine genaue rechtliche Bewertung von ausgewählten Bereichen der Patientenautonomie vor. Anhand dieser Bereiche wird das im Grundlagenteil entwickelte Konzept der Patientenautonomie überprüft und validiert. Hierzu zählt vor allem der Bereich der Selbstbestimmung am Lebensende, zu dem insbesondere die Fragen der Sterbehilfe und Patientenverfügungen gehören, aber auch Gebiete der nicht medizinisch indizierten Eingriffe wie Sport- und Minddoping und Schönheitsoperationen oder der grundrechtssensible Bereich der Zwangsbehandlungen. Alle diese Bereiche werden aus der Perspektive des Strafrechts untersucht und zu ihnen unter dem übergeordneten Blickwinkel der Patientenautonomie Stellung bezogen. Jüngste Entwicklungen in diesen Bereichen wie die neueste Rechtsprechung des BGH zur Sterbehilfe (2010, 2011), das Patientenverfügungsgesetz (2009) und das neue Recht zur Zwangsbehandlung (2013), zu deren strafrechtlichen Auswirkungen z. T. erst wenig oder gar nichts veröffentlicht wurde, zeigen die Aktualität und drängende Relevanz dieser Themen. Gegenstand der Arbeit sind aber auch die Auswirkungen der neuesten zivilrechtlichen Änderungen im Bereich von Betreuung und Patientenautonomie auf das

Strafrecht. Das Strafrecht hängt hier in gewissem Umfang von den zivilrechtlichen Vorgaben ab, hat aber seine Eigengesetzlichkeit, die erfordert, dass diese Vorgaben im Lichte des Strafrechts untersucht und eingehend geprüft werden.

Der Besondere Teil der Arbeit beginnt mit den Vorsorgeverfügungen. Gerade die in ihren Voraussetzungen lang umstrittenen Patientenverfügungen sind jüngst neu im Gesetz geregelt worden. Nach einem kurzen Überblick über die Entstehungsgeschichte des Patientenverfügungsgesetzes, das 2009 in Kraft trat, unterzieht die Arbeit die neuen gesetzlichen Voraussetzungen für Patientenverfügungen einer systematischen Prüfung. Auf dieser Grundlage entwickelt sie die für das Thema entscheidenden strafrechtlichen Folgerungen. Die Auswirkungen der zivilrechtlichen Vorschriften auf das Strafrecht sind bislang wenig diskutiert worden, so dass hier die strafrechtlichen Folgewirkungen weitgehend neu untersucht werden. Um die Konsequenzen auf das Strafrecht zu erfassen, bildet die Arbeit verschiedene Konstellationen ab, in denen sich die Beteiligten, vor allen der Arzt, strafbar machen können. Die sich anschließende knappe Bestandsaufnahme zur Rechtsprechung und Literatur zu den Patientenverfügungen zeigt, dass allgemeinere und umfassendere Darstellungen zu den Auswirkungen des Patientenverfügungsgesetzes bislang fehlen. Eine ausführliche Stellungnahme greift im Folgenden die Strafbarkeitsfragen wieder auf und setzt sich mit den Neuregelungen im Gesetz, insbesondere mit dem drohenden Missbrauchspotential von Patientenverfügungen kritisch auseinander. Aus diesen Überlegungen heraus wird dann ein Vorschlag zur Gesetzesergänzung für Pflichtverletzungen des Betreuers entwickelt. Nach der eigenen Stellungnahme lassen sich Schlussfolgerungen für das Patientenautonomiekonzept ziehen.

Der nächste große Komplex im Besonderen Teil der Arbeit behandelt die Sterbehilfe. Dieser Bereich gehört nach wie vor zu den schwierigsten, umstrittensten, rechtlich wie ethisch heikelsten Problemfeldern des Strafrechts. Bei Fragen der Sterbehilfe hat die Patientenautonomie elementare Bedeutung. Hier können die besondere Pflicht des Arztes zum Lebensschutz einerseits und der Patientenwunsch nach Lebensbeendigung andererseits unmittelbar miteinander kollidieren. Von dem Ausgleich dieser Positionen hängt die Strafbarkeit des Arztes und dritter Personen ab, aber auch die Frage, wie weit das Selbstbestimmungsrecht des Patienten reicht. Die Untersuchung befasst sich zuerst mit allgemeinen Fragen der Sterbehilfe bevor sie sich den Einzelbereichen zuwendet. Sie geht von der gesetzlichen Ausgangslage aus und weist dann auf die Unsicherheit über die Grenzen der Sterbehilfe in der Praxis hin, diskutiert den schwierigen Problemkomplex der Sterbehilfe für Demente und die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Sterbehilfe und plädiert dann dafür, bei Entscheidungen im Bereich der Sterbehilfe im Zweifel für das Leben zu entscheiden. Jeder dieser Fragen ist ein einzelner Abschnitt gewidmet. Nach diesen Grundsatzfragen werden eingehend die einzelnen Ausprägungen der Sterbe- bzw. Suizidhilfe analysiert. Gegenstand der folgenden Ausführungen ist zunächst die Beteiligung am Suizid. Die Ausführungen nehmen neben der rechtlichen Einordnung auch die Rechtsprechung mit Grundsatzentscheidungen und gewichtige Stimmen aus dem Schrift-

tum in den Blick. Für das Thema besonders relevant sind ferner der ärztlich assistierte Suizid und der neue Gesetzesvorstoß zur organisierten, kommerzialisierten Suizidbeihilfe, denen ein Abschnitt gewidmet ist. Die Diskussion der folgenden Einzelbereiche – aktive Sterbehilfe, indirekte Sterbehilfe und Abbruch lebenserhaltender Behandlungen (passive Sterbehilfe) – konzentriert sich auf die wesentlichen rechtlichen Probleme und die strafrechtlichen Auswirkungen der Sterbehilfe, die aus dem Blickwinkel der Patientenautonomie erörtert werden. Reformvorschläge wie etwa zur Legalisierung der Tötung auf Verlangen sind ebenso Teil der Untersuchung wie Rechtfertigungsmöglichkeiten, z. B. der indirekten Sterbehilfe und die neueste Rechtsprechung und Literatur zum Behandlungsabbruch. Eigene Vorschläge, z. B. zu den vom BGH aufgestellten Kriterien zum Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung ein zusätzliches Kriterium hinzuzufügen, ergänzen die Ausführungen. Die Erörterung umfasst außerdem besondere Problemfelder der Sterbehilfe wie den Behandlungsabbruch durch einen Dritten (Nichtarzt), die Früheuthanasie sowie die Verweigerung von Bluttransfusionen. Wegen der hohen moralischen Implikationen des Themas Sterbehilfe widmet sich schließlich ein eigener Abschnitt ethischen Überlegungen zur Sterbehilfe, der auch gleichzeitig eine eigene Stellungnahme zum Thema enthält. Den Abschluss und wichtigsten Teil des Komplexes der Sterbehilfe machen die Schlussfolgerungen aus. Hier werden die Grundsätze für lebensbeendende Eingriffe anhand einer Kategorisierung von Patientengruppen herausgearbeitet. Die Folgerung, dass die Autonomie in den unterschiedlichen Fallgruppen unterschiedlich stark beachtet werden muss, wirkt sich unmittelbar auf die rechtliche Zulässigkeit von lebensbeendenden Eingriffen und damit auf die Strafbarkeit des Arztes aus.

Das nächste Kapitel des besonderen Teils nimmt sich des Themenkomplexes der Schönheitsoperationen an. Der Komplex der Schönheitsoperationen und anderer moderner Erscheinungen wirft Fragen nach den Grenzen körperlicher und geistiger Selbstverwirklichung mit Hilfe ärztlicher Mittel und Methoden auf, die nicht allein vom Strafrecht gelöst werden können. Ihre Brisanz zeigt sich auch an der immer größer werdenden Nachfrage von Seiten der Konsumenten, die Ärzte vor neue Herausforderungen stellen, die aber auch erhebliche Haftbarkeits- und Strafbarkeitsrisiken mit sich bringen. Das Verlangen, sein Aussehen mit ärztlicher Hilfe verändern zu lassen und einem selbst oder durch andere gesetzten Schönheitsideal näher zu kommen, hat das Arzt-Patient-Verhältnis in Teilen grundlegend verändert. Der Patient kommt nicht wegen eines Gesundheitsleidens zum Arzt, das geheilt werden soll, sondern wegen einer medizinisch nicht notwendigen Veränderung seines Aussehens. Dieses Phänomen wirft neue ethische und rechtliche Fragen auf, die hier unter dem Blickwinkel der Patientenautonomie analysiert werden. Die Strafbarkeitsfragen sind auch hier das Kernstück dieses Abschnitts. Auf ihrer Grundlage werden eigene Reformvorschläge zu nicht indizierten ärztlichen Eingriffen entwickelt. Weitere Strafbarkeitsfragen und der besonders brisante Fall der Schönheitsoperationen bei Minderjährigen sowie neue Bestrebungen zur Zurückdämmung von Schönheitsoperationen sind ebenfalls Thema dieses Abschnitts.

Im anschließenden Kapitel geht die Arbeit einer weiteren neuen Erscheinungsform ärztlichen Handelns auf den Grund. Die sogenannten Enhancements sind Verbesserungen und Leistungssteigerungen von Körper und Geist durch Medikamente oder ärztliche Eingriffe, die medizinisch nicht indiziert sind. Auch hier entsteht ein Arzt-Patient-Verhältnis, wenn ein Arzt Veränderungen an Psyche, inneren Vorgängen oder Körper des Patienten vornimmt. Die Frage, wie weit das Selbst-Enhancement gehen darf und ob ihm irgendwelche Schranken gesetzt sind, ist ebenso wie die Frage nach der Strafbarkeit des Arztes oder Dritten, der jemandem Enhancementmittel verschreibt bzw. verabreicht, Gegenstand der Erörterung. Als Gesetze sind das AMG, BtMG und StGB einschlägig, nach denen eine Strafbarkeit aus den in der Arbeit dargelegten Gründen teilweise eingreift, teils jedoch abgelehnt werden muss. Hervorzuheben sind zwei eigene Vorschläge für eine Gesetzesergänzung, die den Schutz im Umgang mit sich selbst betreffen und vor ungewollten Veränderungen und Verbesserungen der physischen und mentalen Eigenschaften Schutz bieten soll.

Als letzten wichtigen Bereich des besonderen Teils unterzieht die Arbeit die Zwangsbehandlungen einer eingehenden Prüfung. Ärztliche Zwangsbehandlungen zeigen in augenscheinlicher Weise das Spannungsverhältnis zwischen Schutz des Wohls des Patienten (vor Selbstverletzungen) und Wahrung seiner Selbstbestimmung auf. Dieser grundrechtssensible Bereich ist gerade 2012 durch höchstrichterliche Rechtsprechung neu justiert worden. Die Beachtung der Patientenautonomie hat in diesen Bereichen unmittelbare Auswirkung auf die Strafbarkeit des Arztes oder dritter Akteure. Die Grundsatzentscheidungen des BVerfG und des BGH haben hierzu einen Rechtsprechungswandel eingeleitet. In drei Schritten zeigt die Untersuchung erstens die vom BVerfG aufgestellten Anforderungen an Zwangsbehandlungen von im Maßregelvollzug Untergebrachten auf, zweitens die Übernahme dieser Anforderungen vom BGH und Übertragung auch auf betreute Untergebrachte und drittens die dadurch erforderlich gewordenen gesetzlichen Neuregelungen für das Betreuungsrecht und die landesrechtlichen Unterbringungsgesetze, die zumindest bislang im Betreuungsrecht ihren Ausdruck gefunden haben. Auch dieser Abschnitt schliesst mit einer Stellungnahme und Schlussfolgerungen für das Patientenautoniekonzept ab.

Der vierte Teil der Arbeit schließlich stellt in einem Rechtsvergleich die Schweizer Rechtslage zu den besonderen Bereichen der Patientenautonomie der deutschen gegenüber und vergleicht ihre Gemeinsamkeiten und Unterschiede. Mit einem Vergleich zum Schweizer Recht strebt die Arbeit eine zusätzliche Objektivierung der Ergebnisse an. Das Schweizer Strafrecht ist dem deutschen Strafrecht zwar in vielem ähnlich. Es zeigt aber gerade für die hier interessierenden Fallgruppen Abweichungen, die wichtige Impulse für die weitere Diskussion geben können. Während sich in Bezug auf die Grundlagen der Patientenautonomie weitgehende Gemeinsamkeiten zwischen beiden Rechtsordnungen feststellen lassen, sind hinsichtlich der besonderen Bereiche teils deutliche Unterschiede zu konstatieren. Zudem hat die Schweiz in allerjüngster Zeit bedeutsame gesetzgeberische Änderungen vorgenommen, die für

den hier untersuchten Bereich relevant sind und aus der Sicht des deutschen Strafrechts erstmals analysiert werden. So ist 2013 das neue Erwachsenenschutzgesetz in Kraft getreten und in einem neuen Teil des Schweizer Zivilgesetzbuches (ZGB) zusammengefasst worden. Es enthält die Vorschriften über die Patientenverfügung, die erstmalig bundeseinheitlich geregelt wurde und die Vorschriften über ärztliche Zwangsbehandlungen. Ähnlich wie in Deutschland dürften diese zivilrechtliche Neuregelungen stark auf das Strafrecht ausstrahlen. Ebenso gab es im Bereich der Sterbehilfe und Sterbehilfeorganisationen in letzter Zeit Schweizer Vorstöße. Es sei hier nur daran erinnert, dass etwa die Sterbehilfe in der Schweiz bislang in erheblich weiterem Umfang als in Deutschland zulässig ist. Der Sterbehilfe-Verein Dignitas hat nicht umsonst seinen Sitz in der Schweiz. Der Bereich der Schönheitsoperationen und Enhancements ist ferner für viele Ärzte in der Schweiz Neuland. Die Neuregelungen sind in Deutschland bislang wenig kommentiert und in ihren strafrechtlichen Auswirkungen kaum diskutiert, geschweige denn umfassend untersucht worden. Erst recht gab und gibt es noch keinen umfassenden Rechtsvergleich zu diesem Thema. Die Neuregelungen können für das deutsche Recht wertvolle Anstöße geben. Neben einer Darstellung und Analyse der Neuregelungen und ihrer Auswirkungen auf das Strafrecht werden in diesem Teil die Vorzüge und Nachteile beider Rechtsordnungen verglichen und gegeneinander abgewogen. Die Herausforderung für dieses Kapitel der Arbeit war es auch, ein bislang wenig bearbeitetes Feld zu erforschen. Der Rechtsvergleich ist in Entsprechung zum deutschen Recht nach den Fallgruppen des Besonderen Teils gegliedert. Der Aufbau der Fallgruppen vollzieht sich jeweils in drei Schritten: Erstens Darstellung der Schweizer Rechtslage zur jeweiligen Fallgruppe, zweitens Rechtsvergleich zwischen der Schweizer und der deutschen Rechtslage und drittens eigene Bewertung der gewonnenen Ergebnisse. Eine Schlussfolgerung schließt jede Fallgruppe ab.

Den Abschluss der Arbeit bildet dann die Zusammenfassung der gefundenen Ergebnisse in Thesenform.



*1. Teil*

## Grundlagen



## A. Überblick

In diesem Grundlagenteil geht es um die allgemeinen Fragen der Patientenautonomie, soweit sie für das Strafrecht von Belang sind. Dafür sind zunächst die Begrifflichkeiten zu klären, d.h. der Patientenbegriff und sodann der Autonomiebegriff sind näher zu bestimmen. Die Begriffe werden zunächst für sich behandelt und dann im Verhältnis zueinander, also jeweils im Lichte des anderen untersucht. Doch zeigt sich, dass schon der Begriff des Patienten weitere Begriffe impliziert, nämlich den der Krankheit, auch den des behandelnden Arztes und weitere mehr. Auch auf sie ist daher einzugehen. Für die Diskussion sollen ferner neben den juristischen die (rechts-)philosophischen Ansätze herangezogen werden, die in der Medizinethik und im philosophischen Schrifttum zur (Patienten-)Autonomie vertreten werden. Danach wird ein eigener Ansatz für den Begriff der Patientenautonomie entwickelt und formuliert.

## B. Begriff und Bedeutung der Patientenautonomie

Bisher spielte der Begriff der Patientenautonomie im Strafrecht keine separate Rolle, Im Arzt-Patienten-Verhältnis galt das allgemeine, ungeschriebene Konzept der Einwilligung, die der Arzt vor Eingriffen nach hinreichender Aufklärung vom Patienten einzuholen hat, um eine Strafbarkeit zu vermeiden (s. dazu noch ausführlich unten 2. Teil zur Einwilligung). Erst allmählich und vor allem angestoßen durch die jüngsten gesetzgeberischen Initiativen zur Patienten- und Betreuungssituation bricht sich die Erkenntnis Bahn, dass in diesem Bereich ein differenzierteres und umfassenderes Konzept der Patientenautonomie erforderlich ist und sich entwickelt.

Räumt man der Patientenautonomie einen hohen Stellenwert bei medizinischen Behandlungen ein, so hat das die Folge, dass der Arzt, der nach bestem Wissen und Gewissen über Art und Umfang von Therapie und Diagnostik zu entscheiden hat, den Patienten in diese Entscheidungen nach Möglichkeit einbinden muss.<sup>1</sup> Das kann man als „Evolution von Bevormundung in Mitsprachemöglichkeit“ entweder für einen segensreichen Fortschritt halten oder aber man kann eine zu starke Einbindung und Mitsprache des Patienten als größte Gefahr dafür sehen, dass „ärztliche Erfahrung, Fachwissen, praktisches Können und Weisheit den Wünschen und Forderungen von Patienten untergeordnet werden.“<sup>2</sup> Es kann also zu einer Kollision zwischen der Patientenautonomie und der (Behandlungs-)Autonomie des Arztes kommen. Die Autonomie des Arztes kann man dabei als die Fähigkeit bezeichnen, medizinische Entscheidungen für den Patienten zu treffen, die sich auf fundierte ärztliche Erfahrung und ärztliches Fachwissen gründen. Der Arzt wird in dieser Autonomie aber erheblich beschnitten, wenn er Forderungen des Patienten grundsätzlich nachgeben muss, die aus ärztlicher Sicht nicht indiziert, sinnlos und überflüssig, unter Umständen sogar schädlich für die Gesundheit des Patienten sind. Für die Entwicklung der traditionellen Medizin zu einer immer mehr wunscherfüllenden Medizin ist diese Verschiebung des Gewichts von der Arztautonomie zur Patientenautonomie freilich kennzeichnend.<sup>3</sup> Die Betonung der Patientenautonomie, die auch leicht zu einer Überbetonung führen kann, ist für diesen Wandel bezeichnend. Weder der geschilderte Wandel noch die Feststellung der Antinomie zwischen ärztlicher Behandlungsherrschaft und selbstbestimmter Autonomie des Patienten führt aber zur

---

<sup>1</sup> *Hossfeld*, Hamburger Ärzteblatt v. 7. 8. 2010, S. 31.

<sup>2</sup> *Hossfeld*, a.a.O. S. 31.

<sup>3</sup> Eine gute Beschreibung dieses Wandels findet sich etwa bei *Höfling*, in: Wienke, Die Verbesserung des Menschen, 119 ff.

Möglichkeit einer eindeutigen Grenzziehung zwischen beiden Bereichen, die für die Entscheidung strafrechtlicher Fallgestaltungen hilfreich wäre.

Was die ärztlichen Pflichten angeht, die Autonomie und Wünsche des Patienten zu beachten, so richten sie sich in erster Linie nach den jüngst erlassenen gesetzlichen Vorschriften (§§ 630a – h BGB) sowie den standesrechtlichen Regelungen, die in der Musterberufsordnung (MBO) und den sie kopierenden Landesberufsordnungen für Ärzte niedergelegt sind. Erstere legen eine Reihe konkreter Pflichten fest (Information, Einholung der Einwilligung, Dokumentation); nach letzteren ist ein Arzt seinem Gewissen und den Geboten der ärztlichen Ethik unterworfen (§ 2 Abs. 1 S. 1 MBO), die ihn verpflichten, die Grenze des ärztlich Vertretbaren nicht zu überschreiten. Als Arzt muss er daher solche Behandlungen verweigern, die nicht mehr mit seiner Aufgabe vereinbar sind, die Gesundheit seines Patienten zu schützen (§ 1 Abs. 2 MBO). Das gilt für alle Tätigkeitsbereiche des Arztes gleichermaßen. Auch wenn der Arzt sozusagen „berufsfremd“ tätig wird, d. h. seine im Studium erworbenen medizinischen Fachkenntnisse für andere als Heilungszwecke einsetzt, unterliegt diese Tätigkeit der Berufsaufsicht seitens der Ärztekammern und damit auch grundsätzlich der Musterberufsordnung für Ärzte.<sup>4</sup> Dass die Ziele der MBO wandelbar sind, zeigt z. B. die Aufnahme des Umweltschutzes durch die Berufsordnungsnovelle des Jahres 1996. Man kann den Aufgabenkatalog, also den Abschnitt der MBO, der die Pflichtaufgaben der Ärzte festlegt, durchaus so verstehen, dass er den Arzt nicht darin beschränken soll, seine Kenntnisse, Erfahrungen und Fertigkeiten für andere Ziele einzusetzen, wenn er die allgemeinen und die jeweils einschlägigen besonderen Berufspflichten nicht verletzt.<sup>5</sup> In diesem Sinne hat sich der Arzt am Patientenwohl zu orientieren und darf sich auch nicht bei der wunscherfüllenden Medizin von ausschließlich merkantilen Interessen leiten lassen.<sup>6</sup> Auch diese Grundsätze ergeben für die genaue Grenze zwischen der ärztlichen Behandlungsfreiheit und dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten allenfalls vage Orientierungshilfen. Für die strafrechtliche Beurteilung des Arztverhaltens haben die Berufspflichten allenfalls Indizwirkung, jedoch keine (straf)rechtlich verbindliche Bedeutung.

Es drängt sich auf, in der Abgrenzung zwischen Heilbehandlung und reiner „Wunscherfüllung“ eine taugliche Hilfe zu sehen, die der erforderlichen neuen Ausbalancierung des Arzt-Patient-Verhältnisses dienen kann. Diese Abgrenzung ist freilich keineswegs immer einfach. Die Ausgangsfrage ist stets: Bis wann dient eine Maßnahme noch der Heilung – und ab wann zielt sie auf bloße „Verbesserung“?<sup>7</sup> Damit ist jedoch nicht mehr als der Ausgangspunkt gewonnen.

<sup>4</sup> Scholz, in: Wienke, Die Verbesserung des Menschen, 164.

<sup>5</sup> Scholz, in: Wienke, Die Verbesserung des Menschen, 165.

<sup>6</sup> Nach § 3 Abs. 2 MBO dürfen Ärzte im Zusammenhang mit ihrer ärztlichen Tätigkeit keine Waren abgeben oder gewerbliche Dienstleistungen erbringen, sofern die Abgabe des Produkts oder die Dienstleistung wegen ihrer Besonderheiten nicht notwendiger Bestandteil der ärztlichen Therapie sind.

<sup>7</sup> S. Eberbach, in: Wienke, Die Verbesserung des Menschen, 1 ff.; Beck, MedR 2006, 95 (96).

Als Heilbehandlung wird eine ärztliche Maßnahme angesehen, die den Gesundheitszustand des Behandelten wieder oder soweit wie möglich herstellt<sup>8</sup> oder Leiden lindert. Sie ist geprägt vom Heilauftrag und soll unmittelbar Heilzwecken dienen. Im Mittelpunkt steht dabei der Patient, der einer Behandlung bedarf. Die zentralen Gesichtspunkte für eine Klassifizierung als Patient sind die Kriterien Krankheit und Gesundheit. Im Folgenden ist auf diese Kriterien näher einzugehen. Dabei soll auch ein Lösungsvorschlag unterbreitet werden, der den Krankheitsbegriff praktikabel für die Ausgangsfrage macht, wie die Heilbehandlung von der reinen „Wunscherfüllung“ abgegrenzt werden kann. Die gefundenen Antworten können dann ihrerseits dazu beitragen, die Unterscheidung zwischen der traditionellen und der immer stärker wunscherfüllenden Medizin zu verdeutlichen.

## I. Wandlungen des Arzt-Patient-Verhältnisses

In den letzten Jahrzehnten war ein schleichender Paradigmenwechsel zu beobachten. Die Möglichkeiten, die der medizinische und technische Fortschritt geschaffen hat und die zu einer ständigen Vergrößerung der Verfügungsmacht über die Gesundheit der Menschen geführt haben, haben zusammen mit einer zunehmenden Individualisierung von Lebenskonzepten dazu geführt, dass die Selbstbestimmung über den eigenen Körper bzw. das eigene Schicksal an Bedeutung gewonnen haben. Das Paradigma der ärztlichen Fürsorge hingegen sah sich immer mehr dem Vorwurf des Paternalismus ausgesetzt, so dass ein langsamer Wandel vom Fürsorgeprinzip hin zum Selbstbestimmungsprinzip in der medizinischen Behandlung konstatiert werden kann.<sup>9</sup> Auch das Krankheitsverständnis ist davon betroffen, das sich immer mehr von kurativen Zwecken hin zu prädiagnostischen Zwecken verschiebt.<sup>10</sup> Diese Entwicklung der Medizin ist von erheblicher Bedeutung für unser Gesundheitssystem, unsere Rechtsordnung und für unser Selbstverständnis insgesamt.<sup>11</sup> Sie wirft grundlegende Fragen nach der Rolle und den Aufgaben des Arztes auf, welche sich auch von einer klassischen zu einer neuen Form entwickeln. Dieser schon mehrfach angesprochenen Entwicklung ist im folgenden Abschnitt genauer nachzugehen.

### 1. Die klassische Rolle des Arztes

Das ärztliche Handeln muss drei wesentliche Grundvoraussetzungen erfüllen, wenn es berufsrechtlich und berufsethisch legitim und auch im Übrigen rechtmäßig sein soll. Der Arzt befindet sich dann grundsätzlich im Einklang mit dem Recht, wenn

<sup>8</sup> So für das Zivilrecht Staudinger-*Bienwald*, BGB, § 1904 Rn. 31.

<sup>9</sup> *Geisler*, Deutsche Medizinische Wochenschrift 2004, 129, (453 ff.)

<sup>10</sup> *Kreß*, Medizinische Ethik, 66.

<sup>11</sup> *Kreß*, a.a.O. 66.

sein Eingriff erstens aufgrund einer medizinischen Indikation geschieht, zweitens mit dem Einverständnis des aufgeklärten Patienten erfolgt und drittens den Regeln des Faches entspricht, also *lege artis* durchgeführt wird.<sup>12</sup>

Ist das ärztliche Handeln therapeutisch sinnlos, so kann es zu einem rechtswidrigen Tun werden. Bei durch psychische Fehleinstellung veranlassten und medizinisch nicht vertretbaren Korrekturwünschen (z. B. vollkommene Zahnextraktion ohne medizinische Indikation) muss sich der Arzt, der dem Patienten durch einen operativen Eingriff (an den Symptomen) helfen will, vergewissern, dass der Eingriff keinen Schaden auslöst. Falls erforderlich, muss er einen Psychologen oder Psychiater hinzuziehen.<sup>13</sup>

Diese drei Grundvoraussetzungen begründen die ursprüngliche Rolle des Arztes. Die damit verbundenen Aufgaben des Arztes haben auch in mehreren besonderen, für Ärzte geltenden Regelungen ihren Ausdruck gefunden. Eine davon ist der hippokratische Eid. Sein Inhalt kann in fünf Leitprinzipien zusammengefasst werden:

„1. Den Zweck des ärztlichen Handelns bildet der Heilerfolg, die Wirksamkeit der medizinischen Praxis.

2. Der Arzt dient mit seinem ganzen Tun und Unterlassen ausschließlich dem Leben; er darf weder vergiften noch sonst irgendwie schaden.

3. Der Arzt widmet sein gesamtes Leben der Heilkunst, macht es zu einem Beruf, der zu einem eigenen Stand führt.

4. Der pflichtgerecht handelnde Arzt leistet jedem seiner Patienten einen persönlichen, individuellen Dienst, übt darum auch Diskretion und lässt dem Kranken die Freiheit des Entschlusses.

5. Der Bedürftigkeit des Kranken soll sachgerechtes Handeln des Helfers entsprechen, der als Mediziner der Wissenschaft und als Arzt den Normen des Rechts wie der Sittlichkeit verpflichtet bleibt.“<sup>14</sup>

Diese Prinzipien haben zwar nach wie vor Bedeutung und Geltung, doch können sie auf viele der neuen Fragen und Konflikte der Medizin keine befriedigende Antwort geben. Auch wird der hippokratische Eid angesichts der weltweiten Praxis des Schwangerschaftsabbruchs, den in nicht wenigen Fällen erlaubten Bruch der ärztlichen Schweigepflicht und Fällen der Früheuthanasie sowie Formen zulässiger Sterbehilfe in seiner Bedeutung und Geltung relativiert.

Eine weitere berufsrechtliche Regelung ist die Musterberufsordnung für Ärzte. Sie legt in § 1 die Aufgaben des Arztes folgendermaßen fest: „(1) Ärztinnen und Ärzte dienen der Gesundheit des einzelnen Menschen und der Bevölkerung. Der ärztliche Beruf ist kein Gewerbe. Er ist seiner Natur nach ein freier Beruf. (2) Aufgabe der Ärztinnen und Ärzte ist es, das Leben zu erhalten, die Gesundheit zu schützen und wiederherzustellen, Leiden zu lindern, Sterbenden Beistand zu leisten und an der

---

<sup>12</sup> Laufs, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, I. Rn. 24.

<sup>13</sup> Laufs, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, I Rn. 29; BGH NJW 1978, 1206; kritisch dazu Rogall, NJW 1978, 2344 f., s. auch OLG Köln VersR 1978, 551 und OLG Düsseldorf VersR 1985, 456.

<sup>14</sup> S. dazu Laufs, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, I Rn. 6.

Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen im Hinblick auf ihre Bedeutung für die Gesundheit der Menschen mitzuwirken.“<sup>15</sup>

Dabei hat der Arzt den Patienten als Person zu achten und die medizinische Behandlung am Wohl des Patienten auszurichten. Diese Aufgabe hat in § 7 der Muster-Berufsordnung für Ärzte ihren Ausdruck gefunden: „Jede medizinische Behandlung hat unter Wahrung der Menschenwürde und unter Achtung der Persönlichkeit, des Willens und der Rechte der Patientinnen und Patienten, insbesondere des Selbstbestimmungsrechts, zu erfolgen.“

Das Arzt-Patient-Verhältnis ist also dadurch gekennzeichnet, dass der ärztliche Eingriff dem Patienten einen individuellen gesundheitlichen Nutzen bringen soll. Die Grundlage für den Eingriff ist eine medizinische Indikation.

Die *medizinische Indikation* wird verstanden als „der Grund zur Anwendung eines bestimmten diagnostischen oder therapeutischen Verfahrens in einem Krankheitsfall, der seine Anwendung hinreichend rechtfertigt“.<sup>16</sup> Die Indikationsstellung selbst ist der Abwägungs- und Entscheidungsprozess auf Seiten des Arztes in Bezug auf die Frage, ob und wie er die Maßnahme durchführt. In die Entscheidung ist der Patientenwunsch zu integrieren, allerdings kann dieser nicht die ärztliche Expertise ersetzen. Die Einwilligung des Patienten bzw. seines gesetzlichen Vertreters, die sich auf den versprochenen bzw. erwarteten Nutzen gründet, legitimiert den ärztlichen Eingriff. Das ärztliche Handeln muss auch dann den ärztlichen Standards genügen und *lege artis* durchgeführt werden.

Auf die ausdrückliche Einwilligung darf nur im Ausnahmefall, z. B. bei einem Notfall, verzichtet werden. Anstelle der ausdrücklichen tritt dann die mutmaßliche Einwilligung. Der Arzt ist verpflichtet, die bestmögliche, auf den Patienten zugeschnittene Therapie vorzunehmen. Sowohl der individuelle, therapeutische Nutzen als auch die Einwilligung des Patienten, die Ausdruck seines Selbstbestimmungsrechts ist, prägen den Charakter des Arzt-Patient-Verhältnisses entscheidend.

Die Berufsordnung für Ärzte in Deutschland legt ein partnerschaftliches Kooperationsmodell von Patient und Arzt zugrunde.<sup>17</sup> Um eine individuelle, also dem Einzelfall gerechte Behandlung zu erreichen, soll der Behandlungserfolg ein gemeinsames Anliegen von Arzt und Patient sein. Im Gegenzug zur möglichst optimalen Behandlung von Seiten des Arztes ist auf Seiten des Patienten die Übernahme von Selbstverantwortung für seine Gesundheit zu verlangen.

## 2. Die „neue“ Rolle des Arztes

Die klassische Rolle des Arztes liegt – wie eben ausgeführt – primär in der Aufgabe, dem Heilauftrag nachzukommen und ihn, soweit möglich, zu erfüllen. Im Rahmen

<sup>15</sup> Einsehbar unter [www.bundesaerztekammer.de](http://www.bundesaerztekammer.de).

<sup>16</sup> *Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch, Stichwort: „Medizinische Indikation“.

<sup>17</sup> *Montgomery*, Hamburger Ärzteblatt 6/2010, S. 11.

der sogenannten „wunscherfüllenden Medizin“ ergeben sich aber mittlerweile auch andere Aufgaben- und Betätigungsfelder, auf denen Ärzte ebenfalls von ‚Patienten‘ um ihre Dienste gebeten werden. Es handelt sich sozusagen um „eine neue Kategorie ärztlichen Handelns“<sup>18</sup>, die neben der herkömmlichen, heilenden und indikationsgebundenen Medizin eine moderne, verbessernde Medizin schafft, die sich ganz an den Wünschen des Patienten orientiert.

Die wunscherfüllende Medizin bezeichnet „jede Art von nicht medizinisch indizierten Eingriffen in den menschlichen Organismus mit dem Ziel der Verbesserung, Veränderung oder Erhaltung von Form, Funktion, kognitiven Fähigkeiten oder emotionalen Befindlichkeiten, die unter ärztlicher Verantwortung durchgeführt werden“.<sup>19</sup> Das erklärte Ziel dieser wunscherfüllenden Medizin ist dementsprechend nicht nur die Wiederherstellung eines ursprünglichen Gesundheitszustandes, sondern die Schaffung des „optimalen Gesundheitszustandes“. Die medizinische Leistung wird hier zu einem Konsumgut und der ‚Patient‘ zu einem Kunden.<sup>20</sup> Durch diesen erweiterten Gesundheitsmarkt eröffnen sich neben den neuen Betätigungsfeldern für Ärzte auch neue Einnahmequellen. Man kann bereits von einer allgemeinen „Ökonomisierung des Gesundheitswesens“ sprechen.<sup>21</sup> Dabei kommt den Ärzten eine entscheidende Rolle zu. Durch ihr Fachwissen und ihren Zugang zu medizinischer Technik können sie Einfluss nehmen auf die Realisierung der Wünsche von Patienten, selbst wenn diese Wünsche nicht auf Heilung, Diagnostik oder Prävention von Krankheiten gerichtet sind. Im Rahmen der Entwicklung von der klassischen Medizin zu einer immer mehr wunscherfüllenden Medizin kommt dem Arzt mithin die Funktion als „Gatekeeper“ zu, also die Funktion, dem Patienten den Weg zu neuen Verbesserungsmethoden zu öffnen oder zu verschließen.<sup>22</sup> Diese Funktion führt zu einer neuen gesellschaftlichen Rolle des Arztes und bringt eine neue Verantwortung des Arztes mit sich.

Ein Beispiel für ein immer populärer werdendes Gebiet, das auf der Grenze zwischen klassischer und wunscherfüllender Medizin liegt, ist die so genannte Schönheitsoperation. Auf dieses Thema wird im Besonderen Teil dieser Arbeit noch ausführlich eingegangen. Nur eine kurze Bemerkung ist bereits an dieser Stelle veranlasst. Bei den reinen Schönheitsoperationen, also solchen Operationen, die medizinisch nicht indiziert sind<sup>23</sup>, tritt der Arzt nicht auf, um einen Heilauftrag zu erfüllen. Der Arzt soll vielmehr nur, dem Wunsch des Patienten entsprechend, einen medizinischen Eingriff *lege artis* ausführen. Abgesehen von den Fällen, in denen das

---

<sup>18</sup> Eberbach, in: Wienke, Die Verbesserung des Menschen, 15.

<sup>19</sup> Wienke, MedR 2009, 41.

<sup>20</sup> Eberbach, in: Wienke, Die Verbesserung des Menschen, 13.

<sup>21</sup> Bundesärztekammer, Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit- Umgang mit der Ökonomisierung des Gesundheitswesens, 2. April 2007, DÄBl v. 1.6.2007, A-1607, B-1419, C-1359.

<sup>22</sup> Talbot, in: Schöne- Seifert, Neuro-Enhancement, 324.

<sup>23</sup> Eine medizinische Indikation kann bei Schönheitsoperationen beispielsweise vorliegen, wenn nach einem Unfall zur Wiederherstellung des Aussehens und Körpers oder etwa nach Entfernung eines Tumors plastische Chirurgie angewandt wird.

subjektive Leiden des Patienten an seinem Äußeren bereits Krankheitswert hat, wird der Arzt hier nicht zu therapeutischen Zwecken tätig. Die Rolle des Arztes wandelt sich also von einem „Helfer“ und „Retter“ bei Krankheiten, Unfällen oder ähnlichen Zuständen, die die Gesundheit des Patienten bedrohen, zu einem „Anbieter“ von Dienstleistungen, die immer weniger in einem Krankheits- bzw. Gesundheitsbezug stehen.

Ein anderes Anwendungsfeld dieser ‚neuen Medizin‘ ist die Verschreibung, Verabreichung oder sonstige Anwendung von Enhancements durch einen Arzt. In diesen Konstellationen bekommt der Patient zu nichttherapeutischen Zwecken Substanzen, die seine körperlichen, kognitiven oder emotionalen Fähigkeiten verbessern. Das kann auf vielen Wegen geschehen, z. B. durch operative, pharmakologische, biotechnische und gentechnische Maßnahmen. Dabei kommen häufig Substanzen und Verfahren zum Einsatz, die ursprünglich zur Behandlung und Prävention von Krankheiten entwickelt wurden.<sup>24</sup> Gerade die pharmakologischen Enhancements, die in der Regel Arzneimittel sind, unterliegen der Verschreibungspflicht nach dem Arzneimittelgesetz (AMG) und fallen damit in ein originär ärztliches Tätigkeitsgebiet.

Diese neuen Betätigungsfelder verschieben die Aufgaben des Arztes, die die Musterberufsordnung für Ärzte und der Hippokratische Eid als klassische Rolle für den Arzt bislang vorgesehen haben. Das hat auch Auswirkungen auf die Finanzierung dieser Dienstleistungen durch das Gesundheitssystem, also insbesondere durch die Krankenkassen. Die Krankenkassen ersetzen keine ärztlichen Dienstleistungen, die medizinisch nicht erforderlich sind. Dienen die Leistungen des Arztes dazu, nur den Lebensstil (Aussehen, Lebensgefühl, Leistungen) des Patienten zu verbessern, im Sinne einer „lifestyle“ Medizin, so kommt das Gesundheitssystem nicht dafür auf. Dahinter steht der Gedanke, dass die Solidargemeinschaft nicht die Kosten für die ‚unnötigen‘ Wünsche Einzelner tragen soll.

Dass dieser zu beobachtende Wandel Risiken in sich birgt, war auch dem 111. Deutschen Ärztetag bewusst, der 2008 in den gesundheitspolitischen Leitsätzen beschloss, diesen Wandel einzudämmen und den Arztberuf wieder stärker auf seine herkömmliche Aufgabe zurückzuführen. In dem Prolog zu diesen Leitsätzen formulierten die Verfasser in diesem Sinne, „dass das Gesundheitswesen keine Gesundheitswirtschaft oder Industrie ist, dass Ärzte keine Kaufleute und Patienten keine Kunden sind, dass Gesundheit und Krankheit keine Waren und Wettbewerb und Marktwirtschaft keine Heilmittel zur Lösung der Probleme des Gesundheitswesens sind, dass Diagnose und Therapie nicht zum Geschäftsgegenstand werden dürfen.“<sup>25</sup> Diese Stellungnahme entspricht den Grundsätzen, die die Bundesärztekammer in der Musterberufsordnung für Ärzte niedergelegt hat, nämlich dass der Arztberuf kein Gewerbe ist und sein soll (s. § 1 MBO).

---

<sup>24</sup> S. die Einbecker Empfehlungen der DGMR, abgedruckt bei Wienke, MedR 2009, 41.

<sup>25</sup> 111. Deutscher Ärztetag, Beschlussfassung, Prolog etc. einsehbar unter [www.baek.de](http://www.baek.de).

Doch auch bei Maßnahmen der wunscherfüllenden Medizin unterliegt der Arzt der ärztlichen Berufsordnung. Diese ist auch anwendbar und zu beachten, wenn der Arzt außerhalb der Heilkunde – auch im gewerblichen Bereich (Wellness, Ernährungsberatung etc.) – tätig wird.<sup>26</sup>

Im Vergleich mit der klassischen Rolle des Arztes, dessen ärztliches Handeln grundsätzlich rechtmäßig ist, wenn es den drei Anforderungen der medizinischen Indikation, der Einwilligung des aufgeklärten Patienten und den Regeln der ärztlichen Kunst entspricht<sup>27</sup>, fehlt es bei der wunscherfüllenden Medizin offensichtlich an der ersten Voraussetzung, nämlich dem Handeln aufgrund einer medizinischen Indikation. Es ist fraglich, ob durch das Fehlen der medizinischen Indikation das Handeln des Arztes insgesamt zu einem rechtswidrigen Verhalten wird. Würde die Einwilligung fehlen, so würde das dem ärztlichen Handeln seine rechtfertigende Grundlage entziehen, und dazu führen, dass der Eingriff rechtswidrig wird.<sup>28</sup> Eine Missachtung der Einwilligung des Patienten wäre ein grober Verstoß gegen das Recht auf Selbstbestimmung des Patienten und eine eklatante Missachtung seiner Patientenautonomie. Auch ein ärztlicher Eingriff, der gegen die Regeln der ärztlichen Kunst verstößt, ist wider das Recht. Ein Arzt, der z. B. unsachgemäß eine Operation durchführt, richtet in der Regel Schaden an. Es ist gerade Sinn der Regeln der ärztlichen Kunst, Schaden zu vermeiden. Das kann aber nur dadurch geschehen, dass der Arzt sorgfaltsgemäß im Einklang mit dem medizinischen Wissen und Fertigkeiten vorgeht und dadurch die Risiken für die Gesundheit des Patienten so gering wie möglich hält. Im Sinne eines Nichtschadens (*nil nocere*) ist es erforderlich, dass der Arzt die Regeln der ärztlichen Kunst beachtet. Auch wird die Einwilligung regelmäßig nur in die kunstgerechte Behandlung erteilt, so dass eine kontraindizierte oder kunstfehlerhafte Behandlung von der Einwilligung nicht mehr gedeckt ist.

Was nun die dritte Voraussetzung, das Handeln aufgrund medizinischer Indikation betrifft, so kann diese sich nicht auf das Autonomieprinzip oder das Schadensvermeidungsprinzip stützen. Dem Erfordernis der medizinischen Indikation liegt der Gedanke zugrunde, dass überflüssige und unnötige medizinische Maßnahmen grundsätzlich unterbleiben sollen.<sup>29</sup> Dieses Erfordernis ist aber disponibel. Ein Patient kann darauf verzichten.

## II. Begriff des Patienten

Zur weiteren Annäherung an den Patientenautonomiebegriff ist Klarheit über die Bedeutung, Rolle und Eigenschaften notwendig, die eine Person zu einem Patienten

---

<sup>26</sup> Einbecker Empfehlungen der DGMR, abgedruckt bei Wienke, MedR 2009, 41.

<sup>27</sup> Laufs, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, I. Rn. 24.

<sup>28</sup> S. ausführlich zur Einwilligung, 2. Teil E.

<sup>29</sup> *Psyhyrembel*, Klinisches Wörterbuch, Stichwort: Medizinische Indikation.

machen. Das Verständnis des Patienten ist grundlegend für die Ausgestaltung eines eigenen Patientenautoniekonzepts, das diese Arbeit entwickelt. Für die begriffliche und inhaltliche Erfassung des Patientenautoniebegriffs spielt dabei auch der Krankheitsbegriff eine Rolle. Im Sinne der klassischen Medizin, wie sie für die traditionelle Arztrolle im oben dargestellten Sinne Bedeutung hat, entscheidet die Krankheit über die Ausgestaltung des Arzt-Patient-Verhältnisses. Erst sie macht die Person, die einen Arzt aufsucht, zu einem Patienten. Im Rahmen der wunscherfüllenden Medizin ist die Krankheit hingegen nicht konstitutiv für das Arzt-Patient-Verhältnis. Lediglich bei psychisch motivierten Behandlungswünschen kann, so wird sich zeigen, von Krankheit gesprochen werden, wenn die Schwelle subjektiven Leidens überschritten ist. Da Gegenstand der vorliegenden Arbeit die Patientenautonomie selbst ist, ist es unvermeidlich den Patientenbegriff als Bestandteil des Themas zu analysieren.

Auch aus der Sicht des Strafrechts kann es, das wird später zu vertiefen sein, eine Rolle spielen, ob dem Arzt ein kranker oder gesunder Patient gegenübersteht.

## 1. Der Wortsinn

Der Begriff „Patient“ leitet sich aus dem lateinischen Wort „*patiens*“ ab, das „erleidend, geduldig“ bedeutet. Diese Bedeutung ist kennzeichnend für die Rolle, die ein Patient innehat: Im Regelfall leidet er an einer Krankheit, zu deren Behandlung er einen Arzt aufsucht. Die zweite Bedeutung „geduldig“ kann auch im Sinne von „erduldend“ verstanden werden und unterstreicht damit die Passivität, mit welcher der Patient seiner Krankheit gegenüber steht, der er zwangsweise ausgeliefert ist. Die Krankheit kann körperlicher oder seelischer Art sein. Häufig beeinflussen körperliche Leiden zugleich das seelische Wohlbefinden. Aber auch umgekehrt können sich seelische Leiden symptomatisch auf den Körper auswirken (psychosomatischer Zustand). Der Krankheitszustand kann in vielen Fällen objektiv nachgewiesen und einem Krankheitsbild zugeordnet werden. Freilich sind auch keineswegs Fälle selten, in denen der Patient nur meint, krank zu sein, oder sich als leidend empfindet.

Im medizinischen Sprachgebrauch wird von einem Patienten „als einer Person gesprochen, die aufgrund einer Krankheit, eines Körperschadens oder eines sonstigen leidenden Zustandes physischer oder psychischer Art von einem Arzt oder einem Angehörigen eines anderen Heilberufs behandelt wird.“<sup>30</sup> Der Begriff wird auch für einen Gesunden verwendet, der Einrichtungen des Gesundheitswesens zu diagnostischen oder therapeutischen Zwecken in Anspruch nimmt.<sup>31</sup> Ob tatsächlich eine behandlungsbedürftige Krankheit vorliegen muss oder ob es auch Fallgruppen gibt, bei denen dieses Kriterium nicht erfüllt ist, die aber dennoch als Patienten gelten, bedarf

<sup>30</sup> *Taupitz*, ARSP Beiheft Nr. 84, 2002, 83.

<sup>31</sup> *Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch, Stichwort: Patient.

näherer Klärung. Dafür ist zunächst genauer in den Blick zu nehmen, was unter Krankheit zu verstehen ist.

## 2. Krankheit als Bestandteil des Patientenbegriffs

Dass der Begriff des Patienten eng mit dem Begriff der Krankheit verknüpft ist, bedarf keiner weiteren Darlegung. Schwieriger ist indessen zu bestimmen, in welchem genauen Verhältnis beide Begriffe zueinander stehen. Die Begriffe Krankheit und Gesundheit sind freilich ihrerseits klärungsbedürftig. In der Medizin, Medizinethik und in der Rechtswissenschaft werden diese Begriffe durchaus unterschiedlich verstanden. Mangels Konsenses auch innerhalb der einzelnen Disziplinen wird zum Teil bezweifelt, ob überhaupt eine Einigung auf einen allgemein akzeptierten Krankheitsbegriff möglich sei.<sup>32</sup> Auch in den verschiedenen Rechtsgebieten werden graduell unterschiedliche Auffassungen zum Krankheitsbegriff vertreten. So herrscht im Sozialrecht eine andere Auffassung als im Steuerrecht; beide unterscheiden sich von den Auffassungen, die dem Strafrecht und dem Zivilrecht zugrunde liegen.<sup>33</sup>

### a) Auffassungen zum Begriff der Krankheit

Es hat sich bis heute keine einheitliche Antwort auf die Frage gefunden, was Krankheit ist. Hinter dieser Frage steckt ein ebenso kompliziertes wie komplexes Problem. Für die Zwecke dieser Arbeit sollen die wichtigsten Auffassungen zum umstrittenen Krankheitsbegriff mit ihren Hauptargumenten dargelegt und unter dem Blickwinkel des Strafrechts kritisch gewürdigt werden.

Medizinische Standardwerke definieren Krankheit als „eine Störung der Lebensvorgänge in Organen oder im gesamten Organismus mit der Folge von subjektiv empfundenen bzw. objektiv feststellbaren körperlichen, geistigen bzw. seelischen Veränderungen“.<sup>34</sup> Manche definieren daher Krankheit schlicht über den Gegensatz zur Gesundheit, also ex negativo. Gesundheit ist dabei das „subjektive Empfinden des Fehlens körperlicher, geistiger und seelischer Störungen oder Veränderungen bzw. einen Zustand, in dem Erkrankung und pathologische Veränderungen nicht nachgewiesen werden können“.<sup>35</sup> Auch die WHO (World Health Organization) grenzt den Begriff der Krankheit von dem der Gesundheit ab. Sie versteht Gesundheit in einem weiten Sinne als „einen Zustand völligen körperlichen, geistigen, seelischen und sozialen Wohlbefindens und nicht nur das Fehlen von Krankheit und Gebrechen.“<sup>36</sup> An dieser geradezu ‚paradiesischen‘ Definition ist auszusetzen, dass sie extrem weit gefasst ist. Ein vollständiges Wohlbefinden – und das zudem auf Dau-

<sup>32</sup> S. Nachweise bei Hoffmann, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 11, 2006, 201 ff.

<sup>33</sup> Zu den unterschiedlichen Auffassungen s. sogleich im Folgenden. Ferner s. Beck, MedR 2006, 96 ff.

<sup>34</sup> Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, Stichwort: Krankheit

<sup>35</sup> Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, Stichwort: Gesundheit.

<sup>36</sup> World Health Organization (WHO), Constitution, 1 ff.

er – wird es im Lebensalltag kaum geben. Doch ist die WHO-Definition eher als eine Leitlinie und Zielvorstellung zu verstehen, an der sich ärztliches und gesundheitspolitisches Handeln ausrichten soll, ohne dass diese Definition beabsichtigt, dieses vollständige und dauerhafte Wohlbefinden zum Maßstab für die Grenze zwischen Gesundheit und Krankheit zu nehmen.<sup>37</sup> Diese Leitbildfunktion hat zum Ziel, die geistig-leiblich-seelische Einheit des Menschen im Rahmen seiner sozialen Existenz in den Blick zu rücken und an ihm einen idealen, ganzheitlichen Gesundheitsbegriff festzumachen. Dieser Gesundheitsbegriff soll als Vorbild für Menschen dienen und als Recht jedem zustehen. So formuliert die WHO weiter in ihrer Satzung, dass es ein Grundrecht jedes Menschen ist, sich des „bestmöglichen Gesundheitszustandes zu erfreuen“.<sup>38</sup> Auch dies ist eine eher programmatische Aussage denn eine Beschreibung oder gar Feststellung von Realitäten.

Eine gebräuchliche Definition von Krankheit liefert ferner das Sozialversicherungs- und Arbeitsrecht. Danach ist Krankheit „der regelwidrige Körper- oder Geisteszustand, der in der Notwendigkeit einer Heilbehandlung – wobei die Diagnose einer Krankheit ausreicht – oder in der Arbeitsunfähigkeit wahrnehmbar zutage tritt“.<sup>39</sup> Die Definitionen deuten drei Aspekte des Krankseins an, nämlich zum einen den sich nach außen zeigenden mehr oder weniger objektiven Zustand, dann das subjektive Befinden und als drittes das aus beiden folgende soziale Krankheitsverhalten. Problematisch ist freilich der Verweis auf einen „regelwidrigen“ Zustand, der die Festlegung eines Normalzustandes voraussetzt. Problematisch ist auch die gewisse Einengung auf die Arbeitsunfähigkeit als Krankheitsausdruck.

Eine etwas anders gefasste Definition des Krankheitsbegriffs verwendet der Bundesfinanzhof. Er versteht unter Krankheit einen „unabhängig von den subjektiven Vorstellungen des Betroffenen nach ärztlichem Urteil festgestellten anormalen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand, der den Betroffenen in der Ausübung normaler psychischer oder körperlicher Funktionen derart beeinträchtigt, dass es nach herrschender Auffassung einer medizinischen Behandlung bedarf“.<sup>40</sup> Hier wird nicht nur auf die Arbeitsunfähigkeit, sondern abstrakt auf eine Beeinträchtigung normaler Funktionen abgestellt. Dass diese Definition jedoch selber wieder ausfüllungsbedürftig ist, nämlich einer Festlegung bedarf, was unter gesundem Normalzustand zu verstehen ist, ist auch offensichtlich.<sup>41</sup>

<sup>37</sup> Krefß, *Medizinische Ethik*, 56.

<sup>38</sup> *World Health Organization* (WHO), *Constitution*, 1 ff.

<sup>39</sup> BSGE 35, 10 (12 f.)

<sup>40</sup> BFH NJW 2007, 3596. Vgl. auch die Entscheidungen des BGH MedR 1987, 182 ff. und BGH VersR 1979, 221, die den Krankheitsbegriff, auf den der BFH zurückgreift, vorbereitet haben. In den Entscheidungen ist der Krankheitsbegriff im Sinne der Tarifbestimmungen in Bezug auf einen Versicherungsnehmer bestimmt worden.

<sup>41</sup> Dieser Bezug auf ein sogenanntes „Normalsein“ liegt auch anderen Krankheitsmodellen zugrunde. Dabei wird in der Regel abgestellt auf ein Normalsein in biologischer, physiologischer oder psychologischer Hinsicht.

Zumindest im Arzneimittelrecht, möglicherweise aber auch darüber hinaus gilt die Definition, die der BGH bereits in seinem Beschluss vom 21.3.1958 geprägt hat<sup>42</sup> und an der er immer noch festhält.<sup>43</sup> Darin bezeichnet er Krankheit als „jede, also auch eine nur unerhebliche oder nur vorübergehende Störung der normalen Beschaffenheit oder der normalen Tätigkeit des Körpers, die geheilt, das heißt, beseitigt oder gelindert werden kann“. Auch hier springt der Bezug auf einen Normalzustand ins Auge, an dem zu messen ist, ob eine Krankheit vorliegt. Problematisch ist es auch, wenn der BGH die Heilungsmöglichkeit zum Bestandteil seiner Definition macht.<sup>44</sup> Seine Auffassung vertrat der BGH allerdings ausdrücklich nur in Bezug auf § 1 AMVO. Er räumte ein, dass der Begriff der Krankheit in anderen Gesetzen anders definiert werden könne. Der Begriffsbestimmung des BGH hat sich auch das Bundesverwaltungsgericht in seinem Beschluss vom 7.12.1962 angeschlossen.<sup>45</sup> In einem späterem Urteil führt das Bundesverwaltungsgericht aber einschränkend aus, dass der Krankheitsbegriff nicht solche normal verlaufenden Erscheinungen oder Schwankungen der Funktionen erfasse, denen jeder Körper ausgesetzt ist, die seiner Natur oder dem natürlichen Auf und Ab seiner Leistungsfähigkeit entsprechen.<sup>46</sup>

Schließlich wird auch die Auffassung vertreten, von „ganz gesund“ zu „ganz krank“ bestehe ein Kontinuum, auf dem eine Grenzlinie zu ziehen willkürlich sei.<sup>47</sup> Ferner findet sich der Ansatz, dass Gesundheit und Krankheit auch nebeneinander bestehen könnten, wie etwa bei demjenigen, der die Anlage zu einer späteren, genetisch bedingten Erkrankung in sich trägt. Zu dieser Position gehört auch der Gedanke, dass selbst bei einem schwerkranken Menschen viele Einzelsysteme noch gesund sein können, so dass eine scharfe Trennung zwischen Krankheit und Gesundheit nicht möglich sei.<sup>48</sup>

#### b) Würdigung dieser Auffassungen

Sieht man von der idealistischen Definition der WHO ab, dann schließen die erwähnten juristischen Definitionen streng genommen solche Zustände als Krankheit aus, die der Betroffene nur nach seinen subjektiven Vorstellungen und Empfindungen als Leiden ansieht. Der bloß eingebildete Kranke wird nicht als krank angesehen. Vielmehr muss der Arzt nach objektiven Kriterien beurteilen, wann ein Gesundheitszustand so von der Norm abweicht, also anormal ist, dass er den Betroffenen in der Ausübung seiner physischen und psychischen Funktionen beeinträchtigt. Zu-

---

<sup>42</sup> BGH DAZ 1958, 500.

<sup>43</sup> S. nur BGH NJW 1998, 820 (821): Eine Krankheit liegt vor, „wenn eine auch nur unerhebliche oder vorübergehende Störung der normalen Beschaffenheit oder der normalen Tätigkeit des Körpers besteht, die geheilt werden kann“.

<sup>44</sup> S. dazu näher unter B. II. 2. c).

<sup>45</sup> BVerwG DAZ 1963, 73 und 1083.

<sup>46</sup> BVerwG DAZ 1973, 1363.

<sup>47</sup> *Synofzik*, *EthikMed* 2006, 1 (37 f.)

<sup>48</sup> *Eberbach*, in: Jäger, *AIDS und HIV-Infektionen*, 1 ff.

dem muss nach herrschender Auffassung Behandlungsbedürftigkeit bestehen. Wer genau mit der herrschenden Auffassung gemeint ist, etwa die community der Ärzte oder etwa die Menge aller anderen Menschen, bleibt offen. Am ehesten ist diese Begriffsdefinition so zu verstehen, dass der behandelnde Arzt die Behandlungsbedürftigkeit festzustellen hat und zwar so, dass er sich am Kanon des medizinischen Standardwissens ausrichtet und seine Beurteilung auch für Dritte nachvollziehbar und überprüfbar ist.

Dieses ‚juristische‘ Verständnis von Krankheit weicht in gewissem Umfang von dem üblichen medizinischen Sprachgebrauch ab, der gerade auch den subjektiv empfundenen Leidenszustand als Krankheit mit umfasst. Der grundsätzliche Ausschluss von lediglich subjektiven Vorstellungen des Betroffenen leuchtet nicht unmittelbar ein. Gerade psychische Krankheiten werden rein subjektiv als Leidenszustände empfunden. Ist das seelische Wohlbefinden nicht im Gleichgewicht, so würde die Rechtsprechung erst von einer Krankheit sprechen, wenn der Betroffene dadurch in der Ausübung seiner psychischen Funktionen beeinträchtigt ist. Wann genau, d. h. also ab welchem Grad der Betroffene an der Ausübung seiner psychischen Funktionen beeinträchtigt ist und wie diese Beeinträchtigung auszusehen hat, bleibt dabei offen. Diese generell gehaltene Definition der Rechtsprechung ist zwangsläufig ausfüllungsbedürftig. Doch meint sie jedenfalls nur Beeinträchtigungen von einigem Gewicht. Etwa eine leichte Verstimmung hindert noch nicht an der Ausübung der psychischen Funktionen. Erst wenn jemand aufgrund seelischer Verwirrtheit arbeitsunfähig ist oder sonst nach außen hin erkennbar ist, dass der Betroffene seinen Alltag und damit sein übliches Leben nicht mehr bewältigen kann, ist der Grad dessen erreicht, was die Rechtsprechung als krank bezeichnen würde. Ausgangspunkt ist also ein objektiver Begriff von Krankheit, der auf die Sicht des Arztes bzw. der herrschenden Auffassung abstellt und nicht auf die Sicht des Betroffenen.

Aus diesem objektivierten Verständnis leitet sich ab, dass die Rechtsprechung nur erhebliche und nach außen erkennbare Beeinträchtigungen körperlicher oder seelischer Funktionen als Krankheit ansieht. Allein der BGH bezieht auch vorübergehende Störungen mit in die Definition ein. Im Ergebnis unterscheidet sich dieser Krankheitsbegriff durch die unterschiedliche Sichtweise von dem im medizinischen Sprachgebrauch üblicheren Begriff der „Störung der Lebensvorgänge in Organen oder im gesamten Organismus mit der Folge von subjektiv empfundenen bzw. objektiv feststellbaren körperlichen, geistigen bzw. seelischen Veränderungen“.<sup>49</sup>

### c) Würdigung der BGH-Auffassung im Besonderen

Die Definition des BGH zum Arzneimittelrecht erscheint auf den ersten Blick angreifbar und bedarf einer genaueren Prüfung. Zum einen müssten streng genommen chronische Krankheiten, die nicht geheilt und gelindert werden können, aus dem Krankheitsbegriff des BGH herausfallen, da dieser die Therapierbarkeit der Krank-

<sup>49</sup> *Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch, Stichwort: Krankheit.

heit voraussetzt. Zum anderen trifft der BGH keine Aussage darüber, ob Schwankungen der Körperfunktionen, denen jeder Mensch ausgesetzt ist, auch schon eine vorübergehende Störung der normalen Tätigkeit des Körpers und damit eine Krankheit sind. Außerdem lässt die Definition offen, wie eine „normale“ Bezugsgröße auszusehen hat, also was genau noch „normal“ und was schon pathologisch ist.

*aa) Zum ersten Kritikpunkt: Heilbarkeit*

Es ist zuzugeben, dass der BGH offensichtlich chronische, nicht heil- oder linderbare Krankheiten aus dem Krankheitsbegriff ausschließt.<sup>50</sup> Das bedeutet aber nicht, dass solche Krankheiten unberücksichtigt bleiben. Der BGH hat den Willen des Gesetzgebers vollzogen, indem er sich den differenzierten Begrifflichkeiten des AMG angeschlossen hat. Im Sinne des AMG werden Krankheiten, Leiden, Körperschäden und krankhafte Beschwerden unterschieden. Dauerhafte, nur schwer heilbare Krankheiten werden als *Leiden* bezeichnet. Weiter stellen *krankhafte Beschwerden* im Sinne des AMG objektiv zumeist auch Krankheiten dar. Sie können aber auch entgegen den ärztlichen Befunden nur von Patienten subjektiv als solche empfunden werden. *Körperschäden* wiederum sind nicht nur Veränderungen der Körperfunktionen, sondern unheilbare Veränderungen des menschlichen Körpers oder einzelner Körperteile.<sup>51</sup> Diese Unterscheidungen werden relevant und verwendet z.B. für den Arzneimittelbegriff (§ 2 AMG) und die Vorschriften über die klinische Forschung am Menschen (§ 41 AMG).

*bb) Zum zweiten Kritikpunkt: Unerheblichkeit*

Der BGH verwendet andererseits eine recht weite Fassung des Krankheitsbegriffs, indem er auch *unerhebliche* Störungen der Körperfunktionen für die Annahme einer Krankheit genügen lässt. Dieses extensive Verständnis von Krankheit hat das Bundesverwaltungsgericht, das sich dem Krankheitsbegriff des BGH grundsätzlich angeschlossen hatte, seinerseits in einem späteren Urteil eingeschränkt. Darin hat das BVerwG vom Krankheitsbegriff solche normal verlaufenden Erscheinungen oder Schwankungen der Funktionen ausgeschlossen, denen jeder Körper ausgesetzt ist, die seiner Natur oder dem natürlichen Auf und Ab seiner Leistungsfähigkeit entsprechen.<sup>52</sup> Diese Präzisierung erscheint sachgerecht, da bei einer Einbeziehung lediglich unerheblicher Schwankungen der Körperfunktionen und des Wohlbefindens der Krankheitsbegriff unangemessen ausgeweitet und bereits eine leichte Schwächung der Leistungsfähigkeit als pathologisch angesehen werden müsste.

---

<sup>50</sup> Gröning kritisiert diese enge Fassung des Krankheitsbegriffs, indem er es weder sprachlich noch medizinisch als zwingend ansieht, den Krankheitsbegriff auf heilbare oder linderbare Krankheiten zu beschränken; vgl Gröning, Heilmittelwerberecht, § 1 Rn. 98.

<sup>51</sup> Zu den Begrifflichkeiten s. Körner, Betäubungsmittelgesetz/ Arzneimittelgesetz, Vorbem. zum AMG, Rn. 66.

<sup>52</sup> BVerwG DAZ 1973, S.1363.

cc) Zum dritten Kritikpunkt: Normalzustand

Eine befriedigende Antwort auf die Frage zu finden, wie die normale Tätigkeit und die normale Beschaffenheit des Körpers festzulegen ist, entspricht der Quadratur des Kreises. So ist es angesichts der Vielfalt von institutionellen, sozialen, funktionalen und idealen Normen fast ausgeschlossen, einen einheitlichen Normalitätsbegriff zu finden. Begrenzt man sich im medizinischen Bereich auf die normale Funktionsfähigkeit des menschlichen Organismus, so erscheint eine Orientierung an der statistischen Norm am ehesten weiterführend.

Doch auch hier sind Vorbehalte angebracht. „Normalität“ setzt grundsätzlich einen fixen Bezugspunkt als Vergleichsgröße voraus. Gerade in Bezug auf Körper, psychische Verfassung (Natur), Aussehen und Konstitution bestehen genetisch begründete Unterschiede, die eine einheitliche Normvorstellung schon im Ansatz schwierig machen. Die statistische Norm bedeutet denn auch nicht mehr als „die Übereinstimmung mit dem Durchschnittswert in einer bestimmten Population“.<sup>53</sup> Dieser Durchschnittswert seinerseits muss kein exakter, streng festgelegter, einzelner Messwert sein, sondern kann auch ein begrenzter Bereich oder die umrissene Bandbreite von statistisch ermittelten Daten sein. In der Medizin gibt es in vielen Bereichen statistisch ermittelte Daten, die solche Durchschnittswerte repräsentieren, z. B. über Quantität, Funktionalität etc. Diese Werte machen aber nur Sinn, wenn sie zu der jeweils betroffenen Population und den jeweiligen äußeren Umständen in Beziehung gesetzt werden. Denn die normale Tätigkeit und Beschaffenheit des Körpers hängt stets von variablen Faktoren wie Alter, Geschlecht, genetischer Disposition und individueller Verfassung ab. Das verdeutlicht ein simples Beispiel: Es macht für unser Verständnis von Krankheit einen ganz erheblichen Unterschied, ob etwa ein Neugeborenes nach Nahrung schreit oder ob ein Erwachsener auf ähnliche Weise nach Nahrung schreit. Was bei einem Baby – aufgrund seines Alters als gesund und „normal“ angesehen wird, wird bei einem Erwachsenen, unter normalen äußeren Bedingungen, als nicht mehr gesund angesehen.

Unser Krankheitsverständnis hängt zu einem großen Teil von den oben genannten variablen Faktoren ab. Dabei reicht typischerweise nicht die Abweichung eines einzelnen Merkmals von den Funktionsnormen aus, um schon als Krankheit eingestuft zu werden. Vielmehr macht regelmäßig erst ein Bündel von Normabweichungen den betroffenen Menschen zu einem kranken Menschen.<sup>54</sup> Die so verstandenen Durchschnittswerte können als Grundlage für den Begriff der normalen Funktionsfähigkeit des menschlichen Organismus dienen. Weicht der Körper- oder Geisteszustand eines Menschen von diesen Werten ab, kann der Betroffene als krank bezeichnet werden. In ganz ähnlicher Weise definiert auch der Philosoph *Norman Daniels*

---

<sup>53</sup> S. Hoffmann, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 2006, 204, der auf den von *Christopher Boorse* entwickelten Krankheitsbegriff Bezug nimmt; s. *Boorse*, *Philosophy & Public Affairs* 5 (1), 1975, 49 ff.

<sup>54</sup> S. Hoffmann, a.a.O. 204.

den Krankheitsbegriff. Er versteht Krankheit als signifikante Abweichung von spezifisch-typischen Funktionsnormen physischer und/oder psychischer Systeme, Fähigkeiten und Eigenschaften des Menschen.<sup>55</sup>

*d) Stellungnahme zum Krankheitsbegriff*

Der Krankheitsbegriff ist viel umstritten und verschiedenartig interpretiert worden. Die Klärung und Postulierung eines „richtigen“ Krankheitsbegriffs wäre vermessen. Vorherrschend sind nach wie vor Krankheitstheorien, die auf einer medizinisch-diagnostischen Objektivierung von Gesundheit und Krankheit aufgebaut sind. So wird Krankheit verstanden als Abweichung von medizinischen, gesellschaftlichen oder individuellen Maßstäben oder als Störung im Verhältnis von Leib, Psyche und Umwelt.<sup>56</sup>

Von diesem Ausgangspunkt geht auch die oben erwähnte Begriffsbestimmung von *Norman Daniels* aus, nach der eine Person dann als krank bezeichnet werden kann, wenn ihre physischen und/oder psychischen Funktionen nicht nur unerheblich von den Durchschnittswerten abweichen, die unter Berücksichtigung von variablen Faktoren wie Alter, Geschlecht etc. und der Berücksichtigung der äußeren Umstände in der betroffenen Population gelten. Dieses Krankheitsverständnis ist aber um die im Folgenden aufgeführten Punkte zu erweitern. Es wird sich zeigen, dass eine ganze Reihe weiterer Faktoren Einfluss auf das Krankheitsverständnis haben kann.

*aa) Ergänzungsbedürftigkeit des objektiven Krankheitsbegriffs*

So unverzichtbar eine medizinisch objektivierende Betrachtung im Ausgangspunkt auch ist, so stößt sie doch auch an ihre Grenzen. Naturwissenschaftliche Analysen können unscharf sein. Gerade medizinische und naturwissenschaftliche Grenzwertsetzungen, auf denen statistische Normen beruhen, können ungenau sein. Eine eindeutige „objektive“ Feststellung einer Krankheit wird dadurch erschwert und die Deutung von Krankheit allein als objektive klinische Funktionsstörung angreifbar. Darüber hinaus setzen noch weitere Gesichtspunkte der objektivierten medizinischen Sicht Grenzen.

*bb) Medizinische Indikation als entscheidendes Kriterium*

Einen Schlüsselbegriff bei der Beurteilung der Krankheit stellt die *Behandlungsbedürftigkeit* dar. Durch die Bewertung eines Zustandes als behandlungsbedürftig wird dieser Zustand nicht mehr dem Bereich des „Normalen“, also der statistischen Norm, zugeordnet. Ist der Zustand hingegen nicht behandlungsbedürftig, so kann er in die (noch) normale Befindlichkeit eingestuft werden. Die subjektive Selbsteinschätzung

<sup>55</sup> S. bei *Merkel et al.*, *Intervening in the Brain*, 432.

<sup>56</sup> *Krefß*, *Medizinische Ethik*, 57.

des Betroffenen, „krank“ zu sein, ergibt allerdings noch keine „Indikation“ für eine ärztliche Intervention, sondern allenfalls Anlass, einen Arzt aufzusuchen. Vielmehr wird die medizinische Indikation als der Grund zur Anwendung von Behandlungsmaßnahmen im Erkrankungsfall verstanden.<sup>57</sup> Im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung handelt es sich bei der Indikation um *den* Zentralbegriff für die Leistungserbringung, da sich an sie die Unterscheidung von Krankheit und Gesundheit knüpft. § 27 Abs. 1 S. 1 SGB V spricht von der Notwendigkeit der ärztlichen Behandlung als Voraussetzung für die Leistungserbringung im Sozialversicherungsrecht.<sup>58</sup> Das Gegenstück zur Indikation ist die Kontraindikation. Unter Kontraindikation, also der Gegenanzeige, wird ein Umstand verstanden, der die Anwendung eines diagnostischen oder therapeutischen Verfahrens bei an sich gegebener Indikation verbietet.<sup>59</sup> Nach neuerer Rechtsprechung sind kontraindizierte Eingriffe selbst durch eine Einwilligung nach einer umfassenden Aufklärung nicht gerechtfertigt.<sup>60</sup> Hinter dieser Rechtsprechung kann man die Begründung sehen, dass eine Einwilligung in einen Behandlungsfehler nicht möglich sei, und eine Behandlung trotz Kontraindikation sei stets ein Behandlungsfehler, weil der Behandlungsfehler durch nichts gerechtfertigt werden kann.<sup>61</sup>

Von den Maßnahmen der Wunschmedizin unterscheidet sich die Krankenbehandlung damit insbesondere durch die Merkmale der objektiven Beurteilung durch Dritte (Ärzte) anstatt subjektiv nach eigenen Kriterien des Patienten und zum anderen durch die Behandlungsbedürftigkeit (objektive medizinische Indikation) auf der einen Seite und Verbesserungs- bzw. Wunschvorstellungen auf der anderen Seite.<sup>62</sup> Der Wunscheingriff unterscheidet sich also vom Heileingriff dadurch, dass nicht nur der Heilzweck, sondern schon die medizinische Indikation fehlt. Die Grenze zwischen indizierten und nicht indizierten ärztlichen Eingriffen lässt sich zwar in der Theorie recht eindeutig ziehen, in der ärztlichen Praxis allerdings gelingt das nicht so trennscharf wie in der Theorie.<sup>63</sup> Das wird insbesondere bei prophylaktischen Maßnahmen deutlich. Sie beruhen auf der Vermutung einer Indikation, die aber ebenso durchaus fehlen kann.

<sup>57</sup> *Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch, Stichwort: Indikation.

<sup>58</sup> Wobei einschränkend zu sagen ist, dass es auch medizinisch indizierte Eingriffe gibt, die nicht zum Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenkassen gehören, s. *Kern/Richter*, in: *Wienke, Die Verbesserung des Menschen*, 130.

<sup>59</sup> *Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch, Stichwort: Kontraindikation.

<sup>60</sup> OLG Düsseldorf VersR 2002, 611; OLG Karlsruhe MedR 2003, 104 = VersR 2004, 244 = ArztR 2003, 253; anders noch OLG Köln VersR 2000, 492. Vgl. dazu auch OLG Karlsruhe VersR 2002, 717.

<sup>61</sup> So bereits im Grundsatz *Kern/Laufs*, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 1983, 68

<sup>62</sup> *Eberbach*, MedR 2009, 14.

<sup>63</sup> *Kern/Richter*, in: *Wienke, Verbesserung des Menschen*, 131.

*cc) Einfluss von psychischen Befindlichkeiten*

Zunächst sei festgestellt, dass psychische Befindlichkeiten auf somatische Krankheitsverläufe einwirken können und dies auch häufig tun.<sup>64</sup> Psychosomatik bezeichnet im klinischen Sprachgebrauch eine Krankheitslehre, die psychische Einflüsse auf somatische, d. h. körperliche Vorgänge und die Auswirkungen somatischer Erkrankungen auf psychische Prozesse berücksichtigt.<sup>65</sup> Es fließt dabei also automatisch auch ein subjektives Werturteil des betroffenen Patienten in die Sicht der Krankheit mit ein.

*dd) Einfluss sozialer Aspekte*

Ein weiterer Aspekt, der für die Frage von Krankheit und Gesundheit eine Rolle spielt, ist die soziale Einbindung des Einzelnen. Nicht umsonst hatte die WHO-Definition in ihren Begriff von Gesundheit auch das soziale Wohlbefinden mit einbezogen. Zu dieser sozialen Einbindung gehören vor allem familiäre, biographische, soziologische und ökologische Faktoren, aber auch äußere Umstände wie Arbeitslosigkeit oder besonders stressreiche Arbeitsüberbelastung. Auch interpersonale Aspekte, wie die Betreuung und Begleitung der Patienten durch Dritte (Ärzte, Angehörige etc.) haben Auswirkungen auf die Art und Weise wie Betroffene ihre Krankheit verarbeiten und bewältigen. Auch die Mitwirkung am eigenen Heilungsprozess (compliance) hängt zu einem großen Teil ab von der mitmenschlichen Kommunikation zwischen Arzt und Patient und dem Umstand, ob sich der Patient selbst gut unterstützt und versorgt fühlt. Alle diese Umstände haben erwiesenermaßen Einfluss auf die Entstehung und den Verlauf von Krankheiten und beeinflussen die Gesundheitsschancen von einzelnen Menschen. Darüber hinaus hat der sozioökonomische Status des einzelnen Patienten Auswirkungen auf die Behandlung von Krankheiten und damit auf seine Genesung.

*ee) Einfluss kulturgeschichtlicher Aspekte*

Bei der Bestimmung von Krankheit ist stets eine normative Komponente mit zu berücksichtigen. Krankheit ist vor allem eine Zuschreibung, die von nationalen, kulturellen, religiösen und weltanschaulichen Faktoren abhängt. In jeder Gesellschaft wird Krankheit in einem bestimmten Kontext gesehen. Gerade kulturelle und religiöse Gebräuche und Anschauungen haben einen Einfluss auf die Deutung von Krankheit und Gesundheit. *Krefß* bringt das Beispiel der Depression, das deutlich zeigt wie unterschiedlich dieses Phänomen in den verschiedenen Kulturen angesehen und behandelt wird. Bereits in den westlichen Ländern, z. B. USA und Deutschland, wird

---

<sup>64</sup> *Krefß*, Medizinische Ethik, 58.

<sup>65</sup> *Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch, Stichwort: Psychosomatik.

Depression als Krankheit verschieden schnell angenommen und dementsprechend häufiger bzw. weniger häufig behandelt.<sup>66</sup>

In den weiten Bereich der sozio-kulturellen Aspekte fällt auch eine religiöse Betrachtungsweise von Krankheit, die sich im Lauf der Geschichte gewandelt hat. Das Christentum hat lange Zeit eine Verbindung zwischen Sünde und Krankheit hergestellt und in der Krankheit eine Strafe Gottes und ein Zeichen seiner Allmacht gesehen. Krankheit galt als von Gott geschickt. Die Auferlegung von Krankheit und Plage wurde auch als Prüfungsaufgabe und zur Erziehung und Läuterungsmittel verstanden. Das Buch Hiob im Alten Testament zeigt anschaulich, welche Prüfung durch Krankheit und Unglück einem Menschen auferlegt werden kann, um seinen unverbrüchlichen Glauben auf die Probe zu stellen. Das Neue Testament berichtet von vielen Fällen, in denen Jesus Christus unheilbar Kranke geheilt hat. Ihm wurde die Fähigkeit zugeschrieben, Aussätzige und Blinde zu heilen. Die Möglichkeit, Krankheiten zu behandeln, konnte also auch auf überirdische Kräfte zurückgeführt werden. Dieses religiöse Verständnis von Krankheit ist etwa seit dem 19. Jahrhundert einer rationalen, empirisch-naturwissenschaftlichen Sichtweise gewichen. Mit der Fortentwicklung der Naturwissenschaften und der medizinischen Erklärung von Krankheiten ist die rein religiöse Erklärung von Krankheit abgelöst worden.<sup>67</sup>

Die Aufgabe des Bildes vom sündigen und göttlich bestrafte Kranken war ein großer Befreiungsschlag für das Selbstbewusstsein, das Selbstverständnis und die Selbstbestimmung des neuzeitlichen Menschen. Die Selbstbestimmung des (kranken) Menschen ist auch deshalb betroffen, weil die Vorstellung von unumschränkter Selbstbestimmung kaum vereinbar ist mit der religiös geprägten Vorstellung von der Heiligkeit und Unverfügbarkeit des Lebens.<sup>68</sup>

#### *ff) Einfluss rechtlicher Aspekte*

Ein wichtiger Punkt, der für die Bestimmung von Krankheit mit herangezogen werden muss und sollte, ist der rechtliche Aspekt. Wie wir gesehen haben, gibt es verschiedene rechtliche Definitionen von Krankheit, die sogar von Rechtsgebiet zu Rechtsgebiet divergieren können. Auch die Krankenkassen und andere Institutionen des Gesundheitswesens legen die Begriffe Krankheit und Gesundheit für ihre Zwecke fest. Wird ein Zustand als Krankheit eingestuft, so können bzw. müssen die Krankenkassen die Kosten der Behandlung erstatten. Dass sich solche Zuschreibungen auch im Laufe der Zeit ändern können, zeigt offenkundig die ehemalige Definition von Homosexualität als Krankheit. Während im 19. Jahrhundert Homosexualität als Krankheit eingestuft wurde, hat – mit großer Verspätung – die Weltgesund-

<sup>66</sup> S. Nachweise bei *Kreß*, Medizinische Ethik, 59.

<sup>67</sup> *Kreß*, Medizinische Ethik, 64.

<sup>68</sup> S. dazu auch unten die ethischen Überlegungen und die Stellungnahme zur Sterbehilfe, 3. Teil C. IX. und X.

heitsorganisation diese Definition im Jahr 1992 endgültig aufgegeben.<sup>69</sup> Es besteht zudem die Gefahr, dass manche Zustände einfach als Krankheiten eingestuft werden, um sie behandlungsbedürftig zu machen und sie von den Krankenkassen finanziert zu bekommen. Dieses auftretende Phänomen wird passend mit dem Begriff „disease mongering“ bezeichnet. Auch die Pharmaindustrie dürfte an ‚neuen‘ Krankheiten nicht uninteressiert sein, die den Arzneimittelmarkt ausweiten und die Gelegenheit geben, Medikamente dagegen als „Kassenschlager“ zu vermarkten.<sup>70</sup>

### gg) Schlussfolgerungen

Zusammenfassend ist zu sagen, dass Krankheit nicht nur als messbarer, naturwissenschaftlich objektivierbarer Sachverhalt anzusehen ist, sondern dass vielmehr soziale, kulturelle, ökonomische und rechtliche Faktoren in die Bestimmung des Krankheitsbegriffs mit einfließen. Zudem ist die individuelle und subjektive Einschätzung des betroffenen Patienten in die Definition des Krankheitsbegriffs mit einzubeziehen und auch interpersonale Beziehungen sind mit zu berücksichtigen.

Krankheit und das Aufsuchen eines Arztes zur Behandlung einer Krankheit sind die zentralen Kriterien der „klassischen“ Patientenrolle. Ein Krankheitsverständnis, in dem der Patient und seine Perspektive von der Krankheit im Mittelpunkt stehen, für die bestimmte Messwerte die Grundlage bilden und der gesellschaftliche Hintergrund den äußeren Rahmen abgibt, ist der Dreh- und Angelpunkt der heutigen Medizinethik und des Arztrechts.

Das Selbstbestimmungsrecht eröffnet dem Patienten einen Zugang zu eigenverantworteten gesundheitsbezogenen Entscheidungen. Das gilt für alle Gebiete der Medizin gleichermaßen, also unabhängig davon, ob es sich um Entscheidungen auf dem Gebiet der Fortpflanzungs- und Reproduktionsmedizin handelt, um Gesundheitsfragen während und nach Krankheiten oder Unfällen oder um Entscheidungen am Ende des Lebens, z. B. über die Annahme oder Ablehnung von Sterbehilfe. Das oben ausgeführte Krankheitsverständnis entspricht einer Sicht des Patienten, die seine subjektive Perspektive hervorhebt und ihm dadurch die höchstpersönliche Entscheidung und Verantwortung über seinen Körper übergibt und überlässt. Es sollte Ziel jeder guten Gesundheitspolitik sein, die oben genannten Einflüsse, die das Krankheitsverständnis prägen und beeinflussen, so positiv zu gestalten, wie es erforderlich ist, um dem Patienten vor diesem Hintergrund eine Entscheidung über das Ob und Wie seiner Behandlung zu ermöglichen.

Auch für das Strafrecht sollte der hier geforderte Krankheitsbegriff verwendet werden, etwa wenn Krankheit im Rahmen der Körperverletzungsdelikte oder bei unterlassener Hilfeleistung eine Rolle spielt.

<sup>69</sup> Krefß, Medizinische Ethik, 59.

<sup>70</sup> Zum „disease mongering“ s. *Moynihan et al.*, BMJ 324 (2002), 886 ff.

### 3. Besondere Patienten-Kategorien

#### a) Konsumenten von Schönheitsoperationen und sonstigen Verbesserungen

Es ist fragwürdig, ob auch Gesunde unter den Begriff des Patienten fallen, die sich willentlich einem medizinisch nicht indizierten Eingriff aussetzen, z. B. um ihr Aussehen zu verändern. Personen, die etwa so genannte Schönheitsoperationen an sich durchführen lassen, sind zwar weder krank noch haben sie einen Körperschaden. Ihr Gang zum Arzt oder zum Vertreter eines anderen Heilberufs ist aber häufig psychisch motiviert. Diese Personen „leiden“ teilweise an dem Zustand ihres Aussehens, der entweder tatsächlich oder zumindest in ihren Augen von der vermeintlichen „Norm“ abweicht oder noch (subjektiv empfunden) „verbessert“ werden kann. Dieses körperlich begründete, seelisch ausgeprägte Wünschen oder Leiden einerseits und das Behandeln durch einen Arzt oder Angehörigen eines anderen Heilberufs andererseits machen den Betroffenen zwar nicht direkt zu einem Patienten im oben geschilderten Sinn eines Kranken; doch kann diese Gruppe der Personen, die sich einer nicht indizierten Schönheitsoperation oder sonstigen Verbesserung unterzieht, einem Patienten gleichgestellt werden. Sicherlich unterzieht sich auch eine wachsende Zahl von Patienten einer Schönheitsoperation, ohne durch ein seelisches „Leiden“ dazu motiviert zu sein. Bei diesen Personen geschieht es aus dem Wunsch heraus, sich noch zu verbessern. Auch solche Personen, die sich wie echte Patienten in die Hand eines Arztes begeben, werden für die Zwecke dieser Arbeit als Patienten betrachtet. Ist die Schönheitsoperation allerdings auch medizinisch indiziert, wie etwa beim Brustaufbau nach einer Tumorentfernung, so fällt die behandelte Person ohnehin unter den herkömmlichen Begriff des Patienten. Basiert der Schwerpunkt der Behandlung auf einer medizinischen Indikation, kann auch nicht mehr von einer bloßen Schönheitsoperation gesprochen werden. Es liegt dann eine therapeutische, plastische Operation vor, bei der die zu behandelnde Person auch Patient im eingangs erörterten Sinne ist.

Bei reinen Schönheitsoperationen verschiebt sich allerdings die Arztrolle. Der Arzt, der nach der Musterberufsordnung für Ärzte (MBO) primär der Gesundheit des Menschen zu dienen hat,<sup>71</sup> tritt bei Schönheitsoperationen nicht in dieser klassischen Rolle auf. Das ‚Leiden‘ des Patienten, der sich einer reinen Schönheitsoperation unterzieht, ist nur nach dem Wunsch des Patienten, in den meisten Fällen aber nicht nach objektiven Kriterien behandlungsbedürftig. Der Arzt dient damit dem Wunsch des Patienten nach einer Behandlung und nicht der Wiederherstellung der Gesundheit des Patienten.

---

<sup>71</sup> § 1 MBO für Ärzte: „(1) Ärztinnen und Ärzte dienen der Gesundheit des einzelnen Menschen und der Bevölkerung. Der ärztliche Beruf ist kein Gewerbe. Er ist seiner Natur nach ein freier Beruf. (2) Aufgabe der Ärztinnen und Ärzte ist es, das Leben zu erhalten, die Gesundheit zu schützen und wiederherzustellen, Leiden zu lindern, Sterbenden Beistand zu leisten und an der Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen im Hinblick auf ihre Bedeutung für die Gesundheit der Menschen mitzuwirken.“ Einsehbar unter [www.bundesaerztekammer.de](http://www.bundesaerztekammer.de)

Der Unterschied zwischen ärztlichen Heileingriffen und reinen Schönheitsoperationen liegt damit darin, dass bei letzteren kein medizinischer Anlass zum Tätigwerden besteht. Zwar muss auch hier der Arzt absolute und relative Kontraindikationen feststellen, die die kosmetische Operation ausschließen oder einschränken können. Auch muss die Maßnahme Folge eines intensiven Abwägungs- und Entscheidungsvorgangs sein, ärztlichen Standards genügen und es muss die Einwilligung des Betroffenen nach ordnungsgemäßer umfassender Aufklärung eingeholt worden sein. Patientenwohl und Patientenwille spielen auch hier die entscheidende Rolle. Doch fehlt bei reinen Schönheitsoperationen die medizinische Indikation.<sup>72</sup> Da der medizinische Anlass zum Tätigwerden fehlt, kann der Arzt entscheiden, ob er eine solche Maßnahme durchführt oder ablehnt.<sup>73</sup>

Tritt der Arzt nicht in seiner klassischen Rolle auf, einen Heilauftrag zu erfüllen, sondern in seiner neuen Rolle als Anbieter von Gesundheitsleistungen im weiteren Sinne und billigt man ihm diese Rolle zu, so ist von dieser Seite aus gesehen ein Arzt-Patient-Verhältnis hergestellt.

#### b) Forschungsprobanden

Das Verhältnis zwischen Forscher und Proband unterscheidet sich gegenüber dem Arzt-Patient-Verhältnis. Gemeinsam ist beiden Beziehungen, dass sie in den meisten Fällen mit Eingriffen in die physische und/oder psychische Gesundheit verbunden sind. In vielen Fällen ist der Forscher auch gleichzeitig der behandelnde Arzt. Das Forscher-Proband-Verhältnis ist jedoch nicht auf einen Individualnutzen des einzelnen Probanden ausgerichtet, sondern hat überindividuelle Ziele. Es sollen gerade durch den Forschungsversuch verallgemeinerbare Aussagen erzielt werden, die über den Einzelfall hinaus gültig sind. Im Gegensatz zum therapeutischen Eingriff, den ein Patient aus gesundheitlichen, d. h. physischen oder psychischen Gründen vornehmen lassen muss, besteht für den Probanden grundsätzlich keine Notwendigkeit zur Teilnahme an einer Forschungsstudie, es sei denn, er möchte teilnehmen, weil er sich selbst einen konkreten gesundheitlichen Vorteil verspricht.

Das Recht des Forschers, Studien durchzuführen, gründet letztlich auf der grundgesetzlich garantierten Forschungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG. Die Schranken der Forschungsfreiheit liegen dort, wo andere höherrangige Güter, wie z. B. das Leben, die körperliche Integrität und das Selbstbestimmungsrecht nicht nur unerheblich verletzt werden. Die Achtung der Selbstbestimmung des Probanden und das Gebot, ihn nicht zu schädigen, sind zentrale ethische Prinzipien der medizinischen Forschung.<sup>74</sup> Selbst wenn die Forschungsstudie für den Probanden einen medizinischen

<sup>72</sup> Eine medizinische Indikation ist „der Grund zur Anwendung eines bestimmten diagnostischen oder therapeutischen Verfahrens in einem Krankheitsfall, der seine Anwendung hinreichend rechtfertigt“, s. *Psyhyrembel*, Klinisches Wörterbuch, Stichwort: Medizinische Indikation.

<sup>73</sup> *Stock*, Ist die Verbesserung des Menschen rechtsmissbräuchlich?, 161; s. ausführlich zu den Schönheitsoperationen, 3. Teil D.

<sup>74</sup> *Heinemann/Hoppe/Listl/Spickhoff/Elger*, DÄBl v. 27. 7. 2007, B 1748 (1750).

Nutzen verspricht, bleibt dennoch die Gewichtung der ethischen Prinzipien eine andere als bei einem therapeutischen Heileingriff.

Weil im Forschungskontext das wissenschaftliche Interesse im Vordergrund steht und nicht das individuelle Interesse an der Heilung und Behandlung einzelner Personen, sind Forschungsstudien von Heilbehandlungen abzugrenzen. Während ein weiter Begriff unter Proband sowohl den kranken als auch den gesunden Versuchsteilnehmer in Studien bzw. den Teilnehmer an einer Untersuchung versteht<sup>75</sup>, grenzt ein enger Begriff den Personenkreis auf gesunde Versuchsteilnehmer ein.<sup>76</sup> Da aber auch in Forschungsstudien – z. B. in Arzneimittelstudien der Phase II und Phase III – vorwiegend kranke Personen von Ärzten untersucht und behandelt werden, umfasst der Begriff Proband vielfach den Begriff des Patienten mit: Er qualifiziert ihn in dem Sinne, dass ein kranker Proband nichts anderes ist als ein Patient im Forschungskontext. Mit Patienten sollen deshalb im Folgenden auch kranke Probanden gemeint sein, ohne die übliche, unterschiedliche Terminologie in Bezug auf Proband (im Forschungskontext) und Patient (im Behandlungskontext) in Frage zu stellen.

Probanden, die nicht gleichzeitig wegen einer Erkrankung behandlungsbedürftig sind, werden im Folgenden allerdings nicht als Patienten angesehen. Sie bleiben aus der Untersuchung ausgeschlossen

#### c) Alten- und Pflegeheimbewohner

Mitunter werden auch Bewohner eines Alten- und Pflegeheims pauschal unter den Begriff des Patienten gefasst. Für die Zwecke dieser Arbeit ist das aber abzulehnen. Alte Menschen suchen Heime nicht deswegen auf, um dort ärztlich oder heilberuflich behandelt zu werden oder um diagnostische oder therapeutische Maßnahmen an sich durchführen zu lassen. Vielmehr stehen Gründe der Betreuung und Hilfe bei der nicht mehr allein zu bewältigenden Lebensführung im Vordergrund. Dass Heimbewohner auch krank und leidend sein können und *deswegen* einen Arzt aufsuchen und aus diesem Grunde zu Patienten werden, steht dem Einwand nicht entgegen, dass Bewohner von Alten- und Pflegeheimen nicht per se Patienten sind.

## 4. Zwischenergebnis

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass eine Person zu einem Patienten wird, wenn sie – meist, aber nicht zwingend wegen eines körperlichen oder seelischen Leidens – einen Arzt oder Vertreter eines anderen Heilberufs aufsucht, der mit Hilfe seiner in der Aus- und Fortbildung erworbenen Fertigkeiten diesem Zustand abhilft oder zumindest abzuhelpen versucht. Somit ist jedenfalls das Aufsuchen eines Arztes oder Vertreters eines anderen Heilberufs und in der Regel auch das Vorliegen einer Krankheit Voraussetzung für die Eigenschaft als Patient. Von letzterer Vorausset-

<sup>75</sup> *Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch, Stichwort: Proband.

<sup>76</sup> *Hunnius*, Pharmazeutisches Wörterbuch, Stichwort: Proband.

zung ist aber in einigen Fällen abzusehen. Auch gesunde Personen werden Patienten, wenn sie sich zu diagnostischen oder prophylaktischen Zwecken in die Behandlung eines Arztes begeben. Da der Arztbesuch dazu dient, eine Krankheit zu erkennen bzw. vor einer solchen zu schützen, steht der Gang zum Arzt in einem unmittelbaren Zusammenhang mit einer (möglichen) Krankheit und ist durch diese motiviert. Bei Forschungsversuchen sind nur jene Probanden auch Patienten, die zugleich krank sind und aufgrund ihrer Krankheit in die Studie aufgenommen werden. Bei Schönheitsoperationen oder ähnlichen Verbesserungen sind auch diese Betroffenen nach der hier zugrunde gelegten Definition Patienten. Denn sie begeben sich in die Hände eines Arztes, weil sie an ihrem Aussehen leiden oder jedenfalls eine Änderung wünschen.

Nach der strengen Definition der Rechtsprechung, die eine objektivierte Sicht auf den behandlungsbedürftigen Zustand fordert, reicht das bloß subjektiv empfundene Leid an sich nicht aus, um als Krankheit zu gelten und den Betroffenen zum Patienten im engen Sinn zu machen. Nach der weiter gefassten Definition von Krankheit, die im medizinischen Sprachgebrauch üblicher ist, fallen aber auch nur subjektiv empfundene Leiden unter den Krankheitsbegriff, wenn sie einer Behandlung unterzogen werden. Nach dieser vorzugswürdigen Definition sind auch Personen, die sich einer Schönheitsoperation oder ähnlichen Maßnahme unterziehen und dafür einen Arzt oder Vertreter eines anderen Heilberufs aufsuchen, im weitesten Sinne Patienten.

Soweit der Arzt ohne Rücksicht auf Patientenwünsche handelt, wird sein Handeln meist mit dem objektiven Patientenwohl begründet. Dieser Begriff spielt eine zentrale Rolle für ärztliches Handeln. Das Patientenwohl zu wahren, ist der Arzt berufsrechtlich verpflichtet. Das Patientenwohl lässt sich nun allerdings von zwei verschiedenen Seiten aus bestimmen. Zum einen kann man sich auf den Standpunkt stellen, dass der Patient am ehesten wissen und entscheiden kann, was seinem Wohlergehen am besten entspricht. Patientenwohl und -wille würden sich bei dieser Position decken, sofern sich der Patient nicht bewusst gegen sein Wohl entscheidet. Dieser Standpunkt zielt auf den Vorrang der Selbstbestimmung des Patienten ab. Zum anderen kann man den Standpunkt vertreten, dass nicht der Patient, sondern Dritte und damit vor allem der behandelnde Arzt am besten wissen, was das Wohlergehen des Patienten fördert. Die Ansicht Dritter, also insbesondere der Ärzte, hat dann darüber zu entscheiden, wie das Patientenwohl ausgelegt wird. Das Patientenwohl wird quasi objektiviert. Diese Position räumt dem Fürsorgegrundsatz den Vorrang vor der Selbstbestimmung des Patienten ein. Während sich die letztere Position dem Vorwurf ausgesetzt sehen muss, je nachdem mehr oder weniger paternalistisch zu sein und den Patienten durch den Arzt bevormunden zu lassen, kann der zuerst genannten Position entgegen gehalten werden, dass sie in der Praxis kontraproduktiv sei, nämlich immer dann, wenn der Patient sich über den sinnvollen Rat des Arztes hinwegsetzt und als Folge sein Wohlergehen beeinträchtigt. Da freilich regelmäßig nur der Arzt über die Fachkenntnisse verfügt, welche Maßnahmen dem Patienten nutzen

können, nimmt er im Hinblick auf das Patientenwohl zwangsläufig eine überlegene Position in Bezug auf die ärztliche Diagnose, Therapievorschläge, aber auch die praktische Umsetzung der Patientenwünsche ein und kann die Entscheidung des Patienten faktisch in einem nicht zu unterschätzendem Umfang steuern.

### III. Begriff der Autonomie

#### 1. Allgemeines

Neben dem Patientenbegriff hat der Begriff der Autonomie zentrale Bedeutung für die vorliegende Arbeit. Nun wird der Begriff der Autonomie in zahlreichen Wissenschaften und verschiedensten Zusammenhängen gebraucht. So wird er etwa mit ganz unterschiedlichem Inhalt und Ziel in der Soziologie, Politologie, Philosophie, Medizin und selbst in den Naturwissenschaften verwendet. Für die vorliegende Arbeit ist er für das Arzt-Patient-Verhält­nis im strafrechtlichen Zusammenhang zu bestimmen. Soweit das möglich erscheint, soll er hier helfen, die Grenze für straflose ärztliche Eingriffe und strafbares ärztliches Verhalten präziser zu bestimmen. Ob hier freilich allein durch eine Definition Lösungen zu gewinnen sind oder ob für jede einzelne problematische Fallgruppe im Arzt-Patient-Bereich eine eigene Lösung gesucht werden muss, kann sich erst am Ende dieser Arbeit zeigen. Zunächst muss aber ein vorläufig tauglicher Autonomiebegriff entwickelt werden, von dem als Hypothese ausgegangen werden kann. Er muss dann an Hand der unten zu untersuchenden Fallgruppen getestet und überprüft und gegebenenfalls revidiert werden.

Schaut man in die Nachbarwissenschaften und den dort verwendeten Autonomiebegriff, dann kommen für den Bereich des Medizinstrafrechts am ehesten Anleihen aus der Philosophie und Medizinethik in Betracht.

In der Philosophie hat die Frage nach der Autonomie des Menschen Denker schon seit Jahrtausenden bewegt. Sie hat bereits Sokrates, Platon und Aristoteles beschäftigt und ist seitdem zu einer der Grundfragen menschlichen Denkens überhaupt geworden. Der Sinngehalt der Autonomie variiert über die Jahrhunderte und von Autor zu Autor. Einen einheitlichen Begriff zu finden, ist angesichts der zahlreichen unterschiedlichen Bestimmungsversuche und der Vielschichtigkeit des Begriffs gerade in Hinblick auf die Vielzahl seiner Funktionen, fast unmöglich. *Gerald Dworkin* hat die Chancen als gering eingestuft, überhaupt einen verallgemeinerbaren Terminus zu finden.<sup>77</sup> Es ist daher sinnvoller, zu versuchen, sich dem Begriff durch eine Beschreibung und Deutung seiner kennzeichnenden Merkmale anzunähern. Diese Methode wird der inhaltlichen Vielschichtigkeit des Begriffs besser gerecht. Hier soll

---

<sup>77</sup> *Dworkin*, The theory and practice of autonomy, 6.

ein eigener Autonomiebegriff oder besser ein Autonomiekonzept entwickelt werden, das als Summe einer Vielfalt von zusammenhängenden Aspekten zu begreifen ist.

## 2. Begrifflicher Ursprung von Autonomie

Autonomie setzt sich zusammen aus den beiden griechischen Wörtern *autos* (selbst, das Selbst) und *nomos* (das Gesetz). Wörtlich genommen bedeutet Autonomie daher „das Haben oder Schaffen eigener Gesetze“. Autonomie bezeichnet nach einem begrifflichen Verständnis mithin die Selbstgesetzgebung jedes Einzelnen im Sinne eines Lebens nach Gesetzen und Regeln, die man sich selbst gegeben hat und die man – idealerweise – verbindlich befolgt. Autonomie ist daher gekennzeichnet von Selbstständigkeit und Unabhängigkeit, im Wesentlichen im Hinblick auf die Regeln der eigenen Lebensführung und Verhaltensweise.

Autonomie grenzt sich von Heteronomie ab. Heteronomie (von griechisch *heteros* nomos: „anderes, fremdes Gesetz“) bedeutet Fremdgesetzlichkeit im Sinne einer Abhängigkeit von Gesetzen anderer. Autonomie als Gegensatz zur Heteronomie lässt sich begrifflich daher nicht vereinen mit steuerndem äußerem Zwang und kontrollierender Fremdbestimmung.<sup>78</sup> Dabei kann der äußere Zwang auch derart beschaffen sein, dass eine Person gegen ihren Willen daran gehindert wird, Entscheidungen zu treffen oder Handlungen durchzuführen, die sie in vollkommen freier Weise vornehmen möchte, die aber schädliche Folgen für sie haben. Diese Form von Zwang, die ja auch durchaus im (objektiven) Interesse der Person liegen kann, wird, wie schon oben erwähnt, mit hartem Paternalismus umschrieben.

## 3. Philosophische Konzepte zur Autonomie

### a) Kants Konzept von Autonomie

In der Philosophie hat das wohl bedeutendste Konzept zur Autonomie Immanuel Kant entwickelt.<sup>79</sup> Im Folgenden sollen die wesentlichen Gedanken von Kants Autonomiekonzept dargelegt werden, doch ohne Vertiefung im Detail, da die Patientenautonomie in der vorliegenden Arbeit unter einem rechtlichen und nicht primär philosophischen Blickwinkel betrachtet wird.

Ausgangspunkt Kants für die Annahme von Autonomie ist der „gute Wille“. So heißt es in der Grundlegung zur Metaphysik der Sitten: „Es ist überhaupt nichts in der Welt, ja überhaupt auch außer derselben zu denken möglich, was ohne Einschränkung für gut könnte gehalten werden, als allein ein guter Wille“.<sup>80</sup> Der Wille

<sup>78</sup> Vgl. dazu *Rönnau*, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht 53, der auf *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 198 ff. verweist.

<sup>79</sup> S. zu Kants Konzept der Autonomie des Willens und der Abgrenzung zu konsequentialistischen Ansätzen *Magnus*, Medizinische Forschung an Kindern, 115 ff.

<sup>80</sup> *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 393.