

Der vorliegende Beitrag unternimmt eine Analyse der Gründe, Funktionen und Grenzen der Prozeduralisierung im Medizinstrafrecht. Der Kern der Prozeduralisierung besteht in der Schaffung einer theoretischen Grundlage für das Phänomen, gemäß dem rechtsgutsverletzende bzw. -tangierende Handlungen straffrei sind, sofern spezifische Verfahrensnormen eingehalten werden. In Situationen, in denen es an materiell-rechtlichen Vorschriften mangelt oder in denen die Entscheidungsfindung komplex und übermäßig spezialisiert ist, dient die Einhaltung von Verfahren dazu, die materielle Bewertung der betreffenden Handlung zu ergänzen oder sogar zu ersetzen. Die Anerkennung dieser Ersetzungsfunktion ist jedoch an die Bedingung geknüpft, dass die betroffenen Akteure die vorgeschriebenen Verfahren eingehalten haben. Auch wenn es zu Verfahrensverstößen kommt, führt dies nicht unmittelbar zur materiellen Rechtswidrigkeit.

I. Einleitung

In diesem Beitrag wird ein neues Rechtsphänomen analysiert: die sog. „Prozeduralisierung“. Im Folgenden werden zunächst die grundlegenden Konturen dieses Phänomens ermittelt und aufgezeigt, wann und unter welchen Umständen es zur Debatte steht (II.). Anschließend wird anhand einer Untersuchung der derzeit vorherrschenden Lehren der aktuelle Stand der Debatte um die Prozeduralisierung dargestellt (III.). Auf dieser Grundlage werden die Gründe für den prozeduralistischen Ansatz als Denkmodell dargelegt. Abschließend wird der Versuch unternommen, sowohl die Funktionen als auch die Grenzen der Prozeduralisierung abzuleiten (IV.).

Es sei zunächst darauf hingewiesen, dass vor diesem Unterfangen die Klärung des Begriffs „Prozeduralisierung“ erforderlich ist. Wie später erläutert wird, wurde er in der Vergangenheit interdisziplinär verwendet. Vor diesem Hintergrund kann bereits die Definition des Begriffs selbst zu einem Streitpunkt werden. In der gegenwärtigen Diskussion findet die Definition der Prozeduralisierung als „die von der Einhaltung spezifischer Verfahrensnormen abhängende Straflöslichkeit rechtsgutsverletzender bzw. -tangierender Handlungen“¹ jedoch breite Zustimmung. In der vorliegenden Untersuchung wird diese Definition zugrunde gelegt.

* Der vorliegende Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verf. am 26.11.2025 während eines Forschungsaufenthalts als Gastprofessor an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg gehalten hat (der ursprüngliche Vortragstitel lautete „Prozeduralisierung im [Medizin-]Strafrecht“). Ein besonderer Dank gebührt Prof. Dr. Henning Rosenau, der dem Verf. diese wertvolle Gelegenheit gewährt hat. Des Weiteren bedankt sich der Verf. bei Dr. Kim Philip Linoh, M.mel. (Wiss. Mitarbeiter und Habilitand am Lehrstuhl von Prof. Dr. Rosenau) für die Korrektur der Grammatikfehler in diesem Beitrag.

** Der Verf. ist außerordentlicher Professor für Strafrecht an der Juristischen Fakultät der Aoyama-Gaku'in-Universität (AGU) in Tokio.

II. Problemübersicht

1. Gegenwärtige Diskussionslage

a) Materielles und Prozedurales

Gegenwärtig erfährt die Theorie der Prozeduralisierung im Strafrecht eine signifikant erhöhte Aufmerksamkeit.² Der Fokus der Untersuchung liegt auf der Fragestellung, ob die Einhaltung vorgegebener Verfahren tatbestandsausschließende oder rechtfertigende Wirkung hat.³ Die gängige Antwort auf diese Frage lautet, dass eine derartige Wirkung nicht existiert. Diese Ansicht fußt auf der Prämisse, dass „Materie und Verfahren“ nicht miteinander in Verbindung stehen. Folglich hat die Einhaltung eines vorgeschriebenen Verfahrens keinen Einfluss auf die materiell-rechtliche Beurteilung.⁴ Dieser traditionellen Antwort liegt eine Zweiteilung zugrunde, die eine klare Trennung zwischen „Materiellem und Prozeduralem“ ermöglicht. In jüngster Zeit wurden jedoch Zweifel daran geäußert, ob diese Zweiteilung ausreicht, um spezifischen problematischen Situationen gerecht zu werden.

Ein Beispiel für ein Szenario, in dem derartige Fragen als reale Probleme manifest werden, sind Behandlungsabbrüche. Das japanische Ministerium für Gesundheit, Arbeit und Soziales hat bspw. die „Richtlinien zum Entscheidungsprozess für die medizinische Versorgung und Pflege in der letzten Lebensphase“⁵ („Prozessrichtlinien“) formuliert. In diesem Kontext stellt sich die Frage, ob Ärzte, die die Behandlung gemäß den in diesen Richtlinien festgelegten außerstrafrechtlichen Normen abbrechen, einer Straftat gemäß § 199 jStGB (Tötung)⁶ schuldig gesprochen werden könnten.⁷ Derzeit

¹ Saliger, in: Herzog/Neumann (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 599 (601 f.). So auch Sternberg-Lieben, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Bd. 1, 2011, S. 537 (549); Francuski, Prozeduralisierung im Wirtschaftsstrafrecht, 2014, S. 150 f.

² Vgl. Lenz, ZStW 106 (1994), 676 (680); Krüger, JZ 2023, 46 (47). Siehe auch Amada, in: Duttge/Steuer/Tadaki (Hrsg.), Menschenwürde und Selbstbestimmung in der medizinischen Versorgung am Lebensende, 2022, S. 57 (61).

³ Z.B. Schweiger, Prozedurales Strafrecht, 2018, S. 208 ff.

⁴ Jansen, Forschung an Einwilligungsunfähigen, 2015, S. 282, 288.

⁵ <https://www.mhlw.go.jp/file/04-Houdouhappyou-10802000-Iseikyoku-Shidouka/0000197701.pdf> (23.9.2026).

Vgl. Koike, in: Schwarzenegger/Ida (Hrsg.), Autonomie am Lebensende – Kultur und Recht, 2018, S. 75 (86); Nakamichi, medstra 2019, 27 (29 f.); Tadaki, in: Baur u.a. (Hrsg.), Entwicklung im Medizinrecht – Vom klassischen Arztrecht zu One Health, Festschrift für Brigitte Tag, 2024, S. 411 (420 ff.).

⁶ § 199 jStGB lautet: „Wer einen Menschen tötet, wird mit dem Tode oder mit zeitlich unbegrenzter Haft oder mit Haft von mindestens fünf Jahren bestraft.“ Siehe zur deutschen Übersetzung des jStGB Yamanaka, Das japanische StGB, 2021. Die vorliegende Übersetzung von Yamanaka bezieht sich allerdings auf das jStGB in der vor der Änderung durch

wird in der japanischen Literatur die Auffassung vertreten, dass die medizinische Fachkraft keine strafrechtliche Verantwortung trägt, sofern der Behandlungsabbruch unter Einhaltung der vorgeschriebenen Verfahren gemäß den Prozessrichtlinien erfolgt. Aus dogmatischer Perspektive ist der Behandlungsabbruch gemäß § 35 jStGB⁸ als eine rechtmäßige Handlung im Rahmen der beruflichen Pflichten zu betrachten.⁹

Die Beibehaltung der Vorstellung einer strikten zweigeteilten Unterscheidung von „Materie und Verfahren“ wirft jedoch Fragen hinsichtlich der Reaktion der herrschenden Meinung auf, die in der vorliegenden Untersuchung aufgegriffen werden: Inwiefern ist es für die Entscheidung, ob ein Tötungsdelikt vorliegt, von Relevanz, dass medizinisches Fachpersonal gemäß den außerstrafrechtlich vorgeschriebenen Verfahren gehandelt hat. Es stellt sich somit die Frage, ob und inwiefern die Befolgung eines spezifischen Verfahrens die materiell-rechtliche Würdigung des Behandlungsabbruchs beeinflusst.

b) Neue Herausforderungen

Im deutschen Strafrecht wurden häufig Problemstellungen aufgeworfen, die ähnlich zu den bereits genannten Fragen sind. Bemerkenswerterweise hat die Prozeduralisierungstheorie den Versuch unternommen, diese Fragen zu klären, indem sie ein grundlegendes Verständnis des Zwecks und der Rolle des (Straf-)Rechts zugrunde gelegt hat. Die charakteristischen Anwendungsbereiche der Prozeduralisierungstheorie sind demnach der medizinische Bereich, einschließlich der Sterbehilfe und des Schwangerschaftsabbruchs,¹⁰ der wirtschaftliche

Bereich, einschließlich Korruption,¹¹ Untreue¹² und Criminal Compliance¹³ sowie der Umweltbereich, in dem Fragen der Verwaltungssakzessorität¹⁴ besonders akut werden. Die in diesen Bereichen tätigen Akteure sehen sich oft mit einer schwierigen Situation konfrontiert, in der sie die Grenze zwischen (straf-)rechtlich zulässigem und unzulässigem Verhalten nicht im Voraus bestimmen können. Es wurde das Argument vorgebracht, dass die Verhaltenssteuerung durch das Strafrecht dysfunktional geworden sei, weil es in diesem Bereich keine klaren Verhaltensstandards vorgeben könne.

In solchen Fällen kann das Konzept „Prozeduralisierung“ als Argument herangezogen werden, um die Strafbarkeit der infrage stehenden Handlung auszuschließen. Dies erfolgt, indem von den beteiligten Akteuren die Einhaltung bestimmter vorgeschriebener Verfahren verlangt wird, wodurch die Handlung dann als legitimiert erachtet wird.¹⁵ In der Literatur existieren eine Reihe von Überlegungen, die dieser Theorie einen hohen Stellenwert beimessen. Insofern wird die Prozeduralisierung mitunter als „Wegweiser“¹⁶ zur Überwindung der Dysfunktionalität des Strafrechts oder gar als „Paradigmenwechsel“¹⁷ in der Strafrechtswissenschaft betrachtet.

Die überwiegende Ansicht der Literatur stellt allerdings die Legitimität der Prozeduralisierung selbst häufig infrage. Ein wesentlicher Kritikpunkt ist, dass der Gedanke, Verfahren zu berücksichtigen, als „ein Fremdkörper“¹⁸ in der Strafrechtswissenschaft angesehen wird. Dies würde den traditionellen Ansatz des Strafrechts grundlegend untergraben. Darüber hinaus sei die Behauptung, der Prozeduralismus stelle einen „Paradigmenwechsel“ dar, reine Illusion. Es ist festzustellen, dass die Befürworter der Prozeduralisierung den

„das Gesetz zur teilweisen Überarbeitung des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze“ (Gesetz Nr. 67 v. 17.6.2022) geltenden Fassung. Das genannte Gesetz wurde 2022 erlassen und ist am 1.6.2025 in Kraft getreten.

⁷ Näher *Tadaki*, in: Hilgendorf/Ida/Sato (Hrsg.), *Strafrecht zwischen Ost und West*, 2019, S. 105 (115 f.).

⁸ Dies sieht § 35 jStGB (Berechtigte Handlung) vor: „Eine Handlung, die aufgrund eines Gesetzes oder einer Verordnung oder in Ausübung eines berechtigten Geschäfts ausgeführt wird, ist nicht strafbar.“ Zu § 35 jStGB vgl. *Amada*, in: Rose-nau/Schön (Hrsg.), *Japanisches Recht im Vergleich*, 2014, S. 85 (95 ff.); *Endo*, *ZfISW* 6/2024, 394 (397 f.). *Miyazawa*, *ZStW* 88 (1976), 813 (829 f.), führt Folgendes aus: „In § 35 [jStGB] findet sich eine Sonderbestimmung über einen allgemeinen Rechtfertigungsgrund, die, soviel ich weiß, keine vergleichbare Bestimmung in ausländischen Strafgesetzbüchern findet“.

⁹ *Higuchi*, *Zoku Iryō-to-Hō wo Kangaeru* [Ein neuer Denk-ansatz für Medizin und Recht], 2008, S. 79 (89) – in japanischer Sprache; *Tachi*, *Keiji-hō Journal* [Journal für Strafrecht], Nr. 67 (2021), 24 (30 f.) – in japanischer Sprache. Siehe auch *Nakamichi*, *medstra* 2019, 27 (31); *Tadaki*, in: Wu/Ida/Esser/Sinn (Hrsg.), *Universelles und Kulturbedingtes im Strafrecht*, 2020, S. 127 (135).

¹⁰ Vgl. §§ 218a Abs. 1, 219 StGB. Exemplarisch *Borrmann*, *Akzessorität des Strafrechts zu den betreuungsrechtlichen (Verfahrens-)Regelungen die Patientenverfügung betreffend* (§§ 1901a ff. BGB), 2016, S. 187 ff.; *Ströhlein*, *Prozedurale*

Lebensschutzkonzepte des Medizinstrafrechts, 2021, S. 32 ff., 177 ff.

¹¹ Vgl. §§ 299 ff., 331 ff. StGB. Siehe *Francuski* (Fn. 1), S. 464 ff.

¹² Vgl. § 266 StGB. Näher *Schweiger* (Fn. 3), S. 45 ff., 289 ff.; *Leite*, GA 2018, 580 (582 ff.); *Saliger*, in: *Nietsch* (Hrsg.), *Compliance und soziale Verantwortung im Unternehmen*, 2019, S. 85 (109 f.); *Waldvogel*, *Untreue und Transparenz*, 2020, S. 125 ff.

¹³ *Z.B. Waldvogel* (Fn. 12), S. 226 ff.; *Sternberg-Lieben*, in: *Albrecht/Steinberg* (Hrsg.), *Der Allgemeine Teil des Wirtschaftsstrafrechts*, 2023, S. 227 (253 ff.). Vgl. auch *Saliger*, *RW* 2013, 263 (272).

¹⁴ Vgl. z.B. §§ 324a, 325 Abs. 1, 327 Abs. 1, 328 Abs. 1 StGB. Ausführlich *Borrmann* (Fn. 10), S. 199 ff.; *Schweiger* (Fn. 3), S. 283 ff.

¹⁵ *Saliger*, in: *Bernat/Kröll* (Hrsg.), *Recht und Ethik der Arzneimittelforschung*, 2003, S. 124 (125 f.).

¹⁶ *Schweiger* (Fn. 3), S. 25.

¹⁷ *Eicker*, *Die Prozeduralisierung des Strafrechts*, 2010, S. 60 ff., passim.

¹⁸ *Stratenwerth*, in: *Herzog/Neumann* (Fn. 1), S. 639 (646); vgl. auch *Arzt*, in: *Amelung u.a.* (Hrsg.), *Strafrecht – Biorecht – Rechtsphilosophie*, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003, 2003, S. 583 (591); *ders.*, in: *Dammann/Grunsky/Freifffer* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Manfred Wolf*, 2011, S. 609 (619 m. Fn. 28, 622).

vorgebrachten Kritikpunkten und Zweifeln mit der Argumentation entgegentreten wollten, dass diese auf „Missverständnis[sen]“ beruhe.¹⁹ In der Konsequenz ist die Debatte um die Prozeduralisierung in eine Sackgasse geraten.

2. Zielsetzung

Unter der Prämisse, dass das Konzept der „Prozeduralisierung“ tatsächlich dazu in der Lage ist, die „Dysfunktion des Strafrechts bei der Verhaltenssteuerung“ einzudämmen, erscheint es als eine sehr attraktive Option. In der traditionellen Strafrechtswissenschaft ist die Prozeduralisierung allerdings nach wie vor weitgehend unbekannt. Zunächst ist zu klären, aus welchem Grund die prozeduralistische Vorgehensweise implementiert werden sollte. Um dies zu gewährleisten, ist es unerlässlich, den Entwicklungsprozess dieser Theorie nachzuvollziehen. Darüber hinaus bedarf es der Klärung, welche Funktionen die prozeduralisierte Denkweise aufweist und wo ihre Grenzen liegen.²⁰

III. Entwicklung der Prozeduralisierungstheorie

1. Trends in der Verrechtlichung

Die Prozeduralisierung stellt ein Phänomen dar, welches seit den 1980er Jahren im Kontext der Verrechtlichung in der Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie erörtert wird.²¹ Der Terminus „Verrechtlichung“ beschreibt eine Entwicklung, die durch eine Zunahme der Rolle des Rechts in der modernen Gesellschaft und im modernen Staat gekennzeichnet ist. Dies geht mit einer Ausweitung der gesellschaftlichen Bereiche einher, die rechtlichen Regelungen unterliegen, was wiederum verschiedene Probleme sowohl für das Recht als auch für die Gesellschaft mit sich bringt.²² In der heutigen Gesellschaft, in der die Werte der beteiligten Akteure eine zunehmende Vielfalt und Komplexität aufweisen, gestaltet sich die eindeutige Entscheidung zwischen „Recht und Unrecht“ zunehmend als Herausforderung.²³ Aufgrund dieser Erkenntnis wird die Auffassung vertreten, dass komplexe Rechts-

fragen nicht durch eindeutig festgelegte materielle-rechtliche Normen, sondern durch Konsensbildung im Rahmen eines „Diskurses“²⁴ in einem Forum, das allen beteiligten Akteuren offensteht, gelöst werden sollten.²⁵

Seit ihrer Entstehung wird die Prozeduralisierungstheorie wiederkehrend kritisiert, weil sie das Potenzial und Risiko birgt, die Zwecke und die Rolle des Rechts grundlegend zu verändern.²⁶ In den letzten Jahren konnte sie jedoch einerseits eine allmählich wachsende Akzeptanz verzeichnen, die über die Fachgebiete der Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie hinausgeht.²⁷ Andererseits wurde die Tendenz zur Prozeduralisierung in der Strafrechtswissenschaft zunächst lediglich beobachtet.²⁸ Die Diskussionen zweier Autoren fungierten als Motor für eine zunehmende Dynamik, die darauf abzielte, eine theoretische Grundlage für die Prozeduralisierung zu schaffen und weiterzuentwickeln. Die Ansichten der beiden Protagonisten der Prozeduralisierung im Strafrecht, *Hassemer* und *Saliger*, werden im Folgenden näher untersucht.

2. Hassemers Theorie der „prozeduralen Rechtfertigung“

Zunächst soll also eine Analyse des Konzepts von *Winfried Hassemer* vorgenommen werden. Die Suche nach den Ursprüngen des Begriffs „Prozeduralisierung“ in strafrechtlichen Lehrbüchern²⁹ und StGB-Kommentaren³⁰ führt unweigerlich zur Beschäftigung mit der Auffassung *Hassemers*. Im Jahr 1994 veröffentlichte *Hassemer* einen Beitrag mit dem Titel „Prozedurale Rechtfertigungen“ in der Festschrift für *Mahrenholz*.³¹ Ein bemerkenswertes Urteil, an dem *Mahrenholz* beteiligt war, ist das Zweite Schwangerschaftsabbruchsurteil des Bundesverfassungsgerichts von 1993.³² Dieses Urteil inspirierte *Hassemer* zu seinem Konzept der prozeduralen Rechtfertigung. Im Folgenden soll das von *Has-*

¹⁹ *Saliger*, in: *Hassemer/Neumann/Saliger* (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 9. Aufl. 2016, S. 434 (450).

²⁰ Der vorliegende Beitrag fußt auf *Amada*, *Keihō Za'sshi* [Journal of Criminal Law] 2/63 (2024), 161, und wurde erweitert und überarbeitet. Ausführlich *ders.*, *Kagawa Hōgaku* [Kagawa Law Review] 3–4/39 (2020), 155; *ders.*, *Kagawa Hōgaku* [Kagawa Law Review] 1–2/40 (2020), 67; *ders.*, *Kagawa Hōgaku* [Kagawa Law Review] 3–4/40 (2021), 303; *ders.*, *Kagawa Hōgaku* [Kagawa Law Review], 1–4/43 (2024), 73 – alle Beiträge in japanischer Sprache.

²¹ Z.B. *Francuski* (Fn. 1), S. 77 ff., 120 ff.; *Ströhlein* (Fn. 10), S. 103 ff., 111 ff. Vgl. auch *Calliess*, *Prozedurales Recht*, 1999, S. 23 ff.; *Sheplyakova*, in: *Sheplyakova* (Hrsg.), *Prozeduralisierung des Rechts*, 2018, S. 1 (18 f.).

²² Instrukativ *Eder*, in: *Grimm* (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990, S. 155 (156 ff.). Siehe auch *Hassemer*, *ZRP* 1992, 378 (379 ff.).

²³ *Schweiger* (Fn. 3), S. 66 ff., 80 f.

²⁴ *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 1992, S. 138: die Handlungsnormen sind gültig, „denen alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen könnten“.

²⁵ *Saliger*, in: *Schulz* (Hrsg.), *Verantwortung zwischen materialer und prozeduraler Zurechnung* (ARSP-Beiheft 75), 2000, S. 101 (119 f., 127).

²⁶ Statt vieler *Hassemer*, *ZRP* 1992, 378 (380). Vgl. auch *Eser*, in: *Albrecht/Denninger/Grimm* (Hrsg.), *Winfried Hassemer zum 60. Geburtstag* (KritV-Sonderheft), 2000, S. 43 (43); *ders.*, in: *Frisch* (Hrsg.), *Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts*, 2006, S. 9 (27).

²⁷ Zu den Entwicklungslinien vgl. *Saliger* (Fn. 25), S. 107 ff.; *Schweiger* (Fn. 3), S. 132 ff.

²⁸ *Bahnbrechend Amelung/Brauer*, *JR* 1985, 474 (476).

²⁹ Vorreiterhaft *Wessels/Beulke*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 41. Aufl. 2011, Rn. 9 mit Fn. 7.

³⁰ Z.B. *Sternberg-Lieben*, in: *Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch*, 31. Aufl. 2025, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 8.

³¹ *Hassemer*, in: *Däubler-Gmelin/Kinkel/Meyer/Simon* (Hrsg.), *Gegenrede: Aufklärung – Kritik – Öffentlichkeit*, Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz, 1994, S. 731; auch in: *ders.*, *Strafen im Rechtsstaat*, 2000, S. 109.

³² BVerfG, Urt. v. 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/90, 2 BvF 5/92 = BVerfGE 88, 203.

semer entwickelte Konzept der prozeduralen Rechtfertigung aus drei Perspektiven betrachtet werden: seinem zugrunde liegenden Problemhorizont, seinen Anwendungsbedingungen und seinen dogmatischen Konsequenzen.

a) Problemhorizont

Zunächst lohnt es sich, das ursprüngliche Leitbild der prozeduralen Rechtfertigungen, welches im historischen Kontext des Schwangerschaftsabbruchs entwickelt wurde, nachzuvollziehen. Hassemer stellt die Frage, auf welcher normativen Grundlage Schwangerschaftsabbrüche straffrei sind, die im Rahmen der Schwangerenkonfliktberatung vorgenommen werden.³³ Er gelangt zu dem Schluss, dass sich die in der Lehre vertretenen Ansätze zu dieser Frage in zwei Hauptkategorien unterteilen lassen: Gemäß dem ersten möglichen Ansatz wird die Prämisse aufgestellt, dass die Schwangerenberatung die Verwirklichung des Straftatbestandes gemäß § 218 Abs. 1 StGB ausschließt. Der zweite Ansatz geht von der Prämisse aus, dass die Rechtswidrigkeit des Schwangerschaftsabbruchs ausgeschlossen wird. Hassemer selbst befürwortet den Rechtfertigungsansatz. Darüber hinaus vertritt er die Auffassung, dass dieser zweite Ansatz exakt die Erscheinungsform der prozeduralen Rechtfertigung darstelle.³⁴

b) Anwendungsbedingungen

Zweitens sollen die Anwendungsbedingungen der prozeduralen Rechtfertigung näher erläutert werden. Hassemer stellt die Hypothese auf, dass das Konzept der „Prozeduralisierung“ auch auf andere Problemfelder als Schwangerschaftsabbrüche anwendbar sein könnte.³⁵ Basierend auf der zuvor eingenommenen Position unternimmt er den Versuch, die Bedingungen zu ergründen, unter denen das Konstrukt der prozeduralen Rechtfertigung zum Tragen kommt. Abschließend gelangt er zu dem Schluss, dass dies nur dann tragfähig ist, wenn eine Konstellation vorliegt, die mit „spezifischem Nichtwissen“ verknüpft ist. Der Terminus „spezifisches Nichtwissen“ beschreibt „Konstellationen mit Entscheidungsnotwendigkeit ohne konstitutives Entscheidungswissen“,³⁶ in denen der Zugang zu den für die jeweilige Entscheidungsfindung erforderlichen Informationen nicht gegeben ist.³⁷

In Bezug auf die Beziehung zwischen diesem „spezifischen Nichtwissen“ und dem Verfahren argumentiert Hassemer im Kern wie folgt: Ohne den Zugang zu den für die Entschei-

dungsfindung relevanten Informationen ist es unmöglich, „Wahrheit und Gerechtigkeit“³⁸ zu erreichen. Es lässt sich jedoch die Hypothese aufstellen, dass zumindest eine Annäherung an Wahrheit und Gerechtigkeit möglich ist. Damit stellt sich die Folgefrage, auf welchem Wege eine solche Annäherung möglich ist. Statt einen direkten Zugang zu wählen, wird ein alternativer Zugang respektive ein „Umweg“³⁹ in Kauf genommen. Dies ist als konstitutives Element eines jeden Verfahrens zu betrachten.

c) Dogmatische Konsequenzen

Als dritter Aspekt lässt sich ableiten, dass Hassemers Konzept des „spezifischen Nichtwissens“ eine Vielzahl von Aspekten des Rechts betrifft. Daraus gelangt er zu dem Schluss, dass sämtliche Regelungen im Recht prozeduraler Natur sind. Infolgedessen reguliert der Gesetzgeber nicht die substantielle Rechtfertigung selbst, sondern das Verfahren, mit dem diese erreicht wird. Folglich müssen nach Hassemers Verständnis alle Ergebnisse akzeptiert werden, die durch ein angemessenes Verfahren erzeugt wurden.⁴⁰

3. Saligers „prozedurale Legalisierungsidee“

Saliger übernahm Hassemers radikales Konzept der „Prozeduralisierung“, entwickelte es weiter und brach gleichzeitig mit ihm. Hassemer fokussiert sich auf Schwangerschaftsabbrüche, während Saliger das Kemptener Urteil aus dem Jahr 1994⁴¹ zum Behandlungsabbruch als Ausgangspunkt nimmt.⁴² In diesem Kontext liegt sein Fokus insb. auf der Ermittlung des mutmaßlichen Willens des Patienten. Das Kemptener Urteil stellt im Kern Folgendes fest: Bei der Beurteilung der Rechtfertigung für den Behandlungsabbruch sei der mutmaßliche Wille des Patienten einer der entscheidenden Faktoren. Dieser muss durch eine „sorgfältige Abwägung aller Umstände“ festgestellt werden. Es ist von wesentlicher Bedeutung, den mutmaßlichen Willen des Patienten erst nach Durchführung des entsprechenden Verfahrens festzustellen und zu bestimmen. Für die Einholung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (heute: Betreuungsgericht) sind folgende Schritte unerlässlich: Zunächst ist eine Bestätigung der Wünsche der „Angehörigen oder einer anderen beteiligten Person“ erforderlich. Zudem ist eine Anhörung durch das Vormundschaftsgericht (Betreuungsgericht) durchzuführen, basierend auf deren Ergebnis wird dann über die die Genehmigung entschieden.

Saliger befürwortet die Idee der „prozedurale[n] Legalisierung“, die von den oben genannten Urteilen inspiriert ist.⁴³ Im weiteren Verlauf wird auf diese Idee detaillierter eingegangen, dabei aber ausschließlich die wichtigsten Argumente

³³ Hassemer (Fn. 31 – FS Mahrenholz), S. 733 ff.

³⁴ Vgl. Hassemer (Fn. 31 – FS Mahrenholz), S. 735 f.

³⁵ Z.B. Hassemer, in: Kempf/Lüderssen/Volk (Hrsg.), Die Handlungsfreiheit des Unternehmers – Wirtschaftliche Perspektiven, strafrechtliche und ethische Schranken, 2009, S. 29 (41 f.); ders., in: Jahn u.a. (Hrsg.), Wirtschaft – Moral – Strafrecht, Gedächtnisschrift für Klaus Lüderssen aus Anlass seines 90. Geburtstages, 2022, S. 271.

³⁶ Hassemer (Fn. 31 – FS Mahrenholz), S. 750.

³⁷ Anregend Hassemer, in: Pieth/Seelmann (Hrsg.), Prozessuales Denken als Innovationsanreiz für das materielle Strafrecht, 2006, S. 9 (19 f.); ders., Erscheinungsformen des modernen Rechts, 2007, S. 153; vgl. auch dens. (Fn. 31 – FS Mahrenholz), S. 747.

³⁸ Hassemer (Fn. 31 – FS Mahrenholz), S. 749.

³⁹ Hassemer (Fn. 31 – FS Mahrenholz), S. 749.

⁴⁰ Vgl. Hassemer (Fn. 31 – FS Mahrenholz), S. 747, 749 f.

⁴¹ BGH, Urt. v. 13.9.1994 – 1 StR 357/94 = BGHSt 40, 257 (263).

⁴² Saliger, KritV 1998, 118 (145 ff.). Vgl. auch dens. (Fn. 25), S. 138 ff.

⁴³ Saliger, KritV 1998, 118 (145). So auch ders., JuS 1999, 16 (20); ders. (Fn. 15), S. 157 ff.

beleuchtet. An dieser Stelle sollen lediglich zwei charakteristische Punkte hervorgehoben werden:⁴⁴ Zunächst gelangt *Saliger* zu der oben dargestellten Definition der Prozeduralisierung: „[D]ie von der Einhaltung spezifischer Verfahren abhängende Straffreiheit entsprechender rechtsgutsverletzender bzw. -tangierender Handlungen.“⁴⁵ *Saligers* Idee der prozeduralen Legalisierung zeichnet sich dadurch aus, dass sie die Einhaltung von Verfahren unmittelbar mit der rechtlichen Wirkung der Straffreiheit verknüpft.⁴⁶ Des Weiteren könnte die von *Saliger* formulierte Idee der prozeduralen Legalisierung nicht nur auf der Ebene der Rechtfertigung, sondern auch auf der Ebene des zugrunde liegenden Tatbestandes im Straftatsystem Anwendung finden. Er lehnt den von *Hassemer* verwendeten Begriff der prozeduralen „Rechtfertigung“ ab und plädiert dafür, den Fokus der Diskussion auf die prozedurale „Legalisierung“ zu legen.⁴⁷

IV. Theoretische Grundlagen und dogmatische Konsequenzen

Nach diesem Überblick soll nun die eigene Sichtweise zu den theoretischen Grundlagen der Prozeduralisierung dargelegt werden, d.h. zu ihrer Begründung, Funktionen und ihren Grenzen (1.), bevor die dogmatischen Konsequenzen vorgestellt werden (2.).

1. Theoretische Grundlagen

a) Gründe

Der Fokus der Untersuchung, die die *Gründe* für die Prozeduralisierung beleuchtet, orientiert sich an der von *Hassemer* formulierten Aussage: In hochspezialisierten und komplexen Bereichen existiert eine Konstellation, die als „spezifisches Nichtwissen“⁴⁸ bezeichnet wird. In derartigen Konstellationen sind die Beteiligten mitunter gezwungen, komplexe Entscheidungen zu treffen. Im Nachhinein kann sich herausstellen, dass die getroffene Entscheidung fehlerhaft war. In diesem Kontext erscheint es jedoch nicht angemessen, die Beteiligten allein aufgrund der Tatsache zu bestrafen, dass sich ex post herausgestellt hat, dass das betreffende Rechtsgut gefährdet oder verletzt wurde. Es ist daher unerlässlich, dass die Entscheidung auch aus materieller Sicht als sachgerecht angesehen wird, sofern die Beteiligten die rechtlich vorgezeichneten Verfahren einhalten.⁴⁹

Die von *Hassemer* dargelegten Aspekte enthalten lehrreiche Elemente für die Weiterentwicklung des Konzepts der „Prozeduralisierung“. Es bestehen jedoch Zweifel an der Effektivität der von *Hassemer* vorgeschlagenen Bedingungen für die Prozeduralisierung. Die Prämisse, dass im Kern „alle

gesetzlichen Regelungen einen prozeduralen Charakter haben“, wie von *Hassemer* festgestellt,⁵⁰ muss kritisch betrachtet werden. Denn folgte man seiner Aussage, hätte dies zur Konsequenz, dass die Spezifität der Prozeduralisierung verloren ginge und deren Konturen unscharf würden.

aa) Anwendungsbedingungen

Es bedarf somit der Konkretisierung des Konzepts der „Prozeduralisierung“ sowie der Bestimmung seines Anwendungsbereichs. In diesem Zusammenhang erregt *Saligers* Konzeption besondere Aufmerksamkeit: *Saliger* postuliert, dass das Konzept der „Prozeduralisierung“ dann Anwendung findet, wenn drei Ursachen identifiziert werden können:⁵¹ ein normatives Regelungsdefizit, ein kognitives Defizit und ein Zeitfaktor (zusammen mit den damit einhergehenden „Ungewissenheiten“).⁵² Nach dem eigenem Verständnis gründet sich *Saligers* Kontextualisierung auf ein im Kern ähnliches Grundkonzept wie das, was von *Hassemer* als „spezifisches Nichtwissen“ bezeichnet wurde. Demgegenüber lässt sich bei *Saliger* eine Eingrenzung und Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Prozeduralisierung beobachten. Im Folgenden sollen die Grundlagen zu den erwähnten drei Ursachen, bei denen das Konzept „Prozeduralisierung“ medizinstrafrechtlich Anwendung findet, näher beleuchtet werden.

(1) Materielles Regelungsdefizit

Zunächst muss festgestellt werden, dass es in einer bestimmten Konstellation an materiellen Regelungen fehlt (materielles Regelungsdefizit).⁵³ Diese Konstellation ist von enormer Bedeutung für die Prozeduralisierungsidee. Der vorliegende Mangel zeigt sich in der Abwesenheit materiell-rechtlicher Regeln sowie klarer, darauf basierender Verhaltensregeln auf Ebene staatlich gesetzten Rechts. Zudem besteht ein Defizit an strafrechtlichen Normen für die zu treffende Entscheidungsfindung, sodass eine Erörterung bzw. ein Rekurs auf außerstrafrechtliche Normen folglich unerlässlich ist. Die vorliegende Konstellation kann deshalb auf einem fundamentalen Problem basieren, bei dem keine konsensuale Feststellung von „Recht oder Unrecht“⁵⁴ erzielt werden kann. Dies resultiert in einer Vielzahl von moralischen und ethischen Fragen.⁵⁵

Ein konkretes Beispiel für diese Konstellation ist der Behandlungsabbruch: In solchen Fällen wäre es denkbar, dass zwar auf nationaler Gesetzesebene kein breiter Konsens besteht, aber auf der Ebene autonomer Fachkräfte ein sozusa-

⁴⁴ Lehrreich *Schweiger* (Fn. 3), S. 159 ff.; *dies.*, in: Eidam/Gaede (Hrsg.), Symposium zu Ehren des 60. Geburtstages von Frank Saliger, 2025, S. 57 (59 ff.).

⁴⁵ Siehe oben Fn. 1.

⁴⁶ Vgl. *Saliger* (Fn. 15), S. 166.

⁴⁷ *Saliger* (Fn. 1), S. 611; vgl. auch *dens.* (Fn. 19), S. 446.

⁴⁸ Siehe oben III. 2. b).

⁴⁹ *Hassemer* (Fn. 37 – prozessuales Denken), S. 17, 19 f.; vgl. auch *ders.* (Fn. 31 – FS Mahrenholz), S. 747 ff.

⁵⁰ Bereits oben III. 2. c).

⁵¹ Vgl. *Saliger* (Fn. 25), S. 104 f.; *ders.* (Fn. 15), S. 127 f.

⁵² *Schweiger* (Fn. 3), S. 80 f.

⁵³ *Saliger* (Fn. 19), S. 440.

⁵⁴ Vgl. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 60 f., 166.

⁵⁵ *Ida*, in: Hochmayr/Hinterhofer (Hrsg.), Festschrift für Kurt Schmoller, 2024, S. 471 (473). Näher *ders.*, in: Yamaguchi u.a. (Hrsg.), Festschrift für Norio Takahashi zum 70. Geburtstag, Bd. 2, 2022, S. 489 (494 f.) – in japanischer Sprache.

gen „kleinerer Konsens“ erzielt werden kann.⁵⁶ In einer derartigen Konstellation ist es nicht zwingend erforderlich, dass das (Straf-)Recht unmittelbar in den Bereich autonomer Akteure, also in den autonomen Lebensbereich, eingreift. Ein unmittelbares Eingreifen in den autonomen Bereich könnte sich nämlich nachteilig auswirken, u.a. durch die Reduzierung der Effektivität oder Akzeptanz der vorliegenden Regelungen. Daher empfiehlt sich eine indirekte Steuerung⁵⁷ durch die Erarbeitung von Verfahren zur Konsensbildung.

(2) *Phänomene der Hochspezialisierung und der Komplexität*
Zweitens lässt sich die besondere Sachlage der zu treffenden Entscheidung als ein entscheidender Faktor identifizieren, der diese als hochspezialisiert und komplex erscheinen lässt (Spezialisierung und Komplexität betreffende Phänomene).⁵⁸ Die vorliegende Konstellation der Entscheidungsfindung ist dann ebenfalls durch eine hohe Spezialisierung und Komplexität gekennzeichnet. Dies resultiert in einer erschwerten Einschätzung ihrer Rechtmäßigkeit. Für diese Sachlage lassen sich zahlreiche Belege finden, insb. in diversen Teilen des Gesundheitswesens und der Wirtschaft. In diesen Kontexten ist es daher vorhersehbar, dass selbst unter Spezialisten differierende Ansichten hinsichtlich der Vernünftigkeit der Beurteilung existieren.⁵⁹ Deshalb ist die Gewährleistung der substanziellen Vernünftigkeit der zu treffenden Entscheidungen nur durch ein geeignetes und gerechtes Verfahren möglich.⁶⁰

(3) Schwierigkeiten bei der vorausschauenden Entscheidungsfindung

Drittens existieren Umstände, die eine vorausschauende Entscheidungsfindung erheblich erschweren (Schwierigkeiten bei der vorausschauenden Entscheidungsfindung).⁶¹ Dies ist von Relevanz für Konstellationen, in denen für die Entscheidung eine Frist gilt nach deren Verstreichen der Schutz der entsprechenden Rechte und Interessen unmöglich wäre. Es sei bspw. angenommen, dass eine Bank nach Durchführung ihrer internen Untersuchungs- und Überprüfungsverfahren den Beschluss gefasst hat, einem bestimmten Unternehmen einen Kredit zu gewähren. In der Folge verfiel das Unternehmen in Konkurs, wodurch der Bank ein Vermögensschaden entstand. Es stellt sich die Frage, ob es problematisch ist, die Entschei-

dungsträger wegen Untreue⁶² strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen, weil rein aus ex-post-Sicht die Kreditentscheidung als fehlerhaft eingestuft wurde.⁶³ Um das Risiko strafrechtlicher Verantwortung zu minimieren, bedarf es einer Rahmenbedingung, die die mit vorausschauenden Entscheidungen verbundenen Risiken aus ex-ante-Perspektive reduziert.⁶⁴

bb) Zu erwartende Kritik und Gegenargumente

Die drei zuvor genannten Konstellationen konstituieren die Bedingungen für die Anwendung der Prozeduralisierungsidee. Es sei jedoch angemerkt, dass dagegen eine Reihe von Kritikpunkten vorgebracht werden könnten. Selbst wenn die genannten Bedingungen erfüllt sind, könnte argumentiert werden, dass das, was im Rahmen der Prozeduralisierung zu diskutieren versucht wird, letztlich nichts anderes als ein sog. „erlaubtes Risiko“ ist.⁶⁵ Dennoch wird die Prozeduralisierungsidee maßgeblich durch die Prämisse begründet, dass materielle Regelungen gegenüber autonomen Entscheidungsträgern aufgrund der in Rede stehenden fundamentalen Konflikte nicht getroffen werden können. Dies trifft nicht zwangsläufig auf den Fall der sog. „erlaubten Risiken“ zu. Darüber hinaus herrschen unter den Vertretern der Prozeduralisierung unterschiedliche Ansichten bezüglich der Art und Weise, wie das sog. „Diskurs“-Verfahren zu behandeln ist.⁶⁶ In Bezug auf den Diskurs manifestieren sich diese Meinungsverschiedenheiten im Kontext des Falles von „erlaubten Risiken“ in der Regel ebenfalls nicht. Es könnte jedoch wiederum argumentiert werden, dass sich der Anwendungsbereich der Prozeduralisierung mit dem des „erlaubten Risikos“ überschneidet. Es sei darauf hingewiesen, dass sich die Prozeduralisierung und das erlaubte Risiko sowohl in ihrer ursprünglichen historischen Entwicklung als auch in den typischen Anwendungsbereichen unterscheiden. Wegen dieser Unterschiede erscheint es nicht überzeugend, das Konzept „Prozeduralisierung“ auf das Problemfeld des „erlaubten Risikos“ zu reduzieren.

b) Funktionen

Basierend auf den vorstehenden Überlegungen kann man zwei Funktionen der Prozeduralisierung ableiten.⁶⁷

aa) Ergänzungsfunktion

Die erste Funktion besteht in der Ergänzung des materiellen Rechts: Gemäß des Konzepts der „Prozeduralisierung“ soll

⁵⁶ Instrukтив *Habermas*, Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, 1984, S. 116 ff., 161; *ders.*, Erläuterungen zur Diskursethik, 1991, S. 13 f.

⁵⁷ Siehe z.B. *Teubner/Willke*, ZfRSoz 6 (1984), 4 (23 ff., 26).

⁵⁸ *Saliger* (Fn. 19), S. 440.

⁵⁹ Vgl. *Ströhlein* (Fn. 10), S. 210 ff. [Präimplantationsdiagnostik – PID], 245 ff. [Behandlungsabbruch]. Ausführlich zur Prozeduralisierungstendenz der PID siehe *Amada*, in: *Tadaki/Saeki/Kitagawa* (Hrsg.), Festschrift für Katsunori Kai zum 70. Geburtstag, Bd. 2, 2024, S. 31 (42) – in japanischer Sprache.

⁶⁰ Siehe *Saliger* (Fn. 15), S. 169, der sich auf „die Rechtsgutsnähe bzw. [die] Größe des Schutzgehalts einer prozeduralen Norm“ fokussiert. So auch *Schweiger* (Fn. 3), S. 226.

⁶¹ *Saliger* (Fn. 19), S. 441.

⁶² Vgl. § 266 dStGB, § 247 jStGB.

⁶³ Vgl. z.B. *Kudlich*, in: *Safferling/Kett-Straub/Jäger/Kudlich* (Hrsg.), Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag, 2017, S. 63 (66, 74).

⁶⁴ *Popp*, ZStW 118 (2006), 639 (667); *Saliger*, JuS 1999, 16 (21); *ders.* (Fn. 25), S. 143.

⁶⁵ Umfassend *Francuski* (Fn. 1), S. 264 f.

⁶⁶ Näher *Saliger* (Fn. 25), S. 119 f.; *Eicker* (Fn. 17), S. 134 ff.; *Ströhlein* (Fn. 10), S. 105 ff., 108 f.

⁶⁷ Inspirierend *Saliger* (Fn. 19), S. 441. So auch *Schweiger* (Fn. 3), S. 177.

gerade ebenjenes Konzept die Rationalität der voraussichtlichen Entscheidungen der zur Entscheidung berufenen Akteure sowie die substantielle Richtigkeit dieser Entscheidungen sicherstellen,⁶⁸ wobei es den Inhalt materieller Regelungen ergänzt. Dies wird im Folgenden als „Ergänzungsfunktion“ des materiellen Rechts bezeichnet.

bb) Ersetzungsfunktion

Die zweite Funktion ist noch drastischer und fungiert als Ersetzungsfunktion für das materielle Recht: Wie bereits erwähnt, konstituiert das materielle Regelungsdefizit eine der Bedingungen für die Anwendung der Prozeduralisierung.⁶⁹ In derartigen Konstellation, in denen materielle Regelungen nicht zur Verfügung stehen, soll eine von den Beteiligten erzielte prozedurale Lösung als die bestmögliche Annäherung an die materielle Wahrheit und Gerechtigkeit betrachtet werden, wodurch die Rechtmäßigkeit der betreffenden Entscheidung gewährleistet wird.⁷⁰ Unter dieser Prämisse kann das Konzept der „Prozeduralisierung“ nicht nur als eine Ergänzung zum materiellen Recht verstanden werden, sondern darüber hinaus als ein Konzept, bei dem die prozedurale Richtigkeit die materielle Einschätzung überlagert. In diesem Fall zeigt sich, dass durch die Prozeduralisierung das „Prozedurale“ das „Materielle“ ersetzt. Diese Funktion wird im Folgenden als „Ersetzungsfunktion“ des materiellen Rechts bezeichnet.

c) Grenzen

Darüber hinaus ist es von signifikanter Bedeutung, bei der Analyse der Funktion der Prozeduralisierung zwischen folgenden Fällen zu differenzieren: einerseits solche, in denen die vorgeschriebenen Verfahren durch die betroffenen Entscheidungsträger *eingehalten* werden, andererseits jedoch auch solche, bei denen sie nicht eingehalten werden oder gegen diese *verstoßen* wird.⁷¹

Diese These lässt sich anhand der Regelungen im deutschen und japanischen Transplantationsgesetz (TPG) veranschaulichen: Sowohl das dTPG als auch das jTPG⁷² legen Verfahren für die Entnahme von Organen zur Transplantation von hirntoten Spendern fest und sehen gleichzeitig verschiedene Straf- und Bußgeldvorschriften für Verstöße gegen solche Verfahren vor.⁷³ Gemäß dem dTPG sowie dem jTPG

werden demnach Verstöße gegen Organentnahmeverfahren als solche nicht explizit als Tötung⁷⁴ oder als Störung der Totenruhe⁷⁵ klassifiziert. Vielmehr sehen die TPG Deutschlands und Japans spezifische Straf- und Bußgeldvorschriften für Verfahrensverstöße vor, die sich in ihrer Natur und Implikationen explizit von den in Rede stehenden materiellen Verstößen unterscheiden.⁷⁶

Die Rechtslage bezüglich Organtransplantationen scheint in Bezug auf die Grenzen der Prozeduralisierung von bemerkenswerter Bedeutung. Denn hier haben die Nichteinhaltung des gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrens oder ein Verfahrensverstoß als solche keine unmittelbaren Auswirkungen auf die materiell-rechtliche Beurteilung.⁷⁷ Dies impliziert, dass die materielle Rechtswidrigkeit der infrage stehenden Handlung, die sich von der Verfahrensrechtswidrigkeit unterscheidet, einer eigenen Prüfung unterzogen werden muss.⁷⁸ Aus der Perspektive der Funktionen der Prozeduralisierung⁷⁹ selbst könnte man, auch wenn vorgeschriebene Verfahren nicht eingehalten oder missachtet werden, eine Funktion anerkennen, die das materielle Recht ergänzt. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass eine Ausdehnung auf eine Funktion, die das materielle Recht selbst ersetzt bzw. überlagert, nicht vorstellbar ist.

2. Konsequenzen

Unter der Prämisse der *Einhaltung* der Verfahrensvorschriften können Handlungen, die gemäß den durch außerstrafrechtliche Normen festgelegten Verfahren vorgenommen werden, als sorgfältig durchgeführte Maßnahmen angesehen werden, die deshalb zu den rechtlich zulässigen Handlungen gerechnet werden. Handlungen, die auf der Grundlage solcher gerechter Verfahren vorgenommen werden, können demnach als medizinisch indiziert, lege artis durchgeführt und aufgrund der Patienteneinwilligung gerechtfertigt werden.⁸⁰ Nach dem Konzept der „Prozeduralisierung“ erfolgt demnach die Ersetzung des materiellen Rechts durch das Prozedurale. Insofern hat die Befolgung von Verfahren einen wesentlichen Einfluss auf das materiell-rechtliche Ergebnis, also auf die

tet das jTPG unter bestimmten Verfahren die Entnahme und Transplantation von Organen aus dem „Körper einer hirntoten Person“. Vgl. *Yamanaka*, Einführung in das japanische Strafrecht, 2018, S. 302.

⁷⁴ Vgl. §§ 211 ff. dStGB, §§ 199 ff. jStGB.

⁷⁵ Vgl. § 168 Abs. 1 dStGB, § 190 jStGB. § 190 jStGB (Beschädigung eines Leichnams usw.) lautet: „Wer den Leichnam, Gebeine oder Haarreste eines Verstorbenen oder Sachen, die mit in den Sarg gelegt wurden, beschädigt wegwirft oder an sich nimmt, wird mit Haft bis zu drei Jahren bestraft.“

⁷⁶ Siehe *Saliger* (Fn. 15), S. 149 f.; ausführlicher *Borrmann* (Fn. 10), S. 192 ff.

⁷⁷ *Jansen* (Fn. 4), S. 284 f.

⁷⁸ *Ida* (Fn. 55 – FS Takahashi), S. 502 f. (in japanischer Sprache); *ders.* (Fn. 55 – FS Schmoller), S. 477.

⁷⁹ Siehe oben IV. 1. b).

⁸⁰ Statt vieler *Amada* (Fn. 8), S. 87, 97; *Sato*, in: Hilgendorf/*Ida/Sato* (Fn. 7), S. 131 (135 f.).

⁶⁸ Vgl. *Hassemer* (Fn. 37 – Prozessuales Denken), S. 26 f.

⁶⁹ Siehe oben IV. 1. a) aa) (1).

⁷⁰ Vgl. *Hassemer* (Fn. 31 – FS Mahrenholz), S. 747 ff.; so auch *Ida* (Fn. 55 – FS Schmoller), S. 474.

⁷¹ *Jansen* (Fn. 4), S. 280 ff.

⁷² *Shimada*, *ZJapanR* 33 (2012), 77 (81 f.).

⁷³ Vgl. §§ 3 ff., 8 Abs. 3 S. 2 dTPG i.V.m. §§ 19, 20 dTPG und § 6 Abs. 5 und 6 jTPG i.V.m. § 21 jTPG. § 6 Abs. 1 jTPG besagt: „Ein Arzt darf in den folgenden Fällen Organe aus einer Leiche (einschließlich des Körpers einer hirntoten Person [...]) zur Verwendung in einer Transplantationsoperation entnehmen.“ Das in § 6 Abs. 1 jTPG erwähnte Begriffsverständnis des „Körpers einer hirntoten Person“ wird in § 6 Abs. 2 jTPG definiert als „der Körper einer Person, bei der ein irreversibler Ausfall aller Hirnfunktionen, einschließlich derjenigen des Hirnstamms, festgestellt wurde“. Somit gestat-

Frage, ob eine Handlung als Straftat zu klassifizieren ist.⁸¹ Richtlinien und ähnliche nichtstrafrechtliche Normen sollten als Referenzmaterialien herangezogen werden, um Standardverfahren auf der Grundlage zeitgemäßer medizinischer Standards zu verstehen.⁸²

Demgegenüber kann bei *Verfahrensverstößen* allein die Tatsache eines solchen Verstoßes nicht unmittelbar eine strafrechtliche Verantwortlichkeit begründen.⁸³ In der vorliegenden Konstellation ist eine erneute, eigene Prüfung der materiellen Rechtswidrigkeit der betreffenden Handlung unerlässlich. Die vorliegende Prüfung wird in Übereinstimmung mit der Auslegung von Straftaten gegen das Leben und die körperliche Unversehrtheit durchgeführt.⁸⁴ Die Rechtfertigung für Behandlungsabbrüche ist demnach im „Materiellen“ zu suchen, insbesondere in der (mutmaßlichen) Einwilligung des Patienten.⁸⁵ Es besteht die Möglichkeit, einen Verfahrensverstoß lediglich als Indiz⁸⁶ für das Vorliegen einer materiellen Pflichtverletzung zu werten. In diesem Kontext ist zu berücksichtigen, dass die Ersetzungsfunktion von materiellem Recht durch Prozedurales *nicht* in jedem Fall anerkannt wird.

V. Fazit

- Das Konzept „Prozeduralisierung“ findet Anwendung in den folgenden Konstellationen: Vorliegen eines materiellen Regelungsdefizits, Phänomene der Hochspezialisierung sowie der Komplexität oder Schwierigkeiten bei der vorausschauenden Entscheidungsfindung.
- Im Falle einer der genannten Konstellationen kann das Konzept „Prozeduralisierung“ die materiell-rechtliche Bewertung durch das Verfahren ergänzen oder ersetzen.

- Im Rahmen der Analyse der Funktion der Prozeduralisierung ist es von entscheidender Bedeutung, zwischen zwei Fällen zu unterscheiden: dem Einhalten des vorgeschriebenen Verfahrens durch die betroffenen Entscheidungsträger sowie dem Verstoß gegen dieses Verfahren.
- Die Ersetzungsfunktion des materiellen Rechts kann demnach nur unter der Prämisse anerkannt werden, dass die betroffenen Akteure das vorgegebene Verfahren eingehalten haben.
- Demgegenüber kann die Ersetzungsfunktion des materiellen Rechts nicht anerkannt werden, wenn allein ein Verfahrensverstoß vorliegt. Ein Verstoß gegen ein vorgeschriebenes Verfahren führt nämlich nicht per se zur unmittelbaren materiellen Rechtswidrigkeit.

⁸¹ Tatsui, in: Kai (Hrsg.), Shūmatsuki-Iryō to Iji-hō [Terminalmedizin und Medizinrecht], 2013, S. 215 (228) – in japanischer Sprache; vgl. auch Ida, in: Schwarzenegger/Ida (Fn. 5), S. 59 (72).

⁸² Endo, ZfIStw 6/2024, 394 (395). Ausführlicher *ders.*, in: Saeki/Osawa/Takayama/Hashizume (Hrsg.), Festschrift für Atsushi Yamaguchi zum 70. Geburtstag, 2023, S. 77 (104 f.) – in japanischer Sprache.

⁸³ Rosenau, in: Cirener u.a. (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, Vor §§ 211 ff. Rn. 73.

⁸⁴ Ida (Fn. 55 – FS Takahashi), S. 502 (in japanischer Sprache); *ders.* (Fn. 55 – FS Schmoller), S. 477.

⁸⁵ Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, Vorbem. zu §§ 211–217 Rn. 133. So auch Yamamoto, Daitō Hōgaku [Journal of Law and Politics – Daitō-Bunka Universität], 2/33 (2024), 1 (20) – in japanischer Sprache; Amada, Hikaku-Hō Za'sshi [Comparative Law Review – Chuō Universität], 1/58 (2024), 109; *ders.*, Hikaku-Hō Za'sshi [Comparative Law Review – Chuō Universität] 3/58 (2024), 217; *ders.*, Hikaku-Hō Za'sshi [Comparative Law Review – Chuō Universität] 4/58 (2025), 91 (144 f.) – jeweils in japanischer Sprache.

⁸⁶ Saliger (Fn. 12), S. 109; siehe auch Francuski (Fn. 1), S. 271; Amada, in: Yamaguchi u.a. (Fn. 55), S. 417 (432) – in japanischer Sprache.