

Rahmen dieser hypothetischen Kausalkette – am Erfolg etwas ändert. Was sich ändert, ist, dass in diesem Fall statt einer unwirksamen eine wirksame Einwilligung vorläge, die den Eingriff als Ganzes rechtfertigen würde.

- 540 Ob man bei dieser Sachlage, in der es (anders als bei den herkömmlichen Fällen) nicht um die fehlende Zurechenbarkeit des Erfolges geht, sondern um den Bestand eines Rechtfertigungsgrundes, von rechtmässigem Alternativverhalten resp. von Rechts- und Pflichtwidrigkeitszusammenhang sprechen kann, ist eine Frage, die in der deutschen Strafrechtsdogmatik intensiv diskutiert wird,⁹⁵³ uns hier aber nicht weiter zu beschäftigen braucht. Ebenfalls ausgeklammert, weil nicht minder kontrovers beantwortet, wird auch die zweite zentrale Frage, nämlich ob sich mit einer bloss hypothetischen Einwilligung überhaupt eine rechtfertigende Wirkung erzielen lässt.⁹⁵⁴ Diese Frage erscheint mir deshalb unergiebig, weil die Praxis in Deutschland und hierzulande so gefestigt ist, dass sich in diesem Punkt kaum etwas bewegen lässt.⁹⁵⁵ Spielräume sind hingegen bei der vorgelagerten Frage auszumachen, nämlich ob es auch im Bereich der Rechtfertigungsgründe so etwas wie einen Pflichtwidrigkeitszusammenhang gibt (dazu gleich nachstehend).

b) Kritik

- 541 Unbehagen an der gesamten Konstruktion, die auch schon andernorts auf Kritik gestossen ist,⁹⁵⁶ erweckt primär der Umstand, dass der Arzt wertungsmässig auf die Stufe eines Messerstechers gestellt wird.⁹⁵⁷ Dabei, so könnte man meinen, sind doch die Unterschiede offensichtlich: Nach wie vor handelt der Arzt aus der Absicht heraus zu heilen und verfügt im Unterschied zum Messerstecher in aller Regel formal auch über das Einverständnis des Patienten.⁹⁵⁸ Die Gültigkeit dieser Einwilligung wird erst durch nuancierte und längst nicht immer vorhersehbare Anforderungen in Frage gestellt, die der Arzt hinsichtlich einzelner Aspekte im konkreten Fall zu beachten hat.⁹⁵⁹ Gleichzeitig will

⁹⁵³ Vergl. etwa YAMANAKA, S. 871 ff. und 876 ff.

⁹⁵⁴ Strikte dagegen ALBRECHT, S. 331 ff. und 349 f., sowie PUPPE, AT, S. 160, Rz. 22 in fine. Für diese Auffassung spricht etwa der Umstand, dass dort, wo der Gesetzgeber sich der Materie annimmt (wie bspw. in Art. 28 Abs. 2 ZGB), nur von der rechtfertigenden Wirkung der *tatsächlichen* Einwilligung die Rede ist, während es auf den hypothetischen Willen des in seiner Persönlichkeit Verletzten nicht ankommt.

⁹⁵⁵ Exemplarisch BGE 4A_485/2009 vom 11. November 2009, E. 1.3.

⁹⁵⁶ Vergl. etwa CHAPPUIS/WERRO, in: Chappuis/Winiger (2011), S. 20 und 25 f., sowie die Hinweise bei AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, S. 320 (Fn. 276).

⁹⁵⁷ Kritisch auch ALBRECHT, S. 135 f.; TAG, S. 439, sowie die bei EDLBAUER, S. 14 ff. und 27 f., angeführten Autoren. Stellvertretend KATZENMEIER, S. 114 ff., mit weiteren Hinweisen.

⁹⁵⁹ ALBRECHT, S. 552, und EDLBAUER, S. 192 f., je mit weiteren Nachweisen. Diese Problematik wird sich im Zeitalter von Big Data, Genomsequenzierung und Telemedizin noch erheblich zuspitzen: Die zunehmende Individualisierung vieler Therapien und der Einsatz von Robotern in der Chirurgie wirft nicht nur die Frage auf, über welche Risiken und in welchem Umfang der Arzt inskünftig aufklären muss, sondern auch, wem gegenüber ihn bei sog. Zufallsbefunden eine Informationspflicht trifft resp. wessen Recht auf Nichtwissen er zu beachten hat (nur das seines Patienten oder ggfs. auch das der Verwandten?). Die diagnostischen Risiken und aufklärungsrechtlichen Schwierigkeiten, die Telemedizin und sog. Gesundheitsapps mit sich bringen, liegen auf der Hand und werden durch das meist fehlende Verständnis für die diesen «Beratungsformen» zugrunde liegenden Algorithmen nicht entschärft. In einem kaum mehr überschaubaren Gestrüpp von Aufklärungs- und Hinweispflichten wird der Arzt auch nicht länger auf die Fachschaften zählen

aber gerade der umsichtige Arzt seinen Patienten nicht mit Schreckensszenarien verängstigen und er hat im Rahmen des sog. *therapeutischen Privilegs*⁹⁶⁰ den mitunter folgenschweren Ermessensentscheid zu treffen, was für die Willensbildung des Patienten (aus Sicht des Juristen) erforderlich und was für den Heilungsprozess (aus medizinischer Sicht) eher abträglich ist.⁹⁶¹ Von dieser Entscheidung eine Alles-oder-Nichts-Haftung abhängig zu machen, scheint doch einigermaßen kühn, zumal der Arzt sich nur gerade in den Fällen, in denen zu einer bestimmten Aufklärungsfrage ein Präjudiz besteht, auf halbwegs sicherem Boden bewegt.⁹⁶² Im Zweifelsfall wird er daher zur eigenen Absicherung die Risikoaufklärung so weit treiben müssen, dass sie dem Patienten letztlich schadet.⁹⁶³ Damit ist niemandem gedient.

Sodann offenbart die Qualifikation als «Körperverletzung mit Rechtfertigungsmöglichkeit» dogmatische Schwierigkeiten, die bis heute einer schlüssigen Lösung harren.⁹⁶⁴ So müsste im Fall mangelhafter Aufklärung der Arzt selbst dann wegen Körperverletzung strafbar bleiben, wenn der Gesundheitszustand des Patienten nach dem operativen Eingriff gleich gut oder gar besser ist, denn an der Widerrechtlichkeit der Behandlung ändert dies nichts.⁹⁶⁵ Mit der Narkose, spätestens aber mit dem Ansetzen des Skalpells ist

542

können, zumal deren Leitlinien schon heute nicht mehr dem aktuellen Stand der Medizin entsprechen und es in Zukunft noch viel weniger tun werden. Vergl. zum Ganzen WOLFRAM EBERBACH, Wird die ärztliche Aufklärungspflicht zur Fiktion? (Teil 1), MedR 2019, S. 1–10 (S. 2 ff.)

⁹⁶⁰ Dazu etwa BGE 4P.265/2002 vom 28. April 2003, E. 4.2; BGE 105 II 284, E. 6; FELLMANN/KOTTMANN, S. 228 f.

⁹⁶¹ Es ist notorisch, dass die positive Einstellung des Patienten zur vorgesehenen Behandlung den Behandlungserfolg begünstigt. Gerade diesen Effekt gefährdet man, wenn der Arzt zum eigenen Schutz den Patienten über alle möglichen Risiken informieren muss. Vergl. auch die Kritik bei KATZENMEIER, S. 353 ff. und 361 f., mit zahlreichen Hinweisen.

⁹⁶² Exemplarisch der Beschluss des BGH vom 13. September 2016 – VI ZR 239/16 = MedR 2017, S. 383 ff. (mit Anmerkung von ADRIAN SCHMIDT-RECLA, S. 385 f.). In diesem jahrelangen Streit, dessen Ausgangspunkt die Geburt eines körperlich und geistig schwerbehinderten Kindes war, ging es um die Frage, ob die rechtsgenügend erfolgte Aufklärung der Schwangeren über Vor- und Nachteile einer Vaginal- resp. einer Kaiserschnittentbindung ggfs. zu wiederholen ist, wenn sich kurze Zeit nach dem Aufklärungsgespräch (27. Januar 2005) die Risiken einer Vaginalentbindung wegen der eingetretenen Schwangerschaftskomplikationen zulasten des Kindes verschoben haben. Im konkreten Fall war die Fruchtblase in der 31. Schwangerschaftswoche aufgrund einer bakteriellen Infektion am 09. Februar 2005 vorzeitig geplatzt, was das Risiko von Schäden bei einer Vaginalentbindung erhöht (u.a. weil das Fruchtwasserkissen fehlt und den nicht voll entwickelten Fötus ungeschützt den Kontraktionen des Uterus aussetzt). Die Frage, ob eine solche Risikoverlagerung ein erneutes Aufklärungsgespräch erfordert, war bislang von der Rechtsprechung nicht entschieden worden und wurde vom BGH bejaht. Deshalb hätte der Arzt nicht einfach die mit der Schwangeren abgesprochene und auch unter den veränderten Umständen durchaus vertretbare Vaginalentbindung einleiten dürfen, sondern hätte sie vorgängig über die zwischenzeitlich eingetretene Risikoverlagerung zulasten des Fetus informieren müssen.

⁹⁶³ So auch ALBRECHT, S. 548 und 552, und KATZENMEIER, S. 361 f., je mit weiteren Hinweisen.

⁹⁶⁴ Eingehend EDLBAUER, S. 70 ff.

⁹⁶⁵ Konsequenterweise müsste dann auch im Bereich der Haftungsausfüllung das Risiko künftiger Verschlechterungen oder erneuter Heilbehandlung in die Schadensberechnung aufgenommen werden, was bislang aber offenbar nicht propagiert wird. In diese Richtung geht eine im US-amerikanischen Recht zunehmend vertretene Auffassung, wonach Arzt, Pharmakologe und Produzent für diejenigen anhaltenden Risiken haften, denen sie den Patienten resp. Konsumenten infolge ungenügender Aufklärung oder fehlender Warnhinweise ausgesetzt haben. Die Haftungsanknüpfung erfolgt dabei über das verletzte Selbstbestimmungsrecht und erfasst nebst einer Genugtuung als immateriellen und dem erhöhten Risiko als materiellem Schaden auch Ansprüche aus *wrongful birth*; vergl. BERGER/TWERSKI, S. 280 ff., mit Hinweisen.

in der Logik dieser Konstruktion die Körperverletzung begangen und wird durch den nachträglichen Umstand, dass der Patient keinen eigentlichen Schaden erleidet, nicht geheilt.⁹⁶⁶

- 543 Weiter ist auch nicht einzusehen, weshalb die gesamte Konstruktion auf sog. Heileingriffe beschränkt sein soll und bspw. nicht auch das Verschreiben von Medikamenten ohne entsprechende Aufklärung umfasst.⁹⁶⁷ Das Selbstbestimmungsrecht und die körperliche Integrität des Patienten sind in beiden Fällen gleich betroffen.
- 544 Schliesslich hätte der Arzt konsequenterweise auch für Schäden einzustehen, die auf völlig entlegene, nicht aufklärungspflichtige Risiken zurückzuführen sind, und es müssten ihm, abseits aller Adäquanz oder unerlaubten Risikosteigerung, sämtliche Folgen seines Unterlassens zugerechnet werden. Bereits dies sollte Zweifel an der Konstruktion aufkommen lassen, läuft sie doch im Ergebnis auf ein längst überwunden geglaubtes *versari in re illicita* hinaus.⁹⁶⁸
- 545 Bedenken ergeben sich zu guter Letzt auch beim Blick auf die Praxis zur hypothetischen Einwilligung: Schaut man sich die jüngere Rechtsprechung etwas genauer an, so fällt auf, dass die Rüge, die Vorinstanz habe willkürlich eine hypothetische Einwilligung angenommen, beim Bundesgericht regelmässig ins Leere stösst.⁹⁶⁹ Das ist insoweit bemerkenswert, als sich die Frage, wie sich jemand in dieser oder jener Situation verhalten hätte, so gut wie nie mit der erforderlichen Sicherheit beantworten lässt. In der Regel kann nicht einmal der Betroffene selber sagen, wie er entschieden hätte, wenn er vom Arzt ins Bild gesetzt worden wäre.⁹⁷⁰ Kann aber schon der Betroffene keine verlässlichen

⁹⁶⁶ Zum Ergebnis, dass der Tatbestand der Körperverletzung mangels Verschlechterung des Rechtsgutobjektes nicht erfüllt ist, könnte man nur gelangen, wenn der gesamte Gesundheitszustand des Patienten unter Einbezug aller «Aktiven und Passiven» gewissermassen saldiert wird. Dazu und den auch dann bleibenden Strafbarkeitslücken vergl. EDLBAUER, S. 39 ff.

⁹⁶⁷ So aber explizit BGE 4C.229/2000 vom 27. November 2001, E. 3a). Das schliesst eine Haftung des Arztes nicht aus, beschränkt diese aber (anders als die Körperverletzungstheorie mit Rechtfertigungsvorbehalt) auf die üblichen Zurechnungskriterien, namentlich das Mitverschulden der Patientin. Im konkreten Fall hatte diese zur Bekämpfung der Nebenwirkungen ihrer HIV-Therapie ohne Rücksprache mit dem verordnenden Arzt ein rezeptpflichtiges Medikament eingenommen, das zu einer Heilmittelunverträglichkeit und Nekrosenbildung an beiden Beinen führte. Zur hypothetischen Einwilligung bei Arzneimittelschäden MAYER, Produktverantwortung, S. 511 ff.; zur Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Arzneimittelinformation ungenügend ist und das Arzneimittel als fehlerhaft im Sinne des Produkthaftpflichtgesetzes erscheinen lässt, vergl. BGE 4A_365/2014 vom 05. Januar 2015 (*sog. Yasmin-Urteil*), E. 7 ff.

⁹⁶⁸ WIDMAIER, S. 444. Zum *Versari-Grundsatz*, wonach jemand, der eine unerlaubte Tat begeht, für alles haftet, was daraus folgt, vergl. etwa KÜPPER, Erfolgsqualifizierte Delikte, S. 14 ff.

⁹⁶⁹ Stellvertretend BGE 4A_516/2012 vom 08. Februar 2013, E. 6.2 ff.; BGE 4A_499/2011 vom 20. März 2012, E. 5.1 f., sowie FELLMANN/KOTTMANN, S. 231 f., Rz. 665 und die dort erwähnten Entscheide. Eine löbliche Ausnahme in dieser Hinsicht bilden BGE 4A_453/2014 vom 23. Februar 2015, E. 6.1 ff., sowie der bereits mehrmals erwähnte BGE 4P.265/2002 vom 28. April 2003, E. 5.5 f., wo das Bundesgericht im Zusammenhang mit einer Hirnoperation ausführte, angesichts der Risiken, die mit der Operation verbunden seien, und des Umstandes, dass der Chirurg die fragliche Operation nur selten praktiziere, erscheine es aufgrund der Persönlichkeit des Patienten und der Krankengeschichte plausibel, dass er bei gehöriger Aufklärung nicht in die Operation eingewilligt hätte, selbst wenn er sich damit der einzigen Behandlungsmöglichkeit beraubt hätte und an seiner Erkrankung gestorben wäre (E. 5.6).

⁹⁷⁰ ALBRECHT, S. 456; EDLBAUER, S. 429 ff.; PUPPE, AT, S. 159, Rz. 19 f. Obschon die Frage der hypothetischen Einwilligung an sich *ex ante*, d.h. im Rahmen einer Prognose, geprüft wird (in der das Aufklärungsgespräch um die unterlassene Information zu ergänzen und im Übrigen unverändert zu belassen ist), vermag der

Angaben machen, so gründet letztlich jede Beweiswürdigung, die in einer positiven Feststellung endet, im Rückgriff auf ein besonnenes Drittverhalten, und sei es nur, dass das Gericht seine Einschätzung resp. Mutmassung derjenigen des Patienten gegenüberstellt.⁹⁷¹ Selbst angenommen, ein 25-jähriger Patient könnte also tatsächlich sagen, wie er sich entschieden hätte, vor die Wahl gestellt, entweder in ein bis zwei Jahren an einem Unterleibskrebs zu sterben oder 60 Jahre in freudloser Impotenz zu verbringen: Die gerichtliche Würdigung dieser Aussage dürfte alters- und geschlechtsabhängig sein und läuft damit dem Selbstbestimmungsrecht letztlich immer zuwider.⁹⁷² Was man dem Patienten im Behauptungsstadium mit der linken Hand gab (nämlich das Recht, sich aufgrund seines Selbstbestimmungsrechts ggfs. auch in hohem Masse medizinisch unvernünftig zu entscheiden), nimmt man ihm – etwas zugespitzt – mit der rechten im Rahmen der Beweiswürdigung wieder, denn ein höchst unvernünftiges Verhalten erscheint kaum je glaubhaft.⁹⁷³ Im Strafrecht müsste der Zweifelsgrundsatz dazu führen, dass der Arzt regelmässig straflos ausgeht, weil sich die hypothetische Rechtfertigung seines Eingriffs so gut wie nie mit Sicherheit ausschliessen lässt.⁹⁷⁴

Patient nur Vermutungen darüber anzustellen, wie er sich in dieser hypothetischen Situation verhalten hätte. Effektiv beantwortet wird er aber jeweils die Frage, wie er sich *heute*, in Kenntnis aller Umstände (auch des negativen Behandlungsverlaufs), entscheiden würde. Zu diesem in der psychologischen Forschung als *hindsight bias* (Rückschaufehler) bezeichneten Phänomen eingehend AILEEN OEBERST, Retrospektive ex ante Urteile – psychologische Erkenntnisse zum Rückschaufehler, in: Walter Fellmann/Stephan Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2019, S. 115–138 (117 ff.); EDLBAUER, S. 425 ff., und SCHWEIZER, Kognitive Täuschungen, S. 209 ff., der die Probe aufs Exempel machte und unter Schweizer Richtern eine entsprechende Umfrage durchführte (S. 219 ff.). Das Resultat war – gelinde gesagt – ernüchternd.

⁹⁷¹ ALBRECHT, S. 326 ff., mit weiteren Hinweisen. AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, S. 324 und FELLMANN/KOTTMANN, S. 230 f., schlagen stattdessen vor, dass der Arzt den Nachweis des besonnenen Drittverhaltens mit dem Regelbeweismass zu erbringen hat, woraufhin dann der Patient die Gründe glaubhaft zu machen hat, weshalb er sich anders als ein vernünftiger Dritter entschieden hätte. Gelingt ihm dies, so ist der Nachweis der hypothetischen Einwilligung gescheitert. Der Vorteil dieser Lösung besteht immerhin darin, dass die Normhypothese des besonnenen Drittverhaltens als Rechtsfrage frei überprüfbar ist und sich das Bundesgericht nicht mehr auf eine blosser Willkürprüfung zurückziehen kann. Am Austausch eines höchstpersönlichen Entschlusses durch einen richterlichen Beschluss ändert dies freilich nichts, insbesondere in den Fällen, in denen der Patient an der Behandlung gestorben ist oder aus anderen Gründen seine Motive nicht mehr darzulegen vermag; so exemplarisch BGE 4A_516/2012 vom 08. Februar 2013, E. 6.5, wo im Ergebnis auf das objektive Kriterium der Dringlichkeit der Untersuchung abgestellt wurde und nicht auf den (mangels Artikulationsfähigkeit des geschädigten Patienten) nicht eruierbaren subjektiven Willen; wie hier im Ergebnis auch EDLBAUER, S. 439 f.

⁹⁷² So ging etwa das OLG Köln in einem vergleichbaren Fall davon aus, ein Verzicht auf die Operation eines Rektumkarzinoms erscheine bei drohendem Potenzverlust als nicht nachvollziehbar, wenn ohne Eingriff die Überlebenszeit gering sei; VersR 1990, S. 663 ff. Der plausible und damit nachvollziehbare Entscheid ist aber doch nichts anderes als der Entscheid eines vernünftigen Patienten, womit das Selbstbestimmungsrecht gerade in die Richtung eingeschränkt wird, die man vorgibt, schützen zu wollen; ALBRECHT, S. 328 f. Anders die US-amerikanische Rechtsprechung, die diesen höchst individuellen Entscheid auch bei objektiv irrationalen Verhalten ernst nimmt und offenbar noch keine Klage wegen hypothetischer Einwilligung hat scheitern lassen; vergl. BERGER/TWERSKI, S. 272, Fn. 87.

⁹⁷³ Vergl. etwa ROSENAU, S. 696, und die dortigen Hinweise auf Lehre und Rechtsprechung sowie jüngst DETLEV STERNBERG-LIEBEN, Beschränkung der strafrechtlichen Haftung auf eine schwerwiegende Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht, MedR 2019, S. 185–191 (187), der die erforderlichen Korrekturen im Strafrecht dann allerdings in der Herabsetzung der Aufklärungspflichten sieht (S. 188 f.).

⁹⁷⁴ So auch ALBRECHT, S. 456 ff. Zum Diskussionsstand in der deutschen Lehre eingehend EDLBAUER, S. 419 ff., der selber zum Schluss kommt, dass der Zweifelsgrundsatz hier immer zu einem Freispruch führen muss (S. 440 ff.).