



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

„Strafrechtliche Grenzen der Rationierung medizinischer Leistungen – zugleich ein Beitrag zum Dogma vom Höchstwert des menschlichen Lebens und zum „Grundsatz vom Vorrang von Personenwerten vor Sachinteressen“

Dissertation vorgelegt von Anne Franziska Streng

Erstgutachter: Prof. Dr. Gerhard Dannecker

Zweitgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Hillenkamp

Institut für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht

Kap. 1: Aufgrund des demographischen Wandels und des medizinisch-technischen Fortschritts wird eine solidarisch finanzierte medizinische Vollversorgung, wie sie die Gesetzliche Krankenversicherung (GKV) heute bereitstellt, nach Auffassung vieler Gesundheitsökonomien und Gesundheitsethiker künftig nicht mehr finanzierbar sein. Eine öffentliche Gesundheitsversorgung wird – zumindest mittel- und langfristig – nicht (mehr) für jedermann alle medizinisch notwendigen Leistung zur Verfügung stellen können.

Kap. 2: Der Vorenthaltung medizinisch indizierter Leistungen in einem öffentlichen Gesundheitssystem, wie der GKV, steht die Verfassung nicht kategorisch entgegen. Zwar ist der Gesetzgeber, dem aufgrund des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes die Entscheidung über die Vorenthaltung medizinisch indizierter Leistungen in einem öffentlichen Gesundheitssystem obliegt, an einschlägige verfassungsrechtliche Garantien gebunden. Hierzu zählen neben den absoluten Differenzierungsverboten in Art. 3 Abs. 3 GG der Anspruch auf ein medizinisches Existenzminimum (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip), das „gesundheitsrechtlich geschärfte Willkürverbot“ des Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) bzw. die Eigentumsgarantie (Art. 14 GG) sowie das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG). Diese Garantien stehen einer Vorenthaltung medizinisch indizierter Leistungen u.a. aufgrund Geschlecht, Abstammung, Rasse, Behinderung, Alter, Finanzkraft, Social-Worth-Erwägungen sowie Selbstverschulden entgegen. Dies gilt zumindest für den Bereich des medizinischen Existenzminimums, das unstrittig Notfallmaßnahmen und nach herrschender Meinung auch Leistungen bei lebensbedrohlichen und anderen schwerwiegenden Erkrankungen umfasst. Dagegen stellen die Kriterien Dringlichkeit, Erfolgsaussichten, Kosten-Nutzen-Erwägungen sowie Compliance zulässige Differenzierungskriterien dar. Dies gilt jedenfalls für den Bereich der Behandlung nicht-lebensbedrohlicher Erkrankungen; nach der hier vertretenen Auffassung sind diese Differenzierungskriterien zudem sogar im Bereich der Behandlung lebensbedrohlicher Erkrankungen nicht kategorisch ausgeschlossen.

Kap. 3: Einem denkbaren Rationierungsszenario entspricht es daher, dass Therapien mit geringen Erfolgsaussichten (geringe Ansprechrates, geringe Lebensqualitätsverbesserung oder geringe Lebensverlängerung) und/oder schlechter Kosten-Nutzen-Quote im Rahmen eines öffentlichen Gesundheitssystems mittel- bzw. langfristig nicht mehr zur Verfügung gestellt werden, selbst wenn dies dazu führt, dass Patienten, die diese Therapie nicht privat finanzieren können oder wollen, keine bzw. eine minderwertige Behandlung erhalten.

Kap. 4: Sofern ein Patient, der eine durch die öffentliche Gesundheitsversorgung nicht (mehr) bereit gestellte medizinische Leistung benötigt, Willens und in der Lage ist, eine solche Leistung privat zuzukaufen, treffen den Arzt die gleichen Behandlungs- und Aufklärungspflichten, die ihn auch bezüglich der durch die öffentliche Gesundheitsversorgung zur Verfügung gestellten Leistungen treffen:

I. Vor der tatsächlichen Übernahme der Behandlung ist die Behandlungsverweigerung mit keinerlei strafrechtlichen Risiken behaftet, sofern nicht ein medizinischer Notfall gegeben ist, der als „Unglücksfall“ im Sinne des § 323 c StGB zu qualifizieren ist. Näher hierzu: Kap. 4 A.

II. Nach tatsächlicher Übernahme der Behandlung ist die Behandlungsverweigerung aufgrund der dadurch entstandenen Garantenstellung des behandelnden Arztes und der hieraus erwachsenden Garantenpflichten mit erheblich größeren Haftungsrisiken behaftet. Allerdings kann der Arzt seine Garantenstellung wirksam beenden, indem er die Behandlung des Patienten für diesen erkennbar aufgibt, sofern kein medizinischer Notfall vorliegt (Kap. 4 B. I.).

III. Dagegen kann die verdeckte Behandlungsverweigerung zu einer Strafbarkeit wegen Körperverletzung durch Unterlassen (§§ 223, 13 StGB) führen, wenn das Vorenthalten der Behandlung zu einer Verschlimmerung der Erkrankung oder zumindest zu einer Verzögerung des Heilungsprozesses führt, der Arzt durch die Vorenthaltung der Behandlung hinter dem medizinischen Standard zurückgeblieben ist und nachgewiesen werden kann, dass die Verschlimmerung der Erkrankung bei Durchführung der standardgemäßen Behandlung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeblieben oder in wesentlich geringerem Umfang eingetreten wäre bzw. sich die Erkrankung wesentlich schneller oder wesentlich umfangreicher gebessert hätte. Sofern die Vornahme der medizinisch indizierten Behandlung hingegen nur eine unwesentliche Verbesserung des Gesundheitszustands des Patienten gebracht hätte, muss die Quasikausalität abgelehnt werden. Denn ein Totschlag durch Unterlassen wird durch die herrschende Meinung nur bejaht, wenn der Tod des Patienten bei Vornahme der standardgemäßen Behandlung für einen wesentlichen Zeitraum (i.e. viele Stunden bzw. Tage) hinausgezögert worden wäre. Für die Körperverletzung durch Unterlassen gelten keine geringeren Anforderungen als für die Tötung durch Unterlassen,

zumal die Körperverletzung und die Tötung durch Unterlassen konstruktive Ähnlichkeit aufweisen und staatliche Schutzpflichten für das menschliche Leben stärker ausgeprägt sind als für die körperliche Unversehrtheit/Gesundheit. Verschlechtert sich der Zustand des Patienten infolge der verheimlichten Behandlungsverweigerung so stark, dass der Patient sogar verstirbt, so kommt eine fahrlässige Tötung oder eine Körperverletzung mit Todesfolge in Betracht, sofern nachgewiesen werden kann, dass der Tod des Patienten bei Vornahme der standardgemäßen Behandlung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht nur um einen unwesentlichen Zeitraum hinausgezögert worden wäre (Kap. 4 II.).

IV. Die verdeckte suboptimale Behandlung ist mit ähnlich hohen Haftungsrisiken verbunden: Die verdeckte suboptimale Behandlung ist zum einen in der Form denkbar, dass der Arzt bei dem – über das Vorhandensein höherwertiger, privat zukaufbarer Therapiealternativen nicht aufgeklärten – Patienten eine hinsichtlich der Risiken und/oder Nebenwirkungen suboptimale (durch die öffentliche Gesundheitsversorgung bereit gestellte) Behandlungsmethode anwendet. Zum anderen kommt sie auch in der Variante in Betracht, dass der Arzt – ohne den Patienten über die Existenz der überlegenen, privat zukaufbaren Therapiealternative aufzuklären – eine hinsichtlich der Erfolgsaussichten suboptimale (durch die öffentliche Gesundheitsversorgung zur Verfügung gestellte) Behandlungsmethode anwendet. In beiden Fällen ist sowohl eine an der Verletzung von Aufklärungspflichten ansetzende Verantwortung als auch eine am Vorliegen eines Behandlungsfehlers anknüpfende Verantwortung denkbar:

1. Der behandelnde Arzt ist zur Aufklärung über Therapiealternativen verpflichtet, sofern diese zum medizinischen Standard zu rechnen sind und die Alternativbehandlung wesentlich bessere Erfolgsaussichten oder wesentlich geringere Nebenwirkungen oder Belastungen für den Patienten mit sich bringt. Dies gilt auch dann, wenn die überlegene Therapiealternative durch die öffentliche Gesundheitsversorgung nicht (mehr) bereit gestellt wird, da die Kenntnis einer überlegenen Therapiealternative für den Patienten von erheblicher, ggf. sogar existenzieller Bedeutung ist und der Arzt keine nennenswerten schützenswerten Interessen für sich in Anspruch nehmen kann, die gegen eine Aufklärungspflicht sprechen, vielmehr sogar ein ökonomisches Interesse an Information des Patienten über die privat zukaufbare Therapiealternative haben dürfte. Verletzt der Arzt diese Aufklärungspflicht, so macht er sich wegen vorsätzlicher Körperverletzung (§ 223 StGB) strafbar, da die unzureichende Aufklärung im Regelfall die Unwirksamkeit der Einwilligung in die durchgeführte medizinische Behandlung bewirkt. Eine Ausnahme gilt jedoch für den Fall, dass der Patient

vorinformiert war bzw. in die durchgeführte suboptimale Behandlung auch in Kenntnis der überlegenen (Kap. 4 B. III. 1. a.), privat zukaufbaren Therapie eingewilligt hätte (hypothetische Einwilligung) (Kap. 4 B. III. 2. a.).

2. a. Hat die durchgeführte Behandlung gegenüber der privat zukaufbaren Behandlung höhere Risiken/Nebenwirkung und realisieren sich diese, so kommt neben der an der Aufklärungspflichtverletzung anknüpfenden Strafbarkeit zudem eine an einem Behandlungsfehler anknüpfende Strafbarkeit wegen fahrlässiger bzw. vorsätzlicher Körperverletzung in Betracht. Voraussetzung hierfür ist, dass der Arzt mit der Durchführung der suboptimalen Behandlung hinter dem medizinischen Standard zurückgeblieben ist und nachgewiesen werden kann, dass diese Schäden bei Vornahme der standardgemäßen Behandlung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit unterblieben bzw. in wesentlich geringerem Umfang eingetreten wären (Kap. 4 B. III. 1. b.)

b. Sofern die durchgeführte Behandlung gegenüber der privat zukaufbaren Behandlung geringere Erfolgchancen aufweist und sich diese realisieren, kommt neben der an der Aufklärungspflichtverletzung anknüpfenden Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Körperverletzung eine Strafbarkeit wegen vorsätzlicher bzw. fahrlässiger Körperverletzung durch Unterlassen in Betracht, die an dem in der suboptimalen Behandlung liegenden eventuellen Behandlungsfehler anknüpft. Zwar lässt sich die Durchführung der suboptimalen Behandlung auch als positives Tun qualifizieren, jedoch liegt der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit auf den nicht wahrgenommenen Heilungschancen für den Patienten und somit auf einem Unterlassen. Voraussetzung für eine derartige Strafbarkeit ist jedoch, dass der behandelnde Arzt mit der Durchführung der suboptimalen Behandlung hinter dem medizinischen Standard zurückgeblieben ist und nachweisbar ist, dass es dem Patienten bei Vornahme der überlegenen (standardgemäßen) Behandlung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht nur unwesentlich besser ergangen wäre (Kap. 4 B. III. 2. b.).

Kap. 6: Sofern der Patient entweder nicht Willens oder nicht in der Lage ist, die durch die öffentliche Gesundheitsversorgung nicht (mehr) zur Verfügung gestellte Leistung privat zu finanzieren, macht sich der behandelnde Arzt durch das Vorenthalten dieser Leistung weder einer rechtswidrigen Körperverletzung bzw. Tötung durch Unterlassen (§§ 223, 13 bzw. 212, 13 StGB) noch einer rechtswidrigen Unterlassenen Hilfeleistung (§ 323 c StGB) schuldig.

I. Ist der behandelnde Arzt auf eigenes wirtschaftliches Risiko tätig (im gegenwärtigen System: niedergelassener Vertragsarzt), so ergibt sich die Zulässigkeit des in Frage stehenden ökonomischen Behandlungsverzichts im Wege der verfassungskonformen Auslegung der §§ 212, 13; 223, 13; 323 c StGB.

1. Die Schutzpflichtdimension des Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit wird nicht verletzt, wenn ein auf eigene Rechnung tätiger Arzt gegenüber zahlungsunwilligen und/oder zahlungsunfähigen Patienten keine Leistungen erbringen muss, die durch die öffentliche Gesundheitsversorgung nicht (mehr) bereitgestellt werden. Vielmehr würde eine Verhaltensnorm, wonach ein auf eigenes wirtschaftliches Risiko tätiger Arzt gezwungen wäre, durch die öffentliche Gesundheitsversorgung nicht (mehr) zur Verfügung gestellte Leistungen notfalls ohne Gegenleistung und auf eigene Kosten zu erbringen, den Arzt in seiner Berufsfreiheit (Art. 12 GG) und in seiner Eigentumsfreiheit (Art. 14 GG) verletzen und zudem gegen den Allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verstoßen (näher Kap. 6 A. II. 1.).

2. Eine Auslegung der §§ 223, 13; 212, 13; 323 c (34) StGB dahingehend, dass der in Frage stehende ökonomische Behandlungsverzicht zulässig und straflos ist, weil den materiellen Gütern des (behandelnden) Arztes (Eigentum/Vermögen) Vorrang vor dem Leben des Patienten bzw. dessen Gesundheit zukommt, entspricht dem allgemein anerkannten Gebot der verfassungskonformen Auslegung des einfachen Rechts, das auch im Strafrecht gilt. Einer solchen Gesetzesinterpretation stehen auch keine unüberwindbaren strafrechtsdogmatischen Hindernisse entgegen, insbesondere nicht das Dogma vom Höchstwert des menschlichen Lebens und/oder der Grundsatz vom Vorrang von Personenwerten vor Sachgüterinteressen. Dies gilt, wenn man die herrschende Dogmatik des strafrechtlichen Lebensschutzes zugrundelegt (a.), erst recht aber, wenn man mit der hier vertretenen Auffassung für eine konsequente Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Wertentscheidungen bei der Strafrechtsauslegung und somit auch der §§ 223, 13; 212, 13; 323 c (34) plädiert (b.).

a. Die obige Analyse der Dogmatik des strafrechtlichen Lebensschutzes hat gezeigt, dass die herrschende Strafrechtsdogmatik – trotz ihres Bekenntnisses zum *Höchstwertigkeitsdogma* und zum *Grundsatz vom Vorrang von Personenwerten vor Sachinteressen* – den Vorgaben der Verfassung im Ergebnis Rechnung zu tragen vermag; dies gilt auch dann, wenn eine Verfassungsgarantie, die keinen Verfassungshöchstwert repräsentieren muss, es im Einzelfall

gestattet oder erzwingt, das Rechtsgut Leben als nachrangig gegenüber kollidierenden Rechtsgütern oder Interessen bzw. Personenwerte als nachrangig gegenüber Sachinteressen zu behandeln.

aa. Das *Höchstwertigkeitsdogma* steht einer durch die Verfassung gestatteten oder erzwungenen Posteriorisierung des Rechtsguts Leben im Strafrecht weder dann entgegen, wenn man dieses mit einer im Vordringen befindliche Literaturmeinung restriktiv im Sinne eines Verbot definiert, einen anderen Menschen zur solidarischen Aufopferung des eigenen Lebens zu zwingen, noch dann, wenn man dieses Prinzip mit der herrschenden Meinung extensiver auslegt.

Sofern man das Höchstwertigkeitsdogma restriktiv als Verbot zum Zwang der solidarischen Aufopferung des eigenen Lebens definiert, kann einer im konkreten Fall durch die Verfassung gestatteten oder erzwungenen Posteriorisierung des Rechtsguts Leben sogar ohne dogmatische Kunstgriffe entsprochen werden. Denn diese restriktive Interpretation des Höchstwertigkeitsdogmas verengt den Anwendungsbereich dieses Prinzips auf bestimmte, strafrechtlich relevante Konstellationen, in denen das Grundrecht auf Leben nicht bloß in seinem (einer Abwägung zugänglichen) Randbereich tangiert ist, sondern der Menschenwürdekern des Grundrechts auf Leben berührt ist und das Rechtsgut Leben daher tatsächlich unabwägbar ist. Insofern sind unter Zugrundelegung dieser restriktiven Interpretation des Höchstwertigkeitsdogmas Verwerfungen zwischen dem Höchstwertigkeitsdogma und dem Gebot der verfassungskonformen Auslegung von vorn herein ausgeschlossen.

Die herrschende Meinung vertritt eine extensivere Interpretation des Höchstwertigkeitsdogmas, indem sie dieses Prinzip aus einem angeblichen Rang des Lebens als Verfassungshöchstwert ableitet und hieraus folgert, dass das Rechtsgut Leben ausschließlich durch andere Verfassungshöchstwerte (Menschenwürde etc.) überwogen werden kann. Obwohl diese Verfassungsinterpretation aus verfassungsrechtlicher Perspektive nicht haltbar ist, da lediglich der Menschenwürdekern des Grundrechts auf Leben einen (unabwägbaren) Verfassungshöchstwert repräsentiert, vermag die herrschende Meinung jeder beliebigen, durch die Verfassung gestatteten oder erzwungenen Posteriorisierung des Rechtsguts Leben hinter kollidierenden Rechtsgütern oder Interessen Rechnung zu tragen und hierdurch verfassungswidrige Ergebnisse zu vermeiden. Dies gilt auch dann, wenn die die Posteriorisierung des Rechtsguts Leben erzwingenden Rechtsgüter oder Interessen keine Verfassungshöchstwerte repräsentieren. Die herrschende Meinung vermeidet

verfassungswidrige Ergebnisse dadurch, dass sie den Anwendungsbereich des Höchstwertigkeitsdogmas auf den Notstand (§ 34 StGB) beschränkt und zusätzlich auf (Notstands-)Konstellationen, in welchen das Rechtsgut Leben durch ein aktives Tun beeinträchtigt wird, wenngleich dies angesichts der Ableitung des Höchstwertigkeitsdogmas aus dem Grundrecht auf Leben als angeblicher Verfassungshöchstwert freilich willkürlich restriktiv erscheint. Außerdem erkennt die herrschende Meinung einen Ausnahmetatbestand für Fallkonstellationen an, in denen das Rechtsgut Leben mit einem Verfassungshöchstwert, wie der Menschenwürde, kollidiert.

Durch diese starke Beschränkung des Anwendungsbereichs des Höchstwertigkeitsdogmas sowie durch die Anerkennung des beschriebenen Ausnahmetatbestands vom Höchstwertigkeitsdogma kann den Vorgaben der Verfassung in allen denkbaren Konstellationen Rechnung getragen werden: Sofern die Verfassung die Zulässigkeit eines *lebensverkürzenden Unterlassens* gebietet, kann den Vorgaben der Verfassung Rechnung getragen werden, weil der Anwendungsbereich des Höchstwertigkeitsdogmas in diesen Fallkonstellationen nicht eröffnet ist und einer Auslegung der §§ 212, 13 StGB im Licht der andernfalls verletzten Verfassungsgarantie daher nichts entgegensteht. Sofern die Verfassung die Zulässigkeit einer *aktiven Tötung* erzwingt, die zur Verteidigung gegen einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriffs erforderlich war, kann den Vorgaben der Verfassung problemlos entsprochen werden, weil das Höchstwertigkeitsdogma auf die Auslegung des § 32 StGB keine Anwendung findet, zumindest im Hinblick auf solche Konstellationen, in denen das Rechtsgut Leben als Eingriffsgut berührt ist. In (Notstands-)Fällen, in denen die Verfassung der Legitimierung einer zur Bewahrung menschlichen Lebens erforderlichen Verletzung eines strafrechtlich geschützten Rechtsguts (die sich nicht als erforderliche Verteidigungshandlung gegen einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff darstellt) zwingend entgegensteht, kann den Wertentscheidungen der Verfassung Rechnung getragen werden, weil das Höchstwertigkeitsdogma für die Auslegung des § 34 StGB keine Geltung beansprucht, sofern das Rechtsgut Leben als *Erhaltungsgut* berührt ist. Auch einer durch die Verfassung erzwungenen Zulässigkeit einer aktiven Tötung, die nicht als erforderliche Verteidigungshandlung gegen einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff zu qualifizieren ist, vermag die herrschende Lehre zu entsprechen. Sofern die Menschenwürde oder das Interesse am Bestand des Staates die Zulässigkeit des lebensverkürzenden Tuns erzwingt, greift der von der herrschenden Meinung anerkannte Ausnahmetatbestand vom Höchstwertigkeitsdogma ein, wonach das Rechtsgut Leben durch andere Verfassungshöchstwerte überwogen werden kann. Aber auch in solchen Fällen, in denen eine

unterhalb der Verfassungshöchstwerte anzusiedelnde Verfassungsgarantie (Selbstbestimmungsrecht des Patienten etc.) ausnahmsweise die Zulässigkeit eines lebensverkürzenden Tuns erzwingt, steht das Höchstwertigkeitsdogma einer verfassungskonformen Auslegung der §§ 211 ff. StGB nicht entgegen. Denn die herrschende Meinung beschränkt das Höchstwertigkeitsdogma auf § 34 StGB, weshalb den Wertentscheidungen der Verfassung zwar nicht über eine Notstandsrechtfertigung, wohl aber über einen (ebenfalls zur Rechtmäßigkeit des lebendverkürzenden Tuns führenden) Ausschluss der objektiven Zurechnung oder über eine Einwilligungrechtfertigung Rechnung getragen werden kann, wenngleich diese Vorgehensweise zur Konsequenz hat, dass das Höchstwertigkeitsdogma in einem bestimmten Bereich leerläuft.

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass das Höchstwertigkeitsdogma einer verfassungskonformen Auslegung nicht entgegensteht, wenngleich die herrschende Meinung von einer aus verfassungsrechtlicher Perspektive zu extensiven Interpretation dieses Prinzips ausgeht und verfassungsgemäße Ergebnisse nur über dogmatische Kunstgriffe sicherzustellen vermag.

bb. Auch einer durch die Verfassung erzwungenen Posteriorisierung von Personenwerten hinter Sachinteressen vermögen Rechtsprechung und Lehre zu entsprechen, obwohl sich diese zum *Grundsatz vom Vorrang von Personenwerten vor Sachinteressen* bekennen, den sie aus der Menschenwürde ableiteten. Zwar ergibt sich aus der Verfassung – entgegen der herrschenden Meinung im Strafrecht – kein aus der Menschenwürde abgeleiteter pauschaler Vorrang von Personenwerten vor Sachinteressen. Jedoch beruft sich die herrschende Meinung in konsequenter Weise lediglich in solchen (Notstands-)Konstellationen auf dieses Prinzip, in denen der Personenwert durch ein aktives Tun beeinträchtigt wird, das sich weder als erforderliche Verteidigung gegen einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff noch als zulässige vorläufige Festnahme im Sinne des § 127 StPO darstellt. In allen anderen Fallkonstellationen, in denen die strafrechtliche Bewertung einer Interessenkollision zwischen Personenwerten und Sachinteressen in Frage steht, wendet die herrschende Meinung dieses Prinzip zumindest nicht konsequent an (bzw. betrachtet den Anwendungsbereich dieses Prinzips schon nicht als eröffnet). Dies hat zur Folge, dass eine Posteriorisierung des Personenwerts hinter dem Sachinteresse nicht von vorn herein ausgeschlossen ist. Diese Beschränkung des Anwendungsbereichs des Grundsatzes vom Vorrang von Personenwerten vor Sachinteressen erscheint angesichts der Ableitung dieses Prinzips aus der keiner Abwägung zugänglichen Menschenwürde willkürlich. Jedoch werden hierdurch

verfassungswidrige Ergebnisse vermieden, da einer im Einzelfall durch die Verfassung erzwungen Posteriorisierung von Personenwerten hinter Sachinteressen Rechnung getragen werden kann.

b. Obwohl die herrschende Strafrechtsdogmatik den verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen – zumindest im Ergebnis – Rechnung trägt, ist angesichts der aufgezeigten Inkonsistenzen der herrschenden Dogmatik des strafrechtlichen Lebensschutzes für eine konsequentere Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Vorgaben bei der Auslegung des Strafrechts zu plädieren. Insbesondere argumentativ sollten die Vorgaben des Grundgesetzes konsequenter beachtet werden. Eine konsequente verfassungskonforme Auslegung des Strafrechts hat folgende Grundsätze zu beachten:

aa. In Bezug auf jede denkbare Fallkonstellation, deren strafrechtliche Bewertung in Frage steht, ist zu überprüfen, ob sich der Verfassung (zwingende) Wertentscheidungen für die strafrechtliche Bewertung des in Frage stehenden Verhaltens entnehmen lassen. Eine Konsultation der Verfassung ist grundsätzlich auch dann nicht entbehrlich, wenn die strafrechtliche Bewertung einer das menschliche Leben berührenden Interessenkollision oder einer Interessenkollision zwischen einem Personenwert und einem Sachinteresse in Frage steht. Die strafrechtlichen Auslegungsgrundsätze vom Dogma vom Höchstwert des menschlichen Lebens und vom Grundsatz vom Vorrang von Personenwerten vor Sachinteressen machen eine Analyse (zwingender) verfassungsrechtlicher Vorgaben für die Strafrechtsauslegung nur innerhalb eines engen definierten Anwendungsbereichs obsolet:

(1) Das Dogma vom Höchstwert des menschlichen Lebens erspart eine Konsultation der Verfassung im Hinblick auf strafrechtliche Interessenkollisionen zwischen dem Rechtsgut Leben und einem hiermit kollidierenden Rechtsgut oder Interesse noch nicht einmal dann, wenn man den Anwendungsbereich dieses Prinzips auf (Notstands-)Fallkonstellationen verengt, in denen ein lebensverkürzendes Tun gegeben ist, das sich nicht als erforderliche Verteidigungshandlung gegen einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff darstellt. Erst Recht zu aus verfassungsrechtlicher Perspektive unhaltbaren Ergebnissen kann es kommen, wenn man dieses Prinzip zur Entscheidung von Kollisionen zwischen dem Rechtsgut Leben und einem hiermit kollidierenden Rechtsgut oder Interesse in Fallkonstellationen anwendet, in denen das Rechtsgut Leben durch ein Unterlassen beeinträchtigt wird, das sich nicht als erforderliche Abwehr eines gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriffs darstellt. Ebenso

problematisch ist die Anwendung dieses Grundsatzes auf Fälle, in denen das Rechtsgut Leben, ohne einem gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff ausgesetzt zu sein, als *Erhaltungsgut* berührt ist, oder für Notwehrkonstellationen, in denen das Leben als *Eingriffsgut* tangiert ist. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass dem unter einem Gesetzesvorbehalt stehenden Grundrecht auf Leben in der Verfassungsordnung gerade nicht der Rang eines Höchstwerts zukommt. Vielmehr kann die Wertigkeit, die die Verfassung dem menschlichen Leben zuschreibt, nur situationsbezogen bestimmt werden, weshalb auch das Rangverhältnis zwischen dem Leben und einem hiermit kollidierenden Rechtsgut oder Interesse, nur situationsbezogen beurteilt werden kann; die Verfassung kann es im Einzelfall sogar erzwingen, das Rechtsguts Leben hinter einem hiermit kollidierenden Rechtsgut bzw. Interesse zu posteriorisieren, das nicht zwingend einen Verfassungshöchstwert repräsentiert. Lediglich dann, wenn man das Dogma von der Höchstwertigkeit des menschlichen Lebens mit einer im Vordringen befindlichen Literaturmeinung sehr restriktiv als „Verbot zum Zwang der solidarischen Aufopferung des eigenen Lebens“ interpretiert, genügt dieses Prinzip den Vorgaben der Verfassung und erspart im Rahmen seines Anwendungsbereichs eine Konsultation der Verfassung (näher Kap. 6 A. II. 3. b. aa. (1) (a)).

(2) Auch der Grundsatz vom Vorrang von Personenwerten vor Sachgüterinteressen ersetzt die Überprüfung verfassungsrechtlicher Vorgaben für eine als strafrechtlich in Betracht kommende Rechtsgüter-/Interessenkollisionen zwischen Personenwerten und Sachinteressen nicht für alle denkbaren Konstellationen. Zu verfassungsrechtlich vertretbaren Ergebnissen führt dieser Grundsatz lediglich in Bezug auf solche Konstellationen, in welchen der Personenwert (*Eingriffsgut*) zum Zwecke der Bewahrung eines Sachinteresses (*Erhaltungsgut*) durch ein aktives Tun beeinträchtigt wird, ohne dass sich diese Beeinträchtigung als Verteidigungshandlung gegen einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff oder als legitime vorläufige Festnahmehandlung im Sinne des § 127 StPO darstellt. Das gleiche gilt für Notwehrkonstellationen, in denen das Sachinteresse als *Eingriffsgut* und der Personenwert als *Erhaltungsgut* berührt ist. Für alle anderen Interessenkollisionen zwischen Personenwerten und Sachinteressen, deren strafrechtliche Beurteilung in Frage steht, liefert dieses Prinzip hingegen nicht zuverlässig verfassungsrechtlich haltbare Ergebnisse, weil weder Art. 1 Abs. 1 GG noch andere Verfassungsprinzipien einen pauschalen Vorrang von Personenwerten vor Sachinteressen gebieten. Die Verfassung beurteilt die Wertigkeit des Lebens, der körperlichen Unversehrtheit und anderer Personenwerte vielmehr ausschließlich situationsbezogen und dementsprechend auch das Rangverhältnis zwischen

Personenwerten und Sachinteressen situationsbezogen, weshalb sogar Fallkonstellationen denkbar sind, in denen die Verfassung einen Vorrang von Sachinteressen vor Personenwerten erzwingt (näher Kap. 6 A. II. 3. b. aa. (1) (b)).

(3) Neben den Grundrechten ist insbesondere auch der Grundsatz vom *Vorbehalt des Gesetzes* bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe im Strafrecht zu berücksichtigen. Dieser macht die Verfassungsmäßigkeit eines Grundrechtseingriffs u.a. vom Vorhandensein einer entsprechenden gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage abhängig, die umso bestimmter zu sein hat, je intensiver der Grundrechtseingriff ist (Wesentlichkeitsrechtsprechung des BVerfG). Der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes verbietet es daher, im Wege der Auslegung zu einer Rechtslage zu gelangen, die in die Grundrechte der durch die Strafnorm zu schützenden Person oder der anderer Grundrechtsträger (des Notstandsopfers etc.) so massiv eingreift, dass die Verfassungsmäßigkeit dieser Rechtslage von der Existenz einer den Belasteten explizit zur Duldung des Grundrechtseingriffs verpflichtenden Ermächtigungsgrundlage abhängt, sofern die Rechtsordnung eine solche Ermächtigungsgrundlage nicht zur Verfügung stellt.

Bsp: Eine Auslegung der §§ 212 (216), 13 StGB dahingehend, dass eine passive Sterbehilfe zugunsten eines entscheidungsfähigen Patienten, das Geschehenlassen eines freiverantwortlichen Suizids oder der Verzicht auf die Zwangsheilung eines entscheidungsfähigen Patienten unzulässig ist, scheidet nach der hier vertretenen Auffassung nicht nur an dem einer solchen Auslegung zwingend entgegenstehenden Menschenwürdekern des Selbstbestimmungsrechts des Patienten. Vielmehr steht einer solchen Auslegung auch der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes entgegen. § 216 StGB ist nicht bestimmt genug, um einen so massiven Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu legitimieren, wie er mit einer Verpflichtung eines entscheidungsfähigen Patienten zur Duldung einer lebensverlängernden Zwangsbehandlung verbunden wäre. Schließlich enthält diese Norm keine (expliziten) Hinweise auf Zwangsbefugnisse der Ärzteschaft zu Lasten entscheidungsfähiger Patienten. Näher hierzu: Kap. 6 A. II. 3. b. aa. (1) (c).

(4) Bezogen auf den Grundsatz vom *Vorrang des Gesetzes* ist zu überprüfen, ob der Gesetzgeber die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten strafbar oder aber legitim ist, explizit selbst entschieden hat. Dabei kann sich die gesetzgeberische Entscheidung für oder gegen die Legitimität eines Verhaltens nicht nur aus den Strafnormen und den Rechtfertigungsgründen, sondern auch aus außerstrafrechtlichen Normen ergeben (z.B. §§ 1901 a ff. BGB, die die Wahrnehmung des verfassungsrechtlich verbürgten Selbstbestimmungsrechts durch

äußerungsunfähige Patienten verfahrensmäßig absichern und somit die Auslegung der §§ 212, 216 StGB beeinflussen). Ist diese Frage zu bejahen, so darf die gesetzgeberische Entscheidung für die Strafbarkeit oder für die Legitimität eines Verhaltens nicht durch eine gegenläufige Auslegung der Strafnormen bzw. der Rechtfertigungsgründe unterlaufen werden. Dies ergibt sich entgegen der herrschenden Meinung nicht nur aus dem Grundsatz der Einheit der Rechtsprechung. Denn dieser Grundsatz stellt ein reines Postulat dar und verfügt über kein verfassungsrechtliches Fundament; ihm kommt somit keinerlei Bindungswirkung für die Judikative zu. Vielmehr ergibt sich die Verbindlichkeit einer expliziten gesetzgeberischen Entscheidung für die Strafbarkeit oder die Legitimität eines Verhaltens, selbst wenn diese aus außerstrafrechtlichen Normen folgt, aus dem – im Wege der verfassungskonformen Auslegung zu berücksichtigenden – Verfassungsgrundsatz vom Vorrang des Gesetzes (näher Kap. 6 A. II. 3. b. aa. (1) (d)).

(5) Verfassungsrechtliche Wertentscheidungen sind bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe im Strafrecht nicht nur dann zu berücksichtigen, wenn ein gesellschaftlich erwünschtes, ethisch gebotenes Ergebnis vor dem Hintergrund der herrschenden Strafrechtsdogmatik nicht schlüssig zu begründen ist. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Entscheidung von strafrechtlichen Interessenkollisionen sind vielmehr auch dann zu berücksichtigen, wenn eine verfassungskonforme Auslegung der einschlägigen Normen zu keinem anderen Ergebnis führt als eine oder mehrere andere Auslegungsmethode(n) bzw. eine strafrechtliche Argumentation. Denn der verfassungskonformen Auslegung kommt aufgrund der Normenhierarchie im Verhältnis zu anderen Auslegungsmethoden ein höherer Rang zu. Sie beendet somit jede strafrechtliche Debatte um die richtige strafrechtliche Bewertung eines Verhaltens, zumindest sofern es die einschlägige Verfassungsnorm nicht zulässt, auch zum gegenteiligen Ergebnis zu gelangen (näher Kap. 6 A. II. 3. b. aa. (1) (e)).

bb. Auf welcher Ebene des Verbrechensaufbaus (Deliktsebene) und im Rahmen der Auslegung welches unbestimmten Rechtsbegriffs diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben im Wege der verfassungskonformen Auslegung Rechnung zu tragen ist, entzieht sich einer pauschalen Beurteilung. Generalisierend lässt sich lediglich feststellen, dass es nicht genügt, ein Verhalten zu entschuldigen, dessen Zulässigkeit durch die Verfassung geboten wird, da ein Verhalten, das sich im Rahmen der durch die Rechtsordnung gezogenen Schranken eines Grundrechts (oder einer anderen verfassungsrechtlichen Verbürgung) hält, strafrechtlich nicht rechtswidrig sein kann. Ob ein unter eine Strafnorm subsumtionsfähiges Verhalten, dessen

Zulässigkeit durch die Verfassung erzwungen wird, aus strafrechtlicher Perspektive tatbestandslos oder gerechtfertigt ist, lässt sich nur für den konkreten Einzelfall beurteilen, da die Beantwortung dieser Frage von einer Vielzahl von Faktoren abhängt, so z.B. ob im Hinblick auf das in Frage stehende Verhalten ein echtes oder unechtes Unterlassungs- oder ein Begehungsdelikt in Betracht kommt, welches Grundrecht bzw. Verfassungsprinzip die Strafbarkeit oder die Zulässigkeit gebietet etc. (näher Kap. 6 A. II. 3. b. aa. (2)).

II. Verzichtet ein in einem öffentlichen Krankenhaus angestellter Arzt auf die Erbringung von Leistungen, die ihm weder durch die öffentliche Gesundheitsversorgung noch durch den Patienten finanziert werden, so verwirklicht er hierdurch weder eine rechtswidrige Körperverletzung oder Tötung durch Unterlassen (§§ 223, 13 bzw. 223, 13 StGB), noch eine Unterlassene Hilfeleistung (§ 323 c StGB). Dies folgt aus einer verfassungskonformen Auslegung dieser Vorschriften, da eine Poenalisierung eines solchen ökonomischen Behandlungsverzichts durch das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) nicht erzwungen wird, sondern vielmehr den Grundsatz vom Vorrang des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) verletzen würde. Die Ratio der sozialrechtlichen Vorschriften, welche die (vorenthaltenen) medizinischen Leistungen aus dem Leistungsprogramm der öffentlichen Gesundheitsversorgung herausnehmen, würde unterlaufen, wenn die Ärzteschaft bei Strafdrohung verpflichtet wäre, derartige Leistungen notfalls auf eigene Kosten zu erbringen. Denn diese sozialrechtlichen Vorschriften bezwecken, ohne Gefährdung einer egalitären und effizienten Krankenversorgung Kosten im öffentlichen Gesundheitswesen dadurch einzusparen, dass bestimmte Leistungen aus (der durch die öffentliche Gesundheitsversorgung bereitgestellten) medizinischen Grundversorgung herausgenommen werden und der privaten Absicherung durch den Patienten überlassen werden, anstelle zum Zwecke der Kostendämpfung an der Vergütung der Leistungserbringer anzusetzen (Budgetierung etc.).

Gegen eine Strafbarkeit nach §§ 212, 13; 223, 13 StGB kann zusätzlich vorgebracht werden, dass ein Patient nicht in schutzwürdiger Art und Weise darauf vertrauen kann, mit medizinischen Leistungen zu versorgt zu werden, die weder durch die öffentliche Gesundheitsversorgung, noch durch ihn selbst finanziert werden, weshalb auch keine Garantienpflicht existiert, ihn mit derartigen Leistung zu versorgen. Gegen eine Strafbarkeit nach § 323 c StGB kann zudem eingewendet werden, dass diese Vorschrift eine unter Mitmenschen zulässigerweise zu erwartende Mindestsolidarität absichert und nicht dazu verwendet werden darf, die Ärzteschaft zur Erbringung von Leistungen zu zwingen, die durch

die öffentliche Gesundheitsversorgung nicht mehr finanziert werden, da sie über das medizinische Existenzminimum hinausgehen (näher Kap. 6 B.).

III. Ein Arzt, der bei einem Krankenhaus in privater Trägerschaft angestellt ist, verwirklicht weder eine rechtswidrige Körperverletzung bzw. Tötung durch Unterlassen (§§ 223, 13 bzw. 212, 13 StGB) noch eine rechtswidrige Unterlassene Hilfeleistung (§ 323 c StGB), wenn er zahlungsunfähigen und/oder zahlungsunwilligen Patienten medizinisch indizierte Leistungen vorenthält, die durch die öffentliche Gesundheitsversorgung nicht mehr bereitgestellt werden. Dies folgt aus dem Gebot der verfassungskonformen Auslegung des Strafrechts, da eine Poenalisierung eines solchen ökonomischen Behandlungsverzichts durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 (Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit) nicht erzwungen wird, sondern vielmehr den privaten Krankenhausträger in seinen Grundrechten aus Art. 14 (Eigentumsfreiheit), Art. 2 Abs. 1 (Vermögensfreiheit) und Art. 3 Abs. 1 GG (Allgemeiner Gleichheitssatz) verletzen würde (näher Kap. 6 C.).

Kap. 7: Wenngleich den behandelnden Arzt keine strafbewehrte Verpflichtung trifft, durch die öffentliche Gesundheitsversorgung nicht (mehr) bereitgestellte Leistungen zu erbringen, sofern diese durch den Patienten nicht privat finanziert werden, muss er den Patienten über die Existenz dieser Leistung sowie über die Möglichkeit, diese Leistung im Wege des privaten Zukaufs zu erwerben, aufklären, sofern zu dieser Leistung keine durch die öffentliche Gesundheitsversorgung bereitgestellte (standardgemäße) Alternative existiert. Verletzt der Arzt diese Aufklärungspflicht, so kommt eine Strafbarkeit wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Körperverletzung durch Unterlassen (mit Todesfolge) bzw. wegen fahrlässiger Tötung durch Unterlassen in Betracht. Jedoch wird in der Praxis eine derartige Strafbarkeit häufig daran scheitern, dass nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden kann, dass sich der Patient den privaten Zukauf der Leistung hätte leisten können, oder daran, dass der Patient vorinformiert war oder daran, dass der Patient wirksam auf die Aufklärung verzichtet hatte (näher Kap. 7 A.).

Sofern zu der durch die öffentliche Gesundheitsversorgung nicht mehr zur Verfügung gestellten Leistung eine durch die öffentliche Gesundheitsversorgung bereit gestellte (standardgemäße) Therapiealternativ existiert, trifft den behandelnden Arzt im Regelfall keine Verpflichtung, über Existenz und Möglichkeit des privaten Zukaufs der durch die öffentliche Gesundheitsversorgung nicht (mehr) bereit gestellten Leistung aufzuklären. Eine derartige Aufklärungspflicht trifft den Arzt lediglich unter der Voraussetzung, dass die durch die

öffentliche Gesundheitsversorgung bereit gestellte Therapiealternative im Verhältnis zu der privat zukaufbaren Leistung wesentliche Unterschiede in puncto Belastung des Patienten, Risiken und/oder Erfolgchancen aufweist. Dies gilt auch dann, wenn der Patient weder Willens noch in der Lage ist, die durch die öffentliche Gesundheitsversorgung nicht (mehr) bereitgestellte Leistung privat zu finanzieren. Eine an der Verletzung der Aufklärungspflicht über Therapiealternativen anknüpfende Strafbarkeit wegen vollendeter Körperverletzung durch Vornahme der durch die öffentliche Gesundheitsversorgung bereitgestellten Leistung wird in Fällen, in denen der Patient die durch die öffentliche Gesundheitsversorgung nicht (mehr) bereitgestellte Leistung nicht privat finanzieren will oder kann, jedoch regelmäßig unter dem Aspekt der „hypothetischen Einwilligung“ abzulehnen sein (siehe Kap. 7 B.).

Während an der Ärztevergütung ansetzende Kostendämpfungsmaßnahmen (Budgetierung, Regelleistungsvolumina etc.) keine Absenkung der strafrechtlichen Sorgfaltspflichten sowie des zivilrechtlichen Haftungsmaßstabs bewirken, was vielfach zu einer Überforderung der in diesem ökonomisch-juristischen Spannungsfeld agierenden Ärzteschaft führt, ist diese Problematik im Falle der expliziten Rationierung medizinischer Leistungen nicht gegeben. Leistungen, die durch die öffentliche Gesundheitsversorgung nicht (mehr) zur Verfügung gestellt werden, dürfen auch nicht im Wege des Medizinstrafrechts von der Ärzteschaft eingefordert werden. Eine Verhaltensnorm, die die Ärzteschaft bei Strafdrohung verpflichtet, derartige Leistungen notfalls auch ohne Gegenleistung zu erbringen, würde grundrechtlich geschützte, wirtschaftliche Positionen der Ärzteschaft (Eigentumsfreiheit etc.) verletzen und wäre deshalb verfassungswidrig. Aus diesem Grund dürfte es im Hinblick auf explizit rationierte medizinische Leistungen auch nicht zu Divergenzen zwischen dem Sozialrecht und dem Arzthaftungsrecht kommen. Denn das Gebot der verfassungskonformen Auslegung beansprucht auch für das Zivilrecht Geltung. Im Hinblick auf die explizite Rationierung medizinischer Leistungen wirkt das Verfassungsrecht somit als Transformationsriemen und bewirkt eine Harmonisierung von Sozialrecht, Strafrecht und Arzthaftungsrecht, wodurch dem Postulat der Einheit der Rechtsordnung entsprochen wird.