

Kapitel 2: Ausgangspunkt – Grundsatz der Therapiefreiheit des Arztes

Ausgangspunkt für die rechtliche Bewertung der Alternativmedizin ist die Therapiefreiheit, „das Kernstück der ärztlichen Profession“¹. Sie ist unerlässliche Voraussetzung für den Pluralismus in der Medizin.

A. Inhalt der ärztlichen Therapiefreiheit

I. Drei Elemente

Die ärztliche Therapiefreiheit umfasst drei Elemente: Dem Arzt obliegt die Entscheidung darüber, ob überhaupt eine Behandlung stattfinden soll. Er darf zudem nicht zu einer seinem Gewissen widersprechenden Methode oder zu einer bestimmten Arzneimitteltherapie gezwungen werden. Und schließlich ist der Arzt frei, die ihm geeignet erscheinende diagnostische oder therapeutische Methode auszuwählen.²

II. Insbesondere: Beurteilungsermessen hinsichtlich der Methodenwahl

Letzteres Element der ärztlichen Therapiefreiheit gewährt dem Arzt einen gewissen Spielraum im Hinblick auf Diagnostik und Therapie, einen sog. Beurteilungs- und Entscheidungsraum.³ Im Rahmen dessen soll er grundsätzlich frei sein, die Wahl der Behandlungsmethode nach eigenem Ermessen vorzunehmen (sog. Methoden(wahl)freiheit).⁴ Die Rechtsprechung formuliert hierzu, die Wahl der Behandlungsmethode sei „primär Sache des Arztes“.⁵ Der Arzt soll den verschiedenen Gegebenheiten des konkreten Behandlungsfalles und der eigenen Erfahrung

¹ Laufs, ZaeFQ 1997, 586; ders., in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 3 Rn. 14.

² Laufs, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 3 Rn. 14; Katzenmeier, Arzthaftung, S. 305; Zuck, NJW 1991, 2933.

³ Katzenmeier, Arzthaftung, S. 304; Kienzle, in: Bergmann/Kienzle, Krankenhaushaftung, S. 58 ff.

⁴ Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, S. 62; Kienzle, in: Bergmann/Kienzle, Krankenhaushaftung, S. 58; Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel, in: Ratzel/Luxemburger, Medizinrecht, Kap. 13 Rn. 66; Buchborn, MedR 1993, 328, 330.

⁵ Vgl. BGH NJW 1982, 2121, 2122; BGHZ 102, 17, 22 = NJW 1988, 763, 764; BGHZ 168, 103, 107 = NJW 2006, 2477, 2478 (Robodoc); BGHZ 172, 254, 257 = NJW 2007, 2774 (Racz-Katheter); BGH NJW 2011, 1088, 1089 (Zitronensaftfall); jüngst BGH NJW 2014, 1529, 1530.

und Geschicklichkeit Rechnung tragen können.⁶ Im Fokus der ärztlichen Therapiefreiheit steht damit aber der Patient: Der Arzt hat „unabhängig von der Fessel normierender Vorschriften, nach pflichtgemäßem und gewissenhaftem Ermessen im Einzelfall mit seinen Eigenheiten, diejenigen medizinischen Maßnahmen zu wählen, die nach seiner Überzeugung unter den gegebenen Umständen den größtmöglichen Nutzen für den aufgeklärt einwilligenden Patienten erwarten lassen“.⁷ Nach überwiegender Auffassung ist die Therapiefreiheit deshalb nicht als Privileg des Arztes, sondern als ein fremdnütziges Recht zu verstehen.⁸ In seinen Entscheidungen ist der Arzt sowohl an das Wohl des Patienten als auch an dessen Willen gebunden. Dabei kann zwischen einer Wahlfreiheit im engeren und im weiteren Sinne differenziert werden.

1. Wahlfreiheit i.e.S.

Im engeren Sinne gilt der Grundsatz der Wahlfreiheit des Arztes für den Fall, dass praktisch gleichwertige Standardmethoden zur Verfügung stehen.⁹ Zwischen im wesentlichen gleichwertigen Standardmethoden kann der Arzt nach einer auf den konkreten Patienten bezogenen Nutzen-Risiko-Abwägung frei wählen.¹⁰ Dabei hat er sich in erster Linie am Wohl des Patienten zu orientieren. Er muss diesem nicht ungefragt erläutern, welche Methoden theoretisch in Betracht kommen und was gegen die eine oder andere dieser Methoden spricht.¹¹ Vielmehr unterbreitet der Arzt dem Patienten kraft seiner fachlichen Kompetenz einen Behandlungsvorschlag, mit dem sich der Patient in Ausübung seines Selbstbestimmungsrechtes noch einverstanden erklären muss.¹²

⁶ *Pauge*, Arzthaftungsrecht, Rn. 195; zu den Gründen für die Gewährung von ärztlicher Therapiefreiheit näher unten C.

⁷ *Buchborn*, in: *Kleinsorge/Hirsch/Weißauer*, Forschung am Menschen, S. 19; *ders.*, MedR 1993, 328, 330; *Laufs*, in: FS Deutsch, 1999, S. 625, 626.

⁸ *Buchborn*, in: *Kleinsorge/Hirsch/Weißauer*, Forschung am Menschen, S. 19; *Laufs*, in: FS Deutsch, 1999, S. 625, 626; *ders.*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 3 Rn. 14; *ders.*, ZaeFQ 1997, 586, 588; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 308 f.; *Jung*, ZStW 97 (1985), 47, 54; *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand, S. 223 f.; *E. Hauck*, SGB 2014, 8 f.; *Franz*, Naturheilmittel und Recht, S. 265 ff., 283 weist darauf hin, dass der Therapiefreiheit neben der Fremdnützigkeit auch eine gewisse Eigenfunktion verbleibe. Denn der Arzt verfüge über medizinische Kenntnisse und Fähigkeiten, über die der Patient nicht verfüge. Zudem unterliege der Arzt einer besonderen rechtlichen und ethischen Bindung. Arzthaftungsrechtlich sei der Eigenwert der ärztlichen Therapiefreiheit durch den (dem Aufklärungsfehler vorgelagerten) Behandlungsfehlertatbestand erfasst.

⁹ In diese Richtung *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, Kap. B Rn. 34; *Weidenkaff*, in: *Palandt*, BGB, § 630a Rn. 10; *Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel*, in: *Ratzel/Luxenburger*, Medizinrecht, Kap. 13 Rn. 67; zum Begriff des medizinischen Standards s. unten 3. Kap., B.I.1.

¹⁰ *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, Kap. B Rn. 35.

¹¹ BGH NJW 1982, 2121, 2122; jüngst OLG Koblenz VersR 2014, 1133, 1134; über sog. unechte Behandlungsalternativen muss folglich nicht aufgeklärt werden (näher dazu 3. Kap., C.II.2). Selbstverständlich hat der Arzt den Patienten aber über die gewählte Methode und deren Risiken etc. vollumfänglich aufzuklären; zu den Grundlagen der Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung s. 3. Kap., C.I.

¹² *Schimmelpfeng-Schütte*, MedR 2002, 286, 288.

2. Wahlfreiheit i.w.S.

Im weiteren Sinne gilt die Wahlfreiheit aber auch als unerlässliche Voraussetzung für eine wagnisbereite Ärzteschaft.¹³ Denn der Grundsatz der Therapiefreiheit eröffnet dem Arzt auch die Möglichkeit, „von etablierten Fachpfaden abzuweichen“,¹⁴ sprich, unter bestimmten Voraussetzungen die Standardbehandlung zu verlassen.¹⁵ In erster Linie geht es dabei um das Betreten von medizinischem Neuland.¹⁶ Aber auch die Anwendung von Alternativmedizin ist von der ärztlichen Therapiefreiheit umfasst; nach allgemeiner Ansicht in Literatur und Rechtsprechung ist die Wahlfreiheit nicht schon von vornherein auf die Methoden der Schulmedizin begrenzt.¹⁷ Selbst eine prinzipielle Vorzugsstellung der schulmedizinischen Methoden vor denen „medizinischer Außenseiter“ wird abgelehnt.¹⁸ Im Gegensatz zur ärztlichen Entscheidung zwischen gleichwertigen Standardmethoden muss dem Patienten die Entscheidung für die eine oder andere Methode allerdings immer dann ausdrücklich eingeräumt werden, wenn für ihn eine echte Wahlmöglichkeit besteht.¹⁹ Die Wirksamkeit der Einwilligung des Patienten erfordert dann eine umfassende Aufklärung auch über in Betracht kommende Behandlungsalternativen.²⁰ Diesbezüglich steht die Entschlussfreiheit des Arztes somit maßgeblich unter dem Vorbehalt des Willens des Patienten. Der Wahlfreiheit können sich letztlich nur Arzt und Patient im Zusammenwirken miteinander bedienen.²¹

¹³ Katzenmeier, *Arzthaftung*, S. 305; *Laufs*, *ZaeFQ* 1997, 586 ff.

¹⁴ *Laufs*, *ZaeFQ* 1997, 586, 587.

¹⁵ Zu dem in Rspr. u. Schrifttum geforderten Risikominimierungsgebot s. 3. Kap., B.II.2.b)bb).

¹⁶ Zu medizinischen Neulandschritten bereits oben 1. Kap., C.IV.

¹⁷ BGHZ 113, 297, 300 f. = NJW 1991, 1535, 1536 f. (hier ging es zwar um die Haftung eines Heilpraktikers, der Grundsatz gilt aber auch für Ärzte); BGHSt 37, 383, 385 = NJW 1991, 2359; *Wagner*, in: MüKo, BGB, § 823 Rn. 782; *Laufs/Kern*, in: *dies.*, Handbuch des Arztrechts, § 97 Rn. 36; *Kern*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 42 Rn. 7; *Katzenmeier*, *Arzthaftung*, S. 306 f.; *Plagemann*, *Kassenarztrecht*, Rn. 16; *Wenzel*, in: *ders.*, *Medizinrecht*, Kap. 4 Rn. 274; *Kienzle*, in: *Bergmann/Kienzle*, *Krankenhaushaftung*, S. 60; *Middendorf*, in: *Bergmann/Kienzle*, *Krankenhaushaftung*, S. 69; *Pauge*, *Arzthaftungsrecht*, Rn. 213; *Tag*, *Der Körperverletzungstatbestand*, S. 224; *Siebert*, *Strafrechtliche Grenzen*, S. 36 ff.; *Klinger*, *Strafrechtliche Kontrolle*, S. 18, 45; *Cramer*, *Strafrechtliche Grenzen der Therapiefreiheit*, S. 153; *Rumler-Detzel*, *VersR* 1989, 1008; *Franzki*, *MedR* 1994, 171, 173; *G. Müller*, *GesR* 2004, 257, 259; *Vogeler*, *MedR* 2008, 697, 700; *Bodenburg*, *NJOZ* 2009, 2823, 2829; *S. Müller/Raschke*, *NJW* 2013, 428, 429; auch die MBO-Ä enthält keine Verpflichtung auf die Schulmedizin, *Ratzel*, in: *Ratzel/Lippert*, *MBO*, § 11 Rn. 2.

¹⁸ So schon RGSt 67, 12, 22, 27.

¹⁹ BGH NJW 1982, 2121, 2122; deutlich BGH *VersR* 2014, 586: „In einem solchen Fall ist die Wahl der Behandlungsmethode nicht primär Sache des Arztes“; *Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel*, in: *Ratzel/Luxenburger*, *Medizinrecht*, Kap. 13 Rn. 67.

²⁰ Eine Pflicht zur Aufklärung über Behandlungsalternativen besteht immer dann, wenn es sich um sog. echte Behandlungsalternativen handelt. Dazu unten 3. Kap., C.II.2.

²¹ *Giesen*, *JZ* 1988, 414, 415; *Franckel/Hart*, *Ärztliche Verantwortung*, S. 44; *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, Kap. X Rn. 99; aufgrund des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten bedarf selbstverständlich jeder ärztliche Eingriff der Einwilligung des aufgeklärten Patienten, vgl. dazu B.II.2.a)bb) u. C.II.3. sowie 3. Kap., C.I.

B. Rechtsgrundlagen der ärztlichen Therapiefreiheit

Die ärztliche Therapiefreiheit ist in einfachgesetzlichen und kammersatzungsrechtlichen Vorschriften verankert. Letztlich gründet sie aber auf der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsausübungsfreiheit.

I. Bundesärzteordnung und Kammersatzungsrecht

Einfachgesetzlich garantiert § 1 Abs. 2 BÄO, dass der ärztliche Beruf kein Gewerbe, sondern „seiner Natur nach ein freier Beruf“ ist. Der Zusatz „seiner Natur nach“ bringt zum Ausdruck, dass die Freiheit der ärztlichen Tätigkeit in ihrem Kern unabhängig davon gewährleistet ist, in welcher Form der ärztliche Beruf ausgeübt wird.²² Auch ein angestellter oder beamteter Arzt ist bei der eigentlichen medizinischen Behandlungstätigkeit von fachlichen, auf die ärztliche Behandlung bezogenen Weisungen freigestellt.²³ Parallel dazu statuiert das Kammersatzungsrecht: „Ärztinnen und Ärzte üben ihren Beruf nach ihrem Gewissen, den Geboten der ärztlichen Ethik und der Menschlichkeit aus. Sie dürfen keine Grundsätze anerkennen und keine Vorschriften oder Anweisungen beachten, die mit ihren Aufgaben nicht vereinbar sind oder deren Befolgung sie nicht verantworten können“ (§ 2 Abs. 1 MBO-Ä).²⁴ Darin kommt zum Ausdruck, dass die verantwortliche und gewissenhafte, berufsethisch begründete Entschlussfreiheit des Arztes das Kernstück seiner Arbeit bildet.²⁵ Ärzte dürfen keine ihrem Gewissen widersprechenden Maßnahmen durchführen, sondern haben stets die aus ihrer Sicht geeigneten Methoden auszuwählen; sie genießen Therapiefreiheit.²⁶ Diese wird als Wesensmerkmal der ärztlichen „Freiberuflichkeit“ begriffen.²⁷

II. Berufs(ausübungs)freiheit, Art. 12 Abs. 1 GG

Die Wurzeln der ärztlichen Therapiefreiheit sind indes bereits in der Verfassung (Art. 12 Abs. 1 GG) angelegt.²⁸

²² BGHZ 70, 158, 167 = NJW 1978, 589, 591; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 3 Rn. 9; *ders.*, ZaeFQ 1997, 586, 587.

²³ BGHZ 70, 158, 167 = NJW 1978, 589, 591; *Francke*, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, S. 48.

²⁴ (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte (MBO-Ä) 1997 in der Fassung der Beschlüsse des 114. Deutschen Ärztetages 2011 in Kiel; bei der MBO-Ä handelt es sich nicht um unmittelbar geltendes Recht, sie wird hier jedoch stellvertretend für die weitgehend inhaltsgleichen, von den Landesärztekammern in das jeweilige Satzungsrecht übernommenen Vorschriften verwandt, vgl. *Narr*, Berufsrecht, Teil D S. 10; die abweichenden Wortlaute der Berufsordnungen der Kammerbezirke sind abgedruckt bei *Lippert*, in: *Ratzell/Lippert*, MBO, § 2.

²⁵ BVerwGE 27, 303, 305 = NJW 1968, 218, 219; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 3 Rn. 12.

²⁶ *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 3 Rn. 12.

²⁷ *Ratzel*, in: *Ratzell/Lippert*, MBO, § 11 Rn. 1.

²⁸ *Laufs*, ZaeFQ 1997, 586, 587.

1. Inhalt der Berufsfreiheit

Als einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit gewährleistet Art. 12 Abs. 1 GG sowohl die Berufswahl- als auch die Berufsausübungsfreiheit.²⁹ Teil dieser Freiheit ist die dem Einzelnen obliegende freie Entscheidung darüber, wie er seinen Beruf ausüben will.³⁰ Unabhängig von der selbständigen oder unselbständigen berufsrechtlichen Stellung gewährleistet Art. 12 Abs. 1 GG für den ärztlichen Berufsstand, dass dieser von fachlichen, auf die ärztliche Behandlung bezogenen Weisungen freigestellt ist.³¹ Bei ihrer beruflichen Tätigkeit kommt den Ärzten therapeutische Eigenverantwortlichkeit zu.³² Inbegriffen ist die ärztliche Ermessensentscheidung hinsichtlich des Ob und Wie der Heilbehandlung. Die ärztliche Therapiefreiheit gilt somit als Ausfluss der durch Art. 12 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützten Berufsausübungsfreiheit.³³

2. Schranken der Berufsfreiheit

Der grundgesetzliche Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG gilt allerdings nicht schrankenlos. Vielmehr unterliegt das einheitliche Grundrecht dem einheitlichen Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG.³⁴ Danach kann die Berufsfreiheit „durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden“. Nach der vom BVerfG entwickelten Schrankensystematik, der sog. „Dreistufentheorie“, ist zu differenzieren: Einschränkungen lassen sich umso eher rechtfertigen, je mehr sie die Berufsausübungs- und je weniger die Berufswahlfreiheit berühren.³⁵ Berufsausübungsregelungen können schon aus vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt sein.³⁶

Auch die ärztliche Therapiefreiheit kann aus vernünftigen Gründen des Gemeinwohls unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eingeschränkt werden.³⁷ Der ärztliche Entscheidungsspielraum ist verfassungsrechtlich nicht schon von vornherein vor staatlichen Regelungen geschützt. Für eine dem ärztlichen Berufsstand spezifisch zukommende, durch Art. 12 Abs. 1 GG generell vor Berufsregelungen geschützte „Therapiefreiheit“ gibt es keine verfassungs-

²⁹ St. Rspr., grundlegend BVerfGE 7, 377, 402 = NJW 1958, 1035, 1037 (Apotheken-Urteil).

³⁰ Scholz, in: *Maunz-Dürig*, GG, Art. 12 Rn. 25.

³¹ Francke, *Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte*, S. 48 f.

³² Hufen, *MedR* 1996, 394, 396.

³³ BVerfGE 102, 26, 36 = NJW 2000, 857, 858 (Frischzellen-Urteil); *Quaas/Zuck*, *Medizinrecht*, § 2 Rn. 52; *Wenzel*, in: *ders.*, *Medizinrecht*, Kap. 4 Rn. 274; *Laufs*, *ZaeFQ* 1997, 586, 587 f.; *Zuck*, *Homöopathie und Verfassungsrecht*, Rn. 78; *ders.*, *MedR* 2006, 515, 517; *Grupp*, *MedR* 1992, 256, 257; *Schimmelpfeng-Schütte*, *MedR* 2002, 286, 289; *De-bong*, *ArztR* 2007, 32; *Felix*, *NZS* 2012, 1, 5 f.

³⁴ St. Rspr. seit BVerfGE 7, 377, 402 = NJW 1958, 1035, 1037 (Apotheken-Urteil); *Scholz*, in: *Maunz-Dürig*, GG, Art. 12 Rn. 26.

³⁵ St. Rspr., grundlegend BVerfGE 7, 377, 378 f., 402 f. = NJW 1958, 1035, 1037 f. (Apotheken-Urteil); *Hufen*, *MedR* 1996, 394, 396, 398.

³⁶ St. Rspr. seit BVerfGE 7, 377, 378 = NJW 1958, 1035, 1038 (Apotheken-Urteil); vgl. etwa BVerfG NJW 2009, 2033, 2038 m.w.N.

³⁷ *Laufs*, *ZaeFQ* 1997, 586, 588.

rechtlichen Anhaltspunkte.³⁸ Die ärztliche Therapiefreiheit ist vielmehr – wie jede andere Berufsausübungsfreiheit – in die Schrankensystematik des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG eingebunden.³⁹ Im Rahmen der dabei vorzunehmenden Abwägung können unterschiedliche grundrechtliche Wertungen mit dem ärztlichen Interesse an freier beruflicher Tätigkeit kollidieren und in angemessenen Ausgleich zu bringen sein. Im Verhältnis zwischen Arzt und Patient gelten die Grundrechte zwar nicht unmittelbar, nach der Lehre von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte finden deren Wertungen aber insbesondere bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe Berücksichtigung.⁴⁰

a) Grundrechte des Patienten

Den grundrechtlich geschützten Rechten des Patienten kommt bei der Abwägung berufsrechtlicher Regelungen eine herausragende Stellung zu; letztlich sind es Gesundheitsschutz und Selbstbestimmungsrecht des Patienten, die Telos und Umfang der ärztlichen Therapiefreiheit bestimmen.⁴¹ Im Verhältnis zueinander verlaufen die Interessen von Arzt und Patient deshalb auch nicht per se gegensätzlich.

aa) Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG schützt das durch eine ärztliche Heilbehandlung berührte Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Während das Recht auf Leben allein die biologisch-physische Existenz umfasst, schützt das Recht auf körperliche Unversehrtheit vor Einwirkungen, die die menschliche Gesundheit im biologisch-physiologischen Sinne betreffen.⁴²

Zwar sind Grundrechte ursprünglich und in erster Linie Abwehrrechte gegen den Staat.⁴³ Anerkanntermaßen enthalten sie aber auch eine Schutzpflichtdimension, aus der die objektiv-rechtliche Pflicht des Staates folgt, sich schützend und fördernd vor die Rechtsgüter des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zu stellen.⁴⁴ Bei der Aus-

³⁸ Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, S. 63.

³⁹ Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, S. 63.

⁴⁰ Zur Lehre von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte grundlegend BVerfGE 7, 198, 204 ff. = NJW 1958, 257 ff. (Lüth-Urteil); s. auch BVerfGE 73, 261, 269 = NJW 1987, 827; BVerfGE 84, 192, 194 f. = NJW 1991, 2411 f.; dazu teils krit. *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 210 ff.

⁴¹ Zur herausragenden Bedeutung des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten *Damm*, MedR 2002, 375, 385: „Patientenautonomie hat gegenüber den Handlungsspielräumen des Arztes in jüngerer Zeit auf der Grundlage eines ethischen und medizinrechtlichen Normwandels eine deutliche normative Aufwertung und Stabilisierung erfahren.“

⁴² *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 55; *Sodan*, in: *Wenzel*, Medizinrecht, Kap. 1 Rn. 23; das psychische Wohlbefinden ist nur insoweit inbegriffen, als die psychischen Auswirkungen mit körperlichen Schmerzen vergleichbar sind, BVerfGE 56, 54, 75 = NJW 1981, 1655, 1656; *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 55; *Sodan*, in: *Wenzel*, Medizinrecht, Kap. 1 Rn. 23.

⁴³ BVerfGE 7, 198, 204 = NJW 1958, 257; vgl. auch etwa BVerfGE 68, 193, 205 = NJW 1985, 1385.

⁴⁴ BVerfGE 53, 30, 57 = NJW 1980, 759, 761; BVerfGE 77, 170, 215 = NJW 1988, 1651, 1653; BVerfGE 85, 191, 212 = NJW 1992, 964, 966; BVerfG MedR 1997, 318 f. (*Jomol*); NJW 1997, 3085 (*Edelfosin*).

gestaltung seiner Schutzverpflichtung ist der Gesetzgeber allerdings weitestgehend frei; er hat lediglich Vorkehrungen zu treffen, die nicht „gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das Schutzziel zu erreichen“.⁴⁵

Seiner Verpflichtung, eine Gesundheitsversorgung der Bevölkerung zu ermöglichen (leistungsrechtliche Dimension des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), ist der Gesetzgeber mit den Regelungen des SGB V grundsätzlich nachgekommen.⁴⁶ Die gesetzlichen Krankenkassen sollen von Verfassungs wegen auch nicht gehalten sein, all das zu leisten, was an Mitteln zur Erhaltung oder Wiederherstellung der Gesundheit verfügbar ist.⁴⁷ Ein subjektiver Anspruch des Patienten gegenüber dem Staat auf die Gewährung konkreter Leistungen durch die gesetzliche Krankenversicherung kann aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1 GG) jedenfalls nicht hergeleitet werden.⁴⁸

Zu guter Letzt kann der Gesetzgeber zum Schutze der Patienten die Verfügbarkeit gefährlicher Untersuchungs- und Behandlungsmethoden durch geeignete Maßnahmen einschränken.⁴⁹

bb) Selbstbestimmungsrecht des Patienten, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

Ferner können Einschränkungen ärztlicher Freiheiten durch das Selbstbestimmungsrecht des Patienten gerechtfertigt sein. An welcher Stelle das Recht des Patienten, selbst über seinen Körper und seine Gesundheit zu entscheiden, verfassungsrechtlich zu verorten ist, wird uneinheitlich beurteilt.⁵⁰ Nach überwiegender Auffassung verbürgt Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG neben der körperlichen Sphäre auch eine Willenssphäre:⁵¹ „Die Bestimmung über seine leiblich-seelische Integrität

⁴⁵ BVerfGE 77, 170, 215 = NJW 1988, 1651, 1653; BVerfGE 85, 191, 212 = NJW 1992, 964, 966; BVerfG MedR 1997, 318 f. (Jomol); NJW 1997, 3085 (Edelfosin); *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 94; zur dogmatischen Herleitung der Schutzpflichten *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 41 ff.

⁴⁶ BSGE 86, 54, 65 f. = NZS 2001, 259, 263 (ASI); *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 94; zur Notwendigkeit einer grundrechtsorientierten Auslegung der leistungsrechtlichen Vorschriften des SGB V in Ausnahmefällen s. 5. Kap., A.IV.2.a).

⁴⁷ BVerfGE 115, 25, 46 = NJW 2006, 891, 893 (Nikolausbeschluss) m. Verw. auf BVerfG NJW 1997, 3085 (Edelfosin); der Frage, ob es ein Recht auf bestmögliche Gesundheit gibt, ist jüngst *Welti* nachgegangen (GesR 2015, 1 ff.).

⁴⁸ BVerfG MedR 1997, 318 f. (Jomol); NJW 1997, 3085 (Edelfosin); NJW 1998, 1775, 1776; BVerfGE 115, 25, 44 = NJW 2006, 891, 893 (Nikolausbeschluss); *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 94: das würde die „direktive Kraft der Verfassung“ überfordern; *Zuck*, MedR 2006, 515, 517; *Hänlein*, SGB 2003, 301, 304; *Sodan*, NZS 2003, 393, 394.

⁴⁹ Vgl. *Francke*, *Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte*, S. 82.

⁵⁰ In dem verfassungsrechtlich verbürgten Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), dem hiermit eng verflochtenen allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) oder der in Art. 1 Abs. 1 GG verankerten Menschenwürde, vgl. *Tag*, *Der Körperverletzungstatbestand*, S. 285; ursprüngl. leitete die Rspr. das Selbstbestimmungsrecht des Patienten aus Art. 2 Abs. 1 GG her, vgl. BVerfGE 52, 131, 168 = NJW 1979, 1925, 1930.

⁵¹ Vgl. schon die abw. Meinung der Richter *Hirsch*, *Niebler* und *Steinberger* in BVerfGE 52, 131, 171, 175 = NJW 1979, 1925, 1930 f.; BVerfGE 89, 120, 130 = NJW 1994, 1590, 1591; aus jüngerer Zeit BVerfGE 128, 282, 300 = NJW 2011, 2113, 2114; BVerfG

gehört zum ureigensten Bereich der Persönlichkeit des Menschen. In diesem Bereich ist er aus der Sicht des Grundgesetzes frei, seine Maßstäbe zu wählen und nach ihnen zu leben und zu entscheiden. Eben diese Freiheit zur Selbstbestimmung wird – auch gegenüber der normativen Regelung ärztlicher Eingriffe zu Heilzwecken – durch Art. 2 II 1 GG besonders hervorgehoben und verbürgt.⁵² Da auch eine zu Heilzwecken vorgenommene ärztliche Behandlung – jedenfalls auf verfassungsrechtlicher Ebene – die körperliche Integrität des Patienten berühren kann,⁵³ bedürfen ärztliche Heileingriffe regelmäßig der Einwilligung des Patienten.⁵⁴ Eine dem Selbstbestimmungsrecht gerecht werdende Einwilligung erfordert wiederum eine vorangegangene angemessene ärztliche Aufklärung (s. auch §§ 630d, 630e BGB).⁵⁵ Erst diese versetzt den Patienten in die Lage, die ihm – und nicht dem Arzt – obliegende Letztentscheidung über das Ob und Wie der ärztlichen Heilbehandlung zu treffen.⁵⁶

cc) Verhältnis von ärztlicher Therapiefreiheit und Rechtsgüterschutz des Patienten

Die Gewährung ärztlicher Therapiefreiheit soll sowohl die Gesundheit des Patienten schützen als auch der Verwirklichung seines Selbstbestimmungsrechtes dienen.⁵⁷ Die ärztliche Therapiefreiheit wird deshalb als fremdnütziges Recht verstanden.⁵⁸ Daraus folgt, dass ärztliche Therapiefreiheit und Rechtsgüterschutz des Patienten nicht zwangsläufig in Widerspruch zueinander stehen. Vielmehr können beide nebeneinander bestehen und einander sogar ergänzen, insbesondere dann, wenn der Grundrechtsschutz des Patienten die „Zurverfügungstellung medizinischer Leistungen erfordert oder deren unangemessene Einschränkung verbietet“.⁵⁹ „Individueller Grundrechtsschutz des Patienten und ärztliche Therapiefreiheit sind damit teilweise und faktisch auf dasselbe Ziel ausgerichtet.“⁶⁰ Während die verfassungsrechtlich verbürgten Interessen des Patienten die ärztliche Therapiefrei-

NJW 2013, 2337; U. Steiner, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, Art. 2 GG Rn. 12; *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, § 2 Rn. 36 m.w.N.; *Francke*, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, S. 103; *Siebert*, MedR 1983, 216, 218.

⁵² BVerfGE 52, 131, 175 = NJW 1979, 1925, 1931, abw. Meinung der Richter *Hirsch*, *Niebler* und *Steinberger*.

⁵³ Vgl. auch *Sodan*, in: *Wenzel*, Medizinrecht, Kap. 1 Rn. 25: nicht nur Gesundheitsverletzungen, sondern auch Heileingriffe i.S.e. „wesentliche[n] Veränderung der Beschaffenheit der körperlichen Substanz“ betreffen die körperliche Unversehrtheit.

⁵⁴ BVerfGE 52, 131, 173, 175 f. = NJW 1979, 1925, 1931, abw. Meinung der Richter *Hirsch*, *Niebler* und *Steinberger*.

⁵⁵ *Gallwas*, NJW 1976, 1134 f.; zu den Grundlagen der Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung unten 3. Kap., C.I.

⁵⁶ BVerfG NJW 1997, 3085 (Edelfosin); U. Steiner, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, Art. 2 GG Rn. 12; *Francke*, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, S. 108; das Selbstbestimmungsrecht des Patienten drückt sich darüber hinaus auch in seinem Recht auf freie Arztwahl aus, *Gallwas*, NJW 1976, 1134; s. auch OLG Naumburg MedR 2009, 292, 293.

⁵⁷ Zu den Gründen für die Gewährung von ärztlicher Therapiefreiheit näher unten C.

⁵⁸ S. bereits oben A.II.

⁵⁹ *Hart*, MedR 1996, 60, 66 (Fn. 47).

⁶⁰ *Hart*, MedR 1996, 60, 66 (Fn. 47); zust. *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 309; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 3 Rn. 14; *ders.*, ZaeFQ 1997, 586, 588.

heit in bestimmter Hinsicht einschränken, begründen und bestärken sie diese in anderer Hinsicht wiederum.

b) Öffentliche Interessen

Dagegen erscheint eine Harmonisierung mit öffentlichen Interessen weitaus komplexer. Zu den öffentlichen Interessen zählt u.a. das allgemeine Interesse an einer leistungsfähigen medizinischen Versorgung.⁶¹ Die gesetzliche Krankenversicherung (GKV) wurde in Ausgestaltung des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1 GG) als öffentlich-rechtliche Pflichtversicherung eingeführt und trägt Sorge für den Krankenschutz eines Großteils der Bevölkerung.⁶² Funktionsfähigkeit und damit vor allem Finanzierbarkeit der GKV sind deshalb als Gemeinwohlbelange von hohem Rang anerkannt.⁶³ Und auch die Vertrauenswürdigkeit des Gesundheitswesens muss im öffentlichen Interesse durch geeignete Maßnahmen aufrechterhalten werden.⁶⁴ Regelungen zu Wirtschaftlichkeit und Versorgungsqualität der GKV können folglich – trotz mittelbarer Beschränkung der ärztlichen Therapiefreiheit – hierüber gerechtfertigt sein.⁶⁵

3. Verhältnis zur allgemeinen Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG

Die allgemeine Handlungsfreiheit tritt regelmäßig hinter dem speziellen Freiheitsrecht des Art. 12 Abs. 1 GG zurück.⁶⁶

4. Verhältnis zur Wissenschaftsfreiheit, Art. 5 Abs. 3 GG

Neben Art. 12 Abs. 1 GG könnte die ärztliche Therapiefreiheit auch auf die Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gestützt werden. Zwischen Art. 12 und Art. 5 Abs. 3 GG besteht prinzipiell Idealkonkurrenz.⁶⁷ Zu beachten ist allerdings, dass die Tätigkeit des Arztes vorrangig der Heilung des Patienten dient und das ärztliche Handeln selbst regelmäßig nicht auf wissenschaftliche Erkenntnisgewinnung gerichtet ist.⁶⁸ Innerhalb der ärztlichen Heilbehandlung ist deshalb schon der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG nicht eröffnet.

⁶¹ Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, S. 149.

⁶² BVerfGE 68, 193, 209 = NJW 1985, 1385, 1386; Schimmelpfeng-Schütte, MedR 2002, 286, 287; dies., ZRP 2006, 180, 182; gesetzlich krankenversichert sind zurzeit rund 85 % der Gesamtbevölkerung Deutschlands, vgl. KM 6-Statistik (gesetzliche Krankenversicherung: Versicherte) des Bundesministerium für Gesundheit, abrufbar unter: http://www.gbe-bund.de/oowa921-install/servlet/oowa/aw92/dboowasys921.xwdevkit/xwd_init?gbe.isgbetol/xs_start_neu/&p_aid=3&p_aid=53309070&number=249&p_sprache=D&p_in dsp=-&p_aid=231213 (zuletzt abgerufen: 1.2.2016).

⁶³ BVerfGE 68, 193, 218 = NJW 1985, 1385, 1388; BVerfGE 70, 1, 29 = NJW 1986, 772, 773; Weiß, NZS 2005, 67, 72 f.; Felix, NZS 2012, 1, 6; Ullrich, Finanzierungslücken, S. 95.

⁶⁴ Vgl. etwa Eser, ZStW 97 (1985), 1, 12.

⁶⁵ Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, S. 134 u. 194; Felix, NZS 2012, 1, 6; Ullrich, Finanzierungslücken, S. 95; näher dazu unten, 5. Kap.

⁶⁶ Scholz, in: Maunz-Dürig, GG, Art. 12 Rn. 122.

⁶⁷ Scholz, in: Maunz-Dürig, GG, Art. 12 Rn. 180.

⁶⁸ Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, S. 152; zum Begriff der medizinischen Wissenschaft bereits oben 1. Kap., B.III.

C. Die Notwendigkeit ärztlicher Therapiefreiheit

Begründet wird die Notwendigkeit ärztlicher Therapiefreiheit und die damit einhergehende Bekennung zum Pluralismus in der Medizin verschiedenartig.

I. Mittelbare Gründe

Zum Teil werden Gründe angeführt, die eher „formale“ Rahmenbedingungen betreffen und „mittelbar“ für die Anerkennung medizinischer Methodenvielfalt und die Notwendigkeit ärztlicher Methodenwahlfreiheit sprechen.

1. Grenzen staatlicher Gewalt

So wird eine Beschränkung der ärztlichen Tätigkeit a priori auf Methoden der Schulmedizin überwiegend als Kompetenzüberschreitung staatlicher Gewalt erachtet.⁶⁹ Die grundrechtlich verbürgten Freiheiten würden es gebieten, dass sich die staatliche Gewalt, auch die Judikative, nicht zum „Richter im medizinischen Methodenstreit“ aufschwingt.⁷⁰ Festzulegen, was medizinisch „richtig“ und was „falsch“ ist, liege außerhalb der Kompetenz des Gesetzgebers.⁷¹ Denn dabei handle es sich um eine originäre Aufgabe der medizinischen Wissenschaft;⁷² nur wissenschaftlich und nicht rechtlich könne entschieden werden, was „gute“ und was „schlechte“ Wissenschaft ist.⁷³ Lediglich unter dem Blickwinkel der Gefahrenabwehr sei dem Gesetzgeber in engen Grenzen gestattet, zum Schutze von Leben und Gesundheit der Patienten, Behandlungsverbote auszusprechen.⁷⁴ Darüber hinaus verhinderten die verfassungsrechtlich geschützten Rechte von Arzt und Patient, dass der Staat ihnen einen bestimmten therapeutischen Weg als „richtig“ aufzwingt.⁷⁵ Vielmehr habe er eine gewisse Toleranz walten zu lassen.⁷⁶

Dem ist zuzustimmen: Zum Schutze des Patienten die Wahlfreiheit schon grundsätzlich auf Methoden der Schulmedizin zu beschränken, wäre unverhältnismäßig; das Recht kennt weniger einschneidende Mechanismen, um sicherzustellen, dass eine verantwortungsbewusste Entscheidung über die therapeutische

⁶⁹ *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 3 Rn. 16; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 306; *Francke*, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, S. 193 f.; *Siebert*, Strafrechtliche Grenzen, S. 45; *ders.*, MedR 1983, 216, 218; *Jung*, ZStW 97 (1985), 47, 55 f.; *Eser*, ZStW 97 (1985), 1, 12; *Vogeler*, MedR 2008, 697, 700; *S. Müller/Raschke*, NJW 2013, 428, 429.

⁷⁰ *Laufs/Reiling*, JZ 1992, 105.

⁷¹ *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 306.

⁷² *S. Müller/Raschke*, NJW 2013, 428, 429.

⁷³ BVerfGE 5, 85, 145 = NJW 1956, 1393, 1398; BVerfGE 90, 1, 12 = NJW 1994, 1781, 1782; *Zuck*, Das Recht der anthroposophischen Medizin, Rn. 2.

⁷⁴ *Gallwas*, NJW 1976, 1134, 1135: eine darüber hinausgehende umfassende Kompetenz zur Gesundheitsförderung kommt dem Staat nicht zu; *Laufs*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 3 Rn. 16; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 306; *Francke*, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, S. 193; *Siebert*, MedR 1983, 216, 218; *S. Müller/Raschke*, NJW 2013, 428, 429.

⁷⁵ *Gallwas*, NJW 1976, 1134, 1135.

⁷⁶ *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 306.

Vorgehensweise getroffen wird.⁷⁷ Bedarf der Patient also keines Schutzes vor sich selbst, so ist die öffentliche Gewalt auch nicht zur Entscheidung im medizinischen Schulenstreit berufen.⁷⁸ Da eine grundlegende Bewertung der unterschiedlichen wissenschaftlichen Ansätze in der Medizin somit schon dem Gesetzgeber verwehrt ist, darf sie erst recht nicht durch den Richter erfolgen. Die Rechtsprechung formuliert hierzu, dass es „– auch mit sachverständiger Unterstützung – nicht Sinn eines Gerichtsverfahrens sein [kann], [...] in wissenschaftlichen Auseinandersetzungen Position zu beziehen“.⁷⁹ Der Gesetzgeber hat seiner Neutralität in Bezug auf die tatsächlich existierende medizinische Methodenvielfalt Ausdruck verliehen, indem er sie in verschiedenen Vorschriften anerkennt und sogar einige Therapierichtungen implizit in den Katalog prinzipiell zulässiger Heilverfahren erhoben hat.⁸⁰ Diese Grundsatzentscheidung ist vom Richter zu achten.⁸¹

2. Kurierfreiheit

Dass unterschiedliche wissenschaftliche Ansätze in der Medizin zulässig sind, wird zum Teil auch mit dem Hinweis auf das Bestehen von Kurierfreiheit begründet. Kurierfreiheit bezeichnet den rechtlich unbeschränkten Zugang zum Heilberuf. Das Heilpraktikergesetz knüpft die Ausübung der Heilkunde zwar an eine entsprechende Erlaubnispflicht.⁸² Da aber keine vertiefte Fachprüfung erfolgt, sondern die Heilpraktikererlaubnis jedem Bewerber zu erteilen ist, der die persönlichen Zulassungsvoraussetzungen erfüllt, besteht heute ein im Wesentlichen unbeschränkter Zugang zum Heilberuf, der als Kurierfreiheit bezeichnet werden kann.⁸³

Dass sich der Grundsatz der Methodenfreiheit aus der Kurierfreiheit ableiten lassen soll, entstammt folgenden Ausführungen des Reichsgerichts:⁸⁴ „Die Kurierfreiheit gilt – vorbehaltlich der sondergesetzlichen Ausnahmen – grundsätzlich für Krankheiten aller Art, auch für schwere Krankheiten, ferner für ernst gemeinte –

⁷⁷ Zu ärztlichen Sorgfalts- und Aufklärungspflichten s. unten 3. Kap., B.II., III. u. C.II.

⁷⁸ *Francke*, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, S. 193 f.

⁷⁹ BSGE 81, 54, 69 = NZS 1998, 331, 336 (Bioresonanztherapie); a.A. *H. Schmid*, NJW 1986, 2339, 2341, der einwendet, mithilfe gerichtlicher Sachverständiger sei die Überprüfung medizinisch-wissenschaftlicher Fragen im Arzthaftungsprozess durchaus möglich und üblich.

⁸⁰ Vgl. etwa §§ 2 Abs. 1 S. 2 i.V.m. 34 Abs. 3 S. 2 SGB V; §§ 38 Abs. 1 S. 1, 39a AMG; *Franz*, Naturheilmittel und Recht, S. 208 u. 262; *Zuck*, Das Recht der anthroposophischen Medizin, Rn. 34; *ders.*, MedR 2006, 515, 517 f.; *Hart*, Arzneimitteltherapie, S. 113 f.: die arzneimittelrechtlich geschützte Pluralität der Therapierichtungen gilt auch für das Haftungsrecht; vgl. auch BSGE 81, 54, 69 = NZS 1998, 331, 336 (Bioresonanztherapie) zu § 2 Abs. 1 S. 2 SGB V: „Das Verbot des Ausschlusses von Methoden der besonderen Therapierichtungen ist Ausdruck der Neutralität des Staates gegenüber unterschiedlichen wissenschaftlichen Ansätzen [...]“.

⁸¹ *Franz*, Naturheilmittel und Recht, S. 293 f.: im einzelnen Behandlungsfall obliegt es aber natürlich dem Richter darüber zu entscheiden, ob das Vorgehen (ob Schul- oder Alternativmedizin) noch der erforderlichen Sorgfalt entsprach; *Jung*, ZStW 97 (1985), 47, 49; s. auch *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht, Rn. 84.

⁸² Dazu oben 1. Kap., F.I.

⁸³ *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand, S. 220 f.

⁸⁴ *Bockelmann*, Strafrecht des Arztes, S. 86.

nicht auf Schwindel hinauslaufende – Heilverfahren aller Art; die allgemeinen oder weitaus überwiegend anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft genießen grundsätzlich keine Vorzugsstellung vor den von der Wissenschaft abgelehnten Heilverfahren ärztlicher Außenseiter oder nichtärztlicher Heilbehandler.“⁸⁵ Auch wenn das Reichsgericht hier Kurier- und Methodenfreiheit in unmittelbarem Zusammenhang bringt, ist fraglich, ob beide Grundsätze einander tatsächlich bedingen. Zwar ist mit einem unbeschränkten Zugang zum Heilberuf zugleich auch die Notwendigkeit verbunden, eine Vielzahl von Behandlungsmethoden zu tolerieren.⁸⁶ Denn durch eine Verpflichtung auf die Methoden der Schulmedizin wäre der überwiegende Teil der Heilpraktikerschaft zur Berufsaufgabe gezwungen.⁸⁷ Allerdings gilt das nicht zwangsläufig auch für den umgekehrten Fall: Approbierte Ärzte können auch ohne das Bestehen von Kurierfreiheit Therapiefreiheit genießen.⁸⁸ Praktisch ist also das Bestehen von Kurierfreiheit ohne Methodenfreiheit schwerlich denkbar, das Bestehen von Methodenfreiheit aber nicht zwangsläufig an das Bestehen von Kurierfreiheit gekoppelt.⁸⁹ Der Grund für die Notwendigkeit ärztlicher Methodenfreiheit kann deshalb jedenfalls nicht allein in dem Bestehen von Kurierfreiheit gesehen werden.

II. Unmittelbare Gründe

Vornehmlich werden drei Gründe angeführt, die „unmittelbar“ für die Notwendigkeit ärztlicher Therapiefreiheit sprechen: der medizinische Fortschritt, die Individualität des Behandlungsgeschehens und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten.⁹⁰

1. Medizinischer Fortschritt

Zunächst einmal sei eine umfassende Bindung an die Methoden der Schulmedizin oder an den Stand der medizinischen Wissenschaft mit dem Fortschrittsbedürfnis der Medizin unvereinbar:⁹¹ „Das Fortschreiten der Medizin verlangt den beherrschten Wagemut von Ärzten, die das Eingeführte zu übertreffen suchen. Wenn die Berufsregel unbedingt verpflichtete, müßten Schritte in medizinisches Neuland unterbleiben. Die *lex artis* lässt sich aber nicht auf einem einmal erreichten Stand festhalten, sie läßt sich auch nicht verabsolutieren, wie die Medizingeschichte lehrt. Die Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft und die ärztlichen Erfahrungen befinden sich vielmehr in beständigem und sich an vielen Stellen beschleunigendem Wachstum.“⁹² Eine strikte Bindung des Arztes an die „allgemein

⁸⁵ RGSt 67, 12, 22; in diese Richtung auch schon RGSt 64, 263, 270.

⁸⁶ B. Tamm, Außenseitermethoden, S. 150.

⁸⁷ Tag, Der Körperverletzungstatbestand, S. 222.

⁸⁸ Tag, Der Körperverletzungstatbestand, S. 221; Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 87.

⁸⁹ Tag, Der Körperverletzungstatbestand, S. 222.

⁹⁰ Statt vieler Katzenmeier, Arzthaftung, S. 307.

⁹¹ Statt vieler Siebert, MedR 1983, 216, 218.

⁹² Laufs, in: FS Deutsch, 1999, S. 625, 627.

anerkannten Regeln“ würde deshalb einem indiskutablen Stillstand der Medizin gleichkommen.⁹³

Dagegen wird vereinzelt angeführt, für den medizinischen Fortschritt sei allein die Vornahme von Neulandbehandlungen notwendig. Nicht auf naturwissenschaftlichen Erkenntnissen aufbauende Methoden würden hingegen nicht (oder jedenfalls nicht bemerkenswert) zum Fortschreiten der Medizin beitragen.⁹⁴

Zwar kann nicht bestritten werden, dass die stetig wachsenden Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft in beachtlichem Maße Errungenschaften der naturwissenschaftlich fundierten Schulmedizin sind. Bedenklich wäre aber, die Anstöße durch die Vertreter alternativmedizinischer Heilverfahren deshalb als für die Entwicklung der Medizin unerheblich zu erachten.⁹⁵ Denn von Seiten der Alternativmedizin wird nicht selten auf Heilweisen aufmerksam gemacht, die der Schulmedizin schon wegen ihrer methodischen Festlegungen verschlossen sind.⁹⁶ Verkannt wird dabei zudem, dass medizinischer Fortschritt nicht nur im technischen Sinne,⁹⁷ sondern zunehmend auch im Hinblick auf die Weiterentwicklung des Verständnisses von Gesundheit und Krankheit stattfindet.⁹⁸ Gerade durch das vermehrte Auftreten bestimmter (insbesondere chronischer und psychischer) Erkrankungen sieht sich die Schulmedizin vor neue Herausforderungen gestellt. Hier kann die Auseinandersetzung mit alternativmedizinischen Konzepten und Sichtweisen durchaus zur Fortentwicklung der Medizin beitragen. So können Erkenntnisse der Alternativmedizin letztlich auch die schulmedizinische Entwicklung voranbringen.⁹⁹ Die Aufrechterhaltung des medizinischen Fortschritts erfordert deshalb die Anerkennung ärztlicher Methodenfreiheit – auch im Hinblick auf alternativmedizinische Konzepte.¹⁰⁰

2. Individualität des Behandlungsgeschehens

Neben dem Fortschreiten der Medizin gebieten auch die Besonderheiten eines jeden Behandlungsgeschehens die Gewährung von ärztlicher Therapiefreiheit. Denn bei der Wahl der Untersuchungs- und Behandlungsmethode hat der Arzt im Hinblick auf Chancen und Risiken stets die vielfältigen physischen, psychischen und sozialen Aspekte des Einzelfalles einzubeziehen.¹⁰¹ Die konkrete Krankheitsverursachung, die Persönlichkeitsmerkmale des Patienten, seine soziale Stellung

⁹³ *Bockelmann*, Strafrecht des Arztes, S. 87; zum Verhältnis von Forschung u. Standard in der Medizin grundlegend auch *Carstensen*, DÄBl. 1989, A-2431 ff.

⁹⁴ *H. Schmid*, NJW 1986, 2339, 2340 f., der u.a. damit argumentiert, dass in Ländern, in denen der Grundsatz der Therapiefreiheit nicht gilt, die ärztliche Wissenschaft dennoch voranschreite.

⁹⁵ *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 307 f.; *Eser*, ZStW 97 (1985), 1, 12.

⁹⁶ *Eser*, ZStW 97 (1985), 1, 12; zust. *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand, S. 215.

⁹⁷ Der medizinische Fortschritt wird mittlerweile wie selbstverständlich über den medizintechnischen Fortschritt definiert, *Damm*, MedR 2002, 375, 378.

⁹⁸ *Zuck*, Das Recht der anthroposophischen Medizin, Rn. 382.

⁹⁹ *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand, S. 215.

¹⁰⁰ *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 308; *Bockelmann*, Strafrecht des Arztes, S. 87; *Brügge-meier*, Deliktsrecht, S. 393, *Franckel/Hart*, Ärztliche Verantwortung, S. 37 f.

¹⁰¹ *Laufs*, ZaeFQ 1997, 586, 587; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 304; *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand, S. 225; *Buchborn*, MedR 1987, 221, 223.

und Einordnung in Umwelt, Arbeitsleben, Familie und Beruf etc. und nicht zuletzt auch die jeweilige Interaktion und Vertrauensbeziehung zwischen Arzt und Patient fügen sich stets zu einem Einzelschicksal.¹⁰² Darüber hinaus ist die ärztliche Einschätzung künftiger Entwicklungen, deren Verlauf von zahlreichen Faktoren abhängt, naturgemäß eine unsichere und deshalb normativ kaum fassbar.¹⁰³ Die Komplexität der Entscheidungssituation und die Unsicherheit der Entscheidungsgrundlage führen dazu,¹⁰⁴ dass vom Arzt „nur“ eine gewissenhafte Ausübung seiner Tätigkeit gefordert werden kann.¹⁰⁵ Erst indem ihm ein Beurteilungsspielraum eingeräumt wird, vermag der Arzt den oben genannten Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles gerecht zu werden, wie es einer rechtlichen Regelung naturgemäß nicht möglich wäre.¹⁰⁶ Die Schwierigkeiten, die Methodenwahl rechtlich zu erfassen, rechtfertigen somit, ärztliche Therapiefreiheit zu gewähren.¹⁰⁷

Auch eine Bindung an die methodischen Grundlagen der Schulmedizin würde der Individualität des Behandlungsgeschehens nicht gerecht werden. Insbesondere kann auch die subjektive Einstellung des Patienten zu der gewählten Methode Einfluss haben auf deren Erfolg.¹⁰⁸ Den Besonderheiten des Einzelfalles kann die Methodenwahl deshalb nur dann entsprechen, wenn dabei keine Bindung an starre Maßstäbe besteht:¹⁰⁹ „Therapiefreiheit wie Ermessensspielraum sind sowohl zum Schutz des Kranken wie des Arztes erforderlich, um beide nicht einem Standard zu unterwerfen, der immer nur am statistischen Typ orientiert sein kann und aus dem daher nichts unmittelbar für den Einzelfall folgen muß.“¹¹⁰

3. Selbstbestimmungsrecht des Patienten

Individualität erhält das Behandlungsgeschehen nicht zuletzt durch den Willen des Patienten. Sein grundrechtlich verbürgtes Selbstbestimmungsrecht gewährt ihm

¹⁰² Schölmerich, in: *Deutsch/Kleinsorge/Scheler*, Verbindlichkeit, S. 69, 75; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 308; auf die Vertrauensbeziehung zwischen Arzt und Patient als die Behandlungswahl beeinflussender Faktor hinweisend *Siebert*, MedR 1983, 216, 218; *Buchborn*, MedR 1987, 221; BÄK, Gesundheitspolitische Leitsätze der deutschen Ärzteschaft – Ulmer Papier, S. 4 f.: „Externe Eingriffe in die Therapiefreiheit, wie etwa schematische Standardisierungen, können sich nur destruktiv auf die Vertrauensbeziehung von Patient und Arzt auswirken: Der Arzt fühlt sich seiner Freiheit beraubt, der Patient zweifelt an der Unabhängigkeit seines Arztes. Aus der Individualität jeder Erkrankungssituation und aus der Notwendigkeit einer auf jeden einzelnen Menschen ausgerichteten Form der Begegnung resultiert eben die Notwendigkeit der Freiberuflichkeit, da nur der in Fragen der Therapie freie Arzt die jeweils angemessene Therapieform wählen kann“.

¹⁰³ *Siebert*, MedR 1983, 216, 218; *Grupp*, MedR 1992, 256, 258; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 304; vgl. auch *Rumler-Deitzel*, VersR 1989, 1008.

¹⁰⁴ *Buchborn*, MedR 1987, 221.

¹⁰⁵ BVerwGE 27, 303, 305 = NJW 1968, 218, 219.

¹⁰⁶ *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 304, 308; *Laufs*, ZaeFQ 1997, 586; *Siebert*, MedR 1983, 216, 218.

¹⁰⁷ *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 304; *Siebert*, MedR 1983, 216, 218; *Grupp*, MedR 1992, 256, 258.

¹⁰⁸ So argumentiert auch *Cramer*, Strafrechtliche Grenzen der Therapiefreiheit, S. 153.

¹⁰⁹ *Schölmerich*, in: *Deutsch/Kleinsorge/Scheler*, Verbindlichkeit, S. 69, 75; *Siebert*, MedR 1983, 216, 218; *S. Müller/Raschke*, NJW 2013, 428, 429.

¹¹⁰ *Buchborn*, MedR 1993, 328, 330.

die Letztentscheidung über das in seinem Behandlungsfall anzuwendende diagnostische und therapeutische Vorgehen.¹¹¹ Diese Entscheidungsfreiheit des Patienten spricht entscheidend für die Notwendigkeit von ärztlicher Therapiefreiheit – gerade im Hinblick auf die Zulässigkeit von Alternativmedizin.¹¹² Denn ein grundsätzliches Verbot der ärztlichen Anwendung alternativmedizinischer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden würde zugleich das Selbstbestimmungsrecht des Patienten in unverhältnismäßiger Weise beschränken.¹¹³

In diesem Zusammenhang wird oftmals damit argumentiert, dass dem Patienten ja schließlich auch gestattet sei, eine Krankheit gänzlich unbehandelt zu lassen.¹¹⁴ Dass das Recht der Ablehnung eines Heileingriffes auch eine Aussage über die Möglichkeit des Patienten treffen soll, die Vornahme einer bestimmten Heilmethode zu genehmigen, ist aber zu Recht kritisch zu sehen.¹¹⁵ Anders als bei gewünschter Untätigkeit des Arztes kann die Entscheidung des Patienten für ein bestimmtes ärztliches Tätigwerden mit ärztlichen Schutzpflichten kollidieren, die Vertrauensstellung des ärztlichen Berufsstandes in der Bevölkerung tangieren und letzten Endes auch dem darin zum Ausdruck kommenden Wunsch des Patienten zuwiderlaufen, ein bestimmtes Behandlungsziel zu erreichen.¹¹⁶ Vom Recht des Patienten auf Behandlungsverweigerung darauf zu schließen, eine alternativmedizinische Methodenwahl sei ihm erst recht zuzugestehen, kann deshalb nicht überzeugen.

Zuzustimmen ist hingegen der Auffassung, dass der Patient grundsätzlich berechtigt sein soll, „jede nicht gegen die guten Sitten verstoßende Behandlungsmethode zu wählen“.¹¹⁷ Denn abgesehen von einer Begrenzung des therapeutischen Angebotes aus Gefahrenabwehrerwägungen darf das Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht verkürzt werden. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gewährt dem Staat keine umfassende Kompetenz zur Gesundheitsförderung.¹¹⁸ Vielmehr schützen die Grundrechte als originäre Freiheitsrechte auch und gerade davor, dass der Staat den Grundrechtsträgern den „richtigen“ Grundrechtsgebrauch vorschreibt.¹¹⁹ „Zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten als Freiheitsrecht gehört das Recht,

¹¹¹ BVerfG NJW 1997, 3085 (Edelfosin); um dem Willen des Patienten gerecht zu werden darf der Arzt aber nicht seine Berufspflichten verletzen, vgl. *Laufs*, ZaeFQ 1997, 586, 587. Dann muss er die Behandlung ablehnen; zur grundrechtlichen Verankerung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten s. oben B.II.2.a)bb).

¹¹² So auch *H. Schmid*, NJW 1986, 2339, 2341, der das Selbstbestimmungsrecht des Patienten als alleinigen Rechtfertigungsgrund für das Bestehen von Therapiefreiheit anerkennt.

¹¹³ Eine Bindung des Arztes an die Methoden der Schulmedizin würde einer Bindung des Patienten an ebendiese Methoden gleichkommen, *Siebert*, MedR 1983, 216, 218.

¹¹⁴ Statt vieler *H. Schmid*, NJW 1986, 2339, 2341; zur Behandlungsverweigerung: BVerfGE 128, 282 = NJW 2011, 2113, 2115: „Die grundrechtlich geschützte Freiheit schließt auch die ‚Freiheit zur Krankheit‘ und damit das Recht ein, auf Heilung zielende Eingriffe abzulehnen, selbst wenn diese nach dem Stand des medizinischen Wissens dringend angezeigt sind.“

¹¹⁵ Vgl. *Franz*, Naturheilmittel und Recht, S. 266, 268.

¹¹⁶ In diese Richtung *Franz*, Naturheilmittel und Recht, S. 266, 268; *Jung*, ZStW 97 (1985), 47, 54; näher dazu unten 3. Kap., B.II.2. u. B.II.2.a)bb).

¹¹⁷ BGHZ 113, 297, 301 = NJW 1991, 1535, 1537.

¹¹⁸ *Gallwas*, NJW 1976, 1134, 1135.

¹¹⁹ *Gallwas*, NJW 1976, 1134, 1135.

andere Wege zu gehen, sich zu irren, sich gegen das allgemein für wahr Gehaltene zu entscheiden, und – als Kehrseite dessen – das immanente Risiko des Scheiterns.“¹²⁰ Der Patient muss folglich nicht nach den Maßstäben Dritter vernünftig sein; er hat vielmehr auch ein Recht darauf, medizinisch „unvernünftige“ Entscheidungen zu treffen.¹²¹ In jedem Fall muss es dem Patienten grundsätzlich möglich sein, eine alternativmedizinische Methode in Anspruch zu nehmen, auch wenn deren Wirksamkeit von schulmedizinischer Seite angezweifelt wird.¹²² Denn letztlich kann nur der Patient selbst über sein individuelles Wohl entscheiden.¹²³ Neben den (umstrittenen) Wirksamkeitsaspekten mag seine Wahl aus unterschiedlichen Gründen auf eine alternativmedizinische Methode fallen; seien es geringere Risiken und Nebenwirkungen, die besondere Zuwendung des Arztes oder auch eine bestimmte Lebenseinstellung des Patienten.

Abschließend soll nochmals darauf hingewiesen werden, dass die Autonomie des Patienten die ärztliche Therapiefreiheit nicht nur begründet, sondern zugleich auch beschränkt.¹²⁴ Die ärztliche Entscheidung über den diagnostischen und therapeutischen Weg ist grundsätzlich nur nach Aufklärung und mit Einwilligung des Patienten ausführbar.¹²⁵ Die Therapiefreiheit steht damit ganz im Zeichen der Patientenautonomie; für ärztlichen Paternalismus bleibt kein Raum.¹²⁶ Und auch wenn bei den therapeutischen Bemühungen des Arztes die Gesundheitsinteressen des Patienten im Vordergrund stehen, „darf das Wohl des Patienten nicht mit der ärztlich indizierten Behandlung gleichgesetzt werden“.¹²⁷

„Das Verhältnis von Patientenautonomie und Therapiefreiheit ist deshalb durch ein komplexes Geflecht von Freiheit und Bindung gekennzeichnet, ein Ge-

¹²⁰ Gallwas, NJW 1976, 1134, 1135.

¹²¹ BVerfGE 52, 131 = NJW 1979, 1925, 1931, abw. Meinung der Richter *Hirsch, Niebler* und *Steinberger*; BGHZ 90, 103, 111 = NJW 1984, 1397, 1399; *Giesen*, JZ 1987, 282, 286.

¹²² Zu der äußersten arzt haftungsrechtlichen Grenze der Freiheit der Methodenwahl s. 3. Kap., B.II.2.

¹²³ *Giesen*, JZ 1987, 282, 288; *Buchborn*, MedR 1993, 328, 330: die subjektive Entscheidung für eine bestimmte Methode trifft der Patient entsprechend seiner persönlichen Bewertung von Behandlungszielen, Nutzen und Risiken sowie der zu erwartenden Lebensqualität; *Franz*, Naturheilmittel und Recht, S. 267 f.

¹²⁴ *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand, S. 223; *Buchborn*, MedR 1987, 221, 223; dazu bereits oben B.II.2.a)bb).

¹²⁵ *Gallwas*, NJW 1976, 1134, 1135; *Frahm*, GesR 2005, 529: eigenständige Bedeutung kann der Arzt seiner Therapiefreiheit insofern nur verleihen, indem er die vom Patienten gewünschten Behandlung ablehnt; zu den Grundlagen der Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung unten 3. Kap., C.I.

¹²⁶ *Laufs*, in: FS Deutsch, 1999, S. 625, 627; *ders.*, ZaeFQ 1997, 586, 587; *Jung*, ZStW 97 (1985), 47, 54; a.A. *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, § 2 Rn. 54, die die Therapiefreiheit als Ausdruck einer paternalistischen Medizin, die den Patienten zum Objekt der Therapie macht, verstehen. Es gehe im Kern um die Frage, ob das Wohl des Kranken (*salus aegroti*) oder der Wille des Kranken (*voluntas aegroti*) Vorrang habe. Dabei handele es sich um kollidierende Grundrechte, die im Sinne einer praktischen Konkordanz in Ausgleich zu bringen seien.

¹²⁷ *Giesen*, JZ 1987, 282; vgl. auch OLG Naumburg MedR 2009, 292, 293: das Selbstbestimmungsrecht des Patienten wäre deshalb wertlos, wenn der Arzt dazu verpflichtet wäre, die Behandlung immer dann zu verweigern, sobald der Patient nicht genau seinem Rat folgt.

flecht, das behandlungsbezogen austariert werden muss.“¹²⁸ Festgehalten werden kann, dass die Therapiefreiheit des Arztes im therapeutischen Bündnis zwischen Arzt und Patient mit der Entschlussfreiheit des Patienten korrespondiert.¹²⁹ Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten kommt nicht ohne die ärztliche Therapiefreiheit aus. In letzterer findet es seine Entsprechung¹³⁰ und ist richtungweisend für selbige. Die Autonomie des Patienten ist somit entscheidender Grund für die Zulässigkeit der ärztlichen Anwendung von Alternativmedizin.

D. Zwischenfazit

Das Zusammenwirken von ärztlicher Therapiefreiheit und Patientenautonomie hat eindrücklich gezeigt, dass der Grundsatz der ärztlichen Therapiefreiheit nicht schrankenlos gelten kann. Vielmehr kann der Gesetzgeber die Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG und mithin auch die Methodenwahlfreiheit des Arztes aus vernünftigen Gründen des Gemeinwohls unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit einschränken.¹³¹ Da es sich bei der ärztlichen Therapiefreiheit um eine Freiheit im Interesse des Patienten handelt, wird eine Regulierung „um so eher legitimierbar sein, je mehr es nachweislich um die Optimierung der (typisierten) Interessenlage von Patienten geht, und die Therapiefreiheit ist da um so mehr als Korrektiv gefordert, wo es um Normierungen geht, die dem konkreten Patienten aus Sicht des Leistungserbringers (Arztes) eine seinem Wohl dienende Behandlung behindern oder verunmöglichen“.¹³² Entscheidend ist somit der Schutzzweck der jeweiligen Regelung, weshalb die Bewertung der Beschränkungen von Rechtsgebiet zu Rechtsgebiet unterschiedlich ausfallen kann.

Im Hinblick auf die ärztliche Anwendung von Alternativmedizin ist fraglich, inwieweit die bestehenden gesetzlichen Regelungen eine alternativmedizinische Methodenwahl (unmittelbar oder mittelbar) erschweren und ob sie gerechtfertigt erscheinen vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlich geschützten Interessen von Arzt, Patient und der Allgemeinheit. Bedeutsam sind in diesem Zusammenhang vor allem die haftungsrechtlichen, arzneimittelrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften.

Darüber hinaus wird die Therapiefreiheit zwar teilweise auch durch besondere Gesetze wie etwa § 24 IfSG¹³³, § 13 BtMG¹³⁴ oder § 23 RöV¹³⁵ beschränkt. Die

¹²⁸ Zuck, Das Recht der anthroposophischen Medizin, Rn. 370; ders., MedR 2006, 515, 517: „Ärzte und Patienten müssen [...] Therapiefreiheit und Selbstbestimmungsrechte im Wege praktischer Konkordanz ausgleichen“; s. auch E. Hauck, SGB 2014, 8 f.

¹²⁹ Laufs, NJW 1999, 2717, 2718; Katzenmeier, Arzthaftung S. 309; Welti, GesR 2006, 1; E. Hauck, SGB 2014, 8 f.

¹³⁰ Laufs, in: FS Deutsch, 1999, S. 625, 627; ders., ZaeFQ 1997, 586, 587; Katzenmeier, Arzthaftung, S. 308; Jung, ZStW 97 (1985), 47, 54.

¹³¹ Laufs, NJW 1997, 1609; Zuck, Homöopathie und Verfassungsrecht, Rn. 78.

¹³² Rixen, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 253.

¹³³ Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz - IfSG), v. 20.7.2000 (BGBl. I S. 1045).

¹³⁴ Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (Betäubungsmittelgesetz - BtMG), v. 1.3.1994 (BGBl. I S. 358).

ärztliche Anwendung alternativmedizinischer Methoden bleibt von diesen Vorschriften allerdings unberührt. Auch das Strafrecht wird nicht gesondert thematisiert.¹³⁶ Freilich erlangen im Zusammenhang mit der ärztlichen Anwendung von Alternativmedizin auch die strafrechtlichen Tötungs- und Körperverletzungsdelikte (§§ 212 ff., 222 ff. StGB) Relevanz, die dem Schutze der Rechtsgüter des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit des Patienten dienen.¹³⁷ Wie im Zivilrecht stellt sich dabei die zentrale Frage, wann der Arzt einen Behandlungsfehler oder eine Aufklärungspflichtverletzung begeht.¹³⁸ Zwischen Straf- und Zivilrecht besteht insofern eine gewisse „faktische Akzessorietät“.¹³⁹ Dennoch folgt das Strafrecht prinzipiell eigenen Regeln: Es greift „als ultima ratio des Rechtsgüterschutzes zur Sanktionierung sozialschädlichen Verhaltens“¹⁴⁰ und unterliegt einer streng individuellen Verschuldensbeurteilung sowie dem durch den In-dubio-pro-reo-Grundsatz geprägten Beweisrecht.¹⁴¹ Bedenken bestehen deshalb z.B. dahingehend, ob die weitreichenden zivilrechtlichen Aufklärungspflichten unbesehen auf das Strafrecht übertragen werden können.¹⁴² Im Verhältnis zum Strafrecht enthält das Zivilrecht folglich die engeren und dadurch für diese Arbeit interessanteren Grenzen der ärztlichen Therapiefreiheit. Unter Berücksichtigung der Unterschiede zwischen Straf- und Zivilrecht wird für die zivilrechtlichen Ausführungen aber auch auf strafrechtliche Rechtsprechung und Literatur zurückgegriffen.

¹³⁵ Verordnung über den Schutz vor Schäden durch Röntgenstrahlen (Röntgenverordnung - RöV), v. 30.4.2003 (BGBl. I S. 604).

¹³⁶ Zu den strafrechtlichen Grenzen der ärztlichen Therapiefreiheit: *Siebert*, Strafrechtliche Grenzen; *Klinger*, Strafrechtliche Kontrolle; *B. Tamm*, Außenseitermethoden; *Jung*, ZStW 97 (1985), 47 ff.; *Eser*, ZStW 97 (1985), 1 ff.; in Bezug auf die Heilpraktikerschaft *Cramer*, Strafrechtliche Grenzen der Therapiefreiheit.

¹³⁷ Vgl. etwa *Siebert*, Strafrechtliche Grenzen, S. 6; *Jung*, ZStW 97 (1985), 47, 55 ff.

¹³⁸ *Klinger*, Strafrechtliche Kontrolle, S. 2 f.; *Eser*, ZStW 97 (1985), 1, 11 ff.; *Jung*, ZStW 97 (1985), 47, 55 ff.; zu Behandlungsfehler u. Aufklärungspflichtverletzung im Arzthaftungsrecht s. unten 3. Kap.

¹³⁹ Die ärztlichen Sorgfaltspflichten sind im Zivil- und Strafrecht im Wesentlichen identisch, *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand, S. 10; *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht, Rn. 35 u. 53 ff.; zum Verhältnis von Arzthaftungs- u. Arztstrafrecht s. auch *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 702 ff.

¹⁴⁰ *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 311; zu den unterschiedlichen Schutzrichtungen von Straf- und Zivilrecht im Hinblick auf die rechtlichen Bindungen des Arztes vgl. auch *Taupitz*, NJW 1986, 2851, 2852 f.

¹⁴¹ *Ulsenheimer*, in: *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 112 Rn. 10 ff.

¹⁴² *Abl. Taupitz*, NJW 1986, 2851, 2853.



<http://www.springer.com/978-3-662-49632-9>

Alternativmedizin

Arzthaftungsrechtliche, arzneimittelrechtliche und sozialrechtliche Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit

Schumacher, K.

2017, XXV, 258 S., Hardcover

ISBN: 978-3-662-49632-9